جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان- الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية



المسؤولية المدنية للشركة الأم تجاه الشركة التابعة

-دراسة مقارنة-

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه
تخصص: قانون قضائي

إعداد الطالبة:
زروق إيمان فاطمة الزهراء

إشراف:
أ.د. بوعزة ديدن

لجنة المناقشة:

د. حوالف عبد الصمد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د. بوعزة ديدن	أستاذ	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
أ.د. بموسات عبد الوهاب	أستاذ	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا
أ.د. مغربي قويدر	أستاذ	جامعة تيارت	مناقشا

السنة الجامعية: 2021/ 2022

شكر وتقدير

"إن العلم بطيء اللزام، بعيد المرام، لا يدرك في المنام ولا يورث عن الآباء والأعمام، إنما هو شجرة لا تصلح إلا بالغرس ولا تغرس إلا في النفس ولا تسقى إلا بالدرس"

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحابته الأخيار، ومن اهتدى بهديه واقتفى أثره إلى يوم الدين.

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان والامتنان إلى خالقي ومولاي عز وجل وأحمده حمدا كثيرا طيبا على توفيقي لإكمال هذا العمل المتواضع.

أتقدم بأسمى عبارات الشكر والامتنان والتقدير إلى أستاذي المحترم الدكتور بوعزة ديدن لإشرافه على هذه الرسالة وتقديمه للنصائح وإرشاده وتشجيعاته لي جزاه الله كل خير.

كما أتوجه بالشكر إلى عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بتلمسان الأستاذ الدكتور بن طيفور نصر الدين.

كما أتقدم بواسع الشكر والتقدير والاحترام لأعضاء لجنة المناقشة الأستاذ الدكتور بموسات عبد الوهاب، والأستاذ الدكتور حوالف عبد الصمد، وكذا الأستاذ الدكتور مغربي قويدر.

وأتقدم بفائق عبارات الشكر والتقدير والاحترام والمحبة إلى أستاذتي وأختي الأستاذة الدكتورة بن عزوز فتيحة على نصائحها وتشجيعها ومساندتها المتواصلة لي فوجودها الدائم إلى جانبي رسم الفرحة والتفاؤل والمثابرة في حياتي ومشواري الدراسي .

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من قدم لي يد المساعد لإنجاز هذا العمل، ومن بينهم طاقم المكتبة على مستوى كلية الحقوق بجامعة تلمسان، زملائي وصديقاتي.

إهداء

إلى صاحبة التاج و الإكليل...إلى التي أوصاني الرحمان بطاعتها..إلى التي جعلت الجنة تحت أقدامها..إلى النور الذي أضاء دربي، ونسجت من خلاله عزائم صبري إليك أمي الغالية.

إلى صاحب الوقار ... إلى الذي رعاني بعطائه وتحفيزاته فبعث بي إلى شاطئ العلم والمعرفة إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم وجاب معي جلّ الملتقيات والندوات القانونية من تلمسان إلى تندوف وسوق أهراس، بليدة، عنابة، وهران...وغيرها من الولايات داخل القطر الجزائري الزاخرة بالجامعات الجزائرية..إليك يا جدي الحبيب.

إلى زوجي، وبناتي التوأم "أفنان و أريام".

إلى القلب الطاهر الرقيق والنفس البريئة إلى ريحانة الحياة أختي وحبيبتي عفاف.

إلى سندي في الحياة وملاذي بعد الله أخي ياسين.

إلى زوجة أخي وأختي الثانية Shanshan Xu 许姗姗 والتي نفتخر بكونها فردا جديدا في العائلة، والتي كان لها الفضل الكبير في إنهائي لهاته الأطروحة، زد على ذلك تمكينها لي من الولوج لأفضل مكتبات كليات القانون في مونتريال بكندا.

إلى روح جدتي، وإلى كل أفراد العائلة كل باسمه.

إلى كل من يحمل راية الإسلام ويعلي كلمة الحق

الملخص:

الرقابة القانونية، الرقابة الفعلية، الرقابة المفترضة، الرقابة الحصرية، الرقابة المشتركة؛ مفاهيم وضعت بالقانون التجاري للقدرة على تحديد معالم معيار الرقابة؛ كمعيار رئيسي فاصل عن المبادئ الكلاسيكية المعتمدة في سياق الشركات المنعزلة الغير منتمية لأي تجمع على غرار مبدأ الفصل والاستقلالية القانونية للشخص الاعتباري وكذا مبدأ الأثر النسبي للعقود وغيرها من المبادئ المعتمدة في سياق قرارات الحالة من جهة، لإبراز خصوصية تكريس مصلحة تجمع الشركات كوحدة اقتصادية من جهة أخرى المفضية للإخلال بالمصالح الخارجية (للمساهمين الأقلية، العمال، ودائني الشركة التابعة..) الناتج عن الاحتكام المعتاد للاتفاقيات المبرمة داخل تجمع الشركات كاتفاقيات الخزينة واتفاقيات تسيير التجمع ، وكذا الاحتكام لوحدة القائمين بالإدارة المشتركين، وغيرها من الممارسات التي أدت إلى خلق اجتهادات قضائية بريتورية من خلال الاعتماد على قرارات قضائية مبدئية لإسناد المسؤولية المدنية للشركة الأم على اعتبار أنه لا يمكن إقامة مسؤولية التجمع لكونه مُجرد من الشخصية القانونية.

الكلمات المفتاحية: الشركة الأم، الشركة التابعة، المسؤولية الخطئية، المسؤولية الموضوعية، القانون المدني للأعمال، القانون المتشعب، المصالح الفئوية، الاجتهاد القضائي البريتوري.

Résumé :

Contrôle de droit, contrôle de fait, contrôle présumé, contrôle exclusif, contrôle conjoint ; des notions introduites dans les articles du code de commerce à fin de cerner le critère principale « critère de contrôle » séparateur des principes classiques d'orthodoxie juridique , tels que ;le principe de l'indépendance et autonomie de personne morale, ainsi que Le principe de la relativité des contrats , d'un côté, des pratiques courantes au sein du groupe de sociétés telles que le cumul des mandats sociaux « dirigeants commun » , ainsi que la souscription des conventions de gestion et conventions de trésoreries qui ont pour objet la centralisation de services d'assistance technique, administrative, location d'immeuble, coordination de recherches et transactions commerciales ; qui font naitre des déséquilibre pouvant engager la responsabilité civile afin de protéger les intérêts catégoriaux externes de celui du groupe pour établir la sécurité juridiques en adaptant des jurisprudences de principes et dans d'autres cas des arrêts d'espèces.

Mots clés : Société mère, société filiale, responsabilité, droit civil des affaires, droit multidisciplinaire, intérêts catégoriels, jurisprudence Prétorienne.

Summary:

The particularities of the chanllenging points; To includ in a part, flexibility in relation to share classes, voting rights, share redemptions or the provision of other financial instruments; and to respect the legal principle of independence hardly consistent with the reality characterized by the control exercised by the parent company/ holding company , Group Head, in another part; had lead a very modern approch with German company law « Aktiengesellschaft », and European company law. The Algerian legislator therefore took the same foundations to assign responsibility.

Key words: Parent company, subsidiary company, liability, civil business law, categorical interests, Pretorian jurisprudence.

قائمة أهم المختصرات

I-باللغة العربية:

ج: الجزء.

ج.ر: الجريدة الرسمية.

د.د.ن: دون دار نشر.

د.س.ن: دون سنة نشر

د.م.ن: دون مكان نشر.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

ع.: العدد.

ق.أ.ش.ذ.أ: قانون ألماني للشركات ذات الأسهم.

ق.أ.ش.ذ.م.م: قانون ألماني للشركات ذات المسؤولية المحدودة.

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

م.:المادة.

II- باللغة الفرنسية:

AJ : Actualité jurisprudentielle du Recueil Dalloz

AJDA : Actualité juridique Droit administratif (Dalloz)

Al.: Alinéa

AMF :Autorité des marchés financiers

Art. :Article

Ass.:Assemblée

Ass. nat.:Assemblée nationale

Ass. plen. :Assemblée pleniere de la Cour de cassation

Banque et Droit: Revue Banque et Droit

BOCC : Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

BRDA : Bulletin rapide de droit des affaires

Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation

Bull .C.N.C.C. : Bulletin du Conseil national des commissaires aux comptes

Bull. COB : Bulletin de la Commission des opérations de bourse

Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation

BICC : Bulletin d'information de la Cour de cassation

Bull. Joly : Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés

Bull. Joly : Bourse Bulletin Joly Bourse et produits financiers

Bull. RCS : Bulletin du registre du commerce et des sociétés

C.: Code

c/ : Contre

CAA : Cour administrative d'appel

C. adm. : Code administratif Dalloz

Cah. dr. aff. : Cahier droit des affaires du Recueil Dalloz

Cah. dr. entr. : Cahiers de droit de l'entreprise

Cass. : Cour de cassation

C. civ. : Code civil

C. com. : Code de commerce

CE : Conseil d'État

CGI : Code général des impôts

ch. : Chambre

Ch. Mixte : Chambre mixte de la Cour de cassation

Ch. réun. : Chambres réunies de la Cour de cassation

Chron. : Chronique

Civ. Chambre civile de la Cour de cassation

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

C. mon. fin. : Code monétaire et financier

C.N.C.C. : Compagnie nationale des commissaires aux comptes

COB : Commission des opérations de bourse

Com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation Comparer

concl. : Conclusions

Cons. conc. : Conseil de la concurrence

Cons. const. : Conseil constitutionnel

Contra : Solution contraire

C. : pénal Code pénal

Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

C. : travail Code du travail

D. : Recueil Dalloz

DC : Recueil critique de jurisprudence et de législation Dalloz (années 1941 à1944)

Dr. et patr. : Droit et patrimoine

Dr. Pénal : Droit pénal

Dr. soc. : Droit social

Dr. Sociétés : Droit des sociétés

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

IR : Informations rapides du Recueil Dalloz

ibid. : Au même endroit

JCP :Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition générale

JCP E :Juris-Classeur périodique, édition Entreprise

JO : Journal officiel

JOCE : Journal officiel des Communautés européennes

L. : Loi

Lebon : Recueil des arrêts du Conseil d'État (Dalloz)

LPA : Les petites affiches

n° : Numéro

NCPC : Nouveau code de procédure civile

obs. : Observations

Ord. : Ordonnance

p. :Page

préc. : Précité

RDC : Revue des contrats

Rép. min. : Réponse ministérielle

Req. : Chambre des requêtes de la Cour de cassation req. Requête

Rev. AMF : Revue Autorité des marchés financiers

Rev. crit. DIP : Revue critique de droit international privé (Dalloz)

Rev. dr. Bancaire : Revue de droit bancaire et de la bourse

Rev. proc. coll. : Revue des procédures collectives

Rev. Sociétés : Revue des sociétés (Dalloz)

RFDA: Revue française de droit administratif (Dalloz)

RJ com.: Revue de jurisprudence commerciale

RJDA: Revue de jurisprudence de droit des affaires

RJS: Revue de jurisprudence sociale

RTD civ.: Revue trimestrielle de droit civil (Dalloz)

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial (Dalloz)

S.: Recueil Sirey

s. : Et suivants

Sect.: Section

soc.: Chambre sociale de la Cour de cassation

Somm.:Sommaires

ss. :Sous

t. :Tome

TA :Tribunal administratif

T. civ. : Tribunal, chambre civile

T. com. : Tribunal de commerce

T. corr. : Tribunal, chambre correctionnelle

TGI: Tribunal de grande instance

TI: Tribunal d'instance

III:باللغة الألمانية:

AG :Aktiengesellschaft (société par actions)

AG : Die Aktiengesellschaft (revue juridique)

AktG :Aktiengesetz (loi relative aux sociétés par actions)

BAG :Bundesarbeitsgericht (Cour fédérale du Travail)

BAGE : Entscheidungen des Bundes Arbeits Gerichts (recueil officiel des décisions de la Cour fédérale du Travail)

BayObLG : Bayerisches Oberlandesgericht (Tribunal régional supérieur de la Bavière).

BayObLGZ : Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (recueil officiel des décisions du Tribunal régional supérieur de la Bavière)

BFH :Bundesfinanzhof (Cour fédérale des Finances)

BGB :Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)

BGBl. :Bundesgesetzblatt (Journal officiel de la République fédérale d'Allemagne)

BGH :Bundesgerichtshof (Cour fédérale de Justice)

BGHZ :Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (recueil officiel des arrêts de la Cour fédérale de Justice en matière civile)

BGVerfGE :Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht (recueil officiel des arrêtsde la Cour constitutionnelle)

BT-Drucks.: Bundestags-Drucksache BVerfG Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle)

GmbH : Gesellschaft mit beschränkter Haftung (société à responsabilité limitée)

GmbHG : Gesetz Betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (loi relative aux sociétés à responsabilité limitée)

GWB : Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (loi contre les atteintes à la concurrence)

HGB :Handelsgesetzbuch (Code allemand de commerce)

KG :Kommanditgesellschaft (société en commandite simple)

KGaA : Kommanditgesellschaft auf Aktien (société en commandite par actions)

KonTrag : Gesetz Zur Kontrolle Und Transparenz Im Unternehmensbereich (loi relative au contrôle et à la transparence des entreprises)

LG :Landgericht (Tribunal régional)

OHG :Offene Handelsgesellschaft (société en nom collectif)

OLG :Oberlandesgericht (Tribunal régional supérieur)

OLGZ :Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen Einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (recueil officiel des décisions des Tribunaux régionaux supérieurs)

pVV : positive Vertragsverletzung (responsabilité fondée sur le non respect d'une obligation)

RFH : Reichsfinanzhof (Cour des finances de l'Empire)

RG :Reichsgericht (Tribunal de l'Empire)

RGBl. : Reichs Gesetze Blatt (journal officiel de l'Empire)

RGZ :Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (recueil officiel des arrêts du Tribunal de l'Empire allemand en matière civile)

مقدمة

يقسّم فقهاء القانون المدوّنات المدنية والتجارية المعاصرة إلى صنفين بحسب منهج تحريرها وصياغتها إلى؛ المدونات العملية المباشرة –codes empiriques et concrets– وهي تعتمد أسلوبا يسير المأخذ عاريا من التجريد من جهة، والمدوّنات المجرّدة –المركّزة وهي التي تولي عناية للمصطلحات والأنماط من جهة أخرى.[1] فبشأن هاته الأخيرة يلاحظ الفقيه جيني متحدثا عن المجلة المدنية الألمانية أنها توفرت على تقنية تشريعية مفرطة العناية من حيث الصياغة اللغوية للقوانين[2]، أما عن الصنف الأول فيدعمه الفقيه كربوني [3] من حيث نفيه احتياج الخاضعين للقانون لفسيفساء الفن التشريعي، على اعتبار التقنية التشريعية المبسّطة لوحدها تمنح القضاة رافدا ملهما لتفسير التدوين[4]؛ الأمر الذي أدى بلُزوم المدوّنة الفرنسية بجذورها الفقهية وبما كتبه مونتسكيو Montesquieu في كتابه في "روح القوانين"[5]، وهو ما لوحظ مع مرور الزمن بثبات قواعد القانون المدني الفرنسي لأكثر من أربعين عاما.

وبالرجوع إلى تنظيم موضوع المسؤولية في سياق قوانين الأعمال نجد في كل من الدول المبنية على المدرسة القانونية الأنجلوسكسونية، المعتمدة على السوابق القضائية، واللاتينوجرمانية المبنية على النظريات القانونية، تؤطر هذا الموضوع بالأخص في شأن، الشركات الأمريكية المتعددة الجنسيات العملاقة الرقمية مثل غوغل وآبل وفيس بوك وأمازون، وكذا الشركات الأوروبية العملاقة في مجال تصنيع السيارات، كالعملاق الألماني فولكسفاغن، وكذا الفرنسية "بيجو–سيتروين" ومنافستها "رينو"

---

[1]- Valérie LASSERRE-KIESOW, La technique législative, étude sur les codes civils français et allemand, thèse, L.G.D.J., tome 371, Paris, 2002; André TUNC, La technique législative du projet de Code de commerce des Etats-Unis, D. 1952, Chr. P.9 et suiv. l'année d'un bicentenaire, Dalloz, 2004, chr. p.12 et suiv.; Alain VIANDIER, Observations sur le style de la loi, Revue de la Recherche Juridique, droit prospectif, 1987, p.847 et s.

[2]-« Le code allemand proposait le modèle d'une technique « extrêmement soignée du langage des lois » ; in : F. GENY, loc.cit.

[3] - « Un peuple n'a pas besoin d'un traité d'art législatif pour se donner des bonnes lois » ; in Jean CARBONNIER, Essais sur les lois, Défrénois, 2ème édition, Paris, 1995, p.234;

[4] - « Parce que la technique est « naturelle » et « populaire » s'offrent au juge des sources fécondes d'interprétation du code » ; in F. GENY, La technique législative dans la codification civile moderne (à propos du centenaire du code civil), in Le code civil 1804-1904, Livre du Centenaire, éditions A. Rousseau, Paris, 1904, p.989 et suiv, spécialement, p.1020.

[5] - « Le style en doit être concis... Il doit être simple ; l'expression directe s'entend toujours mieux que l'expression réfléchie... Quand le style des lois est gonflé, on ne les regarde que comme un ouvrage d'ostentation. Il est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées... Les lois ne doivent pas être subtiles ; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement, elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille... Comme les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires, celles qu'on peut éluder affaiblissent la législation... Il faut prendre garde que les lois soient conçues de manière qu'elles ne choquent point la nature des choses » ; in MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, Cérès éditions, Tunis, 1994, tome 2, p.302 et s.

وشركة النفط العملاقة "توتال" وعملاق صناعة الطائرات "إيرباص"؛ أضحت تواجه صراعا مع القوانين؛ بين الحاضنة لها وبين المشنة العراقيل ضدها.

"عندما يصبح القانون سلاح حرب اقتصادية"[1] بين المؤسسات الأمريكية التي تحاول اكتساح السوق الأوروبية والعالمية، والشركات الأجنبية الأوروبية، في إطار سياسة الضرائب التمييزية التي تفرض على هاته الأخيرة، وكردة فعل في هذا الشأن أضحى القانون الجزائي للأعمال الفرنسي يواجه القانون الأمريكي مدعما بآليات المسؤولية المسبقة، فبعد أن كان يبتعد عن فسيفساء التقنية التشريعية المفرطة أضحى يتجه نحوها!

تحقيقا لذلك تم اعتماد قانون الشفافية ومكافحة الفساد وتحديث الحياة الاقتصادية[2] الفرنسي، الذي بموجبه تم النص على ضرورة تبني برنامج منع الفساد واستغلال النفوذ بالنسبة للشركات المتعددة الجنسيات وإجبارها على نشر معلومات عامة عن أنشطتها فضلا عن فرض إجراء جديد يقتضي بضرورة مصادقة المساهمين في الشركة على المكافآة وأجور القائمين بالإدارة، ، كل ذلك في سياق ما اصطلح عليه ب "droit de la compliance" والذي كان له تأثير على باقي فروع قانون الأعمال (قانون مدني، قانون الشركات، قانون المنافسة، القانون الضريبي..)[3] بالمناداة لتبني نظام المسؤولية الاستباقية لتفعيل قواعد الحوكمة وأخلاقيات الأعمال.

فتجمع الشركات باعتباره ظاهرة اقتصادية متنامية، باستمرار ودوره الركائزي في الاقتصاد الوطني والدولي على طول المدى، قد أصبح عنصرا أساسيا لكل من الدارس القانوني والاقتصادي، وبالضرورة عماد المناقشات البرلمانية والتطبيقات القضائية. وقد أدت المعالجة الإحصائية لانتشار تجمعات الشركات وثقلها الاقتصادي إلى وصف أهميته الاقتصادية والاجتماعية الضرورية لتقييم ظواهر معينة لا يمكن الكشف عنها انطلاقا من المعالجة العزلية للشركات كل على حدة. ولذلك فإن معاهد التقييم الإحصائي الوطنية ظلت تسعى جاهدة خلال العقود القليلة الماضية إلى التطرق إلى منظور الشركة العضوة للتجمع على اعتبار أن المسؤولية في هذا الأخير غير واضحة المعالم لأنها

---

[1] - Virginie ROBERT, quand le droit devient une arme de guerre économique , in : https://business.lesechos.fr/directions-juridiques/droit-des-affaires/contentieux/0211354715383-quand-le-droit-devient-une-arme-de-guerre-economique-300816.php

[2] - Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi sapin II », JORF du 10 décembre 2016, Entrée en vigueur le 1er juin 2017

[3] - Marie-Anne Frison-Roche, La migration du droit de la concurrence vers l'Ex Ante pour saisir le numérique : le settlement FTC / MoviePass, 1ier octobre 2021 : Frison-Roche, M.-A., notes prises pour faire le rapport de synthèse, réalisé dans le colloque Les Buts Monumentaux du Droit de la Compliance, qui s'est tenu à Paris le 16 septembre 2021.

تعالج اعتمادا على الهيكلة المعتمدة(Traitement casuistique) سواء عند التطرق للعلاقات الداخلية أو الخارجية لمجموع الشركات المكونة للتجمع الاحتفاظ بمقاربات حماية المصالح الفئوية في الشركات من مساهمين[1]، عمال، زبائن، علاقة مع مديريات الدولة؛ وليس من منظور الشركة الغير منتمية لأي تجمع حيث تكون المنظومة القانونية في هذه الأخيرة مكرسة بشكل فاعل وبيّن. وعلى الرغم من أن هاته الظاهرة الاقتصادية تشهد تطور مستمر، انطلاقا من الأرقام الدالة على وجوده الآخذة في الازدياد على اعتبار أن المعهد الفرنسي للإحصائيات (INSEE) قد أسند دراسته إلى تعداد تجمعات الشركات انطلاقا من بورصة باريس للقيم المنقولة عام 1999، وتشهد هذه الأخيرة على الثقل الاقتصادي الذي يؤديه التجمع في الساحة المقاولاتية الفرنسية، ونتيجة لذلك فإنه فقط في 650 شركة مسعرة لقيمها المنقولة في بورصة باريس، كان نصفها من الشركات رأس التجمع –شركات أم– والتي بدورها تسيطر على 700 شركة تابعة. ومع ذلك، فإن تنظيم وهيكلة المؤسسات في شكل تجمع ليس حكرا فقط على الشركات المسعرة لقيمها المنقولة في البورصة ولذلك تبقى هاته الدراسة الإحصائية غير شاملة لكن مساعدة؛ والتي على أساسها تم تبيان أن كل شركة واحدة من أصل عشرين هي عضو في تجمع في فرنسا، وثلثي الشركات التي يزيد عدد عمالها عن 100 ينتمون إلى تجمع خارج فرنسا. وتنعكس سلطة هذه التجمعات أيضا من خلال عدد العمال المستخدمين ضمن التجمعات وهو ما يقارب 57% من سوق العمل. بالإضافة إلى ذلك، فإن مؤسسات التجمعات تنتج 60% من القيمة المضافة وتحوز على أغلبية العقارات الصناعية و80% من الأصول الصافية في فرنسا.[2]

وتشهد البيانات الإحصائية للمعهد ذاته أيضا على التغير العميق الذي حدث في هيكلة التجمع. وإذا كانت الشركات المتعددة الجنسيات الضخمة قد لوحظت بصورة رئيسية قبل بضعة سنوات أنها تحتكم إلى هيكلة التجمع، فقد لاقت هذه الظاهرة الاقتصادية رواجا كبيرا بالأخص عندما يتعلق الأمر بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة الحجم التي يقل عدد عمالها عن 500 عامل والممثلين لما يقارب 85% من التجمعات في فرنسا، حيث استخدمت 900000 شخصا وحققت 14% من القيمة المضافة لمؤسسات التجمع .[3]

---

[1]– سامية بلهداف؛ عثمان بوزيان، دور حوكمة المؤسسات في خلق القيمة للمساهمين، مجلة الدراسات الاقتصادية والمالية، عدد11، ص.ص.168–178.

[2] - Olivier Meier; Guillaume Schier, Entreprises multinationales : stratégie, restructuration, gouvernance, Collection: Gestion Sup. Stratégie, politique d'entreprise, édit.Dunod, Paris, 2005, p.p.8-24.

[3]- Institut national de la statistique et des études économiques (France), Le commerce en France, Collection : INSEE-Références,Paris, 2007, p.45.

ويتتابع هذا التطور على نحو تصاعدي في ألمانيا، حيث سبق أن أشارت دراسة قديمة إلى حد ما في عام 1993 إلى أن ثلاثة أرباع الشركات ذات الأسهم و50% من الشركات ذات المسؤولية المحدودة هي منتمية للتجمع؛ فخلال هذا الوقت، ارتفعت هذه النسبة المئوية ولا سيما فيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة، الشكل القانوني الأكثر احتكاما إليه في ألمانيا.[1]

وإذا ما احتكمنا إلى بيئة الأعمال الجزائرية؛ فنجد تجمعات الشركات موجودة بكثرة في القطاع العام أكثر من نظيره الخاص، وبينهما نجد الشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تشمل المؤسسات الضخمة من خلال الاستعانة بآلية خوصصة المؤسسات العمومية[2]والاحتكام لطريق الاندماج في البورصة كإحدى آليات خوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية[3]المحددة في المادة 26 من الأمر 01- 04

---

[1]- Barbier, Frédéric, Banque, famille et société en Allemagne au XIX e siècle, : Revue de synthèse, 1993, Vol.114(1), pp.123-137.

[2]- أمر رقم 95-22 مؤرخ في 26 أوت 1995، يتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر. عدد 48 صادرة سنة 03-09-1995.(الملغى)

[3]-من بين المؤسسات العمومية الاقتصادية التي احتكمت لآلية الخوصصة من خلال بورصة القيم المنقولة:

المؤسسة الأولى: ممثلة بمؤسسة مجمع رياض سطيف

يعتبر مجمع رياض سطيف من المؤسسات الصناعية الكبرى في الجزائر، والرائدة في مجال إنتاج الصناعات الغذائية من الحبوب ومشتقاتها، فهو أول المؤسسات التي دخلت إلى بورصة الجزائر، حيث كان ذلك بتاريخ 17 جويلية 1998 بطرح أسهمه للاكتتاب العام، كما أنه يعتبر أول المؤسسات التي خرجت منها بعد تجربة دامت حوالي أكثر من سبع سنوات وذلك سنة 2006 ، وقد انتهج المجمع هذه التقنية كوسيلة من وسائل تمويل الاحتياجات المالية. وبتاريخ 06 ديسمبر 2006 انسحبت مؤسسة رياض سطيف من البورصة بطلب منها وذلك على إثر قرار مجلس مساهمات الدولة بسحب المؤسسة من البورصة قصد التنازل عنها للقطاع الخاص، وقد أيدت لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة بالموافقة على هذه العملية أثناء اجتماعها المنعقد بتاريخ 23 ماي 2006، وبموجب ذلك توقفت العمليات المرتبطة بسهم مؤسسة رياض سطيف من البورصة ابتداء من 10 أفريل 2006.

ولقد سمحت فترة العرض العلني للانسحاب من البورصة ببلوغ نسبة إنجاز قدرها 94.28 %، وقد تم عرض سهم مؤسسة رياض سطيف على المساهمين بسعر 1500 د.ج للسهم الواحد، أي بفارق 800د.ج للسهم مقارنة بسعر الاكتتاب المحدد بمبلغ 2300 د.ج للسهم الواحد أثناء دخول المؤسسة للبورصة، وتجدر الإشارة إلى أن مؤسسة رياض سطيف ظلت توزع الأرباح بصورة دورية على المساهمين فيها، ووصل مبلغ الأرباح الموزعة خلال فترة الاكتتاب العام في البورصة (من سنة 1999 إلى غاية سنة 2003) مجموع 793.5 د.ج للسهم الواحد، وعليه فإن المساهم الذي اكتتب سهمه واحتفظ به حتى صدور قرار العرض العلني للانسحاب من البورصة يكون قد استرجع المبلغ الذي دفعه.

المؤسسة الثانية: ممثلة بمؤسسة مجمع صيدال

تعتبر هذه المؤسسة ثاني المؤسسات التي دخلت إلى بورصة الجزائر، حيث كان ذلك بتاريخ 17 جويلية 1999 بطرح أسهمها للاكتتاب العام، ويعتبر مجمع صيدال من المؤسسات الكبرى في الجزائر، والرائدة في الإنتاج الصيدلاني، الشيء الذي أكسب المجمع ميزات تنافسية عدة، ولقد مر المجمع مثله مثل العديد من المؤسسات العمومية، بمراحل عدة حتى وصل إلى ما هو عليه الآن، هذه المراحل جاءت تلبية لمتطلبات جملة الإصلاحات التي قامت بها الدولة في ذلك الوقت.

يعتبر مجمع صيدال ثاني مؤسسة دخلت البورصة في سبتمبر 1999، طبقا لقرار المجلس الوطني لمساهمات الدولة (CNPE) خلال اجتماعه المنعقد في 2002/06/18 وفي إطار عملية الخوصصة، وطبقا للأمر رقم 22/95 بتاريخ 26/08/1995 المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية المؤهلة لبرنامج الخوصصة المقرر من طرف الحكومة، أيدت الدورة العامة غير العادية لمجمع صيدال في 1998/06/22 القرار رقم 04 لاقتراح مجلس الإدارة الذي يسمح للمجمع بإدخال حصة من رأسماله في البورصة، إذ أن حصة رأسمال المتنازل عنها هي 20 % من رأس المال وتمثل 2.000.000 سهم بسعر محدد بِ 800 د.ج.

المؤسسة الثالثة: ممثلة بمؤسسة تسيير فندق الأوراسي

المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها[1]، على غرار الآليات الأخرى المنصوص عليها كالدعوة للتظاهر للفائدة، اللجوء إلى إجراء البيع بالتراضي بعد ترخيص مجلس مساهمات الدولة، طلبات العروض، أو أي نمط آخر للخوصصة.

بجانب هاته المؤسسات نجد بيئة الأعمال الجزائرية مشمولة بكثرة بالمؤسسة الصغيرة والمتوسطة أو حتى المصغرة التي تتخذ الطابع العائلي المبنية على الاعتبار الشخصي والتي تحتل مكانة مميزة في الاقتصاد الوطني الجزائري بالنظر لنسيجها الكثيف ومساهمتها في الناتج الداخلي الخام، خارج المحروقات، ووزنها في عدد مناصب الشغل الوطنية، مما يبرر الاهتمام المتزايد الذي أولته لها السلطات العمومية في السنوات الأخيرة، هذا ما يؤكد المكانة والدور المنوط لها في سياق الإصلاحات الجارية[2] على اعتبار أنها تصطدم بمشكل البقاء والديمومة الراجع لأسباب داخلية وخارجية عن المؤسسة؛ كونها مؤسسات عائلية مزودة بقوانين أساسية تفضل المؤسسة ذات الشخص الوحيد والمسؤولية المحدودة وبنسبة أقل الشركة ذات المسؤولية المحدودة؛ حيث يلاحظ أن المالك الوحيد أو الرئيسي محاط بموظفين من أفراد أسرته، أين يتكفل بنفسه بالتسيير ويركز على بقاء الحكم في اتخاد القرارات فقط وكذا بالنسبة للمسؤوليات والصلاحيات، مما يجعل من اللجوء إلى الاستشارة والخبرة الخارجية أمرا لا يحدث إلا نادرا؛ ومن الملاحظات الواجب سردها كذلك أن فئة من المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التابعة للقطاع الخاص الجزائري تواجه مشاكل عويصة في البقاء والاستمرارية بل حتى مشاكل النمو والتوسع سواء التابعة للجيل الأول من العائلة أو الجيل الثاني، نظرا لعدم كفاية رأسمالها الذي يمنعها من تمويل أنشطتها أو أن يسمح لها من توفر شروط قبولها للحصول على

تعتبر هذه المؤسسة من المؤسسات الرائدة في القطاع الخدماتي، حيث استطاعت أن تكون من بين المؤسسات الأولى المدمجة في البورصة، لقد تم تحويل ملكية مؤسسة تسيير فندق الأوراسي إلى الشركة القابضة للخدمات بموجب المرسوم 95-25 المتعلق بتسيير الأموال التجارية للدولة، وبموجب ذلك قامت المؤسسة برفع رأسمالها في إطار تدعيم قدراتها المالية، عن طريق إدماج فرق إعادة التقييم، حيث أصبح رأسمالها يعادل 1.5 مليار دينار جزائري. ولتنفيذ برنامج الخوصصة المسطر من طرف الدولة والرامي إلى تنشيط بورصة الجزائر تقرر في بداية سنة 1999 طرح جزء من رأس مال المؤسسة بنسبة 20% للاكتتاب العام، وهو ما يعادل مليون سهم بقيمة إسمية 250 دينار للسهم حيث تكفلت بهذه المهمة مؤسسة الراشد المالي.

راجع في هذا الشأن: سيدي محمد حيمي، نسبية ممارسة الدولة لوصاية التسيير على المؤسسات العمومية الاقتصادية بموجب ميكانيزمات تنظيم جديدة، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد 4، المجلد2، ص.ص. 292-305؛ زرقون محمد، العرض العمومي في البورصة وأثره على الأداء المالي للمؤسسات الاقتصادية -دراسة حالة مؤسسات اقتصادية مدرجة في بورصة الجزائر، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 12، 2013، ص.105-116؛ رشيد واضح، المؤسسة في التشريع الجزائري بين النظرية والتطبيق، دار هومه، الجزائر، 2003.

[1]-ج.ر.ع.47.

[2]- على سبيل المثال لا الحصر: قانون رقم 17-02 ل 10 يناير سنة 2017 يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وكذا قانون الشركات ذات المسؤولية المحدودة 2015.

قروض بنكية وكذا ضعف وغياب قواعد التسيير في كثير من الأحيان، مما يضعف قدرتها على أن تكون تنافسية ويثني البنوك عن تمويلها، وهذا بالرغم من إصدار ميثاق الحكم الراشد للمؤسسة في الجزائر[1] بناء على تضافر جهود ثلاث مؤسسات هي: مؤسسة الفكر والعمل حول المشاريع الخاصة CARE، ومعهد رؤساء المؤسسات. أين تم وضع وتطوير المدونة بدعم من هيئة التمويل الدولية IFC والمنتدى العالمي لحوكمة الشركات GCGE بينما يقوم مركز المشروعات الدولية الخاصة حاليا بدعم التنفيذ، أين زاد من حدة هذا التحدي حتميات التوسع الاستراتيجي الخارجي للشركات، مما يستعجل تحقيق النقلة النوعية نحو التألق لعالم الأعمال الجزائري والمؤسسة؛ وذلك بالتركيز على المؤسسة باعتبارها نظاما مفتوحا على الأطراف المكونة لمحيطها الداخلي والخارجي. ؛ فأما عن الأطراف الشريكة الداخليين نجد التركيز يقع على الجمعية العامة التي تضم المالكين المساهمين أو أصحاب الحصص؛ وكذا مجلس الادارة الذي يجتمع ويتداول فيه الإداريون؛ وكذا المديرية العامة المتمثلة في الفريق التنفيذي؛ أما عن الأطراف الخارجية بالنسبة لمحيط المؤسسة يعتبرون أطراف فاعلة على المؤسسة، بسبب التأثير المباشر والفوري الذي يمكنهم ممارسته على مسارها ومستقبلها؛ ومن ذلك نجد الإدارات العمومية باعتبارها مكلفة بتنفيذ السياسة الاقتصادية بواسطة تطبيق القوانين والتي ينتج عنها حقوق ومزايا متعددة لفائدة المؤسسة كإجراءات الدعم والتشجيع، ولكن أيضا يفرض عليها عدد من الواجبات والعوائق في حالة الإخلال أين تتعرض المؤسسة لعقوبات ومتابعات قد تكون ضارة لها؛ أما عن ثاني جهة فاعلة نجد الجهاز المالي من بنوك ومؤسسات مالية، فهاته الأخيرة تحتاجها كل مؤسسة بالإضافة إلى رأس مالها والتدفقات النقدية التي يمكن أن تحوزها، لدعم أنشطتها وضمان تطورها؛ أما عن ثالث طرف فاعل خارجي تحدث عنه ميثاق الحوكمة هو الموردين ومقدمي الخدمات؛ أين تكون كل مؤسسة مساقة لتموين نفسها لدى الموردين وكذا اللجوء إلى مقدمي الخدمات. وعليه، فإن الاختيار الدقيق للموردين ونوعية العلاقات معهم تشكل خزان الإنتاجية القبلي لسلم قيم المؤسسة.

---

[1] – وهذا الميثاق كانت انطلاقته من انعقاد المؤتمر الدولي حول "الحكم الراشد للمؤسسات" بالجزائر في جوان 2007 النواة الأولى والذي تلاه فيما بعد تشكيل فريق عمل لحوكمة الشركات المكون من 8 أعضاء من القطاع الخاص، أين لاقت هذه الفكرة دعما من سلطات حكومية ممثلة في كل من وزارة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ووزارة المالية ووزارة العدل، وقد تم الاستناد بشكل أساسي في صياغة هذا الميثاق على مبادئ حوكمة الشركات المعتمدة من طرف منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية الصادرة في 2004، مع مراعاة خصوصية الشركات الجزائرية لتفعيل الدور التوعوي للمبادئ الإرشادية لحوكمة الشركات للمرور إلى اقتصاد سوق حديث وفعال، من شأنه أن يكون البديل لما بعد النفط، راجع: مدونة حوكمة الشركات في الجزائر، تتواجد على الموقع الرئيسي الالكتروني: http://www.fce.dz
من خلال الموقع الفرعي:http://www.algeriacorporategovernance.org
بالصيغتين العربية والفرنسية.

وعلى اعتبار أن مستلزمات اقتصاد السوق الحديث والمنطق التقني – الاقتصادي يحتم أخلقة المؤسسة لتصبح مؤسسة جوارية مكملة ولا يمكن فصل هذا الدور عنها، تم إيراد أخلقة العلاقات مع المنافسين على اعتبار أن المنافسة لا تقتصر على التخاصم حول حصص السوق وشرائح الزبائن لكسب ولائهم و إرضائهم، بل تمتد إلى كيفية التموين من عند الموردين ومقدمي الخدمات، وكذا توظيف الكفاءات التقنية أو التنفيذية، وعلى نطاق أوسع، صورة المؤسسة بالنسبة للآخرين. والعلاقات مع المنافسين، تتجاوز حالات الاضطرار للتعاون في إطار العمل والزمالة للتبلور في ترقية التشاور بشأن الانشغالات القطاعية المشتركة كالمنافسة الغير مشروعة، ومسائل أخلقة الممارسة التجارية. أما في الحالة الاستثنائية لوجود ثقافة مؤسسة طويلة الأمد، وجب التركيز كذلك على علاقة المؤسسة بالعمل، والعلاقة التي تربط العمال برب العمل، فالعمال يعتبرون كأطراف فاعلة خارجية. يعيّنون من سوق العمل ويربطهم بالمؤسسة عقد. وبعيدا من أن يكونوا مجرد مقدمي خدمات وممارسين في داخل المؤسسة، فإنه يجب على المؤسسة أن تعتبرهم "أول الزبائن" لأن قدرتها على تحقيق أهدافها تعتمد عليهم إلى حد كبير.

إن هذا المنهج الجديد للإدارة الرشيدة للمؤسسة الجزائرية يستوجب التركيز على الضبط وبدقة حقوق وواجبات ومسؤوليات الأطراف الفاعلة الداخليين والخارجيين عن المؤسسة، وعلاقاتهم المتبادلة بالنظر للطابع الاحترازي للأحكام المتخذة بهذا الاتجاه، مما قد يؤدي بالمؤسسة لتقليل العديد من المخاطر التي تهددها. مما يستوجب على المؤسسات الجزائرية أن تؤمن بأن مصلحتها في تبني ميثاق الحكم الراشد وأن المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الخاصة مطالبة، أكثر من ذي قبل، بأن تحصن نفسها ضد الصعوبات العويصة التي تعترضها بواسطة تبنيها لقواعد التسيير الشفاف والاستقرار والانضباط والصورة الحسنة.

ومن المؤكد، أن هذه الفوائد ستؤدي بالعديد من المؤسسات إلى تبني هذا الميثاق العملي، غير أن الميثاق الحالي لا يدمج المؤسسات ذات رأسمال عمومي، والتي تخرج إشكالية الحكم الراشد فيها عن نطاق الميثاق الحالي لأنها ترتبط بمقاربة خاصة تتوقف على الاستعمال الجيد للأموال العمومية.

وإذا ما تمّ إسقاط قواعد ميثاق الحوكمة الرشيدة على موضوع دراستنا "مسؤولية الشركة الأم تجاه الشركة التابعة لها" في المدونة الجزائرية لقوانين الأعمال، يتطلب التوجه نحو البحث عن هدف المشرع/الناظم الجزائري في سياسته التشريعية بين مقتضيات العولمة القانونية والتأثر بقواعد التشريع

الفرنسي[1]. وعلى اعتبار التشريع الجزائري موروث عن العهد الاستعمار انطلاقا من أن الجزائر واصلت العمل بالتشريع الفرنسي بعد الاستقلال، لاسيما الأمر الصادر في 30 جوان 1945 المتعلق بتنظيم الاقتصاد في فرنسا، الذي يمتد سريانه إلى الجزائر[2]، بل وحتى هذا التطبيق كان مشوشا في بداياته لا سيما بالنسبة لقوانين الأعمال، ولعل أبرز مثال على ذلك كان بالنسبة لتشريع المنافسة حيث كان هذا الأخير محصورا في مجال مراقبة الأسعار ومخالفات أخرى بسيطة، دون تطبيق لما له علاقة بتشجيع المنافسة ومحاربة الممارسات المقيدة لها والتمييز بين الممارسات الغير النزيهة concurrence déloyale والممارسات المنافية للمنافسة pratique anticoncurrentiel. ويدل هذا الموقف على أن المنافسة الحرة في الجزائر لم تكن محل اهتمام أو عناية من طرف السلطات العمومية، وربما كان ينظر إليها على أنها أداة مرادفة للاستغلال، ومتناقضة مع الخيارات السياسية والاقتصادية لذلك الوقت عن طريق المؤسسة العمومية الاقتصادية، وإعادة تعريف دورها في سياق المنافسة، وذلك بالمرور من الأشكال التقليدية للوصاية، الرقابة الإدارية والإشراف والتوجيه إلى دور جديد يتعلق بالتحكيم بين مختلف المصالح المتواجدة في السوق عن طريق الفصل بين دورها كمساهم ودورها كسلطة عامة ضامنة للنظام العام الاقتصادي ولمهام المرفق العام وحماية المستهلك.

إن اختيار الباحثة لهذا الموضوع، لم يأتي هكذا عفويا أو تلقائيا، بل استفزها عوامل وأسباب عديدة لدراسته.

<u>على الصعيد الشخصي:</u>

- حداثة الموضوع المتعلق بالتجمعات، خاصة ما تعلق منه بالتنظيم القانوني المستحدث المتضمن بتعمد لعدة أوجه قصور، الأمر الذي أدى إلى التفاوت بين الواقع والنصوص القانونية؛
- كما كان لميول الباحثة الشخصي، وارتياحها النفسي لكل ما يتعلق بموضوع تجمعات الشركات، بعدما بدا لها موضوعا شيقا ويكتنفه التجديد والتألق.
- ولقد ألقت الباحثة البحث المعمق في الموضوعات المتعلقة بتجمعات الشركات، بعدما تمرست فيها، من خلال معالجة احدى موضوعاتها كمذكرة ماستر معنونة ب: "علاقة الشركة الأم بالشركة التابعة في نظام الشركات المتعددة الجنسيات"، وكذا من خلال تجربتها كمحامية معتمدة لدى المجلس القضائي لناحية تلمسان.

[1] – سلامي خديجة، العولمة القانونية –الضبط الاقتصادي نموذجا، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12/العدد 01، 2020، ص.ص.297–308.

[2]- Loi n° 62 - 157 du 31 décembre 1962 tendant à la reconductions jusqu'à nouvel ordre de la législation en vigueur au 31 décembre 1962, JORA, n°2 du 11 janvier 1963.

على الصعيد الموضوعي:

- إبراز مجانبة المشرع الجزائري للصواب من خلال عدم تنظيمه الشامل لتجمعات الشركات على الرغم من المنافع التي تعود بها هاته الظاهرة الاقتصادية على الاقتصاد الوطني ككل.
- تبيان مدى انعكاس السياسة الاقتصادية التي تنتهجها الدولة الجزائرية على منظومتها القانونية.
- السعي لنشر الوعي الاقتصادي بين شرائح المجتمع عموما، والمؤسسات الاقتصادية خصوصا، حيث أرهب الباحثة الطابع العائلي وانغلاق الشركات والاعتماد على الشركات ذات الاعتبار الشخصي في الواقع العملي، ناهيك عن انضمام قلة منها لبورصة القيم المنقولة التي كان يصطلح عليها بورصة 15دقيقة كل 15 يوم (15/15).
- التعريف بتجمع الشركات باعتباره علم الهندسة المالية المتشعبة للشركات، في محاولة لشرح هياكله والأساليب المعقدة لتكوينه من خلال التمييز بالأخص بين عمليات بسط السيطرة على الشركات القائمة مسبقا؛ سواء الغير المدرجة في البورصة، وتسليط الضوء على أهم مقترحات ومشاريع القوانين (proposition et projet de loi) الفرنسية والألمانية، والقوانين الارشادية الأوروبية فقط في مجال مصادر قانون التجمعات –كيفية تنظيم هاته الظاهرة الاقتصادية–، وتبيان تطلعات علاقة التأثير والتأثر على المشرع والناظم الجزائري –بين القواعد الواردة في قوانين الأعمال والقواعد المأمولة–.
- تبيان المشكلات العملية التي تعترض الحماية الفعالة للمصالح الفئوية للمساهمين والدائنين الخارجيين عن التجمع على اعتبار وجود شغور تشريعي صارخ.

لا تريد الباحثة المبالغة في وصف الصعوبات التي واجهتها أثناء إعداد هذه الدراسة، لأنها بقدر ما كانت صعوبات، بقدر ما كانت حافزا لها لمواصلة البحث والاستمرار فيه وتذكر من بينها:

- الحداثة النسبية لموضوع الدراسة، حيث لم تشهد الجزائر، تنظيما قانونيا للتجمعات إلا في بداية عام 1975: حيث أثناء تفحص مجمل قوانين الأعمال يلاحظ قلة المواد القانونية المنظمة لتجمعات الشركات ونسبية مضمونها وتناثر جزء منها بين القانون الجبائي والمحاسبي وباقي فروع قانون الأعمال الأخرى. إلا أن هذه الحداثة تتأرجح من دولة إلى أخرى في الدول العربية والتي من بينها التشريع التونسي بالرجوع إلى المجلة التونسية المعدلة بالقانون رقم 17 لسنة 2001 المؤرخ في 6 ديسمبر 2001.

- نشير إلى أن الموضوع شحيح جدا بالنسبة لما هو معلوم في اللغة العربية عموما، وفي المراجع الوطنية خصوصا، لا من ناحية الفقه ولا من ناحية الاجتهاد القضائي،
- عدم توحيد الترجمة القانونية للمصطلحات التقنية الخاصة بالدراسة في المؤلفات العربية القليلة[1] والتي أبانتها أهم المؤلفات القانونية الفرنسية[2] :

«Contrôle effectif», «Contrôle de fait», «contrôle exclusifs», «contrôle conjoint», «konzern».

وتمت ترجمتها في بعض المؤلفات القانونية العربية المتميّزة والسباقة لطرح الموضوع على الفقه ومستسيغي القانون الجزائري ؛ بصفة أساسية عن زايدي أمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية (-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون الأعمال، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2013-2014)؛ والتي أجرت بحثها بمتابعة من الأستاذة سميحة القليوبي والتي تعد مَعلَمة من معالم القانون التجاري، أين أجرت دراستها بالتزامن مع تداول مجريات قضية تجمع خليفة في الجزائر، أين تم الكشف عن الرعونة في تسييره باعتبار بنك الخليفة بنك أعمال وشركة مسيطرة على التجمع وعلاقته بالشركات الأعضاء الأخرى ومسؤولية كل منها. ومع انهيار مجمع خليفة مع بداية الألفية الماضية وما خلفه من مآسي وخسائر زاد إصرار هاته الباحثة على اعتلاء البحث في خبايا هذا الموضوع واستخلاص نقاط الضعف الموجودة في القانون الجزائري واقتراح البدائل.

- كذا من الصعوبات الواردة في الدراسة الاختلافات البارزة في المنظومة القانونية الألمانية؛ **أولها** ما يتعلق بالقانون الألماني للشركات حيث نجده مقسم بين عدة مجموعات تشريعية؛ أولها هو القانون المدني الألماني [BurgerlichesGesetzbuch]، ما يختصر بالأحرف الأولى الدالة عليه BGB، المؤرخ في 18 أوت 1896 والذي نجد به تنظيم كل ما يتعلق بشركات الأشخاص

[1]- زايدي أمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية (-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون الأعمال، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2013-2014)، ص.ص.123 وما يليها؛

[2] - Jean Paillusseau, Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? J.C.P., 1971 ; id. Les groupes de sociétés, analyse du droit positif français et perspectives de réformes, Rev.Trim.dr.comm., 1972 ; id. La filiale commune et les groupes de sociétés, Rev.franç.de compt.1975, Litec, paris 1975 ; Claude champaud, le pouvoir de concentration de la société par actions, Sirey, paris, 1963 ; paillusseau Dominique aspects juridiques de la session de contrôle, mémoire de DESS et DJCE, RENNES, 1983 ; Maggy pariente, les groupes de société, paris, édition litec, 1993 ; Vanessa Desoutter, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemandeet le droit français des groups, AugsburgerStudienzuminternationalenRecht, Band 11, Peter Lang, 2012 ; Michael Bode, Le groupe international de sociétés : le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand, Publications universitaires européennes. Série II, Droit = European university studies , Series II, Law = EuropäischeHochschulschriften. Reihe II, Rechtswissenschaft, v. 5000

الغير ممارسة لأي نشاط تجاري. وتجدر الإشارة إلى أنه خلافا للتقنين الفرنسي، لا يتضمن القانون المدني الألماني أي أحكام عامة بشأن عقد الشركة؛ فهو ينظم فقط الشركات المدنية؛ أما عن المصدر الثاني لقانون الشركات فنجد القانون التجاري [H□ndel Gesetzbuch]، ما يختصر بالأحرف الأولى الدالة عليه HGB، المؤرخ في 10 مارس 1897، الذي دخل حيز النفاذ في 1 جانفي 1990. هذا الأخير يتضمن في الكتاب الثاني منه القواعد المتعلقة بشركات الأشخاص التي تمارس نشاطا تجاريا، بما في ذلك شركة التضامن [OffeneHandelsgesellscghaft] وشركة التوصية البسيطة [Kommanditgesellschaft] وشركة المحاصة [Stille Gesellschaft]. ولا يتضمن القانون التجاري أية أحكام أخرى متعلقة بالشركات، إلا فيما يتعلق بـــالفقرات من §238 مكرر إلى 339 منه، التي تعالج مسك وعرض الحسابات.أما عن المجموعة التشريعية الثالثة فتتألف من عدد من القوانين الغير مقننة. ترتبط بعضها بالشركات المدنية بالقانون المؤرخ في 25 جويلية 1994 [Partnergesellschaft]، ويرتبط الباقي بشركات الأموال التي تكتسب الطبيعة التجارية بغض النظر عن نشاطها؛ ومن بين القوانين الرئيسية في هذا الشأن أحدها المؤرخ في 20 أفريل 1892 المتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة [Gesellschaft mit beschrankterHaftung] وذلك المؤرخ في 6 سبتمبر 1965 المتعلق بالشركات ذات الأسهم [Aktiengesellschaft].وبذلك فإن الأحكام التشريعية المتعلقة بالشركات التجارية لم يتم إدراجها بعد في التقنين التجاري الألماني، مثلما فعلت فرنسا. أما عن ثاني أهم نقطة ينبغي التنويه إليها؛ ألا وهي اقتصار اكتساب الشخصية المعنوية على شركات الأموال لوحدها في التشريع الألماني من دون شركات الأشخاص. وتنقسم شركات الأموال إلى فئتين: الشركة ذات المسؤولية المحدودة [Gesellschaft mit beschrankterHaftung ou Gmbh]، التي تم تصورها منذ البداية كشركة مساهمة مبسطة هذا من جهة، ومن جهة أخرى الشركة ذات الأسهم [Aktiengesellschaften]، والتي تشمل فئتين فرعيتين، شركة المساهمة [Aktiengesellschaft ou AG] وشركة التوصية بالأسهم [KommanditgesellschaftaufAktien ou KGaA].نجد أنه تم تنظيم الشركات ذات الأسهم في التشريع الألماني للشركات ذات الأسهم [AKTG AKtiengesetiz]تم منذ قانون 30 جانفي 1937، الذي حل محله فيما بعد ذلك في تشريع 6 سبتمبر 1965 أين تم من خلال هذا الإصلاح التشريعي الألماني إلغاء الديباجة الطويلة الخاصة بالنهج الاشتراكي، فضلا عن تعزيز

الأحكام المتعلقة بمؤسسات التجمع (konzern / entreprise de groupe)؛ إلا أن أهم اختلاف تجدر الإشارة إليه أنه في شركة المساهمة في ألمانيا هو الاقتصار على نظام التسيير الثنائي بمعنى ذلك المشتمل على مجلس مديرين ومجلس مراقبة، ولا يعتمد على نظام التسيير الأحادي بمجلس الإدارة ورئيسه؛ على خلاف ما هو عليه الحال في فرنسا أين يتم اعتماد الاختيارين ما بين النظام القديم والحديث للتسيير. أما عن ثانيها فمتعلق بمصطلح (المادة Artikel / articles) الذي تم استبعاده مع ظهور التقنيات الألمانية الكبرى ويقابله مصطلح الفقرة (paragraphes) المتضمنة للبنود (alinéas/abs□tze)؛ أما عن تقسيم التقنين يكون انطلاقا من كتب (livers /bücher) ثم أجزاء (parties/teille) ثم أقسام (sections/abschnitte) وأقسام فرعية (sous–section / Unterabschnitte)[1].

أما عن حدود هاته الدراسة؛ فإنها تستبعد جانب الإشكالات التي يثيرها التجمع العبر دولي وقواعد القانون الدولي الخاص على اعتبار أن هاته الأخيرة تستلزمها دراسة منفصلة ومفصلة نظرا لاقتصار جل الفقه العربي على دراسة موقف القاضي الأوروبي في مثل هاته النزاعات بتحليل كينونة مقر الشركة التابعة أو الأم واقع على دولة منتمية للاتحاد الأوروبي أو منتمية للمنطقة الاقتصادية الأوروبية؛ فضلا عن ذلك لم يتم التطرق للتفصيل في شأن جباية تجمع الشركات.

اقتصرت الدراسة في هذا الصدد على علاقة التأثير والتأثر بين التنظيم التشريعي للظاهرة الاقتصادية –تجمع الشركات– وإسناد المسؤولية للشركة الأم تجاه شركتها التابعة، حماية لمصلحة هاته الأخيرة، من جهة، وبذات الوقت حماية المصالح الفئوية الخارجية عن التجمع، من مساهمين ودائنين. حيث اختصت هاته الدراسة بتقديم المستجدات والإضافات بشأن "المسؤولية في سياق التدخل في إدارة الشركة التابعة" ، على اعتبار أنه يقع العديد من الخلط واللبس لدى الدارسين القانونيين عند التطرق للتجمع القانوني ومماثلته "بالتجمع ذي المنفعة الاقتصادية" الذي نظم المشرع الجزائري طرق تشكيله وإدارته...وما إلى ذلك من آليات[2]، غير أن الأصح هو اقتصار المعالجة التشريعية الجزائرية،

[1] -cf. Julia Redenius-Hoevermann, La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand, LGDJ, DL 2010 ; aussi ; Michel Fromont ; Jonas Knetsch, Droit privé allemand, Issy-les-Moulineaux : LGDJ une marque de Lextenso, DL 2017.

[2]– لقد عنونه المشرع الجزائري تحت مسمى "التجمعات" التي تم استحداثها بموجب المرسوم التشريعي رقم 93–08 المتضمن القانون التجاري المعدّل والمتمم (ج.ر.ع. 27 مؤرخة في 27 أفريل 1993،ص.3)، وإدراجه في نصوص القانون التجاري الجزائري بالمواد 796 إلى 799 مكرر 4، في الفصل الخامس من الباب الأول من الكتاب الخامس المتعلق بالشركات التجارية، أين تتماثل هاته الأحكام مع ما هو مُستساغ من

والفرنسية فقط لموضوع التجمع الفعلي من خلال مفاهيم الهندسة المالية فقط ، وبذلك الاقتصار على المعالجة التشريعية لطرق تشكيل التجمع الفعلي، مما أدى بنا إلى إتيان المعالجة المقارنة التشريعية السباقة والمتفردة للتجمع القانوني المدرجة بالتشريع الألماني للشركات ذات الأسهم، فهذا الأخير قام بتنظيم إدارة تجمع الشركات والتي على أساسها قام بالتفرقة بين هذين الهيكلين، والتي على إثرها طرحنا مستجدات تمايز طرق التدخل المسموح بها تجاه الشركة التابعة وحدود ذلك، من خلال ما يعبّر عنه ب ""إمكانية إرشاد إدارة الشركة التابعة بتوجيهات غير الزامية" في سياق التجمع الفعلي **نسبة للمصطلحين المقابلين لها بالفرنسية والألمانية** (Veranlassung / incitation) التي تخضع لمنظومة قانونية خاصة تختلف عن منظومة التجمع القانوني(Vertragskonzern)، فهاته الأخيرة يخوّل المشرع الألماني من خلالها **سلطة استصدار تعليمات الزامية بصورة منتظمة تجاه إدارة الشركة التابعة** والتي يقابلها المصطلح الفرنسي (pouvoir d'injonction).

ومنه تطرح الإشكالية الرئيسية المحتكم إليها قيد هذه الدراسة:

هل يؤدي تنفيذ سياسة تجمع الشركات المخطط بها من جانب الشركة الأم من قبل شركتها التابعة إضرارا بالمصالح الفئوية الخارجية عن التجمع إلى قيام مسؤولية الشركة الأم جنبا إلى جنب مع شركتها التابعة أو إحلال لمسؤولية الأولى بدلا عن الثانية سواء في سياق المسؤولية التقصيرية أو حتى المسؤولية العقدية تجاه أصحاب المصالح الخارجية عن التجمع؟

وهو الأمر الذي يحيلنا إلى التساؤلات الفرعية:

ما مكانة فكرة الخطأ في المسؤولية المدنية المسندة للشركة الأم عن أفعال شركتها التابعة؛ هل تكيف على أنها مسؤولية موضوعية أم مسؤولية خطئية متأرجحة بين الخطأ الواجب الإثبات والخطأ المفترض؟ مما ينعكس بالضرورة على إمكانيات دحض المسؤولية وقواعد عبء إثباتها؟ ثم كيف يتم تطبيق وتنفيذ النظريات الاقتصادية أو التحليل الاقتصادي لظاهرة تجمع الشركات عبر القانون؟ ومنه التساؤل المطروح دوما لدى الدارس القانوني بشأن ما إذا كان القانون خادما للاقتصاد؟

تستند الدراسة على المناهج التالية:

قبل المشرع الفرنسي من خلال الأمر 67-821 تحت مسمى "التجمع ذي المنفعة الاقتصادية" من خلال المواد من L.251-1 وما يليها من القانون التجاري الفرنسي، إلا أن المشرع الفرنسي أضاف إمكانية إنشاء هذا النوع من التجمعات بين الأشخاص الطبيعية.

راجع: عبد الوهاب بموسات، محاضرات ألقيت على طلبة السنة أولى ماستر تخصص قانون الأعمال لمقياس "تجمع الشركات"، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان-، 2011-2012

- المنهج المقارن: ذلك بعقد المقارنات: رأسية وأفقية، على غرار البحوث الحديثة فتطرقنا إلى القانون الفرنسي والألماني وفي بعض المواقع إلى قوانين لدول أخرى، ونشير إلى أننا في خضم تحرير الأطروحة قمنا بالكثير من الترجمة الفعلية لمختلف اللغات.

- المنهج التاريخي والوصفي: وذلك من خلال بحث جوانب تاريخية للمسائل محل البحث إذا كان قد سبق طرحها من خلال أحكام القضاء والتنظيمات التشريعات بداية بمشاريع وحتى مقترحات القوانين.

- المنهج التحليلي والاستقرائي: ذلك باستنباط النتائج من خلال المقارنة والبحث التاريخي لتطور الفقه والتشريع والقضاء لنصل إلى سبب النقص التشريعي القائم، ومن ثم نبدأ ببحث التشريع القائم أو الوضع القانوني النافذ والساري لنصل إلى مجانباته للصواب مبدين الملاحظات حول ما يجب أن يكون عليه الحل القانوني باقتراح الحلول أو استيقائها من القوانين النافذة في الدول الأخرى.

وينبغي التنويه أن المنهج التحليلي كان بالضبط عبر التحليل الاقتصادي للقانون بحيث نقوم دائما بتحليل الظاهرة من الناحية الاقتصادية ثم نتطرق ونعكسها من الناحية القانونية، مع الإشارة إلى أن هذا المنهج كان جزءا من موضوع الأطروحة وليس شكلا لها فقط.

وعلى إثر ما سبق سوف نحاول الإجابة عن كل التساؤلات المطروحة من قبل عبر الخطة التالية:

الباب الأول: التنظيم التشريعي لظاهرة تجمع الشركات

الباب الثاني: مرتكزات الاجتهاد القضائي البريتوري في اسناد مسؤولية الشركة الأم

الباب الأول: التنظيم التشريعي لظاهرة تجمع الشركات

الباب الأول: التنظيم التشريعي لظاهرة تجمع الشركات

مع انعدام وجود تنظيم قانوني شامل لتجمعات الشركات في فرنسا والجزائر، تم إخضاع تكوينها للقواعد العامة للقانون التجاري وبذلك تدخل المشرع، على مستوى الشركات المكونة للتجمع، لوضع قواعد محددة من أجل مراقبة هذه الكيانات بشكل أفضل. ومن ثم أوضح المقصود بكلمة "شركة تابعة" و "مسك مساهمات" و"الرقابة"، فضلا عن تبيان النظام المطبق على هذه العمليات، ضف لذلك أن القواعد التي أفردت في شأن الشركات المسعرة لقيمها المنقولة بالبورصة المنتمية لتجمع الشركات تخضع لقواعد أكثر صرامة وتقييد من حيث فرض إعلان تجاوز العتبة في القيم المنقولة الممسوكة في الشركات المسعرة لقيمها. كل ذلك مع ضرورة توافق قواعد تكوين التجمع بالنسبة لدولة كفرنسا منتمية لاتحاد أوروبي مع القوانين الارشادية والأنظمة، المتلائم مع هامش المناورة التشريعية الذي يمكن أن تتخذه الدولة بما يتماشى مع اقتصادها الوطني؛ سواء ، تنظيم المساهمات المتقاطعة، على اعتبار أن هكذا حالات ستنطوي على الزيادة المصطنعة في الأصول الظاهرة للشركات المعنية، وبذلك يخض لتنظيم تقييدي للغاية، بهدف تجنب أو على الأقل الحد من صورية رأس مال الشركة وانسداد الجمعية العامة؛ أو حتى عند تنظيم الرقابة الذاتية حتى لا تمارس حقوق التصويت لمالك الرقابة ضمن الجمعية العامة للشركة التابعة. كل ذلك مع تبني مقاربة عرضية متشعبة تختص بإيضاح تقنيات توحيد الحسابات، وضعية العمال مع اللجان التشاورية في فرضية التسريح لأسباب اقتصادية، المطالبة بالخبرة في التسيير، رقابة صحة عمليات التركيز الاقتصادية، وما إلى ذلك من أساليب تضمن السير الحسن للتجمع.

في حين أن المشرع الألماني اتخذ توجها تشريعيا مغايرا تماما، بنصه على تنظيم العقود المبرمة بين المؤسسات ذات الصلة أو بالأحرى بين شركات التجمع، الأمر الذي أدى إلى حتمية إعادة النظر في السياسة التشريعية المتخذة قبلا على مستوى دول الاتحاد الأوروبي المتبنية لتقنية أقلمة القواعد العامة الموجودة !

وانطلاقا مما سبق عرضه سيتم التطرق في المقام الأول لتحديد ماهية تجمع الشركات، وماهية آثاره القانونية. ونتيجة ذلك، سيتم استعراض الطريقة التي تم بها تنظيم العلاقات داخل التجمع بين مؤسساته. سيتعلق الأمر بفحص مختلف المصادر القانونية التي تحكم العلاقات في التجمع وخارجه (الفصل الأول). الأمر الذي سيتيح استنباط المسار الذي يتبعه المشرع سواء في مقاربة تشريعية شاملة أو متشعبة، بمعالجة الصعوبات القانونية الخاصة التي يثيرها التجمع. ويبدو من الضروري فهم منطق

المقاربات التشريعية الوطنية للتجمع، من أجل القدرة فيما بعد لتحديد الأساس المنطقي التأصيلي لوجود مختلف الآليات المدرجة لحماية المصالح الفئوية المهمشة بوجود فرضية التجمع (الفصل الثاني).

الفصل الأول: مصادر قانون التجمعات بين الثبات والعرضية التشريعية

الفصل الأول: مصادر قانون التجمعات بين الثبات والعرضية التشريعية

إن تشكيل تجمع ما يجلب معه عددا من الصعوبات القانونية، والتي يتمثل جوهرها في أن التجمع يؤدي إلى تفاوت وتعارض بين المصالح المعنية. فلا تضاف فقط مصلحة التجمع لمختلف المصالح الاجتماعية للشركات المساهمة في التجمع بل يضاف أيضا حيازة ومسك كل أو جزء من الرأس مال الاجتماعي من قبل كيان آخر، ما يمنحه سلطة ممارسة النفوذ أكثر أو أقل قوة تبعا لنسبة المساهمة المالية والظروف المحيطة باجتماعات الجمعيات العامة أثناء المداولات التي تتيح تفضيل مصالحه الخاصة. وينتج عن ذلك وجود خطر تضارب المصالح الذي يتعين على الحقوقي حله. ولقد وصف C.Hanon طبيعة المبادرة التشريعية المتبعة بصدد قانون التجمعات؛ بأن "الأمر يتعلق بتقنية ضمنية للتوفيق و التنسيق بين مختلف الفئات من المصالح المعنية بهذه الممارسة. تتأرجح في ظل القانون الوضعي بين حماية المصالح الخارجية وتعزيز مصلحة التجمع....."[1].وعلى إثر ذلك، فإن سبب وجود قانون التجمعات يكمن في إعادة التوازن بين مختلف المصالح المعنية. فالمهمة تظل صعبة على اعتبار أنه للقيام بتحقيق ذلك، ينبغي عدم إعاقة أو عرقلة تطور وسير التجمع الذي يشكل أسلوب تنظيمي أساسي لا غنى عنه لبلورة القدرة التنافسية الاقتصادية ونجاعتها. وقد عرض على إثر ذلك نوعان من المقاربات التشريعية لتوجيه مختلف المصالح المعنية في تجمع ما، الأولى ترتكز على إمكانية اعتبار الآليات الكلاسيكية للقواعد العامة قادرة على تلبية الحماية الكافية للمصالح التي تهددها وضعية التجمع. وبالتالي، فإن اللجوء إلى آليات القواعد العامة، سواء تلك الواردة في قانون الشركات، قانون العقود، قانون الضرائب وما إلى ذلك، من شأنها توفير الحماية الكافية للمصالح المعرضة للخطر. هذا الطرح لا يتعارض مع إمكانية تكييف وتعديل وأقلمة محتملة للقواعد العامة لجعلها تراعي بشكل أفضل خصوصية علاقات التجمعات (المبحث الثاني).

أما البديل عن هذه المقاربة التشريعية سيكون على العكس من ذلك، وضع منظومة قانونية أنشئت واستسيغت خصيصا لتنظيم العلاقات بين الشركات التي تنتمي إلى نفس التجمع. عن طريق إدخال آليات قانونية حمائية خاصة للمصالح التي من المرجح أن يتم تهميشها في فرضية التجمع. وهو المعمول به في سياق إصلاح القانون حول الشركات ذات الأسهم الألماني(Aktiengesetz–Aktg) في عام 1965

سيتعلق الأمر بعرض الطريقة التي احتكم إليها بكل من المنظومة الفرنسية والألمانية، على التوالي، لمعالجة التجمع، وبالأخص الوسائل المنصوص عليها، لتجنب وقع تضارب في المصالح، والذي يبدو

[1].Claude Witz, Le droit allemand in : Collection: Connaissance du droit, Dalloz,3e édition, Paris, 2018, p.200.

مستحيلا، وبذلك فإن إقامة نوع من التوازن على الأقل بين المصالح المعنية إن كان ذلك ممكنا(المبحث الأول).

المبحث الأول: أقلمة ثبات التشريع الألماني والنشاط الاقتصادي لتجمعات الشركات

انطلاقا من شرط الثبات التشريعي المعروف لدى معظم الدارسيين القانونيين المعمول به في إطار القانون الدولي حماية للمصالح المشروعة للمستثمرين المتعاقدين مع الدولة المضيفة، حتى يتفادى الطرف الأجنبي صدور قواعد تشريعية جديدة تمس مصالحه الاقتصادية. واستناد على هذا المبدأ انطلقت الدراسة وتم إسقاط نفس النهج المستتبع للتنظيم التشريعي الشامل للظاهرة الاقتصادية المتمثلة في تجمع الشركات الأمر الذي تحقق من خلاله موازنة بين مصلحة الشركات التابعة وكذا المصالح الفئوية المضامة بها من مصلحة العامل، المساهمين، الدائنين الخارجيين من ناحية، ومصلحة التجمع من جهة أخرى. وبطريقة أخرى أقلمة المبادئ المكرسة في قوانين الأعمال ومن أهمها "المبدأ الثابت: الاستقلالية والفصل بين الشركات التجارية". كان الهدف الرئيسي الذي سعى المشرع الألماني إلى تحقيقه في عام 1965 من خلال اعتماد قانون الشركات ذات الأسهم[1]، هو وضع آليات قانونية تتيح الاستجابة بطريقة موحدة وغير مرتبطة بكل حالة على حدة؛ على الصعوبات القانونية الخاصة التي تثيرها العلاقات داخل التجمع. وتكمن الفكرة في التدخل فقط في الحالات التي لا تسمح فيها القواعد العامة بالوصول إلى حل مقبول. وبعبارة أخرى، فإن القصد من قانون التجمعات، من وجوده وتطبيقه على حد سواء فقط في الفرضية التي لا تعكس فيها القواعد العامة أي مراعاة لتعقيد العلاقات داخل التجمعات، وتؤدي إلى حل مغاير للواقع وبالنتيجة، تضليلي وغير منصف.

فاعتماد ألمانيا لمنظومة قانونية شاملة للتجمعات من خلال تخصيص جزء وارد في القانون الألماني للشركات ذات الأسهم؛ على اعتبار أنها الأولى في تنظيم هذه الظاهرة والتي بقيت حتى ذلك الحين من اختصاص الاقتصاديين، يجعل منها النموذج التشريعي الاستثنائي عن باقي الدول الأخرى للاتحاد الأوروبي. ولذلك فمن المهم عرض هذه المنظومة القانونية الخاصة التي تم سنها بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم تجاه الشركات التابعة ذات الأسهم (المطلب الأول) قبل التطرق للنظام القانوني

[1]– قانون الشركات ذات الأسهم المؤرخ في 6 سبتمبر 1965، جريدة رسمية 1 ، ص 1089.

المطبق على الشركة ذات المسؤولية المحدودة (Gmbh) على اعتبار أن هاته الأخيرة ظلت خاضعة لفراغ قانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اعتماد الرؤية الاقتصادية عند استساغة قانون الشركات الألماني لعام 1965

إن طبيعة المنظومة القانونية التي أدرجها المشرع الألماني لعام 1965 هي نتيجة استباقية منبثقة عن جِدّة الطروحات والجدالات الفقهية المتعلقة بالتجمع وآثاره الملحوظة في الواقع التطبيقي في ذلك الوقت في ألمانيا والتي تتسم بشكل أخص بعكس الاتجاه الفقهي الذي أخذ موضع المناقشات البرلمانية قبل اعتماد اصلاح قانون الشركات ذات الأسهم عام 1965. وبذلك ارتكز على حماية مصالح معينة، التي اعتبرها الرأي الفقهي المعمم سابقا على أنها حماية ضعيفة بشكل خاص في وجود التجمع، وعلى إثر ذلك، فإن المعالجة الفضلى للنظام المعتمد من قبل المشرع الألماني لعام 1965 تتم من خلال العرض التقديمي لأصله التاريخي (الفرع الأول). وسيكون من الضروري في وقت لاحق التطرق لمجال تطبيق تدوين قانون التجمعات المدرج في القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، على اعتبار أه من الخطأ الحديث عن تدوين كلي لقانون التجمعات (فرع ثاني).

الفرع الأول: التأصيل التاريخي للتدوين

إن جوهر المنظومة القانونية يرجعنا بشكل لا محالة لسياقها التاريخي وإذا تم قياس فعالية المنظومة القانونية بقدرتها على استمرارية نفاذها دون إلغائها بمنظومة أخرى لاحقة، وبقدرتها على التكييف مع التطورات المستقبلية، فإن السياق التاريخي الذي اعتمدت فيه المنظومات القانونية يترك حتما بصماته. ولا يزال تدوين قانون التجمعات يتسم بالتحليل الغير الناضج للحقوقيين فيما يتعلق بهذه الظاهرة الاقتصادية الحديثة. وقد جرت المناقشات الأولى بشأن التدوين عندما لم يكن الحقوقيين قد استوعبوا بعد ظاهرة التجمع؛ أين لاقت القليل من الجدل من قبل فقهاء القانون، حتى انعكس ذلك على الطرح الاستساغي لمقترحات ومشاريع القوانين، الذي افتقر إلى التحليل المعمق مما أدى إلى تراجع ملحوظ في القبض على إجمالي جوانب هاته الظاهرة الاقتصادية الحديثة (أولا). وبالرغم من أوجه القصور الواردة في التدوين، فإن له مع ذلك ميزة السعي نحو ضمان توفير قدر من الحماية للمصالح المهمشة في ظل فرضية التجمع من دون التشكيك في الأسس القانونية التي كان يقوم عليها قانون الشركات (ثانيا).

أولا: تدوين ضحية طابعه الطليعي والاستباقي

إن طبيعة المنظومة القانونية التي أدرجها المشرع الألماني لعام 1965 هي نتيجة استباقية ومستجدّة للطروحات والجدالات الفقهية المتعلقة بالتجمع وآثاره الملحوظة في الواقع التطبيقي في ذلك الوقت في ألمانيا(1)، أين ارتُكز على حماية مصالح معينة اعتبرها الرأي الفقهي المعمم سابقا على أنها حماية ضعيفة بشكل خاص في ظل فرضية التجمع لذلك ظلت أهداف المنظومة القانونية الجديدة قائمة على أهداف ذات حد أدنى بشكل نسبي (2).

1-السياق التاريخي لاعتماد تدوين القانون الألماني للشركات ذات الأسهم

برزت في ألمانيا ظاهرة التجمع في مرحلة مبكرة من فترة الملاءة المالية التي تلت الحرب الفرنسية-الألمانية في بداية القرن العشرين. وظلت متجاهلة إلى حد كبير من قبل الحقوقيين[1]. وبعد موجة بروز التركيزات الاقتصادية، أدت أزمة العشرينيات من القرن العشرين إلى الوعي بالمخاطر المرتبطة بظاهرة التركيز الاقتصادي[2]. وهكذا تم جذب الجدل الفقهي القانوني لأول مرة للاهتمام بظاهرة التجمع[3]، للوقوف عند استخدام الشركة رأس التجمع لمساهمتها المالية في واحدة أو أكثر من الشركات الأخرى المكونة للتجمع لتلبية مصالحها الخاصة على حساب المصالح الأخرى. إلا أنه، ظلت الصعوبات الرئيسية التي تطرحها حالات وفرضيات التجمع، مطروحة بصفة أساسية من قبل القضاء الألماني[4]. وفي ضوء إصلاح القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، بادر وزير العدل، في نهاية العشرينيات من القرن العشرين، بتحرير قائمة من الأسئلة لتسليط الضوء على المشاكل القانونية المختلفة التي أثارها التجمع[5]؛ وكان من بين الأسئلة المطروحة، السؤال الحاسم عن مدى استصواب المنظومة القانونية الخاصة بالتجمع أو خلافا لذلك مدى تفضيل الحلول القضائية المتمايزة (solutions casuistique). وإن الجوانب المعالجة كانت تغطي مجال واسع نسبيا على اعتبار أن الصعوبات التي

---

[1]. V.emmerich und M.habersack, konzernrecht, 8 èmeéd., Munich 2005, p.8.

[2]- R.SINAY, Vers un droit des groupes de sociétés –l'initiative allemande et le marché commun- D.1967, p.70.

[3]. Michel Fromont et Alfred Rieg, Introduction au droit allemand : République Fédérale, in Les systèmes de droit contemporains ; t. 1. Les fondements. -- t. 2. Droit public. Droit pénal. -- t. 3. Droit privé, 1. éd..,édi. Paris: Cujas, 1977, t. 1, pp. 229-239.

[4] - André Rolland, Groupe de sociétés / Suspension provisoire des poursuites / Résolution du plan d'apurement collectif du passif / Date de la cessation des paiements / Liquidation des biens., Revue Judiciaire de l'Ouestv1 n°2, 1977, p.p.94-102.

[5] - des extraits de cette liste sont publiés dans : R.SINAY, Le droit des groupes dans le projet de statut des sociétés anonymes européennes, gazette de palais, 1968, I, chr.118.

لها صلة بكل من الشركة الأم والشركة التابعة ثم ذكرها على التوالي. وعلى هامش هذا التشاور النظري، كانت المنظومة القانونية الألمانية للشركات ذات الأسهم قد تم اعتمادها في أوائل 1930 [1]. والذي كانت تجسيد لانبثاق أول بالأحكام القانونية المتعلقة بالتجمع. وإن المصطلحات "شركة منتمية لتجمع" (konzergesellschaft)(الفقراتa),261 (a 260,246 و (d وd') "مؤسسة تابعة" « entreprise dépendante » بالفقرة 240 a) التي تم إدراجها بصورة مستحدثة في القانون التجاري الألماني (Handelsgesetzbuch–HGB). وإن إصلاح القانون الألماني للشركات ذات الأسهم في عام 1937 قد أكد هذه المبادرة التشريعية في تنظيم قانون التجمعات من خلال إيراد المشرع الألماني بالفقرة 15 من القانون السابق الذكر للتعريفات القانونية العامة والمجردة لكل من مصطلحي "التجمع" «Kozern» «groupe» و"المؤسسة المنتمية لتجمع"(konzernunternehmen). ومع ذلك، لم يتم وضع أي مقاربة تشريعية شاملة ناظمة لجميع الإشكالات التي تطرحها هاته الظاهرة الاقتصادية، فلم يتم إلا تسوية وتنظيم بعض الجوانب ذات الصلة على نحو جزئي[2].

وقد تم عرقلة هذا المجهود في مراعات الإطار التشريعي الشامل لتجمعات الشركات في بداية الحرب العالمية الثانية، من بعد ذلك بسياسة إلغاء تركيز الحلفاء التي تلتها. إلا أن هذه الأخيرة فقدت بسرعة حدّتها، مما سمح باستئناف حركة التركيز الاقتصادي في منتصف الخمسينيات؛ وإن المشرع الألماني قد رافق هذه الحركة باعتماد قوانين حول تحويل الشركات لعامي 1956[3]و 1969[4]، والقانون بشأن الضريبة المطبقة على تحول الشركات لعام1969[5]. وفيما يتعلق بهذه النقطة الأخيرة، تجدر الإشارة إلى أن الجانب الضريبي للعلاقات بين شركات التجمع كان أحد الأسباب الأولى لوضع منظومة قانونية خاصة بالتجمع، حيث كانت انشغالات المشرع بصفة أولية، ضريبية. وهذه النصوص تسهل تشكيل التجمع من خلال منحه نظام ضريبي تطبيقي تفضيلي لصالح تطور التجمع في ألمانيا[6].

[1]- Règlement du Reichspräsident sur le droit des sociétés par actions du 19 septembre 1931, journal officiel de l'empire p.439.

[2]. Michel Fromont et Alfred Rieg, Introduction au droit allemand : République Fédérale, in Les systèmes de droit contemporains ; t. 1. Les fondements. -- t. 2. Droit public. Droit pénal. -- t. 3. Droit privé, 1. éd..,édi. Paris: Cujas, 1977, t. 1, pp. [229]-239.

[3]- Loi sur la transformation de sociétés (Umwandlungsgeset-UmwG) du 12 novembre 1956, journal officiel de la république fédérale d'Allemagne p.844.

[4]-Loi sur la transformation de sociétés (Umwandlungsgeset-UmwG) du 6 novembre 1969, journal officiel de la république fédérale d'Allemagne p.2081.

[5]- loi fiscale (Steuergesetz) du 14 aout 1969, journal officiel de la république fédérale d'Allemagne p.1163, réformé par la loi du 6 septembre 1976, j.o.a. p.2641.

[6]- Barbara Kunz, L'Allemagne sur la scène internationale : enquête de stabilité dans un monde qui change, Collection: Espaces politiques, Presses universitaires du Septentrion, 2017, p.112.

هذه الإصلاحات الجديدة تنعكس بدورها على التوجهات الفقهية المتعلقة بالوضع القانوني لظاهرة التجمع. فمسألة الإصلاح الشامل للنظام القانوني المطبق على التجمعات لصالح إنشاء قانون حقيقي للتجمعات، يصل حتى إلى البث في الصعوبات المتأصلة عن التجمعات، والذي كان أمرا محل نقاش وجدل شديد في الفقه[1]. وإن الحكومة، حيث قد صاغت في جزء من مشاوراتها، قائمة من الأسئلة المتعلقة بالوضع القانوني للتجمع، وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من أن الأسئلة الواردة في هذه القائمة تغطي جميع الصعوبات التي أثارها التجمع، فإن منطلقات الجدل في الفقه كانت أقل شمولية بكثير. وارتكزت الآراء على جوانب عرضية وجزئية وأحادية البعد عن وضع التجمع.[2]

هذه المعالجة التشريعية للتجمع كانت تنذر بالنطاق المحدود نسبيا للتدوين المستقبلي، وكانت المقترحات التنظيمية المستقبلية عديدة ومتنوعة على حد سواء. ومع ذلك فإن معظم المقترحات اجتمعت حول فكرة الاعتراف بمشروعية التجمع مع ضمان الحفاظ على مصالح الشركة التابعة، مساهميها ودائنيها. كانت الاختلافات تكمن في الكيفية والطريقة التي يمكن من خلالها حماية هذه المصالح بشكل أفضل دون تغيير نشاط التجمع.[3]

وأدى هذا العمل التحضيري الطويل أخيرا إلى اعتماد القانون الجديد للشركات ذات الأسهم في عام1965[4]، الذي أثر بعمق على قانون الشركات ذات الأسهم. وقد كرس هذا القانون كذلك جزءا محددا لحالات التجمع، بالفقرات 291 وما يليها من الكتاب الثالث بعنوان "المؤسسات ذات الصلة" «(verbundeneunternehemen) «les entreprises liées. ووفقا للتوقعات في ذلك الوقت، فإن المشرع قد اختار تدوين قانون التجمعات، وتخلى عن الأحكام القانونية العرضية السابقة الادراج في القانون القديم المتعلقة بالتجمع لصالح المنظومة القانونية الشاملة الذي يهدف إلى تنظيم العلاقات داخل التجمع وضمان التوازن بين مختلف المصالح المعنية، وقد تمت الإشادة بالجهد المبذول في وضع المقاربة الشاملة لقانون التجمعات في ألمانيا من قبل جل مجتمع الحقوقيين الدولي بأسره[5]. وقد أدت

[1]- JEAN PAILLUSSEAU, faut-il en france un droit des groupes de sociétés, JCP.1971 ; A.PETIT PIERRE SAUVAIN, droit des sociétés et groupes de sociétés, genève 1972 ; CLAUD CHAMPAUDE, contribution à la définition du droit économique, d.1967 ; JENNIFER PAYNE, Takeovers in English and German Law, Hart Publishing, 2002, p.33 et s.

[2]- JENNIFER PAYNE, ibid.,p.37 et s.

[3]- Michel Béjot, La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne, Bruxelles : É. Bruylant, 1976, p.19.

[4]- Loi sur les sociétés par actions (AKTIENGESETZ) du 6 septembre 1965, journal officiel de la république fédérale d'Allemagne, p.1089.

[5]- Michel Menjucq, Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés in : Collection : Thèmes et commentaires . Actes, Paris : Dalloz, 2010, p.144 ; voir aussi, Yves Chaput, La direction des sociétés anonymes en Europe : vers des pratiques harmonisées de gouvernance? : étude du Centre de recherche sur le droit des affaires in : Collection: Droit des affaires, Paris : Litec, 2009, p494.

ألمانيا دورا رياديا حقيقيا في هذا المجال لأنها كانت أول من يخاطر بتدوين ظاهرة معقدة وغير متجانسة مثل التجمع. هذا التقدم القانوني الذي أثنى عليه كثيرا في الخارج وفي فرنسا، قد أخفى مع ذلك بعض النقائص التي تخللت القانون الألماني، والتي سرعان ما واجهها الفقه والقضاء الألماني. والواقع أن الأعمال التحضيرية المكثفة قد حالت دون قدرة الحقوقيين على القبض على الصعوبات القانونية التي أثارها التجمع برمته. وقد ثبت أن المنظومة التي أدرجت بالقانون الألماني الشركات ذات الأسهم لعام 1965 غير كاملة ويتخللها شغور.

2- تدوين ذو حد أدني من الأهداف

كان الهدف الرئيسي الذي سعى المشرع إلى تحقيقه في عام 1965 هو وضع آليات قانونية تتيح الاستجابة بطريقة موحدة وغير مرتبطة بكل حالة على حدة؛ على الصعوبات القانونية الخاصة التي تثيرها العلاقات داخل التجمع. والفكرة كانت تكمن في التدخل فقط في الحالات التي لا تسمح فيها القواعد العامة بالوصول إلى حل مقبول. وبعبارة أخرى، فإن القصد من قانون التجمعات، من وجوده وتطبيقه على حد سواء فقط في الفرضية التي لا تعكس فيها القواعد العامة أي مراعاة لتعقيد العلاقات داخل التجمعات، وتؤدي إلى حل مغاير للواقع وبالنتيجة، تضليلي وغير منصف.[1]

وفيما يتعلق بمفهوم التجمع الوارد منحه من قبل الحقوقيين الألمان، فينبغي الإشارة إلى أنه حتى ولو كانوا على علم بالمخاطر التي يمكن أن تجسدها هيكلة التجمع، فكان من المتفق عليه في الفقه بأنه لا توجد حاجة إلى تضخيم صعوبة ظاهرة التجمع واعتبارها مستعصاة من ناحية المعالجة القانونية، الفقهية والقضائية[2]. وبالتالي فإن الإصلاحيين الألمان لا يسعون إلى العقاب أو عرقلة تشكيل التجمع. إن الغرض كان يكمن في سن منظومة محايدة (règlementation neutre) فيما يتعلق بهذه الظاهرة. فمن ناحية، كان هناك حاجة إلى دعم ظاهرة التركيز الاقتصادي التي لم يطعن في مزاياها وفوائدها على الاقتصاد الوطني والدولي. ومن ناحية أخرى، ينبغي ألا تكون لظاهرة التركيز الاقتصادي عواقب سلبية على فئات معينة من الأشخاص المنتمين للتجمع. ولذلك فإن الهدف الذي يتعين تحقيقه، كان متمثلا في تحقيق التوازن بين المصالح الموجودة في التجمع.

ومع ذلك، فإن هذه المهمة، بدون أن تكون مستحيلة، هي أقرب إلى أن تكون إرهاص حقيقي في سياق فرضية التجمع الذي تلتقي فيه مصالح كل كيان اقتصادي منتمي إليه، ومصالح مساهمي ودائني

[1]- Houin Roger, Le Problème d'Interprétation dans le Droit, Synthese, Jun 1, 1959, Vol.11(2), p.218.
[2]- voire les motivations du projet de loi in JEAN PAILLUSSEAU, droit de la concentration – les structures et le fonctionnement des entreprises, D.E.A droit des affaires, n°1.

التجمع، وكذا مصالح الدائنين والمساهمين الخارجين أو بعبارة أخرى المساهمين والدائنين للشركة التابعة الذين لا ينتمون في الوقت ذاته، لفئة مساهمي ودائني المؤسسة المهيمنة.[1]

ونظرا لحدة الصعوبات وعدم الإلمام بالمعرفة التامة بظاهرة التجمع بسبب طبيعتها الحديثة نسبيا، فإن المشرع الألماني، وبالرغم من الخطوات التشريعية القليلة والمبكرة التي اتخذها مسبقا، كان مجبرا على الاكتفاء بمنظومة قانونية معيبة وغير مكتملة.[2]

وبالفعل، نظرا لعدم المقدرة على وضع مقاربة تشريعية شاملة تتيح حل جميع الصعوبات القانونية التي يثيرها التجمع، فإن المشرع قد عمد الاحتكام على مقاربة تشريعية ذات حد أدنى.[3]

حد أدنى مفاده أن تدوين قانون التجمعات ليس إلا جزئيا لأنه لا يطبق وبصفة صريحة إلا على الحالات التي يكون فيها الكيان التابع متخذ لشكل شركة ذات أسهم (Aktiengesellschaft–AG) أو شركة ذات توصية بالأسهم (Kommanditgesellschaftaufaktien–KGaA)[4] ، على الرغم من أن الشائع كذلك في الممارسة العملية هو استخدام أشكال أخرى من الشركات لتشكيل التجمع.[5]

حد أدنى أيضا بسبب المجال التقييدي الشديد لتطبيقه. حيث اقتصر المشرع الألماني على وضع قواعد حمائية ضد تعسفات الشركاء الأغلبية. وبقيامه بذلك، قد ارتكز على حماية مصالح الشركة التابعة، شركائها الأقلية ودائنيها الخارجين. وبطبيعة الحال، كان ذلك موقفا تقدميا جدا في ذلك الوقت، ولكن المصالح الأخرى كانت تستهل بدورها حماية مماثلة، والحال كذلك في شأن الشركاء الأقلية للمؤسسة المهيمنة، ناهيك عن مصلحة العمال المنتمين للتجمع. بالإضافة إلى ذلك، فإن عملية تشكيل التجمعات متجاهلة تماما ومقبولة بوصفها حالة فعلية وقائعية التي يفرض تجاهها تطبيق قواعد لحماية فئات معينة من الأشخاص. وهناك عدد قليل من الأحكام الوقائية، والتي من بينها نجد تلك المتعلقة بتقييد الانتماء والعضوية للتجمع. ويفرض تحقيق إلزام بتقديم المعلومات في حالة تجاوز عتبات المساهمة المرتفعة

---

[1]- JEAN PAILLUSSEAU, droit de la concentration – les structures et le fonctionnement des entreprises, op.cit., p.85 et s.

[2] - Houin Roger, article précité.

[3]- Anne Petitpierre-Sauvain, Droit des sociétés et groupes de sociétés : responsabilité de l'actionnaire dominant, retrait des actionnaires minoritaires, coll. Institut für europaïsches und internationales Wirtschafts und Sozialrecht, St Gallen7. Etudes suisses de droit européen, Genève, 1972, p.89.

[4]–هناك نوعان من الشركات ذات الأسهم في ألمانيا: شركة ذات أسهم (Aktiengesellschaf-AG- société par actions) مماثلة لشركة المساهمة الفرنسية (société anonyme) والشركة ذات التوصية بالاسهم(kommanditgesellschaftaufaktien-KGaA).

[5]- Droit des sociétés = Gesellschaftsrecht in : Collection: Jura Europae : Le droit dans les pays de la Communauté économique européenne t.[1]; München : C.H. Beck,2v.,1964,p.110.

نسبيا والاحتكام للجمعية العامة في فرضية إبرام عقد من "العقود المبرمة بين المؤسسات" [1](Unternehmensvertrag).

وأخيرا، فإن تدوين قانون التجمعات لا يتناول إلا المشاكل القانونية التي يثيرها التجمع ذات الصلة بقانون الشركات، ولا يعالج الإشكالات الأخرى المثارة في فروع قانونية أخرى مثل قانون الضرائب أو قانون العمل أو المنافسة وما إلى ذلك من فروع قانون الأعمال. ولم تدرج إلا أحكام وجيزة في قانون المحاسبة. وعلى الرغم من أوجه القصور هذه فإن المقاربة التي أدرجها المشرع الألماني في ذلك الوقت كان ضليعا ومتفردا بها.

ثانيا: المفاهيم التأسيسية للتدوين

إن السمتين الرئيسيتين اللتين تميزان الإصلاح التشريعي لعام 1965 هما؛ انعدام الشخصية القانونية للتجمع مع احتفاظ الكيانات المنتمية للتجمع بشخصياتها القانونية الخاصة (1)، من ناحية، والسعي نحو حماية مصالح الشركة التابعة، مساهميها ودائنيها الخارجين (2)، من ناحية أخرى.

1-الإفتقار إلى الشخصية القانونية الخاصة بالتجمع:

قد مكنت المناقشات الفقهية والقرارات المدلى بها التي جرت حتى نهاية العشرينيات، من القيام بأول تفكير وطرح موضوعي بشأن ظاهرة التجمع ومفاعيله القانونية. حيث أيّد جزء من الفقه حقيقة أن الوحدة الاقتصادية التي شكلها التجمع يجب أن تترجم قانونيا بإسناد الشخصية القانونية إلى التجمع ذاته. وإن مؤيدي هذه النظرية المعرّفة من قبل F.Haussmannحاليا بمسمى "نظرية الوحدة" «théorie de l'unité» (Einheitstheorie)[2]، الذي يستنتج من الوحدة الاقتصادية التي يشكلها

---

[1]- العقود المبرمة بين المؤسسات هي عقود خاصة منصوص عليها بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم (§291 و §292 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم) وخاضعة لشروط اعتماد وتنفيذ خاصة، وإن مختلف أنواع العقود المبرمة بين المؤسسات محددة على سبيل الحصر من قبل المشرع الألماني؛ ومن هذا القبيل نجد: عقد الهيمنة (beherrschungsvertrag)، عقد تحويل إجمالي الأرباح (Teilgewinnabführungsvertrag)، عقد النقل الجزئي للأرباح (teilgewinnabführungsvertrag)، عقد تقاسم كلي أو جزئي للأرباح (Gewinngemeinschaftsvertrag ou Teilgewinngemeinschaftsvertrag) وعقد تأجير التسيير(Betriebspacht ou Betriebsüberlassungsvertrag)و الذي ينبغي أن يُرفق بالتوازي معه بعقد شبه الإندماج(Eingliederungsvertrag).

V.Jean-Marc Hauptmann, Le droit de vote de l'actionnaire en droit français et en droit allemand, thèse de Doctorat d'État en Droit privé, Université de Droit et sciences économiques de Nancy II , 1986, p.p.93-119.

[2]-F.HAUSSMANN, die tochtergesellschaft-einerechtlichestudiezurmodernenkonzernbildungu.zumeffektenkapitalismus, éd.Liebmen Berlin 1923, p.26, in vanessa dessoutter, la responsabilité de la société mère vis-à-vis de sa filiale, op.cit., p.46, note44 ; aussi in Droit des sociétés : mélanges en l'honneur de Roland Ruedin Publ. en collab. avec la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, éd. par François Bohnet et Pierre Wessner,2006 : Robert DANON , Goodwill et acquisitions d'entreprises. Une analyse sous l'angle du droit fiscal et comptable , p.39 ; RITA TRIGO TRINDADE , «Vers un droit des groupes de sociétés?» Ein Vierteljahrhundert Konzernrecht, p.23; OLIVIER GUILLOD, Einige Überlegungen zum Cashpooling im Konzern , p.78; LUKAS HANDSCHIN, La limite de l'interprétation et le droit des sociétés, p.103.

التجمع، مفاعليه القانونية، الأكثر أو الأقل أهمية وفقا لكل تيار فقهي. وبذلك اعتبر R.Isay أن التجمع عبارة عن "مؤسسة معقدة مشكلة من عدة شركات"، واستنتج بذلك الوجود القانوني للتجمع، وفي نهاية المطاف مسؤوليته باعتباره كيان قانوني في حالة الإخلال بالتزام تعاقدي[1]. وفي المعنى ذاته، فإن F.Haussmann أعرب عن تأييده لإسناد الشخصية المعنوية للتجمع، التي ألحقها بآثار قانونية واسعة للغاية لأنه، ووفقا لرأيه، كانت تنتج عن فقدان الشركة التابعة لشخصيتها القانونية، وتبعا لذلك، في غياب الشخصية القانونية للهيئات الاجتماعية الحصرية للشركة الأم، وعدم القدرة على إبرام عقد مع هذه الأخيرة[2]. ولم تكن نظرية الوحدة مطبقة من دون أن تلقى رواجا، حيث صادق عليها المجلس الأعلى الفيديرالي [3](Reichtgericht–RG). ومع ذلك، فقد تم العدول عن هذا الاجتهاد القضائي لنفس الهيئة القضائية؛ أين رفضت نظرية الوحدة كما جاء في العبارات الصريحة التالية:

« la jurisprudence développée par l'arrêt figurant au recueil officiel des décisions du tribunal de l'empire allemand en matière civile n° 108, P.41 est abandonnée »

"الموقف القضائي الذي وضع بموجب القرار الوارد في الجريدة الرسمية الخاصة بقرارات المجلس الأعلى الألماني في الشؤون المدنية رقم 108، ص.41 قد تم التخلي عنه"[4]؛

وعلى الرغم من انعدام اللبس بشأن هذا التراجع عن الموقف القضائي المتخذ، فإن التخلي عن نظرية الوحدة لم يكن أمرا قطعيا بالضرورة؛ فقانون التجمعات كان لا يزال في بداياته وفي مراحله الأولى للاستساغة نحو المقاربة القانونية الشاملة، حيث كانت الآراء متباينة والترددات عديدة، كما كان التقدم القانوني يتم عن طريق المحاولة والأخطاء والخطوات الصغيرة والغير أكيدة. وعلاوة على ذلك، ففي أوقات الانشغال هاته، من المعروف أن المفاهيم والطروحات التي وضعت وقتها تكون موضعا للرفض

---

[1]- R.ISAY, das recht am unternehemen, éd. Vahlen Berlin 1910, p.96 et s., in VANESSA DESSOUTTER, ibid, note45.

[2]- F.HAUSSMANN, die tachtergeselschaft –eine rechtliche studie zur modernen konzernbildungu .zumeffektenkapitalismus, éd.Liebmann 1923, p.30, in VANESSA DESSOUTTER, ibid, note46.

[3]– كان يصطلح على المحكمة الفيديرالية الألمانية سابقا مفرد المجلس الأعلى (Reichsgericht-RG)(من عام 1879–1945) قبل الاستعاضة عن هذا المسمى بمحكمة العدل الإتحادية(Bundesgerichtshof-BGH) الذي يتوافق تقريبا مع محكمة النقض الفرنسية والمحكمة العليا في الجزائر. راجع فيما يتعلق بتطبيق نظرية الوحدة بصفة ملحوظة قرار المجلس الأعلى الألماني، 18 جانفي 1924، الجريدة الرسمية المضمنة لقرارات المجلس الأعلى في الشؤون المدنية رقم 108، ص. 41 وما يليها.

RG, 18 janvier 1924, II 263/23, *RGZ* n° 108, p. 41- 43.

[4]– قرار المجلس الأعلى الألماني، 19 نوفمبر 1926، الجريدة الرسمية المضمنة لقرارات المجلس الأعلى في الشؤون المدنية رقم 115، ص. 246 وما يليها :

RG, 19 novembre 1926, *RGZ* n° 115, p. 246-253.

ثم يعاد الاحتكام إليها فيما بعد. وبذلك كان العديد من المؤلفين يدافعون عن نظرية الوحدة، بالتأكيد مع قبول أكثر أو أقل اتساعا من حيث نطاق تطبيقها. وقد أصر وزير العدل بنفسه على ضرورة مناقشتها مرة أخرى. ولذلك، فإن المعالجة القانونية للتجمع كانت لا تزال غير مؤكدة إلى حد ما في بداية التدوين. وكان من الضروري انتظار إصلاح عام 1965لاستخلاص الرفض القاطع لنظرية الوحدة. وبالفعل، فإن المنظومة القانونية التي أدرجت في عام 1965 لا تمنح الشخصية المعنوية إلا للشركات التي تشكل التجمع، وإن الفقرة 15 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، ذات تطبيق عام، تنص صراحة على أن المؤسسات ذات الصلة هي مستقلة قانونيا. وإن القضاء لم يشكك أبدا في مبدأ الفصل بين مختلف الشخصيات القانونية المنتمية إلى التجمع « principe de séparation des différentes personnalités juridique» أو ما يعبر عنه بـــ [1]«Trennungsprinzip ». والتجمع بذاته مجرد من الشخصية القانونية، من الأهلية أو من اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات الخاصة به، وهذا حتى في ظل الفرضية المتطرفة التي تفترض وجود مديرية موحدة[2]. وبالتالي فإن تدوين قانون التجمعات لا يمكن أن يؤدي إلا إلى النص على الكيانات التي تشكله وليس على التجمع في حد ذاته، على اعتبار أنه ليس له الوجود القانوني ولا الصفة القانونية. ولذلك فإن العضوية للتجمع لا تستتبع أي تضامن تجاري مبدئي بين الشركات المشكلة له. ومع ذلك، فإن تدوين القانون الألماني للشركات ذات الأسهم يدرج بعض الآليات التي تفرض تضامنا معينا عندما تستوفي شروطا معينة. وفي ذلك تظهر مسؤولية المؤسسة المهيمنة المستندة على هيكلة التجمع. غير أن هذا المنظور، يميل إلى الزوال لصالح مسؤولية لا تستند فقط على مجرد هيكلة التجمع وإنما على خطأ المؤسسة المهيمنة[3].

ومع ذلك واسترشادا بالاجتهاد القضائي الجديد للهيئات القضائية العليا في سويسرا، فإن هناك اتجاها حاليا مستحدثا مؤيد مع حذر شديد للأخذ بمسؤولية جديدة قائمة على الائتمان المستلهم من وجود التجمع المعروف بالاصطلاح الألماني:

---

[1]–قرار محكمة العدل الاتحادية، 21 سبتمبر 1981، الجريدة الرسمية المضمنة لقرارات محكمة العدل الاتحادية في الشؤون المدنية، رقم 81، ص. 317، وقرار نفس الهيئة القضائية، 21 جانفي 2006، نفس المرجع رقم 166، ص 84.

BGH, 21 septembre 1981, II ZR 104/80, BGHZ 81, p. 311-322.

[2]- DE GEESET ET GERRIT VAN DEN BERG, comparative law and economics, vol.I, 2004, p.83.

[3]- Anne Petitpierre-Sauvain, Droit des sociétés et groupes de sociétés: responsabilité de l'actionnaire dominant, retrait des actionnaires minoritaires, SchweizerischeBeiträgezumEuroparecht; Bd 7,édi. Genève: Georg,pp.251-257.

(Konzern vertrauenshaftung)[1]«responsabilité fondée sur la confiance inspirée par le groupe »

ويستند هذا الطرح على الائتمان والثقة المستوحاة من عضوية الشركة للتجمع لقبول إسناد المسؤولية للشركة الأم من جانب دائن إحدى الشركات التابعة التي أصبحت في عجز مالي بسبب سحب الدعم الذي كان مقدما لها من قبل الشركة الأم. والنتيجة هي إخلال كبير بمبدأ استقلالية الشخص الاعتباري وبمبدأ الفصل، ومع ذلك، فإن هذا الطرح لم يحقق نجاحا يذكر في الفقه. ويشهد تطور الاجتهاد القضائي المتعلق بالتجمع الفعلي الموصوف «groupe de qualifizierter faktischer konzern » « fait qualifiée» على النقيض من المقاربة الفقهية السابقة، توجها نحو الابتعاد عن الجزاء القائم على مجرد الانتماء للتجمع، والاقتراب نحو المسؤولية القائمة على السلوك التعسفي للمؤسسة المهيمنة.[2]

وعلى مستوى مضمون المنظومة القانونية، فإن المشرع الألماني لعام 1965، قد ركز اهتمامه بشكل خاص على آثار ومفاعيل هيكلة التجمع على الشركة التابعة وبخاصة تجاه المساهمين والدائنين الخارجين عن التجمع.

2- حماية مصالح الشركة التابعة، مساهميها ودائنيها الخارجين:

تبلورت المناقشة التي سبقت اعتماد قانون الشركات ذات الأسهم لعام 1965 حول حماية مصالح المساهمين والدائنين الخارجين للشركة التابعة بحيث تكون الآليات المتعلقة بقانون التجمعات الواردة في القانون الألماني للشركات ذات الأسهم مرتكزة بصفة أساسية على هذه المسألة. وكانت الحاجة إلى حماية هذه الفئة من الأشخاص موضوعة بالفعل محل المناقشة خلال اليوم الثاني والأربعين للحقوقيين الألمان في عام 1957، ولا سيما من جانب لجنة الدراسة المعنية بإصلاح قانون التجمعات.[3]

وهذه المراعاة الخاصة بالنسبة لمصالح المساهمين والدائنين للشركة التابعة ناتجة عن فرضية أن منازعات التجمع تؤثر في المقام الأول على وضعية هؤلاء. ويتبين في الواقع أن الانتماء للتجمع من

---

[1]-H.FLEISCHER, konzernvertrauenshaftungundcorporateadvertising – einaktuellerstreufzugdurch die schweizerischespruchpraxiszumkonzernaußenrecht, nzg 1999, p.685 et s. in vanessa dessoutter, op.cit., p48, note51, se référer aussi à : Zeno Oprea, Essai sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand : thèse pour le doctorat, Université de Paris, Faculté de droit,1935, p.19.

[2]- BGH, 17 septembre 2001, II ZR 178/99, « Bremer Vulkan », BGHZ 149, p. 10 ; BGH, 16 juillet 2007, II ZR 3/04, « Trihotel », cité dans : Anne Petitpierre-Sauvain,, Droit des sociétés et groupes de sociétés: responsabilité de l'actionnaire dominant, retrait des actionnaires minoritaires op.cit., p.118.

قرار محكمة العدل الاتحادية المؤرخ في 17 سبتمبر 2001 في قضية« bremervulkan» ، كذلك قرار نفس الهيئة القضائية المؤرخ في 16 جويلية 2007 في قضية «trihotel ».

[3].42ème journée des juristes allemands du 12 au 14 septembre 1957 à Düsseldorf.

شأنه الإخلال بتوازن المصالح الموجودة في الشركة التابعة العضو. وبوجه عام، يمارس هذا الإخلال على حساب المساهمين والدائنين الخارجين عن التجمع على اعتبار أن هؤلاء يواجهون خطر أن تدار الشركة التي ينتمون إليها ضمن المصلحة الحصرية للمساهم ذو الأغلبية. وبالتالي، تنشب فجوة بين مصلحة المساهم المهيمن الذي يتبع نشاطا أجنبيا ومصالح مساهمي الشركة التابعة وشركائها الاقتصاديين. وبالتالي، فإن النتائج الإيجابية للتجمع لا تعود بالنفع على مساهمي ودائني الشركة التابعة.[1]

وقد ركز المشرع العام لعام 1965 على هذه الإشكالية بصفة خاصة في استساغته لتدوين قانون التجمعات، وقد احتفظ بالتقدير وفقا لمصلحة الشركة التابعة أو بصورة أدق، وفقا لمصلحة المساهمين والدائنين الخارجين المعتبرين كمتضررين وضحايا مرجحين بشكل معتبر عن هيكلة التجمع[2].وقد استبعد أي بعد آخر للتجمع وتم تجاهله تماما، ومن قبيل ذلك مسألة حماية المساهمين الأقلية للمؤسسات المهيمنة. وعلى وجه الخصوص، اعتبر أن توفير الحماية للمصالح الأخرى داخل التجمع أمر غير ضروري. وقيل بأن الشركة التابعة بصفتها هذه لا تتمتع بأي حماية من غير تلك المقررة لصالح المساهمين والدائنين الخارجين على اعتبار أن الأوامر الصادرة والموجهة لها لصالح التجمع ستستفيد منها على المدى القصير أو حتى الطويل. وبنفس الطريقة، لم يكن من المتصور حماية مصالح المساهمين الخارجين ودائني الشركة الأم. ووفقا للرأي السائد آنذاك[3]، فإن المتضررين الوحيدين من النفوذ الذي تمارسه المؤسسة المهيمنة لا يمكن أن يكونوا سوى الدائنين والمساهمين الخارجين للشركة التابعة التي تتحمل العبء الكامل للتعديات على ذمتها المالية الخاصة المدبرة من قبل المؤسسة المهيمنة من دون أن تكون لها إمكانية أو فرصة معارضة ذلك. وبذلك تظل المنظومة القانونية الجديدة متسمة بهاته المعالجة من قبل الحقوقيين للإشكال المطروح في هذا الصدد.[4]

وفي جوهر الآليات التي يتوخاها التدوين نجد كما سبقت الإشارة إليه، الاحتكام لهدف حمائي لمصالح المساهمين والدائنين الخارجين للشركة التابعة[5]. وقد اقترح في المشروع الأولي لقانون الشركات ذات الأسهم الذي تم إيداعه في عام 1958 ترسيخا للتركيز على هذا الشاغل الرئيسي. وبذلك فرض هذا

---

[1]-Anne Petitpierre-Sauvain, op.cit., p.76.

[2]. Voir à propos de l'historique de la codification du droit des groupes de l'Aktiengesetz de 1965 : H. ALTMEPPEN, MünchnerKommentarzumAktiengesetz, Introduction aux §§ 291 et s., note 10 et s.

[3]- Michel Menjucq, Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés, Cet ouvrage est issu des actes du colloque organisé le 26 mars 2009 par le centre Sorbonne-Affaires de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne André Tunc (IRJS)—édi. Dalloz,Paris, 2010, p.99.

[4]- Rémy Patrick, « Le droit à la participation » en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ?, article in Droit Social, Dec. 2015, Issue 12, pp.974-986.

[5]– أنظر الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم

الأخير الإبرام المسبق والمطلوب قبل تشكيل أي تجمع، تحت طائلة الحظر، ابرام عقد الهيمنة (Beherrschungsvertrag) والذي في ظله تم سن أحكام قانونية وقائية لمصالح المساهمين والدائنين الخارجين للشركة التابعة المتعاقدة. وعلى سبيل المثال، تم اقتضاء "مسؤولية من دون خطأ" ضد المؤسسة المهيمنة بمجرد أن يمارس أحد ممثليها القانونيين أو حتى أحد عمالها نفوذا على الشركة التابعة بغية اعتماد تدبير يثبت أنه ضار بالنسبة للشركة التابعة، إلا أنه لم يتم إعادة الأخذ بهذا الطرح الشامل للمسؤولية الموضوعية في مشروع القانون الحكومي الأخير، فضلا عن ذلك فقد تم استبدال الطابع الإلزامي لعقد الهيمنة بالطابع الاختياري مع النص على آليات حماية أكثر اعتدالا.[1]

وتم إدراج نظامين قانونين مختلفتين بالتدوين الألماني: الأول يستند على الإبرام المسبق لعقد الهيمنة والمصطلح عليها بـــ "التجمع القانوني" «Beherrschungsvertrag» أو "التجمع التعاقدي"Vertragskonzern»[2]»، أما عن الثاني فيطبق في سياق التجمع الذي لم يبرم فيه أي عقد للسيطرة، وهو "التجمع الفعلي" [3]« faktischer Konzern ». فبالتأكيد نجد أن عقد الهيمنة يوفر من خلال شروط الإبرام والبنود التعاقدية المضمنة فيه من خلال ما اتفق عليه الممثلون القانونيون لكلتا الشركتين، للمساهمين والدائنين ضمانات كبيرة للحماية، على اعتبار أنه يسمح من ناحية أخرى للمؤسسة المهيمنة بممارسة نفوذها تجاه الشركة التابعة دون قيود ولكن هاته المؤسسة تخضع في المقابل للالتزام باقتسام الخسائر الملحقة الشركة التابعة. وخارج نطاق عقد الهيمنة، تكون سلطة نفوذ المؤسسة المهيمنة محدودة للغاية على اعتبار أنه في ظل عدم إبرام عقد من هذا القبيل، تخضع المؤسسة المهيمنة للالتزام بالتعويض عن الأضرار الناجمة، بل وحتى عن الآثار والعواقب الضارة (conséquences préjudiciables) الناجمة عن ممارسة النفوذ، فيستفيد كل من المساهمين والدائنين من إجراءات خاصة للمطالبة بحقوقهم في الحصول على التعويض.[4]

الفرع الثاني: نطاق التطبيق المادي والشخصي للتدوين الألماني

قد اختار المشرع الألماني إعداد تدوين لقانون التجمعات وبذلك تجدر الإشارة إلى أن هذا التدوين ليس إلا جزئيا. فبالإضافة إلى المنظور المحدود للتدوين الذي تم ذكره للتو، فإن الطابع الجزئي لقانون

---

[1]- Jacques R. van Wynendaele, préface de Hippolyte Wouters, Le droit des sociétés anonymes dans les pays de la Communauté économique européenne,2e éd., Bruxelles : É. Bruylant, 1973, p.47.

[2]- Anne Petitpierre-Sauvain, op.cit., p.200.

[3]- Nina Sauerwein, La responsabilité de la société mère : panorama des moyens de protection des actionnaires minoritaires et des créanciers de sociétés dominées, in Collection:AbhandlungenzumschweizerischenRechtn.F., Heft 721;Présenté à l'origine comme thèse de doctorat de l'auteur--Université de Genève, 2005,édi. Berne : Stämpfli, 2006, p.19.

[4].Nina Sauerwein, op.cit., p.112; voir aussi: Ouassini Sahli Meriem, La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales, thèse de doctorat publié le 19 December 2014.

التجمعات المقنن بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم يستنبط كذلك من النطاق المحدود للأشخاص المعنيين به، هذا من ناحية، ومن الفرع القانوني الخاص الذي أدرج به من ناحية أخرى. وقد ضَمَّنَ المشرع الألماني قانون التجمعات ضمن قانون الشركات ذات الأسهم، وبالتالي ربط تطبيق قانون التجمعات بشكل معين من الشركات، ألا وهي الشركات التابعة ذات الأسهم. وينشأ إشكال تطبيق أحكام القانون الألماني للشركات ذات الأسهم على باقي الأشكال الأخرى للشركات، وبالإضافة إلى ذلك، فإن القانون الألماني للشركات ذات الأسهم لا ينظر إلى العلاقات بين المؤسسة المهيمنة والشركات ذات الأسهم التابعة. إلا أن التدوين تجاهل، عملية تشكيل التجمع، والصعوبات القانونية الأخرى التي يثيرها التجمع مثل وضعية العمال في التجمع[1] أو المساهمين الخارجين للشركة المهيمنة، ناهيك عن المجالات الأخرى المعنية بظاهرة التجمع.

وفي مواجهة النطاق المحدود للتدوين (أولا)، قد تم بذل جهد كبير ومعتبر لتطوير قانون التجمعات نحو معالجة متعددة التخصصات ومتعددة الأبعاد للتجمع (ثانيا).

[1] - la problématique engendrée dans cet position a été clarifié par Pereira Brigitte ; « Entre firme et ensemble de sociétés commerciales indépendantes, le groupe de sociétés suscité de plus en plus d'intérêt sur le plan social compte tenu de sa diversité et dimension organisationnelles. Dans un contexte de crise, les restructurations d'entreprise, fermetures de sites et liquidations de filiales ont fait l'objet d'un développement important. Dès lors, le sort des salariés, directement lié aux restructurations d'entreprise, conduit à s'interroger différemment sur l'identification du groupe de sociétés, cette identification étant déterminante sur le plan normatif. Le groupe est appréhendé selon un paradoxe : il est à la fois une firme unifiée sur le plan économique, et un ensemble d'entités autonomes sur le plan juridique. Or, ces deux visions, même rapprochées, ne suffisent pas a appréhender le groupe de sociétés dans sa dimension organisationnelle, et consécutivement sur le plan de l'amélioration de l'employabilité des salariés. C'est la raison pour laquelle, la pratique a dû évoluer pour prendre en compte au sein de ces groupes d'entreprises, une communauté d'intérêts, d'activités et de direction. Or, on assiste actuellement à une évolution du droit, celui-ci intégrant de manière évidente cette communauté d'intérêts et d'activités à travers le concept du co-emploi. En effet, la jurisprudence pallié les insuffisances des règles sociales actuelles, dans le domaine des restructurations d'entreprise au sein des groupes. Elle vise à responsabiliser les véritables décideurs de fermeture de site et de licenciement des salariés des filiales en pointant du doigt le comportement de la société mère. Il est
donc important d'appréhender le groupe de sociétés dans le contexte de la mondialisation pour comprendre jusqu'où le législateur a pu aller pour encadrer le reclassement des salariés et les licenciements pour motif économique. L'identification problématique du groupe de sociétés et l'appréhension corrélative du motif économique par le législateur, ont conduit la pratique à aller plus loin afin de faire coïncider la responsabilité avec le pouvoir de décision de la société mère d'un groupe.
En effet, si la filiale est employeur des salariés visés par la restructuration, le sort de ces salariés est lié par la décision de la société mère. Il en ressort que la société mère, qui détermine le devenir d'une filiale, détermine aussi celui des salariés de celle-ci. Cette évolution permet de mettre en évidence les nouvelles formes d'organisation de travail et la construction progressive de liens de co-emploi en dehors de l'existence de tout contrat de travail. Le concept de co-emploi, lié à une confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre une société mère et une filiale, semblerait à terme être un des moyens de développer l'employabilité des salariés. Toutefois, ce concept, encore incertain, n'est pas sans incidences sur l'évolution du fonctionnement des groupes de sociétés. » in :Pereira Brigitte, article qui fait partie de: Humanisme et Entreprise, 01 April 2013, Vol.n 312(2), pp.37-56.

أولا: الطابع الجزئي للتدوين

لم يكن لدى المشرع الألماني لعام 1965 أي طموح لوضع منظومة شاملة لقانون التجمعات. كما أنه انتهز الفرصة لإصلاح قانون الشركات ذات الأسهم لإدراج كتاب مخصص للمؤسسات ذات الصلة. وبذلك قد حدد النطاق الشخصي لتطبيق قانون التجمعات (1) وكذا نطاقه المادي الموضوعي (2).

1- قابلية للتطبيق ذات الصلة بالشكل الاجتماعي:

على اعتبار أن منظومة قانون التجمعات قد أدرجت بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم. فهي بالنتيجة خاضعة لنطاق التطبيق الشخصي للقانون الألماني للشركات ذات الأسهم، أي الشركات ذات الأسهم باعتبارها متخذة شكل الشركات بالأسهم التقليدية (sociétés par actions classiques– AG)، أو باعتبارها شركات ذات التوصية بالأسهم (les sociétés en commandité par actions– KGaA) .

إن الكتاب الثالث بعنوان « verbundeneUnternehhmen/ entreprises liées» "المؤسسات ذات الصلة"، بالفقرات من 291 § و ما يليها من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، تم اعتباره كـــ"قانون موضوعي" « droit substantiel » مطبق في سياق التجمع. ومع ذلك، فإنه يعالج في المقام الأول، الشركات ذات الأسهم الموضوعة في حالة تبعية مقارنة مع المؤسسة المهيمنة، وبصرف النظر عن الشكل الاجتماعي الذي تتخذ هذه الأخيرة. وبالتالي فإن الإخضاع لتطبيق أحكام الباب الثالث من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم هو بالنتيجة خاضع لشكل الشركة مساهمة تقليدية (AG) أو شركة ذات توصية بالأسهم (KGaA) الذي تتخذه الشركة التابعة. وهذا التقييد من نطاق تطبيق التدوين يحد بدرجة كبيرة من نطاق التدوين حيث لا يوجد سوى حوالي 20.000 من شركة ذات أسهم والتي تمثل نسبة قليلة من شركات الأموال.[1]

وإن الكتاب الثالث ليس الجزء الوحيد من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم المكرس لظاهرة التجمع، فوفقا لمنهج الصياغة المعتمد من قبل صائغي التشريع الألماني، فإن المشرع لعام 1965 قد قسم القانون الألماني للشركات ذات الأسهم إلى "قسم عام" « partie générale »و"قسم خاص" «partie spécifique»، فالأول مكرس للتعريفات والمفاهيم الأساسية المستخدمة في الثاني الذي يعالج

[1]- Claude Ducouloux-Favard, Les sociétés anonymes en droit français, allemand et italien, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence,. Le contrôle judiciaire de la constitution des sociétés anonymes en droit allemand et en droit italien et la loi française du 24 juillet 1966, t. 1, p15.CF. aussi : Vanessa Desoutter,La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemandeet le droit français des groupes, Présenté à l'origine comme thèse (de doctorat) par l'auteur--UniversitätAugsburg en 2011, Collection :AugsburgerStudienzuminternationalenRecht, Band 11,édit. Frankfurt amMain Peter Lang, publié en 2012, p.51.

القانون الموضوعي، لذلك فإن التعريفات والمفاهيم الأساسية لقانون التجمعات تظهر في القسم الأول من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم المعَنون بـــ "الأحكام العامة"[1].إن قراءة هذه التعريفات الواردة في الفقرات من 15–22 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم تؤدي إلى منح القليل من الوضوح في شأن التفسيرات المقدمة فيها يتعلق بنطاق التطبيق الشخصي للمنظومة القانونية. ومن الواضح أن هذه المفاهيم الرئيسية لها ميزة بأنها مصاغة بعبارات عامة من دون أن تشتمل على الإشارة إلى الشكل الذي تتخذه الشركة[2].فعلى سبيل المثال، فإن الفقرة 15 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم تحدد تعريف المؤسسات ذات الصلة، على النحو التالي :" أنها مؤسسات مستقلة قانونيا في علاقاتها مع بعضها البعض، أو ممسوكة بالأغلبية (16 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)، وهي تابعة ومهيمنة (16 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)، وهي شركات منتمية لتجمع ذو مديرية موحدة (18 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)، تحوز مساهمات متقاطعة (19 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم) أو حتى هي أطراف في عقد من العقود المبرمة فيما بين المؤسسات (291، 292 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)".[3]

وإن المساهمة بالأغلبية ««participation majoritaire، معرفة بالفقرة 16 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، باعتبارها قد تنشأ إما عن حيازة رأس المال أو عن نسبة مئوية من الأصوات،

---

[1]- Michel Fromont, Introduction au droit allemand : République Fédérale, t. 3., op.cit.,pp.24-26 .

[2]- Michael Bode, Le groupe international de sociétés : le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand, Présenté à l'origine par l'auteur comme thèse (de doctorat)--Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris et Humboldt-Universitätzu Berlin, édit. Bern : Peter Lang, 2010, p56

[3] – بالنسبة للقصور الكامن في تحديد نطاق تطبيق قانون التجمعات وفقا لمعيار المؤسسة، فإن الأمر كان سيّان، سواء في الفقه أو في القضاء؛ على اعتبار أن الغياب المتعمد لتعريف مفهوم المؤسسة من جانب المشرع قد أتاح لهما تقدير هذا المفهوم على نطاق واسع جدا. وبدافع الانشغال بفعالية قواعد قانون التجمعات في الممارسة العملية، قد تم السعي إلى منح تعريف للمؤسسة، يتماشى بالضرورة مع الدور المنوط بقانون التجمعات، ألا وهو حماية المصالح الاجتماعية عندما تكون مهددة. ولذلك، سرعان ما تم التخلي عن المقاربة الوظيفية أو حتى النظامية لمفهوم المؤسسة لصالح المقاربة الدلالية (appréciation téléologique) من أجل ضمان استيفاء الأهداف الحمائية المضمّنة في قانون التجمعات. وبالتالي، فإن أي كيان منظم يتبع مصلحة اقتصادية خاصة به إذا كان من المرجح أن تؤدي هذه المصلحة إلى وجود تضارب في المصالح، يعتبر مؤسسة بالمعنى المقصود في الفقرة 15 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، وهذا الأخير سيترجم من حيث الممارسة العملية من خلال ممارسة نشاط اقتصادي بأي طبيعة كان، وبأي شكل كان شريطة أن يمارس النشاط بصفة مستقلة، وأن يكون متسما بأهمية كافية لخلق تضارب في المصالح، وبالتالي لا يمكن اعتبار نشاط التسيير الإداري البسيط، مثل العضوية لتجمع أوروبي ذو منفعة اقتصادية، كنشاط تجاري للمؤسسة بالمعنى المقصود في 15 § من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم . بالمثل، في غياب المصلحة الاقتصادية الخاصة، سيتم رفض التكييف بالمؤسسة لأجهزة مديرية التجمع المتساوي. ولا يزال الفقه مقسما في الرأي في شأن معرفة ما إذا كانت الممارسة الفعلية للنشاط متطلبة أم لا.

وإذا ظهر في الوقت الحالي أن معيار المؤسسة هو معيار قديم ومهجور وغير مبرر، فإن التفسير المقاصدي لهذا الأخير بالاجتهاد القضائي من شأنه أن يحد من الانشغال الناجم عن وجوده.

سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة (فقرة 16 رابعا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)، وظلت غير محددة للشكل الاجتماعي.[1]

[1] – بطبيعة الحال، فإن مجرد صفة المساهم أو الشريك في الشركة التابعة أمر غير كافي بصفتها هاته، لكي يتم التكييف بالمؤسسة المهيمنة بالمعنى المقصود في الفقرة 15 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم والأمر الحاسم والمحدد بالنسبة للتكييف بالمؤسسة المهيمنة هو، السعي نحو تحقيق "مصالح اقتصادية خارجية ". وفي الواقع، من غير المحتمل أن يستخدم أحد المساهمين أو الشركاء نفوذه لصالح الغير أو على حساب الشركة التي يكتسب فيها مساهمة على اعتبار أنه سيضر نفسه. وعلاوة على ذلك، في فرضية أنه يستسلم لمثل هذا السلوك تفضيلا لمصلحته الشخصية أو مصلحة الغير بدلا من مصلحة الشركة، فإن القواعد العامة ستكون بالمرصاد للحيلولة دون وقوع ذلك أو على الأقل، توقيع العقوبة على ذلك.

(راجع في ذلك: ECKARRDT في تعليقه على الفقرة القانونية § 15 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم؛ يتطلب هذا الفقيه " الممارسة الفعلية للنشاط الاقتصادي الأجنبي عن نشاط الشركة " التي " يساهم فيها "؛حتى يتم تفعيل تطبيق قواعد قانون التجمعات.

« exercice effectif d'une activité économique étrangère à celle de la société à laquelle il participe » ; IN : U. ECKARDT AktG, op. cit., § 15, note 23.(

ويختلف الوضع عندما يسعى نفس المساهم إلى تحقيق مصالح اقتصادية بجانب مصلحة الشركة التي يساهم فيها. وفي مثل هاته الظروف، فإن احتمالات التعسف في استخدام النفوذ الذي يتمتع به من خلال مساهمته للحصول على امتيازات على حساب الشركة وأعضاءها هي عديدة ومتنوعة والحماية التي توفرها القواعد العامة لم تعد كافية وبخاصة لم تعد ذات فعالية. ويؤدي التفسير المقاصدي إلى تطبيق قانون التجمعات في هكذا حالات. ومن القضاء أو الاجتهاد القضائي المستقر عليه والثابت أن يتم الاعتراف بصفة المؤسسة المهيمنة لأي مساهم أو شريك في شركة تابعة ساعي لتحقيق مصالح اقتصادية أجنبية عن مصلحة هذه الأخيرة. والواقع أنه يُخشى كثيرا أن يتعسف المساهم أو الشريك في استخدام نفوذه الناتج عن مساهمته في الشركة التابعة لتفضيل مصالحه الخارجية على حساب تلك الشركة.

وفي الممارسة العملية، فإن القضاء سرعان ما واجه الإشكال المتعلق بمعرفة ما إذا كانت المساهمة المالية ضمن واحدة أو العديد من الشركات بجانب تلك الممسوكة ضمن المؤسسة التابعة أيمكن مماثلتها بممارسة نشاط اقتصادي، باعتبارها أمر شائع ضمن التجمع، وبالضرورة أن ينسب لماسك المساهمة المالية صفة المؤسسة المهيمنة؟

ومن المسلم به أن أغلبية كبيرة اتفقت على اعتبار مسك المساهمات المالية المتعددة من قبل أحد المساهمين يمثل خطر تفضيل المصالح الخارجية على حساب مصلحة المؤسسة التابعة؛ ومن ثم يتوخى تطبيق الآليات القانونية الحمائية لقانون التجمعات.

Cf. A. CAHN, Die Holding alsabhängigesUnternehmen, AG 2002, p. 30 et s. ; BGH, 13 octobre 1977, II ZR123/76, «VEBA», BGHZ 69, p. 336 ; BGH, 16 septembre 1985, II ZR 275/84, « Autokran», BGHZ 95, p. 330 et s. ; BGH, 17 mars 1997, II ZB 3/96, « VW », BGHZ 135, p. 113 ; BGH, 18 juin 2001,II ZR 212/99, «MLP», AG 2001, p. 588.

فعلى إثر ذلك وجدت اختلافات عميقة في الفقه فيما يتعلق بطبيعة المساهمة المالية حتى يمكن التكييف بالمؤسسة المهيمنة تجاه ماسكيها. وفي الواقع، فإنه في حين أنه جزءا من الفقه يعتقد أنه لا ينبغي إعطاء المساهم في شركة بخلاف الشركة التي ينتمي إليها، صفة المؤسسة المهيمنة، إلا إذا مارس هذا الأخير سلطة إدارية فعالة.

Cf. P. MÜLBERT, UnternehmensbegriffundKonzernorganisationsrecht, ZHR 1999, p. 1, 33 et s. ; H.-J, MERTENS,Verpflichtung der Volkswagen AG, einenBerichtgemäß § 312 AktGüberihreBeziehungenzum Land Niedersachsen zuerstatten ?, AG 1996, p. 241, 244, 245; M. KORT, Der « private » roßaktionäralsUnternehmen ?, DB 1986, p. 1911.

وهناك تيار فقهي آخر، أقل تقييدا من الأول، يرى أن المساهمة المالية الحاسمة «participation déterminante» للمساهم في شركة بخلاف الشركة التي ينتمي إليها ستكون كافية لينسب لهذا الأخير صفة مؤسسة مهيمنة ؛ بالمعنى المقصود في الفقرة 15 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم؛ إلا انهم لم يتفقوا على المعنى المخول لمفهوم المساهمة الحاسمة.

(Cf. U. HÜFFER, Aktiengesetz, § 15, note 9 ; A. CAHN, Die Holding alsabhängigesUnternehmen, AG 2002, p. 30; H.-G. KOPPENSTEINER, KölnerKommentarzumAktiengesetz, § 15 note 35; V. EMMERICH et M. HABERSACK, Konzernrecht, op. cit., p. 25 ; J. KUHLMANN et E. AHNIS, Konzernrecht, op. cit., p. 23.)

وذكّر البعض أن المساهمة لا يمكن أن تكون حاسمة إلا في ظل الشرط الوحيد؛ المتمثل في إمكانية اقترانها وجمعها مع عوامل أخرى، تضفي وتخوّل للمساهم وضعا مماثلا لذلك المعهود به للمساهم ذو الأغلبية، وبذلك، تمنحه إمكانية تحديد تشكيلة الهيئات الإدارية. واعترف آخرون، أنه

أيضا، بالمثل، بالنسبة لمفهوم التبعية المعرف في الفقرة 17 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، التي استحضر من خلالها مفهوم الكيان المستقل قانونيا، الذي تكون المؤسسة المهيمنة قادرة على ممارسة نفوذها المهيمنة تجاهه بصورة مباشرة أو غير مباشرة.[1]

على العكس من ذلك، فإن المساهمة المالية حتى ولو كانت أعلى بكثير، وربما حتى تلك الأقل من التي تمسكها " الأقلية المعطلة" « minorité de blocage»؛ حسب الظروف؛ يمكن اعتبارها حاسمة.

(Cf. C. WINDBICHLER, GroßkommentarzumAktiengesetz, § 15, note 36.)

وبفضل القرار القضائي المتخذ في قضية «MLP»، وضعت محكمة العدل الاتحادية حدا لهذا التناقض في الآراء الفقهية؛ واختارت المعنى الأوسع نسبيا لمفهوم المؤسسة. وفي هذه القضية، كان عليها أن تقرر للمرة الأولى حول إسناد صفة المؤسسة على أحد المساهمين بالأغلبية في شركة قابضة ماسكة بدورها لمساهمة بالأغلبية في شركة ذات الأسهم. وبعبارة أخرى، يثور التساؤل عما إذا كانت المساهمة الغير مباشرة «participation indirecte» لمساهم في شركة ذات أسهم، من خلال وساطة شركة أخرى، والتي هي شركة قابضة في هاته القضية، يمكن ان تؤدي تجاه الأول إلى التكييف بالمؤسسة المهيمنة فيما يتعلق بالشركة المعنية، وبالتالي إخضاع هذا المساهم للأحكام الملزمة الواردة بقانون التجمعات. وردّت محكمة العدل الاتحادية بالنفي في هذا الصدد؛ إلا أنها انتهزت الفرصة لتحديد الشروط التي يحتمل بموجبها أن تؤدي إلى إضفاء التكييف بالمؤسسة المهيمنة على الشخص الذي يكتسب صفة المساهم في شركة أخرى.

(Cf. BGH, 18 juin 2001, II ZR 212/99, « MLP », AG 2001, p. 588 et s.)

وأوضحت أن "المساهمة الحاسمة" التي يحتمل أن تؤدي إلى خطر تضارب المصالح، وبذلك ترجيح تطبيق قانون التجمعات؛ لا توجد إلا عندما تتيح للمساهم الإمكانية؛ من خلال الوسائل القانونية الموجودة بقانون الشركات، ممارسة النفوذ بطريقة حاسمة على إدارة المؤسسة التابعة. وفي القضية المعروضة، إدارة المؤسسة التابعة. وفي القضية المعروضة، فإن المجلس الأعلى قد أوضح أم مثل هذه السلطة قد تنجم عن مساهمة بالأغلبية، إلا أنه يقر ويعترف أيضا بأن المساهمة حتى تلك الضئيلة يمكن أن تعتبر أيضا كحاسمة؛ إذا كانت كافية للتأثير بشكل مرجح على اتخاذ القرار، ويجب أن تسمح المساهمة ببساطة للمساهم، بممارسة نفوذه على السياسة الإدارية للشركة التي يساهم فيها، وبالتالي، فإن الممارسة الفعالة لتلك السلطة هي بالنتيجة غير مهمة في التقدير. ويتسم هذا الموقف القضائي بالأهمية القصوى أكثر من ذلك المتطلب إثبات الممارسة الفعالة من جانب المساهم لشركة قابضة على سلطة اتخاذ القرار في شركة تابعة لها، أو حتى تقديم الدليل الثبوتي اللاحق على غياب استيلاء الشركة القابضة على مثل هاته السلطة؛ والذي لو اتخذ كان سيواجه صعوبات كبيرة أو حتى مستعصية.

(Cf. BGH « VW », 17 mars 1997, II ZB 3/96, BGHZ 135, p. 107 et s. ; aussi in : V. EMMERICH et M. HABERSACK, Konzernrecht, op. cit., p. 25 ; J. KUHLMANN et E. AHNIS, Konzernrecht, op. cit., p. 23 ; A. CAHN, Die Holding alsabhängigesUnternehmen, AG 2002, p. 30 et s. ; Klaus. J. hopt, droit des groupes de sociétés, expériences allemandes et perspective européennes, Revue sociétés, 1987, p 23.)

[1] – هذا التعريف لا يزال قليل الوضوح لأنه يؤدي إلى تساؤل جديد، متعلق بمعرفة وتحديد مفاد النفوذ المهيمن «influence dominante»؛ حيث لم يحدد المشرع الألماني ذلك. ومن ناحية أخرى، فإن الفقرة 17 ثانيا من القانون المذكور أعلاه، تضع قرينة بسيطة على النفوذ المهيمن في حالة اكتساب المؤسسة المهيمنة لمساهمة بالأغلبية ضمن الشركة التابعة. ويجوز أن تكون هذه المساهمة، بموجب الفقرة 16 من القانون السابق الذكر إما منبثقة على اكتساب أغلبية الحصص الاجتماعية وإما عن اكتساب أغلبية حقوق التصويت.

وهذه الفرضية المزدوجة للمساهمة بالأغلبية لها يبررها تماما، مؤداها هو إذا كان السقف الأعلى من رأس المال مكتسب وعدد الأصوات التي تم تحصيلها مجتمعان، إلا أن هذا الأمر لن يحصل دائما. وعلى سبيل المثال، نجد أن إبرام اتفاقية التصويت، أو الوعد بعدم الهيمنة، أو حتى وجود بنود في النظام الأساسي للشركة متطلب لأغلبية موصوفة أو حتى إصدار أسهم الأفضلية من دون الحق في التصويت سيكون من شأنها الفصل بين الحق في التصويت والمساهمة الرأسمالية.

إن قرينة النفوذ المهيمن تستند على فكرة أن المساهمة الأغلبية، بأي طبيعة كانت، تخول لمالكها عموما إمكانية ممارسة النفوذ إن لم يكن مباشرا، فعلى الأقل غير مباشر على تسيير المؤسسة. ففي الواقع، فإن هذه المساهمة، في الشركة ذات الأسهم؛ ستتيح له عموما من خلال انتخاب أعضاء مجلس المراقبة (فقرة 101 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم) بممارسة النفوذ على تكوين تشكيلة أعضاء مجلس المديرين (فقرة 87 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)، وبالتالي بسط السلطة على عملية اتخاذ القرار؛ في حين أن مثل هذا النفوذ المهيمن في فرضية الشركة ذات المسؤولية المحدودة يتم على الأرجح وفقا للفقرات 37،45،46 من القانون الألماني للشركات ذات المسؤولية المحدودة، والتي تنص صراحة على مسؤولية المسير أمام الجمعية العامة، ولذلك تبدو هذه القرينة مبررة بوضوح ومُبعدة للشركة التابعة من

الصعوبات المرتبطة بتقديم الدليل الثبوتي على "ممارسة النفوذ المهيمن عليها"، وفي حالة القرينة البسيطة، يكون إثبات غياب أو انعدام التبعية ممكنا، ويبقى يقع على كاهل الشخص الذي يستفيد من مثل هاته الفرضية، وسيكون واقعا بصفة عامة على كاهل المؤسسة التي تملك المساهمة بالأغلبية على إثبات عدم وجود أي نفوذ مهيمن. وسيكون هذا هو الحال، بخاصة، عندما ترفض هاته المؤسسة صياغة وإعداد تقرير الهيمنة «rapport de domination» الذي هو إلزامي بموجب الفقرة 312 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، ولذلك سيعود عليها تقديم الدليل الثبوتي على أن ممارسة النفوذ المهيمن هو أمر مستحيل من الناحية القانونية على الرغم من مساهمتها بالأغلبية في رأس المال.

وعلى الرغم من انعدام التوضيح في الصياغة التشريعية للفقرات القانونية المتطرقة لهاته المسؤولية من جانب المشرع، إلا أن القرائن القانونية التي طرحها تجاه مفهوم التبعية جعلت من الممكن الاستدلال على مفاده.

فإن النفوذ الحاسم بالمعنى المقصود في الفقرة 17 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم يشير إلى قدرة المؤسسة المهيمنة واستطاعتها على التأثير على مديرية المؤسسة المهيمنة بشكل مرجح. وما زالت مسألة معرفة ماهية عناصر المديرية التي ينبغي على المؤسسة المهيمنة أن تمتلكها من أجل منحها نفوذا حاسما، مثيرة لجدل كبير. ففي حين أن العديد من المؤلفين، الذين يستندون على الطابع الحاسم للنفوذ بالمعنى المقصود في القانون، يرون أن النفوذ ينبغي أن يرتكز على العناصر الحاسمة للتسيير، فإن آخرين يجادلون، على العكس من ذلك، في أن النفوذ يمكن أن يقتصر على جوانب معينة فقط من المديرية، ويستنتج هؤلاء الآخرين، على سبيل المثال، ببسط السيطرة والنفوذ فقط على إدارة شؤون المستخدمين، ولا سيما المستخدمين في مديرية المؤسسة التابعة، هو مظهر كاف من مظاهر النفوذ الحاسم، وبالمثل، فإن رقابة المناصب الإدارية الاستراتيجية مثل التي تتعلق بمالية أو خزينة المؤسسة يعتبر على نفس المنوال.

ويبدو أن هذا الموقف متأقلم ومنسجم بشكل أفضل مع الواقع الحالي لتسيير التجمعات والتي نجد في ضمنها، الانسياق نحو أساليب التسيير اللامركزية مقارنة بالتسيير المركزي. وإن النقاش الحاد بين مؤيدي كلا الموقفين الفقهيين للنفوذ الحاسم، هو نظري بصفة أساسية، حيث أننا نلحظ من خلال الممارسة العملية، أن النفوذ المهيمن، وإن كان يتم تقديره فقط ضمن المؤسسة التابعة، سيكشف عنه من خلال عدة مؤشرات من قبل القضاء الذي لن يفشل في إيجادها. وبذلك، فإن بسط السلطة السياسية في تسيير شؤون المستخدمين ستقترن عموما ببسط السلطة على صلاحيات رئيسية أخرى ذات الصلة بمديرية المؤسسة.

ووفقا للقضاء، هناك تبعية عندما يكون لدى المؤسسة وسائل قانونية تمكنها من أن تفرض على مؤسسة أخرى تهديدا بإسقاطها، إذا لم تمتثل ولم تنفذ هذه الأخيرة لإرادة الأولى، إلى أن يصبح مستحيلا بالنسبة للمؤسسة التابعة، التنصل من نفوذ المؤسسة المهيمنة، ولذلك فإن التبعية ستكون ناتجة على الأقل عن تحكم وسيطرة المؤسسة المهيمنة على العناصر الأساسية المشكلة لسلطة المديرية للمؤسسة التابعة. وبهذا المعنى فإن التبعية الناتجة فقط عن عوامل اقتصادية أو خارجية هي غير كافية لإثبات وضعية التبعية بموجب الفقرة 17 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، وفي الواقع، إنه لمن الملازم ولمن الضروري أن تتيح أو حتى تمكن العلاقات التعاقدية أو التنظيمية أو غيرها من الروابط القائمة بين المؤسستين، في منح إمكانية للتدخل في الهيكلة الداخلية للمؤسسة التابعة، غير أن الممارسة الفعلية لسلطة النفوذ ليست ضرورية على اعتبار أن الأمر مقتصر فقط على إمكانية التأثير على تسيير المؤسسة، التي تعتبر لوحدها تكفي لوضع هذه الأخيرة في " وضعية التبعية" تجاه مالك سلطة النفوذ. وبالمثل، فإن النفوذ قد يكون قصير الامد، انطلاقا من الوقت الذي يكون فيه هذا الأخير غير ناتج عن تلاحق الظروف. ولا يشكل استمرارية في الممارسة المرجحة للنفوذ الحاسم أمرا مفروضا ولازما، بل ينظر بالأحرى إلى مصداقيته. ولذلك فإن النفوذ الممارس على الهيكلة الداخلية للمؤسسة التابعة قد ينشأ، وفقا للقرينة المنصوص عليها بالفقرة 17 ثانيا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، عن المساهمة بالأغلبية للمؤسسة المهيمنة ضمن المؤسسة التابعة، ولكنه قد ينجم كذلك عن باقي العلاقات الأخرى فيما بين المؤسستين، وهذا هو الحال عندما تكون كلا الشركتين مرتبطتين بعقد هيمنة أو عقد لتحويل الأرباح على اعتبار أن هذه الأنواع من العقود من المرجح أن تؤدي إلى التخويل بحق التدخل بشكل معمق على تسيير المؤسسة، والاعتراف بالتبعية ضمن المعنى المقصود في الفقرة 17 أولا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم في مثل هكذا حالات غير مقترن بأي جدل فقهي. ومن ناحية أخرى، فإن الأنواع الأخرى من العقود المبرمة فيما بين المؤسسات والتي ليس لها تأثير مباشر على التنظيم الداخلي للمؤسسة المبرمة على العقد لا يمكن أن تشكل وضعية تبعية بالمعنى المقصود في الفقرة 17 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم؛ ما لم تقترن بعناصر أخرى تساهم في تمكين بسط السيطرة على السياسة الاجتماعية من جانب المتعاقد معه. وبالمثل، فإن امتلاك الأقلية المعطّلة من حيث أنها تقتصر عن سلطة المنع من اعتماد قرار من دون أن تخول الحق في ممارسة نفوذ تقريري ومستدام على تسيير الشركة التابعة، لا يمكن أن تعتبر لوحدها مُخولة لسلطة النفوذ المهيمن.

وينبغي أن يضاف أيضا إلى ذلك، أنه يمكن ممارسة النفوذ بشكل مباشر عندما تستخدم المؤسسة إمكانياتها الخاصة بالنفوذ، ولكن المشرع الألماني ينظر أيضا في فرضيات النفوذ الغير المباشر (الفقرة 17 أولا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)، والتي من خلالها، تحتكم المؤسسة المهيمنة للغير، الذي هو بذاته تابع لها، كما هو الحال في التجمعات التي اعتمدت هيكلا هرميا؛ فستتواجد المؤسسة التابعة في هذا الشأن في وضعية من التبعية المتعددة، المباشرة والغير مباشرة.

أما عن الفقرة 18 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم تعرف "الكونزرن" أو التجمع ذو المديرية الموحدة"«konzern»[1]فظلت هي كذلك من دون أن تشير إلى الشكل الاجتماعي؛ وبناء على مقتضاها فإن الكونزرن أو التجمع ذو المديرية الموحدة، هو هيكلة خاصة بالقانون الألماني يتألف من فئة فرعية من المؤسسات ذات الصلة التي تتميز بالمديرية الموحدة فيما بين المؤسسات[2]. إن مثل هذه المديرية ستكون مفترضة بشكل قاطع "قرينة قاطعة" في فرضية إبرام عقد الهيمنة أو في حالة إبرام عقد شبه الاندماج (18، أولا،2، من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم).أما عن التجمعات التي تكون في

ومن المتصور وجود فرضية أخرى، تلك المتعلقة بالشركة التابعة المشتركة «filiale commune» التي تنشئها عدة شركات أم بهدف تنفيذ مشروع مشترك. ومن الناحية العملية، تزداد ظاهرة التجميع لأنها تسمح للشركات بتقاسم التكاليف المتكبدة، فعلى سبيل المثال، في مجالات البحث والتوزيع وما إلى ذلك، نجدها أكثر شيوعا. وإذا كانت إحدى الشركات الأم تتولى لوحدها إدارة الشركة التابعة المشتركة، فإنه تسند لها التبعية، وبذلك يتم تطبيق قانون التجمعات فقط تجاهها. إلا أن الأمر الأكثر استصعاب سيظهر في فرضية التجمع المتساوي التبعية. وفي هذه الفرضية، ينبغي رفض إسناد التبعية، على اعتبار أنه ينبغي على كلتا الشركتين الأم أن توافقا بالضرورة على التعليمة الموجهة للشركة التابعة، وعلى هذا النحو لا يمكنهما أن يمارسا النفوذ الحاسم بصورة مستقلة على المؤسسة التابعة. ومعيار التبعية هنا يجد حدودا وقيودا، لا يشتمل عليها معيار الرقابة المحتكم إليه في القانون الفرنسي؛ أين نجد أن هذا الأخير يشتمل كذلك على فرضية الرقابة المشتركة « contrôle conjoint» لكن من دون قيود؛ ومع ذلك، فبعد العديد من الترددات، اتفق كل من الفقه والقضاء الألماني على أنه بمجرد وجود التنسيق والتوافق بين الشركات الأم على الاستخدام الجامع لنفوذهما كل شركتهما التابعة المشتركة، فإنه هناك تبعية مشتركة لكليهما.

وعلاوة على ذلك، تم سن منظومة قانونية خاصة في شأن الفرضيات الخاصة بالمساهمات المتقاطعة «participations croisée» التي تقع ضمن نطاق تطبيق الفقرة 19 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، والتي تنص في الفقرة الثانية منها على أنه، في الحالات التي تكون فيها الأسهم متقاطعة وأين تكون إحدى الشركات ماسكة لمساهمة ذات أغلبية أو تمارس نفوذا حاسما على شركة أخرى، فإن هذه الأخيرة يفترض فيها بشكل لا يمكن دحضه (قرينة قاطعة) أنها تابعة للأولى.

وفي صفوة القول، فإن تحديد النفوذ المهيمن لا يمكن أن يتم إلا من خلال إجراء دراسة ميدانية للعلاقات القانونية، المالية، الاقتصادية، المحاسبية أو غيرها من العلاقات القائمة بين المؤسسات. وفي معظم الحالات، فإن التبعية ستنجم عن تلاقي مختلف المؤشرات والدلائل المتعلقة بوجود علاقة تبعية، والتي من بينها نجد: وحدة القائمين بالإدارة، فضلا عن الاتفاقيات التي تحدد بعض النتائج وبعض الممارسات التي تنطوي على سلوك محدد، وما إلى ذلك من أمثلة. وإذا كان كل من هذه العناصر لا يُشكل لوحده سلطة النفوذ المهيمن، إلا أن اجتماع العديد من هذه الدلالات يمكن أن يكون كاشفا عن الوضعية. كما أن تقييم مختلف المؤشرات من قبل القضاء يشهد فضلا عن ذلك عن قلة من القضايا المضمنة بقرارات مبدئية أين بدى أنها مستمدة من السمات المفاهيمية لقانون التجمعات الألماني. والواقع أن القضاء والفقه كانوا ملزمون ببذل جهدا لتجسيد المفاهيم التي عرضها المشرع، وللقيام بذلك، بدا من الضروري الإشارة إلى الممارسة العملية للمؤسسات، فضلا عن اعتماد المقاربة التشريعية القائمة على الأهداف المنشودة.

[1]–إن مصطلح «konzernrecht» أو بعبارة أخرى « konzern » قد احتكم إليه مرار وتكرار في المؤلفات الفرنسية والألمانية ليدل على قانون التجمعات، إلا أن الاحتكام لهذا المصطلح فب نص الفقرة القانونية المشار إليها يدل على نوع من أنواع التجمعات؛ التي هي التجمعات ذات المديرية الموحدة، مقتبس عن: Lexique d'allemand : droit, économie, gestion : français/allemand, allemand/français

[2]–راجع قرار محكمة العدل الاتحادية في قضية « PirmasenserZeichnung»، 8 ديسمبر 1998 ؛ في شأن معايير المديرية الموحدة المشكلة للتجمع ذو المديرية الموحدة (konzern أو حتى تعليق كل منM.Lutter و T.Drygalaعلى قرار محكمة العدل الاتحادية المؤرخ في 8 ديسمبر 1998: "التجمع ذو المديرية الموحدة قد ينتج أيضا عن وضعية فعلية « situation de fait » ؛ مثل وحدة المستخدمين" مقتبس عن:

Vanessa Desoutter,La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupe, op.cit., p.52, note64. CF.aussi :Michael Bode, Le groupe international de sociétés : le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand, op.cit., p187..

وضعية التبعية بالمعنى المقصود في الفقرة 17 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم (18، أولا،3، من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم) فتقوم تجاها قرينة بسيطة عن وجود التجمع ذو المديرية الموحدة[1]. وحدها الفقرة 19 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم المتعلقة بالمساهمات المتقاطعة حيث تلحق إمكانية تحققها بالشكل القانوني الذي تعتمده الشركة على اعتبار أن تطبيقها خاضع لاتخاذ الشركة شكل شركة أموال[2].وفي التعاريف القانونية الأخرى، حرص المشرع الألماني على استخدام المصطلح المحايد لـــ "مؤسسة" « entreprise »"[3]؛ ويترتب على ذلك أنه إذا كان القصد من التعاريف أن تكون بمثابة معايير لتطبيق الآليات المحددة في الكتاب الثالث للقانون الألماني للشركات ذات الأسهم فلا يوجد ما يمنع، من منظور الدلالة القانونية، على تطبيق هذه الأحكام العامة على باقي الأشكال الاجتماعية الأخرى التي قد تتخذها الشركة التابعة، وحتى في نزاعات متعلقة بفروع قانونية أخرى، إذا تعلق الأمر بتكييف وجود تجمع من عدمه، فسيتم الاحتكام إليها.[4]

ومع ذلك طبقا للرأي الذي اعتمد من قبل Vanessa Desoutter أوضحت فيه أنه نظر لكينونة هذه التعاريف المتضمنة في القانون الألماني للشركات ذات الأسهم وجيزة نسبيا لا يمكن القول أنها تستفيد من التطبيق العام، لأن بعض الفروع القانونية وبالأخص قانوني العمل والمنافسة، يحبذ فيها دلالات قانونية خاصة وأكثر تحديدا .[5]

وبالتالي، فإن تطبيقها على أنواع أخرى من التجمعات؛ من غير تلك المشكلة من الشركة ذات الأسهم التابعة تظل تقييدية إلى حد ما. ومن المؤكد أن الوضع سيكون مختلفا إذا ما خاطر المشرع وغامر بوضع مفاهيم أخرى مثل مفهوم "التجمع" أو "مصلحة التجمع".

علاوة على ذلك فإنه قد تم النص صراحة على أن أحكام القانون الموضوعي الواردة في الكتاب الثالث تطبق فقط على الشركات التابعة ذات الأسهم، وإن مسألة توسيع نطاقها ليشمل شركات أخرى كانت موضوع جدل كبير في الفقه والقضاء[6]. وقبل معالجة هذه المسألة، ينبغي العرض الوجيز لمضمون هذه الاحكام من خلال دراسة التطبيق المادي لقانون التجمعات المقنن.

---

[1]- Michael Bode, Le groupe international de sociétés : le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand, op.cit., p.28

[2]- Vanessa Desoutter, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes, op.cit., p.52.

[3].Deffains Bruno, Quand les économistes évaluent le droit, Sociétal, 3rd Qtr 2004, Issue 45, pp.36-40.

[4]-Lamalle Sandy, De la conscience (pluri) linguistique en droit, International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique, 2014, Vol.27(3), pp.533-548.

[5]-Vanessa Desoutter, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes, op.cit., p.53.

[6]-Raymond Legeais, Grands systèmes de droit contemporains : approche comparative, Manuels d'enseignement supérieur, édit. LexisNexis, Paris, 2016,p.43.

2-التطبيق المادي المقصور على قانون الشركات:

يجري فحص نطاق التطبيق المادي للتدوين من خلال دراسة مضمونه، أين سيرتكز الاهتمام في هاته الدراسة على الكتاب الثالث المعنون ب "المؤسسات ذات الصلة "من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم الذي يعالج الجوانب الموضوعية لقانون التجمعات المقنن.[1]

وينبغي الإشارة بصورة أولية إلى أن الأحكام المتعلقة بالمؤسسات ذات الصلة تشكل "الأحكام الخاصة"، بحيث تكون حصرية التطبيق، وبما أن نطاق تطبيق التدوين مفتوح، فإنه ينبغي الإشارة إلى القواعد العامة للبث في النزاعات المتعلقة بـــ "المؤسسات ذات الصلة" في فرضية وجود شغور الأحكام الخاصة.[2]

وكان الغرض من التدوين هو تنظيم سلطة ممارسة المديرية للمؤسسة المهيمنة على الشركة ذات الأسهم التابعة. وكذلك نص المشرع على أنه، تبعا لدرجة التكامل «degré d'intégration» يوجد ستة أنواع من العلاقات فيما بين لمؤسسات في سياق التجمع، التي استساغ من أجلها عقودا خاصة، المدعاة "العقود المبرمة فيما بين المؤسسات" Unternehmensvertr ge(291-307 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم).[3]

ويستنتج مما تم التطرق إليه أن تدوين قانون التجمعات من خلال القانون الألماني للشركات ذات الأسهم ذات الأسهم ليس فقط تقييدي ومقتصر على الأشخاص الاعتباريين الخاضعين لهاته المنظومة

---

[1] - Walter Doralt, Réformer le droit des obligations et le droit des sociétés : études en droit allemand et droit français, Collection Trans Europe experts, volume 8, Paris, France : Société de législation comparée, France, 2013, p.110 ; Michel Menjucq, Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés, Collection: Thèmes et commentaires . Actes :Cet ouvrage est issu des actes du colloque organisé le 26 mars 2009 par le centre Sorbonne-Affaires de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne André Tunc (IRJS)-, édit. Dalloz, Paris, 2010, p.89.

[2]-Pierre Lalive, Colloque international sur le droit international privé des groupes de sociétés, SchweizerischeBeiträgezumEuroparecht. Études suisses de droit européen, v. 14, 1973, p.233.

[3]-تعرف العقود المبرمة فيما بين المؤسسات (Unternehmensverträge) على أنها عقود خاصة بالتجمع تهدف إلى معالجة بعض العلاقات داخل التجمع حيث يكون ابرامها، تنفيذها وانقضائها خاضع لشروط موضوعية وشكلية خاصة، بهدف توفير حماية لمصالح الشركة التابعة، مساهميها ودائنيها الخارجين؛ إن من بين العقود المبرمة بين المؤسسات، تلك الوارد فيها أقوى درجة من التكامل الاقتصادي التقريري أين نجد أولها متمثل في عقد شبه الاندماج (Eingliederungsvertrag)المستتبعة في فئة أخرى بعقد الهيمنة (Beherrschungsvertrag)، اللذان أصبحا لأسباب ضريبية غير معمول بهما بكثرة في الواقع العملي، وعادة ما يتم إقران إبرامهما مع عقد آخر متمثل في عقد تحويل إجمالي الأرباح (Gewinnabführungsvertrag). أما عن باقي العقود المسماة الخاصة بالتجمع والتي تشهد أقل درجة من التكامل الاقتصادي؛ نجد عقد التحويل الجزئي للأرباح (Teilgewinnabführungsvertrag)، كذا عقد اقتسام الأرباح(Gewinngemeinschaftsvertrag) وفي الأخير عقد تأجير التسيير (Betriebspacht).

In :Vanessa Desoutter,La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupe, op.cit., p.53, note68. CF. aussi à : Michel Pédamon, Le contrat en droit allemand,2e éd..Droit des affaires (L.G.D.J), p.23 ; voir aussi, Jules Alain PetengoueTassi,Le traitement fiscal du financement des sociétés dans les relations intragroupes en droit comparé français,allemand et camerounais, article fait partie de revue Trajectoires, 01 December 2009, Issue 3.

القانونية، وفي ذلك نجد شركات المساهمة التقليدية «AG» وشركات التوصية بالأسهم «KGaA»، باستثناء التعريفات القليلة المستساغة بطريقة محايدة، ولكن أيضا فيما يتعلق بالجوانب القانونية التي يتناولها أين اكتفى المشرع الألماني بتسوية النقاط المتعلقة بممارسة سلطة الإدارة ومفاعيلها، مع إيلاء الاعتبار والانشغال بوضعية الشركة التابعة، شركائها ولدائنيها الخارجيين.

غير أن فروع القانون الأخرى، بالنسبة للبعض منها، المعنية بشدة بحالات التجمعات، ولا سيما بسبب الصعوبات الخاصة والاجحافات الناجمة عن ذلك، لم تؤخذ في الاعتبار عند استساغة التدوين. وفي مواجهة للشغور والقصور التشريعي، فإن كل من المشرع والقضاء قد دُعِّما بمجهود معتبر في الفقه للتغلب على أوجه القصور المستعصاة هذه لجعل قانون التجمعات أكثر ملائمة للواقع الاقتصادي.

ثانيا: نحو مقاربة متعددة الأبعاد ومتعددة التخصصات للتجمع

بقدر ما تم تقييد التدوين وأهدافه، فإنه لم يخضع خلال السنوات الماضية إلا إلى تعديلات هامشية منذ دخوله حيز النفاذ في عام 1965. وقد ظلت آليات الحماية فيه من دون تغيير جوهري. ففي الواقع، في كثير من الأحيان [1] بتأثير وتأثُّر بقواعد القانون الإرشادي الأوروبي صدرت منظومات قانونية معالجة لموضوع التجمع وتم سنها بالقانون الألماني لتكملة القانون الموضوع.[2]

وكان لهذه المنظومات القانونية ذات الأصل الوطني أو الأوروبي، الجدارة إما بتوسيع المنظور التقييدي للتجمع الذي اعتمد أصلا بالتدوين الساري النفاذ (1) أو بأن تمنح لباقي الفروع القانونية

---

[1]–يثير M.Lutter في هذا الصدد محاولة المشرع للتوفيق بين عناصر القوة (الهيمنة) و عناصر الحماية (الحق في الاستقلالية القانونية) و يطرح تساؤلاته من خلال العبارة التالية :" إن فرص تحقيق مقاربة تشريعية شاملة غير واردة على اعتبار أن كل من القضاء و الواقع العملي لا يستطيعان وضع حلول ، غير مكتفة لأوجه القصور".

In : Paul Mougeolle, Sur la conformité constitutionnelle de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre Responsabilité juridique des entreprises, Revue des droits de l'homme, 2017, p.p.215 et s.

[2]- Ranieri Filippo, Doctrine et jurisprudence étrangères dans le développement du droit civil allemand au 20ième siècle, article in EuropeanReview of Private Law, December 2006, Vol.14(5), pp.685-703. Pour clarifier l'information faut se référer à l'article de ; Dupichot, Philippe ; Grimaldi, Michel ; Schulze, Reiner, qui été écrit Au lendemain des célébrations du 60e anniversaire du traité de Rome, d'où il revient au président de la République nouvellement élu de donner concrètement à l'Union européenne un nouveau souffle, à l'initiative du couple franco-allemand : l'élaboration d'un Code de droit européen des affaires, qu'appellent de leurs vœux de nombreux membres de la société civile et des professions du droit, pourrait de ce point de vue constituer un chantier précieux pour la relance de l'Europe. La sortie du Royaume-Uni, terre de « common law », est propice à ce que le droit continental - que l'immense majorité des Etats membres ont reçu en partage - structure davantage l'Europe des échanges. Peu après, la Commission européenne, dans son « Livre blanc sur l'avenir de l'Europe - Réflexions et scénarios pour l'UE27 à l'horizon 2025 », publié le 1er mars 2017, a heureusement retenu, par suite de l'œuvre entreprise, le scénario d'un « Code de droit des affaires » commun unifiant le droit des sociétés, le droit commercial et des domaines connexes, qui aide les entreprises de toutes tailles à exercer facilement leurs activités au-delà des frontières : Dupichot, Philippe ; Grimaldi, Michel ; Schulze, Reiner, Un Code de droit des affaires pour l'Europe, Les Echos, Jul 18, 2017, p.9 (newspaper_article).

الأخرى معالجة مستقلة لظاهرة التجمع المستندة أحيانا على التعريفات المقترحة بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم، أو على العكس من ذلك، تضع مفاهيم رئيسية مستقلة أكثر قدرة على مراعاة خصوصيات المسألة المعالجة (2).

1- نهج تشريعي متعدد الأبعاد:

لم يعرف النظام الخاص المُضَمّن بقانون الشركات ذات الأسهم إلا بضعة تعديلات. حيث أنه قد أبقى على آلياته الحمائية دون تغيير. وتمثلت أهداف التعديلات في تحسين الشفافية على العلاقات داخل التجمعات. ولم تقتصر جهود إضفاء الشفافية هاته على سير التجمع بل ركزت أيضا على فترة تكوين وانقضاء التجمع. والإصلاحات اللازمة لهذا الغرض ضرورية لأن المصالح الأكثر تعرضا للخطر من جراء وضعية وجود التجمع يمكن حمايتها على أفضل وجه في هذه الأوقات.[1]

ومن أهم الإصلاحات في هذا المجال، القانون الذي يصحح أوجه القصور في القانون المتعلق بتحويلات الشركات[2]، والذي أدى على وجه الخصوص إلى إدخال الفقرات من 393 (aإلى 293 g) ضمن القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، حيث يعتزم من خلالها إلى جعل إبرام العقود فيما بين المؤسسات رهنا بصياغة وإعداد تقرير فحص خاص من جانب مراجع الحسابات. وكان الغرض من هذا التحول هو تحسين المعلومات المقدمة للمساهمين بصفة مسبقة عن انعقاد الجمعية العامة، وقبل اعتماد هذه العقود من قبل هاته الأخيرة[3]. وقد جاء كذلك قانون حول الرقابة والشفافية ضمن المؤسسة[4] لتوضيح طرق مراقبة العقود المبرمة فيما بين المؤسسات فضلا عن العقود الخاصة بعمليات شبه

---

[1]- Duhamel, Jean-Christophe ; Fasterling, Björn ; Refait-Alexandre, Catherine, La transparence: outil de conciliation de la finance et du management, article in Revue Française de Gestion, Nov/Dec 2009, Vol.35(198/199), pp.59-75,12,14.

[2]–القانون المتعلق بتصحيح أوجه القصور في القانون المتعلق بتحولات المؤسسة(GesetzzurBereinigung des Umwandlungsrechts) المؤرخ في 28 أكتوبر 1994، BGBI.I، 1999، ص .3210.

[3]- pour plus d'information ce rf.. Jonas Knetsch préfacé de Michel Fromont,Droit privé allemand, 2ème édit. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, une marque de Lextenso, 2017, "Ce précis est destiné à apporter au juriste francophone les connaissances élémentaires du droit privé allemand, parfois redouté pour son haut degré d'abstraction et sa technicité. Sont présentés les principales branches du droit civil (obligations, biens, sûretés) ainsi que le droit de l'entreprise (droit commercial et des sociétés, droit du travail et droit de l'insolvabilité). Afin de faciliter la compréhension des notions juridiques qui forment le socle du droit allemand, les auteurs se sont efforcés de les mettre en parallèle avec le droit positif français et à rendre le langage juridique, les modes de raisonnement des juristes allemands et la structure du Code civil allemand (BGB) les plus accessibles possibles. Depuis sa première édition, le précis a été refondu et mis à jour et intègre notamment les grandes réformes du BGB des années 2000. Il se destine principalement aux professionnels du droit (avocats, notaires, juristes d'entreprise) ayant à traiter de dossiers franco-allemands, aux étudiants inscrits dans des cursus binationaux de droit ainsi qu'à tous ceux qui s'intéressent aux systèmes juridiques étrangers.Contenant de nombreuses références bibliographiques en langue française, l'ouvrage s'adresse également aux universitaires désireux de mettre leur réflexion à l'épreuve d'une approche comparative.

[4]–القانون المتعلق بالمراقبة و الشفافية في مجال المؤسسة(GesetzzurKontrolleundTransparenzimUnternehmensbereich - Kontrag)،BGBI.1، 1998، ص 590

الاندماج وأخذ بالتزامات إعلامية جديدة. وينطبق الأمر ذاته على القواعد التنظيمية المطبقة على آليات رفع الدعوى القضائية للمساهمين في سياق الإجراء المصطلح عليه ب «Spruchverfahren»، الذي يسمح لهم بالمطالبة القضائية بمجرد أن يقدروا وجود تعدي على حقوقهم في سياق إبرام عقود فيما بين المؤسسات[1].وقد تم سن عدد من النصوص الأخرى بهدف ضمان تحسين المعلومات المقدمة وإضفاء الشفافية لصالح المساهمين والغير.[2]

وهذه الرغبة في اضفاء الشفافية على العلاقات داخل التجمع تظهر ايضا في مجال المحاسبة. وفي الأصل كان القانون الألماني للشركات ذات الأسهم يتضمن أحكاما خاصة في مجال المحاسبة في التجمع (الجزء السادس من القانون المذكور). وقد ألغيت هذه الإجراءات بعد إصلاح معمق للمحاسبة للتجمع المنظمة حاليا في القانون التجاري الألماني (الفقرة 290 وما يليها من القانون التجاري الألماني)[3]. وتوجه المنظومة لكل الشركات العضوة في التجمع مهما كان شكلها[4] وتفرض الحفاظ والتقيد بالمحاسبة الموحدة وبتقرير التجمع، وإن الهدف من هذه المنظومة القانونية هو اعتبار التجمع كيانا اقتصاديا والسماح بالأخذ بالميزانية الموحدة «bilan consolidé».

ومن المؤكد أن الإصلاح الأكثر تمييزا للنهج التشريعي الجديد المتعدد الأبعاد للتجمع هو المتعلق بإجراء "تخارج واستبعاد المساهمين"«squeeze out»، الذي يتيح الإمكانية للمساهم الماسك لما لا يقل عن 95% من الحصص في شركات ذات أسهم تقليدية (AG) باستبعاد وإخراج المساهمين الأقلية

---

[1]–القانون المتعلق بإجراءات الدعوى القضائية بشأن المعارضة والقانون المعدل له(Spruchverfahrensgesetz et le Spruchverfahrenänderungsgesetz) المؤرخ في 12 جوان 2003،BGBI.I، ص 837 .

[2]– القانون المتعلق بنقل أحكام القانون الارشادي الأوروبي بشأن شركات الأموال (Kapitalgesellschaftenund Co. Richtlinie-Gesetz - KapCoRiLiG) المؤرخ في 24 فبراير 2000، BGBI.I، ص. 159، القانون المتعلق بالإصلاح الجديد بشأن الشفافية والسهر في قانون الشركات ذات الأسهم وفي القانون المحاسبي(Gesetzzurweiteren Reform des Aktien- undBilanzrechts, zuTransparenzundPublizität - TransPuG) المؤرخ في 19 جويلية 2002، BGBI.1، ص 2681.

[3]– القانون الناقل لأحكام الإرشادي الرابع ن السابع والثامن للاتحاد الأوروبي(GesetzzurDurchführung der Vierten,Siebten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaft zur Koordinierung desGesellschaftsrechtBilanzrichtliniegesetz du 19 décembre 1985 - BiRiLiG), المؤرخ في 19 ديسمبر 1985، BGBI.I ص 2355. ويقضي قانون صدر مؤخرا، مدعما لما ورد في القانون السابق التنويه إليه في جملة من الامور، بأن "تقرير التجمع" ((Konzernlagebericht يحدد الطريقة التي تنظم بها إدارة المخاطر داخل التجمع ونظام الرقابة المحاسبية المنفذ: قانون بشأن تحديث قواعد القانون المحاسبي(Gesetzzur Modernisierung des Bilanzrecht - BilMoG)مؤرخ في 25 ماي 2009، BGBI.1، ص.1102.

[4]– راجع في هذا الصدد القانون المتعلق بالمحاسبة المفروضة على بعض المؤسسات والتجمعات (Gesetzüber die Rechnungslegung von bestimmtenUnternehmenundKonzernen : Publizitätsgesetz – PublG)المؤرخ في 15 أوت 1969 BGBI1، ص 1189 ؛ والمعدل مؤخرا بالقانون المؤرخ في 10 نوفمبر 2006، BGBII ص.2553.

مقابل تعويض. وقد أضيفت هذه الإمكانية في عام 2001 بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم (a–327f327) من خلال قانون الاستحواذ على القيم المنقولة الألماني[1]وبالتالي فإن إدخال الأحكام المتعلقة بالدخول والعضوية للتجمع في قانون الشركات ذات الأسهم من شأنه أن يسد أحد أكبر أوجه القصور الواردة في تدوين عام 1965. وفي السياق ذاته، فإن العديد من النصوص على الرغم من أنها لا تستهدف التجمع بشكل صريح تم تعديلها حتى يؤخذ في الاعتبار بخصوصية التجمع.

2- مقاربة متعددة التخصصات:

إن نطاق تطبيق القانون الألماني للشركات ذات الأسهم محدود للغاية. فهو يعالج الصعوبات المتعلقة ببسط الهيمنة على الشركة التابعة من قبل المؤسسة المهيمنة، من خلال التشديد على حماية المساهمين الأقلية ودائني الشركة التابعة. غير أنه من الواضح أن العلاقات داخل التجمع تؤثر على الجهات الفاعلة الأخرى مثل المساهمين الأقلية في المؤسسة المهيمنة، العمال، والشركات الأخرى المشاركة في التجمع، وبالطبع حتى على المؤسسات المتنافسة. ولذلك أدخلت أحكام لمراعاة المفاعيل الخاصة للتجمع ضمن مختلف التخصصات القانونية والغرض من هذه الأحكام الاستثنائية « dispositions dérogatoires» عن القواعد العامة هو دعم تطوير نشاط التجمع وحماية الأشخاص الذين قد يتعرضون لضرر[2]. غير أنه لا يتعلق الأمر في هذا الصدد بالعرض على نحو شامل لمجموع الأحكام المتعلقة بالتجمع ولكن للإيضاح والتدليل على أن تدوين القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، قد أدخلت عليه منظومات قانونية خاصة. وتعتبر الأحكام الخاصة بالتجمع الواردة في قانون العمل نسبة إلى عددها ومفاعيلها بالنسبة لهاته الظاهرة الاقتصادية، كاشفة على الرغبة في مراعاة التجمع فيما يعدو عن منظومة القانون الألماني للشركات ذات الأسهم. ومن الأمثلة [3] الجديرة بالذكر، الفقرة 58 من قانون المساهمة واشراك العمال في التسيير (Betriebsverfassungsgesetz–BetrVG) التي تقتضي إنشاء لجنة تجمع مختصة بشأن المواضيع المتعلقة بالتجمع أو بالعديد من أعضائه والتي لا يمكن أن يتم البت فيها من قبل لجان المؤسسة المشتركة(Gesamtbetriebsr□te).أما فيما يتعلق بنوع التجمع التي تشكل فيه هاته اللجنة، فإن النص القانوني يشير بصفة صريحة للفقرة 18 من القانون

---

[1]–القانون بشأن تنظيم العروض العلنية للاستحواذ على القيم المنقولة واندماج المؤسسات (GesetzzurRegelung von öffentlichenAngebotenzumErwerb von WertpapierenundUnternehmensübernahmen)المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، BGBI.I، ص 3822؛ والمعدل مؤخرا بالمادة 10 من القانون الناقل لأحكام القانون الارشادي الأوروبي بشأن اضفاء الشفافية المؤرخ في 5 جانفي 2007، BGBI.I، ص 10.

[2]- Wolff Martin, Le droit de vote dans les sociétés anonymes en droit allemand, article Fait partie de:Zeitschriftfürausländischesund internationales Privatrecht, 1 January 1930, Vol.4(3/4), pp.730-731.

[3]-Duhamel, Jean-Christophe ; Fasterling, Björn ; Refait-Alexandre, Catherine,La transparence : outil de conciliation de la finance et du management,Revue Française de Gestion, Nov/Dec 2009, Vol.35(198/199), pp.59-75,12,14.

الألماني للشركات ذات الأسهم؛ التي تعالج على "التجمع الهرمي ذو المديرية الموحدة"(Unterordnungskonzern)والهدف من هذا الحكم هو ضمان تمثيل العمال على مستوى التجمع، حيث تكون اختصاصات لجنة التجمع هي نفس صلاحيات لجنة المؤسسة، و يتوقف الدور الذي ستضطلع به بالضرورة على ما إذا كانت قرارات تسيير التجمع مركزية أم لا.[1]

وبجانب الأحكام المتعلقة بلجنة التجمع، بفرض القانون الإرشادي الأوروبي على التجمعات العبر الوطنية أو ما يعبر عنه غالبا بالشركات المتعددة الجنسيات، إنشاء لجنة للتجمع الأوروبية « comité européen de groupe»[2]، ووفقا لأحكام القانون الارشادي الأوروبي، يجب إنشاء لجنة الأوروبية للتجمع عندما تكون هناك مؤسسة مهيمنة وواحدة أو أكثر من المؤسسات التابعة، أما عن نوع التبعية المقتضاة لتشكيل هاته اللجنة ما زالت محل جدل لحد الساعة، حول ما إذا كان ينبغي أن تتوافق مع تلك المحددة في الفقرة 17 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم أو ما إذا كان ينبغي الأخذ في الاعتبار بمفاهيم أخرى حول التبعية[3]. وفي الواقع، فإن كل من القانون الإرشادي الأوروبي والقانون الوطني الألماني يضعان قرينة في مثل هذا السياق في حالة حيازة أغلبية رأس المال أو حقوق التصويت أو عندما يكون من الممكن تعيين هيئات الإدارة، المديرية أو المراقبة. وهذا يتطابق مع مفهوم الرقابة الفرنسي «Concept de contrôle»الذي احتكم إليه في القانون الإرشادي الأوروبي المتعلق بالحسابات الموحدة و معاييرها والذي تم نقل أحكامه بالقانون الألماني، الفقرة 290 ثانيا من القانون التجاري الألماني.[4]

أخذ المشرع الألماني في الاعتبار بخصوصية التجمع ذو المديرية الموحدة وماثله بوضعية بـــ"وحدة العمال" «unité de salariés» في سياق نظام تمثيل العمال المصطلح عليه بـــ " الاشراك في اتخاذ القرار" «codécision»، الذي يعتبر الخاصية المميزة لسلطة تمثيل العمال ضمن المؤسسة، حيث يتيح

[1] -Pereira Brigitte, Motif économique et co-emploi dans les groupes de sociétés : quelle amélioration du sort des salariés ?, Humanisme et Entreprise, 01 April 2013, Vol.n 312(2), pp.37-56.

[2]- Martinon, Arnaud, Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational, Droit Social, Jul/Aug 2010, Issue 691, pp.789-800.

[3]- Vanessa Desoutter, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes, op.cit., p.58.

[4]- pour avoir un idée encore plus éclaircis, il faut se référer au chapitre du livre de ; Lasserre René, La cogestion allemande à l'épreuve de la globalisation, CIRAC, publié le 13 December 2017, bibliothèque de l'université de Concordia, Québec, CANADA, Identifiant: ISBN: 9782905518330 ; dont l'auteur démontre qu'au cœur du modèle social allemand, le principe de l'égalité des droits entre travail et capital que concrétise le partage du pouvoir entrepreneurial via la cogestion (Mitbestimmung) a longtemps fait figure de référence en Europe. Mais aujourd'hui, les nouveaux impératifs issus de la globalisation et de l'européanisation des activités, les nouvelles règles de gouvernance qu'impose le marché des capitaux, tout comme l'émergence d'un droit européen des sociétés, transforment ce modèle en 'exception sociale allemande', autrement dit : en handicap pour la compétitivité des entreprises. Une réforme est incontournable. Mais comment rénover cette participation organisée des salariés dans l'entreprise alors que le cadre au sein duquel elle s'inscrit – la régulation macro-sociale unitaire de branche – se trouve lui-même remis en question ?

المشاركة المباشرة للعمال في عملية اتخاذ القرارات الاجتماعية[1]. وقد أدخل للمرة الأولى في ألمانيا في عام 1951 من خلال القانون الإطار المتعلق بالاشراك في اتخاذ القرار[2](Mont-MitbestG)-(Montanmitbestimmungsgesetz)،الذي استكمل في عام 1956 بالقانون المكمل للقانون الإطار فيما يتعلق بالاشراك في اتخاذ القرار (MontMitbestErgG[3])، وكان يتعلق من حيث الأصل فقط بإشراك عمال مؤسسات الصناعية للمعدن والفحم والفولاذ، إلا أنه تم توسيع نطاق نصوص هذا القانون بموجب تعديل آخر[4] وقع في عام 1976 أين نجد الفقرة 1 منه تقتضي تطبيقه على شركات المساهمة التقليدية وشركات التوصية بالأسهم وكذا الشركات ذات المسؤولية المحدودة، بل وحتى على المنشآت التي تستخدم أكثر من 2000 عامل بشكل منتظم[5]. وعند استيفاء معايير تفعيل اشراك العمال في اتخاذ قرارات التسيير، يجب إلحاق اجتماعات مجلس المراقبة بتشكيلة متكافئة من ممثلي العمال ورأس المال. وحرص المشرع على الأخذ بعين الاعتبار وضع التجمع من خلال توسيع أسس حساب عتبة ال2000 عامل على مجموع الشركات المشكلة للتجمع ذو المديرية الموحدة (فقرة 5بند1، جملة 1، من القانون الإطار المتعلق باشراك العمال في اتخاذ قرارات التسيير). ويستخلص من ذلك أن العمال في المؤسسة المهيمنة يتم جمع حسابهم مع عمال الشركات التابعة الخاضعة للمديرية الموحدة لحساب العتبة. وفي فرضية عدم اتخاذ هيكلة التجمع ذو المديرية الموحدة، فإنه بإمكان المقاولين تجنب إجراء اشراك العمال في اتخاذ قرارات التسيير من خلال إنشاء

---

[1]- Auzero, Gilles, La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance, article in Droit Social, Sep 2013, Issue 9, pp.740-746.

[2]– القانون الإطار بشأن اشراكالعمال في اتخاذ القرارات في مجالس المراقبة والمديرين للمؤسسات في مجال التعدين، صناعة الفحم والفولاذ(Gesetzüber die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den AufsichtsrätenundVorständen der Unternehmen des Bergbausund der Eisen und Stahl erzeugendeIndustrie) المؤرخ في 21 ماي 1951، BGBI.I، ص. 347. وكان نطاق تطبيق اشراك العمال في اتخاذ قرارات التسيير محدودا للغاية، حيث اقتصر سوى على اشراك العمال في مجلس المراقبة ومجلس المديرين لمؤسسات صناعة التعدين والفحم والفولاذ فقط، بالإضافة إلى ذلك لم تعالج وضعية التجمع ضمنه.مقتبس عن:

Auzero, Gilles, La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance, article in Droit Social, Sep 2013, Issue 9, pp.740-746.الفحم والفولاذ

Michel Fromont, préface de Alfred Rieg,Introduction au droit allemand : République Fédérale, Institut de droit comparé de Dijon et Strasbourg, 1. éd.,Cujas, t. 3. Droit privé, 1977,pp. 218-220.

[3]– القانون المكمل للقانون الإطار المتعلق باشراك العمال في اتخاذ قرارات التسيير في كل من مجالس المراقبة ومجالس المديرين لمؤسسات صناعة التعدين والفحم والفولاذ(GesetzzurErgänzung desGesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbausund der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie) المؤرخ في 7 أوت 1956، BGBII، ص 707.

[4]–القانون المتعلق باشراك العمال في اتخاذ قرارات التسيير (Gesetzüber die Mitbestimmung der Arbeitnehmer – Mitbestimmungsgesetz) المؤرخ في 4 ماي 1976، BGBI.I، ص. 1153.

[5]– هذا القانون هذا غير مطبق على المؤسسات التي يكون لها، بصورة مباشرة أو رئيسية، أغراض سياسية، طائفية، خيرية، تعليمية، علمية، فنية.

شركات تابعة، وأخرى تابعة لهذا الأخيرة « société sous filiale »، لتجنب أن يتجاوز عدد العمال ال2000 عامل مع الاحتفاظ بالسيطرة الكاملة على السياسة التقريرية من خلال إقامة مديرية موحدة[1]. وتنطبق نفس القاعدة فيما يتعلق بالحد الأدنى من 500 إلى 2000 عامل، العتبة التي يقتضيها قانون اسهام الثلث للمشاركة في السياسة التقريرية للشركة(Drittelbeteiligungsgesetz–DrittelbG)، فهذا القانون يفرض أن يكون عدد ممثلي العمال ضمن مجلس المراقبة يمثل ما لا يقل عن الثلث .[2] ولا تزال هذه المعالجة للتجمع، أو بشكل أخص، للتجمع ذو المديرية الموحدة فيما يتجاوز عن الشركة المُكتسبة للشخصية الاعتبارية أمرا استثنائيا.[3]

فضلا عما ذكر سابقا، فإنه في ظل غياب الشخصية الاعتبارية الخاصة بالتجمع، فإن هذا الأخير لا يمكن له أن يكتسب حقوق ولا أن يتحمل الالتزامات، وبذلك، فإن صفة رب العمل «employeur» لا تزال تقع على كل كيان من الكيانات العضوة في التجمع. وعلى إثر ذلك لا توجد حماية من التسريح الجماعي الذي يشمل التجمع بأكمله[4]. فيجب علينا التوضيح في هذا الشأن أنه بالرغم من عدم وجود أحكام تشريعية استثنائية عن القواعد العامة الواردة في قانون العمل، فإن كل من القضاء[5] والفقه[6]

---

[1]–وهو ما يشكل حالة بيانية خاصة للتجمع ذو المديرية الموحدة والمحتوي لجمع فرعي آخر مشكل لمديرية موحدة وهو ما يعبر عنه بالاصطلاح القانوني الألماني «Konzern imKonzern »، وهو ما اضطلع به الاجتهاد القضائي في مجال قانون العمل، إلا أنه غير وارد النص عليه في قانون الشركات. مقتبس عن:

Vanessa Desoutter,La responsabilité civile de la société mèrevis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemand et le droit français des groupes, op.cit., p.59, note86.

[2]-CF.SickSebastian,La codétermination en Allemagne : un modèle de participation des travailleurs dans le cadre d'un modèle économique coopératif, Réalités Industrielles, Aug 2013, pp.26-32,85-86,88,90 ; ainsi qu'aAuzero, Gilles, La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance, Droit Social, Sep 2013, Issue 9, pp.740-746 ; et Rémy Patrick qui a démontré la différence entre système allemand et français « If the German lawdoes not recognize the principle of participation in constitutionalterms to the collective autonomy of trade unions (which is not a form of participation), several arrangements for employee participation can exist. It is shown that the German collective autonomy compared to collective bargaining in France does not make sense when these institutions perform functions very differently. However, the comparison of differences is not exhausted in this finding: in addition to refining the understanding of our own right, it allows us to make logical connections in law and, in doingso, learnsomelessons on the Frenchmenevolution of law » ; cité dans son article sous titre de , « Le droit à la participation » en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ?, Droit Social, Dec 2015, Issue 12, pp.974-986.

[3]-Verkindt, Pierre-Yves, La représentation du personnel dans les groupes de sociétés, article in Droit Social, Jul/Aug 2010, Issue 691, pp.771-779.

[4]–قرار محكمة العمل الاتحادية، 29 أفريل 1999؛ مقتبس عن:

Vanessa Desoutter,La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemand et le droit français des groupes,p.60, note88.

[5]–قرار محكمة العدل الاتحادية، 05 ماي 1988؛ مقتبس عن:

Vanessa Desoutter,La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemand et le droit français des groupes,p.60, note90.

[6]- cf. Martinon, Arnaud, Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational, article in Droit Social, Jul/Aug 2010, Issue 691, pp.789-800 ; et Auzero, Gilles, La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance, op.cit. ; et Robin-Olivier Sophie, La mobilité internationale des salariés, article in Droit Social, Sep/Oct 2011, Issue 702, pp.897-905 ; et Marie-Elisabeth

يعترفان أحيانا بمعالجة الكيان الاقتصادي الذي يشكله التجمع ويستنتجان من الانتماء إلى التجمع عواقب قانونية معينة. وبالتالي، تم اعتبار المؤسسة المهيمنة طرفا متعاقدا معه بصفة مشتركةcocontractante»» بجانب الشركة التابعة المكتتب الحقيقي لعقد العمل، كما أَمكَنَ اعتبارها كرب عمل "مستخدم"employeurs»» في مكان الشركة التابعة وبدلا عنها[1]،بل وحتى أحيانا على الأقل "مستخدم وسيطي".[2]«employeur intermédiaire»

إن محكمة العمل الفيديرالية (Bundesarbeitsgericht – BAG) قد رأت أنه من الممكن الاستناد إلى وضعية المؤسسة رأس التجمع لتقييم أجور العمال في الشركة تابعة تحت تحفظ أن تكون الروابط الاقتصادية وثيقة بما فيه الكفاية. وقد اعترف بمثل هذه الإمكانية في حالة عقد شبه الاندماج بالاستيعاب أو عقد الهيمنة أو عقد تحويل الأرباح، إذا ظهر أنه لم يتم إيلاء الاهتمام الكافي بالمصالح المالية التسييرية الشركة التابعة وتم الإضرار بها من قبل المؤسسة المهيمنة[3]، وكذا قبلت في نفس القرار بتوسيع نطاق الالتزام بإعادة التصنيف على جميع شركات التجمع. ومن المتصور بذلك أن يتم توسيع نطاق الاتفاقية الجماعية للعلاوات والأجور لتشمل التجمع بأكمله. غير أنه في معظم الحالات، يعمل أعضاء التجمع في قطاعات نشاط مختلفة وبشروط تنافسية غير متماثلة، مما يقلل إلى حد كبير في الممارسة العملية من فائدة وجدوى الاتفاقية الجماعية للعمل الموسعة النطاق على التجمع بأكمله.[4]

ولذلك يبدو أن قانون العمل يميل إلى تفضيل المقاربة التشريعية والقضائية البرغماتية لوضعية التجمع بعدم التردد في مراعاة الواقع الاقتصادي الذي يشكله التجمع فيما يعدو عن انعدام وجوده القانوني. والدافع وراء هذا الموقف التشريعي هو الحاجة إلى حماية العمال في مواجهة القطع القانوني المصطنع

Bonte, Les timides avancées du syndicalisme européen, newspaper_article in Les Echos, May 4, 2010, p.12, et Couturier Gérard, La fermeture d'une filiale : les recours des salariés licenciés: Cass. soc. 18 janvier 2011, Jungheinrich et 1er février 2011, Goodyear Dunlop, Droit Social, Apr 2011, Issue 698, pp.372-381, et Deffains Bruno, Quand les économistes évaluent le droit, article in Sociétal, 3rd Qtr 2004, Issue 45, pp.36-40.

[1]- pour s'approfondir sur ce sujet cf. au grand titre traité par DAMIEN CHATTARD, dont il traite en premier lieu « le groupe, un employeur esquissée » pp.19-97, ainsi que les sous-titres traitées dans la deuxième partie « le gropue, une responsabilité suggérée » : 1- « une responsabilité contractuelle partagée », 2- « une responsabilité délictuelle recherchée », pp.137-168 ; in Damien CHATTARD, préface de Bernard Teyssié, réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés « éssai en droit du travail », édit. LEXIS NEXIS.

[2]- Damien CHATTARD, préface de Bernard Teyssié, réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés « essai en droit du travail », op.cit., pp.19-49.

[3]-BAG, 4 octobre 1994, cité par Vanessa Desoutter,La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemand et le droit français des groupes, op.cit., p.60, note.94.

[4]- Robin-Olivier Sophie, La mobilité internationale des salariés, Droit Social, Sep/Oct 2011, Issue 702, pp.897-905.

بين الشركات المنتمية للتجمع. وبذلك نجد أن باقي الفروع القانونية على غرار قانون العمل تتخذ نفس المقاربة، مثلما هو عليه الحال في قانون المنافسة أو قانون الاستثمارات المالية.[1]

ويستخلص أن اتخاذ الطرح البرغماتي بالمقاربة التشريعية لقانون التجمعات الألماني من خلال تدوين خاص من قبل المشرع الألماني كان نهجا طليعيا واستباقيا، الأمر الذي على إثره حظي باهتمام كبير من جانب الحقوقيين الدوليين. غير أن الفكرة التقدمية بتوفير حماية لمصالح المساهمين والدائنين لا تغطي إلا طابع التدوين ذو الحد الأدنى. وتحت تأثير الفقه[2]، فإن كل من القضاء والمشرع في الاتحاد الأوروبي، قد منحا بعض الإصلاحات الجديدة بالمنظومة القانونية الأوروبية. وهذه الأخيرة كان لها ميزة ملء بعض الثغرات مع الأخذ في الاعتبار، على وجه الخصوص بوضعية مصالح أخرى معنية بالتجمع وتشكيله. لذلك ينطلق القانون الألماني للتجمعات في الوقت الحالي من معالجة برغماتية أكثر لظاهرة التجمع؛ والتي يبدو أنها أنجع وسيلة للحماية من تضارب المصالح وفي ذلك توفير لحماية مصالح أخرى معنيَّة وبخاصة؛ مصالح العمال والغير. ويظهر في الوقت الحالي أن قانون التجمعات؛ وعلى إثر تنوع وتعدد الصعوبات التي يثيرها يجب أن يتجسد في المقاربة التشريعية المتعددة الأبعاد«appréhension multidimensionnelle» من خلال معظم التخصصات القانونية المعالجة لهاته الظاهرة، التي تقدم حلولا متمايزة وفقا للإشكال المطروح في النزاع، ومن هذا المنطلق تدخلت العديد من الفروع القانونية المتخصصة، والجديدة أحيانا، لتعالج وضعية التجمع في سياق قانون المنافسة، قانون الأسواق المالية، قانون العمل أو حتى قانون الضرائب للتجمعات، وما إلى ذلك.[3]

وإلى جانب توسيع المنظور التشريعي للتجمعات، قد أدى كل من القضاء[4] والفقه[1] دورا حاسما وملحوظا في وضع مقاربات ومفاهيم قانونية جديدة للتغلب على الثغرات والقصور الكامنة في الأحكام

---

[1]-Michael Bode,Le groupe international de sociétés : le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand, édit. Bern : Peter Lang, Publications universitaires européennes, Présenté à l'origine par l'auteur comme thèse de doctorat--Université de droit, d'économie étude sciences sociales de Paris et Humboldt-Universitätzu Berlin, 2010, p 68

[2]- Michel Béjot, La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne, édit.É. Bruylant, Bruxelles, 1976, p.33.

[3]–أين تم ادراج أحكام جديدة على القانون الألماني المتعلق بتنظيم العروض العلنية لشراء القيم المنقولة والمؤسسات المؤرخ في 20 ديسمبر 2001.

(Gesetz zurRegelung von Öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren und vonUnternehmensübernahmen – WpHG)

بموجب القانون الإرشادي الأوروبي 25/2004 عن المجموعة الأوروبية المتعلق بالعروض العلنية للاستحواذ المؤرخ في 14 جويلية 2006، مقتبس عن:

Dupichot Philippe ; Grimaldi Michel ; Schulze Reiner, Un Code de droit des affaires pour l'Europe, Les Echos, Jul 18, 2017, p.9.

[4]– كتكريس عملي للاتجاه الفقهي لحماية مصالح المساهمين للشركة المهيمنة نجد أن محكمة العدل الاتحادية الألمانية قد أرست المبدأ في قضية « Holzmüller » الذي بموجبه لا يمكن تحديد السياسة الإدارية في شركة المساهمة من دون موافقة الجمعية العامة للمساهمين إذا كان من

التشريعية المدرجة بتشريع عام 1965[2]. وعلى وجه الخصوص، كان على الفقه والقضاء أن يبثا في إشكال تطبيق قانون التجمعات للشركات ذات الأسهم على الأشكال الأخرى من الشركات، وفي هذا الصدد، من الضروري فحص التطورات التي لحقت بالمواقف القضائية في شأن تطبيق تدوين قانون التجمعات من خلال القانون الألماني للشركات ذات الأسهم على الشركات ذات المسؤولية المحدودة.

المطلب الثاني: مدى نجاعة التوجه التشريعي الألماني للحماية المدنية للشركة التابعة

من الناحية العملية، فإن ظاهرة التركيز الاقتصادي تتعلق أيضا بأشكال أخرى من الشركات بل حتى وفي بعض الأحيان بهياكل أخرى مثل الاتحادات والتعاونيات والجمعيات. إن استخدام هياكل أخرى لتشكيل التجمع لا يعبر فقط عن الرغبة في التهرب والحيلولة دون تطبيق النظام المدرج بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم ولكن يفسر كذلك بتعدد أنواع التركيزات الاقتصادية التي ستتطلب أشكالا قانونية أخرى مختلفة طبقا لطبيعة العلاقات المرتقبة. إن كل من الفقه والقضاء قد واجها المنازعات التي تنطوي على أشكال أخرى من الشركات أو الكيانات التابعة. ونظرا لعدم وجود أي منظومات قانونية خاصة أخرى، فقد اضطرا إلى تحديد أسس النظام القانوني الذي ينبغي تطبيقه عليها. ولذلك فإن مسألة تمديد مجال تطبيق قانون التجمعات للقانون الألماني للشركات ذات الأسهم قد طرحت بشدة، وعلى اعتبار أن هذه الدراسة مقصورة على الشركات التجارية، فإنها ستكون بمثابة دراسة وفحص للقواعد القانونية المتاحة لتطبيقها على الشركات ذات المسؤولية المحدودة التابعة[3]. وفي هذا الشأن، فإن القضاء كان جريئا وشهد العديد من التقلبات في المواقف القضائية المتخذة. وإذا ما اعترف، في مرحلة أولى بإمكانية التطبيق بالقياس لأحكام قانون التجمعات للقانون الألماني للشركات ذات الأسهم على الشركات ذات المسؤولية المحدودة (فرع 1)، فإن الصعوبات العملية التي صودفت أدت

شأن ذلك المساس بحقوقهم و مصالحهم ؛ وهذا هو الحال بالنسبة لقرار تحويل منشأة للخارج« externalisation d'un établissement »؛ التي كانت تشكل الجزء الأكبر من رأس المال الاجتماعي ضمن شركة المساهمة المنتمين إليها.(قرار محكمة العدل الاتحادية، 25 فبراير 1982) مقتبس عن:

Vanessa Desoutter, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes, op.cit., p.61, note 98.

[1]- Tallon Denis, Quel droit comparé pour le XXI siècle ?, Uniform Law Review - Revue de droit uniforme, 1998, Vol. 3(2-3), pp.703-709.

[2]- Droit allemand des sociétés = Gesellschaftsrecht, Collection: Jura Europae : Le droit dans les pays de la Communauté économique européenne t.[1], 2v.,édit. C.H. Beck, München, 1964.

[3]– إن الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي تهيمن على شركة ذات أسهم تطبق عليها أحكام القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، على اعتبار أن تدوين قانون التجمعات للقانون الألماني للشركات ذات الأسهم يطبق بمجرد أن تكون الشركة التابعة تتخذ شكل شركة مساهمة أو شركة توصية بالأسهم وذلك بغض النظر على الشكل القانوني الذي تتخذه المؤسسة المهيمنة.

إلى التراجع في الموقف القضائي لتفضيل حل أنسب للخصائص المميزة لهيكل الشركة ذات المسؤولية المحدودة (فرع 2).

الفرع الأول: تمايز الحلول القضائية عن المقاربة التشريعية المستساغة بالتدوين

لجأ رواد الأعمال بشكل مكثف لشكل الشركة ذات المسؤولية المحدودة في سياسات التفريع التي اتخذوها؛ وعلى إثر ذلك فإن هيكلة الشركة ذات المسؤولية المحدودة لها في الواقع ميزة السماح للشركاء بممارسة نفوذ على السياسة التقريرية، مع قصر مسؤوليتهم على حصصهم، بالرغم من أن الشركات ذات المسؤولية المحدودة يحتكم إليها في تشكيل تجمعات الشركات، فإنه لم يسن أي منظومة شاملة، مثلما هو عليه الحال في شأن شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم[1]. ولكن ذلك ليس جراء انعدام أية محاولات في هذا الشأن، بل بالفعل، تم وضع مشروعين حكوميين يهدفان إلى إصلاح قانون الشركات ذات المسؤولية المحدودة في عامي1971 و1973؛ اللذان كانا يقتضيان، مثلما هو عليه الحال بالنسبة للقانون الألماني للشركات ذات الأسهم، جزء مكرسا خصوصا للمؤسسات ذات الصلة كان في القصد منه أن يطبق في حالة تبعية الشركة ذات المسؤولية المحدودة لتجمع قانوني.[2] إلا أن هذه الإصلاحات لم تلقى القبول. وبغية تجنب فرض المزيد من الرفض والحصار على إصلاح قانون الشركات ذات المسؤولية المحدودة، أرجأ المشرع الألماني إلى عام 1980 سن النظام الخاص بالشركة التابعة ذات المسؤولية المحدودة. وإلى يومنا هذا، لم يتم استساغة أي أحكام خاصة. وتبقى الحقيقة أن العديد من الشركات ذات المسؤولية المحدودة تنتمي إلى التجمعات، سواء كمؤسسة مهيمنة أو كشركة تابعة[3].ووفقا للتقييمات الغير رسمية التي يرجع تاريخها إلى السنوات 1990، فإن ما يقرب عن 50% من الشركات ذات المسؤولية المحدودة تنتمي للتجمع[4]، فمنذ ذلك الحين زادت هذه النسبة زيادة كبيرة، ولذلك كان على الفقه والقضاء أن يتعاملا مع هذا الواقع. وسرعان ما وضعت وطرحت مسألة التطبيق

---

[1]- Rudolf Mueller, Traduction de:GmbH-Gesetz Allemand avec texte anglais en parallèle, German law concerning the companies with limited liability, édit. Main : Knapp,Frankfurt, 1977.

[2]-Peter HOMMELHOFF, Place respective de la liberté contractuelle dans la SARL et la GMBH in Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires, édit. Dalloz, Paris, 2013, p27

[3]–القانون الألماني بشأن تحديث قانون الشركات ذات المسؤولية المحدودة وبشأن التصدي للتعسفات(Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-RechtsundzurBekämpfung von Missbräuchen – MoMiG) المؤرخ في 23 أكتوبر 2008؛راجع كذلك مشروع القانون حول تحديث وعصرنة قانون الشركات ذات المسؤولية المحدودة والتصدي للتعسفات(EntwurfeinesGesetzeszurModernisierung des GmbH-RechtsundzurBekämpfung von Missbräuchen – MoMiG)، المؤرخ في 23 ماي 2007؛ الاضطلاع عليهما بالموقع الالكتروني: http://www.bmj.bund.de/files/-/2109/RegE%20MoMiG.pdf.

[4] -Peter HOMMELHOFF; Place respective de la liberté contractuelle dans la SARL et la GMBH, in Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Félix Marie Guyon 1934, 2003.

بالقياس لقانون التجمعات للشركات ذات الأسهم في الممارسة العملية[1].فالغرفة المدنية الثانية التابعة لمحكمة العدل الاتحادية المختصة بهذه المسألة، قد اتخذت موقفا في وقت مبكرا جدا لصالح التطبيق بالقياس للأحكام العامة الواردة في الفقرات من 15 إلى 19 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم بسبب طابعها الحيادي وعلى اعتبار أنها تضمنت مجرد تعريفات قانونية[2].وينطبق الأمر ذاته على الأحكام المتعلق بالتجمعات القانونية المنصوص عليها بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم التي اتخذ من خلالها القضاء موقفا لصالح التطبيق بالقياس للأحكام المتعلقة بالتجمعات القانونية، لكن المتأقلم والمعدل وفقا لخصوصيات هيكلة للشركات ذات المسؤولية المحدودة، بمجرد أن تكون هذه الأخيرة مرتبطة وملزمة بعقد يتوافق مع عقد الهيمنة المنظم بالفقرة 291 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم[3].وفي غياب إبرام عقد الهيمنة، فإن إشكال النظام القانوني المطبق ظل لفترة طويلة أكثر إثارة للجدل وكان هناك العديد من التراجعات والعدول عن المواقف القضائية المتخذة في صدد القرارات القضائية الكبرى. وسيوفر تحليل تطور الاجتهاد القضائي فهم أفضل للميكانيزمات القضائية للحماية المطبقة في الوقت الحالي تجاه الشركات ذات المسؤولية المحدودة. وسيكون من المناسب عرض الحلول المطورة من قبل المجلس الأعلى التي بالرغم من أنها رفضت فيما بعد تجاه الشركات ذات المسؤولية المحدودة ينبغي أن يستمر تطبيقها تجاه الشركات ذات الأسهم المكونة لتجمع فعلي تصل فيه حدة ممارسة النفوذ على الشركة التابعة إلى تلك المزمع تطبيقها ضمن التجمع القانوني.

---

[1]- J.-G. RECQ et A. SCHRÖDER, La responsabilité sans faute de l'associé majoritaire en Allemagne, Rev.sociétés 1992, p. 707 et s.

[2]–راجع على سبيل المثال قرار محكمة العدل الاتحادية المؤرخ 10 جويلية 2006، أين أيدت هاته الهيئة، تطبيق قواعد التعويض عن الخسائر وفقا للفقرة §302 على التجمع القانوني المتضمن لشركة ذات مسؤولية محدودة تابعة مرتبطة بعقد هيمنة. مقتبس عن:

Vanessa Desoutter,La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemandeet le droit français des groupes, op.cit., p.64, note 115.

Cf. aussi ; Toko Patrick Wafeu, Le juge qui crée le droit est-il un juge qui gouverne?, Les Cahiers de Droit, March, 2013, Vol.54(1), p.145 : « le juge peut créer le droit sans nécessairement gouverner, tandis qu'en en matière constitutionnelle et pénale il peut gouverner sans créer le droit. Il gouverne en étant l'interprète de la loi dont il détermine la signification officielle. N'ayant ni l'épée ni la bourse, il a un pouvoir d'injonction, garantie de l'exécution de ses décisions. Le dialogue des juges est un moyen de contestation des ordres juridiques nationaux et de diffusion d'une manière de dire le droit ».

[3]– قرار مبدئي لمحكمة العدل الاتحادية المؤرخ في 11 أكتوبر 1999، وهو الموقف القضائي المذكور مؤخرا في قرار صادر عن نفس هذه الهيئة مؤرخ في 10 جويلية 2006:"..الفقرة §302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم مطبقة على التجمع القانوني المشكل مع شركة ذات مسؤولية محدودة..." ؛ و عموما، فإن الأحكام المتعلقة بالعقود المبرمة بين المؤسسات الواردة في القانون الألماني للشركات ذات الأسهم هي المطبقة بالقياس على الشركات ذات المسؤولية المحدودة، تحت تحفظ خضوعها لبعض التكييفات الطفيفة التي تفرضها الاختلافات الهيكلية بين الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، مقتبس عن:

Vanessa Desoutter,La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes, op.cit., p.64, note 116.

سيكون من المناسب عرض تطورات قانون التجمعات تجاه الشركات ذات المسؤولية المحدودة التابعة بطريقة زمنية، من خلال عرض الاحتكام القضائي لنظرية "التجمع الفعلي الموصوف" « théorie du groupe de fait qualifié» / (qualifizierterfaktischer Konzern)، والتطبيق بالقياس لقانون التجمعات للشركات ذات الأسهم(أولا) فضلا عن مفاعيله (ثانيا).

أولا: تطور قواعد الإثبات في شأن التعدي الموصوف كمؤشر عن تطور قانون التجمعات

قد انشغل الحقوقيين الألمان بمسألة معرفة ماهية آليات الحماية التي ستطبق عندما تخضع الشركة ذات المسؤولية المحدودة لسياسة تسيير تتنافى مع مصالحها، وقد أدى تضاعف عدد الشركات ذات المسؤولية المحدودة ذات الشريك الوحيد في السنوات 80 إلى الزيادة في حدة المشكلة. وفي الواقع، هناك العديد من الأمثلة على التعسف في استخدام الشخصية الاعتبارية من قبل الشريك الوحيد أو الشريك ذو الأغلبية للشركة ذات المسؤولية المحدودة، لذلك فقد اضطر كل من الفقه والقضاء إلى النظر في الطريقة التي ينبغي بها العقاب على السلوك التعسفي للشريك الوحيد أو ذو الأغلبية للشركة ذات المسؤولية المحدودة، والمسألة الحاسمة التي يتعين البث فيها تتعلق بتحديد ماهية أنسب الأسس القانونية للتقييم أو فرض العقاب على النفوذ الضار الممارس على الشركة ذات المسؤولية المحدودة التابعة. وهناك اثنين من الحلول البديلة؛ هما: استخدام الآليات القانونية العامة للقانون المدني أو لقانون الشركات، أو التطبيق بالقياس على المقاربة التي تم سنها تجاه الشركات ذات الأسهم بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم؛ بالنظر إلى أنه يمكن أن يتم تصنيف الشريك بـــ "المؤسسة المهيمنة" وعلى هذا النحو يقوم بتشكيل "تجمع فعلي" مع الشركة ذات المسؤولية المحدودة الموضوعة تحت تبعيته وفقا للمعنى المقصود في الفقرة 15 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم.[1]فقد قضت محكمة العدل

---

[1]- قد تم تطوير نظرية التجمع الفعلي الموصوف أصلا بموجب الفقه بغية سد الشغور الوارد في آليات والأحكام الخاصة بحماية الذمة المالية للشركة الموضوعة بالقانون الألماني لشركات ذات الأسهم في سياق التجمع الفعلي في فرضية النفوذ أو التأثير المستمر والدائم للمؤسسة المهيمنة على الشركة التابعة. وفي مثل هاته الظروف، فإن التحفيزات الضارة للمؤسسة المهيمنة على الشركة التابعة لها لا يمكن عزلها بشكل فردي حتى يتسنى تطبيق الآليات المنصوص عليها بالفقرة § 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، والفقرات من § 317 وما يليها من ذات القانون.

والضرر (Nachteil) بالمعنى الوارد في الفقرة §311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم يختلف عن مفهوم الخسارة (perte/ verlust) بالمعنى المقصود في الفقرة §302 من ذات القانون. والواقع أن الضرر قد يوجد بغض النظر عن البيانات المحاسبة الإيجابية الواردة في ميزانية الشركة؛ بمجرد أن يمنع التحفيز أو الإرشاد الشركة التابعة من تحقيق المزيد من الأرباح. وبالمثل، فإنه يختلف عن النتائج الضارة المترتب عن "الإرشاد الضار" (conséquences préjudiciables de l'incitation / = schaden) التي تتناولها الفقرة §317 من ذات القانون، والتي تتخطى مجرد الضرر الذي تمثله التعليمة أو الأمر المستصدر بالنسبة للشركة التابعة، ليشمل كل ما يترتب عن ذلك من عواقب. ومن المقبول بالإجماع أن الطبيعة الضارة للحوافز تُقوّم بالنظر للسلوك المفترض اتباعه من المدير الحريص والمؤتمن(Ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter)لشركة مستقلة منعزلة غير منتمية لأي تجمع، والمواجهة لنفس الظروف. تجدر الإشارة إلى أن استخدام معيار المدير الحريص والمؤتمن لا يخلو من طرح صعوبات خطيرة في التفسير. ويتفق الفقه والقضاء في هذا الأمر على الاعتراف للمدير

الاتحادية لأول مرة اتباع الحل الثاني وكرست تجاه الشركات ذات المسؤولية المحدودة، النظرية الفقهية للتجمع الفعلي الموصوف التي يقصد منها توفير بعض التصحيحات على أوجه القصور الكامنة في التطبيق الميداني لقانون التجمعات للشركات ذات الأسهم (1) وفرضت بذلك على الشركات ذات المسؤولية المحدودة حلا يحث على التطبيق بالقياس على قانون التجمعات المقنن للقانون الألماني للشركات ذات الأسهم(2).

1-أسس نظرية التجمع الفعلي الموصوف:

تستند المقاربة البريتورية للتجمع الفعلي الموصوف على فكرة أن الشركة رأس التجمع لا يمكنها التحايل على الضمانات القانونية والتعاقدية لحماية مصالح الشركة التابعة، مساهميها ودائنيها، بمجرد التخلي عن إبرام عقد الهيمنة. حيث أنه في هكذا مراوغة قانونية من قبل رواد الأعمال القائمين بإدارة المؤسسة المهيمنة؛ لا يمكن الاكتفاء فقط بتطبيق الآليات القانونية المقامة تجاه فرضية التجمع الفعلي (بالفقرة § 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، والفقرات من § 317 وما يليها؛ بل يستوجب الأمر في هكذا فرضية تطبيق آليات وأحكام التجمع القانوني بما في ذلك الالتزام باقتسام الخسائر (§ 302 من القانون الألماني لشركات ذات الأسهم) سيتم تطبيقها حتى إذا لم يبرم عقد الهيمنة.

ومن منطلق تكريس نظرية التجمع الفعلي الموصوف، سعى القضاة إلى استنساخ المقاربة المطروحة بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم، التي تمثل في الحماية بطريقة أولية وتفضيلية، الذمة المالية الاجتماعية للشركة التابعة بالاستناد أولا على مسؤولية تستند على هيكل التجمع أين وضعت محكمة العدل الاتحادية واستساغت الأسس والأطر والمحددات لمفهوم التجمع الفعلي الموصوف في عام

بسلطة تقديرية واسعة النطاق بشأن قرارات التسيير.ويرى H.Altmeppen أن أحد قيود السلطة التقديرية هو احترام تناسب معين بين الضرر الذي يلحق بالمصلحة الاجتماعية والمزايا التي ترجع للتجمع (Angemessenheitskontrolle). ويرى U. Hüffer، في هذا الصدد، أن الامتيازات التي تستمدها المؤسسة المهيمنة لا يمكن أن تؤخذ بعين الاعتبار عند تقييم الطبيعة الضارة للتحفيز. ويعترف غالب الفقه بأن السلبيات المحتمل (les éventuels désavantages) ترتيبها عن الانتماء للتجمع، مثل تدهور العلاقات التجارية مع العملاء المتنافسين مع المؤسسة المهيمنة، لا يمكن اعتبارها لوحدها حافزا ضار. ومن المسلم به عموما أن سلوك المدير المؤتمن والحريص سيكون موضع تقدير من حيث العلاقة بين الأداء prestation والأداء المقابل contre-prestation؛ وفي هذا الصدد يستند القضاء إلى الشروط المعمول بها في الممارسة العملية في "قطاع النشاط المعني" كمرجعية يستدل بها، وفيما يتعلق بالأسعار؛ فإن أسعار السوق ستشكل بلا شك مرجعا لتقييم المبالغ.

ويجب إجراء التقييم في اليوم الذي تم خلاله ممارسة التحفيز. ولذلك يجب التحقق ما إذا كان الطابع الضار للتحفيز كان معلوما أو كان ينبغي العلم به من قبل المدير الحريص والمؤتمن وقت حدوث الوقائع. ومن فإن النتيجة السلبية التي لم يستطع التنبؤ بها من قبل المدير الحريص والمؤتمن لا يمكن أن تكون ضمن تطبيقات §311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم. وعلى أي حال، فإن الطبيعة الضارة للتحفيز سيتم توصيفها بمجرد أن يكون الضرر الملحق بالشركة التابعة، غير ممكن أن يكون موضع تعويض، وسيكون هذا هو الحال بالنسبة للإرشاد المقدم لإدارة الشركة التابعة على نقل وتحويل نشاطها، الذي كان مربحا إلى شركة أخرى منتمية لنفس التجمع مما أدى إلى حتمية تعثرها المالي.

RENE REICH-GRAEFE, Changing Paradigms: The Liability of Corporate Groups in Germany, Connecticut Law Review, 2005, Vol.37, pp.785-1235.

1985 مع قرار "أوتوكران"" Autokran[1] وطبقت من خلال القياس على الأحكام المطبقة على التجمع القانوني للقانون الألماني للشركات ذات المسؤولية المحدودة، غير أن القضاة بتغييرهم وتعديلهم لآليات الإثبات، قد بدأوا يتجهون من مسؤولية المهيمنة القائمة على شدة وتركيز العلاقات داخل التجمع إلى المسؤولية القائمة على السلوك التعسفي من جانب المؤسسة المهيمنة.

وعلى إثر ذلك سنفسر الأساس المنطقي لوجود نظرية التجمع الفعلي الموصوف وأسانيده، على اعتبار أنه لم يتم النص أو اقتضاء أي آلية للحماية بصفة صريحة من قبل المشرع الألماني في هذا الصدد.

إن التجمع الفعلي يمثل من حيث المبدأ التجمع الذي تحتفظ من خلاله الشركة التابعة باستقلاليتها القانونية ولا تخضع إلاّ لنفوذ عرضي ومتفرق من جانب المؤسسة المهيمنة التي يخوّل لها القانون فقط إمكانية حث الشركة التابعة وتحفيزها على القيام بعمل أو الامتناع عنه، والتي ترجمناها خلال هاته الدراسة بعبارة "إمكانية إرشاد إدارة الشركة التابعة بتوجيهات غير الزامية" نسبة للمصطلحين المقابلين لها بالفرنسية والألمانية (Veranlassung / incitation) التي تخضع لمنظومة قانونية خاصة تختلف عن منظومة التجمع القانوني(Vertragskonzern)، فهاته الأخيرة يخوّل المشرع الألماني من خلالها سلطة استصدار تعليمات الزامية بصورة منتظمة تجاه إدارة الشركة التابعة والتي يقابلها المصطلح الفرنسي (pouvoir d'injonction) التي يقصد منها أن تطبق على التجمعات التي يكون فيها عقد الهيمنة(Beherrschungsvertrag)أو عقد شبه الاندماج (Eingliederungsvertrag) مبرما فيما بين المؤسسات. والقصد من نظرية التجمع الفعلي الموصوف هو تطبيقها في سياق التجمع الفعلي الذي بدلا من أن تمارس فيه المؤسسة المهيمنة ""إمكانية إرشاد إدارة الشركة التابعة بتوجيهات غير الزامية " تقوم باستصدار تعليمات الزامية بصورة منتظمة تجاه إدارة الشركة التابعة"، وعلى هذا النحو لا يمكن عزل الضرر المترتب على هكذا نفوذ وتقييمه على اعتبار أنه فرضية التجمع القانوني سيكون محددا بناءا على بنود واردة في عقد الهيمنة أو عقد شبه الاندماج وشاملا لجميع القرارات الإدارة. وفي سياق التجمع الفعلي يخول للمؤسسة المهيمنة ممارسة ""إمكانية إرشاد إدارة الشركة التابعة بتوجيهات غير الزامية " بحثها على اتخاذ **قرارات إدارية** حتى ولو كانت في غير صالحها، شريطة أن يكون بالإمكان القيام بعزل وتفريد هذه **القرارات** حتى تكون موضع تعويض متفرّد وفقا للفقرة 311 ق.أ.ش.أ.، حيث يتعلق الأمر في الفرضية المعاكسة إلى اعتبارها من الحالات التي يصطلح عليها الفقه بمسمى "سلة الغسيل" «panier de linge»الذي يستخدمه للدلالة على الوضع الذي لا يمكن فيه تعقب الانتهاكات

[1] - Jean HONORAT, Place respective de la liberté contractuelle dans la SARL et la GmbH, Aspects actuels du droit des affaires: Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003 ; p.p.507-528.

والتعديات المختلفة وتحديها بصفة منفردة ومعزولة نتيجة عدم إعداد وثائق مرجعية مثل؛ فواتير، إيصالات أو وثائق أخرى، وكذا في غياب مسك محاسبة منتظمة أو عدم ورودها ضمن الوثائق المحاسبية للشركة، وبذلك تتواجد جل التصرفات في سلة دون القدرة على تحديد مصدرها[1].

وإنه في سياق التجمع الفعلي، وفي سياق (incitations préjudiciables)"**الإرشاد الإداري المخالف لمصلحة الشركة التابعة**"، إن الفقرة 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، تفرض إلزاما بالتعويض من جانب المؤسسة المهيمنة عن كل قرار ضار ألزمت الشركة التابعة باتباعه أو على الأقل اعتراف بدين من قبل الأولى تجاه الثانية[2]، أين ينبغي أن يغطي مبلغ الضرر التعدي الناجم عن

---

[1]– قرار مبدئي لمحكمة العدل الاتحادية المؤرخ في 11 أكتوبر 1999، وهو الموقف القضائي المذكور مؤخرا في قرار صادر عن نفس هذه الهيئة مؤرخ في 10 جويلية 2006:"..الفقرة §302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم مطبقة على التجمع القانوني المشكل مع شركة ذات مسؤولية محدودة..."؛ وعموما، فإن الأحكام المتعلقة بالعقود المبرمة بين المؤسسات الواردة في القانون الألماني للشركات ذات الأسهم هي المطبقة بالقياس على الشركات ذات المسؤولية المحدودة، تحت تحفظ خضوعها لبعض التعديلات الطفيفة التي تفرضها الاختلافات الهيكلية بين الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، مقتبس عن:

BGH, 11 octobre 1999, II ZR 120/98, BGHZ 142, p. 382 et s. in :Vanessa Desoutter,La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes, op.cit., p.64, note 116.

[2]– تقتضي الفقرة 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم على أنه بمجرد أن تحث وتوجه المؤسسة المهيمنة الشركة التابعة على اتخاذ تدابير أو الامتناع عن التصرف تخالف مصلحتها في سياق التجمع الفعلي، تكون الأولى مسؤولة عن التعويض عن النتائج السلبية(inconvénients) التي تنجم عن النفوذ الممارس، من خلال مزايا مكافئة (avantages équivalents)؛ ومن ثم، فالتعويض عن الآثار السلبية الناجمة عن النفوذ الضار(incitations préjudiciables) لن يتم التعويض عنها إلا من خلال إقامة مسؤولية المؤسسة المهيمنة وفقا للفقرة § 317 من القانون السابق الذكر، وشريطة أن يكون التعويض عن التحفيزات الضارة لم يحدث بالفعل. وتنص الفقرة § 311 ثانيا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم على إمكانيتين ممنوحتين للمؤسسة المهيمنة للقيام بالتعويض إما التعويض الفعلي خلال السنة المالية أو الاعتراف بالدين المستحق. وفي الحالة الأولى، يجب أن تكون الاستحقاقات ممثلة في ميزانية الشركة التابعة. وفي الحالة الثانية، يجب على الشركة التابعة أن تبرم بالضرورة عقد مع المؤسسة المهيمنة من أجل تحديد حقوق الدائنية الممنوحة للشركة التابعة. يجب أن يحدد هذا العقد طبيعة ونطاق المزايا الممنوحة والتاريخ الذي يمكن المطالبة بها. وفي هذه النقطة الأخيرة، ستكون المؤسسة المهيمنة مسؤولة عن دفع فوائد استحقاقية جارية منذ لحظة إتباع الحافز أو التوجيه الضار.

ويمكن التعويض عن هذه الآثار السلبية بأي ميزة مالية قد يكون لها أثر مفيد على ميزانية الشركة التابعة للسنة اللاحقة أو حتى في المستقبل القريب. يجب أن تكون المزايا المالية قابلة للتقييم. ويمكن أن تأتي من المؤسسة المهيمنة أو من طرف الغير. ومن ناحية أخرى، لا يمكن تؤخذ في الاعتبار الآثار الغير مباشرة للانتماء للتجمع ومماثليها بالتعويض.

إذا تبين أن المؤسسة المهيمنة لم تمتثل للالتزام بالتعويض المنصوص عليه في الفقرة § 311 أولا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، فإن مسؤوليتها (بموجب الفقرة § 317 أولا، فقرة أولى من ذات القانون)، ومسؤولية ممثليها القانونيين (§ 317 ثالثا من ذات القانون)، فضلا عن إمكانية إقامة مسؤولية أعضاء مجلس المديرين ومجلس المراقبة للشركة التابعة (§ 318 من ذات القانون). ولذلك فإن الغرض من هذا القانون هو معاقبة انتهاك الالتزام بالتعويض عن الحوافز والتوجيهات الضارة، عن طريق الإتاحة لبعض الأشخاص بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الحافز أو التوجيه الضار الذي تمارسه المؤسسة المهيمنة فيما يتعلق بالشركة التابعة. وفي صميم هذه الآلية نجد مرة أخرى الهدف الرئيسي لقانون التجمعات المدرج ضمن القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، ألا وهو حماية الذمة المالية للشركة التابعة ومن خلاله، حماية المساهمين الأقلية، فضلا عن حماية الدائنين،

وفي ذلك راجع من قائمة الملاحق: الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم .

Aussi cf. Klaus J. HOPT La treizième directive sur les OPA-OPE et le droit allemand in Aspects actuels du droit des affaires: Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003, p.p.529-541.

ممارسة النفوذ. وعند عدم التعويض فإن الفقرة 317 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم تجعل من المؤسسة المهيمنة مسؤولة عن جميع النتائج السلبية المترتبة عن النفوذ الممارس.وبمجرد أن يصبح النفوذ الممارس من جانب المؤسسة المهيمنة ثابتا ومستمرا وممتدا على مجموع سياسة المديرية والتسيير للشركة التابعة، أو على الأقل، على العناصر الاستراتيجية لهذه الشركة، فإن آلية التعويض المنصوص عليها بالفقرة 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم لن تكون مناسبة، وإذا تحقق ذلك سيكون مجحفا وغير عادل، حيث أن مثل هذا النفوذ لا يمكن ممارسته في سياق التجمع الفعلي ولكن في في سياق التجمع القانوني الذي يفرض إبرام عقد الهيمنة بصفة مسبقة وقبلية، وبالنتيجة سيتم إخضاع المؤسسة المهيمنة المشكلة لتجمع فعلي إلى المنظومة القانونية التقييدية للتجمعات القانونية. وهو ما يعرف في الفقه بنظرية التجمع الفعلي الموصوف، والتي تقتضي التطبيق بالقياس للقواعد الحمائية المنصوص عليها في القانون الألماني للشركات ذات الأسهم تجاه التجمعات الفعلية. وبناء على ذلك فقد تم اقرار واعتماد مفهوم التجمع الفعلي الموصوف من قبل محكمة العدل الفدرالية، واعتمد لما يقرب من 20 عام.

2- القرينة القضائية في شأن المسؤولية القائمة على هيكلة التجمع

تم في بادئ الأمر تكريس نظرية التجمع الفعلي الموصوف انطلاقا من الامتثال الالتزام بالولاء المطبق في شركات الأشخاص[1] إلا أن الطابع التقييدي جدا لواجب الولاء المستند على الاحتجاج به من قبل

---

[1]- كخطوة أولى، يبدو أن محكمة العدل الفدرالية قد استبعدت تطبيق أحكام قانون التجمعات للشركات ذات الأسهم واحتكمت إلى القواعد العامة لتسوية الضرر الملحق بالشركات التابعة ذات المسؤولية المحدودة من خلال توقيع الجزاء على شريكها ذو الأغلبية أو شريكها الوحيد، من خلال الالتزام بالولاء الذي يفترض أنه يحظر على الشريك استخدام النفوذ الذي يحوزه ضمن الشركة التي ينتمي إليها لجعلها تعتمد من خلال تدابير داخلية قرارا في غير صالحها من أجل خدمة مصالحه الخاصة.. والواقع أنه في قرارها في قضية "ITT" المؤرخ في 5 جوان 1975 أين قد أدانت به الشريك للشركة ذات المسؤولية المحدودة بسداد الديون المتعاقد عليها من قبل الشركة في ظل نفوذه الممارس على أساس الإخلال بالتزامه بالولاء، وبذلك استنتج المجلس الأعلى من مقدار التقديمات المالية للشريك في الشركة ترتيب التزاما بالولاء للشريك تجاه الشركة

(تستند محكمة العدل الفيديرالية على المسؤولية الشخصية للشريك ذو الأغلبية للشركة ذات المسؤولية المحدودة تجاه دائني هذه الأخيرة عن انتهاكه للالتزام بالولاء).

Cf. BGH, 5 juin 1975, II ZR 23/74, ≪ ITT ≫, BGHZ 65, p. 15 et s. ; NJW 1976, p. 191, note P. ULMER.

وكذلك فإن M.Lutter عارض الاستناد على واجب الولاء لتبرير إقامة المسؤولية للشريك الشركة ذات المسؤولية المحدودة من قبل دائني هذه الأخيرة وكذلك نجد M.Benecke يوضح أن تكريس الالتزام بالولاء للشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة تجاه هذه الأخيرة يعني الاعتراف بمصلحة خاصة بالشركة، تختلف عن مجموع المصالح المشتركة للشركاء، في حين أن مثل هذه المصلحة لا يمكن الاعتراف بها تجاه الشركة ذات المسؤولية المحدودة، إلى جانب ذلك، يطالب هذا المؤلف بأن يتم التخلي عن الالتزام بالولاء كأساس لإقامة مسؤولية الشركاء يستند إليه الدائنين على اعتبار أن هذا الالتزام لا يتعلق إلا بالعلاقة الداخلية بين الشركة وشركائها، ولا يمكن تطبيقه على العلاقات الخارجية بين الشركاء ودائني الشركة:

L'obligation de loyaute postule qu'il est interdit a un associe d'utiliser l'influence qu'il detient au sein de la societe a laquelle il appartient pour lui faire adopter, au travers de mesures internes, une decision qui est

الشركة المتضررة لوحدها وليس مخولا للدائنين، أدى إلى التطبيق لأول مرة لنظرية التجمع الفعلي الموصوف من قبل محكمة العدل الاتحادية استناد إلى التطبيق بالقياس لأحكام قانون التجمعات للشركات ذات الأسهم في قرار «AUTOKRAN» المؤرخ في 16 سبتمبر 1985. أين قضت بالزام الشريك المسير الوحيد في الشركة ذات المسؤولية المحدودة باقتسام الخسائر الملحقة بهاته الشركة[1] إعمالا لنص الفقرة 302 من القانون الألماني. ومن ثم قد أحقت الدائنين بالمطالبة بهذا الالتزام حتى يحتجوا تجاه هذا المسير بسداد الديون الغير مسددة من قبل الشركة ذات المسؤولية المحدودة[2]؛ ويصف المجلس الأعلى الشريك الوحيد في هاته القضية بالمؤسسة المهيمنة، ويعتبر أن النفوذ الذي مارسه كان يتطلب إبرام عقد الهيمنة؛ فلم تكن آثار النفوذ الذي مارسه الشريك تسمح بعزله وتعويضه بشكل فردي، لذلك فإن آليات الحماية المعروضة في سياق التجمع الفعلي تعتبر غير فعالة. وتقرر المحكمة الاتحادية أنه من المناسب في هذه الحالة تطبيق الأحكام المطبقة على التجمع القانوني؛ واستنادا على الفرضية التي مؤداها أن التأثير الدائم والموسع النطاق على إدارة أو مديرية الشركة (في هاته القضية

---

dommageable a cette derniere en vue de servir ses propres interets. Pour des explications a propos de l'obligation de loyaute en droit allemand voir : M. LUTTER, La responsabilite dans le groupe de societes, Rev.societes 1981, p. 709. M. LUTTER s'oppose au fondement de l'obligation de loyaute pour justifier la mise en cause de la responsabilite des associes d'une GmbH par les creanciers de cette derniere : M. BENECKE, Existenzvernichtender Eingriff statt qualifiziert faktischer Konzern : Die neue Rechtsprechung des BGH zur ≪ Haftung ≫ von GmbH-Gesellschaften, BB 2003, p. 1193 et s., cet auteur demontre que la consecration d'une obligation de loyaute des associes d'une GmbH a l'encontre de cette derniere impliquerait la reconnaissance d'un interet propre a la societe, different de la somme de l'interet commun des associes, a la conservation de son patrimoine, or, un tel interet ne saurait etre reconnu a la GmbH. Par ailleurs cet auteur fait justement valoir que le fondement de l'obligation de loyaute n'est pas opportun pour fonder la responsabilite des associes vis-a-vis des creanciers puisque celle-ci ne porte en fait que sur le rapport interne entre la societe et ses associes et ne saurait s'appliquer dans le cadre de rapports externes entre les associes et les creanciers de la societe.
Lutter, Marcus, HaftungundVerantwortlichkeit – Verantwortung von OrganenundBeratern ,Deutsche ZeitschriftfürWirtschafts- undInsolvenzrecht, 2011, Vol.21(7), pp.265-270; Jean HONORAT, Place respective de la liberté contractuelle dans la SARL et la GmbH in Aspects actuels du droit des affaires: Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003, p.p.507-528.

[1] – " قرار محكمة العدل الاتحادية المؤرخ في 16 سبتمبر 1985 عن قضية « Autokran »؛ إن محكمة العدل الفيديرالية من خلال هاته القضية قد تخلت عن موقفها القضائي الذي يفضي إلى إسناد المسؤولية على أساس الإخلال بالالتزام بالولاء، وقد طورت بناء قضائي نظري مستندا على "وجود تجمع فعلي موصوف" لتطبيق أحكام التجمع القانوني المدرجة بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم. ...وتشير محكمة العدل الاتحادية كذلك في قرار «AUTOKRAN» إلى أن غياب قواعد قانونية خاصة في ظل قانون الشركات ذات المسؤولية المحدودة، لا يزيل من ضرورة وضع حماية خاصة للشركات ذات المسؤولية المحدودة التابعة ودائنيها، لا سيما وأن القواعد المتعلقة بالحفاظ على رأس المال الاجتماعي هي أقل حمائية من تلك التي توفرها القواعد القانونية بشأن الشركات ذات الأسهم وأن الشريك ذو الأغلبية يمكن أن يمارس النفوذ بسهولة أكثر بكثير على سياسة الشركة في ظل هذا الشكل الاجتماعي..."
BGH, 16 septembre 1985, II ZR 275/84, ≪ Autokran ≫, BGHZ 95, p. 330 et s. : la Cour fédérale de Justice abandonne sa jurisprudence et la responsabilité fondée sur le manquement a l'obligation de loyauté et développe une nouvelle construction dogmatique se fondant sur l'existence d'un groupe de fait qualifie entrainant une application par analogie des dispositions de l'AktG relatives au groupe de droit. L'arrêt ≪ Autokran ≫ marque en effet, la première apparition en jurisprudence du concept du groupe de fait qualifie, ce concept avait ependant deja été envisagé par le groupe de travail sur la réforme des GmbH : Thesen und Vorschlage zur GmbH-Reform 1972, II, p. 59 et 67.

[2] −Cf. BGH, 16 septembre 1985, II ZR 275/84, « Autokran », BGHZ 95, p. 330-337.

على شركة ذات المسؤولية المحدودة) يتطلب بالضرورة إبرام عقد الهيمنة، استنتجت محكمة العدل الاتحادية أنه ينبغي استبعاد تطبيق الأحكام الخاصة بالتجمع الفعلي، في غياب فاعليتها، لصالح تلك المتعلقة بالتجمع القانوني؛ وبعبارة أخرى، يتعيّن على المؤسسة المهيمنة أن تلتزم بالتعويض عن العجز السنوي للشركة التابعة وفقا للفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم. وبالمثل، فإن التطبيق من خلال القياس على القانون الألماني للشركات ذات الأسهم يعني أنه، مثلما تفضي إليه مقتضيات الفقرة 303 من ذات القانون، يحق للدائنين المطالبة مباشرة من صاحب النفوذ الدائم والموسع بسداد مستحقاتهم. وفي قضية "أوتوكران" Autokran فإن المجلس الأعلى قد أدان الشريك الوحيد، فيما يتجاوز تقديماته، بالديون التي تعاقدت عليها الشركة ذات المسؤولية المحدودة. وفي قرار " تيفابو" Tiefbau[1]، مدّدت محكمة العدل الاتحادية تطبيق نظرية التجمع الفعلي الموصوف تجاه باقي الأشكال الأخرى للشركات،

أما في سياق قرار "فيديو"video[2]؛ استغلت محكمة العدل الاتحادية الفرصة لتحديد وسائل إثبات مسؤولية المؤسسة المهيمنة عن خسائر الشركة التابعة في إطار التجمع الفعلي الموصوف. ومن ثم فإنها أقامت قرينة بسيطة مفادها علاقة السببية بين تنفيذ سياسة التجمع والخسائر الملحقة بالشركة التابعة. ولضحد هاته القرينة القضائية المفضية لعلاقة السببية بين النفوذ الممارس وميزانية الشركة التابعية التي توضح العجز المالي، ينبغي على المؤسسة المهيمنة أن تثبت أن الخسائر المتجلية تستند إلى ظروف لا تنسب إلى التجمع. وترى محكمة العدل الفيدرالية أنه بمجرد أن تكون هياكل الشركة التابعة هي ذاتها هياكل التجمع الفعلي الموصوف؛ فإنه يقع على المؤسسة المهيمنة أن تتحمل جميع الخسائر التي تكبدتها الشركة التابعة بالقياس على § 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، ويعتبر تكامل الهياكل واندماجها (l'intégration des structures) كافيا للكشف عن مصدر الخسائر، بصرف النظر عن كيفية ممارسة السلطة وما إذا كانت تعسفية. ويفترض أن الصعوبات الاقتصادية الملحقة بالشركة التابعة تنبع من السياسة التي تنفذها المؤسسة المهيمنة. ومن الناحية العملية، من الصعب بوجه خاص على الشريك الوحيد أو ذوا الأغلبية أن يتنصل من مثل هاته القرينة القضائية. والواقع، أن هذا الاجتهاد القضائي يقتضي من الشريك الوحيد المسير للشركة ذات المسؤولية المحدودة أن يسير الشركة لمصلحة هذه الأخيرة، وإلا تعرض لمسؤولية فيما يفوق تقديماته في حالة تبيّن عجز مالي في ميزانية الشركة. وبالتالي، فإن هذا القرار يكشف بالضرورة عن قدر كبير من الشدة والصرامة فيما يتعلق بالشريك ذو الأغلبية أو الوحيد للشركة ذات المسؤولية المحدودة الذي

[1]-BGH, 20 fevrier 1989, II ZR 167/88, ≪ Tiefbau ≫, BGHZ 107, p. 7.
[2] - BGH, 23 septembre 1991, II ZR 135/90, ≪ Video ≫, BGHZ 115, p. 187.

يرغب في تسيير الشركة التي يسيطر عليها. وإن مقاربة التجمع الفعلي الموصوف مع التطبيق اللاحق لقواعد للتجمع القانوني للشركات ذات الأسهم على الشركة ذات المسؤولية المحدودة، يستبعد إلى حد كبير جاذبية الاحتكام لتشكيل هذا النموذج الاجتماعي. ولذلك، ليس من المستغرب أن الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الاتحادية كان موضع انتقاد شديد في الفقه.

ثانيا: المفاعيل القانونية لنظرية التجمع الفعلي الموصوف

قد قررت محكمة العدل الاتحادية أنه في حالة التجمعات الفعلية الموصوفة، مثلما هو عليه الحال في التجمع القانوني، إمكانية الاحتجاج بالالتزام بالتعويض عن الخسائر المؤسسة المهيمنة في حالة عدم الامتثال لهذا الالتزام، إما من جانب الشركة التابعة وشركائها من خلال "دعوى الشركة" (actio pro socio)، وكذا من قبل الدائنين للشركة التابعة الذين سيستفيدون بموجب الفقرة 303 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم من الحق في رفع "دعوى مباشرة" لسداد وتحصيل الديون ضد "المؤسسة المهيمنة"، إذا لم يتمكنوا من تحصيلها لدى الشركة التابعة، على خلاف حين الاستناد على الالتزام بالولاء الذي لا يمكن التذرع به إلا من قبل الشركة ذاتها أو أحد شركائها. [1]إلا أن هذا الأسلوب لم يسلم من الانتقادات، فإذا تم القبول بأن تطبيق نظرية التجمع الفعلي الموصوف له ما يبرره تجاه الشركات ذات الأسهم المنتمية لتجمع فعلي موصوف، على اعتبار أنها ملأت أوجه القصور الواردة في القانون الألماني للشركات ذات الأسهم في الناحية الميدانية، إلا أنها أثارت استياء أغلبية كبيرة من الفقه من جراء عدم التوافق الهيكلي بين الشركات ذات الأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة وتطبيق القانون الخاص بالشكل الاجتماعي للأولى تجاه الثانية.

ومن خلال تراجع عن الموقف القضائي الأوّلِي المتخذ في القرار «BREMER VULKAN»، فإن محكمة العدل الاتحادية، وفي مجابهة لمنتقديها قد تخلت عن اجتهادها القضائي المتعلق بالتجمعات الفعلية الموصوفة تجاه الشركات ذات المسؤولية المحدودة.[2]

[1]–هذه الدعوى تظل مشروطة بشرط عدم افتتاح أي إجراءات جماعية، لأنه توجد في مثل هذه الفرضية قواعد خاصة لحماية الدائنين والتي بسبب خصوصيتها تكون لها أولوية في التطبيق.

Peter HOMMELHOFF, Pour la protection de la minorité dans des sociétés fermées. La société par actions simplifiée et ses parents en Allemagne et en Europe, in :Aspects actuels du droit des affaires: Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003, p.p.495-505.

[2]- Peter HOMMELHOFF, ibid ; aussi Guy HORSMANS, Responsabilité limitée et plaisirs sans limites, in :Aspects actuels du droit des affaires: Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003, p.p.543-569.

الفرع الثاني: التخلي عن المسؤولية المستندة على هيكلة التجمع

كان القرار «Bremer vulkan» المؤرخ في 17 سبتمبر 2001 بمثابة انعكاس وتحول وتراجع مذهل عن الموقف القضائي المتخذ من قبل محكمة العدل الاتحادية تجاه القانون المطبق على الشركات ذات المسؤولية المحدودة التابعة[1]. وبعد ستة عشر عاما من التطبيق، تتخلى محكمة العدل الاتحادية عن مقاربتها القضائية المستندة على وجود تجمع فعلي موصوف والتطبيق اللاحق لقانون التجمعات للقانون الألماني للشركات ذات الأسهم عن طريق القياس على الشركات ذات المسؤولية المحدودة (أولا).وأحلت محل التزام الشريك الوحيد أو ذو الأغلبية بالتعويض عن الخسائر التي تكبدتها الشركة ذات المسؤولية المحدودة المستندة على نظرية التجمع الفعلي الموصوف، مسؤولية لهذا الأخير استنادا إلى الضرر البارز برأس المال الاجتماعي والذي يمس بمصلحة دائني الشركة ذات المسؤولية المحدودة. بالتالي، فإن هذه المسؤولية الجديدة التي تقع على كاهل الشريك الوحيد ذو الأغلبية لشركة ذات مسؤولية محدودة يتم تكييفها بالمسؤولية عن التعدي على الوجود الاجتماعي«(Existenzvernichtungshaftung)» (ثانيا).

أولا: الاختلافات الهيكلية بين الشركات ذات المسؤولية المحدودة والشركات ذات الأسهم

بما ان الفقرات من 15 إلى19 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم لا تشير إلى أي شكل من أشكال الشركات، فإنها تطبق بالإضافة إلى الشركات ذات الأسهم، حتى على الشركات ذات المسؤولية المحدودة، التي ليس لديها أحكام قانونية خاصة بالنسبة للتجمعات ذات المديرية الموحدة.

ويترتب على ذلك أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة يمكن أن تكون شركة تابعة وحتى مؤسسة مهيمنة. الأسئلة التي تنشأ عندما تشارك شركة ذات مسؤولية محدودة في التجمع ذو المديرية الموحدة يتم تلخيصها من قبل المؤلفين الألمان في جملة .Gmbh–Konzernrecht[2]

---

[1]–قرار محكمة العدل الاتحادية، قضية « bremer vulkan » : في هذه القضية فإن الإدارة الدائنة قد رفعت دعوى قضائية ضد مدير شركة المساهمة«bremer vulkan AG»، التي أصبحت متعثرة ماليا في تلك الأثناء، والتي تم منحها مساعدات مالية وإعانات تصل إلى عدة مئات من مليون مارك ألماني من قبل شركتها التابعة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشريك الوحيد، بناءا على أوامر وتعليمات من الشركة « bremervulkan AG »، من خلال العمليات البنكية لتصعيد الخزينة نحو الخزينة الرئيسية لمؤسسات التجمع. مقتبس عن:
BGH, 17 septembre 2001, II ZR 178/99, ≪ Bremer Vulkan ≫, BB 2001, p. 2233 ; Vanessa Desoutter,La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetzallemandeet le droit français des groupes, op.cit., p.73, note 130 ; aussi cf. On the rocks: Bremer Vulkan. (German shipbuildingconglomerate Bremer VulkanVerbundfallsintobankruptcy protection evenafteryears of public subsidies), The Economist (US), Feb 24, 1996, Vol.338(7954), p.73(1).

[2]-Gätsch Andreas,GläubigerschutzimqualifiziertenfaktischenGmbH-Konzern (thèse de doctorat),: Univ., Diss.--Marburg, Berlin : Dunckerund Humblot,1996.

ومن الشائع جدا في الواقع أن تكون الشركة ذات المسؤولية المحدودة جزء من تجمع، والذي يرجع إلى حقيقة أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي قادرة بشكل خاص على أن تكون من الشركات الأم المراقبة بل حتى أن تكون من الشركات التابعة.

وبفضل مرونة هيكلتها التنظيمية والمالية، فمن ذلك كان من المألوف بالنسبة لها أن تكون تابعة للتجمعات الأجنبية. ومع ذلك، فإن استخدام هيكل الشركة ذات المسؤولية المحدودة قد زاد من حدة المخاطر. على وجه الخصوص، من حيث القواعد المتعلقة بالأنظمة الأساسية للشركة ذات المسؤولية المحدودة التي ليست الزامية بحيث أن الشريك ذو الأغلبية الجامع بين يديه 75 في المئة أو أكثر من الحصص الاجتماعية سيكون له ما يكفي من الحرية لتنظيم الشركة وفقا لرغبته.

وعلاوة على ذلك، بالنظر إلى أن مسيري الشركة ذات المسؤولية المحدودة هم أكثر ارتباطا بالتوجيهات المقدمة من الشركاء أكثر من المديرين في الشركات ذات الأسهم، سيكون من السهل على الشركاء الأغلبية تحديد سياسة الشركة ذات المسؤولية المحدودة. حيث بالرغم من الحاجة الإضافية، مبدئيا، لإبرام عقد الهيمنة، فإنه على إثر هذا الأخير سيكون من المتصور أن يكون الشريك ذو الأغلبية مُستغنيا عن المرور عبر الجمعية العامة للشركاء ويكتفي بإعطاء تعليمات مباشرة، والتي من شأنها أن تؤدي إلى الاستحالة بالنسبة للشركاء الآخرين أن يكونوا قادرين على طلب بطلان قرار الجمعية العامة للشركاء لأنه لم تخذ ضمنها. ويستتبع ذلك أن الشركاء الأقلية يتعرضون بشكل خاص. بالتوازي مع للدائنين، للضرر، الذين ليسوا محميين وفقا لقانون الشركات ذات المسؤولية المحدودة إلا بالذمة المالية للشركة.[1]

فالفقرات من 311 وما يليها لا تطبق على الشركة التابعة ذات المسؤولية المحدودة، لأن مستسيغي هاته القواعد القاعدة يتطلبون أن تكون الشركة التابعة شركة ذات أسهم (شركة مساهمة أو شركة توصية بالأسهم)فلا وجود للتطبيق بالقياس لهاته الأحكام على الشركة ذات المسؤولية المحدودة، لأن هاته الأخيرة ليس لديها هيئة إدارة غير مرتبطة بتوجيهات الجمعية العامة مثل مجلس المديرين، ولا هيئة قادرة علي التحقق من التقرير المتعلق بالمؤسسات ذات الصلة المنصوص عليه في الفقرة 312 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، مثل مجلس المراقبة. في مواجهه هذه النتيجة، فإن حماية الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وشركاءها من الأقليات، والدائنين، يجب أن يتم من خلال المبادئ الخاصة بهذا النوع من الشركات. إذا كانت هذه المقاربة تتوافق مع النهج المخصص للتجمعات النافذة

[1]-Mathias M.Siems,REGULATORY COMPETITION IN PARTNERSHIP LAW, International and Comparative Law Quarterly, 2009, Vol.58(4), pp.767-802.

في كثير من الدول الغير الناظمة لقانون التجمعات بالرجوع إلى المبادئ العامة، فإنها تختلف اختلافا عميقا عن المقاربة الموضوعة بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم الذي يضم أحكاما شاملة لتجمعات الشركة –كتقنين جزئي–. ويبقى من ذلك أن المبادئ العامة للشركة ذات المسؤولية المحدودة سيتم تكييفها وصقلها لتلبية احتياجات التجمع. فبالإضافة إلى الآليات المحددة لحماية الشركاء من الأقليات والدائنين، هناك آليه مركزية تضمن مباشرة حماية الشركة ذات المسؤولية المحدودة التابعة وبصورة غير مباشرة حماية للشركاء والدائنين، وهي الحظر الذي الواقع على جميع الشركاء عن الاضرار بالشركة. ويستند هذا الحظر إلى واجب الولاء والإخلاص للشركةobligation de fidélité الذي يكون فيما بين الشريك والشركة من جهة، وبين الشركاء فيما بينهم من جهة أخرى.[1] فيحظر ممارسة أي تأثير ضار علي الشركة. وتقيم الطبيعة الضارة يتم كما في سياق الفقرة 311 و117 من القانون المتعلق بالشركات ذات الأسهم في فرضية التجمع الفعلي، ولكن يطبق في هذه الحالة الفقرة 43 من مدونة الشركة ذات المسؤولية المحدودة. وبعبارة أخرى، مراجعة معيار المدير متوخي للعناية والحرص لشركه مستقلة منعزلة غير منتمية لأي تجمع أين كان سيتصرف بنفس الطريقة لو وضع في نفس الظروف. ويعود الحق في رفع دعوى التعويض عن الأضرار إلى الشركة، التالي يمكن تنفيذها من قبل المسير أو من قبل الشركاء من خلال دعوى الشركة، وإذا لم يتم تنفيذ القرار فمن الممكن طلب الامتناع عن اتخاذ هذا التدبير.

ثانيا: الأخذ بالمسؤولية عن التعدي على الوجود الاجتماعي

على اعتبار أنه تم التخلي من قبل القضاء الألماني اعتمادا على التوجيهات الفقهية عن التطبيق بالقياس لأحكام القانون الألماني للشركات ذات الأسهم تجاه الشركات ذات المسؤولية المحدودة وإنشاء مسؤولية خاصة عن التعدي على الوجود الاجتماعي تجاه الشركاء (1)، إلا أن أسس هاته الأخيرة تعددت لتتأقلم مع مبدأ المسؤولية المحدودة للشريك وإلغاء هذا الامتياز الذي تحكم إليه الشركة الأم كمراوغة قانونية بمجرد انتمائها كشريك في الشركة التابعة المتخذة شكل "الشركة ذات المسؤولية المحدودة"، فتارة جعلها القضاء مسؤولية يمكن الاحتجاج بها من قبل دائني الشركة التابعة تجاه الشركة الأم، وتارة قيد الاحتكام إليها فقط من جانب الشركة التابعة (2).

[1]-Chiappetta, Francesco ; Tombari, Umberto,Perspectives on Group CorporateGovernance and EuropeanCompany Law: EuropeanCompany and Financial Law Review, 2012, Vol.9(3), pp.261-274

1-المسؤولية عن التعسف في استخدام الشكل الاجتماعي للشركة:

قد اتخذت محكمة العدل الاتحادية للمرة الثانية مبادرة تنظيرية démarche pédagogique من خلال تراجعها موقفها القضائي السابق الذكر[1]، وفي خلال القرار «Bremer vulkan»، فإن محكمة العدل الاتحادية قد كرست حالة جديدة من المسؤولية: المسؤولية عن التعدي أو التهديد بإلحاق الضرر بالوجود الاجتماعي للشركة ذات المسؤولية المحدودة(Existenzvernichtungshaftung ou Existenzgef□hrdungshaftung)[2]، وصرحت بأن "مسؤولية الشريك ذو الأغلبية أو الوحيد "

---

[1] - التخلي عن المسؤولية الآلية بالاستناد إلى "نظرية التجمع الفعلي الموصوف" الذي كان يؤدي بصفة طردية إلى وضع معايير لإقامة مسؤولية الشركاء للشركة ذات المسؤولية المحدودة بصفة منفصلة عن أي اعتبار يتعلق بالتجمع. إن الإحالات إلى معايير التجمع الفعلي: "المؤسسة المهيمنة، التبعية والنفوذ" تم التخلي عنها تجاه الشركة ذات المسؤولية المحدودة المنتمية لتجمع فعلي ضحية تعدي موصوف. وظل الفقه منقسما حول معرفة ما إذا كان التخلي تام عن نظرية التجمع الفعلي الموصوف أم أن هذا الاجتهاد والموقف القضائي يطبق فقط اتجاه الشركة ذات المسؤولية المحدودة. إن الغرفة المدنية الثانية لمحكمة العدل الاتحادية قد ذكرت في العديد من المرات أن نظرية التجمع الفعلي الموصوف لم تعد قابلة للتطبيق فقط تجاه الشركات ذات المسؤولية المحدودة التابعة أما مسألة استمرارية تطبيقها على الشركات ذات الأسهم ظلت مع ذلك مفتوحة ولم يبث في شأنه امن خلال القرارات والأحكام القضائية ويبدو أن الرفض المدلى به من قبل بعض من الفقه لتطبيق نظرية التجمع الفعلي الموصوف تجاه الشركات ذات الأسهم سوف يؤدي إلى التشكيك في مجموع المقاربة التشريعية للتجمعات الموضوعة بتدوين القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، على اعتبار أن هذه النظرية كانت تستهدف تغطية الثغرات وأوجه القصور الكامنة فيه. كذلك ينبغي الحفاظ عليه والتمسك به، وهو أمر مشكوك فيه بشكل ملحوظ بالنظر إلى عدم النجاح الذي لاقاه بالنسبة لهيكلة التجمع القانوني التي لم يتم الاحتكام إليها إلا قليلا في الممارسة العملية. وعلى يجب بالضرورة أن تستمر نظرية التجمع الفعلي الموصوف في التطبيق يتعلق بالشركات ذات الأسهم.

وللمزيد من التفصيل راجع:

Cf. BGH, 17 septembre 2001, II ZR 178/99, « Bremer Vulkan », BGHZ 149, p. 10 ; Jean HONORAT,Place respective de la liberté contractuelle dans la SARL et la GmbH in :Aspects actuels du droit des affaires: Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003, p.p.507-528 :

Avec le revirement de jurisprudence initié le 17 septembre 2001 par l'arrêt « Bremer Vulkan », la Cour fédérale de Justice va néanmoins changer d'approche et se détourner du concept établi par les pères fondateurs de l'Aktiengesetz., La Cour fédérale de Justice abandonne par conséquent l'idée d'une responsabilité automatique fondée sur l'intensité des relations de groupe pour s'intéresser un peu plus au comportement de l'entreprise dominante et ses conséquences sur le patrimoine social de la société dépendante. Malgré les changements apportés concernant les modalités de preuve, la Cour fédérale de Justice au travers du recours à une application par analogie de la codification de l'AktG reste attachée à la protection prioritaire du patrimoine de la société dépendante au travers duquel est assuré la protection des actionnaires et des créanciers externes.

[2] -« ... Finally, by also granting creditors of the subsidiary a direct claim against the parentcompany, this parallel development in the German law of corporate groups designed by the courts(with ample assistance by the legal commentators), in sum, created a very powerful and compellingstrategy of intragroup liability which, in order to use Professor Antunes's classification again, indeed,operated as a hybrid or "dualist approach" in the otherwise antagonistic spectrum created by entityliability on the one hand and enterprise liability on the other hand. ... The Court not onlydogmatically"shelters" thenewintragroupcompensationsystemof existenzvernichtender Eingriff (i.e., aninterference destroying the continued, autonomous existence of the subsidiary) by restraining itsholding in the Bremer Vulkan and KBV decisionsto an almostmechanicalapplication andenforcementofstatutorysafeguardsfor GmbH creditorswhichalreadyexistedunderthe LimitedLiability Company Act., In light of the overwhelming historical evidence that universal,indiscriminate paradigms of shareholder liability do not work appropriately in the corporate group context (i.e., that there exists a legitimate regulatory need for genuine parent/group liability strategies),the German Federal Supreme Court has yet to identify and pronounce, in express and elucidatingterms, those legal reasons and publicpolicyconsiderationswhich, in such Court'sopinion, makecorporateveilpiercing in the form of existenzvernichtender Eingriff (and theexpected, subsequentcategories of Durchgriff-shaftung developed by analogy) more convenient and -- at the same time --more just and protective for the various constituents of

تقتصر على الحفاظ على مبلغ رأس المال الإسمي من رأس المال الاجتماعي وضمان الحفاظ على بقاء الشركة، الأمر الذي ينطوي على احترام المصلحة الخاصة للشركة ذات المسؤولية المحدودة،إذا تخلف مثل هذا الامتثال بمجرد أن يكون هناك تتابع للتعديات من جانب الشريك الوحيد، لن تكون الشركة ذات المسؤولية المحدودة قادرة على سداد ديونها ".إن المسؤولية عن التعدي أو التهديد بالتعدي على وجود الشركة ذات المسؤولية المحدودة (Existenzvernichtungshaftung) هي حالة من "المسؤولية الشخصية للشريك ذو الأغلبية أو الشريك الوحيد للشركة ذات المسؤولية المحدودة "التي تستند على ممارسة النفوذ الذي يتعارض مع المصالح الخاصة للشركة ذات المسؤولية المحدودة مما يشكل انتهاكا جسيما على ضمان استمرارية الشركة ذات المسؤولية المحدودة؛ أين يؤول بها الوضع إلى عدم القدرة على الوفاء بالتزامها تجاه دائنيها. وإذا كان القرار «bremer vulkan » قد بقي دون تفصيل للعناصر المكونة للمسؤولية الواقعة على الشريك ذو الاغلبية أو الوحيد للشركة ذات المسؤولية المحدودة عن التعدي على بقائها واستمراريتها، فإن المجلس الأعلى قد سعى فيما بعد إلى تنوير وتوضيح هذا المفهوم[1]. بالتالي فإنه أتبع هذه المسؤولية الجديدة بالتعدي التعسفي على رأس المال

---

modern corporate groups and their respective intereststhanthe normative equilibrium which had been accomplished (orwhichcontinuedtobeaccomplishable) under the former qualified de facto group doctrine.. » cf. RENE REICH-GRAEFE, Changing Paradigms: The Liability of Corporate Groups in Germany, Connecticut Law Review, 2005, Vol.37, pp.785-1235.

[1] –« Les nouvelles precisions livrees par la Cour federale de Justice quant a son approche juridique, dans l'arret ≪KVB≫, dans lequel elle condamne pour la premiere fois un associe unique d'une GmbH sur le fondement de l'Existenzvernichtungshaftung, vont cependant conduire la doctrine a se rallier majoritairement au rattachement du concept a la Durchgriffshaftung (une responsabilite fondee sur l'abus de la forme sociale)

راجع قرار محكمة العدل الاتحادية المؤرخ في 24 جوان 2002 في قضية «KBV»، الذي تم من خلاله إيضاح كيفيات التخلي والتراجع عن الاجتهاد القضائي المستند على التجمع الفعلي الموصوف والذي قد رحب به بالإجماع من الفقه الذي طالما دعا إلى المسؤولية استنادا على تصرفات الشركاء، وليس على أساس الصفة كمؤسسة مهيمنة، ولا يمكن التماس إسناد المسؤولية الشخصية للشركاء إلا إذا كان الضرر الذي لحق بالذمة المالية الاجتماعية من قبل الشريك قد تسبب في جسامة الوضع المالي، والتعثر المالي للشركة، مما يجعلها غير قادرة على المدى طويل الأجل على الوفاء بالاستحقاقات التي عليها. ونتيجة لذلك، وحدها الانتهاكات التي قد أدت إلى عدم التقييد بالالتزام بالحفاظ على قدرة الشركة على الوفاء بديونها، قد تؤدي إلى إقامة مسؤولية الشريك الذي هو مرتكبها. أما عن التعديات الذي تحدث لمرة واحدة أو ذات النطاق المحدودة التي لم تؤدي إلى التعثر المالي، ولم تسهم إسهاما حاسما في هاته الحالة الأخيرة، لن يتم معالجتها بموجب هذا الأساس الجديد للمسؤولية. ويُقوّم مفهوم التعدي على الوجود الاجتماعي للشركة في ضوء الانعكاسات الاقتصادية على مستوى استمرارية الشركة الناجمة عن تصرف أو سلوك الشريك ذو الأغلبية أو الوحيد. فقد جاء في منطوق قرار المحكمة الاتحادية المؤرخ في 24 جوان 2002، عبارات: "الاحتجاج بالخطأ الجسيم و الإخلال الحاسم بالالتزام بضمان الحفاظ على قدرة الشركة على الوفاء بالتزاماتها بطريقة ملائمة." "فيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة ذات الشريك الوحيد، فإن الآليات التقليدية لقانون الشركات التي تجعل من الممكن معالجة انتهاكات الشركاء هي في الواقع غير قابلة للتطبيق. ولا يمكن في واقع الأمر الاحتجاج بتعسف الأغلبية أو الأقلية أو الالتزام بالولاء ضد الانتهاكات المحتملة من جانب الشريك الوحيد".

أما في الشركة ذات المسؤولية المحدودة المتعددة الشركاء فإن محكمة العدل الاتحادية قامت من خلال القرار «Ausfallhaftung » برفض المسؤولية عن التعدي على الوجود الاجتماعي للشركة على أساس أن انتهاكات الشريك لم تؤدي إلى العجز المالي للشركة وذلك استنادا إلى قرار الجمعية العامة للشركة الذي يشير إلى النفوذ الممارس من قبل الشريك الذي عزز من الصعوبات الاقتصادية للشركة بزيادة نسبة ديونها

ب22%، إلا أنه لم يكن مصدر العجز المالي للشركة. وأشارت المحكمة كذلك أن الشريك قد قدم مبالغ كبيرة جدا ووضعها تحت تصرف الشركة. وتذكر محكمة العدل الاتحادية من خلال القرار السابق الذكر، أن مبدأ المسؤولية المحدودة بالتقديمات يحظر المتابعة القضائية للشريك الذي لم يوافق على التعدي في القرار المتخذ بالجمعية العامة للشركة.

وفي قرار آخر لمحكمة العدل الاتحادية، 13 ديسمبر 2004، في قضية « BMW Handelsvertreter »، أين أخذت بالمسؤولية الشخصية للشريك في شركة ذات مسؤولية محدودة عن التعدي الجوهري على وجودها، »، أين تم ملاحظة فقدان فرصة التعاقد التي من المحتمل أن تؤدي إلى التعدي على استمرارية الشركة. واعتبرت أن العنصر المؤسس لهاته المسؤولية لا يتعلق بأخطاء التسيير في نشاط الشركة ولكن يستهدف التعدي الذي لحق بالذمة المالية، وتخصيص ذلك لغير النشاط الاجتماعي. أين وافقت محكمة العدل الاتحادية على الحد من مبلغ التعويض الذي يدفعه الشريك بمستوى الأضرار المالية التي لحقت بالشركة من خلال تصرفه فقط، بشرط أن يقدم هذا الأخير دليلا على أنه حتى في غياب التعدي الذي قام بإحداثه، فإن الوضع المالي للشركة كان سيصل إلى العجز المالي. ويؤثر هذا القيد على الحالات التي تكون فيها الحالة الاقتصادية للشركة ذات المسؤولية المحدودة كارثية بصرف النظر عن سلوك الشريك وأن الدائنين لن يحصلوا على استحقاقاتهم في أي حال من الأحوال. ويبدوا أن هذا الحل له ما يبرره تماما لأن الاعتراف بمسؤولية أوسع نطاقا من شأنه أن يضع الدائن في وضع أفضل مما كان عليه لو كان الشريك لم يقم بالتعدي على استمرارية وبقاء الشركة.

فعلى إثر هذا القرار في قضية « BMW Handelsvertreter »، قضت محكمة العدل الاتحادية بأن الانتهاكات الناجمة عن الأخطاء الواردة في الإستراتيجية الاقتصادية لا يمكن أن تقييم مسؤولية مرتكبيها؛ على اعتبار أن خطر الخطأ متأصل في أي نشاط للتسيير، لا يمكن التحكم في مثل هكذا متغيرات. وينبغي ألا يؤدي هذا الأخير إلى الاسناد الحكمي للمسؤولية. ومن شأن الحكم على نحو مختلف أن يؤدي إلى الاعتراف بمسؤولية الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، ويزيل جميع المزايا المرتبطة بالشكل القانوني للشركة ذات المسؤولية المحدودة التي وضعها المشرع. ومن ناحية أخرى سيكون هناك انتهاك أو تعدي، بالمعنى المقصود في المسؤولية عن التعدي على الوجود الاجتماعي، بمجرد وجود توزيع غير عادل للمخاطر بين الشركاء والدائنين. وينطبق ذلك على معالجة قرارات المضاربة التي تتخذ على حساب الدائنين أين تكون المخاطر فيها غير متناسبة، ولاسيما من خلال التوظيف الفرعي لرأس المال (sous-capitalisation)، والتي تعتبر ممارسة شائعة نسبيا داخل التجمعات، التي وصفها الفقهاء الألمان بأنها "قضية سندريلا" « cas cendrillon » – "GmbH cendrillon" الشركة ذات المسؤولية المحدودة الضحية (Aschenputtel-GmbH) حالة ترتكز فيها جميع المخاطر داخل الشركة ذات المسؤولية المحدودة، في حين أن جميع فرص الربح تقع ضمن كيانات قانونية أخرى للتجمع.– راجع كذلك في هذا الصدد ظاهرة إحالة الشركة ذات المسؤولية المحدودة المعرفة تحت مسمى «GmbH-Stafette »، والتي تتمثل في نقل وإحالة أنشطة الشركة أو نقل سيولتها للشركات الأخرى التي تسيطر عليها أو المنشأة خصيصا لهذا الغرض.–

وينطبق الأمر ذاته على التدابير الرامية إلى التصفية من غير سبب للشركة الضحية، التي لا تُعكس آثارها بالضرورة على ميزانية الشركة. هذا هو الحال مع رفض استبدال آلة معيبة، الذي يعتبر أمر ضروري للإنتاج، وكذا تسريح العمال الضروريين للنشاط. ويتضح من وصف العناصر التأسيسية للمسؤولية عن التعدي على الوجود الاجتماعي أنها تقوم على السلوك التعسفي المسبب للعجز المالي للشركة.

مقتبس عن:

BGH, 24 juin 2002, II ZR 300/00, ≪ KBV ≫, BGHZ 151, p.181 ; BGH, 25 fevrier 2002, II ZR 196/00, ≪Ausfallhaftung ≫, BGHZ 150, p. 61 et s ; BGH, 13 decembre 2004, II ZR 256/02, ≪ BMW Handelsvertreter ≫, DStR 2005, p. 340 ; in : Vanessa Desoutter, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes, op.cit., p.74, note 138.

وعلى الرغم من استخدام القضاء لعبارات: إحالة لذمة المالية transfert patrimonial ، تدفقات مالية flux financier اقتطاع من الذمة المالية soustraction de patrimoine، في ذلك لاسيما قرار محكمة العدل الاتحادية، 25 فبراير 2002، قضية « Ausfallhaftung »، وكذا، قرار محكمة العدل الاتحادية، 24 جوان 2002، قضية « KBV » ، فمفهوم التعدي يتجاوز فكرة اقتطاع إجمالي أو جزء من الذمة المالية للشركة. ولذلك قد يشكل تعدي بالمعنى الوارد في الاجتهاد القضائي للمسؤولية عن التعدي على الوجود الاجتماعي للشركة؛ التخلي عن إبرام العقد الذي كان يمكن أن ينقد الشركة ذات المسؤولية المحدودة، و في ذلك نجد أيضا B.DAVNER-LIEB الذي ينتقد بشكل لاذع الالتحاق القضائي لمعيار التدفقات المالية أو إحالة الأصول للشركة، الذي بدلا من توفير الأمن القانوني المسعى لتحقيقه بالاجتهاد القضائي الجديد، يجلب انشغالات جديدة؛ مقتبس عن:

M. BENECKE, ExistenzvernichtenderEingriffstattqualifiziertfaktischer Konzern: Die neueRechtsprechung des BGH zur « Haftung » von GmbH-Gesellschaften, BB 2003, p. 1194.

للذمة المالية للشركة للوفاء للدائنين، أين أخضع المسؤولية لشرطين ماديين يجب توافرهما بصفة جامعة المتمثلان في التعدي والانتهاك الجسيم على رأس المال الاجتماعي، الذي يجب أن يفضي في عدم قدرة الشركة ذات المسؤولية المحدودة على الوفاء بالتزاماتها تجاه الغير.

إن اساءة استعمال الشكل الاجتماعي للشركة *Durchgriffshaftung* هي مقاربة قضائية ألمانية تسمح بمساءلة الشركاء الذين يتسترون وراء الشخص الاعتباري عندما يتعسف هؤلاء الأخيرين في استخدام الشخص الاعتباري اعتقادا منهم أنهم محميين بستار وشاشة الشخص الاعتباري[1]. في القضية «KVB»، فإن المحكمة استندت على التعسف في استخدام الشكل الاجتماعي للشركة ذات المسؤولية المحدودة من قبل الشريك على أساس أن هذا الأخير قد سحب بشكل مباشر أو غير مباشر من الشركة جزء من ذمتها المالية الاجتماعية من دون الأخذ في الاعتبار الالتزام بالتخصيص ذو الأولوية للذمة المالية الاجتماعية لسداد ديون الشركة وذلك قد أدى إلى المساومة بشكل حاسم على قدرة الشركة على الوفاء بالتزاماتها. وحقيقة أن هذا القرار يستخلص تعدي وانتهاك لمبدأ أولوية التخصيص، فإن التعسف في استخدام الشكل القانوني للشركة ذات المسؤولية المحدودة يؤدي إلى تجريد الشريك من ميزة المسؤولية المحدودة بقدر التقديمات. وذلك يشكل تعليلا مقصودا يتعارض والفقرة 13 ثانيا من القانون الألماني للشركات ذات المسؤولية المحدودة ويؤدي إلى تطبيق المسؤولية المستندة على التعسف في استخدام الشكل القانوني للشركة، والتي بالضرورة تعتبر كفرضية تكميلية من فرضيات المسؤولية عن التعسف في استخدام الشكل الاجتماعي إلى جانب الحالات الأخرى التي سبق أن اعترف بها القضاء والفقه، والتي من بينها نجد التمويل الفرعي، الخلط بين الذمم المالية، التعسف في استخدام الشخصية الاعتبارية. ولذلك فلقد برّر اسناد المسؤولية للشركة الأم باختيار المسؤولية عن التعسف في استخدام

[1] - « …. Durchgriffshaftung est une construction prétorienne allemande qui permet d'appréhender les associes qui se cachent derrière la personne morale lorsque ces derniers ont abuse de cette dernière en pensant être protégé par l'écran de la personne morale. Dans l'espèce « KVB », la Cour constate en effet un abus de la forme Juridique de la société à responsabilité limitée par l'associé au motif que ce dernier a retiré directement ou indirectement à la société une partie de son patrimoine social sans prendre en considération, de manière appropriée, l'obligation d'affectation prioritaire du patrimoine social au remboursement des créances sociales et a ainsi compromis de manière déterminante la capacité de la société à satisfaire à ses obligations. Le fait que l'arrêt déduise ainsi, de l'atteinte au principe d'affectation prioritaire, un abus de la forme juridique de la GmbH conduisant à la perte pour l'associé du privilège de responsabilité limitée aux apports constitue une interprétation téléologique a contrario du § 13 II GmbHG et plaide en effet en faveur du rattachement à la Durchgriffshaftun ; L'ancienne Existenzvernichtungshaftung est par conséquent considérée comme un nouveau cas de Durchgriffshaftung à côté des autres cas déjà reconnus par la jurisprudence et la doctrine que sont la sous-capitalisation (Unterkapitalisierung), la confusion de patrimoine (Vermögensvermischung) et des sphères d'activités (Sphärenvermischung) et l'abus de la personnalité morale (Missbrauch der Rechtspersönlichkeit)… » ; cf. BGH, 24 juin 2002, II ZR 300/00, ≪ KBV ≫, BGHZ 151, p. 181 ; aussi OLG Thuringe, 28 novembre 2001, 4 U 234/01, GmbHR 2002, p. 112 et s. in : Peter Ulmer, Existenzvernichtungshaftung als Durchgriffshaftung, Périodique: JuristenZeitung, v57, n°21,2002, p.p.1047-1052

الشكل القانوني باعتبارها أساسا للعقاب، انطلاقا من فكرة أن الامتياز الخاص بتحديد المسؤولية للشركاء بالتقديمات ينبغي بالضرورة أن يظل خاضعا للحفاظ على قدرة الشركة على الوفاء بديونها من قبل الشركاء[1].وفي غياب التقيد بمثل هذا الواجب، لن يتمكن الشركاء من الاستفادة من المسؤولية المحدودة والمقتصرة على التقديمات. وفقا للاجتهاد القضائي السابق، فإن الامتثال للغرض الاجتماعي للشركة يتم من خلال إعطاء الأولوية في توزيع الذمة المالية الاجتماعية لسداد مستحقات دائني الشركة؛ ومن ثم فإن التعسف في استعمال الشكل القانوني للشركة ذات المسؤولية المحدودة يشكل بالضرورة، سببا لإلغاء امتياز المسؤولية المحدودة، عند استخدام الذمة المالية الاجتماعية الذي لا يراعي بالقدر الكافي هدف الحفاظ على قدرة الشركة على الوفاء بالتزاماتها، أين لم يعد بالإمكان تغطية الخسائر الناجمة برأس المال الإسمي بمفهوم الفقرات 30 و31من القانون الألماني للشركات ذات المسؤولية المحدودة[2]. إن قواعد الحفاظ على رأس المال الاجتماعي للقانون المتعلقة بالشركات ذات المسؤولية المحدودة تظل غير فعالة فيما يتعلق بالتعديات على الذمة المالية الاجتماعية، تلك التي لا تظهر أو التي تظهر على الأقل جزئيا فقط في ميزانية الشركة، وتلك التي لم يعد التعويض الذي تنص عليه الفقرة 31 من القانون السابق الذكر، يسمح باستبعاد العجز وعدم الملاءمة المالية للشركة. وعلى إثر ما تم تبيانه فإن القضاء يسمح بسد أوجه القصور الكامنة في الأحكام المتعلقة بالحفاظ على رأس المال الاجتماعي دون تجاهل لمبدأ المسؤولية المحدودة للشريك في، بقبوله للدعوى التي تستند على المسؤولية عن التعدي على الوجود الاجتماعي إما بصفة فرعية، وإما في نفس الوقت، مع الدعوى المرفوعة على أساس عدم احترام القواعد القانونية بشأن الحفاظ على الذمة المالية الاجتماعية .[3]

وبحكم القرار « trihotel »، تم مرة أخرى تغيير أساس نزع ميزة المسؤولية المحدودة للشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة والمراوغات القانونية الناتجة عنها من قبل الشركة الأم، وضع

---

[1] - Le choix de la Durchgriffshaftung comme fondement se justifiait donc par l'idée que le privilège de limitation de responsabilité des associes aux apports devait nécessairement rester subordonne à la préservation par les associes de la capacite de la société a désintéresser ses créanciers. A défaut d'un tel respect, les associes ne pouvaient se prévaloir de la responsabilité limitée aux apports. Selon l'ancienne jurisprudence, la conformité a l'objet social passe par l'affectation prioritaire du patrimoine social au remboursement des créanciers de la société. Est ainsi constitutif d'un abus de la forme juridique de la GmbH et par conséquent, une cause de suppression du privilège de la responsabilité limitée, une utilisation du patrimoine social qui ne tiendrait pas compte, de manière appropriée, de l'objectif de préservation de la capacite de la société a satisfaire ses engagements, dans la mesure ou, la perte causée par l'atteinte ne peut plus être couverte par le capital nominal (Stammkapital) au sens des § 30 et 31 GmbHG ; in : Jan Lieder, Die neue Existenzvernichtungshaftung, , périodique:Deutsche Zeitschrift f&uumlr Wirtschafts- und Insolvenzrecht, n° 4, 2008, p.p. 145-150 ; aussi ;

[2]–BGH, 13 décembre 2004, II ZR 256/02, « BMW Handelsvertreter », DStR 2005, p. 340 et s ; Klaus J. HOPT, Responsabilité limitée et plaisirs sans limites in : Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon, édit. Dalloz, Paris,2003, p39

[3]–التبرير الذي اشارت إليه محكمة العدل الاتحادية وضمنته في قرارها المتعلق بالمسؤولية الجديدة للشريك الوحيد أو ذو الأغلبية في الشركة ذات المسؤولية المحدودة؛ قرار محكمة العدل الاتحادية، 16 جويلية 2007، قضية «Trihotel».

المجلس الأعلى اجتهاد قضائي جديد مكيف بالمسؤولية الداخلية للشركاء تجاه الشركة بسبب التعديات التعسفية على الذمة المالية الاجتماعية في تجاهل لمصلحة الدائنين، القائم على أساس الفقرة 826 من القانون المدني الألماني على اعتبار تشكل اخلالا بالسلوكيات الحميدة، وقرر علاوة على ذلك إلغاء الطابع الفرعي المقترن بالفقرات 30 و31 من القانون الألماني للشركات ذات المسؤولية المحدودة.

2-المسؤولية المستندة على القواعد العامة للقانون المدني الألماني:

قامت محكمة العدل الاتحادية من خلال القرار «TRIHOTEL»[1]، بتجديد موقفها القضائي عن الأساس المعتمد بشأن المسؤولية عن التعدي على الوجود الاجتماعية للشركة ذات المسؤولية المحدودة أين قد أسسته في القرار المشار إليه باعتباره فرضية لإسناد المسؤولية للشركة الأم باعتبارها شريك للشركة ذات المسؤولية المحدودة استنادا على القواعد العامة للقانون المدني بالعقاب على السلوك الشخصي للشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة -الشركة الأم في دراستنا- وباعتباره مسؤولية عن الاخلال بالآداب العامة وفقا للفقرة826 من القانون المدني الألماني (atteinte aux bonnes mœurs)[2]، التي لا يمكن الاحتجاج بها إلا من قبل الشركة الضحية التي يتم تكييفها بحالة من المسؤولية الداخلية، خلافا للمسؤولية عن التعدي على الوجود الاجتماعي القديمة التي كان من الممكن الاحتجاج بها مباشرة من قبل الدائنين والتي يتم تكييفها بالمسؤولية الخارجية، والتي يُعاب عليهاإذهب إلى أبعد مما افترضت لأجله وتميل إلى التشكيك في الأسس التشريعية التي تقوم عليها الشركات ذات المسؤولية المحدودة، حيث أن اعتماد هكذا أساس سيسمح بشكل لا متناهي للغير في اسناد المسؤولية للشركة الأم [3].

على الرغم من أن الاجتهاد القضائي المتعلق بالمسؤولية عن التعدي على وجود الشركة ذات المسؤولية المحدودة التابعة قد تم إصلاحه وتعديله على نحو شامل بموجب القرار « Trihoteil »، إلا أنه قد أُبقي على الطابع العام للمسؤولية باعتبارها غير خاصة فقط بفرضية التجمع. إن اختيار مثل هذا

---

[1] - Avec l'arret ≪ Trihotel ≫, la juridiction suprême annonce une nouvelle approche de l'Existenzvernichtungshaftung. A la place de l'ancienne Existenzvernichtungshaftung, elle instaure une responsabilite interne des associes vis-a-vis de la société du fait des atteintes abusives portées au patrimoine social au mépris de l'intérêt des créanciers ayant pour fondement unique le § 826 BGB en ce qu'elle constitue un cas particulier d'atteinte aux bonnes mœurs. Elle décide en outre de supprimer le caractère subsidiaire par rapport aux §30 et 31 BGB en autorisant que ces deux fondements puissent être concurremment invoques.in : BGH, 16 juillet 2007, II ZR 3/04, ≪ Trihotel ≫, BGHZ 173, p. 246-269, DZWIR 2007, p. 432, point 1 du dispositif.

[2]- Le § 826 BGB dispose que ≪ celui qui, agissant intentionnellement et contrairement aux bonnes mœurs, cause un préjudice à autrui est oblige envers celui-ci a la réparation du dommage ≫

[3]-BGH, judgment of 16 July 2007, II ZR 3/04, at: http://www.bundesgerichtshof.de; for a discussionofthe casesee: H Altmeppen, 'Abschied vom 'Durchgriff'im Kapitalgesellschaftsrecht' (2007) Neue Juristische Wochenschrift 2657-2660; E Schanze, 'Gesellschafterhaftung für unlautere Einflussnahme nach § 826 BGB: Die Trihotel-Doktrin des BGH' (2007) Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 681-686.

الأساس، الذي ينطوي على ارتكاب خطأ متعمد، هو تأكيد صارخ على الانتقال الذي قامت به قبل محكمة العدل الفدرالية، الذي كان بالفعل ملحوظا منذ القرار « TBB »[1]، من الحماية العامة للذمة المالية للشركة التابعة نحو تأكيد الرغبة في الحد من هذه الحماية للعقاب على السلوك التعسفي. من خلال إنشاء مسؤولية جديد متفرعة عن انتهاك الوجود الاجتماعي للشركة التابعة ذات المسؤولية المحدودة وإسنادها للفقرة 826 من القانون المدني الألماني، هاته الهيئة القضائية جعلت من الممكن تجنب تطبيق مقاربة نزع الستار الاجتماعي (Druchgriffshaftung) أو ما يُقابله بالانجليزية (Piercing the corporate veil) والتي لا تزال محدداتها غامضة جدا[2].

وفي صفوة القول نخلص إلى أن الاجتهاد القضائي المشار إليه باعتماد اختيار المسؤولية الداخلية في سياق اسناد المسؤولية للشركة الأم على أساس القواعد العامة للقانون المدني الألماني أو على أساس المقاربة البريتورية لنظرية الظاهر التي لم تعد تمنح للدائنين الحق في مساءلة الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة التابعة[3]، يتماشى مع الحل الذي اعتمده المشرع الفرنسي مع دعوى تكملة النقص في الخصوم في إطار الإجراءات الجماعية وبما يتفق أيضا مع معظم تشريعات الدول الأوربية الأخرى مثل إيطاليا، اسبانيا وانجلترا، استكتلندا، التي تطبق المسؤولية عن الخطأ في التسيير ((Wrongful and Fraudulent trading التي من المرجح إقامتها تجاه المدير القانوني أو الفعلي. ويقترب القانون الألماني في ذلك من التصور المتأصل من قانون الشركات الفرنسي، الذي بتكريسه

---

[1]– حيث استشهد في هذا الاجتهاد القضائي بنظرية التجمع الفعلي الموصوف التي عالجت مثل هذه الحالات نظرا لأنها كانت لا تلحق المسؤولية بسلوك معين للشريك ولكن لمجرد ممارسة النفوذ (قرار محكمة العدل الاتحادية، 29 مارس 1993، قضية « TBB »). فضلا عن ذلك فإنه بشأن الاستشهاد بمصلحة الشركة التابعة نجد في القرار « BremerVulkan » إشارة تمت بشكل عام بالمصلحة الاجتماعية في طرح المسؤولية استناد إلى التعدي على الوجود الاجتماعي للشركة، ومع ذلك، فقد تأكد بالقرارات اللاحقة عنه، لاسيما قرار المحكمة الاتحادية للعدل المؤرخ في 2 فبراير 2002، الذي من خلال الاستناد لمدلوله، يتضح أنه لم تعد المصلحة الاجتماعية مذكورة بالحيثيات بل حل محلها عبارة "الامتثال للحفاظ على قدرة الشركة على سداد الديون". وكذا قرار محكمة العدل الاتحادية، المؤرخ في 24 جوان 2002، في قضية « KBV »، التي لم تترك مجالا للتساؤل بشأن البعد التقييدي جدا للمصلحة الاجتماعية المحمية بالطرح القضائي للمسؤولية عن التعدي على الوجود الاجتماعي.

[2] -Quelle sera la valeur de cette notion de bonne mœurs dans la pratique juridique ? Elle doit s'imposer entièrement au législateur, chargé de fournir des règles abstraites et d'une portée générale, mais appliquée par l'interprète, elle ne saurait primer le droit positif et ne serait applicable qu'au cas où celui-ci y renvoyait explicitement ou tacitement, ou au cas où il se présentait une question, que celui-ci n'eût aucunement réglée.
L'idée qu'un acte contraire aux bonnes mœurs ne peut pas avoir d'effets juridiques, fait partie du patrimoine de toutes les législations, quoique sa conception et son organisation soient très souvent différentes. l'article 826 B.G.B. dans sa teneur actuelle, estimant qu'il « était inadmissible que quelqu'un puisse causer un préjudice à autrui, fût-ce même en usant d'un droit »

[3]– ويجب التمييز بين فرضيتين ملموستين في الواقع العملي؛ أولا في حالة فتح إجراء جماعي، سيكون على المدير القضائي المطالبة بحقوق الشركة الضحية[3]، ولن يكون باستطاعة الدائنين، رفع دعوى مباشرة ضد الشركاء وفقا لمبدأ الفصل (الفقرة 13 ثانيا من القانون الألماني للشركات ذات المسؤولية المحدودة). وثانيا، في حالة عدم اتخاذ إجراءات جماعية أوفي حالة رفضها، يجوز للدائنين في حالة تقاعس الشركة وممثليها القانونيين، التماس من خلال المطالبة القضائية لحجز ونقل حقوق الشركة ضد الشريك من أجل المطالبة باستحقاقاتهم من بعد ذلك.

لمبدأ الفصل بين الأشخاص الاعتباريين، يرفض رفضا قطعيا نقل الالتزامات الواقعة على كاهل الشخص الاعتباري إلى كيان آخر، مع مراعاة مبدأ الاستقلالية للشخص الاعتباري، فقط على أساس أن هذا الكيان له نفوذ معين، ما لم يتعسف في استخدام سلطته.

خلاصة المبحث الأول

كان تدوين قانون التجمعات من خلال القانون الألماني للشركات ذات الأسهم بمثابة تقدم استباقي قانوني من قبل المشرع الألماني، فلأول مرة انشغل المشرع إزاء حالة المساهمين الأقلية والدائنين في سياق علاقات التجمع، وقد تكفل بتنظيم العلاقات داخل التجمع بغية حماية المصالح المهددة. ومع ذلك، فإن الممارسة العملية كانت مغايرة للأهداف المنشودة من قبل مستسيغي هاته المقاربة، فعلى الرغم من أن المشرع كان يترقب أن يكون التجمع القانوني بمثابة المبدأ في التكريس الواقعي العملي في ألمانيا، إلا أن الممارسين قد ابتعدوا إلى حد كبير عن إبرام عقد الهيمنة ومنظومة التجمعات القانونية المناظرة لذلك. مما جعل من الاحتكام للتجمعات القانونية أمر استثنائيا. ومن المتصور تماما أنه من جراء إلغاء المزايا الضريبية لهيكل التجمع القانوني من خلال إضفاء المرونة على شروط تطبيق النظام الألماني للدمج الضريبي فإن هذه الهيكلة للتجمع القانوني ستختفي كلّية. وعلى إثر ذلك كان لنظرية التجمع الفعلي الموصوف أثر في توسيع نطاق مقاربة قانون التجمعات للشركات ذات الأسهم على باقي الأشكال الأخرى من الشركات وبخاصة الشركة ذات المسؤولية المحدودة. غير أن آخر التراجعات عن

المواقف القضائية المتخذة تجاه الشركة ذات المسؤولية المحدودة توضح مع ذلك الابتعاد على التطبيق العام بالقياس على أحكام قانون التجمعات المدرجة في القانون الألماني للشركات ذات الأسهم لصالح "نظام خاص ومتفرد" يرتكز أساسه على القواعد العامة. ولا يوجد في الوقت الحالي سوى تطبيق ب " القياس الجزئي والعرضي " في حالة الاكتتاب مع الشركة ذات المسؤولية المحدودة لعقد معادل لعقد الهيمنة.

كما أن أبعاد التدوين الألماني قد فقدت من مفاعيلها من خلال ظهور وتطوير فسيفساء المنظومات القانونية الخاصة المعالِجة لعلاقات التجمع في فروع قانونية أخرى ترغب في مراعاة الواقع الاقتصادي والاجتماعي للتجمع على نحو أفضل، وهكذا هو الحال مثل ما أوضحناه في مجال قانون العمل أو قانون المنافسة اللذان، سواء على الصعيد الوطني أو في الاتحاد الأوروبي يتضمنان معالجات خاصة لمفهوم التجمع ومفاعيل ذات صلة بالانتماء للتجمع متطورة إلى حد ما.

المبحث الثاني: المراعاة الانتقائية لمصلحة التجمع في القانون الألماني

إن تقييم مصلحة التجمع من منظور المصلحة الاجتماعية، هو تقييم يصعب تحديده. فمشكلة الاعتراف بمصلحة التجمع من خلال القانون الألماني للتجمعات يطرح بصفة غالبة في الممارسة العملية. والاعتراف القانوني بمثل هذه المصلحة، إلى جانب الصعوبات التي يثيرها تحديدها، يبدوا مع ذلك متناقضا باعتبار أن التجمع مجرد من الشخصية الاعتبارية، وفي مواجهة هذه المعضلة، لم تتردد بعض الهيئات القضائية في تكييف الواقع القانوني مع احتياجات الممارسة العملية للتجمعات. والاعتراف، وإن كان ذلك بطريقة تقييدية للغاية، بأن مصلحة التجمع يمكن أن تؤخذ في الاعتبار. والواقع أن القضاء قد استفاد من المفهوم الغامض والمرن للمصلحة الاجتماعية حتى يتم تكريس مكانة لمصلحة التجمع. وتستند المعالجة القضائية الألمانية على فكرة أن مصلحة التجمع قد تساهم في تكوين عناصر المصلحة الاجتماعية، فهاتين المصلحتين باعتبارهما ممتدتان من حيث استمراريتهما على

المدى الطويل، من المرجح أن يتداخلا، بطريقة لا يكون فيها بالضرورة عدم توافق بين مصلحة التجمع والمصلحة الاجتماعية.

إن الاعتراف من خلال القانون الألماني المقنن للتجمعات بمصلحة التجمع لا يستند على المراعاة الموسعة للمصلحة الاجتماعية كما هو الحال في القانون الفرنسي[1] ولكن على وجود روابط تعاقدية خاصة بين كيانات التجمع. ولذلك فإن أسس الاعتراف بمصلحة التجمع تختلف كثيرا عن القانون الفرنسي، على اعتبار أن القانون الألماني يفصل بدقة وبشكل صارم بين المصلحة الاجتماعية ومصلحة التجمع. فالثانية لا يمكن أن تنبثق ولو حتى جزئيا عن الأولى. وهذا يعني بصفة مبدئية وأساسية، أنه لن تؤخذ مصلحة التجمع بعين الاعتبار، ولا حتى بأي شكل كان، في سياق العلاقات بين الشركات داخل التجمع (المطلب الأول)، ولذلك، فإن المشرع الألماني قد نظم بصفة صريحة الشروط التي ينبغي بناء عليها الأخذ بمصلحة التجمع، والتي لا يمكن لمصلحة التجمع أن تراعي إلا في سياق الإبرام المسبق لعقد الهيمنة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الفصل المطلق بين مصلحة الشركة ومصلحة التجمع في القانون الألماني

إن كان القانون الفرنسي والجزائري قد فتحا المجال لظاهرة التجمع على اعتبار أن مسك رقابة أو سيطرة شركة كان تعبيرا مرادفا لحق الملكية، سريعا ما انشغل المشرع الألماني بالمخاطر التي تطرحها وضعية الهيمنة تجاه رأس المال الاجتماعي؛ وبدلا من الحرص على ضمان التوازن بين مختلف المصالح المعنية ضمن الشركة التابعة من خلال إدراج واعتماد تدابير موجهة لضمان توفير بعض من الشفافية على العلاقات بين الشركات داخل التجمع، مثلما هو معمول به في القانون الفرنسي وكذا الجزائري من خلال الاتفاقيات المنظمة، اختيار المشرع الألماني إيجاد حل جذري، أكثر من نظيره الفرنسي عن طريق التأطير الصارم للعلاقات داخل التجمع. فالتدوين الألماني لقانون التجمعات يستند بذلك على مبدأ الرفض التام والصريح للاعتراف بمصلحة التجمع عندما لا تتخذ الشركات العضوة بالتجمع، هيكل تنظيمي خاص، قادر على ضمان الحماية الكافية للمصالح المهددة. ولم يقم المشرع ألماني بمجرد وضع اجراء للموافقة على تعاملات الشركة والرقابة عليها مما قد يؤدي إلى

[1]– سيتم التطرق لذلك خلال هاته الدراسة من خلال الباب الثاني: مرتكزات الاجتهاد القضائي البريتوري في اسناد مسؤولية الشركة الأم (الفصل الأول: الهندسات المالية للتجمع بين القرارات المبدئية وقرارات الحالة –المبحث الأول–)

تضارب في المصالح بنفس الطريقة التي يقوم بها القانون الفرنسي والجزائري، بل أخضع اتباع مصلحة التجمع، إلى الإبرام المسبق لعقود خاصة، عقد الهيمنة ([Beherrschungsvertrag]) أو العقد شبه الاندماج [Eingliederungsvertrag)]. ونتج عن ذلك التمييز بين التجمع القانوني والمصطلح عليه كذلك بالتجمع التعاقدي، والذي يتم تشكيله بين الكيانات العضوة به إما من خلال إبرام عقد الهيمنة أو عقد شبه الاندماج؛ من جهة، والتجمع الفعلي الذي تشكله جميع التجمعات التي تكون فيها علاقات التبعية بين الكيانات العضوة لا تنظمها العقود الآنفة الذكر. إن العضوية في أحد هاته الأنواع من التجمعات يستتبع نتائج قانونية مختلفة، ولذلك فمن المستصوب عرض هذين النوعين من التجمع (الفرع الأول) من أجل التمكن من الاستدلال بالنظام القانوني الذي يفرضه التقنين الألماني لكل نوع، وفي ذلك يتم تبيان الكيفية التي يتم على أساسها مراعاة مصلحة التجمع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التمييز بين التجمع القانوني والتجمع الفعلي

يُميّز القانون الألماني للشركات ذات الأسهم بين التجمع القانوني والتجمع الفعلي، وهذا التمييز أبعد من أن يكون مقتصرا على الجانب النظري البحت، فإن التكييف بالتجمع القانوني أو نظيره الفعلي سيؤدي إلى إحداث آثار قانونية جد مختلفة. في الواقع، فإن كل نوع من التجمعات السابق تبيانه يستند إلى آليات حماية خاصة؛ فيما يتعلق بمصالح الشركة التابعة، مساهميها ودائنيها الخارجيين. بعد العرض الموجز والأولي للآثار القانونية المتعلقة بكلا هذين النوعين من أنواع التجمع (أولا)، سيكون من الضروري التطرق للصعوبات العملية المرتبطة بهذا التمييز (ثانيا).

أولا: التمييز المرتب لعواقب قانونية مختلفة

إن التمييز بين التجمع القانوني والتجمع الفعلي يبدوا ولأول وهلة أمر بسيط بصفة نسبية؛ فالتجمعات القانونية تنجم عن إبرام عقد الهيمنة بمعناه الوارد في نص الفقرة 291، أولا،1 من ق.أ.ش.أ. أو كذلك عن إبرام عقد شبه الاندماج بمعناه المقصود في الفقرتين 319 و320 من ق.أ.ش.أ. وفي خلاف ذلك، فإن التجمع المكوّن سيتم توصيفه وتكييفه بالتجمع الفعلي؛ وهذا حتى عند إرفاقه بإبرام أنواع أخرى من العقود المبرمة بين المؤسسات بخلاف عقد الهيمنة أو عقد شبه الاندماج. ولذلك فإن مقارنة التجمعات الفعلية بالقانونية تظهر أن التجمعات التي شُكلت بعلاقة تبعية بسيطة بين الكيانات بالمعنى الوارد في الفقرة 17 من ق.أ.ش.أ أو حتى من خلال وجود مديرية موحّدة بالمعنى الوارد في الفقرة 18 أولا،1 من ق.أ.ش.أ.، والتي لم يتم فيها إبرام أي من العقود السابقة الذكر أعلاه.[1]

[1] - والتمييز بين التجمع القانوني والتجمع الفعلي هو جوهر المقاربة القانونية التي وضعها المشرع الألماني الذي أراد جعل علاقات التجمع المنظمة بشكل تعاقدي "التجمع القانوني"، القاعدة، في حين ترك التجمع الفعلي موضع استثناء. ويخضع كل من هذين المفهومين من التجمعات

ضمن التجمعات القانونية، تستفيد المؤسسة المهيمنة من خلال اكتتاب عقد الهيمنة من حق توجيه أوامر « droit d'injonction » للشركة التابعة، مما يمكن من تنفيذ سياسة التجمع. ومع ذلك فإن الحق في توجيه الأمر لا يترك من دون دفع تعويض للشركة المتضررة على اعتبار أن عقد الهيمنة يطلب من المؤسسة المهيمنة أن تمنح ضمانات مخصصة لمساهمي ودائني الشركة التابعة، وذلك وقت إبرام العقد؛ فضلا عن إخضاع المؤسسة المهيمنة للالتزام باقتسام الخسائر الملحقة بالشركة التابعة وفقا للفقرة 302 من ق.أ.ش.أ. أما عن الفقرة 311 من ق.أ.ش.أ. فهي تشكل اللبنة الأساسية لهذا الأنموذج من التجمعات. فتنص الفقرة 311 من القانون السابق الذكر على أنه: "في غياب أي ابرام لعقد الهيمنة، لا يمكن للمؤسسة المهيمنة استخدام نفوذها تجاه شركة مساهمة أو شركة ذات توصية بالأسهم التابعة، لحثها على اعتماد تصرف يلحق بها ضررا أو للقيام بعملية أو حتى للامتناع الذي يتعارض مع مصلحتها، ما لم يعوض التدبير الضار"؛ وينص الجزء الثاني من ذات الفقرة على أنه "إذا لم يتم التعويض خلال السنة المالية، فإنه يتم على الأقل، قبل نهاية السنة التي يتم فيها اتخاذ التدبير الضار بالشركة التابعة، تحديد الوقت الذي يتم فيه التعويض، وبأي امتيازات، سيتم تعويض هاته الأخيرة"؛ وبهذا فإن المشرع الألماني يأذن للمؤسسة المهيمنة في سياق التجمع الفعلي بممارسة نفوذها على نحو تفترض به على الشركة التابعة، قرار غير مواتي لها، تحت تحفظ أنه تُخصص لهذه الأخيرة مزايا تعويضية مكافئة ومعادلة. في غياب التعويض الفعلي أو فقط المتوقع عن التدبير الضار في السنة التقويمية المالية الجارية. وتفرض الفقرة 317، أولا من ق.أ.ش.أ. على المؤسسة المهيمنة ومديريها بإصلاح كافة الأضرار الملحقة بالشركة التابعة من جراء التدبير الضار. ومن أجل ضمان فعالية نظام التعويض هذا، نص المشرع الألماني بالفقرات من 312 إلى 315 من ق.أ.ش.أ. على الالتزام الواقع على كاهل الشركة التابعة بإعداد "تقرير التبعية" rapport de dépendance؛ الذي يتم الإشارة به إلى العمليات التي تم تحقيقها، أو حتى تلك التي تمت بالعكس من ذلك، الامتناع عن تنفيذها تحت نفوذ

لنظام قانوني خاص. والهدف المشترك من هذه النظم المختلفة هو ضمان حماية الذمة المالية للشركة التابعة، مساهميها والدائنين الخارجيين؛ أما عن الأول فيختص بميزة تسيير تخوّل تنفيذ سياسة التجمع، وبخصوص الثاني، فإنه من دون أن يمنع ويحظر تنفيذ هاته السياسة فهو يخول له بذلك بصفة مخصصة ومتفرقة. والمبدأ الذي على أساسه يكمن هذا التمييز بين التجمع القانوني والتجمع الفعلي متأصل عن واقع فقدان الاستقلالية للشركة التابعة، لا يمكن إجازته إلا في وجوبية وجود آليات قانونية وقائية، تضمن الحماية المسبقة ضمن مستوى معين لمصالح الشركة التابعة، وكذا مساهميها ودائنيها الخارجيين. ومن ذلك تنبثق مقاربة المشرع الألماني للاعتراف بالاستعاضة عن المصلحة الاجتماعية بمصلحة التجمع فقط إذا كان هيكلة قبلية ومسبقة لحماية مصالح الشركة التابعة. هذا الهيكل الحمائي ذاته ناتج عن إبرام عقد الهيمنة الذي يمنح ويخول للمؤسسة المهيمنة الحق في توجيه الأوامر والتعليمات تجاه الشركة التابعة؛ ومن المؤكد أن هاته الأخيرة تكون مجرّدة من استقلاليتها في اتخاذ القرارات، ولكن في المقابل يتم فرض عدد من الالتزامات على المؤسسة المهيمنة، بما في ذلك ما يتعلق بالتعويض عن الخسائر الملحقة بالشركة التابعة المتعاقدة.

راجع: الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم.

وسيطرة المؤسسة المهيمنة، وتحديد المبلغ التعويضي عن الضرر الملحق؛ فالشفافية الملحقة على هذا النحو على العلاقات القائمة بين المؤسسات داخل التجمع؛ ستتيح فرض الرقابة على مدى امتثال المؤسسة المهيمنة لالتزامها بالتعويض (l'obligation de composation).وإنه وفقط في الحالة الاستثنائية؛ الأمر الذي نادرا ما نجده في الواقع العملي من خلال إبرام عقد تحويل إجمالي الأرباح بشكل منفرد، أين ستُعفى في الشركة التابعة من إعداد مثل هذا التقرير (الفقرة 316 من ق.أ.ش.أ)؛ على اعتبار أن هذا الأخير يُصبح بلا جدوى بسبب الالتزام بنقل جميع أرباح الشركة التابعة لصالح المؤسسة المهيمنة؛ وهو الالتزام الناشئ عن عقد تحويل الأرباح. والفقرات 311، 317 و318 من ق.أ.ش.أ. (باستثناء الفقرات من 312 إلى 315 من ق.أ.ش.أ) ستظل سارية المفعول ومطبقة. ومن ناحية أخرى، إذا تبين أنه تم إبرام عقد تحويل الأرباح بالاقتران مع عقد الهيمنة؛ كما كان معمولا به في الممارسة العملية في الماضي لأسباب ضريبية، فإن نظام التجمع القانوني سيكون ذو تطبيق حصري[1].

ويهدف هذا الحكم التشريعي إلى مواجهة الدفوعات التعسفية للمؤسسة المهيمنة من خلال تجنب القضاء التام على وجود الشركة التابعة. وفي غياب مثل هاته الآليات لحماية الشركة التابعة في سياق التجمع الفعلي، لا يمكن للمؤسسة المهيمنة أن تحرم شركتها التابعة من الاستقلالية التقريرية، وبالتالي فإنها لا تستطيع أن تتصرف في خلاف المصلحة الاقتصادية الخاصة بهذه الأخيرة. ويجب أن تتصرف المؤسسة المهيمنة تجاهها بنفس الطريقة كما لو كانت مستقلة. ومع ذلك، فإن حرمان المؤسسة المهيمنة تماما من الحق في ممارسة نفوذ على الشركة التابعة، لتفضيل مصلحتها أو على الأقل مصلحة التجمع، سيؤدي إلى الإلغاء الكلي والتام للعلاقات بين الشركات داخل التجمع، وهو ما لا يمكن تصوّره من وجهة نظر اقتصادية. ولذلك فإن المشرع الألماني قد وضع كذلك حكما تشريعيا خاصا يطبق على التجمع الفعلي ويتيح ممارسة النفوذ، شريطة أن تقوم المؤسسة المهيمنة بالتعويض عن التدبير الضار الذي فرضته على شركتها التابعة.[2]

ثانيا– الصعوبات في تطبيق التمييز بين التجمع القانوني والتجمع الفعلي

الإشكال المطروح قبل التركيز حتى على مفاعيل وجود نظامين قانونين منفصلين فيما يخص مراعاة مصلحة التجمع؛ هو إمكانية تطبيق أي من الأنظمة المذكورة ومدى توافقه. فالقاعدة المبدئية بسيطة؛ إما أن يتم إبرام عقد الهيمنة؛ وعلى إثر ذلك تطبيق القواعد ذات الصلة بالتجمع القانوني بين الشركات

[1]- راجع: الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم.

[2]- J. KUHLMANN et E. AHNIS, Konzernrecht, éd. C. H. Beck Munich 2001, p. 56.

المكتتبة للعقد؛ أو إذا كان هنالك تخلف عن إبرام هذا العقد وعندئذ فإن القواعد المتعلقة بالتجمع الفعلي هي التي يعتزم تطبيقها، بصرف النظر عن إبرام أنواع أخرى من العقود المبرمة بين المؤسسات التي نص عليها المشرع الألماني. ولذلك فإن قواعد كل من الفئتين من التجمعات تُقيم بالضرورة علاقة حصرية بين كل منهما. وإذا كان الإطار النظري يبدوا بسيطا، فإن الممارسة العملية تبرز وجود عدة صعوبات في تطبيقه.

ويبدوا أن التمييز بين التجمع القانوني والتجمع الفعلي يمثل إشكالية على مستويين، فمن ناحية، نجد أن توسيع التجمعات، سيؤدي إلى الإخلال بمسألة تطبيق أحد الأنظمة القانونية التي اقتضاها القانون الألماني للشركات ذات الأسهم (بند1). ومن ناحية أخرى، فإن نظام التعويض الذي يستعرضه المشرع الألماني فيما يتعلق بالتجمع الفعلي سيواجه عقبات عملية لا يمكن التغلب عليها عندما يكون تقويم المنفرد لكل تدبير ضار بغية تحديد تعويض مناسب يصبح مستحيلا (بند2). بذلك، هنالك حاجة لدراسة الحلول الفقهية والقضائية المقدمة لمواجهة هذه الصعوبات.

بند 1- صعوبات التطبيق في سياق التجمع التعاقبي (groupe en cascade)

قد تظهر هذه الصعوبات المتعلقة بمعرفة النظام القانوني الواجب التطبيق في سياق التجمع التعاقبي (groupe en cascade)، أو التجمع الهرمي (groupes pyramidaux)، مادامت عقود الهيمنة قد أبرمت على مستويات معينة فقط. ومن الصعب أحيانا تحديد الآثار التي تترتب على إبرام عقد الهيمنة بين كيانين تابعين لنفس التجمع بشأن النظام المطبق على باقي الشركات الأخرى ذات الصلة.[1]

فالأحكام التشريعية المتعلقة بالمؤسسات ذات الصلة لا تنص على أي حالة من هذه الحالات ولا تضع حلا لهذا الإشكال. والقاعدة هي من حيث المبدأ اقتصار سريان مفاعيل عقد الهيمنة فقط على الشركات التي قامت باكتتابه، وبالتالي، فإن المقصود بتطبيق الأحكام المتعلقة بالتجمعات القانونية فقط بين هاته الشركات الأخيرة، واستبعادها على مؤسسات التجمع الأخرى التي لها علاقة مع الشركتين المبرمتين لعقد الهيمنة والمنتمية لنفس التجمع. وينبغي لهذه الأخيرة؛ شريطة وجود التبعية، أن تستفيد بالفعل من الآليات القانونية الحمائية المنصوص عليها في سياق التجمعات الفعلية. غير أن هذا النظام تم تحويره وتعديله بطريقة تكفل الحماية الكافية للشركة التابعة. ومع ذلك، فإن الفقه والقضاء وإن لم يتخذا حلولا متفق عليها بالإجماع والمتعين تطبيقها، إلا أنهما توافقا بشأن ضرورة توسيع نطاق الحماية التي يوفرها نظام التجمعات القانونية في الحالات والفرضيات التي يتبين فيها عدم كفاية الحماية المقررة

[1]-Drnovsek, Gregor, KEY ASPECTS OF SAFEGUARDING OF SHAREHOLDERS WITH REGARD TO AUTHORIZED CAPITAL, Pravnik, 2015, Vol.70(5/6), pp.323-359,425-426.

للذمة المالية الاجتماعية. وهكذا فمن المقبول عموما أنه في حالة وجود سلسلة من عقود الهيمنة، على سبيل المثال بين الشركة الأم وشركتها التابعة وبين الشركة التابعة والشركة الحفيدة، تمتد القواعد المتعلقة بالتجمع القانوني أيضا على العلاقات بين الشركة الأم والشركة الحفيدة؛ على الرغم من أنهما لا يرتبطان ارتباطا مباشرا بعقد الهيمنة[1]

ومن جهة أخرى، إذا كان عقد الهيمنة قد تم اعتماده فقط بين الشركة الأم والشركة التابعة لها، فإن القواعد المتعلقة بالتجمع الفعلي تظل مطبقة على العلاقة بين الشركة الأم والشركة الحفيدة، وكذلك بين هاته الأخيرة والشركة التابعة. بيد أنه إذا أبرم عقد الهيمنة بين الشركة الأم والشركة الحفيدة، فإن القواعد المتعلقة بالتجمع القانوني لا تطبق إلا على العلاقات القائمة فيما بينهما، في حين أنه يتم الاعتراف بتطبيق الأحكام الحمائية المطبقة على التجمع الفعلي فقط على العلاقة بين الشركة الأم وشركتها التابعة وليس على العلاقات بين هاته الأخيرة والشركة الحفيدة.[2]

والواقع أنه في مثل هذه العروض التوضيحية، يرى الدارسين القانونيين أن الحماية الممنوحة للشركة الحفيدة من خلال عقد الهيمنة الذي تم اكتتابه مع الشركة رأس التجمع يمنحها حماية أكبر من تلك التي يمنحها تطبيق القواعد المتعلقة بالتجمعات الفعلية في علاقتها مع الشركة التابعة البنت. وبما أنها ستحصل دائما على تعويض عن الخسائر الملحقة بها من قبل الشركة الأكثر ملائة مالية، وهي الشركة رأس التجمع، فإنه من غير الضروري أن تفرض على الشركة التابعة جبر الضرر الذي لحق بها عن التدابير الضارة التي ألحقت بالشركة الحفيدة. وثمة فرضية أخرى تثير بعض المشاكل؛ وهي إبرام عقد الهيمنة بين الشركة التابعة والشركة الحفيدة[3]. ولا جدال في هذه الفرضية في أن الأحكام المتعلقة بالتجمعات القانونية تطبق على العلاقات بين الشركة الأم وشركتها التابعة، ومن ناحية أخرى فإن تطبيقها على العلاقة بين الشركة الأم والشركة الحفيدة يظل خاضعا للنقاش والجدل. ومن المسلم به في المقام الأول أن الالتزام باقتسام الخسائر الملحقة بالشركة الحفيدة الواقع على كاهل الشركة التابعة هو حماية كافية لتلك الشركة، ولذلك لا يمكن تطبيق قواعد التجمع الفعلي على العلاقات بين الشركة الأم والشركة الحفيدة. غير أن البعض يعتقد أن الحماية الممنوحة للشركة الحفيدة من خلال عقد الهيمنة

---

[1]- V. EMMERICH et M. HABERSACK, Konzernrecht, 8ème éd. C. H. Beck Munich 2005, p. 364.

[2]–وتأييدا لإلغاء الالتزام بالتعويض عن الخسائر الملحقة بالشركة الحفيدة على عاتق الشركة الام في حالة ابرام عقد الهيمنة بين الشركة التابعة والشركة الحفيدة: المحكمة الإقليمية العليا فرانكفورت/ماين، 16 نوفمبر 1998، مقتبس عن:

H.-G. KOPPENSTEINER, KölnerKommentarzumAktiengesetz, § 311, note 20 et s. ; U. HÜFFER, Aktiengesetz, § 311, note 15.

[3]–تأييدا للحفاظ على القواعد متعلقة بالتجمعات الفعلية في العلاقة ما بين الشركة الام والشركة الحفيدة في فرضية ابرام عقد الهيمنة بين الشركة التابعة والشركة الحفيدة، مقتبس عن:

V. EMMERICH et M. HABERSACK, Konzernrecht,8ème éd. C. H. Beck Munich 2005, p. 371.

الذي اكتتبته مع الشركة التابعة، غير كافية، نظرا لعدم وجود الضمانة في استمرار تبعية الشركة التابعة للشركة الأم، تكون قادرة على استيفاء التزامها باقتسام الخسائر. وليس هنالك سبب وجيه لتحرير وتنصيل الشركة رأس التجمع من التزامها بالتعويض تجاه الشركة الحفيدة. ولذلك فإن الترابط الموجود بين اكتتاب عقد الهيمنة على مستوى تطبيق قواعد التجمع الفعلي على مستويات أخرى يتوقف على مستوى الحماية الغير مباشرة المقررة التي تستفيد منها الشركة التابعة. ويمكن وبصفة مشروعة استبعاد الأحكام المتعلقة بالتجمع الفعلي، ولا سيما الالتزام بالتعويض عن التدابير الضارة؛ عندما توفر الأحكام التشريعية المتعلقة بحماية الذمة المالية على المستويات الأخرى من التبعية؛ على الأقل حماية مماثلة.[1]

الأحكام المتعلقة بالتجمع الفعلي، ولاسيما الالتزام بالتعويض عن التدابير الضارة؛ عندما توفر الأحكام التشريعية المتعلقة بحماية الذمة المالية على المستويات الأخرى من التبعية؛ على الأقل حماية مماثلة للشركة التابعة.

بند2- الصعوبات الملازمة لنظام التعويض:

هنالك صعوبة رئيسية أخرى تكمن في التضارب بين المقاربة المدرجة بالقانون الألماني للتجمعات والممارسة العملية للمهنيين المقاولين. وقد اضطلع المشرع الألماني، من خلال تنظيمه، بجعل التجمع القانوني المبدأ والتجمع الفعلي هو الاستثناء. بيد أنه لا بد من الإشارة إلى أن هذا الهدف لم يتحقق في الواقع العملي، فقد أظهرت الممارسة العملية عكس ذلك تماما. فالأمر الذي أوقف وعرقل المهنيين هي الإرهاصات المتعلقة بالقيود الإدارية المفروضة في سياق التجمعات القانونية، وبذلك تخلوا عن إبرام عقود الهيمنة. ولذلك ظلت هياكلهم المنشأة خاضعة لنظام التجمعات الفعلية، بالرغم من أن هذه الأخيرة لا تتلاءم وسياسة التسيير المركزية للتجمع. بالفعل فإن تنفيذ نظام التعويض المنصوص عليه في الفقرة 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم لم يعد مكفولا أو مضمونا، لأن النفوذ الذي تمارسه المؤسسة المهيمنة على السياسة الإدارية للشركة التابعة هو ذو شدة وتركيز تجعل من التدابير الضارة غير ممكن تحديدها بمعزل عن بعضها البعض[2]. وفي هذه الحالة، لم يعد التقييم المنفرد للتدابير الضارة

[1]-Tröger, Tobias, AnreizorientierteVorstandsvergütungimfaktischenKonzern, ZeitschriftfürUnternehmens- und Gesellschaftsrecht, 2009, Vol.38(3), pp.447-473.

[2]-Hommelhoff Peter, Protection of MinorityShareholders, Investors and Creditors in CorporateGroups: the Strengths and Weaknesses of German Corporate Group Law, European Business Organization Law Review, 2001, Vol.2(1), pp.61-80 : German corporate group law (or rather, to be more precise, the German Recht der verbundenenUnternehmen, i.e., the law of affiliatedcompanies, §§ 15 ff., 291 ff. Marketable Share CompanyAct [Aktiengesetz, abbreviatedAktG]) owesits existence to specialconcerns of the German legislature at the end of the 1950s and the beginning of the 1960s regarding the ability to protect the interests of outsiders in group-dependentmarketablesharecompanies (Aktiengesellschaften). The interests of shareholders and

ممكنا، الأمر الذي يعرقل في نهاية المطاف تعويضهم. ويمثل قصور هاته الآلية للتعويض عن التدابير الضارة مثلا عن العجز الهيكلي الوارد بالنظام القانوني للتجمعات الفعلية. وقد أدى ذلك إلى مبادرة كل من الفقه والقضاء بسد هذه الثغرة التشريعية.[1]

وتدل الاستحالة في تحديد التدابير الضارة بصورة فردية على أقصى درجة من التبعية بين المؤسسة المهيمنة للممارسة للنفوذ والشركة التابعة؛ في حين أنها تتطابق عمليا مع علاقات التبعية التي تقوم من حيث المبدأ، بناء على مفاعيل إبرام عقد الهيمنة. وبذلك؛ ليس هنالك أي سبب وجيه لعدم تطبيق المفاعيل القانونية المترتبة في إطار التجمع القانوني، بما في ذلك الالتزام بالنسبة للمؤسسة المهيمنة باقتسام الخسائر الملحقة بالشركة التابعة (عملا بالفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم). ومن هذا المنطلق تم تطوير النظرية القضائية للتجمع الفعلي الموصوف. ففي البداية تم تطبيق هذه النظرية على كل من شركات المساهمة وشركات ذات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، ثم بعد ذلك تم إجراء تغيير جذري في الموقف القضائي المتخذ، أين تم رفض التطبيق بالقياس لنظرية التجمع الفعلي الموصوف على الشركات ذات المسؤولية المحدودة[2]. وهذا العدول والتراجع عن الموقف القضائي سيتم تحليله بشكل دقيق لاحقا بهاته الدراسة.

فالتجمع الفعلي الموصوف لا يشكل فئة جديدة من أصناف التجمع، ولكنه يشكل خصوصية من التجمع الفعلي. وبالتالي فإن نظرية التجمع الفعلي الموصوف هي ذات تطبيق تبعي وثانوي عن الأحكام المطبقة على التجمعات الفعلية، على اعتبار أنه يتم تطبيقها فقط عندما تكون هنالك استحالة عملية في تطبيق الآليات الخاصة بالتجمع الفعلي. وبعد الإشارة إلى التمييز الذي أدرج بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم بين التجمع القانوني والتجمع الفعلي، فضلا عن الآليات التي وضعها كل من الفقه والقضاء، سيكون من الضروري العرض في خضام البحث لآليات وميكانيزمات الحماية التي اقتضاها المشرع الألماني في سياق كل نوع من التجمعين المذكورين وتحليل الدور اللاحق الذي ستحسمه مصلحة التجمع في كلا النظامين.

---

creditorswereconsidered to beso intensive, so inscrutable and socontinuouslyendangered, that the legislaturebelievedthat the existingcompanylawwas incapable of satisfactorilyproviding the requisite protection.

[1]-Goulding Simon ; Miles Lilian ; Schall Alexander, JudicialEnforcement of Extra-legal Codes in UK and German Company Law – Including Observations on OLG Schleswig Holstein, NZG 2004, 669 (Mobilcom II) and LG München I, NZG 2004, 626 (Hypovereinsbank),EuropeanCompany and Financial Law Review, 2005, Vol.2(1), pp.20-62.

[2]– قرار محكمة العدل الاتحادية، 17 سبتمبر 2001، في قضية « BremerVulkan » ، السابق الإشارة إليه.

الفرع الثاني: الرفض اللاحق لاتباع مصلحة التجمع في سياق التجمع الفعلي

إن الإجابة عن الإشكال المتعلق بمراعاة مصلحة التجمع في قانون التجمعات الفعلية تتواجد بالضرورة في تحليل الأحكام القانونية والنظام الذي أنشأ بموجب الفقرات من 311 وما يليها من ق.أ.ش.أ. فهاته الفقرة تضع في المقام الأول، مبدأ حظر ممارسة النفوذ من قبل المؤسسة المهيمنة، الذي يؤدي بالشركة التابعة إلى الموافقة على القيام بالتصرفات التي تضر بها أو إلى اتخاذ قرارات أو حتى الامتناع عن ذلك، في خلاف مصلحتها. ثم يتبع هذا المبدأ، الاستثناء، الذي يسمح بممارسة هذا النفوذ رهنا بالتعويض من جانب المؤسسة المهيمنة. فتؤدي بنا قراءة الفقرة 311 من ق.أ.ش.أ. إلى استنتاج ملاحظتين. فمن ناحية، لا يشار إلى المصلحة الاجتماعية للشركة التابعة إلا ضمنا من خلال الإحالة إلى الطابع الضار الذي يتسم به النفوذ. ومن ناحية أخرى، لا توجد على الإطلاق أي إشارة إلى مصلحة التجمع. فالفقرة 311 من ق.أ.ش.أ. تطبق دون مراعاة "مصلحة التجمع"، وبالاستناد وبصفة حصرية على "الطابع الضار أو لا للنفوذ الممارس على الشركة التابعة". والسؤال المطروح في سياق هذه الفقرة من غير ذلك المتعلق بطبيعة ونطاق آليات التعويض التي سيجرى تناولها أدناه؛ يتجاوز ذلك بكثير، ومتأصل بالطريقة التي على أساسها يتم تقييم مصلحة الشركة في سياق آلية التعويض هذه، وبعبارة أخرى، هل يعتبر النفوذ ضار إذا كان ينتهك مصلحة الشركة نفسها أو إذا كان من الأنسب مراعاة القوة الاقتصادية للتجمع dimension du groupe الذي تنتمي إليه[1]، والمراعاة في ذلك، على غرار ما هو معمول به في القانون الجزائي الفرنسي في شأن التعسف في استعمال الأموال الاجتماعية، وبذلك مراعاة مصلحة التجمع بشكل جزئي، على اعتبار أنها عنصر مكون للمصلحة الاجتماعية، ستكون بمثابة ثغرة للتنصل من الالتزام بالتعويض عن تصرف، وكذا قرار أو امتناع مفروض من جانب المؤسسة المهيمنة تحقيقا لمصلحة التجمع، طالما أنه قد يلبي بشكل مباشر أو غير مباشر، على المدى القريب أو البعيد، مصالح الشركة التابعة. والإجابة عن هذا الإشكال تفرض البحث عن الهدف المسعى إلى تحقيقه من طرف المشرع بتقنين القانون الألماني للشركات ذات الأسهم في سياق نص الفقرة 311 وما يليها.[2]

[1] Payne Jennifer, Company Contracts and Conundrums: when is a Board not a Board and when is a Director not a Person?, European Company and Financial Law Review, 2004, Vol.1(2), pp.235-249.

[2] - Jean J Du Plessis, European Business Law Review, Sept-Oct, 2004, Vol.15(5), p.1139 : : Considers the aims of the German Code of Good Corporate Governance Practices, adopted on February 26, 2002. Examines the provisions on cooperation between the management board and the supervisory board, including the appointment and qualification of members, conflicts of interest, the maximum number of boards a person may serve on, the central position of the chair, the appointment of management board members, board committees and supervisory codetermination. Assesses the legal nature of the Code, and compares it with the UK's Combined Code on Corporate Governance .

وستتمثل الخطوة الأولى المتخذة في ظل هاته الجزئية في الاحتكام لتحديد النظام القانوني الناتج عن الفقرة 311 من ق.أ.ش.أ (أولا) من أجل الاستدلال على الطريقة التي ينبغي بها تفسير مصلحة الشركة في سياق الآلية الموضوعة بهاته الفقرة (ثانيا).

أولا- استدلال طبيعة المصالح المحمية:

لتحديد المكانة المكرسة لمصلحة التجمع في سياق القواعد المطبقة على التجمع الفعلي، ينبغي التفكير في الدور الذي يجب أن تضطلع به الفقرة الأساسية الناظمة لقانون التجمعات الفعلية، ألا وهي الفقرة 311 من ق.أ.ش.أ والتي عند الإخلال بالالتزامات المفروضة بها تُقام المسؤولية على أساس هيكلة التجمع. ويؤدي التفسير الحرفي للفقرة 311 إلى إسناد وظيفتين إلى هذا المعيار. فمن ناحية يهدف هذا النظام المعياري إلى ضمان تعزيز الحماية للذمة المالية للشركة التابعة عن طريق إخضاع المؤسسة المهيمنة للالتزام بالتعويض عن الضرر المالي الذي تسبب به نفوذها. وهذه الحماية قد تصل إلى حد إقامة مسؤولية المؤسسة المهيمنة وممثليها القانونيين في حالة عدم الوفاء بالالتزام بالتعويض (فقرة 317 من ق.أ.ش.أ.)[1]. ولذلك فإن الحماية المقررة للذمة المالية الاجتماعية للشركة التابعة، التي أبرزها النص ستكون سبب وجود هذا الحكم القانوني. والواقع إذا كان هنالك بالفعل، بالقواعد العامة للشركات تنصيص على المسؤولية تجاه الأشخاص الذين يتعسفون في استخدام نفوذهم ضمن الشركة. إلا أن هذه الحماية تظل أكثر تقييدا بكثير من تلك التي أنشئت في إطار الفقرة 311 من ق.أ.ش.أ. فالواقع يظهر أنه بهاته الفقرة تم تخويل المؤسسة المهيمنة وسيلة قانونية تمكنها من ممارسة سلطة معينة في اتخاذ القرارات داخل الشركة التابعة من أجل تنفيذ سياسة التجمع، وبالتالي فإن الفقرة 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم ستتيح للمؤسسة المهيمنة فرصة ممارسة بعض من النفوذ تجاه الشركة التابعة، وذلك حتى ولو كان على حسابها.

ومن خلال هاته الفقرة كان المشرع الألماني سيكرس إمكانية قيام المؤسسة المهيمنة بوضع وتنفيذ سياسة التجمع دون أن يفرض الإبرام المسبق لعقد الهيمنة. كما يمكن الاستدلال على الوظيفة الحمائية

---

[1]- في ذلك راجع قرار محكمة العدل الاتحادية، 11 جويلية 1988، تستند المسؤولية المنصوص عليها في الفقرات § 317 ثانيا، و §117 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم على مبدأ الحفاظ على رأس المال الاجتماعي، واحترام مبدأ المساواة بين المساهمين، بغض النظر عن انخفاض قيمة أسهم، بجبر الأضرار التي ألحقت بهم شخصيا من خلال الحافز الضار أو النفوذ الضار.

BGH, 11 juillet 1988, II ZR 243/87, BGHZ 105, p. 121 et s. : la responsabilité édictée aux § 317 II et § 117 AktG

se fonde sur le principe du maintien du capital social, de la destination spécifique du patrimoine social (Zweckwidmung), sur le respect du principe de l'Egalite entre les actionnaires, accorder une action aux actionnaires leur permet d'invoquer en dehors de la baisse de la valeur de leurs actions, la réparation des dommages qu'ils auraient subi personnellement au travers d'une incitation préjudiciable.

لمصلحة التجمع من الفقرة 311 من ق.أ.ش.أ. وبالتالي، فإن التفسير الحرفي لهاته الفقرة تترك الخيار بين تفسيرين متعاكسين؛ فمن ناحية نجد الرغبة في حماية المصلحة الخاصة للشركة التابعة، وبالتالي الرفض اللاحق لمراعاة مصلحة التجمع، أو على العكس من ذلك، دعم سياسة التجمع وبالضرورة، الاعتراف بمصلحة التجمع[1].

ولذلك، يثور إشكال بشأن أي من الوظيفتين المذكورتين أعلاه، أراد المشرع تفضيلها من خلال استساغته للفقرة 311 من ذات القانون السابق الذكر، أكان يسعى من خلال هاته الصياغة التشريعية إلى ضمان حماية المصالح الرأسمالية للشركة التابعة، ولا سيما المساهمين والدائنين الخارجيين، أو كان يختص بذلك العكس، بالمنح في خارج هيكلة التجمع القانوني، أداة قانونية تُمكّن من وضع وتنفيذ سياسة التجمع؟ وليس من الهين تحديد مقصد المشرع الألماني، ومع ذلك، فإنه من الضروري تحديد ذلك، لأن المكانة المكرسة لمصلحة التجمع بالنظام الألماني للتجمعات الفعلية ستكون تبعا للهدف المختار. وفي الواقع، فإن الوظيفة الرئيسية والأولوية من الفقرة المستساغة هي "تفضيل التنمية

---

[1] – "...ويعترف أغلبية الفقه الألماني بأن المسؤولية المستندة إلى § 317 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، تستند إلى مجرد تدخل المؤسسة المهيمنة في سياسة الإدارة التي تتبعها المؤسسة التابعة. ويمكن إسناد المسؤولية لمؤسسة المهيمنة بغض النظر عن أي عنصر قصدي. ومن ثم فإننا نقصد بذلك المسؤولية الموضوعية المستندة على النفوذ (الرقابة) الممارس على الشركة التابعة. ويفنّد اتجاه الأقلية من الفقه الألماني هذا التقييم، ويعتبر أن المسؤولية المنصوص عليها في الفقرة § 317 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم ليست أكثر من مسؤولية قائمة على الخطأ في التسيير من جانب المدير الفعلي. ؛ إلا أن هذا المنطق يتناقض هذا المقاربة المستساغة بالفقرة § 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، التي لا تفرض أي إثبات للخطأ المرتكب من قبل المؤسسة المهيمنة حتى تقوم بالتعويض عن الإرشاد الإداري المرتب لضرر. فهاته الأخيرة كافية للتسبب في التزام المؤسسة المهيمنة بالتعويض عن الضرر الناجم عن ذلك من خلال الاستحقاقات المكافئة. ولكن تجدر الإشارة إلى أن تحليل سلوك المؤسسة المهيمنة الذي يتم مقارنة مع المدير المواجه لنفس الظروف في ظل شركة مستقلة غير منتمية لأي تجمع يدل على أن التقييم فيما يتعلق بالمدير الحريص والمتوخي للعناية اللازمة هو المقصود أكثر بكثير من تحليل الطبيعة الضارة للإرشاد الإداري. ويجب أن يتطابق التعويض أو إصلاح الضرر، مع الضرر الذي لحق بالذمة المالية للشركة.

(Cf. Peter HOMMELHOFF, Pour la protection de la minorité dans des sociétés fermées. La société par actions simplifiée et ses parents en Allemagne et en Europe, in :Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003, p.p.495-505.)

وفي ذلك يراجع كذلك قرار المحكمة الإقليمية العليا لـــ Cologne، 27 أفريل 2006، كان على المحكمة الإقليمية العليا أن تحكم بشأن الطابع الضار للنفوذ الذي يمارسه المساهم ذو الأغلبية على قرار شراء ترخيص تجاري لنظام UMTS بسعر مبالغ فيه وقت بيعها في المزاد العلني، ورأت المحكمة الإقليمية العليا أنه يتعين تقييم الطبيعة الضارة للنفوذ في الوقت الذي يتم من خلاله ممارسته أو عندما يضغط المساهم ذو الأغلبية على الشركة التابعة لشراء التراخيص التجارية UMTS. ظلت الآفاق الاقتصادية على الرغم من ارتفاع سعر التراضي الجد واضع. وفي هذا الصدد، يمكن أن يتخذ مدير لشركة مستقلة قرار من هذا القبيل..."

OLG Cologne, 27 avril 2006, 18 U/90/05, AG 2006, p. 586 et s. : le Tribunal régional supérieur avait dû se prononcer sur le caractère préjudiciable de l'influence exercée par un actionnaire majoritaire concernant la décision d'achat de licence UMTS a un prix exorbitant au moment de leur mise en vente aux enchères. Le Tribunal régional supérieur a considère que le caractère préjudiciable de l'influence devait s'apprécier au moment où elle s'exerce or au moment où l'actionnaire majoritaire avait fait pression sur la société dépendante pour qu'elle acheté les licences UMTS les perspectives économiques restaient malgré leurs prix élevés très intéressante. En cela, un dirigeant de société autonome aurait pu également procéder a une telle décision. Cf. Vanessa dessoutter, idem, n° 1131, P .389.

الاقتصادية للتجمع"، هذا ما يؤدي إلى الاعتراف بأولوية مصلحة التجمع، على العكس من ذلك، فإنه يعود لحماية الذمة المالية للشركة التابعة توفير ذلك، إذا سيكون من الضروري التركيز على المصلحة الخاصة بالشركة التابعة. [1]

ومن المفارقات أن الأسبقية في الصياغة التشريعية المخولة بالفقرة السابقة الذكر تؤدي إلى تعليق تطبيق بعض الأحكام التشريعية، بالرغم من كونها أكثر حمائية للمصالح المالية، ومنها على سبيل المثال، إجازة التعويض الغير فوري وتستثني تطبيق أحكام التوزيع الخفي للأرباح[2]. وهذا ما يمكن أن يعزز الوظيفة التأييدية الثانية التي تجعل من الفقرة 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم أداة قانونية لوضع سياسة التجمع في أيدي المؤسسة المهيمنة[3]. ومع ذلك، فإن جوانب القصور الواردة في شأن نظام التعويض في فرضية استحالة التحديد المتفرد لكل قرار إداري توجيهي ضار بالشركة

---

[1]- Schmidt Jessica, Reforms in German Stock Corporation Law — The 67th German Jurists Forum, European Business Organization Law Review, 2008, Vol.9(4), pp.637-656.

[2]- "...تنص الفقرة 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم على أنه بمجرد أن تحث وتوجه المؤسسة المهيمنة الشركة التابعة على اتخاذ تدابير أو الامتناع عن التصرف فيما يخالف مصلحتها، تكون الأولى مسؤولة عن التعويض عن الآثار السلبية التي تنجم عن النفوذ الممارس، من خلال مزايا مكافئة؛ ومن ثم، فالتعويض عن الآثار السلبية الناجمة عن الإرشاد الإداري المرتب لضرر لن يتم التعويض عنها إلا من خلال إقامة مسؤولية المؤسسة المهيمنة وفقا للفقرة § 317 من القانون السابق الذكر، وشريطة أن يكون التعويض لم يتحقق.

وتنص الفقرة § 311 ثانيا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم على إمكانيتين ممنوحتين للمؤسسة المهيمنة للقيام بالتعويض إما التعويض الفعلي خلال السنة المالية أو الاعتراف بالدين المستحق. وفي الحالة الأولى، يجب أن تكون الاستحقاقات ممثلة في ميزانية الشركة التابعة. وفي الحالة الثانية، يجب على الشركة التابعة أن تبرم بالضرورة عقد مع المؤسسة المهيمنة من أجل تحديد حقوق الدائنية الممنوحة للشركة التابعة. يجب أن يحدد هذا العقد طبيعة ونطاق المزايا الممنوحة والتاريخ الذي يمكن المطالبة بها. وفي هذه النقطة الأخيرة، ستكون المؤسسة المهيمنة مسؤولة عن دفع فوائد استحقاقية جارية منذ لحظة إتباع الحافز أو التوجيه الضار.

ويمكن التعويض عن هذه الآثار السلبية بأي ميزة مالية قد يكون لها أثر مفيد على ميزانية الشركة التابعة للسنة اللاحقة أو حتى في المستقبل القريب. يجب أن تكون المزايا المالية قابلة للتقييم. ويمكن أن تأتي من المؤسسة المهيمنة أو من طرف الغير. ومن ناحية أخرى، لا يمكن تؤخذ في الاعتبار الآثار الغير مباشرة للانتماء للتجمع ومماثلتها بالتعويض..."

« …Le § 311 AktG dispose que des lors que l'entreprise dominante a incite la société dépendante à prendre des mesures ou a s'abstenir a l'encontre de son intérêt, la première sera chargée de compenser les inconvénients qui résultent de l'influence par des avantages équivalents. Il s'agit donc de compenser les inconvénients consécutifs à l'influence par autant d'avantages équivalents. En revanche, la compensation des conséquences préjudiciables (Schaden) résultant de l'influence préjudiciable ne s'opèrera qu'au travers de la mise en cause de la responsabilité de l'entreprise dominante conformément au § 317 AktG et a condition que la compensation des incitations préjudiciables (nachteilige Veranlassungen) n'ait pas déjà eu lieu.

Le § 311 II AktG offre a l'entreprise dominante deux possibilités pour procéder a la compensation. Une compensation effective en cours d'exercice ou la reconnaissance d'une créance. Dans le premier cas, les avantages doivent être représentes au bilan. Dans le second cas, la société dépendante doit nécessairement conclure un contrat avec l'entreprise dominante dans l'objectif de définir les droits de créance accordes à la société dépendante.

Ce contrat devra définir la nature et la portée des avantages accordes et la date à laquelle ils pourront être invoques. Concernant ce dernier point, l'entreprise dominante sera redevable d'intérêts courants à partir du moment où l'incitation préjudiciable aura été suivie d'effet… »

In: Casajus André; Labrenz Helfried; Hiller Tobias, Majority shareholder protection by variable qualified majority rules, European Journal of Law and Economics, 2009, Vol.28(1), pp.9-18.

[3]-Wooldridge Frank, The new German Takeover Act, : European Business Law Review, Jan-Feb, 2003, Vol.14, p.75.

التابعة ممارس من قبل المؤسسة المهيمنة، يدل ذلك على أن هذا النظام لم يكن متوقعا في منظور المنطق التشريعي لمراعاة درجة عالية من التبعية من خلال الإدارة الارشادية الممارسة. ولذلك لم يكن القصد التشريعي من الفقرة 311 من ق.أ.ش.أ. أن تكون أداة لتسيير ووضع وتنفيذ سياسة تسيير التجمع لصالح المؤسسة المهيمنة. والواقع أنه من خلال إنشاء نموذج خاص من التجمع الفعلي أين أراد المشرع أن يمنح التجمع أو بالأحرى المؤسسة التي تترأسه، وسائل للتصرف تجاه المجموع بأكمله. فإن أحكام التجمع القانوني هي التي ينبغي أن ينظر إليها كأداة قانونية لتنفيذ سياسة التجمع وليس الفقرة 311 من ق.أ.ش.أ. التي لا تسمح إلا بتصحيح آثار النفوذ الممارس من قبل المؤسسة المهيمنة عندما تكون غير مواتية للشركة التابعة[1]. وتجدر الإشارة أيضا إلى أن نية المشرع الألماني كانت في جعل التجمع القانوني يشكل المبدأ، ولذلك فإنه من غير الممكن أن يكون قصد المشرع جعل الفقرة 311 من القانون السابق الذكر؛ كأداة لتنفيذ سياسة التجمع، حتى وإن كان التجمع فعلي، على اعتبار أن هذا الأخير يشكل الاستثناء فقط.[2]

---

[1] – ."...حيث أن الإدارة الإرشادية الممارسة من قبل المؤسسة المهيمنة ستتحقق عمليا بشكل غير رسمي. وكمثال على ذلك، فإن الفقه يستخدم التعبير الكاشف للغاية عن ذلك بعبارة، "الحديث الخفيّ" الذي تمارس من خلاله المؤسسة المهيمنة سلطة نفوذها تجاه الشركة التابعة. وفي معظم الحالات، سيجهل المساهمين والدائنين الكيفية التي مارست من خلالها المؤسسة المهيمنة للنفوذ. وفي معظم الحالات، لن يتمكنوا إلا من الاشتباه في ممارسة النفوذ من قبل المؤسسة المهيمنة من خلال خيارات التسيير في الشركة التابعة. وسيكون هذا هو الحال عندما تتماشى القرارات مع توجهات سياسة التجمع التي تضمها المؤسسة المهيمنة، والتي تتعارض بشكل واضح مع مصالح الشركة التابعة. وبسبب هذه الصعوبات، فإن غالبية المؤلفات تؤيد تخفيف عبء الإثبات. ويوافق غالبية الفقه على ضرورة اسناد قرينة بسيطة عن التأثير الضار. أما عن V.Huffer فيعترف كذلك بوجود قرينة قاطعة للحافز الضار بمجرد أن يكون بين المؤسسة المهيمنة و الشركة التابعة مديرية موحدة و تشكلان كونزرن بالمعنى المقصود في الفقرة § 18 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم. وستكون مثل هاته القرينة قائمة أيضا في حالة تعدد الجمع بين وكالات الإدارة بين المؤسسة المهيمنة والشركة التابعة.

les incitations de l'entreprise dominante se réaliseront de manière informelle, A titre d'illustration, la doctrine utilise l'expression fort révélatrice de ≪ discussion au coin du feu ≫ (Kamingesprach) pendant lesquelles l'entreprise dominante exercera son pouvoir d'influence vis-à-vis de la société dépendante. Les actionnaires et les créanciers ignoreront dans la plupart des cas, la façon dont l'influence de l'entreprise dominante aura été exercée. Dans la majorité des cas, ils ne pourront que soupçonner l'exercice d'une influence par l'entreprise dominante au travers des choix de gestion de la société dépendante. Ainsi en sera-t-il des lors que les décisions iront dans le sens de la politique de groupe menée par l'entreprise dominante et s'avèreront manifestement contraire aux intérêts de la société dépendante. (Cf. LG Cologne, 23 novembre 2007, 82 O 214/06, AG 2008, p. 327 et s.) ; En raison de ces difficultés, la majorité de la doctrine se prononce en faveur d'un allègement de la charge de la preuve ; Les éléments du rapport de dépendance dont la tenue incombe aux dirigeants de la société dépendante conformément au § 312 AktG pourront constituer une première base pour détecter l'influence exercée par l'entreprise dominante ; La majorité de la doctrine s'accorde pour admettre une présomption simple d'incitation préjudiciable (H.-G. KOPPENSTEINER, Kolner Kommentar zum Aktiengesetz, § 311, notes 9 et s. ; de même V. EMMERICH et M. HABERSACK, Konzernrecht, 9eme ed. C. H. Beck Munich 2008, p. 424.) ; U. Huffer admet également l'existence d'une présomption d'incitation préjudiciable irréfragable des lors que la société dépendante et l'entreprise dominante présentent une direction unique et forment un Konzern au sens du § 18 AktG1151. Une telle présomption existerait également en cas de cumul des mandats de direction entre l'entreprise dominante et la société dépendante (Cf. U. HUFFER, Aktiengesetz, § 311, note 22.).

[2] - B. KROPFF, Aktiengesetz, 2ème éd. Scrîpvaz Berlin 2005, p. 407.

والتحليل الذي لا يستند حصرا على الفقرة 311 من ق.أ.ش.أ.، وإنما على إجمالي أحكام قانون التجمعات المدرجة بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم يؤدي إلى تأكيد هذا الاستنتاج الأخير. وبالفعل، فإن استعراض الآلية المطبقة على التجمع الفعلي في إطار منظور المقاربة القانونية الشاملة لقانون التجمعات المقنن، فضلا عن الرجوع إلى مبررات الفقرة بمشروع القانون يؤكد الوظيفة الحماية للذمة المالية الاجتماعية؛ هي الهدف الذي يصبوا إليه المشرع من خلال نص الفقرة المذكورة أعلاه. إلا أننا نجد أن H.– G.KOPPENSTEIN يوضح على العكس من ذلك، بالتوازي بين تفضيل نشاط التجمع وبين الركيزة أو الوظيفة الأخرى المتمثلة في حماية الدائنين والمساهمين الخارجيين ينبغي بالضرورة أن يستند على الاعتراف القانوني لسلطة إدارة التجمع في التجمع الفعلي .

إن قراءة عنوان القسم المتعلق بالتجمع الفعلي في تقنين القانون الألماني للشركات ذات الأسهم "المسؤولية في فرضية عدم إبرام عقد الهيمنة " responsabilité en cas d'absence de contrat de domination" ومقارنته بالعنوان المخصص للقسم المتعلق بالتجمع القانوني: "سلطة الإدارة والمسؤولية في فرضية إبرام عقد الهيمنة " pouvoir de direction et responsabilité en cas de passation d'un contrat de domination"[1]؛ يشير بوضوح إلى عدم رغبة المشرع الألماني في منح السلطة الإدارية للمؤسسة المهيمنة في سياق التجمع الفعلي.

وخلافا للتجمع القانوني، فإن الفقرة 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم لا تمنح أي حق في سياق التجمع الفعلي، في توجيه أوامر وتعليمات تجاه الشركة التابعة أو حتى النص على الالتزام بالامتثال لهاته الأخيرة. فهاته الفقرة تفرض أكثر من ذلك، التعويض عن أي تأثير ضار بمصالح الشركة التابعة بمزايا مكافئة. وتشهد الأعمال التحضيرية لقانون التجمعات المقنن كذلك، على الفكرة التوجيهية للقاعدة الواردة في الفقرة 311 من هذا القانون؛ والمتمثلة في "حماية الشركة من التعديات الملحقة بسبب المؤسسة المهيمنة". ويقتضي مشروع القانون أيضا أنه "لا يوجد سبب قانوني وجيه لتفضيل المصالح المالية للمؤسسة المهيمنة بحجة أنها ذات أهمية أكبر"؛ وتؤكد هذه العناصر أن مشروع القانون يسعى إلى تحقيق أفضلية حماية المصالح الخارجية عن التجمع. وهذا لا يحول دون السعي إلى تحقيق أهداف أخرى مثل وضع سياسة التجمع، التي تظل مع ذلك ثانوية، إلا أنها لا تتيح التخلي عن الهدف الرئيسي أو على الأقل نسبتها للهدف الأولي. وكون الالتزام بالتعويض، خلال السنة المالية، عن الضرر الناجم عن ممارسة النفوذ من قبل المؤسسة المهيمنة لم يكن متوقعا في الأصل بالمشروع التشريعي، في حين أنه كان متطرقا إليه خلال المرحلة الأخيرة من المناقشة، في تقرير لجنة

[1]– راجع في ذلك: الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم.

القوانين، التي توضح كذلك أن إضافة مثل هذه الفقرة الجديدة لا يؤدي إلى التشكيك في المفاضلة للمصالح المخولة بالفقرة 311 من ق.أ.ش.أ. المسعى إلى حمايتها، بل يؤكد الرغبة في تفضيل المصالح الخارجية وليس مصلحة التجمع.وتوضح الدراسة لمشروع القانون والمناقشات بشأن الفقرة 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم أن المشرع الألماني إذا كان قد تخلى عن حماية إرادة الشركة التابعة بالسماح بممارسة النفوذ الضار، قد قصد كذلك من هذا الحكم التشريعي حماية المصلحة الخاصة للشركة ولا سيما مصلحة المساهمين الخارجيين والدائنين.

وصفوة القول في ذلك أنه لم يكن المقصد لصائغ التشريع جعل هذا الحكم أداة قانونية لتنفيذ سياسة التجمع. ويبدوا أن القضاء ينضم إلى هذا التفسير المستدل به. فإن الغرض الأساسي من الفقرة 311 من ق.أ.ش.أ. هو حماية المصلحة الاجتماعية للشركة التابعة، أما عن مصلحة التجمع فقد تم تنزيلها إلى ثاني مستوى، وبذلك تكون الفقرة المذكورة قد كرست أفضلية المصلحة الاجتماعية على مصلحة التجمع في التجمع الفعلي. ومع ذلك لا يزال من الضروري تفحص نطاق وامتداد هذه المصلحة الاجتماعية المحمية. قد يكون من الممكن، شأنها شأن البناء المنطقي البريتوري في القضاء الجزائي عن التعسف في استعمال الأموال الاجتماعية، أين يحظى صالح التجمع ببعض من القبول من خلال المصلحة الاجتماعية.

ثانيا: مراعاة مصلحة التجمع في تقييم المصلحة الاجتماعية للشركة التابعة

تهدف الفقرة 311 من ق.أ.ش.أ. في المقام الأول إلى حماية الذمة المالية للشركة التابعة؛ وينتج عن ذلك أنه في مواجهة أفضلية المصلحة الاجتماعية يتم تنزيل مصلحة التجمع إلى المستوى الثاني، ومن أجل الاستبعاد النهائي لمعالجة مصلحة التجمع ضمن التجمع الفعلي، لا يزال يتعين تقدير نطاق الحماية للمصلحة الاجتماعية في سياق الفقرة 311 من القانون السابق الذكر. وبعبارة أخرى، من الضروري تحديد المعنى المقصود من النفوذ الضار (influence préjudiciable)، في هاته الفقرة من أجل دراسة نطاق ومدى حماية المصلحة الاجتماعية وتحديد ما إذا كان يمكن اعتبار مصلحة التجمع جزءا من المصلحة الاجتماعية للشركة التابعة (أ)، وعلى اعتبار أن الفقرة 311 من ق.أ.ش.أ. لا تطبق إلا على الشركات التابعة المتخذة لشكل شركة مساهمة أو شركة توصية بالأسهم، فإنه سيكون من المناسب أيضا البحث عن الأحكام المطبقة على الشركات ذات المسؤولية المحدودة وتحديد الدور الذي تناط به مصلحة التجمع في هكذا ظروف (ب).

أ–رفض مراعاة مصلحة التجمع في تقييم الطابع الضار لنفوذ المؤسسة المهيمنة في التجمع الفعلي

قد تبين أن الغرض الأساسي من الفقرة 311 من ق.أ.ش.أ. هو حماية الوضع المالي للشركة التابعة على الرغم من الإجازة للمؤسسة المهيمنة بأن تفرض من خلال نفوذها القرارات التي قد تؤدي إلى الإضرار بالشركة التابعة، إلا أن المشرع يشترط في مقابل ذلك، الالتزام بالنسبة للمؤسسة المهيمنة بالتعويض عن العملية المرتبة للضرر من خلال مزايا مكافئة، أو حتى في غياب التعويض، الالتزام بإصلاح العواقب المالية الناجمة عن النفوذ الضار " l'obligation de réparer des conséquences de l'influence préjudiciable" ويمثل التحدي أو الصعوبة في تقويم الطابع الضار للنفوذ الممارس على القرارات الإدارية (incitation) من جانب المؤسسة المهيمنة، فانطلاقا من ماذا يمكن اعتبار التدبير ضارا بالشركة؟[1]

إن تقييم الطابع الضار سيتم من دون مراعاة مصلحة التجمع، وإنما بالمقارنة مع الشركة المستقلة[2]. وبالتالي فإن سلوك المدير الحريص والمؤتمن لشركة مستقلة؛ هو الذي يعتبر النموذج الذي على أساسه

---

[1]–وقد نشأ نفس الإشكال في سياق الصيغة التشريعية للقانون الألماني للشركات ذات الأسهم لعام 1937، أين اقتضت صياغة الفقرة 101 النص على الالتزام بتعويض مماثل؛ وعلى الرغم من أن الفقرة 101 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم تنص صراحة على أن الالتزام بالتعويض يسقط بمجرد إثبات أن النفوذ الممارس على القرارات الإدارية تم استنادا على مصلحة التجمع، إلا أن الممارسة العملية قد فرضت على الأقل تعويضا على المؤسسة المهيمنة بمجرد أن تنتهك سياستها المنتهجة الذمة المالية للشركة التابعة، وعلى نفس المنوال، حقوق مساهميها.

وقد تم إعادة الأخذ بهذه المقاربة الموضوعية ضمن الفقرة 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم.

ويشير مشروع القانون الألماني للشركات ذات الأسهم بوضوح إلى المعالجة التقييدية للمصلحة الاجتماعية في سياق التجمع الفعلي من خلال التأكيد على أنه لا يمكن لمصلحة المؤسسة المهيمنة ولا لمصلحة التجمع ولا لأي مصلحة أجنبية أخرى أن تبرر الإخلال بمصلحة الشركة التابعة.

ويبدوا من المناقشات التشريعية أن الهدف المستدل به من خلال الفقرة 311 من القانون المذكور كان يتمثل في حماية الذمة المالية الاقتصادية للشركة التابعة، بالحرص على أن تكون موضوعة في نهاية المطاف في نفس الوضع كما لو كانت مستقلة. ولذلك يعتبر قرار ما يرتب ضررا (préjudiciable) أو حتى غير مواتي (défavorable) بالمعنى المقصود في الفقرة 311 من القانون السابق الذكر، بمجرد أن يتسبب في خفض في رأس المال الاجتماعي أو حتى إذا كان يشكل خطر تجاه الحفاظ على الذمة المالية أو الإيرادات الاجتماعية والذي لن يكون موجودا إذا كانت الشركة مستقلة اقتصاديا؛ راجع في ذلك:

Droit des sociétés, Regards sur l'économie allemande, 01 March 2006 ; Paul DIDIER --; Pour la protection des sociétés mères. A quoi bon un droit sur les groupes de sociétés?, Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Droit commercial – France, 2003, p.237 ; François Guy TRÉBULLE --; La fusion-absorption à l'épreuve des clauses d'agrément. Le cas particulier de la transmission des droits sociaux détenus dans le capital d'une société tierce in : Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon, op.cit., p245 ; Peter HOMMELHOFF --; Place respective de la liberté contractuelle dans la SARL et la GMBH in : Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon, p.378 ; H.-G. KOPPENSTEINER, KölnerKommentarzumAktiengesetz, avant-propos § 311, note 15.

[2]– لا بد أن يكون النفوذ ممارس من قبل المؤسسة المهيمنة و إلا لن يتم تطبيق الفقرة 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم وهو ما تم تبيانه بقرار محكمة العدل الاتحادية، المؤرخ في الفاتح من مارس 1999 ؛ مقتبس عن :

يتم تقييم هذه التدابير. ويبدو من المنطقي، ووفقا للقواعد العامة للشركات والالتزام بتوخي العناية والحرص بالفقرة93، 1 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، بالإخضاع للتعويض فقط التدابير التي تم اتخاذها مع الاخلال بواجب توخي الحرص الواقع على كاهل مديري الشركة التابعة. وعلى إثر ذلك سيكون من غير العادل فرض الالتزام بالتعويض على المؤسسة المهيمنة إذا تبين أن القرار المطعون فيه كان سيتم اعتماده بنفس الطريقة التي يتوخاها نموذج المدير الحريص والمؤتمن، المتصرف في سياق شركة مستقلة[1].وبذلك لا يمكن أن يوقع الالتزام بالتعويض على كاهل المؤسسة المهيمنة إذا كان القرار المتخذ بالفعل كان سيتخذ بالطريقة ذاتها من قبل المدير المستقل والحرص والمؤتمن (dirigeant indépendant, diligent et consciencieux)، وبذلك كما سبق لنا أن وضحنا سيجري تقييم طبيعته الضارة للتدبير مقارنة بشركة مستقلة مواجهة لنفس الظروف القانونية والفعلية. وفي هذا الصدد فإن الهدف المتمثل في حماية الذمة المالية للشركة المنتمية لتجمع الذي تستند على أساسه الفقرة 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم؛ يحد بالضرورة من درجة التكامل (degré d'intégration) مع سياسة التجمع، فيما يتعلق بالشركة التابعة الغير مرتبطة بالمؤسسة المهيمنة بعقد الهيمنة. ولذلك لن يُجاز ممارسة أي نفوذ. ويجب أن تكون المقارنة مع شركة مستقلة مكنة دائمة. أما في خلاف ذلك فإن نظام الفقرة 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، الذي يفرض تقييما للضرر المالي الملحق بالشركة التابعة، لن يتم إعماله دائما في الممارسة العملية.[2]

وسيفرض تقييم الطابع الضار للتدبير بالضرورة التفرقة بين مزايا ومساوئ هذا التدبير بالنسبة للشركة ذاتها. ومن المسلم به عموما أن مزايا العضوية للتجمع مثل عامل فرص الربح(perspectives) التي من المحتمل أن تنشأ عن هذه العضوية سواء الطويل أو القصير الأمد لا يمكن الأخذ بها، ولا يزال منظور التحليل يقتصر على المقارنة تبعا للشركة المستقلة المنعزلة عن أي تجمع.[3]

Vanessa dessoutter , op. cit , n° 635 , P.224 ;H.-G.KOPPENSTEINER, KölnerKommentarzumAktiengesetz, § 311, note 36 ; H. ALTMEPPEN, MünchnerKommentarzumAktiengesetz, § 311, note 190.

[1] – –قرار محكمة العدل الاتحادية، 21 أفريل 1997؛ مقتبس عن :

Vanessa dessoutter, op.cit., réf.n°637, p.224.

[2]-H. ALTMEPPEN, MünchnerKommentarzumAktiengesetz, § 311, note 194 et s.

[3]-CatelDuet Aurélie, Les groupes de sociétés comme lieux d'une gouvernance hybride, cette recherche tente une approche sociologique de la gouvernance des groupes de sociétés. En termes juridiques, le lien entre un groupe et sa filiale est un lien d'actionnaire à dirigeant. Ici, Catel Duet Aurélie entends ne pas en tenir à cette donnée première pour comprendre la nature de la relation : même si la relation capitalistique est déterminante, elle est loin d'épuiser la réalité. De façon paradoxale, il est des groupes qui fonctionnent sur le mode de l'entreprise intégrée et de la décision centralisée. Aussi elle tache à souligner la complexité de cette forme organisationnelle : les groupes de sociétés sont des lieux de gouvernance hybride. Deux arguments structurent l'analyse. D'abord, les groupes ont à l'égard de leurs filiales un continuum de prérogatives, hautement significatif des marges de jeu que se réservent les sociétés mères. Ensuite, quel que soit le mode de fonctionnement des groupes, ils affrontent tous des dilemmes de gestion, preuve de l'ambiguïté des formes de gouvernance en cause. Une ligne d'analyse se dégage de ces constats : s'il est vrai que dans les économies contemporaines, l'évolution des formes

والواقع، أن " توخي الحرص من جانب مدير الشركة " لا يمكن تقييمه إلا في وقت تصرفه[1]. ولذلك، فإنه من المهم جدا أن يثبت أن القرار الذي اتخذ كان وفقا لسلوك المدير الحريص والمؤتمن غير مواتي وفي غير صالح الشركة، أو على العكس من ذلك، في صالح الشركة([2](profitable. إلا أن المعيار الأول يظهر أقل حسما مقارنة بالمعيار الآخر المتمثل في الوقت الذي تم فيه اتخاذ القرار، وذلك سواء ما إذا تعلق الأمر بتقييم الطبيعة الضارة للقرار بقدر ما يتعلق بتقييم أهميته. وهذا ناتج عن التمييز بين الطبيعة الضارة (préjudiciable défavorable) للعملية المحرض على القيام بها بالمعنى المقصود في الفقرة 311من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم ونتائجها الضارة (conséquences préjudiciable) وفقا للمعنى المقصود في الفقرة 317 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم.

إن طبيعة الامتياز المخول للشركة المتضررة(avantages) غير منصوص عليه بفقرات القانون الألماني للشركات ذات الأسهم.[3]كذلك، ليس هناك حاجة لأن تكون المزايا المخولة ذات صلة بالضرورة بالتدبير الضار؛ فالتعويض ينتج عن أي تخويل لأي امتيازات أيا كانت، شريطة أن يكون من شأنها إضفاء التوازن والحياد في الميزانية (neutraliser le bilan) مقارنة مع الضرر المحدث بموجب النفوذ الممارس على القرارات الإدارية. ويجب أن تكون هذه الامتيازات ملموسة ومحققة (concrète)؛ وإذا لم تكن محددة المبلغ (chiffrés)، فعلى الأقل قابلة للتقدير(chiffrables). ولا يمكن للمؤسسة المهيمنة أن تحتج بالامتيازات المخولة للشركة التابعة عن انتماءها للتجمع كتعويض عن النفوذ الممارس على القرارات الإدارية المرتبة لضرر الشركة التابعة، فسمعة؛ ملاءة (solvabilité) ،موثوقية (fiabilité) أو حتى الصفة (qualité) التي تستفيد منها الشركة التابعة لدى

---

organisationnelles s'attache à une quête toujours plus grande de flexibilité, la place tendanciellement dominante des groupes pourrait s'expliquer par leur faculté de jouer sur des régimes d'action variés. Ce travail repose sur huit études de cas de groupes français et internationaux. En leur sein, dont Catel Duet Aurélie avez interrogé des dirigeants et des cadres ; cette étude fait partie des interventions présenté lors du Congrès de l'Association Française de Sociologie.

[1]-H.-G. KOPPENSTEINER, KölnerKommentarzumAktiengesetz, avant-propos § 311, note 15.

[2]-DeenGibirila, Maîtrise des risques du dirigeant : responsabilités civile, pénale et fiscale, sanctions patrimoniales et extrapatrimoniales, Collection: Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Éd. Francis Lefebvre,France, 2009, p.289.

[3]–في خلاف وجود تعويض فعلي (compensation effective) أو عقد يبين شروط التعويض، تكون المؤسسة المهيمنة ملزمة وفقا للفقرة 317 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، بالتعويض عن الآثار الضارة (effets dommageables) المترتبة عن القرار المطعون فيه ، و بالتالي من ذلك تظهر المؤسسة المهيمنة لالتزامها بالتعويض حتى لا تجد نفسها في التزام أوسع بكثير ؛ المتمثل في التعويض عن الآثار الضارة ؛ الذي يعتبر أوسع من مجرد التعويض عن الضرر الفوري المتأصل عن القرار الضار .

البنوك أو عملائها كامتياز عن عضويتها لتجمع ما، لا تخول المؤسسة المهيمنة الاحتجاج بها كتعويض مثلما هو مقرر قانونا.[1]

فتقييم الطبيعة الضارة للنفوذ التعسفي على القرارات الضارة وطبيعة التعويض، يُشهدان كذلك على المقاربة التقييدية التي يستند عليها نظام التجمع الفعلي. ومن الواضح أن الهدف المتوخى بحماية الذمة المالية للشركة التابعة المنتمية لتجمع فعلي وكذلك المساهمين والدائنين الخارجين لها يعني ضمنا تطلب الاستدلال للمرجعية الأنموذجي، للشركة المستقلة اقتصاديا، مثلما هو عليه الحال في قانون العقود بالنسبة لمرجعية " المدير الحريص والباذل للعناية الواجبة " الاستدلال على المعيار الأنموذجي " رب أسرة رشيد «bon père de famille» " الشخص سوي الإدراك.[2]

ويستند تحليل آلية التعويض المطبقة على التجمع الفعلي على المراعاة المستقلة والمعزولة لمصلحة الشركة التابعة، من دون مصلحة التجمع. وهذه المقاربة التي تستبعد " حجم التجمع " (dimension du groupe) ناتجة عن الرغبة في معاملة الشركة التابعة لتجمع فعلي بنفس الطريقة التي تتم بها تجاه شركة مستقلة اقتصادية والمواجهة لنفس الظروف. ولذلك فإن الفكرة من منطلقها يعتبر أن مصلحة التجمع يمكن أن تنعكس في مصلحة الشركة التابعة، مرفوضة تماما في نظام التجمع الفعلي المنصوص عليه بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم.

وفي سياق التجمع الفعلي، فإن العمليات المحققة والتي تم اعتمادها لتلبية مصلحة التجمع ستكون موضع شبه خطر، على اعتبار أنه سيقع على كاهل المؤسسة المهيمنة التعويض على العمليات المكلفة لضرر مالي المنفذة من قبل الشركة التابعة نتيجة لنفوذ تعسفي ممارس على قراراتها الإدارية بمزايا ملموسة ومباشرة، وفي خلاف التعويض خلال السنة المالية أو حتى على الأقل بتحديد الوقت والطريقة التي سيقدم بها هذا التعويض في المستقبل، فإنها ستكون ملزمة بإصلاح الآثار الضارة؛ الأمر الذي يعتبر في غير صالحها.

والمصلحة الوحيدة التي من الجائز الاحتجاج فيها في الدعوى القضائية في سياق التجمع الفعلي هي في الواقع مصلحتها الخاصية والحصرية. فوحده إبرام عقد الهيمنة يتيح تنفيذ سياسة التجمع من قبل المؤسسة المهيمنة من خلال ممارسة سلطة استساغة التعليمات والأوامر وتوجيهها (pouvoir

[1]-DeenGibirila, Maîtrise des risques du dirigeant : responsabilités civile, pénale et fiscale, sanctions patrimoniales et extra−patrimoniales, ibid.

[2]- Ordre des avocats à la cour de Paris, Le Droit du dirigeant d'entreprise: Les Cahiers du Barreau de Paris ; Avril-Juin 1988, édit.Dalloz, v.1.et v.3 ; aussi Gaston Cuendet, Du cadre au P.D.G. : le dirigeant face à l'évolution de son rôle, Toulouse : Privat, 1981, p.56.

d'injonction) والتي تتمتع بها بموجب الفقرة 308 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم وينشأ كذلك الإشكال المتعلق بالمكانة الممنوحة لمصلحة التجمع في سياق الشركة ذات المسؤولية المحدودة (Gmbh).

ب- رفض مراعاة مصلحة التجمع في التجمع الفعلي الغير خاضع لأحكام القانون الألماني للشركات ذات الأسهم:

تطبيق القواعد المتعلقة بالتجمع الفعلي المنصوص عليها في الفقرة311 وما يليها من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم بشكل صريح على شركات المساهمة (AG) وشركات التوصية بالأسهم (KGaA) التابعة. وإن مسألة تطبيقها على أشكال أخرى من الشركة سرعان ما طرحت، على اعتبار أنه حبذ المهنيين في الممارسة العملية أشكالا أخرى من دون الشركات ذات الأسهم لإنشاء الشركة التابعة أو الشركة الحفيدة، ففي الواقع فإن شكل شركة الأشخاص أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة، يمكن أن تمتاز بمرونة أكبر من تلك المتوفرة في الشركات ذات الأسهم. ونظرا لاقتصار هذه الدراسة على الشركات ذات الأسهم. ونظرا لاقتصار هذه الدراسة على الشركات التجارية، ينبغي إيلاء الاعتبار لتفحص مدى الاخذ بمصلحة التجمع في سياق التجمع المشكل من شركة ذات مسؤولية محدودة تابعة وفي غياب أي إبرام لعقد الهيمنة.

وتتميز الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن الشركات ذات الاسهم في مستوى ممارسة سلطة المديرية، بالفعل، ففي حين أن مدير شركة المساهمة يتصرف تحت مسؤولية الخاصة (فقرة 76 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)، فإن سلطة التسيير لمسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة تظل خاضعة ليس فقط، لعقد الشركة، بل كذلك لقرارات الشركاء (فقرتين 37 أولا و45 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم). وتخول هذه السلطة للتدخل في التسيير من خلال القرارات التي يعهد بها إلى الشركاء في إطار الشركة ذات المسؤولية المحدودة، التي تجيز لا سيما للشريك ذو الأغلبية بالتدخل في تسيير الشركة ذات المسؤولية المحدودة بصرف النظر عن صفته كمسير.

ويدل هذا الاختلاف الهيكلي على الميزة التي قد يشكلها شكل الشركة ذات المسؤولية المحدودة عندما يتعلق الأمر بإنشاء شركة تابعة أو توسيع نشاط التجمع، ومما يسهل فعلا ممارسة نفوذ الشريك ذو الأغلبية هو اقتضاء ذلك من خلال النصوص التشريعية والتنظيمية.

وهل هذا بقدر ما يمكن للشريك ذو الأغلبية أم يكفل امكانية اتباع مصلحة التجمع على الرغم من المصلحة الخاصة للشركة ذات المسؤولية المحدودة؟ وبعبارة أخرى، هل قانون الشركات ذات

المسؤولية المحدودة الألماني بمصلحة التجمع؟ وللإجابة على هذا التساؤل تفرض البحث عما إذا كانت هناك قيود مفروضة على الشركاء بالشركة ذات المسؤولية المحدودة فيما يتعلق بسلطتهم في التدخل في التسيير.

في المقام الأول، سيكون الشريك ذو الأغلبية ملزما بالتقيد بالامتثال للقواعد العامة المتعلقة بالحفاظ على رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة (فقرة 30 وما يليها من القانون الألماني للشركات ذات المسؤولية المحدودة). غير أن هذه الأحكام، نظرا لطابعها التقييدي للغاية، توفر من حيث تطبيقها حماية محدودة جدا، وعلاوة على ذلك، فإن القانون الألماني للشركات ذات المسؤولية المحدودة (GmbhG)– بخلاف القانون الألماني للشركات ذات الأسهم لا ينص على أي أحكام خاصة بشأن الفرضيات التي تكون فيها الشركة ذات المسؤولية المحدودة خاضعة لنفوذ خارجي (influence externe). والواقع أن القانون الألماني للشركات ذات المسؤولية المحدودة لا يتضمن أي أحكام خاصة بالتجمع ، و قد أقر الفقه بالإجماع بأنه نظرا للاختلافات الهيكلية بين الشركات ذات المسؤولية المحدودة و الشركات ذات الأسهم، و لا سيما فيما يتعلق باتخاذ القرارات ، فإن النظام الذي أدرج بالفقرة 311وما يليها من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم لا يمكن تطبيقه بالقياس على الشركة ذات المسؤولية المحدودة، غير أنه في مواجهة لمشكلة النفوذ الممارس من قبل الشريك ضمن الشركة ذات المسؤولية المحدودة واجه الفقه والقضاء الثغرات التشريعية بتطوير وتكريس مفهوم "الالتزام بالولاء". [1]

إن التزام الشريك بالولاء تجاه الشركة والشركاء الآخرين يتطابق مع مفهوم تعسف الأغلبية أو الأقلية المكرس في القانون الفرنسي، والذي لا يزال أساسه القانوني مثيرا للجدل إلى حد كبير[2]؛ حيث وضع في الأصل تجاه شركات الأشخاص، واستدل القضاء بالالتزام بالولاء انطلاقا من الاعتبار الشخصي

[1]- Vanessa Desoutter, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes, : Présenté à l'origine comme thèse de doctorat par l'auteur--UniversitätAugsburg en 2011, édit. Peter Lang,Frankfurt am Main,2012, p.p.227-230.

[2]–للدراسة المعمقة بشأن الأسس القانونية للالتزام بالولاء للشركاء والمساهمين في القانون الألماني؛ راجع:

V. RÖHRICHT in HOMMELHOFF, HOPT et Von WERDER, Handbuch Corporate Governance, Treuepflicht der Aktionäre, insbesondere des Mehrheitsgesellschafters, p. 513

كذلك نجد أن V. RÖHRICHT يدافع عن أطروحة المنظمة بأن الالتزام بالولاء ناتج عن حكم ذو طابع عام وارد بالفقرة 242 من القانون المدني الألماني المتعلق بالآداب العامة. و البعض يفضل اسناده للفقرة 1 705 من القانون الألماني كأساس معيار تأسيسي لمفهوم الالتزام بالولاء التي تقتضي أنه ينبغي على الشركاء الامتثال لغرض الشركة، أما عن الفقيه V. HUFFER فيرفض كل ماه الأسس و يفضل الفكرة التي تم على أساسها البناء القضائي؛ المتمثلة في « richterlichegenerlklansel » و التي تنشأ شرعيتها من ناحية من الضرورة العملية ، و من ناحية أخرى ، من مجموع القانون برمته ؛ مقتبس عن :

U. HUFFER, Aktiengesetz, § 53a, note 13 et s.

في الهيكل الاجتماعي[1]. وقد رفض القضاء لفترة طويلة الأخذ بالتزام من هذا القبيل تجاه المساهمين بالشركات ذات الأسهم. إلا أنه في الوقت الحالي يبتعد عن مجرد الاعتبار الهيكلي البسيط كتبرير لموقفها القضائي، وبكف الالتزام بالولاء على العلاقات الخاصة، ولا سيما من خلال النظام الأساسي للشركة، الذي يربط الشركاء بالشركة، والشركاء فيما بينهم. وقد قررت محكمة العدل الفيديرالية في قضائها تكريس الالتزام بالولاء تجاه الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة[2] وذلك بعد العديد من الترددات، اتجهت إلى اتخاذ نفس المنطوق تجاه المساهمين في الشركات ذات الأسهم.[3]

في الوقت الحالي، من المقبول، وعلى نطاق واسع، أن الشكل القانوني للشركة يحدد نطاق الالتزام بالولاء؛ حدته التي تكون تبعا للاعتبار الشخصي وإضفاء الطابع الشخصي في العلاقات بين الشركاء والشركة، فتبقى حقيقة استمرار حاجة شركات الأموال إلى الحماية كذلك من السلوكيات المنافية للولاء المقصودة من جانب شركائها أو مساهميها. فالدور المناط بواجب الولاء ضمن التجمع الفعلي لن يكون ذاته في ذلك المتضمن الشركات ذات الأسهم، عن نظيره المتضمن لشركات ذات مسؤولية محدودة. ففي الواقع ، نجد أن النظام المدرج بالفقرة 311 وما يليها من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، يُشكل ضابط ومعرقلا لتعسف المساهم ذو الأغلبية في سياق التجمع الفعلي، على النحو الذي يؤدي به

---

[1]–قرار محكمة العدل الإتحادية، 5 جوان 1975 ، 1975 ، قضية "ITT"مشار إليه من قبل:

K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4ème éd. Carl Heymanns Cologne 2002, § 20 IV 2 a), p. 589.

[2]–قرار محكمة العدل الإتحادية، 5 جوان 1975 ، 1975 ، قضية "ITT".

[3]– في قرار محكمة العدل الاتحادية، 1 فبراير 1988 ، قضية « linotype »: هو القرار الاول الذي اعتبرت من خلاله محكمة العدل الاتحادية بوجود التزام بالولاء على كاهل المساهم تجاه في شركة المساهمة تجاه باقي المساهمين، و قبل هذا القرار، كان قد تم الاعتراض بشدة على الاعتراف بواجب الولاء على كاهل المساهم بحجة أنه في غياب روابط ذات طبيعة خاصة بين المساهمين ، لا يمكن أن ينتج بذلك التزام بالولاء لبعضهم البعض . وعلاوة على ذلك، فإن الهيكلة الخاصة لشركات المساهمة، لا تبرر ذلك، بسبب عدم وجود تضامن بين المساهمين، وبالتالي قلة بروز ركن نية المشاركة (effectio societatis)، الأمر الذي منع وأحال دون وجود الالتزام بالولاء بين المساهمين

– وكذلك قرار محكمة العدل الاتحادية ، 30 مارس 1995 ، قضية « Girmes » ؛ وهو القرار الذي بموجبه قضت محكمة العدل الاتحادية بأن ممارسة المساهمين لحقوقهم لا يمكن أن تتم في تعارض مع مصلحة الشركة أو المصلحة المشتركة للمساهمين الآخرين ، مثل أي سلطة مخولة للمساهمين ، فإن سلطة ممارسة النفوذ تمسها قيود ، فهذه السلطة لا يمكن أن تتم على نحو تعسفي ، لذلك لا يمكن للمساهم استخدام أقليته المعطلة (minorité de blocage) (الثلث المعطل) ؛ حتى يرفض التدابير التي من دونها لا تستمر الشركة في الوجود و تنقضي ، فالقرار بقضية « Girmes » يشكل خطوة هامة و سابقة للاعتراف بالالتزام بالولاء للمساهمين ، على اعتبار أن محكمة العدل الاتحادية لم تعد تلحق أو تتبع الالتزام بالولاء الواقع على كاهل المساهم على العلاقة الخاصة التي تربطه بالشركة و المساهمين الآخرين بل أصبحت تسنده إلى حقيقة أن كل حق يعرف حدود و قيود و لا يمكن استخدامه على نحو تعسفي؛ تمت الإشارة إليها من قبل:

D. SCHMIDT, De l’intérêt commun des associés, JCP E 1994, I, p. 404.

إلى اعتبار دور آلية الالتزام بالولاء في سياق هذا الشكل الاجتماعي يقتصر على دور تكميلي، وعلى العكس من ذلك في فرضية الشركات ذات المسؤولية المحدودة يظل الالتزام بالولاء الحصن الأول (premier rempart)والوسيلة الحصرية والوحيدة لرقابة النفوذ الممارسة من قبل الشرك على السياسة التقريرية بالشركة ذات المسؤولية المحدودة .وعلى إثر ذلك فإن انتماء شريك لشركة ذات مسؤولية محدودة إلى شركة أخرى، يتطلب أن يتصرف هذا الأخير بصورة نزيهة تجاه الشركة من جهة، من خلال تأييد المصلحة الاجتماعية لهذه الأخيرة، وتجاه الشركاء من ناحية أخرى، بالتمسك بعدم التعدي أو الإضرار بالمصلحة المشتركة للشركاء.

وبذلك يشتمل الالتزام بالولاء على جزئين: في أنه يفرض على الشريك الحرص من خلال ممارسة حقوقه وسلطته في ممارسة النفوذ، ألا يتعدى أو يقوم بتهميش المصلحة الاجتماعية أو حتى المصلحة المشتركة للشركاء عندما لا تتداخل ولا تتوافق مصالحه الخاصة مع هاتين الأخيرتين.

وبالتالي، ينبغي على الشريك ذو الأغلبية من خلال ممارسة حقوقه وسلطته في ممارسة النفوذ أن يحرص على عدم التعدي على المصلحة الاجتماعية الخاصة بالشركة التابعة، ولا المصلحة المشتركة للشركاء، على نحو يمكن اتباع مصلحة التجمع فقط إذا اتضح أنها تتوافق مع المصلحة الخاصة للشركة التابعة أو حتى بطريقة ثانوية للمصلحة المشتركة لشركائها.

وبذلك يتوافق هذا الاجتهاد القضائي المبدئي في شأن الالتزام بالولاء الواقع على كاهل الشركاء مع السياسة التشريعية المسطرة من قبل صانع التشريع الألماني التي تعارض الاعتراف بمصلحة التجمع خارج سياق التجمع القانوني، والتي تقتضي في فرضية إتباع مصلحة التجمع إضرار وفي خلاف المصلحة الاجتماعية للشركة التابعة أو المصلحة [1]المشتركة لشركائها توفير مُكنة للشريك أو ممثل الشركة المطالبة بإبطال وإلغاء القرار المتخذ أو على الأقل وقف تطبيق التدابير المعتمدة أو حتى الغرض على ممارسة النفوذ التعويض عن الأضرار التي ألحقت بالذمة المالية الاجتماعية.

المطلب الثاني: الاعتراف الاستثنائي بمصلحة التجمع ضمن التجمع القانوني

يستند النظام القانوني الألماني المطبق على تجمع الشركات على التمييز بين التجمع الفعلي والتجمع القانوني. وفي سياق التجمع الفعلي، ذكر أنه يقع على كاهل المؤسسة المهيمنة الالتزام بالحفاظ على الذمة المالية للشركة التابعة واستقلاليتها، الأمر الذي يحظر الاعتراف بمصلحة التجمع. ومن ناحية أخرى، فإنه تم استحداث قواعد ناظمة للتجمع القانوني، لتمكين المؤسسة المهيمنة من تنفيذ سياسة

[1]– LG Munich I, 13 avril 2006 – 5 HK O 4326/05, AG 2007, p. 255.

إدارية موسعة على التجمع بأكمله. فالإخضاع لنظام التجمع القانوني ينتج عن إبرام عقد الهيمنة بالمعنى المقصود في الفقرة291 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم. وهذا العقد تقوم بموجبه الشركة المتخذة شكل شركة ذات أسهم أو شركة ذات توصية بالأسهم، والتي يقع مقرها بألمانيا، بإخضاع إدارتها إلى مؤسسة أخرى؛ مهما كان شكلها أو جنسيتها. ويعترف القضاء حاليا بإمكانية أن تقوم الشركات التابعة المتخذة للأشكال الأخرى المنصوص عليها بالقانون التجاري بإبرام عقد الهيمنة. وستكون هذه الأخيرة عضوة في التجمع القانوني وبذلك ستخضع من خلال التطبيق بالقياس لنفس الأحكام الوارد ذكرها في القانون الألماني للشركات ذات الأسهم. وينظم عقد الهيمنة علاقات التبعية بين مختلف الكيانات المكتتبة له على نحو يساهم من جهة، بحماية المصالح الخارجية عن التجمع، ومن جهة أخرى، بتأييد سياسة تسيير التجمع؛ وفيما يتعلق بهذه الأخيرة، فإن النظام القانوني للتجمع القانوني يمنح للمؤسسة المهيمنة سلطة استصدار الأوامر تجاه القائمين بإدارة الشركة التابعة (الفقرة 308، أولا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)، وهذه السلطة في استصدار الأوامر تتيح للمؤسسة المهيمنة بفرض سياستها التوجيهية الإدارية على الشركة التابعة، وبذلك، تنفيذ سياسة ممتدة على التجمع بأكمله. وقد يكون من المغري الاستدلال على تكريس الاعتراف بمصلحة التجمع ضمن التجمع القانوني (الفرع الأول). مهما كان نطاق الاعتراف بمصلحة التجمع في التجمع القانوني، فإن الالتزام باقتسام الخسائر الملحقة بالشركة التابعة المفروض على المؤسسة المهيمنة بموجب عقد الهيمنة يشهد على تردد وعزوف شديد من جانب المشرع الألماني عن معالجة الاعتراف بمصلحة التجمع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة استصدار الأوامر والتعليمات: تكريس للاعتراف بمصلحة التجمع

يسمح اكتتاب عقد الهيمنة للمؤسسة بالاستفادة من سلطة استصدار الأمر(WEISUNGSRECHT) تجاه الممثلين القانونيين للشركة التابعة كطرف في العقد بالمعنى المقصود في الفقرة 308، أولا من ق.أ.ش.أ. وخلافا للتجمع الفعلي الذي لا يمكن من خلاله للمؤسسة المهيمنة أن تقوم بالإضرار بمصالح الشركة التابعة، فضمن التجمع القانوني ينص المشرع صراحة على أن هذه الأوامر المستصدرة قد تؤدي إلى التعدي على مصالح الشركة التابعة، شريطة أن يخدم هذا الانتهاك مصالح المؤسسة المهيمنة، أو حتى مصالح المؤسسات المشكلة للتجمع ذو المديرية الموحدة (كونزرن) مع المؤسسة

المهيمنة أو الشركة التابعة (308، أولا، 2 من ق.أ.ش.أ.)[1] ويرى مجموع الفقه أنه يمكن للمؤسسة المهيمنة أن تدير الشركة التابعة وفقا لمصالح التجمع (1)، وسيقع على المؤسسة المهيمنة تحديد مصلحة التجمع (2).

1- أسبقية وأولوية مصلحة التجمع:

إن المشرع الألماني قد نص صراحة في الفقرة 308، أولا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم على إمكانية إصدار أوامر تتعارض مع مصلحة الشركة التابعة، عندما يكون من شأنها أن تلبي مصلحة المؤسسة المهيمنة أو حتى مصالح المؤسسات ذات الصلة بالمؤسسة المهيمنة أو بالشركة التابعة بروابط التجمع ذو المديرية الموحدة (كونزرن). ومن المسلم به عموما من الفقه أن المؤسسات المشكلة لتجمع ذو مديرية موحدة بالمعنى المقصود في الفقرة 308 من ق.أ.ش.أ.، لا يقتصر فقط على الشركات التي اكتتبت عقد الهيمنة أو عقد شبه الاندماج بالمعنى المقصود في الفقرة 319 من ق.أ.ش.أ. أو ما يصطلح عليه بالتجمع القانوني ذو المديرية الموحدة، ولكنه يشتمل حتى على التجمع الفعلي ذو المديرية الموحدة، بمدلول المؤسسات التي تشهد على مديرية موحدة مع الشركة التابعة أو المؤسسة المهيمنة دون أن تبرم أحد العقود الآنفة الذكر. ويستنتج من الفقرة 308 من القانون السابق الذكر أنه يمكن إجبار مديري الشركات التابعة على اتخاذ قرارات تتنافى مع المصلحة الاجتماعية لهذه الأخيرة عن طريق الأوامر المستساغة.

ومن ناحية أخرى، لا يبدوا صراحة أن سلطة توجيه الأمر التي تختص بها المؤسسة المهيمنة يترتب عنها استعاضة واستبدال للمصلحة الاجتماعية للشركة التابعة بمصلحة التجمع. والواقع أن مصطلح "مصلحة التجمع" لا يظهر صراحة في الفقرة 308 من القانون السابق الذكر. وقد استخلص بعض الكتاب من ذلك رفض الاعتراف بمصلحة التجمع، من بينهم[2] H.-G.KOPPENSTEINER حيث يعتبر أن رفض مصلحة التجمع لا يقتصر فقط عن الصياغة القانونية للفقرة 308 من ق.أ.ش.أ.، بل ينتج كذلك عن غياب الشخصية القانونية للتجمع، مما يؤدي إلى انعدام الصفة القانونية التي يمكن أن تمثل المصلحة الخاصة به. وتبين قراءة الفقرة 308 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم أن المشرع الألماني لم يكتف بإخضاع الانتهاك والتعدي على المصلحة الاجتماعية على الشرط الوحيد المتمثل في استيفاء وتلبية الأمر المستساغ والموجه لمصالح المؤسسة المهيمنة، بل حرص كذلك على

[1]- Vanessa Desoutter, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes, : Présenté à l'origine comme thèse de doctorat par l'auteur--UniversitätAugsburg en 2011, édit. Peter Lang,Frankfurt am Main,2012, p.229.

[2]-H.-G. KOPPENSTEINER, KolnerKommentarzumAktiengesetz, § 308 note 38 ; plus nuance : U. HUFFER, Aktiengesetz, § 308, note 16; cite par:Vanessa Desoutter,op.cit., réf.n°655,p.230.

توسيع الأحكام القانونية على مصالح المؤسسات ذات الصلة بالمؤسسة المهيمنة أو الشركة التابعة بروابط التجمع ذو المديرية الموحدة konzern.ونتيجة لذلك، فإن الأمر لا يتعلق بتفضيل مصالح المؤسسة المهيمنة بصفتها تلك، أو مصالح الكيانات المشكلة معها أو مع الشركة التابعة وحدة اقتصادية، وإنما بالأحرى، من خلال تلبية هذه المصالح، تعزيز مصالح التجمع التي تجسده.

ويمكن أيضا الاستدلال على تكريس مصلحة التجمع من روح التشريع لتدوين قانون التجمعات. ففي الواقع، فإن سلطة استساغة الأمر المكرس لصالح المؤسسة المهيمنة في إطار التجمع القانوني يقصد بها منحها آلية تمكنها من تنفيذ سياسة التجمع. وتجدر الإشارة إلى أن نية المشرع كانت تكمن في جعل التجمع القانوني يشكل "القاعدة". فعزمه كان يتجه نحو جعل العلاقات بين شركات التجمع ينبغي أن تمارس في إطار تقييدي محدد المعالم بصفة مسبقة؛ والمتطلب لوجود آليات قانونية وتعاقدية لإدارة التجمع، كل ذلك مع ضمان حماية المصالح الخارجية عن التجمع. ومع ذلك، فإن وضع وتنفيذ سياسة التجمع يتم من خلال الاعتراف بمصلحة التجمع، ويظل مقيدا بهذا الاعتراف. وعلى هذا الاستناد الاحتجاجي يخول غالبية الفقه وينسب للفقرة 308 من ق.أ.ش.أ. الاعتراف بمصلحة التجمع.[1]

كما أن أولوية مصلحة التجمع في سياق التجمع القانوني تظهر بوضوح من خلال المنظومة القانونية الخاصة التي تتمتع بها مثل هذه الفئة من التجمعات فيما يتعلق بأعمال التسيير الخفية بصدد الاستثناء المنصوص عليه بالفقرة 291 ثالثا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم. المصطلح عليها كذلك بامتياز التجمع ذو المديرية الموحدة والتي تقتضي على أنه في وجود عقد الهيمنة أو عقد تحويل الكلي للأرباح يوقف تطبيق الفقرات 57، 58 و60 من ق.أ.ش.أ.[2] المتعلقة بالنص على حظر دفع مبالغ غير مستحقة للمساهمين أو للغير ضمن الشركة. والنتيجة هي أن الأوامر المستساغة والموجهة والتي ستكون موضوع مدفوعات مالية من جانب الشركة التابعة تجاه المؤسسة المهيمنة لن تكون محظورة.

---

[1]-L. DABIN, Les systèmes rigides du type ≪Konzernrecht≫ in Les groupes de sociétés, une politique législative, Etudes du Centre de Recherche sur le Droit des Affaires de la Chambre de commerce et de l'industrie de Paris, Librairie Techniques Paris 1976, p. 178 ; cité par : Vanessa Desoutter,op.cit., réf.n°657,p.231.

[2]– وقد أدى القانون الجديد المتعلق بتحديث قانون الشركات ذات المسؤولية المحدودة إلى تعديل صياغة الفقرة 57 من ق.أ.ش.أ التي أصبحت تنص صراحة على أن حظر إعادة توزيع الأرباح عن الحصص غير مطبقة في وجود عقد الهيمنة أو عقد تحويل اجمالي الأرباح: قانون متعلق بتحديث قانون الشركات ذات المسؤولية المحدودة المؤرخ في 23 أكتوبر 2008، BGBI، ص.2026.

Loi sur la modernisation du droit des sociétés à responsabilité limitée et sur la lutte contre les abus (Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG) du 23octobre 2008, BGBl. I p. 2026 ; voir également le Projet de loi sur la modernisation du droit des sociétés à responsabilité limitée et sur la lutte contre les abus (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG) du 23 mai 2007 à consulter sous : http://www.bmj.bund.de/files/-/2109/RegE%20MoMiG.pdf.

ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن مصلحة التجمع المعترف بها بموجب الفقرة 308 من ق.أ.ش.أ، مقصورة فقط على التجمع ذو المديرية الموحدة، وبالتالي فإنها تقتصر فقط على المصالح المشتركة لجميع المؤسسات ذات الصلة فيما بينها بمديرية موحدة والتي تشكل من هذا القبيل وحدة اقتصادية.

2- تحديد مصلحة التجمع:

وفقا للفقرة 308 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، لا يجوز إصدار وتوجيه أي أمر يتعارض مع المصلحة الاجتماعية للشركة التابعة إلا عندما يخدم مصالح التجمع. ويترك لتقدير المؤسسة المهيمنة ما إذا كان الأمر المستساغ يخدم مصالح التجمع أم لا. والواقع أن الفقرة 308 ثانيا من ق.أ.ش.أ. تقتضي من جانب مديري الشركات التابعة عدم استطاعتهم على رفض الامتثال للأمر على أساس احتجاجهم بأنه لا يتوافق مع مصلحة التجمع، ما لم يبد واضحا أنه لا يتوافق وهاته المصلحة الأخيرة؛ حيث يبدو من المعقول تماما أن يترك للمؤسسة المهيمنة تقدير مدى امتثال التدابير لمصلحة التجمع، على اعتبار أنه، وحدها هاته الأخيرة ستكون متحكمة بصفة كافية على الاضطلاع العام بأعمال التجمع للقدرة على التقييم بالشكل المناسب للتدابير ومع خدمتها لتحسين أوضاع التجمع. وللقيام بذلك سيتعين على مديري المؤسسة المهيمنة أن يتصرفوا تصرف المدير الحريص والمتوخي للعناية الإدارية الازمة. ولذلك فإن القضاء ينسب إليهم سلطة واسعة لتقدير مصلحة التجمع بسبب أن تقييم النتائج ذات الصلة بوضع سياسة التجمع لا يمكن أن تكون إلا تكهنات التي ستكون في جزء منها غير مؤكدة لا محالة. أيضا فإن تحليل قرارات المديرين للمؤسسة المهيمنة لا يمكن أن يتم إلا بالرجوع إلى اللحظة التي اتخذ فيها القرار وليس في المرحلة اللاحقة عنه حتى لا يتطلب ولا يفرض من المديرين قدرات تنبئية.[1]

إن الحاجة إلى استساغة الأوامر وتوجيهها، حتى التي يترتب عنها إضرار بالمصلحة الاجتماعية للشركة التابعة والتي تلبي على هذا النحو مصلحة التجمع، تتطلب بالضرورة وجود قدر من التناسب بين الضرر الملحق بالشركة التابعة من جهة، والمزايا أو الفوائد المستخلصة بالتجمع من ناحية أخرى. وفي الواقع، إذا كنت الخسائر الملحقة بالشركة التابعة تظهر أكبر من الامتيازات التي خولت للتجمع، فإن الأوامر التي توجه في خلاف المصلحة الاجتماعية للشركة التابعة لن تكون، وبصفة قطعية، ضمن مصلحة التجمع. وعلى هذا النحو، فإنها لا يمكن أن تكون مشروعة، لأن القانون الألماني للشركات

[1] - V. EMMERICH et M. HABERSACK, Konzernrecht, 9ème éd. C. H. Beck Munich 2008, p. 391 ; J. KUHLMANN, E. AHNIS, Konzern- undUmwandlungsrecht, 2ème éd. C. F. Müller Heidelberg 2007, note 613 ; U. HÜFFER, Aktiengesetz, § 308, note 17. Contra : H. ALTMEPPEN, MünchnerKommentarzumAktiengesetz, § 308, notes 110 et s.

ذات الأسهم لا يعترف بالأوامر والتعليمات التي تتنافى مع المصلحة الاجتماعية ما لم تكن في المقابل تخدم مصلحة التجمع.

وبوجه عام، فإن أي أمر موجه يؤثر بشكل إيجابي مباشر أو غير مباشر على الوضع المالي أو على إيرادات المؤسسة المهيمنة أو الشركات التي تنتمي إلى نفس الوحدة الاقتصادية سيعتبر مؤيدا لمصلحة التجمع؛ وكمثال على ذلك، توفير الشركة التابعة لأسعار أكثر مواتاة للمؤسسة المهيمنة أو لشركات التجمع، أو حتى استعادة المؤسسة المهيمنة لنشاط واعد بتوكيله أو تقديمه إلى الشركة التابعة أو استخدام السيولة المتداولة للشركة التابعة من خلال خلق خزينة مشتركة التجمع.

ويظل هذا الاعتراف بمصلحة التجمع نسبيا تقييديا لأنه يمكن السعي لتحقيقها فقط في نطاق ضيق الأفق، باعتبار أن تحقيق هذا الأخير ينبغي ألا يتم بشكل غير متناسب مع تهميش المصلحة الاجتماعية. وإن التفحص الكامل للنظام المطبق على التجمع القانوني يؤدي إلى ملاحظة زيادة تقييد نطاق الاعتراف بمصلحة التجمع.

الفرع الثاني: تكريس مصلحة التجمع المتزامن مع الالتزام باقتسام الخسائر

يفقد التكريس القانوني لمصلحة التجمع نطاقه الواسع وشموليته بمجرد أن يتم تفعيله في ظل مجموع المنظومة القانونية للتجمع القانوني. وفي ذلك نجد أن كلا من الالتزام باقتسام الخسائر المنصوص عليه بالفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم فضلا عن الحظر الواقع على اتخاذ توجيهات وتدابير من شأنها أن تؤدي إلى التعدي على الوجود الاجتماعي للشركة التابعة يشكلان قيدا حقيقيا على تحقيق مصلحة التجمع. فالهدف الذي سعى إليه المشرع الألماني عند وضع فئة خاصة للتجمع القانوني، كان لمنح المؤسسة المهيمنة وسيلة لتنفي السياسة الإدارية الشاملة للتجمع. وبالتالي، فقد وضع تحت تصرفها الآليات التي تتيح لها ممارسة النفوذ على الشركات المنتمية لتجمعها. وبذلك يكون الوضع في كل من التجمعات المبرمة لعقد نقل الأرباح وعقد الهيمنة، أين تقوم المؤسسة المهيمنة من خلالهما بأخذ السيولة وإدارة الشركة التابعة. وتطبق هذه العقود بصورة عامة بالاقتران مع تكاملها والمزايا الضريبية المرتبطة بها. ويشتمل تطبيقها كذلك على تعليق ووقف إعمال قواعد الحفاظ على رأس المال الاجتماعي؛ وفي غياب هذا التعليق أو التجميد للأحكام القانونية لن تستفيد المؤسسة المهيمنة من أي هامش للمناورة لممارسة سياسة التجمع التي وضعتها. وبذلك ستثبت العقود الآنفة الذكر في ظل عدم تجميد إعمال القواعد القانونية المتعلقة بالحفاظ على رأس المال الاجتماعي، أنها غير ضرورية تماما حتى لا نقول عديمة الجدوى. وقد ترك هذا الحق والتخويل القانوني للمؤسسة

المهيمنة حتى تحدد، وفي المقام الأول، وحتى تنفذ سياسة التجمع من دون النظر للمصلحة الاجتماعية؛ إلا أنه في ذات الوقت قد أدى إلى إنكار المصلحة الاجتماعية للشركة التابعة، كما أنه يؤدي إلى عدم تحقيق المساواة بين حملة الأسهم من الأقليات والمساهمين الأغلبية وأدى ذلك أيضا إلى انتهاك مبدأ حرية التسيير وقدرة الشركة على تحصيل الأرباح الخاصة بها. وبالتالي، فإن المنظومة القانونية التي استحدثها المشرع الألماني تؤدي إلى انتهاك المبادئ ذاتها التي يرتكز عليها تأسيس وسير الشركة. وقد حرص صائغي التشريع الألماني للشركات ذات الأسهم أيضا على هذا المنوال على القيام بالتأطير على شكل صارم وتقييدي للغاية لصلاحية تسيير التجمع من جانب المؤسسة المهيمنة، فقد أخضعوا ممارسة سلطة إدارة التجمع بأكمله المخولة للمؤسسة المهيمنة على أساس عقد الهيمنة أو عقد تحويل الأرباح إلى التزام المؤسسة المهيمنة باقتسام الخسائر السنوية الملحقة بالشركة التابعة. ويرد الالتزام باقتسام الخسائر في الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم. والأساس المنطقي لهذا الحكم القانوني يحظى بتقدير مختلف من جانب الفقه. ويظل الهدف الرئيسي من هاته الآلية القانونية وبلا منازع، متمثل في ضمان الحفاظ على رأس المال الاجتماعي للشركة التابعة. ويعزوا بعض المؤلفين دورا أقل تقييدا لهاته الآلية، ويعترفون أيضا بوظيفتها الحمائية والوقائعية لمصالح الأقليات، كما أن الالتزام بالتعويض عن الخسائر سيفيد بصورة غير مباشرة الأقليات والدائنين للشركة التابعة. ومع ذلك، فإن الشركة التابعة هي وحدها التي تظل دائنة بالالتزام بالتعويض عن الخسائر ويجوز لها عند الاقتضاء، أن تحتج به أمام القضاء[1]؛ البعض الآخر يكشفون ويستدلون من الالتزام بالتعويض عن الخسائر شكلا من أشكال المسؤولية للمؤسسة المهيمنة عن سوء تسيير التجمع ذو المديرية الموحدة؛ غير أن مثل هذه المقاربة ستكون بمثابة الاعتراف بأسبقية مصلحة التجمع القانوني من دون أي قيود أخرى بخلاف الحاجة إلى إدارة حريصة وبتوخي العناية الازمة من قبل المؤسسة المهيمنة؛ وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تجاهل الوظيفة الأساسية للفقرة 302 من ق.أ.ش.أ. التي تهدف إلى ضمان بقاء الوجود الاجتماعي للشركة التابعة خلال تنفيذ عقد الهيمنة. ويشكل الالتزام بالتعويض والتغطية عن الخسائر الواقع على كاهل المؤسسة المهيمنة ضمانا للبقاء مقدّم إلى الشركة التابعة أثناء تنفيذ عقد الهيمنة، في مقابل تخلي مديري هذه الأخيرة عن سلطة إدارتها وفقا لمصلحتها الاجتماعية.

[1]– BGH, 14 décembre 1987 II ZR 170/87, BGBZ 103, p. 1 ;Peter HOMMELHOFF, Pour la protection de la minorité dans des sociétés fermées. La société par actions simplifiée et ses parents en Allemagne et en Europe, in :Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003, p.p.495-505.

إن العدول عن الموقف القضائي المتخذ من جانب محكمة العدل الاتحادية بخصوص التجمع الفعلي الموصوف يذهب أيضا صوب هذا الاتجاه[1]. فالاجتهاد القضائي المستند على التجمع الفعلي الموصوف كان يتطلب تطبيق النتائج ذات الصلة بوجود عقد الهيمنة، بما في ذلك الالتزام باقتسام الخسائر (الفقرة 302 ق.أ.ش.أ) بمجرد أن تتعسف المؤسسة المهيمنة في استخدام نفوذها على الشركة التابعة بطريقة تؤدي إلى استحالة عزل كل أمر أو توجيه أو توصية مستساغة من جانبها مما يرتب عدم القدرة على التعويض عن كل أمر أو توجيه أو توصية بصورة منفردة، وكذلك ذلك بالرغم من عدم إبرام أي عقد هيمنة[2]. وبالتالي، يمكن أن ينظر للفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم بوصفها مصدرا مستقلا لإقامة المسؤولية ضمن التجمع. وقد تم التخلي عن هذا الاجتهاد القضائي فقط تجاه الشركات ذات المسؤولية المحدودة، ويشهد هذا العدول عن الموقف القضائي المتخذ على العودة إلى تطبيق النصوص القانونية في سياقها الأصلي. ولذلك، فإن الفقرة 302 من ق.أ.ش.أ. لا يمكن أن يكون لها أي وظيفة أساسية أخرى من دون ضمان الحفاظ على رأس المال الاجتماعي للشركة التابعة في سياق التجمعات القانونية والتجمعات ذات المديرية الموحدة، سواء التجمعات القانونية أو الفعلية المشتملة فقط على الشركات التابعة ذات الأسهم[3].

وتظل الحقيقة أنه إذا ما قُبل السعي لتحقيق مصلحة التجمع حتى على حساب المصلحة الاجتماعية للشركة التابعة ضمن التجمع القانوني، فإن ذلك لا يمكن أن يؤدي إلى التعثر المالي للشركة التابعة على اعتبار أنه سيتعين على المؤسسة المهيمنة في نهاية السنة المالية أن تعوّض عن الخسائر الملحقة بالشركة التابعة. ومن ثم، فإن الالتزام باقتسام الخسائر يضع حدا لسياسة التجمع التي تتبعها المؤسسة المهيمنة. وعلى اعتبار أن تنفيذ مثل هذا الالتزام يتم فقط في نهاية السنة المالية، قد تساءل كل من الفقه والقضاء حول صحة ومشروعية الأمر أو التوصية الموجهة والتي تمثل خطرا مباشرا على البقاء الاجتماعي للشركة واستدامتها.

أما عن حظر تعريض وجود واستدامة الشركة التابعة للخطر؛ فيمكن القول أنهمن الناحية العملية، من المتصور تماما أن تكون الأوامر أو التعليمات المستساغة تؤدي إلى التعدي على الوجود واستدامة الشركة التابعة، أو حتى تشكل تهديدا مفضي إلى الوصول إلى هاته النتيجة. وهذا هو الحال، على

---

[1]– قرار محكمة العدل الاتحادية، 17 سبتمبر 2001، قضية « BREMER VULKAN »مشار إليه سابقا؛ وكذا يراجع: الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم.

[2]– قرار محكمة العدل الاتحادية، 16 سبتمبر 1985، قضية« AUTOKRAN » السابق الإشارة إليه.

[3]- راجع: الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم.

سبيل المثال، في الأوامر الموجهة والتي تستهدف تصعيد السيولة الإجمالية للشركة التابعة نحو الخزينة المركزية للتجمع من دون تعويض مكافئ ومتساو[1]، عن إلغاء النشاط الذي يضمن استدامة الشركة، وبالأخص النشاط الصناعي والتجاري، وعن التخلي كذلك عن الأنشطة الواعدة والاستثمارات الجديدة التي لا غنى عنها للشركة التابعة، فضلا عن قرار نقل الأنشطة الأكثر ربحية للشركة التابعة إلى كيانات أخرى للتجمع، وما إلى ذلك من أمثلة تطبيقية مماثلة لذلك[2]. ولذلك، فإن التساؤل المطروح في هذا الشأن، هو ما إذا كانت مصلحة التجمع يمكن أن تضفي الشرعية على اتخاذ المؤسسة المهيمنة لتدابير، وتطبيقها عن طريق استساغة أموار إلزامية التطبيق، والتي من المرجح أن تعرض للخطر بقاء الشركة التابعة واستدامتها. ولا تزال هذه المسألة مثيرة للجدل في الفقه؛ فالبعض يرى أن ذلك يشكل قيدا مطلقا على الحق في استساغة الأوامر والتعليمات وتوجيهها، والبعض الآخر يحبذ القبول الواسع النطاق لمصلحة التجمع في سياق التجمع القانوني، القبول بأنه من المرجح أن تؤدي الأوامر إلى التعثر المالي للشركة التابعة. ويعتمد هؤلاء الأخيرين على عدم وجود أساس قانوني في قانون الشركات يحظر إنهاء استدامة الشركة، وكذلك على مبدأ الاستقلالية القانونية للشركات لتبرير أن الأوامر التي من شأنها أن تؤدي إلى التعدي على استدامة الشركة.

فيعتمد H.-G.Koppensteiner على المقاربة التشريعية ذاتها للقانون الألماني للشركات ذات الأسهم لتبرير قانونية ومشروعية مثل هذه الأوامر[3]. ويستحضر الصياغة القانونية للفقرة 308 من ق.أ.ش.أ. التي تقتضي أن، في حالة عدم الاشتراط في بنود عقد الهيمنة أو تحويل الأرباح على متطلبات أخرى تعاقدية للإجازة والإذن بتوجيه أوامر تتعارض مع المصلحة الاجتماعية بخلاف تحقيق مصلحة التجمع، يُؤكد وفقا له حق المؤسسة المهيمنة في توجيه أوامر وتعليمات من المحتمل أن تعرض استدامة الشركة التابعة للخطر. ويشرح هذا الكاتب أنه إذا كان لدى المشرع الألماني الرغبة في منح حماية إضافية للشركة التابعة، لكان قد استساغ فقرة قانونية صريحة يُبدي فيها المتطلبات الإضافية ضمن الفقرة 308 من ق.أ.ش.أ. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الأحكام الوقائية للذمة المالية، المساهمين والدائنين الخارجيين والمذكورة في الفقرات من 300 وما يليها من القانون المذكور، التي لا تعارض استساغة وتوجيه مثل هذه الأوامر الإلزامية، ويرى أن النصوص القانونية تقدم حماية كافية. وسيكون

[1] –Peter HOMMELHOFF, Pour la protection de la minorité dans des sociétés fermées. La société par actions simplifiée et ses parents en Allemagne et en Europe, in :Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003, p.p.495-505.

[2]- OLG Düsseldorf, 7 juin 1990, 19 W 13/86, AG 1990, p. 490-494.

[3] - cité in : Peter HOMMELHOFF, Pour la protection de la minorité dans des sociétés fermées. La société par actions simplifiée et ses parents en Allemagne et en Europe, in :Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003, p.p.495-505.

على أي حال، الهدف من خلال عقد الهيمنة متمثل في ضمان استدامة التجمع من خلال منح الأفضلية لمصلحة المؤسسة المهيمنة وكذلك المؤسسات المشكلة للتجمع ذو المديرية الموحدة ضمن خطر التضحية بالشركة التابعة لتحقيق ذلك. فضمن الكيان أو الوحدة المشكلة يجب أن يكون من الجوازي، مثلما هو عليه الحال بالنسبة لنموذج الشركة المنعزلة الغير منتمية لأي تجمع؛ أين ستضطر أحيان إلى التخلي عن بعض وحداتها في قطاعات النشاط الغير مربحة؛ غير أن المنظومة القانونية لقانون التجمعات تنقض هذه الحجة، وتضع حدا لهذا الجدل الفقهي. وبالفعل لا يأخذ هذا الموقف في الحسبان جميع الضمانات التي وضعها المشرع الألماني في وقت إبرام عقدي الهيمنة أو تحويل الأرباح، التي تهدف إلى حماية الدائنين والمساهمين الخارجيين والشركة التابعة، والتي صيغت بدقة حتى تمنع من القضاء على استمرارية واستدامة الشركة التابعة تماما. لذا حتى ولو لم يضع المشرع الألماني صياغة قانونية صريحة لمثل هذا القيد، فإن الفقه السائد والراجح يستدل من الأحكام الواردة في المنظومة القانونية حظرا. ويستند غالبية الفقهاء على الهدف المتمثل في حماية الذمة المالية للشركة التابعة، مساهميها ودائنيها الخارجيين من منظومة التدوين للاستدلال على الطابع الغير مشروع للأمر الموجه الذي من شأنه أن يؤثر على استدامة الشركة التابعة أثناء تنفيذ عقد التبعية وهو ما يستوحى من "روح التشريع الألماني"؛ أين نجد أن الفقرة 302 من ق.أ.ش.أ. تقتضي النص على التعويض في كل سنة مالية عن الخسائر الملحقة بالشركة التابعة، في حين أن الفقرتين 304 و 305 توفران ضمانات للمساهمين بالنص على حصولهم على تعويض أو على الأقل بدل عن الخروج من الشركة. فالحق في استساغة الأمر والتعليمة مُجاز فقط من خلال تلازمه مع التعويض عن الخسائر الملحقة بالشركة التابعة. وإذا انقضت الشركة التابعة، فإن هذا الالتزام ينقضي. وإن السعي إلى تحقيق مصالح التجمع لا يمكن أن يسمح للمؤسسة المهيمنة بالتضحية بالشركة التابعة المسيطر عليها.[1]

ويذهبH.Altmeppen إلى حد استخدام عبارة "ضمان الاستدامة" garantie de survie الواقع على كاهل المؤسسة المهيمنة تجاه الشركة التابعة. وسوف ينتج عن نظام التجمع القانوني التزام بضمان اقتصادي لاستدامة الشركة كنظير لدمج شركتها التابعة في نطاق تسييرها. ينبغي أن يضاف إلى ذلك أن مديري المؤسسة المهيمنة هم الذين سيأمرون بمثل هذه الأوامر، ومديري الشركة التابعة هم الذين

[1]–بالرجوع إلى قرار المحكمة الإقليمية العليا لدوسلدورف المؤرخ في 7 جوان 1990السابق الإشارة إليه أين كيفت هاته الهيئة القضائية بالغير مشروع، الأمر الذي يرتب تهديدا بالنسبة لاستدامة الشركة التابعة:

OLG Dusseldorf, 7 juin 1990, 19 W 13/86, *AG* 1990, p. 490-494.

يوافقون على تطبيقها، وبذلك يتحملون المسؤولية وفقا للفقرة 318 وما يليها من ق.أ.ش.أ عن عدم تصرفهم سلوك المدير الحريص والمتوخي العناية اللازمة.

خلاصة المبحث الثاني

تم الاعتراف بمصلحة التجمع بشكل واضح وصريح بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم استنادا للفقرة 308، أولا من ق.أ.ش.أ.، من خلال تنظيم سلطة التدخل في إدارة الشركة التابعة، وفي هذا الصدد، من غير ذي أهمية أن يكون الأمر أو التعليمة مرتبان لضرر بالنسبة للشركة التابعة شريطة أن يحقق ذلك مصلحة التجمع، وهذا فقط في سياق التجمع القانوني، غير أن ذلك يتم في فرضيات معينة بالاستعاضة عن المصلحة الاجتماعية للشركة التابعة، بمصلحة التجمع في سياق التجمع القانوني، غير أن ذلك مشروط بعدم القضاء على استمرارية الشركة، وعدم استنفادها من جميع مواردها، من خلال خلق موازنة من خلال الالزام القانوني للمؤسسة المهيمنة، بالتعويض عن الخسائر التي ألحقت بالشركة التابعة في نهاية السنة المالية، وبذلك حماية مصلحة مساهميها ودائنيها الخارجيين. فالضمانات التي اقتضاها المشرع الألماني للمصالح الفئوية للشركة التابعة وقت إبرام عقد الهيمنة تبرر منح الأسبقية والأولوية لمصلحة المؤسسة المهيمنة أو على الأقل المؤسسات ذات الصلة بها على مصلحة الشركة التابعة.

وباستثناء الفرضية المحددة والخاصة بالتجمع القانوني، لا يمكن أخذ مصلحة التجمع بعين الاعتبار في فرضيات أخرى مثل فرضية التجمع الفعلي، أو التجمع الفعلي الموصوف. ومن هنا تكمن المفارقات والتناقضات الموجودة والمضمنة في تقنين التجمعات الألماني من حيث الاعتراف بمصلحة التجمع.

خلاصة الفصل الأول

يستند القانون الألماني إلى خصوصية وضع التجمع حتى يطبق عليه مقاربة تشريعية خاصة بهذا الوضع. وفي هذا الصدد، يُضمِّن نظامين مختلفين، هما ذلك المتعلق بالتجمع القانوني والآخر المتعلق بالتجمع الفعلي. هاتين الطريقتين مشمولتين بالمزايا والعيوب. ففي الواقع، تثير المقاربة الموحدة ابداء الكثير من الإشادة بها في أنها تحاول إدراج منظومة قانونية شاملة وعامة التطبيق على التجمع. حيث تتيح المعالجة المستهدفة للصعوبات وتمنح إجابة تدمج في هاته المقاربة. ومن ناحية أخرى، قد جانب المشرع الألماني الصواب حين وضع منظومة وحيدة تختص فقط بالشركات ذات الأسهم دون باقي الأشكال الأخرى الاجتماعية، ليضع حل عام ومجرد للصعوبات المعقدة والمتنوعة كتلك التي تظهر بالتجمع. ولكن في الوقت ذاته، في سياق المنظومة الفرنسية، والجزائرية، باعتبارها متأثرة بمستجدات العائلة اللاتينوجرمانية–الاستعمار القانوني–، هناك سبب للتساؤل حول قدرة آليات القواعد العامة الكلاسيكية في إدارة تضارب المصالح الناجم عن هذه الظاهرة الاقتصادية. أتعتبر القواعد العامة مرنة بما فيه الكفاية لتجنب خطر تفضيل بعض المصالح على حساب أخرى، بالأخص مصالح الشركة الخاضعة للسيطرة ومصالحها الفئوية، أو حتى الكيانات التابعة لهاته الأخيرة؟ في المقابل، فإن الأقلمة حالة بحالة تبعا للقواعد العامة مقارنة بالأوضاع الخاصة للتجمع تسمح بالتأكيد بمواجهة أوجه القصور الكامنة في القواعد العامة. ومع ذلك فإن تعدد وتنوع الاستثناءات الواردة عن القواعد العامة في هذا الصدد ليست مجردة من خطر عدم اليقين والأمن القانوني.

فالحل الأمثل غير وارد بشأن التجمعات. وإن قانون الاتحاد الأوروبي بالرغم من تردده في بعض الأحيان إلا أنه قد جاء لتحقيق بعض الزخم في تطوير قانون التجمعات وقد أتاح تطوير منظومات قانونية خاصة بالتجمع ولاسيما تلك المتعلقة بتشكليه .وكانت الميزة من مثل هذا القانون الإرشادي هو تحقيق درجة معينة من التنسيق والمواءمة بين القوانين الوطنية في الاتحاد الأوروبي، حتى وإن كانت

لا تزال جزئية وقليلة جدا بعدد الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي التي قامت بنقل أحكام القانون الإرشادي الأوروبي، على اعتبار أن هذا الأخير قد كان مصدر الهام لتحقيق التقدم القانوني في هذا المجال.

الفصل الثاني: التقيد بالإطار التشريعي التنظيري الفرنسي والجزائري

إن القانون المقارن لم يتمكن من حصر مختلف تقنيات كسب السيطرة، لهذا اعتبر الفقيه Paul le Cannu أن عالم التجمعات هو عالم الهندسة القانونية L'ingénierie juridique يقوم على تنظيم قانوني جزئي يستمد من القواعد العامة لقانون الشركات والباقي يترك للممارسين نظرا للمرونة والسرعة التي تحتاجها هذه العمليات بغرض تحقيق أكبر قدر على الإبداع واسع النطاق، فلكل تجمع مخطط خاص يسعى بواسطته إلى تحقيق هدفه في الاستحواذ وتوسيع مجال السيطرة.

في الواقع، فإن المقاربة المطروحة بالقانون الألماني القائمة على التمييز بين التجمع القانوني والتجمع الفعلي، تظهر درجة كبيرة من الصرامة القانونية «orthodoxie juridique»، نظرا لأنها تدفع إلى أقصى الحدود بمبدأ الاستقلالية القانونية عن طريق فرض منح الأولوية لاتباع مصلحة التجمع. وباعتباره أقل تمسكا بالمقاربة التشريعية الشاملة لظاهرة التجمع، فإن القانون الفرنسي لا يعترف بمثل هذه الازدواجية داخل التجمعات، إلا أن القضاء الفرنسي قد أظهر بعضا من البرغماتية من خلال تطوير الاجتهادات القضائية، الأمر الذي أتاح بشكل استثنائي وبهدف المعالجة الفضلى لخصوصية العلاقات القائمة بين الشركات داخل التجمع، وتحت شروط تقييدية للغاية، سيتم اتباع مصلحة التجمع.

فعدم اعتراف كل من المشرعين الفرنسي، والجزائري باعتباره اقتدى بالعائلة اللاتينوجرمانية، بالمقاربة التنظيمية الشاملة لظاهرة تجمعات الشركات، لا يعني انعدام القواعد القانونية التي تعنى بتنظيم الموضوع، فقد ألزم القانونيين على معالجة هذه الظاهرة الفعلية الوقائعية.

وعلى إثر ذلك فإن عرض الأسس التي يستند عليها قانون التجمعات في فرنسا –والجزائر– على الفحص المسبق لأسباب غياب التدوين، من أجل تحسين فهم الطريقة التي شكل بها قانون التجمعات على مر الزمن. وسيتعين في المقام الأول، البحث عن أسباب عدم وجود تنظيم قانوني شامل في فرنسا–والجزائر–، هل هذا الغياب خطأ أو عبارة عن اختيار متعمد من المشرع؟ وينبغي عندئذ معالجة الآثار المترتبة على عدم وجود مقاربة تشريعية شاملة لقانون التجمعات بقانون الشركات وباقي فروع قوانين الأعمال (المبحث الثاني)؛ ولكن قبل ذلك وجب التطرق لمستجدات القانون المدنى المقارن للأعمال في شأن أسس المسؤولية المدنية (المبحث الأول)

المبحث الأول : مستجدات أسس المسؤولية المدنية في القانون المدني المقارن للأعمال

كان لنا أن نستعين من هذا المنطلق بما احتكم إليه مؤخرا الفقه الفرنسي باستعمال مصطلح جديد للدلالة على أهمية القانون المدني كركن أساسي لعالم الأعمال، ألا وهو "القانون المدني للأعمال" الذي في ظل ما استتبع من خفوت البريق الاستشرافي الذي كانت تشهده هذه المنظومة في ظل القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، سواء على التشريع المدني، أم على المستوى الاقتصادي التنافسي، بصفها تعبر عن قانون معقد غير واضح وقليل الجذب، ما ثبته واقع إحجام الشركات الوسطى والصغرى في العديد من الدول الأوروبية عن تبني قوانين المدرسة القانونية الفرنسية لإبرام العقود والمسؤولية لصالح قوانين المنظومة الأنجلوسكسونية، ما اعتبر بحق تقريعا من المدرسة الأنكلوسكسونية للمدرسة اللاتينية على المستوى الدولي (FRENCH LAW Bashing)، لاسيما في المجال الاقتصادي المستند إلى الترهل القانوني المثبت في العديد من التقارير التنافسية العالمية من أهمها تقرير ريادة الأعمال (doing business rapport) الصادر عن البنك الدولي الذي أبرز تراجعا متواليا للمنظومة الفرنسية في جذب الاستثمارات الاقتصادية[1]. حيث أن ضرورة تطوير القانون تتلاقي اليوم مع الدور الاقتصادي والتجاري الذي بات من المنتظر أن يؤديه أي بلد، حيث أن أغلب المشاريع الإنتاجية ستتطلب قيامها حتما إجراء الكثير من المفاوضات بين الجهات الوطنية المضيفة للاستثمار والأجنبية. وهذا ما يستدعي وضع نظام قانوني متكامل[2] فلقد وضع المشرع الفرنسي نصب عينيه العديد من

---

[1] – " Doing Business Rapport الصادرة عن البنك الدولي. تبرز أهمية هذه التقارير على المستوى التشريعي المدني كونها تبحث في دراسة مدى قدرة منظومات القوانين المدنية على جذب الاستثمارات من عدمها. حيث تتناول دراسة المنظومات القانونية في غالبية دول العالم الذي

تتنازعه ثلاثة منظومات قانونية: اللاتينية والأنكلوسكسونية والجرمانية. ولا يخفي البعض اعتقاده أنَّ النتائج التي تتوصل إليها هذه التقرير إنَّما تنطوي على غايات سياسية لا قانونية هدفها الترويج للنظام الأنكلوسكسوني على حساب باقي المنظومات القانونية في ظل حرب تنافسية قانونية غير نزيهة، مشككين في صدقية النتائج التي تتوصل إليها هذه التقارير لأسبابٍ عدةٍ من أهمها افتقادها للدراسات العلمية واعتمادها على المؤشرات الاقتصادية، ناهيك عن عدم فهمها الخصوصية التشريعية المدنية بعيدًا عن الغائية التجارية، نظرًا لأن القوانين توزن بقيم العدالة وليس بمنافع الاقتصاد

[2] – "يجب من حين لآخر إعادة النظر في ميدان، باتت فيه الاختلالات الكثيرة تشكل نوعاً من الفوضى". إن هذه الكلمات ليست من كلمات المشرع الفرنسي بل هي لإدوارد مارتيزميجرس واضع مشروع التقنين المدني الهولندي لعام 1992. يرى ميجرس أن هذا المعنى هو ما يبرر تحديث التقنين باستمرار؛ وإن تنظيم وتعزيز التطبيق القضائي لنصوص التقنين المدني في المحاكم يسمح للمشرع باستعادة دوره القيادي الذي يملكه في الأنظمة القانونية التي تتبع الشريعة اللاتينية. إن هذا المبرر مع مبرر الرغبة في استبدال القواعد عديمة الفائدة بأخرى جديدة، تفسر لنا قيام العديد من الدول بتعديل تقنياتها التي ترجع أصولها إلى القرن التاسع عشر أو استبدالها بتقنينات جديدة. إن هذه الحقيقة هي التي أدت إلى محاولات غير ناجحة في فرنسا لتعديل التقنين المدني الفرنسي. إن هذا لا يعني عدم حصول أي تعديل على قانون الأسرة الفرنسي أو لقواعد التأمينات العينية، لكن نظرية الالتزامات المقدمة ظلت تقريبا نفسها كما كانت عام 1804. ربما كان التعديل الأكبر هو الذي حصل عام

الاعتبارات التي دفعته إلى إجراء الإصلاحات التشريعية الواسعة الجوهرية على نظرية الالتزام، وهي اعتبارات ليست قانونية فحسب، وإنما سياسية واقتصادية أيضاً، بل إن الأمر تعدى هذا إلى أن ثمة ضرورات ثقافية وحضارية فرضت على المشرع الفرنسي أن يخطو هذه الخطوة، التي وإن جاءت متأخرة، إلا أنها أعادت إلى القانون الفرنسي الكثير من هيبته ومكانته التي كاد أن يفقدها. ففي الفاتح من أكتوبر عام 2016 شهدت فرنسا تحول ثوري نسبي. حيث تم تعديل نظرية الالتزامات في التقنين المدني الفرنسي بشكل جوهري للمرة الأولى منذ صدور هذا التقنين. وستناقش هذه الجزئية الإصلاحات والتي لم يقتصر مداها على رجال القانون في فرنسا فحسب، بل أثارت اهتمام الكثير خارج فرنسا بما في ذلك الدارسين القانونيين في الجزائر (المطلب الثاني). ولم يكن هذا بسبب التغييرات الجوهرية للتقنين نفسه بل أيضا بسبب الطريقة غير المعتادة التي تم اتباعها لتعديل رمز عمره 210 سنوات اسمه التقنين المدني: لم يكن التعديل بنص يتبناه البرلمان الفرنسي لكنه كان من خلال قرار حكومي*(ordonnance)* [1] (المطلب الأول).

المطلب الأول: إصلاح قانون المسؤولية المدنية الفرنسي

إن ما تم الميول إليه في بادئ الأمر تغطية للعجز المسّجل لدى النظرية العامة للالتزامات في مسألة حماية المتعاقد الضعيف، هو التوجه نحو التوجيه التشريعي للعقد والذي يعدّ تعبير ومصطلح فقهي يقصد به الدلالة لتعدّد الوظائف الحالية للعقد، فلا يحتوي على وظيفة وحيدة، كحال تشريعات الاستهلاك والعمل، باعتبارهما تشريعات خاصة بما أنّ لهما مجالهما الخاص وأحكامهما الخاصة، والتي تمثّل جزء فقط من التوجيه التشريعي للعقد، بل لهذا الأخير عدّة وظائف منها الوظيفة الحمائية، والوظيفة التوجيهية للاقتصاد، مع إمكانية الاهتمام بوظائف أخرى[2]. تجسّدت الحلول التي تم توفيرها

2014 عند استبدال معيار رب الأسرة الحريص كمعيار للسلوك المعتاد الذي يتطلبه القانون بمعيار أكثر حيادية وأقل خيالا هو معيار الشخص المعتاد.

راجع:

- E.M. Meijers, 'La réforme du Code Civil Néerlandais', in E.M. Meijers, Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellendeel 1 (UniversitairePers Leiden, 1954, p. 161.

جان سمتس وكارولاين كالوم ترجمة أ.د نبيل مهدي زوين / كلية القانون – جامعة الكوفة – العراق

"The reform of the French Law of Obligations: les jeux sont faits." Smits, Jan, and Caroline Calomme

مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة –العدد 20، ديسمبر.2017

[1] -Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations .

[2] - Eva MOUIAL-BASSILANA, Réforme du droit des contrats : la symbolique du paradoxe, BJS novembre 2016, n°115r9, p.629 ; v. Dossier spécial in BJS sept. 2016, n° 115j6, p. 508 et s ; Arnaud REYGROBELLET, De l'influence des échéances électorales sur le Code civil , BJS MAI 2017, n°116j3, p.273 ; Hervé LE NABASQUE , Conventions libres et conventions réglementées : faut-il avoir peur de l'article 1161 du Code civil, BJS n°115t4, novembre 2016, n°11, p.p.681-684.

من خلال التوجيه التشريعي بصورة أساسية في إطار التشريعات الخاصة، أين أصبح مركز المتعاقد الضعيف ذو أهمية بالغة عكس ما كان عليه في السابق، بحيث أن قيام تلك التشريعات الخاصة في مجملها هي بسبب اهتمامها المباشر بحماية صفة المتعاقد المعني بمجال تطبيق ذلك التشريع[1]، وتبعا لذلك فإن كل صفة تعاقدية معنية بمجال تطبيقها، فلا يمكن أن يستفيد المتعاقد من الحماية إذا لم يتوفّر على الصفة المحدّدة، ويقصى المتعاقد الضعيف من الحماية إذا لم يتوفّر على تلك الصفة كحال إقصاء فئة المحترفين من الحماية المقرّرة لصفة المستهلك، بداعي تخصيص كل مجال لحماية صفة معينة من المتعاقدين، ولأجل ذلك أصبح التوجيه يوجّه حمايته لصفة المتعاقد الضعيف المحدّدة قانونا، عن طريق قواعد نوعية، تمتاز بالخصوصية والفعالية في مواجهة القواعد العامة ذات العمومية و المحدودية، وهذا الأمر ليس في صالح النظرية العامة للعقد، لأنها تتعرّض لتشتّت أمام تعدّد الحلول التي يمنحها التوجيه التشريعي لكل صفة تعاقدية، ولأجل ذلك فهذا يعدّ مساس بالقواعد العامة.

من جهة أخرى، يبدو أن المساس بكيان القواعد العامة أمرا غير مقبول للغاية، و إن كان التوجيه وفّر حماية جد مقبولة لصفة المتعاقد، لكن البحث عن توفير الحماية لكل من يحمل مركز المتعاقد الضعيف بعيدا عن معيار صفة المتعاقد، يستدعي البحث عن خلفيات جديدة تبعث في المجال التعاقدي، يرجى منها إعادة النظر في القواعد العامة للعقد عن طريق توفير حماية جد مقبولة، ومن جهة أخرى يقصى بها معيار صفة المتعاقد الضعيف كأساس للحماية، وفي هذا الشأن يلعب التضامن التعاقدي أهم دور في هذا الإطار نظرا لطبيعته التكيّفية والمرنة مع جميع المتطلّبات التعاقدية، ومن جهة أخرى يمنح أدوات جديدة لقواعد الحماية في العقد، تنشأ عن طريق مفهوم التضامن التعاقدي، تجسّدت عن طريق مبدأ المساواة ومبدأ التوازن، وبالتالي هنا تكون المحاولة تجديدية لتصوّرات النظرية العامة للعقد.

وعلى إثر ما سبق ذكر سنحاول التطرق في هذا الجزء إلى أهم مشاريع–مقترحات القوانين التي تعني بالمسؤولية المدنية في سياق تجمعات الشركات، لاسيما مشروع الأستاذ كاتالا لإصلاح القانون المدني الفرنسي[2]من حيث أنه استهدف صراحة العلاقات بين الشركة الأم وشركتها التابعة من حيث المسؤولية؛ وكذا القوانين الإرشادية الأوروبية (التوجيهات، الأنظمة الأوروبية) التي غيرت من الاعتماد الدائم على قدسية قانون نابليون لعام 1804 (الفرع الأول)، ومن بعد ذلك سنتطرق لمضامين هاته الإصلاحات (الفرع الثاني).

---

[1]– على سبيل المثال: المحترفين مع قانون المنافسة.

[2]17– مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم في القانون الفرنسي، بيار كاتالا، ترجمة مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي CEDROMA، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، 2009، ص 252.

18– مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم، المرجع نفسه، ص 252.

الفرع الأول: نظرية الالتزام من مشروع كاتالا، إلى غاية تعديل 2016

إن أصل إصلاحات 2016 يعود إلى الفترة التي أعقبت مباشرة الاحتفالات بالذكرى ال200 لتشريع التقنين المدني الفرنسي. في ذلك الوقت واجهت فرنسا اختبارا مؤلما. في عام 2004 وصلت أوربة القانون الخاص إلى أعلى مستوياتها. لم يكن هذا بسبب التعليمات التي أصدرها المشرع الأوربي في مجال قانون العقد، بل بسبب أن هذه الأوربة قد توجت بعدد من المشاريع الأكاديمية. بناء على ذلك فقد تم، في ذلك الوقت، إنجاز مبادئ قانون العقود الأوربي(PECL) [1]) وتم إطلاق مشروع التقنين المدني الأوربي. ضمن احتفالاتهم بتقنينهم فإن الفرنسيين كان عليهم الاستنتاج بأن هذا القانون الفرنسي لم يكن له أثر كبير على هذه التشريعات الأوربية. لقد كانت الحلول المطروحة في التشريعات الأوربية معتمدة على القانون الألماني أو القانوني الانكليزي أو على التقنين المدني الهولندي المعاصر لعام 1992 أكثر من اعتمادها على قواعد القانون الفرنسي التي يصل عمرها إلى القرنين إضافة إلى ذلك فقد نشرت الطبعة الأولى من التقرير المشهور اليوم بـــ "ممارسة الأعمال التجارية " من البنك الدولي. لقد قام هذا التقرير بتصنيف الأنظمة القانونية بناءا على جذبها للتجارة الدولية وقد كانت فرنسا في المرتبة الرابعة والأربعين. لقد خلقت هذه المستجدات زخما وإرادة سياسية لإصلاحات كبيرة في القانون الخاص في فرنسا. بالإضافة إلى تعزيز الثقة القانونية بالتشريع من خلال تقنين التطبيقات القضائية فقد كان المبرر الرئيسي للإصلاحات الحالية هو تطوير الجذب الذي يحظى به القانون الفرنسي على النطاق الدولي. كما أن مبررا آخر كان تنشيط ما يعرف بالعدالة العقدية من خلال تعزيز المركز القانوني للجانب الأضعف في العقد.

إن من الطرق التي تستعمل عادة في إصلاح تقنين مدني هي إعداد المسودة الأولى من الأكاديميين الحقوقيين وهي علامة على التعاون الوثيق في الأنظمة القانونية التي تتبع الشريعة اللاتينية بين الأكاديميين من جهة وبين السلطة التشريعية من جهة أخرى. إن هذا ما حدث في فرنسا بخصوص الإصلاحات محل البحث ففي عام 2005 نشرت لجنة برئاسة أستاذ القانون المتقاعد بيير كتالا (1903–2012) مسودة لمشروع قانو التعديل. ضمت اللجنة عددا لا يقل عن 37 عضوا من

[1] -Chambre de commerce et d'industrie de Paris, Étude de faisabilité pour un droit européen des contrats - Réaction de la CCIP, juin 2011, sur site internet :
« Étude de faisabilité lancée par la Commission européenne », mai 2011

تخصصات مثلوا جميع تخصصات القانون الفرنسي الخاص وهو السبب الذي جعل المسودة فرنسية بحتة وخالية من الإشارة إلى قانون العقود الأوربي (PECL) أو حتى القواعد ذات الأصل الأوربي. في مقابلة هذه المسودة فإن محاولة أكثر تقدمية لإصلاح التقنين المدني الفرنسي قد قدمت من أستاذ قانون آخر من جامعة باريس هو الأستاذ فرانسوا تيريه (عام 1930–2008). نشرت هذه المسودة عام 2008 من قبل وزارة العدل الفرنسية ذاتها وشكلت أساسا للإصلاحات موضوع البحث .[1]

إن من أهم الأسباب الرئيسية التي تدفع الأنظمة القانونية التي تتبع الشريعة اللاتينية لتقنين التشريعات هو السماح للسلطة التشريعية المنتخبة بشكل ديمقراطي من المشاركة في صناعة القانون. عكس ما يشير إليه المصطلح فإن التقنين لا يتضمن تقنين السوابق القضائية بل يتعداها إلى تبني العديد من الخيارات الأخرى كمستوى الحماية التي يجب أن يتمتع بها الطرف الضعيف في العقد ومدى الحرية التي تمنح للمحكمة في ذلك. عندما أعدت مسودة القانون المدني الهولندي فإن البرلمان الهولندي قد طلب منه الإجابة على خمسين سؤالا طرحت من ميجرس. غير أن الإجراءات الديمقراطية لها ثمنها فهي ليست بطيئة فحسب لكن البرلمان يجب أن يكون راغبا في الموافقة على التعديلات المقترحة. إن هذه الموافقة قد سببت إشكالية في فرنسا. لقد ظلت الآليات المناسبة التي يجب اتباعها في هذه الإصلاحات محل جدل طويل بين الحكومة والجمعية الوطنية (أحد ذراعي البرلمان) من جهة وبين مجلس الشيوخ (الذراع الآخر للبرلمان) من جهة أخرى لقد كانت الحكومة والجمعية الوطني يفضلان الإصلاح من خلال مرسوم (ordonnance) بينما كان مجلس الشيوخ مؤيدا لفكرة إصدار نص تشريعي جديد. إن وجهة النظر الأخيرة كانت مفهومة تماما حيث أن التقنين المدني الفرنسي بشكل دستور المجتمع المدني لذا سيكون تعديله من خلال الأوامر الحكومية أمرا مهينا. على أية حال فإن مجلس الشيوخ قد خسر الرهان فقد قدمت الحكومة عام 2013 مشروعا يستند إلى السلطات الخاصة التي منحتها إياها المادة 38 من الدستور الفرنسي[2] يسمح للحكومة تغيير نظرية الالتزامات في التقنين المدني الفرنسي بحلول عام 2015 وبعد مواجهة طويلة بين ذراعي البرلمان الفرنسي تمت الموافقة على المشروع الذي أطلق العنان للنقاش حول نصوص الإصلاح.[3]

- [1]محمد عرفان الخطيب، إضاءة على مشروع قانون إصلاح نظرية المسؤولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي الحديث: المبررات والنتائج، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، أفريل 2019، ص.ص.12–37.

[2]– تقتضي المادة 38 من الدستور الفرنسي بجواز طلب الحكومة تفويضا من البرلمان لمدة محددة لاتخاذ إجراءات تدخل في اختصاص القانون من أجل تنفيذ برنامج حكومي.

- [3]أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية –لمحات في بعض المستحدثات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع "القانون أداة للإصلاح والتطوير" المنعقد في يومي 9 و 10 ماي 2017، منشور في ملحق خاص –العدد 2– الجزء الثاني، نوفمبر 2017، ص.ص.285–337.

لم يكن هذا النص متعلقا بنظرية العقد فقط بل يتناول نظرية الالتزامات بصورة عامة كما يتناول قانون الإثبات أيضا. إن طرح النص للتشاور أمام الكافة أنتج أكثر من 300 رد مكتوب من جميع فعاليات المجتمع الفرنسي. صدر الأمر في فبراير من عام 2016. لا زال الأمر يحتاج مصادقة البرلمان لكن عدم المصادقة لا يمنع الأمر من دخوله حيز النفاذ في الأول من أكتوبر 2016. إن الإصلاحات القادمة وشيكة الوقوع، فلقد نشرت مسودة أولى للإصلاحات في المسؤولية المدنية وكانت قانون ملزما عام 2017 .

الفرع الثاني: مضامين الإصلاح التشريعي الوارد بالمرسوم 2016-131 المتعلق بالعقود والالتزامات

إن القارئ لمضامين الإصلاح التشريعي من الناحية الشكلية يلاحظ أم سمة تميز بها ألا وهي إعادة تبويب وبناء خطة نظرية الالتزام أعاد المشرِّع الفرنسي هيكلة الكتاب الثالث من القانون المدني مختزلا بعض تقسيماته، حيث أخضع هذا الكتاب لتعديلات جوهرية، وذلك في الأبواب الثالث والرابع والرابع مكرر منه. وبترتيب هذه الأبواب، فقد كانت تتناول قبل الإصلاح العقود والالتزامات الاتفاقية بوجه عام (الباب الثالث)، ثم التعهدات غير الاتفاقية (الباب الرابع)، وأخيراً المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة (الباب الرابع مكرر). أما بعد الإصلاح، فقد باتت موزعة كالتالي: الباب الثالث: مصادر الالتزام (المواد من 1100 إلى 1303 / 4)، الباب الرابع: أحكام الالتزام (المواد من 1304 إلى 1352 / 9). الباب الرابع مكرر: إثبات الالتزامات (المواد من 1353 إلى 1386 / 1). وتتميز خطة المشرِّع في إعادة هيكلة هذا الكتاب بالوضوح والمنطق، حيث قسمه كالتالي:

- اختزل الباب الثالث والمخصص لمصادر الالتزام في ثلاثة فصول خصص كلا منها لمصدر من مصادر الالتزام، وهي على التوالي: العقد، والمسؤولية غير العقدية، والمصادر الأخرى للالتزام.
- أما الباب الرابع والمخصص لأحكام الالتزام، فقد تم تقسيمه إلى أربعة فصول، تناولت صور الالتزام، والتصرفات التي ترد على الالتزام، والدعاوى القانونية المخولة للدائن، وأخيرا انقضاء الالتزام.
- وأخيراً، فقد جاء الباب الرابع مكرر والمخصص لإثبات الالتزام موزعاً على ثلاثة فصول تناولت بالترتيب الأحكام العامة، القابلية للإثبات، وأخيرا طرق الإثبات.

إلا أن الأمر لم يقف عند هذا الحد بحيث عرف القانون المدني الفرنسي تعديلا آخر بتاريخ 20 أبريل 2018[1]، سماه البعض[2] بإصلاح الإصلاح « la réforme de la réforme » أين كانت الغاية منه المصادقة على المرسوم الصادر في 10 فبراير 2016 وكذا تعزيز فاعلية قواعد القانونية المدني لتغيير منحى تعقيب المدرسة القانونية الأنجلوسكسونية في جذب الاستثمار[3]، الأمر الذي أدى إلى ردود فعل ومناقشات، محتدمة في بعض الأحيان ، فيما يتعلق بآثاره ، الفعلية أو المحتملة ، **في مجال قانون الشركات**. لاسيما في بعض التعديلات التي اعتبرت طفيفة فيما قد يتعلق بنقل الحقوق الاجتماعية – في مسائل التدليس والشروط التعسفية، على سبيل المثال– ولكنها من ناحية أخرى قد اعتبرت إطار قانوني جديد تم إنشاؤه بشأن نقاط أخرى سيما فيما يتعلق بأهلية الشركة أو تمثيلها في العقد[4].

فقد تم تقسيم هاته التعديلات إلى ثلاث، أولها **أحكام لا تخص الشركات**، والتي لن يتم معالجتها في هذه الدراسة – فنجدها تتعلق فقط بالأشخاص الطبيعيين[5] أو عقد معين[6]–؛ **ثانيها الأحكام المتعلقة بالشركات عرضياً، بشكل هامشي أو غير مباشر**، التي لها تأثير على العقود المبرمة من قبل الشركة أو فيما يتعلق بالشركة، وهي عديدة للغاية –[7]؛ حيث صاغ المشرع الفرنسي في المواد من 1162 إلى 1171 ولأول مرة نظرية مضمون العقد؛ وكذلك صاغ في المواد 1172 الى 1187 نظرية عامة لبطلان التصرف القانوني، فضلا عما أوضحه في المواد 1188 ، 1192 من نظرية جديدة لتفسير العقد ، وأشار في المادة 1193 الى عدم جواز الغاء العقد إلا بالتراضي، وأوضح في المواد 1193

[1] - L.nº 2018-287, 20 avr. 2018: JO, 21 avr. 2018.

[2] - Anis FAYED, La réforme du droit des contrats, La revue Le Petit Juriste, n° 26, Avril 2014, p.16 ; Louis Thibierge, les effets du contrat, AJ.Contrat, Dalloz, version numérique, .n° 11, Novembre 2017, p.257

[3] - « …L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, a été publiée au Journal officiel du 11 février 2016. En conséquence, le dépôt d'un projet de loi de ratification, en date du 6 juillet 2016, a permis de conserver sa pleine valeur à la réforme réalisée. Certes, le renouvellement de l'Assemblée nationale, consécutif à l'élection présidentielle du mois de mai 2017, a provoqué, mécaniquement, un décalage dans le temps assez important pour que la loi de ratification puisse, finalement, voir le jour. En définitive, il aura fallu plus de 3 ans pour que soit actée, dans le Code civil, une réforme d'une ampleur sans doute sans équivalent, dans le domaine du droit commun des contrats, depuis 1804. La publication au Journal officiel du 21 avril 2018 de la loi n° 2018-287 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 constitue le terme d'un parcours parlementaire assez fourni, dès lors que cette loi aura suscité deux lectures devant chacune des assemblées parlementaires et la réunion d'une commission mixte paritaire conclusive… » ; in Jean-François BARBIERI, Les aspects de droit des sociétés de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats , JBS. 2018 , p.p.214 et s.

[4] - Jean-François BARBIERI, loc.cit.

[5] - Restitutions dues par mineur non émancipé (C. civ., art. 1352-4).

[6] - Par exemple, contrat de prestation de service (C. civ., art. 1165).

[7] -en premier lieu il y a Les dispositions concernent la **cession de contrats** on en trouve le sujet de sort des sûretés (C. civ., art. 1216-3). ; en deuxième lieu on en a les dispositions concernant **l'inexécution du contrat** « …on en trouve celle de l'Obtention d'une réduction du prix (C. civ., art. 1217 et C. civ., art. 1223) et aussi de l'exécution en nature (C. civ., art. 1221)… » ; en troisième lieu celles concernant **le régime des obligations** « …on en trouve ; Renonciation à une condition (C. civ., art. 1304-4); inopposabilité de la déchéance du terme aux cautions (C. civ., art. 1305-5)… » ; et en dernier lieu en ce qui concerne les disposition relative à la **cession de dette** ainsi que la **compensation** « …il y a l' Exigence d'un écrit (C. civ., art. 1327); l'opposabilité au créancier (C. civ., art. 1327-1); le sort des sûretés consenties par le débiteur originaire (C. civ., art. 1328-1) ; et l'Opposabilité par la caution (C. civ., art. 1347-6)… ».

الى 1202 آثار العقد من حيث الأشخاص .وفضلا عن ذلك ما قرر بالمواد 1203 الى 1209 نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، وما أوضح في المواد من 1211 الى 1215 نظرية تجديد العقد.

ضف لذلك ما يتعلق بنظرية التنازل عن العقد في المادة 1216، ونظرية الاخلال بالعقد في المادة 1217، وميز بين القوة القاهرة والعائق المؤقت في المادة 1218 ، وتحدث عن نظرية الدفع بعدم التنفيذ في المادة 1219و1220، وصاغ نظرية خيارات الدائن عند الاخلال بالعقد في المادة 1231.

أما المواد من 1240 وما يليها فقد صاغ المشرع المسؤولية التقصيرية وتقسيماتها من حيث المسؤولية عن الفعل الشخصي، المسؤولية عن فعل الغير، المسؤولية عن الاشياء.
وما عالجته المادتين 1304، 1305 لأحكام الشرط والأجل ،كما صاغ المشرع أحكام الالتزام البدلي في المادة 1307، والالتزام التخييري في المادة 1308، والتضامن الايجابي والسلبي في المواد 1310الى 1319.
فضلا عما صاغه المشرع في المواد من 1321 الى 1328 عن الحوالة ، وأشار في المواد من 1342إلى 1346 إلى انقضاء الالتزام ، بينما صاغ نظرية جديدة للإثبات في المواد من 1352 إلى 1386.

أما عن الفئة الثالثة فهي الأحكام **التي تؤثر بشكل مباشر على الشركات،** فمن ناحية نجد سيما فيما يتعلق بحوالة الحقوق الاجتماعية (الأسهم أو الحصص)[1] لا سيما المادة 1112 من القانون المدني

[1] - les principales incidences pour le droit des sociétés de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance de 2016 est, en conséquence, subdivisée en deux étapes ; d'une part les contrats auxquels la société est partie (**La capacité de contracter (C. civ., art. 1145, al. 2) ; et La représentation au contrat (C. civ., art. 1161)**) ; dont il faut préciser que La position consistant à se référer à des règles relatives au pouvoir des dirigeants de sociétés, et donc à leur fonction de représentation de celle-ci à un acte, pour prétendre traiter d'une question relative à la capacité d'une société est une voie qu'il conviendrait ne pas emprunter. Si la capacité d'une personne et la représentation de celle-ci à un acte sont des questions liées, elles ne se confondent pas. Cela est vrai pour les personnes physiques comme pour les personnes morales. Lorsque les articles 1849 du Code civil et L. 221-5 du Code de commerce disposent, respectivement pour la société civile et la société en nom collectif, que «dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social », ils ne font qu'exprimer une règle relative au pouvoir d'engagement d'une société par son représentant, qui est la conséquence logique du principe de spécialité auquel la société est elle-même soumise et qui limite sa capacité aux actes procédant de la réalisation de son objet. Il en est de même pour les SARL ou les sociétés par actions qui relèvent, de manière identique, du principe de spécialité des personnes morales. Ce n'est pas parce que les articles L. 223-18 et L. 225-56 du Code de commerce disposent que « la société est engagée même par les actes du gérant (ou directeur général) qui ne relèvent pas de l'objet social» que cela change quoique ce soit sur le terrain de la capacité de la société. Il s'agit là d'une règle relative au pouvoir de représentation de la société à un acte. La preuve en est fournie par les mêmes textes, que l'on oublie le plus souvent de citer dans leur intégralité (sans doute par simple négligence) qui retiennent que la société n'est pas engagée si « la société prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts constitue cette preuve ». Une telle règle n'a de sens que, justement, parce qu'elle rappelle que, fondamentalement, toute société voit sa capacité limitée aux actes permettant la réalisation de son objet social. Les articles L. 223-18 et L., 224-56 du Code de commerce, ne traitent aucunement de la capacité des sociétés commerciales visées mais n'ont aucunement comme objectif que de faciliter l'activité de ces

الفرنسي عندما تطرقت لنظرية المفاوضات العقدية، ونظم الالتزام بالإعلام وحدوده وعبء اثبات القيام به وجزاء الاخلال به. **ضف لذلك ما تطرق إليه المشرع في المواد من 1130 الى 1144 احكام**

---

sociétés, en retenant une règle de faveur relative au pouvoir du représentant de la société d'accomplir des actes. Il faut tout de même clairement affirmer qu'il n'existe aucune règle spéciale relative à la capacité desdites sociétés qui leur permettrait d'accomplir des actes qui ne participent pas de la réalisation de leur objet social. Les articles précités confortent au contraire le principe de la spécialité des personnes morales et l'on ne peut que regretter que la confusion **entre la représentation et la capacité** ait pu être entretenue sur ce point ; Pour plus de précision cf.André J.-R., Sociétés civiles et article 1145 nouveau du Code civil: validité de la vente n'entrant pas dans l'objet social mais autorisée à l'unanimité des associés », Bull. CRIDON Paris, 1 nov. 2017, nº 21; article également publié au JCP N 2017, 1316, spéc. n° 47 ; André J.-R. et Storck M., La capacité juridique des sociétés civiles », JCP N 2017, 1310; Zattara-Gros A.-F., « La nécessaire restriction du domaine du nouvel article 1145 sur la capacité des personnes morales JCP N 2017, 1269; Zattara-Gros A.-F. et Dupouy N., « La capacité des sociétés après la réforme du droit des obligations: enjeux théoriques et pratiques», JCP N 2017, 1328.

[1] - Joyeux B. et Vuidès P., étude préc., Defrénois 21 sept. 2017, nº 127m2, p. 11.)

Et d'autre parts ; les contrats relatifs à la cession de droits sociaux -parts sociales ou actions- (**La phase précontractuelle et réparation du préjudice en cas de faute lors des négociations** (C. civ., art. 1112), ainsi que **la phase de l'émission d'une offre** de contracter sauf en cas de passage directe à la signature du contrat définitif, qui peut émaner du cédant comme du cessionnaire ; L'ordonnance avait retenu, à l'alinéa 2 de l'article 1117, la règle selon laquelle l'offre de contrat était caduque en cas d'incapacité ou de décès de son auteur. La loi du 20 avril 2018 vient compléter ce texte en prévoyant que la caducité de l'offre résulte également « du décès de son destinataire » ; aussi pour la **phase de modification du contrat pour imprévision** dont on trouve *Le maintien de la règle pour les cessions de parts sociales* (C. civ., art. 1195) *; La suppression de la règle pour les cessions de titres émis par des sociétés par actions* (*Techniquement, c'est par une adjonction d'un article L. 211-40-1 au Code monétaire et financier* que le législateur a procédé. Ce texte dispose que « l'article 1195 du Code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code ». La précision doit ici être apportée que ce texte n'est applicable qu'aux actes juridiques conclus ou établis à compter du 1er octobre 2018 (art. 16, I).

La modification du périmètre d'application de la révision du contrat pour imprévision est importante pour le monde des affaires. L'identification des hypothèses visées par l'exclusion est indispensable et permet d'en mesurer la portée. L'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, auquel il est fait renvoi, couvre en définitive tous les titres qu'une société par actions (SA, SCA, SAS) peut émettre. Ce texte précise en effet que les titres financiers sont les titres de capital et les titres de créance émis par une société par actions. Dans la première catégorie se trouvent donc les actions, sous leur diversité admise (actions ordinaires ou de préférence) et la seconde regroupe les obligations (simples ou composées). On notera en outre que se trouvent également visées par l'exclusion de l'application des dispositions relatives à l'imprévision, les parts ou actions d'organismes de placement collectif.

Cette mise à l'écart du dispositif normatif, qui fait place à **la théorie de l'imprévision dans le Code civil**, apparaît logique dès lors que, dans la plupart des cas, le risque constitue le principal facteur pris en compte lors de la conclusion de tels contrats et que des stipulations conventionnelles sont déjà utilisées, notamment par le recours à la clause dite **Material Adverse Change** (MAC). La possibilité d'invoquer l'article 1195 du Code civil constituerait une *contradiction au regard de l'économie générale* sur laquelle reposent ces opérations. Toutefois, de nombreuses cessions d'actions ne se réalisent pas dans un contexte de pari sur un avenir économique incertain, qui justifierait que l'article 1195 du Code civil soit, par principe, tenu à l'écart.

Aussi L'article 1195 du Code civil est inapplicable aux contrats financiers. Comme cela a été évoqué à propos du libellé d'une obligation de payer en devise étrangère (**Délimitation des cas de recours à la référence à une monnaie autre que l'euro (C. civ., art. 1343-3).** , il s'agit des contrats qui figurent sur une liste fixée à l'article D. 211-1 A du Code monétaire et financier. Cela vise, notamment, les contrats d'option, les contrats à terme, les contrats d'échange, les accords de taux, etc.

De manière plus évidente encore que pour les opérations portant sur des actions de sociétés, il ne saurait y avoir de place pour une correction par le juge des stipulations du contrat puisque le changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion constitue justement la raison d'être du contrat, changement redouté par l'un et souhaité par l'autre.

In : Le Nabasque H., « L'imprévision et les cessions de droits sociaux », BJS sept. 2016, n° 115m4, p. 538; Gaudemet A., « Cessions de droits sociaux : faut-il avoir peur de l'article 1195 du Code civil ? », BJS déc. 2016, n° 115u9, p. 685.

جديدة عن عيوب الارادة لاسيما عيب الاكراه، وتخصيص تعريف الإذعان لأول مرة بالمادة 1110. **ومن ناحية أخرى** نجد ما يخص الاتفاقيات المبرمة بين الشركة والقائمين بإدارتها أو مساهميها سيما عندما **صاغ المشرع في المواد من 1153 إلى 1161 نظرية جديدة للنيابة بالتعاقد** [1] التي قد تشكل تهديدا في شأن الاتفاقيات المبرمة بين الشركات المنتمية لنفس التجمع وبخاصة في فرضية وحدة القائمين بالإدارة.

وهو الأمر الذي سيتم تبيانه تباعا للتطرق لمضامين الإصلاحات التشريعية من الناحية الموضوعية التي ترمي بصورة عامة إلى واحد من ثلاثة أهداف؛ أولها تغيير القواعد القانونية الموجودة، أما ثاني هدف فهو تقنين القانون الوضعي لما توصل إليه القضاء والفقه، وأخيرا قد يكون هدف الإصلاحات تقديم نصوص ذات طبيعة نظرية وتنظيمية لن يكون لها ذاك الأثر العملي على تطبيق القانون[2].

[1] - L'interdiction de la contrepartie et de la double représentation a pénétré le Code civil (C. civ., art. 1161). Faut-il craindre qu'elle perturbe le droit des sociétés lorsqu'une convention est conclue entre une société et son représentant légal ou entre deux sociétés ayant le même représentant ? in :Hervé LE NABASQUE , Conventions libres et conventions réglementées : faut-il avoir peur de l'article 1161 du Code civil, BJS n°115t4, novembre 2016, n°11, p.p.681-684 ; Mortier R., «Conflits d'intérêts : pourquoi et comment appliquer aux sociétés le nouvel article 1161 du Code civil », Dr. sociétés 2016, étude 11; Couret A. et Reygrobellet A., « Le droit des sociétés menacé par le nouvel article 1161 du Code civil », D. 2016, p. 1867.

[2] - « …. En ce qui concerne **Les enjeux de la ratification** *;* Assez rapidement après la publication de l'ordonnance du 10 février 2016, la question du contenu de la loi de ratification est entrée en débat et, pour l'essentiel, deux clans opposés se sont identifiés. Pour certains, il fallait s'en tenir à une ratification minimale (cf. Mekki M., « Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des contrats », Gaz. Pal. 24 oct. 2017, n° 305y0, P. 11.), voire «sèche » (cf. Molfessis N., « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », JCP G 2017, p.1045.), telle que le projet de loi déposé en juillet 2016 l'envisageait. Pour d'autres, il fallait profiter de l'occasion fournie au législateur de se réapproprier cette réforme et de procéder, comme il en a le droit, à des modifications importantes, l'idée d'une réforme de la réforme ayant fait son chemin. Le résultat est sans doute celui d'une ratification qui respecte les grands principes et équilibres mis en œuvre dans l'ordonnance mais qui est accompagnée de quelques modifications sensibles, allant au-delà de simples corrections formelles ou éclaircissements ponctuels. Il est probable que c'est au regard de son incidence pour le droit des sociétés que la réforme du droit commun réalisée par l'ordonnance de 2016 a suscité le plus de commentaires, et de débats, ainsi qu'en témoignent les très nombreuses publications[2]. Pour l'essentiel, les difficultés que pouvait faire naître le droit nouveau, contenu dans le Code civil, tenaient à la confrontation, dans un rapport de droit commun à droit spécial, avec les dispositions en vigueur dans cette branche du droit, en ce compris les positions jurisprudentielles qui, sur certains points, jouent un rôle majeur (cf. Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats » dossier sous la direction de Le Nabasque H., avec les contributions de Dondero B., Le Nabasque H., Fages B. et Reygrobellet A., BJS sept. 2016, n° 115j6, p. 508; Lecourt A., « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés: aspects théoriques et pratiques », RTD com. 2016, p. 767; « Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats », dossier avec les contributions de Massart T., Caffin Moi M., Schlumberger E., Buchberger M., Hamelin J.-F., Bahbouhi S. et Docq S., Actes prat. ing. sociétaire 2016, n° 147; La réforme du droit des contrats, Incidences sur la vie des affaires, Actes du colloque université Lyon 2 tenu le 24 mars 2017, Barrière F. (dir.), LexisNexis, FNDE ; Saintourens B., «Company Law and the Reform of Ordinary Contract Law », Montesquieu Law Review déc. 2017.) .

أولا – التقريب بين القانون الفرنسي وغيره من القوانين الأوروبية في العديد من المواضع

لعل أهمها موضعين خرج فيهما المشرِّع خروجا صريحا على مسلمات قانون نابليون، وهي إلغاء فكرتي محل العقد وسببه، واستبدالهما بفكرة مضمون العقد (م 1128)، واستحداث نظرية الظروف (أو الحوادث) الطارئة (م 1195). حيث تركز اهتمام واتجاه المشرِّع الفرنسي نحو تحديث وتبسيط المصطلحات والمفاهيم القانونية وفقا للمادة 1108 مدني فرنسي (ملغاة)، فقد كان يلزم لانعقاد العقد صحيحا توافر أربعة شروط هي: توافر رضاء المتعاقد الملتزم، وتوافر الأهلية اللازمة له للتعاقد، توافر محل محدد للالتزام، وأخيرا وجود سبب للالتزام، إلا أن مرسوم 10 فبراير2016 قد أحدث تغييرا جوهريا في هذا الصدد، فقد اكتفت المادة 1128 منه (والتي حلت محل المادة 1108) بضرورة توافر ثلاثة شروط، مع التعديل في صياغتها، متمثلة في رضاء طرفي العقد، وتوافر الأهلية اللازمة للتعاقد بالنسبة لهما، وأخيرا أن يكون مضمون العقد مشروعا ومحددا[1]، والمستحدث في هذا النص من عدة وجوه:

أ- **الأخذ بفكرة «مضمون العقد» بديلاً عن فكرتي محل العقد وسببه:**

من أهم ما تضمنته إصلاحات المشرِّع الفرنسي لنظرية العقد، إذ إنه أدمج فكرتي المحل والسبب تحت مفهوم واحد هو مضمون العقد le contenu du contrat ، فاشترط لصحة العقد أن يكون «مضمون العقد » مشروعا ومحدداً، وذلك بالمقابلة لنص المادة 1108 مدني ملغى والذي كان يضع المحل والسبب من بين الأركان اللازمة لانعقاد العقد صحيحًا، وبهذا يكون قد استغنى صراحة عن هاتين الفكرتين كركنين في العقد، وأحل محلهما فكرة "مضمون العقد" ولعل أهم ما دعا المشرِّع إلى هذا الدمج والاستغناء عن فكرتين كانتا على مدار ما يزيد على قرنين من الزمان حجر الزاوية في نظرية العقد، هو رغبته في تبسيط المفاهيم الأساسية لهذه النظرية[2]، إذ تتميز فكرة مضمون العقد بأنها تحقق ثلاث وظائف رئيسة هي التحقق من مشروعية العقد ووجود محل الالتزام والتعادل بين الأداءات في العقد. ولهذا فقد ارتأى المشرِّع أن بإمكان هذه الفكرة أن تقوم بذات الدور الذي كان يقوم به كل من فكرتي المحل والسبب، مع تفادي العديد من الصعوبات التي كانت تكتنف كلا منهما: فمن الممكن أن تقوم فكرة مضمون العقد بدور المحل في التحقق من كون الأداء موجوداً ومحدداً ومشروعاً، كما يمكن أن تقوم

[1] - Art. 1128:«Sont nécessaires à la validité d'un contrat: «1° Le consentement des parties; «2° Leur capacité de contracter; «3° Un contenu licite et certain».

[2] - Aurélien Bamdé, La licéité du contenu du contrat ou la conformité de ses stipulations et de son but à l'ordre public,https://aurelienbamde.com/2017/02/28/la-liceite-du-contenu-du-contrat-ou-la-conformite-deses-stipulations-et-de-son-but-a-lordre-public/

أيضاً بدور السبب في التحقق من وجود الالتزام المقابل والتحقق من مشروعية العقد وعدم مخالفته للنظام العام والآداب[1]، على أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا أن ثمة «تحولا » جوهريا قد طرأ على جوهر نظرية العقد، فالأمر لا يعدو أن يكون «انصرافا» عن فكرتي المحل والسبب إلى فكرة أكثر بساطة ووضوحا منهما لتقوم بذات الدور الذي كان لهما معا، خاصة فيما يتعلق بالصعوبات العملية التي واجهها القضاء بشأن تحديد مفهوم السبب. وقد أفصح التقرير المرفق بالمرسوم والمقدم إلى رئيس الجمهورية صراحة من أنه "نظرا لصعوبة وضع تعريف محدد لمفهوم السبب ... وما وجه إليه من انتقادات من جانب من الفقه بحسبانه مبعثا لعدم اليقين القانوني وعائقا دون فاعلية القانون، فقد استقر الخيار على عدم الإبقاء على هذا المفهوم، واستبداله بقواعد أكثر وضوحا، بحيث تتيح للقاضي الوصول إلى ذات النتائج مع تجنب الصعوبات التي يثيرها مفهوم السبب".[2]

ب- زوال السبب، مع الإبقاء على دوره:

حقق هجر المشرِّع الفرنسي لفكرة السبب بما يكتنفها من صعوبات ميزة مزدوجة للقانون الفرنسي، الأولى هي تقاربه وانسجامه مع العديد من قوانين العديد من الدول التي سبقت في هذا الاتجاه، والثانية هي تكريس إعادة التوازن في العلاقات العقدية، والتي كان القضاء الفرنسي قد خطا في سبيلها خطوات واسعة مستبقا عمل المشرِّع [3]. وعلى الرغم من استبعاد «مصطلح» السبب وزواله كركن في العقد، إلا أن المشرِّع قد أبقى على «وظائفه»، وذلك من خلال الاعتماد على فكرتي المشروعية والتوازن العقدي[4]. ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 1162 مدني من بطلان العقد حال مخالفة شروطه أو الغرض منه للنظام للعام. وكذلك ما نصت عليه المادة 1170 من بطلان الشروط العقدية التي تجرد الالتزام الرئيس من ماهيته. وكذلك ما نصت عليه المادة 1178 من بطلان العقد الذي لا يستجمع شروط صحته، وتطبيقا

---

[1] – وهو ما كانت تنص عليه المادة 1131 مدني فرنسي (ملغاة) من أن «الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب sans cause ، أو كان مبنيا على سبب غير صحيح . ...une fausse cause

[2] - Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/article_snum1:

«Face à la difficulté de donner à la notion de cause une définition précise, qui en engloberait tous les aspects, face aux critiques dont elle est l'objet tant de la part d'une partie de la doctrine que de la pratique, qui la perçoit comme un facteur d'insécurité juridique et un frein à l'attractivité de notre droit, il a été fait le choix de ne pas recourir à cette notion, pour la remplacer par des règles aux contours mieux définis, permettant au juge de parvenir aux mêmes effets, tout en évitant le contentieux abondant que suscite cette notion. »

[3] - Le Rapport, préc. http://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/suppression-de-la-cause-reforme-du-droit-des-contrats-du-regime-general-etde-la-preuve-des-o/h/fe09f919390662f42623c56689c43919.html

[4] - Denis PHILIPPE, La réforme du droit des contrats en droit français, Congrès de l'IDEF, 22 avril 2016.

لذلك فإن العقد يقع باطلا متي كان مضمونه غير مشروع أو غير محدد وفقا لما نصت عليه المادة 1128[1].

ت- إقرار المشرِّع نظرية الظروف الطارئة :

لم يكن المشرِّع المدني الفرنسي يعرف نظرية الظروف الطارئة حتى صدور مرسوم 10 فبراير 2016، كما كان القضاء الفرنسي معارضًا لها، منذ صدور حكم محكمة النقض الشهير في دعوى Canal de Craponne[2]، فحظر على القاضي أن يتدخل في إعادة التوازن بين طرفي العقد عند حصول ظروف غير متوقعة، إيمانا منه بأن ضمان الأمن العقدي أولى من تحقيق العدالة[3]، إذ لا يجوز للقاضي أن يدخل على العقد شروطا جديدة ويحلها محل الشروط التي سبق أن ارتضاها طرفاه. وفي تطور هام لمسلك محكمة النقض أبدت قدرا من المرونة نحو إعادة النظر في شروط العقد عند تغير الظروف، ففرضت في حكم لها بتاريخ 3 نوفمبر 1992 – وللمرة الأولى – التزاما بإعادة التفاوض بحسن النية في العقود التي يعتريها حالة من عدم التوازن العقدي [4]. وبدوره فقد خرج الناظم الفرنسي على الجمود التشريعي إزاء هذه الحالة، فتبنى صراحة فكرة مراجعة شروط العقد وإعادة التفاوض عليها بما يعيد التوازن بين طرفي العقد عند وقوع ظروف غير متوقعة. وفي ذلك نصت المادة 1195 مدني على أنه: «إذا طرأت ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا بدرجة كبيرة للمتعاقد الذي لم يقبل تحمل المخاطر، جاز له أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض، على أن يستمر في تنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض. وفي حال رفض أو فشل إعادة التفاوض، فإنه يجوز للطرفين الاتفاق على فسخ العقد في الوقت وبالشروط التي يحددانها، أو أن يطلبا من القاضي تحديد مصير العقد. فإذا لم يتفق الطرفان خلال مدة معقولة، جاز للقاضي، بناء على طلب أحدهما مراجعة شروط العقد أو إنهاءه في الوقت وبالشروط التي يحددها » [5]. ولا يتسع

---

[1] - Eva MOUIAL-BASSILANA, Réforme du droit des contrats : la symbolique du paradoxe, BJS novembre 2016, n°115r9, p.629.

[2] - Cass. civ., 6 mars 1876 ; in : Houtcieff D., Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », Gaz. Pal. 17 avr. 2018, n° 32197. p. 14; Mazeaud D., « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats», D. 2018, p. 912.

[3] - la sécurité contractuelle un impératif devant primer sur l'équité.

[4] - CAss. Com. 3 Novembre 1992 N°90-18547 «Huard».Https://Www.Legifrance.Gouv.Fr/Affichjurijudi.Do?Idtexte=Juritext000007029915.

[5] - Art. 1195:«Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».

المقام – بطبيعة الحال – لتفصيل القول في شروط تطبيق هذا النص، ومن ثم نكتفي بالإشارة إلى أنه يلزم لتطبيقه توافر ثلاثة شروط: فيجب أن يقع حادث خارجي عن طرفي العقد (كظروف السوق، أو أزمة اقتصادية، أو اضطرابات سياسية). كما يجب أن يترتب على هذا الحادث أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا بدرجة كبيرة، وأخيرا يجب ألا يكون المتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه مرهقا قد قبل مسبقا تحمل مخاطر التنفيذ المرهق حال تغير ظروف العقد. ويتفرع عن هذا الشرط نتيجة هامة، وهي أن نص المادة 1195 مدني ليس آمرا، وبالتالي فهو لا يتعلق بالنظام العام، إذ يمكن للمتعاقدين مخالفته، بالاتفاق على قبول تحمل ما قد ينشأ عن تغير ظروف العقد من مخاطر التنفيذ المرهق.

إن أهم ما يعنينا في هذا المقام هو ما قرره النص بشأن أثر تغير ظروف العقد، وكيفية إدارة العقد أثناء هذه الفترة، حيث يمكن التمييز بين ثلاث مراحل في هذا الصدد، تتدرج فيها إدارة العقد من مرحلة يتمتع فيها المتعاقدان بحرية كاملة في استبعاد تدخل القاضي في علاقتهما العقدية، إلى مرحلة تتقلص فيها هذه الحرية باتفاقهما معا على اللجوء إلى القاضي لتحديد مصير العقد، إلى مرحلة يفقد فيها المتعاقدان تماما كل دور في تحديد مصير العقد، وذلك حين يطلب أحدهما من القاضي – حال عدم اتفاقهما – أن يتولى بنفسه تحديد مصير العقد .[1]

---

[1] – ونشير بإيجاز إلى هذه المراحل الثلاث فيما يلي:

المرحلة الأولى(اتفاقية) – طلب المتعاقد الذي بات تنفيذ التزامه مرهقا له إعادة التفاوض من المتعاقد الآخر:

وتتميز هذه المرحلة بأنها اتفاقية ووجوبية: فهي اتفاقية لأن كل ما يتم خلالها يكون بإرادة المتعاقدين معا، فلا يجوز لأي منهما اتخاذ أي إجراء منفردا، كما لا شأن للقضاء بأي اتفاق يتوصل إليه المتعاقدان في هذه المرحلة، وهي كذلك وجوبية إذ يتعين على المتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه مرهقا بدرجة كبيرة نتيجة تغير ظروف العقد أن يبدأ بها، فلا يجوز لهذا المتعاقد اللجوء إلى القاضي مباشرة أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض على العقد. وإذا طلب من أصبح تنفيذ التزامه مرهقا إعادة التفاوض على هذا النحو تعين عليه أن يستمر في تنفيذ التزاماته (م 1195 / 1). فإذا قبل المتعاقد الآخر إعادة التفاوض، جاز للطرفين الاتفاق على تعديل العقد أو إنهاؤه (م 1195 / 2).

المرحلة الثانية(شبه اتفاقية)–طلب المتعاقدين معا من القاضي التدخل لتحديد مصير العقد (حال رفض إعادة التفاوض أو فشله): وتتميز هذه المرحلة بأنها شبه اتفاقية، إذ لا يستطيع القاضي أن يتدخل في علاقة المتعاقدين إلا باتفاقهما على ذلك، فإذ تم هذا الاتفاق، أصبح للقاضي وحده سلطة مراجعة شروط العقد. ونظراً لسكوت النص عن بيان حدود دور المتعاقدين بعد طلبهما من القاضي تحديد مصير العقد، فإننا نعتقد أنه لا يحول دون انفراد القاضي بتلك السلطة أن يكون المتعاقدان قد وضعا بين يديه بعض المسائل الاتفاقية التي عسى أن يستهدي بها عند تحديد مصير العقد، إذ ليس ثمة قيد على سلطة القاضي في هذا الخصوص، فله أن يأخذ بما اتفق عليه المتعاقدان أو أن يعرض عنه.

المرحلة الثالثة(قضائية)– طلب أحد المتعاقدين من القاضي تحديد مصير العقد (حال عدم اتفاق المتعاقدين خلال مدة معقولة على طلب تدخل القاضي):وتتميز هذه المرحلة بأنها قضائية بحتة، حيث يكون للقاضي بناء على طلب أحد المتعاقدين – وفقا للمادة 1195 / 2 مدني – تحديد مصير العقد سواء بمراجعة شروطه أو إنهائه في الوقت وبالضوابط التي يحددها. وسلطة القاضي في هذا الشأن جوازية، فله أن يقرر مراجعة شروط العقد، أو على العكس يقرر إنهاءه إذا قدَّر عدم توافر شروط تطبيق النظرية التي حددتها الفقرة الأولي من المادة 1195، على أن النص يثير العديد من التساؤلات بشأن مدى تقيد القاضي بما يطلب منه، فهل يجوز له أن يقضي بإنهاء العقد إذا كان قد طلب منه مراجعة شروطه؟ وكذلك العكس. وبعبارة أخرى، ما مدى سلطة القاضي عند توافر شروط تطبيق النظرية؟ فهل يستطيع أن ينهي العقد رغم طلب مراجعة شروطه؟ أم أنه يتقيد بما يطلب منه؟

ث- استحداث تنظيم أحكام مدة العقد:

فلم لم يكن القانون المدني الفرنسي، قبل صدور مرسوم 10 فبراير 2016، يتضمن أي تنظيم لمدة العقد، اللهم فيما يتعلق بأجل الالتزام. ومع صدور هذا المرسوم عنى المشرِّع بتنظيمه حيث خصص له المبحث الثالث من الفصل الرابع الخاص لآثار العقد، وذلك في ست مواد من المادة 1210 إلى المادة 1215. وثمة ملاحظة أولية على الاستخدام اللغوي للمشرِّع لبعض المصطلحات عند تنظيم أحكام مدة العقد، إذ هو لم يستخدم لفظ «résiliation» للتعبير عن إنهاء العقد، مفضلا استخدام لفظ «mettre fin au contrat» للدلالة على ذات المعنى، بينما هو يستخدم لفظي «résiliation» و «résolution» عند التعرض لأحكام عدم تنفيذ العقد (م 1229

ففي الحالة الأولى تكون سلطته تحكمية، بينما تكون مقيدة في الثانية. وفي جميع الأحوال، أي سواء قرر القاضي مراجعة شروط العقد أو إنهاءه، فإنه بسلطة تقديرية واسعة في تحديد مصير العقد في الحالتين، إذ هو الذي يحدد وحده الوقت الذي تسري ابتداء منه شروط العقد التي يراها لإعادة التوازن بين المتعاقدين (حال ما إذا قرر مراجعة شروط العقد)، أو الذي يعد نهاية أمد العقد (حال ما إذا قرر إنهاء العقد). ويمكن أن نتصور، والحال كذلك، أن يكون لحكم القاضي، أثر رجعي في الحالين.

مقتبس عن: محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية –المواد من 1100 إلى 1231–7 من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018، ص.ص.73–75.

Alors même que le nouvel article 1195, introduisant dans le Code civil la révision judiciaire du contrat pour imprévision, avait suscité bien des commentaires, voire des critiques, notamment en contemplation des relations d'affaires, ce texte n'est, dans son principe, pas altéré par l'intervention de la loi de ratification de l'ordonnance.

(in : Le Nabasque H., « L'imprévision et les cessions de droits sociaux », BJS sept. 2016, n° 115m4, p. 538; Gaudemet A., « Cessions de droits sociaux : faut-il avoir peur de l'article 1195 du Code civil ? », BJS déc. 2016, n° 115u9, p. 685.)

Formellement, il ne fait l'objet d'aucune modification. Pour autant, les débats suscités n'ont pas été inutiles, dès lors, au moins, qu'ils ont pu aboutir à ce qu'un accord soit établi pour déclarer l'article 1195 du Code civil supplétif de volonté et qu'il est donc possible aux parties d'en écarter, par une clause expresse, l'application à l'occasion d'une cession de droits sociaux. Sous cette observation, pour tenir compte de la loi du 20 avril 2018, il convient de distinguer selon qu'il s'agit de la cession de parts sociales ou de la cession de titres émis par des sociétés par actions.

L'application de l'article 1195 du Code civil aux cessions de parts sociales.

(v. Rapport au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale avant examen en seconde lecture, p. 6 et 30.)

Dans la logique de son maintien de principe à la généralité des contrats, et en considération de l'exclusion spécifique établie par ailleurs, il faut donc relever que les cessions de parts sociales demeurent dans son champ d'appli cation. Le maintien de l'applicabilité, de principe, de cette règle aux cessions de parts sociales (sociétés civiles, SNC, SARL, notamment) va rendre plus vif encore l'intérêt de placer cette question au sein des discussions, entre le cédant et le cessionnaire, en vue de la cession projetée.

D'un point de vue pratique, le professionnel du droit qui sera sollicité pour conseiller et/ou rédiger l'acte de vente devrait être tenu d'inviter les parties à s'accorder sur ce point. Si l'accord devait être fait pour une mise à l'écart de l'article 1195 du Code civil, il apparaîtrait prudent que le professionnel conserve une trace de l'exécution de son devoir d'information sur ce point et d'assurer ainsi que la renonciation au dispositif légal a bien été faite en connaissance de cause.

À défaut d'une telle exclusion conventionnelle, les modalités prévues à l'article 1195 du Code civil relatives à la révision du contrat pour imprévision auront vocation à s'appliquer à une cession de parts sociales, sous les remarques et réserves exprimées à ce propos lors de l'adoption du texte par l'ordonnance de 2016 .

In : Le Nabasque H., « L'imprévision et les cessions de droits sociaux », BJS sept. 2016, n° 115m4, p. 538; Gaudemet A., « Cessions de droits sociaux : faut-il avoir peur de l'article 1195 du Code civil ? », BJS déc. 2016, n° 115u9, P_1 685.

/ 3)، وهو ذات الاستخدام القضائي لهما للتمييز بين إنهاء العقد للمستقبل وإنهائه للماضي. فضلا عن ذلك لم يكتف المشرِّع المدني الفرنسي بوجود العديد من التطبيقات لمبدأ حظر تأبيد الالتزام في خصوص العديد من العقود كالإيجار والوديعة والشركة – وهي تطبيقات جرت بها أحكام القضاء – فعمد إلى النص على هذا المبدأ ضمن القواعد العامة للعقد في المادة 1210 / 1 والتي نصت صراحة على حظر أي التزام مؤبد[1] ، وبمقتضى هذا النص يحظر كل التزام مؤبد دون الحاجة في ذلك إلى نص خاص، ولكن ما هو ضابط التأبيد؟ لم يحدد النص معيارا لذلك، ولهذا يظل للقضاء سلطة التقدير في هذا الشأن، وقد قضى في أكثر من مناسبة بأن الالتزام يكون مؤبدا إذا لم يرد بالعقد أي تحديد لمدته، أو إذا ورد فيه حظر لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة [2]، أو إذا ورد بالعقد تحديد للمدة لكنها كانت أطول من المعتاد [3]، وهو ما يدخل بطبيعة الحال في نطاق سلطة المحكمة. لم يرتب المشرِّع جزاء البطلان على الالتزام المؤبد، وإنما أجاز لأي من المتعاقدين إنهاء العقد بذات الشروط والضوابط التي تطبق على العقود غير محدد المدة (م 1210 / 2)[4]. وبهذا يكون المشرِّع قد عزف عن الحلول التي كان يتبناها القضاء في مواجهة الالتزامات المؤبدة، والتي كانت تتردد بين البطلان المطلق للعقد[5]، والبطلان الجزئي للشرط الذي يؤيد الالتزام إعمالا لنظرية انتقاص العقد [6]. وخلافا لفكرة البطلان التي كان القضاء قد استقر عليها، يتميز الحل الذي تبناه المشرِّع، وهو اعتبار الشروط التي تؤبد الالتزام كأن لم تكن، بأنه يتيح إهدار هذه الشروط في أي وقت مهما مضى عليها من زمن، وبالتالي فهي لا تخضع للتقادم الذي تخضع له دعوى البطلان.[7] استقر القضاء قبل صدور مرسوم 10 فبراير 2016 على أن لكل متعاقد إنهاء العقد غير محدد المدة بإرادته المنفردة بشرط تنبيه المتعاقد الآخر بالإنهاء قبل الانهاء بمدة معقولة أو بالمدة المتفق عليها في العقد[8]، وهو ذات المبدأ الذي سبق أن أكده المجلس الدستوري الفرنسي، مع التزام المتعاقد الذي يقوم بإنهاء العقد بتعويض المتعاقد الآخر عما يلحق به من ضرر جراء هذا الإنهاء .[9]

---

[1] - Art. 1210.1 :« Les engagements perpétuels sont prohibés».
[2] - Cass. civ. 1re, 7 mars 2006, n° 04-12.914.
[3] - Cass. civ. 1re, 31 janv. 1989, n° 87-10.092 , Cass. civ. 1re, 19 mars 2002,n° 99-21.209.
[4] - Art. 1210.2: «Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée».
[5]- Cass. civ. 3e, 15 déc. 1999, n° 98-10.430.
[6] - Cass. civ. 1re, 7 mars 2006, n° 04-12.914.
[7] - والقاعدة العامة في مدة التقادم، في القانون الفرنسي، هي خمس سنوات (م 2224 مدني)، وذلك بمقتضي القانون رقم 561 / 2008 الصادر في 17 يونيو 2008 ، وقد كانت قبل ذلك ثلاثين عاما (2262 ملغاة)، راجع:
LOI n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile
[8] - Cass. com., 6 nov. 2007, n° 07-10.620.
[9] - Cons. const., 9 novembre 1999, DC n° 99-419.

وقد تبنى المشرِّع الفرنسي ما استقر عليه القضاء في هذا الصدد فنص في المادة 1211 مدني على أن «لكل متعاقد إنهاء العقد غير محدد المدة بإرادته المنفردة مع مراعاة التقيد بمدة التنبيه المتفق عليها في العقد، فإن لم يكن ثمة اتفاق فتراعي في ذلك المدة المعقولة » .[1] وإذا كان المشرِّع (الناظم) قد خوَّل كلا المتعاقدين إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة على هذا النحو، إلا أنه سكت عن بيان حكم إساءة استعمال هذا الحق، وهو ما يمكن تصوره فيما لو لجأ إليه أحد المتعاقدين بقصد الكيد للمتعاقد الآخر، وهو ما كانت محكمة النقض قد واجهته مؤكدة صراحة أنه ليس هناك ما يحول دون إنهاء العقد غير محدد المدة بشرط ألا ينطوي استعمال هذا الحق على تعسف[2]. ونعتقد أن حكم هذا الفرض يمكن أن يؤسس على المادة 1104 التي فرضت التزاما عاما بحسن النية في العقود.[3]

---

[1] - « Art. 1211: «Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable».

[2] - Cass. com., 8 avr. 1986, n° 84-12.943:« Mais attendu que si, en l'absence de toute convention contraire, la Société Tim était en droit de mettre fin au contrat de concession conclu sans limitation de durée c'est à la condition
que l'exercice de ce droit ne soit pas abusif ».

[3] – كما ميز المشرِّع بين ثلاث مصطلحات هي تمديد العقد وتجديده والتجديد الضمني له .La tacite reconduction:

فتمديد العقد، يعني إرجاء أجله بحيث يمتد إلى مدة إضافية (م1213 ، ويتم التمديد أثناء سريان مدة العقد الأصلية، أي قبل انقضائها، أما إذ انقضت هذه المدة فلا يكون هناك محل للقول بتمديد العقد، إذ لا يتصور تمديد عقد لم يعد له وجود. ويجوز أن يتم التمديد باتفاق الطرفين، كما يجوز الاتفاق على تخويل أحدهما حق التمديد بإرادته المنفردة بشرط ألا يؤدي ذلك – بداهة – إلى أن ينقلب الالتزام مؤبدا. ولا ينشأ عن تمديد العقد وجود عقد جديد، بل نكون بصدد ذات العقد، وبنفس شروطه. كما لا يجوز أن يترتب عليه مساس بحقوق الغير (م. 1213)

- Art. 1213: «Le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration».

أما تجديد العقد، وعلى العكس من تمديده، لا يتم إلا بعد انقضاء مدة العقد، فينشأ عنه عقد جديد يتميز عن العقد السابق الذي انقضت مدته (م. 1214 / 2). ولهذا الفارق أهمية عملية فيما يتعلق بمصير التأمينات والتي تتبع – كما هو ثابت – الالتزام الأصلي. كما تظهر أهميته أيضاً فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد، ولهذا فإن القانون الذي يطبق على عقد أبرم قبل أول أكتوبر 2016 – وهو تاريخ بدء سريان أحكام المرسوم – وتنتهي مدته بعد هذا التاريخ يختلف بحسب ما إذا كان هذا العقد قد تم تمديده أو تجديده، إذ يخضع في الحالة الأولى للقانون السابق وهو النافذ وقت إبرامه باعتباره ذات العقد المبرم قبل نفاذ القانون الجديد، في حين أنه يخضع، باعتباره عقدا جديدا، للقانون الجديد الذي أصبح نافذا من أول أكتوبر 2016 في الحالة الثانية. ويكون للعقد الجديد ذات مضمون العقد السابق عدا ما يتعلق بمدته، إذ يعد العقد الجديد عقدا غير محدد المدة.

وأخيراً، فإن التجديد الضمني للعقد يعني استمرار المتعاقدين في تنفيذ التزاماتهما العقدية رغم انتهاء مدة العقد. ولا تختلف هذه الصورة عن الصورة السابقة، فينشأ عنها أيضاً عقد جديد بذات شروط العقد الأول عدا المدة، حيث يعد عقدا غير محدد المدة (م.1215).

Art. 1215:«Lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction. Celle–ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat».

ومن الجدير بالذكر كذلك أن التقنين المدني الفرنسي، خلافا لكل التقنينات الأوربية تقريبا، لم يعد يشير إلى الآداب العامة كأساس لإبطال العقد، فهذه الأخيرة لا يشكل التعارض معها مسببا لإبطال العقد ما لم تكن جزءا من النظام العام. إن هذا الاختلاف سيسبب بدوره اختلاف عمليا بطبيعة الحال.

ثانيا– تكريس مبادئ الحرية التعاقدية

لكل شخص الحرية في أن يتعاقد أو ألا يتعاقد (م. 1102)، والأمانة التعاقدية la loyauté contractuelle، وجوب توافر حسن النية في كافة مراحل العقد بدءا من التفاوض عليه إلى تكوينه إلى تنفيذه (م 1104)[1].فضلا عن إعادة هيكلة نظرية مستحدثة في البطلان حيث ميَّز المشرِّع الفرنسي بين جزاءين لانتفاء أحد شروط صحة العقد، هما البطلان la nullité والسقوط la caducité ، حيث جعل الأول جزاء انتفاء أحد شروط الصحة عند إبرام العقد، بينما جعل الثاني جزاء لانتفاء أحد هذه الشروط بعد إبرام العقد. ولكنه أضاف من خلال المادة 1161 من القانون المدني الفرنسي نظرية جديدة للنيابة بالتعاقد، تأكيدا لما تم المطالبة به في مشروع بيار كاتلا لاستدراج مسؤولية المؤسسة المهيمنة وممثليها القانونيين، وهو ما يتم الاستدلال عليه سيما فيما يخص الاتفاقيات المبرمة بين شركات التجمع المهمّشة لمصالح شركة تابعة على حساب أخرى –بخاصة في فرضية الاشتراك في القائمين بالإدارة– [2].

---

[1] – وهو ما أشار إليه البعض منذ وقت ليس بالقريب من أن العقود باتت تقوم أكثر من ذي قبل على أساس خلقي قوامه ثلاث قيم هي: الأمانة، التضامن والأخوة.

D. Mazeaud, Mélanges F. Terré 1999 p. 603, cité par Denis PHILIPPE,La réforme du droit des contrats en droit français, Congrès de l'IDEF, 22 avril 2016.

[2] - Aujourd'hui, l'article 1161 qui stipule que : « Un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié » ; effraie les spécialistes du droit des sociétés en ce qu'il pourrait soumettre l'ensemble de ces conventions ou certaines d'entre elles seulement (singulièrement les «conventions courantes »), à un risque inattendu de nullité dès l'instant qu'elles n'ont pas été autorisées par le représenté ou par la loi, ou ratifiées ex post par le représenté (la société).

Pourraient toutefois être concernées par le texte, les conventions à propos desquelles la loi (code comm.) aurait gardé un mutisme absolu: en ne les soumettant pas à une procédure de contrôle du « représenté », ou en ne pré voyant pas qu'elles en seraient exclues. Ce mutisme, toutefois, d'où ne se dégage évidemment aucune règle particulière » (au sens de l'article 1105 du Code civil) est assez rare en droit des sociétés.

Même dans la SASU, la loi n'est pas « taisante ». Elle prévoit que les conventions conclues entre la société et «son» dirigeant ou, bientôt, son associé unique ou la société qui le contrôle, doivent seulement faire l'objet d'une mention sur le registre des décisions de l'associé unique (C. com., art. L. 227 10, al. 4). C'est peu ! Mais c'est déjà beaucoup, car c'est dire également qu'elles n'ont ni à être autorisées par un hypothétique organe collégial de direction ou de surveillance de la société, ni à être transmises au commissaire aux comptes (s'il en existe un), ni à être approuvées par l'associé unique. Autrement dit, le droit des sociétés vient dire, à tort ou à raison, que ces conventions peuvent être librement conclues (et là se niche « l'autorisation de la loi » au sens de l'article 1161 du Code civil) sans que la moindre autorisation et/ou ratification du représenté soit requise. Dans cette figure encore, il serait assez piquant que l'article 1161 du Code civil puisse trouver à s'appliquer alors que le droit des sociétés pose une règle spéciale qui exclut à la fois l'autorisation préalable et la ratification ultérieure du représenté. Autrement dit, en appeler à l'article 1161 du Code civil reviendrait à réécrire l'article L. 227 10, alinéa 4, donc à faire prévaloir la règle générale (la nullité serait encourue) sur la règle spéciale (qui exclut pour sa part que la convention soit soumise à la moindre autorisation préalable ou à la ratification ultérieure du représenté).

Dans toutes les sociétés qui ne réservent pas un sort particulier aux conventions conclues entre elles et leurs filiales à 100 % (c'est-à-dire toutes ou presque, autres que les SA ou les SCA), le droit des sociétés paraît encore taisant », ce qui pourrait faire craindre l'application de l'article 1161 du Code civil. Mais ce mutisme n'est qu'apparent car, en ces cas, le droit commun (des sociétés !) recouvre droit de cité. En conséquence, au moins dans les sociétés réceptives à la procédure de contrôle des conventions réglementées, le silence de la loi signifie simplement soit que la convention doit être soumise à la procédure de contrôle, soit qu'elle doit être traitée

ثالثا- معالجة القصور التشريعي بشأن بعض صور التراضي

استحدث المرسوم المادتين 1123 و1124 بشأن كل من الوعد بالتفضيل le pacte de préférence، والوعد بالتعاقد بإرادة منفردة la promesse unilatérale وكلاهما صورة خاصة للتعبير عن التراضي في المرحلة السابقة على العقد، لم يكن القانون المدني يعالج أيا منهما من قبل، بل كان القضاء يطبق في شأنهما حلولا عملية، فتدارك المشرِّع هذا القصور وقنن ما جرت عليه أحكام القضاء في هذا الشأن.

وإذا كان الوعد بالتعاقد من جانب واحد يصدر عن شخص اتجهت إرادته إلى التعاقد، فيعد بمقتضاه الموعود له بإبرام العقد حال أبدى هذا الأخير رغبته في التعاقد خلال مدة معينة، فإن الوعد بالتفضيل يصدر عن شخص لم تتجه إرادته بعد إلى التعاقد، وإنما فحسب إلى تفضيل الموعود له إذا ما اتجهت إرادته (أي الواعد) إلى التعاقد لاحقا. وتعد مشكلة إخلال الواعد بالتزامه، سواء في الوعد بالتفضيل أو الوعد بالتعاقد من جانب واحد، وتقرير جزاء لها، هي أدق ما يثور في هذا الصدد، وهو ما كان القانون المدني يغفل تنظيمه، فاستحدثه المرسوم. فأما بشأن الوعد بالتفضيل خوَّلت المادة 1123 من القانون المدني الفرنسي للموعود له دعويين في مواجهة الواعد هما التعويض والإبطال، كما خوَّلت غير المتعاقد مع الواعد دعوى في مواجهة الموعود له تعرف بالدعوى الاستفهامية.

---

comme une « convention courante conclue à des conditions normales » ; ce qui, dans les deux cas, laisse peu de place, à notre avis, à la nullité fulminée par l'article 1161 du Code civil.

Reste, enfin, le cas des conventions conclues entre une SAS et une autre société qui aurait avec elle des dirigeants communs ou, pour mieux dire, le même représentant légal. La loi ne prévoit pas ici que procédure de contrôle ait à être déroulée dans la SAS. Ce silence, total, laisse à penser que l'article 1161 pourrait alors trouver à s'appliquer. Encore faudrait-il cependant que la société contractante ne soit ni une SARL, ni une SA, ni une SCA car, en ce cas, la loi impose de dérouler la procédure au moins dans la société contractante (C. com., art. L. 223-19, al. 5 pour la SARL; C. com., art. L. 225-38, al. 3 et C. com., art. L. 225-86, al. 3 pour la SA; C. com., art. L. 226-10, al. 2 pour la SCA). On imagine difficilement que la nullité de la convention puisse être poursuivie par la SAS, alors que le droit applicable à sa cocontractante l'exclut si, par exemple, l'autorisation de son conseil a été obtenue.

Au résultat, seules les conventions conclues par ou entre des sociétés soustraites à toute procédure de contrôle (les SNC, les SCS, les sociétés civiles n'ayant aucune activité économique) pourraient se trouver soumises au nouvel article 1161 du Code civil, lequel fourbit une sanction plus sévère (la convention est nulle si elle n'a pas été autorisée ou ratifiée) que l'ensemble de celles jusqu'à présent connues du droit des sociétés. Un «paradoxe », pour reprendre le mot d'un auteur, si fort et si inattendu qu'il conduit à conclure que l'article 1161, disposition du droit commun des contrats, devrait rester parfaitement étranger au droit des sociétés.

Sauf pour les sociétés visées au présent paragraphe (réflexe de précaution oblige !), il n'y a donc pas lieu de se défier outre mesure du nouvel article 1161 du Code civil.

Pour plus de précision cf. A. Couret et A. Reygrobellet, « Le droit des sociétés menacé par le nouvel article 1161 du Code civil», D. 2016, p. 1867 ; Charvériat A., « Gestion des conflits d'intérêts : le paradoxe des conventions réputées libres », BRDA 9/2016, inf. 20 ; Hervé LE NABASQUE , Conventions libres et conventions réglementées : faut-il avoir peur de l'article 1161 du Code civil, BJS n°115t4, novembre 2016, n°11, p.p.681-684.

أ-دعوى الموعود له بالتعويض:

يجوز للموعود له أن يرفع، في جميع الأحوال، دعوى تعويض في -مواجهة الواعد le promettant إذا تعاقد هذا الأخير مع الغير إخلالا بالوعد الصادر منه. وتقوم هذه الدعوى على أساس الإخلال العقدي من جانب الواعد بالتزامه بالتفضيل في مواجهة الموعود له. ويستوي في رفعها أن يكون الغير عالماً أو غير عالم بوجود وعد بالتفضيل لمصلحة الموعود له، إذ يجوز لهذا الأخير طلب التعويض في مواجهة الواعد في جميع الأحوال (م 1123 / 2).

ب- دعوى الموعود له بالبطلان أو الحلول محل الغير في العقد:

يجوز للموعود له أيضاً، فيما لو أثبت علم الغير بوجود الوعد بالتفضيل، وبنيته في الإفادة منه، أن يطلب إبطال العقد المبرم بين الواعد والغير، أو أن يحل محل هذا الأخير في العقد[1]، وهو ما يعد تنفيذيا عينيا جبريا للوعد بالتفضيل (م 1123-2). ويلاحظ أن المشرِّع وإن أخذ، في هذا الخصوص، بما جرت عليه محكمة النقض من تخويل المستفيد من الوعد بالتفضيل مباشرة هاتين الدعويين، إلا أنه كان أكثر دقة في صياغة النص مما ذهبت إليه المحكمة حين قضت بأن: "للمستفيد من الوعد بالتفضيل الحق في أن يطلب إبطال العقد المبرم مع الغير بالإخلال بحقوقه وأن يحل محله"[2]. وهذه صياغة معيبة ولا ريب، إذ إنه لا يستقيم الجمع -كما لاحظ الفقه بحق- بين بطلان العقد والحلول فيه محل الغير، إذ لم تعد ثمة حقوق، وقد قضى ببطلان العقد، يرد عليها الحلول. وهذا ما انتبه إليه المشرِّع عند صياغة المادة 1123 / 2 حيث أجاز للمستفيد من الوعد أن يطلب إبطال العقد أو الحلول محل الغير فيه، وفي هذا إشارة إلى أن مباشرة هاتين الدعويين إنما هو على سبيل التخيير أو البدل لا الجمع.

ت-دعوى الغير الاستفهامية:

وعلى جانب آخر فإن للغير أن يرفع دعوى استفهامية (استفسارية) Une action interrogatoire في مواجهة الموعود له يستفسر منه كتابة عما إذا كان هناك وعد بالتفضيل لصالحه، وما إذا كان ينتوي الإفادة منه أم لا، ويجب أن يحدد الغير للموعود له مدة معينة معقولة للرد على هذا الاستفسار (م 1123 / 3). وتبدو أهمية اشتراط الاستفهام كتابة في أنه في

[1] - Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376.

[2] - Cass. civ. 3e, 14 févr. 2007, n° 05-21.814.« le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur».

حال عدم رد الموعود له خلال المدة المحددة لذلك، فإنه لا يستطيع أن يطلب إحلاله محل الغير في العقد أو أن يطلب إبطال هذا العقد (م 1123 / 4). ويفترض لرفع هذه الدعوى أن يكون الغير عالما، أو على الأقل قامت لديه دلائل، على وجود وعد بالتفضيل. فإذا لم يكن لديه شيء من ذلك فلا يتصور – بطبيعة الحال – مباشرته لهذه الدعوى. ولهذا يرى البعض[1]– أن مباشرة الغير هذه الدعوى، إذا توافر لديه العلم، أو مجرد الظن، في وجود وعد بالتفضيل من عدمه، قد يكون غير مجد بالنسبة له، بل وقد يهدد مصلحته، إذ قد يكون من مصلحته أن يبرم عقده دون الخوض في أمر التحقق من وجود وعد بالتفضيل من عدمه، وحينئذ يستطيع في حالة ادعاء شخص بوجود وعد بالتفضيل لصالحه أن يتمسك بأنه لم يكن «يعلم » بوجود مثل هذا الوعد، وإنما كان لديه مجرد اعتقاد أو «شك »، تفاديا لدعوى البطلان من جانب الموعود له. وتجدر الإشارة إلى أنه استثناء من التاريخ المنصوص عليه لنفاذ أحكام تعديلات هذا المرسوم على العقود التي تبرم اعتبارا من أول أكتوبر 2016 ، وأن تظل العقود المبرمة في الفترة من صدور المرسوم حتى هذا التاريخ خاضعة لأحكام القانون القديم (المادة 9 من المرسوم في فقرتيها الأولى والثانية) [2]، فإن حكم هذا النص يكون نافذا نفاذا فوريا، أي من تاريخ صدور هذا المرسوم في 10 فبراير2016 ، بحيث يسري على العقود المبرمة اعتبارا من هذا قبل صدوره (م 9/ 3 من المرسوم). [3]

أما بشأن الوعد بالتعاقد بإرادة منفردة : كما هو الحال بالنسبة للوعد بالتفضيل، استحدث المشرِّع الفرنسي المادة 1124 متناولا فيها الوعد بالتعاقد بالإرادة المنفردة، وذلك في ثلاث فقرات تناول فيها تباعا تعريفه، وأثر نكول الواعد عن وعده أثناء مدة الوعد، وحكم العقد المبرم بالمخالفة بالوعد.[4]

---

[1]- Clément François,op.cit.,p.89.

[2] - «1-Les dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1er octobre 2016. 2- Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne».

[3] - «Toutefois, les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance».

[4]- ففيما يتعلق بالتعريف: فليس هناك جديد في تعريف المشرِّع للوعد بالتعاقد بالإرادة المنفردة، فقد ردد ما استقر عليه الفقه من أنه عقد بمقتضاه يعد طرف، وهو الواعد، طرفا آخر، وهو الموعود له، بإبرام عقد، تكون عناصره الجوهرية محددة (وهذا مما يميز الوعد بالتعاقد من جانب واحد عن الوعد بالتفضيل الذي لا يلزم فيه – بل ولا يتصور– تحديد العناصر الجوهرية للعقد).

أما عن أثر نكول الواعد عن وعده (عدم الاعتداد بنكول الواعد)، إذ لم يرتب المشرِّع أي أثر لنكول الواعد على حق الموعود له في إبداء رغبته في التعاقد، ومن ثم إبرام العقد الموعود به، وبهذا يكون المشرِّع قد خرج عما استقر عليه القضاء فيما يتعلق بأثر نكول الواعد عن الوعد أثناء مدة الوعد، وحكم العقد المبرم بالمخالفة للوعد، حيث كان يترتب على هذا النكول، وفقا لأحكام القضاء، حرمان الموعود له من إبداء رغبته في التعاقد، ولا يكون له سوى الرجوع بالتعويض على الواعد نتيجة إخلاله بالوعد، وكذلك الرجوع بالتعويض في مواجهة الغير إذا ثبت أنه قد أبرم العقد مع الواعد عالما بوجود الوعد ؛ وقد كان هذا الحل منتقدا من جانب الفقه، ولهذا فقد عزف المشرِّع عنه مهدرا كل أثر لنكول

وفي صفوة هذا التعداد الانتقائي لأهم مضامين الإصلاح التشريعي الفرنسي في مجال المسؤولية المدنية وعلى اعتبار أن الناظم الفرنسي في مرسوم 10 فبراير 2016 قد عدّد مسائل أخرى عدة تتعلق بصحة العقد كالرضا وعيوبه والأهلية والنيابة في التعاقد وشروط انعقاد العقد صحيحا، وجزاء انتفاء أحد شروط صحة العقد، وهي كثيرة يضيق بها المقام، ولهذا نجتزئ منها أبرزها حتى نتطرق لتطلعات إدراج هكذا قواعد في التشريع الجزائري والتطرق لأبرز موضوع ذو صلة بإسناد المسؤولية المدنية في سياق تجمعات الشركات طبقا لقواعد القانون المدني والتشريعات الخاصة والمتمثل دمج مفهوم التفاوت الاقتصادي في العقد في التحليل القانوني انطلاقا من النص على تديم سلطة القاضي في هذا الشأن بعد أن كانت مرتكزة على الحياد عند تسليط الضوء على فلسفة القانون المدني للعقود

المطلب الثاني: تطلعات إدراج قواعد المسؤولية المدنية المستجدة في التشريع الجزائري

انطلاقا من الشرح المستهل والوارد أعلاه في شأن قواعد المسؤولية المدنية المستجدة في التشريع المدني الفرنسي وآفاق العمل بها وإدراجها بالتشريع الجزائري، ولضرورات التطرق في هاته الدراسة لموضوع الآليات القانونية المنشودة لتوفير الحماية للمصالح الفئوية الخارجية عن التجمع خلال الموازنة بين ما ضُمّن بالتشريعات الخاصة والشمولية الواردة بالقواعد العامة للقانون المدني، بداية من

الواعد عن وعده أثناء مدة الوعد، حيث نص صراحة على أن هذا النكول لا يترتب عليه حرمان الموعود له من إبرام العقد الموعود به متى أبدي رغبته في التعاقد أثناء مدة الوعد (م 1124 / 2).

Cf. .cass. civ. 3e, 15 déc. 1993, n °10.199−91 ; cass. civ. 3e, 15 déc. 1993, n ° .10.199−91

حكم العقد المبرم بالمخالفة للوعد: بطلان العقد في حال علم الغير بالوعد: فاتساقا بما قرره المشرِّع من إهدار كل أثر لنكول الواعد عن وعده، وعدم تأثيره على استعمال الموعود له خيار التعاقد، فقد قرر بطلان العقد الذي يبرمه الواعد مع الغير بالمخالفة للوعد متى ثبت علم الغير بوجود الوعد (1124 / 3) .وبوجه عام، يلاحظ على معالجة المشرِّع للتعاقد من جانب واحد أنه قد ميز – بغير مبرر– بينه وبين الوعد بالتفضيل من ناحيتين:

من ناحية أنه لم يخول الموعود له في الوعد بالتعاقد بالإرادة المنفردة دعوى تعويض في مواجهة كل من الواعد والغير، وهي الدعوى التي تقوم على الأساس العقدي بالنسبة للواعد والأساس التقصيري بالنسبة للغير (الذي تعاقد مع الواعد عالما بوجود الوعد)، كتلك التي قررها في خصوص الوعد بالتفضيل (م 1123 / 2)؛ ومن ناحية أخرى أنه لم يخول الغير في الوعد بالتعاقد من جانب واحد دعوى استفهامية كتلك التي قررها للغير في خصوص الوعد بالتفضيل، وبهذا يكون الغير، إذا قام لديه اعتقاد أو شك على جود وعد بالتعاقد لمصلحة شخص ما، أمام أحد خيارين: أولهما – ورغم عدم التزامه قانونا بذلك –أن يستفسر كتابة، قبل أن يتعاقد، من الموعود له عن مدى وجود وعد من عدمه، فإذا لم يتلق جوابا عن استفساره، فإنه بهذا يكون قد أثبت حسن نيته، وبالتالي يتفادى إبطال عقده. وثانيهما أن يبرم عقده دون الخوض في أمر التحقق من وجود وعد بالتعاقد من عدمه، وحينئذ يستطيع في حالة ادعاء شخص بوجود وعد من جانب واحد لمصلحته أن يتمسك بأنه لم يكن «يعلم » بوجود مثل هذا الوعد، وإنما كان لديه مجرد اعتقاد أو شك en soupçonnait في ذلك، وبهذا يتفادى إبطال عقده، ذلك أنه يلزم لإبطال عقده، وفقا لصريح المادة 1124 / 3، أن يكون على علم en connaissait بوجود الوعد.

Cf. Benoît LECOURT, De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés, in : Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Dalloz, paris ,2003, p.p.615-656.

مشروع بيار كاتلا –بالرغم من عدم اعتماده– والذي كان الحافز إلى تقييم تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ، سواء خلال مرحلة تكوين العقد ومبدأ الحرية التعاقدية، أو حتى بالنسبة لمرحلة تنفيذ العقد عبر مبدأ القوة الملزمة ومبدأ نسبية العقد. فضلا عما أورده مقترح مشروع كاتالا صراحة في شأن المسؤولية عن فعل الغير، والتي يعتبر مجال تطبيقها تقيدي للغاية، فيما يتعلق بالعلاقات بين الشركة الأم وشركتها التابعة –المسؤولية–، مع أن إقامة المسؤولية على هذا الأساس هو مستبعد تماما بالنصوص القانونية والتنظيمية.

ومع ذلك، يشير مشروع كاتالا إلى تغيير عميق في هذا المجال، والذي لا يخلوا من عواقب وخيمة على الشركات الأم. ويكرس هذا المشروع إصلاحا حقيقيا لقانون المسؤولية التقصيرية أين أحدث تغيرا عميقا في المسؤولية عن فعل الغير–خصوصا فيما يتعلق بتجمع الشركات–، يوجد به أحكام الخاصة. أين يتعلق الأمر بالمادة 1360 ق. مدني فرنسي التي تعالج حالتين من المسؤولية. الأولى ناتجة عن الفقرة الأولى التي تنص على أنه ".....يكون الشخص الذي يشرف على النشاط المهني لشخص آخر وينظمه ويحصل من ذلك على منفعة اقتصادية يكون مسؤولا عن الضرر الذي يسببه هذا الأخير بمعرض ممارسة نشاطه[1].

وفي استمرارية هذه المادة، هي الحالة الثانية المذكورة في الفقرة الثانية التي تشير إلى أنه : "كذلك، يكون مسؤولا الشخص الذي يمارس الرقابة على النشاط الاقتصادي أو المالي لممتهن يكون في وضع التبعية، حتى ولو كان يعمل لحسابه الخاص، عندما يثبت المتضرر أن العمل الضار يتصل مباشرة بممارسة الرقابة. ويكون الأمر على هذا النحو خاصة بالنسبة للشركات الأم، فيما يتعلق بالأضرار التي تسببها شركاتها التابعة أو المحال إليهم الترخيص التجاري التي يسببها أصحاب الترخيص"[2].

« 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 directe avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés

[1]–جان سمتسو كارولاينكالوم ترجمة أ.د نبيل مهدي زوين/ كلية القانون – جامعة الكوفة – العراق، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 20، ص. 117.

[2]– مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم في القانون الفرنسي، بيار كاتالا، ترجمة مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي CEDROMA))، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، 2009، ص 252.

mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires»–

وعلى إثر ما تم تبيانه اهتم الدارسيين القانونيين العرب من خلال عقد مؤتمرات[1] بتطلعات إدراج الأسس الجديدة لقواعد المسؤولية المدنية المدرجة بالتقنين المدني الفرنسي (وحتى الغير مدرجة – مقترحات مشاريع القوانين الغير معتمدة–) في قوانينها، فعلى الرغم من نسبية الاختلاف بين عائلات التدوين في الدول العربية[2]؛ انطلاقا من مسلمة تباين الظروف التي حفت بنشأتها واختلاف أزمنة بروز قوانينها إلا أن ما تجدر الإشارة إليه أن هاته المدونات العربية تخيّرت أحكامها من جذور مشتركة هي بالأساس القانون الفرنسي وبعض القوانين الأوروبية.

وبذلك سنتطرق إلى تطلعات دمج مقتضيات العولمة القانونية في شأن التصورات الجديدة لفلسفة القانون المدني للعقود (الفرع أول) ومن بعد ذلك التطرق لمناشدات إدراج مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقود التي تمت المبادرة والجرأة على المطالبة بها من قبل في مقترح مشروع بيار كاتالا، والتي لا يقصد بها دراسة الدعوى المباشرة ولا حتى نظرية الظاهر (الفرع الثاني)

---

[1]– راجع من ذلك، أشغال الملتقى الدولي المنعقد بجامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ليومي 25/24 أكتوبر 2016، الموسوم ب"القانون المدني بعد أربعين سنة"، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر، العدد 2016/05، وأبرز الدراسات المستأنس بها في دراستنا كانت ل:

– خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة (ص.305)؛ سامي بن حملة، قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، ص.276؛ حمزة قتال، شوقي بناسي، تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري –الالتزامات أنموذجا–، ص.143؛ ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد: تصور جديد، ص.77؛ محمد رحموني، أي دور للقانون المدني في حماية البيئة؟، ص.102.

[2]– تنقسم المدوّنات العربية المعاصرة بحكم ظروف إصدارها واتجاهاتها العامّة إلى عائلتين: وتضم العائلة الأولى "مجلات مدنية" تنحدر أساسا من أقدم مجلة عربية نافذة وهي مجلة الالتزامات والعقود التونسية الصادرة لسنة 1906 والتي تضمنت عند صدورها 1632 فصلا وشملت تقسيما مزدوجا بين كتاب أول خصّص "لتعمير الذمة" (الفصول 1 إلى 663) وكتاب ثان متضمّن "للعقود وشبهها" (العقود المسماة) (الفصول 564 إلى 1632). وفي سنة 1913 صدرت المجلة المغربية تحت عنوان "ظهير الالتزامات والعقود" بتاريخ 12 أوت 1913 وهي مجلة تقوم على اقتباس شبه كلّي لأحكام المجلة التونسية. وعلى نحوها تضمنت كتابا أولا في "الالتزامات بوجه عام" (الفصول 1 إلى 477) وكتاب ثاني في "مختلف العقود المسماة وفي أشباه العقود التي ترتبط بها" (الفصول 478 إلى 1250). وبعد ذلك، ودائما بسعي من سلطة الحماية الفرنسية، صدرت في سنة 1932 مجلة الالتزامات والعقود اللبنانية وهي تقنين مأخوذ بوجه مباشر من المجلة المغربية مع تعديلات فرضتها خصوصية المجتمع اللبناني وبوجه غير مباشر من المجلة التونسية. وقد باشر النظر فيها الفقيه الفرنسي Louis Josserand. وأخيرا وفي سنة 1989، صدرت مجلة الالتزامات والعقود الموريتانية المستمدة مباشرة من المجلة المغربية بما يجعلها بالتالي متصلة، بوجه غير مباشر، بالمجلة التونسية. وصفوة القول أن العائلة الألى تضمّ مجلات تونس والمغرب ولبنان وموريتانيا.

تنحدر العائلة الثانية من التقنين المصري إذ تعتبر مصر أول الدول العربية التي دوّنت تشريعها المدني والتجاري منذ القرن التاسع عشر ولم يمض زمن طويل على ظهور التدوين المصري حتى ظهر، باستلهام منه القانون المدني والتجاري السوري في 18 ماي 1949. ثمّ كان للعميد عبد الرزاق أحمد السنهوري الأثر الملموس في وضع القانون المدني والتجاري العراقي في سنة 1951. وعلى نفس الخطى سار المشرع الليبي سنة 1953، ومن بعده المشرع الجزائري بعام 1975، ثم الأردني 1976 ثم الكويتي 1980 ثم السوداني ثم اليمني ثم الإماراتي 1985 ثم القطري 2004.

الفرع أول: دمج مفهوم التفاوت الاقتصادي في العقد في التحليل القانوني

تتدعم فكرة اضطراب التصوّر الكلاسيكي للعقد، عند السماح للقاضي بإقامة التوازن الموضوعي، لأن هذا الأخير منبته التصوّر الموضوعي والنزعة الاجتماعية للعقد، التي تغلّب مصلحة المجتمع على المصلحة الضيّقة للفرد، وبالتالي فهي تغلّب سياسة تصحيح اختلال العقد لكي يكون العقد أكثر عدلا. ولعلّ المشرع الجزائري، لخير دليل على عدم الانسجام ما بين التصوّرات، لأنه كأصل عام يعترف بالتصوّر الفردي للعقد الرافض لفكرة القوة التعاقدية وتعديل العقد، ومن جهة أخرى يسمح ببعض الآليات الاستثنائية لإعادة التوازن التعاقدي. و في هذا الشأن فإن الانسجام التصوري للقانون المدني الجزائري يختلف عن القانون الفرنسي، لكون القانون الجزائري يضفي بعض الموضوعية على العقد، خاصة باعترافه بنظرية الاستغلال، و تعديل عقد الإذعان، كما أن هذه الازدواجية تظهر رغبة المشرع في مسايرة التطوّر الاقتصادي و الاجتماعي، لكن ذلك غير كافي، من عدة زوايا، بحكم المظهر المتزايد للقوة التعاقدية وصعوبة التحكّم في آليات معالجتها من طرف القواعد العامة، بحكم أن الوجه الحقيقي لمعالجة مظاهر القوة التعاقدية لا يبرز في إطار القواعد العامة، بل في إطار التشريعات الخاصة، من قانون المنافسة وكذا قانون الممارسات التجارية وما يماثل ذلك من التشريعات المماثلة الهدف والغاية. إن تأثير القوة التعاقدية على العقد، يجرّنا لإعادة تجديد تصوّر العقد من الفردي إلى الجماعي، ومن الحرية إلى التقييد، ومن تضارب المصالح إلى تقاربها، وهذا لا يمكن أن يتأتى إلا بإعادة نظر واسعة، وليس بصورة استثنائية، التي بدت غير منسجمة مع التصوّر الفردي للعقد، ولعلّ هذا الأمر هو الذي يؤدي بنا لإظهار الصورة التطوّرية للقوة التعاقدية على مفهوم العقد.

أولا: فلسفة القانون المدني للعقود

سيطر المذهب الفردي للعقد، المجسد في مبدأ سلطان الإرادة، على مفهوم العقد ومضمونه وتصوراته[1] . الذي مفاده أن الشخص حر في تعاقده أو عدم تعاقده، و إذا تعاقد فبالكيفية و المضمون الذي يريده، وقد نتج عن ذلك، فرضيات ومسلمات ارتبطت بهذا المبدأ، من ذلك فرضية المساواة والحرية بين المتعاقدين في العقد الذي جسدها قانون نابيون لسنة 1804، و هذا طبقا لمبدأ الحرية التعاقدية، التي تمنح المتعاقد الحق في التعاقد أو عدم التعاقد وتمنحه الحق في اختيار المتعاقد معه، كما تسمح له بتحديد مضمون العقد بكل حرية مع الطرف الآخر، إلا ما خالف أحكام النظام العام والآداب

---

[1] - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد. موفم للنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 0293 ، ص.ص. 52 –53؛ عادل شمران الشمري، فلسفة الاستثناء، ء في القانون المدني (دراسة مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق، السنة العاشرة، العدد الثالث، ص.ص.117–131.

وكذا:

J.calais –Auloy et H-temple, droit de la consommation. 1 édition, Dalloz .2011.p 1 et 2 ;ausi F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, Dalloz, 11 éd, Tome 1, 2013.p31.

العامة، ولذلك فإن قانون نابليون أقام مساواة مفترضة وقانونية بين المتعاقدين، دون الاهتمام والنظر إلى وضعية المتعاقد الفعلية ، سواء اكتسح الطرف القوي العقد، أو رضخ الطرف الضعيف لواقع القوة، و بالتالي الإذعان لمحتوى العقد المفروض عليه، وهذا عبر فرضية أن كلا المتعاقدين أحرار ومتساوين، و بالتالي فالمعادلة التعاقدية كانت تفترض شرط مسبق وأساسي هو ضرورة غياب أي اعتبار لصفة الشخص [1]، تكون المتعاقد في قانون العقود لا هو بالمتعاقد القوي ولا هو بالمتعاقد الضعيف، فالمعالجة العملية التعاقدية هي معالجة قانونية بين الأطراف لا واقعية.[2]من جهة أخرى، وعبر التأثير التصوري والنظري للقانون الفرنسي على القانون الجزائري، بصورة خاصة على القانون المدني في الشق المتعلق بالنظرية العامة للعقد، فإن المشرع الجزائري قد اتبع نفس الفلسفة والتصور الفردي اللاتيني لنظرية العقد وكرسّها في القانون المدني[3]، و أكدّها القضاء الجزائري.[4]

لقد سمح المشرع الجزائري بصورة استثنائية للقاضي للتدخل في العقد، وتعديل اختلال التوازن التعاقدي بين اداءات المتعاقدين، وهو بذلك يعترف بمظاهر القوة التعاقدية للمتعاقد، لكن بصورة ضيّقة، و هذا تأثرا منه بالقانون المقارن، الذي أضفى بعض الموضوعية و الاجتماعية في إطار النظرية العامة للعقد الفردية الكلاسيكية، و لعلّ أحسن مثال على ذلك، هو الاعتراف قانونا بوجود عقد الإذعان[5] وهذا من دون شك اعتراف بتأثير الطرف القوي على الطرف الضعيف المذعن، عن طريق

---

[1] - C. Noblot, la qualité du contractant comme critère légal de protection, L.G.D.J ,2002 , p. 01. Et p. 173. D. Mazeaud, Le nouvel ordre contractuel, RDC, 2003.p .295.

[2] - G. Loiseau, La puissance du contractant en droit commun des contrats.A.J.C.A. décembre, 2015, p.496.

[3] – و ذلك من خلال مرحلة تكوين العقد، عبر مبدأ الرضائية ، من خلال نص المادة59 ق.م، و أيضا مبدأ الحرية التعاقدية، من خلال نص المادة 106 ق.م، أي العقد شريعة المتعاقدين، و مرحلة تنفيذ العقد، عبر مبدأ القوة الملزمة للعقد، المادة 107 الفقرة 1، و أيضا مبدأ نسبية العقد، عبر المادة 108 و109 ق.م جزائري، أنظر، علي فيلالي، المرجع السابق، ص .ص. 52-53.

[4] – أكّدت المحكمة العليا في إحدى قراراتها، على أهمية مبدأ سلطان الإرادة في العقد، وضرورة وجود الإرادة الحرّة في عملية التعاقد، "...حيث أنه وكما هو ثابت من وقائع القضية، أن قضاة الموضوع ، انتهوا إلى إلزام الطاعنة بالحضور أمام الموثّق للتوقيع على عقد البيع للشقة العمومي إليها أعلاه، في حين أن العقد لبيع العقار لا ينعقد إلا إذا توافر أركانه التي يتطلّبها القانون، و منها ركن الرضاء الذي يصدر عن صاحبه بكامل إرادته الحرة، و لا يجوز إلزام الشخص بالتعبير عن إرادته وهو ما يناقض مع مبدأ سلطان الإرادة حيث أن التعبير عن الإرادة يجب أن يصدر عن صاحبه طبقا لاختياره الحر، يجب أن يكون هذا التعبير طبقا للشكل الذي يحدّده القانون و ذلك إذا كان التصرف يقع على العقار، طبقا لأحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، إذ يتعين على البائع و المشتري أن يحضرا أمام الموثق بمحض إرادتهما حيث أن قضاة الموضوع لما الزموا الطاعنة بالحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع قد اخطئوا في تطبيق المادة المذكورة أعلاه، مما يعرض قضاءهم للنقض، وبغير حاجة إلى مناقشة الأوجه المثارة..." المحكمة العليا، الملحق رقم 586766 ، القرار بتاريخ 2010/07/22، م..م.ع.، العدد الأول 2011، ص.ص.109-111.

- [5]المادة 70 من القانون المدني الجزائري.

التسليم وقبول الشروط التعاقدية التي لا تقبل المناقشة، كما اعترف المشرع الجزائري للقاضي بسلطات متنوعة مرتبطة بعقد الإذعان، لكي يسمح له ببسط التوازن التعاقدي المطلوب. [1]

على خلاف ما ثم ذكره، فإن التشريعات الخاصة الحديثة، التي جسدت فكرة التوجيه التشريعي للعقد سلكت طريقا غير الطريق الذي سلكته النظرية العامة التي تأبى التفريط في تصورها الفردي الكلاسيكي، حين كثفت من آليات معالجة مظاهر القوة التعاقدية للمتعاقد وهذا رغبة منها، في دمج معاني القوة والضعف التعاقدي، بدل معاني المساواة المجردة والمثالية[2].

1-النزعة الفردية للعقد والتوازن التعاقدي: عدم انسجام تصوري

لقيت فرضية المساواة والحرية، انتقادا شديدا من جانب الفقه، لأنها تواجه واقعية القوة التعاقدية الملازم للضعف التعاقدي، التي صارت إلى جانب أحد المتعاقدين عبر معطيات عديدة، بعيدة عن المعطيات المجرّدة، و لم يعد هناك متعاقد متساوي مع المتعاقد الآخر، بل صار هناك متعاقد قوي ومتعاقد ضعيف، و هذا بعد بروز ظواهر الهيمنة والتعسّف و التبعية لصالح الأقوياء على حساب الضعفاء[3]،

---

[1] – المادة 110 من القانون المدني الجزائري " إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، ذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" وقد دعم المشرع هذه الحماية للطرف المذعن بنص أخر في المادة 112 ق.م. "يؤول الشك لمصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

[2]– أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية –لمحات في بعض المستحدثات–، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع – القانون أداة للإصلاح والتطوير– 10/9 ماي 2017، ملحق خاص –العدد الثاني– الجزء الثاني–نوفمبر 2017، ص.ص.285–338.

[3] – وهذا ما جاء به على سبيل المثال، الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، عبر إشارته لمنع الممارسات المقيدة للمنافسة، من خلال المادة 6 و ما يليها؛ وعلى سبيل الإيضاح فإنه من الناحية العملية، قد تشكل الشركة الأم مع شركاتها التابعة كارتل إذا قامت بممارسة مضرة بالمنافسة عن طريق اتفاق على احتكار النشاط في قطاع معين. فتجمع الشركات قد يعتبر كارتل إذا توافرت شروطه. فالكارتل هو اتفاق احتكاري يتم بين عدد من المشروعات المستقلة بقصد السيطرة على السوق واحتكار نشاط معين فيه. وهو يتم بين مشروعات مستقلة تماما عن بعضها البعض إلا أنها ترمي إلى تحقيق هدف واحد وهو إما الاتفاق على تحديد الأسعار أو بيان المناطق التي يتم فيه تصريف مختلف المنتجات. فالغرض من الكارتل احتكار محل المنافسة ورفع مستوى الأرباح التي تحصل عليها المؤسسات؛ وعليه فالكارتل يتميز بالخصائص التالي:

–هو اتحاد عقدي بين عدة مشروعات تلجأ إليه بمحض إرادتها ولا يعتبر مشروعًا واحدًا.

– الكارتل يتم بين مشروعات لها نشاطات متماثلة أو مترابطة، فغالبا ما يتم بين مؤسسات تنتج نفس المنتج ولا يمكن أن يتم بين مؤسسات تنتج سلعا مختلفة؛

-تبقى الشركات الأعضاء فيه تتمتع باستقلال قانوني واقتصادي؛

-الغرض منه التخلص من المنافسة وتحقيق درجة احتكار معينة.

العرض / الطلب	عدد كبير	عدد قليل	واحد
عدد كبير	المنافسة التامة	منافسة القلة	احتكار
عدد قليل	منافسة القلة	منافسة القلة التمييزية	
واحد	احتكار	الاحتكار المغاير	

من أجل ذلك رأى بعض الفقه[1]، بأن فرضية الحرية والمساواة التي تمتاز بها النظرية العامة للعقد كانت مانعا أمام دمج مفهوم التفاوت الاقتصادي في التحليل القانوني، و من جهة أخرى تعززت هذه الاستحالة بقوة عبر الليبرالية الاقتصادية السائدة سابقا، وبالتالي كان من الصعب أن تتكيف القواعد العامة بسهولة مع التفاوت الاقتصادي القائم بين الناس، لأجل ذلك، أعلن الفقه الحديث عن أزمة تلاحق العقد في تصوراته و مسلماته، عبر معارضة التصور الفردي، بتغليب النزعة الاجتماعية للعقد، و صار اهتمام الفرد والمجتمع واحد بعد أن كان الفرد محور العقد لوحده فقط.[2]

من جهة أخرى، رأي الأستاذ Ripert أنه لابد من إدماج التفاوت في القوة الاقتصادية في صلب المنطق القانوني، من أجل الرد على مبدأ سلطان الإرادة، والوقوف بجانب المتعاقد الضعيف، وتوفير الحماية المناسبة واللازمة، لكون هذه الأخيرة، صارت في نظر الفقه، تعكس اللامساواة، وأصبحت مصدرا للظلم، ترجمت عبر التعسفات والتجاوزات التعاقدية، ولعلّ هذه النتائج هي من إحدى الأسباب التي دعت إلى ظهور نظام تعاقدي جديد يقوم على المساواة التعاقدية والتوازن [3]، بينما دعا بعض الفقه[4]، إلى حتمية إعادة النظر في مبدأ سلطان الإرادة، وجعل أهم المرتكزات الأساسية هو الأخذ بعين الاعتبار حماية المتعاقد الضعيف، خاصة عبر استعمال النظام العام الحمائي، الذي يهتم بحماية الفئات الضعيفة، من خلال عدة آليات لعلّ أهمها توظيف القواعد الآمرة في العقد.[5]

في اعتقاد الأستاذ أحمد بعجي أن التصور الكلاسيكي للعقد، كان يشجع على ظهور وتزايد مظاهر القوة التعاقدية، خاصة عبر فكرة الحرية التعاقدية، التي تسمح للمتعاقد القوي بتضمين ما يشاء من بنود تعاقدية في مواجهة الحاجة والضرورة الملحة لمحل العقد من جانب المتعاقد الضعيف، ضف إلى ذلك عدم السماح للمشرع والقاضي بالتدخل في تعديل العقد، طبقا لتعاليم مبدأ سلطان الإرادة، وبعبارة أخرى عدم المساس بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[6].

---

[1] - J-P. Chazal, De la puissance économique en droit des obligations, thèse, Grenoble, 1996, p. 16 ; au Frédéric POLLAUD-DULIAN, Du droit commun au droit spécial — et retour in : Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003, p.p.925-950.

[2] - h. Jamin, quelle nouvelle crise du contrat ?, Ch. Jamin , D. Mazeaud, la nouvelle crise du contrat. _ Acte du colloque du 14/mai/2001 , organisé par le centre René Demogue de l'université de Lille II ; Dalloz- Sirey, collection thème et commentaire, paru le 30/1/2003, p. 09.

[3] - G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 1949, p.16 .

[4] - P. Lokiec, Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, LGDJ, 2004, p .02.

[5] - فطيمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة دكت وراه، جامعة الجزائر– 1– كلية الحقوق، 2013/2012، ص.21 وما يليها.

[6] – أحمد بعجي، أثر القوة التعاقدية للمتعاقد على قانون العقود، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06/ العدد 02 (2020)، ص.ص.138–157.

فضلا عن ذلك لاحظ الفقه[1]،بأن فرضية المساواة و الحرية أصبحت في مواجهة عنيفة مع واقع القوة الاقتصادية التي تظهر بين المتعاقدين، خاصة في مجال السوق، لأنّها في مواجهة الرغبات التي تدير المجال الاقتصادي و الاجتماعي، مفضلة المقاربة المجرّدة و المثالية، لا المقاربة الخاصة و الفعلية الواقعية بين المتعاقدين، من ذلك في علاقة المستهلكين بالمتدخلين، أو علاقة المحترفين فيما بينهم، و مع ذلك بقي المشرع غير مبال بذلك التفاوت الاقتصادي المفرط بين المتعاقدين، على الأقل في إطار النظرية العامة للعقد، سواء في إطار القانون المدني الجزائري[2]، أو الفرنسي[3]، وهذا ما برّره الفقه[4]، بفشل الفلسفة الفردية الليبرالية، التي انحرفت عن الواقع التعاقدي المختلف، لأن هناك مظاهر متزايدة للقوة التعاقدية، وبالتالي تصبح النظرة الكلاسيكية الفردية للعقد أكثر ظلما في يد المتعاقد القوي الذي يفرض ما يشاء في العقد اتجاه المتعاقد الضعيف.

ومن جهة أخرى، كان هناك صراع فكري ونظري حول مسلّمات النظرية العامة للعقد، هل تستمر في الصمود أمام الواقعية الاقتصادية والتعاقدية الحالية؟ وهذا في مواجهة الواقع الذي يفنّد تماما هذه الفرضيات القائمة؟

يبدو، بأن هذا التباعد الموجود بين النظري والواقع، لا يمكن معالجته إلا بإعادة النظر في النظرية العامة للعقد حاضنة فرضية المساواة والحرية، وفي هذا الشأن رأى بعض الفقه[5]، بأن تزايد وتعدّد مظاهر القوة الاقتصادية للمتعاقد تشكّل اضطرابا في العلاقة التعاقدية كعلاقات غير متساوية ومختلة، وبالتالي فهي تشوّش على فرضية المساواة بين المتعاقدين.

1- التوجيه التشريعي للعقد

إن الحماية الشاملة والعامة التي وفرتها النظرية العامة للعقد بصورة استثنائية، وكذلك نظرها الفردية الكلاسيكية، الرافضة لتدخل المشرع والقاضي لإنصاف المتعاقد الضعيف، تدعيما لقاعدة الحياد الناتجة عن فرضية المساواة المجردة، كانت دافعا قويا أمام المشرع لإبداء اهتمام جد خاص ببعض الفئات الضعيفة التي تحمل صنف المتعاقد الضعيف، رغبة منه للتخفيف من مظاهر القوة التعاقدية للمتعاقد. من تلك التشريعات الخاصة، نحد قانون حماية المستهلك، وأيضا قانون علاقات العمل، وأيضا قانون

---

[1] - J-P. Chazal,, op.cit, p.19.

[2] – إلاّ في حالات استثنائية فقط، على سبيل المثال، نظرية الاستغلال، ونظرية الظروف الطارئة، وأيضا الاعتراف بعقد الإذعان وسلطة القاضي في تعديله، لكن بقي محافظا على الاتجاه الفردي والنزعة الفردية للعقد المسيطرة على تصوّره.

[3] – إلا أنه مؤخرا، أدمج بعض الآليات التي تصب في حماية المتعاقد الضعيف، من ذلك الاعتراف بعقد الإذعان، والإكراه الاقتصادي، ونظرية الظروف الطارئة، إلا أنها لا تغدو حالات استثنائية بما أن المبدأ بقي وهو مبدأ سلطان الإرادة بنزعته الفردية.

[4] - D. Mazeaud, op.cit.p.291.

[5] - P. Lokiec,op.cit, p.40.et 45.

المنافسة، وقد اهتم المشرع في هذه التشريعات بصفة المتعاقد الضعيف اهتمام بالغ الأهمية، حين كانت هذه الأخيرة سببا رئيسيا في ظهور هذه التشريعات و محورا جوهريا فيها، فعلى سبيل المثال، نرى بأنه بالنسبة لأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، أين أشار في المادة الأولى (يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية ...) ولعل ضمان المنافسة وتفادي الممارسات المقيدة للمنافسة، فيه أيضا حماية للمتعامل الاقتصادي من فرضية تعسف وهيمنة المتعامل الاقتصادي على السوق، وهذا ما يجد حماية لتلك الصفة. من جهة أخرى، لم يتوانى المشرع الجزائري في التأكيد على انحيازه التام لصفة المتعاقد الضعيف، حينما لجأ إلى تحديد مجال التشريعات الخاصة، عبر ضبط النطاق الشخصي والموضوعي لكل قانون، فنرى أن المشرع الجزائري قام ببسط حمايته الخاصة والمنحازة لأحد الأطراف، حين لجأ في إطار الأمر المتعلق بالمنافسة إلى تحديد مجال سريان هذا القانون، من أجل حصر و توجيه الحماية لمجال وأطراف معينة أين جاء في المادة 2 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم، بأنه يطبّق على نشاطات الإنتاج مهما كانت طبيعتها، وأيضا نشاطات التوزيع، ومنها نشاطات استيراد السلع لإعادة بيعها على حالها، أما عن مجال تطبيق قانون المنافسة من حيث الأشخاص فقد نصت المادة 3 من الأمر المذكور (...المؤسسة: كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج والتوزيع أو الخدمات أو الاستيراد...)[1].

وعليه فإن هذه التشريعات الخاصة الحديثة ، تختلف تماما مع النظرية العامة للعقد، التي لا تميل لأحد المتعاقدين دون الآخر، عكس التشريعات الحديثة التي تميل لأحد صفة المتعاقد بصورة صريحة، و قد صارت صفة المتعاقد كأحد أهم الدوافع لإقامة تقسيم وتصنيف حديث للعقود يقود على هذه الخاصية، وقد اعترف الفقه الحديث بذلك صراحة، حيث ينطبق هذا التصنيف على سبيل المثال على العديد من المجالات، كحال قانون علاقات العمل الذي يوجه حمايته لصفة العامل، و أيضا حال صفة المتعامل الاقتصادي بالنسبة للأمر المتعلق بالمنافسة، وكذلك الأمر في قانون التأمين، الذي يوجه حمايته لصفة المؤمن له كطرف ضعيف يستحق حماية خاصة. ولأجل ذلك، يظهر أن مفهوم العقد بصورته الحديثة،

[1]– من خلال الأمر 03–03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر.43، المعدل والمتمم بموجب القانون 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008، جريدة رسمية عدد 36 بتاريخ 2 يوليو 2008، وكذلك عدل وتمم بموجب القانون 10–05 المؤرخ في 15 أوت 2010 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010.

يأخذ بعين الاعتبار انحياز المشرع لأحد الأطراف، من خلال توفير الحماية القانونية المتناسبة مع وضعيته، وما يدعم ذلك هو تعدد هذه الفئات الضعيفة وتنوعها[1].

كما أشرنا في السابق، بأن التصور الكلاسيكي الضيق الذي سيطر على مفهوم العقد، كان مانعا قويا أمام إدماج مفهوم، وآليات معالجة القوة التعاقدية للمتعاقد، لكن بصد د تغير النظرة القانونية للعقد، وعبر تزايد مظاهر آثار القوة الاقتصادية للمتعاقدين، استعملت جيدا فكرة التشريعات الخاصة، عبر بسط حماية متنوعة ومتعددة من المشرع لصالح المتعاقد الضعيف، تتناسب مع وضعيته، فأحيانا معالجة الضعف المعرفي[2]، وأحيانا أخرى معالجة الضعف الاقتصادي[3] و بالتالي فالحماية ليست واحدة، بل تختلف من مجال لأخر، ولعل هذا ما يسهم و يثري مفهوم العقد في صورته الحديثة.

---

[1] -Frédéric POLLAUD-DULIAN, Du droit commun au droit spécial — et retour, in: Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003, p.p.925-950.

[2] – إن معالجة مظاهر القوة المعرفية التي تقف إلى جانب المتعاقد القوي، هي إحدى السمات التي يتميّز بها قانون الممارسات التجارية رقم 02/04 بصورة نسبية، ، الذي نص في الباب الثاني على شفافية الممارسات التجارية، من خلال الإعلام بالأسعار و التعريفات و شروط البيع، و اهتم بمسألة الإعلام فيما بين الأعوان الاقتصاديين في المادتين 7 و 9 من هذا القانون؛ أين استفاد الأعوان الاقتصاديين من ميزة فرض الالتزام بالإعلام، أو ما يصطلح عليه ب FORMALISME INFORMATIF .

[3] – لقد كان إفراط المتعاقد القوي، سواء المتدخل، أو العون الاقتصادي، أو المحترف، في فرض بنود العقد بصورة إذعانية على المتعاقد الضعيف، و تضمين العقد ما يشاء من بنود لصالح الطرف القوي، وكذا قصور النظرية العامة للعقد، في معالجة فعالة لهذه القوة الاقتصادية للمتعاقد، دافعا قويا للمشرع الجزائري بإفراد حماية خاصة بصورة مستقلة عن القواعد العامة، وهذا ما ظهر في إطار القانون رقم 04/02، أين بادر المشرع الجزائري إلى وضع تعريف للشرط التعسفي من خلال نص المادة 3 الفقرة 5 (كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد)، وقد لجأ المشرع في سبيل تيسير الأمر للقاضي الحكم بالشرط التعسفي، ومحاربة الشروط التعسفية، إلى وضع قائمة من تلك الشروط، تضمنتها المادة 29 من هذا القانون، واتبعت بقائمة أخرى تضمنتها المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06، لكن الأمر الذي يعاب على القانون رقم 04/02 و كذا مرسومه التنفيذي رقم306/06، أنه جاء خاليا من الجزاء المدني المترتب عن الحكم بالطابع التعسفي للشرط، وهو بطلان الشرط وحده مع بقاء العقد قائما، و هذا هو الحكم في التشريع الفرنسي بالقانون المدني مثلما أوضحناه سابقا بالمادة 1171 ق.م.ف. التي أقرت ببطلان الشرط واعتباره غير مكتوب.

من جهة أخرى، فإن معالجة مظاهر القوة التعاقدية للمتعاقد في إطار السوق، هي إحدى المظاهر والخصائص البارزة لقانون المنافسة، والقوانين ذات صلة به، أين تظهر بشكل كثيف وواضح مظاهر القوة التي تصدت لها تشريعات السوق بشكل واضح، من ذلك ، منع القانون رقم 02/04 الممارسات المقيدة للمنافسة، وحصرها في إطار ضيق، والتي تتعلق بحالة رفض البيع ورفض البيع التمييزي، كما جاء في إطار المادة 15 التي نصت على حالة رفض البيع (تعثير كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع، يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذ كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو الخدمة متوفرة، لا يعني هذا الحكم أدوات تزيين المحلات و المنتوجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات) و هذا لأن هذه الممارسة تشكل تعسفا في وضعية الهيمنة الاقتصادية، كما أشارت المادة 11 من الأمر رقم 03/03 المعدل و المتمم، إلى حظر التعسفات الناتجة عن استغلال وضعية التبعية، (يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان يخل بقواعد المنافسة، يتمثل هذا التعسف على وجه الخصوص في:

- رفض البيع بدون مبرر شرعي،
- البيع المتلازم أو التمييزي،
- الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى،
- قطع العلاقة التجارية حرد رفض المتعامل الخضوع لشروط بحارية غير مبررة،
- كل عمل من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق.).

ثانيا: تدعيم سلطة القاضي

في ظل تدعيم سلطة القاضي في ظل القواعد المستحدثة في نظرية العقد في القانون الفرنسي بموجب تعديل عام 2016 فإن من أهم ملامح الإصلاح التشريعي التي تظهر بجلاء هو تزايد سلطة القضاء إزاء العقد ليس فحسب منذ إبرامه، بل من المرحلة السابقة عليه، الأمر الذي حدا بالبعض إلى أن يذهب إلى أن القاضي قد أصبح طرفا ثالثا في العقد [1]، حيث أصبح من سلطة القاضي أن يتحقق من مدى توافر حسن نية طرفي العقد قبل وعند إبرام العقد، ومدى تنفيذ الالتزام بالإعلام قبل العقدي، وأن يراقب ما إذا كان هناك غلط في القانون أو إساءة في استغلال حالة التبعية أو مدى وجود شروط تخل إخلالا جسيما بالتوازن العقدي بين المتعاقدين، وأن يراجع شروط العقد عند تغير الظروف خلال تنفيذه، وبذلك أتيحت له الرجاحة في شقين؛ الأول متعلق بمضمون العقد (contenue du contrat) أما الثاني فمتعلق بنفاذ العقد وصحته (validité du contrat). فتأكيدا لمبدأ العدالة العقدية سيتم التطرق للمسائل التالية تباعا؛ فنعرض لما استحدثه بشأن عيب الإكراه كأحد عيوب الإرادة، ثم للمبدأ العام بشأن الشروط التي تجرد الالتزام الرئيس من ماهيته، ثم الحماية العامة التي قررها في عقود الإذعان بمواجهة الشروط التعسفية.

أ–تعديل تشريعي مزدوج لأحكام الإكراه (المواد من 1140 إلى 1143 ق.م.ف.):

يعد الإكراه، كأحد عيوب الإرادة، نموذجا بارزا لتأثير القضاء على ما تضمنه مرسوم 10 فبراير 2016 من حلول مستحدثة، وقد تناوله المشرِّع في المواد من 1140 إلى 1143 منقحا لبعض أحكامه ومستحدثا له صورة جديدة. وقد بدا ذلك من ناحيتين؛ في الشق الأول عنى **بإزالة التناقض التشريعي بشأن الجمع بين المعيارين الموضوعي والذاتي فيما يتعلق بمعيار جسامة الخطر المهدد به** (م.1140)؛ ذلك أن المادة 1112 مدني فرنسي، فيما يتعلق بتحديدها معيار جسامة الخطر المهدد به، كانت محل انتقاد فقهي فيما انطوت عليه من تناقض بين فقرتيها الأولى والثانية[2]، إذ كانت الأولى تأخذ

راجع: المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.، ع.56، وكذا رقم 02/04 المؤرخ في 23 جويلية 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. العدد 41، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10–06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر. العدد 46؛ القانون 11/90 المؤرخ في 21 أفريل 1991، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر. العدد 17، المعدل والمتمم.

[1] - Abdelaziz SQUALLI, La Cour suprême face aux nouveaux impératif du monde des affaires, in: Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003, p.p.1019-1033.

[2] -Rapportée au contexte du droit des sociétés, en terme de **validité du contrat** dont on trouve deux cas traités par les nouvelles apports correctifs qui spnt ; **dol, La violence** ; l'article 1112-1 du Code civil relatif au devoir d'information des parties lors de la phase des négociations *doit être appréciée en contemplation*. Ce texte prévoit, à son alinéa 2, que « ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation ». Il aurait été dommageable qu'une discordance surgisse entre la règle relative à l'obligation d'information et celle relative au dol. Les deux textes sont désormais bien ajustés. Non seulement, l'une des parties à la négociation ne pourra pas voir sa responsabilité engagée pour manquement à son devoir d'information, s'agissant de l'estimation de la

بالمعيار الموضوعي in abstracto ، فعدت التهديد إكراها متى نتج عنه رهبة بالنسبة للشخص المعتاد une personne raisonnable ، بينما كانت الثانية تأخذ بالمعيار الذاتي in concreto ، إذ جعلت العبرة بما يحدثه التهديد من رهبة في نفس المتعاقد حسب سنه وجنسه وظروفه الشخصية. وقد أزال مرسوم 10 فبراير 2016 في المادة 1140 مدني فرنسي هذا التناقض، متبنيا معيارا موضوعيا للإكراه، مسايرا في ذلك ما جرت عليه محكمة النقض، إذ لم يعد يشير، خلافا لما كانت عليه المادة 1112 / 2 مدني فرنسي (ملغاة)، إلى السن أو الجنس أو إلى الظروف الشخصية للمكره كعناصر لتحديد جسامة الخطر المهدد به، مكتفيا بالنص على أن الإكراه يتحقق متى كان من شأنه أن يبعث في نفس المكره رهبة تدفعه إلى الالتزام خشية خطر جسيم محدق به أو بماله أو بأحد أقاربه .[1] أما في شقه الثاني فقد أخذ بفكرة الإكراه الاقتصادي الناشئ عن الظروف(م 1143)؛ استـــهداء بما تبنته بعض أحكام القضاء، على قلتها، أخذ المشرِّع في المـــادة 1143 بفكرة الإكراه الاقتصادي La violence (La contrainte) économique » باعتباره صورة من صور الإكراه المعيب للإرادة، والتي تجعل العقد قابلا للإبطال، مؤسسا ذلك على مفهوم جديد لإساءة استغلال أحد المتعاقدين

---

valeur des droits sociaux, au titre de l'article 1112-1, mais elle ne pourra pas voir recherchée la nullité du contrat, finalement conclu, pour dol pour la même raison, compte tenu du libellé désormais retenu à l'article 1137. Évidemment, les informations qui participent de l'estimation de la valeur des droits sociaux dont la cession est envisagée demeurent dans le péri mètre tant de l'obligation générale d'information que de la sanction du dol. La nuance aura, dans les faits, son importance. Si le cédant n'a pas à révéler au cessionnaire l'estimation qu'il retient des droits sociaux, il se doit de lui communiquer, dans le cadre des textes issus de l'ordonnance de 2016, les éléments objectifs qui participent de cette estimation.

Conscient de l'importance de la modification opérée, au regard du libellé du texte contenu dans l'ordonnance de 2016, le législateur a fait figurer l'article 1137 dans la liste des articles dont la modification ne sera applicable qu'aux contrats conclus à compter du 1er octobre 2018, date d'entrée en vigueur de la loi du 20 avril 2018 (art. 16, 1). Par contre cette dernière loi à une incidence sensible dans un exemple pratique illustrant la violence économique dont on peut imaginer, par un associé tenu de céder les parts qu'il détient dans une société, dans des conditions particulièrement défavorables pour lui, compte tenu du lien qui l'unit, par ailleurs à d'autres sociétés d'un même groupe, ou encore, dans un contexte familial, compte tenu de la dépendance où il se trouve à l'égard d'un membre de la famille qui le contraint de céder ses titres à un autre membre dans des conditions désavantageuses. Il apparaît donc que, sur ce point de droit en cause, la loi de ratification modifie singulièrement le cadre juridique tel qu'il résultait de l'ordonnance de 2016 ;et fait une restriction de la prise en compte de la dépendance **seulement à l'égard du cocontractant** (C. civ., art. 1143). Appréhendé dans sa dimension de violence économique, ce vice du consentement a suscité bien des commentaires et il fallait s'attendre à ce que la loi de ratification de l'ordonnance de 2016 soit l'occasion de revenir sur cet aspect. En définitive, la modification est modeste dans son libellé, même si elle peut être importante quant à ses effets.

L'article 1143 du Code civil est en effet complété pour préciser que, s'il peut y avoir violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, cet état n'est pris en compte qu'« à son égard ». L'adjonction de cette modeste expression est tout de même riche de conséquence. En bref, il en résulte que l'état de dépendance, qui doit être caractérisé pour pouvoir, le cas échéant, aboutir à ce que le vice de violence vienne provoquer l'annulation du contrat en cause, ne peut être caractérisé qu'en contemplation des relations existantes entre les deux parties au contrat. La dépendance à l'égard d'un tiers au contrat ne peut être prise en compte, même si le tiers est un proche, voire un complice du cocontractant. Rapportée au contexte du droit des sociétés, la modification peut avoir une incidence sensible.

In : Reygrobellet A., « Le déséquilibre significatif », art.préc., p. 534 ; Mekki M., « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, Une réforme de la réforme?», D. 2018, p. 900.

[1]- Art. 1140:«Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable».

"حالة التبعية " l'abus de l'état de dépendance لدى المتعاقد الآخر، والتي لولاها ما كان هذا الأخير ليتعاقد. وقد نص في ذلك على أن: «وكذلك يكون هناك إكراه إذا استغل أحد المتعاقدين حالة التبعية التي يكون عليها المتعاقد الآخر للحصول منه على تعهد لم يكن ليلتزم به لولا هذا الإكراه، وذلك لتحقيق مزية فاحشة.[1]

وكانت محكمة النقض قد قضت، في غير مناسبة، بأنه ليس هناك ما يحول دون إبطال العقد للإكراه الاقتصادي[2]، كما أكدت على أن مجرد وجود تبعية اقتصادية ليس كافيا في هذا الصدد، وإنما يجب كذلك أن يكون هناك إساءة استغلال لهذه التبعية من المتعاقد الآخر[3]، على أن أهمية اعتراف المشرِّع بفكرة "الإكراه الاقتصادي" لا تقتصر فحسب على كونها تطورا تشريعيا بشأن الإكراه المعيب للإرادة، بل من كونها فتحت الباب واسعا أمام القضاء لتأسيس أحكامه على فكرة قلما كان يلجأ إليها في ظل غياب تشريعي.

ولعل تطبيق هذه الفكرة يجد رواجا خاصا في نطاق عقد العمل الذي تمثل خشية العامل من فقد عمله رهبة يستغلها صاحب العمل للضغط عليه بغرض تحقيق مزية فاحشة فيه لصالحه [4]. كما تظهر أهمية تطبيق هذه الفكرة في نطاق عقود التوريد التي قد تتوافر فيها حالة «التبعية الاقتصادية » التي يكون عليها الموزع في علاقته بالمورد الذي قد يسيئ استغلالها لتحقيق مزية فاحشة لمصلحته. كذلك تجد هذه الفكرة تطبيقا مهمًا لها في نطاق عقود الأوراق المالية التي تخضع فيها عمليات البيع والشراء – في كثير من الأحيان – لما يمكن أن يطلق عليه الهيمنة المالية للمساهمين la domination » financière d'un actionnaire ».

ويلاحظ أن المشرِّع قد ميز بين هذه الفكرة، أي اساءة استغلال التبعية الاقتصادية من ناحية، واختلال التوازن العقدي (الجسيم) من ناحية أخرى: فحالة إساءة استغلال التبعية الاقتصادية، تنظمها المادة

---

[1] - Art. 1143 : «Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif».

[2]- Cass. civ. 1re, 30 mai 2000, n° 98-15.242 ; in Mekki M., « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, Une réforme de la réforme?», D. 2018, p. 900.

[3] - Cass. civ. 1re, 3 avr. 2002, n° 00-12.932: « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement » (rendu au visa de l'ancien article 1112).

وفي التعليق على هذا الحكم :

Durand-Pasquier Gwénaëlle. Précisions sur la notion de violence économique [Commentaire de la décision de la Première chambre civile de la Cour de cassation, du 3 avril 2002]. In: Revue juridique de l'Ouest, 2002-4. pp. 447- 465; http://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2002_num_15_4_2690.

[4]- Cathie-Sophie Pinat, LA VIOLENCE, dans Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016), Sous la direction scientifique de Daniel Mainguy P.91.

1143 مدني، وجزاؤها إبطال العقد لعيب الإكراه، بشرط أن تتحقق للطرف الآخر نتيجة هذه الإساءة «مزية فاحشة «avantage manifestement excessif» وهذا جزاء عام ينطبق في كافة العقود.

ب- اختلال التوازن العقدي الجسيم:

فتنظمه المادة 1171 مدني وهذا جزاؤه إبطال الشروط التعسفية فحسب – وليس العقد – التي تخل بالتوازن بين المتعاقدين، وهو جزاء خاص ينحصر في نطاق عقود الإذعان؛ والعبرة في تقدير وجود اختلال جسيم بين المتعاقدين تكون بالنظر في التوازن العقدي في العقد بوجه عام، وليس بالنظر في كل شرط على حدة؛ كذلك لا عبرة في تقدير وجود هذا الاختلال من عدمه بمضمون العقد الرئيسي، أو بمدى ملائمة الأداء المقابل[1]. غير أنه لتفعيل الجزاء المترتب عن هذا النص فإن قانون 20 أبريل 2018 السابق الذكر قد خص صياغة مغايرة عن تلك الواردة بتعديل عام 2016[2]، ومن ذلك تطبيق مغاير لقواعد الإثبات للمسؤولية في حالة إهدار المصالح الفئوية –بخاصة مصلحة الشركة التابعة– ضمن تجمعات الشركات[3].

---

[1] - Martine Behar-Touchais, Le Déséquilibre Significatif Dans Le Code Civil, La Semaine Juridique - Édition Générale - N° 14 - 4 Avril 2016, p.p.663 et s.

[2] - **Délimitation des clauses abusives à celles non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties (C. civ., art. 1171)** par la loi du 20 avril 2018 dans le prolongement de la nouvelle définition du contrat d'adhésion, précise le sort de certaines clauses contenues dans un tel contrat. L'article 1171 du Code civil, dans la rédaction que lui avait donnée l'ordonnance de 2016, réputait non écrite « toute clause qui crée **un déséquilibre significatif** entre les droits et obligations des parties au contrat ». Le champ d'application de cette sanction avait pu apparaître trop large dans la mesure où elle pouvait toucher des clauses qui, spécifiquement, avaient été négociées entre les parties, alors même qu'elles se traduisaient par un déséquilibre dans leurs obligations respectives. La réécriture du texte est importante et aboutit à une réduction sensible du champ d'application des stipulations du contrat susceptibles d'être réputées non écrites. Selon la rédaction issue de la loi de ratification, pour être réputée non écrite, la clause devra avoir été « non négociable » et « déterminée à l'avance par l'une des parties ». On ne se situe plus dans le même contexte. Dès lors qu'une clause du contrat était négociable, elle ne pourra plus être réputée non écrite, alors même qu'elle n'aurait pas été négociée et qu'il en résulterait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Le champ de la protection légale des par ties à un contrat qu'établissait l'article 1171 du Code civil, dans sa version issue de l'ordonnance de 2016, se trouve singulièrement réduit, et le droit positif s'éloigne assez nettement des objectifs qui nourrissaient la réforme réalisée par voie d'ordonnance.
Il convient de noter que, fort logiquement, l'article 1171 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi de ratification, ne s'appliquera qu'aux contrats conclus à compter du 1 octobre 2018, date d'entrée en vigueur de la loi.
Cf. : Mazeaud D., Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », D. 2018, p.p. 912 et s.

[3] - Par le resserrement de la définition des contrats d'adhésion (C. civ., art. 1110), La classification des contrats reposant sur la distinction des contrats de gré à gré et des contrats d'adhésion, formalisée par l'ordonnance de 2016 à l'article 1110 du Code civil, portait en germe une dimension nouvelle pour les contrats d'affaires et notamment pour les cessions de droits sociaux ; Cette insertion d'une référence à des contrats qui sont, dans leur conception même, étrangers à l'idée d'équilibre contractuel demeurera certainement l'un des marqueurs forts de la réforme réalisée par l'ordonnance de 2016. en premier lieu, le contrat de gré à gré n'est plus défini par référence aux stipulations librement négociées » entre les parties, mais à celles qui sont << négociables >> entre elles. En bref, ce qui importe désormais ce n'est plus ce qui s'est effectivement déroulé entre les parties au contrat mais à ce qui était possible. Si les clauses du contrat étaient négociables, la cession des droits sociaux relève de la catégorie des contrats de gré à gré, même si, dans les faits, aucune discussion n'a eu lieu. Ce changement de

ت- حماية الالتزام الرئيس في مواجهة الشروط العقدية التي تجرده من ماهيته:

وضع المشرِّع (الناظم) الفرنسي مبدأ عاما في المادة 1170 نص فيها على أن: «كل شرط يجرد الالتزام الرئيس للمدين من ماهيته يعتبر كأن لم يكن»[1]. ويعد هذا النص من النصوص الحمائية التي كرس بها المشرِّع مبدأ العدالة العقدية. ويمكن أن يلاحظ على هذا النص أنه من حيث نطاق الشروط التي يسري النص في مواجهتها أنه على اعتبار عموم صياغته حين أهدر «كل » شرط من شأنه أن يجرد الالتزام الرئيس من ماهيته، دون أن يقصر ذلك على شروط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية، متجاوزا بذلك ما جرى عليه القضاء من قصر هذا الحكم على هذين النوعين من الشروط. وعلى هذا، فإن حكم المادة 1170 يكرس حماية أوسع للالتزام الرئيس في مواجهة أية شروط عقدية تجرده من ماهيته، ومن بينها – بداهة – الشروط المخففة أو المعفية من المسؤولية والتي يكون لها هذا الأثر، وذلك عوضا عن نص المادة 1131 مدني فرنسي ملغى، والتي كان القضاء يؤسس أحكامه بالبطلان في هذه الحالة عليها استنادا إلى تخلف السبب .[2]

فرع ثاني: مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد

إن مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، كعنوان، قد يحمل تناقضا لأول وهلة، فكيف أن الغير عن العقد، هو من يكون مسؤولا عن عدم تنفيذه، فهذا أمر يصطدم بمبدأ عام، توافقت عليه التشريعات المدنية،

---

paradigme ne manquera pas de provoquer de délicates questions sur le terrain de la preuve. La charge de la preuve, et donc le risque de la qualification, reposera-t-elle sur celui qui voudra prouver que les stipulations du contrat de cession des droits sociaux n'étaient pas « négociables » ou au contraire sur celui qui invoquera qu'elles l'étaient ? Les moyens de preuve du caractère négociable seront, en pratique, bien souvent difficiles à établir. Une mention figurant au contrat de cession des droits sociaux par laquelle les parties affirment expressément que les clauses de ce contrat étaient négociables sera une issue que certains tenteront, mais la question pourrait rebondir sur le point de savoir si cette clause était-elle même « négociable ».
En second lieu, la définition du contrat d'adhésion ne se fait plus par référence aux « conditions générales qui, «soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». Le contrat d'adhésion est désormais celui « qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Ce changement relatif aux éléments de qualification du contrat semble mieux ajusté pour la cession de droits sociaux. La référence antérieure à des conditions générales » ne correspondait guère à ce qui se pratique en ce domaine. Une approche plus concrète, basée sur un ensemble de clauses », laisse plus de souplesse et permettra d'isoler, dans un contrat, certaines clauses qui étaient « non négociables » et « déterminées à l'avance par l'une des parties ». On pense, notamment, aux clauses relatives aux modalités de paiement du prix.
Cf. - Deshayes O., Génicon T. et Laithier Y.-M., Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime géné ral et de la preuve des obligations», JCP G 2018, 885, spéc. nº 18; Mekki M., «Réforme du droit des obligations : une ratification minima liste de l'ordonnance du 10 février 2016», JCP N 2018, 29, spéc. n° 17; Mekki M., La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016: une réforme de la réforme?», D. 2018, p. 900: Mazeaud D., Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », D. 2018, p. 912: Houtcieff D., « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », Gaz. Pal. 17 avr. 2018, n° 321q7, p. 14.

[1] - Art. 1170 : «– Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite» ; cf.aussi Reygrobellet A., « Le déséquilibre significatif », BJS sept. 2016, n° 115m0, p. 534.
[2] -Cass.com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841.

قديمها، وحديثها، ألا وهو مبدأ نسبية أثر العقد؛ فالمفروض إن العقد لا يفيد، ولا يضر، إلا اطرافه، أما الغير فهو أجنبي عن العقد، لا يفيد من العقد شيئا، ولا يضار منه. فكيف إذن يمكن أن يكون مسؤولا عن عدم تنفيذه أو الإخلال به؟

إن أهمية البحث في وضع خطوط واضحة لنظام مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد تكمن في التعرف على صورة جديدة من صور المسؤولية المدنية، لم تتناولها أقلام الباحثين العرب بالدراسة والتحليل في بحوث خاصة، كما تناولها الفقه الفرنسي من خلال ما كتب حول الموضوع، من خلال أطاريح الدكتوراه، بحوث، تعليقات، لكبار الفقهاء الفرنسيين، الذين واكبوا القضاء الفرنسي– ومازالوا في معالجته، لهذه الصورة من صور المسؤولية، من حيث أساسها القانوني، وشروط تحققها، وآثارها، لعل التعرف على هذه الصورة من صور المسؤولية، والأخذ بما يصدره الفقه والقضاء الفرنسي من أحكام سيكون هاديا للمشرع الجزائري، فيما لو أراد إعادة النظر في نصوص تقنيننا المدني مستقبلا.

حيث أبان الباحث طارق كاظم عجيل عن بيان الأساس القانوني لمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، عن طريق طرح مبدأ الحجية المطلقة للعقد، كأساس يمكن عن طريقه إلزام الغير بعدم الاعتداء على العقد[1]، فإذا كان الأصل أن العقد، وقوامه تراضي الطرفين على إبرامه، أنه لا ينشئ علاقة التزام إلا بين الطرفين اللذين تراضيا على إنشاء هذه العلاقة، فلا ينشئ في ذمة الغير التزاما، ولا يكسبه حقا. وهذا هو ما يعرف بمبدأ نسبية أثر العقد. على أن العقد، بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، واقعة اجتماعية ليس في الوسع تجاهلها. فإذا كان الأصل أن الأثر الملزم للعقد أثرًا نسبيا يقتصر على طرفيه، فلا يستطيع الغير أن يطالب بحق أنشأه العقد، ولا توجه إليه مطالبة بالتزام نشأ عنه، إلا أن وجود علاقة الالتزام التي أنشأها العقد هو حقيقة واقعة. فليس في وسع الغير أن يتجاهل نشوء هذه الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد، وليس في وسع أي من طرفي العقد أن ينكر في مواجهة الغير أن هذه الحقوق والالتزامات قد نشأت فيما بينهما. ويعبر عن ذلك بالقول: إن القاعدة هي أن العقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، يحتج به بالنسبة للكافة، فللغير أن يحتج به، ويُحتج به عليه، وهو مبدأ حجية العقد. ولكن إذا كان للعقد هذه الحجية في مواجهة الغير، فإن ذلك يثير التساؤل حول ما إذا كانت هذه الحجية تستتبع مسؤولية الغير في حالة الإخلال بالعقد؟

---

[1]- طارق كاظم عجيل، مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد "دراسة تأصيلية مقارنة"، مجلة القانون للدراسات و البحوث القانونية، جامعة ذي قار كلية القانون، المجلد 2014، العدد 8 (30 يونيو/حزيران 2014)، ص ص. 76–127.

فالواقع أن اعتبار الغير قد أخل بمبدأ حجية العقد لم يكن كافيا في المنظور التقليدي للحكم عليه بموجب أحكام المسؤولية المدنية. وكان كل ما هنالك ألا يعتبر عقد نافذا في مواجهة الدائن بالالتزام العقدي، إذا تمّ تكييف تعاقده مع المدين على أنه يتعارض مع حق الدائن. ويعزى ذلك إلى أن مبدأ حجية العقد كان يصطدم بمبدأين آخرين؛ أولهما: مبدأ حرية التعاقد الذي يقضي عدم تقييد حرية الغير في التعاقد تحت طائلة المسؤولية، إذا تناقض عقده مع عقد آخر. وثانيهما: مبدأ آخر يطلق عليه "شخصية العلاقة التعاقدية" ويقصد به حصر العلاقة بين المتعاقدين وقصر أثرها على ذمتهما المالية، ومن ثم لا يمكن أن يخل الغير بهذه العلاقة مالم يكن طرفا فيها أو ينصرف إليه أثر العقد على الأقل.[1]

وفي إطار محاولة الباحثين في القانون المدني في إعادة اكتشاف مبدأ حجية العقد كأساس قانوني يمكن تأصيل مسؤولية الغير على أساسه، عن طريق تحديد مبدأ نسبية أثر العقد في نطاقه الفني، كمبدأ يحكم آثار العقد من حيث ما ينشئه العقد من حقوق والتزامات، دون أن يتعداها إلى حكم العقد كواقعة اجتماعية لا يمكن للغير أن ينكر وجودها. فالحقوق التي ينشئها العقد، لا تختلف عن الحقوق التي يستمدها الأفراد من القانون مباشرة، مادام هذا الأخير يعترف للإرادة بالقدرة على إنشاء الحقوق، لذلك كان على الغير أن يحترم حقوق الدائن التعاقدية، كما يحترم حقوق الغير المستمدة من القانون مباشرة[2]. والهدف من هذا كله هو توفير الحماية اللازمة للدائن بالحقوق التعاقدية، وتدعيم القوة الملزمة للعقد، فقد تبين أن عدم إمكانية الدائن الاحتجاج بحقوقه التعاقدية اتجاه الغير، تضعف من قيمة العقد كمصدر للحقوق، وتجعل من مبدأ

[1] –بيد أن ما تقدم لم يحظ بتأييد مطلق من الفقهاء وخاصة المعاصرين منهم، وهو ما نوه إليه الأستاذ طارق كاظم عجيل في تطرقه لهذا الموضوع ومستجداته، حيث رفض اعتبار المبدأين المذكورين حجر عثرة أمام تطور العلاقة العقدية بين الأشخاص فضلا عن تهافت مبدأ حرية التعاقد أمام ترجيح مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد. كما أن انحسار الفكر الفردي أدى إلى إضعاف مبدأ شخصية العلاقة العقدية، وهذا ما وطد من مبدأ حجية العقد ليتغلب على سواه، ومن ثم ليظهر نظام مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد في تطور جديد مضاف إلى مفهوم الغير. راجع في ذلك: طارق كاظم عجيل، مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد "دراسة تأصيلية مقارنة"، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار كلية القانون، المجلد 2014، العدد 8 (30 يونيو/حزيران 2014)، ص ص. 76–127.

[2] –ولكن لما كان الغير لا يمكن أن يدعي جهله بالقانون وبما يرتبه القانون للأشخاص من حقوق، فإن تشبيه العقد بالقانون، باعتباره مصدرا للحق، يثير مشكلة العلانية، الأمر الذي اقتضى من الباحث طارق كاظم عجيل تحديد العقود التي تثير مسؤولية الغير في حالة الإخلال بها. كما أن تقسيم الحقوق إلى حقوق عينية وشخصية، ووصف الفقه لهذه الحقوق بأنها مطلقة ونسبية، جعل المشكلة تتفاقم، على اعتبار أن اعتراف الفقه التقليدي بالحجية للعقود الناقلة للحقوق العينية، دون العقود المنشئة أو الناقلة لمجرد حقوق شخصية، يضطر بأغلب الباحثين في كثير من الأحيان إلى محاولة إعادة دراسة نظرية الحق من جديد للتوصل مع جانب آخر من الفقه إلى تمتع جميع الحقوق، أيا كانت طبيعتها، بذات الحجية في مواجهة الكافة، وصولا إلى تقرير مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، أيا كانت طبيعة الحقوق محل التعاقد.

القوة الملزمة للعقد الذي يحكم العلاقة بين طرفيه، خـــاليا من محتواه، مـــادام المدين باستـــطاعته في أي وقت، عن طريق الاستعانة بالغير، الإخلال بالعقد، دون أية مسؤولية[1].

إلا أن تقرير مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد قد تبدو لأول وهلة، أنها لا تثير أية إشكاليات قانونية، ولكن عند التمعن في الموضـــوع، تظهر لنا مجموعة من التساؤلات الفرعية التي تحتاج إلى كثير من التأمل، لغرض تجاوزها، لعل أهمها:

- أن إلـــزام الغـــير بالتـــعويض عن الإخـــلال بالعـــقد هل يعني اعتبـــاره في حكـــم المتعاقد، وبالتالي هل تعتـــبر مسؤوليته ذات طبيعـــة عقدية، أم ذات طبيعة تقصيرية؟ فهو قد أخل بالتزام ناشئ من العقد، فالمفروض أن تكون مسؤوليته ذات طبيعة عقدية، ولكن إذا بقي محـــتفـــظا بوصفه غيرا عن العقد، فالمفروض أن تكون مسؤوليته ذات طبيعة تقصـــيرية.

- أن إلزام الغير بالتعويض عن الإخـــلال بالعقد هل يعني أن الغير على معرفة مسبقـــة بالعقد، أم يجب على الدائـــن اثبات علم الغير بالعقد، فإذا افترضنا علم الغير بالعقد فهذا يعني أن الحجية هي الأصل رغم صعـــوبة افتراض علم الغير بالعـــقد، خاصة وأن الأصـــل في العقـــود الرضائـــية، أما إذا الزمنا الدائن بإثبـــات علـــم الغير، فهذا يعنـــي أن عدم الحجية هي الأصل.

- أن إلزام الغير بالتعـــويض عن الإخـــلال بالعقد، هل يعني إمكـــانية مطالبته بالتـــنفيذ العيني الجبري، فإذا قلنا بالإيجاب، فإننا نلزم الغير بتنفيذ التزام ناشئ عن عقد، والغير لـــم يكن في أي وقت من الأوقات طرفا فيه، وإذا قلنا بالسلـــب، حرمنا الدائن من حقـــه بالحصول على التنفيذ العيني الجبـــري، لمجرد أن الغـــير وليس المدين، هو من أخـــل بالعـــقد.

إن الإجابة على ما تقدم يتقضى التعرض أولا للتمييز بين مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ حجية أثر العقد، ثم محاولة تأصيل مبدأ حجية أثر العقد باعتباره الأساس القانوني لإلزام الغير بعدم الإخلال بالعقد.

فمن ناحية أولى؛ للتمييز بيـــن مبـــدأ القـــوة الملزمة للعقـــد ومبـــدأ حـــجية العـــقد (Effet relatif et opposabilité) نـــجـــد عن القـــانون الفرنسي القديم نقل قـــانون نابـــليون المبدأ، وصاغه في عبارات واضحة، في المـــادة 1165 مدنـــي فرنسي، والتي نصـــت على أنه: "ليس للاتفـــاقيات

[1] - R. Savatier, Le pretend principe de l´effet relative des contrats, R.T. 1934 , p.106-118; Alain BÉNABENT, Droit civil, Les obligations, Montchrestien, 2002, p.p.45-98 ; GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), traité de droit civil, le effets du contrat, 2e édition, L.G.D.J.,p.p.74-93 ; F. Ranieri, Les sanctions de l'inexécution contractuelle en droit allemand, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé, sous la direction de M. Fontaine G. Viney, BruylantLGDJ, 2001, Pp. 811-835.

أثـــر إلا بيـــن طرفيها، لا تضر بالغير، ولا يمكن أن تقيدهم إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121"[1]. ولكن فقهاء القرن التاســـع عشر أخـــذوا بالتفسير الواسع لكلمتي "يضر" و "يفيد" الواردتين في المادة 1165 مُقدّمين المعنى اللغوي لهاتين الكلمتين، على المـــعنى الاصطلاحي أو الفـــني الذي كان لهما في ظل القانون الفرنسي القديـــم. فذهبوا إلى أن "يضـــر" معناها إحداث ضرر، و"يفيد" معناها الحصول على فائـــدة، وانتهى الفقه إلى القول بمجرد أن نعتبر الشـــخص "غيرا" عن العقد، فإن العقد لا يعتبر موجودا في مواجهته[2]، وبذلك اختفى التمييز بين مبدأ نسبية أثر العقد الذي يحكم القوة الملزمة للعقد بين عاقديه، ومبدأ حجية العقد الذي يحكم نفاذ العقد تجاه الغير. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا التفسير لنص المادة 1165 مدني في حكم لها جاء فيه: " الاتفاقيات غير قابلة للاحتجاج بها في وجه من لم يكونوا أطـــرافا فيها، وبتعبير آخر لا حجية للاتفاقيات في وجه الغير"[3]. ولكن انكار حجية العقد تجاه الغير، يؤدي إلى إضعاف القوة الملزمة للعقد بصـــورة غير مباشرة، ويجعل مبـــدأ نسبية أثـــر العقد فارغا من محتواه، فإذا كـــان رب العمل الجديد لا يستطيع الاحتجاج بشرط عدم المنافسة تجاه رب العمل السابـــق، الذي ساعد العامل الملتزم الاخلال بـــهذا الشرط، عن طريق تشغيله عنده، متجاهلا شرط عدم المنافسة، على أســـاس أنه ليـــس طرفـــا في عقد العـــمل المبرم بين رب العمـــل السابق والعامـــل؛ فهذا يعني أن الغير، يستطيع في أي وقت، أن يساعد على الإخلال بالعقد، وبالتالي بقوته الملزمة، بدون أن يكون مسؤولا، على أساس أنه أجنبي عن العقد. لذا تنبـــه الفقه الفرنسي الحديث[4] لفساد التفسير لنص المادة 1165 مدني وقادوا إلى تحديد نسبـــية أثر العقد بالنسبة لطرفيه بالأثر الملزم للعقد من جهة والكشف عن حجـــية أثـــر العقد بالنسبة للغيـــر من جهة أخرى بالإجماع على أن هاته المادة تتـــعلق بالأثر الملـــزم للعقد ولا تتعلق إلا به، وأن لكلمتي "يضر" و "يفيد" معنى قانوني دقيق يختلف كلية عن المعنى الدارج لهما في اللغة: يضر بمعنى إنشاء التزام في ذمة الغير[5]، ويفيد معناها ترتيب حق له. ويكون معنى القاعدة: أن العقد لا ينشئ علاقـــة التزام إلا بين

---

[1] – إن المادة 1121 مدني فرنسي خاصة بالاشتراط لمصلحة الغير.

[2] - Jacques Ghestin, avec le concours de Christophe Jamin, Marc Billiau ; sous la direction de Jacques Ghestin, Traité de droit civil. Les effets du contrat, Paris, L.G.D.J. c1994, p.326.

[3]- Civ. 1re 6 Février 1952, Bull. Civ. I, no 55, p. 44.

[4]- G. Viney, Introduction à la responsabilité in Traité de droit civil, 2e éd, in:Revue internationale de droit comparé. Vol. 48 N°1, Janvier-mars 1996. pp. 237-238.

[5] – للغير في الاصطلاح القانوني معان كثيرة، تختلف باختلاف الاوضاع القانونية نفسها، فهناك الغير بالنسبة لأطراف التصرفات الناقلة للحقوق عموما. وهناك الغير بالنسبة للتصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية، والغير بالنسبة لأطراف الحكم، وهناك الغير بالنسبة لأطراف العقد، على أنه لا يعنينا الآن غير تحديد الغير الذين يمكن تحريك مسؤوليتهم بسبب عدم تنفيذ عقد ليسوا طرفا فيه.

ويتخذ الغير في وضع مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد معنى خاصا. فإذا وازنا بين الغير هنا وبين الغير بالنسبة لأطراف العقد، فأن القاعدة في نفاذ العقود هي قصورها على أطراف العقد دون ان يقتصر هذا المعنى على المتعاقدين، بل يشمل الخلف العام والخلف الخاص كذلك، فلا يعتبر هؤلاء من الاغيار. ويبدو أن هذه القاعدة هي ذاتها المطبقة في تحديد الغير المسؤول عن الإخلال بالعقد، ففي عرف مسؤولية الغير

الطرفين اللذين تراضيا على إنشاء هذه العلاقة، فلا ينشئ في ذمة الغير التزاما ولا يكسبه حقا. ولا تعنى القاعدة شيئا غير ذلك، ولا تمنع، على الخصوص، نفاذ العقد في مواجهة الغير. فالعقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، واقعة اجتماعية ليس في الوسع تجاهلها، فليس في وسع الغير أن يتجاهل نشوء هذه الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد، وليس في وسع أي من طرفي العقد أن ينكر في مواجهة الغير أن هذه الحقوق والالتزامات قد نشأت فيما بينهما. ويعبر عن ذلك بالقول إن القاعدة

عن الإخلال بالعقد يقصد بالغير أي شخص غير المتعاقدين ومن يقوم مقامهما أي خلفهما العام والخاص، لأن سريان العقد في حق الخلف العام أو الخاص يجعلهما مسؤولين أمام الدائن مسؤولية عقدية وفقا لأحكام العقد.

وفي نطاق الغير الذين يقصد بهم أي شخص غير المتعاقدين وخلفهما، ينبغي التمييز بين الغير الذين يستعين بهم المدين ليعهد لهم بتنفيذ الالتزام، أو ممارسة حق من حقوقه، برضاه الصريح أو الضمني؛ والغير الذين يتدخلون، بناء عل طلب المدين، أو من تلقاء أنفسهم، ليقفوا حاجزا أمام تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد. ففيما يتعلق بالغير الذين يتدخلون بناءًا على تكليف صادر إليهم من المدين، والذين يمكن تصنيفهم إلى صنفين أو مجموعتين: المجموعة الأولى البدلاء (substitute) والمجموعة الثانية المساعدون (auxiliaires, or Aides)، إذا حال تدخلهم دون تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق المدين أو تم تنفيذه تنفيذا معيبا، فأننا نكون أمام موضوع وهدف ما يدعى المسؤولية العقدية عن فعل الغير. والذي يشترط لإعمال أحكامها مجموعة من الشروط أهمها ألا يكون المدين مخطئا في إدخال الغير في تنفيذ ما عليه من التزامات عقدية.

ومع ذلك، فإن هذا النوع من أنواع المسؤولية لا يمنع ابتداء من أن يكون الغير الذين استعان بهم المدين في تنفيذ التزامه، مسؤولين أمام الدائن عن الإخلال بالعقد الذي هم ليسوا طرفا فيه. فتثور مسؤوليتهم الشخصية عن الإخلال بعقد هم ليسوا طرفا فيه، ولكن على أي أساس؟

فيما يتعلق بالمساعدين Aides ، فإن رجوع الدائن عليهم مباشرة يكون وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، وفي المقابل، بالنسبة لبعض البدلاء – كالمقاولين من الباطن –تردد القضاء الفرنسي في بادئ الأمر، فمحكمة النقض وبشكل خاص الغرفة المدنية الأولى، قبلت وخلال بعض السنوات بوجود " دعوى عقدية مباشرة " في سلسلة العقود، خاصة في العلاقات بين صاحب العمل والمقاول من الباطن

لكن الهيئة العامة، بقرارها الشهير الصادر بتاريخ 12 / تموز/ 1991 ، استبعدت بشكل واضح في هذا النطاق، تطبيق أحكام المسؤولية العقدية مقررة السماح للدائن بالرجوع على الغير وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية.

ولكن يلاحظ أن مسؤولية المساعدين عن الإخلال بالعقد تخضع لقيود لا وجود لها وفقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية؛ فقد قضت محكمة النقض بقرارها "كوستدوت" بتاريخ 21 / شباط / 2000 بأن:) المساعد او التابع الذي سبب ضررا بعمل نفذه بدون أن يتجاوز المهمة التي كلفه بها من فوضه لا يتحمل أية مسؤولية شخصية تجاه المضرور)؛ ويتبين من هذا القرار أن القضاء الفرنسي يفرض على الدائن من اجل تحريك مسؤولية المساعد أو التابع، إثبات " خطأ شخصي " صادر عن هذا المساعد أو التابع، ولكن الخطأ هنا ينبغي أن يكون عمديا أو جسيما، يتمثل بمخالفة التوجيهات الصادرة للمساعد أو التابع من رب العمل، مما يميز هذا الخطأ بوضوح عن الخطأ العادي الذي يشترط توفره في دعوى مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد. وإن اشتراط مثل هذا القيد، يعرض دعوى مسؤولية الدائن تجاه التابع أو المساعد الى خطر عدم القبول أو الخسارة في كثير من الاحيان؛ ويؤدي الى تمييز هذه الدعوى من دعوى مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، التي يرفعها الدائن ضد الغير الذي يتدخل من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب المدين، لا ليشارك في تنفيذ العقد، وإنما ليمنع تنفيذ العقد.

Cf. Ph. Rémy, La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept, RTD civ. 1997, p. 323 ; Critique du système français de responsabilité civile, Droit et Cultures, 1996, p. 31. M. Planiol, Etude sur la responsabilité civile : du fondement et de la responsabilité civile, Rev. Crit de lég et juris, 1905, p. 277 ; P. Esmein, Obligation et responsabilité contractuelles, In Études offertes à G. RIPERT, Le droit privé au milieu du XXème siècle, T. II, LGDJ 1950. L. Bach, Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français, RTD civ. 1977, Pp. 17-53 et Pp. 221-242. L. Bach, Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français, RTD civ. 1977, Pp. 17-53 et Pp. 221-242 ; Ph. Delebecque et F.-J. Pansier, Droit des obligations, volume II : responsabilité civile, délits et quasi-délits, Lexisnexis, coll. Objectif droit, 7ème éd. 2016. R. Sanilevici, La responsabilité civile délictuelle dans les Codes civils des pays socialistes européens. In : RIDC, Vol. 33 n° 3, Juillet-septembre 1981. Pp. 821-836.

هي أن العقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، يحتج به بالنسبة للكافة، فللغير أن يحتج به، ويحتج به عليه.[1]

أما عما يخص طبيعة مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد – لم يتفق الفقه على تحديد طبيعة مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، وظهر في الفقه اتجاهان متضادان، يدعو أحدهما الى تأسيس مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد على احكام العقد الذي تم الإخلال به، فقالوا بأن مسؤولية الغير هي ذات طبيعة عقدية؛ بينما يدعو الآخر الى تأسيس مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد على أحكام المسؤولية

---

[1] – فهناك إذن مبدآن أساسيان متميزان كشف عنهما التفسير الجديد لنص المادة 1165 مدني فرنسي، مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، ومبدأ الاحتجاج المطلق بالعقد. وقد واكب القضاء الفرنسي الفقه في تطوره هذا، إن لم يكن قد سبقه في بعض جوانب هذا التطور، فقد قضت الغرفة المدنية في محكمة النقض استنادا لأحكام المادة 711 مدني فرنسي بأن: " العقود التي تصلح سندا للملكية هي العقود التي تبرم بين البائع ومن تلقى هذه الملكية. وأن حق الملكية سيتصدع بصورة دائمة إذا لم تكن للعقود التي تتقلها قيمة الا في مواجهة أطرافه ". (راجع في ذلك:
Civ. 22 juin 1864. - Jacques Ghestin, avec le concours de Christophe Jamin, Marc Billiau, op. cit, n°324)
ويلاحظ على هذه الاحكام انها تتعلق بشكل اساسي بحق الملكية وبصورة اوسع بالحقوق العينية المتفق على حجيتها في مواجهة الكافة، بخلاف الحقوق الشخصية التي ليس لها سوى أثر نسبي. إذا المسألة المطروحة للنقاش؛ ما إذا كانت الحجية المقبولة لدى محكمة النقض تستنتج من العقد وهو عمل يولد حقوقا شخصية، أم من طبيعة الحقوق التي ينشئها العقد؟

إن صعوبة الإجابة على هذا التساؤل تكمن في تنوع آثار العقد فبعض آثار العقد تقتصر على إنشاء الالتزام، وبعضها يعمل على نقله، والبعض الآخر يعمل على تعديله أو إنهاءه؛ كما أن بعض آثار العقد تعمل على كسب الحق العيني، أو نقله، والأخير كحق له حجية في مواجهة الكافة، بلا خلاف؛ كما تنشئ بعض الاتفاقيات أشخاصا معنوية لا يمكن إنكارها من قبل الغير؛ وهذا يعني أن الحجية المطلقة للعقد لا يمكن فصلها عن حجية الحقوق التي يولدها العقد ذاته، إلا أن محكمة النقض الفرنسية لم تكرس، إلا منذ وقت قصير، مبدأ حجية العقد، ولو لم ينشئ سوى حقوق شخصية؛ حيث قضت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: "إذا لم يكن للاتفاق، من حيث المبدأ أثر إلا في مواجهة أطرافه، فإن ذلك لا يمنع قضاة الموضوع من البحث في عقد لا دخل فيه لأحد من الخصوم في الدعوى عن معلومات من شأنها مساعدتهم على اتخاذ قرارهم؛ وتبعا لذلك، يمكنهم لأجل تحديد قصد الأطراف ....". كما قضت أيضا: "بأن الواقعة التي تشكل خرقا لالتزام موجود بين طرفين مرتبطين بعقد، يمكن أن تكون بمثابة خطأ شبه تقصيري، يجعل فاعله مسؤولا تجاه الغير الأجنبي عن العقد".

وقضت أيضا بأنه:" بإمكان الغير الأجنبي عن العقد، وإن لم يكن دائنا أو مدينا، أن يتذرع لمصلحته بالوضع الذي خلقه العقد كواقعة قانونية، فيحق للكفلاء التمسك بالاتفاقية الحاصلة بين مصرفين أحدهما يستفيد من الكفالة، والتي ترتب عليها إخراج الديون التي ضمن الكفلاء الوفاء بها من ذمة المصرف المدين، مما يجعل الكفالة منتهية قانونا لانتقاء موضوعها".

وقد كان للفقه الفرنسي الحديث صداه في الفقه الجزائري، حيث أجمع هذا الأخير على التمييز بين الأثر الملزم للعقد، ونفاذ العقد في مواجهة الغير.

أما في نطاق قانوننا المدني، فنجد أن المشرع الجزائري قد أشار إلى مبدأ نسبية أثر العقد في مقتضيات القانون المدني، وترك للمبادئ العامة – كما فعل المشرع المصري– نفاذ الوضع القانوني الناشئ عنه، كما أورد النصوص المخصصة للعقود المسماة تطبيقات لمبدأ حجية أثر العقد، يمكن أن نستدل من خلالها، أن المشرع الجزائري يسلم بهذا المبدأ كحقيقة ثابتة لا تحتاج إلى نص، وأن هذه التطبيقات ليست استثناء، بقدر ما هي تطبيق لمبدأ عام يسري على العقود المسماة وغير المسماة. وأصدق ما قيل في التمييز بين هذين المبدأين هو ما طرح في دكتوراه الأستاذ صبري حمد خاطر: "إن الغير إذا كان أجنبيا بالنسبة لأثر العقد فإن ذلك لا يعني بالضرورة أن هذا "الغير" أجنبيا بالنسبة لحجية العقد، فالعقد له حجية في مواجهة جميع الأشخاص الذين تتأثر مصلحتهم بالعقد.وبذلك نتوصل إلى نتيجة مفادها أن اعتبار هذا الشخص أو ذاك "غيراً" بالنسبة لأثر العقد لا يتناقض مع اعتبار العقد ذا حجية عليه".راجع: صبري حمد خاطر، الغير عن العقد: دراسة في النظرية العامة للالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001، ص.ص.210–220.

التقصيرية ويقوم هذا الاتجاه على تفنيد حجج الاتجاه الأول بحجج مستمدة من المبادئ القانونية ومن نصوص التشريع وموقف القضاء، ونحن بعد أن وازنا بينهما، رجحنا الاتجاه الثاني .[1]

إن مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد لا تنهض الا بتوفر ثلاثة شروط هي؛ أولا: صحة العقد الذي تم الإخلال به، فلا مسؤولية في حالة الإخلال بالعقود الباطلة، ثانيا: تدخل الغير شخصيا في الإخلال بالعقد، فلا مسؤولية على الغير الذي يسبب امتناعه عن القيام بعمل معين اخلالا بالعقد، إلا على سبيل الاستثناء، وثالثا: علم الغير بوجود العقد الذي تم الإخلال به.

أما عن الخطأ وفقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية باعتباره انحرافا في السلوك له صورتان: فهو إما أن يصدر عن عمد أو اهمال، وإذا كانت الصورة الأولى من صورة الخطأ تكفي لقيام مسؤولية

---

[1] – من بين الحجج المستبعدة لتفسير الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد:

– **نظرية الغير الشريك "المسؤولية المستعارة":** إن تبعيتها للقانون الجنائي يكفي لاستبعادها كلية، لأن اختلاف الغاية في القانون المدني عنها في القانون الجنائي لا يسمح، على الاطلاق، بتدخل قواعد أحدهما في نطاق الآخر.

– **نظرية الدعوى البوليصية:** اختلاف طبيعة وشروط الدعوى البوليصية عن شروط دعوى المسؤولية عن الإخلال بالعقد، تحول دون أن يكون الغير في منزلة الشخص الذي يرتكب فعل الغش البوليصي؛ التي تستوجب مسألة الغير عن الإخلال بالعقد، ناهيك عن عدم أمكانية الاستفادة من احكام هذه الدعوى لتعقيد شروطها، وعدم انطباقها في كثير من الفروض.

– **نظرية المنافسة غير المشروعة:** إن دعوى المنافسة غير المشروعة هي من قبيل الدعاوى النوعية بسبب موضوعها، فهي تهدف الى مساءلة الشخص الذي يتعسف في استعمال حرية التجارة، بينما تعد دعوى مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد من قبيل الدعاوى العامة التي تهدف الى مساءلة أية شخص يساهم في الإخلال بالعقد، مع علمه به.كما يشترط لسماع دعوى المنافسة غير المشروعة –تقليديا– أن يرتكب الخطأ في إطار علاقة منافسة، مما يعني أن دعوى المنافسة تفترض وجود زبائن، وكون هؤلاء الزبائن مشتركين بين المؤسسة التي تتيح تحديد وجود وضع منافسة بينها؛ بينما لا يشترط مثل هذا الشرط في الخطأ في دعوى مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، كما ان دعوى المنافسة غير المشروعة هي من قبيل الدعاوى الاحتياطية التي تسمح بإقامة دعاوى أخرى معا أمام القضاء، فهي ليست دعوى اقصائية، ولا دعوى مسؤولية تعاقدية تهدف الى التعويض عن ضرر متميز؛ غير أن اتحاد الأساس القانوني لكلا الدعويين، يجعلنا نفضل تأسيس دعوى مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد على القواعد العامة في المسؤولية المدنية، بدلا من تكييفها بأنها دعوى منافسة غير مشروعة، لعدم انطباق شروط هذه الدعوى لنوعيتها على كثير من الفروض التي تتوفر فيها مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد.

– **نظرية التعسف في استعمال الحق:** إن إبرام التصرفات القانونية يعتبر رخصة أو حرية عامة، وليس حقا خاصا ليرد التعسف على استعماله؛ فلكل شخص حرية إبرام العقود؛ فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها، أما الرخص فلا حاجة الى فكرة التعسف في ترتيب مسؤولية من يباشرها عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء ذلك؛ صعوبة تحديد معيار التعسف عمليا، في حين نجد معيار الخطأ التقصيري الذي تؤسس عليه مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد أكثر انضباطا.

أما عن الرأي الراجح؛ يجب التنويه إلى أنه لا يوجد في القانون المدني الجزائري ما يمنع القضاء من الأخذ بمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، على أساس مبدأ حجية العقد، فهذا المبدأ وإن لم ينص عليه المشرع صراحة، ولكن تبين لنا من خلال البحث أن المشرع لا يمانع الآخذ به، خاصة بالرجوع الى بعض التطبيقات التي أوردها المشرع في باب العقود المسماة وبالتحديد في عقدي العارية والوديعة، كما أن الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية باعتبارها مصدرا من مصادر القانون المدني الجزائري في كل ما لم يرد به نص ، نجد أن هذه الشريعة تعرف مبدأ حجية العقد وتفرض على الغير واجب احترام العقد، بل واحترام المفاوضات العقدية أيضا.

راجع في ذلك: صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص.ص.210–220.

كذلك للمزيد من التفصيل لتطبيق هاته الدعاوى في مجال المسؤولية في سياق الشركات التجارية:

Benoît LECOURT, De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés, in: Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003, p.p.615-656.

الغير عن الإخلال بالعقد، فإن الصورة الثانية تبدو أنها عاجزة عن أن تقيم هذه الصورة من صور المسؤولية؛ فالغير إذا كان مسؤولا لتعمده بالإخلال بالعقد، فإنه غير مسؤول إذا أهمل في الاستعلام عن العقد، بحيث أدى عدم الاستعلام عن وجود العقد إلى الإخلال به، لأن القانون لا يفرض على المتعاقد واجب الاستعلام عن عدم ارتباط مدينه بعقود يعد تعاقده معه اخلالا بها، كما أن مبدأ حجية العقد الذي تؤسس عليه مسؤولية الغير، لا يفرض مثل هذا الواجب الايجابي، وانما هو يفرض فقط واجبا سلبيا على الغير مقتضاه الامتناع عن الإخلال بالعقد الذي يعلمه، وهذا يعني أن الخطأ في هذه الصورة من صور المسؤولية يتمتع بتحديد مفاده أن الغير لا يعد مسؤولا إلا اذا أخل بعقود يعلم مسبقا بوجودها، وقام بفعل او تصرف قانوني أدى الى الإخلال بها. ولذلك حتى يكون الغير مسؤولا عن الإخلال بالعقد، يجب ان يعلم بالعقد وقت تعاقده مع المدين، وهذا يعني استبعاد مسؤولية الغير، إذا علم بالعقد الذي تم الإخلال به بعد ابرام عقده مع المدين، ومع ذلك فإن الغير في نطاق العقود المستمرة التنفيذ او الدورية التنفيذ، يعد مسؤولا منذ اللحظة التي يعلم بها بأن تصرفه يعد أخلالا بحقوق الدائن التعاقدية.

وأما بشأن آثار مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد؛ فإن الغير إذا أخل بالعقد، فإنه يكون مسؤولا مع المدين على سبيل التضامم obligation in Solidum[1]، بتعويض الدائن عما اصابه من ضرر، وقد يتخذ هذا التعويض صورة عدم نفاذ عقد الغير مع المدين في حق الدائن. ومع ذلك لا يمنع هذا الجزاء –أي عدم نفاذ العقد –الدائن من المطالبة بالتعويض المادي لجبر كامل الضرر وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية[2]؛ على اعتبار أننا أمام مسؤولين اثنين، وأمام نوعين من المسؤولية المدنية أحدهما عقدية

---

[1] - بخلاف الالتزام التضامني obligation Solidaire الذي يقوم –كما هو معروف – على فكرة وحدة المحل ووحدة السبب أو المصدر، أما الالتزام التضاممي، فأن السبب فيه متعدد. وكذلك يتوجب علينا أن نذكّر أن الالتزام التضامني يوجد كلما وجد مدينان يسأل كل منهما عن الدين كله أو عن التعويض كله، بصرف النظر عن طبيعة المسؤولية التي تلزمه بهذا الدين او بهذا التعويض. طارق كاظم عجيل، مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد "دراسة تأصيلية مقارنة"، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار كلية القانون، المجلد 2014، العدد 8 (30 يونيو/حزيران 2014)، ص ص. 76–127.

[2] - ومع هذا ذهب جانب من الفقه الى خلاف ذلك، وقالوا: أن مسؤولية كل من المدين والغير مسؤولية العقدية، وبالتالي نكون أمام صورة خاصة من صور المسؤولية العقدية عن فعل الغير. ويبرر أصحاب هذا الرأي رأيهم بالقول: لما كانت مسؤولية المدين (الفاعل الأصلي) عقدية لا شك فيه، فأن مسؤولية هذا الغير (الشريك)، تأخذ نفس الصفة، فتكون مسؤولية عقدية كذلك.

(In : DEMOGE (R.), Traite des obligations en general, T. VII, Paris, 1933, p. 598, n°1184 ; J. Huet, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, these, Paris II, 1978 (dactyle), n°702.)

وفنّد الأستاذ طارق كاظم عجيل هذا الطرح بالقول: أن فكرة الاشتراك Complicité فكرة خاصة بقانون العقوبات وبفقه القانون الجنائي، وهي غريبة تماما عن القانون المدني وفقهه، وبالتالي تبعيتها للقانون الجنائي تكفي لاستبعادها، وتجعلنا غير قادرين على الأخذ بها. ر(اجع: طارق

وثانيهما تقصيرية؛ فنجد أن المدين الذي لم ينفذ التزامه التعاقدي مسؤول عن تعويض كل الضرر الذي أصاب الدائن استنادا الى العقد؛ فالمسؤولية هنا عقدية لا شك فيه، ونجد كذلك أن هذا الغير الذي تواطئ مع المدين وهو يعلم بالعقد للإخلال به مسؤول عن تعويض الدائن استنادا الى هذا العمل الضار، فمسؤوليته اذا مسؤولية تقصيرية لا شك فيها.

إن التحديد الاتفاقي للتعويض لا يسري في حق الغير الذي أخل بالعقد، فلا يستطيع أن يحتج به على الدائن، كما لا يستطيع هذا الأخير أن يحتج به على الغير؛ لأن أثر العقد لا ينصرف الى الغير، لكي يحكم عليه بالشرط الجزائي، وانما مسؤولية الغير تقوم على أساس أن ما أبرمه من عقد مع المدين يمثل خطأ؛ ما دام يؤدي إلى إعاقة تنفيذ التزام ناشئ عن عقد سبق للمدين ابرامه مع الدائن. فالحجية هي التي تفرض المسؤولية، وليس العقد الذي الشرط الجزائي جزء منه، وأن القول بخلاف ذلك يؤدي الى اعتبار الغير بحكم الطرف بالعقد، ويؤدي الى الخلط بين مبدأ نسبية أثر العقد ومبدأ حجية العقد.

كاظم عجيل، مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد "دراسة تأصيلية مقارنة"، مجلة القانون للدراسات و البحوث القانونية، جامعة ذي قار كلية القانون، المجلد 2014، العدد 8 (30 يونيو 2014)، ص ص. 76-127.

في المقابل ذهب رأي آخر الى الضد من الرأي السالف تماما، حيث جعلوا كلا من مسؤولية المدين والغير مسؤولية تقصيرية؛ وحجتهم فيما ذهبوا اليه، أن كلا من المدين والغير مسؤول عن تعويض الدائن ومسؤوليتهما هذه قائمة بينهما على سبيل التضامن، وقالوا أن التضامن لا يفترض إلا في نطاق المسؤولية التقصيرية، فنحن هنا اذا أمام مسؤولية تقصيرية. (راجع في شأن ذلك: محمد عرفان الخطيب، نظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية-العدد1- السنة السادية- العدد التسلسلي 21-مارس 2018، ص.ص.239-298؛ ن.م.، إضاءة على مشروع قانون إصلاح نظرية المسؤولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي الحديث: المبررات والنتائج، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، ص.ص.12-37، أفريل 2019.)

خلاصة المبحث الأول

من غير الخفي أن نظرية المسؤولية المدنية قد خضعت لتحول حقيقي شمل في طياته مسؤولية الشركة كشخص اعتباري اتجاه مؤسسيها والمساهمين فيها من جهة، وفي علاقتها مع غيرها من الشركات، الشركة الأم، الفروع، الشركات التابعة، السلطة، وغير ذلك من الفرضيات القانونية المتعددة لهذه المسؤولية القانونية من جهة أخرى.

وفي سياق ما أصبح حاليا يُدعى بالقانون المدني المقارن للأعمال، ونسبة إلى التراجع في الوزن التناظري للقانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016، أين أضحت الكفاءة الاقتصادية للقانون واحدة من المعايير المفصلية في ترجيح كفة نظام قانوني على آخر، عبر نظريات حاكمة للقانون بقيمته الاقتصادية لا إلزاميته القانونية، توالت الدراسات القانونية البينية والتقارير الدولية التي تغلب الحضور القانوني الاقتصادي للمدرسة الأنكلوسكسونية على حساب المدرسة اللاتينية، مبرزة بوضوح حقيقة المكانة اللاتفضيلية للمنظومة القانونية الفرنسية، بالمقارنة مع المنظومات القانونية الأخرى، ما استتبع من خلال المرسوم 2016–131 لتعديل القانون المدني الفرنسي إلى إصلاح نظرية المسؤولية المدنية.

وعلى إثر ذلك لا يكاد يخلو أي كتاب أو مرجع قانوني يتعلق بمدخل علم القانون أو التقديم لنظرية القانون عمومًا، من الإشارة إلى دور المنظومة القانونية الفرنسية في منظومة التشريعات العربية وتأثرها بها، والدور الخاص الذي لعبه القانون المدني الفرنسي في التشريعات المدنية الوضعية في الدول العربية. ولا سيما ما يتعلق منها بفلسفة القانون المدني الفرنسي للعقود التي كانت بين كفتي التصور الكلاسيكي للعقد والتوجيه التشريعي لهذا الأخير؛ فلا يغيب عن ذهن الباحث القانوني أن التصور الكلاسيكي للعقد، كان يشجع على ظهور وتزايد مظاهر القوة التعاقدية، خاصة عبر فكرة الحرية التعاقدية، أدت إلى عدم السماح للمشرع والقاضي بالتدخل في تعديل العقد، طبقا لتعاليم مبدأ سلطان الإرادة، وبعبارة أخرى عدم المساس بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومن جهة أخرى، كان هناك صراع فكري ونظري حول مسلّمات النظرية العامة للعقد، هل تستمر في الصمود أمام الواقعية الاقتصادية والتعاقدية الحالية، في ظل تدعيم سلطة القاضي في ظل القواعد المستحدثة في نظرية العقد في القانون الفرنسي بموجب تعديل عام 2016 فإن من أهم ملامح الإصلاح التشريعي التي تظهر بجلاء هو تزايد سلطة القضاء إزاء العقد ليس فحسب منذ إبرامه، بل من المرحلة السابقة عليه، الأمر الذي حدا بالبعض إلى أن يذهب إلى أن القاضي قد أصبح طرفا ثالثا في العقد، حيث أصبح من سلطة القاضي أن يتحقق من مدى توافر حسن نية طرفي العقد قبل وعند إبرام العقد، ومدى تنفيذ الالتزام

بالإعلام قبل العقدي، وأن يراقب ما إذا كان هناك غلط في القانون أو إساءة في استغلال حالة التبعية أو مدى وجود شروط تخل إخلالا جسيما بالتوازن العقدي بين المتعاقدين، وأن يراجع شروط العقد عند تغير الظروف خلال تنفيذه. فاستـــهداء بما تبنته بعض أحكام القضاء، أخذ المشرِّع في المـــادة 1143 بفكرة الإكراه الاقتصادي « *La violence (La contrainte) économique* » باعتباره صورة من صور الإكراه المعيب للإرادة، والتي تجعل العقد قابلا للإبطال، مؤسسا ذلك على مفهوم جديد لإساءة استغلال أحد المتعاقدين "حالة التبعية " *l'abus de l'état de dépendance* لدى المتعاقد الآخر، والتي لولاها ما كان هذا الأخير ليتعاقد. وهو الأمر الذي كان متطلعا له من قبل اللجنة المعدة لأحد مقترحات الإصلاحات برئاسة أستاذ القانون المتقاعد بيير كتالا (1903-2012) ، بالرغم من أن هاته المسودة لمشروع تعديل القانون لم يتم اعتمادها إلا أنها كانت تحمل في طياتها من خلال المادة *1360* ق. مدني فرنسي النص الصريح على مسؤولية الشركة الأم تجاه الشركة التابعة – باعتبارها مسؤولية عن فعل الغير-.

المبحث الثاني: المراجعة التشريعية لقوانين الأعمال بين الحتمية والاقتناع القانوني

قد قرر كل من المشرع الفرنسي والجزائري، لا سيما في شأن تعارض المصالح –بالأخص في شركات الأموال– سلسلة من الآليات حماية للمصالح الفئوية ومصلحة الشركة التابعة تجاه الشركة الأم بوصها مساهم أو حتى متقلدة لوكالة اجتماعية، أين يمكن من خلال القواعد العامة لقانون الشركات إيراد قيود نظامية على استعمال الحقوق المتأصلة عن الانتماء للشركة، سيما حق التصويت من خلال المقابلة بين قانون الأغلبية للجمعية العامة والأقلية المعطلة للقرار، سواء كان القرار في الشركة يتخذ بالإجماع، أغلبية موصوفة، أغلبية بسيطة، أغلبية ثلاثة أرباع؛ أو حتى على حق التنازل عن الأسهم من خلال تقرير حق الأقلية في الاكتتاب في الأسهم، إقرار الأسهم بعلاوات الإصدار...وغيرها من الآليات المرتبطة بالقواعد العامة والتي تطبق على حد سواء في فرضيات الشركة المنعزلة الغير منتمية لأي تجمع، وكذا على الشركات التابعة ومن ذلك تحقيق الموازنة بين المساهمين القدامى والمساهمين الجدد تقرر الشركة عادة أن يكون للمساهمين القدامى حق أولوية (أفضلية) في الاكتتاب في أسهم زيادة رأس المال أو حتى إقرار الأسهم بعلاوات الإصدار، إنشاء أسهم ممتازة.

إلا أنه في غالبية الأحيان سنكون لامحالة أمام فرضية تعسف الشركة الأم بمناسبة إبراء ذمة المديرين أو أعضاء مجلس الإدارة الشركة التابعة من مسؤوليتهم بمجرد تقديمهم لتقريرهم السنوي إلى الجمعية العامة المتضمن للوضع المالي للشركة، وبسعي منهم إلى تفنيد مسؤوليتهم، عن جميع الأعمال التي قاموا بها أو التصرفات التي أجروها في السنة المالية المنتهية، بعد عرضه، وسماع مراقب الحسابات، ومناقشة حسابات الشركة والمصادقة عليها، واعتماد الأرباح إن وجدت وغير ذلك، وفي حال القيام بذلك يعتبر ذلك قرارا بالثقة في عملهم ً ويكون من شأنه التنازل عن مباشرة الشركة لدعاوى المسئولية تجاههم بسبب أية أخطاء يكونون قد ارتكبوها وهم يديرون الشركة. غير أنه استنادا إلى اعتبار مديري الشركة التابعة في مركز قريب من مركز الوكيل المأجور، إذ تقوم الجمعية العامة للمساهمين بتعيينهم، فإنهم سيقومون بالامتثال لأوامر، توجيهات، توصيات الشركة الأم، بخاصة عندما تكون هاته الأخيرة من المساهمين الأغلبية في الجمعية العامة على اعتبار أن من يملك سلطة التعيين يملك سلطة العزل، وفي ذلك إبراء لذمته وتجنيبه للعزل.

وأمام هكذا وضعيات ألا يحق لنا التساؤل حول أحقية الاحتكام لأحكام خاصة اقتداء بالتقدم القانوني الألماني في شأن معالجة ظاهرة تجمع الشركات؟ ومن ذلك هل ينبغي أن نعتبر هذا الغياب في هكذا أحكام قصورا تشريعيا؟ وإذا كان الترحاب الإيجابي جدا والرواج الذي أقدم عليه الحقوقيون في السنوات 70 في شأن المقاربة التشريعية الألمانية، بشأن تدوين قانون التجمعات، يبدو أنه يؤكد على ترجيح البث في الصعوبات القانونية على النحو المناسب، في مثل هاته المقاربة التشريعية المتخذة (المطلب الأول)، فالصعوبات التي واجهها النظام الألماني من حيث تطبيقه العملي قد عززت تدريجيا اتجاه المعارضين لإقامة نظام قانوني خاص بالتجمع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ردود الفعل الانتقادية لانعدام وجود تنظيم قانوني شامل لقانون التجمعات

نظرا لتعاقب الظروف، فإنه خلال إجراء المناقشات المتعلقة بالقانون الفرنسي الجديد بشأن الشركات التجارية، الذي قدم مشروعه منذ عام 1964 إلى مكتب المجلس الوطني بعد محاولة أولية خاضت لرقابة مجلس الدولة، قدم المشرِّع الألماني في عام 1965 نظامه القانوني الجديد بشأن الشركات ذات الأسهم *(AKTG)*. وهذا التنظيم القانوني متميز بطابعه المستجدّ والابتكاري قد أرغم البلدان المجاورة، على إبداء ترحابها لهاته المقاربة التشريعية. وقد تجرأ *J.Foyer* وزير العدل الفرنسي آنذاك حتى على الكتابة بأنه في مواجهة للقانون الألماني الجديد بشأن الشركات ذات الأسهم *(AKTG)* "يبدو أن مشروع القانون الفرنسي قد ظهر مُتقادَما قبل حتى أن يصل إلى اعتماده النهائي" ، حيث كان للتدوين الألماني في فرنسا أثر كاشف عن الخصوصية القانونية لظاهرة التجمع[1]. وهكذا، فإن النهج الجديد المتخذ في ألمانيا بشأن التجمعات قد نوقش على نطاق واسع من قبل فقهاء القانون والسياسيين الفرنسيين الذين اضطلعوا لأول مرة على تدوين قانون التجمع (الفرع الأول)، وعلى الرغم من المطالبة والدعوة الملحقة للعديد من الحقوقيين فيما يتعلق بالتنظيم الشامل لقانون التجمعات، فإن الآراء أصبحت تتناقض مع مرور الزمن ولم يعتمد أي نص قانوني (الفرع الثاني).

[1]- Walter Doralt, Réformer le droit des obligations et le droit des sociétés : études en droit français et allemand, op.cit., p.28.

الفرع الأول: الخصوصية القانونية لظاهرة التجمع التي كشف عنها القانون الألماني

وبسبب الحتمية الرسمية لتاريخ اعتماد القانون المتعلق بالشركات التجارية ولكن في المقام الأول، نظرا لانعدام النضج القانوني آنذاك في شأن قانون التجمعات، للتمكن من التنبؤ بالاختصاص بمفهوم قانوني خاص بالتجمع؛ تقرر التأجيل لوقت لاحق، الإعداد للمقاربة التنظيمية التي يمكن تطبيقها على التجمعات. وبالتالي اقترح *Jean Foyer*، حافظ الأختام، أثناء مناقشات مجلس الشيوخ أن يُعتمد نتيجة للأحكام المتعلقة بالشركات التابعة والمساهمات الموجودة مسبقا في القانون القديم منذ فترة طويلة؛ مادة مستساغة على النحو التالي:

« les autres règles régissant les groupes de société déterminées par un texte ultérieur»

"القواعد الأخرى الناظمة لتجمعات الشركات ستحدد بنص لاحق" وينبغي أن تتيح الفترة الزمنية المتروكة لوضع مشروع أو مقترح القانون إمكانية إجراء دراسة شاملة لازمة لوضع نظام خاص يتلاءم مع النظام التشريعي القائم[1].

ولذلك اعتمد القانون المتعلق بالشركات التجارية في 24 جويلية 1966 دون أن يذكر حتى كلمة "تجمع" *«groupe»*، وكانت هنالك مادتان فقط عن الشركات التابعة والمساهمات.

أولا: بسط التقدم القانوني الألماني بمجال تجمعات الشركات أثناء المناقشات البرلمانية الفرنسية

إن الوعي القانوني الذي أثاره التشريع الألماني الجديد يضع مسألة الحاجة إلى قانون خاص بالتجمعات في صميم المناقشات الفقهية. وإن النقطة المتوجة بالجدل كانت كامنة في المسألة الخلافية المتعلقة بنا إذا كان من الضروري وضع نظام قانوني خاص بالتجمعات من عدمه.

ففي حين أن البعض بما في ذلك العديد من الاقتصاديين ومديري الشركات، رأوا أن قانون الشركات كان ملائما تماما لتنظيم التجمعات وربما مع إضفاء تعديل طفيف على أحكامه، والبعض على العكس من ذلك رأوا أنه في ذلك الوقت، ونظرا لعدم وجود منظومة قانونية خاصة، فإن هناك ثغرة يتعين

[1]-Ngah Noah, Marcel Urbain , Quelques réflexions sur le silence et le droit : essai de systématisation, Les Cahiers de droit, 2015, note56, p.575 - 613, ainsi que Débat du sénat, 28 avril 1966, J.O. 1966, p.p. 365-366.

ملؤها. وقد قدم نوعان من الحجج في هذا الصدد؛ الأولى حجج نظرية[1]، والثانية مستندة على الطبيعة الخاصة للعلاقات بين المؤسسات داخل التجمع[2].

ولذلك قيل أنّ ظهور ظاهرة التجمع يتطلب إصلاح شامل لقانون الشركات، وفي حين أن بعض المؤلفين يُسلِّمون بالضرورة الاقتصادية للتجمع، فإنهم يشيرون في الواقع إلى عدم توافقها مع المبادئ الأساسية لقانون الشركات. وهكذا للحفاظ على فرضية الاستقلال القانوني للشركة أو الفصل بين الأشخاص الاعتباريين سيتعارض تماما مع نشاط التجمعات والتبعية الاقتصادية التي يولدها بحكم طبيعته.

وهناك اتجاه فقهي آخر أكثر اعتدالا من حيث أنه لا يشكك في الأسس التي يقوم عليها قانون الشركات، بل يوصى بوضع قانون خاص ناظم للتجمعات من أجل منع ودرء الأخطار التي يمثلها، ولا سيما المخاطر المحتملة لتضارب المصالح[3].

ولذلك فإن الغرض من وضع منظومة قانونية شاملة للتجمعات، ينبغي أن يكون الهدف منها هو حماية مصالح الشركاء والدائنين الخارجيين وكذلك العمال في مواجهة احتمال التعسفات من قبل مراقبي الشركة.[4]وخلافا لما توخّاه حافظ الأختام لم يتم اقتراح أي مشروع قانون شامل بشأن التجمعات أبدا من طرف الحكومة.

وفي ثلاث مراحل متعاقبة (في عامي 1970، 1971 وأخيرا في 1978) قدم عدد قليل من النواب مقترح قانون إلى مكتب المجلس الوطني وبالأخص ذلك الذي يحمل اسم النائب الذي ترأسه "مقترح قانون *couste*"وكانت هذه المقترحات تصب كلها في الاتجاهات المعمول بها بقانون التجمعات الألماني المقنن. والتي قد ألهمت الفريق العامل الذي يرأسه البروفيسور ساندرز*(sanders)* إلى حد كبير في إعدادهم لمشروع المنظومة الخاصة بشركة المساهمة الأوربية[5]. واشتمل هذا المشروع في الواقع على جزء مكرس خصصا لقانون التجمعات والذي أخذ حرفيا بعض أحكام القانون الألماني[1].

1- Jean-Sylvestre Bergé, L'application du droit dans un contexte global : questions de méthode, , Les Cahiers de droit, 2015, note56, p. 185 - 207

2- Stéphane Bernatchez, Briser la loi du silence sur le silence de la loi : de l'interprétation sémantique à l'application pragmatique du droit, Les Cahiers de droit, 2015, n°56, p. 233 - 255

[3]-Jean-Marc Moulin, Droit des sociétés et des groupes, Collection: Fac universités, Mémentos LMD, 7ème édit. de Gualino-Lextenso, 2013-2014, paris, p.218.

[4]–كان من المقرر اعتماد الإصلاح التشريعي 99 سنة يوما بعد يوم بعد التصويت على القانون الصادر في 24 جويلية 1967 ، و99 سنة هو ميعاد مطابق لحياة الشركة.

[5]- Ce projet a finalement été adopté par la Commission européenne le 27 juin 1970 et transmis au Conseil sans jamais être adopté.

ولم يكن لمقترحات القوانين التي ترأسها للنائب «*couste*» أي طموح في أن تتنافس مع التقدم القانوني الألماني في مجال التجمعات، بل على العكس من ذلك كانت تستدل به في مقارباته الرئيسية. إلا أن ما يلاحظ في هذا الصدد أن الاقتراح الثالث يستند بأكبر قدر إلى المشروع التمهيدي للقانون الإرشادي للمجموعة الأوروبية، الذي يتسم بدوره بقدر أكبر من المرونة والبساطة، من أجل اللحاق بالتقدم في المقاربة التشريعية التي يحرزها الاتحاد الأوروبي في هذا المجال.

ومع ذلك لم تنجح أي من المقترحات للقوانين التي ترأسها النائب « *couste*» و لا حتى الأحكام المتعلقة بقانون التجمعات المقترحة في المشروع التمهيدي للقانون الإرشادي في شأن شركة المساهمة الأوروبية، ولم يتم اعتمادها. وكان التفكير الفرنسي بشأن الحاجة والضرورة إلى صياغة قانون للتجمعات في فرنسا قد تم تطويره بنتائج التطبيق العملي للنظام القانوني الألماني للتجمعات.

حيث أنه قد ساهمت الصعوبات العملية العديدة التي لاقاها التدوين الألماني للتجمعات في تغيير تسليط الضوء الذي ارتكز على الرَّواج التي لاقته هذه المنظومة.

وكانت أوجه القصور التي كشف عنها التطبيق الميداني القانون الألماني للتجمعات فضلا عن تعقد هذه الظاهرة الاقتصادية، تعزز من نشوب شكوك وتساؤلات حول قدرة النص القانوني على تسوية جميع جوانب سير التجمع وأصبحت الأصوات التي كانت تشيد بالنظام الألماني وتدعو إلى إقامة نظام مماثل في فرنسا، تتناقص يوما عن يوم.

وعلى مر السنوات من التفكير قد اعتبر أن عدم وجود قانون مقنن للتجمعات مبرَّرًا ولا غنى عنه للمرونة والأقلمة الضرورية لسير التجمعات وتطبيق السياسة التي تضعها المؤسسة المهيمنة.

ثانيا: تفادي للتنظيم القانوني الشامل للتجمعات بفرنسا، بصفة اقتباسية

مع مرور الوقت تلاشى الحماس الذي كان مصاحِبا للمقاربة التشريعية الألمانية، وظهرت بشأن هذه الأخيرة عدة انتقادات. كما تعزز التخلي عن وضع منظومة قانونية شاملة لقانون التجمعات الفرنسي

بناءا على مبادرة من فرنسا، عينت اللجنة الأوروبية، في عام 1965، فريقا من الخبراء برئاسة البروفيسور ساندرز Sandersلوضع مسودة تمهيدية Avant-projetثم قام باعداد اقتراح لوضع نظام (règlement)سنة 1970 استنادا على النموذج الألماني للإدارة المشتركة (co-gestio)، الأكثر تقييدا للإتحاد الأوروبي .إن ظاهرة الرفض من جانب بعض الدول الأعضاء، على الرغم من الاستئناف (إعادة السير) المنتظم للمناقشات، في عام 1989، 1991، 1993، 1996، لم يتم التوصل إلى أي إتفاق .

Cf. Jean Nicolas DRUEY Pour la protection des mères. À quoi bon un droit sur les groupes de sociétés ?, in : Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003, p.p.349-358.

[1]– راجع في ذلك الملاحق الواردة في هاته الدراسة: الملحق رقم 02: مقترح القانون الفرنسي رقم 1055 الجلسة الثانية العادية 1969–1970، فضلا عن الملحق رقم 03: مقترح القانون الفرنسي رقم 1211 الدورة العادية الأولى لعامي 1974–1975 بشأن تجمعات الشركات وحماية المساهمين، العمال والغير.

بسبب الصعوبات العملية التي نجمت عن تطبيق المنظومة الألمانية. لمواجهة النزاعات الناجمة عن التجمع وحماية للمصالح الفئوية وحتى العجز عن وضع منظومة قانونية للظاهرة الاقتصادية في تقنين واحد، سعى الحقوقيون الفرنسيون إلى إيجاد حلول بديلة عن المقاربة التشريعية الموحدة[1].

1 –الصعوبات العملية التي واجهها النموذج الألماني:

قد ترك الرَّواج النظري المنبثق عن المنظومة الألمانية مجالا للنقد المستند على الصعوبات العملية التي صودفت عند تطبيقه. وبالتالي فقد انتُقد النموذج الألماني[2] في شأن الإرهاصات التي نجمت عنه وفي شأن افتقاره المرونة اللازمة، الأمر الذي لم يكن متوافقا مع النشاط الاقتصادي للتجمع الذي يتطلب المرونة وزيادة في قدرات تأقلم القاعدة القانونية مع هذا الواقع الاقتصادي.

وقد أبدى أحد المؤلفين[3]ملاحظات في اعتباره "قانون منهجي ونظري متكلل بأحكام صارمة يفرض بها التزامات ثقيلة فيها العديد من الإرهاصات على ما نصطلح عليه بالشركات الأم"

« elle est une loi systématique théorique , aux arrêtés tranchantes, imposant de lourdes obligations à ce que nous appelons les sociétés mères »

فكانت إرادة المشرع الألماني المتمثلة في حماية المصالح الخارجية عن التجمع جديرة بالثناء في حد ذاتها، ولكن الأسلوب الذي اختير للقيام بذلك أثبت أنه مرهص جدا بالنسبة للكيان الاقتصادي المهيمن. وكانت لا سيما الأحكام المتعلقة بـــ "التجمع القانوني" هي التي سقطت في نيران الانتقادات فقد تم فرض الكثير من القيود الإجرائية والالتزامات المرهقة للغاية على كاهل المؤسسة المهيمنة. وقد تأكدت هذه العيوب بسبب قلة اهتمام المهنيين بنموذج التجمع القانوني، وقد حقق هيكل التجمع القانوني نجاحا ضئيلا، دون المستوى الذي كانت تطمح إليه الهيئة التشريعية؛ بكون التجمع القانوني هو الأصل والقاعدة. واعتبر أن هذا النوع الهياكل جامدا للغاية وذلك على الرغم من المزايا الضريبية المرتبطة به؛ أين سعى المقاولين إلى إيجاد بدائل للتركيزات الاقتصادية الأكثر اتساقا مع احتياجاتهم.

إلا أن الأحكام الضامَّة لمقاربة تشريعية شاملة للتجمعات والمدرجة بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم قد وصلت إلى طريق مسدود وحلقة مفرغة بسبب العديد من الصعوبات القانونية التي صودفت

---

[1] - Cf. Jean Nicolas DRUEY, Pour la protection des mères. À quoi bon un droit sur les groupes de sociétés ?, in : Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003, p.p.349-358.

[2]–هذا المشروع التمهيدي قد اعتمد من قبل المفوضية الأوروبية بتاريخ 27 أفريل 1970 وأحيل إلى المجلس دون اعتماده من هذا الأخير.

[3]- Peter HOMMELHOFF, Pour la protection de la minorité dans des sociétés fermées. La société par actions simplifiée et ses parents en Allemagne et en Europe, in : Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003, p.p.495-505.

في إطار تطبيقها في الواقع، على اعتبار أن القصد منه أن يطَّبق فقط على الشركات ذات الأسهم الذي استسيغ من أجلها بصورة خاصة، ولكنه أثبت من نواح كثيرة، أنه غير ملائم للأشكال الأخرى من الشركات، ولا سيما الشركات ذات المسؤولية المحدودة. في حين أن هذه الأخيرة هي الشكل الأكثر احتكاما إليه من قبل المهنيين من أجل تفريع أنشطتهم وعلاوة على ذلك، فإن المقاربة التي سنها المشرع لا تتعلق سوى بقانون الشركات أي فرع قانوني واحد، في حين أن فروع القانون الأخرى تواجه أيضا الصعوبات القانونية التي يثيرها التجمع. وفي نفس الوقت الذي برزت فيه أوجه القصور الكامنة في المقاربة التشريعية الألمانية، كانت مشاريع القوانين الإرشادية للاتحاد الأوروبي المتعلقة بتوحيد قانون التجمعات تواجه رفضا من قبل الدول الأعضاء، ولا سيما انجلترا، على اعتباره نظام لا يتوافق مع قوانينها الوطنية[1].

2- البحث عن بدائل للمقاربة التشريعية الشاملة لقانون التجمعات

لم يمنع الافتقار إلى اعتماد نظام خاص بالتجمع سواء على الصعيد الوطني أو كل مستوى الاتحاد الأوروبي من نمو ظاهرة التجمعات. ولذلك فإن القضاء واجه لا محالة مسألة البث في النزاعات المتعلقة بالتجمع، الذي تعيَّن عليه من خلالها أن يقدم حكما عادلا ومناسبا بشأنها، ومن أجل القيام بذلك، تعيّن عليه أن يكتفي في ظل غياب منظومة قانونية خاصة بالتجمعات، بالوسائل القانونية التي ظلت متاحة.

وبناء على ذلك، فإنه يستند إلى الآليات المنصوص عليها في القواعد العامة لحماية المصالح المعرّضة للضرر في العلاقات بين المؤسسات داخل التجمع، حتى ولو تطلب الأمر أقلمتها وتكييفها، أو حتى تطويرها من خلال اجتهادات قضائية جديدة في الفرضيات التي لم تستجب فيها القواعد العامة بما فيه الكفاية مع خصوصيات العلاقات داخل التجمع. وقد شهدت الممارسة القضائية، بنجاح أكثر أو أقل من القواعد العامة، بفضل مرونتها وقدرتها على التأقلم، تمكُّنا وقُدرة على معالجة نزاعات التجمع وقد سمحت وأتاحت بإعادة التوازن اللازم بين مختلف المصالح المعنية. في حين أن المنظومة القانونية الخاصة والمختصة بهياكل جامدة مفروضة على التجمع تؤثر على حتمية إعادة تفعيل النشاط والقدرة المالية للتجمع على الصعيد الاقتصادي[2].

[1] - Klaus J. HOPT, La treizième directive sur les OPA-OPE et le droit allemand, , in : Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, p.p.529-541.

[2] - in : Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003 :Benoît LE BARS, L'évolution du droit des sociétés au regard du règlement général du Conseil des marchés financiers, p.p.587-601 ; Rémi LIBCHABER, Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux, p.p.717-736

ولذلك، فإن *J-Foyer* ، بعد ادعائه بأن التدوين لقانون التجمعات، هو أمر لا غنى عنه ، قد انتقل إلى مرحلة تبرير موقفه الجديد بقوله بأن "المنظومة القانونية الحرة (بالتالي غياب التدوين) ليست عبارة عن قصور تشريعي"

« un régime juridique de liberté (donc l'absence de codification) n'est pas une lacune ».

والواقع أن القانون الوضعي يُشكل بالفعل أساسا قانونيا قاعديا كافيا للبث في المنازعات المتعلقة بالتجمع، شريطة أن يتم إقامة جهد كافي من التفسير والأقلمة والتكييف للقواعد العامة للتمكّن من معالجة خصوصيات الصعوبات التي يثيرها التجمع ومحو التعارض القائم بين غياب الشخصية القانونية للتجمع والوحدة الاقتصادية التي يشكلها[1].

ومع ذلك، سيكون من غير الصحيح القول بأن القانون الفرنسي وبتجنبه لمساوئ المنظومة القانونية الشاملة والموحدة في تقنين لا يميل إلى إدراك مدى تعقيد ظاهرة التجميع ويلجأ إلى القواعد العامة. فوجد القانون الفرنسي حلا مناسبا لجميع الصعوبات التي يثيرها التجمع. فغياب مقاربة تشريعية حقيقية لقانون التجمعات قد أدى إلى التطوير القضائي الحتمي للحلول المتطلبة. إلا أن الحلول القضائية لم تكن دائما متجانسة، وكانت تختلف من فرع قانوني لآخر، وأحيانا حتى داخل نفس الفرع القانوني، وحتى بين الهيئات القضائية فيما بينها. وتجدر الإشارة إلى أنه فيما يخص هذه النقطة الأخيرة، أن قضاة الموضوع غالبا ما كان لديهم تقدير وقائعي اقتصادي للتجمع على حساب الأساس القانوني الذي يجبر على احترام الاستقلالية القانونية للشركات المنتمية للتجمع. والغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض، لا تتخلّف عن فرض رقابتها على مثل هذه التجاوزات. بالإضافة إلى ذلك، اتضح على أنه بقدر ما اتسم بالمرونة والقابلية للتأقلم والتكييف الذي بدت علي القواعد العامة؛ إلا أنها لم تكن قادرة دائما على معالجة أوضاع وفرضيات التجمع بشكل صحيح، بل حتى أن تدخلات المشرع كانت متأخرة و بسيطة على حد سواء في هذا الشأن. وإذا تبين فيما يتعلق بالشكل أن غياب التدوين لقانون التجمعات لا ينبغي الندم عليه، إلا أن هذا لا يعني من الناحية الموضوعية أن القانون الفرنسي لا يزال يملك آليات قانونية مناسبة وذات صلة للبث في المنازعات المتعلقة بالتجمعات[2].

---

[1] -in : : Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003 : Michel MENJUCQ, Mondialisation et rattachement juridique des sociétés, p.p.831-843.

[2]–انظر المزيد حول هذا الموضوع في قرار روزنبلوم« rozenblum » في مجال التعسف في استخدام الأموال:

Cass. crim., 4 fevrier 1985, ≪ Rozenblum ≫, Gaz. Pal. 1985, p. 6 ; JCP 1986, 20585, note W. JEANDIDIER; Bull. crim., n° 54, p. 145 ; D. 1985, 478, note D.OHL.

الفرع الثاني: المسؤولية في سياق المنشئة المصنفة وخطاب النوايا

فضلا عن الأسس الجديدة للمسؤولية المدنية التي تم إيرادها بالتقنين المدني الفرنسي لعام 2016 وكذا القواعد الخاصة بالمسؤولية المدنية الواردة بالأحكام الخاصة لقوانين الأعمال التي تطرقنا إليها أعلاه واقتداء بمتطلبات العولمة القانونية يكون من مجانبة الصواب عدم الاحتكام للبعض منها في المقاربة التشريعية الجزائرية الخاصة بموضوع تجمعات الشركات، فإنه فضلا عما تم ذكره من تعديلات في هذا الشأن من خلال هاته الدراسة، وجب التطرق للمعالجة المكرسة لموضوع المسؤولية المدنية في إطار متطلبات أخلاقيات الأعمال في شأن المنشئة المصنفة، وكذا فرضية أخرى تتوسط المسؤولية الطوعية وتلك المترتبة عما تشكله المسؤولية الإلزامية بضمان وكفالة الدين.

أولا–التشريع البيئي وتوسيع مفهوم المشغل لإسناد المسؤولية

فيما يتعلق بالبيئة، قام المشرع الفرنسي بحثّ من مشرع القانون الإرشادي الأوروبي على النص على المساءلة التي لا تقع فقط على الكيان المتسبب في الضرر البيئي ولكن كذلك الكيان الذي يسيطر عليه؛ حتى لا تكون الشركة رأس التجمع قادرة على التنصل من مسؤوليتها البيئية عن طريق تحويل وإسناد النشاط الملوث إلى شركتها التابعة[1].

وبداية بمصطلح المنشآت المصنفة في قانون حماية البيئة الذي ماثل مفهوم الشخص الاعتباري أو المعنوي ذلك أن حصول المنشآت المصنفة على الترخيص الإداري باستغلالها لنشاط ملوث للبيئة يستوجب معه ضرورة حيازتها الشخصية المعنوية القانونية ذلك أن من شروط إيداع ملف رخصة استغلال المنشأة المصنفة أن اسم الشركة والشكل القانوني وعنوان مقرها الرئيسي إذا تعلق الأمر بالشخص المعنوي[2]،الذي يحيلنا إلى مصطلح "المشغِّل" أو "المستغل" الذي على أساسه يتم اسناد المسؤولية والذي يتم تعريفه بصفة عامة باعتباره كل شخص طبيعي أو اعتباري، سواء كان عاما أو خاصا، يمارس أو يراقب فعليا بصفة مهنية، نشاطا اقتصاديا مربحا أو غير مربح "[3]

---

[1]–أنظر في أحكام التشريع الفرنسي: القانون 2008–757 المؤرخ في الفاتح من مارس 2008 والمتعلق بالمسؤولية البيئية ومختلف الأحكام المتعلقة بالأقلمة مع القانون الإرشادي الأوروبي في مجال البيئة ،ج.ر.ع. 0179 المؤرخة في 2 أوت 2008 ، ص 12361.
Voir la loi n° 2008 – 757 du 1er aout 2008 relative a la responsabilité environnementale et a diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, JO n° 0179 du 2 aout 2008, p. 12361.

[2]– أنظر المادة 08 من المرسوم 06–198 الذي يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة، مرجع سابق.

[3]-« l'exploitant s'entend de toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui exerce ou contrôle effectivement à titre PROFESSIONNEL, une activité économique lucrative ou non lucrative »

وإن حقيقة توسيع مفهوم " المشغِّل" «*l'exploitant*»، الذي يستند عليه في إسناد المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالبيئة، إلى الكيان المراقب والمسيطر على النشاط المتسبب في الضرر، يجعل الكيان رأس التجمع مسؤولا عن الأضرار المسببة بالكيانات التي يسيطر عليها.

وفي التشريع الجزائري فإنه بالرجوع إلى قانون البيئة 10/03 والمراسيم التي تضبط استغلال المنشآت نلاحظ أن الشخص الذي يترتب عن أفعاله قيام المسؤولية للمنشأة المصنفة هو المستغل صاحب الترخيص الذي يمنح له حق استغلال المنشأة والمراقبة العملياتية لها، وهو كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس أو يشرف على نشاط مهني، أو تم تفويضه في التسيير التقني، بما في ذلك حامل الترخيص أو التصريح أو الشخص الذي سجل أو أعلن مثل هذا النشاط.

يعد مصطلح المنشآت المصنفة « *installations classés* »[1]من المصطلحات الحديثة ذات الاستخدام الضيق، والأكثر من ذلك نلاحظ استخدام المشرع لمصطلح المنشآت أو المؤسسات المصنفة من أجل حماية البيئة فقد يتبادر في ذهن القارئ وللوهلة الأولى أن هذه المنشآت تهدف إلى حماية البيئة إلا أن الأمر عكس ذلك تماما وإنما تصنيف المنشآت المصنفة وتعداداها في قائمة محددة واخضاعها لنظام خاص بها كان الهدف منه حماية البيئة منها.

وتخضع المنشآت المصنفة قبل استغلالها للرقابة القبلية على نشاطها، إما بموجب نظام الترخيص أو نظام الترخيص. فنظام الترخيص الذي يتميّز بثقله وتعقيده هو عبارة عن طلب يحتوي العديد من

---

[1]– إن الوقوف على تعريف دقيق لمصطلح المنشآت المصنفة بحيث يكون هذا التعريف مانعا وجامع، أمر صعب نظرا لحداثة هذا الموضوع بالإضافة إلى قلة المراجع المتخصصة، وتشابه هذا المصطلح مع بعض المصطلحات؛ باعتبارها عملية صناعية قد تخلق خطرا أو تلويث أو إزعاج يهدد صحة وسلامة السكان المجاورين أو الأشخاص العاملين بها أو البيئة الطبيعية فهي إذن تتسبب في أضرار تهدد بوقوع حوادث أو أضرار تدرج هذه المحال المقلقة في إطار قانوني من خلال جدل يعطي مخطط للتصريح أو للترخيص بإنشاء هذه المنشأة، ويلاحظ أن المشرع الجزائري في تعريفه الدقيق للمنشأة المصنفة اعتمد على معيار قانوني هو التعداد الوارد في جدول دول التصنيف (قائمة المنشآت المصنفة) الصادرة بموجب التنظيم وهو نفس ما أخذ به المشرع الفرنسي كما وسبق القول، والأكثر من ذلك ذهب هذا المرسوم إلى تعريف المؤسسة المصنفة فعرفها بأنها: "مجموعة منظمة الإقامة والتي تتضمن منشأة واحدة أو عدة منشآت مصنفة تخضع لمسؤولية شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص، يحوز المؤسسة والمنشآت التي تتكوّن منها أو يستغلها أو أوكل استغلالها إلى شخص آخر" فيمكن الاصطلاح عليها استناد لما ورد تبيانه تسمية المنشآت المصنفة لحماية البيئة، فهي مراكز الإنتاج التي تنتمي إلى الفئة المدرجة على جدول زمني مصنف يتضمن فئتين من الأنشطة الصناعية والتجارية، وهذه المنشآت المصنفة تخضع لرقابة الضبطية القضائية للبيئة وهي تخضع لترخيص الجهات الإدارية المختصة، وهذا الترخيص يمنح لها القيام بدراسة الأثر البيئي « l'étude d'impact » ودراسة الخطر « l'étude du danger ».

للمزيد من التفصيل في هذا الصدد يراجع المرسوم رقم 76–34 المؤرخ في 20 فبراير لسنة 1976 المتعلق بالعمارات الخطرة وغير الصحية أو المزعجة، ج.ر.ع. 21 لسنة 1976؛ والقانون 83 –03 المتعلق بحماية البيئة المؤرخ في 5 فبراير 1983، ج.ر.ع. 06 لسنة 1983؛ وكذا قانون 03–10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ج.ر.ع. 43 ؛ وكذا المرسوم التنفيذي 06 –198 المؤرخ في 31 ماي 2006 الذي يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة، ج.ر.عدد 37 لسنة 2006؛ فضلا عن المرسوم التنفيذي رقم 07–144 المؤرخ في 19 ماي 2007، المحدد لقائمة المنشآت المصنفة لحماية البيئة، ج.ر.ع.34.

العناصر، يصف من خلاله الملتمس المنشأة التي تؤدي إزعاج أو مخاطر غير مقبولة تمس بالإنسان والبيئة ويرفق هذا الطلب بدراسة الأثر والخطر والمستغل المستقبلي الذي يجب أن يثبت القدرة التقنية والمالية للحفاظ على المنشأة، في حين نجد أن نظام التصريح يتميّز ببساطته، فهو يحتوي عل عناصر محددة تتعلق بهوية المستغل وطبيعته وحجم الأنشطة المقترحة، ومخطط العمل؛ دون ضرورة الحصول على ترخيص إداري، بل يكتفي باشتراط التبليغ أو التصريح عن هذه الأعمال المزمع القيام بها أمام الجهة المختصة شرط أن تكون هذه النشاطات أقل خطورة وتلويث للبيئة مع احتمال حدوث ذلك في المستقبل[1].وما يلاحظ هو غياب تجانس حول صفة المستغل خاصة إذا تعلق الأمر بوجود عدة منشآت مصنفة على منطقة صناعية لتكون بذلك مؤسسة مصنفة حسب تعبير المشرع الجزائري ومسطحة صناعية « *le plate-fore industrielle* » حسب توجيه الأوروبي *ppc*[2].

---

[1]- غير أن الدراسات الجديدة حول المنشآت المصنفة أثبتت عدم جدوى المخطط الكلاسيكي للاستغلال الصناعي لها مما أدى إلى ظهور اتجاهات تشريعية حول تحديد صفة المستغل فبعض الدول فضّلت الأخذ بمقاربة شاملة « approche globalisante » فأولت الأهمية للوحدة العملياتية « l'unité opérationnelle du site » على حساب المتدخّلين، ودول أخرى أولت أهمية للمتدخلين من خلال مفهوم رقابة المنشآت أو جزء منها « la notion de contrôle des installation ou d'une partie d'une installation » ، غير أن المقاربة المرجحة في موضوعنا هي تلك المتعلقة -مقاربة الرقابة على المنشأة كمؤشر على صفة المستغل «le contrôle de l'installation, un indice d'exploitant »، ملعب مريم، المرجع السابق، ص.43.

-[2] وبشأن المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري: فإنه بالنسبة للمؤسسات المصنفة والتي عادة ما تتكون من مجموع منشآت مصنفة فقد تحتفظ كل منها بشخصيتها المعنوية المستقلة على الرغم من خضوعها اقتصاديا لإحداها والتي تسمى بالمنشأة المصنفة الأم وتصبح المنشآت المصنفة الأخرى بمثابة فرع تابع لها، فإذا إ ما ارتكبت المنشأة المصنفة التابعة جريمة بيئية لحساب المنشأة المصنفة الأم فهل تمتد المسؤولية الجزائية لها؟ الواقع أن هذا السؤال لا يطرح في حالة عدم سيطرة المنشأة المصنفة الأم سيطرة مطلقة على المنشآت المصنفة التابعة والعكس صحيح لذلك لابد من أن نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: فإذا كانت المؤسسة الأم لا تمارس أي نوع من التأثير أو السيطرة على المنشأة التابعة لها، فإن المسؤولية تقع على عاتق هذه الأخيرة أو بمعنى آخر إذا كانت المنشأة المصنفة التابعة لا تتعدى مهمة التنفيذ بما تصدره المؤسسة المصنفة الأم فإن المسؤولية الجزائية لا تتحقق للشركة التابعة إلا في حالة الاستغلال الكلي والفعلي للمؤسسة الأم.

الحالة الثانية: إذا كانت المؤسسة الأم هي المسيطرة وهي التي ترسم الإستراتيجية العامة لكافة المنشآت المصنفة التابعة التي تتبعها بحيث لا تعدو هذه الأخيرة أن تكون أدوات تقنية في يد المنشأة الأم فإن المسؤولية الجزائية تقع على المؤسسة الأم عن الجريمة المرتكبة بواسطة أحد أعضاءه المنشأة أو ممثليها وهو نفس الحكم الذي أخذ به المشرع الجزائري فالمادة 18 مكرر من القانون 06 -23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 من قانون العقوبات في فقرتها الثانية المتعلقة بالعقوبات التكميلية نصت على غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات. وبناء على هذه المادة يمكن معاقبة المؤسسة الأم كما يمكن معاقبة المنشأة المصنفة الفرع أو التابعة فإذا كانت المنشأة الفرع وبالقياس على نفس الحكم على الشركة التابعة، تتصرف بناء على أمر المنشأة المصنفة الأم قامت المسؤولية الجزائية في حق المنشأة المصنفة الأم أما إذا كانت المنشأة الفرع أو التابعة تتصرف دون وجود أوامر أو سيطرة من المنشأة المصنفة الأم فإن المسؤولية الجزائية تقوم في مواجهة الفرع أو الشركة التابعة؛ فالعبرة هي بالبرهان عن الروابط الموجودة بين المنشأة الأم والمنشأة الفرع أو التابعة.

وفي شأن ذلك راجع:

- المادة 57 من القانون 01 -20 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 المتعلق بتهيئة الإقليم والتنمية المستدامة، ج رع 77 لسنة 2001؛ ملعب مريم، المسؤولية الجزائية للمنشآت المصنفة عن تلويث البيئة في القانون الجزائري، مذكرة ماجيستير في القانون العام، تخصص قانون البيئة، جامعة محمد الأمين دباغين -سطيف 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016/2015، ص.165.

ولقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ الملوث يدفع من خلال: المادة 03 من القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة السابق الذكر حيث يتم تطبيق هذ المبدأ من خلال الاستناد إلى قواعد المسؤولية المدنية لتحديد أساس التعويض عن الأضرار وفقا لمبدأ الغنم بالغرم غير أن تطبيقه يعرف العديد الصعوبات كونه يتميز بالطابع العام ولا يتم في كثير من الأحيان تحديد هوية الملوثين، كذلك على اعتبار أنه لا يمكن أن يظهر هذا التلوث إلا بعد عدة سنوات. وبمقتضى مبدأ المصفى الضريبي يتلقى كل من يستجيب للضوابط البيئية امتيازات في شكل إعفاءات أو علاوات مالية[1].فقد أكدت منظمة التعاون والتنمية على أن الأصل أن الملوث هو من يتحمل تكاليف الوقاية ومكافحة التلوث غير أنها أعربت على استثناء مذكور من قبلها بموجب التوصية الصادرة في1972-*1974* على أنه يجب أن يتلقى الملوث الدعم من أي نوع كان من طرف الدولة لمكافحة التلوث، وهو ما أقره المشرع الجزائري المباشر، الإعفاء أو التخفيض الضريبي لمعدلات التحكم في التلوث...إلخ)[2]في قانون 01-20 المتعلق بتهيئة الإقليم والتنمية المستدامة حيث أكد على أنه تحدد في إطار قوانين المالية إجراءات محفزة بغرض تطوير الفضاءات والإقليم والأوساط الواجب ترقيتها وفقا لأدوات تهيئة الإقليم المصادق عليها[3]وبالتالي فإن هذه الإعانات والمساعدات المالية المقررة في إ طار القانون تهدف إلى: دعم برامج التنمية المتكاملة، ترقية المبادرة العمومية والخاصة في مجال التنمية، إحداث أنشطة وتوسيعها وتحويلها واستقبال الأنشطة المنقولة على موقعها، تطوير هندسة التنمية[4]. وفي مقابل هذا المبدأ يطبق مبدأ الحيطة، الذي يتم من خلال نظام الجباية البيئية الردعية على المنشآت المصنفة تطبيقا لما يعرف بآلية السياسة الضريبية على ضوء عدم فاعلية قواعد المسؤولية المدنية التقليدية.

ثانيا- ضرورة التنظيم التشريعي لخطابات النوايا

يلجأ كلا من القانون الفرنسي والقانون الألماني في مجال التأمينات الشخصية إلى آليات متماثلة إلى حد كبير، بما في ذلك نجد؛ "الضمان المستقل" *garantie autonome*، "الكفالة" *cautionnement* و"خطاب النوايا أو التزكية" *lettre d'intention ou de patronage*. ويكرس القانون المدني

Aussi cf. Silvane le prince et Pierre Moérynck, la responsabilité environnemental, transposition de la directive 2004-35 et implication en droit interne, sons la direction du centre d'étude du droit de l'environnement, Faculté universitaire de Saint louis , Antenais, Belgique, 2009, p92. 3 - Marie- Axelle GAUTIER, op.cit, p195-196.

[1]- بن أحمد عبد المنعم، الوسائل القانوني الإدارية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، 2008 /2009 ،ص 108.

[2]- Rénate Husseini, Ghristian Brodhag, Glossaire des Gutis Economiques de l'Environnement, l'Ecole des Mines /ARMINES diffuse par Agora 21, Direction des «études économiques et de l'évaluation environnement du Ministère de l'Aménagement du territoire et de l'environnement version du 8-12-2000, p7.www1.agora 21.org leconomie/glossaire-eco.pdf.

[3]- أنظر المادة 57 من القانون 01 -20 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 المتعلق بتهيئة الإقليم والتنمية المستدامة، ج رع 77 لسنة 2001.

[4]- أنظر المادة 117 من القانون 91 -25 المؤرخ في 16 ديسمبر 1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992، ج رع 65 لسنة 1991.

الفرنسي ثلاثة أنواع مختلفة من التأمينات الشخصية في مادته *2287-1*، وهي: الكفالة، الضمانات المستقلة وخطاب النوايا، والواقع أن الأمر المؤرخ في *23* مارس *2006* بشأن الضمانات[1] يكرس قانونيا الضمان المستقل وخطاب النوايا، والآليات الناتجة عن الممارسة العلمية السائدة للراغبين في تجنب المتطلبات الشكلية للكفالة والبحث عن آلية متلائمة مع العلاقات الدولية[2].

ويمكن للشركة الأم أن تتعهد للدائنين بتنفيذ التزامات شركاتها التابعة، إن لم تقم بها بنفسها، التي يمكن أن تتمثل في دفع مبلغ من النقود، غير أنه لا يوجد ما يمنع أن يكون التنفيذ هو القيام بعملية تسويق لم تتمكن الشركة التابعة من التفوق فيه.

إن الكفالة لها صفة التبعية لأن التزام الشركة التابعة الذي قامت بضمانه الشركة الأم عن طريق التنفيذ عند الاقتضاء يترتب عنه عدة نتائج أهمها: لا يمكن أن يلزم الشركة الأم، إلا إذا لم تتمكن الشركة التابعة من تنفيذ التزاماتها ويمكن أن يتم الاعتراض على الدائن بالدفوع التي تنتج عن العقد الأصلي (كما في حالة عدم القيام بتنفيذ الالتزامات التعاقدية أو بطلان العقد الأصلي) وانقضاء الدين الرئيسي، أو أن تنفيذ العقد قد صار بشكل جيد، مما أدى إلى انقضاء الالتزام والشركة الأم تكون ملزمة بالتضامن مع شركتها التابعة، ما عدا إذا حصلت على تنازل من الدائن عن مسؤوليتها التضامنية. وهي مفترضة في الشق المدني غير أنه إذا تعلق الأمر بالكفالة التجارية فإنه يتم إعمال المبدأ الذي مفاده أن التضامن مفترض في العقود التجارية.

ويوجد ما يسمى بالضمان المستقل وهو تعهد يلزم الكفيل الضامن، نتيجة التزام تم توقيعه من قبل الغير عن طريق دفع مبلغ ما، سواء بناء على أول طلب، أو بعد اتباع الكيفيات المتفق عليها وفقا للقانون المدني، وإن الشركة الأم التي تقبل الضمان المستقل تلزم بتسديد جميع المبالغ التي يطالب بها دائن الشركة التابعة، تنفيذا لكتاب الضمان، كما في حالة الشركة التي تتعهد في حالة عدم تنفيذ شركتها التابعة لالتزاماتها دفع جميع المبالغ التي يطالب بها المتعاقد انطلاقا من أول مطالبة ينتج عن هذه الاستقلالية أنه يمكن للضامن الجديد تحديد كيفيات العمل به والشروط التي يمكن من خلالها للضامن الرجوع، حيث أن الضامن لا يمكن أن يستفيد من المميزات التي يمكن أن يستفيد منها الكفيل والتي تتمثل في ميزة التبعية للكفالة، خاصة وأن الضامن لا يمكنه أن يستفيد من الدفوع التي تنتج عن العقد

[1] – Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux suretés, JO 24 mars 2006.

[2] - in :Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003 : Maggy PARIENTE, Les lettres d'intention, p.p.861-879.

الأصلي. والضمان لا يمكن أن يجرد تماما من صفة التبعية إذا كانت هنالك ضرورة للرجوع إلى العقد الأصلي فيما يتعلق بكيفيات التنفيذ وتقدير مبلغ الضمان أو من أجل تحديد انقضاء الضمان[1].

أما عن إعلان النوايا فحسب الأستاذة بركات حسينة ما هو إلا مجرد التزام بالتقيد بالحرص *obligation de diligence* من جانب الشركة الأم حيث أنه مجرد تصريح بسيط ومهما كان تصنيفه سواء من حيث الوسائل أو النتيجة فلا بد من الترخيص المسبق من قبل مجلس الإدارة في شركة المساهمة الأم وتلتزم هاته الأخيرة بالتزام بوسيلة إذا لم تتعهد في الرسالة إلا بالتقيد بالحرص وليس بتعهد يوجب تحقق نتيجة، وإذا لم تحترم هذا الالتزام المتمثل في التقيد بالحرص يمكن أن يحكم على الشركة الأم بأن تدفع للدائن تعويض عن الإضرار بمصالحه، عند الاقتضاء بشرط أن يكون الخطأ له علاقة مباشرة بالضرر ومثال لك أن يحكم على شركة أم بدفع تعويض عن الأضرار بمبلغ يساوي دين الشركة التابعة، متى تهاونت في تنفيذ التزاماتها والقيام بما هو ضروري من أجل تمكين هذه الأخيرة من امتلاك سيولة كافية تسمح لها بمواجهة التزاماتها، ولم تقم بأي محاولة إيجابية من أجل تجنب إيداع موازنة الشركة التابعة؛ ويعتبر كتاب إعلان نية التعهد أو الضمان التزام بتحقيق نتيجة إذا كان القائم به ملتزم بتحقيق نتيجة مضبوطة ومحددة، خال من أي غرر أو مخاطرة، تحددها المحاكم من خلال نص كتاب التعهد أو الضمان، حيث يصنف كالتزام بتحقيق نتيجة تعهدات الشركة الأم بالقيام بجميع التصرفات الضرورية من أجل تنفيذ الشركة التابعة لالتزاماتها أو عدم التنازل عن مساهمتها كأن تتعهد الشركة في بروتوكول إتفاق موضوعه إعادة هيكلة ديون الشركة التابعة في مواجهة البنوك من أجل ضمان إتمام الاحتياجات المالية وذلك عن طريق مساهمات في حساب جاري أو تعهد الشركة لمؤسسة مالية للقرض الايجاري الذي يموّل مشاريع عقارية لشركاتها التابعة، وأن تقدم لهذه الأخيرة جميع الدعم الضروري التجاري والإداري والتأمين المقدم من الشركة الأم من حيث احترام المخطط المالي أو تعهد الشركة الأم القيام بما هو ضروري من أجل تملك الشركة التابعة صناديق كافية لمواجهة تعهداتها تجاه البنك ويمكن كذلك أن يصنف كالتزام بتحقق نتيجة كالالتزام بالامتناع عن القيام بعمل، خاصة التزام الشركة الأم بعدم التنازل عن المساهمات داخل الشركة التابعة، فإذا لم تتحقق النتيجة التي تم التعهد بها، يمكن للدائن الحصول عن تعويض نتيجة الإضرار بمصالحه، خلافا للكفالة لا بد من أن يثبت الدائن ارتكاب الشركة الأم لخطأ يرتب مسؤولية هذه الأخيرة. ويوجد إلى جانب الضمان المستقل وخطاب النوايا من الناحية العملية التصريح البسيط، الذي لا يؤدي إلى التزامات قانونية للشركة الأم،

[1] – بركات حسينة، مجمع الشركات في القانون التجاري الجزائري والمقارن، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص –تخصص قانون خاص–، جامعة الإخوة منتوري–قسنطينة–، كلية الحقوق، 2009/2010، ص.101.

كما في حالة المصادقة على العمليات التي تباشرها شركتها التابعة وإن الوضعية المالية للشركة التابعة تسمح لهذه الأخيرة بمواجهة تعهداتها وإذا توفرت شروط استعمال الضمان فإن الشركة الأم تكون غالبا ملزمة بدفع مبلغ مالي، ولكن كذلك يمكن أن تلزم بنفس الالتزامات التي قامت بكفالتها، حتى وإن تنازلت الشركة الأم عن مساهمتها في الشركة التابعة فإنها تبقى ملزمة بتعهداتها[1].

وقد أدت القيود الشكلية المتعلقة بآليات الضمان التقليدية مثل الكفالة والضمان بالتّجار إلى تطوير بدائل عن هذه الآليات؛ وهكذا لجأوا إلى مجرد إعلان عن الرغبة لدعم الغير، والمعروف بتسمية خطابات النوايا، والتي بسبب طبيعتها الغير شكلية، أصبحت أداة مُفضلة للعلاقات الثلاثية بين الشركة الأم، الشركة التابعة والبنك أو المستثمر؛ استخدامها في التجمعات يفوق بكثير الاحتكام للكفالة وغيرها من أنواع الضمان، وبالنظر إلى الدور الهام الذي تؤديه رسائل النوايا داخل التجمعات، تخلى القانون الألماني عن وضع أي قواعد خاصة بشأن خطابات النوايا، ومن ناحية أخرى، كرست المادة *2322* من القانون المدني الفرنسي لخطاب النوايا بموجب الأمر رقم *2006-346* المؤرخ في *23* مارس *2006* بشأن التأمينات الشخصية. ومع ذلك، لا ينبغي بأي حال من الأحوال الاكتفاء بنص المادة *2322* من القانون المدني الفرنسي، التي لا تضع سوى تعريف مختصر بوصف خطاب النوايا بأنه "التزام بأداء أو بعدم أداء بغرض الدعم المقدم إلى المدين في تنفيذ التزامه تجاه دائنه"[2]، من دون أن تذكر النظام القانوني المطبق في هذا الشأن، ولذلك، فإن التعريف الوارد في القانون المدني الفرنسي يظهر بالضرورة وصفيا ولا يقدم سوى القليل من المساعدة في تحديد طبيعة الالتزام أو في تحديد النظام القانوني الذي ينبغي أن يخضع له.

ومن الضروري أولا النظر في الدلالات المستخدمة لتوصيف الالتزام بدعم الغير بالاشتراط لصالح المستفيد، وفي القانون الفرنسي فإن مصطلح " خطاب النوايا" «*lettre d'intention*»، مكرس الآن بالقانون المدني (المادتان *2287-1* و*1322* من القانون المدني الفرنسي). وقد حبذ هذا المصطلح على تسميات أخرى مثل خطاب الرعاية خطاب الطمأنينة (*lettre de confort ou lettre de patronage*)، وغيره من المسميات. وهذه التسمية تقابل ترجمة "رسالة القصد" «*intent letter*» الأنجلو أمريكية، بيد أن الخيار المؤيد لهذا المصطلح غير موفق إلى حد ما، لأنه في الممارسة العملية يستخدم هذا المصطلح كذلك للدلالة على الاتفاقيات السابقة للتعاقد بين الأطراف، التي تحدد فيها أطر

[1] – بركات حسينة، المرجع السابق، ص.102.

[2] -≪ engagement de faire ou ne pas faire ayant pour objet le soutienapportea un debiteur dans l'execution de son obligation envers son creancier≫, in : Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux suretes, JO 24 mars 2006, p. 4475.

وحدود المفاوضات [1] واعتزامهم على التوصل إلى اتفاق. في ألمانيا، يبدو أن عبارة "إعلان التزكية" « *déclaration de patronage* » (*Patronatserkl□rung*) قد ساد بتفضيل من القضاء والفقه.

إن هذا الخطاب يمكن توصيفه على أنه ضمان مستقل، كفالة أو مجرد التزام أخلاقي عند النظر في مسؤولية الشركة الأم عن تقديمها للدعم تجاه الشركة التابعة، وليس بالضرورة طبقا للتكييف القانوني المنصوص عليه في المادة 2322 من القانون المدني الفرنسي، وبخلاف ما تنص عليه هاته المادة الأخيرة، فإن الأستاذة *VANESSA DESSOUTER* ترى أنه ينبغي أن يفهم من مصطلح "خطاب النوايا" بأنه مجرد رغبة في دعم الغير دون أن يقابل بالضرورة بالتزام بأداء أو التزام بعدم أداء، ودون أن يُقارب كذلك "الالتزام الأخلاقي البحث" أو حتى الضمان المستقل والكفالة.

وبغض النظر عن المصطلحات المستعملة للتعبير عن هذا الخطاب، فإن مضمون الالتزام بالدعم سيكون حاسما وتقريريا لتكييفه القانوني وتحديد النظام القانوني المطبق. والواقع أن تقييم النظام المطبق على الالتزام سيعتمد على تحديد طبيعته القانونية، ومع ذلك فإن هذا التحديد صعب في الممارسة العملية.

والواقع أن الطابع المتعدد الأشكال والصيغ لخطابات النوايا، ومختلف أنواع الالتزامات تجاه الغير التي قد يحتويها هذا الخطاب، ولا سيما في إرادة أي مشترط في الحد من دعمه أثناء محاولة إقناع المستفيد، مما يجعل من تقييم خطابات النوايا من حيث طبيعتها ومضمونها صعبة، وسوف يكون ذلك أكثر عندما ينتمي الغير المستفيد إلى نفس التجمع الذي ينتمي إليه المشترط، بيد أن التكييف القانوني لمحتوى خطاب النوايا يظل خطوة لا غنى عنها لأنها ستحدد طبيعة التزام المشترط وبالضرورة النظام القانوني الذي سيخضع له.

---

[1]–راجع التفسيرات بشأن معايير التصنيف و الملاءة التي تأثرت بتقديم الضمانات أو الكفالة M.Hentzen:

Voir explications relatives au rating et les criteres de solvabilite affectes par l'apport de garanties ou de cautionnements : M. HENTZEN, Konzernfinanzierungnach BGHZ 157,72, ZGR 2005, p. 480 et s.

–وهكذا خلافا للكفالة، فإن تقديم الدليل الثبوتي على خطاب النوايا غير خاضع لأي اشتراط لصيغة الكتابة بخط اليد المعبرة عن طبيعة ومدى الالتزام:

مقتبس عن:

Cass. com., 17 decembre 2002,n° 00-11.566, non publie au bulletin in Vanessa dessoutter op .cit ,n°958 ,p.336 ; Maggy PARIENTE, Les lettres d'intention, op.cit., p.p.861-879.

وكذا يراجع الملحق الوارد في هاته الدراسة: الملحق رقم 04 : نموذج عن خطاب النوايا

المطلب الثاني: مقاربة القانون المتعدد التخصصات القانونية

Approche du droit multidisciplinaires

قد لوحظ أن قانون التجمعات، الفرنسي، والجزائري باعتباره اقتدى بالعائلة اللاتينوجرمانية، لا يستند إلى مقاربة تشريعية متناسقة أوحتى عامة، بل هو قانون متولد عن الاجتهادات القضائية التطبيقية والتدخلات التشريعية المتخصصة. إلا أن المشرع سعى في غالبية الأحيان إلى سد النقص التشريعي الوارد في هذا الصدد من خلال أقلمة القواعد العامة خصوصية ظاهرة التجمع أو بصياغة قواعد قانونية خاصة، تستجيب للصعوبات الخاصة التي أثارها التجمع في مختلف فروع القانون المعنية. وتتطلب هذه المبادرات التشريعية بالضرورة تحديد النطاق المخول لتطبيق الأحكام الخاصة على التجمع. وانطلاقا من فكرة أن "أي تجمع موجود تمنح له الصفة القانونية "، وعلى هذا الأساس اكتفى المشرعان الفرنسي والجزائري بالمقاربة وظيفية للتجمع بشكل أساسي، المتمثلة في الاستدلال من العناصر الوقائعية، المفاعيل القانونية المناسبة مع الأهداف المسعى لتحقيقها، أو ما يمكن أن نصطلح عليه بالقانون ذو الهندسة المتغيرة "الشركة المراقبة، المساهمة المالية، الشركة التابعة" *Droit à géométrie variable « Contrôle – participation financière– société filiale »*.

أو بالمعنى الأصح "قانون مرن" مُتَجنِّب للقيود القانونية المصطنعة، والتي تعتبر بالضرورة غير مناسبة، وبالتالي موفرة للمرونة اللازمة لمعالجة جميع الحقائق التي من المحتمل أن يمثلها التجمع. وسوف تتباعد المعالجات القانونية كذلك وفقا لما إذا كان الأمر يتعلق بحماية المصلحة المالية للشركة التابعة، مصلحة مساهميها، عمالها، دائنيها .ولذلك فمن الخطأ الادعاء بأن القانون الفرنسي أو حتى الجزائري الذي اقتبس جل أحكامه من هذا الأخير، وفي غياب المنظومة القانونية الشاملة لظاهرة التجمع، ليس له قانون للتجمعات. بل على العكس من ذلك، فإن مجموع المنظومات والبناءات القضائية تشهد على وجود قانون للتجمعات، أو بالأحرى بسبب تنوع الأحكام الخاصة مؤدية إلى قوانين (بصيغة الجمع) للتجمعات .

ولذلك، فإنه تتبعا لدرجة المساهمة المالية المملوكة في شركة ما، كان ذلك يشكل عاملا حاسما في تحديد العضوية والانتماء للتجمع مما جعل من الرقابة *(contrôle)*تشكل على هذا المنوال المعيار الرئيسي في قانون التجمعات الفرنسي، وهو ما استدل به المشرع الجزائري (الفرع الأول)، غير أن الرقابة لا تشكل معيارا حصريا للانتماء للتجمع، فبالفعل، وبالنظر للصعوبات التي تعترض الاحتكام لمعيار الرقابة، وافتقاره إلى المرونة في التعريفات التشريعية التقييدية للغاية، قد أدى إلى إبراز ونشأة معايير أخرى للعضوية للتجمع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحليل وضعية الهيمنة ضمن المبادرات التشريعية

إن معيار الرقابة كعملية استحواذ كلاسيكية مضمّنة في قانون الشركات يعتبر المعيار المرجعي فيما يتعلق بالعضوية للتجمع في القانونين الفرنسي والجزائري، وقد عرّف قانون الشركات في الأصل هذا المعيار، بصفة حصرية ومقتصرة على الوسائل الازمة للتأثير على إدارة الشركة بما في ذلك من خلال رأس المال المملوك ضمن الشركة، وحقوق التصويت؛ إلا أن المبادرات التشريعية السابق الإشارة إليها[1] سواء كانت مقترحات أو مشاريع قوانين *(propositions ou projets de loi)* وبالاستناد على التدوين الجزئي للتجمعات[2] أين تمت معالجة رابطة التبعية المنشأة تجاه الشركات التابعة البسيطة والمشتركة بل وحتى تجاه لشركة المساهمة الأوروبية، سواء بحكم القانون من خلال المساهمة في رأس المال أو حتى من خلال ابرام عقد مع المؤسسة، أو بحكم الواقع سواء من خلال التبعية اقتصادية وحتى عند الاشتراك في القائمين بالإدارة؛ وتبيان ما إذا كانت رابطة التبعية هاته تحقق المديرية الموحدة –الرقابة الفعالة contrôle effectif، لمراجعة إمكانيات وجود قرائن، من حيث افتراض هاته الرابطة أم وجوبية *إثباتها، من قبل أي ذي مصلحة فئوية تم تهميشها عند إحلال مصلحة التجمع محل مصلحة الشركة التابعة وهو ما قمنا بتبيانه من خلال تحليلنا لعناصر وضعية الهيمنة –معيار الرقابة– بهاته الدراسة، من خلال الانطلاق من الجدول الآتي بيانه:*

تحليل عناصر وضعية الهيمنة للتجمع	خصائص وضعية الهيمنة	إمكانيات وجود قرائن	النتائج والملاحظات تجاه الشركات التابعة البسيطة والمشتركة	مقترح القانون الفرنسي رقم 1211[(1)]	مقترح مشروع القانون الإرشادي الأوروبي[(2)]	مقترح النظام أوروبي لشركة المساهمة الأوروبية[(3)]
رابطة التبعية المنشأة	بحكم القانون من خلال:		قرينة التبعية قد تكون إما تجاه شركة،	قرينة التبعية في حالة المساهمة في	يضع قرينة في الحالات التالية: –إما امتلاك أكثر من	يضع قرينة قاطعة في الحالات التالية: –امتلاك أكثر من

[1]– راجع في قائمة الملاحق في هاته الدراسة: الملحق رقم 02: مقترح القانون الفرنسي رقم 1055 الجلسة الثانية العادية 1969–1970؛ الملحق رقم 03: مقترح قانون رقم 1211 الدورة العادية الأولى لعامي 1974–1975 بشأن تجمعات الشركات وحماية المساهمين، العمال والغير

[2]– راجع في قائمة الملاحق في هاته الدراسة: الملحق رقم 01: الأحكام الخاصة بتجمعات الشركات الواردة بالقانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم –مترجمة للفرنسية–

	– المساهمة في رأس المال – ابرام عقد مع المؤسسة بحكم الواقع من خلال : تبعية اقتصادية الاشتراك في القائمين بالإدارة	نعم(5) صعبة(5) مستحيلة	شركتين، أو عدة شركات. يمكن للقرينة أن تكون بسيطة أو قاطعة تبعا لنسبة المساهمة في رأس المال المأخوذ بها.	رأس مال الشركة الذي يمنح أكثر من 50% من الأصوات (المادة 2). قرينة بسيطة	50 % من رأس المال؛ –إما امتلاك أكثر من 50 % من حقوق التصويت؛ –إما القدرة على تعيين أكثر من نصف القائمين بالإدارة	50 % من الأصوات. –القدرة على تعيين أكثر من نصف القائمين بالإدارة (على سبيل المثال من خلال اتفاقية التصويت). يضع قرينة بسيطة عندما تخول العقود المبرمة إمكانية ممارسة النفوذ المهيمن على تسيير الشركة، بدون النص صراحة على الهيمنة في العقد (المادة 6).
وضعية الهيمنة(الرقابة) تتيح	(يتعلق الأمر هنا فقط بالملاحظة البسيطة المؤدية	نعم	يمكن افتراضها من خلال إقامة رابطة تبعية، سواء كانت هاته الأخيرة مفترضة أو من	عدم القدرة على الاحتجاج بالقرينة عندما يقتضي النظام الأساسي	القرينة التي تنتج عن التبعية. مع ذلك لم تحدد قوة القرينة.	

تحقيق المديرية الموحدة (رقابة فعّالة)	إلى استنتاج وجود وضعية التبعية) إحلال مصلحة التجمع محل مصلحة الشركة التابعة	؟	الواجب إثباتها. وهي قرينة بسيطة (يمكن للأنظمة الأساسية للشركة أن تحدد في بعض القرارات المتخذة بالأغلبية، أغلبية أعلى)	للشركة أغلبية أكثر بالنسبة لبعض قرارات التسيير (المادة 2)		
والتي تؤدي إلى الاخلال بالتوازن مع المصالح الفئوية (مصالح المساهمين الأقلية، مسالح العمال، مصالح الدائنين)			وجود وضعية الهيمنة يمكن أن يسمح بافتراض وجود مديرية موحدة، لكن هاته القرينة لا يمكن إلا أن تكون بسيطة، نظرا لأن وضعية الهيمنة لا تؤدي بالضرورة إلى مديرية موحدة	مفروضة لكي يكون هنالك تجمع. قرينة بسيطة بحكم وجود وضعية الهيمنة (المادة 3)[4]	القرينة التي يبدوا أنها تنتج عن القرائن السابقة.لكن هل من الضروري ممارسة المديرية الموحدة ليكون هنالك تجمع؟	ليس من الضروري ممارستها فعليا. فيكفي أن تكون ممكنة (ليس من الضروري أن تكون مفترضة)

(1): يستهدف بصفة أساسية الشركة التابعة النموذجية البسيطة *"FILIALE UNIQUE"*

(2): يستهدف الشركة التابعة المشتركة "*FILIALE COMMUNE*" ولكن لا يضع قرائن إلا بالنسبة للشركة التابعة النموذجية البسيطة.

(3):يستهدف بصفة أساسية الشركة التابعة المشتركة[1].

(4):نظرا لأن وضعية الهيمنة هاته، مرتبطة بإبرام عقد التبعية *"CONTRAT D'AFFILIATION"*.

جدول بياني: تحليل وضعية الهيمنة انطلاقا من مقترحات ومشاريع القوانين الأوروبية والفرنسية[2]

أولا: تحليل وضعية الهيمنة في القانون الإرشادي الأوروبي

l'ambition d'harmonisation du droit des groupes

إن القواعد العامة للشركات المدرجة في القانون التجاري الفرنسي لم تكف قط عن ضمان حماية مصالح الأقليات أو الأطراف الأضعف، فهذا هو شاغلها الرئيسي. ولهذا الغرض، قد تم وضع العديد من الآليات لمراقبة النشاط الاجتماعي. ولهذا الأخير أثر وقائي بقدر ما تسمح باستبعاد مخاطر تضارب المصالح باعتبارها دفاعية ردعية ما دام أنه يمكن استخدامها عندما يتم التعدي على مصلحة من المصالح المحمية. وسيكون الهدف من تطبيقها بطبيعة الحال على علاقات التجمع. وقبل الإشارة إلى مختلف الآليات الحمائية لهاته المصالح، ينبغي أن يلاحظ بطريقة أولية أنه حدثت في السنوات الأخيرة إصلاحات كثيرة في قانون الشركات الفرنسي سواء تحت تأثير أو باستباق للتقدم القانوني الوارد بالقانون الإرشادي للاتحاد الأوروبي[3] أو حتى لمراعاة التقدمات التقنية والممارسات الجديدة

[1] - La filiale commune (encore appelée "société de société") est la réunion de deux ou plusieurs sociétés indépendantes ou appartenant à des groupes différents, pour exercer une action commune déterminée ou pour assurer la gestion de services communs. In : Dictionnaire permanent Droit des affaires, Groupe de sociétés, n° 26 et 27 ; Ph. Merle, Sociétés commerciales, 8 éd., Dalloz, 2001, n° 643 ; Y. Guyon, Droit des affaires, 11 éd., Economica, 2000, T. 1, n° 585.

[2] – بالاستناد على الملاحق الوارد تضمينها في هاته الدراسة: الملحق رقم 02: مقترح القانون الفرنسي رقم 1055 الجلسة الثانية العادية 1969–1970؛ وكذا الملحق رقم 03: مقترح قانون رقم 1211 الدورة العادية الأولى لعامي 1974–1975 بشأن تجمعات الشركات وحماية المساهمين، العمال والغير.

[3]- cf. Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003:Bernard SAINTOURENS, Le droit transitoire des sociétés, p.p.951951-961 ; Rémi LIBCHABER, Pour un

وتدويل المبادلات التجارية. كما شهدت فرنسا اتجاها إصلاحيا بدأ بالقانون رقم 2011-420 المؤرخ في 15 ماي 2001 بشأن التنظيمات الاقتصادية الجديدة[1]، ومرورا لاسيما بالقانون رقم 2003-706 المؤرخ في الفاتح من أوت 2003 بشأن الأمن المالي[2]، والقانون رقم 2003-721 المؤرخ في 1 أوت 2003 بشأن المبادرة الاقتصادية[3] ، والأمر رقم 2004-274 المؤرخ في 25 مارس 2004 بشأن تبسيط القانون والإجراءات الشكلية بالنسبة للمؤسسات[4]، القانون رقم 2005-882 المؤرخ في 2 أوت 2005 المصطلح عليه « loi jacob » لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة[5]، والأمر رقم 2004-604 المؤرخ في 24 جوان 2004[6]، و في الأخير المرسوم رقم 2006-1566 المؤرخ في 11 ديسمبر 2006 بشأن إصلاح المرسوم المؤرخ في 23 مارس 1967 بشأن الشركات التجارية[7]، ومرسوم تدوين الجزء التنظيمي للتقنين التجاري[8]، و أخيرا القانون رقم 2010-658 المؤرخ في 15 جوان 2010 المتعلق بالمقاول الفردي والمسؤولية المحدودة[9].

---

renouvellement de l'analyse des droits sociaux, p.p.717-736 ; Michel MENJUCQ, Mondialisation et rattachement juridique des sociétés, p.p.831-843

[1]– –القانون 2001-420 المؤرخ في 15 ماي 2001 بشأن الضوابط الاقتصادية الجديدة، الجريدة الرسمية رقم 113 المؤرخة في 16 ماي 2001، ص 7776؛ ومرسومة التطبيقي، المرسوم 2002-803 المؤرخ في 3 ماي 2002 المتعلق بشأنه تطبيق الجزء الثالث من القانون المعني، جريدة رسمية عدد 105 المؤرخة في 5 ماي 2002؛

Loi n° 2001-420 du 15 mai sur les nouvelles régulations économiques, JO n° 113 du 16 mai 2001, p.7776 ; ainsi que son décret d'application, le Décret n° 2002-803 du 3 mai 2002 portant application de la troisième partie de la dite loi, JO n° 105 du 5 mai 2002.

[2]–القانون 2003-706 المؤرخ في الفاتح من أوت 2003 بشأن الأمن المالي، ج.ر.ع. 177 المؤرخة في 2 أوت 2003، ص. 13220.

Loi n° 2003-706 du 1er aout sur la sécurité financière, JO n° 177 du 2 aout 2003, p. 13220.

[3]–القانون 2003-721 المؤرخ في الفاتح من أوت بشأن المبادرة الاقتصادية، ج.ر.ع.179 المؤرخة في 5 أوت 2003، ص. 13449.

Loi n° 2003-721 du 1er aout sur l'initiative économique, JO n° 179 du 5 aout 2003, p. 13449.

[4]–الأمر 2004-274 المؤرخ في 25 مارس بشأن تبسيط قانون الإجراءات الشكلية بالنسبة للمؤسسات، ج.ر.ع.74 المؤرخة في 27 مارس 2004، ص. 5871.

Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars sur la simplification du droit et des formalités pour les entreprises, JO n° 74 du 27 mars, p. 5871.

[5]–القانون 2005-882 المؤرخ في 2 أوت 2005 لصالح المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، ج.ر مؤرخة في 3 أوت 2005 ، ص .12639.

Loi n° 2005-882 du 2 aout 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, JO du 3 aout 2005, p. 12639.

[6]–الأمر 2004-609 المؤرخ في 24 جوان 2004 المتعلق بإصلاح المنظومة بشأن القيم المنقولة المستصدرة من قبل الشركات التجارية وتمديد الأحكام إلى الأقاليم التابعة لفرنسا لما وراء البحار والمعدلة للتشريع التجاري، ج.ر.ع 197 المؤرخة في 26 جوان 2004.

Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant reforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension a l'outre-mer de dispositions ayant modifie la législation commerciale, JO n° 147 du 26 juin 2004.

[7]–المرسوم 2006-1566 المؤرخ في 11 ديسمبر 2006 المعدل للمرسوم رقم 67-236 المؤرخ في 23 مارس 1967 بشأن الشركات التجارية ج.ر.12 ديسمبر 2006، ص.18762.

Décret n° 2006-1566 du 11 décembre 2006 modifiant le décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales, JO 12 décembre 2006, p. 18762.

[8]–المرسوم الخاص بتدوين القانون التجاري 2007-431، المؤرخ في 25 مارس 2007، ج ر، 21 مارس 2007 ، ص. 5648.

Décret de codification du Code de commerce, D. n° 2007 – 431, 25 mars 2007, JO du 21 mars 2007, p.5648.

[9]–القانون 2010-658 المؤرخ في 15 جوان 2010 المتعلق بالمقاول الفردي ذو المسؤولية المحدودة، ج ر، 16 جوان 2010، ص. 10984.

وبصفة عامة كان لهذه الإصلاحات، من دون الاستساغة القانونية الصريحة المعالجة للظاهرة الاقتصادية "التجمع"، أثر كبير على نشاط وتنظيم التجمعات من خلال:

-تعزيز الشفافية المصفاة على الروابط فيما بين الشركات؛

- التأكيد على الحق في الإعلام بالنسبة للمساهمين أو الشركاء؛

-استحداث آليات جديدة للمراقبة والرقابة لصالح المساهمين الأقلية على نشاط الشركة من خلال الحق في طرح أسئلة كتابية، وكذا طلب تسجيل وإدراج السؤال في جدول الأعمال، والالتماس بتعيين خبير تسيير (المادة 225-231 ق.تجاري فرنسي) [1].

Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative a l'entrepreneur individuel a responsabilité limitée, JO du 16 juin 2010, p. 10984.

[1]- نفس الأحكام بشأن القواعد الحمائية ذات الصلة بتقرير التسيير؛ والتي تتم من خلال نصوص قانونية تفرض تنظيم الرقابة الداخلية على سير الشركة المنتمية لتجمع من خلال النص على المعلومات المتعلقة بالمساهمات المالية من جهة ، والمعلومات المتعلقة بنشاط الشركة التابعة من جهة أخرى، والتي تم اقتباسها من قبل المشرع الجزائري مع بعض الفروقات مقارنة مع تم إيراده من قبل المشرع الفرنسي؛ حسب المادة 732 مكرر 1 من القانون التجاري يجب أن يذكر في التقرير السنوي لكل شركة عضو مهما كان شكلها، كل عملية أخذ للمساهمات حتى أقل من 10 بالمائة لأن المشرع الجزائري لم يحدد حد أدنى للمساهمات. فكل أخذ للمساهمات يجب أن يذكر إذ كان مقرر الشركة في الجزائر وبهذا لا يشترط إعلام المساهمين بأخذ مساهمات في الخارج. أما المشرع الفرنسي فقد أخذ بالحد الأدنى للمساهمات التي يجب أن تذكر في تقرير التسيير وهو: 5، 10، 20، 33، 31، 50، 100 بالمائة، في كل شركة يوجد مقرها في الخارج. ولا يشترط ذكر شروط أخذ الرقابة أو المساهمة بما في ذلك الثمن لأن المشرع لم يشترط ذلك

أما عن المعلومات المتعلقة بنشاط الشركة ف حسب الفقرة 2 من المادة 732 مكرر 1 من القانون التجاري الجزائري التي تقابلها المادة 256 فقرة2 من القانون التجاري الفرنسي يجب أن يذكر في تقرير التسيير نشاط الشركات التابعة حسب قطاع النشاط والنتائج المحصل عليها مهما كان شكل الشركة التجارية ونتائج الشركات الأعضاء.

وإذا كانت المجموعة تقوم بعملية توطيد الحسابات فإن هذه المعلومات توجد في تقرير الشركة المسيطرة الذي يجب أن يتضمن معلومات حول مجمل الشركات الأعضاء.

هذا، وإن المشرعين لم يشترطا أن يكون مقر الشركات التابعة في الجزائر أو فرنسا، وعليه يجب أن يتضمن التقرير مختلف نتائج ونشاطات الشركات التابعة أينما كان مقرها،فضلا عن ذلك ، فلقد اشترط المشرع الجزائري تعيين مراقبين للحسابات في الشركات القابضة حسب نص المادة 732 مكرر2 من القانون التجاري، يجب أن يتضمن تقرير المراقبين المعلومات الخاصة بأخذ المساهمات أو الرقابة أن اقتضى الأمر.

كما منحت التشريعات محل المقارنة لمساهمي الأقلية حق رد مراقب الحسابات، فالمشرع الفرنسي منح الأقلية المساهمين الذين يمتلكون 10 بالمائة من رأس مال رد مراقب الحسابات، أما المشرع الألماني فمنح حق الرد للمساهمين الذين يمتلكون مليون مارك ألماني، أما المشرع الجزائري فحدد النسبة بالعشر في المادة 715 مكرر 8 القانون التجاري، مع ملاحظة أن المشرع الألماني قد اشترط ألا تكون أسباب الرد شخصية، كما أنه لا يشترط ارتكاب خطأ لأن الرد ليس عزلا.

وكذا لتعزيز الحق الوقائي في الإعلام نجد أن المشرع الجزائري أورد على غرار غيره من التشريعات المقارنة بالنص على جزءات مترتبة عن عدم إلحاق "جدول الشركات التابعة والمساهمات" بتقرير التسيير حيث أنه يتعين على مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أو مسير الشركة التي لها شركات تابعة أو مساهمات أن يبينوا فيه حالة الشركات والمساهمات وأورد هاته الجزاءات في المادة 837 في فقرة 3 من القانون التجاري الجزائري، رتب المشرع الجزائري جزاءات جنائية على عدم احترام إجراءات الإعلام لفائدة الشركاء في المادة 837 من القانون التجاري التي نصت على ما يلي: "يعاقب بالحبس على 6 أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين رؤساء كل الشركة أو القائمون على إدارتها ومديروها العامون الذين تعمدوا:

-عدم الإشارة في التقرير السنوي المقدم للشركاء إلى حيازتهم خمن شركة لها مركزها بتراب الجمهورية وإلى امتلاك نصف رأسمال ومراقبا الحسابات الذين لم يشيروا في تقريرهم لنفس العمليات.

-عدم بيان نشاط الشركات التابعة للشركة في تقريرهم بحسب كل فرع من النشاط وعدم إظهار النتائج المحصل عليها.

فضلا عما سبق ذكره من الإجراءات الإعلامية الوقائية لمصلحة المساهمين بالأقلية، أضاف المشرع الجزائري على غرار نظرائه من التشريعات المقارنة محل الدراسة، صلاحيات التحري للمساهمين الأقلية؛ فتعد هاته الأخيرة من أهم الإجراءات الممنوحة لهم للدفاع عن حقوقهم وهي تغنيهم عن الإجراءات القضائية المعقّدة، وتشمل هذه الإجراءات حق الاطلاع على المستندات وتوجيه الأسئلة وتعيين خبير.

ولقد جاء في نص المادة 558 من القانون التجاري واسعا حول حقق الاطلاع للشركاء غير المديرين في شركة التضامن إذ لهم أن يطلعوا في مركز الشركة على سجلات التجارة والحسابات والعقود والفواتير والمراسلات والمحاضر وبوجه عام كل وثيقة موضوعة من الشركة أو مستلمة منها، ولهم أن يوجهوا أسئلة للقائمين بالإدارة حول ذلك، كما منح المشرع للشركاء في شركات ذات المسؤولية المحدودة صلاحية الاطلاع وتوجيه الأسئلة في المادة 585 . كما يتمتع المساهمين في شركة المساهمة بنفس الحقوق حسب نص المواد 677 و678 و680 و682.لهم أن يلجؤوا إلى القضاء إذا لم تمكنهم الشركة من الاطلاع حسب نص المادة 683.

إنه في هذا الصدد وجب التمييز بين حق الاضطلاع وحق طرح أسئلة كتابية التي يتعين الإجابة عنها أثناء انعقاد الجمعية العامة، حيث إن تقوية حق الإعلام في هذا الصدد تمكن المساهمين/الشركاء من مراقبة الأجهزة المكلفة بالتسيير بشكل فعال، ولاسيما في شأن الحق في تقديم أسئلة كتابية إلى مديري الشركة الغير منصوص عليه في التشريع الجزائري، إلا فيما يخص شركة التوصية البسيطة (المادة 563 مكرر 6 من القانون التجاري الجزائري.)، بخلاف نظيره المشرع الفرنسي، الذي ينص عليه في كافة الشركات التجارية لاسيما شركة المساهمة كما سبق توضيحه أعلاه، بموجب المادة L225-105و L225-128 حيث أنه منح هذا الحق لكل شريك من غير المسيرين،كما منحه للشركاء الذين يمثلون الأقلية في الشركة؛ إلا أن المشرع الجزائري اقتصر على الحق في الاطلاع على وثائق الشركة خاصة المستندات المحاسبية وهي: الميزانية وحساب الأرباح والنتائج. ويتم إعلام المساهمين بصفة أشمل إذا كانت الشركة عضوا في مجموعة في تقرير التسيير وتقرير مراقب الحسابات.

أما بشأن الحق في الاستعانة بخبير، فنسبة إلى غياب توافر الخبرة الفنية والمحاسبية الكافية لدى المساهمين لمعرفة الميزانية وكيفية إعدادها بحيث لايتمكنوا بمفردهم من فهم المسائل المعقدة أين منح المشرع الجزائري للشركاء غير المديرون حق الاطلاع والاستعانة بخبير معتمد في المادة 558 من القانون التجاري بالنسبة لشركة التضامن، وفي المادة 585 بالنسبة لشركات ذات المسؤولية المحدودة. أما في شأن التشريع الفرنسي فكما أوضحناه أعلاه تم توسيع مجال المطالبة تطبيق الخبرة ضمن شركات المساهمة بالقانون رقم 2001-420 المؤرخ في 15 ماي 2001 (المادة 114، 03) المتعلق بالتنظيمات الاقتصادية الجديدة، على المساهم أو لمجموعة المساهمين الممثلين لما لا يقل عن 5% من رأس المال الاجتماعي والذي يمكن أن يحدث بشأن واحدة أو العديد من عمليات التسيير للشركة وكذلك حتى على الشركة التي تراقبها وتسيطر عليها بمفهوم المادة 3-233. L من القانون التجاري الفرنسي، أين يجب تقييم الطلب من منظور مصلحة التجمع، ومن المؤكد أن هذا النهج يعزز من حقوق المساهمين الأقلية، ولكنه ظل منتقدا من طرف رابطة المؤسسات الفرنسية الكبيرة (Medef) أو المصطلح الآخر المتداول بشأنها " حركة المؤسسات الفرنسية " « mouvement des entreprises de France »، في تقريرها لوضع حد للقيود الغير ضرورية التي يضعها قانون الضوابط الاقتصادية الجديدة المؤرخ في 15 ماي 2001 في شأن سير الشركات التجارية. باعتبار هذا التمديد يتعارض مع مبدأ الشخصية القانونية لكل شركة من الشركات المكونة للتجمع ؛ لأن الخبرة تكون على هذا المنوال مقترحة للمساهمين الخارجين-مساهمي الشركة الأم- الذين ليسوا مساهمي التجمع؛ حيث أنه من القصور التشريعي الوارد في هذا الصدد أن مثل هذا الحق غير مخول و غير متاح للمساهمين الأقلية في الشركات التابعة؛ وكذا انتقدت القصور الكامن في اقتصار هذا الإجراء فقط على الشركات الأم المتخذة لشكل شركات مساهمة. وفي هذه النقطة الأخيرة، في الواقع، فإن المادة 223-37 من القانون التجاري الفرنسي بشأن الخبرة في التسيير في سياق الشركات ذات المسؤولية المحدودة تظل غير خاضعة لأي تعديل تشريعي.

وفي صفوة القول في هذا الصدد فإن المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي يرتب جزاءات مدنية حال الاخلال بالحق في الإعلام الوارد تبيانه، يتم توخي تحقيق هاته الجزاءات في نقطتين : استصدار أمر استعجالي وإبطال مداولات الجمعية العامة.

راجع: بدي فاطمة الزهراء، الرقابة الداخلية في شركة المساهمة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبوبكر بلقايد -تلمسان-، تخصص قانون الأعمال ، 2016-2017، ص.ص.48-51.؛

زايدي أمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013-2014،ص.262.

Cf. P. Didier, Droit commercial, t. I, Les sources. L'entreprise individuelle, t. II, Les entreprises en société, t. III,

– نقل أحكام القانون الإرشادي الأوروبي للأخذ بعين الاعتبار بعمليات الاندماج العبر دولية وآثارها على المصالح الفئوية المهمشة، وهكذا هو الحال بالنسبة للقانون رقم 2008–649 المؤرخ في 3 جويلية 2008 الذي ينص على أحكام مختلفة لتكييف وأقلمة قانون الشركات مع أحكام القانون الإرشادي الأوروبي 56/2005 المؤرخ في 26 أكتوبر 2005 بشأن عمليات الاندماج العبر دولية لشركات الأموال[1]، فضلا عن المرسوم رقم 2009–11 المؤرخ في 5 جانفي 2009 المتعلق بعمليات الاندماج العبر دولية لشركات الأموال[2].

وإن الحل الأمثل بشأن الصياغة الشريعية لظاهرة تجمعات الشركات غير وارد. وإن قانون الاتحاد الأوروبي بالرغم من تردده في بعض الأحيان إلا أنه قد جاء لتحقيق بعض الزخم في تطوير قانون التجمعات وقد أتاح تطوير منظومات قانونية خاصة بالتجمع ولاسيما تلك المتعلقة بتشكليه .وكانت الميزة من مثل هذا القانون الإرشادي هو تحقيق درجة معينة من التنسيق والمواءمة بين القوانين الوطنية في الاتحاد الأوروبي، حتى وإن كانت لا تزال جزئية وقليلة جدا بعدد الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي التي قامت بنقل أحكام القانون الإرشادي الأوروبي، على اعتبار أن هذا الأخير قد كان مصدر الهام لتحقيق التقدم القانوني في هذا المجال. ولهذا الغرض، قد تم وضع العديد من الآليات لمراقبة النشاط الاجتماعي. ولهذا الأخير أثر وقائي بقدر ما تسمح باستبعاد مخاطر تضارب المصالح باعتبارها دفاعية ردعية ما دام أنه يمكن استخدامها عندما يتم التعدي على مصلحة من المصالح المحمية. وسيكون الهدف من تطبيقها بطبيعة الحال على علاقات التجمع. وقبل الإشارة إلى مختلف الآليات الحمائية لهاته المصالح، ينبغي أن يلاحظ بطريقة أولية أنه حدثت في السنوات الأخيرة إصلاحات كثيرة في قانون الشركات الفرنسي سواء تحت تأثير أو باستباق للتقدم القانوني الوارد بالقانون الإرشادي للاتحاد الأوروبي أو حتى لمراعاة التقدمات التقنية والممارسات الجديدة وتدويل المبادلات التجارية.

Le marché financier. Les groupes de sociétés, Revue internationale de droit comparé, 1994, Vol.46(1), pp.281-283 ; Georges RIPERT et René ROBLOT, Traité élémentaire de droit commercial, t.1, 10eéd., Paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, p.356 ; M. SALAH, L'expertise de gestion: une institution utile en droit des sociétés commerciales .Revue entreprise et commerce , 2005,N°1, p15 ; :Lefèvre Josette, La parole en mouvement du patronat. CNPF-Medef 1981-2010, Les langages du politique, 16 Decembre 2013, pp.89-109.

[1]–القانون 2008–649 المؤرخ في 3 جويلية 2008 المتعلق بالأحكام المختلفة المتعلقة بتكييف قانون الشركات الفرنسي من القانون الإرشادي الأوروبي، ج.ر. 4 جويلية 2008.

La loi n° 2008 - 649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des societes au droit communautaire, JO 4 juillet 2008.

[2]–المرسوم 2009–11 المؤرخ في 5 جانفي 2009 المتعلق بعمليات الاندماج العبر دولية للشركات، ج ر. مؤرخة في 7 جانفي 2009 ، ص.449.

Decret n° 2009-11 du 5 janvier 2009 relatif aux fusions transfrontalieres de societes, JO 7 janvier 2009, p. 449.

ومن الدراسات العربية التي عالجت بجدارة موضوع تجمع الشركات في سياق مقتضيات القانون الدولي الخاص، نجد الفقيه ربيع حسين العلي في شأن مرجعه عن: حرية انتقال الشركات[1]، الذي عالج المسألة الأولوية لحرية انتقال الشركات[2]، من خلال انتقال المؤسسة الرئيسية"[3] ، وكذا المؤسسة الثانوية كشكل لحرية انتقال الشركات[4]. ومن خلال تطرقه للأنظمة المختلفة للشركات سواء في القانون الأنجلوسكسوني (القانون الإنجليزي) والقوانين اللاتينية (فرنسا وألمانيا)، والشروط الواجب توافرها للتمتع بحرية الانتقال في الاتحاد الأوروبي من معالجة للمسألة الأولوية، نظرية المركز الفعلي ونظرية مركز التأسيس؛ على اعتبار أن حرية انتقال الشركات فيما بين دول الاتحاد الأوروبي تجد مصدرها القانوني والتشريعي في الاتفاقيات الأوروبية المتعاقبة والقوانين الأوروبية سواء كانت أنظمة أو توجيهات أو ما يصطلح عليها كذلك بالقوانين الارشادية الأوروبية.. أين ارتكز في هذا الصدد على

---

[1]– بعرض الاستثناءات على حرية انتقال الشركات من استثناءات تشريعية سواء ضمن التشريع الأساسي أو ضمن التشريع الفرعي، فضلا عن الاستثناءات القضائية المتمثلة في التحايل على القانون ومراقبة الشركات وحماية حقوق الأقلية في التجمعات الدولية من دائنين وشركاء. راجع: ربيع حسين العلي، حرية انتقال الشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، لبنان، 2016؛ ص.ص.19–56.

[2]– أما فيما يخص معالجة المسألة الأولوية فنجده تطرق لجنسية الشركة على اعتبار شرط المواطنة مسألة أولوية وتخضع في حكمها للقانون الوطني، وفي تفرقته للمركز الاجتماعي المأخوذ به لتحديد جنسية الشركة قد حدد تعريف المركز المسجل والفعلي وفرق بينهما؛ فيعد مركز الشركة المسجل المكان الذي توجد فيه الشركة بحسب تسجيلها في السجل التجاري، بينما المركز الفعلي للشركة أو الحقيقي هو مركز العمليات الرئيسية للشركة أو مكان نشاط الشركة ومركز إدارتها ومراقبتها؛ وهذا الأخير لا توجد فيه مرجعية حيث لا يوجد فيه قيد بالسجل التجاري يشير إلى ذلك، ويمثل انتقال المركز الفعلي للشركة مسألة خلافية بين دول الاتحاد الأوروبي، بحيث تجيزه دول وترفضه دول أخرى لأنه ليس كل دولة تتبنى نس نظرية المركز الاجتماعي فهنالك من تتبنى نظرية المركز الفعلي وهنالك من تتبنى نظرية مركز التأسيس، فتتبنى كل من المانيا والنمسا نظرية المركز الفعلي للشركات، ويتم انعقاد الاختصاص في كل من الدولتين وفق هذه النظرية، أين تتفق كل من هذين الدولتين على عدم إمكانية نقل المركز الفعلي للشركة من أراضيها إلى أية دولة أخرى أوروبية كانت أو غير أوروبية، بحيث أن هاتين الدولتين لا تعترفان بهذا الانتقال. فيؤدي نقل المقر الفعلي للشركة في هذه الدول إلى تصفيتها وذلك بعدم الاعتراف بهذا الانتقال من قبل هذه الدول، وذلك بغض النظر عما إذا كانت الشركة ترغب في تغيير القانون الواجب التطبيق أو الاحتفاظ به. حيث يتم تبرير ذلك بأن عدم الاعتراف يعود إلى تقليد وتراث قانوني، ، حيث أنه يهدف إلى حماية الدائنين والعمال وفي الختام الشركة عندما تفقد نظامها القانوني فمين الطبيعي أن تفقد شخصيتها القانونية، فيتوجب الأمر على الشركة أن تعيد تأسيسها من جديد، والأمر كذلك بالنسبة لنقل المكتب الرئيسي للشركة من دولة عضو إلى ألمانيا الذي يعتبر غير ذي مفعول لأن هذه الشركة تعتبر كأنها لم تشكل وفق نظامها القانوني. أما في فرنسا فإن نقل الشركة داخل الأراضي الفرنسية إلى دولة أخرى جائز قانونا لكنه مشروط بموافقة جميع المساهمين في الشركة. فالفرضية التي تنتشر بكثرة في تجمعات الشركات هو إمكانية ممارسة حرية انتقال الشركات بواسطة تأسيس شركة وليدة في دولة أوروبية غير دولة الشركة الأم وهو ما أورده التشريع الأوروبي

راجع: – ربيع حسين العلي، نفس المرجع.

[3] - Article 1 du Règlement (CE) n°2157/2001 précité : « Une société peut être constitué sur le territoire de la communauté sous la forme d'une société anonyme européenne (societas Europaea, ci-après Dénommé « SE ») dans les conditions et selon les modalités prévues par le présent règlement »

-[4]. في هذا الصدد، هنالك مادتين نصت عليهما اتفاقية عمل الاتحاد الأوروبي (TFUE)[4].لذلك فإن هذه الحرية لا تعد فقط اجتهادا قضائيا من قبل محكمة العدل الأوروبية وإنما هنالك نصوص صريحة قامت على تأكيدها. كما وأن ممارسة هذه الحرية ليس بالأمر الهين إذ أن هنالك مسائل أولوية قد تطرح خلال مباشرة هذه الشركات لهذه الحرية؛ والتي من بينها مسألة التنازع بين القوانين التي قد تطرح خلال ممارسة هذا الحق من قبل الشركات المتواجدة في الإتحاد الأوروبي.

Cf. traité sur le fonctionnement de l’union européenne, journal officiel de l’Union européenne du 26/10/2012, n° C.326/47.

شركة المساهمة الأوروبية (SE)، وأبان الحرية المتروكة لصائغي التشريع للدول المنتمية للاتحاد والمبرمة للاتفاقية في شأن هامش المناورة لأقلمة قانون الاتحاد الأوربي مع قوانينها الوطنية لا سيما من خلال الأحكام الانتقالية وهكذا هو الحال في فرضية التوجيهات الأوروبية، على عكس فرضية الأنظمة الأوروبية، وهو ما اعتمده لتوحيد وتنسيق أحكام قانون التجمعات من خلال القوانين الارشادية المعالجة لموضوع الشركة الأوروبية، بهدف تحقيق الموازنة بين المصالح الفئوية الخارجية عن التجمع ومصالح الشركة التابعة من خلال التوجيه الأوروبي رقم 2005/56 للاتحاد الأوروبي المؤرخ في 26 أكتوبر 2005 بشأن الاندماج العبر الدولي لشركات الأموال[1] ، أما بشأن النظام الأوروبي رقم 2001/2157 المؤرخ في 8 أكتوبر 2001 المتعلق بمركز الشركة الأوروبية[2] فإنه يمكن استخدامه كأداة لنقل المكتب المسجل للشركة من دولة أوروبية عضو إلى دولة أخرى، من خلال الاستناد على الأحكام الخاصة بالشركة الأوروبية التي تعتبر شركات ذات طبيعة خاصة، والتي قد تم إنشائها لتحقيق حاجات السوق الأوروبية "[3].فالشركة الأوربية يمكن تأسيسها بواسطة شركتي مساهمة أو أكثر مؤسستان وفقا لقانون الدول الأعضاء ويمتلكان مراكز مسجلة أو فعلية داخل الاتحاد الأوروبي، كما أنه يمكن تأسيس هذه الشركة بواسطة شركتين إحداهما شركة مساهمة والأخرى شركة ذات المسؤولية المحدودة ولكن بأحد هذين الشرطين:

- أن يكونا خاضعين لقوانين دولتين مختلفتين؛
- أن يمتلكان على الأقل لمدة سنتين شركة تابعة أو فرع في دول أخرى من دول أعضاء الاتحاد الأوروبي[4].

فيتم تشكيل الشركة الأوروبية بالاندماج، الاستحواذ أو التحويل، والجدير بالذكر في هاته النقطة الأخيرة أنه من السهل للشركة ذات المسؤولية المحدودة أن تتحول إلى شركة مساهمة في ظل قوانين

---

[1]- Directive 2005/56/CE du parlement européen et du conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociètès de capitaux, JO. L.310 du 25/11/2005, p.1.

[2]- Règlement (CE) n°2157/2001 du conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE)

[3]- Article 8 du Règlement (CE) n°2157/2001 précité : « le siège statutaire de la SE peut être transféré dans un autre Etat membre conformément aux paragraphes 2 à 13. Ce transfert ne donne lieu ni à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelles. »

[4]- Article 2 du Règlement (CE) n°2157/2001 précité : « 1- Les sociétés anonymes qui figurent à l'annexe I, constituées selon le droit d'un état membre et ayant leur siège statutaire et leur administration centrale dans la communauté, peuvent constituer une SE par voie de fusion si deux d'entre elles au moins relèvent du droit d'États membres différents.

2- les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée qui figure à l'annexe II, constituées selon le droit d'un état membre et ayant leur siège statutaire et leur administration centrale dans la communauté, peuvent promouvoir la constitution d'une SE holdings si deux d'entre elles au moins :

a) relèvent du droit d'États membres différents, ou

b) ont depuis au moins deux ans une société filiale relevant du droit d'un autre état membre ou une succursale située dans un autre état membre.

الدول الأوروبية، وفي هاته الأمور سيكون للشركة الحق في أن تنقل مكتبها المسجل إلى دولة عضو أخرى؛ بالإضافة إلى ذلك يحق للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي أن تمنح الشركات التي تملك مركزا فعليا رئيسيا خارج الإتحاد الحق في الاشتراك في تشكيل الشركة الأوروبية. ولكن يشترط لذلك أن تكون هذه الشركة التي تملك مركزا فعلا رئيسيا في الخارج قد تأسست في ظل قانون دولة من دول الاتحاد، وتملك مكتبا مسجلا في دولة من دول أعضاء الاتحاد الأوروبي، وأن يكون هنالك رابطة حقيقية مستمرة مع اقتصاد هذه الدولة العضو[1].

ويتمثل الهدف الأساسي من هذا التوجيه الأوروبي بتحديد الشروط الأساسية المطبقة على الشركات التابعة المنتمية لتجمعات عبر دولية، وذلك بمحاولة توحيد وتنسيق بين قوانين دول الاتحاد الأوروبي فيما يتعلق بالشروط الأساسية[2]، حيث أن هذا الاختلاف بين القوانين أدى إلى فروقات في حماية المساهمين والغير فيما بين دول أعضاء الاتحاد الأوروبي.

---

[1]-Article 2 du Règlement (CE) n°2157/2001 précité : « 5-Un état membre peut prévoir qu'une société n'ayons pas son administration centrale dans la communauté peut participer à la constitution d'une SE, si elle est constituée selon le droit d'un état membre ,a son siège statutaire dans ce même état membre et a un lien effectif et continue avec l'économie d'un état membre ».

[2]– يجب أن تتضمن البيانات الإجبارية عنوان الفرع، نشاط الفرع، مكان تسجيل الشركة، رقم تسجيلها، اسمم الشركة وكذا تسمية الفرع إذا كان هنالك اختلاف، الأشخاص المخولين إدارة الشركة وسلطاتهم؛ حيث كان لمحكمة العدل الأوروبية فرصة لتأكيد ذلك في قضية انسبيرInspire حيث قضت أنه "من دون الإخلال بالالتزامات الإجبارية الواجب توافرها في الفروع وفق قانون الضرائب، الضمان الاجتماعي. أن انسجام التصريح الذي سيدلي به الفرع هو انسجام شامل ومحدد لتحقيق الهدف المبتغى منه".

ومن ذلك، فإنه لا يحق لأي دولة أوروبية عضو في الإتحاد الأوروبي أن تلزم الفرع بالخضوع لالتزامات إجبارية إضافية قد ينص عليها القانون الوطني لدول أعضاء الاتحاد الأوروبي. لما لذلك من إعاقة لحرية انتقال الشركات في الاتحاد الأوروبي.

وإنما قد تضمنت المادة 2 الفقرة 2 من القانون الإرشادي CEE/666/89 بعض المستندات الإضافية الواجب تقديمها لدولة الفرع كتوقيع الأشخاص المخولين إدارة الفرع، آلية التأسيس ومستنداته ونصوص الاجتماعات فيما يتوافق مع المادة 2 الفقرة الأولى من هذا القانون الارشادي.

كما يضاف إلى هذه المستندات جميع المستندات المعدلة، شهادة تسجيل وجود الشركة والضمانات والتأمينات المتوافرة في دولة المركز الرئيسي.

وقد تشترط دولة الفرع ترجمة أصول المستندات: كمستندات التأسيس ومصادقتها، بيانات الاجتماعات وملفات المحاسبة.

كما أنه عند الانتهاء من الترجمة إلى لغة دولة الفرع وجب تصديق هذه الترجمة حسب إجراءات دولة الفرع.

ووضع هكذا شرط أي الترجمة إلى لغة دولة الفرع لا يعد خرقا للاتفاقية والقوانين الأوروبية ولمبدأ حرية انتقال الشركات من خلال انتقال المؤسسة الثانوية في الاتحاد الأوروبي.

وتجدر الإشارة هنا إلى القول، بأن ترجمة هذه المستندات ليس سهلا فضلا عن أنه يعد مكلفا ماديا. ويكتفي بتصريح أو الإفصاح من قبل فرع واحد إذا ما كانت الشركة تمتلك أكثر من فرع واحد.

والهدف من النص على هذه الإجراءات الأخيرة هو تعزيز الشفافية وحماية الغير الذي تعامل مع هذا الفرع. فإذا ما توافرت جميع هذه المستلزمات والشروط المنصوص عليها فإن الفرع يسجل في سجلات الشركة الوطنية للدول المضيفة للفرع.

وهذا التسجيل قد يمنع التحايل الذي قد يمارس من قبل بعض الشركات بتسجيل فروع وهمية بهدف الاحتيال على الغير الذي قد يتعامل مع الشركة. من هنا تبرز أهمية هذا التسجيل. فيعد شرطا أساسيا لحماية الغير.

يمكن تعريف شركة تابعة لشركة أوروبية حسب تعريف التوجيه الأوروبي[1] رقم CE/2001/86 بأنها "شركة تمارس من خلالها الشركة الأوروبية موقع مسيطر أو مهيمن بما يتفق مع المادة 3 من التوجيه الأوروبي رقم 94/45/عن الاتحاد الأوروبي. أما عن المادة 3 الفقرة الأولى من القانون الإرشادي الأوروبي رقم 90/435/عن السوق الأوروبية المشتركة[2]نصت على أنه تكون الشركة تابعة لشركة أخرى إذا كانت الشركة الأم تملك 25% على الأقل من رأسمال الشركة التابعة، بمعنى آخر، الشركة التابعة هي ذلك النوع من الشركات التي يحكم ويدار من خلال شركة أخرى، لكن بالرغم من ذلك هي شركة مستقلة قانونيا ومعروفة للغير، وفي هذا تختلف عن الفرع.

بالإضافة على ذلك، إن الأرباح الاقتصادية تنتقل بين الشركة الأم والشركات الوليدة من دون خضوعها للضرائب، وذلك حسب التوجيه الأوروبي CEE/90/435 فإن بعض الإيرادات المعينة التي تدفها الشركات التابعة للشركة الأم هي أصلا لا تخضع للقانون الضريبي أو هي أصلا معفاة من القانون الضريبي بحجة أن الشركة الأم عليها أن تملك على الأقل 10 في المئة من رأسمال الشركة التابعة لكي تستفيد من ذلك[3].

ولذلك فإن الأثر المترتب على الشخصية المعنوية المستقلة للشركة التابعة هو أن لكل شركة قانون يطبق عليها بحسب موقعها، يطبق على الشركة الأم قانون الدولة التي تتواجد فيها الشركة الأم. أما بالنسبة للشركة التابعة فيطبق عليها قانون الدولة التي تتواجد فيها.

ويعد رفض التسجيل للفرع من قبل أية دولة عضو انتهاك للاتفاقية الأوروبية والقوانين المرافقة بها، بحيث يعد عرقلة لمبدأ حرية انتقال الشركات من خلال المؤسسة الثانوية الذي يعد مبدأ ذو تطبيق مباشر حسب صريح نص المادة 49 من اتفاقية عمل الاتحاد الأوروبي ولكنه مشروط بوجود مؤسسة رئيسية في دولة أوروبية عضو أخرى.

[1]- article 2 de la directive 2001/86/CE du conseil du 8 octobre 200 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs (journal officiel des communautés européennes du 10/11/2001,l.294/22) : « c) « filiale » d'une société, une entreprise sur laquelle ladite société exerce une influence dominante au sens de l'article 3, paragraphes 2 à 7, de la directive 94/45/CE »

[2]- Directive 90/435/CEE du conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membre différents, journal officiel n° L.225 du 20/08/1990.

[3]-Article 3 de la Directive 90/435/CEE précité : « 1- Aux fins de l'application de la présente directive:
a) la qualité de société mère est reconnue au moins à toute société d'un État membre qui remplit les conditions énoncées à l'article 2 et qui détient, dans le capital d'une société d'un autre État membre remplissant les mêmes conditions, une participation minimale de 25 %;
b) on entend par «société filiale» la société dans le capital de laquelle la participation visée au point a) est détenue.
2. Par dérogation au paragraphe 1, les États membres ont la faculté: - par voie d'accord bilatéral, de remplacer le critère de participation dans le capital par celui de détention des droits de vote,
- de ne pas appliquer la présente directive à celles de leurs sociétés qui ne conservent pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une participation donnant droit à la qualité de société mère, ni aux sociétés dans lesquelles une société d'un autre État membre ne conserve pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une telle participation.

أما بخصوص الوكالة فالمادة 49 من اتفاقية عمل الاتحاد الأوروبي نصت على أن حرية انتقال المؤسسات ومن بينها حرية انتقال الشركات ضمن للشركات حرية إنشاء الوكالات التجارية للشركات. ويمكن تعريف الوكالة على أنها عقد [علاقة رضائية عقدية] بين طرفين أو أكثر يسمى الأول الأصيل [الشركة صاحبة المؤسسة الرئيسية] والثاني الوكيل [الشخص المخول إدارة أعمال الشركة] بحيث يمنح الأصيل اختصاصه أو سلطاته إلى الوكيل في الدولة المبتغى فيها تأسيس الوكالة. فيقوم الوكيل بالعمل باسمه أو باسم الأصيل مع الغير. فالعلاقة التوكيلية هي علاقة ائتمانية في طبيعتها، وإن الأعمال والأفعال التي يقوم بها الوكيل مع الغير تلزم الأصيل، لأن الوكيل لا يقوم بهذه الأعمال باسمه وإنما باسم الأصيل ولمصلحته، هذا بشكل عام. وتتفق هذه الوكالة التجارية مع الفرع من حيث أنها لا تملك شخصية قانونية مستقلة ويسري عليها القانون الواجب التطبيق على الشركات الأجنبية[1].

ثانيا: تحليل عناصر وضعية الهيمنة بقانون الشركات

حتى يحتكم لمعيار الرقابة في تطبيق الأحكام المتعلقة بكل من الشركات التابعة، المساهمات والشركات الخاضعة للرقابة لتطيق الأحكام المتعلقة بعمليات الاخطار والاعلام، وأحكام المساهمات المتقاطعة وكذا الرقابة الذاتية، الاتفاقيات المنظمة، طلب الخبرة في التسيير، النظام الضريبي، لجنة التجمع... وما إلى ذلك من مقتضيات ينبغي التمييز بين أهم المصطلحات الدالة على وضعية الهيمنة وسياقها الفعلي:

في بادئ الأمر نجد فرضية "الرقابة القانونية"—CONTROLE DE DROIT–والذي يعنى به مسك غالبية حقوق التصويت في الجمعيات العامة للشركة والتي قد تتم عند حيازة الشركة الأم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على نسبة من رأسمال الشركة التابعة ؛ ثانيا نجد فرضية "الرقابة الفعلية" –

[1]– في الحقيقة لا يوجد أي نظام أو توجيه أوروبي ينظم تأسيس الوكالات التجارية للشركات الأجنبية في الاتحاد الأوروبي، ويعد ذلك فجوة في قوانين الشركات الأوروبية وخطوة إلى الوراء في سبيل توحيد وتوفيق القوانين الأوروبية للشركات. ويعود ذلك إلى اختلاف النظم القانونية المنظمة للوكالة التجارية سواء كانت داخل البلد الواحد أو الوكالة التجارية الدولية سواء من حيث نطاق حماية الوكيل التجاري أو من حيث نطاق عقد الوكالة التجارية الدولية. هذا الاختلاف بين النظم القانونية أدى إلى خلق من نوع من عدم المساواة في شروط المنافسة. كما أدى إلى إعاقة التمثيل التجاري داخل دول الإتحاد الأوروبي. لذلك لا بد من العودة إلى القواعد العامة لتنظيم هذه العقود.

وبالعودة إلى القواعد العامة يتضح لنا أن الوكالة نوعين تختلف حسب طبيعة عمل الوكيل وإذا ما كان الوكيل يعمل باسمه أو باسم الوكيل. النوع الأول يسمى وكالة تجارية بالعمولة، أما النوع الثاني يسمى وكالة مدنية، أين تخضع الوكالة التجارية للقانون التجاري في حين يخضع النوع الثاني لأحكام القانون المدني. فعلى سبيل المثال: شركة ألمانية أرادت توسيع نشاطاتها في فرنسا، فتقوم بتوكيل شركة أخرى فرنسية بالعمل لصالحها. هذه الشركة الفرنسية قد تعمل باسمها الخاص لصالح الشركة الألمانية، وقد تعمل باسم الشركة الألمانية ولصالح الشركة الألمانية.

–CONTROLE DE FAIT أين يكون للمساهم القدرة على إدارة الشركة بالرغم من عدم امتلاكه لغالبية حقوق التصويت، وفي هكذا حالة فإن هاته الرقابة الفعلية يتوجب إثباتها؛ ثالثا هنالك فرضية "الرقابة المفترضة"–CONTROLE PRESUME – أين تقوم قرينة سيطرة شركة على شركة أخرى إذا كانت الشركة الأم تستطيع أن توجه في الواقع القرارات المتخذة في الجمعيات العامة للشركات التابعة بالاعتماد على حقوق التصويت التي تملكها، وذلك يتم إذا كان لديها نسبة من حقوق التصويت تتجاوز 40% ولم يكن أي مساهم آخر يحوز على نسبة تعلو هاته النسبة وهاته القرينة بسيطة يجوز ضحدها؛ هنالك من اصطلح عليه مسمى "الرقابة النسبية".

افترض المشرع وجود هذه الرقابة إذا كانت الشركة تملك 40 % من حقوق التصويت في حين لا يملك أي مساهم آخر نسبة أكبر.

كذلك في رابع فرضية نجد "الرقابة الحصرية –CONTROLE EXCLUSIF – أين يكون هنالك انفراد بأغلبية حقوق التصويت في الشركة بموجب اتفاق مع شركاء أو مساهمين آخرين على ألا يكون فيه مخالفة لمصالح الشركة؛ في هكذا حالة تؤخذ في الاعتبار الرقابة الممارسة بشكل مباشر وحتى تلك الممسوكة بشكل غير مباشر وفي ذلك تحتسب حتى المساهمات التي تكون أقل من % 10 .

في المقام الأخير، خامس فرضية نجد ما يعرف بالرقابة المشتركة CONTROLE CONJOINT عندما لا ينفرد بتوجيه السياسة التقريرية شخص واحد، يمكن أن يتم سواء في شركة غير مسعرة لقيمها المنقولة أو حتى في الفرضية المخالفة من خلال العروض العلنية للشراء OPA إذا ما أبرم المساهمين اتفاقا مع مقدم العرض المستهدف الحصول على رقابة الشركة.

ما يؤكد تشعب الهندسات المالية في موضوع تجمع الشركات والاقتناع القانوني بالاكتفاء بعرضية النصوص القانونية المعالجة له؛ هو عدم وجود تحديد لحالات مشتركة لاعتبار الوحدة الاقتصادية تجمع الشركات في فروع قانون الأعمال إذ ما قد يعتبر تجمعا طبقا للقانون الشركات لا يعتبر تجمعًا قد لا يعتبر كذلك في فرع قانوني آخر. إلا أن قانون الشركات –والذي نقصد به القانون التجاري– يعتبر المعلم الذي يستند إليه في باقي الفروع القانونية الأخرى، نظرا لاستعانة المشرع دائما لتقنية الإحالة وهو ما سيتم إيضاحه في التحليل لمختلف الفرضيات المعالجة. فقد أورد المشرعان الفرنسي والجزائري معايير حسابية لتكون رابطة السيطرة في كل من قانون الشركات والقانون الجبائي والقانون المحاسبي وقانون العمل والقانون البنكي.

استند المشرع الجزائري في المادة 729 من القانون التجاري على معيار حسابي لتحديد المقصود بالشركة التابعة إذ ورد فيها: "إذا كانت لشركة أكثر من 50% من رأس مال شركة أخرى تعد الثانية تابعة للأولى.

تعتبر الشركة مساهمة في الأخرى، إذا كان الجزء الذي تملكه فيها يقل عن 50% أو يساويها"[1].

أورد المشرع الفرنسي نفس التعريف بالمادة L.233-3 من القانون التجاري الفرنسي، وبصرف النظر عن بعض الفروقات في الشروط القانونية المستساغة بشأن المساهمة المالية(PARTICIPATION) والشركة التابعة (FILIALE)أين تميّز بحد المساهمة من 50% إلى 10%، يُعرَّف الى جانبها مفهوم "الرقابة"(CONTROLE)، حيث أن التعريف لهذا المصطلح كان موضوع عدة اصلاحات في السنوات الاخيرة بهدف تعزيز الامتثال للواقع الاقتصادي، مما أدى إلى توسيع كبير في نطاق تطبيقه؛ على اعتبار أن التعريف التشريعي كان لا ينسجم مع الوضعية الحقيقية لممارسة الرقابة داخل التجمع؛

أين نجد أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة قد تدارك بموجب المادة 731 المعدلة بموجب الأمر 96-27 المعدل للقانون التجاري الجزائري هذا الخلل إذ ورد فيها: "تعد شركة ما مراقبة لشركة أخرى قصد تطبيق أحكام هذا القسم:

-عندما تملك بصفة مباشرة جزءًا من رأسمال لها يخوّل أغلبية الأصوات في الجمعيات العامة للشركة؛

-عندما تملك وحدها أغلبية الأصوات في هذه الشركة بموجب اتفاق مع باقي الشركاء الآخرين أو المساهمين على 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 تملك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءا أكثر من جزئها.

تسمى الشركة التي تراقب شركة أو شركات وفقا للفقرات السابقة قصد تطبيق هذا القسم "الشركة القابضة".

وقد ضُمِّن في القانون التجاري تعريفا على أساس الوسائل التي ينبغي اكتسابها والتي تُمكِّن من الوصول إلى حالة السيطرة، بالمعنى المقصود في المادة L.233-3 من القانون التجاري الفرنسي: "تعتبر الشركة مسيطرة على أخرى، عندما تحوز بشكل مباشر أو غير مباشر جزء من رأس المال،

[1]- زايدي أمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه تخصص قانون الأعمال، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2013-2014، ص.13.

الذي يخولها أغلبية حقوق التصويت في الجمعيات العامة لهذه الشركة؛ إذا كان لها أغلبية حقوق التصويت في تلك الشركة بمفردها، أو بموجب اتفاق مع شركاء أو مساهمين آخرين والذي ينبغي ألا يتعارض مع مصلحة الشركة؛ عندما تكون شريكة أو مساهمة في تلك الشركة وتمتلك سلطة تعيين أو عزل أغلبية أعضاء أجهزة الإدارة، المديرية أو المراقبة لهذه الشركة"[1].

فهذه المادة ميّزت بين أربعة احتمالات قد تكون فيها الشركة مراقبة لشركة أخرى تستند إلى مدى قدرة الشركة المسيطرة على توجيه شركاتها التابعة عن طريق التأثير في القرارات الصادرة عن جمعيتها العامة وتعيين أجهزة الإدارة والتسيير، فهي تضمنت مختلف التركيبات المعقدة التي قد تنشأ عن وضعية التبعية الاقتصادية؛ ولقد ورد في المادة 233-3 من القانون الفرنسي منذ صيغتها الصادرة سنة 1985 نفس الحالات المذكورة في المادة 731 من التشريع الجزائري[2]،لكن المشرع الفرنسي أدخل عليها تعديلات جزئية في سنة 2001 بموجب قانون الضوابط الاقتصادية الجديدة الذي أضاف حالة الرقابة المشتركة وقانون 2007 المتعلق بتحديث الاقتصاد الذي أضاف حالة التأثير الفعال.وعليه فحسب قانون الشركات تتكون رابطة الرقابة في الحالات التالية:

اضيفت فرضية "الرقابة المشتركة" "CONTROLE CONJOINT"بموجب القانون رقم 2001-1169 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 بشأن التدابير المستعجلة للإصلاحات ذات الطابع الاقتصادي والمالي المصطلح عليه (loi MURCEF) في الفقرة الثالثة من المادة الآنفة الذكر، التي تنص على أنه "يعتبر في سياق الرقابة المشتركة، اثنين أو أكثر من الأشخاص متصرفين بمعية الغير تجاه شخص اعتباري، عندما يحددون في الواقع القرارات المتخذة في الجمعية العامة "[3].

ووفقا للمعنى المقصود بالمادة L.233-10 من القانون التجاري الفرنسي، فإن "التصرف بمعنى الغير"«L'action de concert» قد يكون نتيجة اتفاقات مكتتبة بهدف الاستحواذ أو التنازل أو إحالة حقوق التصويت لغرض ممارسة حقوق التصويت، من أجل تنفيذ "سياسة مشتركة تجاه الشركة"،

---

[1]."lorsqu' elle détient directement indirectement fraction du capital lui confiant la majorité des droit de votre dans les assemblées générales de cette société; lorsqu' elle dispose à elle seule de la majorité des droit de votre dans cette société vertu d'une accord avec d autre associée ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; lorsqu' elle est associée actionnaire de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration , de direction ou de surveillance de cette société"

[2]- M. STORCK, Définition légale du contrôle d'une société en droit français, Rev. societes1986, p. 287.

[3]– المادة 28 من التشريع الفرنسي رقم 2001-1168 المؤرخ في 11 ديسمبر2001 المتعلق بالتدابير المستعجلة للإصلاحات ذات الطابع الاقتصادي والمالي (قانون (MORCEF, جريدة رسمية مؤرخة في 12. ديسمبر 2001, رقم 288 ص 19703.

والنتيجة القانونية المترتبة عن التصرف بمعية الغير هي تضامن الأشخاص المتصرفين بمعية بعضهم البعض فيما يتعلق بالالتزامات التي تفرضها عليهم القوانين والأنظمة.

وقد توخى تقرير ماريني"MARINI" إدخال فرضية "الرقابة المعززة" «Contrôle renforcé» الناتجة عن اكتساب شخص اعتباري أو طبيعي لثلثي رأس المال أو حقوق التصويت على الأقل[1]، والمخوّلة له على غرار ما هو عليه الحال في فرضية عقد الهيمنة بالقانون الألماني، تسهيلات في القيام بتسيير الشركة والتي تنطوي على إمكانية تفضيل مصلحة التجمع في مقابل التضامن السلبي تجاه الديون المترتبة على كاهل الشركة التي وضعت تحت الرقابة المعززة، ويبدو في الوقت الحالي أن هذا المفهوم مرفوض تماما، بصفة نهائية.

ومن الملاحظ أن الإصلاحات التشريعية الأخيرة بالقانون الفرنسي قد أدت إلى التوسيع من النص على الوسائل التي من المرجح أن تؤدي إلى الرقابة، وبذلك فهي تتجه نحو معالجة أفضل لظاهرة التجمع [2].

وتظل الحقيقة أن تحديد مفهوم الرقابة بموجب قانون الشركات يظل تقييديا للغاية لأنه يركز فقط على الوسائل التي يمكن أن تؤدي إلى الرقابة والسيطرة، فالمشرع لا يهتم بالآثار التي قد تؤدي إليها الرقابة. كما أن تعريف الرقابة مثلما هو وارد بالقانون التجاري لا يُقصَد به أن يُطبق بشكل عام حيث يقتصر نطاقه فقط على الأحكام المتعلقة بالإخطارات والإعلام بشأن المساهمات المالية الهامة، فضلا عن المساهمات المالية المتقاطعة وأنظمة الرقابة الذاتية.

ومع ذلك، تشير العديد من النصوص في فروع قانونية أخرى إلى هذا التعريف القانوني، كما أن القضاء يستدل بهذا النص عندما يواجه صعوبات في تكييف وضع الرقابة والسيطرة.

الفرع الثاني: تطبيقات معيار الرقابة في باقي تخصصات قانون الأعمال

هناك العديد من النصوص التي تأخذ بمفهوم الرقابة المعتمدة في قانون الشركات وجلُّها وارد في القانون التجاري، أما الباقي وارد في التخصصات القانونية الأخرى من قوانين الأعمال، والتي من

---

[1] – –انظر التعليقات على تقرير ماريني , ولاسيما نظام الرقابة المعززة على وجه الخصوص.
JJ.DAIGRE ,la modernisation du droit des sociétés , premières réflexions sur le rapport marini ; edjoly ; paris ,1997 ;actes du colloque organisé par la fédération nationale pour le droit de l entreprise FNDE le 13 novembre 1996 ,p 59et 60.

[2] بقانون رقم 2001–420 المؤرخ في 15 ماي 2001, جريدة رسمية مؤرخة في 16 ماي 2001 , قانون رقم 2001–1168 المؤرخ في 11 ديسمبر 20001 , من خلال المادة 28 , الجريدة الرسمية المؤرخة في 12 ديسمبر 2001 وفي الاخير قانون رقم 2005–842 المؤرخ في 26 جويلية 2005 , مادة 33 , جريدة رسمية المؤرخة ف ي27 جويلية 2005.

بينها نورد بالذكر؛ قانون المنافسة، قانون النقد والقرض، قانون البورصة والأوراق المالية، قانون العمل والتي بدورها أحالت لمواد القانون التجاري لتعريف الرقابة إلا أنها احتكمت لنسب مئوية وعتبات للمساهمة في رأس مال الشركة التابعة مغايرة لتلك المحددة في القانون التجاري وذلك مراعاة للخصوصيات التي تستدعيها هاته الظاهرة الاقتصادية ومراعاة لضرورات تحقيق ضمان لحماية مصالح الشركة التابعة ومصالحها الفئوية وإسناد المسؤولية للمؤسسة المهيمنة وعلى إثر ذلك اتبعت المقاربة البرغماتية الوظيفية بقوانين الأعمال الفرنسية أما الجزائرية فقد اعتمدت المقاربة التشريعية التقييدية والمتجاهلة أحيانا لحتمية إنشاء هياكل قاعدية حمائية لبعض المصالح الفئوية.

*كما أن هنالك معايير مكملة لمعيار الرقابة "رابطة السيطرة" ، حيث يحدد القانون في بعض الأحيان العضوية للتجمع تبعا لمعايير أخرى غير تلك المحددة بقانون الشركات المستندة لمفهوم الرقابة[1]، فمن بين هذه المعايير نجد النفوذ الملحوظ والمهيمن«**influence notable ou dominante**» ، وحتى معيار الوحدة الاقتصادية والاجتماعية«**unité économique et sociale**» ، وهذا هو أساسا النهج المتبع إزاء التركيزات الاقتصادية وإزاء المعالجة التشريعية لعلاقات العمل الفردية والجماعية. فهذا النهج القائم على الآثار المترتبة هو متأصل عن التشريع الأوروبي على اعتبار أن معايير العضوية للتجمع التي حددها قانون الاتحاد الأوروبي فضلا عن تفسيرها من قبل المجلس الأوروبي ومحكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي في الفروع القانونية المتخصصة التي من بينها نجد لاسيما "قانون التركيزات الاقتصادية" و"قانون العمل" قد تم ادخالها في أحكام القانون الوطني الفرنسي.*

وقد وضع كل من المشرع والقاضي معايير جديدة لتحديد الانتماء للتجمع مرتبط بالجانب الوظيفي أكثر. بيد أن السؤال المطروح في هذا الصدد هو المتعلق بمعرفة ما إذا كانت هذه المعايير حقا جديد بالنسبة لتحديد العضوية على اعتبار أنها ظاهريا تعتبر أقل تقييدا من معيار الرقابة الذي يضعه قانون الشركات. تحت تأثير القانون الاتحادي قد تم وضع معايير جديدة، وهكذا فإن مفهوم الرقابة قد أفسح المجال لمعايير النفوذ الملحوظ أو النفوذ الحاسم. فضلا عن ذلك شهدت بعض الفروع القانونية الأخرى معيارا يسمح بمعالجة الكل الذي تشكله الوحدة الاقتصادية والاجتماعية[2].

1–زيادة عتبة المساهمة الى نسبة 25% بالنسبة للشركة الام الأوروبية..

1–النظام 139/2004 المؤرخ في 20 جانفي 2004 المتعلق بمراقبة التركيزات بين المؤسساتــ الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي رقم (24/1) المؤرخة في 29 جانفي 2004 والمستكمل بالنظام 802/2004 المؤرخ في 7 أفريل 2004 , بشان تنفيد النظام الأوروبي رقم 2004/139 المتعلق برقابة التركيزات الاقتصادية بين المؤسسات عن الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي رقم (133/1) المؤرخ في 30 أفريل 2004.

*فضلا عما سبق التطرق إليه يؤدي معيار النفوذ الملحوظ أو النفوذ الحاسم إلى تطبيق بعض القواعد القانونية الخاصة بالتجمع، وبذلك يحتكم إليهما لتحديد نطاق التجمع، ومن المناسب عرض مفهوم "النفوذ الملحوظ" «**influence notable**» الذي وضع في القانون المحاسبي وكذلك مفهوم النفوذ الحاسم «**influence déterminante**» أو المهيمن «**influence déterminante**»، الذي يستخدم **بقانون التركيزات الاقتصادية**[1].*

مثلما سنوضحه على التوالي:

1-تشريع العمل

لم يتضمن قانون العمل الجزائري أي إشارة لمجموعات الشركات، إذ تناول فقط الهيئات الممثلة للعمال في إطار علاقات العمل الجماعية المتمثلة في لجنة المشاركة باعتبارها إطار يمثل العمال داخل المؤسسة وتتولى مهمة الاطلاع والاستعلام حول الوضعية العامة للمؤسسة ومراقبة تنفيذ الأحكام التشريعية والتنظيمية الخاصة بتشريعات العمل، وعليه فقانون العمل الجزائري لم يعرف تجمع الشركات ولم ينظم لجنة المجموعة.

في حين قانون العمل الفرنسي نظم لجنة المؤسسة المشتركة *(comité de l'entreprise commun)* و لجنة التجمع *(comité de groupe)*.واشترط توافر رقابة مؤسسة على مؤسسة أخرى والتي قد تنتج عن أحد العاملين:

- أحال قانون العمل في تحديد مفهوم الرقابة إلى الأحكام الموجودة في قانون الشركات فإذا تحققت حالة من الحالات *L.333-1* و*L.333-3* تُكوّن لجنة التجمع؛
- الرقابة الناشئة عن التأثير: حدد قانون العمل الحالات التي تعتبر فيها مؤسسة مؤثرة في مؤسسة أخرى هي:
- حيازة 10 % من رأسمال؛

كذا تراجع على وجه الخصوص المادة 3 من النظام المؤرخ في 20 جانفي 2004 والمتعلق بمراقبة التركيزات الاقتصادية بين المؤسسات، ج.ر.ا. أوروبي رقم (24/1) والمؤرخة في 29 جانفي 2004 , التي تنص على ان الرقابة قد تنجم عن الاندماج بين اثنين أو أكثر من المؤسسات باستحواذ من قبل شخص أو أكثر من الأشخاص الدين يحوزون فعلا على رقابة مؤسسة على الاقل من خلال مؤسسة أو أكثر.

2- يراجع في ذلك ارسالية المفوضية الأوروبية بشأن مفهوم التركيز الاقتصادي بالمعنى المقصود في النظام رقم 4064/89 بشأن مراقبة التركيزات الاقتصادية بين المؤسسات، المنشور في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي رقم C 66/5 المؤرخة في 2 مارس 1998، التي توضح المفاهيم الرئيسية لقانون التركيزات الاقتصادي وبخاصة معيار الرقابة .

- وجود علاقات اقتصادية مهمة ومستمرة تثبت انتمائها إلى وحدة اقتصادية واحدة.

كما أورد المشرع قرائن قانونية على وجود هذا التأثير وهي:

- إذا كان بإمكانها أن تعين أكثر من نصف أجهزة الإدارة والتسيير في المؤسسة؛
- إذا كانت تحوز أغلبية الأصوات المرتبطة بالسندات المصدرة من طرفها؛
- إذا كانت تحوز أغلبية رأسمال المؤسسة المكتتب.

إذا تحققت عدة قرائن في حالة بعينها فيتم ترجيح كفة المؤثر الذي يستطيع أن يعين أكثر من نصف أعضاء أجهزة الإدارة والتسيير وهي قرينة يجوز إثبات عكسها. فقد أخذ قانون العمل الفرنسي بتعريف واسع لرابطة التبعية لأنه يستند على الروابط الاقتصادية إلا أنه لم يغفل الروابط المالية إذ اشترط المساهمة بنسبة 10% في حالة التأثير الفعال، لكنه لم يأخذ بالرقابة المشتركة إذ تتكون لجنة المؤسسة المشتركة في حالة الشركة التابعة المشتركة، لأننا نكون أمام حالة الوحدة الاقتصادية والاجتماعية فلا تُكَوّن لجنة التجمع.

إلى جانب معيار "النفوذ الملحوظ" ثمة حاجة أيضا إلى الإشارة إلى وجود مفهومي "النفوذ الحاسم" *«l'influence déterminante»* لقانون التركيزات الاقتصادية أو "النفوذ المهيمن" المرتبط بقانون العمل *«l'influence dominante»* والمتعلق بلجنة التجمع واللجنة الأوروبية للتجمع، اللذان يعكس كلاهما الوجود ذاته للرقابة أو السيطرة، خلافا لقانون الشركات. حيث لا يكشف عن وجود الرقابة فقط باكتساب جزء معتبر من الحصص الاجتماعية أو إمكانية التدخل في القرارات[1].

وفيما يتعلق بإنشاء لجنة التجمع أو لجنة التجمع الأوروبي، إلى جانب الإشارة إلى مفهوم الرقابة المتوافق في جزء منه للطريقة التي تم تحديده بها في قانون الشركات، فإن نصوص قانون العمل تقتضي إنشاء لجنة التجمع أو لجنة التجمع الأوروبي في حالة "النفوذ المهيمن " من قبل المؤسسة المهيمنة على المؤسسات الأخرى التي تملك فيها 10% على الأقل من رأس المال عندما تكون استدامة وأهمية العلاقات بين هاته المؤسسات تنشئ انتماء كل منها لنفس المجموع الاقتصادي (المادة 1-439 *.L*، ثانيا من قانون العمل الفرنسي). إن وجود النفوذ المهيمن هوقرينة قاطعة لا يمكن ضحدها وفقا للمعنى المقصود بالمادة *L.439-1* ثانيا من قانون العمل الفرنسي، عندما يكون بالإمكان المؤسسة أن تعين بصورة مباشرة أو غير مباشرة أكثر من نصف أعضاء أجهزة الإدارة، المديرية أو المراقبة

[1]-B. BRUN, La prise compte toujours accrue des groupes de sociétés en droit de la concurrence, Dr. sociétés 2006, Etude n° 13.

لمؤسسة الأخرى، أو عندما تحوز على أغلبية الأصوات المرفقة بالحصص الصادرة عن شركة أخرى، أو حتى عندما تكتسب أغلبية رأس المال المكتتب به في شركة أخرى. ولذلك إنه على الرغم من الإشارة لمفاعيل الرقابة فإن كل من النفوذ المهيمن والقرائن الدالة عليه إلا أنهما يضلان بالضرورة يستندان على وسائل الرقابة. ويحتكم قانون التركيزات الاقتصادية لمعيار مماثل بالمادة 1-430.L من القانون التجاري الفرنسي، التي تقتضي أنه هناك عملية تركيز اقتصادي في حالة الاندماج بين شركتين أو أكثر من الشركات المستقلة سابقا (المادة *L. 1-430،1°* ،من قانون التجاري الفرنسي)ولكن أيضا "عندما يكون واحد أو أكثر، يحوز بالفعل على رقابة مؤسسة واحدة على الأقل أو عندما تستحوذ مؤسسة أو أكثر من المؤسسات، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، سواء من خلال مسك مساهمة في راس المال أو بشراء عناصر الاصول أو بعقد أو بأي وسيلة أخرى، على الرقابة على كل أو جزء أصول واحدة أو أكثر من المؤسسات (لمادة *L. 1-430،2°* ،من قانون التجاري الفرنسي)[1].

وفي هذا الصدد، تُعرّف الرقابة صراحة بالمادة *L. 1-430,III* ،من القانون التجاري الفرنسي[2]، باعتبارها ناشئة عن "الحقوق، العقود أو غيرها من الوسائل التي تمنح، بمفردها أو بشكل مشترك وفي ضوء الظروف الواقعية أو القانونية، امكانية ممارسة النفوذ الحاسم عل نشاط الشركة، وعلى وجه الخصوص :

-حقوق الملكية، أو الانتفاع بكل أو بجزء من ممتلكات مؤسسة ما؛

-الحقوق أو العقود التي تمنح النفوذ الحاسم على تشكيلة، مداولات أو قرارات أجهزة مؤسسة ما ".

ويشير القضاء الإداري في العديد من القضايا في هذا الصدد لهذا المعيار[3]. ومع ذلك، وفقط في الآونة الأخيرة، قام مجلس الدولة بشرح الأساليب التحليلية المطبقة في هذا الشأن. ويعكس موقفه الممارسة

---

[1] -≪lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une Ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs entreprises≫ (art. L. 430-1 I 2° C.com.)

[2]-l'art. L. 430-1 III C. com.fr. Comme découlant≪ des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminateur l'activité d'une entreprise, et notamment :
- des droits de propriété de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;
- des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition,
- les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise≫.
Le critère devient donc celui de l' influence déterminante≫.

[3]- CE sect. Contentieux, 11 juillet 2001, n° 222039, 3/8 SSR, ≪Syndicat CGT de la Ste Clemessy≫, Rec. CE 2001,p. 356 : l Conseil d'Etat déclare que l'accord intervenu entre trois sociétés conférait à l'une d'elles une influence déterminante sur la Ste Clemency au motif qu'il lui permettait de détenir indirectement 45 % du capital de la société détentrice au 2/3 du capital de la Ste Clemessy, d'en désigner quatre administrateurs sur neuf délibérant à la majorité des 6/9eme, de désigner en commun des administrateurs, de nommer par alternance tous

العملية التقريرية للهيئات القضائية للاتحاد الأوروبي[1]، وتوصيات المديرية العامة للمنافسة[2]، وتبيَّن أن الطريقة الوحيدة الصحيحة للتحليل هو تحديد النفوذ الحاسم من خلال الجمع بين القرائن والدلائل[3].

فوفقا لمحافظ الدولة، السيد *Glaser*، الذي يجد أن طريقة الجمع بين الدلائل والقرائن ستكون "الوحيدة القادرة والمتمكنة من معالجة واستيعاب تعقيد السير الاقتصادي والتركيبات القانونية والمالية التي يمكن للمؤسسات أن تُنشِئ من خلال روابط "[4]. والوسائل التي من المرجح أن تؤدي التكييف على أساس النفوذ الحاسم هي متعددة. حيث يؤخذ في عين الاعتبار بالتقارب بين بعض المؤشرات والظروف الخاصة للعملية. وفي هذا الصدد توفر المديرية العامة للمنافسة قائمة من المؤشرات الأكثر شيوعا والمؤدية في كثير من الأحيان إلى التكييف بالتأثير الحاسم والتي من بينها نجد "حقوق النقض والاعتراض للأقليات المعطلة أو اتفاقيات المساهمين ومواثيقهم بشأن القرارات الحاسمة التي تحدد السلوك التنافسي للشركة، إمكانية تعيين مديري الشركة المستهدفة، غياب المساهمين الآخرين عن الحضور للمداولات وهو الذي يمنح لمساهمة برأس المال حتى ولو كانت ضئيلة أهمية نسبية في المداولات، ووجود روابط ذات أهمية معتبرة مثل الروابط التجارية المخولة لحصة معتبرة في رقم أعمال الشركة المستهدفة"[5]. وهذه القائمة التوضيحية ليست شاملة لجميع القرائن، لأن تحديد النفوذ الحاسم سيتوقف على تلاقي الدلائل المختلفة وملابسات العملية. وبالتالي فإن الرقابة أو السيطرة بالمعنى المقصود في قانون التركيزات الاقتصادية هي مفهوم ناتج عن مجموع الوسائل القانونية والفعلة الوقائعية، التي تتيح بصفة منفردة أو مجتمعة، ممارسة النفوذ الحاسم على نشاط مؤسسة

---

les deux ans le Président du conseil d'administration lequel devait simultanément être directeur du pôle service de celle-ci, de faire remonter jusqu'à celle-ci et une autre société souscriptrice, la prise de décision en cas de blocage du Conseil d'administration.

[1]- -TPICE, 23 février 2006, ≪Cement Bow Handle≫, aff. T. 282/02.

[2]- Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations,alize.finances.gouv.fr/concentration/lignes directrices. pdf.

[3]- CE, sect. Contentieux, 31 janvier 2007, n° 294896, ≪Ste France Antilles ≫, JCP E 2007, 1576, note G. MARSON : arrêt portant sur une opération de concentration dans le secteur de la presse. Le Conseil d'Etat précise que≪ pour déterminer si une entreprise exerce une influence déterminante sur la société achetée, le ministre doit retenir, sous le contrôle du juge, une méthode reposant sur un faisceau d'indices. Au nombre de ces indices figure notamment les caractéristiques du montage juridique et financier retenu et le pouvoir réel de désignation et de révocation des membres des organes dirigeants de l'entreprise achetée≫.

[4]–Conclusions GLASER dans CE, sect. Contentieux, 31 janvier 2007, n° 294896, ≪ Ste France Antilles ≫, JCP E2007, 1576, note G. MARSON.

[5]- Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations,alize.finances.gouv.fr/concentration/lignes directrices. pdf.

أخرى. وذلك لا يقتصر على عمليات الاستحواذ الكلاسيكية للرقابة النظامية المضمنة في قانون الشركات[1].

فضلا عما سبق التطرق إليه فإنه ولتسليط الضوء على الطبيعة الوظيفية التي يكتسبها كلا الفرعين القانونيين، قانون العمل وقانون المنافسة، التي تظهر بشكل خاص عند معالجتهما لظاهرة التجمع، بالرغم من أنهما يتباعدان في بعض النواحي، بل وبشكل أكثر جلاء فيما يخص معيار الرقابة. والواقع أن كلا من قانون العمل وقانون المنافسة يعرفان التجمع بطريقة برغماتية جدا، وفقا للضرورات التي تقتضيها الممارسة العملية والواقع الاقتصادي والاجتماعي الذي تمثله ظاهرة التجمع. فقانون العمل وفقا للمنازعات التي يعالجها يمكن أن يأخذ في الاعتبار الوحدة الاقتصادية والاجتماعية المشكلة بدلا من الاكتفاء بمجرد الذات القانونية للشركة، وبالمثل، فإن قانون المنافسة يكون مهتما أكثر بالوحدة الاقتصادية المشكلة. وسيتباين نطاق التجمع المتخذ ضمن المقاربة التشريعية العمالية حسب طبيعة الصعوبة التي يتعين البث فيها. وبالتالي لن تكون ذاتها وفقا لما إذا تعين البث في حقيقة السبب الاقتصادي والاجتماعي لتسريح العمال، أوعن احترام الالتزام بإعادة التصنيف أو إعادة الإدماج للعمال أو حتى إنشاء هيئات تمثيلية[2]. وفيما يتعلق بالهيئات التمثيلية، فإن قانون العمل الفرنسي قد وضع مفهوما متفردا فيما يتعلق بنطاق التجمع. وينبغي الإشارة إلى ذلك على وجه الخصوص لأنه يختلف

[1]- Art. L. 430-1 C.com. La DGCCRF a rappelé dans ses lignes directrices datées du 5 juillet 2005 que la notion d'influence déterminante ne se confondait pas avec celle du contrôle au sens du droit des sociétés : DGCCRF, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations. Procédure et analyse, 5 juillet 2005, p. 5.

[2] -« …l'obligation de reclassement dans le cadre d'un licenciement pour motif économique ou pour inaptitude puisque ne peuvent être affranchi, d'une part, elles peuvent être intégrées à un groupe de reclassement et que, d'autre part, l'obligation demeure à leur égard une obligation de moyens renforcée…Cette obligation légale s'impose à l'employeur préalablement…quels que soient la taille de l'entreprise et le nombre de licenciements envisagés. Il s'agit d'un outil de prévention des licenciements. L'inobservation de cette obligation prive le licenciement de cause réelle et sérieuse et expose l'employeur au paiement de diverses indemnités… » ; in Angélique Thurillet-Bersolle, Les associations face à l'obligation individuelle de reclassement, LPA 05 jan. 2017, n° 123b4, p.8

« … La loi du 4 mai 2004 a doté d'une base légale l'appréciation de la représentativité syndicale **au niveau du groupe**. « L'entreprise dominante » et les entreprises qu'elle contrôle ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante caractérisent celui-ci. C'est donc entre elles que la représentativité doit être appréciée d'autant que l'avènement de la négociation interentreprises « confirme que c'est le groupe, au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail, qui est concerné par les conventions et accords de groupe organisés par les articles L. 2232-30 et suivants du Code du travail, sinon la reconnaissance législative des accords interentreprises n'aurait aucun intérêt ». En d'autres termes, l'obligation d'apprécier la représentativité dans le but d'envisager la conclusion d'accords interentreprises implique d'apprécier de manière stricte le groupe même si le juge a pu retenir une approche légèrement plus large : « Le périmètre du groupe à prendre en considération (…) est l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 2331-1 du Code du travail ». Articulant cette double analyse, la doctrine considère que l'appréciation de la représentativité doit se faire au sein du groupe défini de manière objective par la loi et éventuellement par le juge tout en laissant aux partenaires sociaux le soin de fixer le « champ d'application, constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe ». Dans cette dernière hypothèse, il n'est pas nécessaire que l'organisation syndicale demanderesse soit représentative dans l'ensemble du groupe, ni même au sein de la société dominante… » ; in : Verkindt P.-Y., « La représentation du personnel dans les groupes de sociétés », Dr. soc. 2010, p. 771.

اختلافا كبيرا عن معيار الرقابة، وحتى قبل أنه تظهر لجنة التجمع ولجنة التجمع الأوروبي بموجب القانون الفرنسي، فإن القضاء الاجتماعي الفرنسي قد أدرك بالفعل خطر الفجوة الموجودة بين واقع المؤسسة بمعناها الأوسع، ولا سيما فيما يتعلق بتنظيم التجمعات العمالية والإطار التقليدي المشكل بالمؤسسة المتعددة الشركاء أو الذات الشريك الوحيد فيما يتعلق بإنشاء ومفاعيل سير الهيئات التمثيلية للعمال[1].

فسرعان ما تجاوز هذا القصور التشريعي بالابتعاد عن القيود الضيقة والمصطنعة للهيكل القانوني ليشمل على أبعد من ذلك، ويعالج المجموع الاقتصادي والاجتماعي الذي شكلته مختلف الهياكل. وهكذا نشأ وبرز المفهوم المتأصل ذو المصدر القضائي "الوحدة الاقتصادية والاجتماعية"[2]أو ما يرمز إليها بمختصر «*UES*»[3]والتي تتطلب بعدم اعتبار المؤسسة تؤخذ من مفهوم يعتمد على كيانها القانوني

[1] - Paradoxalement, pour le thème traité, le terme le plus important n'est pas « représentativité » mais « périmètre » quoique les deux soient naturellement complémentaires. Le périmètre d'appréciation de la représentativité syndicale n'est qu'indirectement traité par les textes du Code du travail. Outre l'article L. 2121-1 qui énonce les critères de représentativité, l'article L. 2122-1 introduit la règle relative au pourcentage de suffrages nécessaires à la représentativité dans l'entreprise ou l'établissement. Peuvent également être cités l'article L. 2122-2 qui fait mention du pourcentage exigé des organisations catégorielles à ce même niveau et les articles L. 2122-5 et L. 2122-6 qui prescrivent les critères de représentativité au niveau de la branche.
La tache na pas était facile devant le silence législatif car pendant des années, le législateur s'est refusé à définir la notion d'établissement. Ce silence n'a jamais été le signe d'un oubli mais celui d'un choix. « Le législateur délivre un message : cette détermination ne peut pas résulter d'une définition légale ; elle doit être avant tout souple et adaptable. Elle incombe donc aux partenaires sociaux et, subsidiairement, aux juges » ; cf. Pécaud-Rivolier L., « La détermination des unités de représentation », Dr. soc. 2013, p. 316.

[3]- tant que la représentativité syndicale permet à l'employeur de connaître ses interlocuteurs pour négocier avec eux, délégués syndicaux, une convention collective. Il faut préalablement identifier avec précision le périmètre de désignation de ces délégués pour en déduire le périmètre d'application géographique de ces accords. La question, souvent renouvelée, s'impose dans les structures « descendantes » lorsqu'il existe un ou des établissements mais aussi « ascendantes » lorsque l'entreprise appartient à un groupe, un réseau ou une structure interentreprises. Représentativité au sein d'une unité économique et sociale ; qui est Dégagée par la jurisprudence pour mettre en place les trois types d'institutions représentatives du personnel avant d'être consacrée par une loi du 28 octobre 1982, l'UES reste à peine effleurée dans le Code du travail tout en n'étant pas dotée d'un régime juridique spécifique. Notamment, le législateur ne traite pas directement du périmètre d'appréciation de la représentativité syndicale en son sein. Deux approches sont envisageables. La première consiste à assimiler l'UES à une entreprise. L'appréciation de la représentativité chez cette dernière serait alors transposable chez la première. Inversement, la seconde déduit du fait que l'UES fédérant différentes personnes morales, les règles d'appréciation de la représentativité appliquées au groupe s'imposent. Une circulaire du 22 septembre 2004 confirme implicitement cette analyse en précisant que les accords de groupe doivent « être distingués des accords conclus au sein d'une UES. Les accords collectifs négociés et conclus, au sein d'une UES reconnue, par les organisations syndicales représentatives ayant procédé à la désignation d'un délégué syndical dans ce cadre, sont soumis au régime des conventions et accords d'entreprise, ainsi qu'à leurs conditions de validité ». L'étendue de la convention dépend alors du périmètre de l'UES tel qu'il a pu être constaté par un accord conclu entre les syndicats représentatifs dans le périmètre considéré et les chefs des personnes morales concernées à l'exclusion des établissements distincts. L'élargissement ou la réduction de ce périmètre est soumis aux mêmes conditions. À ce titre, la jurisprudence décide que la reconnaissance d'une UES relève d'un accord collectif de droit commun à l'exclusion du protocole d'accord préélectoral. L'existence d'une UES implique de transposer l'analyse applicable à une entreprise dotée d'établissements distincts. Bien que l'affirmation ne soit pas automatique, un syndicat peut donc y désigner des délégués syndicaux d'établissement s'il a obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles et un ou des délégués syndicaux centraux au niveau de l'entreprise.

ولكن تؤخذ من مقاربة الحقيقة الاقتصادية والاجتماعية التي تشكلها مختلف الكيانات القانونية التي تكونها[1]. وفي إطار هذه الوحدة الاقتصادية والاجتماعية «*UES*»سيتم إنشاء الهيئات التمثيلية للمستخدمين والتي سيكون من شأنها التدخل[2]. وقد اعتمد المشرع على المعيار المنبثق من الاجتهاد القضائي في هذا الصدد، وعلى مقتضيات المادة *L.431-1* من قانون العمل الفرنسي على ما يلي " عندما تكون هناك وحدة اقتصادية واجتماعية تضم مالا يقل عن 50 عاملا، ويعترف بها من خلال اتفاقية أو بحكم من المحكمة بين عدة مؤسسات مستقلة قانونيا، فإن إنشاء لجنة المؤسسة المشتركة هو إلزامي". وتوافق الإطار المحدد لإنشاء الهيئات التمثيلية للعمال مع الواقع الاقتصادي والاجتماعي. وبذلك فإن الاعتراف بالوحدة الاقتصادية والاجتماعية، يتوقف على استيفاء المعيارين الأساسين المحددين من قبل القضاء، وهما التكريس الجامع للوحدة الاجتماعية (*Unité sociale*) والوحدة الاقتصادية (*Unité économique*)[3]. ومفهوم الكيان أو المنشأة أو الوحدة على الصعيد الاقتصادي ينطوي على: تركيز سلطات المديرية والرقابة، تداخل الوسائل، الارتباط في المصالح والوسائل المالية بشكل وثيق والذي يشكل توحيد (*communauté*) أو اشتراك، وفي الأخير تماثل (*Identité*)، وصلة فيما بين الأنشطة (*connexité*) أو حتى تكامل فيما بينها(*Complémentarité des activités*)[4].ووفقا لمعيار الكيان الاقتصادي، الذي وضعته الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض قد تم القرار بأنه لا يمكن إحالة عقود العمال إلا إذا كانت هذه الأخيرة تتم نحو « كيان اقتصادي مستقل» «*Entité économique autonome*» وهو الذي حدد مفهومه وفقا لمحكمة النقض ضمن تطبيق المادة *L.122-12* فقرة 2 من قانون العمل الفرنسي باعتباره « مجموع منظم من الأشخاص والعناصر المادية وغير المادية التي تتيح ممارسة النشاط الاقتصادي الذي يسعى من خلاله إلى تحقيق

Cf. Thibault Lahalle, Le périmètre d'appréciation de la représentativité syndicale, LPA 13 sep. 2019, n° 147b8, p.11 ; Boubli B., « Sur la notion de groupe et les droits dans le groupe : libres propos », JCP S 2013, 1077 ; Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 13-12712 : JCP S 2014, 1087, note Lipski J.-S. ; Crédoz-Rosier J., « La reconnaissance de l'UES : des interrogations subsistent », JCP S 2014, 1425 ; Dr. soc. 2014, p. 186, note Petit F ; Cass., avis, 19 mars 2007, n° 0070005P : JCP S 2007, 1458, note Blanc-Jouvan G. (Le contentieux relatif au périmètre de l'UES relève de la compétence du tribunal d'instance). **Circ. 22 sept. 2004, fiche n° 5 : JO, 31 oct. 2004, p. 18480.**

[1]- B. BRUN, La prise en compte toujours accrue des groupes de sociétés en droit de la concurrence, Dr. sociétés 2006, Etude n° 13 ; Cass.soc., 1er février 2017, n°15-20354, F-D, BJS avril 2017, n° 116f0, p.p. 214-218, note Jean-François BARBIERI.

[2] - LPA 13 sep. 2019, n° 147b8, p.11

[3]- Cass. soc., 26 mai 1998, Bull. civ. V, n° 279 p. 212 : confirmation du jugement de Tribunal d'instance ayant refuse de reconnaître une UES aux motifs que ≪les associations avaient des activités spécifiques et distinctes n'apparaissent nullement complémentaires et que leurs salariés étaient soumis à des conditions de travail différentes≫.

[4]- Concernant la question de l'intégration des holdings voir Cass. soc., 26 janvier 2005, Bull. civ. V, n° 29, p. 25 : confirmation de la décision des juges du fond d'intégrer au sein d'une UES, la société holding détenant le pouvoir des lors que les éléments constitutifs d'une UES sont réunis entre les sociétés.

هدف محدد»[1]. أما عن الوحدة الاجتماعية، فيمكن الكشف عنها، في جملة من الأمور، وبخاصة من خلال وحدة مصالح العمال، تبادل المستخدمين، تماثل شروط العمل أو الوضع القانوني والنظامي للعمال[2]. وهذه ليست سوى أمثلة توضيحية وليست حصرية. سيكون من اختصاص قضاة الموضوع التقدير بصفة سيادية، كل عنصر من العناصر المعروضة عليهم لاستخلاص وجود الوحدة الاقتصادية والاجتماعية من عدمها. كما قضت الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض بأن "المحكمة الابتدائية، التي لاحظت، من ناحية أن تركيز سلطان المديرية يكفل وحدة التسيير الاقتصادي للأنشطة التكميلية لكلا الشركتين[3]، وأنها لاحظت بالإضافة إلى تحويل العمال (*permutabilité des salariés*)، فإن العمال في كلتا الشركتين كانوا يسيرون بصورة مشتركة، ولم يكن هناك أي تمييز إلا ذلك الناجم عن وجود كيانين قانونيين منفصلين ومستقلين واستطاعت أن تقرر أن، تطبيق كلتا الاتفاقيتين الجماعيتين المختلفتين هو أمل ضئيل الأهمية، مقارنة بوجود الوحدة الاقتصادية والاجتماعية فيما بين كلتا الشركتين"[4].

ومن ناحية أخرى، يبدو أنه إذا كان من الممكن في السابق أن تعطى الغلبة لأي من المعايير وفقا لنوع الهيئة التمثيلية للمستخدمين المعنيين[5]. لم يعد الحال كذلك في الوقت الحالي. حيث قد أيدت محكمة النقض في الماضي معايير الوحدة الاقتصادية لإنشاء لجنة المؤسسة المشتركة ومعايير الوحدة الاجتماعية لتعيين مندوبي المستخدمين ومندوبي النقابات، ومنذ صدور القرار المؤرخ في 24 فبراير 1988، يبدوا أن معايير الوحدة الاقتصادية والاجتماعية تعتبر ذاتها بغض النظر عن نوع الهيئة التمثيلية الواجب تشكيلها، وبعد بعض الترددات، يبدوا أن هذا الاجتهاد القضائي قد تم تأكيده، من قبل المجلس الأعلى في قرارين مؤرخين في 13 جويلية2004[6]. وبذلك يميل مفهوم الوحدة الاقتصادية والاجتماعية «*UES*» إلى لأن يصبح مفهوما موضوعيا[7].

---

[1]-Cass. soc., 18 juillet 2000, Bull. civ. V, n° 285, p. 225 ; Moulin J.-M., Droit des sociétés et des groupes, 11e éd., 2017-2018, Gualino, Mémentos LMD, p. 64.

[2]-Arrêt rejetant l'existence d'une UES à défaut d'unité sociale : Cass. soc., 26 septembre 2006, n° 05-60376,: Confirmation du jugement rejetant l'existence d'une unité sociale au motif que « d'une part, les salariés des deux sociétés étaient régis par des conventions collectives, des accords de participation et de prévoyance ainsi que des règlements intérieurs différents et que, d'autre part, ces salariés n'avaient pas la même organisation du travail et ne constituaient pas une communauté de travailleurs ayant des intérêts commun ».

[4]-Cass. soc., 12 janvier 2005, Bull. civ. V, n° 5, p. 4 ; in Moulin J.-M., Droit des sociétés et des groupes, 11e éd., 2017-2018, Gualino, Mémentos LMD, p. 64.

[5]-C. MORIN, L'incompatibilité du groupe de sociétés et de l'unité économique et sociale, JCP E 2000, p. 980.

[6]-Cass. soc., 13 juillet 2004, n° 03-60412, « Sté Sermeto équipement industriel SAS c/ Union départementale des syndicats CGT de l'Allier et a. », Bull. civ. V, n° 218, p. 200 et n° 03-60413, « Sermo SA c/ Union départementale des syndicats CGT de l'Allier et a », JCP E 2004, 1423.

[7]-S. BEAL et M. N. ROUSPIDE, La notion d'unité économique et sociale : une notion objective, JCP E 2004,

وعلى نفس المنوال، فإن قانون التركيزات الاقتصادية إلى جانب معيار الرقابة، يحتكم منذ القانون المتعلق بالتنظيمات الاقتصادية الجديدة (*NRE*)[1] لمعيار الكيان الاقتصادي (*critère de l'entité économique*) حيث أنه ناتج في حقيقة الأمر عن المادة *L.430-1,II* من القانون التجاري التي تقتضي أن «إنشاء مؤسسة مشتركة تضطلع بجميع صلاحيات الكيان الاقتصادي المستقل بطريقة مستدامة»، يشكل كذلك تركيزا اقتصاديا، فوجود كيان اقتصادي مستقل يعني ضمنيا توفير الموارد المالية، البشرية والمادية الخاصة والكافية للقيام بنشاط اقتصادي حقيقي. وبصفة عامة، سيكون وجود قائمين بالإدارة مشتركين (*dirigeant commun*) مؤشرا كاشفا على وجود وحدة اقتصادية لأنه يخول للكيان رأس التجمع سلطة التأثير على القرارات المتخذة في الكيانات الأخرى. وفي الواقع، رفض مجلس المنافسة استقلالية شركة ذات مسؤولية محدودة تابعة على أساس أنها مملوكة بالكامل بنسبة 100% لشركة مساهمة أخرى، وأن المساهمين ورئيس مجلس إدارة هاته الأخيرة كان أيضا مسير الشركة التابعة. ويكفي الجمع بين الوظائف، الذي يعتبر وفقا لمجلس المنافسة وحده كافي لإثبات عدم استقلالية الشركة التابعة، علما أن المدير المشترك كان هو المتّخِذ القرارات المطعون فيها[2]. وفي السياق نفسه، قرر مجلس المنافسة، أن الشركة (*TF1 publicité*)، باعتبارها شركة تابعة بنسبة 99 % للشركة (*TF1*)، ليست مستقلة، لأن مجلس إدارتها كان مشكلا بصفة أساسية من مديري الشركة الأم[3].

ويستخدم القانون الإرشادي الأوروبي كذلك معيار الوحدة الاقتصادية لنزع الستار الاصطناعي للذات المعنوية واستقلاليتها. كما أنه يجعل من الجمع بين الوكالات الإدارية أحد الدلال الإرشادية الكاشفة عن وجود الوحدة الاقتصادية. وعلى وجه الخصوص رأت المفوضية الأوروبية أن كل من الشركة التابعة وشركتها الأم، وبسبب اشتراكهما في القائمين بالإدارة وأمنائهما يشكلان "كيانا اقتصاديا واحدا *entité économique unique*". حتى ولو كانت الشركة التابعة مملوكة سوى في 55% من رأس مالها من قبل الشركة الأم[4]. والأمر الحاسم في تقييم استقلالية الشركة أو عضويتها وانتمائها لكيان اقتصادي هو

1544.

[1]– La loi NRE a profondément modifié le droit français du contrôle des concentrations en s'inspirant largement du système de l'Union européenne. Cf. Christine LAGARENNE, Laure TOURJANSKY-CABART, L'environnement dans la loi nouvelles régulations économiques : implications pour les entreprises, Revue d'économie financière, n°66, p.p. 149-163 ; Fanny Brunel , L'associé-dirigeant, un trait d'union nécessaire à l'ère de la gouvernance d'entreprise, LPA 13 déc. 2018, n° 140u5, p.9.

[2]- Cons. conc., 14 novembre 1989, décision n° 89-D-37, « SARL Publi-Cazal », BOCC 1989, p. 317.

[3]-Cons. conc., 13 fevrier 2001, décision n° 2000-D-67, BOCC 2001, p. 166 ; v. également : Cons. Conc., 5 mars 2001, décision n° 2000-D-50, BOCC 2001, p. 343.

[4]-Commission CE, 21 décembre 1993, décision n° 94/19/CE, « Sea Containers c/ Stena Sealink », JOCE 18 janvier
1994 ; dans le même sens l'unité économique formée par la filiale et sa société mère résultait de la direction

قدرة أجهزتها على البث في سياستها التسييرية الخاصة وتأمين مصالحها. وبذلك، على الرغم من امتلاك الشركة الأم «*Ciments la farge*» فقط 35% من رأس مال الشركة « *Béton contrôle prêt à l'emploi*»، إلا أن الحقيقة أن الشركة الأم كانت تمتلك في الثانية منصبين إداريين، قد أتاح لها ممارسة النفوذ على القرارات التسييرية الهامة وبذلك سلبت الثانية استقلاليتها الاقتصادية على نحو أنها كانت تشكل مع الشركة الأم وحدة اقتصادية[1].

وأخيرا، ينبغي التأكيد مجددا على الاستنتاج الذي خلص إليه البروفيسور *Frison Roche* بشأن قانون المنافسة، والذي ينطبق بنفس القدر على قانون العمل:" إن قانون المنافسة يأخذ في الاعتبار الواقع العملي ولا يغلط بالفئات القانونية"[2]

« Le droit de la concurrence ne se laisse pas impressionner par les catégories juridiques ».

وتسمح معايير "الوحدة الاقتصادية والاجتماعية" (*UES*) أو حتى معيار "الكيان الاقتصادي"(*l'entité économique*) بمعالجة التجمع من حيث الواقع الاقتصادي والاجتماعي الذي يشكله. غير أن هذه المقاربة الوظيفية للتجمع (*Approche fonctionnelle*) من مساوئها أنها تحتكم فقط لمعايير ذات طبيعة اقتصادية محضة ولا تحتكم إلا في عدد قليل من الحالات إلى المعايير القانونية. وهي تفرض التقييم على أساس كل حالة على حدة تبعا للظروف التي يوجد فيها قدر كبير من عدم اليقين الممارسين.[3]

وإن معايير التجمع التي ذكرت للتو، على الرغم من أنها تبدو للوهلة الأولى مختلفة عن مفهوم الرقابة، إلا أنها في الواقع تساهم في تحديد هذا المعيار الثاني. وفي الواقع، فإنها تكشف أيضا عن وجود رقابة وسيطرة، إلا أن الفارق الوحيد يكمن في أنها لا تنطلق من فرضية الوسائل التي من المرجح أن تؤدي إلى مسك سيطرة ورقابة الشركة ولكنها تستند على الآثار أو المفاعيل الناجمة عن السيطرة لتحديد وجوه الانتماء والعضوية للتجمع وبذلك التطبيق اللاحق للمنظومات القانونية الخاصة. كما أن الاحتكام لمعيار "النفوذ المهيمن" يمكن أن يظهر على أنه تكرار لمفهوم الرقابة، وبالتالي قد يظهر للبعض على

---

de l'activité de la filiale par les organes centraux de la société mère : Commission CE, 17 décembre 1977, décision n° 76/353/CEE, « Chiquita », JOCE 9 avril 1976.

[1]- Commission. Conc., avis 13 décembre 1983, « Secteur du béton prêt à l'emploi », BOSP 1984, p. 319.

[2]-M.-A. FRISON-ROCHE, Le sujet de droit, référence malmenée en droit de la concurrence, Les Echos, 20-21 décembre 2002.

أنه غير مؤسس قانونيا[1]. إلا أنه من المؤكد أن الإشارة والإحالة إلى مفهوم النفوذ المهيمن يفسر على العكس من ذلك بمصدر المنبثق عن القانون الإرشادي الأوروبي، على اعتبار أن التوجيه الأوروبي رقم 94-45 المؤرخ في 22 سبتمبر 1994 يستخدم نفس هذا المعيار في المادة 3 منه، ولكنه لا يمكن أن يشكل حقيقة مفهوما مستقل في القانون الفرنسي، فإنه لا يشكل إلا عنصر فرعي من مفهوم الرقابة. إلا أن ذلك لا يؤدي بنا إلى الاستنتاج بأن هذا المعيار ليس له سبب للوجود، فذلك لأنه لا غنى عنه للتركيز على أثار أو مفاعيل السيطرة ومسك الرقابة في الشركة وليس على الوسائل التي تتيح الحصول عليها. فإنه كذلك، يخول فضلا عن ذلك للرقابة طابعا وقائيا محضا، وهو الذي له تأثير كبير في توسيع نطاق تطبيق القواعد القانونية. ويكمن إبداء نفس الملاحظات فيما يتعلق بمعيار النفوذ الحاسم أو معيار الوحدة الاقتصادية والاجتماعية. ولذلك فمن المهم الإشارة أنه في مثل هاته المقاربة المتخذة تجاه مفاعيل الرقابة في الفروع القانونية المختصة مثل قانوني التركيزات الاقتصادية وقانون العمل أنها تختلف اختلافا كبيرا، والواقع في حين أن هذا الأخير يستند إلى الوسائل المستخدمة والمنفذة التي تؤدي إلى الحصول على رقابة الشركة، إلا أن قانون التركيزات الاقتصادية والنصوص المتعلق بلجان التجمعات فإنها تشير إلى جزئيا إلى مفاعيل الرقابة، أي تستند إلى ممارسة النفوذ الحاسم بمعزل عن الوسائل المستخدمة لتحقيق هذه النتيجة.

ومن ثم فإن المعالجة التشريعية تبعا للمفاعيل تمنح لمفهوم الرقابة بعدا وقائعيا بحثا لأنها تنطلق أساسا من عناصر ذات طابع اقتصادي فالشكل القانوني لاكتساب السيطرة يظل غير مهم بالفعل، إلا أن النتيجة المترتبة عن الرقابة هي التقريرية في هذا الصدد، وليس هذا هو الحال بالنسبة للمقاربة المتخذة في قانون الشركات، الذي يستند على معايير صارمة وتقييدية للغاية، مثل النص على عتبات المشاركة في رأس المال، ممارسة الحق في التصويت، تعيين القائمين بالإدارة وهاته المقاربة هي قانونية أكثر من تلك الواردة في فروع القانون الأخرى المتخصصة. مع ذلك، فإنه وبوضع الأدلة والقرائن عن السيطرة أو الرقابة لتسهيل البحث عن وجود نفوذ مهيمن يمارسه شخص طبيعي أو اعتباري على شركة ما، يرتبط بتحديد أساس علاقة الهيمنة هاته. وعلى العكس من ذلك، يبدو أيضا أن التكييف بمسك الرقابة استنادا إلى تحليل الوسائل المنفذة بأخذ أيضا في الاعتبار المفاعيل المترتبة عنها[2].

2- القانون البنكي

[1]-C. HILLIG-POUDEVIGNE et G. LOUVEL, La notion de groupe a l'épreuve du droit social, JCP E 2005 n° 38,p. 1393.

[2]-M. STORCK, Définition légale du contrôle d'une société en droit français, Rev. sociétés1986, p. 287

نظم قانون البنوك الفرنسي رقم 84-46 طريقة تكوين الخزينة الموحدة بين الشركات الأعضاء في التجمع، واشترط لاعتبار الشركات عضو في التجمع[1]:

- وجود رابطة رأسمال.
- تمتع الشركة المراقبة بتأثير حقيقي على الشركات التابعة.

غير أن الإحالة في التشريع الفرنسي لمفهوم الرقابة الوارد بقانون الشركات، لم يكن دائما يتم بشكل صريح، وهكذا هو الحال فيما يخص الإعفاء الممنوح للمؤسسات ذات الصلة في ضوء الحظر الذي يخص كل مؤسسة بخلاف المؤسسة ائتمانية للقيام بالعمليات المصرفية على أساس منتظم واعتيادي (المادة L.511-5 من قانون النقد والمالية الفرنسي).وإن المادة L. 511-7-3° من قانون النقد والمالية الفرنسي تستند على مفهوم الرقابة لتخويل المؤسسة الحق للقيام ب "عمليات الخزينة مع الشركات التي لها معها بشكل مباشر أو غير مباشر، علاقات رأسمالية التي تضفي لإحدى المؤسسات ذات الصلة الرقابة الفعالة على الأخرى"[2]؛ إلا أن هاته المادة لم تقدم أي توضيح بشأن مفهوم "التأثير الفعال"« Contrôle effectif » ، غير أن مدير خزينة الدولة الفرنسي قد حدد أن مفهوم التأثير الفعال، والذي ينبغي أن يتم تفسيره بطريقة موسعة وفي ضوء التفسير الذي يمنحه قانون الشركات. وفي ذلك؛ مسترشدا بالانشغال الذي كان مؤداه عدم عرقلة النشاط الاقتصادي لتجمعات الشركات. فإن القضاء[3] هو كذلك قد أظهر تأييده للأخذ بالتفسير الموسع بمفهوم الرقابة في مثل هذا السياق[4].

---

[1]- Havieledeson, groupes de société, opérations de trésorerie, Joly, Soc, traité, 30 juin 2004, p.2.

[2]."Des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle directement ou indirectement, des liens de capital qui confèrent à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres".

[3]- كثيرا ما تقدر محكمة النقض على نحو موسع مفهوم الرقابة الفعالة وتأخذ به في مثل هذا السياق لأنها تعترف كذلك بصحة اتفاقية الخزينة بين الشركات الشقيقة : قرار محكمة النقض عن الغرفة التجارية، مؤرخ في 10 ديسمبر 2003 , رقم 02-13999, غير منشور، في تسبيبها حيث أنه بعد الملاحظة أن السيد M.Z الذي كان يدير الشركتين الذي امتلك في عام 1995 ، مساهمة بالأغلبية في رأس مال الشركة Smeca ومساهمة مماثلة في رأس مال الشركة enerdyne، وبناء على ذلك تمكنت محكمة الاستئناف من الاستدلال على ان شروط الرقابة الفعالة المنصوص عليها بموجب القانون قد استوفيت بيم هاتين الشركتين الشقيقتين في يوم التوقيع على اتفاقية "تسيير الخزينة "، ومن غير المهم أن تضمن تنفيد هذه الرقابة من قبل شخص طبيعي له صفة المقاول الفردي او مدير لشركات.

In : Jean-Jacques Daigre, Des sociétés contrôlées par une même personne physique peuvent former un groupe échappant au monopole bancaire pour les opérations de trésorerie internes, Note sous Cour de cassation (com.) 10 décembre 2003, Alain Baud c/ Semeca, *Revue des Sociétés*, Dalloz, 2004, pp.669.

[4] - l'article L. 511-7, 3°, du Code monétaire et financier, prévoit qu'une entreprise est en droit de procéder « à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ». On parle ici de crédit intragroupe. Cette technique permet ainsi de centraliser la trésorerie du groupe, et donc de faciliter les opérations en son sein. Mais encore faut-il qu'une société ait le « pouvoir de contrôle effectif » sur la ou les autres. Dès lors, une question se pose. Quand un tel pouvoir peut-il être relevé ? Nécessairement lorsqu'une entreprise dispose de la majorité des droits de vote de l'autre. Mais qu'en est-il lorsque la détention est inférieure à ce pourcentage ? Le texte ne dit mot sur ce point. La réponse à cette question sera alors variable selon les circonstances. On devra notamment tenir compte de la diffusion des titres dans le public. Une société-mère disposant simplement de 40 % des parts sociales peut ainsi bénéficier du contrôle effectif dès lors qu'aucun autre actionnaire ou groupe

وقد اشترط القانون البنكي الجزائري نفس الشروط في المادة 79 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض والتي ورد فيها:

"...أن تقوم بعمليات الخزينة مع شركات لها معها بصفة مباشرة أو غير مباشرة مساهمات في رأسمال تخو لإحداها سلطة الرقابة الفعلية على الأخرى".

---

d'actionnaires ne détient directement ou indirectement une participation susceptible d'empêcher cette société-mère d'exercer sa domination sur la société concernée. Rien n'empêche en outre au juge de s'inspirer des hypothèses de contrôle envisagées par l'article L. 233-3 du Code de commerce.

on peut noter que depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi *Macron*, une autre exception est prévue au bénéfice des entreprises ayant entre elles « des liens économiques ». L'objectif du législateur a été ici de permettre aux plus petites entreprises d'accéder au crédit, sans nécessairement avoir à passer par un établissement de crédit ou une société de financement. Notons, néanmoins, que la mise en œuvre de cette nouvelle exception au monopole implique la réunion cumulative d'un grand nombre de conditions légales. Nous en avions relevé une quinzaine dans une précédente étude. Certaines d'entre elles ont d'ailleurs été légèrement assouplies par la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (*PACTE*).

D'autre part, concernant la réception des fonds remboursables du public, l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier prévoit également quelques exceptions. Il exclut en effet de la catégorie des fonds reçus du public certains cas de mise à disposition de fonds : les fonds reçus des associés, les prêts participatifs et enfin les fonds reçus des salariés. Aucune violation du monopole bancaire de la part du réceptionnaire des fonds ne peut donc être caractérisée dans de tels cas. La justification de ces exclusions tient au fait que, dans ces différentes hypothèses, ce n'est pas à proprement parler le « public » qui procède à la mise à disposition de fonds, mais certaines catégories de personnes déterminées et connues de l'entreprise réceptionnaire.

11. Le premier tempérament cité nous intéresse ici plus particulièrement. Jusqu'à la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, précitée, il concernait « les fonds reçus ou laissés en compte par les associés en nom ou les commanditaires d'une société de personnes, les associés ou actionnaires détenant au moins 5 % du capital social, les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance ou les gérants ».

12. Cette exception est importante, dans la mesure où elle vise, sans la citer expressément, la technique de financement des sociétés par comptes courants d'associés. Pour mémoire, ces derniers sont des prêts ayant pour caractéristique d'être consentis à une société, non pas par des établissements de crédit, mais par ses associés eux-mêmes. Ceux-ci cumulent, de la sorte, la double qualité d'associé et de prêteur. Des sommes, parfois importantes, sont ainsi mises à la disposition de la société, à titre de prêt, par un ou plusieurs associés qui sont le plus souvent ses dirigeants. Or ces faits devraient logiquement tomber dans le champ d'application du monopole bancaire. Tel n'est donc pas le cas en raison de l'exception observée ci-dessus figurant à l'article L. 312-2, 1°, du Code monétaire et financier.

13. Pour autant, ce dernier faisait l'objet de quelques critiques doctrinales. Tout d'abord, la limite des 5 % de détentions du capital social concernant les associés ou actionnaires de sociétés de capitaux pouvait paraître bien artificielle. Ensuite, la liste des dirigeants mentionnés (administrateurs, membres du directoire, membres du conseil de surveillance et enfin gérants) demeurait incomplète. Rien n'était dit, plus particulièrement, à l'égard des directeurs généraux et aux directeurs généraux délégués de SA. De même, les présidents de SAS n'étaient pas cités.

14. Sans surprise, le législateur a cherché à rectifier ces insuffisances. Cela a été fait par l'article 76 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (*PACTE*). Celui-ci supprime ainsi l'exigence de détention par les associés ou actionnaires d'une quote-part minimale du capital social pour qu'une société puisse bénéficier de compte courant d'associé sans se voir reprocher une atteinte au monopole bancaire. Désormais, l'avance peut être consentie quel que soit le niveau de détention du capital de la société. Par ailleurs, la liste des dirigeants visés par l'article L. 312-2 est complétée par des références expresses aux directeurs généraux et aux directeurs généraux délégués, mais aussi aux présidents de SAS.

Cf. Jérôme Lasserre Capdeville, Compte courant d'associé et monopole bancaire : l'occasion manquée, LPA 07 oct. 2019, n° 148g1, p.4 ; Lasserre Capdeville J., « Le renforcement du prêt inter-entreprises par la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises », RD bancaire et fin. 2019, n° 4, Focus, n° 62, p. 3.

وعليه فهذا القانون اشترط وجود شرطين:

- وجود مساهمات مالية مباشرة أو غير مباشرة.
- التمتع بسلطة رقابة منفردة وفعلية.

فلم يشترط القانون البنكي نسبة معينة من رأسمال، لكن اشترط أن تقترن المساهمة بسلطة تأثير فعلية تظهر فيها القدر على اتخاذ القرارات المتعلقة بالجانب الاقتصادي والمالي للشركة بصفة مستمرة وذلك عن طريق تعيين ممثلين في أجهزة الإدارة والتسيير أو بواسطة حقوق التصويت التي تحوزها. فتكفي رابطة رأسمال المباشرة أو غير المباشرة فكل مساهمة تمنح لمؤسسة الرقابة على مؤسسة أخرى نظرا لعوامل قانونية أو واقعية كافية لاعتبار الشركة تابعة.

3- قانون المحاسبة

يخصص القانون التجاري الفرنسي قسما خاصا بالحسابات الموحدة (القسم الثالث). وقد أدرج الالتزام بتقديم الحسابات الموحدة، وتنطبق القواعد المتعلقة بالحسابات الموحدة على الشركات التجارية، سواء كانت مسعرة لقيمها المنقولة في البورصة أم لا، التي توضع على رأس التجمع ويوجب عليها إعداد ونشر حسابات موحدة وتقرير تسيير للتجمع، وبالإضافة إلى الحسابات الاجتماعية المعدة في مستوى كل شركة من شركات التجمع، يتيح توحيد الحسابات تمثيلا اقتصاديا وماليا أفضل لجميع شركات التجمع. ومنذ اللائحة الأوروبية 2002/1606 المؤرخة في 19 جويلية 2002[1]، أصبح استخدام المعايير الدولية للمحاسبة IFRS/IAS[2] إلزامي بالنسبة للسنوات المالية التي تبدأ في الفاتح من جانفي

[1] - Le règlement n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil adopté le 19 juillet 2002 (publié au JOCE le 11 septembre 2002)

[2] - IAS, ou international accounting standard/ IFRS, International financial reporting statements, ou normes internationales d'information financière.

Méthodes de consolidation (selon les normes internationales IFRS)

Conditions	Type de contrôle	Méthode
> 50 % des droits de vote	Contrôle d'une filiale	Consolidation

2005 مع إمكانية التأجيل لتاريخ الفاتح من جانفي 2007 بالنسبة للشركات الغير مسعرة لقيمها المنقولة في بورصة القيم المنقولة. ويجب أن يصادق اثنان من مراجعي الحسابات على انتظام وصدق الحسابات الموحدة وكذلك على تقرير التسيير. المصادقة من قبل محافظي الحسابات إلزامية كذلك في الشركات ذات المسؤولية المحدودة. ويقوم مراجعو الحسابات بالتحقق وفقا للمادة L225-235. من القانون التجاري الفرنسي من أن الحسابات تعطي صورة حقيقية عن الذمة المالية للشركة، عن الوضع المالي لها، فضلا عن نتيجة المجموع المشكلة من قبل الشركات المشمولة بالتوحيد المحاسبي. كما أنهم يراقبون صدق واتساق المعلومات الواردة في الحسابات الموحدة مع تلك الواردة في تقرير التسيير للتجمع. وفيما يتعلق بشركات المساهمة، تقدم هاتان الوثيقتان بعد ذلك بموجب المادة 225-100 من القانون التجاري الفرنسي، للحصول على موافقة الجمعية العامة بنفس الطريقة التي تعتمد بها الحسابات الفردية السنوية للشركات[1]. والالتزام بالموافقة على الحسابات الموحدة من جانب المساهمين يتطابق مع

moins de 50 % des droits de vote mais : • a) pouvoir sur plus de la moitié des droits de vote en vertu d'un accord avec d'autres investisseurs ; • b) ou pouvoir de diriger les politiques financière et opérationnelle de l'entité en vertu d'un texte réglementaire ou d'un contrat ; • c) ou pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres du conseil d'administration ou de l'organe de direction équivalent, si le contrôle de l'entité est exercé par ce conseil ou cet organe ; • d) ou pouvoir de réunir la majorité des droits de vote dans les réunions du conseil d'administration ou de l'organe de direction équivalent, si le contrôle de l'entité est exercé par ce conseil ou cet organe.	Contrôle d'une filiale	Consolidation
≥ 20 % et <50% des droits de votes	Influence notable sur une entreprise associée	Mise en équivalence
Exploitation en commun d'une coentreprise Existence d'un accord contractuel	Contrôle conjoint	Mise en équivalence (la méthode de la consolidation proportionnelle en cas de contrôle conjoint n'est désormais plus autorisée)
< 20 % des droits de vote	hors périmètre de consolidation	Aucune

In : https://fr.wikipedia.org/wiki/Consolidation_comptable

[1]– Le processus de consolidation consiste à cumuler les comptes des filiales et ceux de la société mère, tout en éliminant les comptes et opérations réciproques à l'intérieur du groupe. Plusieurs étapes sont nécessaires afin d'établir les comptes consolidés ou comptes du groupe.
Les comptes consolidés se composent des éléments suivants :

- un bilan consolidé,
- un compte de résultat consolidé,

متطلبات إقامة المسؤولية و إضفاء الشفافية على المعلومات المالية. والنظام الناجع جدا للحسابات الموحد تيسمح بالرغم من غياب الوجود القانوني للتجمع بالحصول على صورة ملموسة للواقع الاقتصادي والمالي الذي يشكله التجمع .وهذا ما أدى بالفقيه M.Cozian إلى الحديث عن "الشخصية المحاسبية للتجمع" «personnalité comptable du groupe»[1].

وبالإضافة إلى التعريف الوارد في قانون الشركات، فإن قانون المحاسبة الفرنسي قد تطرق كذلك لمفهوم الرقابة في سياق النص على الالتزام بتقديم وعرض الحسابات المالية الموحدة «comptes consolidés»[2]، وتقرير تسيير التجمع[1]«rapport sur la gestion du groupe»، حيث سن تعريفا

- une annexe comptable consolidée,
- et un rapport de gestion du groupe

in : François Colinet, Simon Paoli, *Pratique des comptes consolidés*, Éditions Dunod, 2008.

[1]- M. COZIAN, F. DEBOISSY, A.VIANDIER, Droit des sociétés, 23eme ed. Litec Paris 2010, n° 1501, p. 764.

[2] - La consolidation est l'opération qui consiste à substituer à la valeur comptable des titres de participation qui figurent à l'actif de la société-mère, la fraction de capitaux propres des sociétés consolidées que représentent ces titres de participation (Droit comptable, 1993, Edition Précis Dalloz, Viandier, p.217 ; Lexique de compabilité, 1998, Edition Dalloz, Lassègue).Sont concernées par l'établissement des comptes consolidés,les sociétés commerciales qui contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs entreprises ou qui exercent une influence notable sur celles-ci.(Art. L233-16, Code de commerce)

Sociétés concernées par l'établissement de comptes consolidés Les sociétés commerciales privées qui exerce les manière de contrôlent précité ; idem pour Les sociétés commerciales publiques (Loi n° 85-11, 03-01-1985, art. 13)

Pour les sociétés exemptées de l'obligation d'établir les comptes consolidés ont trouve ; Les sous-groupes (Art. L233-17, Code de commerce), qui concerne la société qui contrôle ou exerce une influence notableu sur une autre société si elle est elle-même sous le contrôle d'une entreprise qui les inclut dans ses comptes consolidés. ; Cette exception s'applique, sous réserve de l'absence d'opposition d'un ou plusieurs associés ou actionnaires de la société contrôlée, représentant au moins le dixième de son capital social. (Art. R233-15, Code de commerce ; Décret n° 67-236, 23-03-1967, art. 193) ; aussi Les petits groupes (Art. L233-17, Code de commerce) qui sont les sociétés qui avec les sociétés qu'elles contrôlent, constituent un ensemble qui ne dépasse pas une taille déterminée pendant 2 exercices successifs. Les seuils que ne doit pas dépasser l'ensemble constitué par une société et les entreprises qu'elle contrôle sont relatifs au total du bilan, au montant net du chiffre d'affaires et du nombre moyen de salariés permanents.

Les seuils que le groupe ne doit pas dépasser sont :

- total du bilan : 15 000 000 euros ;
- montant net du chiffre d'affaires : 30 000 000 euros ;
- nombre moyen de salariés permanents : 250.

(cf.Art. L123-16, Art. L233-17, Art. R233-16, Code de commerce -Décret n° 67-236, 23-03-1967, art. 193).

Aussi est exemptée Sociétés laissées en dehors de la consolidation ; qui veut dire toute exclusion de filiale ou de participation, de l'établissement des comptes consolidés, doit être justifiée dans l'annexe établie par la société consolidante (Art. L233-19, Code de commerce)

les comptes consolidés doivent contenir ; Le bilan consolidé (Art. R233-3, Code de commerce- Décret n° 67-236, 23-03-1967, art. 193) ; L'établissement des comptes consolidés s'effectue par intégration globale, par intégration proportionnelle ou par mise en équivalence :

- Dans l'intégration globale, le bilan consolidé reprend les éléments du patrimoine de la société consolidante, à l'exception des titres des sociétés consolidées à la valeur comptable desquels est substitué l'ensemble des éléments actifs et passifs constitutifs des capitaux propres de ces sociétés déterminés d'après les règles de consolidation.
- Dans l'intégration proportionnelle est substituée à la valeur comptable de ces titres la fraction représentative des intérêts de la société ou des sociétés détentrices dans les éléments actifs et passifs constitutifs des capitaux propres de ces sociétés déterminés d'après les règles de consolidation.
- Dans la mise en équivalence est substituée à la valeur comptable de ces titres la part des capitaux propres de ces sociétés déterminés d'après les règles de consolidation.

قانونيا مخصصا بدءا من الوسائل التي تقوم عليها الرقابة. فالمادة II, 16-233 .L من ق. تجاري فرنسي، تقتضي فرض الالتزام بتجميع الحسابات في فرضيتي"الرقابة الحصرية" «contrôle exclusifs» و"الرقابة المشتركة"«contrôle conjoint». فوفقا لقانون المحاسبة الفرنسي، يُقصد من الرقابة الحصرية تلك التي تملكها شركة تجارية وتكون ناتجة عن "إما امتلاك مباشر أو غير مباشر لحقوق التصويت في مؤسسة أخرى وإما عن التعيين لسنتين متتاليتين أغلبية هيئات الإدارة، المديرية أو المراقبة لمؤسسة أخرى، وإما الحق في ممارسة نفوذ مهيمن على مؤسسة أخرى في إطار العقد أو البنود الواردة في النظام الأساسي للشركة عندما يسمح القانون بتحقيق ذلك"[2]. وفيما يتعلق بهده النقطة الأخيرة يجب أن تكون الشركة المجمِّعة«Sté.consolidante»،قادرة من خلال عقد أو بنود واردة بالنظام الأساسي على استخدام أو توجيه الاستخدام لأصول المؤسسة الخاضعة للرقابة كما لوكان الأمر يتعلق بأصولها دون الحاجة بالضرورة لتوافر صفة المساهم أو الشريك للكيان الذي يقوم بذلك، والذي يصطلح عليه بالكيان المخصص لذلك« entité ad hoc».، أما فيما يتعلق بسلطة تعيين القائمين بالإدارة تقوم قرينة مماثلة لتلك الواردة بالمادة 3-233.L من القانون التجاري الفرنسي. لذلك فإن الحيازة لسنتين ماليتين متتاليتين ل 40% من حقوق التصويت، من دون أن يحوز أي مساهم أو شريك آخر بشكل مباشر أو غير مباشر لجزء أعلى من هاته النسبة يؤدي إلى ثبوت "قرينة سلطة الرقابة" « présemption de pouvoir de contrôle » ، أين تخضع فرضية الرقابة المشتركة كذلك إلى الالتزام بإعداد الحسابات الموحدة، ونجد أن المادة III-16-223.L من القانون التجاري الفرنسي تمنح التعريف التالي: "هو تقاسم الرقابة في مؤسسة مستغلة بشكل مشترك بواسطة عدد محدود من الشركاء أو المساهمين، بحيث تكون القرارات نتيجة لاتفاقهم"[3]. لذلك يجب أن تتحقق ثلاثة شروط بصفة جامعة للتوصيف بالرقابة المشتركة. فمن ناحية، يجب بالضرورة أن تكون هناك رقابة، ومن ناحية أخرى،

L'annexe (Art. L233-20, Art. R233-14, Art. L233-19, Art. L233-23 du Code de commerce) qui comporte toutes les informations d'importance significative permettant d'avoir une juste appréciation du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'ensemble constitué par les entreprises comprises dans la consolidation. Le compte de résultat consolidé (Art. R233-4, Code de commerce- Décret n° 67-236, 23-03-1967, art. 193) qui reprend les éléments constitutifs du résultat de la société consolidante, et du résultat des sociétés consolidées par intégration globale ; La part des actionnaires ou associés minoritaires et la part de l'entreprise consolidante apparaissent distinctement.

[1] - Le rapport de gestion du groupe peut inclure le rapport, établi par les membres des organes de direction, sur l'activité et les résultats de l'ensemble de la société, des filiales et des sociétés qu'elle contrôle. (Art. L233-6, Code de commerce) de ceci le rapport de gestion de groupe doit également être distingué de celui établi par les membres des organes de direction qui rend compte des résultats de l'ensemble de la société, de ses filiales et des sociétés qu'elle contrôle.

[2]. Mariam Boukari ; Jacques Richard, Les incidences comptables du passage des groupes français cotés aux IFRS, Comptabilité Contrôle Audit, v.13, n°3,2007, p.p.155 et s.

[3]. Mariam Boukari ; Jacques Richard, Les incidences comptables du passage des groupes français cotés aux IFRS, ibid.

يجب ممارسة الرقابة تجاه المؤسسة المستغلة بشكل مشترك من قبل عدد محدود من المساهمين أو الشركاء، وأخيرا يجب تقاسم الرقابة، لذلك يجب أن يقوم هذا على أساس اتفاق. فالرقابة في مثل هاته الفرضية بالنسبة للبيانات المحاسبية الموحدة لا يقيد من آثارها بل سيكون من المعتزم أيضا تطبيقها في مجالات أخرى. وكذلك فإن المواد L.225-21، L.225-54-1،L.225-67، L.225-77 من ق. تجاري فرنسي تحيل إلى الرقابة مثلما هي معرّفة بالمادة L.223-16ق.تجاري فرنسي في سياق الإعفاء من الالتزامات المترتبة عن عدم الجمع بين الوكالات الإدارية وهو ما نجد عليه الحال بالنسبة للالتزام بالإشارة في التقرير الخاص بشأن الاكتتاب أو شراء الأسهم الاختيارية«stock options» ، خيارات الاكتتاب أو خيارات شراء الأسهم الممنوحة في السنة لكل من الوكلاء الاجتماعيين للشركات الخاضعة للرقابة[1].

أما بشأن معايير رابطة السيطرة المطبقة في قانون المحاسبة فنجد كلا من المواد 732 مكرر 3 و 733 مكرر 4 من القانون التجاري الجزائري، فضلا عن القرار المؤرخ في 09-10-1999 بشأن كيفية إعداد وتجميع حسابات التجمع حيث حددت المادة 3 منه حالات تكون رابطة الرقابة على النحو التالي:

- كل الحالات المذكورة في قانون الشركات؛
- أضاف حالة الرقابة المشتركة إذا كانت السيطرة ممارسة من طرف عدد محدود من الشركاء والقرارات تنجم عن اتفاقهم المشترك؛
- أخذ بالتأثير الفعال إذا كانت نسبة المساهمة تساوي 3/1 حقوق التصويت أي 20% فهي قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها لأنها مقترنة بالممارسة الفعلية للتأثير؛

فضلا عن ذلك فإن القانون المحاسبي يتخذ إلى جانب معيار الرقابة الحصرية والمشتركة معيار "النفوذ الملحوظ"« influence notable» في فرض مسك الحسابات الموحدة، وإن هذا المعيار يختلف بالضرورة عن معيار الرقابة المحدد بقانون الشركات، ومن الضروري توضيح معناه كفرضية تكميلية، فالمادة L. 233-16 رابعا من القانون التجاري الفرنسي تنص على أنه "لابد للنفوذ الملحوظ أن يتجلى في التسيير والسياسة المالية للمؤسسة". وينص النظام الأوروبي رقم 3302 المؤرخ في 29 أبريل 1999 المتعلق بالحسابات الموحدة للشركات التجارية والمؤسسات العمومية، ويوضح في الرقم

[1] - Jimmy Feige, Rémunération du principal dirigeant sous forme d'options d'achat d'actions et mécanismes de gestion des connaissances et des compétences : cas de sociétés cotées à la Bourse de Paris, Vie & sciences de l'entreprise,v.205, n°1, 2018, p.p. 48 et s.

1004 من ملحقه، على أن النفوذ الملحوظ لا يفرض حيازة رقابة الشركة إنما ينتج عن مجرد القدرة على المشاركة في السياسات المالية والتشغيلية للشركة. وعلى وجه الخصوص يمكن أن ينعكس ذلك في التمثيل في أجهزة الإدارة أو المراقبة أو بالمشاركة في القرارات الاستراتيجية أو بشكل أعم بوجود معاملات ذات أهمية بالغة مبرمة فيما بين المؤسسات، وتبادل المستخدمين الإداريين علاقة التبعية التقنية[1].

وينص القانون على قرينة للنفوذ الملحوظ في حالة اكتساب جزء على الاقل يساوي خمس (5/1) حقوق التصويت في المؤسسة. وخلاف للقرائن المطبقة على السيطرة الحصرية « contrôle exclusif » فإن تقديم الدليل الثبوتي على عدم وجود النفوذ الملحوظ بالرغم من حيازة 20 % من حقوق التصويت يظل ممكنا، فالإمكانية النظرية المتأصلة في ممارسة النفوذ الملحوظ ليست كافية في الواقع الميداني، فوحدها الممارسة الفعلية لهذا النفوذ ستستبع الالتزام بمسك الحسابات الموحدة[2].

وفي حين أن معيار النفوذ الملحوظ يتطلب ممارسة فعلية «exercice de fait de l'influence»، فإنه يتميز بكونه معيار أوسع نطاقا وأكثر مرونة من مفهوم السيطرة أو الرقابة بالمعنى المحدد في قانون الشركات، على اعتبار أنه يأخذ بدرجة من التكامل أقل من تلك المفروضة في معيار الرقابة، وسيتطلب معيار النفوذ المهيمن أو الحاسم في شأنه درجة من التكامل تماثل تلك التي يشهدها معيار الرقابة الناشئ عن قانون الشركات.

كما تناول قانون2007-11المتضمن النظام المحاسبي موضوع الرقابة وألزم كل كيان يكون مقره أو نشاطه الرئيسي موجود بالجزائر يشرف على كيان أو عدة كيانات أخرى أن يعد وينشر الكشوف المالية المدمجة[3]، ثم صدر القرار المؤرخ في 20 جويلية 2008 الذي عرف الرقابة على النحو التالي: "تعرف الرقابة كما لو كانت سلطة توجيه السياسات المالية العملياتية لكيان بغية الحصول على منافع من أنشطته. يفترض وجود المراقبة في الحالات التالية:

- الامتلاك المباشر أو الغير مباشر لأغلبية حقوق التصويت في كيان آخر؛
- السلطة على أكثر من 50 % من حقوق التصويت محصل عليها في إطار اتفاق مع الشركاء أو المساهمين الآخرين؛

[1]-Annexe « Règles et méthodes relatives aux comptes consolidés » du Règlement n° 99-02 du 29 avril 1999 relatif aux comptes consolidés des sociétés commerciales et entreprises publiques, consultable sur le site http://www.finances.gouv.fr/themes/entreprises/compta_entreprises/directions_services-CNCompta-rcrc_modif.php.

[2]-Collectif Groupe Revue fiduciaire, Les groupes de PME, ed. Groupe Revue Fiduciaire Paris 2004, p. 341.

[3]- قانون رقم 07-11 مؤرخ في 25 نوفمبر 2007، يتضمن النظام المحاسبي المالي، ج.ر.ع.74.

- سلطة تعيين أو إنهاء مهام أغلبية مسيري كيان آخر؛
- سلطة تحديد السياسات المالية والعملياتية للكيان بموجب القانون الأساسي أو العقد.
- سلطة جمع أغلبية حقوق التصويت في اجتماعات هيئات تسيير الكيان.

نستخلص أن نطاق تجمع الشركات واسع جدا في قانون المحاسبة ويمتد إلى حالة الرقابة الفعلية. وهذا يرجع إلى رغبة المشرع في توحيد المعايير المحاسبية وطرقها لهذا تتطابق هذه الحالات مع الحالات المذكورة في القانون المحاسبي الفرنسي.

فضلا عن ذلك ما ينبغي التنويه إليه بشأن المشرع/الناظم الجزائري نجده ألزم الشركة القابضة التي تلجأ إلى الادخار العلني و/أو المسعرة في البورصة بأن تقوم بإعداد الحسابات المدعمة ونشرها، وعليه فإن المشرع قد اشترط نشر الحسابات المدعمة للمجموعات المالية التي ترأسها شركة قابضة في حين لا يلزم المجموعات الأخرى، وهذا فراغ كبير يجب تداركه.

وعلى عكس ما أوضحناه بشأن المشرع الفرنسي فيلزم كل شركة ترأس مجموعة الشركات بأن تقوم بنشر الحسابات المدعمة، ولا يهم إن كانت شركة قابضة أو لا المهم أن تكون الشركة الرئيسية في المجموعة[1]. إن الحسابات المدعمة أداة لتحسين التسيير الداخلي عن طريق تشخيص وضعية المجموعة ووضع توقعاتها على أسس مضبوطة وموحدة، فهي تمكن الشركة المسيطرة من[2]:

- تحديد أهداف شركات المجموعة ووضع التوقعات المستقبلية بطريقة موحدة متجانسة؛
- تقييم أداء الشركات الأعضاء ومقارنتها؛
- تحديد النتائج حسب قطاع النشاط وتقدير مدى مساهمة كل شركة في تطوير التجمع؛
- مقارنة العلاقة الموجودة بين كل فرع نشاط والنتيجة المحققة والوسائل المستعملة؛
- تقدير مدى تطور التجمع من خلال رقم الأعمال، الربح والاستثمار حسب فرع النشاط؛

[1]- Jean raffegeau, pierre du files, les comptes consolidés, paris, édition francis lefbvere, 1998, p8.

[2]– بصير هدى، إشكالية توحيد حسابات الشركات الفرعية الأجنبية في ظل الممارسات المحاسبية الدولية المختلفة : دراسة مقارنة بين أهم الأنظمة المحاسبية الدولية، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة فرحات عباس –سطيف 1–، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، 2018/2017، ص.ص.212–214.

- منح إعلام كاف للجمهور حول نشاط كل الشركات الأعضاء، عن طريق الكشف عن حجم وأهمية التجمع، قوته وطاقتها، للمتعاملين معها مثل: مانحي القروض، الموردين، العمال، الزبائن.

حسب القانون الجزائري يخضع تجميع الحسابات الاجتماعية للشركات التابعة وللشركة القابضة دون غيرها بطريقة الدمج الكلي، في حين توحيد الحسابات بطريقة الدمج النسبي لحسابات الشركات التي تراقب بعدد محدود من الشركاء أو المساهمين بحيث تنتج القرارات عن اتفاق مشترك، وتدمج بطريقة التكافؤ إذا كان للشركة المجمعة تأثير بارز وذلك بحيازة قسط يعادل 5/1 من حقوق التصويت بطريقة مباشرة أو غير مباشرة كما تدمج المساهمات التي غرضها مالي بحت بطريقة التكافؤ.

فضلا عن ذلك فإن المشرع الفرنسي يلزم كل شركة بحسب شكلها إذا كانت ترأس مجموعة الشركات بأن تعد حسابات مدمجة كما يلزم المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري بذلك E.P.I.C ، ولا يطبق هذا النظام على الشركات الخاضعة للمحاسبة العمومية.

أما المشرع الجزائري فقد حدد حالتي إعفاء تخص المؤسسات التي تتوافر فيها الشروط التالية:

- عدم توافر المعلومات الضرورية لإعداد الحسابات المدمجة أو يقتضي الحصول عليها مصاريف باهظة لا تتوافق مع تاريخ الإقفال.
- إجمالي الأصول أقل من 5 بالمئة من الأصول المدمجة.

في حين أن المشرع الفرنسي وضع حالات الإعفاء التالية:

- إعفاء الشركات الأم للتجمعات الفرعية التابعة للتجمع إذا كانت بدورها شركة فرعية تخضع لرقابة شخص معنوي يقوم بدمج حساباتها في حساباته المدمجة؛
- إعفاء الشركات الأم للشركات الصغيرة إذا كانت لا تصدر أسهم مسعرة في البورصة ولا سندات خزينة؛
- إذا كان المجموع المدمج ذا أهمية مهملة.

يتحقق دمج الحسابات الاجتماعية باستعمال أحد طرق التوطيد الثلاثة: الدمج الكلي، الدمج النسبي والتكافؤ.

1- طريقة الدمج الكلي:

في هذه الحالة يتم إظهار كل عناصر أصول وخصوم الشركات التابعة في ميزانية الشركة الأم، وهذه أقدم طرق الدمج المحاسبي وأهمها.

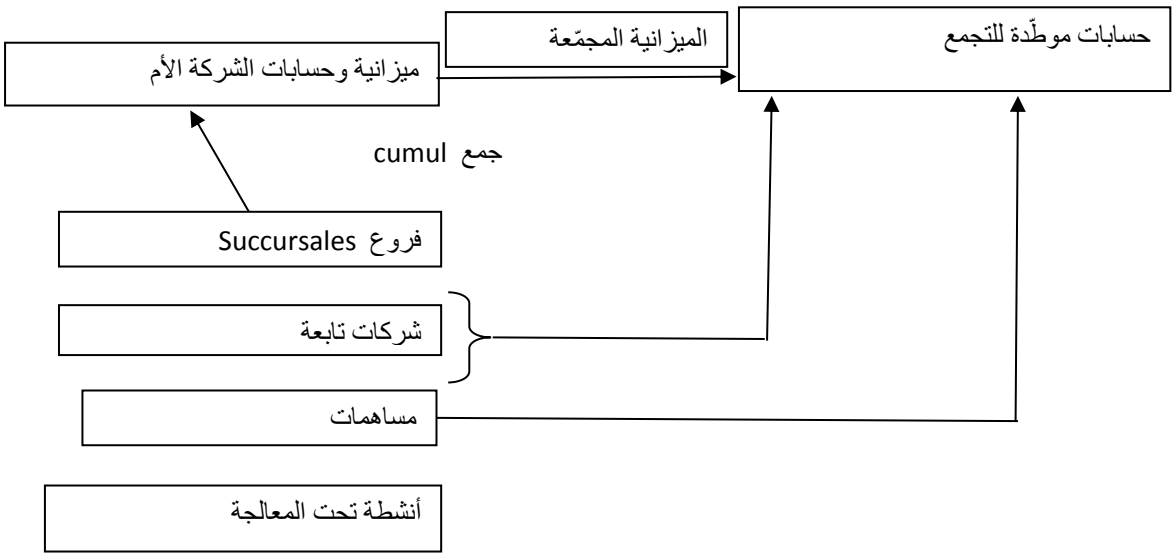
2- طريقة الدمج النسبي:

وهي طريقة حديثة تتم عن طريق دمج نسبة من حسابات الشركات التابعة في حسابات الشركة المسيطرة. وهي تخص الشركات المراقبة من طرف عدة شركات لتجمع شركات من خلال المساهمات الغير المباشرة فتظهر في الميزانية الموحدة المساهمات المملوكة من طرف الشركة بحسب نسبة مساهمتها في عناصر الميزانية وحساب النتائج للشركات المراقبة جماعيا بعد إعادة المعالجة المحتملة حسب قواعد التجميع المحاسبي.

3- طريقةالتكافؤ:

-في هذه الحالة لا يتم جمع الأصول والديون بل تتم عملية إعادة تقييم السندات التي تحوزها الشركة، فهي ليست طريقة تجميع حقيقية للحسابات الاجتماعية لأن الشركات التي تتم فيها هذه الطريقة ليست شركات تابعة بل شركات شريكة.

المخطط التالي يوضح طريقة التجميع للحسابات الاجتماعية[1]:



[1]- بصير هدى، الأطروحة السابقة الذكر، ص.ص.210-220.

4- القانون الضريبي:

وفي المسائلة الضريبية، يُشار أساسا إلى العتبات اللازمة في اكتساب رأس المال، وبذلك يتم تطبيق "نظام الشركة الأم/الشركات التابعة" على أساس اكتتاب الشركة الأم بمساهمة بسيطة مقدرة فقط ب 5% (المادة 145-1 من القانون العام للضرائب الفرنسي ***CGI***)،أما في شأن تطبيق نظام التوحيد الضريبي«***intégration fiscale***»، فيتطلب الامتلاك من قبل الشركة رأس التجمع لما لا يقل عن 95% بشكل مباشر أو غير مباشر من رأس مال الشركة الخاضعة للدمج[1].

وفي صفوة القول فإنه يلاحظ أن التعاريف المختلفة للرقابة الواردة بالذكر أعلاه تشترك في أنها كلها تستند على الوسائل التي تولد وضعا للسيطرة،وهذه الوسائل ليست دائما ذاتها فيما يتعلق بالعتبات المفروضة لاكتساب الجزء من رأس المال، ولكنها مع ذلك تحتفظ بخصائص مشتركة. والواقع من الواضح أن الوسائل التي تسمح بدرجة معينة من التدخل لشخص (طبيعي أو اعتباري) في شركة ما، تكون إما نتيجة ارتفاع المساهمة في رأس مال الشركة، وإما تبعا لمدى ونطاق سلطة وقدرة على اتخاذ القرار في الشركة.

5- القانون الجبائي:

بالقانون الجبائي الجزائري عرفت المادة 138 مكرر المحدثة بموجب الأمر رقم 09-01 المعدل لقانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة تجمع الشركات بكونه:

"...تجمع الشركات يعنى به كل كيان اقتصادي، مكون من شركتين أو أكثر ذات أسهم مستقلة قانونيا، تدعى الواحدة منها "الشركة الأم" تحكم الأخرى المسماة "الأعضاء" تحت تبعيتها بامتلاكها المباشر ل: 90% أو أكثر من رأس المال الاجتماعي، والذي لا يكون رأس المال ممتلكا كليا أو جزئيا من طرف هذه الشركات أو نسبة 90% أو أكثر من طرف شركة أخرى يمكنها أخذ طابع الشركة الأم."

يستخلص مما سبق أن نطاق تجمع الشركات في القانون الجبائي الجزائري ضيق جدا مقارنة بما أوردناه بالذكر في ظل القانون التجاري الجزائري والهدف من هذا التضييق هو حصر حالات الخضوع لنظام الميزانية الموحدة، ويقصد بالتوحيد جمع مجموع حسابات الميزانية لإخضاعها لنفس

[1] - Frédérique Perrotin, remise en cause de la neutralité du régime d'intégration fiscale, LPA 11 juil. 2016, n° 116u2, p.4

الضريبة، وتختار الشركة الأم الخضوع لهذا النظام ويجب أن توافق عليها لشركات الأعضاء، لقد وضع المشرع الجزائري شروطا لتطبيقه تتمثل فيما يلي:

- أن تشكل الشركات تجمع شركات بالمفهوم الجبائي.
- أن تكون مسيرة طبقا لأحكام القانون التجاري.
- ألا تكون شركة بترولية.

وتقصى تلقائيا الشركات التي تتوقف عن استيفاء الشروط السابقة أو تحقق عجزين متتاليين أثناء تطبيق هذا النظام.

أما عن القانون الجبائي الفرنسي فقد تضمن أنظمة متعددة تطبق على تجمع الشركات بحسب درجة مساهمة الشركة الأم في الشركات التابعة. أما بشأن معايير رابطة السيطرة المطبقة ففي حالة تطبيق نظام التكامل الضريبي أين تكون الشركة الأم تحوز بطريقة مباشرة أو غير مباشرة نسبة 95 % على الأقل من رأسمال الشركة التابعة بصفة مستمرة لمدة سنة من النشاط؛ و في حالة تطبيق نظام الأرباح المجمعة الذي يقصد به منح استحقاقية للشركة الأم التي تحوز أكثر من 50% من حقوق التصويت في شركاتها التابعة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة أن تطالب بتطبيق النظام الجبائي على الأرباح المجمعة من طرفها ومن طرف شركاتها التابعة الفرنسية والأجنبية، وللاستفادة من هذا النظام يجب الحصول على اعتماد من وزير المالية مدته 3 سنوات يجوز أن يمدد ل3 سنوات أخرى،أما في حالة تطبيق النظام الجبائي الخاص بالشركة الأم والشركات التابعة: يطبق هذا النظام على الأشخاص المعنوية والمؤسسات مهما كانت جنسيتها إذا كانت خاضعة للضريبة على الشركات وإذا كانت مساهمة الشركة الأم تساوي على الأقل 10 % من رأسمال الشركة التابعة. ويلاحظ في هذا الصدد أن القانون الجبائي الفرنسي وضع أنظمة جباية مختلفة تطبق على تجمع الشركات بحسب درجة الترابط بين الأعضاء، وهو الأمر الغير موجود في المقاربة التشريعية الجزائرية.[1]

[1]– زايدي أمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية –دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه تخصص قانون الأعمال، جامعة فسنطينة1، 2013–2014، ص.ص.13–14.

خلاصة المبحث الثاني

يستخلص من تفحص فروع القانون الجزائري والفرنسي للأعمال عدم وجود تحديد لحالات مشتركة لاعتبار الوحدة الاقتصادية تجمع الشركات، إذ ما قد يعتبر كذلك طبقا للقانون الشركات لا يعتبر تجمعًا إذا اعتمدنا على معايير القانون الجبائي. وعليه فهذه المعايير تطبق بالنظر إلى القواعد القانونية التي سوف تخضع لها المجموعة. وهذه الوضعية تعقد مهمة رجال القانون والممارسين لأنها تؤدي إلى تكييف مختلف باختلاف طبيعة القواعد ويترتب على ذلك عدم استقرار في الأوضاع القانونية، كما أن ميز المشرعين بين الشركة التابعة والمساهمات والشركات الخاضعة للرقابة يستند إلى التفسير الضيق للعلاقات الاقتصادية، لأن هذه الوضعيات تتداخل في الواقع العملي؛ فالمعيار الكمي المستند إلى نسبة المساهمة لا يعبر عن حقيقة العلاقات بين المؤسسات، ففي معظم الحالات إذا ارتبطت المساهمة المالية بالقدرة على التوجيه الاقتصادي تعتبر الشركة الماسكة لها شركة مسيطرة في حين تعتبر الأخرى شركة تابعة حتى ولو كانت المساهمة أقل من 50%.

وعليه فالمشرعان لم يعرفا رابطة السيطرة وتجمع الشركات في القانون التجاري وإنما عرفا فقط الشركة التابعة والمساهمات والشركة المراقبة.وعلى خلاف ذلك عرف القانون الألماني رابطة السيطرة التي تؤدي إلى تكون تجمع الشركات فيقانون الشركات كما تضمن قانون المحاسبة الجزائري تعريفا لها.

خلاصة الفصل الثاني

على اعتبار أن أبعاد التدوين الألماني قد فقدت من مفاعيلها من خلال ظهور وتطوير فسيفساء المنظومات القانونية الخاصة المعالِجة لعلاقات التجمع –حدود هاته العلاقة– في فروع قانونية أخرى ترغب في مراعاة الواقع الاقتصادي والاجتماعي للتجمع على نحو أفضل، وهذا هو الحال على سبيل الاستدلال في مجال قانون العمل أو قانون المنافسة اللذان، سواء على الصعيد الوطني أو في الاتحاد الأوروبي يتضمنان معالجات خاصة لمفهوم التجمع. وعلى إثر ذلك فُضِّل الاحتكام إلى مقاربة وظيفية أكثر بالتشريعين الفرنسي والجزائري، من خلال تعديل وتطوير التدخلات التشريعية المتعاقبة في شأن الدلالات الثبوتية المتعلقة بالعضوية للتجمع، بالاحتكام لمعيار الرقابة والمعايير المكملة له. إلا أن معايير تحديد وجود التجمع هاته لا تفلت من التعددية، عدم التجانس، نظرا لتعقيد فهم ظاهرة التجمع ومن ذلك قد يتأتى انعدام الأمن القانوني.

وقد أشيد من خلال هاته الدراسة بالخاصية البرغماتية التي اتسم بها القانون المدني الفرنسي بعدما شهده من خفوت بريقه الاستشرافي (FRENCH LAW Bashing) انطلاقا من معطيات وتقارير أبانها البنك الدولي عن مدى قدرة منظومات القوانين المدنية على جذب الاستثمارات من عدمه، التي تبرر ضرورة تحديث التقنين باستمرار؛ حيث أن تنظيم وتعزيز التطبيق القضائي لنصوص التقنين المدني في المحاكم يسمح للمشرع باستعادة دوره القيادي الذي يملكه في الأنظمة القانونية التي تتبع الشريعة اللاتينية، مما أدى إلى تجسيد الرغبة في استبدال القواعد عديمة الفائدة بأخرى جديدة، انطلاقا مما أضحى يعرف حاليا ب "القانون المدني للأعمال" ، لا سيما في سياق الإصلاح التشريعي الوارد على أسس المسؤولية المدنية، وهو ما يتطلع تحقيقه في القوانين العربية ، والتشريع الجزائري بصفة خاصة، انطلاقا مما تستدعيه مقتضيات العولمة القانونية.

الباب الثاني: مرتكزات الاجتهاد القضائي في إسناد مسؤولية الشركة الأم

الباب الثاني: مرتكزات الاجتهاد القضائي في إسناد مسؤولية الشركة الأم

انطلاقا من فاعلية الاجتهاد القضائي البريتوري المستند على غياب المعالجة التشريعية الشاملة للتجمعات وبذلك غياب نص قانوني خاص لإسناد المسؤولية، على اعتبار أن الروابط المالية القائمة بين الشركة الأم وشركتها التابعة هي في حد ذاتها غير كافية بطبيعتها لتكون قادرة على توليد التزامات خاصة تقع على كاهل الشركة الأم تجاه الشركة التابعة لها كنتيجة حتمية لمبدأ الفصل.

تجاوز علاقة التأثير المتبادل بين الاقتصاد والقانون للمجال الذي يغطيه القانون الاقتصادي أدى لبروز دراسات عديدة تحت عنوان "التحليل الاقتصادي للقانون" وتشكل بذلك إطارا منهجيا وعلميا موحدا وقابل للتطبيق على كل فروع ومصادر القانون حتى يتم تطبيق أدوات وأساليب التحليل الاقتصادي على القواعد والمبادئ القانونية بغرض كشف آثارها والبحث في مدى إمكانية تطوير كفاءتها الاقتصادية، أين يعود منهج المقاربة الاقتصادية للقانون بآثار إيجابية على كل من القانون والاقتصاد، ويقدم أسلوبين متكاملين يجتمعان في غاية توفير الفعالية الاقتصادية للتدابير القانونية.

بالرغم من أن التحليل الاقتصادي للقانون قد لقى اهتماما واسعا في الأوساط الأكاديمية الغربية، بل حتى وفي التطبيقات الإجرائية لبعض القوانين المقارنة، إلا أن الدراسات التي تعنى بهذا المنهج في عالمنا العربي عموما، وفي الجزائر خصوصا، تبقى نادرة، تأتي هذه الدراسة لتسليط الضوء على أساسيات منهج التحليل الاقتصادي للقواعد العامة والخاصة للأعمال وتطبيقاتها القضائية في شأن المسؤولية المسندة للشركة الأم تجاه شركتها التابعة

وعند القيام بذلك، سيتعلق الأمر في المقام الأول بتحليل الالتزامات الناجمة عن خصوصية الالتزامات من جانب واحد أو الثنائية، من الشركة الأم تجاه شركتها التابعة (الفصل الأول) ومن ثم النظر في الالتزامات الناجمة عن مجرد سلوك الشركة الأم تجاه شركتها التابعة (الفصل الثاني).

الفصل الأول: الهندسات المالية للتجمع بين القرارات المبدئية وقرارات الحالة

إن أهم المصطلحات التقنية القضائية [*] التي ينبغي على الدارس القانوني التعريج عليها عند تطرقه لأي موضوع قانوني يعج بالدراسة الميدانية مثل موضوع تجمع الشركات، تكمن في الرجوع إلى مصنفات الاجتهادات القضائية الكبرى، أين ينبغي التمييز بين القرارات المبدئية **[arrêt de principe]** وقرارات الحالة**[arrêt d'espèce]** ؛ فالأولى ناجمة عن قرارات محكمة النقض (محكمة عليا- مجلس الدولة) ومحكمة الاستئناف(مجلس قضائي)، باعتبارها اجتهادات قضائية لا تقبل الجدل على جميع الإقليم الوطني ويأمل تطبيقها على جميع القضايا المعنية في المستقبل حيث غالبا ما يتم نشرها وعنونتها ب"المبدأ" في الجزء العلوي من القرار. أما عن قرارات الحالة فهي عبارة عن حل قضائي متخذ تجاه منازعة كلاسيكية من دون أن يرغب القضاة في تطبيق هذا القرار على جميع القضايا المماثلة في المستقبل. ولمّا كان موضوع دراستنا "مسؤولية الشركات الأم تجاه الشركة التابعة" خاضع لل "الاجتهاد القضائي البريتوري **[jurisprudence prétorienne]** والذي يقصد منه الاجتهاد

[*] – نظرا لما تحتويه هاته الدراسة من مقارنة مع المنظومة القانونية الألمانية والفرنسية، الأمر الذي استدعى منا تبيان التنظيم القضائي واختلاف الهياكل المنبثقة عنه للقارئ:

التنظيم القضائي الفرنسي	التنظيم القضائي في ألمانيا
- بالأخص: لمحكمة النقض غرفة العرائض [chambre des requêtes] في محكمة النقض الفرنسية كانت تستخدم قبل التعديل الذي جرى في العام 1947، والتي كانت تنظر في قبول أو رد طلب النقض؛ الغرف المختلطة [chambres mixtes] التي أحدثت بمناسبة كينونة الطعون التي تثير العديد من الدفوع التي تعود إلى غرف متعددة، كأن يكون أحد الدفوع مؤسس على مسألة إجرائية يعود النظر فيها للغرفة الثانية، والدفع الثاني يعود النظر فيه لغرفة أخرى، وعليه تجنبا للدخول في بحث من هو صاحب الاختصاص، مع ما يتطلبه ذلك من وقت نصت المادة l.431-5 من قانون التنظيم القضائي الفرنسي إلى الإحالة لها في هكذا حالات؛ الغرف المجتمعة chambres réunies وقد ألغيت التسمية في فرنسا في عام 1947 وحلت محلها تسمية الهيئة العامة Assemblée] [plénière؛	فنجد المحكمة الدستورية العليا تعد أعلى مرجع قضائي في ألمانيا وتدعى (Bundesverfassungsgericht - BVerfG) وهي الرقيب الذي يضمن الالتزام بالقانون الأساسي، وكان سعي واضعي القانون الأساسي إلى تقييد السلطة السياسية للدولة. لذلك قام المجلس البرلماني بإدراج المحكمة الدستورية العليا بكامل اختصاصاتها في القانون الأساسي. - محكمة العمل الإتحادية (Bundesarbeitsgericht) التي تعد واحدة من بين المحاكم الخمسة العليا للاتحاد، يقوم القضاء بالفصل في القضايا المرفوعة ضد الأحكام الصادرة من المحاكم المحلية أو الإقليمية للعمل؛ - المحكمة الإتحادية (BGH-Bundesgerichtshof) أعلى درجة في نطاق القضاء القانوني طبقا للنظام الألماني والتي كانت تدعى بمحكمة الإمبراطورية الألمانية Tribunal de l'Empire allemand (Reichsgericht - RG)؛ - المحاكم المحلية والإقليمية Tribunaux Régionaux (Landgericht - LG) والمحاكم الإقليمية العليا(Oberlandesgericht - OLG) ، تهتم بمسائل فض النزاعات بين الناس فهذه القضايا من اختصاص القانون المدني والقانون الجنائي.

القضائي الذي لا يستند إلى نص قانوني في فرضية وجود فراغ تشريعي، تطلعنا لتبيان أهم فرضيات إسناد المسؤولية للشركة رأس التجمع بالاستناد على قرارات الحالة، والذي مفاده في موضوعنا التقيّد الصارم بمبدأ الاستقلالية والفصل التام بين الأشخاص الاعتباريين، واعتبار الشركة التابعة كأي شركة منعزلة غير منتمية لأي تجمع، وكذا فرضيات إسناد المسؤولية للمؤسسة المهيمنة انطلاقا من القرارات المبدئية والأخذ في الاعتبار بالوحدة الاقتصادية والاجتماعية التي يشكلها التجمع.

الأمر الذي دفعنا إلى التطرق لمصلحة التجمع أمام غياب التعريف القانوني الفرنسي والجزائري (المبحث الأول) وكذا إلى عمليات الهندسة المالية وما تثيره من صعوبات عند المفاضلة بين القرارات المبدئية وقرارات الحالة (المبحث الثاني).

المبحث الأول : تقييم مصلحة التجمع في ضوء مصلحة الشركة

-الموقفين القضائين الفرنسي ، الجزائري-

انطلاقا من فرضية أن جل القوانين محل الدراسة لا تمنح الشخصية القانونية للتجمع، فإنه وبذلك، لا يمكن التحدث عن "مصلحة التجمع" من الناحية القانونية. فحتى مع انعدام الصفة القانونية للتجمع، يفرض هذا الأخير تكريسه في الواقع العملي. ففي حين أن العلاقات بين الشركات داخل التجمع تختلف عن العلاقات القائمة بين الشركات المستقلة والغير منتمية لأي تجمع، وبهذا المعنى، نجد أن الشركات المسيطر عليها أو الخاضعة للرقابة عادة ما يتم تسييرها أو إدارتها وفقا لإدارة المؤسسة المهيمنة، ولهذا، فإن هذا النفوذ يترتب عنه بالنتيجة، وبشكل عام، تحول مصلحة الشركة التابعة إلى مصلحة التجمع، أو حتى نحو المصلحة الحصرية للمؤسسة المهيمنة.

وسيكون من الضروري النظر في الكيفية والطريقة التي احتكم إليها من خلال جل الأنظمة القانونية محل الدراسة المقارنة لمعالجة القانونية لهذا الوضع الفعلي. ومنطلقات ذلك كانت عبر التساؤلات التالية؛ هل يمكن أن يتم السعي لتحقيق مصلحة التجمع بدلا من المصلحة الاجتماعية، أو في خلاف ذلك هل يمكن إجازة الأخذ في الاعتبار الجزئي بمصلحة التجمع عند الاقتضاء؟ وإذا كان الأمر كذلك، فما هي الشروط التي يتم الاحتكام إليها لتفعيل ذلك؟ ومن ثم، يتبع ذلك التساؤل حول؛ المكانة المكرسة والمخصصة لمصلحة التجمع في كل من القوانين؛ الجزائري، الفرنسي والألماني للتجمعات.

وبعبارة أخرى، هل تؤدي المقاربة المتباينة التي تم اعتمادها بقانون التجمعات من قبل المشرعين؛ الفرنسي واقتباسا منه بالجزائري، وكذا الألماني، أيضا إلى اتخاذ حلول قانونية متباينة لقبول الاعتراف بمصلحة التجمع؟

وكما تم ذكره سابقا، فإن غياب تدوين قانون التجمعات لا يعني أن الدارسين القانونيين الفرنسيين قد تجاهلوا هذه الظاهرة الاقتصادية، و لكن بالعكس من ذلك، فضلوا أن يستدلوا من القواعد العامة الآليات اللازمة لإيجاد الحلول القانونية، ومن ثم ، فتدريجيا، على مدى الممارسة العملية، نشأ قانون التجمعات في فرنسا، وبهذا نجد أن القضاء قد ساهم بشكل كبير في تكوين قواعده، فلم يتردد في التعامل مع الواقع القانوني الذي فرضته الضرورة الاقتصادية، من خلال تشكيل البناءات القانونية الخاصة التي تتيح المراعاة الفضلى لمصلحة التجمع.

وهذه البناءات القضائية هي كذلك مصدر من مصادر تطور القانون الفرنسي والجزائري نحو الأخذ في الاعتبار الانتقائي (prise en compte sélective) بمصلحة التجمع (مطلب 1)، ومن بعد ذلك التطرق للموازنة التي تفرضها الاتفاقيات المبرمة داخل التجمع ومقاربتي التعسف وإساءة استعمال السلطة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : القصور التشريعي والموقف العملي للقضاء في شأن تنفيذ استراتيجية التجمع

في مواجهة شبه انعدام التنظيم القانوني للتجمع بالقانون الفرنسي، فإن ندرة الإحالات القانونية لمصلحة التجمع لن تكون أمر مستغربا فيه[1]. كما أن وضوح القصور التشريعي والتنظيمي لقانون التجمعات، قد أدى إلى بوادر تطوير قانون التجمعات بفرنسا، أمام واقع الممارسة العملية وخصوصيات هاته الظاهرة الاقتصادية، ففي غياب التنظيم القانوني الشامل، قد أدى ذلك بالدارس القانوني إلى الاكتفاء والاقتصار على القواعد العامة التي تسمح بتحقيق توازن بين المصالح المعنية الموجودة سابقا و القائمة، تحت تحفظ أقلمتها إلى أبعد حد ممكن حتى تتلاءم مع واقع المقتضيات الاقتصادية للتجمع، وقد استخدمت هذه الطريقة في الاحتكام إلى القواعد العامة بدلا من تكريس قواعد خاصة حاكمة للعلاقات داخل التجمع من قبل المشرع حتى فيما يخص مصلحة التجمع. وفي الواقع، انطلاقا من المقاربة المتكيفة والمرنة جدا للمصلحة الاجتماعية، ظهرت بعض المفاهيم القضائية، التي تأذن، طبقا لشروط أكثر أو أقل تقييدا، في الأخذ في الاعتبار بمصلحة التجمع، من أجل أن تعكس بشكل أفضل التوجه القضائي نحو الاعتراف بمصلحة التجمع في العلاقات بين الشركات داخل التجمع (الفرع 2)، وسيكون من باب أولى أن نتطرق إلى تقديم تعريف، من خلال دراسة مفهوم مصلحة التجمع التي تتم من خلال الاستناد لمفهوم المصلحة الاجتماعية (فرع 1).

---

[1]– بذلك يظهر استثناء المادة L. 225–331 بالقانون التجاري الفرنسي الذي يتيح لجمعية حماية المساهمين فضلا لواحد أو أكثر من المساهمين الذين يمثلون 5% على الأقل من رأس مال الشركة بطرح اسئلة حول واحد أو أكثر من عمليات التسيير للشركة التي يساهمون فيها أو حتى الشركات المسيطر عليها من قبل هاته الأخيرة بالمعنى الوارد في المادة 3–323 من القانون التجاري، وسيتم في هذه الفرضية الأخيرة، تقييم الطلب من منظور مصلحة التجمع. وهو الإصلاح التشريعي الذي أدخله قانون التنظيمات الاقتصادية الجديدة (loi NRE)، والذي بالرغم من ذلك لم يتم تمديده على المادة L 223–37 من القانون التجاري الفرنسي في شأن " خبرة الأقلية " (expertise de minorité) تجاه الشركات ذات المسؤولية المحدودة، الذي يقتصر فيها هذا الإجراء على الشركة لوحدها، ولا يمتد ليشمل الشركات ذات الصلة (sociétés liées).

Cf. Bernard BOULOC, Remarques sur l'entrée en vigueur du droit nouveau des sociétés, dû à la loi du 15 mai 2001, in : Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Dalloz, paris ,2003, p.p.141-151.

فرع أول: معالجة القصور التشريعي التخصصي الجبائي والجزائي للأعمال

كثيرا ما اعتمد القضاء على مصلحة الشركة باعتبارها معيارا لتقرير مسؤولية المسيرين والحكم بتعويض الشركة عند الإضرار بمصالحها الاقتصادية، وتتجسد مخالفة المسيرين لمصلحة الشركة في كثير من التصرفات باعتبارها معلم القيام المسؤولية[1]. وباعتبارها معيار موضوعي للوقوف على مدى تقيد مسير المؤسسة بالالتزامات الواقعة على عاتقه كالتزام المسير في الإعلان عن المصالح المتعارضة، والتزام المسير بالمحافظة على سرية أعمال الشركة[2]،التزام المسير بحسن النية أثناء تأديته لمهامه؛ حيث يمكن استخلاص الخطأ إن تصرف المسير مخالفاً لهذهالالتزامات الخاصة، ثم إن مسؤولية المسير عن هذه الأخطاء ليست مطلقة؛ فيجب الأخذ بعين الاعتبار حجم الشركة، ومدى كون

---

[1]–en jurisprudence française on trouve à titre d'illustration ; en présentant les faits en relation avec ; « **obligation de voter dans le même sens au sein du conseil d'administration d'une filiale que la décision votée par le conseil d'administration de la société-mère, devoir de loyauté au bénéfice de la société, atténuation de la liberté de vote, obligation de l'administrateur d'une société par action simplifiée, décision contraire à l'intérêt de la filiale » ;** car Si l'administrateur d'une société exerce en principe librement son droit de vote, dans l'intérêt de la société, le devoir de loyauté auquel l'administrateur d'une société-mère est tenu à l'égard de celle-ci l'oblige, lorsqu'une décision est votée par le conseil d'administration de cette société, à voter dans le même sens au sein du conseil d'administration de la filiale, sauf lorsque cette décision est contraire à l'intérêt social de cette filiale**;** dont la cour de cassation à délibérer l'arrêt suivant :

« ….Sur le moyen unique, pris en sa première branche : Vu les articles **L. 227-8** et **L. 225-251** du code de commerce ; Attendu que si l'administrateur d'une société exerce en principe librement son droit de vote, dans l'intérêt de la société, le devoir de loyauté auquel l'administrateur d'une société-mère est tenu à l'égard de celle-ci l'oblige, lorsqu'une décision est votée par le conseil d'administration de cette société, à voter dans le même sens au sein du conseil d'administration de la filiale, sauf lorsque cette décision est contraire à l'intérêt social de cette filiale ; Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Française des chaux et ciments de Saint-Astier (la société Safa), société par actions simplifiée dont MM. Y... et V... B... sont actionnaires majoritaires, et la société chaux et ciments de Saint-Astier (la société Cimchaux) contrôlent ensemble trois filiales, la société Chaux de Saint-Astier (la société CSA), la société Chaux et enduits de Saint-Astier (la société CESA) et la société Dordognaise des chaux et ciments de Saint-Astier (la société Dordognaise) ; que le conseil d'administration de la société Safa, composé notamment de M. O... et Mme O... (les consorts O...), a décidé à la majorité de ses membres, lors de sa séance du 27 juin 2014, que MM. Y... et V... B... se porteraient respectivement candidats à la présidence ou à la direction générale des sociétés CSA et CESA ainsi qu'à la direction générale de la société Dordognaise ; que lors des conseils d'administration des filiales, les consorts O... se sont opposés à la nomination de MM. B... aux organes de direction des filiales et ont été élus à ces postes ; qu'invoquant un manquement des consorts O... à leur devoir de loyauté en leur qualité d'administrateurs de la société Safa, cette dernière les a assignés en paiement de dommages-intérêts ; Attendu que pour dire que le vote des consorts O... lors des conseils d'administration des filiales de la société Safa constitue un manquement à leur devoir de loyauté à l'égard de cette dernière, l'arrêt retient que les administrateurs sont tenus au respect des décisions collectives prises régulièrement et non entachées d'abus de droit… » ; in Cass. com., 22 mai 2019, n° de pourvoi 17-13.565.

Ainsi que d'autres arrêts allant au même sens ; Cass. civ., 3e, 3 mai 1989, n° 87-11.279, Cass. crim., 20 juin 1996, n° 95-82.078 ; Cass. com., 6 janv. 1969, n° 67/12657.

[2]– في نص المادة: 627 من القانون التجاري الجزائري، والتي تنص على ما يلي: « يتعين على القائمين بالإدارة ومجموع الأشخاص المدعوين لحضور اجتماعات مجلس الإدارة : كتم المعلومات ذات الطابع السري، أو التي تعتبر كذلك »، والتي تقابلها المادة : 37–225 L من القانون التجاري الفرنسي.

المسير مأجورا أم لا؛ ومتى ما تم التحدث عن المسؤولية فيعاين القاضي واجب العناية والتبصر « L'Obligation de Diligence ».

أما عن التعريف القانوني لمصلحة التجمع فلا وجود له لا في القانون الفرنسي ولا في القانون الجزائري، ولا في القانون الألماني كما ألمحنا لذلك سابقا. ومن المؤكد أن هذا الافتقار إلى التعاريف القانونية لا يخلو من دون طرح صعوبات عندما يتعلق الأمر، على سبيل المثال، بتقييم إمكانية القضاء بتحقيق خبرة في التسيير من منظور مصلحة التجمع مثلما اقتضتها المادة L.225-331 بالقانون التجاري الفرنسي كمعيار قبول طلب مساهمي الأقلية في الشركة الأم لتعيين خبير إداري على العمليات التي قامت بها الشركات الوليدة. ومن ثم تفهم بشكل يسير بسبب استحالة التحديد الشامل لمفهوم بمثل هذا التعقيد، إن الأفكار التالية ستجعل من الممكن إذا استحال إيجاد معنى دقيق لمصلحة التجمع، فعلى الأقل توضيح معالمه الرئيسية.

وإذا ما احتكمنا للمصلحة الاجتماعية كمعيار لتحديد مصلحة التجمع من منظور قياسي، فإن المصلحة الاجتماعية ما هي إلا تجسيد لمفهوم الشركة وطبيعتها، فالبعض يستنتجون الطابع النظامي للشركة، والبعض الآخر يفضون بهذا النص القانوني إلى الطابع التعاقدي للشركة[1]. وهذا الأخير ناتج عن واقع أنه ينبغي بالضرورة توافر عقد لمؤسسة الشركة، والذي يحدد من خلاله الشكل القانوني، المدة، التسمية وسيرها. ويذكّر مؤيدو الأطروحة النظامية، أن الشركة وبمجرد تسجيلها، تكتسب الشخصية القانونية التي تمنح سلطة تمثيلها من خلال أجهزتها الاجتماعية، الذمة المالية الخاصة فضلا عن شخصيتها الاعتبارية التي تتيح لها صفة التقاضي، التعاقد بشكل مستقل، والمسؤولية عن أفعالها. وفي هذا فإن الشركة تختص بمصلحة قانونية متمايزة عن مصلحة شركاءها، في حين أن الأطروحة التعاقدية تؤدي إلى التقييد من المصلحة الاجتماعية واقتصارها على المصلحة المشتركة لشركائها، أما عن النظرية النظامية فتعترف بمصلحة قانونية خاصة بالشركة، تتجاوز مصلحة شركائها.

وبناء على هذا المفهوم الأخير ، الذي استند عليه تقرير المجلس الوطني لأرباب العمل الفرنسي (CNPF) والرابطة الفرنسية لمؤسسات القطاع الخاص (AFEP)، حول "مجلس إدارة الشركات المسعرة لقيمها المنقولة في البورصة"، والذي بمقتضاه تم تعريف المصلحة الاجتماعية على النحو التالي :"يمكن تعريف المصلحة الاجتماعية على أنها المصلحة الفضلى للشخص الاعتباري ذاته، وهذا يعني أن المؤسسة تعتبر عون اقتصادي مستقل« agent économique autonome »، تتبع

[1]. وجدي سليمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007، لبنان، ص633.

أهدافها الخاصة، المتمايزة بذلك عن مساهميها ، عمالها، دانيها بما في ذلك قباضة الضرائب وموردیها، عملائها، ولكن التي تتوافق مع مصالحهم المشتركة المتمثلة في ضمان الملائمة المالية والاستمرارية للمؤسسة"[1] . ويوضح هذا التقرير بالفعل المفهوم النظامي الذي دعت إليه مدرسة رين (école de Rennes) في الستينات والذي عرف وحدد "المصلحة الاجتماعية" باعتبارها "مصلحة المؤسسة" أو "مصلحة المشروع"، الجامعة لجميع المصالح الفئوية، والذي لاقى العديد من الأنصار والمؤيدين[2].

فمن منطلق أن مفهوم مصلحة التجمع لا يمكن تفسيره دون الرجوع لمفهوم "المصلحة الاجتماعية"، لأن مصلحة التجمع هي إلمام بجميع المصالح المختلفة للشركات التي تُكوِّن التجمع، من جهة، لأن الاعتراف القانوني بمصلحة التجمع قد تم تحقيق إمكانيته بفضل الطبيعة المرنة والمتغيرة لمفهوم المصلحة الاجتماعية، من جهة أخرى؛ سيتم التطرق للمعالجة القضائية لكل من جنحة التعسف في استعمال أموال الشركة (أولا) وتقييم اعتيادية تصرفات التسيير (ثانيا) من منظور "المصلحة المشتركة لكيانات التجمع".

أولا: الاحتكام القضائي لمصلحة التجمع في القانون الجزائي للأعمال

إن الإشكال المتعلق بمعرفة ما إذا كان ينبغي اتخاذ حل قضائي مختلف فيما يخص الشركات المنتمية للتجمع عن ذلك المتخذ بشأن الشركات المنعزلة الغير منتمية لأي تجمع قد نوقش في القانون الجزائي للأعمال، فالقضاء، على وجه الخصوص قد واجه إشكال معرفة، إذا كان من المناسب مراعاة سلوك مدير الشركة التابعة على ضوء مصلحة التجمع عندما يتعلق الأمر بتقييم وجود التعسف في استعمال أموال الشركة من عدمه. وبموجب القرار «ROZENBLUM» المؤرخ في 4 فبراير 1985[3]، قد اتخذت الغرفة الجزائية لمحكمة النقض الفرنسية، لأول مرة موقفا لصالح التقدير المتمايز للتعسف في

1- تقرير«VIENOT» هو تقرير لمجموعة العمل لكل من المجلس الوطني لأرباب العمل الفرنسيين والرابطة الفرنسية لمؤسسات القطاع الخاص حول مجلس إدارة الشركات المسعرة لقيمها المنقولة في البورصة؛ تعريف مقترح من طرف P. BISSARA؛ مقتبس عن:
Françoise Dieng , Transparence et gouvernement d'entreprise dans l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, LPA 24 jan. 2020, n° 150r3, p.9.

2- نجد A. PIROVANO يوضح التأثير السياسي التاريخي لمفهوم المصلحة الاجتماعية، فإبان الحرب الباردة تم تعزيز الطرح النظامي الراسخ بالإيديولوجية الرأسمالية التابع مع فكرة الرقابة، والاستدامة الاجتماعية ومن بعد ذلك ترك مجال أوسع للطرح التعاقدي في ظل ظاهرة حوكمة الشركات مع ظهور مفهوم جديد لـــ «المساهمين – المستثمرين" «actionnaires –investisseurs»، لا سيما صناديق التقاعد الأمريكية وفكرة الربح الأمثل للاقتسام، مقتبس عن:
A. PIROVANO, la « boussole » de la société. L'intérêt commun, l'intérêt social, l'intérêt de l'entreprise ? D.1997, P.189

3- Cass. crim., 4 février 1985, « Rozenblum », JCP 1986, 20585, note W. JEANDIDIER.

استعمال أموال الشركة، حسب ما إذا كان يتعلق بتصرفات ثم تحقيقها بين شركات منتمية لنفس التجمع أو تصرفات تمت بين شركات مستقلة[1]. في الواقع، كان القرار قد لقي استحسانا كبيرا، على اعتبارات محكمة النقض قد اعترفت بشكل قطعي بإمكانية الاحتجاج من قبل القائمين بالإدارة بمصلحة التجمع لعرقلة وعدم تفعيل أحكام التحريم الخاصة بالتعسف في استعمال أموال الشركات. وعلى الرغم من أن محكمة النقض قد أدلت في قضائها بقرار رفض النقض لقرار محكمة الاستئناف، إلا أنها قد اعتلت بهذا الحل القضائي إلى رتبة المبدأ من خلال التمسك بالشروط التي بناء عليها يتم الاعتراف بمصلحة التجمع في الحلول القضائية المعتمدة مستقبلا من قبل قضاة الموضوع. ومنذ ذلك الحين، يستعان بهذا القرار كدليل مرجعي[2]. وبشأن ترجيح اسقاط تطبيق العناصر التأسيسية لجنحة التعسف في استعمال

[1] - qui à été aussi adaptés dans décision jurisprudentiels plus tard ; a titre d'illustrations ; Cass. crim., 4 sept. 1996, n° 95-83.718 : « …. Sur le second moyen de cassation, pris de la violation de l'article **425** de la loi du 24 juillet 1966 et de l'article **593** du Code de procédure pénale :
" en ce que l'arrêt attaqué a déclaré Jean X... coupable d'abus de biens sociaux au préjudice de la SARL Hôtel de l'Espère, en répression, l'a condamné à la peine de 2 ans d'emprisonnement avec sursis, a prononcé à son encontre l'interdiction de vote et d'éligibilité pendant 5 ans et, sur l'action civile, a condamné Jean X... à payer à la SARL Hôtel de l'Espère la somme de 482 862 francs à titre de dommages-intérêts ; aux motifs que de juin à septembre 1988, période pendant laquelle il était gérant de la SARL Hôtel de l'Espère, Jean X... a opéré divers retraits au profit de son compte personnel, au préjudice de cette dernière société ; que ces prélèvements étaient sans rapport avec l'objet social, puisqu'ils ont été utilisés pour combler les dettes de la SCI de Paiolive ; que les procédés utilisés parfaitement irréguliers du seul point de vue comptable font en toute hypothèse obstacle à ce que soit invoquée la notion de groupe au demeurant non adaptée aux faits ;
1° Alors que le d élit d'abus de biens sociaux n'est pas caractérisé en présence de concours financiers apportés par le dirigeant d'une société à une autre société complémentaire de la précédente, liée à cette dernière par des intérêts économiques communs, lesquels rendent les 2 sociétés interdépendantes et constitutives d'un groupe ; " que la SARL Hôtel de l'Espère ayant été créée pour exploiter un hôtel-restaurant dans les locaux propriété de la SCI de Paiolive, et, par le paiement de loyers au bénéfice de la SCI, pour renforcer les capacités financières de cette dernière, la cour d'appel ne pouvait se borner, pour écarter l'existence d'un groupe entre ces deux sociétés interdépendantes et liées entre elles par des intérêts économiques et financiers communs, à relever la caractère prétendument irrégulier des procédés utilisés pour les prélèvements de fonds reprochés, et a ainsi statué par des motifs inopérants, privant ainsi sa décision de toute base légale au regard des textes visés au moyen ;
2° Alors que le délit d'abus de biens sociaux n'est pas constitué en l'absence de mauvaise foi du prévenu, laquelle doit être expressément constatée ; qu'en omettant de constater que Jean X... aurait commis de mauvaise foi les faits reprochés, la cour d'appel a violé les textes visés au moyen ;……..; Attendu qu'en cet état, la cour d'appel, qui a caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit reproché, a justifié sa décision ; Qu'en effet, le concours financier apporté par le dirigeant d'une société à une autre entreprise dans laquelle il est intéressé, n'échappe aux prévisions des textes incriminant le délit d'abus de biens sociaux que si, d'une part, l'existence d'un groupe de sociétés est établie, et si, d'autre part, ce concours est dicté par les intérêts de ce groupe appréciés au regard d'une politique commune, n'est pas dépourvu de contrepartie ou ne rompt pas l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés, et n'excède pas les possibilités financières de celle qui en supporte la charge ; que tel n'est pas le cas en l'espèce ;in : Cass. crim., 4 sept. 1996, n° 95-83.718, Bulletin criminel 1996 N° 314 p. 947

[2]- « Le concours financier apporté par le dirigeant d'une société à une autre entreprise dans laquelle il est intéressé, n'échappe aux prévisions des textes incriminant l'abus de biens sociaux que si, d'une part, l'existence d'un groupe de sociétés est établie, et si, d'autre part, ce concours est dicté par les intérêts de ce groupe appréciés au regard d'une politique commune, n'est pas dépourvu de contrepartie ou ne rompt pas l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés, et n'excède pas les possibilités financières de celle qui en supporte la charge ; que tel n'est pas le cas en l'espèce ». En effet, les juges du fond avaient relevé que l'emploi des fonds était contraire à l'intérêt social de la SARL distributrice et que les procédés utilisés étaient irréguliers d'un point de vue comptable ; in Cass. crim., 4 septembre 1996, JCP 1998, II. 10017, note M. PRALUS

أموال الشركة[1] ومن خلال النصوص القانونية التنظيرية على اعتبار أن جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة هي قيام المسيرين فيها باستخدام أموالها لأغراض شخصية ومخالفة لمصلحتها مع توفر عنصر التعمد والقصد من هذه الافعال، ومنه يمكننا حصر خصائص هذا التعريف في:

-أن مرتكب هذه الجريمة يكون مسير أو رئيس مجلس الادارة أو المدراء العامون للشركة؛

-توفر عنصر القصد وسوء النية في استخدام أموال الشركة؛

---

[1]- تعتبر جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة من بين أهم الجرائم التي تمس الشركات التجارية وجاءت في القانون التجاري الجزائري في الباب الثاني المتعلق بالأحكام الجزائية للقانون التجار وذلك بموجب المواد 800 فقرة 4،المادة 811 فقرة 3 والمادة 840 فقرة 1 من القانون التجاري الجزائري ومن ثمة فقد تم تعريف هذه الجريمة في القانون التجاري كما يلي: "-يعاقب بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط المسيرون الذين استعملوا عن سوء نية أموالا أو قروضا للشركة استعمالا يعلمون أنه مخالف لمصلحة الشركة تلبية لأغراضهم الشخصية أو لتفضيل شركة أو شركة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة"[1] ،هذا التعريف يخص الشركات ذات المسؤولية المحدودة؛ كما تعرف أيضا: "يعاقب بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط: رئيس شركة المساهمة ومديروها العامون الذين يستعملون عن سوء نية أموال الشركة أو سمعتها في غايات يعلمون أنها مخالفة لمصلحتها، لأغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو شركة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة"[1] ،فيما يتعلق هذا التعريف بشركة المساهمة. وفي هذا الصدد لم ينص المشرع الجزائري على تطبيق أحكام جريمة التعسف استعمال أموال الشركة على مسيري شركات الأشخاص (شركة التضامن، التوصية البسيطة وشركة المحاصة).

لم يرد في القانون الجزائري أي مادة تنص صراحة على تطبيق هذه الجريمة على مسيري هذا النوع من الشركات من عدمه، وعلى إثر ذلك جاءت اجتهادات الباحثين القانونيين بالرأي أنه وباعتبارها أنها تخضع تقريبا لنفس قوانين الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلا ما تعلق منها بأحكام خاصة فإنه يمكننا تطبيق هذه الجريمة على مسيري المؤسسة ذات الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحدودة، وهو الموقف الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية مبررة موقفها بأن المسير في هذه الشركة يحاول الاستفادة من الشخصية المعنوية للشركة للقيام باستغلال أموالها في غير صالحها أو لحسابه الشخصي (مقتبس عن: شراد غزلان؛ روابحي عبد الناصر، سوء استعمال اموال الشركة بين القانون الجزائري ومعايير التدقيق الدولية دراسة مقارنة لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة ومعيار التدقيق الدولي رقم Isa240 ، مجلة الاقتصاد الصناعي، العدد 12، جوان، 2017، ص.282-301؛ فتح الله لفقيه، الحماية الجزائية لأموال الشركة من الاستعمال التعسفي في ظل القانون التجاري، ص.293-313.)

ونفس الأمر ملحوظ في التشريع الفرنسي؛ فظهور جنحة التعسف في استعمال أموال الشركة أو ائتمان الشركة أو التعسف في السلطات من قبل المديرين الاجتماعيين، قدم لأول مرة في المرسوم بقانون (décret –loi) المؤرخ في 8 أوت 1935، الذي يسبق الظهور الموسع لظاهرة التجمع، وتفسر هذه الأسبقية سبب استغناء المشرع الاعتبارات الخاصة بشأن العلاقات بين شركات التجمع. وعلى الرغم من أن التجريم قد تم تدوينه لاحقا في التقنين التجاري، فإنه لم يتم تدارك القصور التشريعي منذ قانون 24 جويلية 1966، الذي لا يتضمن إلا القليل من الاحكام بشأن ظاهرة تجمع الشركات في شأن الشركات التابعة، المساهمات وتجمعات الشركة.

ونتج عن ذلك التعريف الموالي للتعسف في استخدام أموال الشركات بالمواد °4; °3-6-242.L من التقنين التجاري الفرنسي بالنسبة لشركات المساهمة؛ وبشروط وصياغة مماثلة بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة من خلال المادة °4-3-241.L,5 من التقنين السابق الذكر تجاه المسير[1]؛

« Le fait pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux de faire de mauvaise foi, des biens ou des crédits de la société, en usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle – ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il sont intéressés directement ou indirectement »

"حقيقة قيام الرئيس، المديرين أو المديرين العامين، عن سوء نية، باستخدام أموال أو ائتمان الشركة، استخداما على علم بمخالفته لمصلحة هذه الأخيرة، لمصلحة شخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح بصفة مباشرة أو غير مباشرة"

W. JEANDIDIER, Le droit pénal des affaires, 6ème éd. Dalloz Paris 2005, n° 269 et s., p. 369 et s ; Jean Paul Antona,PhilipeCollin,FrançoisLanglart, La responsabilité pénale des cadres et dirigeants dans le monde des affaires, Dalloz 1996 avec le soutien de la fondation HEC, p. 39.

–تغليب المصالح الشخصية لمرتكب الجريمة على مصلحة الشركة[1].

ولا يخلو تطبيق الركن المادي والمعنوي لاسناد هذا الجرم[2] على العلاقات بين شركات التجمع من دون إثارة العديد من الصعوبات. في الواقع، ضمن التجمع، غالبا ما يتطلب لتنفيذ سياسة التجمع، تحويلات مالية، سواء كانت في شكل تسبيقات، قروض أو أداة أخرى من شركة أخرى، على سبيل المثال؛ لتمويل المشاريع البحثية المشتركة، لتطوير بعض الهياكل وما إلى ذلك، في حين أنه من خلال ارتكاز جنحة التعسف في استخدام أموال الشركة على المصلحة الاجتماعية للشركة المقدمة للخدمة و المساعدات المالية التي تقدمها للشركة الأخرى، فإن المشرع قد تجاهل تماما خصوصية علاقات التجمع بحيث أن العمليات المحققة بين شركات التجمع يمكن أن يتم توصيفها بسهولة بجنحة التعسف في استخدام أموال الشركة، ذلك حتى لو كان التحويل المالي داخل التجمع، يمكن أن يكون له مزايا إيجابية بالنسبة للشركة المقدمة للمساعدة المالية، على المدى القريب أو البعيد. في الواقع، بمجرد نجاح السياسة المحتكم إليها تجاه الشركة المواجهة لتعثر المالي بفضل الأموال المحولة، فإن ذلك سيعود بالنفع على الشركات المنتمية للتجمع، على اعتبار الوضع ديناميكي للتجمع. إن هذا الشغور التشريعي يوضح ويدل على أي مدى هناك عدم تلائم استخدام الأحكام العقابية الردعية للتجريم المتعلق بالتعسف في استعمال الأموال الاجتماعية تجاه العلاقات بين الشركات داخل التجمع.

وفي مواجهة هذا القصور التشريعي، وجمود وعدم فاعلية المشرع تجاه الواقع الاقتصادي، أظهر القضاة موقفا عمليا من خلال إضفاء المرونة على أركان جنحة التعسف في استعمال أموال الشركة، على نحو أقلمة وإضفاء تناسق وانسجام للتجريم تماشيا مع الواقع الاقتصادي. استحدث القضاء الفرنسي إمكانية لتبرير التعسف في استخدام أموال الشركة عندما يقع التصرف المجرم في إطار السياسة العامة للتجمع، غير أن هذا التبرير، الذي يقصد به مراعاة العلاقات بين الشركات داخل التجمع، يخضع لشروط تقييدية للغاية، إن المقاربة القضائية الجديدة المعتمدة من جانب القضاء لجنحة التعسف في استعمال الأموال الاجتماعية تجاه العلاقات بين الشركات داخل التجمع في قرار «ROZENBLUM» لمحكمة النقض[3]، مستوحاة إلى حد كبير من النظرية التي وضعتها المحكمة

---

[1]-MASCALA, La responsabilité pénale des dirigeants sociaux, JCP E 2001, p. 22.

[2]–ويترتب على ذلك أن توافر هذه الجنحة يتطلب اجتماع الركن المادي والركن المعنوي. ويتحقق الركن المادي من خلال الاستخدام الذي يتنافى مع المصلحة الاجتماعية. ومفاده إما الاستيلاء أو تبديد الأموال الاجتماعية. أما عن الركن المعنوي فهو ذو شقين؛ فمن ناحية، يجب أن يكون الوكيل قد تصرف بسوء نية، بمعنى أن يكون على علم أن التصرف يتعارض مع المصلحة الاجتماعية. ومن ناحية أخرى، يجب أن يكون المدير قد تصرف لتحقيق غاياته الشخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى أين كان له فيها مصلحة مباشرة أو غير مباشرة.

[3]– يتضح من قرار «ROZENBLUM» أن محكمة النقض تُعرض على عدم استخدام المصطلح "مصلحة التجمع"، ولكن بدلا من ذلك الاحتكام للتعبير الموالي "المصلحة المشتركة لشركات التجمع"، وكذلك من خلال العبارة "المصلحة المالية، الاقتصادية والاجتماعية المشتركة".

الابتدائية الكبرى لباريس في قضية «WILLOT»[1]. ففي هذا الصدد، كانت المحكمة الابتدائية الكبرى رائدة غي موقفها القضائي؛ أو كما اصطلحت عليها الأستاذة Vanessa DESSOUTTER باستعارة «faisant figure d'un pionnier»[2]؛ حيث أنها قد خلصت إلى أنه ينبغي إضفاء المرونة على القواعد الكلاسيكية المجرمة لجنحة التعسف في استعمال الأموال الاجتماعية في سياق تجمع الشركات؛ واعتبرت بذلك أنه ينبغي الاستعاضة عن مفهوم "التعدي على المصلحة الاجتماعية" في العلاقات بين الشركات داخل التجمع، بمعيار "الامتثال للسياسة العامة للتجمع"[3]، وأخضعت هذا الحلول أو الاستبدال إلى توافر ثلاث شروط تراكمية. فمن ناحية، يجب إثبات وجود تجمع "ذو هيكل متماسك، قائم على أسس غير مصطنعة"، على نحو تتمكن فيه الكيانات التي تشكله من المساهمة في "تحقيق الغرض الاجتماعي للتجمع"، ومن ناحية أخرى، يجب أن تكون التضحيات المطلوبة من إحدى الشركات محققة "في إطار مصلحة التجمع للحفاظ على توازن المصالح فيه أو إتباع سياسة عامة متماسكة، وليس في المصلحة الشخصية لمديريه". وأخيرا، فإن التضحيات التي تتحملها الشركة لا ينبغي أن "تلحق بالشركة المعنية بمخاطرة كبيرة، مجرّدة من أي مقابل كاف، أو من دون ما يتناسب مع إمكانيتها الحقيقية، مما يجعل من الممكن التنبؤ، في لحظة اتخاذ القرار، بصعوبات جسيمة في المستقبل، تضر بمساهميها ولدائنيها"[4].

---

[1]- TGI Paris, 11ème ch., 16 mai 1974, « Willot », D. 1975, p. 37.

[2]-Vanessa Desoutter, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes, éditi.Frankfurt am Main : Peter Lang,2012, p.205.

[3]– في القرار «ROZENBLUM»، لا تستهدف محكمة النقض صراحة "مصلحة التجمع"، ولكنها تذكر "المصلحة المشتركة لشركات التجمع" كأحد العناصر التبريرية لاستخدام الذمة المالية الاجتماعية. وهذه الاخيرة يمكن أن تكون "اقتصادية، مالية أو اجتماعية"، وهناك سبب يدعو إلى التساؤل عن مفاد المصلحة المشتركة ومفهومها؛ حيث تجدر الإشارة والتذكير بأن مفهوم المصلحة الاجتماعية، الذي يخلو من أي تعريف تشريعي وقضائي دقيق بجميع الاجتهادات القضائية، لديه ميزة بقائه كمفهوم قابل للتعديل وفقا للاحتياجات. ولا يمكن بذلك أن تكون المصلحة المشتركة للشركات، موضوعا لتعريف أكثر دقة. ونتيجة لذلك، كيف يمكن تعريف "وحدة المصالح" «communauté d'intérêt» في حين أن المصلحة الاجتماعية غير خاضعة لتعريف موحد؟ فهذا أمر مستحيل، على اعتبار أن التعريف الذي قامت بإيراده محكمة النقض، أي الطابع الاقتصادي، الاجتماعي أو المالي، الذي يمكن أن تشتمل عليه المصلحة المشتركة، لا يشكل دعما كبيرا في تحديد مفهوم هاته الأخيرة.

F. STASIAK rejette l'idée même de fait justificatif tiré de la notion de groupe en ce qui concerne l'abus de biens sociaux. Selon lui, en appréciant l'existence de contrepartie, l'équilibre entre les sociétés concernées, et l'absence de charges excessives, la Cour de cassation a plutôt cherché à apprécier la gravité de l'atteinte ou l'anormalité du risque supporté par le patrimoine social caractéristique de l'abus des biens ou du crédit de la société, comme elle le fait pour une société isolée. Les conditions ainsi posées par la Cour de cassation ne doivent pas être considérées comme l'émanation d'un fait justificatif mais tout simplement comme simple élément d'appréciation de l'existence ou non de l'infraction : in Colloques de la Cour de cassation, 2004, La pertinence économique de l'incrimination de l'abus de biens sociaux.

[4]- Vanessa Desoutter, loc.cit.

Aussi ; La difficulté de cerner l'intérêt social explique certainement que la jurisprudence refuse la justification par l'intérêt commun du groupe en cas de conflit de qualification entre l'abus de biens sociaux et la banqueroute, cette dernière incrimination existant indépendamment de la satisfaction de l'intérêt personnel ou de la violation de l'intérêt social : V. Cass crim., 20 juillet 1997, Rev. sociétés 1994, p. 93, note B. BOULOC.

ويكرر الأخذ بهذا الموقف القضائي من خلال قرار «ROZENBLUM»، ولكن بمزيد من الوضوح والتمكن بالارتكاز من خلال الاجتهاد القضائي للمحكمة الابتدائية الكبرى وطروحاتها بقضائها أنه "من أجل ألا يتم تطبيق أحكام المادة 425 فقرة 4 و المادة 437 فقرة 3 ، فإن المساعدات المالية من قبل المديرين الفعليين أو القانونيين لشركة إلى مؤسسة أخرى من نفس التجمع التي لهم فيها مصالح بشكل مباشر أو غير مباشر التي تمليها مصلحة اقتصادية، اجتماعية أو مالية مشتركة، يتم تقديرها على ضوء السياسة التي وضعت للتجمع بأكمله، ويشترط ألا تكون مجرّدة من أي مقابل، ولا حتى تؤدي إلى الإخلال بالتوازن بين التزامات مختلف الشركات المعنية، ولا حتى أن تتجاوز الإمكانيات المالية للشركة التي تتحمل عبء المساعدة المالية"[1].

ومن ثم فإن القرار «ROZENBLUM» يكرس إمكانية الاحتجاج بـــ"المصلحة المشتركة للتجمع" لتبرير العملية التي إذا ما تم إنجازها من قبل شركة غير منتمية لأي تجمع؛ أو ما يصطلح عليه بـــ "الشركة المنعزلة"، سيتم توصيفها بأنها جنحة التعسف في استعمال أموال الشركة. هذا القرار لافت للنظر على اعتبار أنه يمنح بعدا جديدا لجنحة التعسف في استخدام الاموال الاجتماعية في العلاقات بين الشركات داخل التجمع، والذي لديه ميزة مراعاة خصوصية العلاقات بين الشركات داخل التجمع، لكن بدون انتهاك وتجاهل مبدأ الاستقلال القانوني للشركات[2]. أيضا فإن تبرير التعسف في استعمال الاموال الاجتماعية في سياق العلاقات داخل التجمع تم تأطيره بشكل تقييدي للغاية من قبل محكمة النقض. وسوف يساعد تحليل الشروط المطروحة في هذا الشأن إلى الاستيعاب بشكل أفضل لطبيعة المصلحة التي من المرجح أن تؤدي إلى الإعفاء واستبعاد التوصيف بالتعسف في استخدام الأموال الاجتماعية، وكذلك بتحديد علاقة هذه المصلحة المعروفة على مستوى التجمع مع المصلحة الاجتماعية للشركة المتضررة[3].

---

[1]- « pour échapper aux prévisions des articles 425 al. 4 et 437 al. 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 du groupe, et ne doit
être ni démuni 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 ».in ;TGI Paris, 11ème ch., 16 mai 1974, « Willot », D. 1975, p. 37.

[2]-B. BOULOC, Droit pénal et groupes d'entreprises, Rev. sociétés 1988, p. 189.

[3]- F. STASIAK rejette l'idée même de fait justificatif tiré de la notion de groupe en ce qui concerne l'abus de biens sociaux. Selon lui, en appréciant l'existence de contrepartie, l'équilibre entre les sociétés concernées, et l'absence de charges excessives, la Cour de cassation a plutôt cherché à apprécier la gravité de l'atteinte ou l'anormalité du risque supporté par le patrimoine social caractéristique de l'abus des biens ou du crédit de la société, comme elle le fait pour une société isolée. Les conditions ainsi posées par la Cour de cassation ne doivent pas être considérées comme l'émanation d'un fait justificatif mais tout simplement comme simple élément d'appréciation de l'existence ou non de l'infraction : in Colloques de la Cour de cassation, 2004, La pertinence économique de l'incrimination de l'abus de biens sociaux.

يتضح من قرار «ROZENBLUM» أن محكمة النقض تُعرض على عدم استخدام المصطلح "مصلحة التجمع"، ولكن بدلا من ذلك الاحتكام للتعبير الموالي "المصلحة المشتركة لشركات التجمع"[1]، وكذلك من خلال العبارة "المصلحة المالية، الاقتصادية والاجتماعية المشتركة". والإشكال الذي يطرح في هذا الصدد، هو معرفة، إلى أي مدى وفي أي تدبير تشتمل هذه التعبيرات على مفهوم مصلحة التجمع وما هي حدود أو قيود الاعتراف ب"المصلحة المشتركة"؟

وهناك سبب يدعو إلى التساؤل عن مفاد المصلحة المشتركة ومفهومها؛ حيث تجدر الإشارة والتذكير بأن مفهوم المصلحة الاجتماعية، الذي يخلو من أي تعريف تشريعي وقضائي دقيق بجميع الاجتهادات القضائية، لديه ميزة بقائه كمفهوم قابل للتعديل وفقا للاحتياجات. ولا يمكن بذلك أن تكون المصلحة المشتركة للشركات، موضوعا لتعريف أكثر دقة. ونتيجة لذلك، كيف يمكن تعريف "وحدة المصالح" «communauté d'intérêt» في حين أن المصلحة الاجتماعية غير خاضعة لتعريف موحد؟[2] فهذا أمر مستحيل، على اعتبار أن التعريف الذي قامت بإيراده محكمة النقض، أي الطابع الاقتصادي، الاجتماعي أو المالي، الذي يمكن أن تشتمل عليه المصلحة المشتركة، لا يشكل دعما كبيرا في تحديد مفهوم هاته الأخيرة.

ومن ناحية أخرى، فإن مفهوم المصلحة المشتركة أكثر تعقيدا من مفهوم المصلحة الاجتماعية، حيث إنه لا يمكن الخلط بينها وبين "المصلحة الحصرية للشركة المهيمنة"أو "مصلحة الشركة رأس التجمع". والواقع أنه لا يمكن أن تكون قادرة على فرض تقديم الدعم المالي من بعض لشركات التجمع لتخصيصه لشركات أخرى، فقط لتفضيل مصلحتها الحصرية. فالمصلحة المشتركة تختلف كذلك عن المصلحة الخاصة للشركة المستقلة. إلا أنه يطرح الإشكال كذلك المتعلق بمعرفة بمدى تشابه المصلحة المشتركة وأوجه تقاربه مع مصلحة التجمع، أهي ذاتها؟ فبعض الكتاب لا يضعون التفرقة بين هذين

---

[1]– إن مفهوم المصلحة المشتركة أكثر تعقيدا من مفهوم المصلحة الاجتماعية، حيث إنه لا يمكن الخلط بينها وبين "المصلحة الحصرية للشركة المهيمنة "أو "مصلحة الشركة رأس التجمع". والواقع أنه لا يمكن أن تكون قادرة على فرض تقديم الدعم المالي من بعض لشركات التجمع لتخصيصه لشركات أخرى، فقط لتفضيل مصلحتها الحصرية. فالمصلحة المشتركة تختلف كذلك عن المصلحة الخاصة للشركة المستقلة. إلا أنه يطرح الإشكال كذلك المتعلق بمعرفة بمدى تشابه المصلحة المشتركة وأوجه تقاربه مع مصلحة التجمع، أهي ذاتها؟ فبعض الكتاب لا يضعون التفرقة بين هذين التعبيرين، وبالتالي ينسبون إلى القرار «ROZENBLUM» الاعتراف بمصلحة التجمع، وقد أثبتت مؤلفين آخرين أن المصلحة المشتركة ومصلحة التجمع لا يمكن استخدامهما كمرادفين لبعضهما البعض. فالمصلحة المشتركة لا يمكن أن تعني مصلحة التجمع بصفة حتمية. ففي الواقع، وكما هو مشار إليه من قبل الفقيه D.OHL ، فإن وحدة المصالح في مجال التعسف في استخدام الاموال الاجتماعية هو في الواقع عبارة عن: "تلاقي المصلحة العامة للتجمع والمصلحة الخاصة للشركة المتضررة"

[2]-La difficulté de cerner l'intérêt social explique certainement que la jurisprudence refuse la justification par l'intérêt commun du groupe en cas de conflit de qualification entre l'abus de biens sociaux et la banqueroute, cette dernière incrimination existant indépendamment de la satisfaction de l'intérêt personnel ou de la violation de l'intérêt social : Cass crim., 20 juillet 1997, Rev. sociétés 1994, p. 93, note B. BOULOC.

التعبيرين، وبالتالي ينسبون إلى القرار «ROZENBLUM» الاعتراف بمصلحة التجمع، وقد أثبت مؤلفين آخرين أن المصلحة المشتركة ومصلحة التجمع لا يمكن استخدامهما كمرادفين لبعضهما البعض. فالمصلحة المشتركة لا يمكن أن تعني مصلحة التجمع بصفة حتمية. ففي الواقع، وكما هو مشار إليه من قبل الفقيه D.OHL ، فإن وحدة المصالح في مجال التعسف في استخدام الاموال الاجتماعية هو في الواقع عبارة عن: "تلاقي المصلحة العامة للتجمع والمصلحة الخاصة للشركة المتضررة"[1].

وبذلك فإن كلا المفهومين مختلفين ومتمايزين. فالمصلحة المشتركة هي في ذات الوقت مصلحة التجمع ومصلحة الشركة التي قدمت المساعدة المالية. ولذلك فإن المصلحة المشتركة ليست مصلحة التجمع ولا مصلحة الشركة المقدمة المساعدة في حد ذاتها، ولكن الاثنين معا. وبالتالي فإن المصلحة المشتركة تعني بالضرورة احترام المصلحة الخاصة للشركة المستهدفة، خلافا لمصلحة التجمع التي لا تؤدي إلى الانشغال بالمصلحة الخاصة للشركات المنتمية للتجمع، على اعتبار أنها تهدف وتسعى في المقام الأول إلى "الحصول على الملاءة المالية العامة التي تعلو على مجموع الأرباح التي كان يمكن أن تحقق من قبل كل شركة عضو في التجمع على حدة"[2]؛بحيث إذا لزم الأمر الإضرار بإحدى هاته الشركات لتلبية مصلحة التجمع ككل.

ويوضح الفرق القائم بين "مصلحة التجمع" و"المصلحة المشتركة"، تفضيل ومنح الأولوية من قبل محكمة النقض لمصطلح"المصلحة المشتركة". بل هو أيضا متوافق ومتماشي مع الشروط التقييدية والصارمة المفروضة تجاه الشركة المقدمة للمساعدة المالية والتي تهدف إلى ضمان حماية المصلحة الاجتماعية الخاصة بهاته الأخيرة. سيؤدي إلى تكريس العبارة "مصلح التجمع" بوضوح، إلى عدم مراعاة المصلحة الاجتماعية للشركة المنتمية للتجمع، ولكان ذلك سيتعارض مع أسس قانون الشركات التي بناء عليها يرفض اعتبار التجمع ككيان قانوني منفصل ومستقل عن الأعضاء المشكلين له. إلا أنه من خلال الإشارة فقط، وبصفة حصرية، إلى "المصلحة المشتركة"، فإن محكمة النقض توضح أنها تعترف بمصلحة التجمع فقط في حدود المصلحة الاجتماعية. لذلك عندما يستخدم المؤلفين مصطلح "مصلحة التجمع" فإن ذلك فقط في المعنى الذي يفضي إلى "المصلحة المشتركة لمختلف شركات التجمع"، وهذا يعني مقبولية أخذ مصلحة التجمع في الاعتبار ضمن المصلحة الاجتماعية[3].

[1]- D. OHL à propos de l'arrêt « Rozenblum », D. 1985, p. 480.
[2]- D. OHL, loc.cit.
[3]-R. SALOMON, L'intérêt de groupe, fait justificatif de l'abus de biens sociaux, Dr. sociétés 2006, n°1, comm. 12 à propos de l'arrêt de la CA Rennes, 3ème ch. corr., 6 janvier 2005.

وهذا لا يمنع التقدير الواسع للمصلحة المشتركة مثلما هو معمول به في تقدير المصلحة الاجتماعية، والذي يمكن أن يشمل بعدا أوسع أو أضيق، استنادا إلى طبيعة النزاع المعروض للفصل فيه. وتوضح محكمة النقض أن المصلحة المشتركة، يمكن أن تكون اقتصادية، مالية أو حتى اجتماعية. ومثل هذا التقدير له ما يبرره تماما فيما يخص الجريمة الجزائية، على اعتبار أن المشرع يهدف إلى قمع التعدي على النظام العام الاقتصادي والاجتماعي في المقام الأول، ونتيجة لذلك، فإن المصلحة المحمية ليست فقط متجسدة في مصلحة الشركاء، ولكنها تتجسد كذلك في الذمة المالية للشركة ذاتها ومصلحة الغير[1]. وخلافا للمصلحة الاقتصادية والمالية، تظهر المصلحة الاجتماعية صعبة التحديد بشكل مفصل ودقيق. فتستهدف المصلحة المشتركة الاجتماعية لعُمال التجمع، لذلك نجد أن المساعدة المالية المقدمة من قبل الشركة المسيطر عليها تهدف إلى الحفاظ على أقصى عدد من فرص العمل المهددة باختزالها على نحو جسيم[2]. والبعض[3] قد خلص إلى أنه بالقانون الجزائي، تتداخل المصلحة المشتركة مع مصلحة المؤسسة[4].

إن وجود مصلحة مشتركة ينطوي بالضرورة على التخطيط المسبق لسياسة التجمع، والتي في خلاف عدم وضعها، لن يكون هناك وحدة في المصالح. وبذلك فإن محكمة النقض تتطلب بالإضافة إلى تلبية المصلحة المشتركة، أن تكون العملية قد نفذت في إطار السياسة العامة للتجمع للقدرة على تبريرها واستبعاد التوصيف على أساس جنحة التعسف في استخدام أموال الشركة[5]. وبالتالي فإن التصرف سيكون موضع تقدير في ضوء السياسة العامة للتجمع وذلك لتحديد ما إذا كان يتوافق ويتماشى مع الأهداف المسطرة للتجمع، وبذلك يتم إضفاءه بالشرعية القانونية عندما سيؤدي إلى توقع إيجابيات بالنسبة لمجموع التجمع، وهذا يعني بالضرورة أن سياسة التجمع يتم تحديدها مسبقا وتتسم بالوضوح. فقرارات الاقتراض والموافقة على منح القروض، فضلا عن تخصيصاتها وتوزيعاتها ينبغي بالضرورة أن تظهر بوضوح في الاتفاقيات المبرمة بين الشركة المقدمة للمساعدة المالية والشركة المتلقية أو المستفيدة. وفي القرار «ROZENBLUM»، تؤكد محكمة النقض أن المساعدات المالية قد تمت "دون

[1]- Cass. crim., 26 mai 1994, JCP E 1995, II, p. 644, note H. LE NABASQUE.
[2]- W. JEANDIDIER, à propos de l'arrêt Rozenblum, JCP 1986, 20585.
[3]-A. DEKEUWER, Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux, JCP E 1995, n° 43, p. 421.
[4]-L'entreprise se définissant comme « une unité économique impliquant la mise en œuvre de moyens humains et matériels de production ou de distributions des richesses et qui repose sur une organisation préétablie », Lexique des termes juridiques, 13ème éd. Dalloz Paris 2001, p. 239. L'intérêt de l'entreprise constitue une synthèse des intérêts des différents acteurs de la vie de l'entreprise : salariés, associés, créanciers et autres partenaires de la société. In :Vanessa Desoutter, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes, éditi. Frankfurt am Main : Peter Lang, 2012, p.208.
[5]- Cass crim., 23 avril 1991, RJDA 7/91, n° 602 : la chambre criminelle refuse de justifier l'acte litigieux au motif de l'absence d'une politique de groupe dès lors que « les sociétés en cause sont liées par des jeux d'écritures, aucune politique n'étant décidée en conseil d'administration ou en assemblée générale ».

إبرام أي اتفاقية ووفقا لمتطلبات اللحظة"[1]؛ حتى تستنتج بذلك غياب وجود سياسة التجمع. ومع ذلك نجد في الناحية العملية أن تعقد وتنوع أساليب وطرق التنظيم والهيكلة للتجمعات، بل كذلك ونظرا لاختلاف وتعدد المصالح المعنية، هو أمر لا يُمكِّن من إضفاء اليسر والسهولة على تحديد سياسة التجمع وتقييم مضامينها. ويشير الفقيه Q.Urbain إلى استعارة« voile opaque » "المفهوم المبهم" للدلالة على سياسة التجمع[2].

وواجب أن يكون التصرف كاشفا عن سياسة التجمع يتطلب بالضرورة اكتساء التجمع درجة من الهيكلة ولو كانت ذات الحد الأدنى، والتي من دونها سيكون من المستحيل وضع أو حتى تنفيذ سياسة التجمع. ونظرا لعدم وجود تعريف للتجمع، سيكون من الضروري تقييم ما إذا كان الهيكل كافيا للقدرة على دعم سياسة مشتركة. و في قضية «ROZENBLUM»، فإن المدعين قَوَّموا أن الروابط المالية القائمة بين مختلف الشركات كانت كافية للتوصيف بوجود تجمع، وفي هذا الصدد، لم تؤيد محكمة النقض هذه الحجة بالقول أن الروابط المالية في سياق الاستعانة بها للتبرير لنزع العقاب المترتب عن التعسف في استعمال الأموال الاجتماعية، لا يمكنها لوحدها الدلالة على وجود التجمع، بل يجب أن يشكل التجمع "وحدة اقتصادية حقيقية"، في حين أنه في وقائع قضية «ROZENBLUM» لم تظهر أية "وحدة اقتصادية"، نظرا لأن أن الشركات كان لها " أنشطة مختلفة تماما مجردة من أي صلة منطقية ذات حد أدنى "؛(بعضها كان غرضها الاجتماعي متمثل في البناء أو الترقية العقارية، والبعض الآخر استغلال محلات تجارية مختلفة)[3]. إن تبرير التعسف في استخدام الأموال الاجتماعية في التجمع يتطلب أن تستكمل الوحدة المالية بالوحدة الاقتصادية والتي تتطلب وجود "مجموع متناسق"؛ "تنظيم مهيكل" الذي يتمحور حول حساب اقتصادي مشترك، والذي تتواجد على رأسه الشركة التي من المرجح أن توجه الاوامر والتعليمات للشركات الأخرى، والتي بدورها ستقوم التحقيق من تنفيذها من خلال رقابة ذلك. وفي خلاف تشكيل مثل هاته الوحدة الاقتصادية، فإن تشكل تجمع ما، ليس إلا أمر وقائعي، وفي مثل هذه الحالة لن يكون هناك حجة تدعو لمعالجة التحويلات المالية داخل التجمع بشكل مختلف عن التحويلات المالية التي تتم بين الشركات المنعزلة[4]. وعلى أساس هذا المنطق يستند

[1]-W. JEANDIDIER à propos de l'arrêt Rozenblum sous JCP 1986, 20585.
[2]- Q. URBAIN, La communauté d'intérêts, un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés, RTD com. 2000, p. 53.
[3]-W. JEANDIDIER a propos de l'arrêt Rozenblum sous JCP 1986, 20585.
[4]- Cass. crim., 24 février 1999, JCP E 1999, n° 51-52, p. 2064, obs. MULLER : les rapports entre les sociétés doivent révéler une unité économique réelle et ne doit pas reposer sur une simple apparence en vue de masquer l'irrégularité des actes.

القضاء، وهو الأمر المجادل فيه والمنتقد من قبل المدافعين عن رفض تبرير تصرف الاستخدام الاجتماعي بين الشركات المنتمية لنفس التجمع ولكن التي ليس لديها أنشطة تكميلية[1].

إن هذا الاجتهاد القضائي يسمح بالاعتراف بمصلحة التجمع على صعيد التكييف والتوصيف كمبرر لاستبعاد جنحة التعسف في استعمال الأموال الاجتماعية، إلا أن هذا الاعتراف يبقى محدودا للغاية ومقتصر بشكل صارم على احترام المصلحة الاجتماعية للشركة المقدمة للمساعدة المالية.

إن مبدأ التبرير بمصلحة التجمع متوقف على شروط صارمة للغاية تفرضها محكمة النقض في شأن الشركة المتضررة. في الواقع، توضح هاته الأخيرة في قضائها، على أن " المساعدات المالية يجب ألا تكون من دون أي مقابل أو حتى ألا تخل بالتوازن بين التزامات مختلف الشركات المعنية، ولا تتجاوز الإمكانيات المالية لتلك التي تتكفل بها"[2]، والمؤكد أنه إذا كان باستطاعة الشركة مساعدة شركة أخرى بالتحويلات المالية من أجل تجنب اللجوء إلى القرض المصرفي، فذلك مقبول فقط طالما أن خزينتها تسمح بذلك. إن مبدأ استقلالية الشخص الاعتباري يمنع المؤسسة أن تضع نفسها في خطر الوقوع لضائقة مالية لحساب الملاءة المالية للتجمع. في القرار «Rozenblum»، فإن محكمة النقض قد لاحظت أن " الشركات العقارية المقدمة للمساعدة المالية، هي نفسها اضطرت إلى اللجوء إلى الاقتراض المصرفي والسحب على المكشوف في غياب رأس المال الكافي الخاص بها"[3]. هذا يدل على أنه لم يكن لدى الشركات الوسائل الكافية لتقديم الدعم المالي لأعضاء آخرين في التجمع[4]. على اعتبار أن المساعدات المالية التي كان عليها تقديمها تتجاوز إمكانياتها المالية، ولم يكن باستطاعة المدير أن يضعها للإقراض من دون أن يرتكب جنحة التعسف في استخدام الأموال الاجتماعية. وباختصار، فإن التضحيات المطلوبة من إحدى الشركات العضوة في التجمع، ينبغي أن تكون "محدودة " لكي يكون لها ما يبررها. ولا يمكن تحت أي ظرف من الظروف أن تسبب صعوبات مالية غير متراجع عنها للشركة المقدمة للمساعدة المالية[5]، نظرا لأن مصلحة التجمع لا يمكن أن تستبعد المصلحة الخاصة

[1]- Tribunal corr. Paris, 29 avril 1983, Gaz. Pal. 1983, p. 425, note MARCHI.

[2]- « ni être démuni de contrepartie ou rompre avec l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge ».

[3]- « les sociétés immobilières devaient elles-mêmes recourir à des emprunts bancaires et à des découverts en l'absence de fonds propres suffisants »

[4]-Voir également Cass. crim., 24 février 1999, JCP E 1999, n° 51-52, p. 2064, obs. MULLER : l'emprunt contracté par la société contributrice ainsi que le rejet de divers chèques bancaires en raison d'un compte débiteur atteste que son engagement financier était de nature à la mettre en péril.

[5]-Cass. crim., 18 janvier 1993, Dr. sociétés 1993, p. 101, obs. H. LE NABASQUE : les juges du fond ont valablement qualifié d'abus de biens sociaux des avances de trésorerie et règlements de dettes consenties par une société à une autre, au motif d'une part, de l'absence d'activité complémentaire des deux sociétés et d'autre part, de l'absence de contrepartie et du dépassement des possibilités de ladite entreprise qui avait d'ailleurs par la suite fait l'objet d'une procédure en redressement judiciaire.

CA Rennes, 3ème ch. corr., 6 janvier 2005, Dr. sociétés 2006, n° 1, comm. 12 : « L'enquête et l'instruction n'ont

للشركات التابعة التي تشكله[1]. ولا ينبغي أن تكون المساعدة المالية مجرّدة من أي مقابل. قد ينتج التعويض عن مقابل مالي، وبذلك يتم فوترة الخدمة المقدمة إلى الشركة المستفيدة، وقد يكون أيضا تعويضا عينيا. وأيا كان التعويض المتوخى، يجب أن يكون المقابل، حقيقي ومتوافق والمساعدة المقدمة. ويعتقد البعض[2] أن المقابل ناجما عن الامتيازات والفوائد المستمدة من مجرد انتماء الشركة إلى التجمع، بما في ذلك، السمعة التجارية، تحقيق فرص العمل الجديدة، تحسين المصداقية والائتمان أمام المصارف، وهو الأمر الذي يوفر بمشاركتها في العضوية للتجمع. هذه هي المزايا التعويضية عن التضحية التي قدمتها الشركة لصالح التجمع. إلا أنه استنادا إلى الاستقلال القانوني للشركات، فإن المزايا المستمدة من الانتماء للتجمع لا يمكن أن تؤخذ في الاعتبار عند تقييم وجود المقابل نظير المساعدة المالية. غير أنه لا يوجد سبب يدعو لتواري وحجب وتناسي الامتيازات المستمدة من العضوية بالتجمع، اعتمادا على حجم المساعدة المالية المقدمة، ويجب تقديم عناصر تعويضية أخرى إلى الشركة وفيما يتعلق بالأجر عن الخدمة أو دفع ثمن البيع، فإن التوازن بين التزامات كلا الطرفين يحظر تضخيم قيمة الفواتير أو العكس من ذلك، من قبيل النقصان في قيمة الفواتير، وهذا لا يعني أنه يتم فرض دفع سعر السوق، وإلا لن يكون للعملية المحققة بين الشركات المنتمية لنفس التجمع أي أهمية أو فائدة. فالتعامل بمعاملة تفضيلية بفضل أسعار تفضيلية أو الفوترة بأسعار ثابتة هي أمر مقبول. ومع ذلك فإن البيع بالخسارة أو حتى الفوترة بأسعار بخسة (أسعار منخفضة) وزهيدة للخدمات من شأنها أن تخل بالتوازن للعلاقات بين الأطراف، وبالتالي لا يمكن أن تشكل لوحدها مقابلا كافيا، وتوضح هذه الشروط الموجهة للحفاظ على مصالح الشركة، أن محكمة النقض لم ترغب في جعل مصلحة التجمع، عاملا حصريا لتبرير استخدام الأموال الاجتماعية. والواقع أنه لا يزال من الضروري للتبرير ونزع التوصيف الجرمي، إثبات أن إتباع مصلحة التجمع لم يؤدي إلى التجاهل التام للمصلحة الخاصة لكل عضو من أعضاء التجمع. ولذلك فإن مصلحة التجمع لا يمكن أن تحل محل المصلحة الخاصة للشركة.

---

pas établi que les mouvements de trésorerie vers la société mère ont fait courir à la filiale CIB des risques importants, sans contrepartie suffisante ou hors de proportion avec ses possibilités réelles, permettant de prévoir au moment de la décision des difficultés graves pour l'avenir ».

[1]-Ph. CONTE et W. JEANDIDIER, Droit pénal des sociétés commerciales, éd. Litec Paris 2004, n° 272.

[2]-Cass. crim., 13 décembre 2000, Bull. Joly 2001, p. 386, note J. F. BARBIÉRI : pas de contrepartie réelle, comptable, économique ou financière, aux dépenses liées à la sécurité privée du P-DG de la société mère sous couvert de factures falsifiées permettant de les présenter comme des charges afférentes à des travaux réalisés; Cass. crim., 19 décembre 1995, Dr. sociétés 1996, n° 108, note D. VIDAL : relaxe du prévenu en raison de l'existence d'une contrepartie à une cession à prix minime d'une participation dans une filiale au titre des flux financiers dont ont bénéficié par la suite les sociétés du groupe en l'absence desquels celles-ci auraient été mise en liquidation, entraînant également celle de ladite filiale dont elles détenaient 99 %.

وفي هذا الصدد، فإن الفقيهD.ohl ، قد اختتم تحليله للقرار « Rozenblum » بالشروط التالية: "يبدو لنا من المستحيل بصفة موضوعية أن تبرر مصلحة التجمع، التعسف في استخدام الأموال الاجتماعية"[1]؛ ومع ذلك فإن الطابع المرن والقابل للتعديل للمصلحة الاجتماعية تتيح للقضاء مراعاة الامتيازات التي تستمدها الشركة من عضويتها بالتجمع. ومن خلال هذا الاجتهاد القضائي، تمت مراعاة الواقع الاقتصادي من خلال الاعتراف بوجود التجمع وقبول الأخذ في الاعتبار بمصلحة التجمع من خلال معايير محددة مسبقا في حين انه غير متمتع بالصفة القانونية، وفي هذا الصدد، يعتبر القانون الجزائي ممثل للاستثناء.

ثانيا: الرقابة القضائية الموازنة لإعادة التقويم الضربي

النظام الجبائي، هو مجموعة القواعد القانونية والفنية التي تنظم الاقتطاع الضريبي في مراحله المتتالية من التشريع إلى التحصيل[2]. وتقوم مراحل فرض الضريبة على ثلاث مراحل؛ مرحلة التصريح ببداية النشاط وما يستتبعها من الالتزامات التصريحية الشهرية والسنوية ومن بعد ذلك مرحلة إصدار القرار الإداري وما يستتبعها من حق الإدارة في التصحيح وإعادة التقويم الضريبي، فوفقا لمقتضيات المادة 101 من قانون التسجيل، إذا كان الثمن أو التقدير الذي كان أساس لتحصيل رسوم نقل الملكية يقل عن القيمة التجارية الحقيقية للأموال، فإنه لإدارة الضرائب أن تعيد تقدير هذه الأموال بالنسبة لجميع العقود

---

[1]- « Il nous paraît objectivement impossible que l'intérêt du groupe puisse objectivement justifier un abus des biens sociaux», cité in : D. OHL à propos de l'arrêt Cass. crim., 4 février 1985, « Rozenblum », D. 1985, p. 480.

[2]– يقوم النظام الجبائي الجزائري على أسس قانونية، وموارده هي اقتطاعات تجري بالطرق الجبائية من طرف السلطة العامة، حيث تعتبر الجباية من اختصاص السلطة التشريعية، وعليه، فإن القانون وحده هو أساس فرضها، والذي يستمد من الدستور، وعليه فهو يقوم على مجموعة من القوانين التي نظمها المشرع الجزائري في خمسة تقنينات وقواعد لحساب الضريبة، طرق تصفيتها وتحصيلها، وهي ؛ قانون الضرائب المباشرة الصادر بموجب الأمر رقم 76–101 المؤرخ في 1976/12/09 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 102 ليوم 1976/12/22؛ وكذا قانون الضرائب غير المباشرة الصادر بموجب الأمر رقم 76–104 المؤرخ في1976/12/09 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 103 ليوم1976/12/26؛ كذا قانون الرسم على رقم الأعمال الصادر بموجب الأمر رقم 76–102 المؤرخ 1976/12/09؛ كذا قانون التسجيل الصادر بموجب الأمر 76–105 المؤرخ في 1976/12/09؛ كذا قانون الطابع الصادر بموجب الأمر 76–103 المؤرخ في 1976/12/09؛ و القانون رقم 21/01 المؤرخ في 22 ديسمبر2001 المتضمن قانون المالية لسنة 2002 ،و كذا قانون الإجـــــــــــــــراءات الجبائية، الجريدة الرسمية رقم 79. تعد هذه القوانين في تعديل دائم حسب المتطلبات الاقتصادية، الاجتماعية والسياسية وكذا ظروف المكلف بالضريبة، وهي تصدر في الجرائد الرسمية في ظل قوانين المالية. حيث يصدر قانون المالية كل سنة، ويحتوي على مختلف الإجراءات والأحكام المختلفة المتعلقة بالجباية، الخاصة بسنة الصدور، فتأتي بمختلف التعديلات الهامة في المجال الضريبي. من أهم التعديلات، ما جاء في قانون المالية لسنة 1991 الصادر بموجب القانون رقم 36/90 المؤرخ في 1990/12/31، الجريدة الّرسمية رقم 57، بتاريخ 1990/12/31، الذي أقر إصلاحا جبائيا، حيث أنشأت ضرائب جديدة تتمثل على وجه الخصوص في الضريبة على الدخل الإجمالي، الضريبة على أرباح الشركات والّرسم على القيمة المضافة.

نجد أن القانون الجبائي قد استمد ملامح عديدة من القانون الإداري، كمبدأ الشرعية مثلا، فلا يمكن وضع ضريبة قيد التنفيذ إلا إذا تم إصدارها بنص تشريعي، وعادة يكون من خلال قوانين المالية السنوية أو التّكميلية.

راجع: حاكم الطاهر، طرق الطعن في قرارات الإدارة الجبائية في الجزائر، مذكرة ماجيستير في الحقوق تخصص الإدارة والمالية، جامعة الجزائر 1، 2015/2014، ص.ص.2–7.

أو التصريحات التي تتثبت نقل الملكية، ويمكنها أن تثبت بشتى وسائل الإثبات نقصان الثمن أو التقدير المذكور في العقود أو التصريحات[1] وفي شأن إعادة تقويم القيمة الخاضع لرقابة الإدارة الجبائية ، يجب التميز بين مفهوم عدم كفاية الثمن أو التقدير المصرح به، ، وبين مفهوم إخفاء جزء من الثمـــن المصرح به ، حيث أّن الأول لا يعني أن المعني بالأمر قد أخفـــــى بإرادته جزء من الثمن المصرح به، وإنما هذا الأخير غير مناسب مع القيمة التجارية الحقيقية، أما المفهوم الثاني فهو يرتكز على نية التهرب من دفع القيمة الحقيقية للّرسم[2].

وعملية إعادة التقييم هاته تخضع لرقابة القضاء الإداري إما بالتأييد أو بالإلغاء للقرار الإداري، وما ينجر عن ذلك من مناقشة لمدى صحة إعادة تقويم العملية التجارية التي تتم بين الشركات المنتمية لنفس التجمع وليس على مناقشة سلطة الإدارة الجبائية في إعادة التقويم لأمر الذي يعتبر مسلم به قانونا[3].

وإن الأمثلة عديدة بشأن المنازعات الناتجة عن إعادة التقويم الضريبي للعمليات التجارية والمدنية. في القضاء الإداري الجزائري إلا أنها لا تختص بمعالجة ذلك في فرضية التجمع[4] ولذلك ستختص هاته الدراسة

اعتيادية تصرفات التسيير[5]، فهناك آراء كثيرة نشأت في الفقه[1] أكثر من تلك التي أدلى بها قضاة الموضوع، والتي تناشد بتوسيع نطاق تقييم اعتيادية التصرف ضمن منظور مصلحة التجمع الذي

---

[1]– المادة 108 من قانون التسجيل الصادر بموجب الأمر 76–105 المؤرخ في 1976/12/09.

[2]– على سبيل الاستدلال بالتشريع الجبائي الجزائري راجع: المواد 101 و113 من قانون التسجيل.

[3]– في التشريع الجبائي الجزائري تراجع المواد 42 و87 من قانون الضرائب المباشرة.

[4]– للمزيد من التفصيل راجع: حاكم الطاهر، طرق الطعن في قرارات الإدارة الجبائية في الجزائر، مذكرة ماجيستير في الحقوق تخصص الإدارة والمالية، جامعة الجزائر 1، 2015/2014، ص.ص.19–26.

[5]– كان مجلس الدولة يعتبر أن مصلحة التجمع لا يمكن أن تبرر لوحدها، العملية المبرمة وفقا لشروط تفضيلية. ومع ذلك، فإنها تعترف ببعض الاستثناءات في سياق المعاملات بين الشركات الأم والشركات التابعة، أو حتى بصفة نادرة بين باقي الشركات الأخرى المنتمية لنفس التجمع، وفي ذلك يراجع:

(CE, 26 juillet 1982, n° 2553 ; CE, 26 juillet 1992, n° 2548 ; CE, 27 juillet 1984, n° 34588, « SA Renfort Service»,Dr. Fiscal 1985, comm. 596, concl. Ph. MARTIN, p. 559 : la juridiction suprême refuse de valider une opération motivée exclusivement par l'intérêt du groupe estimant que la société n'avait su démontrer que l'opération visée avait été accomplie en vue de servir ses intérêts propres. Dans le même sens : CE, 1er mars 2004, n°237013, « Sté AS Représentation », Dr. fiscal 2004, n° 37, comm. 669, concl. G. GOULARD : « C'est au regard du seul intérêt propre de l'entreprise qu'il doit être apprécié si les charges assumées par une société en vue d'assurer certains avantages à d'autres sociétés correspondent à des actes de gestion commerciale anormale».)

إلا أن ذلك لا يتم إلا وفقا لشروط تقييدية للغاية، أين يحتكم القضاء في منازعات الضرائب لمعيار "مصلحة التجمع" لتبرير الطابع الاعتيادي لتصرفات التسيير. أيضا فإننا نجد أن مفوض الحكومة الفرنسية PH. Martin قد ذكر المستشارين بمجلس الدولة، في سياق استنتاجاته التي اضطلع بها عن قرار قضية «Sofige»؛ حتى لو أخذتم في الاعتبار، وجود التجمع، لتقييم المصلحة المنفردة لكل من أعضائه، فإنه من منظور

تنتمي إليه الشركة المتعاقدة بدلا من الاقتصار على المصالح الخاصة لهذه الأخيرة لوحدها. ويوضح أ. ليجندر (A. Legendre) التماثل الجزئي بين المصلحة الخاصة بالشركة ومصلحة التجمع الذي تنتمي إليه؛ فمصلحة التجمع تكون في مجملها أو في جزء منها هي نفسها المصلحة الخاصة للأعضاء المكونين له. وسوف تشتمل مصلحة الشركة التابعة وفقا له، على عنصر غير قابل للفصل عن مصلحة التجمع. وسوف يؤدي ذلك إلى مراعاة مصلحة التجمع لتقييم اعتيادية التصرف في التسيير بالقانون الضريبي، مهما كانت صعبة التقدير والتحديد[2]. وبهذا الاتجاه فإنه يطالب بإعادة التقويم الضريبي لكل من الشركة التابعة والشركة الأم في فرضية ثبوت أن التصرف المقام بين الشركة الأم وشركتها التابعة من بين التصرفات الغير عادية للتسيير، ويقترح أن يكون على كاهل الشركة الأم التكفل بالضرر الملحق بالشركة التابعة نتيجة للمعاملة المقصود بها تفضيل مصلحة التجمع[3]. ويبدو أن المرونة

كل وعاء ضريبي، أو من منظور كل خاضع للضريبة، وبالتالي من حيث المبدأ من منظور كل شركة على حدة، أين ينبغي تقييم المصلحة وتكون موضع تقدير، لأن المبلغ الاعتباري الذي تخضع فيه للضريبة هو الذي يقع بشأنه الخصام القضائي..."، ويراجع في ذلك:

CE, 27 juillet 1984, n° 34588, « SA Renfort Service », Dr. Fiscal 1985, comm. 596.

وفي مجال الاتفاقيات المبرمة داخل التجمع سيأخذ مجلس الدولة في الاعتبار بالتأكيد، بمصلحة التجمع، ولكن فقط بهدف التأكد و التحقق مما إذا كان استيفاء هذه المصلحة، من المرجح أن يكون له آثار نفعية و ربحية بالنسبة للشركة التي ساهمت في تقديم الامتياز التعاقدي من حيث الشروط التفضيلية التعاقدية لشركة أخرى من نفس التجمع، و إن السعي لتحقيق مصلحة التجمع لا يمكن أن يبرر على هذا النحو، من الناحية الضريبية، الشروط التفضيلية للاتفاقية، فالعملية تهدف تحقيق مصلحة التجمع، و ذلك ينبغي أن يكون لها تأثير إيجابي على الشركة المتعاقدة نفسها المانحة لهاته الشروط التفضيلية، من أجل أن يتم تكييفها بالتصرف العادي في التسيير . لذلك من حيث المعاملات التجارية، نجد القضاء يعترف بإصدار الفواتير لبيع السلع أو أداء الخدمات بين الشركة الأم وشركتها التابعة، أو بين شركات التجمع، المتكاملة أو المدرجة بسعر التكلفة (prix de revient)، وليس بالضرورة بسعر السوق مثلما هو مفروض على الشركاء المستقلة قانونا، شريطة أن يثبت أن الشركة المتعاملة والمانحة لهاته الشروط التفضيلية، تستفيد من فائدة هي كذلك من هاته المعاملة التجارية، وفي ذلك يراجع:

CE, 24 fevrier 1978, n° 2372; cite par vanessa dessoutter, op.cit., p.200, réf. N°572.

غير أن محكمة الاستئناف الإدارية لم تكرر الأخذ بهذا التبرير في القضية المذكورة واكتفت برفض مطالب إدارة الضرائب على أساس أنها لم تقدم دليلا كافيا على التضخيم والمبالغة في تقويم سعر الشراء أو الاستحواذ، وفي ذلك يراجع:

CAA Paris 2ème ch. B, 27 juin 2003, n° 99-3911, « Société financière des terres rouges », RJF 11/2003, n° 1229.

[1]-A. LEGENDRE, Plaidoyer pour la reconnaissance en droit fiscal de l'existence d'une part, non détachable de l'intérêt du groupe auquel elle appartient, de l'intérêt propre d'une société, Dr. fiscal 2006, n° 11, p. 10 : « En amputant l'intérêt propre de la filiale, pour l'appréciation du caractère normal ou anormal de l'acte de gestion effectué par elle, de sa composante maternelle indélébile, le droit fiscal français encourage sournoisement et de longue date les montages et collages malsains, au nom d'un réalisme économique « à la française » qui tend à devenir une bizarrerie planétaire ». J. TUROT, Avantages consentis entre sociétés d'un groupe multinational : RJF 5/89, chron. p. 263 : critique la jurisprudence du Conseil d'état en ce qu'il refuse de contrôler si la société retire de son appartenance au groupe un intérêt qui compense l'avantage consenti et rejette ainsi l'existence d'intérêts supérieurs du groupe.

[2]- A. LEGENDRE, loc.cit.

[3]– ومثل هذا الإجراء يقتضي تصعيد الضرر الملحق بالشركة والمجسد لمصلحة التجمع، سيتماثل مع النظام المطبق في القانون الألماني على التجمعات القانونية أين ستكون الأوامر الموجهة من قبل المؤسسة المهيمنة سارية المفعول حتى عندما تكون على حساب الشركة التابعة، شريطة أن تفي الأولى بالتزامها القانوني المتمثل في تغطية الخسائر الملحقة بالشركة التابعة نتيجة للمعاملة (309 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم). راجع في شأن ذلك: الملحق رقم 05 من هاته الأطروحة: نموذج عن عملية تصعيد الخزينة في تجمع الشركات (النموذج لمجمع جزائري)

المضفاة بالاجتهاد القضائي الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي المتخذ موقف صارم نسبيا في هذا الصدد، لا سيما فيما يخص الالتزام بإثبات أن العملية تخدم المصلحة الخاصة بالشركة للقدرة على توصيفها بأنها تصرف عادي للتسيير، والذي بدا أنه تم تكريسها من خلال ظهور مفهوم أنشأه قضاة الموضوع والمتمثل في "تسيير مصالح التجمع المندمج ضريبيا[1].واستشهد بهذا المفهوم كذلك من قبل محافظ الدولة F.Bataille في قضية تتعلق بنقل الأوراق المالية وإحالتها من قبل شركة تنتمي مدمج ضريبيا إلى شركة أخرى بالتجمع، وهي شركة تابعة مملوكة 100%، حيث تستند هذه المقاربة على وجود دمج ضريبي لتبرير تطبيق النظام الاستثنائي الذي يجيز تقييم الطابع الاعتيادي لتصرف التسيير وفقا لمصلحة التجمع. وبذلك يدعم F. Bataille أن مصلحة التجمع، إذا لم يمكن الاستناد إليها في أي حال من الاحوال لتبرير العمليات التي تتم في تناقض مع المصلحة الاجتماعية للشركة المنفذة للعملية، ينبغي أن تؤخذ في الاعتبار على الأقل، في تحليل الطابع الاعتيادي من عدمه لعملية التسيير المتنازع بشأنها. فالعملية المقامة بين شركات التجمع، والتي تضر بالشركة المنفذة لها، بغض النظر عما كانت تؤدي أم لا إلى الربح بالنسبة للشركة المعنية، يمكن بالضرورة أن يكون لها ما يبررها على مستوى مصلحة التجمع وبالتالي تجنب توقيع العقوبة الضريبية[2]. وفي قضية أخرى، فإن "الشركة SEEE" ضد "إدارة الضرائب"، قد خولت بها الفرصة لمحافظة الدولة F. Bataille لإعادة تكرار موقفه القضائي والتأكيد عليه لصالح تقييم الطابع الاعتيادي للعملية في ضوء مصلحة التجمع[3].

---

[1]-J.-L. PIERRE, Notion d'acte anormal de gestion dans le régime de fiscalité de groupe, Dr. Sociétés 2006, n°7, comm. 117.

[2]- Conclusion du Commissaire F. BATAILLE, BDCF 11/2003, n° 136

[3]-وتتعلق العملية قيد النظر في هاته القضية بشأن الزيادة في رأس المال لشركة تابعة متفرعة (sous-filiale) من قبل الشركة الأم في سياق التجمع الخاضع لنظام الدمج الضريبي، والتي جاء عقبها، قيام هذه الأخيرة بتحديد سعر تكلفة حصتها (مساهمتها في الأولى)، في حين أنه تم تسجيل انخفاض في قيمة الأوراق المالية للشركة الأخرى. ورفضت المحكمة الإدارية مطلب إدارة الضرائب، وأخذت بمصلحة الشركة رأس التجمع (مصلحة الشركة الأم)، التي يقع على كاهلها لوحدها الاستحقاق الضريبي، ولكن دون أن تأخذ في الاعتبار وبصفة مباشرة، بمصلحة التجمع ذاته؛ وفي ذلك يراجع الحكم القضائي:

TA Paris, 9 juin 1999, n° 95-10189, « Sté SEEEE », Dr. sociétés 2000, comm. 83, note J.-L. PIERRE.

في حين أن محكمة الاستئناف الإدارية لباريس، ذهبت إلى أبعد من ذلك بالاستناد على "مصلحة التجمع المدمج" لتقييم التصرف، وفي صفوة هاته المرحلة القضاء باعتيادية عملية الزيادة في رأس المال، واعتيادية تكوين الاحتياطي لاستهلاك قيمة الأوراق المالية وخصم هذا الاحتياطي، وفي ذلك يراجع الحكم القضائي:

CAA Paris, 10 décembre 2004, n° 00-36, « Sté SEEEE », Dr. sociétés 2000, comm. 83, note J.-L. PIERRE.

فبذلك استند قضاة الاستئناف على وجود نظام دمج ضريبي لتبرير تمديد معايير تقييم التصرف العادي للتسيير من منظور مصلحة التجمع المدمج، بغض النظر وبشكل مستقل عما إذا كانت المعاملة محل النزاع تخدم مصالح الشركة المتعاقدة، الموقف المستجد، لا سيما وأنه يظل الحل القضائي كلية هو المتبع، حتى ولو بدت العملية تتعارض مع مصلحة الشركة. وأكدت محكمة الاستئناف الإدارية في باريس فيما بعد موقفها في قرارين آخرين، وفي ذلك يراجع الحكم القضائي:

CAA Paris, 21 janvier 2005, n° 01-873, « Sté Sias France », RJF 2005, n° 433 et CAA Paris, 13 mai 2005, n° 01-2334, « Sté CSN Industrie », Dr. sociétés 2005, comm. 188, note J.-L. PIERRE.

إلا أن وجود "تجمع خاضع لنظام الدمج الضريبي" لا يمكن أن يبرر استبعاد مبدأ الاستقلال القانوني لتفضيل إجراء تحليل موسع يمتد ليشمل التجمع ككل. وقد أكد مجلس الدولة موقفه التقييدي فيما يتعلق بالأخذ بالاعتبار بمصلحة التجمع في تقييم اعتيادية تصرفات التسيير من خلال قراره في نقض و إلغاء قرار محكمة الاستئناف الإدارية المؤرخ في 28 أبريل 2006 في قضية "شركة SEEEE" المتعلقة بزيادة رأس المال وتكوين الاحتياطي، و في هذه القضية يرفض مجلس الدولة إضفاء الطابع الاعتيادي للعملية، يسبب ذلك استنادا إلى المصلحة الخاصة للشركة المتعاقدة باعتبارها المرجعية في تحديد اعتيادية تصرفات التسيير للشركة، و على اعتبار أن إدارة الضرائب لم تقدم دليلا على أن الاكتتاب عند الزيادة في رأس المال كان من دون أي مقابل مالي نظير ذلك (dépourvue de contrepartie) لأن هذه الأخيرة دفعت ثمن دخولها و مساهمتها في رأس مال الشركة التابعة الجديدة التي أنشأتها الشركة الأم[1]. وهكذا، إذا ما أخذ القضاة، بمصلحة التجمع، فلا يتم ذلك إلا في بُعدها المتداخل والمتلاقي مع المصلحة الخاصة للشركة الخاضعة للضريبة، ولا يمكن بأي حال من الأحوال لمصلحة التجمع، أن تبرر اعتيادية التصرف الخاضع لتقويم إدارة الضرائب باعتباره الوعاء الضريبي، إذا ما كان هذا الأخير يؤدي إلى التعدي على المصلحة الخاصة بالشركة الخاضعة للضريبة[2]. غير أن

ومع ذلك، لم يؤيد مجلس الدولة هذا الموقف، ووضع حدا، لما أصطلح عليه بالمخاطرة والمجازفة في الاجتهاد القضائي المحتكم إليه من قبل قضاة الموضوع الهادفة إلى تفضيل مصلحة التجمع على المصلحة الاجتماعية للشركة المتعاقدة، ومن خلال القرار المؤرخ في 10 مارس 2006، رفض مجلس الدولة التخلي عن مبدأ شخصية الضريبة بسبب وجود الدمج الضريبي، ورفض بذلك "نظرية مصلحة التجمع المدمج ضريبيا"، التي وضعتها، محكمة الاستئناف الإدارية لباريس؛ حيث أشارت هاته الأخيرة في قرارها على المادة 223، B من التقنين العام للضرائب تنص على أن نتائج كل شركة من شركات التجمع تحدد "وفقا لشروط القواعد العامة" ،وبالضرورة "تحت تحفظ الاستثناءات المجازة صراحة بمقتضيات الأحكام الخاصة بهذا النظام الاستثنائي: لا يسمح ولا يجيز المشرع من خلال أي من هذه الأحكام لأي من شركات التجمع الخاضع لنظام الدمج الضريبي باقتطاع أو خصم، الخسائر أو التكاليف الناتجة مسك المساهمات المالية في شركة خارجية وغير عضوة لهذا التجمع ولا حتى الاحتكام لشروط مختلفة عن تلك المنصوص عليها بالقواعد العامة ".

وفي شأن ذلك يراجع:

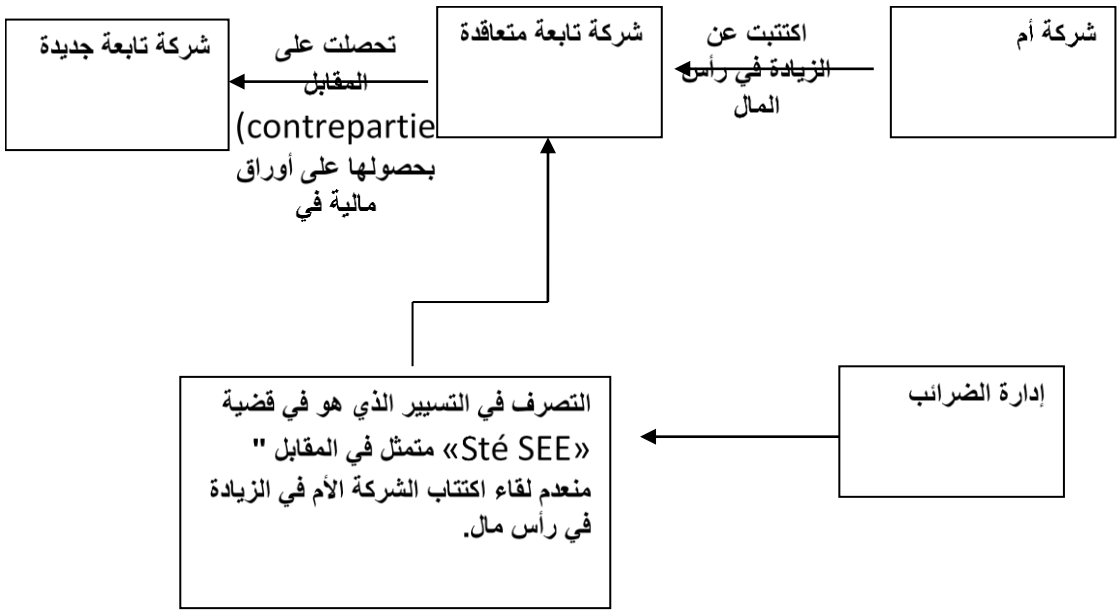
CE 3ème et 8ème ss-sect., 10 mars 2006, n° 263183, « Sté Sept », Dr. fiscal 2006, n° 21-22, comm. 414, concl. F. SENERS, note J.-L. PIERRE ; B. BOUTEMY et E. MEIER, Acte anormal de gestion et intégration fiscale : Vers la prise en compte de l'intérêt de groupe ?..., LPA 2001, n° 46, p. 4 ; J.-L P PIERRE, Notion d'acte anormal de gestion dans le régime de fiscalité de groupe, Dr. sociétés 2006, n° 7, comm. 118.

[1]-CE 3ème et 8ème ss-sect. réunies, 26 avril 2006, n° 277572, mentionnée aux tables du recueil Lebon.

-[2] إن هذا الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة يتصف بميزة مراعاته للواقع الاقتصادي لظاهرة التجمع في أنه يجيز العمليات المبرمة بشروط تفضيلية بين شركات التجمع، كل ذلك مع احترام "مبدأ استقلالية الشخص الاعتباري" واستقلالية الضريبة من حيث أنه يتم الاعتراف من خلاله بمصلحة التجمع فقط في حدود المصلحة الاجتماعية الخاصة بالشركة المتعاقدة. والحل الذي اختاره واعتمده القضاء، علاوة على أنه له ميزة الأخذ في الاعتبار، المزايا الناتجة عن العضوية للتجمع، ليس فقط فيما تمثله على المدى الفوري، ولكن أيضا في المستقبل، وهو ما يتوافق مع سير التجمع. ومن ناحية أخرى، فإن مراعاة مصلحة التجمع بما يتجاوز المصلحة الاجتماعية الخاصة بالشركة المتعاقدة، مثلما يدعو إليه بعض المؤلفين وبعض القضاة، وحتى ولو كان لديها ميزة زيادة التوافق مع الواقع الاقتصادي وإجازة إضفاء مرونة أكبر على العلاقات داخل التجمع، فإن مثل هذا النهج لا يبدو حقا مستحسنا، لأنه سيؤدي إلى تجاهل مبدأ استقلالية الشخص القانوني، ومن ثم سيعارض مع المبادئ والأسس القانونية التي يستند عليها التجمع. راجع في ذلك:

مجلس الدولة يرفض، في القضية المذكورة أعلاه، الاقتطاع من الاحتياطي المكون، على أساس أنه لم يتم إثبات أن هناك انخفاض حقيقي في سعر التكلفة، وفقا للمادة 39-1 ،5° من التقنين العام للضرائب الفرنسي.

وتوضيحا لما سبق ذكره قامت الباحثة بإعداد مخطط بياني تكلفت به انطلاقا من البيانات المستمدة من الأحكام القضائية:



وما ينبغي التنويه إليه في صفوة القول خلافا للقانون الضريبي، فإن القضاء في المجال الجزائي وفيما يخص التعسف في استخدام أموال الشركة؛ قد قرر مراعاة مصلحة التجمع أو على الأقل "المصلحة المشتركة" في معالجة مثل هاته القضايا. ومع ذلك، فإن مثل هاته الحلول القضائية تظل مختصة بشروط تقييدية للغاية.

الفرع الثاني : الاستراتيجية المالية المتشعبة للتجمع والإجراءات الوقائية

Droit de société face aux enjeux des ingénierie financière

تجمع الشركات باعتباره علم الهندسة المالية المتشعبة للشركات، من حيث هياكله والأساليب المعقدة لتكوينه؛ أين يتم التمييز بالأخص بين عمليات بسط السيطرة على الشركات القائمة مسبقا؛ سواء الغير

CE 10ème et 9ème ss-sect. réunies, 28 mars 2008, n°277721.

المدرجة في البورصة، مثلما هو عليه الحال بالنسبة لتقنية المساهمة الجزئية في رأس مال الشركة التابعة لإعادة الهيكلة الداخلية لتجمع الشركات التي تتم بهدف تطوير بعض الأنشطة أو على العكس من ذلك تركزها فقط في تلك الشركة التابعة؛ حيث تسمح هذه التقنية ببعض من المرونة في تسيير الذمة المالية ونشاط مختلف كيانات التجمع من خلال تسهيل نقل الأصول بأقل تكلفة ما بين الشركات التابعة أو فيما بين الشركة الأم وباقي شركاتها التابعة أو حتى تقنية حوالة الرقابة[1] (cession de contrôle) في شركة مستهدفة على اعتبار أن هذه الأخيرة إذا تمت في شركة غير مسعرة لقيمها المنقولة في البورصة فيكون ذلك عن طريق عقد، الذي يكون هدفه نقل السيطرة من خلال إحالة القيم المنقولة؛ والتي تتم تبعا لأشكال الأوراق المالية؛ أين نكون إما أمام الإسمية أو لحاملها، أين يتطلب نقل الأولى تدخل الشركة الذي يجب أن يجري تسجيله في السجلات الخاصة للشركة يتم التنازل عنه عن طريق نقل من اسم المحيل إلى اسم المحال إليه في السجل الخاص بالشركة وهذا في القانون الفرنسي، شكل من أشكال الإحالة الدين المبسط (cession de créance simplifié) بإدراج حق الاستحقاق للدين (le droit de créance) في ميزانية الشركة، أما في إطار الأوراق المالية لحاملها، فالعكس من ذلك بإدراج حق الاستحقاق الدين (le droit de créance) في ميزانية الشركة الذي يتيح نقل الملكية بالتسليم المادي فقط للأوراق المالية يدا بيد وبالنتيجة عن ذلك، طرق نقل الملكية.فضلا عن تقنيات إحالة السيطرة في الشركة تابعة المسعرة في البورصة أين يتم غالبا الاستئناس بهما، تبعا لما إذا كانت عملية الاستحواذ تتم بطريقة تدريجية أو على الفور؛ فأما عن الطريقة الأولى فنكون أمام عمليات الالتقاط ramassage en bourse وأما عن الثانية فنكون أمام العرض العلني للاستحواذ على الأسهم (OPA) (offre publique d'acquisition).فضلا عن كل هذا نضيف آلية المساهمات المتقاطعة (participations croisées)[2]والمجابهة القانونية للخطر الذي قد ينجم عنها من خلال فرض حوالة الأسهم المجاوزة للعتبة، وعند الاقتضاء الحرمان من الحق في التصويت[3]، وكذا نجد آلية الرقابة الذاتية (Autocontrôle)[1] التي لا تقل أهمية عن سابقتها.

---

[1]–في الممارسة العملية فإن عملية الاستحواذ (acquisition) أو أخذ سيطرة المؤسسة تتم في الغالب عن طريق إما الاستحواذ على الحصص الاجتماعية أو الأسهم يشار إليها بالمصطلح الأنجلوسكسوني (share deal) يجب تمييزها عن نقل الأصول (حوالة الأصول) (asset deal) بما معناه العملية التي يتم عن طريقها نقل ممتلكات الشركة سواء كانت الأصول أو الخصوم.مقتبس عن:

Michael Bode, op.cit, p.97-100.

[2]–في التشريع الفرنسي نجد المادة L.233-29 من القانون التجاري تنص على هكذا إمكانية ، وفي فرضية التجمع يكون الأمر كذلك في حالة تجاوز كلتا الشركتين لنسبة 10.% من المساهمات التي تملكها كلتاهما في الأخرى. وعادة ما يتم مجابهة هات الآلية لأنها تؤدي إلى الزيادة الاصطناعية في رأس المال الاجتماعي للشركة. أين سنعالج فيما بعد مدى معالجة المشرع الجزائري لهاته التقنية من عدمه.

[3]-La détention réciproque d'actions met en danger la libération ,le maintien l évolution concrète du capital sociale (risque de « dilution du capital social »)puisque ,à travers la participation qu'elle détient dans l'autre société ,chaque société est propriétaire de ses propres actions .la participation réciproque peut également aboutir

أولا: الآليات الوقائية تجاه الاستحواذ على شركة غير مسعّرة

تتم عن طريق إما أخذ المساهمات في شركات جديدة أو قائمة وإما عن طريق الانقسام والاندماج أو التنازل عن حقوق الشركاء، لكن هذه الأخيرة مكلفة ماليا وزمنيا.

1-أخذ المساهمات :

قد تنشأ رابطة السيطرة عن أخذ المساهمات الذي يتم إما بالمساهمة في إنشاء شركة تابعة جديدة أو باكتتاب في زيادة رأسمال أو المساهمة بحصة جزئية.

1-1- المساهمة في إنشاء شركة تابعة جديدة[1]:

فإن أسهل وابسط طريقة لتكوين التجمع هو أن تتولى الشركة الراغبة في الحصول على السيطرة بإنشاء شركة جديدة إما لوحدها أو بالاستعانة بأشخاص طبيعيين أو معنويين أخريين تحوز فيها الشركة الأم أكثر من50 بالمائة من رأسمال، توكل لها مهام متعددة فقد تكون شركة مالية أو صناعية أو خدماتية ...إلخ. غالبا ما يلجأ إلى هذا الأسلوب بغرض إنشاء شركات تابعة خارج بلد المنشأ، كما أن معظم التجمعات الجزائرية تنشأ بهذه الطريقة[2].؛ وإما أن تنشأ الشركة التابعة في شكل شركة مشتركة Filiale commune تساهم فيها عدة شركات وتمارس الرقابة المشتركة عليها، تحدد كيفية ذلك في اتفاق بين الأطراف فتنشأ شركة لها طابع خاص تحقق المساهمة على قدم المساواة بين

à une domination de fait pernicieuse des assemblées générales de l'une des sociétés par l'organe de direction de l'autre (« risque dit de « verrouillage ») .pour combattre Décrites ,la loi institue une obligation de cession des actions réciproques et à défaut privé ses actions du droit de vote .cf. MICHAEL BODE, op.cit.p.p441-443.

[1]–يتم اتباع نفس الحكم المطبق في المساهمات المتقاطعة في التشريع الفرنسي بالمادة L.233-31 من القانون التجاري؛ يتعلق الأمر هنا بمنع التحكم في إدارة الشركة الأم نفسها، المتمثل في استخدام هذه الأخيرة (الشركة الأم) في جمعيتها العامة أصوات تتعلق بالحقوق المملوكة من قبل شركتها التابعة. لاسيما، من أجل تسهيل إعادة تعيينها في إدارة الشركة التابعة. وغالبا ما يكون استعمال أسهم الرقابة الذاتية مصحوبا بوجود متزامن لمساهمات متبادلة بين شركتي التجمع (الشركة الأم/الشركة التابعة):

Il s'agit ici de prévenir le verrouillage de la direction de la mer consistant en l'usage par la mère à son assemblée générale de voix attachée aux droits détenus par la filiale, notamment en vue de faciliter sa réélection, et dans ce cas l'article l 233 tiret 31 du code de commerce français supprime efficacement le droit de vote attachés à ces actions d'autocontrôle parce qu'il s'agit du fonctionnement internes de la société.

Cf. Laurent GODON, Des actionnaires, des dirigeants et des salariés de sociétés anonymes, in : Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Dalloz, paris ,2003, p.p.433-455.

[2]– عندما تتخذ الشركة قرار إنشاء شركة تابعة يجب أن تمنحها كل أركان وعناصر الشركة ولا تجعلها فقط وسيلة للتهرب من التزاماتها، لأن الشركة التابعة بمجرد نشوئها تصبح شخصا قانونيا كاملا تلتزم شخصيا بالتزاماتها. ويتعين التمييز فضلا عن ذلك بين شكلين لإنشاء الشركة التابعة؛ فإما أن تتولى شركة واحدة إنشائها وقد تستعين بشركاء أخريين للحصول على الحد الأدنى من عدد الشركاء، غالبا ما تتنازل الشركة الأم للشركة المنشئة عن قطاع نشاط وتحدد نشاطاتها في نطاق جغرافي أو اقتصادي محدد، تتحصل في مقابل ذلك على حصص أو أسهم تمثل الجزء الغالب في رأسمال الشركة الجديدة، وهذا ما يحقق التأثير المطلوب وفي بعض الأحيان يتم تعزيزه بروابط صناعية، شخصية أو عقدية.

Cf. Benoît LE BARS, L'évolution du droit des sociétés au regard du règlement général du Conseil des marchés financiers, in : Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Dalloz, paris ,2003, p.p.587-601.

شركتين أو أكثر في مجال محدد. ومن الناحية المالية تحقق توازنا مطلقا بين الشركات المساهمة فيها، وأن منح تقرير الأولوية لإحداها على الباقي يستوجب إبرام اتفاقات لاحقة هدفها تحقيق التوازن بين الأعضاء كاشتراط الإجماع في مجلس الإدارة أو وضع اتفاقات تصويت. وينتج عن ذلك إنشاء شركة تابعة تخضع لرقابات متعددة نظرا لوجود شركات أم متعددة[1].

1-2- الاكتتاب في زيادة رأس المال:

قد تنتج رابطة السيطرة عن اكتتاب الشركة في زيادة رأسمال الشركة المستهدفة الذي قد يتم بطرق تختلف باختلاف الغرض من العملية، فإذا كانت الشركة بحاجة إلى أموال سائلة فإنها تلجأ إلى زيادة رأسمال نقدًا، أما إذا كانت ترغب في توسيع نشاطاتها أو بحاجة إلى أموال فتتم زيادة رأسمال عن طريق تقديم حصص عينية[1].وللشركة لتحقيق ذلك أن تتخذ أحد الطريقتين، إما عن طريق إصدار أسهم جديدة أو عن طريق إضافة الاحتياطي إلى رأس المال دون طرح أسهم جديدة. كما قد يشمل الاكتتاب النقدي في زيادة رأس المال المشمول بحق الأفضلية للشركاء أو عن طريق الاكتتاب في السندات المحولة إلى أسهم. وقد يتم الاكتتاب في زيادة رأس المال عن طريق تحويل السندات إلى أسهم مما يستوجب مراعاة القواعد المتعلقة بزيادة رأسمال عن طريق إصدار أسهم جديدة. وبهذا قد تتحصل الشركة على نسبة تخول لها السيطرة على الشركة المصدرة حسب نص المادة 688 من القانون التجاري الجزائري، وسنوضح هاته التقنية كالآتي:

- الاكتتاب في زيادة رأس المال المشمول بحق الأفضلية للشركاء؛ حيث قد تكون المساهمة الناتجة عن السيطرة في زيادة رأس المال المحفوظ لمصلحة الشركة الراغبة في تحقيق السيطرة. قد تكون هذه الشركة شريكًا أصليًا في الشركة المستهدفة وقد تكون أجنبية[2].

---

[1]–زايدي أمال، المرجع السابق، ص.38.

[2]– تختلف الإجراءات حسب الحالة: فإذا كانت الشركة الراغبة في السيطرة هي في الأصل مساهمًا في الشركة المستهدفة، فإنها ستكتتب بممارسة حق الأفضلية الممنوح لها كشريك فيها، ولكنها لم تكن تمتلك القدرة الكافية لتحقيق السيطرة ولتحقيق ذلك، يجب أن يكون المراقبون على استعداد للتنازل عن السيطرة أو مشاركتها أو أن يتم توزيع أسهم أو حصص الشركة بطريقة غير منظمة، أي لا يوجد مراقبون حقيقيون عليها. في هذه الحالة، لا تشارك الشركة الراغبة في الاكتتاب في المداولات التي تجري في الجمعية العامة غير العادية لتقرير زيادة رأس المال مع إلغاء حق الشركاء الآخرين في الأفضلية وفقًا لنص المادة 700 من القانون التجاري الجزائري..

وقد يتم الاكتتاب من قبل شركة لم تكن شريكًا في الشركة المستهدفة، وستنشأ علاقة تبعية إذا كانت الشركة التي تسعى لتحقيق السيطرة قادرة على الحصول على نسبة كبيرة من الأسهم أو الحصص المعروضة للاكتتاب ، والمساهمة المباشرة وغير المباشرة تحسب لتقدير ارتباط التبعية. يتطلب إتباع هذه الطريقة أن يتنازل المساهمون عن حقهم في الأفضلية للاكتتاب المنصوص عليه في المادة 694 من القانون التجاري الجزائري.؛ وذلك بقرار من الجمعية العامة غير العادية إذا توفر النصاب القانوني بناءً على تقرير من مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة حسب الأحوال وتقرير مراقبي الحسابات. يجب عليها أيضًا تحديد سعر الأسهم الجديدة وتذكر كيفية تحديد هذا السعر. يتم التضحية بتفضيل الشركاء الأصليين إذا تطلبت مصلحة الشركة ذلك ، وغالبًا ما يتم ذلك إذا كانت الشركة تعاني من مشاكل مالية.. إن إتباع هذا الأسلوب يستلزم أن

- استخدام تقنية التخلص من الديون coup de l'accordéon[1] ؛ والتي تعني الانكماش ثم التوسع، لذلك تلجأ الشركة التي في وضع مالي صعب إلى عملية تخفيض رأس مالها أولاً من

يتنازل المساهمون عن حقهم في أفضلية الاكتتاب المقرر بموجب المادة 694 من القانون التجاري الجزائري. وذلك بقرار من الجمعية العامة غير العادية إذا توافر النصاب القانوني بناءً على تقرير من مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة، وتقرير مراقبي الحسابات. كما عليها أن تحدد سعر الأسهم الجديدة وتذكر كيفية تحديد هذا السعر. إذ يتم التضحية بأفضلية الشركاء الأصليين إذا اقتضت مصلحة الشركة ذلك، فغالبا ما يتم ذلك إذا كانت الشركة تعاني من مشاكل مالية.

Cf. Henri-Désiré MODI KOKO BEBEY, Le contrôle de la gestion des filiales par la société mère dans le droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique, in : Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Dalloz, paris ,2003, p.p.845-860.

[1] - Le coup de l'accordéon ou les vicissitudes du capitale paraît souvent être un thème bien tracé, assis sur une jurisprudence constante depuis maintenant plus de vingt ans et peu sujet à des bouleversements jurisprudentiels. Le coup d'accordéon a en effet fait l'objet, il y a maintenant plus de vingt ans, d'une consécration jurisprudentielle, la Cour de cassation ayant alors affirmé que la survie d'une société, Usinor, légitimait la réduction de son capital à zéro, sous la condition suspensive d'une augmentation de capital destinée à amener celui-ci au minimum légal (cf.Cass. com., 17 mai 1994, n° 91-21364: BJS juill. 1994, n° 219, p. 816, note Daigre J.-J.; Dr. sociétés 1994, comm. nº 142, obs. Le Nabasque H.; Rev. sociétés 1994, p. 485, note Dana-Demaret S.; Rép. Defrénois 1994, art. 35881, p. 1035, note Hovasse H.; RTD com. 1996, p. 73, obs. Petit B. et Reinhard Y.).
En décompte de cette position jurisprudentielle pourtant fort claire, les actionnaires minoritaires n'ont de cesse de tenter de remettre en cause les coups d'accordéon dont ils s'estiment victimes, tant la brutalité de l'opération leur paraît heurter leurs droits d'associés les plus élémentaires (cf. En ce sens, Sylvestre-Touvin S., Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital, préface Le Cannu P., 2003, PUAM, not. nºs 365 et s.).
Cet arrêt rendu par la chambre commerciale le 11 janvier 2017 est donc une victoire pour les actionnaires minoritaires, la Cour de cassation confirmant la décision rendue par la cour d'appel d'Aix-en-Provence d'annuler une assemblée générale extraordinaire ayant décidé un coup d'accordéon , La plupart des commentateurs ont relevé l'utilisation de la *fraude* comme fondement à *l'annulation de l'opérations*. Au regard des circonstances de la cause, on peut toutefois se demander si c'est bien la fraude qui a conduit à cette annulation. (cf. Coupet C., «Nullité d'un coup d'accordéon frauduleux », Dr. sociétés 2017, comm. n° 62 ; CA Aix-en-Provence, 13 févr. 2014, n° 12/23161: BJS mai 2014, n° 111x0, p. 325, note Brignon B.)
En l'espèce, le différend opposait les actionnaires de la société Clinique de la Ciotat, société ayant pour objet l'acquisition, la vente et l'exploitation de tous fonds de clinique et établissements de santé ainsi que la participation de cette société au Pôle santé public et privé de La Ciotat (ci-après la « Société »). La Société avait pour actionnaire majoritaire la société de Gestion Sainte Marguerite (ci-après l'« Actionnaire Majoritaire ») et pour actionnaires minoritaires, notamment, le Centre d'Hémodialyse Provence Aubagne et la société Clinique La Casamance (ci-après les « Actionnaires Minoritaires »).
En raison d'une situation financière de la Société particulièrement difficile, car l'arrêt d'appel, citant le rapport du président à l'AGE fait état de comptes clos le 30 septembre 2010 faisant apparaître un résultat d'exploitation négatif de 318 000 €, un report à nouveau négatif de 1 705 034 €, une situation financière de la Société déficitaire depuis 2003, des capitaux propres négatifs de 365 639 € et une situation prévisionnelle au 31 mai 2011 négative de 485 000 € environ; au surplus, ce rapport indiquait la nécessité d'investissements complémentaires importants à effectuer par la Société ; l'assemblée générale extraordinaire de la Société (ci-après l'« AGE ») décida donc d'une réduction de capital à zéro motivée par des pertes et d'une augmentation de capital avec suppression du droit préférentiel de souscription réservée à l'Actionnaire Majoritaire. Décision évidemment contestée par les Actionnaires Minoritaires puisque ces derniers, à l'occasion de cette opération, voyaient totalement disparaître leur investissement dans la Société. Compte tenu de la situation financière de la Société, on peut s'étonner que la validité du coup d'accordéon n'ait pas, comme souvent, été retenue. Comme nous avons eu l'occasion de le répéter à longueur de commentaires, le coup d'accordéon est, par essence, conforme à l'intérêt social : la réduction de capital permet d'apurer les pertes sociales tandis que son augmentation renforce ses fonds propres. Mais les circonstances de l'espèce, caractérisées avec netteté par la Cour de cassation, jettent une lumière crue sur les conditions suspectes dans lesquelles l'opération a été effectuée. (cf. Stéphane SYLVESTRE note sous Cass. com., 18 juin 2002, nº 99-11999: BJS nov. 2002, n° 259, p. 1221.).
Et pourtant, utiliser le coup d'accordéon pour procéder à une prise de contrôle, est-ce si vraiment critiquable ! car La réalité est bien plus prosaïque : le coup d'accordéon peut bien entendu être le cheval de Troie d'une prise de contrôle, l'annulation des actions anciennes et l'entrée d'un nouvel actionnaire permettant une substitution

أجل التخلص من ديونها وجعل الأسهم أو الحصص مساوية لقيمتها الحقيقية. وهو المصطلح عليه بمرحلة الانكماش لتحفيز الشركة للانطلاق من جديد على أساس القيمة الحقيقية لرأس مالها. ثم تزيد رأسمالها نقداً وتخصصه للشركة الراغبة في السيطرة ، وبذلك يحفظها من الوقوع في الإفلاس ويصحح وضعها المالي.

- تحويل السندات إلى أسهم؛ حيث يمكن الاكتتاب في زيادة رأس المال عن طريق تحويل السندات إلى أسهم ، مما يستلزم مراعاة القواعد المتعلقة بزيادة رأس المال من خلال الأسهم الجديدة. وبالتالي ، يجوز للشركة الحصول على نسبة تخولها السيطرة على الشركة المصدرة. أما زيادة رأس المال العيني فيعتبر مساهمة جزئية.

---

d'actionnariat en même temps qu'un apport bienvenu de nouveaux capitaux. Il est cependant préférable que cette prise de contrôle, lorsqu'elle survient, soit présentée comme un effet collatéral de l'opération plutôt que comme son objectif avoué. En conséquence, si le coup d'accordéon doit aboutir à un changement de contrôle, et au passage, à l'élimination des anciens actionnaires, il ne faut pas le dire et surtout ne pas l'écrire dans le rapport aux associés. Y penser toujours mais n'en parler jamais. Le coup d'accordéon peut être le moyen de la prise de contrôle mais c'est la contribution aux pertes des associés, la nécessaire reconstitution des capitaux propres, imposée par la loi et la survie de la société qu'il convient de mettre en avant et de caractériser pour éviter toute remise en cause de l'opération ; Il y a d'ailleurs une certaine hypocrisie à sanctionner cette modalité de prise de contrôle alors même qu'en matière de procédures collectives, le législateur reconnait aujourd'hui expressément la possibilité d'évincer les actionnaires en place et de procéder à une augmentation de capital forcée dès lors que de telles mesures sont indispensables à la mise en œuvre du plan de continuation. Pour un éclairage sur cette procédure. (cf.. Dammann R. et Lucas F.-X., « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan redressement de la société »>, BJS oct. 2015, n°114c4, p. 521; Parachkévova I., L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », BJS oct. 2015, n° 114d3, p. 529.)

En l'espèce, l'Actionnaire Majoritaire n'a pas fait preuve de cette habileté, donnant aux Actionnaires Minoritaires l'opportunité d'invoquer une fraude à leurs droits pour obtenir l'annulation de l'opération. On peut d'ailleurs douter qu'il s'agisse d'une fraude au sens strict ? L'Actionnaire Majoritaire s'est-il soustrait à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, ce qui a rendu ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif (cf. Vidal J., « Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe fraus omnia corrupit », D. 1957, p. 208.). alors que pour qu'il y ait fraude au sens strict, il faudrait que l'opération soit licite donc conforme à l'intérêt social, mais que les conditions dans lesquelles le coup d'accordéon est effectué révèlent un but tout autre que celui de sauver la Société. Or, les circonstances de l'opération dévoilent moins l'existence d'une fraude que la violation des conditions prétoriennes de licéité du coup d'accordéon telles que celles-ci ont été posées par la jurisprudence ; la Cour de cassation, contrairement à la cour d'appel d'Aix-en-Provence, ne vise pas le principe Fraus omnia corrumpit comme l'un des fondements de sa décision ; Elles sont, en l'espèce, reprises par la Cour de cassation qui indique que la survie de la Société n'était en jeu et que l'éviction des Actionnaires Minoritaires n'était pas la fraude pas justifiée par l'intérêt social ; Ce qui confirme, au passage, que l'éviction des actionnaires minoritaires peut être justifiée par l'intérêt social (cf. Sylvestre-Touvin S., Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital, préc. nº 287 et s.; également note sous Cass. com., 18 juin 2002, n° 99-11999: BJS nov. 2002, n° 259, p. 1221.).

1-3- المساهمة بحصة جزئية[1]:

تعد هذه الطريقة من أكثر الأساليب استخدامًا في تكوين تجمع الشركات، -حيث إنها تمكن الشركة المسيطرة من تحقيق التوسع مع تقييد نطاق تدخلها من خلال تخصيص قطاع نشاط لشركة تصبح تابعة لها ، أو تخصيص استثمارات صناعية أو مهام البحث والتطوير لشركة متخصصة. وإن المساهمة بحصة جزئية تحقق التركز الاقتصادي والتوسع من خلال إقامة روابط مالية بين شركتين تؤدي دائمًا إلى تكوين روابط صناعية وتجارية تعزز العلاقة بينهما، فتتميز المساهمة في حصة جزئية عن زيادة رأس المال نقدًا ، بعدم تمتع المساهمين والشركاء الأصليين بحق الأفضلية فيها لأنها تتعلق بمال مطلوب معين لا يتمتع عليه باقي الشركاء في أي حق؛ والحصة الجزئية هي حصة عينية تساهم بها الشركة في شركة أخرى قائمة أو جديدة؛ فتقديم الحصة لشركة قائمة هو زيادة رأس مالها بمساهمة

---

[1]- الإسهام الجزئي بالأصول (apport partiel d'actif) في القانون الفرنسي هو العملية التي تقوم بمقتضاها شركة بتقديم جزء من أصولها إلى شركة أخرى مستفيدة ولقاء ذلك الحصول على حصص أو أسهم؛ والشركة المستفيدة من نقل الأصول يمكن أن تكون موجودة وقائما بذاتها مسبقا أو أن يتم إنشائها خصيصا لهذا الغرض. والقانون الفرنسي يعطي الإمكانية بإخضاع هذه العملية لنظام الانفصال scission وفقا للمادة L.236-16 إلى L.236-21 من ق تجاري فرنسي إذا كانت الشركة التي تقدم الإسهام الجزئي بأصولها [....] والشركة التي تستفيد من هذه الأصول (الإسهامات) تقرر ذلك وفقا لـــ " اتفاق مشترك" commun accord"(المادة L.236-22 ق. تجاري فرنسي بالنسبة لشركات المساهمة، والمادة L.236-24 بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة.

ويسمح الإسهام الجزئي بالأصول من خلال نظام الانفصال، عمليا بنقل مجموع من الممتلكات (الأصول) دون إحصائها وذكرها حصرا مع الخصوم (الديون)، وإذا كان هذا هو الحال عليه فهل من الصحيح اعتبار الإسهام الجزئي بالأصول كمجرد تقديم حصص عينية (apport nature) ؟.

وفي دراسة مقاربة وضعها فقهاء القانون في المجال الضريبي فإن القانون الإرشادي الأوروبي الأول CEE/343/90 الصادر عن المجلس في 23 جويلية 1990 بشأن النظام الضريبي المشترك المطبق على الاندماج والانفصال والإسهامات بالأصول ومبادلة الأسهم الخاص بمختلف الشركات المعنية في الدولة العضوة (الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي L.225 المؤرخة في 20 أوت 1990)؛ المصطلح عليه القانون الإرشادي للشركات الأم يعرف في مادته (2) (C) الإسهام بالأصول باعتباره "العملية التي تقوم خلالها شركة دون أن يتم حلها، بأن تقدم مجموع أو أحد أو العديد من فروع نشاطها إلى شركة أخرى، باستخدام الحصص التمثيلية لرأس المال الاجتماعي في الشركة المستفيدة من الإسهام".

أما عن التعريف المستحدث للانفصال فنجد، القانون الإرشادي الأوروبي CE/19/2005 الصادر عن المجلس (الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي L.58 المؤرخة في 4 مارس 2005) قد أخذت موقفا لما عدل ما يتطلع به في تعريف الانفصال الجزئي بالقانون الإرشادي 343/90 CEE/ بشأن النظام الضريبي لهاته العمليات، بإدراج مادة 2(b) مكرر المعنونة "الانفصال الجزئي" المعرف باعتباره "عملية التي تقوم من خلالها شركة، بنقل أحد أو عدة فروع نشاط إلى شركة أو عدة فروع نشاط إلى شركة أو عدة شركات موجودة مسبقا (قائمة مسبقا) أو جديدة بمقابل منح شركائها (أو مساهميها) حصص ممثلة لرأس المال الاجتماعي في الشركات التي تستفيد من عناصر الأصول والخصوم وكذلك تسوية نقدية موازية لا تتجاوز 10% من القيمة الاسمية أو في خلاف ذلك، القيمة المحاسبية لهذه الحصص (الأسهم) ". مقتبس عن:

Michael Bode, Le groupe international de sociétés : le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand , Publications universitaires européennes. Série II, Droit = Europeanuniversitystudies. Series II, Law = EuropäischeHochschulschriften. Reihe II, Rechtswissenschaft, v. 5000, édition: Bern : Peter Lang, Présenté à l'origine par l'auteur comme thèse (de doctorat)--Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris et Humboldt-Universitätzu Berlin, 2010,p.315.

عينية دون أن تنقضي الشركة المقدمة للحصة. ولقد عرفت كما يلي: "المساهمة بالحصة الجزئية هي العملية التي تقوم فيها شركة بمنح جزء من أصولها لشركة أخرى موجودة أو جديدة، وتتحصل في مقابل ذلك على حصص". فتختلف الحصص الجزئية باختلاف أنواعها والإجراءات القانونية المطبقة عليها ، حيث قد تتعلق بأحد العناصر المنفصلة: العقارات ، والسندات ... إلخ ، أو بمجموعة من الأموال ، على سبيل المثال قطاع نشاط. كما تختلف باختلاف القواعد القانونية المطبقة عليها ، حيث يمكن تطبيق إجراءات المساهمة بحصة عينية عليها ، كما أعطى المشرع الجزائري لأطرافها إمكانية اختيار تطبيق إجراءات الفصل إذا كانت الشركات المانحة والمتلقية تعد من شركات الأموال ، بما في ذلك الشركات ذات المسؤولية المحدودة. وفقًا لذلك ، هناك نوعان أساسيان من المشاركات الجزئية:

– حصة جزئية تخضع لقواعد المشاركة بحصة العينية[1]؛

– حصة جزئية خاضعة لأحكام الانفصال وفق نص المادة 762 من القانون التجاري الجزائري، لذلك يجوز للشركة التي تقدم جزءًا من رأس مالها لشركة أخرى والشركة المستفيدة من هذه الحصة الاتفاق على إخضاعها لأحكام الانفصال. ومع ذلك، تم إيراد هذه المادة في الجزء المتعلق بإجراءات الانفصال والاندماج للشركات ذات الأسهم. وعليه، يخلص إلى أن المشرع الجزائري قد وافق على إمكانية ممارسة هذا الاختيار بين الشركات ذات الأسهم فقط .وفي هذا الصدد نفرق بين حالتين على أساس ما إذا كانت الحصة الجزئية تشكل كلا أم لا:

- المساهمة في حصة جزئية شاملة تخضع لإجراءات الانفصال؛
- المساهمة في حصة جزئية غير شاملة تخضع لإجراءات الانفصال.

إذا كانت الحصة تتكون من فرع مستقل للاستغلال، فإنها تستلزم نقلًا شاملاً للأصول وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قضاء مضطرد[1]، ويقصد بقطاع النشاط مجموعة من الأموال والأشخاص يتولون القيام بنشاط مستقل فهو يشكل وحدة اقتصاديةولهذا لا تعتبر محفظة الأوراق المالية قطاع نشاط ولا عملية شراء حصص أو أسهم، بينما يعتبر الفرع قطاع نشاط لأنه يتكون من مجموعة أشخاص وأموال مخصصة لتحقيق استغلال اقتصادي معين. ومع ذلك، إذا كانت الحصة لا تشكل وحدة متكاملة، فإنها لا تنطوي على نقل شامل للأصول على الرغم من حقيقة أنها تخضع لإجراءات الانفصال.

[1]– . يجب احترام إجراءات تقدير الحصص العينية ، وإذا كانت الحصة محلاً تجارياً ، فيجب احترام قواعد التنازل عن المحلات التجارية.

2- الانفصال، الاندماج، التنازل عن الحصص أو الأسهم:

أما عن الانفصال opération de scission : فهو انفجار شركة إلى شركتين أو أكثر، فتتحلل الشركة المنقسمة دون تصفية وتقسم ذمتها المالية على الشركات الناشئة. وغالبا ما يستعمل مصطلح الانقسام أو الانشطار للتعبير عن هذه العملية. هذا، ويترتب على الانقسام النقل الشامل لأصول الشركة المنقسمة إلى الشركات الناتجة عنه، فهو عملية معاكسة لعملية الاندماج، إذ تنتقل حقوق الشركاء والمساهمين في الشركة المنقسمة بمقابل وتنقضي الشركة المنقسمة، ويجوز أن يتم الانفصال إلى شركات من مختلف الأشكال القانونية، كما يمكن أن تقسم شركة في حالة التصفية بشرط ألا يكون التوزيع قد تم حسب نص المادة 744 من القانون التجاري الجزائري. قد يظهر من الوهلة الأولى أن الانفصال لا يمكن أن يؤدي إلى تكوين التجمع لأنه يفرق ولا يجمع، لكن هو يؤدي إلى قيام الشركة بتقسيم أعمالها والتزاماتها إلى أقسام منفصلة تديرها شركات مستقلة عنها قانونا وتابعة لها في ذات الوقت وتكون كل واحدة مسئولة شخصيا عن الالتزامات المترتبة على نشاطاته[1].

---

[1]- أشكال الانفصال تتمثل في الآتي بيانه:

الانفصال الصافي: يترتب عليه تكوين شركتين أو أكثر بعد تقسيم الشركة التي كانت موجودة سابقا. وهنا توجد ثلاث شركات على الأقل، الأولى هي الشركة المنقسمة والشركتان الناتجتان عن الانقسام وكل شركة تتحصل على نصيبها المتمثل في جزء من رأسمال الشركة المنقسمة؛

الانفصال المندمج scission –absorption: في هذا النوع يتم تقسيم ذمة الشركة بتوزيع أصولها على مساهمي الشركة الأم أين تتم مماثلة العملية بتوزيع للأسهم أين لا تتطلب دفع قيمتها نقدا أو الزيادة في رأس مال الشركة، وهو ما يتم غاليا في عمليات الاندماج بالاستحواذ أين تمنح الشركة لمساهميها الأسهم التي لها في شركة تابعة؛ أو حتى أن يتم تقسيم ذمة الشركة بتوزيع أصولها على شركتين أو أكثر موجودتين سلفا، فهذه العملية تخص ثلاثة شركات على الأقل موجودة سلفا تنقضي إحداها وهي الشركة المنقسمة بعد إتمامه؛

انفصال – هولدنغscission –holding: تتم هذه العملية عن طريق تقسيم أصول شركة على شركتين أو أكثر منشأة لهذا الغرض، وتحول الشركة المنقسمة إلى شركة قابضة تمسك المساهمات الناتجة عن الحصص المقدمة. ففي هذه الحالة الشركة المنقسمة لا تنقضي بل تتحول إلى شركة قابضة.

إن ما سبق التطرق إليه من أنواع يتطلب إجراءات؛ تنقسم إلى مرحلة التحضير وأخرى للتنفيذ، ويوجد شبه تطابق في الإجراءات بين الاندماج والانفصال، رغم اختلاف الأهداف الاقتصادية لكل منهما. وبهذا تمدد إجراءات الاندماج إلى الانفصال لأن دور المراقبين نفسه في الحالتين وتمر العملية بالمرحلة الأولى للتحضير والثانية للتنفيذ وقد تستغرق مدة طويلة نسبيا نظرا لأهمية المصالح محل العملية التي تخص حاملي القيم المنقولة والدائنين والعمال. ولقد نظم المشرع الجزائري إجراءات الانفصال في المواد 744 إلى 753 من القانون التجاري؛ فأما عن المرحلة التحضيرية فتشمل هذه المرحلة الدراسات والمفاوضات وغالبا ما تتم في سرية وبمساعدة خبراء تحدد فيها أهداف العملية ونطاقها والوضعية المالية للشركة المنقسمة بدقة، يضع مجلس الإدارة مشروع الانفصال الذي يجب أن يتضمن البيانات التالية:أسباب الانفصال وأهدافه وشروطه، تواريخ قفل حسابات الشركات المعنية المستعملة لتحديد شروط العملية، تعيين وتقييم الأموال والديون المقرر نقلها للشركات الجديدة، المبلغ المحدد لقسط الانفصال، يبين المشروع أو بيان ملحق به طرق التقييم المستعملة وأسباب الخيار وروابط مبادلة الحصص، يوضع المشروع في أحد مكاتب التوثيق للمحل الموجود به مقرات الشركات محل العملية ويكون محل نشر في إحدى الصحف المعتمدة لتلقي الإعلانات القانونية(نص المادة 750 من القانون التجاري الجزائري)؛ كما يتولى مراقبو الحسابات إعداد تقارير حول العملية، إذ يقوم القائمون بالإدارة بتقديم مشروع الانفصال وملحقاته لمندوب الحسابات إن وجد قبل 45 يوما من انعقاد الجمعية العامة للشركاء أو المساهمين المدعوين للنظر في هذا المشروع. ويجب على مندوبي الحسابات أن يضعوا تقريرهم حول العملية وخاصة مكافأة الانفصال تحت تصرف الشركاء أو المساهمين في ظرف 15 يوما السابقة لانعقاد الجمعية المدعوة للنظر في مشروع الانفصال؛ وفي حالة الاستشارة الكتابية يوجه التقرير إلى الشركاء مع

أما عن الحقوق المحمية أثناء تنفيذ الانفصال؛ فتمر إجراءات تنفيذ الانقسام بمراحل متعددة وهي تهدف إلى تحقيق نزاهة العملية وضمان مصالح مختلفة وهي حقوق العمال ومساهمي الأقلية والدائنين وقد وضعت إجراءات أثناء التنفيذ لحماية هذه الفئات الضعيفة.

بالنسبة للإجراءات المقررة لمصلحة الشركاء؛ فتهدف هذه الإجراءات إلى ضمان الإعلام المسبق حول العملية عن طريق نشر مشروع الانفصال وضرورة إعداد تقرير مراقبي الحسابات الذي يجب أن يودع في مقر الشركة 15 يوما قبل تاريخ الجمعية العامة، مع ضرورة تحديد أسباب اختيار علاقة مبادلة حقوق الشركاء مع ضمان التقدير الصحيح للحصص العينية من طرف مندوبين مختصين.

أما عن التنازل عن الحصص أو الأسهم cession de parts ou d'action؛ فقد يتم نقل السيطرة عن طريق قيام الشركاء أو المساهمين ببيع حقوقهم في الشركة. حيث يسعى الغير المتنازل له إلى كسب النسبة الكافية التي تمكنه من السيطرة على الشركة. وهذه العملية تتم بعقد خاص هو عقد التنازل contrat de cession. هذا الأسلوب هو أكثر الأساليب استعمالا لتكوين التجمعات سواء كان ذلك داخل البورصة أو خارجها. وتخضع هذه العملية للقواعد العامة لقانون الشركات والالتزامات وعقد البيع وهذا ما جعلها تسير من طرف القائمين على إدارة الشركة أو المساهمين الكبار وهذا يشكل

مشروع القرار المعروض عليهم، كما يقوم المندوبون المكلفون بتقدير الحصص في رأسمال الشركات.أما الهدف من هذه الإجراءات فهو ضمان حماية شركاء ودائني الشركة المنقسمة لأنهم قد يتضررون من سوء تقدير الحصص المقدمة من طرف شركتهم عن طريق منحها قيمة أقل من قيمتها الحقيقية. ومن الضروري السعي إلى تحقيق تبادل الحصص بين الشركة المنقسمة والشركات الجديدة بطريقة عادلة.

أما عن المرحلة التنفيذية؛ فيتداول الشركاء أو المساهمون حول قرار الانفصال بنفس شروط تعديل القانون الأساسي للشركة، وإذا كانت العملية تتضمن إحداث شركات جديدة يجب أن تؤسس كل واحدة منها حسب القواعد الخاصة بكل شكل قانوني (المادة 745 من القانون التجاري الجزائري.؛ أما إذا كان من شأن العملية المقررة زيادة تعهدات الشركاء أو المساهمين في شركة أو عدة شركات فيجب أن يوافق عليها الشركاء أو المساهمون بالإجماع (نص المادة 746 من القانون التجاري الجزائري) ؛ ويؤول رأسمال الشركة المنفصلة إلى الشركات الجديدة الناتجة عن الانفصال حسب الشروط المقررة في المشروع بالحالة التي تكون عليها في تاريخ تحقق العملية النهائية. كما يجب أن تحترم قواعد النشر في انفصال الشركة المنقسمة وإنشاء الشركات الجديدة أو المساهمة في زيادة رأسمال الشركات القائمة؛ ويمكن أن تنشأ الشركات الجديدة دون الحاجة إلى حصة أخرى غير الحصة التي تم الحصول عليها من الشركة المنفصلة وفي هذه الحالة يجوز للجمعية العامة للمساهمين المتداولة في هذه العملية أن تتحول بحكم القانون إلى جمعية عامة تأسيسية لكل من الشركات التي نشأت عن الانفصال (حسب نص الفقرة الثانية من المادة 759 من القانون التجاري الجزائري.). ويترتب على الانقسام أثار هامة على الشركات المساهمة في العملية فهو يؤدي إلى نقل أصول الشركة المنقسمة، فتنحل وتنقل ذمتها المالية إلى الشركات الجديدة أو المستفيدة سواء تعلق الأمر بالأصول والخصوم والشركات المنقسمة تنقضي والشركات الجديدة تتحصل على أصولها وخصومها. كما تتحمل الشركات الجديدة ديون الشركة المنقسمة إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك.

Cf. Isabelle URBAIN-PARLEANI, La fusion absorption à l'épreuve des clauses d'agrément. Le cas particulier de la transmission des droits sociaux détenus dans le capital d'une société tierce in : Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Paris : Dalloz, 2003, p.p.1061-1075.

خطرا كبيرا على حقوق أصحاب المصالح الآخرين في الشركة.ورغم عدم تنظيم هذه العملية بأحكام خاصة إلا أن لها طابع خاص واعتبر الفقيه jean Peaullisseau أن هذه العملية تتموقع بين البيع العادي للحصص والأسهم والتنازل عن المؤسسة[1] . فيختلف شراء الحصص والأسهم العادي عن شراء الحصص والأسهم بغرض كسب الرقابة، من حيث الوسائل ومن حيث الهدف، لهذا أصبح هناك إجماع على أن بيع الحصص والأسهم التي يترتب عليها نقل الرقابة هو عمل تجاري؛ فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في أحكام متعددة ذلك[2] ويمتد هذا القول إلى العمليات التي يكون الهدف منها ضمان استمرار حيازة الرقابة.

ولا يشترط لإبرام هذا العقد الحصول على موافقة جمعيات الشركة وإعلام مساهمي الأقلية ولا دائني الشركة المعنية إذا كانت شركات ذات أسهم إلا إذا تم وضع نص في القانون الأساسي يقيد هذه العملية.[1]يترتب على التنازل عن السيطرة نقل سلطة القرار داخل الشركة، يكون ذلك بصفة كلية إذا تمكنت الشركة المسيطرة من الحصول على الأغلبية في الجمعيات العامة غير عادية، وقد يكون بصفة نسبية عندما تحقق السيطرة الأخرى لكسب الرقابة. فهذه العملية تختلف عن عملية البيع المنفردة، إذ لها أثار اقتصادية وتبعات تجارية خطيرة تستوجب وصفها بوصف خاص وإخضاعها للقانون والقضاء التجاري. فبواسطتها تكونت المجموعات العملاقة التي تسيطر على الاقتصاد العالمي، لهذا هي تختلف جذريا عن عمليات بيع الحصص والأسهم العادية[3].

تعتبر بداية المناقشات حول موضوع الطبيعة القانونية لعملية التنازل عن عدد من الأسهم والحصص المؤدي إلى تغير المراقبين فطرح التساؤل هل هذه العملية هي عملية قانونية عادية تخضع لقواعد التنازل العادية أم هي عملية قانونية خاصة؟[4]

أما عن إجراءات التنازل عن حصص أو أسهم الرقابة؛ فلتحديد قيمة الحصص والأسهم اللازمة لنقل السيطرة يجب إجراء عمليات حسابية دقيقة، لهذا غالبا ما يمر تنفيذها بمرحلتين، الأولى تحضيرية تشمل الإجراءات السابقة على التنازل ومرحلة تنفيذية تشمل الإجراءات التي يتم بها التنازل.[5]

---

[1] − Jean peaulisseaux, cession de contrôle, J.C.P.ED.E, 1985. N 14387

[2] - Cass. Com, 24 novembre 1992, R.J.D.A. n° 124)،

[3] – قضية Cassegrain_ saupiquet (Cass. Com, 16 juin 1970, Revue Soc, 1970, p.292.)

[4] – للمزيد من التفصيل، راجع في ذلك:

Daniel roux, la spécifité des cession de contrôle, revue société, p 68.

[5] − Bruno oppetit, la cession de droit société comportant transfert du contrôle d'une société, essai de synthèse, revue société, 1982, p 648.

ثانيا: الآليات الاحترازية عند الاستحواذ على الشركات المسعّرة

الشركات المسعرة في البورصة هي شركات مهمة تتخذ شكل شركات ذات الأسهم، يتم الاستحواذ عليها عن طريق شراء أسهمها المسعرة. هذه العملية تختلف جذريا عن عمليات شراء الحصص والأسهم خارج البورصة وذلك نظرا للعوامل لأن الأسهم في البورصة موزعة بين الجمهور بل حتى أن أخذ السيطرة داخل البورصة له طابع هجومي وبصفة أكثر وضوحا وحشي، إذ غالبا ما تتم معارك في البورصة اكتسحت الأخبار المالية في السنوات الأخيرة؛ فضلا عن أهم عنصر ألا وهو تتمة هذه العمليات تحت رقابة هيئات مكلفة بكفالة تحقيق المساواة بين المساهمين وشفافية المعاملات وحماية المودعين؛ فتخضع العمليات في البورصة إلى تعليمات صادرة عن الهيئات المشرفة عليها عوض قانون الشركات، هذه الوضعية التي انتقدها الفقهاء الذين دعوا إلى ضرورة إدخال تعديلات على قانون الشركات ليطبق على الشركات المسيطرة في البورصة (1)، ومن بعد ذلك التطرق للآليات *التقنيات الأنجلوسكسونية لتحقيق السيطرة بأقل تكلفة (2).*

1- تطلعات لجنة البورصة في شأن عمليات التفاوض لكسب كتلة الرقابة*

عمليا من يرغب في السيطرة على شركة مسعرة في البورصة له الاختيار بين أسلوبين أساسيين؛ إما تقديم طلب إلى الهيئة المكلفة في البورصة يتضمن رغبته في كسب كتلة الرقابة contrôle bloc de وهذه العملية[2] تكون ممكنة إذا كانت أسهم الرقابة توجد في حوزة شخص أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين وهم يرغبون في التنازل عنها وإما القيام بعرض عام للاستحواذ offre publique d'acquisition يوجه إلى المساهمين في الشركة المستهدفة تحت رقابة الهيئات المختصة في البورصة، هذا الأسلوب ضروري إذا كانت الأسهم موزعة بين الجمهور. لكن غالبا ما تسبق هذه

* – لجنة البورصة: يقصد بها لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها في الجزائر.

[2] - La procédure de négociation des blocs de contrôle Pour l'acquisition d'un « bloc de contrôle » c'est-à-dire d'une quantité de titres permettant à l'acquéreur de prendre les décisions au sein d'une société, l'acquéreur est tenu de recourir :

- Soit à la procédure des offres publiques d'achat ou d'échange ;
- Soit à la procédure de négociation des blocs de contrôle

C'est à cette seconde procédure qu'est consacrée la présente section. Elle se caractérise par les obligations imposées à l'acquéreur et la publicité donnée à l'opération car seul l'accord du cédant et du cessionnaire ne suffit pas.

Cf..Jean-Marc Moulin, Le principe d'égalité devant l'information dans le système répressif boursier, Bulletin Joly Bourse, 01 mars 2000 n° 2, P. 117 ; Thierry Bonneau, Les prises de contrôle rampantes rattrapées par l'article 223-6 du règlement général de l'AMF, Bulletin Joly Bourse, 01 avril 2011 n° 4, P. 257.

العمليات أسلوب جمع الأسهم في البورصة Ramassage bourse عن طريق الشراء المنتظم للأسهم قبل اللجوء إلى العروض العامة أو التنازل على كتلة الرقابة. إن هذه العمليات تؤثر على مساهمي الأقلية لهذا وضع المشرع قواعد حماية لهم.

1-1-مفاوضات التنازل عن كتلة الرقابة ودور سلطة الأسواق المالية:

la procédure de négociation des blocs de contrôle et l' AMF/COSOB [1]

أو ما يصطلح عليه بالاتفاق المباشر مع المساهمين، يتم إما بالتدرج عن طريق القيام بعمليات الشراء منفردة متتابعة للأسهم بغرض جمع العدد الكافي لأخذ الرقابة، وإما عن طريق كسب كتلة الرقابة رضائيا.

أما عن الشراء المنتظم للأسهم –جمع الأسهم في البورصة–Ramassage bourse[2] ؛ هو عبارة عن[3] عمليات شراء الأوراق المالية المسعرة بطريقة متتالية تتم في مكان معين وهو البورصة باتخاذ

---

[1] - COSOB (commission d'Organisation et de surveillance des Opérations de Bourse)
Autorité de régulation du marché financier algérien. Instituée par le décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993, modifié et complété, relatif à la bourse des valeurs mobilières, elle est une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière ; par contre en France on trouve l'AMF, institué, regroupant à la fois la Commission des opérations de Bourse (COB) créée en 1967, le Conseil des marchés financiers (CMF) et le Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF). Il serait doté d'une puissance d'investigation supérieure à celle d'un juge d'instruction. Pour traquer la fraude et les manipulations de marché, la nouvelle AMF allait avoir à sa disposition un arsenal impressionnant, en dehors de tout contrôle judiciaire : accès à tous les relevés bancaires, enregistrement des conversations privées, perquisitions, saisies de documents et des disques durs, etc. Les procédures de sanction antérieures, si souvent condamnées par la justice faute de préserver le droit de la défense, seraient totalement revues. Dans le même temps, le nouvel organisme allait recruter une bonne centaine de personnes supplémentaires et s'équiper de nouveaux moyens techniques pour surveiller en permanence les marchés.

[2] - Yves Guyon, droit des affaires, op. cit.p 617.

[3] – قد يتم الاستحواذ على السيطرة (الرقابة) بطريقة تدريجية وتسمى في مثل هاته الحالة بتقنية "الالتقاط في البورصة" " ramassage en bourse" حيث يتطلب الحصول تدريجيا على الأوراق المالية لشركة مسعرة بالبورصة بهدف الحصول على السيطرة (رقابتها) في يوم ما، وذلك تفاديا لارتفاع أسعار القيم المنقولة، وفي هاته الفرضية يقع على عاتق الشركات المستحوذة (الشركات التي تقوم بالشراء) التزامات بالتصريح بتجاوز العتبة والتزام بالتصريح بأهدافها تجاه الشركة المستهدفة وهذا في القانون الفرنسي المادة L.233-7 من القانون التجاري الفرنسي) والقانون الألماني (21 § وما يليها في قانون تداول الأوراق المالية الألماني) وكذا محدد في أنظمة البورصة الجزائرية. وتقنية الجمع في البورصة تختلف عن تقنية العروض العلنية للاستحواذ باعتبار أن هاته الأخيرة مصطلح عليها في الفقه بتقنية الإحالة الفورية للسيطرة (Cession instantané de contrôle) التي تواجه نظام قانوني تقييدي في القانون المقارن؛ مقتبس عن:
Michael Bode, Le groupe international de sociétés : le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand , Publications universitaires européennes. Série II, Droit = European university studies. Series II, Law = Europäische Hochschulschriften. Reihe II, Rechtswissenschaft, v. 5000, édition: Bern : Peter Lang, Présenté à l'origine par l'auteur comme thèse (de doctorat)--Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris et Humboldt-Universitätzu Berlin, 2010,p.p.352-361.

إجراءات خاصة تختلف عن إجراءات إبرام العقود التجارية الأخرى[1] ، فهو مجموع عقود بيع تتم بخصائص ذاتية تختلف عن عقد البيع العادي وتخضع في إبرامها وأثارها لأحكام قانون البورصة. وفي الغالب، فإن هذه العملية لا تحقق بمفردها السيطرة لكنها مقدمات أولية قبل اللجوء إلى العروض العامة للاستحواذ أو كسب كتلة الرقابة بالتراضي، فهي تقنية تحقق شراء الأسهم بطريقة مستمرة وتتم بحرية كبيرة:[2]

أما عن التنازل عن كتلة الرقابة بالتراضي فتتم هذه العملية بقيام الشركة بتقديم طلب اكتساب أسهم شركة أخرى مستهدفة موضوعه كتلة الرقابة التي تتشكل من الأسهم التي يحوزها مساهم أو عدة مساهمين يحوزون على الرقابة على الشركة ويقبلون التنازل عنه. لقد كان يطلق على هذه التقنية في القانون الفرنسي مصطلح مفاوضات كتلة الرقابة Négociation d'un bloc de contrôle، تم

---

1 – يتم جمع الأسهم في البورصة بعقد بيع خاص طرفاه هم السماسرة المسموح لهم بمزاولة نشاط شركة السمسرة في الأوراق المالية، يكونون وكلاء عن طرفي البيع بينما البائع والمشتري هما طرفان غير مباشرين في العقد. فيتم التعبير عن الرضا من طرف السماسرة – سمسار البائع وسمسار المشتري– الذين يتلقون أوامر البيع والشراء وهي بمثابة الإيجاب والقبول في عقد البيع.

ويتميز هذا العقد بأن محل البيع هو أوراق مالية مقيدة في جداول البورصة ومكان البيع هو البورصة وهي سوق منظمة لتداول الأوراق المالية تتم فيها عمليات البيع والشراء وتخضع لإشراف ورقابة هيئة سوق المال وإدارة البورصة؛ ولهذا الجمع حدود؛ فالجمع المستمر للأسهم هو تقنية ذات فعالية ناقصة، يلجأ المشتري بغرض تفاديها إلى الطرق التالية:

– شراء بطريقة مستمرة بنسب قليلة جدا من الأسهم بغرض عدم جلب الانتباه وفي هذه الحالة قد يستغرق مدة طويلة قبل حصوله على المساهمة اللازمة.

– قد يشتري بنسب معتبرة من الأسهم مما قد يترتب عليه ارتفاع سعر التداول في البورصة التي تجعل عمليات أخذ الرقابة مكلفة.

(راجع في ذلك: ظاهر شوقي مؤمن، عقد بيع الأوراق المالية في البورصة، القاهرة، دار النهضة العربية ،2005، ص.12 وما بعدها.)

كما أن هذه العملية تواجهها عدة عراقيل:

– نادرا ما يترتب على الشراء المستمر في البورصة كسب الحجم الكافي للاستحواذ على السيطرة؛

– قد يؤدي الطلب المستمر إلى ارتفاع سعري غير طبيعي مما يجعل عمليات كسب الرقابة مكلفة.

– كما أن طابعها الخفي لا يدوم طويلا، إذ أن كل التشريعات المقارنة تلزم الحائز لنسب محددة أن يعلن عنها إذا تجاوزت حدا معينا وإذا تجاوزت مساهمته نسبة تفوق الثلث عليه أن يقدم عرضا عاما إلزاميا وإلا فقدت الأسهم حقوق التصويت.

هذا، ورغم هذه العراقيل إلا أن هذه التقنية لها أهمية كبرى في المعاملات التي تتم في البورصة وذلك لأنها تحقق ما يلي:

–اكتساب الأسهم يعزز مركز الراغب في تحقيق السيطرة في الشركة.

لجوء المضاربين في البورصة إلى شراء الأسهم وجمعها في الشركات المحتمل خضوعها لعروض عامة للاستحواذ على أمل بيعها بفائض إذا تمت العملية. (راجع: حسين محمد فتحي، الأسس القانونية لعروض الاستحواذ، القاهرة، دار النهضة العربية ،2007، ص.32 و33.)

2 -

تغييره في قانون 53/89 بمصطلح جديد وهو التنازل عن كتلة الرقابة Cession de bloc de contrôle[1].

أما في الجزائر فلقد أصدرت لجنة تنظيم البورصة ومراقبتها نظام يخص تحديد شروط التنازل عن كتلة الأسهم المسعرة في البورصة بالتراضي تحت رقم 04/02 في 10 نوفمبر 2004 يخص كيفية التفاوض على كتلة الأسهم المسعرة في البورصة خارج التداول[2].

وفي القانون الفرنسي قبل 1989 كان يشترط توافر أغلبية غير متضحة تتمثل في حيازة نسبة الأقلية المعطلة minorité de blocage، ثم أصبح الأمر أكثر وضوحا إذ اشترط أغلبية حقوق التصويت أي الأغلبية التي تؤتي حقيقة السيطرة. وهذه الأغلبية تؤخذ بعين الاعتبار عند تقييم توافر الأغلبية سواء تحقق ذلك لشخص يتصرف بمفرده أو بمعية الغير وإذا توافرت هذه الأغلبية يرد على الساعي أو الساعين لكسب السيطرة أن يقدموا طلبا لمجلس بورصة القيم ويتبعوا الإجراءات المذكورة في النظام العام لمجلس بورصة القيم[3]، يمر التنازل عبر اتخاذ الإجراءات التالية:[4]

-تقديم الطلب الأولي: يؤتى الطلب من طرف شخص طبيعي أو معنوي يتصرف بمفرده أو بمعية الغير بغية الحصول على كتلة الأسهم، تشخص فيه هوية المتنازل له عن الكتلة، أسلوب التنفيذ، سعر

---

[1]-Loi N° 89- 531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et la transparence du marche.

[2] - Règlement COSOB n° 04-02 du 10-11-2004 relatif aux conditions de négociation hors bourse des obligations cotées en bourse ; dont l'3 stipule que : « — Les négociations hors bourse sur les obligations cotées en bourse sont effectuées dans les conditions suivantes : 1. la négociation doit porter sur un montant minimum fixé par la commission d'organisation et de surveillance des opérations de bourse. 2. la négociation est réalisée au dernier cours coté augmenté ou diminué d'une marge dont le taux maximal est fixé par la commission d'organisation et de surveillance des opérations de bourse. » ainsi que l'article stipule que « — Les intervenants du marché et le dépositaire central des titres doivent publier dans le bulletin du dépositaire central les informations relatives aux opérations réalisées sur les obligations cotées et comprenant notamment : 1. les quantités globales de titres négociés ; 2. le cours le plus haut avec les quantités négociées ; 3. le cours le plus bas avec les quantités négociées. La Commission peut établir par décision toute autre information devant être publiée dans le bulletin visé ci-dessus."

[3]– إلا أن هذا النظام لا يطبق في الحالات التالية:

- إذا تمت العملية من طرف شركة قابضة موضوعها نقل أسهم الرقابة من شركة تابعة لها إلى شركة أخرى تابعة لها، فلا يوجد نقل للرقابة في هذه الحالة؛
- إذا كانت تمثل عملية زيادة في رأسمال عينيا أو بالاكتتاب المخصص؛
- التنازل بين شخصين طبيعيين؛
- إذا كانت العملية هي عملية بورتاجportage مؤقتة: فاتفاقية البورتاج يتم فيها أخذ مساهمات مؤقتة من شخص (الحامل للسهم) لفائدة شخص آخر(الآمر المستفيد) فتكون هناك ممارسة رقابة غير مباشرة.

4 - Paulette Bauvet, Nicolle Siret, op. cit. p 305.

التداول ثمن التنازل ومقدار السندات موضوع التفاوض. يوجه الطلب إلى المجلس ويتم إعلانه لـــ COB – لجنة عمليات البورصة– لتوافق عليه ويجب أن ينشر على أقصى تقدير أمسية بدء الإجراءات في جريدة يومية على الأقل ويجب أن يذكر فيه ما يلي: أسس تقدير الثمن، نوايا المكتسبين، ظروف العملية، آليات التمويل.

– قرار مجلس البورصة: بمجرد إعلام مجلس بورصة القيم حول المشروع أين يتداول حول قبوله ويصدر رأيه الذي يجب أن يتضمن معلومات للمساهمين والجمهور حول الشروط التي سوف يتم بها التنازل عن كتلة الرقابة خاصة هوية المتنازل له أو المتنازل لهم، طبيعة الحصص المتنازل عنها، سعر التداول ومدة صلاحية الالتزام. يلتزم الساعي إلى كسب السيطرة بأن يشتري كل السندات التي تعرض عليه بسعر تداولها الذي يتحقق في جلسات البورصة، لكن بصفة استثنائية، يحق للمجلس أن يقبل التنازل بسعر أقل من سعر التداول؛ والالتزام بالشراء يجب أن يستمر 15 جلسة بورصة على الأقل اعتبار من أول يوم تعامل يلي تاريخ نشر رأي مجلس البورصة، خلال هذه الفترة يجب على المتنازل له أن يشتري أي سند يعرض عليه بالسعر المتفق عليه[1]. وفي تنفيذ هذا الإجراء يطرح التساؤل حول المساواة بين المساهمين لأن الشركة المكتسبة للسيطرة تقدر أسهم الرقابة بمقدار معين، فهل هناك إجراءات تسمح لباقي المساهمين الاستفادة من نفس السعر؟

هذه المساواة تتحقق في الالتزام بضمان سعر التداول؛ في حالة حيازة كتلة الرقابة الضرورية يلتزم الشخص الطبيعي والمعنوي الذي يتصرف بمفرده أو بمعية الغير والذي استطاع أن يكتسب كتلة حصص أغلبية رأسمال وحقوق التصويت في شركة مسعرة بأن يشتري كل السندات التي تعرض عليه وبالثمن الذي تم به التنازل عن كتلة الرقابة. ويبقى قائما الالتزام بضمان سعر التداول لمدة تتراوح بين 10 و15 يوم عمل في البورصة، يمكن لمساهمي الأقلية الاستفادة من نفس الشروط التفضيلية التي تم بها التنازل عن كتلة الرقابة. وهذا الإجراء يحقق المساواة بين المساهمين، وفي الواقع هو عرض عام لشراء 100% من الأسهم بسعر مساو لسعر التنازل عن كتلة الرقابة الذي تم رضائيا.

1-2- العروض العامة للاستحواذ:

[1] - L'acquéreur doit s'engager à acheter en bourse toutes les quantités de titres qui lui seront présentées, au cours auquel la cession du bloc de contrôle est réalisée. On mesure par là l'incertitude qu'il peut avoir sur l'étendue de son engagement et donc sur le coût financier de l'opération ; L'engagement d'achat doit couvrir une période de 15 séances de bourse au moins a partir de la vie à la cote officielle rendant publique la négociation du bloc de contrôle ; Pendant cette période, les ordres d'achat du cessionnaire sur les titres de la société concernée doivent avoir pour effet de maintenir leur cours au moins au niveau de celui auquel est négocié le bloc de contrôle.
v. Nicolas Rontchevsky, La déclaration d'intention en cas d'actes préparatoires au dépôt d'une offre publique : commentaire du dispositif de gestion des rumeurs en matière d'offre publique, Bulletin Joly Bourse, 01 janvier 2007 n° 1, P. 5.

العرض العام للاستحواذ تقنية مالية وقانونية تستعملها الشركات في البورصة بغرض الاستحواذ على سيطرة الشركات، تتسم بالسرعة والسهولة وتمكن من حفظ الشخصية القانونية والذمة المالية للشركة المستهدفة، عن طريق قيام العارض بإيداع مشروع العرض يعبر فيه عن رغبته في الاستحواذ على أغلبية أسهم الشركة بغرض السيطرة عليها[1] .

لم ينظم المشرع الجزائري العروض العامة، ولم يستعمل مصطلح العروض العامة إلا بصدور القانون 1993 المنظم للبورصة[2]، وتم ذكرها فقط ضمن تعداد مهام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها في المادة 31 واستعمل مصطلح العروض العمومية لشراء القيم المنقولة أي أنه نص فقط على نوع واحد وهو العرض العام للشراء ولم يذكر العرض العام التبادلي والعرض العام للبيع.

ويمكن تعريف العرض العام للاستحواذ على أنه تعهد من جانب واحد غير قابل للرجوع فيه موجه إلى الجمهور للاستحواذ على أسهم شركة مسعرة في البورصة؛ ويمكن القول بأن هذا العرض هو تعهد غير قابل للرجوع فيه موجه إلى المساهمين في إحدى الشركات المسعرة لقيمها المنقولة بالبورصة بشراء كمية من الأسهم المملوكة لهم بسعر محدد، غالبا ما يكون أعلى من سعر البورصة أو مقابل إعطائهم أسهم بديلة. هذا، ويسعى صاحب العرض بذلك إلى تملك كتلة كبيرة من أسهم تلك الشركة تجتمع في يده ولو كانت مبعثرة بين أيدي مساهمين متعددين[3]. فهو عرض موحد الشروط ومحدد السعر والزمن موجه للمساهمين في شركة معينة والذين تتم معاملتهم على قدم المساواة دون أدنى تأثير على الحركة العادية لسوق الأوراق المالية فهو وسيلة ناجعة للتفاوض على كتلة كبيرة من الأسهم. إنه يعتبر في جوهره عقد بيع أسهم بين مقدم العرض ومالكين لها، إلا أنه عقد بيع من نوع خاص لأن الإيجاب فيه يكون دائما من مقدم العرض وإذا صادفه قبول من قبل المساهمين انعقد العقد، لكن أطراف العقد لا يجمعهم عقد واحد ولا يوجد تفاوض مباشر بينهم. إن العروض العامة قد ترد على أسهم تشكل جزء من رأس المال وتعطي الحق في التصويت مثلا: الأسهم بأنواعها، شهادات الاكتتاب

1- عبد الفضيل محمد أحمد، العروض العامة للشراء، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 43، 2002، ص48.

2- مرسوم تشريعي رقم 10/23 مؤرخ في 23 ماي 1223 المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم بالأمر رقم 21/ 140 المؤرخ في 10 يناير 1221 والقانون رقم 04/03 المؤرخ في 15 فبراير 2003.

3- سامي عبد الباقي أبو صالح، النظام القانوني لعروض الشراء في سوق الأوراق المالية وفقا لقواعد عروض الشراء الجديدة الصادرة بالقرار الوزاري رقم 12/2007، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2008، ص.7.

تعطي الحق في التصويت وقد يكون محلها حقوق دائنة تستحق في مواجهة الشركة تتمثل في السندات بأنواعها[1].

إن قانون رقم 2006-387 الصادر بتاريخ 31 مارس 2006 المتعلّق بالقواعد الجديدة المطبّقة على عروض الاستحواذ[2] أدخل تعديلات جوهرية على أحكام القانون الفرنسي المتعلق بالعروض العامة للاستحواذ، جاءت لاحقة لتعديلات قانون رقم 2005-842 الصادر في جويلية 2005 الذي أقر ضرورة وضع عرض إلزامي لخوصصة أسهم الشركة التابعة في فرضية كون أسهم الشركة المراقبة محل عرض عام؛ الذي جعل إعلان عرض العام للاستحواذ على الشركة الأم يترتب عليه إعلان عرض عام للاستحواذ على الشركات التابعة، يطبق هذا القانون على الشركات الخاضعة للقانون الفرنسي والشركات التي يكون مقرها في دولة عضو من الاتحاد الأوروبي وتكون أسهمها مسعرة في البورصة. وقد تضمن القانون المذكور أحكام تتعلق بصلاحيات سلطة أسواق مالية وقواعد متعلقة بتحقيق إعلام كاف للمساهمين والعمال وقواعد تخص المعاملة المتساوية للمؤسسات وأحكام مختلفة في الجزء الأخير[3].

مما تجدر الإشارة إليه أن جلّ التشريعات المقارنة نظمت هذه التقنية إما بقوانين خاصة أو بلوائح صادرة عن الهيئات المراقبة لعمليات البورصة على خلاف المشرع الجزائري.

تتعدد أنواع العروض العامة؛ فمن حيث الوفاء نجد أنه قد يكون عرضا نقديا بحتا فيكون عرضا عاما للشراء Offre publique d'achat[4] وقد يكون مبادلة أسهم بأسهم فيكون العرض عاما تبادليا Offre

1- د- محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص 50.

2 - J.O. du 1er avr. 2006, p. 4882 ; Déposé au Sénat le 22 septembre 2005 par le ministre de l'économie et des finances, le projet de loi relatif aux offres publiques d'acquisition a été définitivement adopté par la Haute assemblée le 23 mars 2006. Malgré ces six mois de discussion et de maturation, nécessités par trois lectures parlementaires, la France se place ainsi en tête des pays européens dans la course à la transposition de la directive du 21 avril 2004, dont l'échéance ultime était fixée au 20 mai 2006.

3 - Alain Pietrancosta, LOI N° 2006-387 DU 31 MARS 2006 RELATIVE AUX OFFRES PUBLIQUES D'ACQUISITION : DES « OPTIONS » FRANÇAISES, Revue trimestrielle de droit financier, n° 1, juin 2006, p. 5.

4- العرض العام لشراء الأسهم Offre publique d'achat O.P.A هذه الصورة هي الأكثر حدوثا في الواقع العملي، إذ أن المساهم الذي يتنازل عن سهمه يفضل الحصول على المقابل نقدا لتكون له حرية إعادة استثماره في شراء أوراق جديدة أو غير ذلك من الاستثمارات أو الاحتفاظ به لحين ظهور شروط أفضل لاستخدام المبلغ.

publique d'échange[1] كما قد يكون تخييريا أو مختلطا[2]؛ و من حيث القبول بها تنقسم إلى عرض عام ودي وعرض عام غير ودي[3]؛ و من حيث كمية الأسهم المطلوب الاستحواذ عليها: تنقسم العروض العامة إلى عروض شراء كلية Offre publique totale وعروض شراء جزئية Offre publique partielle [4]؛ كذلك من حيث الهدف المنشود منها تنقسم إلى المالية والصناعية[5]؛ وأخيرا نجد تلك التي تتخذ صورة خاصة والتي نذكر من بينها العرض المبسّط[6] ، العرض العام للبيع Offre [7]

1- العرض العام لمبادلة الأسهم Offre publique d'échange O.P.E. يعرض صاحب العرض مبادلة أسهم في شركة بذاتها أو أسهم يملكها في شركات أخرى تابعة أو مستقلة، وتحدد نسبة التبادل من طرف الخبراء الماليين وفقا للقيمة الحقيقية والسوقية لكل سهم.

2- العرض العام التخييري يكون إما للشراء أو للتبادل، من حيث كون المقابل إما كمية من النقود أو الأسهم ويترك حق الاختيار للمساهم البائع للسند ليحدد الوسيلة التي يقبل بها الوفاء ؛ أما عن العرض المختلط فيتكون من شقين: شق رئيسي وشق ثانوي، فيكون الشق الرئيسي عرضا عاما نقديا والشق الفرعي عرضا عاما عينيا أي يتم الوفاء لبائع السهم بحصة رئيسية نقدية والباقي مبادلة بأسهم أو العكس.

3- أما عن العرض العام الودي فهو عرض عام ينتج عن مفاوضات حقيقية وموافقة القائمين على إدارة الشركة المستهدفة وتنصب الموافقة على مبادئ وآليات العملية. ويوفر العرض الودي ضمان انتقال السيطرة بمرونة ومساعدة أعضاء مجلس الإدارة في الشركة المستهدفة لإقناع المساهمين المترددين بمزايا العرض المقدم. وقد يتأثر العرض الودي بتقلب الأسعار خاصة في حالة تقديم عروض منافسة مما يترتب عليه ارتفاع أسعار الأسهم وإطالة مدة العرض الأصلي الذي يكون على مقدمه إما تقديم عرض محسن أو الانسحاب كلية.

أما عن العرض العام الغير ودي الذي يسمى كذلك العرض العام العدائي يتم تقديمه مباشرة إلى مساهمي الشركة المستهدفة أو يوجه إلى مجلس الإدارة الذي يرفضه ومع ذلك تستمر الإجراءات لكن غالبا ما يكون بصفة فجائية ومعارضة للقائمين على إدارة الشركة. لكن من النادر أن يكون العرض مفاجئا بصفة كلية لمجلس الإدارة، لأن السوق المالية مليئة بالأخبار والشائعات ومن السهل على مجلس الإدارة التعرف على قرب طرح عرض عام على أسهم الشركة.

4- في الأولى يهدف العارض إلى الاستحواذ على كل الأسهم التي تقدم من قبل مساهمي الشركة أما في الثانية فيضع العارض سقفا معينا لعدد الأسهم التي يريد الحصول عليها.

5- تقوم عروض الاستحواذ ذات الغرض الصناعي على إستراتيجية استمرار استغلال المؤسسة والتحسين العام للنظام الإنتاجي إذ أن هدف المشروع اقتصادي، أما العروض العامة ذات الغرض المالي فيحركها هدف المردودية المالية وذلك عن طريق القيام بإعادة بيع الأسهم إلى مستثمرين آخرين. وغالبا ما تكون عروض الاستحواذ ذات الغاية الصناعية ودية في حين عرض الاستحواذ ذات الغاية المادية غير ودية ومع ذلك هذا التمييز لا يعد قاعدة.

6- أقر المشرع الفرنسي صورة خاصة للعروض العامة وهي منظمة بإجراءات مبسطة وذلك في الحالات التالية:

- ✓ إذا كان صاحب العرض يملك بالفعل أو على وشك امتلاك نصف حقوق رأس المال على الأقل مباشرة أو بطريقة غير مباشرة منفردا أو بالتنسيق مع غيره؛
- ✓ إذا كان صاحب العرض يستهدف الحصول فقط على نسبة لا تتجاوز 10 بالمائة من أسهم الشركة ذات الحق في التصويت أخذا بعين الاعتبار الأسهم التي يملكها بالفعل في الشركة؛
- ✓ إذا كانت الشركة ذاتها هي صاحبة العرض وتستهدف شراء أسهمها أو مبادلة سندات أسهمها كي تتخلص من الدين الذي يثقلها.

V. Entreprise : information et rumeurs, Colloque de l'association Droit et commerce des 2 et 3 avril 2005 : RJ com., Hors série, 2005.

7- العرض العام للبيع هو الصورة العكسية للعرض العام للشراء وقد استعمل في إطار برنامج الخوصصة الفرنسي لغرض توسيع ملكية القطاع الخاص والأفراد في شركات القطاع العام حيث طرحت الحكومة الفرنسية الحصص المملوكة لها للبيع وقد يكون للعرض العام للبيع سعر محدد أو سعر قابل للتحديد بناء على ظروف الشركة المالية وعوامل العرض والطلب في السوق

publique de vente O.B.V، العرض العام للانسحاب Offre publique retrait O.P.R [1]، العرض العام الإجباري Offre publique obligatoire O.P.O .

وما يهم بالضرورة في دراستنا هو العرض العام الإجباري، حيث أنه وكما هو معروف أن هاته العملية هي اختيارية إلا أن هنالك حالتين يكون فيهما تقديم العرض إجباري:

- عندما يتضح من تصرف شخص طبيعي أو معنوي انه قد استهدف عقب شراء أسهم أو حقوق تصويت في شركته امتلاك أكثر من ثلث رأس المال أو أكثر من ثلث الأصوات في الجمعية العامة للشركة المقدم لها العرض، فيلزم بتقديم العرض.
- إذا شرع أشخاص طبيعيون أو معنويون على انفراد أو بالتنسيق مع الآخرين في طلب زيادة ما يملكونها من أسهم رأس المال أو حقوق التصويت في شركة يمتلكون فيها بالفعل بشكل مباشر أو غير مباشر عددا من الأسهم يعادل ثلث أو نصف العدد الإجمالي لأسهم رأس المال أو نفس النسبة من حقوق التصويت داخل الجمعية العامة.

العروض الإجبارية وسيلة لحماية مساهمي الأقلية في الشركة عن طريق السماح لهم بمغادرة الشركة في حالة مسك سيطرتها من طرف شركة أخرى أو بصفة وقائية للحماية من حيازة مساهم ما نسبة معينة من رأسمال أو حقوق التصويت. والتجربة أثبتت في البورصات العالمية نجاعة هذا المنهاج لحماية المساهمين والشركة المستهدفة وتفعيل السوق المالي، وهو بذلك يمنح حماية أكثر فاعلية لمساهمي الأقلية مقارنة بتلك التي يؤتيها قانون الشركات فهو يطور السوق المالي.

أقر كل من المشرعين الفرنسي والجزائري ضرورة الإعلان عن تجاوز الحد، ففي المادة 223 فقرة 7 من القانون التجاري الفرنسي "كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف بمفرده أو بمعية الغير والذي يحوز أكثر من: $\frac{1}{20}, \frac{1}{10}, \frac{1}{5}, \frac{1}{3}, \frac{1}{2}$ أو $\frac{2}{3}$ من رأس المال أو من حقوق التصويت في الشركة يلتزم بإعلان الشركة المعينة ويجب عليها أن تعلن هيئة أسواق المال خلال أجل 17 يوما من تاريخ التحاور التي تقوم بإعلام الجمهور. أما المشرع الجزائري فقد تناول في المادة 65 مكرر من القانون رقم 03-

1- بعد نجاح عملية السيطرة والاستحواذ على أغلبية أسهم الشركة، يتمتع أقلية المساهمين بحق الانسحاب منها إذا رغبوا في ذلك. بطلب يقدمونه إلى الهيئة المشرفة على إجراءات العرض العام كما يجوز للأغلبية المطالبة بإخراج الأقلية بشروط مناسبة. وإذا طلبت الشركة المسيطرة الحائزة على 95% من رأسمال الشركة المعنية إخراج الأقلية فوجب إخراجهم بغض النظر عما إذا كان الطلب من الشركة أو من المساهمين. والعرض العام للانسحاب يخضع لقواعد وإجراءات العرض البسيط.

04 المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم[1] موضوع التصريح بتجاوز الحد إذا ورد فيها أنه يتعين على كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف بمفرده أو بمعية الغير وامتلك عدد من الأسهم أو حقوق التصويت تمثل أكثر من $\frac{1}{20}, \frac{1}{10}, \frac{1}{5}, \frac{1}{3}, \frac{1}{2}$ أو $\frac{2}{3}$ من رأسمال الشركة أو حقوق التصويت تكون أسهمها مسعرة أن يصرح بالعدد الإجمالي للأسهم وحقوق التصويت التي يمتلكها للشركة وللجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها ولشركة تسيير بورصة القيم في أجل أقصاه 15 يوما ابتداء من تاريخ تجاوز الحد الأدنى للمساهمة، كما يتخذ نفس التصريح في حالة انخفاض عن ذات المستوى[2].

هذا، وقد رتب المشرع الجزائري على عدم التصريح في المادة 65 مكرر 3 من القانون رقم 03-04 المتعلق ببورصة القيم المنقولة السابق الذكر أثر متمثل في عدم حظي الأسهم المملوكة له والمجاوزة للحد بالحق في التصويت في كل جمعية عامة وذلك خلال أجل ثلاث سنوات الموالية لتاريخ التسوية التي يقوم بها الشخص المعني. أما المشرع الفرنسي فقد رتب نفس الجزاء إلا أنه حدد مدة المنع بسنتين ابتداء من تاريخ التسوية، كما أنه اقر وضع غرامة تقدر بـــ 180000 أورو تطبق على الشركة التي لم تقم بالتصريح[3]. لكن نلاحظ أن المشرع الفرنسي تناول تحديد الحد الذي على أساسه يلزم المجاوز بالقيام بعرض إلزامي وهو1/3 فأكثر، وعليه أن يودع عرضا عاما إلزاميا في هذه الحالة، في حين في التشريع الجزائري لا يوجد أثر مماثل في كل من القانون رقم 03-04 المتعلق ببورصة القيم المنقولة السابق الذكر ولا بأنظمة لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها وبذلك يكون قد جانب الصواب في شأن عدم تنظيم العروض العامة الإلزامية.

2- التقنيات الأنجلوسكسونية لتحقيق السيطرة بأقل تكلفة: *اعتراف بمصلحة التجمع:*

(Leveraged by out ,Leveraged Management Buy-out)

---

[1]- قانون رقم 03-04 مؤرخ في 16 ذي الحجة عام 1423 الموافق 17 فبراير 2003، يعدل ويتمم المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 2 ذي الحجة 1413 الموافق 23 ماي 1993 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم، ج.ر.ع.11 الصادرة في 19 فبراير 2003.

[2] -Franchissement de seuil ; Au delà de certains seuil de participation dans le capital d'une société ou des droits de vote, à savoir : le vingtième, le dixième, le cinquième, le tiers ou la moitié, est tenue de déclarer à la société, à COSOB et à la Société de gestion de la Bourse des valeurs mobilières, dans un délai maximum de quinze (15) jours à compter du franchissement du seuil de participation, le nombre total d'actions qu'elle possède.v : Frédéric Peltier, Règles de bonne conduite des OPA, Bulletin Joly Bourse, 01 janvier 1999 n° 1, P. 21.

3-Frédéric Bucher, Note - Privation automatique des droits de vote en l'absence de déclaration de franchissement de seuils régulière, Bulletin Joly Bourse, 01 janvier 2004 n° 1, P. 56 ; H. de Vauplane et J.-P. Bornet, Droit des marchés financiers, Litec, 1998, no 800..

–يسعى المبادرون إلى تكوين مجموعات للاستفادة إلى أقصى درجة ممكنة من التركيبات المالية والاقتصادية المستحدثة في عالم الأعمال، ليحققوا السيطرة بأقل تكلفة وبسرعة، التي تسهل عملية تحقيق التأثير القانوني والمالي والتي يطلق عليها الآثار الرافعة المالية والقانونية Effet de levier juridico– –financier[1]؛ وتبرز هذه التقنية الحديثة في شكلين أساسيين هما:

- تقنية Leveraged by out L.B.O : تؤدى إلى السيطرة على الشركة عن طريق عملية هندسة مالية لتحقيق الآثار الرافعة القانونية والمالية بأفضل المزايا، استحدثها الممارسون؛ وذلك عن طريق إنشاء شركة قابضة تتولى عملية كسب السيطرة. عُرفت بكونها: "كسب الرقابة على الشركة من طرف صندوق أو عدة صناديق استثمار أغلبية الأموال الموظفة في ذلك هي قروض"؛ حيث تتم عملية أخذ السيطرة بواسطة أموال الشركة المستهدفة التي تستعمل في تغطية جزء من ثمن الشراء أو الوفاء بالديون المحصل عليها لتغطية العملية. والهدف من هذا الإجراء هو تحقيق تخفيض الالتزامات المالية حتى أن تسديد الأموال الموظفة في السيطرة يتم الحصول عليها من الشركة المسيطر عليها. لهذا أصبح إجراءL.B.O جذاب بالنسبة للراغبين في كسب السيطرة، فهو يحقق ميزة لا تعوض، فماذا يأملون أكثر من أن تسدد أموال كسب السيطرة من طرف الشركة المسيطر عليها! [2]

بعد تحقق السيطرة تلجأ الشركة الراغبة في كسب السيطرة الشركة القابضة إلى الوفاء بديونها عن طريق أموال الشركة المستهدفة للاستفادة من أحسن الشروط المالية. ولنجاح العملية يجب أن تكون النتائج المالية للشركة المستهدفة جيدة لكيلا تؤثر على الشركة المستهدفة وتجعلها معرضة للإفلاس وبهذا لا يمكن استعمال هذه التقنية للسيطرة على شركة تعاني من مشاكل مالية[3]. وفي القوانين

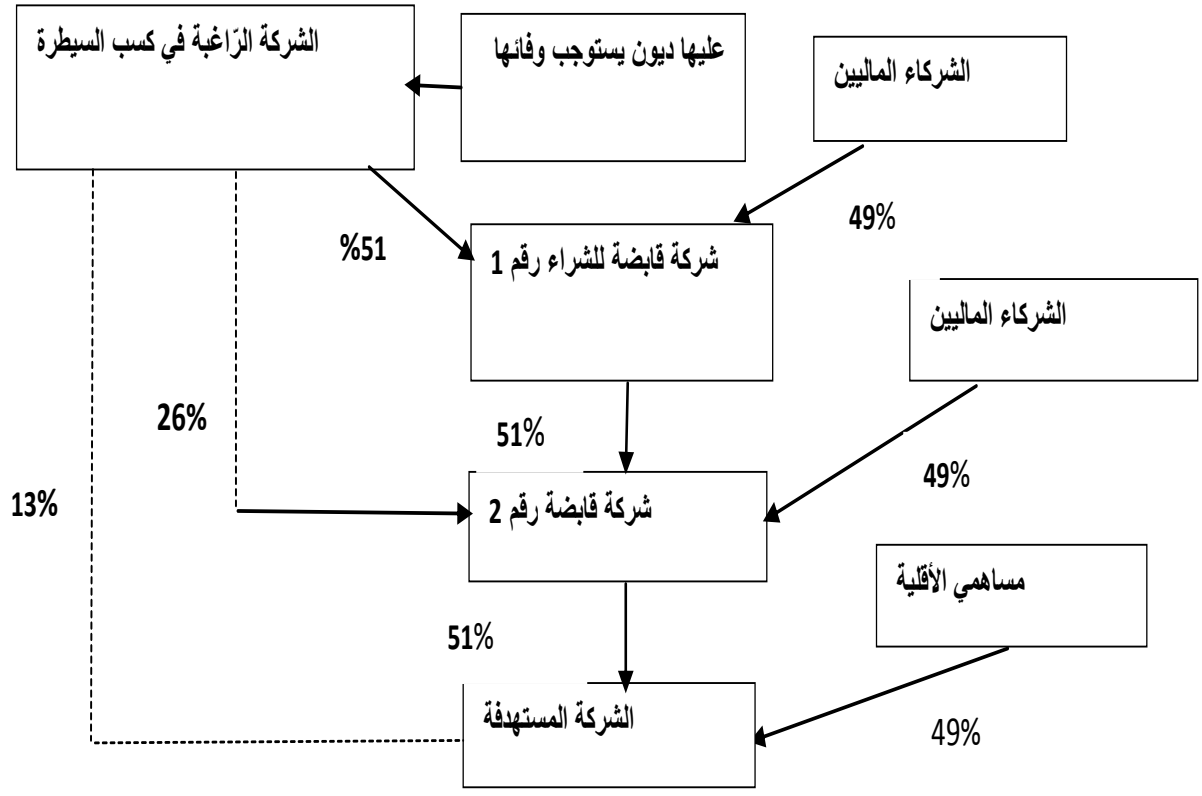
---

1 – تتعلق هذه التقنيات بآليات التمويل المالي للعمليات عن طريق تحقيق الفصل بين ملكية رأس المال وسلطة الإدارة. وهي ترتكز على هدف مركزي وهو تخفيض التكاليف المالية للعملية وذلك باللجوء إلى وسائل مختلفة إلى درجة الوصول إلى استعمال أموال الشكة المستهدفة لتمويل عملية شراء أسهمها أو السندات أو الوفاء بالديون المحصل عليها لتحقيق ذلك.وبهذا تم الاستغناء عن وسائل التمويل التقليدية التي كانت تتمثل في القروض متوسطة وطويلة المدى الممنوحة من قبل المؤسسات المالية، والتي تشترط ضمانات لمنحها كرهن أصول المؤسسة أو تقديم كفالة ... إلخ، ويكون فيها على الراغب في كسب السيطرة بأن يدفع القيمة الكلية والحقيقية للسندات ولا يستفيد من أي تخفيض قانوني أو مالي على خلاف التقنيات الحديثة التي حققت تفادي كل الضغوط السابقة فتحقق التمويل بأفضل الظروف.

2– خلصت الأستاذة زايدي أمال إلى الرأي المفضي لتفضيل مماثلتها بعملية الاندماج السريع بين الشركة القابضة والشركة التابعة.
زايدي أمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية (–دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون الأعمال، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2013–2014)؛ ص.310.

3– هذا، وتنتج الأموال المخصصة لتغطية العملية من الأموال المحصل عليها من الشركة المستهدفة باعتبارها أصبحت شركة تابعة للشركة القابضة والتي تمثل: توزيع الأرباح، الاحتياطات، وتخفيض رأسمال وضمان الديون... وما إلى ذلك؛ وقد يتم الاحتكام لتكوين أكثر من شركة قابضة لتخفيض نسبة المساهمة في الشركة المستهدفة، كما هو مبين في المخطط التالي (من إعدادا الأستاذة زايدي أمال، نفس المرجع):

الأنجلوساكسونية هذه العملية قانونية ولا غبار عليها وهي ترد في شكلين رئيسيين، قرض تمنحه الشركة المستهدفة للشركة الراغبة في كسب السيطرة أو ضمان ممنوح من طرفها لتغطية التبعات المالية لعملية السيطرة عليها. ويجوز أن تتخذ قبل أخذ السيطرة أو بعدها. كما أن القانون الألماني يجيز هذه العملية بالنسبة للتجمعات التعاقدية، التي يكون فيها إجراء قانوني يؤكد وجود علاقة التبعية إذ يحق للشركة المراقبة بمجرد إبرام عقد الهيمنة أن تستعمل أموال الشركة التابعة وتقوم بتحويل الأرباح لتغطية تكاليف كسب السيطرة في المقابل تلتزم بإعادة التوازن المالي. أما القانون الفرنسي والقوانين التي سارت على دربه مثل القانون الجزائري فلا تعترف بشبيه هذه الإجراءات التي يجب أن تتخذ بحذر لكيلا تتعارض مع قانون الشركات، ولا يترتب على ذلك متابعات جزائية، ورغم أن توزيع الأرباح هو من صلاحيات الجمعية العامة إلا أن هذا القرار يجب أن يتخذ لتحقيق المصلحة العامة للشركة. وإذا صدر بتغليب مصلحة الشركة القابضة على مصلحة الشركة التابعة يعتبر تعسف الأغلبية؛ كما أن مواد القانون التجاري الفرنسي والجزائري تمنع الشركة من أن تمنح تسبيقات أو قروض إلى شركة أخرى بغرض شرائها لأسهمها. وهذا المنع يخص الشركات ذات الأسهم، فإذا كانت الشركة المسيطر عليها شركة ذات أسهم لا يحق لها أن تمنح قروضا أو تسبيقات بغرض شراء أسهمها، وبذلك قد يصبح هذا الإجراء عبارة عن إساءة استعمال أموال الشركة أو التعسف في السلطات وحقوق التصويت.



- تقنية R.E.S (reprise d'entreprise par ses salariés) أو (Leveraged L.M.B.O/ Management Buy-out): هي تقنية مشتقة من تقنية L.B.O يستفيد منها العمال وتخفف بالإضافة إلى الأثر القانوني والمالي الأثر الجبائي؛ فالشرط الأساسي للاستفادة من مزايا هذا النظام أن تكون الأغلبية في الشركة القابضة بيد عمال المؤسسة، ولا يشترط أن تكون لواحد منهم الأغلبية لوحده[1].

-ونظرا لخصوصية هذه العملية نظمها المشرع الفرنسي بأحكام خاصة في قانون 1984 المتعلق بتطوير المبادرات الاقتصادية[2]، الذي تضمن امتيازات جبائية للعمال في حالة نقل المسيطرة على المؤسسة إليهم المعدل بالقانون رقم 7/6/87 الصادر في جوان 1987 المتعلق بالادخار وبقانون المالية لسنة 1992 الذي تم تكملته بالمرسوم 8/6/92 الصادر في 17 أوت 1992 المتعلق بالتزامات الإعلان الواقع على عاتق العمال والشركة المسيطر عليها بموجب هاته التقنية[3].

لقد استعملت هذه التقنية للسيطرة على عدة مؤسسات في فرنسا من طرف عمالها فهي تمنح لهم القدرة على شراء مؤسستهم مهما كان حجمها حتى ولو كانت مسعرة في البورصة. إذ يمكن أن يتزامن هذا الإجراء مع عروض عامة لشراء أو للتبادل[4]، وعمليا أصبح هذا التلازم O.P.A و R.E.S كثير

---

[1] - Géraud Ferrandier, Le business plan : étape obligatoire à la création ou reprise d'entreprise, LPA 22 mai. 2017, n° 125f7, p.15 et s. Frédérique Perrotin, Le contrôle des schémas de management package, LPA 24 avr. 2019, n° 143c1, p.3

[2]- Loi n° 84-578, du 09 juillet 1984 sur le développement de l'initiative économique, du JO du 11 juillet 1984.

3- هذه التعديلات تضمنت إلغاء شرط الأقدمية في صفة العامل أي تكفي صفة العامل لاستعمالها بغض النظر عن المدة التي قضاها في المؤسسة، كما تم تخفيض نسبة القرض إلى 42 % مع فتح المجال لعمال المؤسسات المهنية الفلاحية للاستفادة من هذه المزايا.

In : Mike WrightSteve ThompsonKen Robbie, , Buy-ins, Buy-outs, Active Investors and Corporate Governance, Corporate Governance: An International Review, v.4 n°4, October 1996, 222-234

4- الشركة القابضة تتولى تحقيق عملية كسب السيطرة لمصلحة العمال، إذ أن المشرع ألزم العمال بأن ينشئوا الشركة قابضة يسيطرون عليها وتتولى نيابة عنهم القيام بعملية كسب السيطرة، ويجب أن يتوفر فيهم الشروط التالية:

- يجب أن تكون الشركة القابضة جديدة، فلا يمكن استعمال شركة موجودة مسبقا لتحقيق كسب السيطرة على المؤسسة من طرف العمال؛
- يجب أن يكون موضوعها الاستيلاء وحيازة كل أو جزء من رأسمال المؤسسة؛
- يجب أن يكون شكلها يسمح لها بالخضوع لنظام الضرائب على الأرباح الشركات مع أن المشرع لم يحدد شكلا قانونيا لها.

أما عن الشركة المستهدفة فيُشترط أن تتوافر فيها الشروط التالية:

- يجب أن تكون الشركة المستهدفة خاضعة لنظام الضرائب على أرباح الشركات؛
- يجب أن تكون تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا أو مهنيا أو فلاحيا. كان قانون 1984 يستفيد منه عمال المؤسسات الصناعية والتجارية فقط أما قانون 1987 فوسع نطاقه إلى المؤسسات المهنية الفلاحية؛
- يجب أن تكون العملية عبارة عن كسب حصص وليس اكتتاب في زيادة رأس المال؛

الاستعمال، فأصبح العمال يلجئون إلى السيطرة على شركاتهم المسعرة في البورصة حيث يحقق لهم ذلك المحافظة على مناصب شغلهم والانتقال من مركز العامل إلى مركز رب العمل مع ضمان حصولهم على قروض معتبرة وتخفيضات جبائية. أما القانون الجزائري فقد حصر هذه العمليات في مجال الخوصصة لصالح العمال، ولم يتطرق إليها فيما يخص التنازل عن المؤسسات الخاصة.

المطلب الثاني: الاتفاقيات المبرمة داخل التجمع ومقاربة التعسف وإساءة استعمال السلطة

يقصد بالتعسف – اصطلاحا – أن يستعمل المديرين أو أعضاء الإدارة سلطاتهم في غير صالح الشركة ويُعد أكثر حالات المسئولية المدنية شيوعا، حيث تخول السلطة صاحبها صلاحية اتخاذ القرارات والقيام بالأعمال اللازمة لتحقيق الأهداف التي من أجلها تقررت له هذه السلطة.

ويُسأل أعضاء مجلس الإدارة من إساءة استعمال السلطة أمام الشركة والغير والمساهمين، لكن تجدر الإشارة إلى أن هاته المساءلة تدخل في مفهوم الخطأ بصفة عامة، باعتبار أن إساءة استعمال السلطة إحدى صور الخطأ الإداري. فالقانون يخوّل مجلس الإدارة سلطات إدارية لتحقيق غرض الشركة، الأمر الذي تطلب صدور قرارات، قد تكون مُفضية لمصالح مباشرة أو غير مباشرة متناقضة تماما مع مصلحة الشركة، مما يُعتبر معيبا بعيب إساءة استعمال السلطة. وانطلاقا من ذلك سنتطرق لمسؤولية الشركة الأم في سياق الاتفاقيات المبرمة بين شركات التجمع انطلاقا من عموميات المسؤولية المقررة بصدد مسؤولية القائم بالإدارة أو المساهم المبرم لاتفاقية مع الشركة (الفرع الأول) وموازنات القضاء للاقتصاديات العامة للعقود المبرمة بين مؤسسات التجمع في سياق الاتفاقيات المنظمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتفاقيات الخاضعة للترخيص والمقاربة المتأصلة عن تضارب المصالح

- يجب أن يكون عدد عمالها 100 على الأقل وألا يقل عدد العمال الممارسين لعملية كسب السيطرة عن نسبة 10 % من عدد العمال الإجمالي في حالة المؤسسات التي توظف أقل من 600 عامل ونسبة 6 % في حالة المؤسسات التي توظف أكثر من ذلك؛
- يجب أن يترتب على عملية اكتساب العمال أكثر من 50 % من حقوق التصويت في الشركة التابعة. وقد خفض قانون 1987 النسبة إلى الثلث 33.33 % وعليه يكفي أن يحوز العمال على الأقلية المعطّلة.

Cf. Fanny DOMBRE-COSTE, favoriser la transmission d'entreprise en france : diagnostic et propositions, rapport remis le 7 juillet 2015 ; https://www.economie.gouv.fr/files/rapport_transmission_entrepreneuriale_08072015.pdf

طبقا للحلول التشريعية في شأن تضارب المصالح في الشركات التجارية تم استحداث نظامين مختلفين لمعالجة الاتفاقيات المبرمة بين الشركة من ناحية وأحد القائمين بإدارتها أو مساهميها/شركائها. فمن ناحية نجد نظام "الاتفاقيات الممنوعة"[1] ومن ناحية أخرى نجد نظام "الاتفاقيات الخاضعة للترخيص"، فالأول يكون ملحقا بقاعدة قانونية آمرة تتعلق بالنظام العام شُرّعت ليس لمصلحة الشركة فحسب، بل لحماية الصالح العام، فالاتفاقيات الممنوعة يلحقها "البطلان المطلق" يمحو آثار الاتفاقية بأثر رجعي. مما يجعل إبرامها في حكم العدم، أي كأنها لم تكن ولا يمكن بأي حال من الأحوال إجازتها، فتبطل مصادقة الجمعية العامة للشركة عليها إن تمت؛ في خلاف ثاني نظام للاتفاقيات الخاضعة للترخيص أين يمكن إجارتها رغم عدم اتباع الإجراءات القانونية اللازمة ولا يمكن الطعن فيها بعد التصديق عليها وتنتج آثارها تجاه الغير إلا في حالة التدليس.

فلا يؤثر نظام الاتفاقيات الممنوعة على العلاقات بين شركات التجمع فيجوز للشركات أن تقوم بعمليات الائتمانية فيما بينها، حتى ولو كانت إحداها تمارس وكالة اجتماعية في الأخرى وهو ما يجيزه كلا المشرعين الفرنسي والجزائري[2]. إلا أنه نظرا أنه لا يجوز اعتبار الشركة الأم والشركة التابعة لها

---

[1]- من المفارقة الكبرى عند المشرع الجزائري هي تنظيمه أحكام الاتفاقيات الممنوعة لشركة المساهمة ذات مجلس الإدارة في ذات النص المتعلق بالاتفاقيات الخاضعة للترخيص، فوضعها في الفقرة الخامسة للمادة 627 من القانون التجاري بصياغة الأمر رقم 75-59، متبعا في ذلك المشرع الفرنسي وفقا لأحكامه القديمة الذي كان يضع نفس الأحكام في الفقرة الخامسة للمادة 40 من قانون 24 جويلية 1867 بعد تعديلها بموجب قانون 4 مارس 1934 المذكورة سابقا؛ حيث أن هذه الأخيرة كانت تجمع كل أصناف الاتفاقيات، والتي كانت مطبقة في الجزائر منذ وضعها وإلى غاية دخول القانون التجاري حيز التنفيذ؛ هذا طبقا للقانون رقم 62 – 157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 والمتضمن التمديد حتى إشعار آخر لمفعول التشريع النافذ إلى غاية 31 ديسمبر 1962، ج.ر. 11 جانفي 1963، عدد 2، ص.18، إلى أن تم توقيف العمل بالتشريعات الفرنسية بصفة نهائية ابتداءا من 5 جويلية 1975 وهو كذلك تاريخ دخول الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري حيز التنفيذ طبقا لمادته رقم 842، بموجب الأمر رقم 73-29 المؤرخ في 5 جويلية 1973 والمتضمن إلغاء القانون رقم 62-157، ج.ر. 3 أوت 1973، عدد 62، ص.878.
والتي أصبحت حاليا المادة 628 من القانون التجاري الجزائري؛ لكن نجد أن المشرع الفرنسي مع التعديلات التي أحدثها مع مرور الزمن تدارك الأمر وأفرد للاتفاقيات الممنوعة نصا خاصا بها، بعد تبيانه لأحكام الاتفاقيات الخاضعة للترخيص، وهذا تأكيدا منه على أن النوع الأول من الاتفاقيات الممنوعة لا يشترك مع النوع الثاني من الاتفاقيات الخاضعة للترخيص من حيث الأحكام.
(Art.106, loi n° 66-537, aujourd'hui art. L.225-43 du code de commerce français.)
وكان على المشرع الجزائري القيام بنفس الإجراء عند إعادة صياغته للمادة 627 من القانون التجاري، باقتلاع أحكام الاتفاقيات الممنوعة وإفرادها بنص قانوني خاص مستقل عن نصوص الاتفاقيات الخاضعة للترخيص. كما فعل مع الاتفاقيات الممنوعة في شركة المساهمة ذات مجلس المديرين ومجلس المراقبة، أين خصص لها المادة 671 من القانون التجاري الجزائري. إلا أنه لم يتدارك الأمر رغم انتقادات الفقه الموجهة قبل تعديله وتتميمه للأمر رقم 75-59السابق الذكر.
بل زاد الإشكال أكثر تعقيدا بإدماجه أحكام الاتفاقيات الممنوعة في الفقرة الثالثة للمادة 628، بعد تناوله لشروط الترخيص المسبق والاتفاقيات المألوفة، ليعود مباشرة بعد ذكره التصرفات المحظورة لالتزام محافظ الحسابات بإعداد تقرير خاص عن الاتفاقيات المرخصة وتقديمه إلى الجمعية العامة للمساهمين؛ والتي تنص مقتضياتها كالآتي:
"ولا تسري الأحكام الآنفة الذكر على الاتفاقيات العادية التي تتناول عمليات الشركة مع زبائنها. ويحظر تحت طائلة البطلان المطلق على القائمين بإدارة الشركة أن يعقدوا على أي وجه من الوجوه قروضا لدى الشركة أو أن يحصلوا منها على فتح حساب جار لهم على المكشوف أو بطريقة أخرى، كما يحظر عليهم أن يجعلوا منها كفيلا أو ضامنا احتياطيا لالتزاماتهم تجاه الغير، وعلى مندوب الحسابات أن يقدموا للجمعية العامة تقريرا خاصا من الاتفاقيات التي رخص بها المجلس".
ولا تزال هذه الانتقادات سارية المفعول، مادام أن المشرع لم يُغيّر من موقفه بالرغم من تعديله أحكام الشركات التجارية بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996 (ج.ر. 11 ديسمبر 1996، عدد 77، ص.4. وهي انتقادات فرحة زراوي صالح، محاضرات نظام المؤسسات، ماجيستير قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2000، غير منشورة.) المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري(ج.ر. 11 ديسمبر 1996، عدد 77، ص.4؛ وهي انتقادات فرحة زراوي صالح، محاضرات نظام المؤسسات، ماجيستير قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة وهران، 1999-2000، غير منشورة.)، بعد تعديلات المرسوم التشريعي رقم 93-08 المذكور أعلاه.

[2] - Les opérations de garantie entre les sociétés du groupe sont les suivant ; cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers doivent faire l'objet d'une

مجرد شركاء اجتماعيين في العقد المبرم، على أساس أن الروابط الرأسمالية التي تربط فيما بينهما، تضفي طبيعة خاصة على اتفاقهما، حيث أن الشركة الأم تتمتع بالتفوق الاقتصادي على شركتها التابعة. وبالتالي فإن خطر تضارب المصالح من ناحية، والتعسف من جانب الشركة الأم من ناحية أخرى، يؤدي إلى انعدام التوازن التعاقدي. وبالتالي، فإن الاتفاق المبرم بين هاتين الشركتين يخضع لإجراء الاتفاقيات الخاضعة للترخيص في كلا التشريعين الفرنسي والجزائري، إذا ما قامت الشركة الأم بتقلد وكالة اجتماعية في مجالس إدارة أو رقابة شركتها التابعة أو كان لديهما قائمين بالإدارة مشتركين–هو الأمر الشائع في الممارسة العملية في تجمعات الشركات–، بغض النظر إذا كان لهؤلاء الأخيرين مصلحة أو لا في التعاقد، فقد أوجب المشرعين الحصول على الترخيص المسبق بمناسبة التعاقد، فالمصلحة مفترضة بمجرد وجود مديرين مشتركين بين الشركتين المتعاقدتين، فلا داعي لإثباتها ، حيث بإمكان المدير تغليب مصلحة على أخرى، بحكم انتفاعه من الشركة الأقرب إلى مصلحته الشخصية. وذلك ما دفع بالمشرع إلى إخراج هذا النوع من الاتفاقيات من دائرة التعاقد الحر وإخضاعه الى واجب الحصول على الإجازة القبلية والرقابة، حماية لمصلحة الشركتين معا؛ إلا إذا كانت العملية تتعلق بالنشاط العادي للشركة التابعة ومبرمة بشروط مألوفة، وما أكثرها داخل مجموعة الشركات؛ وفي ذلك قام المشرع الفرنسي بإضافة بعض التحيينات استجابة لمعطيات الواقع الاقتصادي[1].

وتبعا لذلك سنتعرض للفارق في التعامل مع هذين الصنفين من العمليات على التوالي:

---

autorisation du conseil d'administration ou de surveillance, sous peine d'inopposabilité de l'acte à la société et aux tiers. il y a plusieurs types qui sont à la disposition des sociétés du groupe, on en trouve la garantie à première demande ou garantie autonome, la lettre d'intention et le cautionnement.

La garantie à première demande est une garantie dont le régime juridique, en l'absence de texte, a été défini par la jurisprudence ; La société mère qui accorde une garantie à première demande au créancier de sa filiale est tenue de lui régler toutes les sommes que ce dernier lui réclamera.(Cass. com., 19-11-1985, n° 84-12.909, publié) ; Une société mère peut décider de plafonner la garantie à première demande accordée au créancier de sa filiale si ce dernier l'accepte.(Cass. com., 12-01-1993, n° 91-10.634).

L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés a créé un article 2321 qui consacre légalement cette sûreté créée par la pratique, définie et régie par la jurisprudence. ; La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre. Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie.

Les cautionnements entre les sociétés du groupe ; Est un cautionnement, la garantie donnée par la société mère : celle-ci se portant garante de sa filiale pour les obligations du contrat conclu entre cette filiale et une tierce société ; Le cautionnement portant sur les dettes d'une société ne saurait être étendu aux filiales de celle-ci quand bien même elles auraient fait l'objet d'une procédure collective commune.

(Cass. com., 16-06-2004, n° 03-12.174, inédit)

[1] - Hervé LE NABASQUE , Conventions libres et conventions réglementées : faut-il avoir peur de l'article 1161 du Code civil, BJS n°115t4, novembre 2016, n°11, p.p.681-684 ; Couret A. et Dondero B., Loi Pacte et droit des affaires, éditions Francis Lefebvre, 2019 ; Xavier VAMPARYS, La blockchain : un outil au service des droits des actionnaires ?, bull.joly.soc., juin n°6-2018, 118r6, p.p.315-317.

أولا–مجال تطبيق تقييدي للغاية في البداية في فرنسا، مُستدام العمل به في الجزائر

في التشريع الفرنسي نجد في جميع أشكال الشركات التجارية أحكام خاصة تفرض نظام اعتماد خاص لبعض الاتفاقيات المتعلقة بالاتفاقيات المنظمة، والمطبقة بنفس الطريقة على شركات المساهمة ذات مجلس الإدارة (المادة **L.225–38** من القانون التجاري الفرنسي)، وعلى شركات المساهمة ذات مجلس المراقبة (المادة **L.225–86** ق. تجاري فرنسي)، وعلى شركات التوصية بالأسهم (أين تحيل المادة **L.226–10** من القانون التجاري الفرنسي إلى المادة **L.225–38** من ذات القانون السابق الذكر). وتوجد أحكام مماثلة أيضا بالنسبة لشركة المساهمة المبسطة (**SAS**) وشركة المساهمة المبسطة ذات المساهم الوحيد (**SASU**) (المادة **L.227–10** ق. تجاري فرنسي)، وفيما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة المتعددة الشركاء (**SARL**)؛ وتلك ذات الشريك الوحيد (**EURL**) فلديهما نظام تطبيق مماثل (المادة **L.223–19** ق. تجاري فرنسي). ويتعلق إجراء الاتفاقيات الخاضعة للترخيص بجميع أنواع الاتفاقيات مهما كانت طبيعتها، باستثناء الاتفاقيات المحظورة بسبب صفة المتعاقد معه. إن الفرق والتقصير التشريعي الوحيد الوارد في التشريع الجزائري أنه نص على هذا النظام فقط بصدد شركة المساهمة مع تناسي الأشكال التجارية الأخرى؛ فبخصوص شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة تم تعداد القواعد في المواد من 628 إلى 630 من القانون التجاري الجزائري[1]، وبخصوص شركة المساهمة ذات مجلس المديرين ومجلس المراقبة تم تعداد القواعد في المواد من 670 إلى 672 من القانون التجاري الجزائري. فتنعدم أحكام قانونية لتعاقد شركة التضامن أو شركات التوصية أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة مع مديريها، مما يبقي تنازع المصالح في هذه الأنواع من الشركات من غير تنظيم. في حين أن حماية مصلحة الشركة تقتضي تقييد حرية تعاقدها مع مديرها، إلا أنه يمكن الاستناد إلى الأحكام العامة، أي المادة 77 من القانون المدني الجزائري ، حيث أخضع المشرع، كل اتفاقية تجارية تبرم مع القائم بالإدارة سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا لنظام الترخيص المسبق، سواء كانت تتقلد وكالة اجتماعية في مجلس الإدارة أو في مجلس المراقبة، أما عن ممثلها الشخص الطبيعي فورد الحديث عنه في سياق نصوص القانون المعالجة للاتفاقيات المنظمة مع الشخص المعنوي المتقلد لوكالة في مجلس الإدارة ، في حين ممثل الشخص المعنوي لم يتم النص عليه صراحة في النصوص الخاصة بمجلس المراقبة إلا أنه يمكن القول في هذا

[1] - sur ce point, M.SALAH, les prérogatives des associés et des organes sociaux dans le fonctionnement des sociétés à responsabilité limité et des sociétés par actions en droit français et en droit algérien, thèse de doctorat d'Etat, Paris II, 1984, pp.58 et s. et M.SALAH, pour une perfectibilité du fonctionnement des sociétés commerciales, revue algérienne, 1991, n°1, p.141 ; V.aussi, R.ZERGUINE, les conventions entre les sociétés et leurs dirigeants en droit positif algérien, Revue algerienne 1979, n°2, p.199.

الصدد بأنه يطبق عليه نظام الاتفاقيات على أساس خضوعه لنفس شروط والتزامات عضو مجلس المراقبة الشخص الطبيعي.

وأخيرا لم يوضح المشرع الجزائري موقفه بخصوص ممثل الشخص المعنوي القائم الإدارة أو عضو مجلس المراقبة، فهو يأخذ نفس حكم من يمثله وعليه تخضع الاتفاقيات المبرمة مع المؤسسة التي يحتل فيها هذا الممثل أحد المراكز المحددة في النص لإلزامية الترخيص المسبق[1] .

ثانيا–تمديد نطاق تطبيق إجراء الاتفاقيات المنظمة بالتشريع الفرنسي

تحت تأثير التوصيات المدرجة بمبادئ حوكمة الشركة التي تدعو إلى إقامة علاقات اجتماعية بأكثر شفافية ممكنة، أدى بالمشرع الفرنسي إلى تحديث قانون الشركات وعصرنته. وقد استفادت الأحكام المتعلقة بالاتفاقيات المنظمة من هذا الزخم الإصلاحي. والواقع أن القانون المتعلق بالضوابط الاقتصادية الجديدة (**loi NRE**) المؤرخ في **15**ماي**2001**[2]، و الذي أعقبه قانون الأمن المالي المؤرخ في **1**أوت **2003**[3]، قد عدلا بشكل عميق روح النظام القانوني للاتفاقيات المنظمة. وهكذا، تم توسيع نطاق إجراءات الاتفاقيات المنظمة بقانون الضوابط الاقتصادية الجديدة على المساهمين الذين يحوزون جزءا من حقوق التصويت أكثر من **5%**، ثم رفعت هذه النسبة إلى **10** في المائة بموجب قانون الأمني المالي المؤرخ في **1** أوت **2003**، كما وسع ذات القانون من نطاق التطبيق على الشركة المراقبة بالمعنى المقصود في المادة **3–233.L** ق. تجاري وهي شركة تملك جزءا من حقوق التصويت أكثر من **10%** [4].

هذا التوسع في نطاق إجراءات الاتفاقيات المنظمة من خلال مفهوم المراقبة **(contrôle)** يستحق بعض التفسير. وبما أن الأشغال البرلمانية لم تمتد إلى تقييم مفهوم الرقابة، الذي لم يرد ذكره في المذكرات التوضيحية خلال المناقشات ومن ناحية أخرى، وبسبب الصعوبات العملية التي أثارها هذا المفهوم، نوقش في الفقه على نطاق واسع من الجدل بين اتجاهين رئيسين حيث يدعم البعض تفسير ذو

---

[1]– المادة 628 فقرة 2 و670 فقرة 3 من القانون التجاري الجزائري.

[2] – loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n°113 du 16 mai 2001.

[3] – Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière , JORF n°177 du 2 août 2003.

[4] – Fanny Brunel , L'associé-dirigeant, un trait d'union nécessaire à l'ère de la gouvernance d'entreprise, LPA 13 déc. 2018, n° 140u5, p.9 ; Francois F., de Fonteville E. et Marlange A., Dirigeant de société. Statuts juridique, social et fiscal, 3e éd., 2015-2016, Delmas, p. 30, nos 14.11 et s ; Moulin J.-M., Droit des sociétés et des groupes, 11e éd., 2017-2018, Gualino, Mémentos LMD, p.p. 67 et s ; Guyon Y., « Assemblée d'actionnaires », Rép. sociétés Dalloz 2002, actualisation 2018.

الحد الأدنى لمفهوم الرقابة مما يؤدي إلى الأخذ في ضمن نطاق تطبيق الاتفاقيات المنظمة بأن الشركة المراقبة والمسيطرة مباشرة على المستوى الأول، كشريك في الشركة المساهمة المالكة لأكثر من 10% من حقوق التصويت في الشركة المتعاقد معها، من ناحية أخرى يحبذ مؤلفون آخرون تفسيرا أوسع يشمل جميع مستويات السيطرة والرقابة،وبالتالي الصعود نحو الشركة الأولى التي تسيطر وتراقب –بشكل غير مباشر– على الشركة المساهمة وكذلك المتصرفين بمعية الغير في سياق الرقابة المشتركة **(contrôle commun)**.

وجاءت رسالة من وزارة العدل إلى المجلس الوطني لمحافظي الحسابات بتاريخ **6** جويلية **2002**، لتوضيح الوضع بأن: "الشركة التي تسيطر على شركة مساهمة مالكة لما يزيد عن **5%** [**10%**] من حقوق التصويت بالشركة المتعاقد معها، يجب أن يمتد إلى الشركة التي تدخل في التعريف القانوني الوارد في المادة **233–3** أولا وثانيا [...] الشركة المسيطرة هي بالتالي الشركة التي تشكل جزءا أو طرفا في سلسلة الحيازات المباشرة وغير المباشرة للمساهمات أو التي تمارس الرقابة الفعلية **(contrôle de fait)** على هذه الأخيرة أو عن طريق اتفاقيات التصويت ومن ناحية أخرى، فإن استخدام المفرد **(singulier)** بالمادة **L.255–38** من القانون التجاري الفرنسي مفاده أن المشرع لم يكن يرغب في استهداف السيطرة المشتركة **(contrôle conjoint)** من قبل عدة شركات"[1].

إذا ما احتكمنا لهذا التفسير، فإنه يمكن الأخذ في الاعتبار بجميع درجات الرقابة ومستوياتها بغض النظر عن صفة الشريك، للشركة المسيطرة على الشركة المساهمة بنسبة **10%** ومن ناحية أخرى، عدم استبعاد التصرف بمعية الغير **(action de concert)** من مجال تطبيق الاتفاقيات المنظمة وهذا الموقف له ما يبرره من جانبين فمن ناحية فإن له ميزة الأخذ بمفهوم السيطرة أو الرقابة المنصوص عليه بالمادة **233–3** أولا وثانيا بالقانون التجاري وهو ما يتناسق مع الهدف ذاته من أحكام نظام الاتفاقيات المنظمة، أي لمعالجة جميع التصرفات التي قد تنجم عن التأثير أو النفوذ الذي قد يمارس على الشركة لإجبارها على التعاقد بشروط تتعارض مع مصالحها. وبما أن هذا التأثير لم يكن مرتبطا بصفة الشريك، فقد كان من المناسب الاشتغال على جميع الشركات التي قد تمارس سيطرتها على شركة أخرى، وليس الاقتصار على شركات الدرجة الأولى من مستوى الرقابة. ومن ناحية أخرى، لا تخضع الاتفاقيات المبرمة مع الكيانات القانونية المالكة بصفة مشتركة في شركة مساهمة بنسبة **10%**

---

[1]. رسالة من وزارة العدل إلى مجلس الوطني لمحافظتي الحسابات المؤرخة في 6 جويلية 2002 مقتبس عن:

Bulletin C.N.C.C., n°126 ,p.145.

من الشركة المتعاقد معها، للإجراء الاتفاقيات المنظمة، مع عدم الإخلال بالتفسير التقييدي لإجراء الاتفاقيات المنظمة، فليس المقصود من هذه الأخير أن تطبق عندما يكون خطر التعسف محدودا ومع ذلك في حالة وجود فرضية الرقابة المشتركة "" التي تنطوي على وضع متساو بين كل شركة مساهمة يتم تقليل خطر التعسف إلى حد كبير لأن كل شركة مُشاركة بسوق تشكل سلطة مضادة لتعسفات الأخرى.

وبالإضافة إلى ذلك، من المهم أن نذكر أن نطاق تطبيق الاتفاقيات المنظمة يمتد أيضا إلى أي شخص مهتم بصفة غير مباشرة أو شخص وسيط، ولذلك لم تعد الاتفاقيات المبرمة بين الشركة ومديريها هي الوحيدة المشمولة بموجب نظام الاتفاقيات المنظمة فحسب بل على نطاق أوسع أي اتفاقية يحتمل أن تؤدي إلى تضارب ف المصالح بين الشركة والمتعاقد معه بسبب النفوذ أو التأثير المحتمل والمرجح أن يمارسه هذا الأخير.

وقد أتاح توسيع نطاق الاتفاقيات المنظمة بالتشريع التجاري الفرنسي، الانتقال من حماية خاصة ضد بعض التجاوزات والتعسفات في المصالح (تلك المتعلق بالمديرين) إلى حماية أعم ضد مخاطر تضارب المصالح ذات الصلة بالنفوذ المحتمل وقد أدى هذا الإصلاح إلى إخضاع العديد من الاتفاقيات المبرمة بين الشركات داخل التجمع ولاسيما بين الشركة الأم والتابعة لإجراءات الاتفاقيات المنظمة. وفضلا عما تم ذكره بالنسبة لإجراء الترخيص يجب ألا تضر الاتفاقيات بين شركات المجمع بمصالح المساهمين الأقلية لأحد الشركات الطرف في الاتفاقية، حيث أن هذه المصالح موضوع حماية خاصة وقد يؤدي الأمر إلى ضرورة تعيين خبير فالمساهمين الأغلبية خصوصا بالتشريع الجزائري الذي ظلت مقاربته تقييدية بالنسبة للاتفاقيات الخاضعة للترخيص، لا للمساهمين التعسف في استعمال سلطاتهم من أجل أن يفرضوا على الشركة المراقبة أو الشركاء الأقلية باسم المصالح العامة للمجمع قرار ضد مصالح الشركة أو ينتهك حقوق المساهمين الأقلية، حيث أن هذا القرار قابل للإبطال وفقا للقواعد العامة للقانون المدني، ومن بين هذه الاتفاقيات الخاصة بمجمع الشركات تلك التي تتضمن مساعدة والمبرمة بين الشركة الأم والشركة التابعة إذا تبين أنها بدون طرف متعاقد حقيقي (المساعدة مقدمة للشركة التابعة)، عملية إنشاء شركات تابعة جديدة، حيث تساهم الشركة في إنشاء شركة توصية بالأسهم، من خلال المساهمة في قواعدها التجارية وأن عملية المساهمة تضر بمصالح الشركة المساهمة، نظرا لأنها أصبحت تمثل الشريك الموصي بالنسبة للشركة المستفيدة من عملية المساهمة إذا كانت لا يمكنها ممارسة امتيازات أو صلاحيات في إدارة هذه الشركة وبطريقة مباشرة، وإذا كان رقم

أعمالها أو الأرباح انخفضت بنسبة معتبرة. غير أنه لم يعتبر القضاء الفرنسي[1] تعسف من قبل الأغلبية القرار الذي اتخذته الجمعية العمومية العادية لأربع شركات توزيع تمتلك عدة واجهات لمحلات، أجرتها تأجير تسيير لفائدة شركة خامسة أسست لهذا الغرض مدام هذا القرار لا يضر بالمصالح العامة لهذه الشركة و يؤدي إلى تفضيل الأغلبية على الأقلية، وقد تم رفع هذه الدعوى من قبل المساهمين الأقلية في الشركات، ثم التوصل خلال الدعوى إلى أن العملية لا تؤدي إلى خسارة أو مديونية للشركات لأنها تراقب الشركة المستأجرة إيجار تسيير، كذلك اتفاقيات الخزينة «**trésorie** » التي تمتد

[1]-Parmi les différentes conventions internes qui permettent à un groupe de sociétés d'optimiser sa gestion, la convention de trésorerie tient une place de choix. De pratique courante au sein des groupes, elle a vocation à réduire leurs frais financiers et à renforcer leur autonomie financière. Pour autant, la mise en place d'une convention de trésorerie et son fonctionnement au sein du groupe peuvent poser de sérieuses difficultés dans plusieurs domaines du droit (cf. pour une étude récente des risques en matière de législation bancaire, de droit des sociétés et de redressement et liquidation judiciaire Centralisation de trésorerie dans les groupes, MM. Jean Claude Hallouin et Patrice Bouteiller, Actes Pratiques n° 88, juillet-août 2006). En matière de droit des sociétés, ces difficultés peuvent surgir durant la vie habituelle du groupe, mais aussi plus particulièrement à l'occasion de Leverage Buy Out (LBO) où une société holding de reprise est constituée pour acquérir les titres d'une société cible et finance cette acquisition grâce aux fonds provenant de cette dernière (opération de rachat d'une société avec effet de levier). L'idée de base qui préside à la mise en place d'une convention de trésorerie au sein d'un groupe est d'utiliser les excédents de trésorerie d'une société pour financer les déficits de trésorerie des autres.

Et ce, d'autant que les possibles déséquilibres sont susceptibles d'engager la responsabilité civile, voire pénale, de leurs auteurs selon des qualifications juridiques progressives allant du plus général vers le particulier : l'abus de majorité (I), l'abus de pouvoirs et de biens sociaux, l'interdiction de l'article L. 225-216 du Code de commerce (N° Lexbase : L8274GQI).

Pour la question d'abus de majorité ;C'est d'abord du fait des actionnaires majoritaires que pourront naître des déséquilibres dans une convention de trésorerie, pour autant qu'elle relèverait de décisions prises sans égard pour l'intérêt social et dans le but d'avantager les majoritaires au détriment des minoritaires (cf. Cass. com., 18 avril 1961, n° 59-11.394, Société des anciens Etablissements Picard et Durey-Sohy et autres c/ Paul Schumann et autres N° Lexbase : A2561AUE, Bull. civ., IV, n° 175 ; D. 1961, jurisp. p. 661, S. 1961, p. 257, note Dalsace).

Il a, en effet, été jugé que l'abus de majorité pouvait être le fait de décision des dirigeants sociaux, et non de la seule assemblée générale, lorsque ces derniers, par ailleurs, majoritaires, disposent du fait du contrôle effectif de la société (cf. affaire "Delattre-Levivier" analysée ci-après).

Tel serait manifestement le cas si, au vu de leur analyse globale et de leur succession, les flux de trésorerie profitaient aux majoritaires au détriment des minoritaires, sur la base de prélèvements excessifs du holding sur la trésorerie de la filiale, insuffisamment rémunérés par le premier (cf. pour des exemples concrets, Cass. com., 21 octobre 1974, n° 73-12.937, Leijbus dit Frydman, de Beaumais, Jullien, Richer, Nougue c/ Consorts Canthelou N° Lexbase : A6998AGB, RJ com. 1975, p. 387, note Chartier ; Cass. com., 12 novembre 1973, n° 72-12.881, Dame Grassion c/ Société Pierre Lacure et Cie, Consorts Lacure, Varaigne, Védrine N° Lexbase : A6935AGX, Bull. civ. IV, n° 322, p. 287 ; et Cass. com., 29 mai 1972, n° 71-11.739, SA Ets Pernot c/ Epoux Krucker, époux Guerry et époux Peltier N° Lexbase : A6784AGD, JCP éd. G 1973, II, n° 17337, note Guyon)

Pour autant que la société comporte des minoritaires, ceux-ci pourraient user de leur droit d'action à l'encontre des majoritaires et engager leur responsabilité civile tout en demandant l'annulation de l'acte abusif.

In : Guy de Foresta, Les conventions de trésorerie intra-groupe et leurs risques en matière de droit des sociétés, Hebdo édition privée n°234 du 1 novembre 2006

بين شركة ذات مسؤولية محدودة وشركة مساهمة، التي تمثل شريك يشكل الأغلبية داخل الشركة ذات الشركة المحدودة، تضمنت افتتاح حساب باسهم هذه الأخيرة في دفتر الشركة المساهمة مع تحديد الرصيد متى تم اكتشاف أن الحساب الجاري مدين ويسمح للشركة ذات المسؤولية المحدودة بالحصول على تحويل نسبة أفضل من الاستدانة من خارج المجمع تجعل من المستحيل القول بان الاتفاقية ضد مصالح الشركة[1] .

فضلا عما سبق ينبغي التذكير بأن إجراء الاتفاقيات المنظمة هو إجراء فيه العديد من الإرهاصات والتكلفة التي من المحتمل أن تعيق التفاعل الاقتصادي الضروري الذي يجب أن تقيمه الشركة للقدرة على المنافسة وبغرض عدم المساس بأنشطة الشركاء من خلال الشكليات الإجراءات المبالغ فيها اقتضى المشرع منذ عام 1966 إمكانية استبعاد بعض الاتفاقيات بسبب اعتياديتها، استثناءها من الخضوع للاتفاقيات المنظمة.

ثالثا – الاستثناء: الاتفاقيات المألوفة المبرمة بشروط عادية

أبدى المشرعين محل الدراسة المقارنة الجزائري والفرنسي انشغالهما إزاء ما يمثله تطبيق إجراء الإذن على جميع الاتفاقيات المبرمة بين الشركة والأشخاص المستهدفين بالنصوص، ومن ثم فقد أدخل استثناء يسمح بشأن " المعاملات الجارية المبرمة بشروط عادية" باستبعادها من إجراءات الموافقة، بكونها حسب الحلة خالية من أي التزام إجرائي شكلي (الاتفاقيات الحرة) **(Conventions libres)** أو تخضع لتصريح بسيط (الاتفاقيات المصرح بها) **(Conventions déclarées)**[2] الفكرة تكمن في أن الاتفاقيات ذات الأهمية الضئيلة أو المبرمة بشروط مفروضة لا يمكن أن تكون بسبب طبيعتها الاعتيادية، أين تمثل القليل من المخاطر على الذمة المالية للشركة، أن تخضع للإجراءات الشكلية للاتفاقيات المنظمة. هذا الاستثناء لا يتوافق فقط مع الغرض من أحكام الاتفاقيات المنظمة، بل هو

---

[1]– بركات حسينة، مجمع الشركات في القانون التجاري الجزائري والمقارن، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري–قسنطينة–، كلية الحقوق، 2010/2009، ص.80.

[2]- Une opération courante est celle rentrant dans l'activité habituelle d'une société fixée par son objet social.(CA Paris, 16e, B) ; Sont des conventions portant sur des opérations courantes à l'intérieur d'un groupe celles concernant les transactions financières, sur les immobilisations, commerciales courantes, les frais communs du groupe, le personnel détaché. (Bulletin CNCC n° 79 du -09-90, p. 289) ; Les transactions commerciales courantes sont celles qui relèvent de l'activité habituelle de l'entreprise concernée.(Bulletin CNCC n° 79 du -09-90, p. 289) ; Dans un groupe de sociétés, les opérations de location d'immeuble, de détachement de personnel et d'engagement de frais communs constituent des opérations courantes n'exigeant pas l'autorisation préalable du CA, si elles sont facturées au coût de revient.(CA Paris, 25e ch., section B, 17-10-2003, n° 2002/03107) ; Surtout depuis le 3 août 2014, avec l'Ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 sont désormais exclues du périmètre des conventions réglementées les conventions conclues entre une société et une autre société dont elle détient ou qui détient, directement ou indirectement au moment de la conclusion de la convention, 100 % ou une fraction équivalente de son capital.(Art. L225-39, Art. L225-87 Code de commerce français).

أيضا ذو صلة بتحسين الشفافية في أنشطة وسير الشركة طبقا لعبارة "كثرة الشفافية تقضي على الشفافية". والواقع أن السعي للحصول على إذن خاص لكل اتفاقية تدخل في مجال تطبيق الاتفاقيات المنظمة من دون إيلاء الاهتمام لأهميتها سيؤدي إلى إخضاع عدد هائل من الاتفاقيات إلى إجراءات الرقابة المسبقة ولذلك يصعب تصور مراقبة فعالة وسريعة في مثل هذه الظروف فالكثير من الشفافية يقتل الشفافية. ومع ذلك، يبدو من المناسب فيما يتعلق بتقييم شروط الإعفاء من إجراءات الاتفاقيات المنظمة. نذكر أن رغبة المشرع في تطبيق الإجراءات المنظمة كان يستهدف من خلاله القضاء على مخاطر التعسفات والتجاوزات، ومن ثم فإن الحالات التي لا تزال فيها مخاطر التعسف محدودة أو حتى مستبعدة ينبغي استثناءها من تطبيق نظام الاتفاقيات المنظمة، ولذلك يجب تقييم الشروط التي تسمح بالإعفاء من هذا الإجراء بشكل تقييدي للغاية، وفرض المشرع الفرنسي توافر شرطين تراكميين للاتفاقيات المبرمة داخل التجمع لإعفائها من إجراءات الاتفاقيات المنظمة. فعلى إثر ذلك يجب أن تكون العملية روتينية ومنفذة في ظل شروط عادية، ولم يتم وضع أي استثناء خاص صراحة فيما يتعلق بالتجمع، ومن المفترض أن تشمل هذه المعايير الاتفاقيات التي لا تمثل أي خطر بالرغم من صفة المتعاقد معه **(qualité des contractants)** إلا أنها تظل خاضعة لبعض من الرقابة.

ومسألة معرفة متى ينبغي اعتبار ابرام اتفاقية ما بطريقة اعتيادية وروتينية، بشروط عادية تطرح في الفقه والقضاء ويصف القضاء الترددات المحيطة بهذه المعايير في أحكامه، هذه الصعوبة في التقدير تتضاعف لما نكون أمام فرضية التجمع، إذا اعترفنا بخصوصية العلاقات بين شركات التجمع فإن ذلك سيؤدي بنا إلى التحليل الخاص لمعايير الإعفاء تختلف المواقف المتخذة سواء في القضاء، أو في الفقه في شأن معالجة هاته الخصوصية[1].

[1]- Les conditions de conclusion d'une convention sont normales dès lors qu'elles sont identiques à celles consenties à des tiers traitant avec la société, dans les conditions d'un marché concurrentiel. On s'attache donc non seulement au prix versé ou demandé, mais aussi aux conditions générales du contrat , et pour clarifier cela;

- Rép. min. n° 4276, JO ANQ, du 03-04-1969, p. 870 : Pour déterminer si une convention a été conclue dans des conditions nouvelles, il convient de tenir compte des conditions dans lesquelles sont habituellement conclues les conventions semblables dans la société et dans celles du même secteur d'activité.
- Cass. com., 09-04-1996, n° 93-21.472 : Le caractère normal d'une convention peut être déduit si les prix convenus dans celle-ci correspondent à ceux habituellement pratiqués dans le même secteur d'activité.
- Cass. com., 09-04-1996, n° 93-21.472 : Une convention est réputée anormale dès lors qu'elle est uniquement profitable à une société partie au contrat et défavorable à l'autre qui n'en tire aucune contrepartie.
- Cass. com., 01-10-1996, n° 94-16.315, Bull. Joly 1997 p. 138 : L'existence d'un doute quant à la réalité d'une contrepartie au sein de la convention peut suffire à écarter l'application de l'article L. 225-39 du Code de commerce.

1-المعنى العام للعمليات المألوفة من دون ترخيص مسبق

استثنى المشرع الجزائري على غرار التشريع الفرنسي بعض الاتفاقيات، وسمح بإبرامها بكل حرية وأطلق عليها تسمية "الاتفاقيات العادية"، وهذا بنصه في الفقرة الثالثة من المادة **628** من القانون التجاري على أنها "ولا تسري الأحكام الآنفة الذكر على الاتفاقيات العادية التي تتناول عمليات الشركة مع زبائنها". والمقصود بالأحكام الآنفة الذكر، الفقرة الأولى من نص المادة المذكورة، والمتعلقة بإلزامية الحصول على ترخيص مسبق لعقد أية اتفاقية مع الشركة، ولا تعفى أية اتفاقية من هذا التنظيم القانوني إلا ما استثني بنص خاص وصريح، ومن ذلك الاتفاقيات التي لها الطابع العادي لأنها تتناول عمليات الشركة مع زبائنها. ولكن ما مقصود المشرع الجزائري من عبارة "الاتفاقيات العادية التي تتناول عمليات الشركة مع زبائنها"، والتي على أساسها تعفى الاتفاقية من ضرورة اتباع إجراءات التنظيم، أي من الزامية الحصول على الترخيص المسبق لمجلس الإدارة أو مجلس المراقبة، حسب الحالة، والمصادقة اللاحقة للجمعية العامة العادية للمساهمين؟

للإحاطة بهذا المعنى، يتوجب الرجوع إلى أصل هذه الأحكام والتي هي التشريع الفرنسي؛ لقد استعمل المشرع الجزائري عبارة "عمليات الشركة مع زبائنها" في تبيانه لمفهوم الاتفاقيات العادية وهي عبارة محددة المعنى، والتي كان قد استخدمها في الأحكام القديمة للقانون التجاري، قبل تعديله وتتميمه بالمرسوم التشريعي رقم **93-08** السالفة الذكر، أي الفقرة الثالثة من المادة **627**القديمة[1]؛ وقد تبنى في هذه الأخيرة ما كان منصوصا عليه في التشريع الفرنسي القديم، والمقصود بالتحديد المادة **40** من قانون **24** جويلية **1867** بعد تعديلها وإعادة صياغتها بموجب المادة **10** من القانون المؤرخ في **4** مارس **1943**، السالفة الذكر، والتي كانت مطبقة على التراب الجزائري إلى أن تم توقيف العمل بالتشريعات الفرنسية ابتداء من تاريخ **5** جويلية **1975**، كما سبق ذكره[2]. وبالرجوع إلى أحكام هذه المادة من التشريع الفرنسي القديم، نجدها تستثني من إلزامية الحصول على الترخيص المسبق،

- CA Versailles, 1ère, A, 23-10-1997, n° 831/97 : La modification d'un contrat d'agence commerciale, ayant pour effet de rendre irrévocable le mandat de l'agent et d'augmenter considérablement les taux des commissions, ne peut être considérée comme une opération conclue à des conditions normales.

[1] – المادة 627 الفقرة 3 من القانون التجاري الجزائري (قبل التعديل المذكور) والتي كانت تنص على ما يلي: "ولا تسري الأحكام الآنفة الذكر على الاتفاقات العادية الي تتناول عمليات الشركة مع عملائها"، نشير إلى أن المشرع استبدل كلمة "عملائها" بمصطلح "زبنائها" في الأحكام الجديدة، غير أنهما يتحدان في المعنى وهما ترجمة لكلمة « clients ».

Sur cette question, v.M.SALAH, th.préc.préci., p.73 : « le texte algérien s'avère plus restrictif. Cette rédaction et celle de l'article 40 de la loi française du 24 juillet 1867 modifiée par la loi du 4 mars 1943. Dès lors, l'administrateur, qui traite avec la société, doit être dans la situation d'un client ordinaire ».

[2] – انظر الأمر رقم 73-29 المضمن إلغاء القانون 62-157، السالف الذكر.

الاتفاقيات العادية التي تتناول عمليات الشركة مع عملائها[1]. فكلما تمثّل موضوع الاتفاقية في تصرفات كتلك التي تكون بين الشركة وزبائنها، تعد عادية ولا تخضع لإجراءات الترخيص المسبق والمصادقة اللاّحقة المطبقة على الاتفاقيات المنظمة، لأنها لا تشكل بطبيعتها أي ضرر ولا خطر على الشركة. ومثال ذلك اكتتاب المدير عقد تأمين مع شركته التي تجري عمليات التأمين، باعتبارها من نشاطها الأساسي، أو شرائه لسيارة من شركته التي يعد موضوعها الاجتماعي بيع السيارات بالأسعار والشروط المتعامل بها مع عملاء الشركة. فلا شك في اعتبار هذه التصرفات من الاتفاقيات العادية، مادام أن المتعاقد لم يفضل على زبائن الشركة وتم معاملته كواحد منهم. فكان التشريع المذكور يعتبر الاتفاقية عادية، إذا كان للمدير المتعاقد مركز مماثل لمركز زبون الشركة، بمفهوم آخر أن القائم بالإدارة لا يستفيد من امتيازات تزيد عن تلك الممنوحة للعميل الأكثر تفضيلا لدى الشركة. غير أن هذا المعنى واسع وغير دقيق، فلا يمكن على أساسه تحديد التصرفات العادية غير الخاضعة للأحكام القانونية المنظمة للاتفاقيات الأخرى. ولقد ثار التساؤل عن قصد المشرع من وراء استخدامه لكلمة "زبون"، هل يجب أخذ هذا المصطلح بمعناه الواسع، ومن ثم يعد كل متعاقد مع الشركة زبونا، أو بمعناه الضيق، والزبون هنا هو كل متعاقد باستثناء المورّد.. فهل تعتبر الاتفاقية عادية إذا كان المتعاقد زبونا، ولا تعد كذلك إذا كان في مركز المورّد؟

إن الأخذ بالمفهوم الواسع يؤدي إلى عدم التفرقة بين المورّد والزبون، وبضرورة استثناء كل اتفاقية مبرمة مع أحدهما من إلزامية الترخيص المسبق متى تعلقت بعمليات جارية على أساس أن تخصيص المشرع بذكر الزبون لم يكن إلا لأنها الفرضية الأكثر شيوعا في دائرة الاتفاقيات العادية وليس إقصاء للمورّد. أما المفهوم الضيق، فيقتضي الوقوف عند المصطلحات المستخدمة من قبل المشرع، الذي ينص بصريح العبارة على الزبون ولم يذكر المورّد من جهة، ولضرورة الأخذ بالمعنى الضيق للنص وحصره في الزبون كونه استثناء على المبدأ، والاستثناء لا يفسر إلا تفسيرا محصورا في الحالة التي يتناولها. وبالنتيجة لا تعد الاتفاقية عادية إلا إذا تعلقت بعمليات معتادة تندرج ضمن موضوع الشركة كتلك التي تجريها الشركة مع عملائها، بحيث لا يستفيد المدير من أي امتياز ما يستفيد منه الزبون الأكثر تفضيلا لدى الشركة[2].وقد وافق القضاء الفرنسي[1] في ظل المادة **40** من القانون المؤرخ في

[1] - Art.40 al.3, L.24 juillet 1867 (rédaction de la loi du 4 mars 1943) : « les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables aux conventions normales portant sur les opérations de la société avec ses clients ».

[2] - sur cette question, v. J.-P.CASIMIR, le moménto de la société anonymes, REV.FID., 10ème édit., 2011, n°356, p.178 : « la qualification d'opération courante et normale est une question de fait. Pour l'appréciation de ce caractère, il convient de considérer que la procédure des conventions réglementées avec son d'application élargi est le droit commun, les convention courantes constituant des exceptions, qui doivent s'interpréter restrictivement » ; J.HEMARD, F.TERE et P.MABILAT, op.cit, n°1025, p.897 : « ce que la loi a voulu, c'est que les administrateurs ne soient pas privilégiés par rapport aux clients les plus favorisés ».

24 جويلية **1867** المعدلة والمذكورة أعلاه. هذا الاتجاه الأخير، باستبعاده المورد من الاستثناء معتمدا على التفسير الضيق لمصطلح "الزبون" مشيرا إلى أن المقصود بهذا الأخير في النص، هو ذلك الشخص الذي يقتني السلع أو الخدمات من الشركة، وليس المورّد الذي يزودها بطلباتها[2]. ومن جهته، أيّد جانب من الفقه الجزائري[3]، اتجاه القضاء الفرنسي المذكور، ورجح ضرورة اعتماد هذه التفرقة في تطبيق النص كون الأمر يتعلق باستثناء محصور في الحالة التي يتناولها من جهة، ولخطورة الاتفاقيات المبرمة مع الموردين على مصالح الشركة من جهة أخرى. فلا تفلت من واجب الترخيص المسبق إلا الاتفاقيات التي تتناول عمليات جارية تندرج ضمن موضوع الشركة والتي تبرم عادة مع جمهور العملاء[4].

ولكنه من المفارقات تقييم الطابع العادي للاتفاقية وفقا لما هو مستنتج من الأحداث الوقائعية، وبذلك ستكون هناك تفسيرات مختلفة[5]؛ وبصفة عامة، تعتبر العمليات العادية للشركات هي "تلك التي يتم الاحتكام إليها من قبل الشركاء بطريقة عادية وفي سياق النشاط الروتيني"؛ ويترتب على ذلك أن العملية لن تستفيد من الاستثناء المنصوص عليه في المادة **L.225-39** من القانون التجاري الفرنسي، ولا المواد المذكورة أعلاه بالنسبة للتشريع الجزائري، بصيغته الحديثة فقط بتوافر الشروط الذي تدخل العملية في الغرض الاجتماعي[6]، وتشكل بذلك عملية اعتيادية ومتكررة تلك المتوافقة مع النشاط العادي للشركة، ووفقا لمحكمة النقض فإن هذا يعني أن الاتفاقية تكون "محدودة النطاق" وأنها " تتم وفقا للشروط العرفية بما يكفي لتكييفها بالعملية المعتادة[7]. وتأكد ذلك من خلال قرار مؤرخ في الفاتح من

---

[1] - CASS.COM. ? 15 Janvier 1953, cité par D.BASTIAN, préc.

[2]-M.SALAH, th.préc., p.74 : « l'alinéa 3 de l'article 627 du code de commerce algérien mentionne les clients sans faire état des fournisseurs. Cette restriction est celle de la jurisprudence française sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867. Le texte algérien est marqué par une sévérité accrue ».

[3] - R.ZEGUINE, op.cit., p.209 : « cette seconde solution mérite d'être approuvée car elle est conforme à la tendance générale qui se dégage du texte algérien marqué par une sévérité accrue à l'égard des opération des opérations en cause. A cela, il faut ajouter que ce sont généralement les opérations avec les fournisseurs qui, en pratique, sous les plus dangereuses pour les intérêts de la société ».

[4] – بوقرور سعيد، الاتفاقيات بين شركة المساهمة ومديريها أو الشركاء، أطورحة دكتوراه تخصص حقوق، قانون الأعمال، جامعة وهران – كلية الحقوق، 2012/2011، ص.111.

[5] –CA Paris, 25eme ch. B, 17 octobre 2003, ≪ SA Sydelis Ingenierie c/ Luthi et Ste Servant Soft ≫, JCP 2004, p.429, note J.-F. BARBIERI.

[6]– قرار محكمة استئناف باريس، الغرفة 16، مؤرخ في 20 نوفمبر 1998، والذي رفضت من خلاله محكمة الاستئناف بباريس التكييف على أساس الطابع الجاري للاتفاقية التي يكمن موضوعها في عقد إيجار تجاري، على أساس أن إبرام عقد الإيجار المذكور لم يكن جزءا من النشاط المعتاد للشركة المستأجرة؛ مقتبس عن:

CA Paris 16eme ch. B, 20 novembre 1998, *D. affaires* 1999, n°145, p. 134

[7] –Cass. com., 1er octobre 1996, *Bull. Joly* 1997, p.138, note P. LE CANNU.

أكتوبر **1996**، أن قرار محكمة الاستئناف لباريس التي قضت من خلاله بسبب كمية المواد المباعة والطابع الخاص للمقابل المالي الذي قدمه المشتري، فإن الاتفاقية المعنية لم تكن معاملة جارية اعتيادية[1]. وبعبارة أخرى فإن ندرة ومحدودة نطاق العملية من شأنه أن يميز غياب الطابع الاعتيادي، ولذلك فإن القضاء قد خص مفهوم الاتفاقية العادية بالخاصية النسبية، من خلال جعلها تابعة لنشاط القطاع الذي تتم فيه المعاملة.

وهكذا فإن العملية نفسها قد توصف في بعض الأحيان بأنها اعتيادية بقدر ما تنجم عن ممارسة مستقر عليها في هذا القطاع، وأحيانا أخرى تخضع لإجراءات الاتفاقيات المنتظمة عندما يتم الاحتكام إليها بطريقة استثنائية[2]. فتعتبر مبيعات البضائع وأداء الخدمات عادة من العمليات الروتينية لأنها تقع في الموضوع أو الغرض الاجتماعي لمعظم الشركات التجارية، والأمر كذلك بالنسبة لعمليات الشراء أو عمليات التصرف طالما أنها محدودة النطاق فإنها تدخل في التصرفات العادية للتسيير ويمكن اعتبارها معاملات عادية إلا أنها قد لا تعتبر كذلك في شركات أخرى. ومن ثم فإن معالجة مفهوم العملية الاعتيادية ليس بالأمر اليسير، بل وأكثر من ذلك في سياق العلاقات داخل التجمع.

2- مراعاة الممارسة العملية الشائعة في التجمعات

سرعان ما واجهت هذه الممارسة العملية لتقييم الطابع الجاري التساؤل بشأن موضع الاتفاقيات المبرمة بين الشركات داخل التجمع، ولذلك ينشأ التساؤل المتعلق بما إذا كان ينبغي مراعاة خصوصية العلاقات فيما بين الشركات داخل التجمع من أجل تقييم الطبيعة الاعتيادية أولا لعملية باعتبارها ممارسة شائعة داخل تجمع ما، وبعبارة أخرى، هل ينبغي تقييم طابع الاعتيادية فيما يتعلق بالممارسة المعمول بها داخل الشركة المتعاقدة، أو ينبغي أيضا توسيع نطاقه ليشمل مستوى التجمع؟ هل ينبغي اعتبار عمليات معينة روتينية لأنها نموذجية داخل التجمع ومن شان هذا النهج أن يؤدي إلى تقدير مختلف للاتفاقيات المبرمة بين الشركات المستقلة الغير منتمية لأي تجمع والاتفاقيات المبرمة بين الشركات التابعة[3].

---

[1] −Cass. com., 1er octobre 1996, ibid.

[2]– راجع في ذلك تعليق GUYON .Y عن قرار محكمة النقض، الغرفة التجارية: "لا تعتبر معاملات عادية تلك التي تتخذ طابعا استثنائي، أي نادرا ما يتم القيام بها، والتي تتجاوز روتين نشاط الشركة"، مقتبس عن:

Y. GUYON sous Cass. com., 9 avril 1996, Rev. societes 1996, p. 791.

[3]- Vanessa Desoutter, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes , Augsburger Studien zum internationalen Recht, Band 11, Peter Lang, 2012, p.p.253 et s

وفي دراسة للمجلس الفرنسي لمحافظي الحسابات، خصصت للاتفاقيات داخل تجمع الشركات[1]، اعتبر فيها أن الطابع المألوف للاتفاقيات المبرمة بين أعضاء التجمع يمكن افتراضه نظرا لتعددها وتشعبها، إذ يجب تكييف الطابع العادي للعقد ليس بالاعتماد على معايير السوق الخارجي فقط، ولكن بالأخذ بعين الاعتبار وجود التجمع في حد ذاته والآثار الداخلية والنتائج الناجمة عنها والمتعلقة بالمصلحة العامة للتجمع. ومن بين الاتفاقيات التي اعتبرتها هذه الدراسة عادية داخل التجمع، نجد المعاملات التجارية من بيع وشراء، تقديم الخدمات إلى غير ذلك من العمليات الأكثر تداولا بين أعضاء التجمع، المصاريف المشتركة للتجمع لا سيما المتعلقة بالمحاسبة والإعلام والبحث وكذا في مجال المنازعات، مصاريف النقل المؤقت للعمال، الاتفاقيات الخاصة بالتنازلات العقارية داخل التجمع والتبادلات المالية، لاسيما التحويلات داخل القطب المالي للتجمع والقروض والتسبيقات[2].

غير أن إمكانية افتراض الطابع العادي للاتفاقية داخل التجمع، لا يشكل في حدّ ذاته المبدأ، بل استثناء وقرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها. فالتبعية للشركة الأم أو الرقابة أو السيطرة من قبل الشركة القابضة، لا يعني استبعاد إجراءات الرقابة على العقود المبرمة بين هذه الشركات. أين يظل الزامية الترخيص المسبق والمصادقة اللاّحقة قبل التعاقد "المبدأ"، وإبرام الاتفاقية بدون إذن هو "الاستثناء". وقد يستغل هذا الاستثناء في استبعاد إجراءات الرقابة تحقيقا لمصالح أصحاب الأغلبية والمديرين، مما يضر بالمساهمين أصحاب الأقلية وبجماعة الدائنين[3].

---

[1] -CNCC , conventions réglementées dans les groupes, Bull.CNCC. 1990, n°70, p.289 ; « il parait possible aujourd'hui d'éstimer que l'existance 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 ».

[2] - on en trouve aussi Les conventions de gestion entre sociétés d'un groupe ; qui sont des contrats passés entre la société mère et ses filiales tendant à leur fournir diverses prestations de caractère administratif moyennant des redevances calculées sur un pourcentage du chiffre d'affaires de la filiale.(cf. Mémento Lefebvre Groupe de sociétés, 3550) ; Ces conventions de gestion établies entre la société mère et ses filiales sont également appelées conventions d'assistance ou convention de groupe ; elles peuvent être annulée si elle était contraire à l'intérêt social de la filiale. (cf. Cass. com., 21-01-1997, n° 94-18.883).

Les conventions de gestion établies au sein d'un groupe de sociétés ont pour objet la centralisation de services d'assistance technique, administrative, location d'immeuble, coordination de recherches et transactions commerciales.(cf. Dictionnaire permanent Droit des affaires, Groupe de sociétés, n° 79) ; Dans un groupe de sociétés, les opérations de location d'immeuble, de détachement de personnel et d'engagement de frais communs constituent des opérations courantes n'exigeant pas l'autorisation préalable du CA, si elles sont facturées au coût de revient.(cf. CA Paris, 25e ch., section B, 17-10-2003, n° 2002/03107).

[3] – بوقرور سعيد، الاتفاقيات بين شركة المساهمة ومديريها أو الشركاء، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص قانون الأعمال، جامعة وهران، كلية الحقوق،2011–2012، ص.193.

وتجدر الاشارة إلى أن المشرعين الفرنسي قد أخذ في الاعتبار بشكل غير مباشر بخصوصية الاتفاقيات المبرمة فيما بين الشركات داخل التجمع بإخضاعها عموما لإجراءات الاتفاقيات المنظمة بتوسيع دائرة الأشخاص الخاضعين لهذا الإجراء، غير أن هذا الأخذ في الاعتبار بالتجمع اقتصر على هذه النقطة، ولم يقم المشرع بتعديل معايير الإعفاء أو حتى ذكر أن هناك حاجة إلى مقاربة خاصة بمفهوم العملية الروتينية بين الشركات التابعة لنفس التجمع، على اعتبار أنه لا يمكن إنكار أن الاتفاقيات المبرمة داخل تجمع تتم في كثير من الأحيان بشروط مختلفة عن تلك التي تطبق على الغير، وخلافا للاتفاقيات التقليدية نادرا ما تظهر الاتفاقيات المبرمة بين الشركات داخل التجمع الرغبة في تلبية المصلحة الاجتماعية لكل شركة من الشركات المتعاقدة بل تكشف عن الرغبة في وضع سياسة تجمع وفقا للاستراتيجيات والتوجيهات التي حددتها الشركة الأم، وهذه الخصوص لا تخلو من التأثير على مضمون الاتفاقيات. ولذلك يبدو من الواضح الأخذ في الاعتبار من خلال التفسير لمفاهيم "العمليات الجارية"، و "الشروط العادية" بهذه الخصوصية. ورهنا بالتقييم الخاص للطابع الاعتيادي فيما يتعلق بالاتفاقيات المبرمة بين الشركات داخل التجمع لا يزال من الضروري معرفة المعنى المراد لذلك والمقاربة الواجب سلوكها، هل تؤدي الخصوصية التي تمثلها العلاقات التعاقدية بين الشركات داخل التجمع بالضرورة إلى فرض الاحتكام للرقابة على الاتفاقيات المذكورة بسبب مخاطر التعسفات التي تمثلها[1]، أو على العكس من ذلك، يجعلها تستفيد من المرونة التي تسمح لها بالحيلولة بسهولة دون تطبيق نظام الاتفاقيات المنظمة من أجل تسهيل تحقيق أهداف التجمع، الإجابة على هذا التساؤل تستلزم التوضيح بصفة دقيقة ففي حين أن الحاجة إلى المعالجة الخاصة للاتفاقيات المبرمة داخل التجمع، معترف بها بالإجماع، لم يتم بعد التوصل إلى توافق في الآراء بشأن كيفية تقييم معايير الإعفاء تجاه هاته الاتفاقيات، القضاء يظل حذرا في هذا الشأن، وبدون أن التوجه أو المقاربة التي اتخذها المجلس الوطني لمحافظي الحسابات قد بدأت تظهر في هذا الصدد.

وبعد أن اتبع المجلس الوطني لمحافظتي الحسابات منذ سنوات سياسية تقييدية للغاية تجعل الاتفاقيات المبرمة داخل التجمع تخضع للمعايير العامة للإعفاء من إجراء الإذن، إلا أنه أظهر منذ بداية

[1]– يورد MERLE .P مثال على التعسف في سياق الاتفاقية المبرمة داخل التجمع لتصعيد الخزينة المشكوك فيه بين إحدى الشركات التابعة والشركة القابضة العائلية: التعسف في استخدام السلطة والتعسف في استخدام أموال الشركة، مقتبس عن:

PH .MERLE, les conventions au sien des groupes ,LPA ,n°89 ,p.49 .

التسعينات[1] مرونة أكبر في الاعتراف والتسليم بأن ينبغي ما هو الحال القضاء الجزائي في مجال التعسف في استعمال أموال الشركات[2]، أن تؤخذ في الاعتبار خصوصية الاتفاقيات المبرمة فيما بين الشركات المنتمية لنفس التجمع، وفي أعقاب ذلك، يميل القضاء إلى تطبيق معايير خاصة على الاتفاقيات المبرمة داخل التجمع، ويبدو في هذا الصدد أن المعايير التي وضعها المجلس الوطني لمحافظي الحسابات الفرنسي لا تزال في الواقع كثيرة في إتباعها لمقترحات المجلس الوطني لمحافظي الحسابات[3] .

وبالإضافة إلى ذلك، منذ قانون الأمن المالي المؤرخ في **1** أوت **2003**، أصدر المجلس الأعلى لمحافظي الحسابات باعتباره المختص في مجال تحديد الممارسات المهنية الجيدة والترويج لها، توصيات ذات قيمة تنظيمية تطبيقا للمادة **L.821-1** ق. تجاري فرنسي؛ ولذلك فمن المرجح جدا أن يستمر الاتجاه الذي بدأته اللجنة الوطنية لمحافظي الحسابات **C.N.C.C** الذي سيعمل به مستقبلا فالمجلس الوطني لمحافظي الحسابات يقترح التمييز في المعالجة بسبب طبيعة الاتفاقيات المبرمة داخل التجمعات؛ وقام على إثر ذلك المجلس الوطني لمحافظي الحسابات بالتفريق بين ثلاث فئات من الاتفاقيات المبرمة داخل التجمعات من أجل التفريق بين تلك التي ستخضع لإجراءات الاتفاقيات المنظمة عن تلك التي يمكن إعفاؤها من هذا الإجراء والتي تقسم على النحو التالي:

2-1- الاتفاقيات الاستثنائية

تشمل الفئة الأولى، الاتفاقيات الاستثنائية بما في ذلك الإعانات، شطب الديون، القروض بدون فوائد. وبسبب طبيعتها الاستثنائية، تقع هذه الاتفاقيات في إطار إجراءات الاتفاقيات المنظمة، ومن ثم يجب أن

---

[1]-دراسة عن المجلس الوطني لمحافظي الحسابات، اعتمدت في 5 جويلية 1990، بعد التشاور مع ممثلي مجلس الشيوخ، لجنة عمليات البورصة، خزينة الدولة، وكل من المجلس الوطني لأرباب العمل (CNPF)، الرابطة الوطنية لشركات المساهمة (ANSA)، الرابطة الفرنسية للمؤسسات التابعة للقطاع الخاص (AFEP)؛ راجع في ذلك:

C.N.C.C., *Bull. C.N.C.C*, n°79, p. 289 a 295.

[2]-قرار الغرفة الجزائية لمحكمة النقض، 4 فبراير 1985، في قضية "Rozenblum"؛

Cass. crim., 4 fevrier 1985, ≪ *Rozenblum* ≫, *Bull. crim.*, n° 54 p. 145.

[3]-راجع ملحوظة J.-F. BARBIERIE بشأن قرار محكمة استئناف باريس، الغرفة 25، 17 أكتوبر 2003، «Sydelis SA. ingénierie » ضد « luthi et Sté servant soft » : أين أورد العبارة التي صيغت بالقرار " ...على أي حال... موقف المجلس الوطني لمحافظي الحسابات ليس إلزامي بالنسبة للقضاة":

CA Paris, 25eme ch. B, 17 octobre 2003, ≪ *SA Sydelis Ingenierie c/ Luthi et Ste Servant Soft* ≫, *JCP* 2204, p.428, note J.-F. BARBIERI

يكون عقد التنازل عن الدين موضوع ترخيص خاص حتى إذا كان مصحوبا بند العودة إلى الملاءة المالية. وبالمثل، فإن كلا من الفقه والقضاء وفقا لمقتضيات حوكمة الشركات، يضمنان التسبيقات في الحساب الجاري، في مجال تطبيق الاتفاقيات المنظمة، وبناء على ذلك قررت محكمة الاستئناف في باريس أن مدير شركة مساهمة لا يستطيع المطالبة بدفع فوائد على حسابه الجاري نظرا لأن الاتفاقية لم يأذن بها مجلس الإدارة[1]. وعلى نفس المنوال رأت محكمة الاستئناف لباريس أن اتفاقيات التجميد **(Conventions de blocage)** مع دفع الفوائد على المبالغ التي تركت في الحساب الجاري هي مصنفة ضمن الاتفاقيات المنظمة[2]. إن قرار محكمة الاستئناف بباريس المؤرخ في **10** ماي **1972** أين أقرت أن التسبيق في الحساب الجاري يمكن استبعاده من مجال تطبيق الإجراءات المتعلقة بالاتفاقيات المنظمة بسبب طابعها الاعتيادي والشروط العادية التي تم اكتتاب الاتفاقية بها، يبدوا كقرار لم يعد معولا عليه بالموقف القضائي الجديد[3]. وبالمثل فإن القروض القصيرة الأجل تعود أيضا بسبب طبيعتها الاستثنائية لمجال تطبيق الاتفاقيات المنظمة[4].

2- 2- الاتفاقيات المالية:

تتشكل الفئة الثانية من الاتفاقيات ذات الطبيعة المالية، وتشتمل على القروض بفوائد، التسبيقات، الضمانات، التسيير المشترك للخزينة وإن الرابطة الوطنية الفرنسية لشركات المساهمة **(ANSA)** بالاستناد على المادة **L.511-7** فقرة **3** من قانون النقد والمالية، الفرنسي تجيز صراحة عمليات الخزينة بين "الشركات التي لها فيما بينها علاقات مالية تخول لإحداها السيطرة الفعالة على الأخرى"؛ لتدافع عن قرينة الطابع الجاري لمثل هذه العمليات داخل التجمعات[5]. ويذهب المجلس الوطني لمحافظي الحسابات كذلك لصالح هذا الاتجاه إلى حد الافتراض ووضع قرينة على الطابع الاعتيادي لجميع الاتفاقيات ذات الطبيعة المالية التي سيحتكم إليها في كثير من الأحيان في الممارسة العملية للتجمعات أين أعدّ بهذا الصدد قائمة[6]. إلا أن هذا الموقف غير مشترك من قبل الجميع، فعلى سبيل

---

[1]- CA Paris, 8 decembre 1982, BRDA 1983, p. 18.

[2]- CA Paris, 6 juillet 1993, Dr. societes 1993, p. 190, note LE NABASQUE

[3]- CA Paris, 10 mai 1972, Bull Joly 1972, p. 502.

[4]- CA Paris, 26 septembre 1991, D. 1991, IR, p. 252.

[5]. Bulletin. ANSA., septembre-novembre 1991.n°3014.

[6]- "اعتبر المجلس الوطني لمحافظي الحسابات أن؛ الطابع الجاري للمعاملة المالية، سيكون مفترض، سواء تعلق الأمر بالقروض، التسبيقات أو الكفالات، وحتى عملية تسيير الصندوق المشترك للخزينة..."

المثال يبدو أن لجنة عمليات البورصة **(COB)** والتي أصبحت حاليا سلطة الأسواق المالية **(AMF)**، في موقف أكثر وضوحا في تقييد في هذا الصدد[1].

وبالمثل، يرفض جزء من الفقه جعل تواتر ممارسة هذه الاتفاقيات داخل التجمعات معيارا راجحا يجعل من الممكن افتراض الطابع الاعتيادي لمثل هذه العلميات.[2] فهكذا، لاحظ الفقيه**H. Lenabasque**، أنه لا يمكن الخلط بين الممارسة العملية المعتادة للتجمعات بصفة عامة، وبين تلك الخاصة بتجمع معين[3]. ويوافق هذا الأخير على توسيع نطاق تحليل الطابع الاعتيادي فيما يتعلق بنشاط التجمع ككل، ولكنه يرفض من ناحية أخرى أن يأخذ في الاعتبار بالنشاط النموذجي لتجمعات الشركات كعنصر من عناصر تقدير الطابع الاعتيادي.

بيد أن هذه المواقف القضائية والفقهية تبدو متقادمة إلى حد ما، لأنها تتجاهل خصوصية العلاقات فيما بين شركات التجمعات، وهي بالتالي تتعارض مع الاتجاه الناشئ في القانون الفرنسي لمعالجة ظاهرة التجمع. علاوة على ذلك، فإن التخوف من احتمال حدوث تجاوزات يثبُتُ أنه مُبالغ فيه، على اعتبار أن الطابع الاعتيادي للاتفاقية ذات الطبيعة المالية، سيتم افتراضه، بسبب تواترها داخل التجمعات، إلا أنها تظل مع ذلك رهنا بتقييم اعتياديتها من أجل إعفاءها من إجراءات الاتفاقيات المنظمة. ولذلك فمن المناسب اعتماد التقييم الأكثر ليبيرالية للمجلس الوطني لمحافظي الحسابات الذي يأخذ إلى جانب

Bull. C.N.C.C. n° 79, 1990, p. 289 ; voir egalement Bull. C.N.C.C., n° 100, 1995, p. 539 : ≪ Le caractere courant de la transaction financiere, qu'il s'agisse de prets, d'avances, de cautionnements, de gestion d'un pool de tresorerie, etc., sera, quant a sa nature presume ≫.

[1]–Bull. Cob. 1989.n°129.

[2]- راجع ملحوظة الفقيه A.COURETبشأن قرار محكمة استئناف فرنساي، عن الغرف التجارية المجتمعة، صادر في 2 أفريل 2002، أين يدعو من خلالها إلى التمييز على أساس قضية بقضية من خلال الموقف المتخذ بالاجتهاد القضائي، على أن الطابع الاعتيادي للاتفاقية لا يمكن أن يستخلص من تواترها، بل أن أهمية العلاقات والالتزامات الناشئة عنها هي الغالبة في هذا الشأن، فعلى سبيل المثال لا يمكن أن تكون اتفاقية خزينة أو ما يصطلح عليها بالإنكليزية (casch poooling)، أن تكتسي طابع الاعتيادية وتصنف ضمن الاتفاقيات الروتينية، على الرغم من أنها تنتمي إلى فئة الاتفاقيات ذات الطابع المالي..."

CA Versailles, ch. com. réunies, 2 avril 2002, JCP 2002, p. 1627, note A. COURET : prône une distinction au cas par cas par la jurisprudence, le caractère courant d'une convention ne pouvant être induit par leur fréquence, c'est l'importance des liens et des engagements qui est prépondérant en la matière, une convention d'omnium par exemple, bien qu'appartenant a la catégorie des conventions de trésorerie ne saurait avoir un caractère courant.

[3]. ملحوظة LE NABASQUE .H بشأن القرار الصادر عن محكمة استئناف فرساي، عن الغرفة التجارية المجتمعة، صادر في 2أفريل2002، مقتبس عن:

H. LE NABASQUE a propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles, ch. com. réunies, 2 avril 2002, Bull.Joly sociétés 2002, n° 8-9, p. 923.

النشاط المعتاد للشركة في سياق موضوعها الاجتماعي وممارستها العملية في قطاع النشاط المعني، بمعيار الممارسة العملية داخل التجمعات. وذلك بشكل عام لتحديد الطابع الاعتيادي للاتفاقية المبرمة داخل التجمع. فهذا الموقف أيدته محكمة الاستئناف في فرساي في قرار إحالة[1]. أين تعلقت القضية بعملية قرض لغرض إنشاء صندوق خزينة مركزي للتجمع تُسيره شركة هولدينغ. وانطلاقا من فرضية أن مركزية الخزينة أمر شائع داخل التجمع؛ حيث أنها تسمح للشركات العضوة (أو لبعضها فقط) بتصعيد الفائض في خزينة المؤسسة نحو حساب واحد ممسوك من قبل إحدى شركات التجمع، لتنزيلها عند الاحتياج إلى حسابات الشركات التي تعاني من عجز في خزينتها. وتتيح هذه الآلية، إمكانية دعم بعض المشاريع من خلال إعطاء الأولوية لبعض النفقات على مستوى التجمع. وقررت هيئة الاستئناف في هذه القضية أن "هذه الاتفاقية تميل، كما هو الحال في كثير من الأحيان داخل تجمعات الشركات، إلى تكوين صندوق خزينة للتجمع... وبذلك لا يمكن لهذه الاتفاقية أن تمثل بطبيعتها، الطابع الغير اعتيادي في تجمع شركات"

إن مجرد تكرار الاحتكام لهذه الآلية داخل التجمعات يمنحها الطابع الاعتيادي. وبالخروج من الحذر والحيطة السائدة في اتخاذ المواقف القضائية، كان قرار محكمة الاستئناف في فرساي متفردا بشكل خاص في التأكيد صراحة على الطابع الاعتيادي لعمليات الخزينة داخل التجمعات. وقد وُوجِه هذا الموقف بالمرصاد، انطلاقا من الانتقاد اللاذع للتيار الفقهي المؤيد لمقاربة الحد الأدنى لقانون الشركات الذين تمسكوا بمبدأ استقلالية الشخص القانوني وذمته المالية، وباعتبار هذا القرار متفردا ومتميزا في ذات الوقت، فإنه لا يزال من السابق لأوانه ترقب عدول حقيقي في هذا الموقف القضائي المتخذ. إن النقاشات والمناظرات اللاذعة التي أثارها في الفقه تكشف عن الانقسامات القائمة في هذا الشأن، والتي تجعل من الصعب التنبؤ بالتطورات المستقبلية.

2 – 3– الاتفاقيات ذات الطابع الوظيفي:

وأخيرا يأخذ المجلس الوطني لمحافظي الحسابات بفرنسا بفئة الاتفاقيات ذات الطابع الوظيفي، التي تشمل الاتفاقيات التي تمكن من تسيير وإدارة المشاريع المشتركة للتجمع، وهذا هو الحال بالنسبة للاتفاقيات التي تنظم توزيع التكاليف التشغيلية التسيرية المشتركة للتجمع، ويمكن أن يشمل هذا النوع

[1]. قرار محكمة استئناف فرساي، عن الغرفة التجارية المجتمعة، السابق الذكر.

CA Versailles, ch. com. reunies, 2 avril 2002, JCP E 2002, p. 1627.

من الاتفاقيات مواضيع متنوعة ومختلفة التي قد تكون على؛ الرقابة الداخلية لأداء خدمات المحاسبة، الإعلام الآلي، الخدمات القانونية، تكوين العمال، الإعلان، البحث، إيجارات العقارات، وما إلى ذلك من أمثلة...[1] إن استخدام مثل هذه الاتفاقيات يكون في ذات الوقع خاصا بالتجمعات ومتواترا ضمنها. ولا تزال الآراء شديدة الانقسام بشأن إضفاء الطابع الاعتيادي لهذه العمليات فالبعض يعتبرون أن تكراراها داخل التجمعات يؤدي إلى ضرورة الإضفاء عليها الطابع الاعتيادي في حين نجد لآخرين يرفضون أن يروا في مجرد "التكرار" تأكيد لهذا الطابع الاعتيادي، وهكذا رأت لجنة عمليات البورصة **COB** أن أي تقديم للخدمات ينبغي أن يخضع لإجراء الرقابة[2]. ومع ذلك توجّب إضفاء النسبية على هذا الموقف الصارم. ففي الواقع تم منح هذا الرأي في الثمانينات عندما دافع المجلس الوطني لمحافظي الحسابات عن موقفه الصارم للغاية بإعفاء عدد قليل من الاتفاقيات المبرمة داخل التجمع من إجراء الاتفاقيات المنظمة، ومع ذلك فقد أجرى المجلس الوطني لمحافظي الحسابات تنقيحا عميقا لفقهه بالانتقال من الرقابة الشبه تلقائية للاتفاقيات المبرمة داخل التجمع إلى رأي مستساغ على نحو أكثر ليبيرالي، ومن المرجح جدا أن تكون سلطة الأسواق المالية الفرنسية **AMF** قد اتجهت بدورها صوب هذا الطرح.

وفي الأخير يمكن القول أن إضفاء المرونة برأي المجلس الوطني لمحافظي الحسابات لم يكن دون التأثير على موقف القضاء الفرنسي، وعلى وجه الخصوص خلصت محكمة الاستئناف في باريس إلى أن اتفاقية الإذن بشغل مقر اجتماعي **(convention domiciliation)**[3] وتقديم خدمات المحاسبة بين الشركة التابعة وشركتها القابضة تمثل طابع اعتيادي[4]. بل إن المحكمة التجارية لباريس ذهبت إلى حد التأكيد على أن الاتفاقية المبرمة بين شركة أم وشركتها التابعة المملوكة بالكامل، تحول دون تطبيق

---

[1]– "...ويتبين من الاجتهاد القضائي المتعلق بعقود الايجار المبرمة بين الشركات المستقلة أنه تم مراعاة خصوصية التجمعات من قبل القضاء، وفي ذلك نجد قرار محكمة الاستئناف لـــ Nancy، الصادر في10 فبراير 1988: قرار بشأن الاتفاقية المبرمة بين شركتين مستقلتين، والذي رفض من خلاله اعتماد الطابع الاعتيادي لتجديد لعقد الايجار الذي يلزم الشركة لمدة 9 سنوات..."

La jurisprudence relative aux contrats de bail conclus entre des societes independantes illustre que la particularite des groupes a ete prise en compte par la jurisprudence CA Nancy, 10 fevrier 1988, Dr. societes, n°178, p.1989 : arret portant sur une convention entre deux societes independantes qui rejette le caractere courant du renouvellement d'un bail engageant la societe pour une duree de 9 ans.

[2]. Bull. COB 1980. n°129.

[3]. هو عقد يسمح من خلاله شخص (شركة أو مقاول)، والذي يصطلح عليه بمانح حق الانتفاع بالمباني المحلات التجارية "أن يأذن لشاغل هاته الأخيرة" بتثبيت مقره الاجتماعي ضمن عقاره الصناعي وأن يقترح عليه تأدية خدمات إضافية مثل استلام البريد أو توفير خطوط هاتفية.
Cf.Art. R123-170 Code de commerce français (Décret n° 84-406, 30-05-1984, art. 8A6°) : Les sociétés et leurs filiales qui installent leur siège dans le même local dont l'une a la jouissance ne sont pas tenues de conclure entre elles un contrat de domiciliation ; CA Paris, 16e, B, 08-01-1993, n° 91/018934.

[4]-CA Paris, 19 mai 1999, inedit, cite in Code des societes, Dalloz, sous art. L. 225-39 C. com.

إجراء الاتفاقيات المنظمة، على أساس أن تعارض أو تضارب المصالح سيكون مستحيلا في مثل هاته الفرضية، فمصالحهما، إلا في الحالات الاستثنائية، لا يمكن أن تكون متعارضة، ويرجع تفسير ذلك إلى أن الشركة تتعاقد مع ذاتها[1]. إلا أن هاته الفرضية تتعلق بقرار منعزل ومتجاهل تماما لضمان توفير الحماية للمساهمين الأقلية، وهو بذلك لا يتوافق مع المبادئ القانونية الراسخة[2].

غير أنه من دون الوصول إلى مثل هذه الفرضيات المتطرفة، فإن القضاء الفرنسي يوضح بصراحة اتجاها نحو تكييف جل الاتفاقيات المتعلقة بتسيير وتنظيم التجمع بالعمليات بالجارية؛ فالاجتهاد القضائي لمحكمة استئناف باريس المؤرخ في **17** أكتوبر **2003** المتعلق بالاتفاقيات بشأن توريد من الشركة الأم لشركتها التابعة، بالعمال، المحلات التجارية والمباني، لا يقوم سوى بتعزيز هذا التطور[3]. فالقرار يستند على "الفائدة المترتبة" «**utilité**» و"تواتر الاحتكام للعملية" «**Fréquence**»لاتفاقيات المساعدة ضمن التجمعات، حيث يبدوا أن القضاء لا يزال يخضعها للإذن[4].

الفرع الثاني: موازنات القضاء للاقتصاديات العامة للعقد في سياق الاتفاقيات المنظمة

وضع كل من المشرع الفرنسي والجزائري نوعين من العقوبات في حالة انتهاك إجراء الاتفاقيات المنظمة متمثلة في امكانية الطعن في صحة الاتفاقيات التي لم تكن قد أبرمت وفقا للشروط القانونية المشار اليها أعلاه بدعوى البطلان، بالإضافة إلى ذلك، فإن إمكانية جعل الشخص المعني وغيره من المسؤولين الاجتماعيين، يتحمّلون العواقب الضارة (**conséquences préjudiciables**)التي ألحقت بالشركة والناتجة عن الاتفاقية. وفي سياق الاتفاقيات المنظمة يتفحص القضاء الاتفاقيات المبرمة بين الشركة الأم وشركتها التابعة على ضوء "الاقتصاديات العامة للعقد"" **l'économie générale du contrat**"، وبالتالي ينبغي مقارنة ومُوازنة جميع الأداءات ومقابلها. ويعتبر أي أداء (**prestation**) من قبل الشركة دون مقابل ضارا بالشركة، وفي هذا الصدد يرفض القضاة مراعاة

---

[1] −T. com. Paris, 26 avril 1990, ≪ LVMH ≫, RJ. Com 1991, p. 35, Ch. GOYET.

[2] - Ph. MERLE, Les conventions au sein des groupes, prec., p. 50. De meme avis : ANSA : Bull. C.N.C.C. 1990,n° 79, p. 289.

[3] − CA Paris, 25eme ch. B, 17 octobre 2003, ≪ SA Sydelis Ingenierie c/ Luthi et Ste Servant Soft ≫, JCP 2004, p.428, note J.-F. BARBIERI :

(أين تؤيد محكمة الاستئناف حكم المحكمة التجارية لكريتيل، وبذلك قررت أن العمليات على منوال تأجير المباني، تحويل المستخدمين، الالتزامات بالنفقات المشتركة؛ تشكل عمليات عادية بمجرد أن تتم بين الشركات من نفس التجمع و أنه تم فوترتها بتكلفة الإنتاج « cout de revient»).

[4]-CA Paris, 18 decembre 1990, D. 1991, IR 20 ; JCP 1992, II, 218-23, note VALASAN ; Bull. Joly 1991, p. 604, note P. LE CANNU

دوافع واضعي الاتفاقية. ولا يمكن للدوافع أو الأسباب الخارجية أن تبرر اتخاذ تدابير تتعارض مع المصلحة الاجتماعية، ولذلك يجب تقييم الضرر بصورة موضوعية. ووضع المشرع نوعين من العقوبات في حالة انتهاك إجراء الاتفاقيات المنظمة متمثلة في امكانية الطعن في صحة الاتفاقيات التي لم تكن قد أبرمت وفقا للشروط القانونية المشار اليها أعلاه بدعوى البطلان، بالإضافة إلى ذلك، فإن إمكانية جعل الشخص المعني وغيره من المسؤولين الاجتماعيين، يتحمّلون العواقب الضارة (**conséquences préjudiciables**)التي ألحقت بالشركة والناتجة عن الاتفاقية. وبما أن البطلان يشكل أحد العقوبات البالغة الخطورة، فإن المشرع ألحق البطلان فقط الاتفاقيات التي لم يأذن بها مجلس الإدارة أو المراقبة أو تم ذلك عن ذلك الغش والتدليس؛ ولذلك لا يؤثر البطلان إلا على الاتفاقيات المبرمة في الشركات التي يستلزم فيها الحصول على إذن مسبق، أي شركات المساهمة فقط .[1] ومن ناحية أخرى فإن عدم الاضطلاع أو عدم موافقة الجمعية العامة لا يؤثر على صحة الاتفاقية وتظل الاتفاقيات التي لم يتم الموافقة عليها تنتج آثارها[2]. وإن الفارق في العقوبات عن عدم الامتثال للإجراء الإلزامي بالحصول على الإذن من مجلس الإدارة[3] عن عدم موافقة الجمعية العامة[1] هو

---

[1]– ومع ذلك، فإن استحالة المطالبة ببطلان الاتفاقية على أساس عدم وجود قرار أو عدم موافقة الجمعية العامة (النسبي) في فرضية شركة المساهمة، وحتى في فرضية باقي الأشكال التجارية للشركات؛ لن يمنع من المطالبة بالبطلان على أساس القواعد العامة للعقود باعتبارها من عيوب الرضا أو قانون الشركات على أساس تعسف الأغلبية.

وفي شأن ذلك:

Cass.com., 22 mai 2001 ,Dr .societes 2001 ,n°130 ,note F–.X LUCAS ; Cass. com., 21 janvier 1997, D. 1998, p. 64, note I. KRIMMER ; Cass. com., 22 mai 2001, Dr. societes 2001, n°130, note F.-X LUCAS : l'espece portait sur une SARL ≪ L'art. 50 al. 4 [aujourd'hui L. 233-19 C. com.], ne concerne que le defaut d'approbation par l'assemblee des conventions conclues entre la societe et un de ses gerants ou associes et ne fait pas obstacle a la poursuite de la nullite pour illiceite de la cause d'un contrat conclu par la societe ≫.

[2]– نقض تجاري، 22 ماي 1970، رقم 67–9.13: "أن تكون الجمعية العامة للمساهمين قد وافقت على الاتفاقية أو أنها رفضتها أو أنها قد امتنعت عن الفصل فإن القرار الذي اتخذه مجلس الإدارة ملزم للشركة بمجرد قبوله من قبل المستفيدين، إلا في حالة الغش أو التدليس".

Cass. com., 22 mai 1970, n° 67-13.19 : ≪ Que l'assemblee generale des actionnaires ait approuve la convention ou qu'elle l'ait desapprouvee ou encore qu'elle ait sursis a statuer et que, hors le cas de fraude, la decision prise par le conseil d'administration engage la societe des qu'elle est acceptee par les beneficiaires ≫. In : VANESSA DESSOUTTER, op.cit., p.284.

[3]– طبقا للتشريع الفرنسي فإنه يتصور في جميع أشكال الشركات التجارية مثلما أوضحناه سابقا، وهو ما اصطلح عليه البعض ب"الالتزام بالتحقق ورقابة الاتفاقيات المنظمة" (المراقبة المسبقة) إذن مجلس الإدارة أو المراقبة (اعتمادا على نوع شركة المساهمة المعنية)، الذي يتم حتى قبل إبرام الاتفاقية. ويُتصور حدوثه فقط في سياق شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم، أما عن المرحلة التالية " موافقة الجمعية العامة للمساهمين أو الشركاء ستتم أيضا في باقي أشكال الشركات التجارية وعادة ما تتم بعد اعتماد الاتفاقية؛ وهذا الاختلاف في النظام المطبق يفسره حقيقة أن الشركات ذات المسؤولية المحدودة ليس لها ضمنها مُعادل لمجلس المراقبة أو مجلس الإدارة وأنه في ضمنها يتعامل كل مسير بشكل فردي باسم ولحساب الشركة. فبشأن مرحلة الرقابة المسبقة– الإذن المسبق– يجب أن يبادر رئيس مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة بإجراء الإذن المسبق، الذي يجب أن يقدم إلى إذن أعضاء المجلس المذكور، فإن الاتفاقيات الخاضعة لإجراءات الاتفاقيات المنظمة الذي يصله الإخطار بها وقفا للنصوص من قبل الشخص المعني، وتلك التي أبلغه بها مدقق الحسابات أو من قبل باقي أعضاء المجلس، ويُخضع القضاء صحة هذا الإذن إلى أحكام صارمة جدا. وبالتالي يجب لزاما أن يكون هناك قرار سابقا لإبرام الاتفاقية، ولا يكون المجلس مخوّل في أي حال من الأحوال بالتصديق أو الإجازة اللاحقة للاتفاقية التي أبرمت بالفعل، فليس لذلك أثر رجعي تصحيحي. والغرض من هذا الإجراء هو حماية المساهمين

وليس أعضاء المجلس، وبالتالي لا يمكن منحهم الحق في تصحيح إهمالهم أو تقصيرهم. وبالإضافة ذلك، يقتضي القضاء بأن يكون الترخيص أو الإذن "خاصا" ومن ثم، لا يجوز منح الإذن إلا بالنسبة لاتفاقية محددة تحديدا جيدا، ولفترة محدودة من الزمن. وبالمثل، يجب أن تشمل المداولات جميع العناصر الأساسية للاتفاقية، وإلا فلن يكون الإذن صحيحا. وكون الاتفاقية تتخذ الشكل الشفوي لا يحول دون الحصول على الإذن من مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة.

و ينتج هذا الموقف من قرار محكمة النقض التي أيدت قرار محكمة استئناف باريس في قضية Valeo»/ « Cerus التي ألغت حكم المحكمة الابتدائية الكبرى لباريس التي قضت ببطلان اتفاقية المساعدة على أساس أنها لم تكتب، وأن معدل المكافئات ظل كما هو بين عامي 1987 و1994، على الرغم من أن رقم الأعمال قد تضاعف بين هذين التاريخين. ورأت محكمة الاستئناف لباريس أن مثل هذا الاتفاق لا يجب أن يتم إلا من خلال وثيقة مكتوبة، و أن شفاهية (« l'oralité ») الاتفاقية لم تمنع أعضاء مجلس الإدارة، من ذو الخبرة في الأعمال التجارية، في منح موافقتهم على دراية تامة، وقد كان هذا الموقف محلّ انتقادات لا يتماشى مع جهود تحقيق الولاء و الشفافية التي حثت عليها المبادئ الارشادية لحوكمة الشركات فيما يتعلق بالمساهمين الأقلية وسوق الأعمال.

Cf : Cass. soc., 11 juin 1997, JCP E 1998, n° 8, p. 510, obs. A. VIANDIER et J. J. CAUSSAIN, p. 510 : encourt la nullité, la convention qui n'a pas fait l'objet d'une autorisation particulière du Conseil d'administration ; Cass. com., 17 novembre 1992, Bull. Joly 1993, p. 98 ; Cass. com., 3 mai 2000, n° 97-22.510 :confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar qui avait décidé que la procédure d'autorisation n'avait pas été respectée au motif que l'ordre du jour du procès-verbal du conseil d'administration du 28 octobre 1991 et la délibération n'avait pas mentionné l'autorisation, pas plus qu'une discussion a son sujet ni même une autorisation expresse ; CA Paris, 23 novembre 1955, D. 1956, p. 290, note GORE : l'autorisation préalable du conseil d'administration suppose une délibération préalable pour chaque convention a autoriser. Une autorisation générale et indéfinise quant à sa durée et son domaine n'est pas valable ; Cass. com., 21 novembre 2000, Bull. Joly 2001, p. 172, note LE CANNU ; Dr. et Patrimoine avril 2001, p. 112, obs. PORRACCHIA; Dr. Sociétés 2001, n° 54, obs. D. VIDAL : ne constitue pas ≪ l'autorisation spéciale imposée par la loi ≫, la résolution prise lors du conseil d'administration alors que celles-ci ≪ n'avaient pas porte sur tous les éléments essentiels de la convention ≫, les dirigeants n'ayant pas informe le conseil d'administration de leur intérêt personnel a la convention et ceux-ci ayant pris part au vote.

ويجب أن ينتج الإذن عن المداولات. فسيتعيّن على المجلس الموافقة على شكل الاتفاقية. ونتيجة لذلك، فان مجرد أخذ العلم بالاتفاقية أو الموافقة الضمنية بتنفيذ المجلس للقرار غير كاف. ويجب منح الإذن وفقا للشروط الشكلية المتطلبة لصحة قرار المجلس ومن أجل ضمان موضوعية القرار وتجنب استخدام الشخص لنفوذه بطريقة غير مواتية للمصالح الاجتماعية، يحظر القانون على الشخص المعني، المشاركة في التصويت على طلب الترخيص. ونتيجة لذلك، قد لا يستطيع المجلس الذي يُقوّم الاتفاقيات استيفاء شروط المداولات التي يقتضيها المشرع أو النظام الأساسي بخصوص توافر النصاب والأغلبية. وسيكون هذا هو الحال في سياق الاتفاقية المبرمة بين الشركات من نفس التجمع مع المديرين المشركين administrateur commun. وفي مثل هذه الفرضية، قرر القضاء أن تقدم هاته الاتفاقيات مباشرة إلى موافقة الجمعية العامة المتدخلة بناء على التقرير الخاص لمراجع الحسابات الذي يطرح من خلاله الأسباب التي لم يتبع على أساسها إجراء الإذن؛ ويمكن قياس ذلك على الاتفاقيات المبرمة فيما بين شركات التجمع، حيث كثيرا ما يكون أعضاء مجلس إدارة الشركات التابعة متأتيين من الشركة الأم، وقد يؤدي عدم الحياد «manque de neutralité» إلى إخفاء الاتفاقيات أو الإذن بالاتفاقية بسرعة كبيرة إذا كانت تخدم مصالح الشركة الأم. حيث اقتضى ذلك المشرع الجزائري عندما كما فرّق (في سياق شركات المساهمة ذات النمط القديم في التسيير) في المادة 630 من القانون التجاري الجزائري، بين الاتفاقيات المبرمة بصورة مباشرة أو غير مباشرة مع القائمين بالإدارة والمنصوص عليها في الفقرة الأولى للمادة 628 من القانون التجاري الجزائري من جهة، والاتفاقيات التي تجمع الشركة بالمؤسسات التي يحتل فيها القائم بالإدارة إحدى الوضعيات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من ذات النص من جهة أخرى.

[1]– تعد الموافقة اللاحقة للجمعية العامة للمساهمين على الاتفاقيات المبرمة والتي تكون في غالب الأحيان دخلت حيز التنفيذ، بمثابة تأكيد على عدم تعارض الاتفاقية مع مصلحة الشركة، في نظر أغلبية المساهمين. وبقرار المصادقة تتأكد الآثار الناجمة عن الاتفاقية، التي تنتج آثارها تجاه الغير، إلا إذا ألغيت بسبب التدليس، فكما هو معروف فإن مصادقة الجمعية العامة للمساهمين على الاتفاقية، تؤدي إلى عدم جواز الطعن فيها بالإلغاء، باستثناء حالات التدليس أين يجوز الطعن بإلغاء الاتفاقية وإن نالت مصادقة الجمعية العامة للمساهمين؛ راجع في ذلك كذلك: بوقرور سعيد، الاتفاقيات بين شركة المساهمة ومديريها أو الشركاء، أطروحة دكتوراه تخصص قانون الأعمال، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2011/2012، ص.382؛ وكذا مراجعة المادتان 629 الفقرة الأولى و672 الفقرة 5 من القانون التجاري الجزائري؛ والتي تقابلها في التشريع الفرنسي المواد L.225-41 فقرة أولى و –89 فقرة أولى من التقنين التجاري الفرنسي:

مبرر بأسباب عملية محضة. فموافقة الجمعية العامة لا تتم إلا بصفة لاحقة، أي بعد إبرام الاتفاقية وفي معظم الأحيان بعد تنفيذ مقتضيات الاتفاقية. ومن شأن إبطال الاتفاقية أن يخلق صعوبات كبيرة في استعادة الأداءات، مع العلم أنه في كثير من الأحيان، ستكون آثار الاتفاقية المنفذة أو في سير التنفيذ غير قابلة لإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الاتفاقية .

وبالإضافة إلى ذلك، فإن المحافظة على صحة الاتفاقيات بالرغم من عدم تقديمها للجمعية العامة للموافقة عليها يتماشى مع مبدأ الفصل بين مهام وصلاحيات مختلف الهيئات الاجتماعية .وبما أن أعمال التسيير تقع على كاهل أجهزة الإدارة، فإن الجمعية العامة لا يمكن أن تتدخل بأي يكون لها سلطة تؤدي إلى إبطال القرارات المتعلقة بالتسيير .ومن ناحية أخرى، فإن موافقة الجمعية العامة من شأنها أن تغطي على البطلان المحتمل توقيعه الذي يؤثر الاتفاقية[1].

ورتب المشرع الجزائري في شأن أحكام الاتفاقيات المبرمة في شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة البطلان النسبي، سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، من دون إذن مجلس الإدارة المسبق . خلافا للبطلان بطلانا مطلقا الذي يكون بخصوص الاتفاقيات الممنوعة. وعليه، يمكن تصحيحه، أي إجازته

وما ينبغي التنويه إليه بشأن التشريع الفرنسي، أن الأحكام المتعلقة بالشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة المبسطة لا تنص على حالات التدليس. ولذلك يجب أن نخلص إلى أنه يجب تقييم التدليس على مستوى مرحلة الإذن المسبق؛ ومن المسلم به عموما أن الإذن بالاتفاقية من قبل المجلس على الرغم من أنه (أو على الأقل بعض أعضائه) يعلم بأنها من شأنها أن تضر بمصالح الشركة يعتبر تدليس. وفي هذا الصدد، فإن القضاء لا يكتفي بالتشاور الاحتيالي «concertation frauduleuse» بل يجعل البطلان مشروطا بوجود ضرر ملحق بالشركة المتعاقدة، وفي شأن ذلك، يراجع:

Cass .com., 13 juin 1967 ,Bull .civ .IV ,n° 241.

ونجد الأمر ذاته في التشريع الجزائري، ومع عدم تحديد الأحكام القانونية الخاصة بالاتفاقيات المنظمة لمفهوم التدليس، يقتضي الأمر الرجوع إلى أحكام الشريعة العامة وبالتحديد نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري، والذي يمكن من خلاله تعريف التدليس بأنه "استخدام أحد المتعاقدين أو نائبه وسائل احتيالية بقصد دفع الطرف الآخر إلى التعاقد". وحسب هذا النص يعتبر من التدليس السكوت العمدي عن واقعة أو ملابسة متى ثبت أن المدلس عليه، ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة، غير أنه وبالرجوع إلى الصياغة الفرنسية للأحكام المذكورة في القانون التجاري الجزائري (المواد 628 الفقرة 4 و629 و672 الفقرتان 5 و6 من القانون التجاري الجزائري) ، يلاحظ استخدام المشرع الجزائري لمصطلح الغش « la fraude » بدلا من التدليس « le dol » المستعمل في الصياغة العربية للنصوص المذكورة.

M.GERMAIN, Traité de droit commercial, les sociétés commerciales, Tome 1, volume 2, 19émé ed, L.G.D.J. Paris, 2009, n° 1326, P. 234 ; - C.MALEKCI, conventions réglementées, op.cit., p.12 ; P.SCHOLER, op.cit., p.18 et D.GIBIRILA, conventions conclues avec la société anonyme, procédure et sanctions, op.cit., p.10 : « il revient aux juges du fond d'apprécier souverainement les faits matériels constitutifs de la fraude ».

[1]- « la procédure de contrôle des conventions n'exclut pas une information en faveur des actionnaires minoritaires au sujet des mêmes opérations, par le biais de l'expertise de gestion, néanmoins, la mission de l'expert ne peut pas comprendre la vérification des bilans, car il se substituerait ainsi directement au commissaire aux comptes.

En l'espèce, la société actionnaire minoritaire peut, à bon droit, solliciter une expertise de gestion sur les opérations qui ne tendent pas à remettre en cause l'ensemble de la gestion de la société, mais qui ont seulement trait à certaines conventions réglementées conclues par cette dernière. Ces conventions, ayant fait l'objet de rapports spéciaux du commissaire aux comptes, n'avaient pas été approuvées en assemblée générale par la société actionnaire minoritaire » ; bull,joly soc.1997, p.543, note P.LE CANNU et M.MENJUCQ .

[1]- Y. BALENSI, Les conventions entre les societes commerciales et leurs dirigeants, ed. Economica Paris, 1975, p. 160.

من طرف الشركة. وما يؤكد هذا الطرح، سماح المشرع للجمعية العامة التي تنظر في الاتفاقيات من أجل المصادقة عليها، تغطية هذا البطلان بقرار صادر منها بناء على تقرير خاص من محافظ الحسابات، الذي يبين فيه الظروف التي أدت إلى عدم إتباع إجراءات الإجازة المسبقة[1].

وبالرجوع إلى أحكام الاتفاقيات المنظمة السابق التنويه إليها أعلاه في شركة المساهمة ذات النمط الحديث في التسيير، يعاين أن المشرع الجزائري سلك طريقا مغايرا تماما لذلك الذي سلكه في شركة المساهمة ذات النمط الكلاسيكي في التسيير، إذ نص صراحة على البطلان المطلق للاتفاقيات المبرمة من دون ترخيص سابق من مجلس المراقبة.وما يؤكد موقف المشرع في ترتيبه البطلان المطلق على الاتفاقيات المبرمة من دون إجازة مسبقة، عدم تقريره في شركة المساهمة ذات النمط الحديث في التسيير أحكاما لتغطية البطلان من طرف الجمعية العامة العادية، ولم يشترط تضرر الشركة للقضاء ببطلان الاتفاقية[2]. وخلافا للمشرع الجزائري، فإن نظيره الفرنسي اتخذ موقفا موحدا في كلا نمطي شركة المساهمة[3].

أما عن آلية دعوى المسؤولية المدنية فتكون في فرضيتين؛ الأولى عند إلغاء الاتفاقية ومحوها بأثر رجعي والثانية عند عدم مصادقة الجمعية العامة: المسؤولية المدنية قد تثار في فرضيتين تجاه الشركة

---

[1]– ترد العناصر التي ينبغي إدراجها في التقرير الخاص، في تعداد بالمادة 92 من مرسوم 23 مارس 1967، المعدل بموجب المرسوم رقم 2002–803 المؤرخ في 3 ماي 2002، مادة 2 و 49، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية المؤرخة في 5 ماي 2002: " يتضمن تقرير مراجعي الحسابات المنصوص عليه بالمادة 103 في الفقرة الثالثة من قانون الشركات التجارية، ما يلي: قائمة الاتفاقيات المقدمة لموافقة الجمعية العامة، أسم عضو مجلس الإدارة أو الطرف المعنى، اسم المدير العام أو المديرين العامين المفوضين المعنيين، تعيين المساهم أو المساهمين المعنيين الذي لديهم جزء من حقوق التصويت أكبر من 5%، و في حالة الشركة المساهمة، الشركة المراقبة بالمعنى المقصود في المادة 3–L.233 من تقيين تجاري، طبيعة و موضوع هذه الاتفاقيات، الشروط و البنود الرئيسية لهذه الاتفاقيات، و لاسيما الإشارة إلى الأسعار أو التعريفات المطبقة، الخصومات و العمولات الممنوحة، شروط الدفع الممنوحة، الفوائد المنصوص عليها بنود الاتفاقية و المتفق عليها، الضمانات الممنوحة، و حسب مقتضى الحال، أي مؤشرات أخرى تسمح للمساهمين بتقدير الفائدة من إبرام الاتفاقية التي يجري فحصها، أهمية المعدات المسلمة أو الخدمات المؤداة، المبالغ المدفوعة أو المتلقاة خلال السنة المالية، عملا بالاتفاقيات المشار إليها بالمادة 91، فقرة 2 ".

فضلا عن ذلك نجد المشرع الفرنسي يقتضي الموافقة على الاتفاقيات المبرمة مع المسير الغير شريك ضمن شركة ذات مسؤولية محدودة التي لا يكون لها مراجع حسابات إلى الموافقة المسبقة على إبرامها للجمعية على أساس تقرير التسيير (المادة 19–L.223ق.تجاري فرنسي)

[2]– ينبغي التنويه حتى لفرضية منح الإذن بشكل غير منتظم؛ وذلك يحدث على سبيل المثال لا الحصر عندما تدرج الاتفاقيات محل النظر بالخطأ في خانة الاتفاقيات العادية التي تبرم بكل حرية فلا يستصدر بشأنها الترخيص، أو حتى في مثال عدم صحة مداولة المجلس التي تؤدي إلى بطلان قرار الترخيص ويصبح في حكم العدم. ومن ذلك نجد، مشاركة المعني بالأمر في التصويت أو منح الرخصة بصفة فردية من عضو واحد فقط، أو عدم تبيان مشروع استصدار قرار الترخيص في جدول الأعمال أو لأي سبب من الأسباب المذكورة أعلاه.

En ce sens, J.HEMARD. F.TERRE et P.MABILLAT, op.cit., p.905 ; J.-F.BULLE et M.GERMAIN, op.cit., p.90 et A.CHARVERIAT et A.COURET, sociétés commerciales, op.cit., p.546.

Voir aussi, cass.com., 3 mai 200, bull.joly.2000, p.821, note P. LE CANNU : « l'irrégularité de l'autorisation donnée par le conseil d'administration entraine la nullité de la convention conclue en application de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (aujoud'hui art. L.225-38 Code de commerce français).

[3] - Y. BALENSI, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, ed. Economica Paris, 1975, p. 168.

الأم في القانون الجزائري بتقلدها لوكالة اجتماعية إدارية في شركتها التابعة سواء في مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة؛ سواء عند إلغاء الاتفاقية المبرمة من دون ترخيص مسبق ومحوها بأثر رجعي بصيرورة حكم بطلان الاتفاقية المبرمة من دون الترخيص المسبق لمجلس الإدارة أو مجلس المراقبة نهائيا، أين يُلغى العقد موضوع الحكم بأثر رجعي، أو مع وجود ترخيص من المجلس المعني وعدم مصادقة رفض الجمعية العامة على الاتفاقية المعروضة عليها وترتيبها لآثار ضارة بالنسبة للشركة؛ ففي الفرضية الأولى إضافة على إلغاء الاتفاقية ومحو آثارها برجعية، يؤدي حكم البطلان إلى فتح مجال مساءلة المخالفين مدنيا، وفي بعض الحالات قد يصل الأمر إلى مساءلتهم جزائيا؛ بتوافر شروط بطلان الاتفاقية المشار إليها أعلاه، أي انعدام الترخيص المسبق مع تضرر الشركة. غير أنه يتوجب التنويه إلى أن القاضي عند النظر في دعوى البطلان فإنه يتوجب عليه إخضاعه بالعلاقة الطردية مع الاضرار بمصلحة الشركة وهذا من شأنه أن يتيح للقاضي فرصة تقييم ما إذا كان من الضروري أم لا الحكم بإبطال الاتفاقية من خلال الاقتصاديات العامة للاتفاقية[1]؛ ومن ثم يتحقق هدف الدعوى في رفع الغبن عن الشركة وإعادة التوازن للمصالح المختلفة والمتنازعة في الاتفاقية[2]. فبجانب دعوى البطلان التي تهدف إلى إلغاء الاتفاقية المبرمة من دون إذن من مجلس

---

[1]–وهو متقارب مع ما نجد الفقه يصطلح عليه بالتوازن الاقتصادي للعقد؛ إلا أن معظم الأمثلة الواردة بهذا الصدد كانت بشأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة لإنهاء العقد التي جاء بها القضاء الإداري الفرنسي، وبموجبها أنه في حالة حصول ظروف غير متوقعة وقت إبرام العقد، تكون هذه الظروف ذات طبيعة مؤدية لانقلاب في التوازن الاقتصادي للعقد Dislocation économique du contrat، فإن المتعاقد مع الإدارة له الحق في التعويض، حيث على هذه الأخيرة تعويضه عن الجزء الأكبر من الخسارة، وليس جميع النفقات المترتبة عليه. ولهذا فلكي يكون التغير في الظروف سببا لتطبيق شرط تغيير التوازن الاقتصادي للعقد، يجب أن يحمل ثلاثة خصائص رئيسية، يجري عادة تعيينها في هذا الشرط، وهي أن تكون الحالة استثنائية، وأن تكون غير متوقعة وقت إبرام العقد، وأن تحمل آثارا خطيرة جدا تجاه اقتصاد العقد Bouleversement économique du contrat وقت إبرامه من أجل تبرير التعويض بحجة الظروف الطارئة"؛ مقتبس عن: ربحي أمحمد، عقد التسيير في القانون المقارن، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون، جامعة مولود معمري –تيزي وزو– كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016–2017، ص.235.

[2]– وتجنبا لإطالة أمد المنازعة في الاتفاقيات المبرمة من دون إجازة قبلية والطعن فيها وبهدف استقرار معاملات الشركة وتصرفاتها، أقر المشرع الجزائري بالمادة 630 الفقرة 2 من القانون التجاري الجزائري على غرار نظيره الفرنسي بالمادة 42– L.225، فقرة 2 و– 90 فقرة 2من التقنين التجاري الفرنسي؛ مدة ثلاث سنوات لتقادم دعوى البطلان.

وبغية التمكن حتى من معالجة الاتفاقيات التي لم يكن أعضاء المجلس أو المساهمين على علم بها، ينص المشرع على أنه في حالة إخفاء الاتفاقية سيتم إرجاء نقطة بداية احتساب فترة التقادم إلى اليوم الذي تم فيه الكشف عن الاتفاقية، وهذا الأخير يعني أن دراية مجلس الإدارة أو المراقبة لا يكفي لوحده لاعتبار أن هنالك كشف والأهم في ذلك هو علم ودراية الجمعية العامة بحيث يمكنها الموافقة على الاتفاقية وتغطية البطلان، وبغية التمكن حتى من معالجة الاتفاقيات التي لم يكن أعضاء المجلس أو المساهمين على علم بها، ينص المشرع على أنه في حالة إخفاء الاتفاقية سيتم إرجاء نقطة بداية احتساب فترة التقادم إلى اليوم الذي تم فيه الكشف عن الاتفاقية.

Cf. Cass.Com., 7 juillet 2004, RTD com. 2004, p. 765, note P. Le Cannu; dès lors que la preuve n'était pas rapportée de ce que le conseil d'administration de la société mère et les assemblées générales de cette société et de sa filiale aient été informés du contenu exact de cette convention avant sa signature, la cour d'appel a justement déduit sa dissimulation de l'absence de révélation de son contenu et de l'absence de délibération de son objet et de ses modalités quant à son application aux dirigeants des sociétés. Peu important que le conseil d'administration, les dirigeants sociaux, les deux sociétés souscripteurs, l'actionnaire principal de la société

الإدارة أو مجلس المراقبة بأثر جعي، كما سبق تفصيله، تقوم المسؤولية المدنية للمعني، سواء كان متعاقدا أو غير متعاقد، فالمهم أن يكون من الأشخاص المخاطبين بنظام الاتفاقيات، والذين سبق تحديدهم أعلاه[1].

وتعد المسؤولية المدنية للمتسبب في إبرام الاتفاقية من طبيعة قانونية خاصة، إذ أن نص الفقرة الأولى للمادة 630 من القانون التجاري هو الأساس القانوني لدعوى هذه المسؤولية ضد القائمين بالإدارة والمديرين العامين، وليس نص المادة 715 مكرر 23 من نفس القانون الذي يعتبر أساس دعوى المسؤولية المدنية ضد القائمين بالإدارة بوجه عام عن مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة على شركات المساهمة أو خرق القانون الأساسي للشركة أو الأخطاء المرتكبة أثناء تسييرها[247]. ومن ثم، تعتبر المسؤولية المدنية الناجمة عن الأضرار الملحقة الشركة التابعة حالة خاصة يحكمها نص خاص ولا تخضع للحكم العام للمسؤولية المدنية للقائمين بالإدارة الوارد في المادة 715 مكرر 23 المذكورة، تطبيقا لقاعدة "الحكم الخاص يقيّد الحكم العام"[2].

---

anonyme et les commissaires aux comptes aient eu connaissance de l'existence de cette convention postérieurement à sa signature et que celle-ci ait reçu application ; Cass.Com., 12 janvier 1999, Bull. Joly soc. 1999, n°96, p. 464, note B. Petit: « a l'occasion d'une action en nullité de deux conventions conclues par le président du conseil d'administration sans autorisation de ce dernier, la cour d'appel avait, pour retenir la prescription, énoncé que la société ne rapportait pas la preuve que ces conventions lui avaient été dissimulées, que la première avait été discutée avec le président du « groupe », et que la seconde av été exécutée. En se déterminant ainsi, alors qu'il ne résulte pas de ses constatations que les conventions aient été portées à la Connaissance du conseil d'administration avant leur conclusion, la cour d'appel a violé la loi » et Cass.Soc., 12 février 1987, Bull. Joly soc. 1987, n° 179, p. 384, note P. Le Cannu: «cette simple connaissance par les administrateurs, de l'existence de la convention, ne peut-être en outre considérée comme valant autorisation ».

ولا تنطبق المهلة المحددة بالثلاث سنوات التي تلي الإبرام أو الكشف عن الاتفاقية المتنازع بشأنها للمطالبة بإبطالها عندما لا يحتج بعقوبة البطلان إلا عن طريق الاستثناء. وإذا كان الشك قائما في السبعينات بشأن معرفة ما إذا كان الميعاد الإجرائي المذكور بالأحكام التشريعية يشكل ميعادا للسقوط (délai préfix)والتي يقصد بها المدة الزمنية المحددة والوجيزة التي يجب خلالها ممارسة الحق وإلا سقط مباشرة، أو ميعادا للتقادم ((délai de prescription – مرور مدة من الزمن يمنع القانون بعدها سماع الدعوى للمطالبة بحق من الحقوق – فإن المسألة قد فصل فيها في الوقت الحالي. ومن الواضح أن محكمة النقض الفرنسية قد اتخذت موقفا مؤيدا لصالح فترة التقادم وإن الأمر يتعلق بتقادم فعلي يخضع لأحكام الوقف والانقطاع وليس بمهلة محددة سابقا لمباشرة دعوى البطلان.

Cf. Cass.Civ., 2 décembre 1998, bull.loy.soc.1999, n°121, p.565, note P.LE CANNU .

[1]– يجدر التنويه إلى الأثر الموقف لقرار مصادقة الجمعية العامة على دعوى المسؤولية المدنية، فيعد سببا لانقضاء دعوى المسؤولية ضد عضو مجلس الشركة المعني بالأمر، ما عدا في حالة الغش في إبرام الاتفاقية أو عدم المصادقة عليها أو الخطأ المرتكب أثناء وكالته؛ ذلك أنه وفي الحالة الأخيرة، ليس لأي قرار صادر عن الجمعية العامة، بما في ذلك قرار المصادقة على الاتفاقية، أثرا موقفا لدعوى المسؤولية ضد أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أو مجلس المراقبة لارتكابهم أخطاء أثناء مباشرة مهامهم (المادة 715 مكرر 25 الفقرة الثانية بالنسبة لأعضاء مجلس الإدارة "لا يكون لأي قرار صادر عن الجمعية العامة، أي أثر لانقضاء دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة لارتكابهم خطأ أثناء القيام بوكالتهم"، وبالنسبة لأعضاء مجلس المديرين ومجلس المراقبة، المادتان 715 مكرر 28 و 715 مكرر 29 من القانون التجاري الجزائري. ما يقابلها من التشريع الفرنسي :

ARTS. L.225-253 al.2 ; L.225-257. Code de commerce français

[2]– بالمقابل، فإن أعضاء مجلس المديرين وأعضاء مجلس المراقبة للشركة التابعة وأمام غياب أحكام خاصة تحكم مسؤوليتهم المدنية عن الاتفاقيات غير المأذون بها، يسألون بناء على الأحكام العامة الواردة في القسم العاشر الخاص بالمسؤولية المدنية من فصل شركة المساهمة، أي

وبصفة عامة، يمكن المطالبة بدعوى المسؤولية المدنية في فرضية أولى يتجسّد الخطأ المرتكب فيها في ابرام الاتفاقية من دون إجازة مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة –هذا في التشريع الجزائري، بينما في التشريع الفرنسي فيمكن ذلك في جميع أشكال الشركات التجارية–، في كل فعل أو إهمال كان النتيجة المباشرة في عدم الترخيص المسبق، ولا يشترط توافر الغش، فمخالفة الالتزام القانوني الذي يتمثل في واجب استئذان المجلس المختص قبل التعاقد مع الشركة، يعد خطأ مقيما للمسؤولية. فعدم تقديم عضو المجلس الذي له مصلحة في الاتفاقية المراد عقدها، طلب استصدار الترخيص المسبق إلى مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة، حسب الحالة، يشكل السبب الرئيسي وراء إبرام الاتفاقية من دون إذن؛ ويعد خطأ يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية للمعني بالأمر لعدم إعلامه عن الاتفاقيات التي يكون له فيها مصلحة، حتى وإن لم يظهر كمتعاقد مباشر؛ أما في الفرضية الثانية فمتمثلة في حالة عدم مصادقة الجمعية العامة على الاتفاقية المعروضة عليها مع وجود ترخيص من المجلس؛ فتعد رقابة

المادة 715 مكرر 28 بالنسبة للأولين والمادة 715 مكرر 29 بالنسبة للآخرين من القانون التجاري؛ وتنص المادة 715 مكرر28 ق.ت..ج على أنه "عندما تكون الشركة خاضعة لأحكام المواد من 644 إلى 672 المذكورة أعلاه، فإن أعضاء مجلس المديرين يخضعون لنفس مسؤولية القائمين بالإدارة. وفي حالة الإفلاس أو التسوية القضائية، يمكن أن يتحمل أعضاء مجلس المديرين المسؤولية عن ديون الشركة ويخضعون للموانع وسقوط الحق المنصوص عليها في الموضوع"، أما المادة 715 مكرر 29ق.ت.ج. تنص على أنه "يعتبر أعضاء مجلس المراقبة مسؤولين عن الأخطاء الشخصية المرتكبة أثناء ممارسة وكالتهم، ولا يتحملون أية مسؤولية بسبب أعمال التسيير ونتائجها. ويمكن اعتبارهم مسؤولين مدنيا عن الجنح التي يرتكبها أعضاء مجلس المديرين في حالة درايتهم بها وعدم إخبار الجمعية العامة بذلك. تُطبق أحكام المادتين 715 مكرر 25 و715 مكرر 26 المذكورتين أعلاه".

وفي التشريع الفرنسي يعد نص الفقرة الأولى للمادةL.225-42 من القانون التجاري الأساس القانوني الخاص للمسؤولية المدنية للقائمين بالإدارة والمدير العام والمديرين العامين المفوضين والمساهمين الحائزين على نسبة عشرة من المائة من حقوق التصويت، والشركة المراقبة للمساهم إذا تمثل هذا الأخير في شركة تمتلك النسبة المذكورة من حقوق التصويت. ويقابل هذا النص، الفقرة الأولى للمادةL.225-90 من نفس القانون بالنسبة لأعضاء مجلس المديرين وأعضاء مجلس المراقبة. أما المسؤولية المدنية للقائمين بالإدارة والمدير العام بوجه عام يحكمها، في هذا التشريع، نص المادة L.225-251 من القانون التجاري، وبالنسبة الاعضاء مجلس المديرين ومجلس المراقبة المادتينL.225-256 و L.225-257على التوالي من ذات القانون.

Art. L. 225-251 C. com. fr. « Les administrateurs et le directeur général sont responsables, individuellement ou solidairement selon le cas. Envers la société ou envers les tiers. Soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. Si plusieurs administrateurs ou plusieurs administrateurs et le directeur général ont coopéré aux même faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage ».

Art. L. 225-256 C. com. fr. « Lorsque la société est soumise aux dispositions des articles L. 225-57 à L. 225-93, es membres du directoire sont soumis à la même responsabilité que les administrateurs dans les conditions prévues aux articles L. 225-249 à L. 225-255. En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire en application des dispositions du titre II du livre VI relatives au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, les personnes visées par ces dispositions peuvent être rendues responsables du passif social et sont soumises aux interdictions et déchéances, dans les conditions prévues par celles-ci et art. L. 225-257 C. com. fr. « Les membres du conseil de Surveillance sont responsables des fautes personnelles commises dans l'exécution de leur mandat. Ils n'encourent aucune responsabilité, en raison des actes de la gestion et de leur résultat. Ils peuvent être déclarés civilement responsables des délits commis par les membres du directoire si, en ayant eu connaissance. ils ne les ont pas révélés à l'assemblée générale. Les dispositions des articles L. 225-253 et L. 225-254 sont applicables »

الجمعية العامة العادية على الاتفاقية المرخصة رقابة بعدية، أي لاحقة لإبرامها، إذ غالبا ما تكون الاتفاقية قد دخلت حيز التنفيذ فور إجازتها من قبل مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة، حسب الحالة، وأحيانا يكون قد انقضى تنفيذها. وبالتالي تلتزم بها الشركة لمجرّد حصولها على الرخصة المسبقة وقبول المعني بها، مما يجعل إلغائها لعدم مصادقة الجمعية العامة عليها عند عرضها عليها من غير فائدة. فمن الناحية العملية، تُعد الجمعية العامة التي تبث في الاتفاقيات المرخصة هي كما سبق ذكره "الجمعية العامة العادية السنوية" المجتمعة لأجل المصادقة على حسابات السنة المالية المنصرمة، فتفصل هذه الجمعية في الاتفاقيات المبرمة خلال السنة السابقة لانعقادها، خلال الستة أشهر التالية لقفل السنة المالية، فمثلا، اتفاقية ابرمت خلال شهر مارس من عام 2019، تعرض على الجمعية العامة السنوية المجتمعة في شهر جوان من عام 2020، أين تكون الاتفاقية قد نفّذت جزئيا أو كليا. ولذلك جعل المشرّع الجزائري[243] على غرار نظيره الفرنسي، الاتفاقيات غير المصادق عليها مثل التي لم تحصل على موافقة الجمعية العامة، تنتج كامل آثارها تجاه الغير وتلتزم بها الشركة، واستبعد إلغاءها إلا في حالة التدليس[244]. فمصادقة الجمعية العامة على الاتفاقية المعروضة عليها ليست كما سبق لنا القول شرطا لصحة الاتفاقية. فإن عدم المصادقة لا يترتب عليه بطلانها. فالاتفاقية غير المصادق عليها تنتج آثارها بالرغم من عدم حصولها على موافقة أغلبية المساهمين عند عرضها عليهم، ولا تبطل إلا بثبوت الغش[1].

لا يمكن تحميل النتائج الضارة الملحقة بالشركة التابعة على كاهل الأشخاص المسؤولين المشمولين بالنصوص إلا إذا لم توافق الشركة المتعاقدة على الاتفاقية؛ ولا يشمل ذلك فقط الاتفاقيات التي رفضت

---

[1]–يتوجب التمييز ما بين قيام المسؤولية المدنية لعضو المجلس أو المساهم المتعاقد مع الشركة في فرضية مخالفة أحكام الترخيص المسبق تعتبر مسؤولية مدنية قائمة على خطأ واجب الإثبات؛ في حين أن المسؤولية المدنية في الفرضية الثانية المتمثلة في عدم مصادقة الجمعية العامة على الاتفاقية المعروضة عليها هي قائمة على خطأ مفترض على أساس أن هنالك فرق بين حالة عدم إتمام الإجراءات اللاحقة على إجراء الترخيص أي عدم عرض الاتفاقيات المرخصة على الجمعية العامة من أجل اتخاذ قرار بشأنها، إما المصادقة أو عدم المصادقة، وحالة أو فرضية العرض على الجمعية العامة وعدم مصادقة هاته الأخيرة على الاتفاقيات المعروضة عليها، فالأول هو إجراء يُلزم به رئيس مجلس الإدارة أو رئيس مجلس المراقبة، حسب الحالة، إذ يجب قيد مشروع قرار المصادقة في جدول أعمال الجمعية في إطار رقابتها اللاحقة لأعمال الهيئات الإدارية؛ بالرجوع إلى المادة 672 الفقرة 2 من القانون التجاري الجزائري فيما يخص التزام رئيس مجلس المراقبة، في حين أنه ينعدم وجود حكم صريح يلزم رئيس مجلس الإدارة بإخضاع الاتفاقيات المرخصة لمصادقة الجمعية العامة للمساهمين، ولكن يستخلص من هذا الالتزام ضمنيا من الأحكام القانونية؛ ويقابل هاته الأحكام بالتشريع الفرنسي المادتان؛ L.225-40 الفقرة 2 و L.225-88 الفقرة 2 من القانون التجاري الفرنسي. ويترجب علينا التذكير بأنه عند إغفال الهيئات المكلفة باستدعاء الجمعية العامة، فإن واجب استدعائها يقع على عاتق محافظ الحسابات، لأنه ملزم قانونا بذلك لاسيما في حالات الاستعجال طبقا للمادة 715 مكرر 4 الفقرة 6 من القانون التجاري الجزائري..

وتتثمل الشروط الكلاسيكية الواجب التذرع بها في الفرضية الأولى من أجل ثبوت المسؤولية المدنية والحكم بالتعويضات، في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

راجع؛ بوعزة ديدن وبموسات عبد الوهاب، المسؤولية الجنائية والمدنية لمسيري شركات المساهمة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الأول، 2007، ص.5.

الجمعية العامة التصديق عليها فحسب، بل كذلك الاتفاقيات التي لم تخضع لرقابتها وكذلك تلك التي لم تتم الموافقة عليها بانتظام. ونتيجة لذلك، فإن الموافقة المنتظمة للجمعية العامة على الاتفاقية تجعل من المستحيل استتباع إصلاح الأضرار الناجمة عن الاتفاقية. ومن ناحية أخرى تصبح المسؤولية بقوة القانون إذا كانت الجمعية العامة قد رفضت الاتفاقية وإذا كان لها آثار ضارة على الشركة. وفي هاته الفرضية، وكما سبق لنا القول فإننا أمام مسؤولية خاصة تُضاف إلى المسؤولية العامة لمديري الشركة وخلافا للمسؤولية بموجب القواعد العامة للوكلاء الاجتماعيين[1]، فليس هناك جدوى من إثبات وجود الخطأ. فالأثر الضار للاتفاقية الذي يلحق بالشركة يكفي لإسناد المسؤولية للأشخاص المشمولين بالنصوص. ومن ثم يوجد في هذا الصدد قرينة على وجود الخطأ أو ما يصطلح عليه بالمسؤولية الخطئية المفترضة" من جانب أولئك الذين يفرض عليهم القانون عبء إصلاح النتائج الضارة للاتفاقية المرفوضة.

والأشخاص المخول لهم المطالبة القضائية بإسناد المسؤولية للأشخاص المذكورين أعلاه هم نفسهم الأشخاص الذين يجوز لهم التذرع ببطلان الاتفاقية. فيخص من ناحية، الشركة الضحية، من خلال ممثليها القانونيين لأنها هي التي ألحقت بها العواقب الضارة، ومن ناحية أخرى، الشركاء أو المساهمين، من أجل تجنب تقاعس ممثلي الشركة. وعندئذ يتصرف هؤلاء الأخيرين بالنيابة عن الشركة، من خلال دعوى الشركة الممارسة من قبل المساهم منفردا أو بالاتفاق مع مجموعة من المساهمين (**action sociale exercée ut singuli**)[2] احتجاجا منهم بالأضرار التي ألحقت بالشركة. إلا أن دعوى الشركة الممارسة من قبل المساهم لم يرد النص عليها صراحة بالنصوص.

---

[1]– تنص المادة 715 مكرر 23 من القانون التجاري الجزائري على أنه "يعد القائمون بالإدارة مسؤولين على وجه الانفراد أو بالتضامن، حسب الحالة، تجاه الشركة أو الغير، إما عن المخالفات المالية بالأحكام التشريعية أو التنظيمية المطبقة على شركات المساهمة، وإما عن خرق القانون الأساسي أو عن الأخطاء المرتبكة أثناء تسييرهم.

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

[2] – يصطلح عليها البعض من الفقه ب"الدعوى التفرعية" أو "الدعوى الاشتقاقية" التي هي نوع من الدعاوى المستمدة من نظام الشركات التجارية الأكثر تقليدي، وتشكل الدعاوى الاشتقاقية استثناء من القاعدة المعتادة بأن مجلس إدارة الشركة هو الذي يدير شؤونها، وكذلك إن الدعاوى الاشتقاقية يمكن أن تترتب عليها تكاليف تقاض عالية وأن تسفر عن الكثير من عدم اليقين، وقد فرضت بعض الدول قيودا على هذه الدعاوى بغرض منع أي عضو أو شريك ساخط ينتمي إلى الأقلية من التصرف وفقا للمصالح الخاصة للأقلية واستخدام هذه الدعاوى التدخل في التسيير الناجح للمؤسسة.

والقواعد المتعلقة بتقادم دعوى التعويض عن النتائج الضارة هي نفسها كتلك المتبعة في سياق إقامة دعوى المسؤولية للقائمين بالإدارة[1].

وإذا لم تقدم الاتفاقية إلى الجمعية للموافقة عليها، فإنها ستكون شبيهة بالاتفاقية المرفوضة، وبالتالي يجوز للمساهمين أو الشركاء أو الممثلين القانونيين للشركة التماس سبل العدالة للتعويض عن العواقب الضارة الملحقة بالشركة ضد المسؤولين عن إبرامها. غير أنه من الشائع في هذه الحالات أن يتجاهل المساهمون والشركاء وجود الاتفاقية. أين يتم التستر على وجود الاتفاقية، ستؤجل نقطه بداية احتساب التقادم إلى حين العلم بوجود الاتفاقية.

---

[1] – يلاحظ أن المشرع الجزائري، على غرار نظيره الفرنسي، لم يحدد مهلة خاصة بتقادم دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن إبرام إتفاقية من دون ترخيص مسبق في النص القانوني الخاص بها؛ أي المادة 630 من القانون التجاري الجزائري بخصوص شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة، ونشير إلى غياب أحكام خاصة بهذه المسألة في شركة المسألة في شركة المساهمة ذات مجلس المديرين ومجلس المراقبة وما يقابلها من القانون الفرنسي بالمادة L.225-42 و المادة L.225-90 من القانون التجاري الفرنسي، وعلى خلاف دعوى البطلان التي حدد بشأنها مدة ثلاث سنوات لتقادمها؛ وبذلك يكون المشرع قد فتح المجال للتساؤل عن مدة تقادم دعوى المسؤولية المدنية عن الاتفاقيات المبرمة من دون إذن مسبق. هل يطبق عليها التقادم الثلاثي الخاص بدعوى البطلان؟ أم مدة التقادم الخاصة بدعوى المسؤولية المدنية ضد القائمين بالإدارة؟ أم يجب الرجوع إلى الأحكام العامة لتقادم دعاوى المسؤولية المدنية؟

فأمام ربط المشرع صراحة مدة التقادم المذكورة في النص القانوني الخاص بالاتفاقيات بدعوى البطلان، فلا تطبق هذه المدة على دعوى المسؤولية المدنية وإذ ذكرت في نفس المادة، فلم ينص المشرع "وتتقادم الدعاوى بمرور ثلاث سنوات" وإنما خص بالذكر "وتتقادم دعوى البطلان بمرور ثلاث سنوات"، فاستعمل المفرد مع تسمية الدعوى باسمها ولم يستخدم الجمع، مما يستوجب استبعاد التقادم الثلاثي الخاص بدعوى البطلان.

وعليه يتوجب الرجوع إلى حكم تقادم دعاوى المسؤولية المدنية ضد القائمين بالإدارة الوارد بالقانون التجاري بالرجوع إلى أحكام المادة 715 مكرر 26 من القانون التجاري الجزائري:

"تتقادم دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة مشتركة كانت أو فردية بمرور ثلاث سنوات، ابتداءا من تاريخ ارتكاب العمل الضار، أو من وقت العلم به إن كان قد أخفي. غير أن الفعل المرتكب إذا كان جناية، فإن الدعوى في هذه الحالة تتقادم بمرور عشر سنوات"؛ أما في شأن القانون الفرنسي فنجد المادة L.225-254 من القانون التجاري الفرنسي.

ولا يمكن الاعتماد في هذا المجال على حكم القانون المدني بالرجوع لأحكام المادة 133 من القانون المدني الجزائري (المعدلة بالمادة 83 بالقانون رقم 05–10 السالف الذكر) بنصها: "تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشر سنة من يوم وقوع الفعل الضار"؛ المتعلقة بتقادم دعاوى المسؤولية المدنية التقصيرية الذي لا يطبق إلى عند انعدام نص خاص، تطبيقا للقاعدة "الحكم الخاص يقيد الحكم العام".

وبما أن كلا فرضيتي إبرام الاتفاقية دون ترخيص مسبق أو حتى وجود الترخيص وانعدام وجود موافقة الجمعية العامة يعد في ذاته فعلا مخالفا للأحكام التشريعية والتنظيمية، فتقادم دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن هذا الفعل يخضع لنفس أحكام تقادم دعاوى المسؤولية المدنية ضد القائمين بالإدارة، أمام غياب مدة خاصة بالدعوى الأولى. وبذلك تتحدد مدة تقادم المسؤولية المدنية الناجمة عن إبرام اتفاقية من دون ترخيص مسبق بثلاث سنوات ابتداء من تاريخ ارتكاب الفعل الضار، أو من وقت العلم به، إذا كان قد أخفي. وإذا كان هذا الفعل جناية، فإن الدعوى تتقادم بمرور عشر سنوات. وتبقى الدعوى خاضعة لآجال التقادم المذكورة وإن كانت تابعة للدعوى العمومية في إطار المسؤولية الجزائية. وتطبق نفس المدة المذكورة أعلاه، على تقادم دعوى المسؤولية المدنية ضد أعضاء مجلس المديرين وأعضاء مجلس المراقبة، لأنهم يخضعون لنفس الأحكام المطبقة على القائمين بالإدارة في هذا المجال بالرجوع إلى أحكام المادتان 715 مكرر 28 و715 مكرر 29 الفقرة 2 من القانون التجاري الجزائري.

ومن جهة أخرى، تعد مدة خمس عشرة سنة مدة طويلة، لا يمكن أن يظل عضو مجلس شركة المساهمة مسؤولا طيلة هذه المدة في دنيا الأعمال، التي تتسم بالسرعة وقصر الآجال الزمنية من أجل استقرار المعاملات.

سيكون ذلك انطلاقا من الوقت الذي يُبلّغ فيه المساهمون أو الشركاء بوجود الاتفاقية ومضمونها. ومن الناحية العملية، سيكون ذلك يوم الاجتماع العام السنوي، حيث يطلب من مراجع الحسابات تقديم تقرير خاص بشأن الاتفاقيات المأذون بها. وبموجب الأحكام المتعلقة بالاتفاقيات المنظمة يجوز إقامة مسؤولية الشركة الأم إذا ثبت أنها استغنت عن الإجراء المتعلق بالاتفاقيات المنظمة أو إذا لم توافق الجمعية العامة على الاتفاقية.

خلاصة المبحث الأول

استنادا إلى النتائج المذكورة أعلاه يتبين أن النظام الفرنسي للاتفاقيات المنظمة أقل قصورا مما ظهر عليه للوهلة الأولى. ومن المسلم به أنه يمكن التعقيب على أمر عدم التمييز بين الاتفاقيات المبرمة بين

المؤسسات داخل تجمع وبين الاتفاقيات المبرمة بين شركات مستقلة من الناحية الاقتصادية والقانونية، كما هو عليه في قانون التجمعات بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم. غير أن إجراءات الاتفاقيات المنظمة لا تزال غير كافية لضمان حماية كافة المصالح المهددة في إطار العلاقات داخل التجمع، ولا يزال هناك غموض وضجة يحيطان بالاتفاقيات المبرمة داخل التجمع ولاسيما عندما يتعلق الأمر بالتساؤل حول تقييم الطابع الاعتيادي والروتيني بصفة خاصة، وفي مواجهة خصوصية العلاقات داخل التجمع التي تميز عدم التوازن بين المصالح الموجودة داخل الشركة، قام المشرعون الفرنسيون والألمان على الرغم من أساليبهما المختلفة في المقاربة المتخذة بتأطير الاتفاقيات المبرمة بين الشركات المنتمية لنفس التجمع بالسعي إلى حماية المصالح التي يمكن التضحية بها لتفضيل مصلحة الشريك المهيمن.

ومع ذلك وبغض النظر عن النظام القانوني فقد يصبح إبرام الاتفاقية داخل التجمع مصدر للمسؤولية وإسنادها تجاه الشركة الأم بالإضافة إلى الإجراءات الخاصة التي تخضع لها الاتفاقيات المبرمة بين الشركة الأم وشركتها التابعة فإنه من الضروري أيضا النظر في الأوضاع التي من المحتمل أن تلتزم فيها الشركة الأم اتجاه أو لفائدة الشركة التابعة قد ينشأ الالتزام عن علاقة تعاقدية مباشرة مع الشركة التابعة.

المبحث الثاني: خصوصية العقود المبرمة بين المؤسسات ذات الصلة

-موقف القضاء الألماني-

إذا كان المشرع الألماني قد سعى إلى دعم العلاقات فيما بين المؤسسات داخل التجمع بإخضاعها لإطار تعاقدي خاص وقد سعى أساسا إلى حماية أشخاص معينين يرجح أن تكون مصالحهم مهددة في سياق العلاقات داخل التجمع. وتبعا للخطورة المنبثقة، فإن إبرام العقود بين المؤسسات، تنفيذها وإنهائها تقترن بالضرورة بشروط وأحكام خاصة لضمان حماية الذمة المالية للشركة ذات الأسهم التابعة، مساهميها الخارجيين ودائنيها. وبالتالي فإن مبدأ التراضي المعمول به في قانون العقود يُرفع جزئيا لصالح هاته الأطراف الأخيرة. وعلى غرار ما قام به المشرع الفرنسي، فإن المشرع الألماني قد سعى إلى التفصيل في المعلومات المتوجب إيرادها عن مدى ومضمون الروابط التعاقدية داخل التجمع. غير أنه ذهب أبعد من المشرع الفرنسي لأنه فرض قواعد إنفاذ إضافية بخصوص عقدي الهيمنة وتحويل إجمالي الأرباح (المطلب الأول). ففي حين أن موقف القضاء الفرنسي والجزائري ينشغل في المقام الأول، بالشخص المتعاقد، فعلي نقيضه نجد القاضي طبقا لمقتضيات التشريع الألماني ينشغل بطبيعة العقد المكتتب. وبموجب هذا الاختلاف في المعالجة الذي يوجد كذلك في إجراءات الاعتماد الخاصة التي وضعها كل من النظامين. والغرض من إجراء الاتفاقيات المنظمة هو قبل كل شيء، زيادة الشفافية في الاتفاقيات المبرمة مع أشخاص معينين من أجل منع إبرامها بشروط غير مواتية ويذهب النهج المتبع بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم (AKTG) إلى أبعد من ذلك، حيث أن الأحكام المتعلقة بالعقود المبرمة بين المؤسسات، تهدف إلى حماية الذمة المالية للشركة التابعة، بعد إدخال بعض من الشفافية في العلاقات داخل التجمع (المطلب الثاني).

المطلب أول: طرق إقرار خصوصية الاتفاقيات المبرمة داخل التجمع

تعالج خصوصية العلاقات التعاقدية بين الشركة الأم وشركتها التابعة بطريقة مختلفة في القانون الألماني والقانون الفرنسي. وقد حرص المشرع الألماني على تنظيم أربعة أنواع من العقود داخل التجمع، المسماة (العقود المبرمة بين المؤسسات) (Unternehmensvertrage)؛ والتي يلحقها بعدد من الالتزامات الواقعة تجاه المؤسسة المهيمنة (فرع ثاني)، في حين نجد أن المشرع الفرنسي قد سعى بدلا من المقتضى التشريعي للعقود النموذجية الخاصة بتنظيم العلاقات داخل التجمع، إلى توفير الحماية بوجه عام للشركة التجارية عن التأثيرات الخارجية التي قد تلحق بها؛ بإخضاع هذه الاتفاقيات عندما يتم اكتتابها مع بعض الأشخاص إلى إجراء اعتماد خاص (فرع أول).

الفرع أول: خصوصيات العقود النموذجية المبرمة بين المؤسسات ذات الصلة

إن فئتي العقود المبرمة بين المؤسسات، وهما الفئتين المبينتان في الفقرة § 291 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم: عقد الهيمنة وعقد تحويل الأرباح (أولا) وتلك المحددة في الفقرة § 292 من ذات القانون: عقد تقاسم الأرباح، وعقد التحويل الجزئي للأرباح، وعقد تأجير التسيير (ثانيا) ستعرض تباعا.

أولا: العقود المبرمة بين المؤسسات المحددة في المادة § 291 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم:

يكرس المشرع في الفقرة § 291 أحكاما متعلقة بالعقود المبرمة بين المؤسسات، ولتحديد نوع هاته العقود التي تؤثر بشدة على هيكلة الشركة التابعة، بما في ذلك، عقد الهيمنة «Beherrschungsvertrag»، وتلك المتعلقة بالتحويلات الإجمالية للأرباح «Geutinnabfuhrungsvertrag». وبالتالي، فإن المشرع يود أن يولي اهتماما خاصا لهذين النوعين من العقود. فإن عقد الهيمنة وعقد نقل إجمالي الأرباح هما في الواقع في جوهر المقاربة التشريعية للتدوين الجزئي لقانون التجمعات في الواقع، هي العقود الرئيسية لقانون التجمعات للقانون الألماني للشركات ذات الأسهم، التي يهدف إلى تنظيم معظم العلاقات في التجمع.

ومن الناحية العملية، يعتبر الجمع بين عقد الهيمنة وعقد تحويل الأرباح مبدأ من المبادئ المعمول بها داخل التجمعات، نظرا لأنه يتيح للمؤسسة المهيمنة اكتساب السلطة والقدرة للإدارة والتوجيه المباشر للشركة التابعة، فضلا عن الاستفادة من الوسائل المالية لتنفيذ سياسة التجمع. ولذلك، فإن هذين النوعين من العقود ينضمان بشكل تقييدي للغاية من قبل المشرع الألماني، من خلال الأحكام المتعلقة بشروط الاعتماد وفيما يتعلق بآثارهما. غير أن الممارسين قد أثبطت عزيمتهم بسرعة من القيود المفروضة على المؤسسة المهيمنة في علاقتها مع الشركة التابعة، ومن ثم سعوا إلى تنظيم العلاقات داخل التجمع خارج هاته الإرهاصات التشريعية. و الواقع أن عقد الهيمنة و عقد تحويل الأرباح يدينان بوجودهما في المقام الأول، للنظام الألماني للتكامل الضريبي « intégration fiscale, Organschaft »ورأى كل من المشرع و القاضي أن الجمع بين عقدي الهيمنة و تحويل إجمالي الأرباح يثبتان وجود تكامل اقتصادي و مالي و تنظيمي لمختلف الكيانات القانونية، و بالتالي يستوفى من خلال هذا الجمع لمتطلبات نظام التكامل الضريبي، و من ثم مكن استخدام هذه العقود وفقا للمواد § 14 و § 17 من القانون الألماني للضرائب على الشركات على التجمع ذو المديرية الموحدة

« konzern » من الاشتمال على جميع أعضائه، على الرغم من أن هذا التجمع يشكل كيانات مستقلة قانونا، و اعتبارها منشآت تابعة.

ومنذ إضفاء المرونة على معايير التكامل الضريبي بموجب القانون المعدل والمضفي المرونة على قانون الضرائب الألماني (KG) مع إزالة شرط التكامل التنظيمي والاقتصادي، قد اختفت الفائدة من تطبيق النظام الضريبي الخاص بإبرام مثل هذه العقود. وتبقى الحقيقة أن هذه العقود، ولاسيما عقد الهيمنة، لا تزال هي الأساسية في قانون تجمعات الشركات ذات الأسهم.

1- عقد الهيمنة (Beherrschungsvertrag):

رغم أنه يخضع للالتزام بالتسجيل في السجل التجاري، فإنه لا توجد إحصاءات عن عدد عقود الهيمنة النافذة في الوقت الحالي. بيد أنه ثبت أن هدف المشرع الألماني لعام 1965 المتمثل في جعل التجمع القانوني يشكل المبدأ، والتجمع الفعلي يشكل الاستثناء، لايزال هدفا بعيد المنال وعن التحقيق. ولايزال إبرام عقد الهيمنة ظاهرة هامشية. ومع ذلك، تظل الحقيقة أن تنظيم عقد الهيمنة بأحكام تشريعية يظل عنصرا محوريا في قانون تجمعات الشركات مميزا له على غرار باقي التشريعات المقارنة. ولذلك فمن المهم عرض خطوطه العريضة[1].

عقد الهيمنة هو عقد تتحصّل بواسطته مؤسسة على صلاحية إدارة شركة أخرى ذات أسهم (شركة مساهمة، شركة توصية بالأسهم)، عن طريق تمتّعها بالقدرة على إصدار التوجيهات التي تنشأ للشركة التابعة ولا يشترط أن يذكر بصريح العبارة أن الشركة تخضع لإدارة مؤسسة أخرى لكن يكفي أن يظهر من مجمل الأحكام أن العقد عقد الهيمنة[2].إذ يكفي أن تكون الشركة التابعة مستعدّة في أي وقت

---

[1] - ولا يعتبر عقد الهيمنة الاتفاق الذي بواسطته تقرر مؤسسات لا تربطها أي علاقة تبعية بأن تخضع للإدارة الموحّدة دون أن تصبح إحداها تابعة للأخرى. فالتجمعات المنشأة بناء على عقد الهيمنة يوجد فيها ترابط عقدي حقيقي هو ترجمة لعلاقات مالية سابقة عليه. ولقد انتقد البعض إطلاق مصطلح العقد عليه على أساس أنه ليس لقد انتقد البعض إطلاق مصطلح العقد عليه على أساس أنه ليس اتفاقا لكنه ترجمة لإخضاع شركة لأخرى، ففيه فرض الإرادة وليس توافق الإرادات، هذا الرأي فيه جانب من الصحة ويساعد على الوصول إلى تكييف قانوني يلاءم طبيعة اتفاق الهيمنة. فهذا الاتفاق لا يتم أبدا بين شركات مستقلّة ماليا واقتصاديا وهو يعتبر نهاية وليس بداية عملية تركّز المؤسسات. كما لا يوجد فيه تبادل للإرادة، لأن المؤسسة المهيمنة وحدها تبادر على تكوينه وتستطيع أن تقرر في الجمعية العامة للشركة التابعة بالنظر إلى الأغلبية التي تحوزها، إذ أن الشركة التابعة فقدت مسبقا استقلاليتها في اتخاذ القرار. لهذا كان من بين أهم النتائج التي وصل إليها المشاركون في الملتقى الأوروبي حول قانون التجمعات المُطالبة باستحداث إجراء جديد خاص في قوانين الشركات لكنه ليس عقد بل إعلان بالإرادة المنفردة للمؤسسة المهيمنة يُوجه إلى الشركة التابعة يترتب عليه تكوين التجمع

Forum européenne, un droit des groupesde sociétés par l'Europe, ibid.

[2] -Michael Bode,Le groupe international de sociétés : le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand,Publications universitaires européennes. Série II, Droit = Europeanuniversitystudies. Series II, Law = EuropäischeHochsc,hulschriften. Reihe II, Rechtswissenschaft, v. 5000, p.15 et s.

بأن تقوم بتنفيذ توجيهات المؤسسة المهيمنة، وفي حالة عدم توجيهها يستطيع مجلس المديرين للشركة التابعة أن يُسيّرها كما يشاء في حدود اختصاصه.

لقد أطلق الدكتور يحي عبد الرحمان رضا مصطلح "عقود المشاركة" على العقود المبرمة بين المؤسسات وجمع بين عقد الهيمنة وعقد تحويل الأرباح، لكن الأمر الواقع أن لكل عقد أحكامه الخاصة مع إمكانية وجودهما في نفس الاتفاق[1]. وإن عقد الهيمنة يحقق استقرار الرّوابط بين المؤسسات الأعضاء ويسمح بتحقيق توسع اقتصادي حقيقي للشركة التابعة، وقد حققت بعض التجمعات التعاقدية المعروفة نتائج اقتصادية مهمة مثل: Audi–AG وهي شركة تابعة عقدية ل: Wolksvagen–AG وكذلك Thyssen–industrie وهي شركة تابعة عقدية ل:Thyssen–AG[2].

أما الإجراء الثاني الذي يؤدي إلى تكوين تجمع الشركات هو ضمّ شركة ذات أسهم لأخرى. وهو تصرف قانوني تتخذه المؤسسة المسيطرة بإرادتها المنفردة في حالة حيازتها لكل أسهم الشركة التابعة أو ل95% منها يؤدي إلى إنشاء مؤسسة واحدة على الصعيد الاقتصادي مع احتفاظ كل واحدة بشخصيتها القانونية المستقلة.

ولقد نظم المشرع الألماني هذا الإجراء في الفقرات من 319 إلى 372 وحدد شروطه فيما يلي:

- يجب أن تكون الشركة الدامجة والمدمجة شركة ذات أسهم؛
- يجب أن تكون المؤسسة المهيمنة تحوز على 95% أو 100% من أسهم الشركة التابعة؛
- يجب أن يكون مقر الشركة الدامجة في ألمانيا.
- وبصدور قرار الضمّ تفقد الشركة المدمجة كل وجود اقتصادي مستقل وتصبح الشركة الدامجة المساهم الوحيد فيها، ومع ذلك تحافظ على شخصيتها المعنوية إذ تبقى تتمتع برأسمال وموضوع وأجهزة خاصة[3].

فالتجمعات المدمجة تشكّل شخصا اقتصاديًّا واحدا رغم أن أعضائها يحافظون على شخصيتهم المعنوية. فبمجرّد موافقة الجمعية العامة للمؤسسة المسيطرة واتخاذ الإجراءات اللازمة تصبح كل أسهم الشركة التابعة ملكا لها ويكون لمساهميها الآخرين –إن وجدوا– حق الحصول على أسهم في المؤسسة

---

[1]- يحي عبد الرحمان رضا، الجوانب القانونية لمجموعات الشركات الوطنية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994، ص18

[2]- Forum européenne, un droit des groupes de sociétés par l'Europe, op. cit. p 31.

[3]- Thomas -Johannes corell, les groupes de société dans la loi allemande sur les sociétés par action de 1965, thèse de doctorat, u, paris, 1971, p .68.

المهيمنة، كما يكون لهم حق الخيار بين الحصول على أسهم فيها أو الحصول على تعويض نقدي في فرضية كون المؤسسة المهيمنة هي بذاتها تابعة لشركات أخرى؛ وهو ما سيتم إيضاحه لاحقا في هاته الدراسة.

هذا ويوجد نوعان من إجراءات الضم، الضم بقرار الأغلبية إذا كانت الشركة تحوز على 95% أو أكثر من رأسمال الشركة التابعة، فالمساهمون الذين يحوزون على أكثر من 5% من رأس المال يتم إخراجهم منها مع ضمان حصولهم على مقابل عادل يتمثل في غالب الأحيان في أسهم في المؤسسة المهيمنة حسب نص الفقرة 320 وما يعادلها من قانون 1965[1].

أما النوع الثاني فهو الضم بالإجماع وذلك في حالة كون المؤسسة المهيمنة تحوز على كل أسهم الشركة التابعة، وفي هذه الحالة يكفي الحصول على موافقة الجمعية العامة، ولا يشترط اتخاذ إجراءات لمصلحة المساهمين الخارجيين لعدم وجودهم أصلا في الشركة المُدمجة[2].

فتعرفه الفقرة 291 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم بأنه؛ العقد الذي تقوم من خلاله شركة ذات أسهم التي لها مقرها الاجتماعي بألمانيا بإخضاع إدارتها لشركة أخرى، بصرف النظر عن شكل وجنسية هاته الأخيرة. وقد استقرت المواقف والاجتهادات القضائية على اعتبار أحكام القانون الألماني للشركات ذات الأسهم المتعلقة بعقد الهيمنة قابلة للتطبيق بالقياس على الشركة ذات المسؤولية المحدودة التابعة. وفيما يتعلق بالطبيعة القانونية لعقد الهيمنة، فعلى الرغم من أنه وفقا لنظام قانون الالتزامات، يجادل الفقه بأن هذا العقد يتسم بدرجة أقل من حيث التماثل والتقارب في الالتزامات réciprocité» «des obligations الواقعة على كاهل كلا الطرفين المتعاقدين، من حيث إعادة التنظيم الغير المباشر للعلاقات بين المؤسسة المهيمنة والشركة التابعة ومساهميها، والتي تصل إلى حد التغيير من بنود النظام الأساسي للشركة. وفي هذا الاتجاه، فإنه يتم توصيف وتكييف عقد الهيمنة عموما بأنه عقد تنظيمي «contrat organisationnel»، نظرا لأنه يعمل على إعادة تنظيم وضبط السلطات و الاختصاصات والروابط الاجتماعية.

ومن السمات الرئيسية لعقد الهيمنة أنه يسند للمؤسسة المهيمنة سلطة الإدارة تجاه الشركة التابعة. وستستفيد المؤسسة المهيمنة، من خلال عقد الهيمنة، من سلطة استصدار وتوجيه الأمر « injonction » تجاه مديري الشركة التابعة، ولذلك لن يتمكن مديرو الشركة التابعة من ممارسة

[1]-Alain couret et Anne Claude, groupes de société, Joly société, mars 2000, mise à jour 2004, p .49.

[2] - Michel Pédamon, Le contrat en droit allemande, Collection: Droit des affaires (L.G.D.J),Paris, 2004, ,Collection: Schweizerische Beiträge zum Europarecht; Bd 7,édit.Georg,Genève, 1972.

سلطتهم في إدارة المؤسسة التي يؤدون فيها صلاحياتهم فقط في حدود الأوامر الصادرة عن المؤسسة المهيمنة. ولا يفقد مديري الشركة التابعة بالكامل سلطتهم في الإدارة، فهم لا يزالون مؤهلين لإدارة الشركة. غير أن هؤلاء الآخرين، سيكونون ملزمين بالامتثال لتوجيهات وأوامر المؤسسة المهيمنة[1].

ويخول عقد الهيمنة للمؤسسة المهيمنة أن تتدخل في إدارة الشركة التابعة. ولذلك يبدو مناسبا توضيح ما اعتزم المشرع الألماني من خلال قانون الشركات ذات الأسهم القصد به من مصطلح "المديرية" «direction». حيث لا تتضمن الأحكام لمتعلقة بالعقود المبرمة بين الشركات أي تفاصيل في هذا الصدد. ولذلك فمن المناسب الإشارة إلى القواعد العامة للشركات ذات الأسهم، عندما تعالج سلطة أعضاء مجلس المديرين، حيث تميز هذه القواعد بين سلطة الإدارة«pouvoir de direction» (الفقرة 76 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم) وسلطة التسيير «pouvoir de gestion» (الفقرة § 77 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم). ومع ذلك، فإن الفقرة § 76 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم لا تقدم أي تعريف لسلطة الإدارة، وذات الأمر ينطبق على الفقرة § 77 من ذات القانون فيما يخص سلطة التسيير[2].

وعلى جانب هذه المناقشة الفقهية، فمن المسلم به على نطاق واسع أن نقل السلطة « transfert de pouvoir» يجب على الأقل أن يخول للمؤسسة المهيمنة نفوذا تكون قادرة من خلاله على فرض استراتيجيتها الخاصة على الشركة التابعة، ولا يهم ما إذا كان النفوذ يمارس من أجل تحقيق مصلحتها أم مصلحة التجمع، ومن غير المهم أن يطلق ويعزو الطرفان المتعاقدان تسمية "عقد هيمنة" على اتفاقهما؛ فالتسمية التي يفضلها الطرفان المتعاقدان لا تحدد التكييف القانوني للاتفاق، غير أن محتوى العقد هو الحاسم في ذلك. ومن ثم سيتم التكييف بعقد الهيمنة؛ الأحكام التعاقدية التي يكون لها في مجملها، أثر في منح المؤسسة المهيمنة السلطة القانونية لفرض إرادتها على الشركة التابعة، على

---

[1] - Nina Sauerwein, La responsabilité de la société mère : panorama des moyens de protection des actionnaires minoritaires, Collection: Schweizerische Beiträge zum Europarecht; Bd 7,édit.Georg,Genève, 1972.

[2] – وفي غياب التوضيح التشريعي، من الضروري استخدام معايير التقييم التي وضعها خبراء الاقتصاد الجزئي لتمييز مفهوم المديرية. فهؤلاء الأخيرين ينظرون عادة لهذا المفهوم على أنها متمثل في تحديد استراتيجية الشركة والتنسيق، المراقبة، تعيين المديرين والكوادر. وبالتالي، فإن سلطة الإدارة ستنعكس من خلال ممارسة "الصلاحيات المركزية لإدارة الشركة"، في حين أن مجرد الانشغالات التجارية اليومية ستتوافق مع النشاط التسييري الإداري البسيط. ولذلك ستمثل سلطة الإدارة أحد العناصر والمكونات العليا لسلطة التسيير. وإن التساؤل المتعلق بمعرفة ما إذا كان ينبغي أن يشمل عقد الهيمنة جميع عناصر سلطة الإدارة، أو ما إذا كان ينبغي أن يشتمل بعضا منها فقط، لم يفصل فيه بعد، ولم يجد الإجابة الكافية والنافية للجهالة بعد. ففي الواقع، إذا اعتبر البعض أنه من الكافي أن يخول عقد الهيمنة للمؤسسة المهيمنة القدرة على وضع وفرض استراتيجية للمؤسسة ينبغي على مجلس المديرين للشركة التابعة اتباعها، وذلك بالاستناد على "المصلحة العامة للمؤسسات ذات الصلة"، فإن البعض الآخر يحكم على أن هذه السلطة في حد ذاتها غير كافية، وتتطلب أن يشتمل عقد الهيمنة على "جميع جوانب سلطة الإدارة" حتى يمكن تكييفه بشكل صحيح على أنه عقد هيمنة.

Cf. Ame petit pierre, droit des sociétés et groupes de société, Genève, 1972, étude suisse de droit eurepéenne, p.193.

الرغم من معارضة مجلس المديرين لهاته الأخيرة. وبعبارة أخرى، بما أن العناصر الأساسية للمديرية، مثل "سياسة الشركة، تسيير شؤون المستخدمين، الإدارة المالية" ستكون خاضعة لإرادة المؤسسة المهيمنة، فإن العقد، بغض النظر على التسمية التي أطلقها عليه الأطراف، سيتم تكييفه بعقد الهيمنة وسيرتب جميع النتائج القانونية ذات الصلة بذلك. ومن ناحية أخرى، لا يمن لعقد الهيمنة أن يصل إلى حد نقل السلطة المديرية. وفي الواقع، فإن عقد الهيمنة لا يمكن أن يضفي الشرعية على انتهاك صلاحيات الجمعية العامة أو مجلس المراقبة للشركة المسيطر عليها[1].

وينبغي أيضا التوضيح أن الخضوع لإدارة خارجية أمر ضروري، ولكنه أيضا كافي لتوصيف الاتفاقية بأنها عقد هيمنة. ولا يلزم إبرام "اتفاقيات إضافية" على سبيل المثال؛ بشأن نطاق سلطة الإدارة وحدودها. وفي هذا الصدد، يظل القضاء مخلصا لمبدأ "حرية التعاقد". وبإمكان الأطراف المتعاقدة أن تدرج في العقد أي شرط يختاره، شريطة ألا يكون لهذا الأخير أي أثر في استبعاد الأحكام ذات الصلة بالنظام العام، ولاسيما الأحكام المتعلقة بحماية الدائنين والمساهمين الخارجيين. وفي الواقع، يشترط المشرع الألماني التعويض «compensation» (الفقرة § 304 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم) وخيار إعادة شراء الأسهم « option de rachat des actions » (المادة § 305 من القانون الألماني للشركاء ذات الأسهم) الممنوح للمساهمين الخارجيين في مقابل سلطة الإدارة المشار إليها في عقد الهيمنة[2].

2-عقد التحويل الكلي للأرباح (Gewinnabfuhrungsvertrag)

عقد التحويل الكليّ للأرباح هو عقد تلتزم بواسطته شركة ذات أسهم بأن تحوّل كل أرباحها إلى مؤسسة أخرى حسب نص الفقرة 298 من قانون 1965 ويجب أن يمتد إلى كل أرباح الشركة. ولا يُشترط أن تُدفع الأرباح إلى المؤسسة المبرم معها العقد بالذات لكن يجوز أن تدفع للغير؛ والمقصود بالغير إما عضو آخر في الكونزرن أو الشركة القابضة التابعة أو مسيطر عليها، وهذا يعتبر اشتراط لمصلحة الغير الذي يُقره القانون الألماني ويمنح للغير حق المطالبة بتنفيذه. وفي مقابل ذلك تلتزم المؤسسة

[1].الفقرة291 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم.

[2] - Walter Doralt, Reforming the law of obligations and company law : studies in French and German law,Collection Trans Europe experts, volume 8,édit .Société de législation compare, Paris, 2013;Les contributions rassemblées dans cet ouvrage ont été présentées à l'institut Max Planck pour le droit comparé et le droit international privé de Hambourg (Allemagne) les 1er et 2 novembre 2012.

المهيمنة بأن تُغطي خسائر الشركة التابعة؛ هذه القاعدة مقررة لمصلحتها ومصلحة دائنيها والمساهمين الخارجيين الذين يحق لهم أن يُطالبوا بتغطية الخسائر وإعادة التوازن المالي[1].

عقد تحويل مجموع الأرباح، الذي يبرم بصفة عامة بالإقتران مع عقد الهيمنة، وهو العقد الثاني من العقود المبرمة بين المؤسسات الذي استشهد به في الفقرة § 291 أولا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم. والغرض من عقد من هذا القبيل هو تحويل جميع الأرباح من شركة المساهمة (AG) أو شركة التوصية ذات الأسهم التابعة إلى المؤسسة المهيمنة. ويعادل المشرع عقد تحويل إجمالي الأرباح، بالعقد الذي ستسير وتدير به الشركة التابعة من دون مقابل مؤسستها، باسم ولحساب المؤسسة المهيمنة (« Geschaftsfuhrungsvertrag ») ومثل هذه المماثلة لها ما يبررها تماما، لأنه من الناحية الاقتصادية تتشابه الآثار الناجمة عن هذين العقدين. وفي كلتا الحالتين، يجد المساهمون أنفسهم محرومين من أي إعادة توزيع للأرباح. ويختلف عقد تحويل إجمالي الأرباح عن عقد التحويل الجزئي للأرباح الوارد في الفقرة § 292 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، الذي تتعهد فيه الشركة التابعة بتحويل جزء فقط من أرباحها أو حتى كل أو جزء من أرباح وحداتها الإنتاجية، إحداها أو كلها. وبما أن الأحكام القانونية المدرجة بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم مكرسة للشركات ذات الأسهم التابعة التي لها مقرها في جمهورية ألمانيا الاتحادية، فإنها وحدها المخولة بموجب أحكام القانون الألماني للشركات ذات الأسهم بنقل جميع أرباحها إلى المؤسسة المهيمنة[2].

---

[1] - Michel Pédamon, Le contrat en droit allemande, Collection: Droit des affaires (L.G.D.J),Paris, 2004, ,Collection: Schweizerische Beiträge zum Europarecht; Bd 7,édit.Georg,Genève, 1972.

[2]–ولأسباب تتعلق بالضرائب، اضطرت العديد من الشركات ذات المسؤولية المحدودة التابعة إلى إبرام اتفاقيات تحويل الأرباح، وفي غياب أحكام خاصة بشأن هذا الشكل من أشكال الشركات التجارية، فإن القضاء احتكم إلى أسلوب التطبيق بالقياس على أحكام القانون الألماني للشركات ذات الأسهم بطريقة مستهدفة. ففي الماضي، حقق عقد تحويل الأرباح بعض النجاح، باعتباره أحد الشروط لتحقيق تطبيق نظام الدمج الضريبي «intégration fiscale» في مجال الضريبة على الشركات أو الرسم المهني، وقد أتاح إبرام عقد التحويل الإجمالي للأرباح بالتوازي مع عقد الهيمنة إمكانية تطبيق نظام التكامل الضريبي. ومع ذلك، مع حذف معايير التكامل الاقتصادي والتنظيمي السابق التطرق إليها في هاته الدراسة، والتي على إثرها لم يعد المشرع يتطلب إبرام عقد الهيمنة لتطبيق نظام الدمج الضريبي. وبذلك تم تزايد إبرام عقد تحويل إجمالي الأرباح بمعزل عن اقتران إبرامها مع غيرها من الأنواع الأخرى من العقود المبرمة بين المؤسسات. وعلاوة على ذلك، يعترض جزء من الفقه بشدة على إبرام عقد نقل إجمالي الأرباح بمعزل عن العقود الأخرى على أساس أن ذلك لن يؤدي إلى التقييد بأحكام الفقرة § 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، ومع الالتزام بعدم الإضرار بالشركة التابعة المستمد من أحكام المادة الوارد ذكرها. غير أن القضاء يبدو أنه لا يشاطر هذا التردد ويعترف بصحة إبرام عقد نقل إجمالي الأرباح بصفة مفردة وغير جامعة. ومثل هذا الموقف القضائي له ما يبرره تماما. فمن ناحية، لا ينص أي حكم من أحكام القانون الألماني للشركات ذات الأسهم صراحة على أن يكون اعتماد عقد تحويل الأرباح مرتبطا باعتماد عقد الهيمنة. ومن ناحية أخرى، بما أن الفقرات § 302 و § 304 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم المزمع تطبيقهما، تقتضي توفير الحماية الكافية للشركة التابعة المتعاقدة ومساهميها.

Michel Pédamon, Le contrat en droit allemande, Collection: Droit des affaires (L.G.D.J),Paris, 2004, Collection: Schweizerische Beiträge zum Europarecht; Bd 7,édit.Georg,Genève, 1972.

ومن الناحية العملية، يجب أن يتضمن عقد تحويل الأرباح التزاما بتحويل أرباح الشركة التابعة إلى المؤسسة المهيمنة، وكذلك وفقا للفقرة § 304 ثالثا – 1 من قانون الشركات ذات الأسهم منح التعويض الممنوح لمساهمين. ولا حاجة للاشتراط في بنود العقد على توضيح وتحديد لالتزام المؤسسة المهيمنة بالتعويض عن الخسائر (الفقرة § 302 قانون الشركات ذات الأسهم) وكذلك خيار المساهمين في إعادة شراء أسهمهم (الفقرة § 305 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)، فهاته الالتزامات ذات المصدر القانوني تسري بصرف النظر عن ذكرها في عقد تحويل إجمالي الأرباح من عدمه. وبوجه عام، يحدد الطرفان في عقد تحويل الأرباح أيضا طرق حساب الأرباح المراد تحويلها، ومبلغ الاحتياطات المراد تشكيلها، وأساليب تسيير الشركة التابعة لتوجيهها نحو تحقيق أقصى ربح على الرغم من التزامها بتحويل أرباحها. وإدراكا من المشرع الألماني لعام 1965 بأن تحويل جميع أرباح الشركة يمكن أن يثبت أنه قد يؤدي إلى عدم استمرارية وجود الشركة التابعة، الأمر الذي أدى به إلى وضع ضمانات ترمي إلى ضمان بقاء وجود الشركة على المدعى الطويل. وهكذا فإن الفقرات § 300 و§ 301 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم تتطلبان "تكوين احتياطي من جزء من الأرباح" و"سد العجز الوارد في السنوات السابقة". أما عن الفقرة § 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم فتفرض على المؤسسة المهيمنة المستفيدة من عقد تحويل الأرباح أو عقد الهيمنة، "التعويض عن خسائر الشركة التابعة بغض النظر عن مصدر هاته الخسائر". إن استمرارية تنفيذ عقد تحويل الإجمالي الأرباح، المبرم جنبا إلى جنب مع عقد الهيمنة، يشكل تهديد أكبر. و الواقع أنه في مواجهة الضغط المتزايد لصالح النظام الأوروبي لفرض الضرائب على التجمعات، فمن المرجح جدا في هذا السياق، أن النظام الألماني للدمج الضريبي الذي يستند أصلا إلى هذه العقود لن يتم تواصل العمل به.

ثانيا: العقود المبرمة بين المؤسسات المحددة في المادة § 292 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم

تحدد المادة § 292 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، باقي العقود الأخرى المبرمة بين الشركات، وتختلف هذه الأخيرة، وهي المحددة بشكل حصري عن عقد الهيمنة و عقد تحويل الأرباح الإجمالية من حيث أنها تشكل تعدي أقل خطورة على استقلالية الشركة التابعة. و بالتالي، فإنها لا تخضع لنفس الشروط الإجرائية و التنفيذية كالسابقة. فمن الضروري تقديمها على التوالي[1].

- قرار المحكمة الإقليمية العليا لـــ Karsruche، 12 أفريل 2001، w x.11. 77/00 تجاه شركة المساهمة، و المحكمة الاقليمية لـــ Cassel، 15 نوفمبر 1995، 12T، 10/95 تجاه الشركة ذات المسؤولية المحدودة، مقتبس عن:
Vanessa dessoutter, op.cit, n 769, p 272.

1-اتفاقية التوزيع المشترك للربح Teilgeurinngemeinschgaft أوGeurinngemeinshaft)[1]:

تناولت الفقرة 292 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم المقصود بعقد مُعادلة الأرباح بكونه عقد تلتزم فيه شركة ذات أسهم بأن تضع أرباحها أو أرباح بعض المؤسسات التابعة لها كليا أو جزئيا بصفة مشتركة مع أرباحها مؤسسة أخرى بغرض إعادة توزيعها المُشترك بحيث نسبة مُساهمة كل واحدة في المجموع إذ ورد فيها ما يلي: "تلتزم بأن تضع أرباحها أو أرباح بعض المؤسسات لها كليا أو جزئيا بصفة مشتركة مع أرباح مؤسسة أخرى بغرض إعادة توزيع الربح المشترك"[2]. هذا ولا يشترط أن تكون المساهمة بنفس النسبة إذ أن جمع وإعادة توزيع الأرباح هو الهدف الأساسي من هذا العقد وتحدد فيه طريقة التقسيم وإذا لم يتضمن هذا البند لا يعتبر العقد عقد معادلة الأرباح.

ومن الضروري، على الأقل، أن تتقاسم الأرباح المجمعة، حتى يتم تكييف العقد الأرباح. وفي حالة عدم التقاسم، سيعتبر العقد، عقد تحويل الأرباح تتوقف صحته على احترام قواعد الاعتماد المطبقة على هذا العقد. ولذلك يجب وضع مقياس لإعادة التوزيع للأرباح المجمعة، مسبقة الاستساغة بين المتعاقدين. وبالمثل، يجب ألا يمنح عقد تقاسم الأرباح سلطة توجيه الأمر « pouvoir d'injonction » تجاه الشركة التابعة، و في حالة القيام بذلك، ينبغي إعادة تكييف العقد إلى عقد الهيمنة و استياء شروط اعتماده الخاصة، وسيستفيد كل من المتعاقدين في عقد تقاسم الأرباح من مصلحة في تحصيل الأرباح بقدر الإمكان[3].

ومن الناحية العملية، سيؤدي ذلك في كثير من الأحيان إلى تجميع الخدمات الإدارية، و لاسيما هيئات التسيير، دون اللجوء إلى تفعيل المديرية الموحدة. ورأي المشرع أن هذا التدبير كاف لإقامة توازن بين الخدمات التي يؤديها كل متعاقد، هذا هو الحال بالتأكيد عندما تكون الشركات المتعاقدة مستقلة عن بعضها البعض. ومن ناحية أخرى، هناك سبب التشكيك في ذلك، عندما يكون هناك روابط تبعية هامة بين الشركات المتعاقدة ويبدو أن مجرد الإخضاع لإدارة الجمعية العامة ليس كافيا لضمان حماية

---

[1]- استعملت الأستاذة زايد أمال مصطلح (عقد مُعادلة الأرباح).

[2]- « S'engage à mettre son bénéficeou le bénéfice de certain de sesétablissemententotalitéouenpartieencommun avec le bénéficed'autreentrepriseoucertainsétablissementappartenant a d'autreentrepriseenvue de la répartition d'un bénéficecommun (communauté de benefice)";
In: Michel Menjucq, Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés, édit.Dalloz, Paris, 2010.

- قرار محكمة العدل الاتحادية، 23 ماي 1957، ZR، 2050/55، المحكمة الإقليمية العليا لـــ Francfort، 23 مارس 1988، 9U 80/84 مقتبس عن:
Vanessa dessoutter, op.cit, n° 772, P 273.

الشركة التابعة وفي حالة انتماء الشركات المتعاقدة لنفس التجمع. قد يفضل المساهم ذو الأغلبية اعتماد العقد المانح للشركة ذات الأسهم التابعة حصة من الأرباح أقل بكثير من المساهمة في الأرباح المشتركة مجرد أن تكون الميزة التي تقدمها الشركة المتعاقدة تستفيد منها أيضا[1].

2-عقد التحويل الجزئي للأرباح (Teilgeurinnabfuhrungsvertrag):

عقد التحويل الجزئي للأرباح هو عقد تلتزم بواسطته شركة ذات أسهم بأن تحوّل جزء من أرباحها أو أرباح بعض المؤسسات التابعة لها إلى مؤسسة أخرى حسب نص الفقرة 292 من القانون 1965 التي ورد فيها: "تلتزم بأن تحول جزء من أرباحها، أو أرباح بعض المؤسسات التابعة لها كليا أو جزئيا إلى مؤسسة أخرى".

وبهذا يختلف عن عقد التحويل الكلي للأرباح في كونه لا يشمل مجمل الأرباح، كما يمتاز بكون الشركات الأعضاء فيه تحافظ على استقلال اقتصادي جزئي إذ تبقى الشركة مستقلة في اتخاذ قراراتها المهمة فهي لا تجعل سيرها أو مردوديتها لمصلحة الشركة الأخرى[2].

توفر الفقرة السابق الإشارة إليها بعض الاستثناءات. وبالتالي، فإنه لا تشكل اتفاقيات تحويل جزئي للأرباح، عقود تقاسم الأرباح المبرمة مع المديرين، أعضاء مجلس المراقبة أو العمال، فضلا عن اتفاقيات تقاسم الأرباح في السنة المالية الجارية، أو عقود الترخيص باستعمال العلامة التجارية. و بغض النظر عن هذه الاستثناءات المبينة على نحو حصري، فإن أي عد، مهما كان شكله و بغض النظر عن الشكل القانوني و جنسية الأطراف المتعاقدة، التي يكون من شأنها نقل جزء من موارد الشركة، سيتم تكييفه بعقد التحويل الجزئي للأرباح، و على هذا النحو يخضع لإذن الجمعية العامة، و يهدف المشرع الألماني مرة أخرى إلى حماية المساهمين من خلال ضمان احتفاظ الجمعية العامة بحقها في توزيع الأرباح وفقا للمادة § 174 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم. و هكذا، يميز المشرع الألماني بين عقد تحويل إجمالي الأرباح و عقد التحويل الجزئي للأرباح. و هو يخضع الأول لقواعد أكثر تقييدا بكثير، لا يوجد أي حكم تشريعي أو تنظيمي محدد لنسبة معينة من الأرباح

---

[1]- ومع ذلك، فإن القواعد العامة للشركات تجعل من الممكن التصدي لخطر التوزيع الغير عادل للأرباح، لأن التوزيع الخفي للأرباح محظور بموجب المواد § 51، 58، 60 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم.

و تجدر الإشارة إلى أنه في الممارسة العملية أن هذا الشكل من العقود قل استعماله إلى حد ما نظرا لأن قانون الضرائب لم يعتبر عقد تقاسم الأرباح قادرا على أن يؤدي إلى تطبيق النظام الألماني للدمج الضريبي (organschaft)، المقصود بالمادة 14 من KSTG بشأن الضريبة على الشركات.

[2] - Michel Pédamon, Le contrat en droit allemande, Collection: Droit des affaires (L.G.D.J),Paris, 2004, ,Collection: Schweizerische Beiträge zum Europarecht; Bd 7,édit.Georg,Genève, 1972.

المخصص لتكييف عقد التحويل الجزئي للأرباح. يبدو بذلك أنه حتى لو كان من شأن العقد التحويل للغير 95% من الربح إلا أنه يندرج ضمن فئة عقود التحويل الجزئي للأرباح مثله مثل العقد الذي ينص على تحويل 5% فقط من الربح. و من ناحية أخرى، إن كان النقل الذي يحدده العقد يثبت بأهمية أنه سيشتمل في الواقع، على جميع أرباح الشركة، فإنه يعتبر عقد إجمالي الأرباح بالمعنى الوارد في المادة § 291 أولا، 1، من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم[1].

وبالمثل، يجب ألا لكون العقد مرتبطا بتوزيع خفي للأرباح، وفي هذه الحالة يكون العقد باطلا و لا غيا. و لذلك فإن يستلزم وجود مقابل (contrepartie) عن التحويل الجزئي للأرباح. و في غياب المقابل، فليس فقط الاتفاق الذي سيكون باطلا، بل كذلك، وجود رابطة أو علاقة التبعية بين الأطراف المتعاقدة من شأنه أن يؤدي إلى تطبيق المادة § 311 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم و بذلك إلى، الالتزام بالتعويض عن التدابير الضارة الملحقة بالشركة التابعة بسبب النفوذ الممارس من قبل المؤسسة المهيمنة، أو، في حالة عدم وجود تعويض، الالتزام بالتعويض عن العواقب الضارة conséquence préjudiciable الناتجة عن النفوذ الضار. و بالمثل، يمكن التماس المسؤولية الجزائية للوكلاء الاجتماعيين وفقا للمادة § 266 من القانون الجزائي الألماني (Strafgesetzbuch–STGB)[2].

3–عقد تأجير التسيير(Betriebsuberlassungsvertrag)

النوع الثالث من العقود المبرمة بين الشركة المحدد بموجب الفقرة § 292 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم هو عقد تأجير التسيير هذا العقد هو الذي تقوم بموجبه شركة مساهمة (AG) أو شركة توصية بالأسهم لها مقرها الاجتماعي في ألمانيا تأجير محلاتها التجارية أو تضعها تحت الصرف بوسائل أجرى لفترة معينة للمتعاقد معه لقاء مقابل دفع هذا الأخير المبلغ المتفق عليه.

ويتم مماثله بعقد التسيير الذي يهدف إلى التكليف بإدارة الشركة للغير. وعلى الرغم من أن هذا العقد الأخير هو من بين المؤسسات، فإنه من المؤكد أنه يستخدم على نحو أكبر في سياق التجمعات. وفي الواقع، يشكل تأجير التسيير غالبا المرحلة القبلية لعملية الاندماج أو الاستحواذ على الشركة التابعة من قبل المؤسسة المهيمنة. غير أن الأحكام المكرسة لهذا النوع من العقود تتسم بالإيجاز الشديد. ويجدر بالذكر أن المشرع من إخلال أحكام القانون الألماني للشركات ذات الأسهم يكتفي بتعداد العقود التي

- المشرع الألماني لم يحدد طبيعة أو صفة المتعاقد، ولذلك ليس من الضروري أن تكون المؤسسة بالمعنى المقصود في المادة § 15 من القانون الألماني للشركة ذات الأسهم.

[2] - Claude Witz,Le droit allemande, Collection: Connaissance du droit, 3e édit.Dalloz,Paris, 2018

تهدف إلى عهدة تسيير الشركة بشكل أوثق. ومع ذلك، فإن هذه العقود لها مكانتها ضمن العقود المبرمة بين الشركات نظرا لتأثيرها على هيكلة الشركة. والواقع أنها تؤثر وبشدة على صلاحيات مديري الشركة التابعة[1].

تخضع هذه العقود، باعتبارها من العقود المبرمة بين المؤسسات لموافقة الجمعية العامة للشركة التابعة، والتسجيل في السجل التجاري للشركات. ومع ذلك، فإن قرار الجمعية العامة بالمصادقة على مثل هذه العقود سيكون من المرجح طلب إبطاله بناء على الطلب القضائي في غضون شهر واحد بعد صدور القرار، شريطة أن يقام الدليل الثبوتي بأن بدل الإيجار المدفوع مقابل التسيير لا يتناسب مع المنافع المتحصل عليها، وبالتالي يظهر ذلك توزيعات خفية للأرباح لصالح المؤسسة المهيمنة المتعاقد معها. والواقع أن الفقرات § 57، 58، و60 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم تفرض عقوبات على التوزيعات الخفية للأرباح[2].

وفي نفس السياق، تتطلب الفقرة § 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم. من المؤسسة المهيمنة المتعاقدة بالتعويض عن الخسائر السنوية الملحقة بالشركة التي أخضعت إدارتها لهاته المؤسسة بمجرد ألا يكون هناك تناسبية في المبلغ المخصص لبدل الإيجار. وفي مثل هذه الحالة، سيتعين على المؤسسة المهيمنة أن تدفع الفرق بين المبلغ المدفوع والمبلغ الذي ينبغي أن تدفعه.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن أحكام الفقرات من § 311 إلى § 317 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، وعلى وجه الخصوص، الالتزام الواقع على المؤسسة المهيمنة بالتعويض عن التدابير الضارة المفروضة على الشركة التابعة، سيتم تطبيقها. ومع ذلك، فإن أغلبية المؤلفين يعتقدون أن هذه الأحكام لا تزال غير كافية لحماية الذمة المالية للشركة التابعة بشكل صحيح، فضلا عن حقوق المساهمين والدائنين الخارجيين.

---

[1]– ومن أجل أن يكون العقد بمثابة عقد تأجير تسيير، لا تزال من الضروري بالنسبة للشركة التابعة أن تعهد بإدارتها ليس فقط في جزء من المؤسسة، بل بأكملها. يجب أن تكون للمؤسسة المهيمنة المتعاقدة السلطة في تسيير الشركة التابعة باسمها ولحسابها بحيث تخفيض بهذه الأخير إلى الدور الريعي لأنه لن يكون أمامها خيار آخر، سوى الحصول على بدل الإيجار المتفق عليه.

Cf. Michel Menjucq, Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés, édit.Dalloz, Paris, 2010.

- و مع ذلك لا وجود لأي رسمي لعدد عقود تأجير التسيير المبرمة داخل التجمعات، نجد أن كلا من V.EMMERICH، M.HABERSACK يشيران إلى دراسة أعدت بعام 1982 و التي سجلت 31 إبرام لعقد تأجير التسيير.

In : Michael Bode,Le groupe international de sociétés : le système de conflit de lois en droit comparé français et allemande,Collection: Publications universitaires européennes. Série II, Droit = European university studies,Series II, Law = Europäische Hochschulschriften. Reihe II, Rechtswissenschaft, v. 5000, édit .Peter Lang, Bern,2010;Présenté À L'origine par l'auteur comme thèse (de doctorat)--Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris et Humboldt-Universität zu Berlin, p.

وكان الهدف الذي اتخذه المشرع الألماني في إدراج فئة العقود المبرمة بين المؤسسات هو حماية الذمة المالية للشركات التابعة في سياق الخصر، ولذلك ركز المشرع الألماني اهتمامه على بعض أنواع النماذج التعاقدية. وتبعا لشدة النفوذ الممارس «intensité de l'influence» على الشركة التابعة من خلال هاته النماذج، فقد وضع آليات حماية تقييدية لصالح الشركة التابعة، مساهميها ودائنيها، والتي سيتم بحثها في وقت لاحق. ولذلك فإن النظام الألماني للعقود المبرمة بين المؤسسات يختلف بشدة عن الطرح الفرنسي[1].

فالأول يركز في المقام الأول على طبيعة العلاقات التعاقدية، في حين أن النظام الفرنسي للاتفاقيات التعاقدية يتعلق في المقام الأول بالأطراف المتعاقدة من أجل الاستدلال على تطبيق نظام خاص. وفي حين أن القانون الفرنسي يأخذ في الاعتبار بشكل غير مباشر خصوصية التجمعات، فإن القانون الألماني يعتزم تنظيم بعض العلاقات التعاقدية على وجه التحديد. وبالنظر إلى أن بعض العقود المبرمة فيما بين مؤسسات التجمع تمثل خطر معينا فيما يتعلق بالحفاظ على مصلحة الشركة التابعة، فقد استسيغ بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم عقود مبرمة داخل التجمع، النموذجية، و التي أخضعها المشرع لشروط اعتماد خاصة.

ومع ذلك، فإن النتائج المترتبة عن كلا النظامين متماثلة. ولكلى النظامين القانونين المدروسين آليات للحماية مستساغة لمواجهة التجاوزات التي قد تحدث عندما يكون للكيان بعض من النفوذ على كيان قانوني أخر. ومن ثم فرض شروط خاصة لاعتماد الاتفاقيات.

الفرع الثاني: جزاءات الاخلال بالقيود الإجرائية

فرضت كل من فرنسا وألمانيا نظاما خاصا لاعتماد اتفاقيات يحتمل أن تضر بالمصالح الاجتماعية. ويعالج كل من هذين النظامين بشكل مختلف أنواع هاته الاتفاقيات. وقد ذكر أن القانون الفرنسي ينشغل في المقام الأول، بالشخص المتعاقد، في حين أن القانون الألماني ينشغل بطبيعة العقد المكتتب. وبموجب هذا الاختلاف في المعالجة الذي يوجد كذلك في إجراءات الاعتماد الخاصة التي وضعها كل من النظامين. والغرض من إجراء الاتفاقيات المنظمة هو قبل كل شيء، زيادة الشفافية في الاتفاقيات المبرمة مع أشخاص معينين من أجل منع إبرامها بشروط غير مواتية؛ ويذهب النهج المتبع بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم (AKTG) إلى أبعد من ذلك، حيث أن الأحكام المتعلقة بالعقود المبرمة

1

بين المؤسسات، تهدف إلى حماية الذمة المالية للشركة التابعة، بعد إدخال بعض من الشفافية في العلاقات داخل التجمع.

أولا: التدابير الإجرائية المتصلة بالإعلام ومشاركة المساهمين

سيتعيّن أن توافق الجمعية العامة على العقد المبرم بين الشركات داخل التجمع، الأمر الذي سيستند على تقرير الحالة والخبرة ذات الصلة للمداولة في هذا الشأن (1). ولكي تكون العقود المبرمة بين الشركات داخل التجمع سارية المفعول سيتعيّن تسجيلها في السّجل التجاري للشركات (Handelsregister)(2)

1-موافقة الجمعية العامة

يجب أن تقدم العقود المبرمة فيما بين المؤسسات بأكملها لموافقة المساهمين المجتمعين في الجمعية العامة (من اتفاقات، ملحقات، وما إلى ذلك). وفي حال عدم تقديم جميع عناصر العقد، فلا يمكن اعتباره موافقا عليه بشكل صحيح من قبل المساهمين (1 phrase 1 .al 293 § من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم). ومن أجل دعم المساهمين في تقييمهم للاتفاقية، فرض المشرع إيداع تقرير عن الحالة rapport de situation على كاهل القائمين بالإدارة فضلا عن إصدار خبرة في هذا الشأن.

أ-تقرير الحالة والخبرة:

من أجل السماح للمساهمين باتخاذ قرار صحيح عند الموافقة في الجمعية العامة، سيخضع العقد المبرم بين المؤسسات داخل التجمع إلى "تقرير حالة" (Unternehmensvertragsbericht) بالمعنى المقصود في 1 I (a 293 § من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم[1].

- [1]وفي شكل كتابي، يجب أن يصف هذا التقرير بالتفصيل طرائق إبرام العقد ومضمونه ومبرراته، سواء من الناحية القانونية أو حتى من الناحية الاقتصادية. وسيكون على القائمين بالإدارة أن يحددوا العناصر التي تدعوا إلى إبرام العقد وحتى تلك التي ستحث على عدم ابرامه. وللك ينبغي أن يعكس التقرير الحالة الاقتصادية الأولية، والآثار المتوقعة، ووضعية المؤسسات المساهمة في إبرام العقد. بالمثل، سيقع على القائمين بالإدارة أن يقدموا مختلف البدائل الممكنة. وبهذا يتم إبلاغ المساهمين على وجه أفضل بالنتائج المرتبطة بإبرام العقود فيما بين الشركات المنتمية لنفس التجمع. ويجب أن يراعي التقرير أكثر الصياغات شرحا للمساهمين (1 I 293 § من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم). وبذلك فإنه ضمن عقدي الهيمنة وتحويل الأرباح ينبغي أن يشير التقرير أيضا إلى طبيعية ومقدار التعويضات الابتدائية الممنوحة للمساهمين. ومن ناحية أخرى، فإنه من الجوازي بالنسبة للأطراف المتعاقدة بعدم ذكر العناصر التي يمكن أن تؤثر في حالة نشرها تأثيرا خطيرا على الأطراف (1 II a 293§ من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم). وفي هذه الحالة، يجب أن يفسّر في التقرير أسباب عدم وجود مثل هاته المعلومات (2 II 293 § من ق.أ.ش.أ).

« …. De forme ecrite, ce rapport doit de facon detaillee decrire des modalites de conclusion du contrat, de son contenu, de sa justification tant d'un point juridique qu'economique. Il s'agit pour les dirigeants d'exposer les elements plaidant en faveur de la conclusion du contrat face a ceux qui s'y opposent. Le rapport devra par consequent refleter la situation economique de depart, les effets attendus, la situation des entreprises participantes. De meme, il incombera aux dirigeants de presenter les differentes alternatives envisageables.
Cela afin que les actionnaires soient le mieux informe possible des consequences liees a la conclusion d'un contrat inter-entreprises. Le rapport doit rendre compte de la maniere la plus comprehensible possible pour les actionnaires, des consequences liees a la conclusion d'un contrat inter-entreprises (§ 293 I 1 AktG). Le rapport doit en effet leur permettre de se prononcer de maniere fondee pour ou contre le contrat lors de sa soumission a

وتكون صياغة هذا التقرير ملزمة لمديري كل من المؤسسات المتعاقدة في فرضيتي عقد الهيمنة، تحويل الأرباح، اقتسام الأرباح؛ أما في باقي العقود المبرمة داخل التجمعات فيقع على مديري المؤسسة الملتزمة بتنفيذ الالتزام الرئيسي للعقد. وإذا ما تغيّب أحد المديرين عن التوقيع في الفرضيات التي يكون فيها التقرير الزاميا، فإن التقرير سيعتبر كأنه لم يسلّم.

سيخضع "تقرير الحالة" بعد ذلك للخبرة وفقا لb§ 293 من ق.أ.ش.أ.؛ ولكي تنجز هاته الخبرة، فإن للخبير الحق في الحصول على المعلومات على نطاق واسع جدا؛ نظرا لأنه سيكون بإمكانه ليس فقط أن يتوجه للمؤسستين المعنيتين بالعقد بل كذلك لإجمالي مؤسسات التجمع، من أجل الحصول على المعلومات المطلوبة (2 l d 293 § من ق.أ.ش.أ.). ويجب أن تحدد الخبرة بشكل خاص ما إذا كان التعويض أو مبلغ بدل الانسحاب المنصوص عليه في العقد مناسبا (e 293 § من ق.أ.ش.أ).

ويُختزل هذا الالتزام بالاحتكام للخبرة عندما تكون جميع الأسهم مملوكة بالشركة المهيمنة. وفي هذا السياق، لا لزوم للخبرة نظرا لعدم وجود أي مساهم خارجي.

ب-شروط موفقة الجمعية العامة:

إن توقيت الموافقة لا يهم. والواقع أن الموافقة قد تتم بعد تبادل القبول والايجاب من قبل الأطراف المتعاقدين، أي بعد الاعتماد النهائي للاتفاقية. غير أن موافقة الجمعية العامة قد تكون مسبقة على مشروع العقد. ومن ناحية أخرى، إذا كان العقد المبرم فيما بعد مختلفا عن مشروع العقد المقدم إلى الجمعية العامة، فينبغي أن يقدم العقد النهائي لكي توافق عليه الجمعية العامة. بالمثل، في حالة إدخال تعديل على العقود المبرمة بين المؤسسات داخل التجمع، تفرض فيها موافقة جديدة (295 § من ق.أ.ش.أ)[1].كما يجوز للجمعية العامة سحب موافقتها في أي وقت طالما لم يتم تسجيل العقد محل النزاع في السجل التجاري.

---

l'approbation de l'assemblee generale.Aussi pour les contrats de domination et de transfert de benefices, le rapport doit-il egalement mentionner la nature et la hauteur de la compensation ou de l'indemnite de depart accordee aux actionnaires. En revanche, il est loisible aux parties de ne pas mentionner des elements dont la publication risquerait de porter considerablement atteinte aux parties (§293 a II 1 AktG). Il faut dans ce cas la que le rapport explique les raisons justifiant l'absence d'information ainsi decidee (§ 293 II 2 AktG)…. », in :p.292

[1]– ويفرض قانون التجمعات الألماني نصابا خاصا للموافقة على العقد المبرم بين المؤسسات داخل التجمع من جانب الجمعية العامة؛ فالفقرة 293 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم تقتضي أن تعقد الجمعية العامة للشركة التي تكون مسؤولة عن استيفاء أحد الالتزامات المميزة للعقد بأغلبية 4/3 رأس مال الممثل فيها. وقد ينص النظام الأساسي على شروط أخرى شريطة أن تكون أكثر صرامة (الفقرة 291 جملة 3 من ق.أ.ش.أ). بحيث يتم فرض أغلبية مزدوجة لاعتماد العقد المبرم بين المؤسسات؛ احداها ستكون "الأغلبية البسيطة من الأصوات" بالمعنى الوارد في الفقرة 133 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، والثانية ستكون أغلبية 4/3 من رأس المال الممثل وفقا للفقرة 293 من ق.أ.ش.أ والناتج من ذلك أن نسبة الأقلية المعطلة للقرار في الجمعية العامة ستمثل أكثر من 25% من رأس المال. ومع ذلك يجب أن تعتبر

ولأغراض الفقرة 293 ثانيا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم؛ يجب أيضا إخضاع عقد الهيمنة وعقد تحويل الأرباح إلى موافقة الجمعية العامة للشركة الأخرى المتعاقد معها عندما تتخذ هاته الأخيرة شكل شركة مساهمة أو توصية بالأسهم. ومن المسلم به أنه على عكس الشركة التابعة فإن العقود المذكورة أعلاه لا تؤثر على هيكلة المؤسسة المهيمنة، إلا أن النتائج القانونية التي تنطوي عليها بما في ذلك الالتزام بالتعويض (302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم) فضلا عن الضمانات الاقتصادية المختلفة ذات الصلة بذلك (الفقرات 303، 304، 305 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم) تبرر تَطَلُّب موافقة الجمعية العامة للمؤسسة المهيمنة؛ إلا أن المجانب للصواب في هذا الصدد أن قواعد النصاب القانوني المطبقة هي نفسها المعمول بها على اجتماعات الجمعيات العامة للشركات المنعزلة الغير منتمية لأي تجمع، حيث أن الفقرة المُشار إليها أعلاه تحيل صراحة إلى الفقرة 293 أولا، 2 إلى 4 من ذات القانون؛ ومن خلال التطبيق بالقياس فإن موافقة الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة المهيمنة هو أيضا أمر إلزامي[1].

اشتراطات هذا النصاب نسبية؛ حيث أنه خلافا للنظام الفرنسي للاتفاقيات المنظمة لا يتضمن القانون الألماني للشركات ذات الصلة أي أحكام تمنع المتعاقدين المعنيين من المساهمة في التصويت بالموافقة على العقد في اجتماع الجمعية العامة على الرغم من أن (المساهم ذو الأغلبية) هو المستفيد الأول من العقد المبرم بين المؤسسات؛ سيحق له المشاركة في التصويت بالموافقة عند اجتماع الجمعية العامة. إلا أننا نجد أن المشرع الألماني قد استدرك الصواب عندما يتعلق الأمر بالشركة ذات المسؤولية المحدودة، حيث نص في الفقرة 47 رابعا، 2 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم التي تحظر مشاركة الشركاء في التصويت على قرار بشأن اعتماد عقد يكون في صالحهم بل نص على اعتماد نظام آخر في هذا الصدد.

Le droit des groupes impose un quorum particulier en matiere d'approbation d'un contrat inter-entreprises par l'assemblee generale. Le § 293 al. 1 phrases 1 et 2 AktG exige en effet que l'assemblee generale de la societe, a laquelle il appartient de satisfaire l'obligation caracteristique du contrat, se prononce a une majorite des . du capital represente en son sein. Les statuts peuvent prevoir d'autres conditions sous reserve qu'elles
soient plus severes (§ 293 al. 1 phrase 3). De sorte qu'une double majorite est imposee pour l'adoption d'un contrat inter-entreprises, une majorite simple des voix au sens du § 133 al. 1 AktG ainsi qu'une majorite des . du capital represente conformement au § 293 al. 1 AktG. Il
en resulte une minorite de blocage correspondant a plus de 25 % du capital.Il faut cependant relativiser ces exigences de quorum puisque contrairement au système francais des conventions reglementees le droit allemand des entreprises liees ne connait pas de dispositions qui interdise aux contractants interesses de participer au vote d'approbation de l'assemblee nationale, si bien que l'actionnaire majoritaire bien qu'il soit le premier beneficiaire du contrat inter-entreprises sera habilite a participer au vote d'approbation de l'assemblee generale. La GmbH en raison du § 47 IV 2 GmbHG qui interdit la participation des associes au vote d'une resolution portant sur l'adoption d'un contrat dont il serait beneficiaire devrait suivre un autre regime. In ; p.295.

- [1]وبالإضافة إلى ذلك، في حالة حدوث أي تعديل على العقد المبرم بين المؤسسات مرتب لآثار وعواقب بشأن التعويض أو بدل عن الانسحاب من الشركة الممنوح للمساهمين الخارجيين في سياق عقد الهيمنة أو تحويل الأرباح فإن ذلك سيستلزم موافقة جديدة للمساهمين من خلال موافقة خاصة تتواجد مقتضياتها بالفقرة 295 ثانيا، 1 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم. وتتميز هذه الموافقة على وجه الخصوص بحقيقة أن المساهمين المعنيين بالاتفاقية مستبعدين من النصاب القانوني؛ بيد أنه في الممارسة العملية يمكن الحيلولة دون تطبيق هذا الحكم القانوني وبسهولة تامة، ففي الواقع يأذن المشرع الألماني بتعليق العقد المبرم بين المؤسسات فقط من خلال محرر كتابي آخر (الفقرة 296 أولا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم) ويفضل ذلك يقوم الشركاء المتعاقدين بإنهاء العقد المبرم واعتماد عقد جديد يتضمن اشتراطات جديدة تتعلق بطرق التعويض والبدل التعويضي عن الانسحاب من الشركة أين سيكون بإمكانهم المشاركة في التصويت بدلا من الاتجاه نحو طريقة "الموافقة الخاصة" التي لا يمكنهم من خلالها التحكم في نتيجة اجتماع الجمعية العامة.

2- الالتزام بالتسجيل في السجل التجاري (Handelsregister)

بسبب التعدي أو التجاوز الذي من المرجح أن تؤدي به العقود المبرمة بين المؤسسات ضمن نفس التجمع على استقلالية الشركة المتعاقدة التابعة فإن المشرع يجعل صحة العقود المبرمة بين المؤسسات مرهونة بتسجيلها في السجل التجاري (الفقرة 294 ثانيا، 2 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم) والهدف المنشود من ذلك ينقسم إلى شقين: فمن ناحية تقديم الدعاية والإشهار لهذا النموذج من العقود التي تؤثر تأثيرا كبيرا على الاستقلالية التقريرية والمالية للشركات التابعة، ويسمح التسجيل في السجل التجاري بإضفاء الشفافية على الروابط التعاقدية بين الشركات ذات صلة في التجمع، وبذلك يضمن تقديم المعلومات للمساهمين والدائنين وأي شخص آخر مهتم بذلك؛ ومن ناحية أخرى يتيح هذا الإجراء التحقق من مدى الامتثال للقواعد القانونية المتعلقة باعتماد العقود المبرمة فيما بين الشركات حيث أن الموظفين في مديرية السجل التجاري هم المسؤولين عن التحقق عن الامتثال للأحكام المذكورة من أجل المضي في تسجيل العقد. ووفقا للفقرة 294، أولا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم فإنه يقع على مجلس المديرين في شركة المساهمة أو الأشخاص الذين تقع عليهم المسؤولية الشخصية في شركة التوصية ذات الأسهم، للشركة التابعة، (الفقرة 283، أولا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم) بأن يقدموا للتسجيل في السجل التجاري للشركات أي عقد مبرم بين المؤسسات وموافق عليه من قبل الجمعية العامة، فضلا عن تحديد طبيعة العقد وأسماء أطرافه؛ ويبدو أن المتعاقد معه (المؤسسة المهيمنة أو الشركات التابعة الأخرى المنتمية لنفس التجمع) لا يخضع للالتزام بالتسجيل[1].

« .. En outre, en cas de modification du contrat inter-entreprises entrainant des consequences sur la compensation ou l'indemnite de retrait accordee aux actionnaires externes dans le cadre d'un contrat de domination ou de transfert de benefices, une nouvelle acceptation des actionnaires par approbation speciale doit avoir lieu (§ 295 II 1 AktG). Une telle approbation se caracterise notamment par le fait que les actionnaires interesses sont exclus du quorum. En pratique, cependant cette disposition est aisement detournee. En effet, le legislateur autorise la suspension du contrat inter-entreprises par un simple ecrit (§ 296 I AktG), les partenaires contractuels prefereront donc mettre fin au contrat inter-entreprises et adopter un nouveau contrat avec de nouvelles dispositions relatives aux modalites de compensation et aux indemnites de retrait a l'approbation desquels ils pourront participer plutot que de passer par la voie de l'approbation speciale sur laquelle ils ne pourront peser.. ». in :p.294.

[1] - وتختص المحكمة الابتدائية الألمانية (Amtsgericht) بالاختصاص الإقليمي للتأشير على تسجيل العقود المبرمة فيما بين المؤسسات التي يوجد بها المقر الاجتماعي للشركة. التسجيل ليس مجرد إجراء شكلي ففي الواقع إن المحكمة الابتدائية الألمانية سوف تتفحص وتتحقق من العقد الذي يلتمس تسجيله سواء من حيث الشكل أو أسسه الموضوعية، ومن منظور الإجراءات الشكلية الرسمية سيتحقق من أن جميع الوثائق اللازمة قد أرسلت أو حتى ستقرر اختصاصها. وقد تم تعداد الوثائق الواجب تقديمها للتسجيل في الفقرة 294، أولا، 2 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم ومن ذلك سيتم تقديم العقد ومرفقاته ووثيقة ثبوتية لموافقة الجمعية العامة للطرف الآخر المتعاقد معه عندما تكون هذه الأخيرة مفروضة.

وأثيرت مسألة ما إذا كانت الدعوى المرفوعة لإبطال قرار الجمعية العامة الذي يقتضي من خلاله الموافقة على العقد بالتزامن مع تقديم العقد للتأشير عليه أمام المحكمة المدنية، وقد رأى مستسيغي مشروع القانون المتعلق بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم بهذا عائقا أمام التسجيل، ومع ذلك لم يتم الاحتفاظ بهذا الطرح بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم وفي غياب أي حكم خاص تطبق القواعد العامة حتى يمكن للقاضي

ثانيا: الالتزامات الموجهة لحماية الذمة المالية، الشركاء والدائنين الخارجيين للشركة التابعة

يتمثل الشاغل الرئيسي المضمّن بقانون تجمعات الشركات الألماني في حماية الشركة التابعة ذات الأسهم، مساهميها الخارجيين وكذلك الدائنين الخارجيين في مواجهة المخاطر التي تفرضها العقود المبرمة بين الشركات ولاسيما عقد الهيمنة وعقد تحويل الأرباح. ولهذه الغاية وضع المشرع ثلاث فئات من الأحكام:

الفئة الأولى: التي تجمع الفقرات من 300 إلى 303 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم؛ التي تهدف إلى حماية الذمة المالية للشركة المتعاقدة وبالتالي الحماية الغير مباشرة للدائنين، ومن بين هذه الأحكام تنص الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم التي تنشئ التزاما تجاه المؤسسة المهيمنة بالتعويض عن الخسائر التي ألحقت بالشركة التابعة طالما أبرمت عقد الهيمنة أو عقد تحويل الأرباح؛ وهاته الآلية هي جوهر أحكام قانون التجمعات، وهذا الالتزام نظرا لخصوصيته مقارنة مع القانون الفرنسي وآثاره على المؤسسة المهيمنة سيكون موضوع دراسة أكثر تعمقا في الجزء المخصص لذلك في إطار هاته الدراسة.

الفئة الثانية: هي الأحكام الوقائية هي التي تمنح للمساهمين الخارجيين الحق في التعويض أو بدل الانسحاب والخروج من الشركة التابعة في حالة إبرام عقد الهيمنة أو عقد تحويل الأرباح (الفقرات من 304 إلى 307 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم).

بكل حرية تقييم ما إذا كان من الضروري الانتظار لحين صدور حكم نهائي بشأن دعوى طلب البطلان لإتمام إجراء تسجيل، وإذا رأى القاضي أن الدعوى غير مقبولة أو لا أساس لها أو حتى تعسفية وإذا بدا له أن التسجيل بالسجل لابد منه من حيث مصلحة الشركة يجوز للقاضي أن يأمر بالتسجيل دون انتظار القرار الفاصل في دعوى التماس بطلان قرار الجمعية العامة. ومن ناحية أخرى بمجرد أن تقرر المحكمة يكون قاضي السجل ملزما بحكم قاضي الموضوع وما يصبو إليه وإذا تبين أن العدالة قد أكدت بطلان قرار الجمعية العامة فإن قاضي السجل التجاري سيضطر إلى شطب التسجيل.

سيكون تاريخ التسجيل هو أيضا التاريخ الذي سيعلن فيه بدأ سيران العقد (الفقرة 294، ثانيا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم بالنسبة للشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم، تطبيق بالقياس على الشركات ذات المسؤولية المحدودة). ومن حيث المبدأ يبدأ سريان العقد من تاريخ التسجيل ولكن من الممكن أن يتفق الطرفان على تاريخ سابق؛ إلا أنه لن يؤذن بالتطبيق بأثر رجعي فيما يتعلق بعقد الهيمنة نظرا لأن الأمر أو التعليمة التي تستسيغها المؤسسة المهيمنة تجاه الشركة التابعة لا يمكن أن تكون خاضعة للرقابة والتحقق منها بأثر رجعي.

غير أن التسجيل لا يقصد به تغطية وإجازة أسباب البطلان؛ وإذا ثبت أن العقد على الرغم من رقابة القاضي معيب فإن بطلان هذا الأخير يمكن الاحتجاج به والتماسه أمام المحكمة، ويجوز للقاضي الأمر بإزالته من السجل، وحيثما يكون العقد قد نفذ بالفعل أو عندما يكون قد بدأ تنفيذه بالرغم من عيوبه، فإنه ينبغي أن تكون الأفعال المضطلع بها بموجب هذا العقد لاغية وباطلة. وبما أن رد الحقوق أو إعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل التعاقد لم يعد أمرا ممكنا عمليا لأن القرارات التي اتخذت قد أدت إلى الإضرار بالشركة التابعة فإن القضاء الألماني يطبق نظريته المطورة تجاه الشركات في طور التكوين (théorie des sociétés en formation) "البطلان من نوع خاص" ويصادق بالضرورة على التصرفات أو الأفعال التي هي من حيث المبدأ يشملها البطلان. ومن ثم فإن الالتزام بتسجيل العقود المبرمة فيما بين المؤسسات يتيح معرفة عدد وطبيعة العقود المبرمة فيما بين المؤسسات التي تخضع لها الشركة التابعة، كما أنه يوفر الأمن القانوني لأن إجراء الرقابة لن يتم فقط على شكل العقد ولكن أيضا على مضمون وجوهر العقد الذي يطلب تسجيله.

أخيرا الفئة الثالثة: الفقرات من 308 إلى 310 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، والتي تضع الصيغة النهائية للحماية من خلال الحد والتقييد من سلطة توجيه الأمر أو التعليمة في إطار عقد الهيمنة وبإقامة فرضيات مسؤوليات خاصة.

يرد التدبير الأول الموجه لحماية الذمة المالية للشركة التابعة في الفقرة 300 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، وتفرض هذه الفقرة القانونية في فرضية إبرام عقد الهيمنة أو التحويل الكلي أو الجزئي للأرباح؛ تكريس كل أو جزء من أرباح الشركة التابعة لتكوين الاحتياطات التي يفرضها القانون أو بنود النظام الأساسي عندما تكون هذه الأخيرة أكثر صرامة. وهذا الالتزام بتكريس الاحتياطات المالية؛ يفرض لمدة خمس سنوات وتتوافق هذه المدة مع تلك المحددة عموما لاعتبارات ضريبية في عقود الهيمنة أو تحويل الأرباح، غير أن هذا الالتزام يعني ضمنا وجود ربح ولذلك يبدو هذا الحكم غير فعال عندما تكون المؤسسة المهيمنة قادرة من خلال عقد الهيمنة على جعل الشركة التابعة لا تحقق أي ربح ولذلك تبدو الحماية وهمية نسبيا[1].

وبالإضافة إلى ما سبق ذكره تنص الفقرة 303 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم على الالتزام بالتعويض وتضمن حماية مصالح الدائنين بفرضها على كاهل المؤسسة المهيمنة ضمان الديون المتعاقد عليها من قبل الشركة التابعة في حالة فسخ أو إنهاء عقد الهيمنة أو عقد نقل إجمالي الأرباح، وتحقيقا لهذه الغاية يجب أن يكون الدين موجودا قبل أن يتم تسجيل إنهاء العقد في السجل التجاري وأن يطالب الدائن تسديد الديون من المؤسسة المهيمنة في غضون 6 أشهر[2].

---

[1]– ومن التدابير الوقائية الأخرى؛ القيد الذي تفرضه الفقرة 301 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم بشأن المبلغ القابل للتحويل بموجب عقد تحويل الأرباح، وفي الواقع سواء كان التحويل كليا أو جزئيا، فإن الحد الأقصى للمبلغ الذي يمكن نقله يقابل الأرباح التي تحققت في السنة مقتطع منها خسائر السنة السابقة وكذلك المبالغ الواجب إدراجها في الاحتياطي القانوني وفقا للفقرة 300 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، والهدف من ذلك هو تجنب القضاء على استمرارية الشركة التابعة تماما وإنهاء استمراريتها عن طريق عمليات نقل الأرباح المتمادى فيها.

« … Une autre mesure protectrice consiste en la limite imposee par le § 301 AktG quant a la somme transferable dans le cadre du contrat de transfert de benefices. En effet, qu'il s'agisse d'un transfert total ou partiel, le montant maximum pouvant faire l'objet d'un transfert correspond aux benefices realises au cours d'une annee diminue des pertes de l'annee precedente ainsi que des montants devant etre incorpores aux reserves legales conformement au § 300 AktG. L'objectif est d'eviter que la societe dependante ne soit completement evidee de sa substance par des transferts trop eleves. » in : p.298.

[2]-وفيما يتعلق بالشرط الأول؛ فقط الإعلان عن انهاء العقد وفسخه يهم في ذلك، أما التاريخ الدقيق لتسجيل الفسخ غير مهم؛ وبالإضافة إلى ذلك فإنه ليس من المهم أن تنشأ الاستحقاقات (تاريخ المخالصة) قبل أو أثناء عقد الهيمنة أو عقد تحويل الأرباح، والعامل الوحيد الحاسم هو نشوء هاته الديون قبل إعلان إنهاء العقد، كما أنه ليس من الضروري تحديد مبلغ المطالبة بالدين نهائيا أو أنه بلغ تاريخ استحقاقه. والخيار المتاح للدائنين حتى يتم ضمان ديونهم من قبل المؤسسة المهيمنة يتوافق مع حصولهم المقابل العادل نتيجة انعدام وجود الالتزام بالتعويض عن الخسائر بالمعنى المقصود في الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم الذي ينقضي بطبيعة الحال بإنهاء العقد المبرم بين المؤسسات، وبما أن الدائنين قد شرعوا في التعاقد على الالتزامات مع الشركة التابعة على أساس الاعتقاد المشروع بوجود الالتزام بالتعويض عن الخسائر الواقع

وبما أن عقد الهيمنة وعقد تحويل إجمالي الأرباح للمؤسسة المهيمنة[1] يتيح استخدام الشركة التابعة لأغراضها الخاصة سواء من خلال توجيه الأوامر والتعليمات أو عن طريق استخدام جميع أرباحها، وقد تبين أن حالة ووضعية مساهمي الشركة التابعة يتأثر تأثرا شديدا وتعين على المشرع ولاسيما فيما يتعلق بالفقرة 14 من القانون الأساسي الألماني (loi fondamentale Allemande/ GG –Grundgesetz) التي تقر بحماية حق الملكية؛ على اتخاذ واستساغة تدابير وأحكام تهدف للتعويض عن التعديلات المحتمل أن تتم على حقوق المساهمين، وبالتالي فقد خلص المشرع الألماني لعام 1965 إلى إخضاع إبرام النوعين من العقود المذكورة أعلاه رهنا بدفع التعويض للمساهمين الأقلية الذين يقررون البقاء في الشركة (الفقرة 304 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم) أو منح حق الانسحاب من الشركة للمساهمين مع بدل تعويضي عن الانسحاب (الفقرة 305 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)؛ والغرض من هذه الأحكام هو تزويد المساهمين الخارجين المنتمين للشركة التابعة بالتعويض عن حقيقة أنه في المستقبل لن يتحدد مبلغ أرباحهم فقط بقرارات الشركة التي ينتمون إليه والتي يكون لهم فيها بداهة بعض التأثير اتجاهها، ولكن هذا التحديد سيكون وفقا للنفوذ

على كاهل المؤسسة المهيمنة، فمن المنطق القانوني أن يفرض على المؤسسة المهيمنة ضمان التزاماتهم وهذا يجنبهم على وجه الخصوص من مواجهة شركة تابعة مفرغة من موجوداتها وبذلك استحالة استعادة استحقاقهم لمبلغ الدين، ولا تذكر النصوص أي شرط خاص بشأن مدة الضمان.

وفي إطار الفقه الألماني نجد يعارض اثنان من التيارات الفقهية المتعارضة، ويذهب رأي الأغلبية إلى تفضيل تقادم متلائم وفقا لطبيعة المطالبات بالدين المضمونة، وهناك أقلية تؤيد التطبيق بالقياس على الفقرات 26 و160 من القانون التجاري الألماني وهي فترة تقادم مدتها 5 سنوات، ومع ذلك يتم احتساب التقادم اعتمادا على طبيعة المطالبة بالدين هو الرأي الراجح.

V. EMMERICH, J. SONNENSCHEIN, M. HABERSACK, Konzernrecht, cité par : vanessa dessoutter, réf. N°832, p.298.

[1]– إن نطاق الالتزام بالتعويض والالتزام يدفع بدل الانسحاب للمساهمين الذين يفضلون الخروج من الشركة هو مقيد ومقتصر صراحة بنصوص القانون الألماني للشركات ذات الأسهم على عقود الهيمنة وتحويل إجمالي الأرباح، وهذا التقييد مبرر تماما لأن هذه العقود المبرمة بين المؤسسات هي العقود الوحيدة التي قد تؤدي إلى الإلغاء الصريح للحقوق المالية والإدارية لمساهمي الشركة التابعة، كما أن التدابير الحمائية لمصالح المساهمين لن يكون لها ما يبررها بالنسبة للعقود الأخرى المبرمة بين المؤسسات بسبب طابعها الرضائي وأنها من عقود المبادلة.

ولا تتاح إمكانية الحصول على تعويض إلا لنوع من المساهمين، "المساهمين الخارجيين" الذين لا ينتمون إلى "الطرف الآخر في العقد" المبرم بين المؤسسات والذين لا ينتمون إلى المؤسسة المهيمنة حيث لا يمكن لهؤلاء الأخيرين الاستفادة من التعويض، إلا أن التمييز بين هذين النوعين من المساهمين هو أكثر صعوبة مما يبدو عليه. وتفرض أحكام التشريع الألماني المتعلقة بالتعويض والبدل التعويضي للانسحاب تحليلا أكثر دقة "لصفة المساهم الخارج" أكثر من مجرد عدم كونهم "الطرف الآخر في العقد". ففي الواقع يعتبرون "مساهمين خارجيين" بالمعنى الحقيقي للمصطلح فقط المساهمين الذين قد يشكل إبرام عقد الهيمنة أو تحويل الأرباح ضررا بالنسبة لهم. وبذلك فإن المساهمين الذين ينتمون للمؤسسة المهيمنة سيستفيدون قدر الامكان من مزايا العقد؛ لا يمكنهم الاستفادة من أحكام الفقرات من 304 إلى 307 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم؛ وهذا هو الحال على سبيل المثال بالنسبة للمساهمين المشاركين 100 % في الطرف الآخر المتعاقد معه (مساهمين على حد سواء في الشركة التابعة وفي الشركة الأم) أو على العكس أولئك الذين يساهم فيهم الطرف الآخر المتعاقد معه بنسبة 100 % أو حتى المساهمين الذين يربطهم بالطرف الآخر عقد هيمنة أو تحويل للأرباح، ولا يمكنهم في الواقع أن يحصلوا على مركز "المساهم الخارجي" وأن يستفيدوا من آليات الحماية التي يوفرها المشرع لهذا الأخير. ومن ناحية أخرى يبدو أن روابط التبعية الأخرى، مثل تلك الموصوفة في الفقرات 17 و18 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم تبدوا غير كافية للقدرة على رفضه منح صفة المساهم الخارجي لهؤلاء الأخيرين. راجع في ذلك: الملحق الأول من الأطروحة.

الكامل للمؤسسة المهيمنة؛ والغرض من حصولهم على التعويض هو وضعهم في حالة مماثلة لتلك التي كانوا سيشهدونها إذا استمرت الشركة التي هم مساهمين فيها في اتخاذها للقرارات باستقلال تام[1]. وهنالك نوعين من الحماية المقدمة للمساهمين الخارجيين؛ فهنالك إمكانية الحصول على تعويض[2]

---

[1] – نجد كلا من HABERSACK , J .M ,SONNENSCHEIN .V .EMMERICH: يؤيد هؤلاء المؤلفين التطبيق بالقيام على التقادم لخمس سنوات الذي يوفر أمنا قانونيا أكبر من فترات التقادم المختلفة تبعا لطبيعة المطالبات باستحقاق مبلغ الدين ودرجة الحماية التي يحتاجها كل دائن. مقتبس عن:

Vanessa Dessouter, op. cit, n° 832, p 298.

[2] – يتعين على المؤسسة المهيمنة وفقا للفقرة 304 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم أن تدفع تعويضات للمساهمين الخارجيين الموافقة للفارق بين الأرباح الموزعة بعد إبرام عقد الهيمنة أو تحويل الأرباح، والأرباح التي كانت ستوزع في حال كانت شركتهم مستقلة ومدارة في مصالح جميع المساهمين وليس في المصالح الحصرية للمؤسسة المهيمنة. وتكون النقطة المرجعية لحساب التعويض هي يوم الموافقة على العقد من قبل الجمعية العامة للشركة التابعة ولذلك لا تؤخذ في الاعتبار التطورات اللاحقة في سياق تنفيذ العقد مهما كانت مختلف التنبؤات الاقتصادية؛ غير أن التغييرات الجوهرية في هيكلة الشركتين المتعاقدتين ستتطلب تنقيح وتعديل التعويض لجعله منصفا وعادلا وفقا لمقتضيات الفقرة 304 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم. ومن الناحية العملية سيتم التعويض من خلال دفع تعويض ثابت يعادل الربح الموزع قبل إبرام العقد، والذي يتم تخفيضه أو زيادته وفقا للتوقعات الاقتصادية، دون احتساب المبالغ المخصصة للاحتياطي (304، ثانيا، 1 ق.أ.ش.أ) ما لم تكن صيغة التعويض المتغير مستحبة ومفضلة من قبل الأطراف (304، ثانيا، 2 و3 ق.أ.ش.أ) وهذا الأخير هو ممكن فقط إذا كانت الشركة المهيمنة تتخذ شكل شركة مساهمة أو شركة توصية بالأسهم وهي صيغة تتطلب أن تتم معاملة الشركاء التعاقديين كما لو أنهم أمام وضعية اندماج بين الشركات؛ وبالتالي يمنح للمساهمين الخارجيين تعويضات بما تتماشى مع الأرباح الموزعة على مساهمي المؤسسة المهيمنة، وبالتالي فإن التعويض المتغير كما يوحي به هذا المصطلح سوف يختلف تبعا لنتائج المؤسسة المهيمنة، وهذه الصيغة تلاقي نجاحا كبيرا في الممارسة العملية، على عكس التعويض الثابت فإنها تسمح للمؤسسة المهيمنة بالحد من مبلغ التعويض بإتباع سياسة الاكتناز. ومع ذلك فإن القضاء الألماني يميل إلى العقاب على سياسات الاكتناز التعسفية للشركة المهيمنة؛ وهكذا قرر المجلس الدستوري الألماني أنه وفقا للفقرة 162 أولا من القانون المدني الألماني كان من الضروري إجراء تعديل على صيغة التعويض المتغير وفقا لتوزيعات الأرباح لجعله يتناسب مع التوزيعات التي كان يتوقعها المساهمون الخارجيون إذا لم يتم إبرام عقد الهيمنة أو عقد تحويل إجمالي الأرباح؛ ومع ذلك لا يمكن إجراء مثل هذا التعديل إلا في حالات التعسفات والتجاوزات القصوى على سبيل المثال؛ الغياب المنتظم لدفع الأرباح على الرغم من النتائج الإيجابية الواردة في ميزانية الشركة الأم. ولن يؤدي التعويض الغير كافي إلى بطلان العقد. وفي الواقع بالمعنى الوارد في الفقرة 304، ثالثا، 1 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، وحده الغياب التام للتعويض يعاقب عليه ببطلان عقد الهيمنة أو عقد تحويل الأرباح. ومن جهة أخرى، سيستفيد المساهمون الخارجيون من فترة ثلاثة أشهر من تاريخ التسجيل في السجل التجاري للعقد للمطالبة القضائية بزيادة المبالغ المدفوعة وفقا للمادة 4 من قانون التحكيم في مجال الشركات.

« …. Concretement, la compensation va se traduire par le versement d'une indemnisation fixe qui correspondra au benefice distribue avant la conclusion du contrat, diminue ou augmente des previsions economiques et sans que soient comptabilisees les sommes placees en reserve (§ 304 II 1 AktG), a moins que la formule de la compensation variable ne soit privilegiee par les parties (§ 304 II 2, 3 AktG). Cette derniere n'est possible que si l'entreprise dominante a la forme d'une AG ou KGaA…...Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande (Bundesverfassungsgericht – BVerfG) a decide qu'il y avait lieu conformement au § 162 I BGB de proceder a un reajustement de la compensation en conformite avec les dividendes qu'auraient pu esperer les actionnaires externes si le contrat de domination ou de transfert de benefices n'avait pas ete conclu. Il ne saurait cependant etre procede a une telle correction que dans des cas d'abus extremes, par exemple, l'absence systematique de versement de dividende malgre des benefices importants … ». in : BVerfG, 8 septembre 1999, 1 BvR 301/89, NJW-RR 2000, p. 842- 844.

ويجوز الإعفاء من الالتزام بمنح تعويض للمساهمين الخارجيين فقط إذا لم يكن هناك أي مساهم خارجي في وقت الموافقة على عقد الهيمنة أو تحويل الأرباح من قبل الجمعية العامة للشركة التابعة (الفقرة 304، أولا، 3 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم). ومن ثم، يؤدي دخول المساهمين الخارجيين إلى إنهاء العقد في نهاية السنة المالية الجارية التي تم فيها ذلك، وهذا يتطلب بالتالي اعتماد جديد للعقد فضلا عن احترام القيود الإجرائية المتصلة به، بما في ذلك تحديد التعويض المناسب (الفقرة 307 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)، إضافة إلى ذلك فإن تمديد عقد الهيمنة لمؤسسة أخرى مهيمنة، حتى وإن كان من شأنه نقل حق توجيه استصدار الأوامر والتعليمات؛ فإن ذلك يتم فقط بشكلية بسيطة

وهنالك حتى إمكانية الحصول على بدل الانسحاب من الشركة التابعة؛ والذي نجده فقط في حالة عدم قبول التعويض المشار إليه في الفقرة 304 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم؛ أين يجوز للمساهمين الخارجيين وفقا للفقرة 305 من ذات القانون اختيار الانسحاب من الشركة التابعة مقابل إما تعويض مالي؛ أو تعويض عيني أي بعدد من الأسهم في المؤسسة المهيمنة؛ وبالتالي فإن المشرع الألماني يوفر خيارا للمساهمين الخارجيين بين التعويض المالي أو الانسحاب عن طريق بيع أو مبادلة أسهمهم مع تلك الخاصة بالطرف الآخر في العقد أو حتى بالشركة المهيمنة لهذا الأخير[1]. إلا أن الخيار

لتعديل العقود المذكورة أعلاه؛ طبقا لمقتضيات الفقرة 295 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم ولا يجعل من الضروري فسخ وإنهاء العقد الأولي وفقا للفقرة 296 من ذات القانون. ومما لا شك فيه أنه ينبغي تقديم هذا التعديل لموافقة الجمعية العامة عملا بالفقرة 295 من القانون السابق الذكر، إلا أنه فضلا عن ذلك نشأت مسألة ضرورة وجود موافقة خاصة من المساهمين الخارجيين بالاجتهاد القضائي الألماني. وقد تقرر هذا الإذن ضروري فقط إذا كان التعديل التعاقدي بدوره يستتبع بدل الانسحاب من الشركة أو تعويض المساهمين الخارجيين. إن إدراج طرف إضافي يفرض في مقابل الحصول على سلطة استساغة وتوجيه الأوامر والتعليمات، أن يتحمل هذا الطرف المتعاقد معه بالاشتراك مع المؤسسة المهيمنة الأصلية دفع التعويض وبدل الانسحاب للمساهمين الخارجيين على النحو الذي يحدده العقد الأولي. إن دخول شركة مهيمنة جديدة يمنحهم على العكس من ذلك مدينا إضافيا أين يكونوا قادرين على المطالبة بحقوقهم تجاهه. ومن ناحية أخرى إذا لم يتم تحديد تعويض متغير فمن الواضح أن التعديلات التي حدثت قد تشمل كذلك إعادة تقييم هذا التعويض، بيد أن هذا لا يؤثر على صحة العقد المعني نظرا لأن عدم كفاية التعويض لا يبطل العقد ومع ذلك يمكن للمساهمين الخارجيين إتباع إجراءات قضائية في هذا الصدد.

(cf. BGH, 15 juin 1992, II ZR 18/91, ≪ Asea/BBC ≫, BGHZ 119, p. 1 et s. voir commentaires : Anderung eines Beherrschungsvertrages und Umfang der Auskunftspflicht des Vorstandes in der Hauptversammlung, DStR, n° 46, 1992, p. 1626 ; voir aussi autre commentaire : Unternehmensbeitritt durch Anderung des Beherrschungsvertrag, NJW, n° 43, 1992, p. 2760 : ≪ Der Beitritt eines weiteren herrschenden Unternehmens zu einem Beherrschungsvertrag kann auch dann, wenn er einen Ubergang des Weisungsrechts auf das beitretende Unternehmen vorsieht, grundsatzlich im Wege einer Anderung des bestehenden Beherrschungsvertrages vereinbart werden ≫.)

وينتهي العقد أيضا إذا كان قد تم تحديد تعويض على الرغم من غياب المساهمين الخارجيين لأن هذا التحديد تم دون حضورهم ودون أن يتمكنوا من مراقبة ملائمته وتناسبه أو إمكانية الاعتراض على المبلغ أمام الهيئات القضائية. وكثيرا ما تتم الحيلولة عن تطبيق الفقرة 307 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم في الممارسة العملية من قبل المؤسسة المهيمنة الراغبة في إنهاء العقد المبرم مع شركتها التابعة بنسبة 100 % الذي أصبح مرهصا جدا، وسوف يكفي أن تحيل أحد أسهمها بإحضار مساهم خارجي واحد على الأقل لإنهاء العقد. وقد تكون هذه العملية أقل صعوبة من إلغاء أو فسخ العقد وفقا لمقتضيات الفقرات 296 و297 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم.

(in : BGH, 15 juin 1992, II ZR 18/91, ≪ Asea/BBC ≫, BGHZ 119, p. 1 et s.)

[1]– ومن الناحية العملية، فإن بدل الانسحاب هو الخيار الأكثر شيوعا من مجرد التعويض؛ وهذا يفسر ببساطة بأن الفقرة 304 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم تنص على تعويض يكون في الواقع أكبر قليلا من الخسارة المالية المتوقع حدوثها للمساهمين الخارجيين، ومع ذلك فإن الفقرة 305 من ذات القانون تذهب إلى أبعد من ذلك لأن التعويض لن يغطي إلا الخسارة المالية المستقبلية، ولكن البدل يمنح المساهم الخارجي خيار الانسحاب من الشركة التابعة، مثل هذا الحكم القانوني يسمح للمساهم الخارجي بالتصرف تجاه فقدانه لسلطاته، يبقى الخيار بين الانسحاب أو التعويض مفتوحا ومتاحا طالما لم يتم انقضاء المدة المنصوص عليها في الفقرة 305 رابعا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم للاستحواذ على الأسهم، أي بعد شهرين على الأقل من نشر التسجيل للعقود المبرمة بين المؤسسات بالسجل التجاري. وفي حالة الطعن أمام القضاء؛ يجوز للمساهم الخارجي أيضا أن ينتظر حتى تبث المحكمة بشأن مبلغ التعويض أو قيمة بدل الانسحاب قبل اختيار أي نوع من التعويضات سيتخذه، وليس هذا فحسب، بل يمكن لهذا الأخير أن يتراجع عن القرار الذي اتخذه مادام أن الأجل لم ينقض؛ بغض النظر عما إذا كان التعويض قد دفع نقدا بالفعل وبغض النظر عن مشاركته في الإجراءات القضائية المتخذة. ومن جهة أخرى فإنه لا يجوز لمن قام ببيع أو مبادلة أسهمه إعادة النظر في قراره، حتى ولو كان ذلك قبل انقضاء المهلة المحددة، لأنه ذلك يُفقِدُه صفة "المساهم الخارجي" لصالح المشتري، وكل الحقوق المرتبطة بذلك، وخاصة حق الخيار بين التعويض والانسحاب، التي تُحال إلى المشتري.

(in : BGH, 4 mars 1998, II ZB 5/97, ≪ Asea/BBC II ≫, BGHZ 138, p. 136 et s. ; BGH, 20 mai 1997, II ZB 9/96, BGHZ 135, p. 374 et s.)

الأخير المطروح بصدد طرق التخارج من الشركة ليس ممكنا دائما. فالانسحاب عن طريق مبادلة الأسهم ممكن فقط في الحالتين التاليتين: فمن ناحية، عندما يكون الطرف الآخر في العقد هو شركة مساهمة أو شركة توصية بالأسهم التي لا تكون شركة تابعة ولا تحت سيطرة شركة أخرى ذات مساهمة بالأغلبية فيها والتي لها مقرها الاجتماعي في ألمانيا. ويجب أن تحيل هذه الأخيرة أسهمها الخاصة كتعويض عن الانسحاب (الفقرة 305 ثانيا، 1، من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)[1]،وهناك نوع آخر من التعويضات على اعتبار أن هنالك فرضيات يكون فيها التعويض النقدي غير ممكن. من ناحية أخرى عندما يكون الطرف الآخر في العقد هو شركة مساهمة أو شركة ذات التوصية بالأسهم تابعة أو تحت سيطرة مساهمة بالأغلبية وأن المؤسسة المهيمنة على هاته الأخيرة هي بدورها شركة ذات أسهم لها مقرها الاجتماعي في ألمانيا؛ وفي مثل هذه الحالة يعترف المشرع بالبدل التعويضي النقدي (المادة 305 ثانيا، 2 من ذات القانون السابق الذكر). وضمن التجمعات الهرمية يكمن أن يستند اختيار الأسهم فيما يتعلق بالتعويض عن الانسحاب على أسهم في الشركة المهيمنة على الطرف المتعاقد معه، وكذلك على أسهم الشركات الموجودة في مستوى أعلى؛ وتنطبق هذه القاعدة أيضا عندما يكون الطرف المتعاقد معه شركة ذات مسؤولية محدودة مملوكة لشركة مساهمة أو شركة ذات التوصية بالأسهم. وفي جميع الحالات عدا الفرضيتين المذكورتين أعلاه/ أي على وجه الخصوص عندما يكون "الطرف الآخر المتعاقد معه" لا يتخذ شكل شركة مساهمة أو شركة التوصية بالأسهم فإن التعويضات النقدية مأذون بها بالنصوص (الفقرة 305، ثانيا، 3 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم). فعندما يكون هناك خيار بين نوعين من التعويض ، فإن اختيار نوع التعويض يعود حصريًا إلى أطراف العقد ، وبالتالي في الممارسة العملية للشركة المهيمنة.على عكس ما هو منصوص عليه فيما يتعلق بعقد شبه الاندماج (Eingliederung)، لا يمكن للمساهمين الخارجيين فرض تفضيلهم[2]. ويرى البعض خلافا للتيار الفقهي الغالب أن اختيار نوع التعويض ينبغي أن يترك للمساهم الخارجي، وحرمانهم من هذا الحق يضر بهم دون أي سبب وجيه مقارنة بالمؤسسة المهيمنة[1].

---

[1]– قرار محكمة العدل الاتحادية، 4 مارس 1998، B . II، 5/97، "BBC / Asea "، مقتبس عن :
Vanessa dessouter, op. cit, n° 836, p 301.

[2]– إن التعويض بالأسهم إذا ما تم اختياره سيكون دائما فقط بأسهم من نفس النوع. ومن الناحية العملية، سيؤدي ذلك إلى حاجة المؤسسة المهيمنة إلى الحصول على أسهم من أجل إعادة توزيعها على المساهمين الخارجيين مقابل الأسهم التي يمتلكونها بالشركة التابعة، وفي ذلك ستحتكم إلى تقنية إعادة شراء أسهمها أو ما يعرف بأسهم الخزينة؛ من خلال الحصول على الأسهم الخاصة بها (يتم رفع الحظر المنصوص عليه بالفقرة 71 أولا ق.أ.ش.أ.) أو حتى أن تحتكم إلى أسلوب الزيادة في رأس المال.
وخلافا للتعويض، الذي يعاقب على غيابه بطلان العقد، لا يؤدي غياب أو عدم كفاية بدل الانسحاب من الشركة إلى بطلان العقد (الفقرة 305، 2 ق.أ.ش.أ) ومن ناحية أخرى مثل ما هو عليه الحال في عدم كفاية التعويض، يجوز للمساهمين الخارجيين على أساس القانون المتعلق بالتحكيم في قانون الشركات المطالبة القضائية بتحديد تعويض عن الانسحاب من الشركة أو عند الاقتضاء الزيادة فيه

وبخصوص التقاضي في حالة الخلاف بشأن التعويض *compensation* أو بدل الانسحاب *indemnite de retrait* *فقد* تم النص على إجراء خاص للطعن بالفقرة 306 القديمة من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم والتي ألغيت بالقانون الجديد غير أن هذا الإجراء قد أعيدت صياغته وإدراجه في قانون التحكيم في قانون الشركات (*SpruchG*)[2]، وتخضع الدعوى لصفة المساهم وقت إيداع الطلب القضائي وإثبات مثل هذه الصفة تتم على أساس القيم المنقولة التي تثبت حيازة واكتساب الأسهم، ويجب أن يستساغ الطلب القضائي ضد الشخص الاعتباري الذي يقع على عاتقه الالتزام بدفع تعويض أو بدل الانسحاب، أي ليس ضد الشركة التي ينتمي إليها المساهمون ولكن "الطرف الآخر في

كما أن تحديد مبلغ التعويض عن الانسحاب أو قيمة مبادلة الأسهم يثير صعوبات خطيرة في الممارسة العملية، والواقع لا يزال هناك شغور تشريعي في شأن طرق تقييم التعويض، أين يكتفي المشرع الألماني بالاقتصار على تحديد تعويض عادل ومحدد فقط، وقد أحال إلى القواعد المطبقة في الاندماج، وأنه من المناسب في حالة التعويض النقدي الاتخاذ كمرجعية للحساب والتقويم، إلى الوضعية المالية للشركة وقت الموافقة على العقد من قبل الجمعية العامة (305، ثالثا، 2 من ق.أ.ش.أ.).

ويتضح من التنظيم القانوني الألماني أن التعويض لا يكون عادل إلا إذا كان يعوض المساهم الخارجي من انسحابه من الشركة بدفع القيمة الحقيقية لمساهمته في الشركة المحددة بالتاريخ القبلي إبرام العقد بين المؤسستين؛ وقد نشأت صعوبات في تحديد هذه القيمة الحقيقية. وخلال فترة معينة رفض الممارسون العمل بمجردة "القيمة السوقية للأسهم" كمرجعية؛ واعتبروا أن هذه الأخيرة لا تغطي بالقدر الكافي جميع الخسائر التي يتكبدها المساهمون الذين أجبروا على الانسحاب على أساس أن عليهم أن يدفعوا مبالغ إضافية حتى يكون في وضع مماثل لذلك الذي كانوا عليه ابرام عقد الهيمنة أو اتفاقية تحويل الأرباح، ومن ثم فإن القيمة المسماة " قيمة الحدود" تُقابل المبلغ الذي كان يُتوقع أن يحصل عليه المساهمون حتى يتمكنوا من الانسحاب من الشركة وأن يكونوا في وضعية مالية مماثلة لتلك التي كانوا عليها دون أن يلحقهم الضرر، وبغض النظر عن القيمة السوقية للأسهم، وبذلك استند عليها القضاة؛ وقد أدت هذه الطريقة في التقييم إلى صعوبات عملية حيث أن الاجتهاد القضائي المستوحى من قرار المجلس الدستوري الألماني، قد اضطر إلى التخلي عن هذه المقاربة من أجل تفضيل "القيمة الابتدائية" " Valeur de départ" (قيمة الإصدار) أي القيمة المقابلة لقيمة السهم في السوق وعند الاقتضاء القيمة السوقية. هذا التراجع في الموقف المتخذ من قبل القضاء يقتضي الاعتراف بأن السوق لا يزال المعيار الأعدل) لتقييم قيمة الأسهم.

« Une valeur appelee ≪ valeur frontiere ≫ (Grenzwert) correspondant au montant que devaient recevoir les actionnaires pour pouvoir se retirer de la societe et se placer dans une situation similaire sans subir de prejudices independamment de la valeur de marche des actions avait des lors ete introduite par les juges844. Cette methode d'evaluation a suscite des difficultes pratiques telles que la jurisprudence, inspiree par la Cour constitutionnelle allemande (Bundesverfassungsgericht - BVerfG, a du abandonner cette conception pour lui preferer la ≪ valeur de depart ≫, a savoir celle correspondant a la valeur de l'action sur le marche, le cas echeant, la valeur boursiere… » In : BVerfG, 27 avril 1999, 1 BvR 1613/94, BVerfGE 100, p. 289 ; BGH, 12 mars 2001, II ZB 15/00, BGHZ 147, p. 108 et s. ; BayObLG, 29 septembre 1998, 3Z BR 159/94, AG 1999, p. 43 et s. ; OLG Stuttgart, 4 fevrier 2000, 4 W15/98, NZG 2000, p. 744 et s. ; OLG Dusseldorf, 25 mai 2000, 19 W 5/93 AktE, AG 2000, p. 421 et s ; LG Nuremberg -Furth, 22 avril 1999, 1 HK 6730/89, AG 2000, p. 89 et s. ; BGH, 12 mars 2001, II ZB 15/00, BGHZ 147, p. 108 et s.

[1]– EMMERICH, J. SONNENSCHEIN, M. HABERSACK, Konzernrecht, op. cit., p. 326

- [2]يعالج هذا القانون صراحة المنازعات المتعلقة بتحديد التعويض أو بدل الانسحاب المستحق للمساهمين الخارجيين وفقا للفقرات 304 و305 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم (المادة 1 أولا من القانون بشأن الإجراءات القضائية في مجال قانون الشركات) بنصها:" يطبق هذا القانون على الإجراء القضائي لتحديد – التعويض المستحق للمساهمين الخارجيين وتسوية وضعيتهم في اتفاقات الهيمنة وتحويل الأرباح (طبقا للفقرتين 304 و305 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)". والمحكمة المختصة وفقا للفقرة 2 أولا من قانون "الإجراءات القضائية المطبقة على مسائل قانون الشركات" هي المحكمة الإقليمية (LANDGERICHT) التي يقع في نطاقها المقر الاجتماعي للشركة التابعة التي ينتمي إليها المساهمين الخارجيين أو أولئك الذين ينسحبون.

In : Loi relative a l'arbitrage en droit des societes (Gesetz uber des gesellschaftsrechtliche Spruchverfahren - Spruchverfahrengesetz – SpruchG) du 12 juin 2003, BGBl. I, p. 838.

العقد (المادة 5 أولا من قانون التحكيم في قانون الشركات) وهي الشركة المهيمنة[1]. ويطبق الحكم القضائي المدلى به على جميع المساهمين الخارجيين (13، ثانيا قانون التحكيم في قانون الشركات) على اعتبار أن المبلغ المدون في العقد للتعويض أو لبدل الانسحاب يستبدل بالمبلغ المدلى به من طرف القضاة.

وبالمثل اعتبر أن إنهاء العقد المبرم بين المؤسسات خلال الإجراءات القضائية قائما دون عواقب على هذه الأخيرة، فسيتعين على القضاة أن يبتوا في الحكم[2].

[1]– وبموجب الفقرة 11 ثانيا، 1 من قانون التحكيم في قانون الشركات ، يجب على القاضي أن يسعى إلى التوصل إلى حل توفيقي بين الطرفين، وييسر القانون الجديد اللجوء إلى القاضي وخلافا لما ورد في الفقرة القديمة 306 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم التي كانت تنص على تقاسم التكاليف القضائية بين الأطراف المتعاقدة مما يشكل بلا شك ردعا وعرقلة للمساهمين الذين لا يريدون بالضرورة إخضاع الشركة التي ينتمون إليها إلى نفقات كبيرة فإن الفقرة 15 ثانيا، 1 من القانون الإجرائي المطبق على قانون الشركات تنص على أنه يقع فقط على المدعى عليه في الدعوى دفع التكاليف القضائية، أي وفقا للمادة 5 أولا من قانون الإجراءات القضائية المطبقة على مسائل قانون الشركات على المؤسسة المهيمنة.

بيد أنه لأسباب تتعلق بالعدل يكون من المتاح للقضاة تقسيم التكاليف القضائية بطريقة مختلفة (المادة 15 ثانيا، 2 من قانون التحكيم في قانون الشركات)، هل الحل يجعل من الممكن ضمان ألا تبقى حقوق المساهمين الخارجيين حبرا على ورق بسبب الصعوبات المالية التي كانوا سيلقونها في المطالبة القضائية.

[2]– القانون المتعلق بالإجراءات القضائية المطبق على مسائل قانون الشركات، المؤرخ في 12 جوان 2003، جريدة رسمية ص 838.

– قرار محكمة العدل الاتحادية، 20 مارس 1997، 2 II.B. 9/69، مقتبس عن:

Vanessa dessouter, op. cit, n° 850, p 305.

خلاصة المبحث الثاني

وفي صفوة القول نبرز الضوء على نتيجة التنظيم المفصل للقانون الألماني لإبرام العقود فيما بين المؤسسات بإخضاعها لقواعد صارمة جدا لاسيما فيما يتعلق بتنفيذ عقد الهيمنة وتحويل إجمالي الأرباح، غير تلك التي استهدفها المشرع الألماني، على اعتبار القيود الكثيرة التي واجهها الممارسون وبذلك تفادي هؤلاء الآخرين إلى حد كبير إبرام هاته الأنواع من العقود، فهاته العقود تجد رواجها فقط بفضل المزايا الضريبية التي كانت توفرها في الماضي قبل التعديلات التشريعية، فلم تعد هاته المزايا الضريبية حكرا على وجود مثل هذه العقود وبذلك فمستقبل الاحتكام إليها يبدو أكثر من غير مؤكد، ولذلك تبيّن أن نظام الحماية الضيق الذي كان يعتزم المشرع الألماني لعام 1956 إدراجه قد لاقى فشل جزئي، كما أن الآليات الأخرى لحماية الذمة المالية للشركة التابعة تعتبر كذلك غير كافية، سوى شرط الالتزام بموافقة الجمعية العامة هو الذي يسمح على الأقل للمساهمين الخارجيين بالحصول على معلومات عن وضع العلاقات داخل التجمع، ومع ذلك لا يمكن أن تشكل هذه الموافقة عقبة أمام اعتماد العقود المبرمة بين المؤسسات والتي تكون غير مواتية إلى حد كبير للشركة التابعة مساهميها ودائنيها الخارجيين، نظرا لأنه يتم إحساب الأصوات المخولة للمساهم ذو الأغلبية في النصاب القانوني. ويسمح الالتزام بالتسجيل الذي تخضع له العقود المبرمة فيما بين الشركات على الأقل برقابة الامتثال للأحكام القضائية لمصالح المساهمين الخارجيين والدائنين بالرغم من قصورها فإنها تشكل فائدة معينة.

خلاصة الفصل الأول

لفترة طويلة في مستساغ القانون الفرنسي، لم يأخذ سوى القانونيين المتعلقين بالضرائب والقطاع المصرفي، في الاعتبار لخصوصية الانتماء والعضوية للتجمع عن طريق إجازة المساعدات المالية، أو ما يصطلح عليها بعمليات الخزينة (opérations de trésoreries) داخل التجمع، التي تعتبر من حيث المبدأ، محظور بين الشركات المستقلة. وقد تجاهل قانون الشركات منذ فترة طويلة ظاهرة التجمع وهذا ما يفسر عدم وجود إطار تعاقدي خاص بالتجمع على غرار العقود النموذجية المسماة المبرمة بين مؤسسات المستساغة بالقانون الألماني، وهذا لا يعني أن المشرع الفرنسي لم يولي اهتماما على الإطلاق بالعلاقات المتميزة القائمة بين الشركات التي تنتمي لنفس التجمع، بل على العكس من ذلك، فقد كان المشرع الفرنسي مدركا لوقت مبكر جدا مخاطر تضارب المصالح، بيد أن اهتمامه في هذا الصدد لم يرتكز على العضوية للتجمع، وإنما على شخصية المتعاقد معهم من حيث تأثيرهم في المسائل التعاقدية على إثر الصلاحيات و المهام التي يضطلعون بها ضمن الشركة المتعاقد معها. وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد أخضع الاتفاقيات المبرمة مع أشخاص معيين إما لحظر أو لإجراء اعتماد خاص. وعلى الرغم من كينونة هذا التنظيم القانوني لا يعالج في الأصل الاتفاقيات المبرمة بين الشركات من نفس التجمع إلا بشكل جزئي وغير كامل، فإن الإصلاحات التشريعية الأخيرة لتحديث وعصرنة قانون الشركات قد أسهمت في توسيع وتمديد ذلك. وفي الواقع قد سن المشرع الفرنسي في وقت مبكر جدا، منذ عام 1867، حدودا وقيودا على الحرية التعاقدية لشركة المساهمة، وكان الهدف متمثلا في حماية الذمة المالية الاجتماعية بمنع المتعاقد معهم من استخدام مراكزهم المتميزة داخل الشركة للحصول على امتيازات متجاوز ومبالغ فيها بموجب العقد. وفي الأصل، كانت هذه الحدود للاستقلالية التعاقدية موجهة صراحة وحصرا على مديري شركة المساهمة. إلا أنه تم بعد ذلك، توسيع نطاقها لتشمل ليس فقط جميع الشركات التجارية، بل وحتى إخضاع أشخاص آخرين قد يمارسوا نفوذا معينا داخل الشركة، ومن ثم يجسدون بذلك خطر تضارب المصالح.

لا يؤثر نظام الاتفاقيات المحظورة الشاملة لعمليات الائتمان «opérations de crédit»، بسبب طبيعتها الخطر؛ كالسحب على المكشوف، الاقتراض من الشركة، جعل الشركة كفيل أو ضامن احتياطي؛ على العلاقات بين الشركات في التشريع الفرنسي ومن ثم فإنه لا يطبق إلا على المديرين الأشخاص الطبيعيين. والأشخاص الاعتباريين الذين يمارسون وكالة اجتماعية داخل الشركة ليسوا ملزمين بنظام الاتفاقيات المحظورة. ومن ثم يجوز للشركات أن تقوم بعمليات الائتمانية فيما بينها، حتى ولو كانت إحداها تمارس وكالة اجتماعية في الأخرى. أما بالنسبة للتشريع الجزائري فنجد أن

المدير الشخص المعنوي العضو في مجلس الإدارة لم يستثن من نظام الحظر وشمل الاستفادة من الاستثناء فقط الشخص المعنوي العضو بمجلس المراقبة، وبالمثل، فإن نظام الاتفاقيات المحظورة لا يقصد به التطبيق على العلاقات التعاقدية القائمة بين الشركة الأم الغير ممارسة لأي وكالة إدارية وشركتها التابعة، لأنه لا يستهدف إلا المديرين، تحت تحفظ العقاب على أساس "الشخص الوسيط" في القانون الفرنسي.

الفصل الثاني: مسئولية الشركة الأم الناجمة عن إدارة التجمع

قد تنجم سلطة اتخاذ القرار داخل الشركة من الجمعية العامة أو المديرين الاجتماعيين، فامتلاك أغلبية حقوق التصويت يتيح بشكل عام ممارسة سلطة اتخاذ القرار في الجمعية العامة، وهذه الأغلبية قد تنجم عن الاكتساب المباشر وحتى الغير المباشر لأغلبية الأصوات أو حتى من خلال إبرام الاتفاقيات بين الشركات، وأن تعيين القائمين بالإدارة سيكون أمرا مضمونا من خلال اكتساب أغلبية حقوق التصويت في الجمعية العامة، ومع ذلك قد يستفيد مساهم الأقلية من استخدام بند المصادقة «***clause d'éligibilité***»،أو حتى اتفاق التصويت مما يحد لصالحِه من اختيار المدير. وفي الواقع، مع ظهور أشكال جديدة من الأوراق المالية فإن نطاق الصلاحيات المخولة للشريك في اتخاذ القرارات الاجتماعية لم يعد يتناسب بالضرورة مع ارتفاع المساهمة في رأس المال الاجتماعي، هكذا هو الحال في فرضية اكتساب أسهم ذات أولوية في الأرباح من دون الحق في التصويت وعلى العكس من ذلك قد يكون اكتساب الأغلبية غير مطلوب ولا متطلبا لمنح سلطة اتخاذ القرار فذلك نجده لاسيما في اثر ظاهرة غياب الشركاء أو المساهمين في الجمعيات العامة، أو حتى كثرة المساهمين والتي تتيح لماسك المساهمة الذي ليس الاغلبية بالحصول بانتظام على أغلبية الأصوات المدلى بها والسيطرة على الشركة، فاكتساب غالبية رأس المال لا تعني دائما أنه أمر ضروري أو حتى كافي لتخويل سلطة اتخاذ القرار.

وبالنظر إلى هذه الاعتبارات، يبدو أن التدخل في التسيير المنشئ لوضعية السيطرة يجب أن يكون موضع تقدير على أساس كل حالة على حدة. فتحديد العتبات والقرائن المختلفة بالنصوص التشريعية ليس دليلا قطعيا على وجود الرقابة، بل هو مجرد مؤشر يستند عليه لتسهيل إقامة الدليل الثبوتي على التدخل في اتخاذ القرار في شركة ما، في حين أن المتطلبات المتعلقة بدرجة التدخل «***degré de l'ingérence***»،تكون تبعا لطبيعة وهدف القواعد القانونية الخاصة المطبقة في هذا الصدد. وإن بعض التخصصات القانونية قد استعانت بمعايير أخرى أكثر وظيفية، القادرة على استيعاب الواقع الاقتصادي للتجمع من خلال الاحتكام المستند على الآثار المرتبة على الرقابة بشكل مباشر وليس على الوسائل التي تخول الحصول على الرقابة، والذي له عدة تعريفات بحسب فرع قانون الأعمال المعنية

–وهو ما قمنا بإيضاحه في الباب الأول من هاته الدراسة–وتكملة لما سبق سنوضح عدم خلوّ التشريعين الفرنسي والجزائري من توفير بعض الحماية للشركات التابعة إزاء النفوذ الذي تمارسه الشركة الأم –عند تقلد هاته الأخيرة لوكالة اجتماعية– من خلال القواعد العامة للشركات وقانون الإجراءات الجماعية (المبحث الأول). فعلى عكس ذلك نجد القانون الألماني، قد قام بتنظيم إدارة التجمع، ففي سياق التجمع الفعلي نص على ""إمكانية إرشاد إدارة الشركة التابعة بتوجيهات غير الزامية نسبة للمصطلحين المقابلين لها بالفرنسية والألمانية (***Veranlassung / incitation***) التي تخضع لمنظومة قانونية خاصة تختلف عن منظومة التجمع القانوني(***Vertragskonzern***)، فهاته الأخيرة يخوّل المشرع الألماني من خلالها سلطة استصدار تعليمات الزامية بصورة منتظمة تجاه إدارة الشركة التابعة والتي يقابلها المصطلح الفرنسي (***pouvoir d'injonction***) (المبحث الثاني)

المبحث الأول: مسؤولية الشركة الأم كمدير قانوني أو فعلي للشركة التابعة

من الناحية الاقتصادية فإن التطرق لتسيير المؤسسة سيؤدي بنا لا محالة إلى استراتيجية المؤسسة، فإذا كانت الشركة الأم تلعب دورا مهما في تحديد السياسة العامة وتحديد الأهداف، فإن الإستراتيجية التنفيذية تؤدي في النهاية إلى إدارة الشركات التابعة والمساهمات، وبالتالي فإنه من الأفضل تحديدها في إطار التوجهات العامة لمجمع الشركات لأنها تكون أقرب للسوق، ماعدا فيما إذا كان هناك خصوصيات للسوق المحلية، حيث يمكن أن تكون هناك إستراتيجية مختلفة بالنسبة للشركة التابعة .فأهمية اختيار كيفية تسيير الشركات التابعة يرجع ليس فقط للحد من أخطاء التسيير، ولكن أيضا من أجل ضمان خط استراتيجي صحيح، وحتى يتحقق ذلك فلا بد من أن تكون الشركة الأم قادرة على تعيين مديري الشركات التابعة وامتلاك حق الاعتراض عن طريق امتلاك الأغلبية أو ميثاق المساهمين أو متقلدة لوكالة اجتماعية ضمن هاته الأخيرة، على اعتبار مركز المدير القانوني سيسمح لها بتوجيه ورقابة نشاط شركتها التابعة عن كتب.

فيكمن الهدف من رقابة سير شركات مجمع الشركات، في ضمان إدارة إستراتيجية للمجموعة ككل، فمن حيث المبدأ، استراتيجية الشركة التابعة تحددها بالضرورة إدارة الشركة التابعة، بينما الواقع مغاير على اعتبار دور الشركة التابعة يقتصر على التنفيذ عمليا، فالإستراتيجية تحدد على مستوى هيئات مجمع الشركات أو من قبل إدارة الشركة الأم، وإذا كانت إستراتيجية الشركة التابعة عامة تحدد انطلاقا من معلومات ميدانية، يبقى على مجمع الشركات أن يتكامل ضمن إستراتيجية عامة، إلا إذا قبل أن تكون هناك مجرد روابط مالية أو تقارب مالي لمجموعة شركات. وفي الواقع فإن حرية التنفيذ بالنسبة للشركات التابعة تندرج ضمن توجيهات إستراتيجية (قواعد تسيير) ، وعلى هذا النحو تكملة لذلك وجب التطرق للقواعد العامة للقانون التجاري كأسس لتقدير الحرص في إدارة التجمع في التشريعين الجزائري والفرنسي ؛ انطلاقا من مبدأ عدم جواز الجمع بين المسؤولية الخاصة الواردة عند افتتاح إجراءات التسوية أو التصفية القضائية تجاه الشركة التابعة –الإجراءات الجماعية– وتلك المقررة خارج هاته الإجراءات، قد تقرر في بادئ الأمر التطرق للمسؤولية طبقا لقانون الشركات (المطلب الأول)، ومن بعض ذلك التطرق للمعالجة القضائية للمسؤولية عن تعريض الشركة –التابعة– لخطر القضاء على استمراريتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المسؤولية طبقا لقانون الشركات

يمكن أن إقامة مسؤولية الشركة الأم استنادا إلى تدخلها في إدارة الشركة التابعة مع ما يترتب عن ذلك من نتائج، إلا إن الإحاطة بمفهوم المسير تكتسي نوع من الصعوبة نظرا للحالات والصور العديدة التي يظهر في شكلها بحسب نوع الكيان. على اعتبار أن المسير هو الشخص الذي يترأس ويمثل الشخص المعنوي بموجب صلاحيات وسلطات تسند له وفقا للقانون أو القانون الأساسي أو ذلك الذي دون أن يكون موكل قانونيا، يمارس فعليا سلطة الإدارة والتسيير في المؤسسة ويقود مسار الشخص المعنوي. كما أنه من الجدير بالملاحظة أن مصطلح" مسير" بالمفهوم الواسع والذي يقصد به باللغة الفرنسية «Dirigeant»أو«Chef d'entreprise» يختلف عن مصطلح مسير بالمفهوم الضيق التي تعني «Gérant»أو مدير«Directeur» . فاستعمال الكلمة في القانون التجاري وردت أحيانا مشيرة إلى المفهوم الواسع وأحيانا أخرى إلى المفهوم الضيق مع الإشارة إلى أن مفهوم المسير ليس من المفاهيم السهلة نظرا لاستعمالها في التشريع والقضاء بصفة مختلفة ومتعددة، مما يبرر التوسع الذي عرفه هذا المفهوم (فرع أول). ومن بعد ذلك وجب التطرق للفرق بين التدخل في الإدارة وظاهرية وحدة المؤسسة كأساسين متقاربين لإسناد المسؤولية للشركة الأم – على اعتبار أن الأساس الثاني أعم وأشمل من الأساس الأول–(الفرع الثاني).

الفرع الأول: التدخل في الإدارة والاتجاهات المختلفة لمفهوم المسير في مجال الأعمال

ظهر مصطلح "مسير" في مجال قانون الأعمال وبالأخص في مجال قانون المؤسسة وبمفهومه الحالي، في بداية القرن 19 في نفس الوقت الذي تطورت فيه وظيفة تسيير وإدارة المؤسسة. فالإلمام بمفهوم المسير على عكس ما يمكن اعتقاده في أول وهلة، ليس بالمهمة السهلة نظرا لتعقيده وتشعبه مما يقودنا إلى التطرق إلى الاتجاه الضيق لهذا المفهوم وكذا إلى الاتجاه الموسع له وكذا الاستعمالات المختلفة لمصطلح "مسير" من طرف المشرع الجزائري التي تختلف من نص قانوني إلى أخر.[1]

- [1] وفقا لمقتضيات الأخذ بمفهوم المسير في معناه الموسع نجد تصنيفات جديدة نذكرها على التوالي:

– **إسناد صفة المسير للمسيرين المؤقتين- الحراس القضائيين والمصفيين**–: حيث أن القضاء الجزائي وسع مجال المسؤولية الجزائية إلى أشخاص لا يعترف لهم بصفة صريحة ومباشرة القانون التجاري في أحكامه المتعلقة بالشركات ولا القانون المدني بصفة المسيرين. "يعد القضاء الفرنسي المبتكر الأول لنظرية المسير المؤقت، التي جاءت كتقنية أو وسيلة لتجاوز المخاطر المترتبة عن الأزمات التي قد تعترض الشركة، حيث يقوم هذا المسير بالتسيير المؤقت للشركة، وذلك للحيلولة دون تضرر هذه الأخيرة أو المساهمين أو الغير". ما يمكن ملاحظته هو أن التسيير المؤقت لا يحول دون مساءلة المسيّر المؤقت جزائيا في حال ارتكابه لأفعال تعد جرائم في قانون الشركات أو بعض القوانين العامة أو الخاصة، وذلك شأنه شأن المسير القانوني"؛ وبعكس ما يتبادر إلى الذهن بشأن ما إذا كان المسيِّر المؤقت يتولى فعليا تسيير الشركة، خاصة

وأنه متصرف قضائي أي معين من طرف القضاء، فإنه لا يمكنه القيام بذلك على اعتبار أنه خرقا لحصرية أجهزة الشركة في تولي التسيير، فمهمته تنحصر فقط وعلى سبيل المثال في شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة، في دعوة الجمعية العامة للانعقاد قصد انتخاب أعضاء مجلس إدارة جدد، فهو لا يحل محل هيئات التسيير، ولا يتولى صلاحياتها، وإنما يهيئ الظروف أو يدعو لتعيين أو انتخاب المسيّر القانوني بسبب وجود أزمة أو خلافات بين الشركاء أو المساهمين قد تكون نتيجة انتهاء مدة انتداب المسيرين، أو عزلهم أو استقالتهم وتعذر تعويضهم، كما قد يتولى مهمة محددة وفي نطاق ضيق في حالة وجود خطر أو حالة استثنائية لدرء الضرر عن الشركة، ولكن ليس التسيير بمفهومه الواسع في ظل قانون الشركات. فتعيين المسير المؤقت يبقى حدثا استثنائيا، فهو يعين من طرف القضاء ويمكن أن يكون أجنبيا عن الشركة، وأثناء قيامه بمهامه من حيث المدة والطبيعة، يمكن متابعته كمسيّر قانوني في حال ارتكابه لجريمة تدخل في نطاق التسيير، فهو وإن كان معينا عن طريق القضاء إلا أنه يتخذ وصف المسير القانوني لمهمته المحددة، في ظل أحكام القانون الجنائي للأعمال.(راجع في ذلك: ابن خدة رضي، محاولة في القانون الجنائي للشركات، تأصيل و تفصيل ، الطبعة الثانية، مكتبة السلام ، الرباط 2012، ص 151.) والنص الوحيد الذي يضبط الحقوق والالتزامات المرتبطة بهذه الصفة، والذي يكيف بصفة غير مباشرة المصفي، أو الحارس القضائي كمسير للمؤسسة، يكمن في الأمر 96-23 المؤرخ في 09 جويلية 1996 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، حيث أن المادة الثانية منه تعهد له مهمة تسيير أموال الغير بموجب حكم قضائي، كما أن الاجتهاد القضائي يستند على توسيع نطاق المسؤولية الجزائية للمسيّر إلى الحارس القضائي والمصفي بصفتهما يقومان بتسيير وإدارة المؤسسة مؤقتا وبصفة فعلية. بالفعل، فإن الحارس القضائي وكذا المصفي يعتبران مسيران فعليان، وبالتالي مديران للمؤسسة مؤقتان، فالمصفي هو الشخص الذي يعهد له تصفية الشركة، وقد يكون ممثلا في عدة أشخاص، حيث تنص المادة 145 من القانون المدني على ذلك، ولقد خصص القانون التجاري القسم الخامس للتصفية، وذلك من المادة 765 إلى المادة 795 . (الأمر 96-23 المؤرخ في 09 جويلية 1996 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، منشور في الجريدة الرسمية العدد 43 المؤرخة في 1996/07/10.).

-**القائم بالإدارة المنتدب:** إن المسير المعهود له سلطة التسيير والإدارة بالنيابة في حالة غياب المسير القانوني أو عجزه أو مرضه يمكن أن يكون مسؤولا جزائيا عن الجريمة التي تقع خلال عهدته، ويمكن أن يتعلق الأمر بالقائم بالإدارة المنتدب، حيث يجوز لمجلس الإدارة، في حالة وقوع مانع مؤقت، أن ينتدب قائم بالإدارة ليقوم بوظائف الرئيس، وفي هذه الحالة يمنح الانتداب لمدة محددة قابلة للتجديد، وفي حالة الوفاة أو الاستقالة أو الإقالة، يستمر الانتداب إلى غاية انتخاب رئيس جديد، ويجب أن تتوفر في القائم بالإدارة نفس الشروط المطلوبة لتعيين الرئيس، ويتمتع بنفس السلطات ويتحمل نفس المسؤولية المدنية والجزائية عن أعمال التسيير التي تدخل ضمن وظائفه.

(Cf. Tayeb Belloula, Les sociétés commerciales, Berti Editions, deuxième édit., 1999,.p.239.)

-**القائم بالإدارة المؤقت في المجال المصرفي:** وهنا نشير إلى أن القائم بالإدارة المؤقت نصت عليه المادة 113 من قانون النقد والقرض، حيث يمكن للجنة المصرفية تعيين قائم بالإدارة مؤقتا تنقل له كل السلطات اللازمة لإدارة أعمال المؤسسة المعنية أو فروعها في الجزائر وتسييرها ويحق له إعلان التوقف عن الدفع، ويتم هذا التعيين، إما بناء على مبادرة من مسيري المؤسسة المعنية إذا قدروا أنه لم يعد باستطاعتهم ممارسة مهامهم بشكل عاد، وإما بمبادرة من اللجنة إذا رأت أنه لم يعد بإمكانهم إدارة المؤسسة المعنية. ولما تتصرف اللجنة المصرفية بتعيين القائم بالإدارة مؤقتا، فإنها تمارس سلطات شرطة الضبط الإداري بهدف حماية النظام العام الاقتصادي عن طريق تقوية حماية مصالح المودعين، هذا مع العلم أن سلطة تعيين هذا الشخص باعتباره إجراء يمس بحرية الملكية يعود ممارسته للقاضي التجاري وحده باعتباره الحامي الوحيد بنص القانون للحريات والملكية. ويعتبر منع مسيري المؤسسات المتواجدين في حالة إفلاس من حق التسيير، آلية منحها القانون لهذه اللجنة من أجل الحفاظ على مصالح الدائنين، وبهذا تتمتع اللجنة المصرفية بنفس السلطات التي تتمتع بها السلطة القضائية. وإن المشرع الجزائري قد جانب الصواب حيث قد أغفل الجانب الردعي للأفعال المجرمة في إطار التسيير المؤقت، فكان من المستحسن تكملة الإطار القانوني للمسير المؤقت من خلال سن مواد جزائية لتجريم الأفعال الخطيرة التي قد يرتكبها خلال ممارسة مهامه بذات الصفة من تعسف واستيلاء وتبديد الأموال الكيان وعرقلة أي عمل رقابي.

(راجع في ذلك: الأمر 11 / 03 المؤرخ في 26 أوت 2003 والمتعلق بالنقد والقرض والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 52 الصادرة ب 2003/08/27، قد تم تعديله بموجب الأمر 10-04، وتجدر الإشارة إلى أن قانون النقد والقرض والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 50؛ شامبي ليندة، الائتمان المصرفي، أطروحة دكتوراه في الحقوق ، جامعة الجزائر 1، سنة 2006، ص.448 .)

-**إسناد صفة المسير بعد العزل أو الاستقالة:** إن انتهاء مهام المسير بالعزل أو بالاستقالة لا تضعه بعيدا عن المتابعات الجزائية، فالمسؤولية الجزائية تبقى قائمة، رغم انتهاء المهام، وذلك في حالة ما إذا كانت الأفعال المجرمة سابقة لعزل أو استقالة المسير أو في حالة اكتشاف الجريمة بعد عزل المسير أو استقالته، ويكون هذا الأمر محتملا في قضايا التزوير وقضايا الإخفاء، حيث أن اكتشاف الجريمة يكون لاحقا لوقوعها. وبالمقابل، لا يمكن للمسير أو المدير أن يكون مسؤولا عن الجرائم المرتكبة بعد مغادرته للمؤسسة شريطة أن يكون الانتهاء والتوقف عن مهامه

فكما يقول الأستاذ "دين جيريبيلا": "ليس من السهل تحديد مفهوم المسير وذلك بسبب تعقيده وكذا بسبب التطور الذي قد يعرفه هذا المفهوم حاليا ومستقبلا، وأن هذا المفهوم له علاقة بعدة فروع من القوانين الخاصة مثل القانون التجاري وقانون العمل وقانون العقوبات والقانون الجبائي فكل واحد من هذه القوانين يساهم في وضع عناصر لهذا المفهوم" .[1]

فهل المسير هو الممثل القانوني للكيان أم هو المساهم الحائز على أغلبية الأسهم والذي بحكم هذه المكانة يحوز على سلطة توجيه السياسة الاقتصادية والاجتماعية للمؤسسة؟ أم هو الإطار السامي المكلف بقطاع خاص في الشركة؟ أم هو المدير التقني؟ وما هي العلاقة بين مفهوم المسير والأجير؟

والإجابة عن هذه الأسئلة نجدها في مختلف فروع القانون المذكورة آنفا مع الإشارة الى أن بعض الحلول تتسم بالناجعة مثل تلك المتعلقة بالإدارة، التفويض الشخصي أو الوظيفي، اعتبار الأجير أو العامل بمثابة مسير في المجال القانوني والجبائي. والشيء الملاحظ هو أنه تم تطور وتغيير ملحوظ في طريقة تسيير وإدارة المؤسسات بمختلف أنواعها وهذا راجع إلى تطور الاقتصاد.

والجدير بالتذكير أن كافة التشريعات الحديثة، تقر أن المسير قد يكون قانونيا أوفعليا فلهذا يتعين أن نتطرق أولا إلى مفهوم المسير القانوني المعين قانونا أو بموجب القانون الأساسي للكيان وهو المسير الذي يكتسي عدة صفات وتسميات على حسب طبيعة ونوع المؤسسة سواء كانت فردية أم شركة أم تجمع ذي منفعة اقتصادية ثم نتطرق إلى مفهوم المسير الفعلي في الفرع الثاني وفي الفرع الثالث نتطرق إلى التوسيع الذي عرفه مفهوم المسير في حالات أخرى مثل حالة تعدد المؤسسات أو تجمعها وحالة المسير المؤقت، كما أن الجدير بالمعاينة هو صعوبة وضع منظور موحد لمفهوم المسير، فهناك اتجاه ضيق لهذا المفهوم يضم الأشخاص القائمين بالتسيير والإدارة المعينين بموجب نص قانوني أو بموجب العقد التأسيسي، وهناك اتجاه واسع يضم كل شخص يقوم بتسيير وإدارة المؤسسة بصفة فعلية.

فعليا. والرئيس المدير العام الذي لم تشهر استقالته، يمكن متابعته من أجل عدم تسديد المستحقات لدى صندوق الضمان الاجتماعي والتي تقع على عاتق المؤسسة. كما أن الاستقالات الاضطرارية في حالة اللجوء إليها لتفادي الوقوع في حالة التوقف عن الدفع تعتبر غير منتجة لآثارها. (Cf. Cass .crim.16/06/1976 n°74-92.202,D 1976 ,IR , p.239; Cass .crim.28 fev.1968,n°93-011.66, bull .crim,n°72,p171.)

راجع: عياطة نايلة، المسؤولية الجزائية للمسيرين في عالم الأعمال، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1 –بن يوسف بن خدة– كلية الحقوق، ص.71.

[1]-DeenGIBIRILA , le dirigeant de société, statut juridique, social, et fiscal, litec, 1995, p.3.

أولا–الاتجاه الضيّق لمفهوم المسيّر: المسير القانوني

لقد حدد بعض الباحثين المسيّر القانوني في ذلك الشخص الذي يتولى بصفة نظامية مهام الإدارة أو التدبير أو التسيير في الكيان، أي كل الأعضاء القانونيين للشخص المعنوي المعينين بصفة نظامية، والذين يناط بهم تدبير شؤون الشركة ، أما دون ذلك كالشخص الطبيعي الذي تتوفر فيه هذه الشروط لكونه تابعا، أو لا يقوم بمهام الإدارة، فلا يعتبر مسيّرا[1]، والمشرع في مختلف القوانين الوطنية والأجنبية، قد استعمل مصطلحات مختلفة للدلالة على صفة المسيّر مثل مدير، مدير عام، رئيس..، وهذا الاختلاف يعود من جهة إلى المفاهيم المستعملة في عدة قوانين مثل قانون العمل، القانون التجاري،... ومن جهة أخرى إلى تنوع أشكال الشركات والمؤسسات (شركة تضامن، شركة مساهمة، تجمع ذي منفعة اقتصادية، شركة ذات مسؤولية محدودة، شركة التوصية البسيطة...).[2]

إن ما ينبغي إضافته في هذا الشأن أن هنالك العديد من العوامل الاقتصادية والقانونية التي تتحكم في اختيار الشكل القانوني الذي تتخذه الشركة التابعة؛ ففي حين أن القانونين الفرنسي والجزائري لم يشترطا شكلا معينًا لها، فالشركات التابعة قد تتخذ أي شكل قانوني واختياره يستند إلى ظروف إنشائها والهدف من ذلك: طبيعة النشاطات، أهمية الاستثمارات، مقدار المساهمات .. وما إلى ذلك من أمثلة فعندما يوكل إلى الشركة التابعة أنشطة صناعية وتجارية كبيرة، تستلزم وجود أموال ضخمة وعدد كبير من العمال فإن الشكل الملائم لها هو الشركات ذات الأسهم وبالتحديد شركة المساهمة، أما إذا كانت وظيفة الشركة التابعة محدودة نسبيا لا تحتاج إلى أموال كبيرة وعمال كثر مثل شركة تابعة مهامها البحث والتطوير، فإنها تتخذ شكل ذات المسؤولية المحدودة أو شركة ذات التوصية البسيطة أو التضامن أو مثلما هو عليه الحال في فرنسا شركة المساهمة المبسطة أو حتى في بعض الأحيان باتخاذ شكل الشركة المدنية. فقد تتخذ الشركات التابعة أي شكل من أشكال الشركات التجارية أو المدنية على النحو السابق تبيانه، وكل شكل يحقق إيجابيات معينة ويرتب سلبيات مقابلة لها، واختياره يستند إلى هدف الشركة المراقبة والوظائف التي سوف توكل إلى الشركة التابعة.

---

[1]– ويقصد بالمسير وفق هذا الاتجاه، المسير الذي أشار إليه القانون بنص صريح أو القانون الأساسي للكيان محل الإدارة والتسيير ومنحه هذه الصفة مع تحميله مسؤولية الأفعال التي تقع في إطار نشاط الكيان الذي يسيره، مع ما يمكن أن ينتج عنها من أضرار اتجاه خزينة المؤسسة أو تجاه المنافسين أو الدائنين أو حتى اتجاه العمال التابعين والمستهلكين.

(راجع في ذلك: بوتشيش ثريا، المسؤولية المدنية و الجنائية للمسير في شركة المساهمة، رسالة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2003–2004 ، ص.18.)

[2] -Gerard LE GRAND , La responsabilité fiscale des dirigeants d'entreprise , litec, groupe lexix Nexis .2002, édition Juris classeur, p.3.

1- شركات الأشخاص ماعدا شركة المحاصة كشركة تابعة

-شركة التضامن *S.N.C*، شركة التوصية البسيطة -*S.C.S*

يتم اتخاذ هاته النماذج من الهياكل الاجتماعية فقط إذا أوكلت للشركات التابعة مهام تنعدم أو تقل فيها المخاطر الاقتصادية والمالية على اعتبار أن المسؤولية التضامنية والغير المحدودة للشركة المراقبة عن ديون شركاتها الأشخاص هو أمر ينبغي أخذ الحيطة منه. [1]

وعليه سنذكر تباعا إيجابيات وسلبيات هاته النماذج، فأما عن إيجابيات الاحتكام لهاته الأشكال التجارية تتمثل في كون:

- إجراءات الإنشاء والتسيير بسيطة وغير مكلفة[2]؛
- يشترط فقط شريكين لإنشائها؛
- لا يوجد حد أدنى لرأسمالها؛
- إمكانية كينونة الشركاء أو حتى القائمين بالإدارة أشخاص معنويين، وعليه تستطيع الشركة المراقبة أن تسير الشركة التابعة بنفسها؛ كون الاشتراط القانوني للإجماع حتى يتم التنازل عن الحصص يسمح بتفادي دخول أشخاص غير مرغوب فيهم .

وعن السلبيات فتتمثل في كون:

---

[1] – فشركة التضامن المصطلح عليها في التشريع الفرنسي المقارن ب"شركة الاسم الجماعي" (Société au nom collectif)، من الناحية الاقتصادية تناسب المشروعات الصغيرة التي تقوم بين أشخاص لهم صلة شخصية كأعضاء الأسرة الواحدة أو الأصدقاء. راجع في ذلك: نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص)، دار هومة، ص. 123.

[2] – صفة مسيّر المؤسسة في حالة التسيير الفردي تسند إلى المسيّر الوحيد، الذي أطلق عليه المشرع الجزائري تسمية "المدير"، إذا تم تعيينه بهذه الصفة في القانون الأساسي أو في عقد لاحق. ففي هذين النوعين من الشركات، قد يتفق الشركاء في العقد التأسيسي على تعيين المدير سواء كان من الشركاء أو من الغير، وفي هذه الحالة يسمى بالمدير الاتفاقي، ولا يشترط لتنسب هذه الصفة له أن يكون تعيينه بموجب القانون الأساسي للشركة، فقد يتم تعيينه في وقت لاحق، وقد يسكت عقد الشركة عن تعيين المدير فيه، فيقوم الشركاء بعد ذلك بتعيينه في عقد أو اتفاق مستقل عن العقد التأسيسي للشركة، وفي هذه الحالة يطلق على المدير تسمية المدير غير الاتفاقي.

وهنا يشار إلى أنه إلى جانب هذه الحالة التي يكون فيها التسيير فرديا، يمكن أن يكون الشركاء كلهم مديرين إذا لم ينص القانون الأساسي للشركة على خلاف ذلك. وفي هذه الحالة الأخيرة تعود إدارة الشركة لكافة الشركاء، كما جاء في نص المادة 559 من القانون التجاري ونكون أمام تسيير جماعي للكيان، وهذا ما سنتطرق إليه في الفقرة الموالية.

(راجع في ذلك: نادية فضيل، نفس المرجع.)

- المسؤولية الشخصية والتضامنية لا تلاءم الهدف الأساسي من إنشاء التجمع وهو تقاسم المخاطر؛
- عدم إمكانية إخراج الشريك دون رغبته لأن هناك اشتراط الإجماع للتنازل عن الحصص[1]؛
- تقاسم الإدارة بطريقة مشتركة وفي حالة عدم تعيين مدير يتولى الشركاء القيام بأعمال الإدارة بصفة جماعية .[2]

فيترتب على الأخذ بهذا الشكل لتكوين الشركات التابعة القائمة بنشاط خارجي جعل الشركة الأم مسئولة تضامنيا عن ديون شركاتها التابعة، إذ قد يترتب على توقف الشركة التابعة عن الدفع امتداد الإفلاس إلى الشركة الأم لهذا قلما تستعمل الشركة المسيطرة هذا الشكل لإنشاء شركات تابعة ذات نشاط خارجي وفي حالات خاصة مثلا: إذا كانت الشركة التابعة ميسورة ماليا ويكون لها فائض في الخزينة، في حين الأوضاع المالية للشركة الأم غير مريحة، فتقوم هذه الأخيرة بتحويل الشركة التابعة إلى شركات تضامن، وتجري المقاصة بين أرباح الشركة التابعة والنتائج السلبية للشركة الأم. لكن هذه العملية، يجب أن تكون مدروسة ولمدة زمنية محددة، لكيلا تؤدي إلى نتائج عكسية إذا تغيرت الأوضاع المالية للشركة التابعة. إذ قد يصبح تحويلها إلى شركة مساهمة غير ممكن لأنه يشترط لذلك رأسمال معتبر. إن ما سبق ذكره ينصرف إلى شركة التوصية البسيطة إذا كانت الشركة الأم الشريك المتضامن فيها؛ فاعتماد هذا الشكل الاجتماعي عند تخصيص الشركة التابعة بنشاط الداخلي بسبب أن المسؤولية التضامنية والغير محدودة للشركاء المتضامنين لا تشكل خطرًا إذ أن هذه الشركات لا تتعامل مع الغير، مثلا: شركات تسيير الموارد البشرية داخل المجموعة. أو شركات تتولى مهام البحث والتطوير أو تقوم بعمليات الخزينة ... وما إلى ذلك، توجد اعتبارات تدفع الشركة المراقبة إلى الأخذ بهذا النوع فيما يخص الشركات ذات النشاط الداخلي وتخص التملك المباشر لعوائد نشاط الشركات الأشخاص

- [1]أما عن عدم جواز انتقال حصص الشركاء؛ فتنص المادة 560 من القانون التجاري الجزائري على أنه "لا يجوز أن تكون حصص الشركاء ممثلة في سندات قابلة للتداول، ولا يمكن إحالتها إلا برضا جميع الشركاء، ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن"، ويلاحظ من هذه المادة أن المبدأ العام هو عدم جواز التنازل عن الحصة سواء بعوض أو بلا عوض، وهذه نتيجة طبيعية لما لشخصية الشريك من أهمية كبرى للشركة، وإذا حصل أن تم التنازل فإن المشرع اشترط إجماع الشركاء، غير أن الملاحظ أن المشرع لم يحدد المتنازل إليه إن كان من الغير أو من الشركاء أنفسهم، وذلك أن التنازل عن الحصة لأحد الشركاء جائز طالما أنه لا يمس بالاعتبار الشخصي، ومتى كان التنازل عن الحصة جائز فيجب إثبات ذلك بعقد رسمي إذ يعتبر ذلك حوالة لحق الشريك قِبل الشركة فيجب على الشركة بدورها أن تقبل هذه الحوالة بعقد رسمي بعد تبليغها بذلك بعقدٍ رسمي بخلاف القواعد العامة (الحوالة في القانون المدني)،كما أن هذا التنازل لا يسري في مواجهة الغير إلا بعد شهره و نشره على أساس أنه تعديل أدخل على عقد الشركة، ما نصت عليه صراحة الفقرة 2 من المادة 561 من القانون التجاري الجزائري. نظرا لأن شركة التضامن تقوم على الاعتبار الشخصي بمعنى الثقة المتبادلة بين الشركاء فإن هذا الاعتبار هو شرط ابتداء وشرط بقاء في نفس الوقت. إلا إذا تضمن القانون الأساسي خلاف ذلك.

- [2] زايدي أمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية –دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه تخصص قانون الأعمال، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2013–2014، ص.45.

وهذا يترتب عليه تجميع محاسبي آلي لنتائج شركات تابعة والشركة المسيطرة. كما أن الأرباح المحققة لا تخضع للضريبة باسم شركة التضامن لكن باسم كل شركة عضو. لهذا يجب توخي الحذر وعدم منح أي نشاطات مربحة لهذه الشركات التابعة، لأن الشركات الأعضاء يسألون عنها في ذمهم الخاصة، فشركة التضامن العاجزة ماليا تشكل عبأ ثقيلا لأنها تدفع الشركات الأعضاء إلى مساندتها ماليا لتفادي توقفها عن الدفع من ثمة إفلاسها وإفلاسهم شخصيا.

2- شركات المساهمة التقليدية Société Anonyme والمبسطة S.A.S كشركات تابعة

يتم الاحتكام إلى شركات المساهمة كأنموذج لتشكيل شركات تابعة جديدة أو حتى المساهمة في إحداها إذا كانت قائمة مسبقا على اعتبار أنها تتلاءم مع التولي بالقيام باستثمار أموال كبيرة ونشاطات مالية وتجارية حقيقية سواء كانت مغلقة أو تلجأ إلى الادخار العام، وفي شأن هذا الأسلوب توفير مزايا ومساوئ سنذكرها تباعا؛ فأما عن المزايا تكون نتيجة:

- تقسم رأسمالها إلى أسهم سهلة التداول ويمكن أن تعرض للادخار العام حيث يمكن ذلك من الحصول على الأموال التي تحتاجها الشركة التابعة للقيام بالمشاريع؛
- وجود نظامين للإدارة أما عن الأول المتمثل في النظام كلاسيكي والذي يقسم التشعب الإداري إلى مجلس الإدارة والرئيس والمدير العام ونظام جديد يقسم التشعب الإداري إلى مجلس المديرين ومجلس المراقبة[1]؛
- كونها تلاءم عمليات إعادة الهيكلة؛ وكذا عن آخر وأهم ميزة توفرها في كينونة مسؤولية المساهمين محدودة بمقدار الأسهم.

أما عن مساوئ هاته الأخيرة فيمكن تلخيصها في نقطتين: الأولى كون نظام التسيير وكذا قواعد التصويت والأغلبية للجمعيات العامة منظمة بقواعد آمرة هذا ما يجعله مرهص، كما أنه لا يجوز أن تنشأ برأس مال متغير.

وما يمكن استنتاجه بشأن التدخل في إدارة شركة المساهمة التابعة قد عدل القانون التجاري الفرنسي أحكام الجمع بين الوكالات في تسيير الشركات حتى يجعل من السهل تسيير التجمع وتنفيذ

[1] – فإسناد صفة المسيّر أو المدير كما يطلق عليه في بعض النصوص القانونية أو المؤلفات، يعتبر من السهل نسبيا في حالة المؤسسة أو الشركة التي يكون تسييرها فرديا، ويكون لها ممثل واحد سواء كان معينا بموجب القانون الأساسي أو تسند له هذه الصفة بموجب أحكام القانون التجاري، ولكن الأمور تتعقد في حالة المؤسسات الضخمة أو معقدة الهيكل مثل: شركة المساهمة (نظام تقليدي أو نظام حديث)؛
(راجع في ذلك: عياطة نايلة، الأطروحة السابق الإشارة إليها، ص.66.)

الاستراتجيات المخطط لها من فبل الشركة الأم[1]، أما التشريع الجزائري ظل متمسّكا بتطبيق قواعد العامة والمعالجة العزلية لإدارة للشركة التابعة بغض النظر عن انتمائها لأي تجمع، فإذا كنا أمام النمط القديم للتسيير أن بالرغم من أن النصوص القانونية بشأن الاختصاصات الممنوحة لمجلس الإدارة مع القيود الواردة بشأنها قد تم تكرارها في شأن رئيس المجلس[2]، على إثر ذلك ينبغي التفرقة ما بين أعضاء مجلس الإدارة ورئيس المجلس والمديرين العاميين، باعتبار أن أعضاء مجلس الإدارة يوجهون

[1] - notamment dans le cas des "dirigeants" du groupe de sociétés et le cumul des mandats ; le groupe étant dépourvu de la personnalité morale, son fonctionnement résulte de l'action des dirigeants des sociétés du groupe. Le statut juridique de ces dirigeants à savoir, leurs nominations, leurs pouvoirs, la cessation de leurs fonctions résulte des règles de droit commun applicable dans chaque type de société. Les conséquences particulières de l'existence d'un groupe ont cependant conduit le législateur à édicter des règles spécifiques notamment en matière de cumul du mandat social et du contrat de travail des dirigeants de sociétés constituant un groupe ; à travers l'article L225-21 ; il faut noter qu'une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats d'administrateur de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français.
Sauf exceptions à été édicter concernant les dirigeants de sociétés constituant un groupe
Ainsi, ne sont pas pris en compte pour le calcul du nombre de mandats, les mandats d'administrateur ou de membre de conseil de surveillance, dans les sociétés qui sont contrôlées, au sens de l'article L 233-16, par la société dans laquelle est exercé un mandat ; et dont on trouve que la jurisprudence a été confronté a de tel cas : la société mère peut conserver à l'égard du mandataire, dont elle fixe la rémunération, les prérogatives de l'employeur et l'intéressé se trouver sous sa subordination juridique.(Cass. soc., 11-03-2003, n° 01-40.813, publié) ; Le contrat de travail conclu avec la société mère, ayant pour objet la direction de filiales, celles-ci désignant ensuite l'intéressé en tant que directeur général, est licite.(Cass. soc., 20-03-1996, n° 92-41.581, inédit) ; Le salarié d'une holding, qui a pour fonction d'être dirigé ou mandaté au sein des filiales du groupe, doit pouvoir être indemnisé au titre de son licenciement pour une cause réelle et sérieuse.(Cass. soc., 04-03-1997, n° 93-44.805) ; Un administrateur en fonction ne peut conclure un contrat de travail avec la société qui l'emploie, peu importe que ledit contrat ait été transféré de la société mère à sa filiale.(Cass. soc., 06-10-1993, n° 92-40.077) ; Aucune disposition de la loi du 24/06/66, dans sa rédaction antérieure à la loi du 15/05/01, ne s'oppose à ce qu'un cadre dirigeant, s'il n'est pas administrateur, cumule les fonctions de DG investi d'un mandat social, avec celles de DG technique salarié.(CA Versailles, 12e ch., 1, 13-05-2004, n° 02/07215) . Il peut recevoir mandat pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'un salarié employé par ces filiales, sans qu'il soit nécessaire que la délégation de pouvoir soit donnée par écrit.(Cass. soc., 19-01-2005, n° 02-45.675)

[2] – انطلاقا من مقارنة صلاحيات المجلس المذكورة في المواد: 622 و623 من القانون التجاري الجزائري التي تقتضي بتمتع مجلس الإدارة بسلطات عامة لتسيير الشركة باعتباره الجهاز التنفيذي فيها، أي يجوز له القيام بجميع الأعمال التي تتفق وغرض الشركة دون التفرقة بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف، والمادة 638 من القانون التجاري الجزائري التي تحدد صلاحيات رئيس المجلس.
وبالنسبة لفرضية التسيير الفردي لشركات المساهمة الكلاسيكية ذات مجلس الإدارة، فإن رئيس مجلس الإدارة هو الذي بمناسبة تكفله بمهام وسلطات الإدارة العامة للشركة يعتبر الشخص المسؤول، مالم يفوض سلطاته إلى مدير عام أو مدير، وهذا طبقا لنص المادة 638 من القانون التجاري التي تنص "يتولى رئيس مجلس الإدارة تحت مسؤوليته، الإدارة العامة للشركة ويمثل الشركة في علاقاتها مع الغير، ويتمتع الرئيس بالسلطات الواسعة للتصرف باسم الشركة في كل الظروف....". ففي بعض الفرضيات نكون أمام وجود تفويض للصلاحيات، الذي يعتبر ممارسة يبررها الطابع غير المستقر لمهام القائمين بالإدارة. وعلى اعتبار أن عدد اجتماعات المجلس يكون مختلفا بين الشركات، خاصة بحسب نشاطها وحجمها، كما أنّ مجلس الإدارة لا يمارس رقابة فعلية على الرئيس المدير العام، إلا إذا كانت له سلطة عزله، مما يجعل القائمين بالإدارة غير متمتعين بالسلطة والاختصاص اللازمين للسهر على تطبيق القانون، وهذا ما يبرر المنظور القائم على أن الرئيس المدير العام الذي يسيّر المؤسسة بصفة دائمة ومستمرة هو المسؤول مدنيا وجزائيا مالم يعين مديرا عاما للقيام بمهام التسيير، وهذا ما جاء في نص المادة 639 من القانون التجاري والتي مفادها أنه يجوز لمجلس الإدارة بناء على اقتراح الرئيس أن يكلف شخصا واحدا أو اثنين من الأشخاص الطبيعيين ليساعد الرئيس كمديرين عامين؛ حيث أنه في شركات المساهمة صغيرة الحجم مثلا، فإن مجلس الإدارة لديه دور رمزي، يجتمع مرة في السنة قبل انعقاد الجمعية العامة العادية، وهذا الالتزام بمقتضيات القانون، أما في شركات المساهمة الضخمة ذات النشاط المكثف، فتعقد اجتماعات مجلس الإدارة مرتين في كل شهر تقريبا

السياسة العامة للشركة من خلال الرقابة والمصادقة على القرارات التي يقترحها الرئيس، والذين من بينهم يمكن للشخص الاعتباري –الشركة الأم– أن يكون عضوا؛ إلا أن تسيير الشركة الحقيقي والعادي هو موكول لرئيس المجلس والمديرين العامين. فيُعهد التسيير اليومي للشركة وإدارتها وتمثيلها بالنسبة للغير وأمام القضاء لرئيس مجلس الإدارة الذي ينتخب من طرف هذا المجلس[1]. وبناء على ما تم ذكره وإسقاطه في فرضية التجمعات، فإنه لن يكون لرئيس مجلس إدارة شركة المساهمة التابعة أي استقلالية في اتخاذ القرار الاقتصادي إذا كانت الشركة الأم عضو في مجلس الإدارة، على اعتبار أنه يجوز لمجلس الإدارة أن يعزل الرئيس في أي وقت، وكذا إذا كانت فقط مساهم مهيمن في هاته الشركة التابعة فمكن أن يعزل بطريق غير مباشر من قبل الجمعية العامة العادية للشركة بناء على صفته كعضو في مجلس الإدارة وعلى اعتبار أنه ينتخب كمترأس لهذا المجلس بناء على صفته ابتداء كعضو.

أما في خصوص شركة المساهمة ذات النظام الحديث للتسيير (مجلس المديرين ومجلس المراقبة) التي أدخلت بموجب المرسوم 93–02، أين قد وزعت أحكام مجلس المديرين في المواد من 642 إلى 653 من القانون التجاري وأحكام مجلس المراقبة بالمواد من 654 إلى 673 من ذات القانون[2]. فأما عن مجلس المديرين فهو الذي يسير[3] الشركة ويتم تعيين أعضائه من قبل مجلس المراقبة الذي يسند رئاسة

---

[1] –ويجب أن يكون شخصًا طبيعيًّا حتى توقع عليه العقوبات الجزائية نتيجة ما يرتكبه من مخالفات باسم الشركة، وكما يشترط أن تتوافر فيه صفة القائم بالإدارة، أي أن يكون من بين أعضاء المجلس تطبيقًا لنص المادة 635 قانون تجاري

[2] –وفي شأن تنظيم هذا الأخير قد كرّر المشرع كل ما سبق ذكره في شأن مجلس الإدارة أين قد ماثل مركزهم بمركز أعضاء مجلس الإدارة من حيث "امكانية عضوية الشخص الاعتباري، حيازة أسهم الضمان، عدم امكانية الشخص الطبيعي الانتماء إلى أكثر من خمس مجالس مراقبة مقرها بالجزائر وعدم شمولية هذا الحظر على الشخص المعنوي" تطبيقا لنص المادة 644 من القانون التجاري الجزائري، وإن كان وضعهم من ناحية العزل أكثر استقرارا من أعضاء مجلس الإدارة، لأن عزلهم يتطلب موافقة مجلس المراقبة والجمعية العامة العادية.

[3] - ويتمتع مجلس المديرين بالسلطات الواسعة للتصرف باسم الشركة في كل الظروف وهذا كما جاءت به المادة 643 من القانون التجاري، وهو برمته يمثل الجهاز التنفيذي للشركة، فرئيسه لا يعتبر إلا حلقة من المجموعة، وهذا على عكس رئيس مجلس الإدارة لأن مسؤوليته تتطلب تحديد وتعيين المهام التي أوكلت له من طرف زملائه، حيث أن رئيس مجلس المديرين لا يمكن اعتباره مسيرا أو مدير للمؤسسة، لأن لا أحد من أعضاء مجلس المديرين ولا رئيسه (حتى و إن كان يمثل الشركة اتجاه الغير) يتمتع بسلطات فردية، وبالتالي لا يمكن اعتبارهم كمسيرين للمؤسسة على انفراد' وهذا ما أكده نص المادة 653 من القانون التجاري الجزائري؛ بنصها: "لا تمنح مهمة رئيس مجلس المديرين لصاحبها، سلطة إدارة أوسع من تلك التي منحت للأعضاء الآخرين في مجلس المديرين، مع مراعاة أحكام المادة السابقة"

إلا أنه في الممارسة العملية يتم التعويل لتفادي تحميل رئيس مجلس المديرين عبء المسؤولية المدنية أو الجزائية بطريقة أوتوماتيكية أو حتى بتفادي المسؤولية الجماعية، على اعتماد تقسيم محكم للمهام والاختصاصات بين المديرين بموجب محضر اجتماع ومداولة داخلية لمجلس المديرين بموافقة مجلس المراقبة. وفي شأن ذلك راجع:

Abdelaziz SQUALLI, La Cour suprême face aux nouveaux impératif du monde des affaires ; in Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, paris , Dalloz, 2003, p.p. 1019-1033.

إذا كان التسيير مشتركا بين عدة مسيرين (cogérance)، فإن تحديد الأشخاص المسؤولين تعد مسألة صعبة ومعقدة، لأنه في الأصل يعتبر كل المسيرين مسؤولين ما عدا في حالة توزيع المهام بين مختلف المسيرين المعينين في القانون الأساسي للمؤسسة، فيكون المسير المسؤول هو

هذا المجلس لأحدهم، ويشترط أن يكون أعضاء مجلس المديرين كلهم أشخاص طبيعيين، وبذلك لن يكون باستطاعة الشركة الأم كشخص معنوي الانضمام لعضوية هذا المجلس[1]، إلا أنه بإمكانها أن تكون عضو في مجلس المراقبة تطبيقا لنص المادة 648 فقرتان 1 و2 من القانون التجاري الجزائري: "يتمتع مجلس المديرين بسلطات واسعة للتصرف باسم الشركة في كل الظروف، وعليه أن يمارس هذه السلطات في حدود غرض الشركة مع التقيد بالسلطات التي خوّلها القانون لمجلس المراقبة وجمعيات المساهمين..."، وعلى اعتبار أن أعمال التصرف كالتنازل عن العقارات أو إعطاء ضمانات عملية أو شخصية تتطلب ترخيص مسبق وصريح من قبل مجلس المراقبة وهو ما يسهل عمليات التمويل الداخلي لشركات تابعة أخرى أو للشركة الأم ذاتها من قبل شركة المساهمة التابعة على اعتبار أن الشركة الأم بصفتها كعضو في مجلس المراقبة ستجيز مثل هذه التصرفات؛ وكذا على اعتبار أنه من واجبات مجلس المديرين الالتزام بتقديم مرة كل ثلاث أشهر على الأقل وعند نهاية كل سنة مالية تقريرا لمجلس المراقبة حول تسيير للشركة وبذلك ستخول للشركة الأم كعضو في مجلس المراقبة الاضطلاع على تسيير شركتها التابعة[2] .

المسير المعهود له النشاط أو السلطات التي وقعت في إطارها الأفعال المخالفة للقواعد التشريعية أو التنظيمية، فالاجتهادات القضائية تأخذ بالمسؤولية الجماعية لكل المسيرين، كما أن الاجتهاد القضائي يعتبر من قبيل سوء التنظيم في المؤسسة "عدم اللجوء إلى تفويض السلطات" ويسند سوء التسيير إلى جميع المسيرين. فمحكمة النقض الفرنسية أكدت هذا الموقف من خلال تأييدها القرار الصادر عن المجلس القضائي، والذي أقام المسؤولية الجزائية للمديرين الخمسة لشركة، والمعهود لهم نفس السلطات والصلاحيات وبسبب أن لا أحد من المديرين كان لديه تخصص أو سلطة محددة مسندة بصفة فردية في مجال الأمن والنظافة. ويبدو هذا الموقف منطقي إلى حد كبير، حيث أن توزيع المهام بين المديرين المسيرين، يسمح بتفادي قيام المسؤولية الجماعية، ويسمح بتحديد نطاق مسؤولية كل مسير، وهذا الحل المتوصل إليه هو نفسه الحل الذي توصل إليه القضاء في مجال شركة المساهمة ذات مجلس مديرين. ولهذا فيحبذ دائما في القانون الأساسي للشركة أو في اتفاق لاحق، تقسيم المهام وتحديد مجال صلاحيات كل مدير على حدى كوسيلة وقائية لقيام المسؤولية الجزائية أو حتى المدنية لجميع المديرين في آن واحد.
(Cf. Cass.Crim.29décembre 1985 -pourvoi n°83-92-549 :juridisque Lamy ; GehadShalbi ,responsabilité pénale du chef d'entreprise , thèse. paris. 2004 , p. 49 ; A.RAVAGANA , La responsabilité pénale du chef d'entreprise p.52.n°133 ; Elie ALFANDARI, le Droit des affaires ,éditionLitec 1993 .p.210.

راجع كذلك: عياطة نايلة، المرجع السابق، ص.67.

[1] – وفي شأن تنظيم هذا الأخير قد كرّر المشرع كل ما سبق ذكره في شأن مجلس الإدارة أين قد ماثل مركزهم بمركز أعضاء مجلس الإدارة من حيث "امكانية عضوية الشخص الاعتباري، حيازة أسهم الضمان، عدم امكانية الشخص الطبيعي الانتماء إلى أكثر من خمس مجالس مراقبة مقرها بالجزائر وعدم شمولية هذا الحظر على الشخص المعنوي" تطبيقا لنص المادة 644 من القانون التجاري الجزائري، وإن كان وضعهم من ناحية العزل أكثر استقرارا من أعضاء مجلس الإدارة، لأن عزلهم يتطلب موافقة مجلس المراقبة والجمعية العامة العادية.

[2] – هنا ينبغي أن نتساءل عن جدوى التنظيم التشريعي للهيئات الاستشارية الداعمة لعمل المسيرين تطبيقا لمقتضيات العولمة القانونية واقتداء بالمبادئ الارشادية لحوكمة الشركات التي ما هي إلا تطبيق للمبادئ والنظريات المرسخة في القانون لأخلقة تسيير الشركات التجارية (مبدأ حسن النية (Principe de la bonne foi)، ونظرية الوكالة (Théorie de l'Agence)، نظرية التعسف في استعمال الحق (Théorie de l'abus de droit)) ، حيث أن ذلك لا يمكن أن يعتبر من ضروب العبث التشريعي طالما أن جزء من هاته المبادئ الارشادية مدرج ومضمن مسبقا في القوانين والأنظمة المتعلقة بالشركات سواء تلك المسعرة أو حتى غير المسعّرة، ومن هذا السياق، ففي فرضية شركة المساهمة، وعلى الرغم من أنها الشكل الوحيد من بين الشركات التجارية التي أحاطها المشرع بتنظيم قانوني دقيق، فإن المشرع نفسه قد منح من ناحية أخرى الحرية للشركاء لكي يدعموا الشركة بأجهزة مكمّلة كالمديرين العامين ولجنة الدراسة، ويمكن تبرير ذلك بالقول أن النظام القانوني الكلاسيكي

أما عن شركة المساهمة المبسطة SAS التي هي شكل جديد أدخل في القانون الفرنسي سنة 1994 وتم تعديل نظامه في 1999 ، التي لا يوجد لها مثيل بالقانون الجزائري، هي شركة تلائم مختلف أنواع الشركات التابعة المفتوحة، إذ أنها تجمع بين إيجابيات الشركات ذات المسؤولية المحدودة في اختيار الشركات المراقبة للشكل القانوني للشركة التابعة المملوكة بنسبة 100 %، أين يمكن أن يكون فيها مساهم وحيد، شخص معنوي أو شخص طبيعي القائم والحريص على تسييرها، أو يمكن أن تقوم مع عدد محدود من المساهمين، وكذا مع فوائد الشركات ذات الأسهم فيما يخص الحرية الممنوحة

لشركة المساهمة يجعل دائما من السّلطات تتركّز بيد رئيس مجلس الإدارة، ولتفادي ذلك يتم الاتفاق على إدراج أجهزة مكمّلة واختيارية حيث تسمح هذه الأخيرة بتوزيع الوظائف والصلاحيات وتفادي حالة الشغور بسبب الوفاة أو المنع، ومن ذلك نجد جهاز المديرين العامين ولجان الدراسة. أما عن هاته الأخيرة فنجدها تعمل بنظام تساوي الأعضاء أو حسب المواضيع، وتضطلع بمهمة تنوير الإداريين ومساعدة مجلس الإدارة في اتخاذ قراراته. ويمكن أن تأخذ موضوع لجنة متخصصة : الإشراف على عملية تدقيق الحسابات والمراقبة المالية للمؤسسة والتفكير حول إستراتيجية المؤسسة واختيار وتحديد مرتبات الإطارات المسيرة. إن اختصاص هذه اللجان الفرعية لا يتعدى أن يكون لإسداء الرأي فقط ولا يمكنها أن تحل محل مجلس الإدارة ولا التأثير على إجماعه. وتعود إلى مجلس الإدارة سلطة التقدير ما إذا هو من الجدي إنشاء لجان متخصصة من عدمه. وإذا تم هذا الانشاء فيجب أن يعلم به رسميا كل المساهمين في المؤسسة وأن تحدد وبوضوح مهمته وتشكيلته وإجراءات عمله. إن ظهور حاجة الشركات التجارية إلى لجان الدراسة والتوجيه كان نتيجة مباشرة لفكر الحوكمة، تهدف حوكمة الشركات إلى إصلاح ممارسة السلطة في شركات المساهمة، وذلك من خلال دعم فاعلية مجلس الإدارة وإحاطته بلجان مختلفة. إن القرار الذي يقضي بإنشاء لجان الدراسة يندرج ضمن اختصاص مجلس الإدارة ولا يشترط أن يكون منصوصا على هذا الاختصاص في القانون الأساسي، ويتضمن القرار المنشئ للجان تحديد أعضاء كل لجنة، ويرى كثيرون أن الفائدة من هذه اللجان تكمن في تمكين الخبراء والمختصين من المشاركة في تنظيم حياة الشركة دون أن يستتبع ذلك دخولهم في أجهزة الشركة الرئيسية، ويناط بلجان الدراسة مهمة مساعدة مجلس الإدارة ورئيسه في دراسة المسائل المعروضة عليه. وتحدد صلاحيات لجان الدراسة بمقتضى القرار المنشئ لها الذي لا يمنحها إلا صلاحيات استشارية، تصب ضمن دورها الذي يقوم على الدراسة والإعلام وتحضير الجلسات، ولا يمكنها من هذا المنظور أن تحل محل مجلس الإدارة نفسه كأن تتخذ قرارا يندرج ضمن اختصاصه. إن لجان الدراسة الداعمة لمجلس الإدارة تعد من أهم العوامل المحفّزة للنشاط الإدارة، وذلك لتعلقها بالعديد من جوانب التسيير، ولذا نجد أن هذه اللجان تنقسم إلى لجنة المكافآت، لجنة التدقيق ولجنة الانتقاء. وكذا عملا بالمبادئ الارشادية لحوكمة الشركات يمكن استحداث أجهزة جديدة في شركة المساهمة: وعلى هذا المنوال نجد نائب رئيس مجلس الإدارة –لا يمكن لنائب رئيس مجلس الإدارة الذي تم تعيينه بمقتضى القانون الأساسي للشركة أن يمثل الشركة أو أن يتولى مهام التسيير في حال وفاة رئيس المجلس أو وقوع مانع له، لأنها تقع ضمن اختصاص المديرين العاميين المساعدين (المادة 460 ق.تجاري)، ولتفادي مشكلة الاختصاص تدرج بالقانون الأساسي عبارة ضابطة لمنصب نائب رئيس المجلس "نائب رئيس مجلس الإدارة غير التنفيذي"، ويشترط في نائب رئيس المجلس أن يكون شخصا طبيعيا ولا يصح أن يكون شخصا معنويا حتى وإن كان يؤدي مهامه عبر ممثله القانوني–؛ كذلك نجد المسير الشرفي – بإمكان الشركاء أن يتفقوا على تثمين الأداء الذي يتقدم به أحدهم شاغلا منصب المسير إذا ما قضى فترة زمنية محددة أو بلغ سنا معينة، وهو ما يمكن أن يطلق عليه منصب المسيّر الشرفي، فيتضمن القانون الأساسي للشركة بندا يمنح الجمعية العامة صلاحية إصدار قرار بتشريف عضو مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة إذا ما بلغ سنّا معينة، يظل صوتا استشاريا وليس صوتا تداوليا –؛ كذلك نجد المراقبون les censeurs –ويعتبر المراقبون جهازا إضافيا داخل الشركة لم يتطرق إليه المشرع بنص خاص صريح وإنما يعد من جهة أخرى مجرد آلية تجسّدت من خلال الممارسة وما يفرضه واقع الشركات التجارية على الشركاء، لذا يتركّز عادة إنشاء مثل هذا الجهاز في الشركات المتخصصة في النشاطات البنكية والعقارية–. وفي ذلك راجع: وردة سالمي، الاهتمامات التشريعية بحوكمة الشركات، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحيى فارس –المدية–، 2015، العدد2، ص.ص.79–88.؛ الصالحين محمد العيش، حوكمة الشركات بين القانون واللائحة، المجلة الدولية للقانون، جامعة قطر، عدد4، 2016، متوافرة على الموقع الالكتروني:

https://www.qscience.com/docserver/fulltext/irl/2016/1/irl.2016.4.pdf?expires=1555934726&id=id&accname=guest&checksum=B8BC13AE84C11C0DCD26AB76F4BF97D5

للمساهمين في التنظيم. بالإضافة إلى إمكانية إنشاءها برأسمال متغير. فهي شكل حديث يلاءم الاستثمارات المختلفة ويقوم على الحرية على اعتبار أن معظم قواعد التسيير تستنبط من النظام الأساسي للشركة.

3- شركة التوصية بالأسهم S.C.P كشركة تابعة

تعتبر شركة التوصية بالأسهم الصورة المثلى للشركات ذات الطبيعة المختلطة، وذلك لتواجد نوعين من الشركاء: شركاء متضامنين تنطبق عليهم نفس أحكام الشركاء المتضامنين في شركات التضامن، وشركاء موصين مساهمين يماثل وضعهم وضع الشركاء الموصين في التوصية البسيطة من حيث عدم ظهور اسمهم في عنوان الشركة، وعدم جواز قيامهم بأي عمل إدارة خارجي، غير أنهم يختلفون عنهم من حيث الحصص التي تعتبر كأسهم بكل ما يتميز به السهم، وقد أدخلت هذه الشركة في القانون التجاري الجزائري بموجب المرسوم التشريعي 93-08 .[1]

من المتصور أن تقوم الشركة الأم باختيار صفة الشريك الموصي المساهم، حتى تراقب أعمال المدير أو المديرين الذين يكونون سواء من الشركاء المتضامنين أو من الغير[2]. يتم الاحتكام لهذا الشكل الاجتماعي لأنه يسمح بالحصول على أموال أجنبية مع احتفاظ الشركة المراقبة سيطرتها على الإدارة. وعليه تستعملها الشركة الأم إذا كانت لديها رغبة في أن تبقى الشركة التابعة تحت سيطرتها المطلقة مع احتياجها للأموال لتمويل مشاريعها ولكنها يجب أن تتحمل صعوبات التسيير لهذا هذا الشكل يستعمل فقط بالنسبة للشركات التابعة ذات الأهمية الخاصة. فأما عن المزايا والمساوئ الموجهة لهذا الشكل الاجتماعي تطبيقا لما سبق ذكره، فتتلخص تباعا فيما يلي؛ فالمزايا:

- ناجمة عن التقسيم الوارد بين الفئتين من الشركاء اللتان تضمهما الشركة ذات التوصية بالأسهم فأما عن الأول متضامن يسأل في أمواله الخاصة والثاني موصي مسهم يسأل بمقدار الحصة،

---

[1] – وعلى هذا نجد المشرع بعد أن نظم أحكام شركة التوصية البسيطة وأحكام شركات المساهمة بنوع من التفصيل، أحال إلى أحكام كل من هاتين الشركتين بنصه في المادة 715 ثالثًا فقرة 2 من القانون التجاري بأنه "تطبق القواعد المتعلقة بشركات التوصية البسيطة وشركات المساهمة باستثناء المواد 610 إلى 673 المذكورة أعلاه، على شركات التوصية بالأسهم ما دامت تتطابق مع الأحكام الخاصة المنصوص عليها في هذا الفصل"، من هذه المادة يستخلص أن الأحكام القانونية لهذه الشركة تجد مصدرها في كلٍ من الأحكام الخاصة بشركة التوصية البسيطة والأحكام القانونية لشركة المساهمة باستثناء ما يتعلق بإدارتها. أما في خصوص ما يقدمه الشركاء المتضامنين، فإنه يصطلح عليها بالحصص، وتتميز هذه الحصص بكل ما تتميز به الحصة في شركات الأشخاص، من حيث كونها اسمية ولا يجوز التنازل عنها إلا وفقًا للشروط التي تنطبق على تنازل حصص الشركاء المتضامنين في شركات التوصية البسيطة.

[2] – . فإنه تطبيقًا لنص المادة 715 ثالثًا فقرة 3 من القانون التجاري، والتي أحالت إلى تطبيق كل أحكام شركة التوصية البسيطة والمساهمة، فإن الإدارة تعهد في هذه الشركة لشريك متضامن أو أكثر، وذلك أنه لا يجوز للشركاء الموصين التدخل في الإدارة (المادة 563 مكرر 5 قانون تجاري)، وطبقًا لنص المادة 715 ثالثًا 1 من القانون التجاري الجزائري فإن المسير أو المسيرين الأولين يعينون بموجب القانون الأساسي، وهم الذين يتكفلون بالقيام بإجراءات التأسيس التي يكلف بها مؤسسو شركة التوصية بالأسهم. وطبقًا لنص المادة 715 ثالثًا 4 قانون تجاري.

وبهذا تستطيع الشركة المراقبة أن تتحصل على الأموال اللازمة مع بقائها تتولى توجيه الشركة التابعة حسب رغباتها؛

- يمكن أن تنشأ برأسمال متغير؛
- يمكن أن يتولى تسييرها شخص معنوي وعليه قد تتولى الشركة الأم وظيفة المسير؛
- اتخاذ القرارات يتم على مستويين.

أما عن الانتقادات فتلخص في نقطة واحدة؛ على اعتبار أن إجراءات سيرها معقدة لوجود نوعين من الشركاء.

4- الشركة ذات المسؤولية المحدودة كشركة تابعة

يلاءم الشركات التابعة متوسطة النشاط والحجم. أما عن الشركات ذات الشريك الواحد فتلاءم الشركات التابعة المملوكة بنسبة 100 %[1]، فأما عن إيجابيات الاحتكام لهذا الشكل فنذكر منها أن:

- عدد الشركاء اثنين ويمكن أن تنشأ بشريك واحد،
- قواعد الإنشاء والسير بسيط مقارنة بالشركات ذات أسهم،

---

[1]- : يمكن القول أن التعديلات الحديثة التي ادخلها المشرع الجزائري على الشركة ذات المسؤولية المحدودة بموجب القانون 15 – 20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، (المعدل والمتمم للأمر رقم 75 – 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج ر. العدد 71، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2015) أعطت سهولة في إجراءات تأسيسها، بهدف عام هو تشجيع صغار المستثمرين إلى إنشاء هذا النوع من الشركات بالنظر إلى المزايا الاقتصادية والتجارية التي تتمتع بها، مع ذلك لابد من ملاحظة أن غياب رأسمال أدنى إلزامي، وإمكانية تقديم حصة العمل هما من أهم ميزات شركات الأشخاص يجعلان من الشركة ذات المسؤولية المحدودة تقترب أكثر فأكثر من شركات الأشخاص.

ومع تعديل القانون التجاري احتفظ أن المشرع الجزائري بمبدأ الحد الأقصى لعدد الشركاء، لكن مع زيادة فيه، من عشرين شريكا إلى خمسين شريكا، وفي هذا الصدد نصت المادة 590 المعدلة على أنه: «لا يصوغ أن يتجاوز عدد الشركاء في شركة ذات مسؤولية محدودة خمسين شريكا "وأبقى على الحكم ذاته في حالة تجاوز هذا العدد، وهو وجوب تحويلها إلى شركة مساهمة في خلال سنة تحت طائلة الحل، ما لم يصبح عدد الشركاء في هذه الفترة مساويا للحد الأقصى أو أقل. وهذا يعني أن المشرع الجزائري على غرار نظير الفرنسي الذي على إثر تعديل القانون التجاري الفرنسي سنة 2001 رفع عدد الشركاء إلى مئة شريك، وفي هذا الصدد تنص المادة 223L–3 على ما يلي:

"Le nombre des associés d'une société à responsabilité limitée ne peut être supérieur à cent. Si la société vient à comprendre plus de cent associés, elle est dissoute au terme d'un délai d'un an à moins que, pendant ce délai, le nombre des associés soit devenu égal ou inférieur à cent ou que la société ait fait l'objet d'une transformation" (in : Guyon. (Y): Droit des affaires, T 02, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire- Faillite,9ème éd., Economica, Dalta 2003, p.103.)

ومع تعديل القانون التجاري نصت المادة 567 مكرر على أنه: «يمكن أن تكون المساهمة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة تقديم عمل، تحدد كيفيات تقدير قيمته وما يخوله من أرباح ضمن القانون الأساسي للشركة ولا يدخل في تأسيس رأسمال الشركة.

بمزيد من التفصيل يرجى الرجوع ل :بوخرص عبد العزيز، تأثير القانون رقم 15 – 20 على طبيعة الشركة ذات المسؤولية المحدودة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثامن، ديسمبر 2017، المجلد الثاني، ص.ص. 627–636.

- يمكن كذلك أن تنشأ برأسمال متغير في القانون الفرنسي؛
- إمكان نفس الشخص أن يكون مسير لعدد غير محدود من الشركات لعدم تحديد حد أقصى لعدد حالات عضوية المسير. أن المسؤولية محدودة في حدود الحصة؛
- قد تنشأ بشريك واحد ويمكن أن يكون الشريك الوحيد شخص معنوي كما يمكن للشخص المعنوي أن يكون شريك في عدة شركات ذات مسؤولية محدودة ذات شخص وحيد.

وأما عن السلبيات تتمثل في كون:

- رأسمالها لا يمكن أن يمثل في سندات قابلة للتداول وهذا ما لا يلاءم الشركات التي تحتاج إلى سيولة مالية وترغب في اللجوء إلى الادخار العلني؛

لا يمكن للشخص المعنوي أن يكون مسير لش.ذ.م.م لهذا لا يمكن للشركة الأم أن تسير بنفسها شركاتها التابعة؛ كذلك على اعتبار أن العقود التي تبرم من شركات ذات المسؤولية المحدودة وشركائها تخضع لإجراءات ثقيلة إلا إذا ثبت الطابع العادي للاتفاقية وهذا ما يعرقل العقود بين أعضاء التجمع.

ثانيا: إسناد صفة المسير إلى المسير الفعلي

تكريسا للاتجاه الموسع لمفهوم قد تم إسناد صفة المسير إلى المسير الفعلي بجانب العديد من الصفات المسير ففي أغلب التشريعات فإن فئة المسيرين الاجتماعيين « Dirigeant Sociaux » لا تشير فقط إلى القائمين بالإدارة القانونيين، بل تشير كذلك إلى كل الأشخاص الذين يلعبون دورا فعليا في تسيير نشاط المؤسسة أو الشركة بغض النظر عن صفتهم القانونية. فلقد تبلور مفهوم في قوانين الأعمال وإحدى صعوباتها الخاصة هي استعمال من يسمون بالمسخرين « Prête – nom » ، رجل أو امرأة قش « homme de paille »الذين، حيث أن الفاعل المحرك، صاحب العمل الحقيقي ، لديه أسباب للبقاء في الظل :

– إما أنه لا يمكنه أن يكون تاجرا أو مسيرا لشركة، مثلا لأنه أجنبي أو ملزم بشرط عدم المنافسة، أو لأنه ممنوع، غير قادر بسبب سوابقه القضائية (إدانةجنائية ، سقوط الأهلية التجارية ، منع من الإدارة).

– وإما أنه لا يريد أن يظهر اسمه، مثلا لأنه رئيس مجلس إدارة شركة أخرى، أو لأنه لا يريد أن يتحمل بنفسه أخطار التسيير.

-وإما ألا يكون بإمكانه أن يكون تاجرا أو مسيرا للشركة، كأن يكون ممنوعا عليه ممارسة التجارة بسبب حالة التنافي أو بسبب سوابقه القضائية التي تحول دون إمكانية ممارسة النشاط التجاري كما ورد في نص المادة 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن كثرة استعمال أسماء وهمية في إجرام الأعمال، أدى بالقضاة في الهيئات القضائية الجزائية إلى اعتبار المدير الفعلي كالمدير القانوني، حيث يتحمل المسير الفعلي المسؤولية الجزائية شأنه شأن المسير القانوني.

- أو بسبب وجود حالة تنافي لممارسة مهام التسيير أو ممارسة التجارة كأن يكون محاميا أو موثقا أو موظفا أو محضرا قضائيا...

وتجدر الإشارة إلى أن كثرة استعمال أسماء وهمية أدى بالقضاة في الهيئات القضائية الجزائية إلى اعتبار المدير الفعلي كالمدير القانوني ، حيث يتحمل المسير الفعلي، المسؤولية الجزائية شأنه شأن المسير القانوني.

1-مفهوم مسير الواقع « le dirigent de fait »

يقصد بمسير الواقع أو المسير الفعلي « dirigeant de fait » ، كما يسمى في أغلب المؤلفات المتخصصة، ذلك المسير الذي عين بصفة غير قانونية أو الشخص الذي له تأثير دائم على اتخاذ القرارات أو على السير العادي لإدارة الشركة، وكل شخص يمارس بصورة مباشرة، أو عن طريق شخص مسخر نشاطا إيجابيا ومستقلا داخل الشركة تحت غطاء أو نيابة عن الممثلين الشرعيين، أو كان يحرك أو يتلاعب بهؤلاء، والأمر يفترض نشاطا إيجابيا ومعتادا في التسيير بكل استقلالية وحرية.[2]

[1]- وتنص المادة الثامنة من هذا القانون على أنه لا يمكن أن يسجل في السجل التجاري أو يمارس نشاطا تجاريا الأشخاص المحكوم عليهم الذين لم يرد لهم الاعتبار لارتكابهم الجنايات والجنح الآتية: اختلاس الأموال، الغدر، الرشوة، السرقة والاحتيال، إخفاء الأشياء المسروقة، خيانة الأمانة، الإفلاس، إصدار شيك بدون رصيد، التزوير واستعمال المزور، الغش الضريبي، تبييض الأموال، الاتجار بالمخدرات، المتاجرة بمواد وسلع تلحق اضرارا جسيمة بصحة المستهلك.

[2]- ابن خدة رضى، محاولة في القانون الجنائي للشركات التجارية، تأصيل وتفصيل، الطبعة الثانية 2012، ص.151.

وعرف الأستاذ « YVE GUYON » المسير الفعلي بأنه "الشخص الذي يقوم بأعمال التسيير كأي مسير قانوني دون أن يكون معينا لهذا الغرض ويكون متعمد الظهور كمسير قانوني للشركة"[1]، فهو بذلك الشخص الذي يسير كيانا دون أن يولي بطريقة شرعية وقانونية.

ومن جهتها عرفت الأستاذة "دلماس مارتي" مسير الواقع بأنه الشخص الذي يسير ويدير الشركة دون أن يكون مكلفا من هيئات الشركة المؤهلة بمهام من طرف هيئات المؤسسة تمثيلها، ويتميز عن المدير القانوني يحث أن هذا الأخير يكون معينا صراحة بموجب القانون الأساسي وبصفة منتظمة من طرف هيئات الشركة المعهود لها تعيينه، أما المسير الفعلي فلا أثر لدوره ووجوده في القانون الأساسي.[2]

والآثار الناجمة عن هذه الوضعية تكمن في أن المدير الفعلي لا يتحمل الأعباء التي تقع على المدير القانوني في حين أن تطور قانون الشركات في هذا المجال تميز بتوسيع المسؤولية التي تقع على عاتق المسيرين إلى المسيرين الفعليين.

بالفعل فإن المسيرين في الشركة ليسوا مجرد وكلاء بل هم أعضاء، أصحاب سلطة في اتخاذ القرار، وفي التحكم في سير المؤسسة.[3]

حيث أن الفقه والقضاء أولوا اهتماما لنشاط المسير الفعلي، وناقشوا آثار هذا النشاط الصادر من شخص يتغلغل في التسيير الداخلي للمؤسسة دون أن يكون له وجود قانوني أو رسمي، أي دون أو يعين بموجب القانون الأساسي أو العقود اللاحقة له، ولهذا يتعتين التوقف عند موقف الفقه من الإدارة الفعلية.

2-موقف القضاء من الإدارة الفعلية

حاول القضاء سد الفراغ القانوني الذي يشوب هذه المسألة القانونية حيث أن الإدارة الفعلية وفق الرأي الراجح تتطلب توافر المعايير الآتية:

(أ) ممارسة نشاط إدارة الشركة بطريقة مستقلة، فيجب أن يكون المدير الفعلي مستقلا أي أن تكون له سلطة التصرف كما يشاء دون الخضوع إلى أوامر رئيس تدرجي أو طاعته، وهذا خلافا للأجير الذي يكون في وضعية تبعية.

---

[1]- بوتشيش ثريا، المسؤولية المدنية والجزائية للمسير في شركة المساهمة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، 2003-2004، ص.13.

[2]-Mireille DELMAS-MAARTY, droit pénal des affaires, tome1, puf, p.52.

[3]- Mireille DELMAS-MAARTY, le droit pénal, l'individue et l'entreprise : culpabilité du fait d'autrui ou du décideur, J.C.P., 1995, I, 3218.

(ب) ممارسة نشاط إيجابي للإدارة، أي التدخل في التسيير اليومي للكيان وتولي تسييره على الدوام بكل استقلال، بعيدا عن أي رابطة تبعية معه، ومن هذا التحديد يبدوا إذا أنه لا يمكن أن يكون مديرا فعليا الشخص المرتبط بالمؤسسة أو الكيان بموجب عقد العمل، ويعطي أصحاب هذا الرأي تعريفا للمدير الفعلي بأنه الشخص الذي يمارس بكل سيادة واستقلال نشاطا إيجابيا فعالا في الإدارة.[1]

وتعد مجمعات الشركات المجال المفضل لنمو الإدارة الفعلية: وتعدد حالاتها، ففي القضاء الفرنسي نجد أمثلة عديدة عن الإدارة الفعلية، حيث اعتبر مديرا فعليا:

-الشريك صاحب الأغلبية الذي يستفيد من الأجرة الأكثر ارتفاعا، والذي كان مكلفا بالتفاوض مع الزبائن باسم الشركة ويتولى توجيه نشاطها الاجتماعي.

-الشريك والأجير الذي يتمتع بسلطات واسعة للإدارة والتنظيم واتخاذ القرار ويتقاضى أجرا في مستوى يجعله مديرا فعليا.

-المدير الفني للشركة الذي يتقاضى أجرة ومنافع عينية تقارب منافع رئيس الشركة.

-المدير الأجير الذي يحوز على التوقيع البنكي ويضمن العلاقات مع الزبون الرئيسي واتخذ قرار تعيين المقر الاجتماعي.

-المدير القانوني السابق للشركة الذي استخلفته زوجته وكان هو صاحب المشروع الحقيقي.

-الأجير الذي يتخذ قرارات هامة مثل توظيف العمال وإعادة تنظيم الشبكة التجارية وتنظيم الإنتاج.

-زوجة رئيس مجلس الإدارة في الشركة التي كانت تتمتع بوكالة واسعة نظرا لانحطاط وتدهور القوى العقلية لزوجها.

-المحاسبة الأجيرة في الشركة التي كانت وراء إنشاء المؤسسة وتحوز على التوقيع البنكي لثلاث حسابات على الأقل من حسابات الشركة، والتي تتصل بالزبائن وتتفاوض على القروض وتدفع للممونين مستحقاتهم.[2]

---

[1]- كمال العياري، المسير في الشركة التجارية (الجزء الأول: شركات الأشخاص، الشركات ذات المسؤولية المحدودة)، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2010

[2]- عياطة نايلة، المسؤولية الجزائية للمسيرين في عالم الأعمال، جامعة الجزائر 1 -بن يوسف بن خدة- كلية الحقوق، أطروحة دكتوراه، 2017-2018، ص.81.

كما يقصد بالمسير الفعلي ذلك المسير الذي عين بصفة غير قانونية أو الشخص الذي له تأثير دائم على اتخاذ القرارات أو على السير العادي لإدارة الشركة، وكل شخص يمارس بصفة مباشرة أو عن طريق شخص مسخر نشاطا إيجابيا ومستقلا داخل الشركة تحت غطائه أو نيابة على الممثلين الشرعيين، أو كان يحرك أو يتلاعب بهؤلاء والأمر يفرض نشاطا إيجابيا ومعتادا في التسيير بكل استقلالية وحرية.[1]

وإلى جانب الفقه والقضاء فإن مختلف التشريعات اعترفت بوجود المسير الفعلي ودوره في المؤسسة مما جعلها تقرر قيام مسؤوليته الجزائية والمدنية مثل المسير القانوني.

فيما يخص احتكام الشركة الأم للإدارة الفعلية، فيتم تفسير ذلك انطلاقا من مقتضيات القانون التجاري سواء الفرنسي أو الجزائري[2]، في الحالات المبينة أعلاه والتي لا تعهد بتسيير الشركة التابعة للشخص الاعتباري، وفي حالة اتخاذ الشركة الأم لصفة المدير الفعلي، الأمر الذي يؤدي إلى خلق لبس لدى الغير باختلاط إدارتي الشركتين، فإن العبرة في هاته الحالة تكون بالإدارة الخارجية لا الداخلية، والاعتماد على وضع ظاهر يخدع الدائنين ويوهمهم بأن الشركة الوليدة ليست إلا أحد فروع الشركة الأم – أي وجود انتهاك وتعدي على الشخصية القانونية للشركة التابعة–.

الفرع الثاني: التدخل في الإدارة وظاهرية وحدة المؤسسة كأساسين متقاربين لإسناد المسؤولية

l'apparence d'unicité d'entreprise et la notion d'immixtion dans la gestion

وفقا لمبدأ الاستقلال القانوني للشركات، فإن كل شركة عضوة بالتجمع تشكل كيانا قانونيا مستقلا لا يتعين عليها الوفاء بالتزامات التي تعهّد بها آخرون. وعلى الرغم من الروابط الوثيقة التي توجد بين

---

[1]– ابن خدة رضي، محاولة في القانون الجنائي للشركات ، تأصيل و تفصيل ، الطبعة الثانية، مكتبة السلام ، الرباط 2012، ص 151.

[2] - les arrêts de la cour de cassation déterminant la direction de fait au sein des groupes de sociétés à titre d'exemple :

- Cass. com., 06-02-2001, n° 98-15.129 :Dès lors que des sociétés d'un groupe dépassent leur rôle de conseil et exercent un véritable pouvoir de direction en plaçant le conseil d'administration dans un état de dépendance, la qualification de dirigeant de fait peut être retenue contre elles.
- CA Paris, 3e ch., C, 23-05-1997, n° 96/85238 :Une société mère, quoique juridiquement disctincte de sa filiale, qui s'immisce en toute liberté et indépendance dans la gestion de cette dernière peut être considérée comme un dirigeant de fait et se voir condamner à combler le passif.
- CA Paris, 3e ch., C, 15-01-1999, n° 1998/04408 :La qualité d'associé unique de la société-mère n'implique pas, en elle-même, une participation effective à la gestion sociale et n'emporte pas nécessairement la qualité de dirigeant de fait.
- CA Paris, 3e, C, 07-02-1997, n° 95/7256 :Doit être considéré comme dirigeant de fait, et poursuivi à ce titre en comblement de passif, une société holding, dès lors qu'il est démontré qu'elle a eu une influence déterminante sur les décisions de la société mise en liquidation judiciaire.
- Cass. com., 19-10-1993, n° 91-14.040, publié :Est qualifiée de direction de fait, la société qui créée une seconde société, une société de façade, pour se décharger d'une branche d'activité déficitaire.

الشركة الأم وشركتها التابعة، فإن هاتين المؤسستين لا تزالان منفصلتين عن بعضهما البعض، بغض النظر عن مدى المساهمة المالية للشركة الأم في رأس مال الشركة التابعة أو وجود قائمين بالإدارة مشتركين . [1]ومع ذلك، قد يكون الأمر مختلفا إذا ما شكلت مظهر مضلل من خلال سلوكها بوحدة المؤسسة[2]. فنظرية الظاهر هي ذات تأصيل قضائي بريتوري، أين تسمح بالاعتماد على ظاهر الوضع

- [1]وهو ما أوضحته محكمة استئناف باريس باستقراء قرارها المؤرخ في 31 ماي 1989. كل شركة في التجمع هي وحدها المسؤولة عن دونها. لذلك قد تعارض الشركة الأم دائني شركتها التابعة في الوفاء بديون هاته الأخيرة وذلك احتجاجا بمبدأ استقلالية ومبدأ الأثر النسبي للعقود.وحتى تكون قادرة على الاستفادة من هذه المبادئ، يجب على الشركة الأم أن تكون قد احترمت حقا استقلالية شركتها التابعة وذلك ما تم استنتاجه بالرجوع لملحوظة كل من C.CHMPAUD وD.DANET عن القرار الذي اتخذه قضاة موضوع لمحكمة استئناف فرساي المؤرخ في 22 فبراير 1996، والذي حدد من خلال معايير لاستقلالية الشركة التابعة وفقا للشروط التالية؛ أولها يجب أن تكون هذه الأخيرة قد شكلت بانتظام، ولديها أجهزة إدارة خاصة بها، الأمر الذي يستتبع انفرادها بالموارد المادية والبشرية اللازمة لتحقيق هدفها الاجتماعي وأن تتعامل باسمها مع الغير. وهو ما أوضحته محكمة استئناف باريس باستقراء قرارها المؤرخ في 31 ماي 1989. وقد يؤدي الافتقار إلى استقلالية الشركة التابعة نتيجة للتدخل المستمر من قبل الشركة الأم في سير شركتها التابعة، إلى نزع الستار الاجتماعي الذي يسمح للغير بمطالبة الشركة الأم بدلا من الشركة التابعة. وإذا لم يحترم مبدأ الاستقلالية، لا يمكن للشركة الأم الاستفادة النتائج المترتبة على ذلك. واستنادا إلى هذا المبدأ، ومن أجل حماية الدائنين للشركة التابعة، وضع للقضاء "نظرية الظاهر". كل شركة في التجمع هي وحدها المسؤولة عن دونها. لذلك قد تعارض الشركة الأم دائني شركتها التابعة في الوفاء بديون هاته الأخيرة وذلك احتجاجا بمبدأ استقلالية ومبدأ الأثر النسبي للعقود .

Cf. CA Versailles, 22 février 1996, RTD com. 1996, 476, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET : la Cour d'appel définit l'autonomie d'une filiale selon les termes suivants : elle doit avoir été régulièrement constituée, disposer d'organes de direction propres, de moyens matériels et humains nécessaires à la réalisation de son objet social et de traiter en son nom propre avec les tiers ; F.-X. LUCAS, Les filiales en difficultés, LPA 2001, p. 67.

Cass. civ. 2, 03-05-1995, n° 93-15777 : L'immixtion de la société mère dans les affaires de la filiale est Lorsqu'une entreprise commande à une filiale une marchandise qui s'avère défectueuse, la responsabilité de la société mère peut être retenue si elle est intervenue personnellement dans l'opération et y a eu un rôle actif.

Cass. com., 06-10-1992, n° 90-16.755, publié : Une société mère s'immisce dans les activités de ses filiales par les actes suivants : en prenant l'initiative de l'opération et en constituant à cet effet les sociétés dont elle détient le contrôle, et en cas d'identité de siége social et de dirigeants

Cass. civ. 3, 25-02-2004, n° 01-11.764, publié : Ne caractérise pas l'immixtion de la société mère dans la gestion de sa filiale le fait de participer au capital de la filiale, d'utiliser le même logo, de présider le conseil d'administration de la société mère et de la filiale.

Cass. com., 07-12-1993, n° 92-12.131, inédit : La société mère engage sa responsabilité à l'égard des salariés de la filiale pour sa négligence fautive ; le fait d'inciter sa filiale à dénoncer un contrat de retraites complémentaires, sans verser l'indemnité contractuelle de résiliation.

وكثير ما يحتكم الدائنين ويتذرعون بالظاهر فيما يتعلق بشركة تابعة لتجمع. وهو ما يسمح للمتعاقد الذي خدع بالظاهر الذي دفعه إلى الاعتقاد بأنه تعاقد مع الشركة الأم، وليس حصرا مع شركتها التابعة، إلى المطالبة المباشرة لهذه الشركة بأن تفي التزامات شركتها التابعة. وبالتالي فإن الظاهر هو الأساس الذي يتبع لإقامة مسؤولية الشركة الأم بدلا من أو إلى جانب شركتها التابعة. وينبغي على إثره ذلك تقدير معايير الظاهر (أولا). وعلاوة على ذلك، وبصرف النظر عن القواعد القانونية الموجودة أصلا (leg data)، سيكون من المهم فتح قوس بشأن الآراء والانعكاسات عن القانون المنشود (lege ferenda) المتعلق بمسؤولية الشركة الأم عن فعل شركتها التابعة الناجم عن مشروع كاتالا (projet catala)). فهذا الأخير كان يترقب، إعادة النظر في المسؤولية عن فعل الغير، بإدراج مسؤولية خاصة للشركات الأم عن فعل شركاتها التابعة.

راجع:

Abdelaziz SQUALLI, La Cour suprême face aux nouveaux impératif du monde des affaires ; in Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, paris , Dalloz, 2003, p.p. 1019-1033.

[2]– المجلس الأعلى للقضاء الفرنسي يدين الشركة الأم بدفع ديون شركتها التابعة التي وضعت في تسوية قضائية بدافع أن كل الشركتين تستخدمان نفس ورقة المراسلة (papier à entête) نفس المقر الاجتماعي، نفس الشعار التجاري، و أن إحداها قد أجازت للأخرى بالظهور بين شركاتها التابعة المشار إليها في سنداتها التجارية، و من ثم منحت بالنتيجة مظهر أنها تعمل في تراب و ينبثق تحت نفس المنشأ (الوحدة الاقتصادية) للرقابة و المديرية.

لإسناد الآثار القانونية التي لا تمكن ترتيبها عادة[1]. ولا تزال مقاربة الظاهر مثيرة للجدل بدرجة كبيرة في كل من القضاء والفقه. وعلى وجه الخصوص، هناك جدل وتساؤل فيما إذا كانت أو لا تتطابق مع مفهوم التدخل في الإدارة. ويرى بعض المؤلفين أن مجرد المظهر الخادع كاف بغض النظر عما إذا كان هناك بالفعل تدخل في الإدارة[2]. وهكذا، فإن هؤلاء المؤلفين يطلقون زمام أساسين مستقلتين تسمحان بإسناد الالتزامات تعاقدية لشخص آخر غير المتعاقد معه، ظاهر وحدة المؤسسة من جهة، والتدخل في التسيير، من جهة أخرى؛ ويعتقد البعض أن مجرد الظاهر الخادع لوحده لا يزال غير كاف لإنتاج الآثار المتعلقة بتطبيق نظرية الظاهر؛ وهكذا، فإن الاشتراك في المديرين أو المساهمين أو الشعارات أو المكتب الاجتماعي، يضم إلى جانبه بالتأكيد مجموعة من الأدلة والمؤشرات التي تساهم في عرض العديد من الشركات على أنها منشأة واحدة، ولكنها غير كافية لوحدها لتوصيف ذلك[3]. وستكون هذه العناصر أكثر دلالة على صورية الشركة (fictivité de la société) ؛ ووفقا لهذه المقاربة الفقهية والقضائية البريتورية، يجب أن يكون الظاهر مصحوبا بالضرورة بسلوكيات إيجابية تتمثل في التدخل في الإدارة. يستخدم الفقيهJ–PN. Dom في هذا الشأن مصطلح " المظهر الوظيفي" [4](apparence fonctionnelle). وتبدوا وجهة النظر الثانية هذه مقنعة. وفي الواقع، من أجل الاعتراف للغير المتعاقد معه بإمكانية اعتقادهم المشروع بأن الشركة الأم وشركتها التابعة قد شكلوا اشتراك في وحدة في المصالح (communauté d'intérêts) لأغراض العملية، فمن المهم أن تكون الأولى قد اتخذت تصرفات إيجابية في الإدارة، وبخلاف ذلك، لا يمكن أن تكون هناك مشاركة واضحة وظاهرة للشركة الأم. بل إن الفقيه J–P H. Dom يذهب لأبعد من ذلك لأنه وفقا له، يجب أن يتصرف هذا الشخص الاعتباري كمدير فعلي[5]. وبدون الذهاب إلى مثل هذا التطرف، يجب أن يكون المظهر الخادع مصحوبا بتدخل في الإدارة على قدر كاف من الأهمية بحيث يمكن أن يتسبب في

Cf. Cass. com., 18 octobre 1994, Bull. Joly Societes 1994, p. 1317, § 370, note A. COURET.

[1] - « …Le creancier d'une filiale qui prouve qu'il a ete trompe par les apparences l'ayant conduit a croire qu'il contractait avec la societe mere, a titre personnel ou en tant que co-obligee, alors que dans les faits ce n'etait pas le cas, pourra, s'il est de bonne foi, se prevaloir de cette apparence et exiger l'execution aupres de la societe mere comme si elle eut ete reellement debitrice. Les juges procedent alors a une sorte de ≪ consolidation ontractuelle≫….. » in :F.-X. LUCAS, Les filiales en difficultés, LPA 2001, p. 67.

[2] - Cass. com., 18 octobre 1994, Bull. Joly Societes 1994, p. 1317, § 370, note A. COURET.

[3] – راجع على سبيل المثال هذا القرار الذي تؤكد وتؤيد من خلاله محكمة النقض قرار قضاة الموضوع الذين رفضوا التكييف بالتدخل في التسيير وظاهرية وحدة المؤسسة بل الرغم من وجود العناصر المميزة لهذين الأخيرين: و نقض، غرفة مدنية ثالثة، 25 فبراير 2004 مقتبس عن:

Bull. Joly Société 2004, P 666, note J-Ph. Dom.

[4]- J.-F. BARBIERI, note sous Cass. 3eme civ., 13 decembre 2006, Bull. Joly Societes 2007, n° 4, p. 485 ; J.-Ph. DOM, note sous Cass. 3eme civ., 25 fevrier 2004, Bull. Joly Societes 2004, n° 5, p. 667.

[5]- J.-Ph. DOM, note sous Cass. 3eme civ., 25 fevrier 2004, Bull. Joly Societes 2004, n° 5, p. 667.

اعتقاد الأطراف المتعاقد معها بأنها تعاقدت كذلك أو بصفة حصرية مع المتدخل في التسيير. ومفهوم ظاهرية وحدة المؤسسة[1] أشمل بذلك على مفهوم التدخل في التسيير، وهو بذلك مفهوم عام وواسع النطاق عن الثاني، وبما أن نفوذ الشركة الأم على هذه الشركات التابعة هو متأصل في تشكيل التجمع، ولذلك، يجب التساؤل عن درجة التداخل اللازمة للوصف بوجود تدخل في التسيير؛ يعرف الفقيه –J F.Barbiéri التدخل في التسيير بالطريقة التالية: "تعسف في استخدام منطق الهيمنة التي تمارس بصدد مسك الرقابة. ويتميز هذا التعسف بحقيقة أن الشركة المهيمنة قد أطاحت بالشركة التابعة، وقد حلت محلها في علاقة تعاقدية مع الغير في مرحلة إبرام أو إنهاء أو فسخ العلاقة التعاقدية أو لأن هذه

[1] - quelques arrêts de la cour de cassation illustrant L'apparence d'une entité unique

- CA Versailles, 1ère ch., 2, 21-04-2000, n° 98/04243 : Les créanciers d'une société du groupe peuvent obtenir le paiement de leur créance auprès d'une autre société du groupe, si ils ont pu croire à l'existence d'une entité unique ou qu'elles étaient unies par une communauté d'intérêt.
- Cass. com., 18-10-1994, n° 93-11.807 : Les créanciers d'une société du groupe peuvent, également, obtenir le paiement de leur créance auprès d'une autre société du groupe, si en raison du comportement fautif d'une société, cette dernière laisse croire qu'elle s'engage avec l'autre.
- Cass. com., 05-02-1991, n° 89-12.232 : La société mère a par son comportement fautif, laissé croire qu'elle participait étroitement aux activités de la filiale.
- Cass. com., 18-10-1994, n° 93-11.807 :Deux sociétés avaient donné l'apparence qu'elles agissaient en étroite interdépendance sous une même unité de contrôle et de direction, la première a été déclarée responsable des engagements contractuels souscrits par la seconde.
- Cass. com., 17-10-1995, n° 93-16.354 :En raison de l'apparence d'une direction unique des deux sociétés, les fournisseurs des marchandises livrées à la société A ont pu croire contracter avec la société B, et les juges ont condamné cette dernière au paiement des sommes.
- CA Versailles, 1ère ch., 2, 21-04-2000, n° 98/04243 :Par application de la théorie du mandat apparent, si un contractant a pu légitimement croire qu'il contractait, par mandataire interposé, avec la société mère et la filiale, la société mère est tenue de l'inexécution du contrat par sa filiale.
- Cass. com., 04-03-1997, n° 95-10.756 : Des sociétés d'un groupe sont condamnées solidairement à l'égard d'un créancier de l'une d'entre elles au motif qu'elles se présentaient à la clientèle comme une entité unique avec identité de locaux, de téléphone et de logo.
- Cass. com., 01-03-1994, n° 92-12.878 : Lorsqu'une publicité précise qu'elle porte sur une société qui est en réalité un département d'une autre société, cette dernière société dont la responsabilité est mise en cause pour publicité trompeuse doit prouver qu'elle n'en est pas l'auteur.
- Cass. com., 02-05-2001, n° 98-17.648 : Est justifiée le refus de payer de la société, lorsque celle-ci n'a pas créé une apparence en laissant croire au tiers qu'elle était la société mère et que la seconde société agissait sans autonomie et sur sa demande
- Cass. com., 02-12-1997, n° 95-17.624 :Aucune apparence trompeuse n'est créée, la société étant informée que les commandes sont passées pour le compte de la filiale, qu'elle livre et facture celle-ci et en reçoit paiement et que les réalités juridiques et économiques lui sont connues.
- Cass. com., 28-05-1991, n° 89-20.587 :Le créancier lié à une filiale ne peut agir contre la société mère que s'il prouve l'existence d'une apparence de confusion entre ces sociétés.
- Cass. soc., 18-01-2011, n° 09-69.199 :Lorsqu'il existe entre deux sociétés d'un même groupe une confusion d'intérêts, d'activité et de direction, la seconde entreprise a la qualité de co-employeur à l'égard du personnel de la première.
- Cass. soc., 28-09-2011, n° 10-12.278, F-D :L'immixtion dans la gestion du personnel d'une filiale manifeste la confusion d'intérêts permettant de qualifier la société mère de co-employeur, sans qu'il soit nécessaire de constater un lien de subordination de chaque des salariés à l'égard de celle-ci.

الشركة المهيمنة لم تحترم إجراءات اتخاذ القرار في شركتها التابعة"، والأحكام القضائية في فرنسا زاخرة بالأمثلة الواردة في الممارسة العملية بهذا الشأن.[1]

واستنادا إلى ما سبق تبيانه بالتفصيل في شأن التدخل في الإدارة أعلاه، وجب التطرق في هذا الصدد إلى مفهومي الخلط بين الذمم المالية وصورية الشركة التابعة – كحالتين من التعسف في استخدام الشخصية الاعتبارية– فيمكن توجيه المساءلة نحو الشركة الأم شخصيا أو بدلا من أو بالاشتراك مع شركتها التابعة، إذا ما انتهكت مبدأ الفصل بين الأشخاص الاعتباريين. عموما، سيتعلق الأمر بعدم وجود نية حقيقية في الاشتراك في الشركة؛ إن صعوبة التمييز بين هذين المفهومين ليس دائما واضحة[2]؛ فجزء من الفقه يرى أن الخلط بين الذمم لا يمكن أن يوجد من دون صورية الشخص الاعتباري[3]، على الرغم من أن هذه المفاهيم تتداخل. وهناك اتجاه أخرى فقهي، على العكس من ذلك، يؤكد أن هذين المفهومين متمايزين، ولكل منهما عناصره التأسيسية الخاصة.[4] يضيف القضاء الغموض

[1]- Cass. com., 18 octobre 1994, Bull. Joly Sociétés 1994, p. 1317, § 370, note A. COURET : la juridiction suprême condamne la société mère à payer les dettes de sa filiale mise en redressement au motif que les deux sociétés utilisaient le même papier à en-tête, le même siège social, le même logo et que l'une a autorisé l'autre à figurer parmi ses filiales indiquées sur ses documents commerciaux, elles avaient par conséquent donné l'apparence qu'elles agissaient en étroite interdépendance sous une même unité de contrôle et de direction ; Cass. 3eme civ., 13 decembre 2006, Bull. Joly Societes 2007, n° 4, p. 485, note J.-F. BARBIERI : Voir a ce sujet l'espece pour laquelle un bailleur avait assigne la societe mere a defaut de pouvoir atteindre la societe preneuse placee sous liquidation judiciaire en paiement des frais de reparations locatives. Le bailleur invoquait l'apparence au motif que ladite societe mere, actionnaire majoritaire de la preneuse, avait participe activement aux pourparlers et s'etait comportee comme partie prenante au contrat de bail. La troisieme chambre civile de la Cour de cassation casse la decision des juges du fond qui avaient insuffisamment caracterise l'absence d'autonomie du preneur ; Cass. Ass. plen., 9 octobre 2006, ≪ Affaire B. Tapie ≫, JCP E 2006, n° 46, 2618 : l'immixtion de la societe mere dans l'execution d'un mandat de cession de droits sociaux recu par sa filiale ne saurait resulter du seul fait que la societe mere se soit activement impliquee dans la conception et l'application des accords de cession, notamment en consentant et en organisant les financements necessaires au montage imagine par les coacquereurs des droits sociaux, et qu'elle ait accepte de rendre compte de son action devant la presse et la commission d'enquete parlementaire chargee d'analyser l'operation ; La Cour de cassation controle si les juges du fond ont correctement etabli l'apparence trompeuse : Cass.Ass. plen., 9 octobre 2006, ≪ Affaire B. Tapie ≫, Bull. Joly Societes 2007, n° 1, p. 56 et s., note F.-X. LUCAS: cassation de l'arret de la Cour d'appel pour n'avoir pas fait apparaitre que l'immixtion du Credit Lyonnais dans l'execution du mandat delivre a sa filiale avait ete de nature a creer pour les mandants une apparence trompeuse.

[2]- Cass. com., 19 mars 1996, Rev. sociétés 1996, p. 267, note P. LE CANNU.

[3]-B. SOINNE, Identité et diversité des notions de fictivité et de confusion des patrimoines, LPA 1995, n° 146, p. 12 et s. ; P. LE CANNU distingue la fictivité par « porosité » et la fictivité par « imperméabilité ». Seule la première conduit à une confusion des patrimoines. Les deux notions sont alors cumulées. C'est nécessairement le cas dans le cadre d'une société unipersonnelle fictive. La seconde existe en dehors d'une confusion de patrimoines, par exemple en cas d'absence de volonté de s'associer, note sous Cass. com., 19 mars 1996, Rev. sociétés 1996, p. 267, note P. LE CANNU.

[4]– CA Douai, 2e ch., 1, 02-10-2003, n° 03/02333 : Une société est fictive si elle dépourvue de toute autonomie décisionnelle et notamment de la faculté de décider, dans le cadre des dispositions légales et statutaires, de sa liquidation ou sa survie, cette faculté appartenant au vrai maître de l'affaire.

Cass. civ. 3, 22-06-1976, n° 74-10.119 : 10.119 :Une société est fictive si l'affectio societatis est absent, Au sein des groupes de sociétés, des sociétés fictives peuvent être constituées dans le but de dissimuler les agissements de la société mère. Concrètement, la fictivité de la société sera révélée dans le cadre d'une procédure collective. Cette dernière apparaissant comme fictive, les juges chercheront au delà de la société écran, la société qui se dissimule, et lui étendront la procédure collective

في هذا الشأن[1]، حيث يبدو من خلال القرارات القضائية الأخيرة أنه يمكن الكشف عن اتجاه قضائي يميل نحو جعل هذين المفهومين قائمين على أساسين مستقلين. وعلاوة على ذلك، فإن قانون الإجراءات الجماعية قد أيد وصادق على إمكانية تمديد الإجراءات "في حالة الخلط بين الذمم المالية مع تلك المتعلقة بالمدين أو صورية الشخص الاعتباري" (مادة L.621-2 فقرة 2 قانون تجاري فرنسي). وضمن الشاغل المتمثل في الفهم الأفضل لهذين المفهومين من المناسب عرضهما كل على حدة.

أولا- الصورية

مع ظهور تسريبات "وثائق بنما" حول الملاذات الضريبية لشخصيات عالمية، أخذ السؤال الذي يفرض نفسه هو عن ماهية الشركات الوهمية التي يختبئ خلفها من يسعى للتهرب الضريبي. فما هي الشركات الوهمية أو شركات العنوان البريدي، أو حتى شركات الواجهة أين نجد المصطلحات المقابلة لها باللغة الفرنسية:société fictive ou société de façade ou société-écran وهل هي غير قانونية؟.[2]

Cass. com., 22-06-1999, n° 98-13.611 : Le concept d'affectio societatis est absent dans une filiale ayant simplement pour fin le bénéfice d'une sûreté pour une banque. Le défaut d'affectio societatis emporte l'absence de réalité de la société, et par cela même, sa fictivité.
Cass. com., 21-11-1995, n° 93-20.054, inédit : Une société, en état de dépendance financière, qui n'a pas d'activité économique réelle - l'acquisition d'un patrimoine n'étant pas de nature, à elle seule, à établir l'existence d'une activité autonome - est fictive.
Cass. civ. 3, 22-06-1976, n° 74-10.119 : Toute personne y ayant intérêt peut exercer l'action en dénonciation de la fictivité, et également l'auteur de la fictivité. Le principe est qu'à l'égard des tiers la preuve de la fictivité d'une filiale même s'il s'agit d'une société civile peut être rapportée par tous moyens. La sanction de la fictivité d'une société est la nullité de cette dernière.

[1]-- I-F RARBIERI ; C. SAINT ALARY-HOUIN note Sous:cass. Com ; 19 avril 2005, [Metaleurop], Bull . Joly société 2005, n°6,P 691 ; Cass.com, 19 avril 2005, Metalenrop , Bull, Joly société 2005, P.690, note C.savit - ALARYHOVIN,

- [2]من المعروف دولياً أن استثمار أموال في بنما أو غيرها من الملاذات الضريبية ليس بالأمر غير المشروع، ولكن المهم هو ما يعنيه هذا الاستثمار. فكل من يستخدم هذا الاستثمار ستاراً لإخفاء الأموال من السلطات المعنية بتحصيل الضرائب في وطنه أو في غسيل الأموال التي اكتسبت بشكل غير قانوني يعرض نفسه للعقوبة القانونية. فما هي الشركات الوهمية وكيف تعمل؟
تعرف هذه الشركات في ألمانيا على سبيل المثال بأنها "شركات العنوان البريدي" دلالة على أنها ليس لها وجود قانوني سوى من خلال امتلاك عنوان بريدي. وتوجد الشركة الوهمية، أو شركات العنوان البريدي، على الأوراق فقط، فليس لها نشاط اقتصادي، وليس لها سوى حساب بنكي.
وعادة ما تؤسس الشركة الوهمية في إحدى الملاذات الضريبية مثل بنما أو الجزر العذراء البريطانية أو جزر كايمان غرب البحر الكاريبي وذلك بمساعدة محامين أو شركات خدمات متخصصة في هذه الأماكن. وعن ذلك يقول ألكسندر زاوكن، الخبير الألماني في القانون الاقتصادي، إن لكل من هذه الشركات مدير تنفيذي ليس له عمل سوى أن يدفع رسوم السجل الضريبي لهذه الشركة في الوقت المناسب مرة واحدة كل عام.ولإخفاء تحركات الأموال يتم غالبا تحويل الأموال إلى هذه الشركات الوهمية عبر عدة حسابات في بلدان مختلفة "ولا يمكن تقريبا اكتشاف من يقف وراء هذه الشركة".ومن هذا المنطلق يطرح التساؤل هل تأسيس شركات العنوان البريدي، قانوني؟

1-قانونية تأسيس شركات الواجهة

وعلى إثر ما سبق نقول أن ما يصطلح عليه بالشركة الصورية" أو ما استخدمناه للإشارة إليها من مصطلحات أعلاه هي شركة مجردة من الوجود الحقيقي. ويمنح F.X.LUCAS التعريف التالي: يتعلق الأمر بـــ "صفة قانونية مزعومة التي يثبت أنها غير موجودة".[1]

فأحد العناصر التأسيسية للشركة، ألا وهو التقديمات في الأصول الاجتماعية والسعي نحو تحقيق الربح أو حتى اقتسام الخسائر، وفقا للمادة 1832 ق. مدني فرنسي غير موجود[2]. وكثيرا ما يكون العنصر المفقود في عقد الشركة هو عدم وجود نية المشاركة affectio societatis للشركاء الذين لم يقصدوا أبدا أن يمنحوا وجودا حقيقيا للشركة[3]. ويصرح B.Rolland بالصعوبات المتعلقة بتقييم الصورية من خلال العناصر المكونة للشركة بسبب التعدي على هذه العناصر[4]. في الواقع، تكشف الصورية عن سلوك الشريك الذي يتصرف في مصلحته الشخصية تحت غطاء الشخص الاعتباري[5]. وإذا كان من المقرر أن يتم تقييم الصورية من تاريخ إنشاء الشركة، فإنه يمكن الكشف عنها من خلال الوقائع اللاحقة لتأسيس الشركة[6]. هكذا، ستظهر الصورية من خلال المؤشرات ذات الطابع الجهازي مثل، الاشتراك في القائمين بالإدارة(30)، وذات الطابع الوظيفي مثل غياب السير الوظيفي للشركة، التداخل في الأنشطة والأصول[7]. ويميل القضاء إلى التشديد والتركيز على غياب النشاط الخاص أو على الأقل عدم وجود استقلالية في اتخاذ القرار في عملية تنظيم المشاريع؛ وانطلاقا من هذه المؤشرات بالظاهر الموحد سوف تشهد على أن الشركة التابعة ليست سوى مجرد مجموعة من قابلة للتوظيف في أيدي

للشركات التي توصف أيضا بأنها شركات العنوان البريدي، مثلما هو عليه الحال بالنسبة لتأسيس الشركات التابعة الوهمية، ولكنها تستخدم في التخفيض المشروع للأعباء الضريبية، فهناك فارق بين هذه الشركات والشركات الوهمية "فعندما يتم تأسيس شركة على سبيل المثال في لوكسمبورج أو ايرلندا لتوفير الضرائب مع توفر الشفافية تجاه السلطات الضريبية المعنية فهذا أمر قانوني".

فعلى سبيل المثال عندما تمنح شركة ما ترخيصا لاختراع وتكون هناك شركة تابعة لها في ألمانيا وتضطر هذه الشركة الصغيرة لدفع رسوم للشركة الأم في واحة الضرائب في جزر العذراء البريطانية فإن ذلك يخفض الأعباء الضريبية للشركة الأم في ألمانيا وهذا أمر مشروع، طالما أن الرخصة ذات مضمون اقتصادي.

[1]-- Il s'agit d'un « prétendu sujet de droit qui se révèle ne pas en être un» F.-X.LUCAS, les filiale en difficultés, LPA 2001, n° 89 , p 69.

[2]- D.OHL, Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe, éd. Librairies techniques, n°430, P 316.

[3] مثال على سبيل الوضوح في الصورية بسبب عدم وجود نية المشاركة من الشركاء راجع:

Cass.com, 3 février 1998, JCPE 1998, P 652.

[4]- B.ROLLAN, note sous la décision d'avant dire droite de la CA Douai 2éme ch. Soc. 1,2 octobre 2003, « Metaleurop », LPA 2005, n° 20 ? p 13, cité par vanessa dessouter, op. cit., réf° 1056, P 368.

[5]- F.-X. LUCAS, Les filiales en difficultes, LPA 2001, n° 89, p. 69.

[6]-في شأن الصورية التي تم الكشف عنها بوحدة القائمين بالإدارة: نقض تجاري، 27 أفريل 1970، مقتبس عن:

Bull.civ. IV. n° 136, P 124.

[7]- CA Douai 2eme ch. sect. 1, 2 octobre 2003, ≪ Metaleurop ≫, prec.

رؤساء التجمع، حتى أن الشركة الصورية هي في الواقع، مجرد واجهة –une façade en trompe l'œil، وإن التوصيفات المستعارة متفردة في هذا الصدد، وكلها تشهد على غياب الوجود الحقيقي للشركة الصورية بسبب التعسف في استخدام الشخصية الاعتبارية لغرض تحقيقه مصلحة شخصية. فسياسة التفريع la filialisation، يقصد بها الحد من المخاطر أو على الأقل توزيعها على عدة أشخاص اعتباريين، ليست في حد ذاتها إستراتيجية مشكوك فيها من الناحية القانونية. ومع ذلك، يجب أن تتم عملية التفريع وفقا لمبدأ الفصل بين الأشخاص القانونيين حتى لا تخضع لمحاربتها بالصورية. وهذا يعني ضمنا أنه يجب بالضرورة أن يصاحبه نقل للمهارات والوسائل، وليس مجرد نقل للمخاطر[1].وإلا فإن الكيان الذي تم إنشاؤه سيكون امتدادا للشركة الأولى فقط. وفي غياب العناصر الأساسية للشخص الاعتباري يكشف الكيان المنشأ عن الطابع الاحتيالي التدليسي المحض. وبما أن الشخصية الاعتبارية هي صورية بحثة، فإن القانون يعتبرها غير موجودة. فالصورية سوف تتسبب في رفع ستار الشخصية الاعتبارية وبالتالي يترك للغير إمكانية المطالبة بشكل مباشر قائد الأعمال الحقيقي (le réel maitre de l'affaire)[2]. ونتيجة لذلك، وفيما يتعلق بالتجمعات، فإن الشركة الأم التي ترغب في إنشاء شركة تابعة لغرض وحيد متمثل في استبعاد نفسها من مخاطر معنية دون منحها درجة معينة من الاستقلالية القانونية، يمكن أن يحتج ضدها بصورية الشركة التابعة وبذلك حلولها مكانها باعتبارها قائد الأعمال الحقيقي.

---

[1]– Voir l'arrêt de la Cour d'appel de Douai dans l'affaire ≪ Metaleurop ≫ qui rejette l'argumentation du ministère public et du comité d'entreprise qui invoquaient la fictivité de la société Metaleurop Nord créée, selon eux, uniquement en vue de cantonner le risque environnemental, au motif que, celle-ci avait ≪ toujours exercé une activité propre révélatrice de son existence réelle ≫. Pour rejeter la fictivité, la Cour d'appel relève notamment le fait que la société disposait d'un patrimoine propre, employait un grand nombre de salariés, dégageait un important chiffre d'affaires, que les contrats étaient conclus par elle et en son nom et qu'elle conservait par conséquent une autonomie décisionnelle malgré son appartenance au groupe de sociétés. Concernant l'aspect environnemental, la Cour d'appel qualifie d'historique la pollution existant depuis 1894 et rejette l'idée que la société ait été uniquement créée pour prendre en charge les risques environnementaux au motif que, au moment de sa création, les obligations de dépollution étaient moins rigoureuses et ne motivaient par conséquent aucunement la constitution d'une societe a cet effet, ce d'autant plus que l'apport effectué était d'importance suffisante pour couvrir les frais : CA Douai 2eme ch. sect. 1, 16 décembre 2004, ≪ Metaleurop ≫, D. 2005, 216, obs. A. LIENHARD. Pour une admission de la fictivité en raison de l'absence d'activité réelle : CE, 10 mai 1993, n° 95128, Bull. Joly 1993, p. 799 : une société filiale sans activité réelle, uniquement créée pour atténuer les charges fiscales de la société mère, est considérée comme fictive.

[2]– راجع لغرض التوضيح، قرار محكمة النقض الذي يؤكد تمديد التصفية القضائية إلى قائد الأعمال الحقيقي (véritable maitre de l'affaire) :

l'arret de la Cour de cassation confirmant l'extension de la liquidation judiciaire au veritable maitre de l'affaire en raison de la fictivite de la societe unipersonnelle. La gerante de l'EURL n'était qu'un prete-nom et l'EURL n'avait ete creee que pour eviter que le patrimoine personnel du premier ait a repondre des dettes d'exploitation ; in. Cass. com., 13 juillet 1993, D. II 1993, p. 368 ; F. PEROCHON et R. BONHOMME, Entreprises en difficulte, instruments de credits et de paiement, 8eme ed.L.G.D.J. Paris 2009, n° 157, p. 130.

وعلاوة على ذلك، مكنت هذه النظرة من تطوير مفهوم الوحدة الاقتصادية والاجتماعية، والذي يسمح في قانون العمل بإبطال التركيبات القانونية الصورية من أجل تفادي بعض النتائج القانونية[1]. فبالتالي، فإن مفهوم الصورية يجعل من الممكن التصدي على التحايل نحو تحويل الآليات القانونية التي يتيحها القانون. وفيما يتعلق بالشركة الأم وشركتها التابعة يتعلق الأمر بتحايل نحو تحويل الامتيازات الممنوحة من خلال اكتساب الشركة التابعة لشخصية قانونية متميزة عن الشخصية القانونية للشركة الأم. وبالتالي، فإن مفهوم الصورية يضمن أقلمة وتطابق أفضل مع الواقع.[2]

2- الوسائل القانونية لمجابهة صورية الشركة التابعة

وإنه للقضاء على ظاهرة الشركات الوهمية أو شركات الواجهة فإن الدكتور فيصل الشقيرات في مؤلفه "شركة الشخص الواحد ذي المسؤولية المحدودة" يقترح إنشاء شركة الشخص الواحد بدلا من الشركات المتعددة الشركاء، نظرا لارتكاز الأولى على غياب ركن تعدد الشركاء وعلى اعتبار أن تأسيس الشركات الوهمية في حقيقة تكوينها تؤول لشخص واحد إلا أن ظاهر الحال يشير إلى أنها متعددة الشركاء، إلا أن هؤلاء الأخيرين وهميين، ونظرا لما تشكله ظاهرة الشركات الوهمية من مظهر سلبي تسبب في وجود هؤلاء الشركاء الوهميين، وخلق إشكاليات قانونية واجتماعية تتعلق بالإضرار

---

[1]--انظر في هذا الصدد الاجتهاد القضائي المتعلق بتأسيس لجان المؤسسة، (ولاسيما، قرار محكمة النقض، غرفة اجتماعية، مؤرخ في 8 جوان 1972 أين قامت شركتان بممارسة نفس النشاط تحت سلطة واحدة، في نفس المباني، وبنفس المعدات، وبينهما يقوم الرئيس المدير العام بالتوزيع على نحو صوري للعمال، بحيث يترك لكل منهم يد عاملة تقل عن 50 عامل، وبالتالي يتجنب أحكام الأمر المؤرخ في 22 فبراير 1945 لقانون العمل الفرنسي حتى لا يكون لكلا الكيانين سوى استقلال ظاهر، في حين أنهما يشكلان في الحقيقة وحدة اقتصادية و اجتماعية، يمكن لقضاة الموضوع أن يستنتجوا أنه من الضروري، من أجل تطبيق هذا النص التشريعي، اعتبارهما مؤسسة واحدة وأنه من الضروري تشكيل لجنة المؤسسة):

Voir a ce titre la jurisprudence relative à la constitution des comités d'entreprise, notamment : Cass. soc., 8 juin 1972, JCP 1973 II.17316 : deux sociétés, qui exercent la même activité sous une autorité unique, dans les mêmes locaux et avec le même matériel, et entre lesquelles leur president-directeur général a réparti fictivement le personnel, de manière à laisser à chacune d'elles un effectif inférieur à 50 salariés et à éluder ainsi les prescriptions de l'ordonnance du 22 février 1945 (C. travail, art. L. 431 et s.) n'ont qu'une autonomie apparente et constituent en fait une unité économique et sociale ; les juges du fond peuvent en déduire à bon droit qu'il s'agit, pour l'application de ce texte, d'une seule entreprise qu'il y a lieu de pourvoir d'un comité d'entreprise ; in : Venessa Desoutter, op cit, n° 1060, P 369.

[2]- راجع: زايدي أمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه تخصص قانون الأعمال، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2013-2014، ص.150؛ وكذا:

Abdelaziz SQUALLI, La Cour suprême face aux nouveaux impératif du monde des affaires ; in Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, paris , Dalloz, 2003, p.p. 1019-1033.

بالمصالح المالية للشركاء وإضعاف الائتمان من الناحية العملية، فقد نادي العديد ومن بينهم الدكتور فيصل الشقيرات بضرورة الأخذ بشركة الشخص الواحد للحد من هذه الظاهرة.[1]

2-1- تنظيم المساهمات المتبادلة والرقابة الذاتية مواجهة لضمان عدم صورية رأس مال الشركة التابعة

بما أن أغلب المجموعات تسعى إلى القيام بعمليات تؤدي إلى تحقيق السيطرة بمساهمات قليلة وذلك عن طريق اللجوء إلى سلسلة الشركات، وهذا ما ينتج عنه في بعض الحالات استعمال مساهمات متبادلة بينها مثلما سبق ذكره، هو الإجراء الذي قد ينجر عنه رفع صوري لقيمة رأسمال الشركات، كما أنه قد يؤدي إلى اكتساب المسيرين مركزًا ممتازًا عن طريق غلق إدارة الشركات ومنع أخذ المساهمات الخارجية فيها، وهذا ما يضر بالمؤسسة والاقتصاد، إذ أن المسيرين يوجدون في وضع يفوق سلطة المراقبين، كما أن تأثيرهم يجعل رأسمال الشركات هش إذ أن إعلان توقف إحدى الشركات عن الدفع يؤثر على الوضعية المالية للشركات الأخرى المرتبطة بها.

لهذا نظمت التشريعات المقارنة المساهمات المتقاطعة والرقابة الذاتية بقانون الشركات، بأحكام مقيدة لتفادي أو لتقليل أثارها السلبية، لهذا ارتأينا التطرق بالتوضيح في هاته الجزئية إلى أهم إجرائيين من الإجراءات المقررة لضمان عدم صورية رأسمال الشركات الأعضاء بالتجمع:

2-2-أ-المساهمات المتبادلة

Participations réciproques

الأصل أن الشركة التجارية لها الحرية الكاملة في أن تكتسب مساهمات في شركة أخرى إذا اتبعت الإجراءات القانونية المقررة. وتتحقق المساهمات المتبادلة بين شركتين إذا كانت كلتاهما تحوز على جزء من رأسمال الأخرى[2]. لقد حددت التشريعات المقارنة حدًا أقصى للمساهمات المتقاطعة بين شركتين وذلك لأنها ترتب أثار سلبية تتمثل فيما يلي:

- تضخيم صوري لرأسمال الشركات المعينة، إذ أن كل شركة تجد نفسها مالكة لأسهمها الذاتية بواسطة شركة أخرى، وهذا ما يترتب عليه التأثير المتبادل في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية فقيمة رأس المال الظاهرة ليس لها وجود حقيقي.

---

[1]-فيصل الشقيرات، شركة الشخص الواحد – دراسة مقارنة-،ط.1، الأردن،2016، ص.96.

[2] -« … Les participations réciproques sont celles qui s'établissent entre deux sociétés commerciales lorsque chacune détient une part de capital de l'autre. Elles sont dites également "participations croisées"… », in : Sophie Noémie, Filiale, participation et sociétés contrôlées, joly sociétés, sep 1999, p 24.

- يترتب عليها تركز إدارة الشركة في يد أشخاص معينين لا يمكن عزلهم نظرا لمساهمتهم في الشركات كلها، هذا ما يسمى بغلق الشركة.

- تشكل المساهمات المتقاطعة حاجزا في مواجهة العروض العامة التي تصبح غير قابلة للتنفيذ، وهذا ما ينتج عنه تأثيرات سلبية على سير السوق والمعاملات، فالعروض العامة للشراء هي وسيلة لإعادة تأهيل المؤسسات التي تعاني من مشاكل مالية إذ يقوم رأسماليون قادرون على إعادتها للنشاط وتأهيلها بشرائها. لكن إذا وجدت المساهمات المتقاطعة فإنها تشكل حجرة عثرة في مواجهة العروض العامة.

- إعلان الإفلاس والكشف عن المساهمات المتقاطعة قد يترتب عليه أثار خطيرة على الشركات الأخرى والدائنين.

هذا ما دفع التشريعات محل الدراسة إلى تقيد المساهمات المتبادلة إلا أن طريقة تنظيمها تختلف من قانون إلى آخر.

- فإذا حازت شركة على جزء من رأسمال شركة أخرى بأي وسيلة من وسائل اكتساب الأسهم: الاكتتاب، المبادلة، الاندماج، فإن المشرعين الجزائري والفرنسي قد وضعا نظام ضبط لتصحيح الأوضاع. وهو مجدي أكثر من وضع نظام إبطال أو فسخ الذي تكون له أثار سلبية على المؤسسات .[1]

والمشرع الفرنسي ميز بين المساهمات المتبادلة بين الشركات ذات أسهم وبين شركة ذات أسهم وشركة أخرى[2].أما القانون الجزائري فقد تناول المساهمات المتبادلة في مادة واحدة وهي المادة 732 مكرر من القانون التجاري.

- أقر القانونين الفرنسي والجزائري بالمساهمات المتبادلة المشروعة إذا كانت إحداها لا يتجاوز 10% من رأس مال الأخرى، وتبقى المساهمات المتقاطعة بين الشركات حرة إذا كانت لا توجد بينها شركة ذات أسهم.

---

[1]–زايدي أمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية –دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013–2014، ص.144.

[2] - pour la réglementation des participations réciproques entre sociétés par actions cf. au article suivant : L233-29, , R233-17, R234-1, L247-3 du Code de commerce (Décret n° 67-236, du 23-03-1967, art. 249) ; tandis que pour la réglementation des participations réciproques entre une société par actions et une autre société cf. Art. L233-30, Code de commerce ; pour plus d'explications ; cf. S. Dana-Demaret et Y. Reinhard, Lexique de droit des sociétés et des groupements d'affaires, Dalloz, 1993, p. 10

- إذا حازت شركة ذات أسهم على أكثر من 10% من رأسمال شركة أخرى ذات أسهم فيجب عليها أن تخطرها بذلك خلال أجل 15 يوم ابتداء من تاريخ اكتسابها.

ويجب على الشركة المخطرة أن تتمتع عن اكتساب أسهم في رأسمال الشركة المخطرة ابتداء تاريخ علمها.وإذا كانت تحوز قبل الإخطار على المساهمة تفوق 10% فتكون أمام حالة المساهمات الممنوعة التي يتم إصلاحها. وإلى غاية تحقق ذلك تفقد الأسهم حقها في التصويت، ويجب أن يتم ضبط الوضعية خلال أجل سنة ابتداء من تاريخ أخذ المساهمات وذلك عن طريق التنازل عن النسبة الزائدة خلال أجل سنة.

هذا، وقد تتفق الشركات الأطراف على حل ودي بينها يتمثل في:

- تنازل شركة عن مساهمتها إلى الحد المسموح به.

- التزام الشركة التي تحوز على المساهمات الأقل بأن تتنازل عنها إلى الحد المسموح به.

- إذا كانت المساهمتان المتساويتان لهما نفس القيمة عليهما أن يخفضا مساهماتهما إلى أن تصل إلى الحد المسموح به.

لكن يرد على هذا القول الملاحظات التالية:

- الالتزام بالإخطار بالمساهمات المهمة التي تقع على عاتق الشركات ذات الأسهم التي يترتب عليها أن الشركة غالبا ما تعلم بالمساهمات التي تفوق القيمة المقررة.

- ويجب أن يتم إعلام المساهمين بالعملية في تقرير التسيير الخاص بمجلس الإدارة ومجلس المديرين ومراقبي الحسابات.

- المشرع أخذ بمعيار المساهمة الأقل، لتحديد التي تلتزم بالتخفيض لهذا يؤخذ بعين الاعتبار تاريخ حيازتها وقيمة مجموع الأسهم التي تحوزها الشركة أخرى.

- المشرع الفرنسي تناول المساهمات المباشرة وحدد نسبتها بـــ 10% في حين المشرع الجزائري تناول المساهمات غير المباشرة وبهذا فلا يمكن أن تتحقق الرقابة الذاتية في التشريع الجزائري الذي منع المساهمات الغير مباشرة للشركات التابعة في الشركة المسيطرة، على خلاف

المشرع الفرنسي الذي لم يتناول المساهمات الغير مباشرة فيمكن أن تتحقق الرقابة الذاتية في التشريع الفرنسي .[1]

- أما بالنسبة للمساهمات المتبادلة بين الشركة ذات الأسهم وشركة أخرى فإن مفهوم الشركة أخرى يشمل كل شركة سواء كانت مدنية أو تجارية أي كل شركة مهما كان شكلها وموضوعها. لكن تمديد تطبيق الأحكام منتقد لأن القانون التجاري يخص الشركات التجارية بحسب شكلها أو موضوعها مما يستوجب استبعاد الشركات المدنية والجمعيات والتعاونيات. إذا كانت الشركة ذات الأسهم تحوز في شركة أخرى نسبة تفوق 10% فلا يمكن لهذه الأخيرة أن تحوز على نسبة تفوق 10% فيها حسب نص المادة 395 فقرة 3 من القانون الفرنسي وإذا كانت تحوز على مساهمات تفوق 10% دون حق التصويت. فالقانون الفرنسي لا يلزم الشركة الأخرى بأن تتنازل إلا على النسبة التي تفوق الحد المسموح به وهو 10%.

- إن التشريع الجزائري لم يتناول تنظيم المساهمات المتبادلة بالتفصيل لكنه تناول حالة واحدة في المادة 732 مكرر وهو لم يقرر منع المساهمات المتبادلة بين الشركات ذات الأسهم وشركات أخرى لكنه تناول المساهمات بين الشركة المراقبة والشركة التابعة لها. فإذا كانت شركة المساهمة تراقب شركة أخرى بتوفر إحدى الحالات المذكورة في المادة 729، والشركة التابعة لا يمكن لها أن تحوز فيها إلا على مساهمة تساوي 10% أو أقل، لكن المشرع الجزائري لم يذكر الإجراءات الواجب اتخاذها لإصلاح الأوضاع في حالة توافر المساهمات المتبادلة والجزاءات المترتبة على ذلك. فإذا توافرت المساهمات المتبادلة فيترتب عليها سحب حقوق التصويت فيما يخص الأسهم التي تفوق النسبة المسموح بها .[2]

2-2-ب-الرقابة الذاتيـــة

Auto contrôle

منع المشرع الفرنسي المساهمات المتبادلة إذا تجاوزت حدًا معينا، لكن يمكن تفادي المنع عن طريقة وضع شركات وسيطة للوصول إلى تحقيق مساهمة الشركة في رأس مال بغرض تقليص عدد

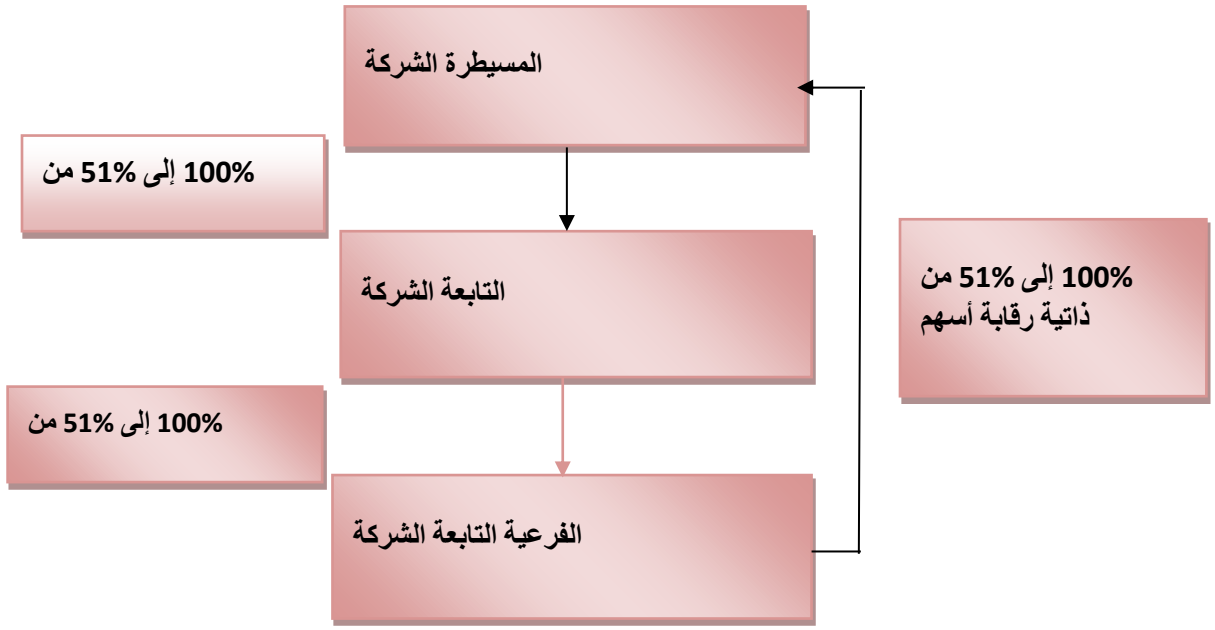
---

[1]- راجع: زايدي أمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه تخصص قانون الأعمال، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2013-2014، ص.150؛ وكذا:

Abdelaziz SQUALLI, La Cour suprême face aux nouveaux impératif du monde des affaires ; in Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, paris , Dalloz, 2003, p.p. 1019-1033.

[2]- زايدي أمال، الأطروحة السابقة الذكر، ص.ص. 146-.149.

المساهمين وتمتع مسيريها بحرية في ممارسة السلطات المرتبطة بالأسهم.وقد عرفت الرقابة الذاتية بكونها: "إمكانية تحقق رقابة الشركة على نفسها عن طريق شركة تابعة لها مباشرة قانونيا أو واقعيا"[1]. فالرقابة الذاتية هي تقنية تسمح للشركة بأن تحقق المساهمة في رأسمالها بواسطة شركة أو شركات أخرى تابعة لها. "الرقابة الذاتية هي تطبيق يسمح للشركة بأن تحوز أسهم في شركة أخرى، هذه الأخيرة هي الشركة التي تراقبها مباشرة أو بطريقة غير مباشرة بواسطة شركة أو شركات أخرى". تسمى الأسهم التي تحوزها الشركة التابعة في الشركة الأم أسهم الرقابة الذاتية actions d'auto contrôle. المخطط التالي يوضح فكرة الرقابة الذاتية:[2]



يترتب على الرقابة الذاتية تأثير كبير على المجموعات يظهر ذلك فيما يلي:[3]

- تضخم داخلي للأعمال.

[1] - "La possibilité pour une société d'assurer son propre contrôle par intermédiaire d'un ou plusieurs société dont elle détient directement ou indirectement en droit ou en fait le contrôle".in : Maggy Pariente, op. cit. p 219 ; Henri-Désiré MODI KOKO BEBEY, Le contrôle de la gestion des filiales par la société mère dans le droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique in Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, paris ,Dalloz,2003,p.p.845-860.

[2] – زايدي أمال، المرجع السابق، ص.149.

[3] - راجع: زايدي أمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية –دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه تخصص قانون الأعمال، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2013–2014، ص.150؛ وكذا:

Abdelaziz SQUALLI, La Cour suprême face aux nouveaux impératif du monde des affaires ; in Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, paris , Dalloz, 2003, p.p. 1019-1033.

- نقص الاستثمارات الضرورية للتطوير على المدى المتوسط والطويل للمؤسسات.

- التداخل في الذمم المالية للشركات، إذ أن أي مشاكل مالية تتعرض لها مؤسسة قد تمتد إلى المؤسسات الأخرى المرتبطة معها.

- إغلاق الإدارة إذ تجعل الرقابة الذاتية من الصعب استبدال القائمين على الإدارة، كما قد يترتب عليه مساس بالشركة لأن تعديل الهيئة المسيرة يكون له أثار على تطوير المجموعة، لأنه قد يكون لها نظرة وحلول جديدة. ورغم أن المساهمات المتقاطعة المباشرة ممنوعة إلا أنه لا يوجد ما يحول دون استعمال المساهمات الدائرية، إذ أن القانون التجاري الفرنسي كان يجيز هذه المساهمات دون قيد فكان يكفي اللجوء إلى شركات وسيطة لتجاوز منع المساهمات المتبادلة.

لكن بعد ظهور حالات الإفلاس ضخمت أثارها وجود مساهمات ناتجة عن الرقابة الذاتية تجلت بمخاطر الرقابة الذاتية التي قد ينشأ عنها صورية رأس المال وامتداد الإفلاس إلى شركات متعددة، لهذا لجأ المشرع الفرنسي إلى تقيد أثارها دون أن يصل إلى منعها.

ولذلك قيد المشرع الفرنسي آثار أسهم الرقابة الذاتية دون أن يمنعها وذلك بغرض تفادي صورية رأس المال وضمان الشفافية والإعلام الكاف حول تقييم رأس المال.

ونظرا لاكتشاف مخاطر أسهم الرقابة الذاتية تم تعديل القواعد المنظمة لها عن طريق إسقاط حقوق التصويت المتعلقة بأسهم الرقابة الذاتية دون ضرورة التزامها بالتنازل عنها ابتدأت من 01 جويلية 1991وذلك في المادة 359 فقرة 1.

- إن أسهم الرقابة الذاتية لا تدخل في حساب الأغلبية والنصاب، في حين تبقى تتمتع بالمزايا الأخرى مثل: حقوق الاكتتاب، الحقوق المالية والأرباح ولا يشترط التنازل عنها كما لا يوجد ما يمنع من اكتساب أسهم رقابة ذاتية أخرى.

وعليه فعند حساب الأغلبية لا نحسب أسهم الرقابة الذاتية ما عدا حساب الحد الأقصى وهو 10% منها.

- رغم تقييد حقوق التصويت المرتبطة بسندات الرقابة الذاتية إلا أنها تبقى لها أهمية في حياة الشركة والمجموعة، إذ تبقى أسهما مملوكة لها حتى لو لم تستعمل في عملية التصويت لأنه لا يشترط التنازل عنها. وتتجلى الأهمية فيما يلي:[1]

- تسهيل عملية التقارب بين المؤسسات ومبادلة السندات ولقد تم استعمالها في عمليات عروض عامة للتبادل المتعددة.
- يمكن أن تباع إلى نثق به أو يتم منحها في إطار خبط المساهمات المتبادلة أو يتم توزيعها على العمال.
- هي وسيلة لصد العروض العامة للشراء عن طريق منح المناعة للشركة في مواجهة الأجانب عن الشركة.
- تمنح لحائزها حقوق أخرى مرتبطة بالأسهم ما عدى حقوق التصويت.
- يمكن استعمال عمليات الرقابة الذاتية في إطار مجموعات شركات، فيمكن للشركة أن تعيد تنظيم سندات الرقابة الذاتية دون فقدها وذلك عن طريق استعمال سلاسل رقابة الذاتية.

وفي صفوة القول في هذا الصدد نقول أن عملية كسب السيطرة عملية قانونية ومالية مهمة، ترتب آثار خطيرة على الشركات المستهدفة إ تؤدي إلى تغيير هيكلة رأسمالها بطريقة مرنة ومستترة. على اعتبار أنه لتحقيق أقصى الفوائد القانونية والمالية والجبائية، فإنه تم إيراد قيود على عمليات كسب السيطرة بغرض ضمان عدم المساس بالاقتصاد وبالشركات المساهمة في العملية.

ثانيا: الخلط بين الذمم

إن نظرية الخلط، بين الذمم المالية هي متأصلة من اجتهاد قضائي، الذي جعل من الممكن توسيع نطاق الإجراءات الجماعية على الذمة المالية للغير الذي لم يحترم مبدأ الفصل بين رؤوس الأموال الاجتماعية[1]. وقد تم تأييد هذا المفهوم البريتوري من قبل المشرع الفرنسي بموجب قانون الإجراءات الجماعية.[2]

وكثيرا ما تواجه التجمعات العقاب بخصوص الخلط بين الذمم. والواقع، فإن تنظيم التجميع يستتبع بالضرورة إقامة روابط سياسية، اقتصادية ومالية، التي تكون عموما أكثر وثيقة، لأن المساهمة في رأس المال الاجتماعي ستكون بنسبة مئوية مرتفعة. وبسبب الاستناد لمبدأ الاستقلالية القانونية للأشخاص الاعتباريين الذي يقود إلى التكييف بالخلط بين الذمم، فمن الضروري تقديره بصورة تقليدية. وبقدر أكبر من اليقظة والحذر، قام القضاء بالاحتكام لنظرية الخلط بين الذمم المالية في سياق

[1]- M.COZIAN, F.DEDOISSY, A.VINDER droit des sociétés, 23 éme éd. Litec, Paris 2010, n° 1508, P 768.

[2]– في الوقت الحالي مدرج ضمن المادة L. 621-2 فقرة 2 من القانون التجاري الفرنسي.

التجمعات[1]. ولا يتعلق الأمر بعرقلة تشكيل التجمعات ونشاطها الاقتصادي، بل بفرض الجزاء على التعسف في استخدام رأس المال الاجتماعي لإحدى الشركات التابعة للتجمع من جانب أخرى. ولذلك فمن المهم النظر في معايير الخلط بين الذمم المالية التي وضعها القضاء[2]. حقيقة أن الانتماء للتجمع، لوحده، لا يكفي بالطبع لتمييز وجود خلط بين الذمم[3]، أدى بالقضاء إلى تطلب إثبات بطريقة بديلة أو تراكمية، مثل التداخل لمحاسبي في الذمم المالية (imbrication comptable des patrimoines) للأشخاص الاعتباريين، بأن يوجد فيما بينها تدفقات مالية غير عادية (flux financiers anormaux) أو على الأقل علاقات مالية غير عادية.[4]((relations financières anormales).

ولا يطرح المعيار الأول سوى صعوبات فليلة عندما تمسك السجلات المحاسبية بانتظام. وبالتالي فإن التداخل يتم الكشف عنه بسهولة. ومن ناحية أخرى، فإن تقيم اعتبارية التدفقات أو العلاقات المالية سيتم بصعوبات خاصة عندما نواجه التجمع الذي بمقتضاه تكون العلاقات أو التدفقات المالية من العمليات الاعتيادية (opérations coutante) وذات أهمية معتبرة. وكانت محكمة النقض دائما جد تطلبية فيما يتعلق بتكييف الخلط بين الذمم المالية، فهي أكثر حذر فيما يتعلق بالتجمعات.مع قرار " Metaleurop، الذي نشر على نطاق واسع جدا، على وجه الخصوص بسبب الجانب المتعلق بالمسؤولية البيئية التي أثارها، أقرت محكمة النقض لأول مرة خصوصية التجمع، وبالتالي قد قامت من مجال تطبيق الخلط بين الذمم فيما يتعلق بتجمعات الشركات. والواقع أن المجلس الأعلى يذكر بأن تقيم اعتيادية العلاقات المالية متروك للتقدير السيادي لقضاة الموضوع، ومع ذلك، يجب أن يكون تقييمهم التجريدي in abstracto يفرض عليهم على الأقل الأخذ في الاعتبار ما هو عادي، واعتباري

---

[1]- cass.com, 19 avril 2005, Metaleurop, Bull. Joly sociétés 2005, n°6, P 690, note C. sant- ALARY HOUN.

[2]- M.COZIAN, F.DEDOISSY, A.VINDER, ibid.

[3]–رفض الأخذ بتكييف الخلط بين الذمم المالية فقط على أساس الانتماء للتجمع مقتبس عن:

Cass.com, 20 janvier 1998, Bull. Joly sociétés 1998, P. 474, note J-PH.DOM ;

نفس الاجتهاد القضائي بشأن ملاحظة وحدة المصالح أو القائمين بالإدارة، كذلك:

Cass.com, 20 octobre 1992, RJDA 1/93, n° 59,

Cass.com, 4 juillet 2000, RjDA 2000/12, n° 1134

[4]–معيار التدفقات المالية هو معيار تستخدمه محكمة النقض للمرة الأولى في، قرارها المؤرخ في 5 مارس 2002، رقم 99–14–840، كذلك استخدمته في قرارها المؤرخ في 15 مارس 2005، رقم 03–13–136، (غير منشور) و منذ قرار محكمة النقض المؤرخ في 19 أفريل 2005 في قضية ميتاليوروب يبدو أنه قد استبدل معيار العلاقات المالية بمعيار التدفقات المالية .

Le critere de ≪ flux financiers ≫ est un critere employe pour la premiere fois par la Cour de cassation dans l'arret Cass. com. 5 mars 2002, n° 99-14.840, critere egalement utilise dans l'arret du Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-13.136, non publie au bulletin. Depuis l'arret Cass. com., 19 avril 2005, ≪ Metaleurop ≫, il semble qu'elle ait substitue le critere des ≪ relations financieres ≫ a celui des ≪ flux financiers ≫. Confirmation : Cass.

com., 10 janvier 2006, BRDA, 2006/4, p. 5, n° 8 : ≪ Ces pratiques ne relevaient pas des relations financieres anormales ≫. Cité in :Vanessa dessoutter, op.cit, n°1065, P 370.

ومستقر عليه داخل التجمع، واستخلص مع بعد ذلك أنه " ينبغي النقض لغياب الأساس القانوني القرار التي تدلي من خلال محكمة الاستئناف تمديد الإجراء الجماعي لشركة تابعة نحو الشركة الأم على أساس المبررات الغير سليمة لكيفية توصيف، بماذا، في ظل تجمع الشركات، تكون اتفاقيات تسيير الخزينة، وتبادل العملات، تبادل العمال تسبيقات وتسهيلات الصندوق من قبل الشركة الأم، التي لاحظنها، كشفت عن العلاقات المالية الغير الاعتيادية والتي شكلت بذلك خلط بين موجودات الشركة الأم والشركة التابعة لها[1]، وفي هذه القضية، فإن وجود تسبيقات (سلفا) ممنوحة من قبل الشركة الأم، على الرغم من أنها لم تكن موضع سداد من قبل الشركة التابعة، لا تكشف بحد ذاتها عن خلط بين الذمم.[2]

[1] −Cass. com., 19 avril 2005, ≪ Metaleurop ≫, prec. Dans cette espèce, la Cour de cassation rejette l'extension de la procédure en liquidation judiciaire d'une filiale a la société mère détentrice de 99 % du capital en l'absence de preuve de relations financières anormales propres a caractériser une confusion de patrimoines entre les sociétés ; Concernant l'affaire ≪ Metaleurop ≫ voir : TGI Bethune, 11 avril 2003, ≪Metaleurop ≫, Act. Proc. Coll. 2003, n°95, obs. B. SOINNE ; CA Douai 2eme ch. sect. 1, 2 octobre 2003, ≪Metaleurop≫, LPA 2005, n°20, p. 13, note B. ROLLAND ; arrêt attaque CA Douai 2eme ch. sect. 1, 16 décembre 2004,D. 2005, p. 216, note A. LIENHARD ; Cass. com., 19 avril 2005, ≪Metaleurop ≫, Bull. Joly Sociétés 2005, n° 6, p.690, note C. SAINT-ALARY- HOUIN ; JCP G 2005, n° 26, II. 10088, note O. BOURU, M. MENJUCQ et enfin arrêt de renvoi confirmant les conceptions de la Cour de cassation : CA Paris, 3eme ch. A, 11 octobre 2005, D. 2005, 2943, note A. LIENHARD.

[2]- en cela cf. les jurisprudence suivante illustrant la situation de confusion :

Cass. com., 04-07-2000, n° 98-12.117, publié : La confusion de patrimoine repose sur deux critères : une confusion des comptes ou des flux financiers anormaux. S'il est démontré que les patrimoines de deux sociétés sont confondus, unes des sociétés peut venir à payer les dettes de la seconde société.

Cass. com., 15-02-2005, n° 03-13.224, F-D : La mise à disposition de locaux pendant plusieurs mois sans aucune contrepartie pour la société, qui a assumé l'intégralité des loyers et charges afférents aux locaux caractérisait l'existence d'un flux financier anormal, justifiant l'extension.

CA Toulouse, 2e, 1, 18-10-1995, n° 5867/93 : Peut-être requalifiée de succursale la filiale dont le capital est détenu à 99,96 % par la société mère, dont les dirigeants sont communs à ceux de la société mère, cette dernière concluante, en outre, des affaires au nom de la première.

Cass. com., 28-05-1991, n° 89-20.587 : La compensation entre la dette d'une société mère à l'égard d'un créancier et la créance d'une filiale contre celui-ci a été admise en raison d'une confusion entre ces deux sociétés.

Cass. com., 20-01-1998, n° 94-21.811 :La preuve d'une confusion des patrimoines entre plusieurs sociétés d'un groupe n'est pas apportée par la seule constatation de l'utilisation d'un même papier à en-tête, d'une domicialition de certaines d'entre elles à la même adresse.

Cass. com., 11-05-1993, n° 91-10.569 :La présence de dirigeants communs, l'identité d'objets sociaux, la centralisation de la gestion en un seul lieu, l'existence de relations commerciales et la communauté de clientèle ne suffit pas à démontrer la confusion.

Cass. com., 06-04-1993, n° 91-17.649 : Une confusion entre la filiale et la société mère n'est pas suffisamment caractérisée par l'existence d'une participation majoritaire dans le capital de la filiale.

Cass. com., 20-10-1992, n° 90-21.070 : L'existence, entre deux sociétés, d'une unicité et d'une imbrication d'intérêts résultant de l'interdépendance de leurs engagements financiers, ne caractérise pas, à elle seule, une confusion de patrimoines.

ويظهر هذا القرار أيضا تطوير في معايير الخلط بين الذمم فيما يتعلق بالتجمعات. في الواقع، تخلت وتراجعت محكمة النقض عن مرجعية غياب المقابل المالي في " التدفقات المالية داخل التجمع، أي بعبارة أخرى، التمييز بين التدفقات المالية ذات الاتجاه الواحد" [1] والتدفقات المالية المتبادلة "[2]، أين تظهر الأولى خلطا بين الذمم المالية[3]، لتفضيل فكرة عدم احترام توازن معين في " العلاقات المالية بين شركات التجمع[4]. ولذلك فإن عدم التوازن في العلاقات المالية بين الشركة الأم وشركتها التابعة يميز عدم الاعتيادية وينبغي أن يعاقب عليه بتمديد الإجراء الجماعي على أساس الخلط بين الذمم المالية وقد أكدت محكمة النقض مؤخرا في هذا التطور في تحديد الطابع الاعتيادي للعلاقات المالية داخل التجمع من خلال اقتضاء أنه " عندما لا يثبت أن إحدى الشركات المعنية قد تم إنفاذها من أصولها لصالح شركة أخرى، فإن وحدة القائمين بالإدارة لكلتا الشركتين، وامتلاك من قبل إحداها على 980 من 1.000 سهم من رأس المال الاجتماعي للأخرى، والدفع من دون مقابل، والتي لم يثبت أنهما قامتا من خلال إرادة آنية دون اتفاق، تعتبر غير كافية لتوصيف الخلط بين الذمم المالية بين كلتا الشركتين التي يكون حركتهما المالية محددة بوضوح في البيانات المحاسبة. ويترتب على ذلك، تماشيا مع الاجتهاد القضائي لعام 2005، أنه ليس فقط، المقابل المالي (contrepartie) لم يعد يشكل النقطة المرجعية لاعتيادية العلاقات المالية، بل أيضا التكرار والتواتر والانتظام يؤدون دورا حاسما في تقرير الطبيعة الاعتيادية العلاقات المالية نظرا لأن الخاصية الغير اعتيادية تسند على " الإدارة الآنية " volonté systématique وهذا القرار لا يقوم إلا بتأكيد الطابع التقييدي للخلط بين الذمم داخل التجمعات. ومن ثم، فإن مجرد الخطأ في التسيير الناتج عن تدخل الشركة الأم في شركتها التابعة لا يكفي بالضرورة لإجبار الأولى على تحمل التزامات الثانية على أساس الخلط بين الذمم المالية. ومن المهم أن يكون هناك تصرف احتيالي comportement frauduleux من قبل الشركة الأم باستخدام الذمة المالية لشركتها التابعة كمجرد خزان من الموجودات.[5]

---

[1] −Par exemple l'avance de fond sans remboursement extérieur: Cass. com. 15 mars 2005, prec. ; Cass. com., 5 mars 2002, n° 99-14.840, non publie au bulletin (renonciation a percevoir des loyers) ; Cass. com. 7 janvier 2003, n° 00-13192, Bull. civ. IV, n° 3, p. 4 ; Cass. com. 19 novembre 2003, n° 00-21.027, non publie au bulletin (loyers anormalement bas ne permettant pas de rembourser les charges d'emprunt).

[2]-Dans ce sens : O. BOURU et M. MENJUCQ, note sous Cass. com., 19 avril 2005, ≪ Metaleurop ≫, CP E2005, n° 26, II 10088 ; Cass. com., 2 mai 2007, Bull. Joly Societes 2007, n° 9, p. 941, note M.SENECHAL.

[3]− Cass. com., 5 mars 2002, prec. et Cass. com., 3 avril 2002, critère également utilise dans l'arret Cass.com. 15 mars 2005 ainsi que Cass. com., 10 mai 2000, Bull. Joly Sociétés 2000, p. 1049, § 259, note P.SCHOLER.

[4]- Dans sens : O.BOURU et M.MENJUC Sous cass.com, 19 avril 2005, Meteleurop , JCP E 2005, n° 26, II, 10688 ; et cass.com, 2 mai 2007, Ball, Joly Sociétés 2007, n°9, P.941, note M.SENECHAL.

[5]−La Cour avait déjà juge qu'un acte isole ne pouvait conduire a une confusion de patrimoines : Cass. com., 6 juillet 1999, RJDA 1999/10, n°1097 ; Cass. com., 8 janvier, APC 2002, n° 70 ; . GAUTHIER, Les dirigeants et les groupes de sociétés, ed. Litec Paris 2000, p. 447.

إن عدم التساهل الذي أبدته محكمة النقض فيما يتعلق بالتجمعات هو مثال صارخ على الرغبة في الاعتراف بالخلط بين الذمم المالية فقط في الحالات القصوى لانتهاك الاستقلالية في الذمة المالية. يعترف القضاء في الواقع بأن التقسيم القانوني للأشخاص القانونيين يمكن إصغاء المرونة عليه داخل التجمعات. ويظهر قضاء المجلس الأعلى هنا مرة أخرى دون غموض، الرغبة في أن يأخذوا بالاعتبار خصوصية العلاقات داخل التجمع وتمسكهم بالحلول العملية البرغماتية وفقا لانسجامها وسير التجمع. إن الانتماء للتجمع يمكن أن يبرر سحب معين من استقلالية الشخص الاعتباري من أجل تحقيق أهداف التجمع، يجب ألا يؤدي كذلك إلى إزالته تماما. والمعالجة الجديدة للتجمع من قبل محكمة النقض على مقربة من اقتراحB.Rallandالذي اقترح البحث عن استقلالية كل شركة من شركات التجمع في مجال خاص بها وفقا لغرضها الاجتماعي"[1]

اتضح مما سبق، أنه يمكن أن يزاح ستار الشخص الاعتباري فقط في حالة الاستخدام التعسفي أو الاحتيالي الشركة الأم. ولا يمكن لعلاقات التجمع مهما كانت وثيقة أن تمنع الحفاظ على مبدأ استقلال الأشخاص الاعتباريين والفصل فيما بينهم.

المطلب الثاني: المسؤولية في ظل قانون الإجراءات الجماعية

بعد التطرق لحالتي المسؤولية وفقا للقواعد العامة لقانون الشركات المتمثلين في تقلد الشركة الأم إما للصفة العضوية أو الصفة الوظيفية للتدخل في إدارة الشركة التابعة ، وجب التطرق في ثاني مقام تطبيقا لمبدأ عدم جواز الجمع بين المسؤولية الخاصة بالإجراءات الجماعية وتلك المترتبة خارج هاته الإجراءات –المشار إليه أعلاه–، أين قررنا التطرق لما لهاته المسؤولية تجاه الشركة الأم من أهمية لتبيان حدود التدخل في الإدارة في سياق تنفيذ استراتيجية التجمع (الفرع الأول)، وتبيان أوجه التقارب والتمايز بين التشريعين الفرنسي والجزائري خاصة وأن الأول قد طرأ عليه عدة تعديلات كانت عبارة عن خطوة جد معتبرة (الفرع الثاني).

---

[1]–(إذا كانت شركة تابعة قابضة أو ما يصطلح عليه sté de trésorerie يجب أن يكون مستقلة بالنسبة لمسائل تسيير الخزينة، إذا كانت شركة تابعة إنتاجية، يجب أن تكون مستقلة في المسائل التقنية إذا كان شركة تابعة تسويقية، يجب أن تكون مستقلة في سياستها التجارية)

≪ S'il s'agit d'une filiale de tresorerie, elle doit etre autonome pour les questions de gestion de tresorerie, s'il s'agit d'une filiale de production, elle doit etre autonome dans les questions techniques de production, s'il s'agit d'une filiale de commercialisation, elle doit etre autonome dans sa politique commerciale ≫ : B.ROLAND, note sous la décision d'avant dirie de la CA de douai dans le cade de l'affaire Metaleurop : CA Douai 2éme ch, sct. 1,2 octobre 2003, Metaleurop , LPA 2005, n°20,, P 13, note B.ROLLAND.

الفرع الأول: أولوية تطبيق الأحكام الخاصة للمسؤولية تجاه الشركة التابعة المتعثرة ماليا

بما أن قانون الشركات وقانون الإجراءات الجماعية ينصان على قواعد خاصة تتعلق بالمسؤولية الشخصية للمديرين، تطبق هاته الأحكام على الشركة الأم بمجرد أن تكون مخولة بوكالة إدارية داخل الشركة التابعة أو حتى، عندما تكون قد تصرفت مثلها مثل القائم بالإدارة تجاه للشركة التابعة، وإذا كانت هذه الأخيرة موضوع لإجراء جماعي –تسوية أو تصفية قضائية–، فإن الأحكام الخاصة بقانون الإجراءات الجماعية يتم تطبيقها حصرا وتفضيلها على قواعد المسؤولية المنصوص عليها في القواعد العامة للشركات تجاه المديرين[1]. ومع ذلك، فإن الشروط التي سوف تكون موضع تحقيق لإسناد مسؤولية الشركة الأم، ستكون رهنا بما إذا كانت تتواجد ضمن إحدى الفرضيات الخاصة بوضع الشركة التابعة[2]. بالإضافة إلى الشروط المختلفة لإسناد المسؤولية، فإن كلا الفرعين (قانون الشركات–

[1] - Applications d'extension de procédures collectives :

- Cass. com., 13-04-1999, n° 96-19.331 :Seules la confusion des patrimoines ou la fictivité d'une personne morale peuvent permettre l'extension d'une procédure collective.
- Cass. com., 18-01-2005, n° 03-18.264, F-D :Une procédure de redressement ne peut être étendue à une autre personne, sur le fondement de la confusion de patrimoines, après que le tribunal a arrêté, dans cette procédure, un plan de redressement par voie de cession ou de continuation.
- Cass. com., 08-02-1994, n° 91-15.844, inédit :Extension de procédures collectives aux sociétés d'un même groupe pour cause de fictivité des sociétés qui le composent.
- Cass. com., 15-01-1991, n° 89-13.380 :Extension de procédures collectives aux sociétés constitutives d'un groupe sur le fondement d'une confusion de patrimoine entre ces sociétés.
- Cass. com., 17-02-1998, n° 97-13.098, publié, n° 75 :L'extension d'une procédure collective d'une société à d'autres sociétés du groupe fait l'objet d'une procédure unique.
- Cass. com., 19-11-2003, n° 00-21.027, inédit : La procédure de redressement judiciaire d'une SCI a été étendue à deux SCI associées et à une SARL, celles-ci entretenant des relations financières anormales constitutives d'une confusion de leurs patrimoines.
- Cass. com., 14-01-2004, n° 00-19.418, inédit :L'absence de diligence dans le recouvrement des loyers par la SCI et son absence d'autonomie financière avec la société d'exploitation démontre la confusion des patrimoine ; car cette dernière a un terrain d'élection dans le binôme société civile immobilière (SCI) - société d'exploitation, lorsque les associés et dirigeants des deux structures sont les mêmes. Sur le plan économique, la solution se comprend aisément. Ce que l'une des structures ne gagnera - son manque à gagner - sera le bénéfice de l'autre. Au final, dans la poche des associés et dirigeants, la solution sera identique, voire meilleure, car la structure qui ne sera pas déclarée en liquidation judiciaire aura fait des bénéfices très supérieurs à ce qu'aurait pu procurer à la société déclarée en liquidation judiciaire le fonctionnement normal des deux structures. La tentation est donc grande - elle est compréhensible économiquement pourrait-on dire - de modifier les relations normales qui auraient dû régner entre les deux structures. Mais, c'est avoir bien peu de respect pour les créanciers de la structure qui sera placée, au final, en liquidation judiciaire et la jurisprudence est là pour empêcher de tels abus grâce à la construction toute prétorienne, que s'apprête à consacrer législativement le projet de réforme des procédures collectives (sur ce sujet, lire "Premiers aperçus avant lecture du projet de loi de sauvegarde des entreprises" Lexbase hebdo n° 106 du 5 février 2004 - édition Affaires N° Lexbase : N0417AB3), de l'extension sur le fondement de la confusion des patrimoines. C'est dans ce domaine que se situe l'arrêt commenté (Cass. com., 14 janvier 2004, n° 00-19.418, Société Nicoll's c/ M. Yves Coudray, F-D N° Lexbase : A8613DAA))

[2] - **Refus d'extension de procédures collectives selon les arrêts suivant:**

قانون الإجراءات الجماعية) متمايزين على مستوى ضبط صفة القائم بالإدارة، ففي حين أن قانون الشركات لا يستهدف إلا المديرين القانونيين، بمعنى أولئك الذين يشغلون منصبهم بحكم وكالة إدارية ضمن الشركة التي يديرونها، فإن قانون الإجراءات الجماعية باعتباره مقارب إلى حد كبير للواقع العملي، من خلال تفضيل إظهار الواقع فيما يتجاوز الظاهر القانوني، ومن ثم معالج على حد سواء، كل من المديرين الحائزين على منصب والمديرين الفعليين، أي أولئك الذين، على الرغم من عدم احتكاكهم لأية وكالة، يتصرفون ويعملون على هذا النحو. وسيشكل قانون الإجراءات الجماعية، بسبب اشتماله على المديرين الفعليين، تهديدا خاصا للشركة الأم.

لا تزال مسؤولية المديرين الناتجة عن قانون الإجراءات الجماعية، مثل المسؤولية بموجب القواعد العامة، تستند حصرا على الخطأ الشخصي للمديرين الفعليين أو القانونيين الذي يؤدي إلى عجز مالي

- Cass. com., 14-04-1992, n° 90-15.218 : La confusion des patrimoines des sociétés du groupe n'étant pas démontrée, il n'est pas possible d'étendre une procédure collective aux autres sociétés du groupe.
- Cass. com., 11-05-1993, n° 91-10.569 :La simple apparence de confusion du patrimoine ne peut justifier l'extension d'une procédure collective aux autres sociétés du groupe.
- CA Paris, 3e, A, 11-10-2005, n° 05/09671 :Il est nécessaire de caractériser en quoi, dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie et de change, les échanges de personnel et les avances de fonds par la société-mère constatées révèlent des relations financières anormales ; La loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003, relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages (N° Lexbase : L6837BUR) tire les leçons de l'accident de l'usine AZF de Toulouse de septembre 2001 et de la mise en liquidation judiciaire de la SAS Metaleurop Nord, en améliorant, notamment, l'information des riverains d'usines à risque, en associant davantage les salariés et les sous-traitants des établissements de type "SEVESO" à la prévention des risques, et en proposant un nouveau dispositif de maîtrise de l'urbanisation autour des sites dangereux et modifie ainsi le Code de l'environnement. Néanmoins, cette loi a également des incidences en droit commercial, notamment par "*la prise en compte de la dimension environnementale de l'activité dans les sociétés exploitant une installation classée*" et avec le développement d'une "*action préventive*", comme le souligne Blandine Rolland ; Celle-ci passe en premier lieu par l'information des actionnaires et en second lieu par la capacité financière des sociétés de faire face à l'obligation de dépollution..(Blandine Rolland, *Les nouvelles incidences du droit de l'environnement sur le droit commercial* (après la loi n° 2003-699, du 30 juillet 2003), JCP éd. E. 2004, n° 10 333 ; sur ce sujet lire, également, F. G. Trébulle, *L'environnement en droit des affaires, in Mélanges* Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 1035)
- Cass. com., 20-10-1992, n° 90-21.070 :L'existence entre deux sociétés d'une unicité et d'une imbrication d'intérêts résultant de l'interdépendance de leurs engagements financiers ne caractérise pas la confusion de patrimoine ou la fictivité de l'une d'entre-elles.
- Cass. com., 28-06-1994, n° 91-22.293, inédit, Rejet :Lorsque l'opération envisagée dans son ensemble constitue un montage juridique et financier classique en son principe, la confusion des patrimoines ou la fictivité des sociétés en cause est à écarter.
- Cass. com., 27-10-1998, n° 96-13.277 :Est insuffisant pour caractériser la fictivité d'une société : la similitude des sigles, l'identité des dirigeants et de sièges sociaux, et son incapacité à assumer son rôle financier de holding à l'égard de sa filiale dont elle dépendait totalement.
- CA Paris, 3e ch., A, 07-09-2004, n° 2003/21837 :N'est pas fictive la société qui a des salariés qu'elle rémunère, qui offre ses prestations en vue d'assurer le développement économique de plusieurs de ses filiales et en reçoit paiement, et se comporte comme une société holding à l'égard de ses filiales.
- CA Paris, 3e ch., A, 07-09-2004, n° 2003/21837 :L'abandon de créance par convention écrite excluant l'imbrication des patrimoines, et les actions poursuivies en commun par les deux sociétés ne préjugent pas par elles-mêmes de la répartition finale des sommes à récupérer.

للشركة. ولا يمكن أن تنتج عن مجرد صفة المدير أو هيكلة تجمع الشركات[1]. خطأ الشركة الأم التي غالبا ما تتخذ دور الجهة المصرفية أين تفرض على الشركة التابعة –موضوع الإجراء الجماعي– تقديم المساعدات المالية لشركة أخرى تنتمي إلى نفس التجمع ، وكذا يمكن إقامة مسؤولية الشركة الأم عن المساعدة أو الدعم التعسفي " soutien abusif " للشركة التابعة لها المقصود به عندما تمدد الشركة الأم من نشاط شركتها التابعة في حين أنها كانت على علم بوضعها الذي قد يعرضها لخطر القضاء على استمراريتها، وبالتالي فإن الشركة الأم ستضطر في كثير من الأحيان إلى اتخاذ قرار تخصيص الموارد المالية اللازمة لنشاط الشركة التابعة لها، وذلك بمنح هاته الأخيرة القروض أو السلف. وهو الأمر الذي يتم وصفه بأنه تدخل في التسيير بالرغم من تولي الشركة الأم لدور الدائن، ولمعالجة مثل هاته المراوغات القانونية وإقامة مسؤولية الشركة الأم. فإن المادة L.650-1 من القانون تجاري فرنسي[2]، المتعلقة بالإجراءات الجماعية، التي تؤكد أنه "لا يمكن تحميل الدائنين المسؤولية عن الأضرار الملحقة نتيجة للمعونة المالية التي منحوها"

---

1 –Henri-Désiré MODI KOKO BEBEY, Le contrôle de la gestion des filiales par la société mère dans le droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique in Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, paris , Dalloz, 2003, p.p. 845-860.

2 - L'article L. 650-1 du code de commerce français introduit par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 **régit la responsabilité de celui qui consent un concours à une entreprise en difficulté**. Selon une première interprétation, le texte pose un principe de non-responsabilité du fournisseur de crédit. Il s'agirait de limiter le contentieux en la matière afin de rassurer ce créancier particulier. Une autre interprétation est possible : du même article qui prévoit instaurer des cas spéciaux de responsabilité. Il contient en son sein des possibilités accrues d'action pour les autres créanciers du débiteur en difficulté et pour le débiteur lui-même. À l'heure de la crise du crédit, l'interprétation pourrait suivre un chemin différent de celui imaginé par le législateur.

Aisi l'article stipule que : «Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte,» **les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci.**

Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours (Ord. no 2008-1345 du 18 déc. 2008, art. 129) «peuvent être annulées ou réduites par le juge .»
Les termes génériques de «concours consentis» et de «créancier» de l'art. L. 650- 1 conduisent à ne pas limiter son application aux seuls établissements de crédit. In : Com. 16 oct. 2012, no 11-22.993 P: D. 2012. Actu. 2513, obs. Lienhard; Rev. sociétés 2012. 730, obs. Roussel Galle; JCP E 2012. 1735, note Legeais; ibid. 1757, no 18, obs. Pétel; BJE 2012. 379, note Le Mesle; LEDEN 12/2012. 4, obs. Borga; APC 2012, no 293, obs. Regnaut-Moutier; Gaz. Pal. 18-19 janv. 2013, p. 34, obs. Routier; RJDA 2013, no 143; RLDA janv. 2013. 19, obs. Demeyere; Banque et Dr. 1-2/2013. 22, obs. Bonneau; RPC 2013, no 93, obs. Martin-Serf. Des délais de paiement accordés par un cocontractant au débiteur constituent des concours au sens de l'art. L. 650 -1 .
Richard Routier, L'article L. 650-1 du code de commerce : un article « détonnant » pour le débiteur et «détonant» pour le contribuable , D. 2006. p.2916 ; Vincent Forray, Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du code de commerce, RTD com. 2008, p.661 ; Isabelle Riassetto , Conditions de mise en œuvre de la responsabilité des créanciers pour concours fautif, Rev. sociétés 2013, p.91 ; Reinhard Dammann, Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ?, D. 2007, p.1359 ; Reinhard Dammann, La responsabilité pour soutien abusif de l'article L. 650-1 du code de commerce : la fin des incertitudes, D. 2012. p.1455.

إلا أنها تنص في نفس هاته المادة على استثناءات في حالة التدليس أو التدخل بشكل مستمر في شؤون المدين أو إذا كان الضمانات المتخذة كمقابل عن المساعدات المالية غير متناسبة مع هذه الأخيرة. إلا أننا لا نجد مثيلا لهكذا فرضية في التشريع الجزائري.

الفرع الثاني: دعويي تكملة النقص في الأصول وتمديد الإفلاس

نستهل هذا العنصر من الدراسة، بالوقوف عند دعوى تكملة النقص في الخصوم action en comblement du passif، وأهم ما أدرجه المشرع الفرنسي في هذا الصدد والذي كان على المشرع الجزائري أن يحذوا حذوه، فيتماثل كلا التشريعين، باعتبار أن قراءة المواد من L.651-2 وما يليها من القانون التجاري الفرنسي ، والمواد التي تقابلها في القانون التجاري الجزائري، المادة 578 بالنسبة لمسيري الشركة ذات المسؤولية المحدودة، والمادتين 715 مكرر 27 و715 مكرر 28 بالنسبة لمديري شركة المساهمة، والتي يتبين منها أن الهدف من هاته الدعوى هو تحميل القائم بالإدارة كل أو جزء من ديون الشركة بمجرّد أن يشكل خطئه في الإدارة عدم كفاية أصول الشركة، إلا إذا أثبت أنه قد بذل في تدبير شؤون الشركة عناية الرجل الحريص، وبالتالي تتميز هاته الدعوى هو تحميل القائم بالإدارة كل أو جزء من ديون الشركة بمجرد أن يشكل خطئه في الإدارة عدم كفاية أصول الشركة، إلا إذا أثبت أنه قد بذل في تدبير شؤون الشركة عناية الرجل الحريص، وبالتالي تتميّز خصوصية هذه الدعوى في نزع ستار الشخصية المعنوية للشركة الذي يختفي وراءه الشخص الطبيعي أو المعنوي، الذي له نفوذ على سياسة اتخاذ القرار التي أدت إلى عجز الشركة عن سداد ديونها، والميزة الرئيسية لهذه المسؤولية الخاصة المطبقة بصدد افتتاح الإجراءات الجماعية، أو كما يصطلح عليها بافتتاح إجراءات التسوية أو التصفية القضائية، أنها تطبق دون التمييز بين المدير القانوني والمدير الفعلي، إلا أننا نجد أن المشرع الفرنسي قد أقام العديد من التعديلات على العقوبات المطبقة تجاه القائم بالإدارة أو المسيّر في إطار الإجراءات الجماعية كان الهدف منها التأثير على طرق وشروط إقامة مسؤولية القائم بالإدارة[1]، فنجد أن المواد القديمة من L.624-3 إلى L.624-5 من القانون التجاري الفرنسي، قبل التعديل بقانون 26 جويلية 2005 بشأن الحفاظ والإبقاء على المؤسسات، قد أدرجت جزاءان مفروضان على حد سواء على المدير القانوني والفعلي، في حالة الخطأ الذي اتركبه وأدى بالشركة إلى التوقف عن الدفع: فأما عن الأول فيتمثل في تكملة النقص في الأصول (المادة القديمة L.624-3 من القانون التجاري الفرنسي) وأما عن الثاني فيتمثل في تمديد إجراءات التسوية أو التصفية القضائية على الذمة المالية الخاصة بالمدير، والذي يعتبر إجراء جد صارم، إلا أن هذا الأخير لم يعد يعمل به بعد

[1] - D. VIDAL, Droit des procédures collectives, ed. Gualino Paris 2006, p. 311 et s.

التعديل، فقد تم حذفه وإلغائه، والاستعاضة عنه بمسمى جديد "الالتزام بديون الشركة" « l'obligation des dettes sociales »، والذي هو كذلك تم إلغائه لاحقا بالأمر رقم 2008-1345 بشأن تعديل قانون الشركات التي تمر بضائقة مالية[1]. وحاليا يتم العمل فقط بدعوى المسؤولية عن عدم كفاية الأصول، إلا أن هاته الأخيرة هي كذلك لا يتم إثارتها إلا بعد صدور حكم قضائي يقضي بإيقاف العمل بخطة الاستمرارية من أجل تسوية الديون والإبقاء على مناصب الشغل لضمان الحفاظ والإبقاء على المؤسسة plan de sauvegarde، وبالتالي يتم إثارتها فقط في مرحلة التصفية القضائية[2]، عكس ما هو عليه الحال في التشريع الجزائري، حيث نجد أن الإفلاس الشخصي للمدير لازال قائما ولم يطرأ عليه أي تعديلات، فضلا عن أن مطالبة القائم بالإدارة بتكملة الديون، تتم سواء كنا في مرحلة التسوية القضائية أو إفلاس الشركة، وهو ما تم تكريسه قانونا بموجب نص المادة 224 من القانون التجاري الجزائري.

إن وعي التشريعات الحديثة بمدى الأهمية التي تكتسبها المؤسسات التجارية والصناعية، بما لها من وظيفة اجتماعية واقتصادية، قد أذى بها إلى تغيير نظرتها إلى موضوع توقف هذه المؤسسات عن دفع ديونها) وأعطت أهمية خاصة لإنقاذ المؤسسة –سواء كانت على شكل فردي أو جماعي–، وإنهاضها من كبوتها المالية. وبالتالي فإنّ قانون المؤسسات التي تمز بصعوبات اقتصادية أصبح يطمح إلى تحقيق أهداف نتجاوز بكير القواعد التقليدية للإفلاس. وفي هذا المنوال أصبح الحديث يدور حول تكريس فكرة وقاية المؤسسة هن الهون عن النفع، وإعطائها أولوية في التطبيق، قبل المرور إلى تصفيتها. وعند فشل هذه الأخيرة يلجأ إلى تنظيم الإجراءات جماعية تهدف أساسا إلى مساعدة هذه المؤسسات إذا ما توقفت؛ عن النفع– على مواصلة نشاطها والمحافظة على مواطن النقل فيها والوفاء بديونها.[3]

[1] - Il existe quelques différences entre l'insuffisance d'actif et l'ancienne action en comblement pour insuffisance d'actif notamment concernant le moment ou elle peut être invoquée. Contrairement a l'ancienne action en comblement pour insuffisance d'actif, la nouvelle action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut pas être soulevée au cours d'une procédure de mise en redressement de la personne morale.

[2] - La loi du 26 juillet 2005 avait introduit a l'art. L. 652-1 C. com., une obligation aux dettes sociales a 'encontre des dirigeants qui pouvait être invoquée au cours de la procédure de liquidation judiciaire des lors que ceux-ci ont commis un des faits énumères a l'article précité qui caracterisaient des actes fautifs d'une particuliere gravite.

[3] – فتيحة يوسف، التوجه التشريعي الحديث نحو إنقاذ المؤسسات المتعثرة ماليا، مجلة الحجة، صادرة عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، العدد 2، أكتوبر 2011، ص.66-81.

أولا–لمحة تقييمية عن الأحكام المطبقة على المؤسسات المتوقفة عن الدفع في القانون الجزائري:

إن التطور التاريخي لنظام الإفلاس الذي يعني توقف المؤسسات عن دفع ديونها، وما استتبعته من تطورات مرحلية، أثبتت عدم تخلص هذا الموضوع من المفهوم التقليدي للنظرة التجريمية للمفلس، إلى حد أن توصلت بالمشرع الفرنسي إلى إصدار قانون 1967 الذي يحمل في طياته الكثير من الإصلاحات[1]، التي استوحى منها القانون الجزائري أغلب أحكامه المتعلقة بالإفلاس والتسوية القضائية .[2]

---

[1] - G.RIPERT et R.ROBLOT, traité de droit commercial, T.2, 15 ème éd., 1996, p.857.

[2] – وذلك بتنظيمه في الكتاب الثالث تحت عنوان "في الإفلاس والتسوية القضائية ورد الإعتبار والتفليس وما عداه من جرائم الإفلاس"، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التشريعي رقم 93–08.؛ وهذه القواعد المستوحاة تتمثل في الأحكام التالية:

- تنظيم إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية، وهذه تنطبق على كل مؤسسة تجارية –كفرد وأيّ مؤسسة كشخص معنوي يخضع للقانون الخاص ولو لم تكن تاجرة– إذا توقفت عن الدفع، تطبيقا لنص المادة 215 من القانون التجاري.
- تنطلق هذه الإجراءات بناء على طلب كل من المدين نفسه، أو الدائن، أو المحكمة من تلقاء نفسها. وبالنسبة للأشخاص المعنوية الخاصة، لابد من تقديم الطلب من ممثل المؤسسة –كشخص معنوي– مع إرفاق الطلب بكل ما استلزمته المادة 218 من القانون التجاري. بعد معاينة الطلب والتأكد من جدّيته أو عدمها، تفتح إجراءات التسوية أو الإفلاس، حسب الأحوال، إذ حدد القانون بعض الحالات التي يتعين فيها الحكم بالتسوية، وحالات يتعين فيها الحكم بالإفلاس. تفصيلا في هاته الحالات يتم الرجوع للمادة 226 من القانون التجاري الجزائري، حيث تقضي بما يلي: "يقضي بالتسوية القضائية إن كان المدين قد قام بالالتزامات المنصوص عليها في المواد 215، 217 و218 المتقدمة"؛ والمقترح في هذا الصدد من طرف الباحثة احداث لدى وزارة التجارة لجنة خاصة "لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية"، تكون من مهامها جمع المعطيات عن نشاط المؤسسات وتمد رئيس المحكمة الكائن بدائرتها المقر الرئيسي للمدين، بكل ما يتوفر لديها من معلومات كلما طلب منها ذلك. وتبادر اللجنة بإشعار رئيس المحكمة المعنية بكل مؤسسة تبلغ خسارتها ثلث رأسمالها، كما تتولى اقتراح برنامج إنقاذ المؤسسات، مع إبداء رأيها وجوبا في برامج الإنقاذ المعروضة." ، أما عن ثاني فرضية فتفصيلا لهاته الحالات يقتضي الأمر الرجوع للمادة السابق الإشارة إليها في فقرتها الثاني وكذا 337 و338 من القانون التجاري الجزائري.بالإضافة إلى بعض الحالات الجوازية التي تكون فيها للمحكمة السلطة التقديرية ما بين الإفلاس والتسوية القضائية، إذ تنطلق هذه الإجراءات بفترة تسمى بفترة المراقبة أو التشخيص، إذا تبين لها وجود إمكانيات لإعداد برنامج تسوية بمواصلة المؤسسة لنشاطها، أو التصريح بالإفلاس إذا توافر أي شرط من شروطه، وتصفية الأموال، و يتم ذلك كله تحت مراقبة قضائية، نصت عليها المواد من 235 إلى 240 من القانون التجاري، إذ ألزم القانون تعيين قاض منتدب في بدء كل سنة قضائية في كل محكمة، يكون مكلفا بملاحظة ومراقبة أعمال وإدارة التفليسة أو التسوية القضائية، فيجمع كافة عناصر المعلومات التي يراها مجدية، كما يستمع إلى المدين، ومستخدميه ودائنيه، وبالتالي يتعين عليه وجوبا أن يقدم للمحكمة تقريرا شاملا عن النزاعات الناجمة عن التسوية أو الإفلاس، تطبيقا لنص المادة 04/235 من القانون التجاري الجزائري. (راجع: آزاد شكور صالح؛ يوسف ربير حسين، نظام إنقاذ التاجر من الإفلاس، تعريفه ومقارنته بنظام الصلح الواقي من الإفلاس –دراسة مقارنة–، معالم للدراسات القانونية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تندوف، العدد 5، ديسمبر 2018، ص.ص.21–41.).والملاحظ أل المشرع الجزائري قد أجرى إصلاحا هاما كذلك في هذا المجال، وذلك بموجب الأمر 96–23 المؤرخ في 09 يوليو 1996، والمتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، الذي ألغى بموجبه المادة 238 من القانون التجاري، ومؤداه أنه استبدل وكيل التفليسة –الذي كان يختار من بين ضبّاط المحكمة– بالمتصرف القضائي، الذي أصبح يعين من بين الأشخاص المسجلين في القائمة التي تعدها اللجنة المذكور في المادة 09 من هذا الأمر، وتخضع شروط ممارسة مهنة الوكيل لشروط دقيقة حددتها المادتان 05 و06 من الأمر المشار إليه، ومن مهامه أنه يكلف بموجب حكم قضائي بتسيير أموال الغير، أو ممارسة وظائف المساعد أو مراقبة تسيير هذه الأموال، كما يمكن أن يكلف بتمثيل الدائنين، أو القيام

ومهما كان الحكم، سواء القاضي بالتسوية أو الإفلاس، فإنه يرتّب نفس الآثار بالنسبة للمدين، أو الدائنين، أو التصرفات الصادرة في فترة الريبة.

- بالنسبة للمدين:

هناك فرق ما بين المدين المفلس والمدين المقبول في التسوية، من حيث غل اليد، إذ الأول تغل يده عن إدارة كل أمواله الحاضرة والمستقبلة، بحيث يستبدل بالوكيل المتصرف القضائي. أما الثاني، فإن غل اليد لا يقصد به سوى مساعدته من طرف هذا الأخير، وهذه المساعدة إجبارية، تطبيقا لنص المادة 244 من القانون التجاري. وإذا كانت المؤسسة مأذونا لها بمتابعة النشاط الصناعي والتجاري، تطبيقا نص المادة 277 من القانون التجاري[1]، جاز لمسير المؤسسة، بمساعدة المتصرف القضائي، القيام بكافة الإجراءات اللازمة لذلك الاستغلال.[2]

- بالنسبة للدائنين:

يترتب في كلا الحالتين –الإفلاس أو التسوية القضائية– وقف الإجراءات الفردية بالنسبة للدائنين العاديين، أما أصحاب الحقوق المضمونة برهن، فلا يمكن لهم متابعتها إلا ضد المتصرف القضائي. كما تسقط آجال الديون، تطبيقا لنص المادة 246 من القانون التجاري الجزائري. ونفس الحكم بالنسبة لتصرفات الصادرة في فترة الريبة، من حيث عدم التمسك قبل جماعة الدائنين بكافة التصرفات المنصوص عليها في المادتين 247 و249 من القانون التجاري الجزائري.

والمستخلص من هذا العرض الموجز، كشف نقائص النظام المطبق على المؤسسات المتوقفة عن الدفع، من حيث اهتمامه الزائد بالوفاء للدائنين، دون الاهتمام باستمرار المشروع. كما أن إجراءات التسوية القضائية –التي هي إجراء عادي يستفيد منه كل الأشخاص الخاضعين لنظام الافلاس، وفقا لنص المادة 215 من القانون التجاري الجزائري، والذين توقفوا عن الدفع وتكون مشروعاتهم قابلة للاستمرار–التي يمكن أن تؤدي إلى استفادة المؤسسة من نظام الصّلح مع الدائنين، مرهونة بالنظر إلى أعمال وتصرفات المسيرين الذين يمثلون المؤسسة.

عند الاقتضاء بتصفية الشركة التجارية المشهر إفلاسها، وفقا للشروط المحددة في القانون التجاري. (راجع في ذلك: الأمر 96–23 المؤرخ في 9 يوليو 1996 والمتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، الصادر بتاريخ 10 يوليو 1996، الجريدة الرسمية، عدد 43.).

[1] – تنص المادة 277 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: "يجوز للمدين في حالة التسوية القضائية وبمعونة وكيل التفلسة وإذن القاضي المنتدب، متابعة استغلال مؤسسته التجارية والصناعية".

[2] – المادة 02/273 من القانون التجاري الجزائري.

وعلى هذا، يمكن القول أن هذا النظام، أصبح لا يتماشى مع التحولات الاقتصادية التي فتحت الباب على مصراعيه للقطاع الخاص، علما أن هذا التنظيم قد وضع في ظل اقتصاد موجه بموجب الأمر 75-59، وعلى الرغم من تدخل المشرع الجزائري منذ التسعينات إلى يومنا هذا، بإجراء تعديلات وتتميمات عديدة، مست عدة مجالات في القانون التجاري -كالشركات والسندات التجارية...وما إلى ذلك، إلا أن نصيب الإفلاس والتسوية القضائية كان ضعيفا جدا[1]، مقارنة بما طرأ على الحياة التجارية من تغيرات وتحولات جذرية فرضتها سياسة اقتصاد السوق والعولمة التي تتطلب اقتصادا يعتمد أساسا على المنافسة، باستثناء ما جاءت به المادة 217 من القانون التجاري الجزائري، التي ألغت الأحكام السابقة التي كانت تتلاءم مع المرحلة الاشتراكية، واستبدلتها بخضوع الشركات ذات أموال عمومية، كليا أو جزئيا، لأحكام الإفلاس والتسوية القضائية.[2]

---

[1] – سواء في التعديلات التي جاءت بموجب المرسوم التشريعي 93-08، إذ مس ذلك بعض المواد فقط، كالمادة 216 من القانون التجاري – من حيث اشتراط أن يكون الدائن الذي يطلب إفلاس المدين، ذا دين محدد بفاتورة ذات أجل محدد–، أو التي جاء بها قانون 05-02 الصادر في 06 فبراير 2005، حيث أتى بتتميم وحيد، في المادة 252 مكرر.

[2] – غير أن الواقع العملي يُفرغ هذه المادة من محتواها القانوني، وذلك أنه من غير الممكن أن نتصور أن الدولة يمكن أن تترك هذه المشروعات التي تعبر عنوانا لسياستها الاقتصادية، تسير إلى الإفلاس دون أن تمد لها يد العون، وهذا هو الساري حاليا، إذ غالبا ما لجأت الدولة إلى اتخاذ عدة حلول، كالتكفل بأخذ العجز المالي، الإعفاء من غرامة التأخير في دفع الضرائب والاشتراكات في صناديق الضمان... الخ . ونظرا لعدم كفاية هذه الحلول في تمكين المؤسسات من الوقوف مجدّدا على رأس نشاطها، لجأت الدولة في القطاع العام إلى اتخاذ بعض الحلول، كحل المؤسسات، بيع بعضها، خوصصتها، اللجوء إلى نظام الشراكة...الخ. ولكن المشكل بقي قائما بالنسبة للمؤسسات الخاصة، إذ أن تصفية هذه الأخيرة تحت إجراءات شهر إفلاسها، أصبح جزءا لا يتجزأ من القطاع الاقتصادي. وعلى هذا أصبح من المحتم – تفاديا لأحكام الافلاس الذي يكون من شأن أحكامه ترتيب انعكاسات سلبية على جميع الأصعدة، اجتماعية واقتصادية– البحث عن الحلول الناجعة، والتفكير في خلق آليات جديدة، يكون من شأنها إنقاذ المؤسسات، على غرار ما هو سائر في بعض التشريعات الأخرى.

فضلا عن ذلك فإن الدكتور أحسن بوسقيعة أبرز موضوع نزع العقاب عن مسيري التجمعات العمومية للمؤسسات العمومية الاقتصادية بين مقتضيات الضرورة الاقتصادية والأمن القانوني؛ حيث أن إشكالية متابعة مسيري المؤسسات العمومية عن أعمال التسيير تثير جدلا كبيرا سواء على المستوى الوطني بل وحتى على المستوى الدولي ولاسيما من فرنسا التي اقتبسنا منها جل تشريعنا، بدأ النقاش في الجزائر منذ 1989 وذلك منذ صدور المرسوم المتضمن استقلالية المؤسسات (المرسوم رقم 88/01المؤرخ في 12جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية،) وهو المرسوم الذي حول نمط وشكل كانت تسمى آنذاك بالشركات الوطنية–اشتراكية وتم تحويلها إلى شركات تجارية ثم احتدم النقاش في سنة 1995 بعدما صدر الأمر المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 (أمر رقم 24-95 مؤرخ في 30 ربيع الثاني عام 1416 الموافق 25سبتمبر سنة 1995، يتعلق بحماية الأملاك العمومية وأمن الأشخاص فيها (جريدة رسمية سنة 1995، عدد 55، ص. 3- 6) الذي نص صراحة على أن هذه المؤسسات الجديدة التي تأخذ مسمى المؤسسات العمومية الاقتصادية تخضع للقانون التجاري، والنقاش زادت حدته منذ صدور الأمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم، تسيير وخوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية (ج.ر. عدد47، لعام 2001) والذي جاء واضحا بالقول على أنهذه المؤسسات تخضع للقانون التجاري في تسييرها وفي تنظيمها وفي هياكلها؛ ففي ظل هذه التطوّرات التي حصلت على مستوى المؤسسة التي تحوّلت من مؤسسة اشتراكية تخضع للقانون الإداري بالضرورة إلى مؤسسات تجارية تخضع للقانون التجاري ، في ظل هذه التطورات ، يطرح التساؤل حول ما إذا كان من المعقول أن يخضع مسيري هذه المؤسسات لنفس القواعد التي تحكم الموظف، الذي ليس الموظف بمفهوم قانون الفساد، بل الموظف بمفهوم قانون الوظيف العمومي؟ أو بمعنى آخر هل من المعقول أن يُسأل مسير شركة تجارية عن أخطاء التسيير وفق القواعد التي تحكم قانون العقوبات والتي تحكم كذلك الموظف الذي ينتسب إلى الوظيف العمومي؟ فالبعض يرى بأن المسيرين لا بد أن يخضعوا للقواعد التي تحكم الوظيف العمومي على أساس "معيار أنهم يُؤتمنون على مال عام" مثلما هو الحال بالنسبة للموظف الإداري، وبالتالي إذا تلاعبوا بهذا المال أو قصّروا في تسييره فلا بد أن يُسألوا مثلما يُسأل باقي الموظفين ويطبق عليهم

المادة 119 مكرر من قانون العقوبات الجزائري في حالة الخطأ الغير المتعمد في التسيير، ونطبق عليهم المادة 29 من قانون مكافحة الفساد (الأمر 06-01 معدل بالأمر 10-05 والقانون 11-15 المؤرخ في 2 أوت 2011) في حالة الاختلاس والتبديد أي الجرائم العمدية، وهنالك من يرى العكس، أي مادام هاته المؤسسات تجارية تخضع للقانون التجاري وهو ما اصطلح عليه الأستاذ أحسن بوسقيعة ب"المعيار العضوي"، ما دام أنهما تأخذ شكل شركات ذات أسهم أو مسؤولية محدودة وتسير وفق قواعد القانون التجاري، فكيف نسأل المسيرين ونطبق عليهم القواعد التي تطبق على الموظف، أي قانون الوظيف العمومي، فيرى هذا الفريق أنه ما دامت المؤسسات التي يُسيرونها هي مؤسسات تجارية ومادام أنهم يعينون لإدارة هذه المؤسسات وفقا لقواعد القانون التجاري وليسوا موظفين على اعتبار أنهم لا يُعينون بمرسوم رئاسي مثلا وإنما مجلس الإدارة هو الذي يعينهم إذا في هذه الحالة نحتكم للقانون التجاري والذي في مادته 715 ينص على مساءة المسير عن أخطاء التسيير وتنص على تطبيق المسؤولية المدنية عليه أي في حالة الخطأ في التسيير إما أن يحاسبوا من طرف أجهزة الشركة فيفرض عليهم جزاء مالي مدني أو سحب الثقة ما داموا ليسوا أهل باعتبارهم ارتكبوا أخطاء في التسيير وإما قد تجدد الثقة فيهم وتفرض عليهم رقابة صارمة، أما إذا ارتكبوا أفعال عمدية، فكذلك هنالك نصوص القانون التجاري من خلال المادة 811 التي تعاقب على التعسف في أموال الشركة وائتمانها وغريها من جرائم الشركات.

وإن الرأي الراجح هو اعتماد المشرع الجزائري لحل توفيقي بين الرأيين، وذلك منذ 2001، ففي هاته السنة صدر قانون يعدّل قانون العقوبات وهو القانون المؤرخ في 26 جوان 2001، وعن طريق ما يسمى ب"الشكوى المسبقة" Pleinte préalableلأجهزة الشركة، بمعنى أنه لا يمكن متابعة المسيّر عن أعمال التسيير سواء كانت عمدية أو غير عمدية، لأن هذا القانون أتى بالمادة 119 من قانون العقوبات في صيغته بموجب الأمر 01-09 المؤرخ في 26 جوان 2001، والشكوى المسبقة كانت حتى في جرائم الصفقات العمومية (من خلال المادة 126، 128 من قانون العقوبات قبل التعديل بعام 2001)؛ غير أن المشرع الجزائري أضاف فقرة في المادة 119 من قانون العقوبات بصيغته لعام 2001 والتي أفرغت تقرير العقوبة على أعمال التسيير في المؤسسات العمومية الاقتصادية بناء على الشكوى من محتواها بحيث نص على أنه في حالة عدم تقديم الشكوى يتعرض أعضاء أجهزة الشركة للمتابعة الجزائية وتطبق علهم العقوبات المقررة لعدم التبليغ عن الجناية؛ لأنه لا يوجد وصف يعاقب على عدم التبليغ عن جنحة في قانون العقوبات الجزائري، ولكن ما لبث أن تراجع المشرع عن الشكوى المسبقة ورجعنا إلى النظام القديم أي خضوع مسيري المؤسسات للمساءلة العادية وفق أحكام القانون العام وليس وفق أحكام القانون التجاري، وذلك إثر صدور نص قانون 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد، تخلى المشرع عن الشكوى المسبقة بعدما ألغى المادة 119 التي كانت تنص عليها وظل الأمر كذلك في عام 2011 أين حصلت محاولة لإعادة إدراج الشكوى المسبقة ولكن حصرها فقط في المادة 119 مكرر بمعنى في "الأخطاء في التسيير"، أين أُعدّ مشروع قانون لتعديل المادة 119 مكرر بإدراج الشكوى المسبقة، أين مرّ على مجلس الوزراء وصادق عليه هذا الأخير ثم أحيل على المجلس الشعبي الوطني وصادقت عليه اللجنة الوطنية، ومُرّر، فيه بعض من عارض، ثم عرض أمام الجلسة العلنية للتصويت، وصوّت المجلس الشعبي الوطني ب"ضد"، ولأول مرة يأخذ المجلس الشعبي الوطني موقف المعارض لجريمة، وفي الواقع لم تكن وزارة العدل آنذاك متحمسة، يعني ساعدها الأمر أن المشروع لم يوافق عليه، ومنذ ذلك الوقت ظل الحال على حاله. إلا أنه تحت تأثير الحقوقيين النشطين أعيدت الحياة للشكوى المُسبقة في شكل آخر وبمنظور آخر وذلك بمناسبة تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، فصدر أمر في جويلية 2015 أين أعاد المشرع الروح للشكوى المسبقة، ولكنها حاليا لم تعد مُضمنة بقانون العقوبات الجزائري ولكنها مُضمنة بقانون الإجراءات الجزائية، في نص المادة 6 مكرر بقانون الإجراءات الجزائية الجزائري الجديد بعد تعديل 2015؛ فهاته المادة هي إعادة صياغة للفقرة التي كانت في المادة 119 من قانون العقوبات الجزائري بصيغته لعام 2001، غير أن المتمعن فيها يرى أن الأمور تختلف نوعا ما، فالمادة 6 مكرر مضمونها أنه لا يمكن متابعة مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية عن أعمال التسيير التي تؤدي إلى سرقة أو إلى اختلاس أو تلف أو ضياع إلا بناء على شكوى من الهيئات الاجتماعية، وفي حالة عدم تقديم الشكوى يُسأل أعضاء الهيئات الاجتماعية، إذا ظاهريا النص واحد، ولكن هنالك اختلاف على حسب الأستاذ أحسن بوسقيعة، والاختلاف يكمن في أن هنالك تراجع، فبقدر ما كانت المادة 119 من قانون العقوبات بصيغته لعام 2001، بقدر ما المادة 6 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية لعام 2015 يسودها الغموض، والصياغة ركيكة بحد ذاتها حسب الأستاذ أحسن بوسقيعة، فلما نقول في ظل المادة 119 من قانون العقوبات السابق الذكر المشرع لم يحصر المتابعة ضد المسيرين فقط وإنما كل يمن يتولى وظيفة أو وكالة، بمعنى الرؤية كانت أوسع، وهكذا فإنها تهم كل مؤسسة عمومية، سواء كانت ذات طابع إداري، أو ذات طابع صناعي وتجاري، أو ذات طبع اقتصادي، أو حتى موظف عادي، فالكل كان معني بالشكوى المسبقة،، الآن الشكوى المسبقة محصورة في مسيري المؤسسات فقط les » gestionaires des entreprises publics économiques « ، فماذا يقصد المشرع، بالرجوع إلى القانون التجاري يجده الأستاذ أحسن بوسقيعة يتجسّد في "الرئيس المدير العام"، وبذلك أصبح هذا النص الجديد تمييزي ونخبوي، وكذلك يلاحظ أن الصياغة جاءت بصدد أعمال التسيير التي "تؤدي إلى الاختلاس" وكأن المشرع يعاقب على "النية" على "الأفعال المستقبلية"، وكان من الأجدر أن تكون الصياغة العربية على نحو "الأفعال التي تؤدي"، وكذلك عقّب الأستاذ أحسن بوسقيعة عن مصطلح "أجهزة الشركة" الذي جاء نقلا حريا عن النص الفرنسي les »

ثانيا- التنظيم التشريعي الوقائي لإنقاذ المؤسسات المتعثرة ماليا:

أسفرت نتائج البحث عن مدى الفعالية الاقتصادية لإجراءات الإفلاس والتسوية القضائية على أنّ أحكام هذه القوانين أصبحت لا تتكيف مع متطلبات التطور الاقتصادي، لذا اتجه التفكير إلى خلق آليات جديدة تسمح بالكشف المبكر عن عجز المؤسسات، بهدف تجنب تفاقم الوضع المتأزم، وإنهاض المؤسسة من كبوتها[1]. وتوالت الجهود إلى أن صدرت عدة قوانين مترجمة لهذه التوجهات التي تجد مصدرها في ثلاث قوانين في فرنسا: قانون رقم 84-148 الصادر في 01 مارس 1984م، والمتعلق بالوقاية والتسوية الودية للمؤسسات المتعثرة اقتصاديا، والتي لم تتوقف بعد عن دفع ديونها[2]. ثم استكمل هذا القانون بصدور قانون 85-98 الصادر في 25 جانفي 1985؛ الخاص بالتسوية والتصفية القضائية للمؤسسات. وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد ألغى أحكام قانون 13 جويلية 1967، وكذا الأمر رقم 67-820 الصادر في 27 سبتمبر 1967[3].وهناك كذلك قانون 85-99 الصادر في 25 جانفي 1985 والمتعلق بالمدخلين القضائيين في إجراءات الإنقاذ.

التوجه الأول: الوقاية والتسوية الودية للمؤسسات المتعثرة اقتصاديا

من خلال القانون الفرنسي رقم 84-148 الصادر في 01 مارس 1984، والمتعلق بالوقاية والتسوية الودية للمؤسسات استهدفت الوقاية والتسوية الودية للمؤسسات المتعثرة اقتصاديا، والتي لم تتوقف بعد عن دفع ديونها. يحتوي هذا القانون على مجموعة من الوسائل الوقائية التي تسمح باكتشاف مؤشرات الصعوبات داخل المؤسسة قصد تجنب تفاقمها. وتستفيد من هذه الأحكام كل الأشخاص المعنوية الخاصة، ولم تكن تاجرة، والتجمعات، وأغلب أحكامه تخص الشركات التجارية، بتعديله كثيرا من أحكام قانون الشركات الصادر في 1966 كما يضع عدة إجراءات للإشهار ببوادر الصعوبات،

« organes sociaux، وحاليا الذي لا يعاقب عن الجنحة لا يسأل في حين لو قارناه بجرائم الفساد هنالك مساءلة، وبالتالي الذي لا يُبلغ في سياق المؤسسات العمومية الاقتصادية يفلت من العقاب. وبالتالي يرى الأستاذ أحسن بوسقيعة أنه لا يزال الاشكال لم يحل، وطرح الاشكال، هل من المعقول المساءلة الجزائية للمسير للمؤسسة العمومية الاقتصادية وفق قواعد القانون العام، بل مسؤوليتهم هي مسؤولية مدنية أو جزائية طبقا لقواعد القانون التجاري.

راجع: أحسن بوسقيعة، إشكالية المتابعة الجزائية لمسيري المؤسسات العمومية عن أعمال التسيير، الملتقى الوطني الموسوم "المؤسسة والقانون الجنائي"، معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي مغنية، نوفمبر 2018

[1] – أنظر في هذا الشأن كل من: أسيل خليفة الفضالة، الصلح الواقي من الإفلاس –دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والمصري–، دار النهضة العربية، 2006، ص.26 وما يليها؛ كذلك: نشأت الأخرس، الصلح الواقي من الإفلاس–دراسة مقارنة–، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص.205 وما يليها.

[2] –وقد استكمل هذا القانون بمرسوم تحت رقم 85-295 الصادر في 01 مارس 1985، ومرسوم 85-665 الصادر في 3 جويلية 1985، متعلق بمراقبي الحسابات، ومرسوم 85-910 الصادر في 27 أوت 1985 حول التجمعات المؤهلة للوقابة.

[3] – علما بأن أحكام الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري مستمدة، جميع أحكامها، أساسا من هذا القانون.

وإجراءات جديدة للتسوية الودية تسمح بإبرام اتفاق بين المدين ودائنيه الرئيسيين حول مواعيد الوفاء وتخفيض النيون، والحلول التي يجب أن تُتخذ؛ من بينها:

2-1-إجراء الإنذار في القانون الفرنسي:والذي أورده المشرع الفرنسي كذلك في القانون التجاري بموجب التعديل الجديد بقانون عام 2005 باعتباره إجراءا وقائيا (De la procédure d'alerte) حيث أوجب المشرع مراقب حسابات الشركة إذا تبيّن له أثناء أداء واجباته وجود أية ظروف أو مخاطر تهدد استمرارية نشاط مشروع الشركة أن يبلغ رئيس مجلس الإدارة أو رئيس المجلس التنفيذي بذلك. فنلاحظ من خلال هذا الإجراء الذي جاء به المشرع الفرنسي كيف أن نظام الإنقاذ له دور فعال في مواجهة وقطع الطريق أمام حالات الإفلاس إذا ما أمكن الكشف المبكر عن حقيقة الأزمات والصعوبات التي يعاني منها المشروع حتى وإن كانت هذه المخاطر محتملة لأن من شأن هذا الإجراء وقاية المشروع ومعالجة مشاكله قبل أن يدخل في خطر التوقف عن الدفع الذي قد يؤدي إلى الإفلاس. بل أكثر من ذلك فإن الأحكام السابقة على صدور هذا القانون بمثال أحكام قانون 84-148؛ تفضي كذلك بالإشعار المبكّر ببوادر الصعوبات داخل المؤسسة بتنظيم أربع إجراءات متميزة، مفتوحة لكل من مراقبي الحسابات (أ)، للمساهمين وللشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ب)، وللمنشآت الممثلة للعمال (ج)، ولرئيس المحكمة (د)، وذلك لجلب انتباه المسيرين للصعوبات التي تمر بها مؤسستهم.

أ)- الإشعار ببوادر الصعوبات من طرف مراقبي الحسابات:

يتولى مراقب حسابات المؤسسة استفسار مسيرها كتابيا عن كل ما يلاحظه، بمناسبة قيامه بمهامه، من أعمال تهدد استمرار نشاط المؤسسة. وفي شركات المساهمة، فإن هذا الاستفسار يوجه إلى رئيس مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، حسب الحالة. ويتوجب على هذا المسير الردّ كتابيا في ميعاد 15 يوما. في حالة انعدام ذلك، أو كان الرد غير مقنع، يدعو مراقب الحسابات كتابيا رئيس مجلس الإدارة أو المديرين بانعقاد مجلس الإدارة للمداولة في الأمر، ويخطر مراقب الحسابات رئيس المحكمة بهذا الإجراء.[1]

ب)- الإشعار من طرف المساهمين في شركات المساهمة والشركاء في الشركة ذات المسئولية المحدودة.

[1] - قانون الشركات الفرنسي لعام 1966، المادة 1/230 المعدل بقانون 10 جوان 1994.

يخول القانون للمساهمين في شركات المساهمة، الذين يمثلون على الأقل عشر رأس المال، مرتين لكذا عملية توجيه أسئلة كتابية لرئيس مجلس الإدارة أو المديرين، عن كل فعل من طبيعته أن يسئ باستمرار النشاط ويتوجب على هذا الأخير الإجابة خلال شهر، مع توجيه في نفس الميعاد لمراقبي الحسابات، صورة للأسئلة والإجابة عنها. ويتوقف الأمر على هذا الأخير، إن رأى مدى جدية ذلك، بإثارة الإشعار حسب الدراسة السابقة. ونفس الحكم بالنسبة للشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، بحيث يخول هذا الحق لكل الشركاء غير المسرين، بتوجيه أسئلة للمدير، وعلى هذا الأخير الإجابة، مع بعث تقرير لمراقب الحسابات.[1]

ج)- الإشعار من المنظمات الممثلة للعمال:

وهذا الشيء مخول في قانون الشركات الفرنسي بموجب المادة 230/03 في القانون القديم السابق الذكر وظل حتى بموجب القانون الجديد.

د) إثارة الإشعار من طرف رئيس المحكمة:

خول قانون 1984 -السالف- المعتاد بقانون 10 جوان 1994 لرئيس المحكمة عندما يتلقى أي إشعار بأي أي شركة تجارية، أو تجمع ذا نفع اقتصادي، أو أي مؤسسة خاصة تجارية أو حرفية، تعاني من صعوبات من شأنها أن تعرقل استمرار نشاطها-، الحق في استدعاء مسير هذه المؤسسة لمطالبته ببيان التدابير التي هو عازم على اتخذنها لتجنب ما يعترض مؤسسته من صعوبات، ويحدد له أجلا لذلك.

2-2-التسوية الودية انطلاقا من سمة التفاوضية للنظام:

على خلاف نظام الإفلاس الذي لا يعترف بالحلول التفاوضية والوسائل البديلة عن القضاء في تسوية النزاعات بين الدائنين وبين التاجر المدين، فإن نظام الإنقاذ يشجع الدائنين والتاجر المدين على المعالجة الودية لعثرات المشروع التجاري عن طريق إبرام اتفاقيات ودية بين الأطراف لتسوية منازعاتهم من خلال اللجوء إلى الوسائل البديلة ومن أهمها التوفيق (procédure de conciliation). هو اتفاق تُبرمه الشركة أو المؤسسة المضطربة ماليا مع دائنيها، وبموجبه تحاول تفادي نتائج تعثرها وتوقفها عن الدفع. وفي القانون حث على إنجاح مثل هذا الاتفاق لإنجاح ازدهار الشركة، حول مواعيد الوفاء وتخفيض الديون، والحلول التي يجب أن تتخذ. وطلب التسوية الودية يكون بناء على طلب يتقدم به مديرو المؤسسة قبل توقفها عن الدفع إلى رئيس المحكمة الواقع في دائرتها المركز الرئيسي

[1] - G.RIPERT et R.ROBLOT, traité de droit commercial, T.2, 15ème éd., 1996, p.894.

للمؤسسة، ويجب أن يعرض الطلب الصعوبات القانونية، والاقتصادية والمالية، والإجراءات المزمع اتخاذها للإنقاذ، مع مواعيد الوفاء أو إنقاص الديون التي تسمح بتجسيد هذه الإجراءات. وعلى هذا يجب أن يكون هذا الطلب مرفقا بالوثائق اللازمة لكشف الوضع المالي للمؤسسة وقائمة الديون وحلول أجلها. وعند تلقي الطلب، يستدعي رئيس المحكمة ممثل المؤسسة لمعرفة تفصيلات أكثر، فضلا على أنه ممكن أن يكون مضطلعا على ذلك من طرف مراقبي الحسابات، حسب الإجراء السابق –الإشعار ببوادر الصعوبات–. كما يمكن لرئيس المحكمة أن يُطالب بأية معلومات عن حالة المؤسسة من أيّة إدارة، أو مؤسسة مالية أو إدارية، كما يُمكن له تعيين خبير لإعداد تقرير حول الوضع المالي، والاقتصادي والاجتماعي. ويتمتع المدين في هذه المرحلة بحق التصرف والإدارة لذمته[1].وإذا رأى رئيس المحكمة وجاهة هذا الطلب، يُصدر أمرا بافتتاح إجراءات التسوية، ويُعين مُصالحا conciliateur، تكون مهامه الحرص على استمرار نشاط المؤسسة والتوصل إلى التوفيق بين المدين ودائنيه. ونظرا لأن افتتاح هذه الإجراءات، لا تهدف إلى تصفية أموال المؤسسة، بل إلى تمكينها من متابعة نشاطها، لذا من الآثار المترتبة عليها، إمكانية وقف إجراءات التقاضي مؤقتا والتنفيذ للدائنين التي تهدف إلى استيفاء كافة الديون السابقة للاتفاق حتى نهاية مدته التي لا نمكن أن تجاوز نهاية مهمة المصالح. وإمكانية وقف إجراءات التقاضي، أدخلها القانون الفرنسي لعام 1994 سالف الذكر، حيث أجاز هذا الإجراء للقاضي، ويكون ذلك بناء على طلب المصالح، إذا رأى ضرورته لتسهيل الاتفاق. ويسري أثر هذا الإجراء على جميع الدائنين. والهدف من الوقف، تجميد ديون الشركة التي تعاني من مشاكل مالية، بغرض مساعدة هذا المصالح من إنقاذ الشركة. كما أن الإجراء الذي هو ذا طابع جوازي، يرب أيضا آثارا بالنسبة للمدين –من حيث لا يمكن له، تحت طائلة البطلان، القيام بالوفاء لأي دين سابق عن هذا الإجراء، وكذلك منح رهن، مهما كان نوعه–، منع أعمال التصرف الخارجة عن التسيير العادي للمؤسسة إلا بناء على رخصة من رئيس المحكمة، تحت طلب المصالح. ويمكن أن تشمل هذه الاتفاقات جدولة الديون وتخفيضها. هذا، وإذا أخذ المدين بالالتزامات المترتبة عن الاتفاق – التسوية الرضائية–يجوز لكل من يهمه الأمر، طلب فسخ هذا الاتفاق من المحكمة، وإسقاط الآجال الممنوحة للمدين. وإذا صدر ضد المدين خلال فترة التسوية حكم بالتوقف عن الدفع، تفسخ التسوية وجوبا، مع استرجاع الدائنين حقوقهم السابقة بعد طرح ما توصلوا إليه بمقتضى التسوية الرضائية،والملاحظ أن القانون الفرنسي بموجب قانون 25 جانفي 1985م، قد أعطى في هذه الحق

[1] – المادة L.611-1 من القانون التجاري الفرنسي المعدل بقانون رقم (845 لسنة 2005).

في فتح إجراءات التسوية القضائية أو التصفية، بناء على طلب وكيل الجمهورية، أو المدين أو أحد الدائنين الذي كان طرفا في اتفاق التسوية الرضائية[1].

التوجه الثاني: قانون 85-98 الصادر في 25 جانفي 1985م الخاص بالتقويم القضائي للمؤسسات (Redressement judiciaire des entreprises)

استكمل المشرع الفرنسي مسيرته الإصلاحية بموجب هذا القانون الذي عدى بموجبه نظام الإجراءات الجماعية -الإفلاس والسوية القضائية-، وذلك على إثر تغيير وجهة نظره من الهدف المتوخى من هذا النظام، بحيث أصبح الحفاظ على المؤسسة وإنقاذها من تعثرها المالي، والابقاء على فرص العمل التي توترها للعاملين بها، أولويات تشغل اهتمام المشرع، قبل تسوية حقوق الدائنين، التي ظلت لمدة طويلة، الهدف الرئيسي لنظام الإفلاس وعلى هذا الأساس جاء قانون 25 جانفي 1985 معبرا على هذا التوجه الجديد.وكخلاصة لأحكام هذا القانون، فإن المؤسسة المتعثرة تمر بإجراءات تهدف إلى إصلاحها وإنهاضها بقدر المستطاع- من كبوتها، وإلا فلا مفر من تصفيتها. ولتحقيق ذلك تمل هذه المؤسسات بمرحلتين:

المرحلة الأولى: فترة المراقبة أو التشخيص

الهدف من هذه الفترة دراسة وضع المؤسسة، شهيدا لتحضير خطة اقتصادية واجتماعية. وعن وضع الدائنين في هذه المرحلة، لا يكون لهؤلاء الدائنين -سواء العادين أو المضمونة ديونهم بتأمينات، إلا الإقرار بحقوقهم لممثل الدائنين، وذلك ضمن مواعيد معينة، وإلا انقضى حقهم (المادة 53 من قانون 25 جانفي 1985).

المرحلة الثانية: العلاج

يتمثل ذلك في إجراءين: إمّا إصلاح المؤسسة -طبقا لخطة تقررها المحكمة، وتقضي باستمرار المؤسسة— أو التصرف فيها. وإذا تيقن عدم جدوى أي من الحلين، نلجأ إلى التصفية.

تقرر المحكمة مواصلة النشاط استنادا إلى تقرير المتصرف القضائي عندما تكون هناك إمكانيات جدية لذلك، مع الاحتفاظ بكل أو بعض مواطن الشغل. ويمكن للمحكمة أن تأذن بإحالة المؤسسة للغير إذا تعذر إنقاذها، وكان في هذا التصرف ضمان لاستمرار نشاطها، والاحتفاظ بكل أو بعض مواطن الشغل

[1]- فتيحة يوسف، التوجه التشريعي الحديث نحو إنقاذ المؤسسات المتعثرة ماليا، مجلة الحجة، صادرة عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، العدد 2، أكتوبر 2011، ص.66-81.

فيها وتطهير ديونها. وعن وضع الدائنين في هذه المرحلة، فإن كان العلاج المقترح يتمثل في الاستمرار وتدعيم النشاط، يدعى الدائنون إلى التنازل عن جزء من مستحقاتهم، أو منحهم للمدين آجالا أو تقسيط ديونهم، وإذا كان العلاج في بيع المؤسسة، فيكون للدائنين أصحاب التأمينات أولوية على الثمن، فإن بقي حق دون وفاء، فإنه ينقضي نهائيا على إثر بيع المؤسسة، أو على إثر قفل التصفية لعدم كفاية الوصول. وعلى هذا يقال أن إنقاذ المؤسسات يتم على حساب الدائنين، فهم ضحايا حركة الإصلاح التشريعي[1].

أما الدائنون الجدد، الذين نشأت حقوقهم صحيحة بعد الحكم بالإجراء الجماعي على المدين، فلهم أفضلية على القدامى أصحاب الحقوق الناشئة قبل الحكم، حتى ولو كانت هذه الأخيرة مضمونة بتأمين، تطبيقا لنص المادة 40 من قانون 1985.

أما الإجراء الذي يمثل المرحلة الأخيرة فهو تصفية الشركة، وهو إجراء لابدّ منه إذا تبين عدم إمكان إنقاذ المؤسسة من أزمتها المالية، بإجراء من الإجراءات السالف ذكرها. وبهذا الإجراء الجديد تكون هذه التشريعات قد ألغت الأحكام القديمة للإفلاس.

التوجه الثالث: إصلاح جهاز القضاء.

استكمل القانون الفرنسي مسيرته الإصلاحية بإصلاح جهاز القضاء، وعيا منه أن إجراءات الإنقاذ أصبحت، ليست مسألة تهم الدائنين فحسب، بل العمال، مؤسسات الضمان الاجتماعي، وكذا السلطات العامة، طالما أن إفلاس المؤسسات سيكون له انعكاسا على الاقتصاد. وعلى هذا اتجه إلى إصدار قانون 99-85 بتاريخ 25 جانفي 1985، والمتعلق بالمدخلين القضائيين في إجراءات الانقاذ، حيث اختفت في هذا القانون وظيفة وكيل التفلسة، وعُوّضت بثلاث وظائف متميزة: المتصرفين القضائيين، والوكلاء المصنفين، وخبراء تشخيص المؤسسة؛ وشروط تعيينهم تخضع لشروط متشددة، حيث يجب أن يكونوا من المهنيين. كما أن هذا القانون قوى من سلطات القضاء في إنقاذ المؤسسات على حسب التفصيل السابق[2].

وكخلاصة عما سبق ذكره نورد بالذكر أنه على الرغم من استخلاص مدى رغبة المشرع الجزائري في انتهاج سياسة الإصلاح، إلا أن أحكام الإفلاس والتسوية بقيت على حالها، وبهذا فإن أحكامه أصبحت لا تتكيف مع الوضع الراهن. ولهذا بات من اللازم على الدولة أن تتجه إلى انتهاج سياسة

[1]- فتيحة يوسف، التوجه التشريعي الحديث نحو إنقاذ المؤسسات المتعثرة ماليا، المقال السابق الذكر، ص.66-81.

[2]- - فتيحة يوسف، التوجه التشريعي الحديث نحو إنقاذ المؤسسات المتعثرة ماليا، المقال السابق الذكر، ص.66-81.

وقاية المؤسسة والمحافظة عليها قبل توقفها عن الدفع، والإصلاح في هذا المجال يجب أن يسمح بوضع قواعد وآليات تسمح باكتشاف صعوبات المؤسسة منذ أن تكون متوقعة من خلال ميزانيتها، قبل أن تتجسد هذه الصعوبات في تعثر مالي حقيقي. وهذا الإجراء الذي يمكن أن نطلق عليه "وقاية المؤسسة والمحافظة عليها"، يكون نتيجة حكم التفاوض الذي يُسمح بموجبه بإيقاف إجراءات التقاضي والتنفيذ قبل التوقف عن الدفع. وهذا التفاوض –مدين ودائنيه– يكون من الإجراءات وقاية، وليس تسوية قضائية، يعاين من طرف القضاء الذي يطلع على الخطة المتخذة من المدين ودائنيه، وبمعنى أخر، تقوية نظام الصلح الذي يكون قبل، وليس بعد التوقف عن النفع. غير أن تكريس مسألة تجريم الافلاس وتطبيقه على المسيرين لا يكون مشجعا لهؤلاء في إجراء كهذا، الذي يمكن أن يكون ضد مصالحهم الشخصية إذا اتضح خضوعهم لحالات الافلاس، وعلى هذا فإن الإصلاح يجب أن يأخذ مجرى آخر، وهو قصر الجزاء على الأموال الخاصة للمسيرين الذين يكونون متورطين في إفلاس المؤسسة[1].

[1] - Henri-Désiré MODI KOKO BEBEY, Le contrôle de la gestion des filiales par la société mère dans le droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique in Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, paris , Dalloz, 2003, p.p. 845-860.

خلاصة المبحث الأول

لا تزال مسؤولية المديرين الناتجة عن قانون الإجراءات الجماعية، مثل المسؤولية بموجب القواعد العامة، تستند حصرا على الخطأ الشخصي للمديرين الفعليين أو القانونيين. ولا يمكن أن تنتج عن مجرد صفة المدير أو هيكلة تجمع الشركات. قانون 26 جويلية 2005 بشأن الإجراءات الجماعية والمرسوم رقم 2008-1345 المتعلق بإصلاح قانون المؤسسات التي في ضائقة مالية يتناسب تماما مع هذا الاتجاه الذي اتبعته بالفعل قوانين 13 جويلية 1967 و25 جانفي 1985، التي تنص على أن المسؤولية الشخصية في الذمة المالية للمدير لا يمكن فرضها إلا في حالة الخطأ الشخصي الذي يؤدي إلى العجز المالي.

وفي الواقع، يبقى المبدأ أن ستار الشخصية الاعتبارية والفصل بين الذمم المالية تلك الخاصة بالمديرين وتلك الخاصة بالشخص الاعتباري، الأمر الذي يؤدي استبعاد الأول من النتائج المالية المتوالية للصعوبات التي يلقاها الثاني. فقط في حالة التعسف، واستنادا على خطأ شخصي، أين يتم نزع الستار. ووفقا لما أوضحناه أعلاه كذلك، فإن الشركة الأم غالبا ما تتخذ دور الجهة المصرفية لفائدة شركتها التابعة؛ وإن المساعدات المالية بين الشركات التي تنتمي إلى نفس التجمع هي ممارسة شائعة، وبالتالي فإن الشركة الأم ستضطر في كثير من الأحيان إلى اتخاذ قرار تخصيص الموارد المالية اللازمة لنشاط الشركة التابعة لها، وذلك بمنح هاته الأخيرة القروض أو السلف. وعلى هذا النحو، تتولى الشركة الأم دور الدائن التي وعلى هذا النحو، لا يفرض عليها أي التزام محدد. المادة L.650-1 ق. تجاري فرنسي، المتعلقة بالإجراءات الجماعية، التي تؤكد أنه "لا يمكن تحميل الدائنين المسؤولية عن الأضرار الملحقة نتيجة للمعونة المالية التي منحوها".

المبحث الثاني : المسؤولية الهيكلية عن إدارة التجمع القانوني

responsabilité structurelle

بتكريس فئة محددة من العقود المبرمة داخل التجمع المسمات "العقود المبرمة بين المؤسسات"، قد أراد المشرع الألماني تزويد المتعاقدين بآليات قانونية خاصة للتعامل مع جوانب معينة بالعلاقات داخل التجمع مع إخضاع استخدامها إلى إطار صارم. فكلما كان القصد من العلاقات داخل التجمع أن تكون وثيقة، كلما زادت سلطات التدخل الممنوحة للمؤسسة المهيمنة داخل الشركة التابعة، كلما كانت كذلك الأعمال التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة خاضعة للرقابة الأوثق. وفي سياق عقد الهيمنة (الفقرة 291 من ق.أ.ش.أ.) أو عقد شبه الاندماج (الفقرة 323 ق.أ.ش.أ.)، البناء الذي يُميّز علاقات التجمع من بين الأوثق، أين تستفيد المؤسسة المهيمنة وفقا للفقرة 308 من حق استساغة وتوجيه الأوامر تجاه مديري الشركة التابعة. والحق في توجيه الأوامر والتعليمات (Weisungsrecht) هو في حقيقة الأمر الآلية الوحيدة المتاحة صراحة للمؤسسة المهيمنة من قبل المشرع الألماني لتمكينها من وضع "مديرية موحّدة" (direction unique) مفترضة بموجب الفقرة 18 أولا،2 من ق.أ.ش.أ. سيمكنها من ممارسة سلطة الإدارة داخل الشركة التابعة التي ستنفذ من خلاله استراتيجية التجمع دون الاضطرار إلى مراعاة المصلحة الاجتماعية؛ إلا إذا كان ذلك لضمان بقاء واستمرارية وجود الشركة التابعة. بيد أن ممارسة هذه السلطة يظل خاضعا لشروط صارمة يمكن أن تؤدي إلى إقامة مسؤولية المؤسسة المهيمنة في حالة عدم الامتثال لها. والواقع أن ممارسة سلطة إصدار الأوامر تخضع لالتزام المؤسسة المهيمنة وممثليها القانونيين بأن يتصرفوا كمديرين مؤتمنين وذوي حرص « dirigeant diligent et consciencieux ».

وعلاوة على ذلك، أخضع المشرع الألماني عقدي الهيمنة والتحويل الكلي للأرباح لالتزام المؤسسة المهيمنة بالتعويض عن الخسائر الملحقة بالشركة التابعة (الفقرة 302 من ق.أ.ش.أ). ولذلك من المهم النظر تباعا إلى نطاق حظر إصدار أمر تعسفي (المطلب الأول) وشروط الالتزام بالتعويض عن الخسائر الواقع على كاهل المؤسسة المهيمنة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: منظومة التجمع القانوني وسلطة استصدار الأمر

والواقع، أنه من المقبول حاليا في الممارسة العملية أن تكون الشركة التابعة المتخذة لشكل الشركة ذات المسؤولية المحدودة طرفا في عقد الهيمنة. ومن المسلم به عموما من قبل الفقه، وبالقضاء، أن أحكام القانون الألماني للشركات ذات الأسهم المتعلقة بعقد الهيمنة يتم تطبيقها بالقياس على الشركات ذات

المسؤولية المحدودة، كما سبق تبيانه في خلال هاته الدراسة. ويتيح إبرام عقد الهيمنة (الفقرة 291 أولا،1 من ق.أ.ش.أ) أو عقد شبه الاندماج (الفقرة 319 من ق.أ.ش.أ) للمؤسسات المهيمنة بممارسة سلطة الإدارة تجاه الشركة التابعة عن طريق استساغة وتوجيه الأوامر نحو مديري هاته الأخيرة (الفقرة 308 و323 أولا،1 من ق.أ.ش.أ). وقد توخى المشرع الألماني من خلال القانون الألماني للشركات ذات الأسهم صراحة النص على إمكانية أن تؤثر هذه الأوامر المستساغة سلبا على المصلحة الاجتماعية تحت تحفظ خدمة مصالح المؤسسة المهيمنة أو مصلحة الشركات التي تشكل معها أو – الشركات التابعة– كونزرن« Konzern (الفقرة 308 أولا،2 من ق.أ.ش.أ). وهكذا يعهد المشرع الألماني إلى المؤسسة المهيمنة بآلية تمكنها من تنفيذ سياسة التجمع داخل الكيان الاقتصادي. ومن خلال ممارسة سلطة المديرية، تخضع المؤسسة المهيمنة وممثليها القانونيين، كجميع المديرين، للالتزام بالتصرف من خلال توخي العناية والحرص لاحتمال خطر إقامة مسؤوليتهم. ويترتب على ذلك، أن سلطة توجيه الأمر الممنوحة للمؤسسة المهيمنة من جانب المشرع الألماني في الفقرة 308 من القانون السابق الذكر ليست من دون وضع حدود بشأنها. وبالتالي يمكن إقامة مسؤولية المؤسسة المهيمنة إذا تبيّن أنها قد تعسّفت في استخدام سلطتها في توجيه الأمر وأضرت بالشركة التابعة. ولذلك من المهم النظر في مضمون سلطة توجيه الأمر من أجل تحديد ما لا لزوم له من أمر تعسفي (الفرع الأول). ومن ثم سيكون من الضروري عرض شروط إقامة مسؤولية المؤسسة المهيمنة عن الأمر الموجه تعسفيا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طبيعة سلطة استساغة الأمر الإلزامي تجاه مديرية الشركة التابعة

انطلاقا من الالتزام الإداري ببذل العناية والحرص Dirigeants diligents et consciencieux الواقع على كاهل المؤسسة المهيمنة الذي تختص به في إدارة التجمع القانوني توضح الفقرة 308 أولا، 1 من ق.أ.ش.أ. أن سلطة استساغة الأمر التي تُمارس تجاه مديري الشركة التابعة، وسيسمح هذا المؤشر بالاستدلال على طبيعة سلطة استساغة الأمر ونطاقه.

فلا يُقصد من الفقرة 308 من القانون السابق الذكر أن تحل إدارة المؤسسة المهيمنة محلّ إدارة الشركة التابعة، لكنها تأذن ببساطة للمؤسسة المهيمنة بالتدخل في إدارة الشركة التابعة. ولذلك فإن الأمر متروك لمديري الشركة التابعة لإدارة الشركة وفقا لمتطلبات القواعد العامة للشركات ذات الأسهم

(الفقرة 76 من ق.أ.ش.أ)[1]. وعليه، فإنه فقط عندما تتدخّل المؤسسة المهيمنة، يترتب الانقطاع والتوقف للسلطة الإدارية لمديري الشركة التابعة، أين يتوجّب عليهم أن يمتثلوا للأوامر المستساغة والموجّهة من قبل الممثلين القانونيين للمؤسسة المهيمنة. وبالتالي فإن المؤسسة المهيمنة ستكون قادرة على إدارة الشركة التابعة وتوجيهها بما يتماشى ومصلحة التجمع. وسوف تكون أيضا خاضعة للالتزام "ببذل العناية والحرص اللاّزمين" بموجب الفقرة 309 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، وعلى اعتبار انعدام وجود تعريف قانوني دقيق وواضح المعالم لمصطلح الأمر الالزامي (« weisung » « injonction »)، فإنه قد يتم تفسيره على نحو جدّ موسع. ومن المرجّح أن ينتج الأمر المستساغ عن أي مظهر من مظاهر التعبير عن الإرادة الملزمة التي تعبِّر عنها المؤسسة المهيمنة تجاه مديري الشركة التابعة[2]. غير أنه، فإن من الأمور الحاسمة أن يتم إظهار التعبير عن الإرادة لاستساغة هذا الأمر والطابع الالزامي المُتّسم به تجاه مديري الشركة التابعة. فالطابع الالزامي هي العنصر الرئيسي في الأمر المستساغ. على اعتبار أن هذا الأخير سيُقوّم بالنظر إلى توقعات مديري الشركة التابعة. وهكذا، إذا كانت الشركة التابعة تنظر إلى الطّلب الموجه من قبل المؤسسة المهيمنة على أنه مجرّد "توصية" دون طابع الالزام، فإن وجود الأمر المستساغ بالمفهوم الوارد في الفقرة 308 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم سيكون ناقصا. وعندئذ سيتصرف مديري الشركة التابعة تحت مسؤوليتهم الخاصة؛ وليس الأمر كذلك إذا استشعر مدري الشركة التابعة بأنهم مضطرين لتنفيذ الأمر الموجه إليهم والامتثال إليه؛ وفي مثل هاته الفرضية الأخيرة، ستحل مسؤولية المؤسسة المهيمنة وممثليها القانونيين منشئي القرار محل مسؤولية مديري الشركة التابعة .[3]

---

[1] – "...يتعيّن عليهم التصرف في هذا الصدد بوصفهم مدراء متوخين لبدل العناية والحرص اللاّزمان، وفي خلاف ذلك، يمكن ترتيب مسؤوليتهم إذا نتج عن تصرّفهم أضرار بالشركة أو مساهميها (الفقرة 93 من ق.أ.ش.أ. في شأن مديري الشركات ذات الأسهم والفقرة 43 من ق.أ.ش..ذ.م.م. في شأن مسيّري الشركة ذات المسؤولية المحدودة)..."

« … Il leur incombe en la matière de se comporter en dirigeants diligents et consciencieux à défaut de quoi, leur responsabilité pourrait être mise en cause s'il devait en résulter un préjudice pour la société ou pour ses actionnaires (§ 93 AktG concernant les dirigeants de société par actions et § 43 GmbHG concernant les gérants de sociétés à responsabilité limitée)… »

Cf. les motivations du projet de loi (Begrundung zum Regierungsentwurf - Begr. RegE.) in B. KROPFF, Aktiengesetz, 2eme ed. Scripvaz Berlin 2005, p. 403; U. HUFFER, Aktiengesetz, § 308, note 7.

[2] – "...أما عن الشكل أو الدعامة التي يأتي على منوالها الأمر المستساغ فليس لها أي تأثير على تكييفه؛ على اعتبار أنه قد يأتي على شاكلة توجيهات « directives »، توصيات « recommandations »، اقتراحات « suggestions »، مراسلات خطية « transmises par écrit »، الكرتونية أو حتى لفظية « voie électronique ou encore oral »..."

Cf. V. EMMERICH, Kommentar zum Aktien- und GmbH- Konzernrecht, § 308, note 20 ; U. HUFFER, Aktiengesetz,§ 308, note 10.

[3] - "...بالإضافة إلى ذلك، فإن الفقرة 308 أولا، من ق.أ.ش.أ. تنص صراحة على أنه ينبغي توجيه الأوامر إلى مديري الشركة التابعة وليس مباشرة إلى عمّالها. ومع ذلك، فإنه من المتصور، بل ومن الضروري في بعض الأحيان لما هو ساري العمل به في الممارسة العملية، أن يقوم مديري الشركة التابعة بإعطاء إذن مسبق وعام للعمال أو لبعض منهم باتباع الأوامر التي توجهها المؤسسة المهيمنة. غير أنه لا يمكن لمديري

وقد أثيرت المسألة أيضا في الفقه لمعرفة ما إذا عقد الهيمنة يؤدي ويُرتب على كاهل المؤسسة المهيمنة "التزاما بالتدخل في إدارة الشركة التابعة"، الذي من المرجح أن يؤدي إلى إقامة مسؤوليتها عن عدم التدخل في إدارة الشركة التابعة المتكبدة لعدة أضرار مالية. ويوافق الفقه الألماني على رفض وجود مثل هذا الالتزام[1]. ولذلك، فإن المؤسسة المهيمنة حرة في فرض أوامر أو تعليمات، وحرة حتى في التخلي والتنازل عن حقها هذا، إلا أنه هنالك اتجاه فقهي آخر في هذا الصدد بأن بعض الظروف تتطلب مع ذلك، الاضطلاع على نحو استثنائي بمسؤولية المؤسسة المهيمنة عن عدم استساغة أي أمر، وذلك عندما تفرض البنود التعاقدية في عقد الهيمنة على مديري الشركة التابعة التصرف فقط بناء على أمر موجه إليهم من المؤسسة المهيمنة أو عندما يكون الأمر أو التعليمة الموجّعة بالفعل مسبقا من المؤسسة المهيمنة تتطلب إصدار توجيهات أخرى لتنفيذ الأمر الأولي، وفي مثل هاته الفرضيات يمكن الإقرار ب "الالتزام بالقيام بعمل" إزاء المؤسسة المهيمنة، بحيث يُعاقب على تقاعس هاته الأخيرة، أو على الأقل من جانب تقاعس ممثليها القانونيين[2]. وبالمثل، يمكن الاعتراف بالالتزام بالقيام بعمل الذي ينبغي أن تقوم به المؤسسة المهيمنة في تصحيح الأمر أو التعليمة الأولية التي ستكلف عواقب ضارة

الشركة التابعة أن يعتمدوا على هذا الإذن لتفنيد وضحد مسؤوليتهم. ويتعيّن عليهم، بحكم سلطتهم الإدارية التي لا يمكنهم استبعادها ولا التنصل منهم، أن يتفحّصوا صحة كل أمر أو تعليمة مستساغة من قبل المؤسسة المهيمنة من منظور تعاقدي، نظامي وقانوني..."

« … En outre, le § 308 I 1 AktG indique expressement que les injonctions doivent etre adressees aux dirigeants de la societe dependante et non pas directement a ses employes. Il est neanmoins envisageable et parfois meme avantageux dans la pratique que les dirigeants de la societe dependante donnent une autorisation prealable et generale au personnel ou a certains de ses membres, de suivre les injonctions de l'entreprise dominante. Pour autant les dirigeants de la societe dependante ne peuvent se reposer sur cette autorisation. Il leur incombe, en vertu de leur pouvoir de direction dont ils ne sauraient se departir, d'examiner la validite de chaque injonction d'un point de vue contractuel, statutaire et legal… »

Cf. U. HUFFER, Aktiengesetz, § 308, note 7 ; V. EMMERICH, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308, note 19

[1] –"... وكذلك يحظر القانون الألماني فرض أي التزام إداري على كاهل المؤسسة المهيمنة تجاه الشركة التي لديها عليها تخويل باستساغة وتوجيه الأوامر والتعليمات. فلا يسمح نظام التجمعات القانونية بالاعتراف بالالتزام بإدارة التجمع، لأن النصوص القانونية لا تنص على الاستعاضة عن سلطة مديري الشركة التابعة بمديري المؤسسة المهيمنة، ولكنه ينص فقط على تراكب للسلطات. ويترتب على ذلك أنه لا يوجد أي إلزام باستساغة وتوجيه أي أمر الزامي على كاهل المؤسسة المهيمنة لأنه، في غياب استصدار الأوامر والتعليمات والتوصيات والتوجيهات، يكون من واجب الوكلاء الاجتماعيين للشركة التابعة اتخاذ التدابير الإدارية التي تفرضها الظروف. وبصفة عامة، لا يمكن الاحتجاج على اسناد المسؤولية للمؤسسة المهيمنة لكونها غير فاعلة في استعمال حقها في توجيه الأوامر والتعليمات. فسلطة المؤسسة المهيمنة بالتدخل في إدارة الشركة التابعة هي حق وليست واجبا نظرا لعدم الاستعاضة عن سلطة مديري الشركة التابعة. وبالتالي فإن عدم وجود أمر أو توصية من جانب المؤسسة المهيمنة لا يسحب من مديري الشركة التابعة التزامهم بإدارة شركتهم وفقا للمبادئ الاستراتيجية الحاكمة لسياسة التجمع..."

« … aussi Le droit allemand s'oppose en effet a imposer a la charge de l'entreprise dominante une obligation de direction a l'egard de la societe sur laquelle elle beneficie d'un pouvoir d'injonction. En effet, le regime du groupe de droit ne permet pas de reconnaitre une obligation de direction du groupe (Konzernleitungspflicht) puisque les textes ne prevoient pas la substitution du pouvoir de direction de la societe dependante a l'entreprise dominante mais seulement une superposition de pouvoirs… »

Cf. U. HUFFER, Aktiengesetz, § 309, note 9 ; H. ALTMEPPEN, Munchner Kommentar zum Aktiengesetz, § 309, note 48 et s. Contra : P. HOMMELHOFF, Die Konzernleitungspflicht, ed. Carl Heymanns Cologne 1982, p. 165 et s.

[2] - V. EMMERICH, Kommentar zum Aktien- und GmbH- Konzernrecht, § 308, note 26; U. HUFFER, Aktiengesetz, § 308, note 11 ; H.-G. KOPPENSTEINER, Kolner Kommentar zum Aktiengesetz, § 308, note 20.

حتى على مصلحة التجمع ككل. وتتم مماثلة الأمر أو التعليمة المستساغة ب "التصرفات القانونية" «acte juridique» وتخضع بالتالي لنفس القواعد من خلال القياس. وهكذا فإن الأحكام المتعلقة بالتعبير عن الإرادة على وجه الخصوص يتم تطبيقها. بيد أنه في الممارسة العملية، سيتم الاحتكام إلى آليات أخرى من غير استساغة الأوامر الإلزامية المباشرة لتنفيذ سياسة التجمع، والتي من بينها نجد: الجمع بين الوكالات الاجتماعية، ممارسة النفوذ في الجمعية العامة أو مجلس المراقبة أو حتى الاحتكام لتفويض الصلاحيات. غير أن هاته التقنيات لا تزال متجاهلة بتدوين قانون التجمعات للشركات ذات الأسهم. وهو ما يثير إشكال معرفة ما إذا كانت بعض الإجراءات المتخذة، مثلا من خلال إرسال الوكلاء الاجتماعيين الممثلين القانونيين للمؤسسة المهيمنة نحو الشركة التابعة، يمكن مساواتها بالأوامر بالمعنى الوارد في الفقرة 308 من ق.أ.ش.أ. وفي هذا الصدد، يعتقد العديد من المؤلفين الألمان[1]، أنه بمجرّد أن يقوم الشخص بالجمع في الوكالات الإدارية داخل كلا المؤسستين، المهيمنة والتابعة، فإن تصرفاته ضمن الشركة التابعة ينبغي ألا تكون موضع تقدير وفقا للأحكام العامة للإدارة ولكن على أساس الفقرة 39 من ق.أ.ش.أ. "المسؤولية الشخصية لمديري الشركات ذات الأسهم"، أين يمكن التماس هاته الأخيرة استنادا إلى العقوبات المقررة بصدد توجيه واستساغة التعليمات التعسفية، وهذا من شأنه أيضا اسناد المسؤولية للمؤسسة المهيمنة على أساس الحاق تصرفات الممثل القانوني الشخص الطبيعي للشخص الاعتباري وفقا للفقرة 31 من القانون المدني الألماني.[2]

---

[1] - V. EMMERICH,ibid ; U. HUFFER,ibid ; H.-G. KOPPENSTEINER, ibid.

[2] – ومع ذلك، فإن محكمة العدل الفيديرالية الألمانية لا تشاطر هذا الرأي الفقهي. وقد رفضت هذه الأخيرة مرارا وتكرارا أن تنسب المسؤولية للمؤسسة المهيمنة عن أفعال ممثليها القانونيين الذين يتصرفون كعضو في مجلس المراقبة أو مجلس المديرين للشركة التابعة ذات الأسهم على أساس أنهم يتصرفون نيابة وباسم الشركة التابعة وليس المؤسسة المهيمنة. إلا أن هذا الموقف القضائي كان موضع العديد من الانتقادات لأنه يوفر إمكانية التحايل على تطبيق أحكام الفقرة 309 من القانون أ.ش.أ.، وبذلك استحالة إقامة المسؤولية للمؤسسة المهيمنة وممثليها القانونين استنادا على استساغة الأوامر والتوجيهات التعسفية من خلال الحيلة القانونية للجمع في الوكالات الاجتماعية.

(Cf.BGH, 29 janvier 1962, II ZR 1/61, BGHZ 36, p. 309 ; BGH, 26 mars 1984, II ZR 171/83, BGHZ 90, p. 396.)

إلا أن هذا الموقف القضائي هو موضع العديد من الانتقادات لأنه يقدم إمكانية التحايل دون تطبيق الفقرة 309 من ق.أ.ش.أ. أي مسؤولية المؤسسة المهيمنة وممثليها القانونيين عن الأوامر الموجهة بطريقة تعسفية من خلال الجمع بين الوكالات.

(Cf. U. HUFFER, Aktiengesetz, § 309, notes 28 et s. ; Walter Doralt,Reforming the law of obligations and company law : studies in French and German law,Collection Trans Europe experts, volume 8,édit.Société de législation compare, Paris, 2013;Les contributions rassemblées dans cetouvrage ont été présentées à l'institut Max Planck pour le droit comparé et le droit international privé de Hambourg (Allemagne) les 1er et 2 novembre2012.p.p.125-139.)

ويبدو أن هنالك حاجة للتمييز بين طبيعة مختلف الوكالات الاجتماعية الممارسة؛ أين يتم الاقتراح من قبل الأستاذة VANESSA DESSOUTTER في هاته الفرضية بمماثلة أفعال المدير أو المسير للمؤسسة المهيمنة الذي سيمارس وكالة اجتماعية مماثلا ضمن الشركة التابعة بمثابة أوامر مستساغة وموجهة من قبل المؤسسة المهيمنة، وبذلك إقامة مسؤولية المؤسسة المهيمنة إما استنادا على الأوامر المستساغة على نحو تعسفي لتطبيق الأحكام الخاصة الواردة الفقرة 309، ثانيا من ق.أ.ش.أ. ا أو إقامة المسؤولية على أساس قواعد المسؤولية المدنية طبقا للأحكام العامة المستندة على خطأ الوكيل؛ إلا أن مثل هاته المماثلة لا يمكن أن تتم في حالة ممارسة الوكالة الاجتماعية في مجلس مراقبة

ويعتمد بعض المؤلفين أيضا على الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الفيديرالية لفرض فكرة مماثلة الجمع بين الوكالات بالأوامر المستساغة من قبل المؤسسة المهيمنة. حيث يُدين هذا القرار الوكلاء الاجتماعيين للشركة التابعة لعدم تصرفهم وفقا لمصالح هاته الأخيرة، على اعتبار أنهم تصرفوا بما تقتضيه وكالتهم في أجهزة المؤسسة المهيمنة؛ وبذلك يستنتج هؤلاء المؤلفين غياب إجراء "الأمر أو التعليمة" بالمعنى المقصود من الفقرة 308 من ق.أ.ش.أ. وبذلك استنتجوا انعدام مسؤولية المؤسسة المهيمنة. غير أن هذا الموقف لا يراعي بما فيه الكفاية الظروف التي أصدرت فيها محكمة العدل الفيديرالية هاته القرارات القضائية المرجعية. والواقع، أن القضايا المذكورة أعلاه ليس لها صلة بالقضايا الشاملة للنزاعات التي تخص الشركات ذات الصلة ببعضها البعض بعقد الهيمنة أو بعقد تحويل إجمالي الأرباح؛ على اعتبار أن الوحدة الاقتصادية التي تنشأ عن وجود مثل هذه العقود، هي التي تفرض تفضيل مصلحة التجمع على مصلحة الشركة التابعة، ونعلم أن مصلحة التجمع يتم تحديدها من قبل المؤسسة المهيمنة، ولذلك فإنها من مصلحة هذه الأخيرة والتي على أساسها يتصرف الوكيل الاجتماعي لدى الشركة التابعة. ويترتب على ذلك، أنه في مثل هاته الفرضيات الإيضاحية التي تختلف اختلافا كثيرا عن القضايا المسترشد بها من قبل الفقه الألماني، يجب إسناد المسؤولية للمؤسسة المهيمنة عن تصرفات ممثليها القانونيين الذين أوفدتهم ضمن الشركة التابعة. ومن المسلم به عموما أن ممارسة المؤسسة المهيمنة لحقها في التصويت في الجمعية العامة للشركة التابعة هو واقع يمكن مماثلته ومساواته بسلطة استساغة وتوجيه الأوامر والتعليمات، وبالتالي فإن ذلك سيستوجب إقامة مسؤوليتها طالما أن القرارات التي تتخذها بالأغلبية تؤدي إلى الإضرار بالشركة التابعة. وهذه المماثلة لها ما يبررها تماما لأن عدم الاعتراف بمثل هذا التكييف سيتيح للمؤسسة المهيمنة، من خلال أغلبية الأصوات التي تحوزها في الجمعية العامة، إمكانية التحايل دون أن يُطبق عليها أحكام المسؤولية المرتبطة بالتعسف في سلطتها في توجيه الأمر أو التعليمة.

وانطلاقا من الطبيعة القانونية لسلطة توجيه الأوامر والتعليمات يستنتج نطاقه. ففي الواقع، فقط الأمر أو التعليمات المستساغة بالمعنى المقصود في 308 من ق.أ.ش.أ. سيكون متسما بالطابع الالزامي تجاه الوكلاء الاجتماعيين للشركة التابعة، وينتج عن ذلك أن أية وسيلة من وسائل الإدارة التي لا تستوفي شروط الأمر المستساغ ستظل مجرّدة من الطابع الالزامي تجاه ممثلي الشركة التابعة. ولا يملك

الشركة التابعة أين يستتبع في هذه الحالة فقط المسؤولية فقط استنادا على الاخلال بالالتزام بالولاء أو التعسف في استغلال النفوذ وفقا للأحكام الخاصة الواردة بالفقرة 117، أولا من ق.أ.ش.أ.

Cf. vanessa Desoutter, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes, : Présenté à l'origine comme thèse de doctorat par l'auteur--UniversitätAugsburg en 2011, édit. Peter Lang, Frankfurt am Main,2012, p.316.

مديري الشركة مجالا كبيرا للمناورة ضد الأوامر المستصدرة من قبل الشركة المهيمنة أو ممثليها القانونيين. وفي الواقع، فإنهم سيجبرون على الامتثال لأوامر المؤسسة المهيمنة، بصرف النظر عن تقييمهم لصحة التدابير المتوخاة. قد ترك المشرع الألماني في الواقع هاته المهمة على عاتق المؤسسة المهيمنة لتقييم شرعية الأمر أو التعليمة المُوجّهة (الفقرة 308، ثانيا،2 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم). ولا يتلقى مديرو الشركات التابعة عموما المعلومات اللازمة لكي يتمكنوا حقا من تقدير الآثار المترتبة عن التعليمة أو الأمر الموجه، إلا أن المؤسسة المهيمنة ستستفيد على النقيض من ذلك تجاه الشركة التابعة بالحق في الحصول على المعلومات التي ستمكنها من أن تختار بحكمة السياسة الإدارية التي سيتم وضعها داخل الشركات التابعة. ومع ذلك، يجب على مديري الشركة التابعة أن يواصلوا في توخي العناية والحرص اللازم تجاه التعليمات أو الأوامر المستساغة؛ إذ سيتعين عليهم أن يتفحصوا امتثال هاته الأخيرة لاتفاق الهيمنة، النظام الأساسي وقانون الشركات وبذلك رفض تطبيق أي أمر تعسفي. وبالمثل، يتعيّن على الأشخاص المتلقين للأمر بإبلاغ الآمر بالنتائج السلبية المترتبة عن الأمر أو التعليمة المستساغة. إلا أنهم لن يكون بإمكانهم رفض التعليمة أو الأمر المستساغ إلا إذا شكّل هذا الأخير انتهاكا واضحا لمصالح التجمع أو مصالح المؤسسة المهيمنة وفقا للفقرة 308، ثانيا، 2 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم والتي تعالج ما يصطلح عليه حالات التعسف البيّن abus» «flagrant». وهكذا، إذا لاحظ مدير الشركة التابعة أن الأمر أو التعليمة ستضر بصفة واضحة بمصالح المؤسسة المهيمنة أو حتى التجمع، فإنه سيتنصل بكل حرية من التزامه بالامتثال، بل وسيكون من الواجب عليه، الاعتراض على قبوله.

وإلى جانب طابعة الالزامي، فإن سلطة توجيه الأمر تخضع لنوعين من القيود اللذين سيؤديان إلى إفقاد الأمر أو التعليمة الموجّهة لطابعها الالزامي إيزاء الشركة التابعة. أولا، هنالك الحدود القانونية الخاصة بقانون الشركات، وثانيا، نجد الحدود التعاقدية المتفق عليها في إطار عقد الهيمنة. وبالنظر إلى الحدود القانونية، تجدر الإشارة إلى أن الغرض من عقد الهيمنة هو إخضاع إدارة الشركة التابعة للمؤسسة المهيمنة. وبالتالي فإن الامتيازات الممنوحة بموجب عقد الهيمنة للمؤسسة المهيمنة لا يمكن أن على سلطة المديرية؛ حيث تماثل هذه الأخيرة بسلطة المديرين بالمعنى المقصود في الفقرتين 76، 77 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم.

وفي الواقع، فإن مصطلح "المديرية" الوارد في الفقرة 308 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم كان مأخوذ من نص الفقرة 76من القانون السابق الذكر من قبل المشرع الألماني؛ ولذلك يجب تفسيره بنفس الطريقة، وهذا يعني أن عقد الهيمنة لا يمكن أن يبرر تعدي المؤسسة المهيمنة على صلاحيات

الجمعية العامة أو مجلس المراقبة. ويظل الواقع أن مجال التدخل الذي أتيح للمؤسسة المهيمنة لا يزال واسعا نسبيا ويتيح لها فرصة وافرة لتنفيذ التدابير التي تخدم مصالحها الشخصية أو على الأقل مصالح التجمع. وغني عن البيان أن المؤسسة المهيمنة لا يمكن أن تتجاوز أيضا بنود النظام الأساسي للشركة التابعة والقواعد القانونية الآمرة لقانون الشركات أو القانون المدني. ووفقا لمبدأ حرية التعاقد، فإنه يجوز للأطراف المتعاقدة في حالة عدم تمديد، على الأقل، الحد من سلطة استصدار الأوامر والتعليمات على بعض المجالات أو إخضاعها لشروط أو قيود معيّنة؛ ومن ثم يجوز للطرفين أن يتفقا على بنود تعاقدية من شأنها تضييق سلطة استساغة الأمر أو التعليمة للمؤسسة المهيمنة بأن يتم اشتراط كتابة الأوامر أو التعليمات، أو باستبعاد أي أمر أو تعليمة من شأنها أن تأثر سلبا على مصالح الشركة التابعة أو بالحد من سلطة استساغتها فقط ضمن مجالات محددة من نشاط الشركة. سيكون هذا هو الحال بالنسبة لعقد الهيمنة الذي يحد من سلطة المديرية للمؤسسة المهيمنة على تسيير شؤون العمال أو حتى على السياسة المالية وحدها. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة، هو إلى أي مدى يمكن تقييد سلطة المديرية دون انفاذ عقد الهيمنة من مضمونه؟ ويرى الفقه أنه إذا كانت الحدود المفروضة على سلطة توجيه الأمر تجعل من غير الممكن ممارسة النفوذ على الشركة التابعة، فإنه يجب استبعاد التكييف بعقد الهيمنة. ومن ناحية أخرى، بما أن العقد من شأنه إنشاء ووضع مديرية موحّدة بين الأطراف المتعاقدة، فإن التكييف بعقد الهيمنة لن يكون موضع شك.

الفرع الثاني: دعوى المسؤولية عن الأمر المستساغ بنحو تعسفي

إن الممثلين القانونيين للمؤسسة المهيمنة هم الممارسين لحق توجيه الأوامر أو التعليمات؛ ولممارسة هذا الحق سيتعيّن على الممثلين القانونيين أن يتصرّفوا تصرف المدير ذو الحكمة المستنيرة والمتوخّي للحرص اللازم؛ وفي خلاف ذلك، تقوم مسؤوليتهم ومسؤولية المؤسسة المهيمنة التي يمثلونها وفقا للفقرة 309 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم. وخلافا للالتزام باقتسام الخسائر المنصوص عليه في الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم؛ فإن مسؤولية المؤسسة المهيمنة القائمة على أساس الأمر المستساغ بطريقة تعسفية هي مسؤولية قائمة على الخطأ؛ والعنصر المؤسس لهذه المسؤولية يظل متمثلا في الإخلال بواجب العناية وتوخي الحرص obligation de diligence الواقع على كاهل المؤسسة المهيمنة عند ممارستها لحقها في إصدار وتوجيه الأوامر والتعليمات. ولذلك فإن السعي لإقامة مسؤولية المؤسسة المهيمنة ينطوي على تحليل ممارسة سلطة المديرية من قبل الممثلين القانونيين لهاته الأخيرة تجاه الشركة التابعة من أجل استنتاج ما إذا كانوا قد تصرّفوا

بحكمة واستنارة في هذا الشأن. ولذلك تكمن الصعوبة في تقييم الافتقار إلى اتخاذ الحرص والحيطة في ممارسة حق توجيه الأوامر والتعليمات. ولا شك في أن اصدار الأوامر والتعليمات بتجاوز الحدود القانونية (الفقرة 308 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم) سيُؤدي إلى الاخلال بواجب العناية والحرص اللازمين على المؤسسة المهيمنة، وبذلك إقامة مسؤوليتها وكذا مسؤولية مديرها بمجرّد أن تسبب ضررا للشركة التابعة. وتجدر الإشارة إلى أن الطابع الضار للأمر أو التعليمة الموجهة لا يجعل منها غير مشروعة بشكل تلقائي. وفي الواقع يكون الأمر المستساغ الذي من شأنه الإضرار بالشركة التابعة لتفضيل مصلحة المؤسسة المهيمنة أو مصلحة التجمع، من حيث المبدأ مشروعا وفقا لمقتضيات الفقرة 308 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم. إلا أنه من ناحية أخرى، سيكون الأمر أو التعليمة الموجهة انتهاكا للأحكام الآمرة لقانون الشركات ذات الأسهم، أو حتى القانون المحاسبي، الضريبي، قانون المنافسة وما إلى ذلك من فروع قوانين الأعمال لن تكون مقبولة. إلا أن الامتثال للحدود القانونية والنظامية المفروضة على عاتق الآمر لا يمكن أن يُغني عن التزام آخر متمثل في الامتثال لواجبي العناية والحرص اللازمين. وبالتالي، فإن التعليمة أو الأمر اللذان يمتثلان للقيود المفروضة على ممارسة هاته السلطة، يمكن أن يتم اعتبارها تعسفية إذا كانت تنتهك ضرورات الاحتياط التجاري (précaution commerciale) أو حتى أنهما تمتّا مع التجاهل لبعض المعطيات الاقتصادية والتجارية التي كانت ثابتة وبوضوح. ويعتقد بعض المؤلفين أن هذا الحق يجب ألا يترتب عنه ضرر غير تناسبي (préjudice disproportionné) مُلحق بالشركة التابعة إذا ما تم مقارنته بالمزايا التي تتحصّل عليها المؤسسة المهيمنة أو التجمع. وبالمثل، فمن المناسب أن نستنتج من الالتزام باقتسام الخسائر الملحقة المنصوص عليه بموجب الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، الحظر الواقع على المؤسسة المهيمنة من استساغة أوامر أو تعليمات من شأنها أن تؤدي إلى التعدي على بقاء واستمرارية الشركة التابعة. وفيما يتعلق بالأدلة الثبوتية المتعلقة عن عدم توخي العناية والحرص الازمين، فمن المسلّم به أنه تمّ عكس عبئ الاثبات في هذا الصدد من جانب المشرّع الألماني (الفقرة 309 ثانيا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم لإسناد المسؤولية للممثلين القانونيين للمؤسسة المهيمنة وكذا هاته الأخيرة. وفي حالة الشك، سيُفترض واجب توخي العناية والحرص اللازمين عند ممارسة الحق في استصدار الأوامر والتعليمات، وفي هاته الحالة نكون أمام قرينة بسيطة، يتعين من خلالها على الممثلين القانونيين للمؤسسة المهيمنة الإثبات أنهم تصرفوا كقائمين بالإدارة حريصين ومحتاطين.

إذا كان التدوين الجزئي لقانون التجمعات بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم يعرض على المؤسسة المهيمنة إمكانية إملاء الأوامر تجاه الشركة التابعة والتي قد تتعارض مع مصالح هذه الأخيرة، ومن المرجح أن يكون الاستخدام التعسفي لهذه السلطة قد يُعرّضها لتحمل المسؤولية، فمن الضروري عرض الأسس القانونية (أولا) وكذا طرق أو أساليب إسنادها (ثانيا).

أولا-الأساس القانوني لدعوى المسؤولية

إن اسناد سلطة المديرية بموجب عقد السيطرة يعني في القابل أيضا المسؤولية عن ممارستها. غير أنه من المفارقات، أنه على الرغم من أن الحق في اصدار الأوامر يُنسب صراحة للمؤسسة المهيمنة من قبل المشرع (الفقرة 308 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)، إلا أن المعاقبة على الممارسة التعسفية لهذا الحق قد نص عليها فقط تجاه الممثلين القانونيين للمؤسسة المهيمنة (الفقرة 309 من القانون السابق الذكر). مثلما هو عليه الحال بالنسبة لمسؤولية القائمين بالإدارة المنصوص عليها بقانون الشركات، فإن الممثلين القانونيين للمؤسسة المهيمنة مسؤولين شخصيا وبالتضامن عن الأضرار التي لحقت بالشركة التابعة على أساس الاخلال بالالتزام بممارسة الحق في توجيه الأمر بذات الطريقة التي سيؤديها المدير الحريص والمتوخي للعناية اللازمة[1]. والواقع أن عقد الهيمنة يمنح للمؤسسة المهيمنة الحق في إدارة الشركة التابعة. وعلى هذا النحو، فإنه من المبرر امتثالهم لنفس الالتزامات المفروضة على القائمين بالإدارة، بما في ذلك الإدارة مع توخي الحرص والعناية الواجبة. وبعبارة أخرى، فإن الفقرة 309 من القانون السابق الإشارة إليه تجعل الممثلين القانونيين للمؤسسة المهيمنة مسؤولين عن الأضرار الملحقة بالشركة التابعة عندما لا يمارسون حقهم في توجيه الأمر أو التعليمة بحكمة وبصفة مستنيرة[2]. ومن ثم فإن الأخذ بمسؤولية خاصة من هذا القبيل تجاه مديري المؤسسة المهيمنة يسمح بإقامة مسؤولية صانعي القرار في التجمع، وهو ما لم يكن ممكنا عند الاحتكام لإسناد المسؤولية استنادا على القواعد العامة.

ومن ناحية أخرى، لم تسن أي مسؤولية خاصة مماثلة فيما يتعلق بالمؤسسة المهيمنة. بالرغم من أن هذه الأخيرة ستعم بالفائدة أكثر بالنسبة للمتضررين عن الأمر أو التعليمة المستساغة على نحو تعسفي، على اعتبار أن المؤسسة رأس التجمع تتمتع عموما بملاءة مالية أفضل من تلك الخاصة بمديريها. وهذا لا يعني أن واضعي التدوين الألماني للتجمعات لم يأخذوا هذه المسؤولية في الاعتبار. حيث أنه

[1]-ces derniers sont en effet responsables personnellement et solidairement des dommages causes à la société dépendante par la violation de l'obligation d'exercer le droit d'injonction comme l'aurait fait un dirigeant prudent et consciencieux.

[2] -Autrementdit, le § 309 AktG, rend responsables les representants légaux de l'entreprisedominante des dommages causes a la sociétédépendante par une de leursinjonctions des lorsqu'ilsn'auront pas exerceleur droit d'injonction de maniereavisée et consciencieuse.

في ذلك الوقت لم يكن هنالك شك حول مسألة إقامة مسؤولية المؤسسة المهيمنة من عدمه، غير أن المشرع بخلاف المسؤولية التي أوقعها على ممثليها القانونيين، ترك مسؤوليتها تُسند على المبادئ العامة لقانون العقود؛ وبالنتيجة كان يظهر من غير الضروري وضع أساس قانوني جديد لإسناد المسؤولية تجاه المؤسسة المهيمنة. ويفترض في المناقشات التشريعية، المقبولة عموما في الفقه، أن المسؤولية عن الأمر أو التعليمة التعسفية لا تخلو من إثارة صعوبات وإشكالات قانونية. تجاهلا للأصوات القليلة التي أيّدت "المسؤولية القائمة على وجود التجمع" بالرغم من افتقاره للشخصية القانونية، رفض المصلحون للقانون الألماني للشركات ذات الأسهم لعام 1965 بوضوح فكرة المسؤولية الكاملة للمؤسسة المهيمنة عن التزامات الشركات التابعة التي ترتبط بها بعقد هيمنة. ومع ذلك لا يمكن أن تبقى المسؤولية الخاصة للمؤسسة المهيمنة غير موجودة بالأخص إذا ما قارنا ذلك مع تفوقها الاقتصادي.

ومع ذلك، فإن المؤسسة المهيمنة التي لها نفوذ ينبغي ألا تظل مُعفاة من أية مسؤولية. وقد شهدت المناقشات التي دارت بشأن مشروع إصلاح القانون الألماني للشركات ذات الأسهم أن المشرع قد توخى استساغة مسؤولية خاصة، لا يمكن إسنادها إلا في حالة التعسف في استعمال سلطة توجيه الأوامر والتعليمات والناجمة عن المبادئ العامة لقانون العقود دون أن يحدد بالضبط الأساس القانوني الذي يمكن التعويل عليه في هذا الصدد. حين أن الإجماع السائد في الفقه حول المسؤولية اللازمة للمؤسسة المهيمنة في فرضية الأمر التعسفي يتلاشى عندما يتعلق الأمر بتحديد الأساس القانوني؛ حيث وجد اتجاهين رئيسيين متمايزين عن بعضهما البعض: يرفض الأول، استنادا إلى مشروع اصلاح قانون الشركات ذات الأسهم، أي تطبيق بالقياس على الفقرة 309 من القانون السابق الذكر، ويرى كون عدم سنّ أي مسؤولية خاصة تجاه المؤسسة المهيمنة في حين أنه تم النص على ذلك صراحة في شأن مسؤولية ممثليها القانونيين يُشير بوضوح إلى أن المشرع كان يعتزم إخضاع المؤسسة المهيمنة للقواعد العامة للمسؤولية المدنية التعاقدية[1] ويُؤسس هذا الاتجاه مسؤولية المؤسسة المهيمنة عن إصدار الأمر تعسفي على المسؤولية التعاقدية الناجمة عن الإخلال بعقد الهيمنة من قبل المؤسسة المهيمنة؛ بما أن الالتزامات القانونية والتعاقدية المتعلقة بعقد الهيمنة تُوجّه مباشرة إلى المؤسسة المهيمنة؛ فهي نفسها سيتعيّن عليها ممارسة حقها في إصدار الأمر والتعليمات وفقا للأحكام القانونية والتعاقدية المطبّقة على مثل هذا العقد؛ وعدم الامتثال لهذه الالتزامات، سواء من قبل المؤسسة المهيمنة مباشرة، أو بشكل غير

[1]- H. ALTMEPPEN, MunchnerKommentarzumAktiengesetz, § 309, note 137 ; W.EXNER, Beherrschungsvertrag und Vertragsfreiheit, ed. Lang Francfort-sur-le-Main 1984, p. 85 s; cite par: vanessadessoutter, réf. n°905, p.322.

مباشر من قبل ممثليها القانونيين (الفقرة 278 من القانون المدني الألماني تجعل الأولى مسؤولة عن تصرفات هؤلاء الأخيرين) يجب أن يؤدي لا محالة إلى مسؤوليتها؛ حيث تمّ إقامتها أصلا بموجب الاجتهاد القضائي المتعلق بالفقرة 242 من القانون المدني الألماني التي تفرض تنفيذ الاتفاقات بحسن نية[1]، كما هو عليه الحال بالمادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي، فإن هذه المسؤولية تُعرف أيضا بالمسؤولية الإيجابية عن الخطأ التعاقدي (التعبير الألماني الموافق لذلك (positive vertragsvertetzung) –PVV التي كُرّست بالقانون المدني الألماني أثناء إصلاح قانون الالتزامات بموجب "قانون تحديث قانون الالتزامات" [2](Schuldrechtsmodernisierung). أما عن التيار الفقهي الثاني فيفضّل على العكس من الأول، التطبيق بالقياس على المسؤولية الخاصة المنصوص على توقيعها على كاهل الممثلين القانونيين للمؤسسة المهيمنة بالاقتران مع المسؤولية المنصوص عليها بالقواعد العامة الواردة بالقانون المدني[3]؛ ووفقا لهذا التوجه يتم اسناد المسؤولية للمؤسسة عن الأخطاء التي ارتكبها ممثلوها (أجهزتها)، وبعبارة أخرى هي مسؤولية المؤسسة المهيمنة عن تصرف أجهزتها المعبّر عنها « Organhaftung ».

وفي الواقع، فإن المشرع، بفرض الجزاء على عدم بذل العناية اللازمة من الممثلين القانونيين للمؤسسة المهيمنة تجاه الشركة التابعة، قد استحدث بالتزامن وبصورة غير مباشرة مسؤولية المؤسسة المهيمنة، لأنه وفقا للأحكام المتعلقة بإسناد المسؤولية وفقا للفقرة 31 من القانون المدني الألماني يكون الشخص الاعتباري مسؤولا عن الأفعال الضارة التي ترتكبها أجهزته بما في ذلك مديري أو ممثليه القانونيين.

وهذا يرقى في نهاية المطاف إلى مماثلة مسؤولية المؤسسة المهيمنة بالجهاز من أجهزة الشركة التابعة على اعتبار أنها تُعاقب عن الفعل الضار الذي ارتكبته الشركة التابعة، وإن كان تحت إمرتها. أما المسؤولية على أساس الخطأ التعاقدي فقد تم استبعادها وفقا لهذا التوجه الفقهي باعتبارها منبثقة من القواعد العامة، ينبغي استبعادها تجاه المسؤولية بموجب القواعد الخاصة المنصوص عليها بالفقرة 309 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم.

---

[1] - « Dommages et interetsen raison de l'inexecutiond'une obligation, (1) L'inexecution parle debiteurd'une obligation autorise le creancier de cettedernierea demander lacompensation desdommages qui enresultent a moins que le debiteur ne soit pas responsable de l'inexecution (SchadensersatzwegenPflichtverletzung (1) Verletzt der SchuldnereinePflichtaus dem Schuldverhaltnis, so kann der
Glaubiger Ersatz des hierdurchentstehendenSchadensverlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner diePflichtverletzungnichtzuvertreten hat)".

[2] - Loi sur la reforme du droit des obligations (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) du 26 novembre 2001,BGBl. I 2001, p. 3137 et s., entree envigueur le 1er janvier 2002.

[3] - H.-G. KOPPENSTEINER, KolnerKommentarzumAktiengesetz, § 309, note 62 ; U.HUFFER, Aktiengesetz, §309, note 27

وبالتالي، فإن تأكيد مسؤولية المؤسسة المهيمنة لا يخلو من الخلاف والجدال العميق بشأن أساس هاته المسؤولية، بيد أنه يجب إبقاء هاته المعارضة نسبية، حيث أنه من خلال دراسة آليات وشروط إقامة المسؤولية للمؤسسة المهيمنة، نجد إجماع معين بصرف النظر عن الأساس القانوني المفضل للأخذ بمسؤولية المؤسسة المهيمنة، وعلى وجه الخصوص أنه من المقبول على نطاق واسع أن الفقرة 309 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم التي تنص على تمديد الحق في المطالبة القضائية بالمسؤولية تجاه أشخاص آخرين من غير الشركة التابعة.

ولابد أيضا من الاعتراف بأن إقامة مسؤولية المؤسسة المهيمنة عن الأمر التعسفي تظل ظاهرة هامشية للغاية، وغير محتكم إليها كثيرا في الممارسة العملية، فإن الالتزام باقتسام الخسائر المنصوص عليه في الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم ينسب له بشدة ميزة إسناد المسؤولية للمؤسسة المهيمنة على اعتبار أنه هذه الأخيرة ستكون مجبرة وملزمة بالتعويض عن الخسائر الملحقة بالشركة التابعة التي أبرمت معها عقد الهيمنة.بالإضافة إلى ذلك، فإنه إلى جانب دعوى المسؤولية عن الأمر التعسفي، هناك أسس قانونية أخرى من المرجح الأخذ بها لإسناد المسؤولية.

وهكذا، فإن المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالولاء أو حتى المسؤولية عن بسط النفوذ التعسفي بالمعنى الوارد في الفقرة 117 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، على الرغم من أن مجالات تطبيقها مقيدة للغاية، إلا أنها تظل الأساس الذي من المرجح أن يؤدي إلى مسؤولية المؤسسة المهيمنة.

ثانيا–شروط إقامة دعوى المسؤولية

على الرغم من الأسس القانونية المتميّزة لإسناد المسؤولية للمؤسسة المهيمنة عن إصدار أمر تعسفي، تظل شروط إقامة دعوى المسؤولية مماثلة إلى حد كبير. وبالتالي، فمن الضروري تحديد الأشخاص المرجح أن يحتجّوا بمسؤولية المؤسسة المهيمنة بشأن الأمر التعسفي(أ) وكذلك التعويضات الممكن الحكم بها (ب).

أ–رافعي دعوى المسؤولية

من المقبول عموما اعلى ضوء مسؤولية الممثلين القانونيين استنادا للفقرة 309 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم أن الدعوى المرفوعة ضد المؤسسة المهيمنة عن الأمر التعسفي تظل متاحة أمام الشركة التابعة نفسها لأنها الضحية والمتضررة الأولى من التعليمة التعسفية، وهناك أيضا مسألة معرفة ما إذا كان من المحتمل أن يستفيد أشخاص آخرون مثل مساهمي ودائن الشركة التابعة بحق مماثل لضمان الحماية الكاملة لمصالح الشركة التابعة:

أ-1-الشركة التابعة:

بما أن الغرض من الدعوى المتعلقة بالمسؤولية هو جبر الضرر الملحق بالشركة التابعة، فيرجع لها هذا الحق، في المقام الأول، من خلال ممثليها القانونيين للمطالبة القضائية بإصلاح الضرر. ولكن من الناحية العملية، فإن النفوذ الذي تمارسه المؤسسة المهيمنة على مديري الشركة التابعة على نحو أنهم لن يجرؤوا على المطالبة بإسناد المسؤولية للمؤسسة المهيمنة عن إصدار الأمر التعسفي تجاه الشركة التابعة. وقد أدى خطر تقاعس الممثلين القانونيين للشركة التابعة إلى المطالبة الفقهية والتأييد القضائي بقبول تمديد الحق في المطالبة القضائية بالمسؤولية إلى أشخاص آخرين. فضلا عن ذلك فإنه وفقا للفقرة 309، ثالثا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم يجوز للشركة أن تتنازل عن حقها في المطالبة القضائية بإصلاح الضرر أو حتى التسوية بهذا الشأن. إلا أن هذا الحق يخضع لإثنين من القيود: فمن ناحية، فرض المشرع انقضاء ثلاث سنوات من وقوع الضرر قبل أن تتمكن من التنازل عن أي دعوى للمطالبة بالتعويض، ويختفي هذا القيد عندما تكون الشركة في حالة توقف عن الدفع وأنها تقوم بالتسوية مع دائنيها من أجل تفادي افتتاح إجراءات التصفية القضائية أو عندما يتم تقديم التعويض خلال خطة التسوية[1].

ومن ناحية أخرى، تتطلب الفقرة 309 ثالثا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، موافقة من المساهمين الخارجيين بقرار خاص وغيابا لمعارضة مكتوبة لعدد من المساهمين الذي يمثلون عُشُر الأسهم المجتمعة وقت صدور القرار.ومن ناحية أخرى، فإن قرار التنازل عن الحق في المطالبة القضائية بإصلاح الأضرار الملحقة بالشركة التابعة أو تسويتها لا يمكن أن يكون له أثر على الحق في المطالبة القضائية المسند للدائنين، وخلافا للمساهمين، ليس لديهم وسيلة لمعارضة مثل هذه المبادرات. وتتقادم دعوى المطالبة بإصلاح الضرر ضد المؤسسة المهيمنة أو ممثليها القانونيين بعد خمس سنوات من ظهور موجب الادعاء[2].

أ-2-المساهمون والدائنون

إن حق المطالبة القضائية المُخوّل للمساهمين لا يخضع لأي شرط بتوافر نصاب قانوني معيّن. فشرط توافر النصاب لرفع الدعوى يظل غير ملائم في العلاقات داخل التجمع حيث أنه سيكون في مواجهة مالكي الأغلبية الساحقة، وغابا ما يكون المساهمين الخارجيين قليلين وغالبا ما يمثلون نسبة مئوية أقل

[1]- راجع الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم.

[2]- راجع الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم.

من تلك المفروضة بالقواعد العامة لقانون الشركات. ومن شأن فرض مثل هذا النصاب أن يُؤدي إلى إفراغ من أي حق للمساهمين في رفع الدعوى القضائية.ويجوز للمساهمين الخارجين والدائنين للشركة التابعة أن يحتجوا بالمسؤولية تجاه المؤسسة المهيمنة عن إصدار أمر تعسفي تجاه الشركة التابعة. ويتعين على هؤلاء الأخيرين أن يثبتوا أن الضرر المطلوب جبره هو متأصل عن الأمر التعسفي، ولذلك يجب عليهم أن يثبتوا أن الأمر أو التعليمة، الذي ينتهك مصالح الشركة التابعة، يتجاوز الحدود القانونية أو النظامية الممنوحة لسلطة إصدار الأمر أو أن الأمر التعسفي لا يخدم مصالح المؤسسة المهيمنة أو التجمع، وغني عن البيان أن إقامة مثل هذا الدليل هو عملية صعبة إذا لم يكن من المتعذر التغلب عليها بالنسبة للمساهمين، بل وأكثر من ذلك بالنسبة للدائنين، بسبب الافتقار إلى المعلومات التي تُفيد عموما بأنهم ضحايا السير الداخلي للتجمع . وهكذا يظهر أن الحق في رفع الدعوى القضائية وهمي نسبيا؛ وعلى الرغم من غياب أي قيود بشأنه بالنسبة للمساهمين والدائنين لرفع الدعوى القضائية. ونظرا لصعوبة إثبات الضرر، فإن كون تكاليف التقاضي تقع على رافعي الدعوى، لا يعزز ذلك إلا من عدم فاعلية الفائدة القليلة التي يمثلها هذا الحق في التقاضي عن توجيه الأمر التعسفي للشركة التابعة[1].

وهذا ما يوضح أنه لم يتم رفع أي دعوى إلى يومنا هذا من قبل المساهمين، فضلا عن أن الدائنون سيفضلون استخدام وسائل أخرى متاحة لهم، مثل إمكانية الاحتكام إلى إجراء التنفيذ القسري l'éxécution forcée الأقل تقييدا أو حتى انتظار تطبيق الفقرة 303 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم الذي يتيح للدائنين الذي المطالبة المؤسسة المهيمنة باستحقاق الدين الذي لهم تجاه الشركة التابعة عندما ينتهي عقد الهيمنة أو تحويل الأرباح. والالتزام بالتعويض عن الخسائر الملحقة بالشركة التابعة الذي يقع ضمن الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، على المؤسسة المهيمنة ذات الصلة بعقد الهيمنة يُعوّض جزئيا من هذا القصور التشريعي الوارد بالآلية المذكورة أعلاه، وتصبح أوجه القصور الواردة في النظام هذا صارخة في غياب أي إبرام لعقد الهيمنة[2].

بمعنى أنه بالرغم من نص المشرع الألماني في إطار التجمع الفعلي في الفقرة 317 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم على دعوى إصلاح للأضرار مماثلة لتلك الموجودة بالتجمع القانوني غير أنه في غياب الأحكام الحمائية الخاصة بعقد الهيمنة (الالتزام باقتسام الخسائر، صياغة ورقابة

[1] - Thierry GRANIER, Le commissaire aux comptes dans les sociétés qui font appel public à l'épargne, in : Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Dalloz, Paris, 2003, p.p.457-478 ; aussi Jean-Marc Hauptmann ; sous la direction de René Roblot, Le droit de vote de l'actionnaire en droit français et en droit allemand, Doctorat d'État en Droit privé, Nancy 2, 1986, p.p.102-114.

[2] - راجع الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم.

تقرير التبعية، الحق في الانسحاب وتعويض المساهمين وما إلى ذلك) هو أمر يجعل من الدائنين والمساهمين الخارجين مجرّدين إلى حد كبير عندما يتعلق الأمر بالحصول على تعويض عن الأضرار الناجمة عن تدبير ضار غير معوض عنه تمليه الشركة المهيمنة[1].

وتنطوي الدعوى المتعلقة بالتعويض على أساس أمر تعسفي من جانب المؤسسة المهيمنة على وجود عقد هيمنة؛ غير أنه تظهر صعوبة في الواقع العملي في فرضية "عقود الهيمنة المتتابعة" « contrats de domination à la chaîne»، أين يعترف الفقه بإمكانيتي قيام الدائنين والمساهمين للشركة التابعة في أسفل التسلسل الهيكلي للتبعية «Sté dépendante en bas de la chaine» بالتصعيد نحو "أعلى السلسلة" ورفع الدعوى ضد الكيان رأس التجمع، إذا كان من الممكن إثبات أن هذه الاخيرة هي الآمرة والتي قامت باستساغة وتوجيه الأمر أو التعليمة. ومن ناحية أخرى، وفي فرضية إبرام عقد الهيمنة فقط بين الشركة الحفيدة والشركة التابعة، وكان لدى الشركة الأم فقط رقابة فعلية تجاه شركتها التابعة، لا يزال الفقه منقسما بشأن الإشكال المتعلق بمعرفة ما إذا كان بإمكان الممثلين القانونيين للشركة الحفيدة، مساهميها ودائنيها أن يخاصموا قضائيا، الكيان رأس التجمع بالقياس على الفقرة 309، رابعا، الجملة 3.[2]

ب-إثبات الضرر وجدلية عكس عبء الإثبات

يتطلب إسناد المسؤولية للمؤسسة المهيمنة على رافعي الدعوى إقامة الدليل الثبوتي أن الشركة التابعة قد تعرضت للأضرار ناجمة عن الأمر التعسفي الصادر عن المؤسسة المهيمنة وفقا للفقرة 249 أولا وما يليها من القانون المدني الألماني.

والدليل على الطابع التعسفي للأمر يقع على المدعين، أي على الشركة التابعة نفسها، دائنيها ومساهميها. ومع ذلك، نادرا ما يكون لهؤلاء الأشخاص معرفة دقيقة ومعلومات دقيقة خاصة بالتجمع، سيره والسياسة المتوخاة، حتى يكون بذلك إثبات الطابع التعسفي للأمر أو التعليمة، في معظم الحالات عقبة يتعذر اجتيازها، وتشهد ندرة الدعاوي المرفوعة في هذا الشأن تماما على ذلك، وعلى إثر ذلك يوصى بعكس عبء الإثبات.

---

[1] - راجع الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم.

[2] - H.-G. KOPPENSTEINER, KolnerKommentarzumAktiengesetz, § 309, note 47 ; U.HUFFER, Aktiengesetz, §309, note 21 et s. cite par vanessa dessoutter, op, cit.,réf.n°920, p.326; Jean-Marc Hauptmann ; sous la direction de René Roblot, Le droit de vote de l'actionnaire en droit français et en droit allemand, Doctorat d'État en Droit privé, Nancy 2, 1986, p.p.102-114.

فلا يهم ما إذا كان يمكن تحمل الخسائر من قبل المؤسسة المهيمنة في وقت لاحق في سياق الالتزام باقتسام الخسائر المنصوص عليه في الفقرة 302 أولا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، بالنسبة لعقد الهيمنة، أو أن أرباح الشركة التابعة هي موضع نقل بالمعنى المقصود في الفقرة 301 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم بموجب عقد تحويل الأرباح. والواقع، أن الالتزام باقتسام الخسائر يتميّز عن التعويض الناجم عن إصدار أمر أو تعليمة بشكل تعسفي؛ ويأتي تنفيذ الالتزام باقتسام الخسائر بالمعنى المقصود من الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم في نهاية السنة المالية فقط؛ أين تضطر الشركة المهيمنة إلى تقديم الكيفية التي تعتزم بها التعويض عن الخسائر، إلا أن دعوى التعويض عن الأضرار الملحقة بالشركة التابعة عن الأمر التعسفي يجوز رفعها والبث فيها شريطة ألا تكون قد لحقها أجل التقادم أو كانت موضع تنازل من جانب الشركة التابعة[1].

وبالإضافة إلى ذلك، فإن الالتزام باقتسام الخسائر لا ينشأ إلا في حالة ميزانية تُظهر عجزا مالي على خلاف دعوى المسؤولية استنادا على إصدار أمر تعسفي التي سيكون موضوعها إصلاح الضرر الناجم عن هذا الأمر التعسفي بشكل مستقل عن النتائج المالية السنوية للشركة التابعة؛ وبذلك فبمجرد أن يكون من شأن إصدار الأمر التعسفي قد أسهم في تخفيض نسبة الأرباح المحققة من دون إظهار عجز مالي أو خسارة في ميزانية الشركة، فلن يوجد بذلك أي التزام بالتعويض عن الخسائر، ومع ذلك فإنه سيكون بإمكان الأشخاص المخول لهم بموجب نصوص القانون، قدرة على رفع الدعوى القضائية والمطالبة من المؤسسة المهيمنة أو ممثليها القانونيين، التعويض عن الأضرار الناجمة عن إصدار أمر تعسفي، وفي مثل هذه الحالة، يجب أن ينجم الضرر الذي لحق بالشركة التابعة لزاما عن إصدار الأمر التعسفي من جانب مدير المؤسسة المهيمنة. وإن أمكن الاحتجاج ضد مدير الشركة التابعة أنه كان سيتصرف بنفس الطريقة مع أو دون أن يكون موجها له الأمر، فلا يمكن اسناد المسؤولية للمؤسسة المهيمنة[2].

بعض المؤلفين يدعمون أيضا أنه في فرضية ابرام عقد لتحويل إجمالي الأرباح بالاقتران بعقد الهيمنة، سيمنع، من دون بعض الاستثناءات النادرة، من المطالبة بالتعويض عن الأضرار بسبب أنه في مثل هذه الفرضية، فإن الأمر التعسفي سيؤدي على الأكثر، في فرضية الأرباح إلى تخفيض الرصيد الذي يتعين نقله، وفي فرضية حدوث الخسائر إلى زيادة في التعويض الذي يتعين أن تدفعه المؤسسة

[1] - Jean-Marc Hauptmann, Le droit de vote de l'actionnaire en droit français et en droit allemand, Doctorat d'État en Droit privé, Nancy 2, 1986, p.p.102-114.
[2] - Jean-Marc Hauptmann, Le droit de vote de l'actionnaire en droit français et en droit allemand,loc.cit.

المهيمنة على أساس الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم في نهاية السنة المالية. وفي كلتا الفرضيتين وحدها المؤسسة المهيمنة التي يلحقها الضرر[1].

وفي صفوة القول، فإن دعوى إصلاح الأضرار المتاحة للشركة التابعة،[2] مساهميها ودائنيها، ستمكّن للشركة التابعة الحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت بها نتيجة للأمر التعسفي المستساغ من جانب المؤسسة المهيمنة. وتجدر الإشارة إلى أنه وحدها الأضرار الناجمة عن الأمر أو التعليمة ذات الطابع التعسفي سيُعوّض عنها من قبل المؤسسة المهيمنة. ولا يمكن أن تكون النتائج السلبية المترتبة عن الأمر الموجه بطريقة غير تعسفية موضوعا لدعوى إصلاح أو تعويض. وفي هذه الحالة الأخيرة، لا تزال للشركة التابعة إمكانية الاحتجاج بالالتزام الواقع على المؤسسة المهيمنة باقتسام الخسائر وفقا للفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم.

المطلب الثاني: الالتزام القانوني باقتسام الخسائر الملحقة بالشركة التابعة[3]

الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم تُلزم المؤسسة المهيمنة بالتعويض على أي عجز سنوي تتكبده الشركة التابعة خلال تنفيذ عقد الهيمنة أو عقد تحويل إجمالي الأرباح؛ عندما لا يمكن تغطية هذا العجز بالاحتياطات التي تكونها الشركة التابعة خلال العقد. ويجب معرفة أن الفقه لا يزال مقسما وغير متفقا إلى حد كبير بشأن الأساس المنطقي لوجود الالتزام القانوني باقتسام الخسائر الملحقة بالشركة التابعة الذي يقع على كاهل المؤسسة المهيمنة. هناك اتجاهات رئيسيان في هذا الشأن. أحدهما الموقف الذي اتخذته محكمة العدل الإتحادية[4] التي تبرر هذا الالتزام بكونه يعتبر كتقديم "مقابل" «contrepartie» نظير لسلطة توجيه الأمر أو التعليمات، وعن تعليق تطبيق الأحكام القانونية المتعلقة

---

[1] - Michael Bode, Le groupe international de sociétés le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand, Présenté à l'origine par l'auteur comme thèse (de doctorat)--Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris et Humboldt-Universität zu Berlin,Collec.Europäische Hochschulschriften. II, Droit,Bd,Europäische Hochschulschriften. Reihe 2, Rechtswissenschaft ;5000. vol. 1, 2009,,p.495; Association Française Des Juristes D'Entreprises. Le Chesnay, Yvelines. Séminaire. 1971. Rennes, Droit des groupes de sociétés : analyse, propositions ; publié par la Fondation nationale pour le droit de l'entreprise, Paris : Librairies techniques, 1972, p.p.56-69.

[2]–في حالة عدم توفيره لن يكون هناك مجال لرفع دعوى إصلاح الأضرار الناجمة عن إصدار أمر تعسفي :V.EMMAERICH

[3]- La codification emploie en effet le terme d'obligations (obligation de contribution aux pertes et obligation de compensation des pertes), alors que le droit francais, n'imposant des obligations a la charge de la societe mere qu'a titre de ≪ sanction ≫ d'un comportement abusif de sa part, recourt au terme de ≪ responsabilite ≫. Toutefois, les evolutions jurisprudentielles intervenues ces dernieres annees en droit allemand indiquent un inversement de tendance.Cf. Peter HOMMELHOFF, Pour la protection de la minorité dans des sociétés fermées. La société par actions simplifiée et ses parents en Allemagne et en Europe, p.p.495-505 in ; Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Dalloz, Paris, 2003.

[4] - BGH, 14 decembre 1987, II ZR 170/87, BGHZ 103, p. 1 et s. ; BGH, 20 fevrier 1989, II ZR 167/88, ≪Tiefbau ≫, BGHZ 107, p. 7 et s. ; BGH, 11 novembre 1991, II ZR 287/90, BGHZ 116, p. 37 et s.in : . Peter HOMMELHOFF,ibid.

بالحفاظ على رأس المال الاجتماعي، وبالتالي، فإن الحقوق التي تتمتع بها المؤسسة المهيمنة من خلال إنشاء تجمع قانوني ينبغي بالضرورة ان تولد التزامات تجاه هاته المؤسسة. والفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم تستند على فكرة أنه لا يمكن منح السلطة من دون مسؤولية مقابلة لذلك. ويعتقد آخرون أن هذا الالتزام القانوني باقتسام الخسائر لا يقصد به فقط أن يكون مقابلا للصلاحيات المخولة للشركة المهيمنة في سياق عقد الهيمنة وعقد تحويل إجمالي الأرباح، ولكن له دلالة تتجاوز بكثير مجرد مفهوم " المقابل"؛ هذا الالتزام ينبغي تقويمه على ضوء المقاربة العامة لمنظومة قانون التجمعات بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم؛ والتي تحيلنا إلى أسباب وضع قانون التجمعات؛ والتي من بينها السماح بتنفيذ سياسة التجمع مع ضمان توفير الحماية الكافية لمصالح الشركة التابعة، دائنيها ومساهميها الخارجيين . والغرض من الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم هو ضمان حماية هاته المصالح الأخيرة المُعرضة للخطر الذي سببه تعليق تطبيق الآليات التشريعية والتنظيمية لحماية رأس المال الاجتماعي أثناء تنفيذ عقد الهيمنة وعقد تحويل إجمالي الأرباح.[1] ويتماشى الالتزام باقتسام الخسائر المفروض على الشركة المهيمنة في سياق التجمع القانوني مع مقاربة قانون الشركات ذات المسؤولية المحدودة؛ فمع تعليق القواعد القانونية المتعلقة بحماية رأس المال، أي الفقرات 87، 58، 60 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، فإن الضمانات نفسها للحفاظ على رأس المال هي التي تختفي، وبذلك فإنه مع رفع الضمانات للحفاظ على رأس المال يُستنتج بذلك رفع قاعدة تحديد المسؤولية[2].ومن ثم فإن المسؤولية عن الخسائر الملحقة بالشركة التابعة يمكن أن تمتد لتشمل أشخاص آخرين؛ وبشكل أكثر تحديدا لأولئك الذين سيستفيدون من اختفاء هذه القيود القانونية المفروضة للحفاظ على رأس المال[3].

إلا أن ما يلاحظ هو أن إشكال الهدف الذي تسعى إليه الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم ومبرراتها ليس له إلا آثار نظرية فقط؛ وبغض النظر تظل الآثار المترتبة على تطبيق الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم هي نفسها. ويجب على المؤسسة المهيمنة أن تعوض عن الخسائر الملحقة بالشركة التابعة، وبذلك، ينبغي، أولا دراسة نطاق الالتزام باقتسام الخسائر (الفرع الأول) ومن بعد ذلك فحص آليات تنفيذه (الفرع الثاني).

---

[1]- الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم.

[2] –Jean Nicolas DRUEY, Pour la protection des mères. À quoi bon un droit sur les groupes de sociétés ?, in : Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Dalloz, Paris, 2003, p.p.349-358.

[3]- in : Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Dalloz, Paris, 2003 :Alain COURET,La contrainte du dividende dans les sociétés par actions, p.p.239-270 ;Alexis CONSTANTIN,La tyrannie des faibles. De l'abus de minorité en droit des sociétés, p.p.213-238

الفرع الأول: مجال الالتزام القانوني باقتسام الخسائر

تشكيل تجمع قانوني يتيح للمؤسسة المهيمنة بتنفيذ سياسة حقيقية للتجمع وبصفة مستقلة عن المصالح الخاصة للشركة التابعة. ومع ذلك فإن الالتزام باقتسام الخسائر الذي سنه المشرع الألماني سوف يفرض على الشركة المهيمنة الانشغال بالوضع المالي للشركة التابعة لها، لأنها ستقوم بالتعويض، كل سنة مالية، عن أي خسائر ألحقت بهذه الأخيرة. وفي هذا الصدد لا يزال الالتزام باقتسام الخسائر بلا شك، أكثر العقبات فعالية وأقلها صرامة في مواجهة السياسة المستساغة من قبل المؤسسة المهيمنة التي ستستهدف استخدام الشركة التابعة، ولربما تجريدها من وجودها الاجتماعي.[1]

وبالنظر إلى هذه الآثار فيما يتعلق بالمؤسسة المهيمنة وبسياستها في تسيير التجمع بصورة غير مباشرة، يبدو من الضروري أن نحدد بدقة نطاق تطبيق الالتزام باقتسام الخسائر الذي سنه المشرع بالفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم، وسيكون من الضروري، من ناحية، تحديد الشركات التابعة التي يحتمل أن تستفيد من التعويض عن خسائرها (أولا)؛ ومن ناحية أخرى، يبدو من الضروري الاستفسار عما إذا كانت هناك حدود أو قيود فيما يتعلق بطبيعة ومقدار الخسائر المزمع تعويضها من قبل المؤسسة المهيمنة (ثانيا).

أولا- نطاق التطبيق الشخصي

يفترض الالتزام باقتسام الخسائر المنصوص عليه في الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم صراحة في فرضيتين إبرام عقد الهيمنة أو عقد تحويل إجمالي الأرباح المبرم مع شركة ذات أسهم التي لها مقرها في ألمانيا. ولا يهم في هذا الصدد الشكل أو الجنسية اللذان تتخذهما المؤسسة المهيمنة. أما عن الفقرة 302 ثانيا من ذات القانون السابق الذكر فتعترف أيضا بإمكانية وجود الالتزام بالمساهمة في خسائر المؤسسة المهيمنة تجاه الشركة التابعة ذات الصلة بها بعقد تأجير التسيير، عندما لا تتحصل الشركة التابعة على المقابل الكافي لقاء خدماتها؛ على اعتبار أن المشرع الألماني يعتزم قصر الآثار الإرهاصة التي يمكن أن تنجم عن عدم تعويض مناسب من قبل المؤسسة المهيمنة في جميع الفرضيات[2].

---

[1]–انظر دوافع مشروع القانون بشأن المادة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم (الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم).

-[2] وتثير هذه التفسيرات عددا من الإشكالات: الأولى هي المتعلقة بمعرفة ما إذا كان يمكن تطبيق الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم على أشكال أخرى من الشركات التابعة؛ غير الشركات ذات الأسهم المستهدفة بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم؟ حيث أن تطبيق الفقرة 302 من هذا القانون، على الشركات ذات المسؤولية المحدودة التابعة لا يشملها أي جدال. فيعترف غالبية الفقه بالتطبيق بالقياس

كما أقر كل من الفقه والقضاء بأن الالتزام باقتسام الخسائر يُطبق أيضا في الحالات التي لم يبرم فيها عقد الهيمنة أو عقد تحويل إجمالي الأرباح بشكل صحيح؛ على اعتبار أنه من شأن قبول العكس أن يسمح للشركة المهيمنة بالتنصل من التزامها من خلال عدم احترام القيود الشكلية والمادية ذات الصلة بإبرام العقود فيما بين المؤسسات المذكورة أعلاه. فوفقا لأحكام القانون الألماني للشركات ذات الأسهم الدائن بالالتزام باقتسام الخسائر هو الشركة التابعة أما المدين فهو "الطرف الآخر المتعاقد معه"، أي المؤسسة المهيمنة. ويكون الطرف الآخر في العقد مسؤولا عن المساهمة في التعويض عن خسائر الشركة التابعة سيقع على الطرف المتعاقد معه التقيّد بهذا الالتزام تجاه الشركة التي تكون ذات صلة به تعاقديا. ولا يشمل تمديد المساهمة بالخسائر إلا على الطرف المتعاقد معه، وبذلك، ففي حالة تعدد المتعاقدين، على سبيل المثال، شركتان أم في سياق التصرف بمعية الغير، فإن الالتزام باقتسام الخسائر ستتحمله الشركتان الأم على نحو تضامني؛ غير أن هذا التضامن سيُستبعد في التجمعات ذات الهيكل الهرمي. وفي الواقع، فإن العقد المبرم بين الشركة التابعة والشركة الحفيدة لن يؤدي إلى امتداد الالتزام باقتسام الخسائر تجاه الشركة الأم، ما لم يكن هناك أيضا عقد هيمنة أو تحويل أرباح بينها وبين الشركة التابعة أو الشركة الحفيدة، وفي هذه الحالة، يجوز للشركة الحفيدة أن تحتج بتغطية الخسائر أو عجزها المالية تجاه الشركة الأم أو الشركة التابعة من دون أن تكون هاتان الأخيرتين متضامنتين في الدفع[1].

على أساس الفقرة 302 من القانون السابق الذكر على الشركات ذات المسؤولية المحدودة التابعة التي أبرمت عقد الهيمنة أو عقد تحويل الأرباح مع المؤسسة المهيمنة. وقد أيد هذا الموقف بالقضاء الألماني.

ومن ناحية أخرى، فإن التخلي من خلال اجتهاد قضائي حديث عن مقاربة " التجمع الفعلي الموصوف" التي كانت تؤدي إلى تطبيق الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم عن طريق القياس على الشركات ذات المسؤولية المحدودة في سياق التجمعات الفعلية الممارس فيها النفوذ مثل ذلك الممارس في ظل فرضيتي إبرام عقد للهيمنة أو عقد لتحويل الأرباح؛ وإلى إقامة شكل جديد من أشكال المسؤولية القائم على أساس التعدي على الوجود الاجتماعي، المُعبّر عنه ب:

(Responsabilité fondée sur l'atteinte à l'existence sociale / Existenzvernichtungshaftung))

مما يجعل المؤسسة المهيمنة مسؤولة فقط عن التعديات على وجود وبقاء الشركة التابعة و ليس عن جميع الخسائر الملحقة بالشركة التابعة.

راجع:

BGH, 11 octobre 1999, II ZR 120/98, BGHZ 142, p. 382 et s. ainsi que BGH, 23 septembre 1991, II ZR 135/90, ≪ Video ≫, BGHZ 115, p. 187 et s. in: Vanessa dessoutter, op, cit ,N° 937, P 330

[1] - « …la creanciere de l'obligation de contribution aux pertes est la societe dependante et son debiteur est ≪ l'autre partie au contrat ≫, a savoir l'entreprise dominante. Il incombera a l'autre partie au contrat de contribuer aux pertes de la societe dependante a laquelle elle est liee contractuellement. L'extension de la contribution aux pertes ne vise que la partie cocontractante. Ainsi, en cas de pluralite de cocontractants, par exemple deux societes meres dans le cadre d'une action de concert, l'obligation de contribution aux pertes incombera solidairement aux deux societes meres. Une telle solidarite sera en revanche ecartee dans les groupes a structure pyramidale. En effet, un contrat souscrit entre une filiale et une petite-fille, n'imposera une contribution aux pertes de la petitefille qu'a l'egard de la filiale et non par extension a la societe mere, a moins qu'il n'existe egalement un contrat de domination ou de transfert de benefices entre elle et sa filiale ou sa petite-fille auquel cas, la petite-fille pourra invoquer la couverture de son deficit indifferemment a la societe mere ou a la filiale sans qu'elles soient pour autant solidaires du paiement… » ; in : Vanessa dessouter ,op.cit, N° 938, p.331.

ثانيا: مجال التطبيق المادي

إن المجال المادي للتطبيق واسع نسبيا، لأن الالتزام باقتسام الخسائر يتصل بجميع الخسائر. والواقع أن المقصود من هذا الالتزام هو تطبيقه على أي خسائر بغض النظر عن مصدرها، بحيث أنه لا يمكن أبدا أن تظهر الميزانية السنوية للشركة التابعة ذات الصلة بعقد الهيمنة أو تحويل الأرباح حالة عجز مالي. وتضطر المؤسسة المهيمنة بموجبه الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم إلى تحمل كامل الخسائر التي تكبدتها الشركة التابعة بمعزل عن حصتها في التأدية إلى هذا العجز. ولن يكون بمقدور المؤسسة المهيمنة أن تتنصل من التزامها بالتظاهر بأن الخسارة ليست ناجمة عنها. ويستتبع من ذلك أن إبرام عقد الهيمنة أو عقد تحويل الأرباح يؤدي إلى تحمل المسؤولية عن جميع المخاطر المرتبطة بنشاط الشركة التابعة، ولا يهم ما إذا كانت الخسارة ناجمة عن سلوك المؤسسة المهيمنة أم لا، وسواء كانت مرهونة بإرادتها أم لا، فلن يكون بإمكان المؤسسة المهيمنة في سياق التجمع القانوني التنصل من التزامها باقتسام الخسائر، عن طريق إثبات أن هذه الخسائر لا تنجم عن ممارستها لسلطتها في توجيه الأمر [1].

الفرع الثاني: آليات وشروط اقتسام الخسائر

يعني الالتزام بالتعويض عن الخسائر الملحقة بالشركة التابعة، أنه يتم تقويم خسائرها؛ ومن الناحية العملية، سيكون من الضروري، إعداد الميزانية المؤقتة «bilan intermédiaire» المصطلح عليها كذلك " الميزانية التقريبية" «bilan fictif» لأنه في أي حال لا يمكن أن تظهر الميزانية النهائية للشركة «bilan final» أي عجز. وستتيح هذه الميزانية المؤقتة حساب مبالغ التعويض الواجب دفعها. وغني عن البيان أن المؤسسة المهيمنة ستتحكم في إعداد ميزانية الشركة التابعة، ولا سيما الميزانية المؤقتة، ولكن إذا كانت تستفيد من هامش مناورة واسع نسبيا في هذا الشأن فهي بذلك لا تلتزم بإيراد حسابات منتظمة وصادقة. وبالتالي، إذا لم يظهر العجز إلا في وقت لاحق، على سبيل المثال، لعدم احترام قواعد القانون المحاسبي بعدم الامتثال للاحتياطات المفروضة، فإن هذا العجز الإضافي سيتم كذلك أخذه على كاهل المؤسسة المهيمنة، بحيث يمكن إجبارها على إرجاع الأرباح التي تم تحويلها بالفعل من الشركة التابعة[2].

[1]- BGH, 11 novembre 1991 – II ZR 287/90, DStR 1992, p. 42 : l'entreprise dominante ne pourra pas dans le cadre d'un groupe de droit s'exonérer de son obligation de contribution aux pertes en apportant la preuve que ces pertes ne résultent pas de l'exercice de son pouvoir d'injonction.

[2] - BGH, 5 juin 1989, II ZR 172/88, AG 1989, p. 358 et 359 ; BGH, 11 octobre 1999 – II ZR 120/98, DStR 1999, p. 2000 ; in : Vanessa dessouter ,op.cit, N° 946- N°945, p.333.

ولا تتحمل المؤسسة المهيمنة الالتزام بتحمل الخسائر إلا مع بدء سريان ونفاذ عقد الهيمنة أو عقد تحويل الأرباح، أي بالتسجيل في السجل التجاري (Handelsregister). وبهذه الطريقة لا يمكن تحميل المؤسسة المهيمنة الخسائر المتكبدة قبل العقد المذكور، وبالمثل، فإن الالتزام سيستمر ما دام العقد ساري المفعول؛ وبالتالي، إذا انتهى العقد، كما هو من حيث المبدأ، في نهاية السنة المالية الجارية، [1] فإن الشركة المهيمنة تكون مسئولة عن العجز الذي يظهر في ميزانية نهاية السنة المالية. ومن ناحية أخرى، إذا تبين أنه تم فسخ العقد خلال السنة المالية، على سبيل المثال، في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة لأسباب جدية (الفقرة297 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم) أو بسبب افتتاح إجراء جماعي؛ فإن المؤسسة المهيمنة لن تكون مسئولة إلا عن العجز المسجل حتى تاريخ إنهاء العقد[2].

وقررت محكمة العدل الاتحادية، في قرارها المؤرخ في 11 أكتوبر 1999 أن اقتسام الخسائر مفروضة تجاه المؤسسة المهيمنة اعتبار من يوم تحديد الخسائر في الميزانية؛ في مرحلة أولى، كان هذا الموقف القضائي جد منتقد من قبل الفقه، الآخذ بقفل الميزانية (la clôture du bilan) كتاريخ لتنفيذ الالتزام. إلا أنه تم تأييده في الوقت الحالي بفكرة أن تنفيذ الالتزام ينطلق من اللحظة التي وجد أو تم الكشف فيها على العجز في الميزانية المؤقتة. ويتضح أن هذا الحل الأخير هو الأكثر انسجاما مع أهداف حماية الذمة المالية للشركة التابعة المعنية بالفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم من قبل المشرع. ويؤدي تأخير تنفيذ الالتزام ليوم إعداد الميزانية السنوية وإرسالها إلى المؤسسة المهيمنة إلى إمكانية تأخير اقتسام الخسائر على حساب وإضرارا بالمساهمين الخارجين والدائنين. وفي حالة عدم السداد من جانب المؤسسة المهيمنة، يحق للشركة التابعة وممثليها القانونيين أن يقوموا بمقاصة بين هذا الدين والمطالبات بتحصيل الديون التي تكون المؤسسة المهيمنة دائنة بها، وأن يرفضوا على هذا الأساس تنفيذ أي أمر أو تعليمة لها آثار ضارة. و على العكس من ذلك، اعترفت محكمة العدل الاتحادية بإمكانية قيام المؤسسة المهيمنة بمقاصة بين الديون المدينة بها على أساس الالتزام باقتسام الخسائر مع المطالبات بمخالصات الدين التي تكون هي بذاتها دائنة بها تجاه الشركة التابعة[3].

---

[1]– راجع الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم.

[2]– راجع الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم.

[3] – BGH, 10 juillet 2006 – II ZR 238/04, BGHZ 238/04 : la Cour fédérale de Justice casse l'arrêt de l'OLG de Iéna (OLG Iéna, 21 septembre 2004 – 8 U 1187/03, ZIP 2005) en décidant que le montant de la contribution aux pertes dont est redevable l'entreprise dominante peut faire l'objet d'une compensation en tout ou partie avec une

وينبغي التوضيح كذلك أن افتتاح الإجراء الجماعي ضد الشركة التابعة لا يلغي من حقها في التعويض عن خسائرها. وهذا الحق هو جزء لا يتجزأ من الذمة المالية للشركة التابعة. ومن ثم سيقع على الوكيل المتصرف القضائي المطالبة به. إن الالتزام باقتسام الخسائر منذ إصلاح 2004 خاضعا للتقادم العشري اعتبارا من يوم تسجيل إنهاء عقد الهيمنة أو عقد تحويل إجمالي الأرباح بالسجل التجاري. وإذا لم يكن بوسع الأطراف المتعاقدة أن يقيدا تعاقديا نطاق الالتزام باقتسام الخسائر على النحو الذي حدده المشرع، فإنه مع ذلك سيكون متاحا للشركة التابعة إما التنازل عن حقها أو حتى التسوية بشأنه وفقا للفقرة 302 ثالثا من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم[1].و بغية الحيلولة دون عرقلة العلاقات التعاقدية بين الأطراف المتعاقدة من جراء التزام مرهق اقتصاديا أو حتى مرهص بالنسبة للمؤسسة المهيمنة والسماح على الرغم من ذلك باستمرار العلاقات التعاقدية، نظر المشرع الألماني في إمكانية تنازل الشركة التابعة عن حقها في الحصول على تعويض عن الخسائر التي تكبدتها (302، ثالثا، 1 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)، ولتفادي القضاء تماما على الالتزام باقتسام الخسائر وعدم إنفاذه مطلقا، فإن إمكانيات التنازل تظل خاضعة لقواعد تقييدية للغاية[2].

وفي الواقع، استحدث المشرع آليتين لحماية الشركة التابعة، من ناحية، تتطلب الفقرة 302 ثالثا، 1، انتهاء فترة لا تقل عن ثلاث سنوات بعد تسجيل نهاية العقد بسجل التجاري، قبل أن تكون الشركة قادرة على التنازل عن دفع مبلغ الخسائر أو حتى تسوية بشأن المبلغ الذي يتعين دفعه، ولا تطبق هذه القيود إذا كانت الشركة التابعة المدينة في عجز مالي وتقوم بإجراءات تسوية مع دائنيها من أجل استبعاد وتجنب الإجراء الجماعي أو إذا كان قد تم بالفعل فتح إجراء جماعي وأنه تم تسوية الالتزام باقتسام الخسائر في خطة الانقاذ (الفقرة 302 ثالثا،1، من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)؛ من ناحية أخرى، وبغض النظر عن هذه الاستثناءات، فإنه يجب أن يخضع التنازل أو التسوية، دائما، وفقا للفقرة المذكورة أعلاه، إلى الشرط المزدوج للموافقة الخاصة من قبل المساهمين الخارجين، أي الدعم بأغلبية بسيطة من المساهمين الخارجين، وعدم وجود معارضة خطية من الأقلية منهم التي تمثل ما لا يقل عن 10% من رأس المال المشكل وقت صدور القرار. ومن حيث المبدأ، وحدها الشركة التابعة بإمكانها الإستناد على الفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم لمطالبة المؤسسة المهيمنة بالتعويض عن الخسائر التي تكبدتها، وهكذا، فإن الفقه الألماني يقوم بتكييف آلية الفقرة 302

---

dette de la société dépendante. Voir également B. SCHILMAR, Verlustausgleich im GmbH-Vertragskonzern, ZIP 2006, p. 2347.

[1]– Loi sur la réforme des dispositions relatives à la prescription (Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften) du 9 décembre 2004, BGBl. I, p. 3216.

- [2] راجع الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم.

من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم بحالات المسؤولية الداخلية للمؤسسة المهيمنة تجاه الشركة التابعة (Innenhaftung). خلافا لدعوى المسؤولية عن إصدار الأمر التعسفي (309 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم) أو دعوى المسؤولية عن دفع الديون في سياق عقد شبه الاندماج 322 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم)، فإن الدائنون لا يمكنهم الاحتجاج بالفقرة 302 من القانون الألماني للشركات ذات الأسهم والمطالبة القضائية بالتعويض عن الخسائر. وفي هذا، لا يمكن من خلال هاته الفقرة الأخيرة، أن نشهد تكريس بأي طريقة كانت مسؤولية بسبب وجود التجمع أو مديرية للتجمع. إن الآليات التي أدرجت تجاه التجمع القانوني في سياق التدوين الجزئي لقانون التجمعات للشركات ذات الأسهم لا تؤدي إلى تهميش مبدأ الفصل واستقلالية الشخص الاعتباري[1].

[1]– راجع الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم.

خلاصة المبحث الثاني

إن إقامة مسؤولية المؤسسة المهيمنة لا يطرح على طاولة النقاش دون وجود خلاف عميق حول الأساس القانوني المستند عليه لإقامة هاته المسئولية، خاصة إذا تم الاستناد على الإدارة الخارجية «إدارة التجمع»، فإن سلطة التدخل في إدارة الشركة التابعة تتأرجح بين كونها تارة حقا، وبين كونها التزاما وواجبا تارة أخرى، في ظل التشريع الألماني، وهو ما يظهر أصالة هاته المقاربة التشريعية "التدوين الجزئي" من حيث إدراجه لقواعد وقائية، من خلال تنظيمه لسلطة التدخل في إدارة الشركة التابعة سواء في التجمع القانوني أو التجمع الفعلي، مما يسمح بالمطالبة القضائية المقامة ضد المؤسسة المهيمنة من خلال رفع دعوى باسم ولحساب الشركة، التي يمكن أن يثيرها كل من المساهمين الأقلية، والدائنين، وكل ذلك لتفادي الانتظار من أن تسوء الحالة المالية للشركة التابعة ومن يصل الأمر بها إلى التوقف عن الدفع وإشهار إفلاسها وتصفيتها، وإهدار حقوق أصحاب المصلحة فيها، فنقول أن المشرع الألماني كان موفقا من هاته الناحية، عكس ما هو عليه الحال بالنسبة للتشريعين الجزائري والفرنسي اللذان جانبا الصواب بالاستناد على القواعد العامة لإقامة مسؤولية الشركة الأم والذي يتم في غالب الأحيان الأم تتم دون الأخذ في عين الاعتبار بإدارة التجمع والمعالجة العزلية للشركة التابعة وكأنها غير منتمية لأي تجمع كما أنها تتبين وفقا للاجتهادات القضائية بجلي في مرحلة التعثر المالي للشركة التابعة.

فضلا عن ذلك فإن المشرع الألماني كان موفقا مرة أخرى من خلال نصه على تقرير حالة التبعة الذي يجب الالتزام بإعداده وعرضه على الجمعية العامة للشركة التابعة، انطلاقا من المبدأ القانوني السائد «الشفافية كفيلة بإبراء الذمة » إضافة إلى إعمال نظام التعويضات الفردية كآلية من آليات الحماية لذوي المصلحة للشركة التابعة، والذين من بينهم الدائنين ، ومدى الإقرار لهم بجوازية اللجوء إلى آلية الدعوى المباشرة من عدمه، فكان على المشرع الجزائري ونظيره الفرنسي، الاحتكام لهاته الآليات وإدراجها ضمن قواعد القانون التجاري، لضمان تحقيق الموازنة بين مصلحة الشركة وكافة المصالح التي تتضمنها هاته الأخيرة من ناحية، ومصلحة التجمع وتنفيذ سياساته واستراتيجياته من ناحية أخرى.

خلاصة الفصل الثاني

خلافا للقانون الفرنسي الذي ارتكز فيه صائغوه على سلوك المدير القانوني أو الفعلي من أجل تحديد نطاق التزاماته وبالتالي إسناد مسؤوليته، كان الغرض الرئيسي من التدوين الألماني للقانون المتعلق بالشركات ذات الأسهم هو حماية الذمة المالية للشركة المسيطر عليها. على الرغم من أن التعديات، الناتجة عن ممارسة الشركة الأم لسلطة التسيير في الشركة التابعة لها، ستتم إسناد المسؤولية لها بطريقة مختلفة في كلا النظامين القانونيين. وسيهدف القانون الألماني في المقام الأول إلى التعويض عن الأضرار التي لحقت بالذمة المالية الاجتماعية، حين أن المقاربة ستختلف بالتشريع الفرنسي. ففي هذا الأخير، لن تكون نقطة الانطلاق الضرر الملحق بالشركة التابعة، بل سيكون المنظور متوجها إلى سلوك الشركة الأم، مسؤولية ناتجة عن ارتكاب خطأ من قبل الشركة الأم. ومن ذلك نجد التعارضات بين المفردات القانونية المستخدمة من قبل المشرعين الألماني والفرنسي في هذا المجال. فيستخدم التدوين الألماني مصطلح الالتزامات (ومن أمثلة ذلك نجد، الالتزام باقتسام الخسائر والالتزام بالتعويض عن الخسائر) في حين أن المشرع الفرنسي لا يفرض أي التزامات على الشركة الأم فقط باعتبارها عقاب عن السلوك التعسفي من جانبها، ويلجأ إلى مصطلح "المسؤولية".

ويقترب القانون الألماني من التصور المتأصل من قانون الشركات الفرنسي، الذي بتكريسه لمبدأ الفصل بين الأشخاص الاعتباريين، يرفض رفضا قطعيا نقل الالتزامات الواقعة على كاهل الشخص الاعتباري إلى كيان آخر، مع مراعاة مبدأ الاستقلالية للشخص الاعتباري، فقط على أساس أن هذا الكيان له نفوذ معين، ما لم يتعسف في استخدام سلطته.

فالقانون الفرنسي يقتضي دائما ارتكاب الخطأ حتى تقوم مسؤولية الأشخاص الذي لهم سلطة ممارسة نفوذ ضمن الشركة. وفي الواقع، فإن رفض تطبيق أحكام قانون التجمعات الواردة بالقانون الألماني للشركات ذات الأسهم بالقياس، على الشركات ذات المسؤولية المحدودة مع استبدال نظرية التجمع الفعلي الموصوف بنظرية التعدي على الوجود الاجتماعي للشركة ذات المسؤولية المحدودة تشير إلى إسناد مسؤولية من منظور جديد. حماية الذمة المالية الاجتماعية تظل دائما العنصر المرجعي ولكن ذات بعد ثانوي، فالرغبة في العقاب على السلوك التعسفي تسبقه.

الخاتمة العامة

بالرغم من كون تجمع الشركات مقاربة اقتصادية أكثر من كونها قانونية، فلم تتوالى الدراسات القانونية بشأن العلاقات بين شركات التجمع أو حتى بين "الشركة الأم/شركتها التابعة" إلا تدريجيا للاعتراف بالكيان الاقتصادي على مستوى إجمالي المصطلح عليه "تجمع الشركات""Groupe de sociétés" والذي يعني أيضا الاعتراف بالعلاقات العرضية وليس فقط الرأسية الأمر الذي دفع بالبعض كما بيناه من خلال هاته الأطروحة إلى الحديث عن الشخصية الضريبية للتجمع" La personnalité fiscale du Groupe ".

ومن الصعوبات المعروفة في قانون الشركات تلك المتعلقة بتوضيح إلى أي مدى يكون من المناسب احترام مبدأ استقلالية الشركات المكونة لتجمع وما إذا كان يتعين على شركة أن تفي بديون أخرى.

والجواب التقليدي هو أن لكل شركة في التجمع ذمة مالية منفصلة عن نظيرتها سواء عن الشركات الشقيقة أو الحفيدة أو حتى الشركة الأم، على كل منها أن تفي بديونها وحدها، مع عدم وفاء الشركة الأم أو الشركات التابعة الأخرى بالتزامات غيرها.

ومع ذلك، فإن القاعدة لم تكن مطلقة دائما وكان من الممكن في أغلب الأحوال أن توضع جانبا، إما عن طريق توسيع الإجراءات الجماعية من شركة تابعة إلى أخرى على أساس الخلط بين الذمم المالية أو حتى في فرضية كينونية الشركة صورية، أو عن طريق التماس نظرية الظاهر لإسناد مسؤولية شركة عن الوفاء بديون شركة أخرى.

ومع ذلك، لا تزال التطلعات نحو اسناد مسؤولية الشركة الأم متواضعة أكثر من اللازم حتى لا نقول محدودة مقارنة بالمقاربات التشريعية والقضائية المتوخاة في ألمانيا، مما يؤدي إلى اعتبار حجة الاستقلالية القانونية للشركات التابعة أداة منخفضة التكلفة لتوسيع نشاط التجمع من دون مساءلة وتهربا منها. الأمر الذي يدعو إلى التدخل التشريعي المفصل والغير مقيد بقواعد عرضية تجاه الهندسات المالية المتشعبة التي يشكلها التجمع (شركات تابعة، مشاريع مشتركة، شركات زميلة) وأمام مفهوم الرقابة المتغير نسبيا بين حقوق التصويت والملكية في رأس مال الشركة والاتفاقيات التعاقدية، وبين مختلف فروع قانون الأعمال، فالقدرة على اتخاذ القرار وتوحيد استراتيجية وسياسة التجمع ينبغي أن يتم في ظل موازنة مع حماية مصالح الشركة التابعة –وجميع المصالح الفئوية–.

ولا يوجد سوي القليل مما يقال عن رفض إسناد المسؤولية للشركة الأم عن مختلف جرائم الأعمال التي ترتكب من قبل مديري الشركات التابعة لها، حيث نجد أن الغرفة الجزائية تعتمد اعتمادا كبيرا علي ما يسمي نظرية "الإدانة المبررة" « la peine justifiée » أو حتى على مبدأ الشرعية الذي لا جدال فيه.حيث أنه في الاجتهاد القضائي في القضية المعروفة ب « ROZENBLUM » بخصوص جريمة التعسف في استعمال الشركة أين تم الاحتكام لمصلحة التجمع كمصطلح في القرار بالرغم من ترتيب الإدانة ولكن باستخدام مصطلح "المصلحة المشتركة والسعي لتحقيقها" والتي تكون موضع تقدير في ضوء السياسة المشتركة.

النتائج المتوصل إليها خلال الدراسة:

أولا: تدخلت التشريعات بصفة متفاوتة حيث وضع تنظيم تشريع شامل في ألمانيا بينما في الدول الأخرى وُضعت أحكام استثنائية في مختلف القوانين المتفرعة عن قانون الأعمال ورُفض من منطلق آخر التنظيم الشامل للتجمع مثل ما هو عليه الحال في فرنسا والجزائر، أين تم الاحتكام للاجتهادات القضائية البريتورية المبنية على فراغ تشريعي لتبرير نفي المسؤولية أو إسنادها، على اعتبار أن الثبات التشريعي يمنع تجمع الشركات كظاهرة اقتصادية من التقدم؛ فالمبادئ العامة يضعها التشريع وما هو خاص يُترك للحرية التعاقدية، ومن ناحية أخرى برر عدم وجود تنظيم خاص شمال للتجمع عجز التشريع عن ضبط حقيقة أن كل تجمع للشركات مختلف عن الآخر لا من حيث النشاط ولا من حيث الهيكلة ولا من حيث قواعد سيره؛ وبخاصة من حيث الهياكل المعروفة التي تتجزأ بين الهرمية أو الشعاعية أو الدائرية :

– هرمية (Pyramidales) :عندما تمتلك الشركة الأم مساهمات في شركات تابعة تمتلك هي بدورها مساهمات في شركات تابعة أخرى.

– الشعاعية (Radiales) :عندما تمتلك الشركة الأم مساهمات في عدة شركات منفصلة ماليا بعضها عن بعض؛

– دائرية (Circulaire) :إذا كانت الشركة الأم تمتلك مساهمة في شركة ثانية و التي تمتلك مساهمة في شركة ثالثة وما إلى ذلك.....

ثانيا: فيما يتعلق بمصلحة الشركة نجد أن القانون الفرنسي –عكس القانون الجزائري– يفرق بين ما إذا كان الاستعمال المخالف لمصلحة الشركة قد تم في إطار شركة مستقلة على النحو الذي تقدم أعلاه، أو في إطار ما يعرف بمجموع الشّركات، الشيء الذي لم ينص عليه القانون الجزائري. بمعنى أنّ المسألة

لا تتعلق بالعمليات التي تتم بين الشركة وأحد مديرها وإنما تتمثل في العمليات التي تتم فيها التضحية بمصالح الشّركة لفائدة شركة أخرى يكون للمدير مصلحة فيها.

ولم تبيِّن النصوص القانونية الفرنسية أية طريقة خاصة لتقدير مصلحة الشّركة عندما تكون هذه الأخيرة مرتبطة بشركات أخرى متواجدة ضمن المجموع، إلا أنّ قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 4 فيفري 1985 المتعلق بقضية «روزنبلوم، ROZENBLUM » اعتبرت فيه أن الإعانة المالية المقدمة من شركة لأخرى المتواجدة في نفس المجموع "يجب أن تمليه المصلحة الاقتصادية، الاجتماعية، أو المالية المشتركة و المقدرة بالنظر إلى السياسة المقررة لهذا المجموع، كما يجب ألاّ تكون عديمة المقابل أو تقطع التوازن بين الالتزامات المتعلقة بمختلف الشركات المعنية، و ألاّ تجاوز الإمكانيات المالية للشركة التي تتحمل العبء".

ومنه يتبين أنّ الفعل المبرر لمصلحة المجموع لا يؤخذ به إلا إذا اجتمعت ثلاثة شروط.

1- أنه من الضروري أن تتواجد الشركة فعلا في إطار مجموع الشركات.

2- يجب ألا يكون استعمال أموال واعتماد الشّركة في المجموع لصالح شركة أخرى بدون مقابل.

3- أنّ الشركة المعنية لا يجب أن تكون موضوع تضحية لحساب مصلحة المجموع.

ثالثا: يمكن توجيه المساءلة نحو الشركة الأم شخصيا أو بدلا من أو بالاشتراك مع شركتها التابعة، إذا ما انتهكت مبدأ الفصل بين الأشخاص الاعتباريين. فيمكن الاحتكام لحالتين من التعسف في استخدام الشخصية الاعتبارية؛ الأولى وهي صورية الشركة التابعة، وفي الثانية نجد الخلط بين الذمم المالية للشركة التابعة والشركة الأم:

1- يجوز الاحتجاج بصورية الشركة التابعة عند عدم وجود أحد العناصر التأسيسية للشخص الاعتباري. عموما، سيتعلق الأمر بعدم وجود نية حقيقية في الاشتراك في الشركة.

2-فيما يتعلق بالخلط بين الذمم، فإن ذلك يتضح في وحدة رأس مال الشركة الأم والشركة التابعة أو على الأقل فقدان استقلالية الشركة التابعة في ذمتها المالية على النحو الذي يتواجد فيه فقط ذمة مالية واحدة.

3-وبناء على ما سبق سياسة التفريع la filialisation، يقصد بها الحد من المخاطر أو على الأقل توزيعها على عدة أشخاص اعتباريين، وليست في حد ذاتها إستراتيجية مشكوك فيها من الناحية القانونية. ومع ذلك، يجب أن تتم عملية التفريع وفقا لمبدأ الفصل بين الأشخاص القانونيين حتى لا

تخضع لمحاربتها بالصورية. وهذا يعني ضمنا أنه يجب بالضرورة أن يصاحبه نقل للمهارات والوسائل، وليس مجرد نقل للمخاطر.

رابعا: يمكن توجيه المساءلة المدنية نحو الشركة الأم شخصيا كونها شريك أو مساهم أو باعتبارها تتقلد وكالة اجتماعية في مجالس إدارة ومراقبة الشركة التابعة بالاستناد في غالبية الأحيان على مقاربتي تعسف الأغلبية في الجمعية العامة وتعسف المديرين، ومن ذلك فإن مسؤوليتها تبنى إما على القواعد العامة للتعسف في استعمال الحق وإما من طبيعة خاصة، والفكرة المرجحة في الاستناد إلى القواعد العامة لتعسف الأغلبية لإسناد المسؤولية هي تلك التي منحهاM.Jesserandالذي يرى أنه يمكن التذع بها لتبرير الحماية القضائية للأقليات بالتقريب بين الوضع القانوني لصلاحيات السلطات الإدارية وسلطات الأغلبية في الجمعيات العامة فالأغلبية عندما تصدر قراراتها في الجمعية العمومية فإنها تحول صلاحيتها في غير غايتها الطبيعية لتحقيق مصالح أو مكاسب شخصية على حساب الشخصية المعنوية للشركة أو مصالح الأقلية. بالرغم من صعوبات الاثبات لوجود التعسف من جانب الأغلبية الواقع على عاتق مساهمي الأقلية، فعلى هؤلاء الأخيرين إثبات أن هنالك إخلال بالمساواة بين المساهمين وأن هذا الإخلال كان نتيجة اتخاذ سلطة الجمعية العامة للمساهمين أداة لتحقيق مكاسب خاصة لمساهمي الأغلبية ومعنى ذلك أن هنالك قرينة قانونية مؤداها أن قرارات الجمعية العامة إنما صدرت مراعية مصالح الشركة، وبالتالي فإن على الأقلية إذا أرادت تقويض هذه القرينة أن تثبت العكس أي أن تثبت أن الأغلبية إنما قصدت تحقيق مصالحها الخاصة على حساب الأقلية.

ومن ذلك توصلنا إلى أهم النقاط التي يمكن تصورها في إسناد المسؤولية بناء على القواعد العامة وتلك ذات الطبيعة الخاصة متمثلة في الاستناد على:

صور تعسف الأغلبية في الجمعية العامة: التعسف في التصويت، المقابلة بين قانون الأغلبية للجمعية العامة والأقلية المعطلة للقرار، التعسف عند اندماج الشركة في أخرى، التعسف عند تداول الأسهم.

صور تعسف الشركة الأم في إدارة الشركة التابعة لتقلدها وكالة اجتماعية: لا سيما في سياق الاتفاقيات المبرمة بين شركات التجمع، وكذا عند التعثر المالي للشركة التابعة.

خامسا: يمكن مساءلة الشركة الأم بالتعويض في إطار الاخلال بالتعهد الوارد من قبلها في خطابات النوايا المحتوية لالتزامات قانونية تعاقدية؛ أين يكون التزام الشركة الأم متأرجحا بين الالتزام بوسيلة والالتزام بنتيجة.

سادسا: يمكن مساءلة الشركة الأم أمام القضاء الإداري في إطار الدعوى التي ترفعها إدارة الضرائب عن التصرفات الغير عادية للتسيير التي قامت بها شركتها التابعة التي يكشف عنها عملية التقويم الضريبي للعمليات التجارية المحققة من قبل شركتها التابعة والتي تخضع لاحقا لعملية إعادة التقويم الضريبي للحد من التهرب من دفع الضرائب في إطار تجمعات الشركات مثلما تطرقنا إليه بالتفصيل في دراستنا.

سابعا: يمكن مساءلة الشركة الأم وباقي شركات التجمع عن التصرفات المقيدة للمنافسة أمام مجلس المنافسة في فرضيات معينة أشرنا إليها في الدراسة مع خصوصية معينة في معالجتها؛ وينبغي التذكير إلى أنه وفقا للمنظومة التشريعية الجزائرية التجميعات الاقتصادية، لا تعتبر ممارسة مقيدة للمنافسة في مفهوم المادة 14 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم والساري المفعول، في حين أنها كانت تعتبر كذلك اعتبرت إحدى الممارسات المنافية للمنافسة في مفهوم الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة والملغى.

وبخلاف الممارسات المقيدة للمنافسة، التي تعتبر في الأصل محظورة، توصلت الباحثة إلى أن التجميعات الاقتصادية تعد من العمليات المحبذة، إلا إذا أدت إلى المساس بالمنافسة من خلال توافر شروط معينة، هنا يفرض المشرع ضرورة مراقبتها حماية منه للمنافسة، ولكفالة حريتها في الأسواق.

ولقد لاحظت الباحثة أن الأمر 03-03المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، قد نظم كل الأحكام المتعلقة بالتجميعات الاقتصاديةفي الفصل الثالث منه وذلك من المادة 15 إلى المادة 22 منه؛ أين لقد حدد الأمر 03-03 بوضوح كذلك الطرق الحصرية التي يتم من خلالها التجميع الاقتصادي، وذلك في المادتين 15، 16 منه وتتجلى في:

- الاندماج؛
- الاستحواذ من خلال المراقبة وممارسة النفوذ؛
- المؤسسة المشتركة.
- وبخلاف الاستحواذ أو ما اصطلح عليه بالمراقبة، لم تبين المادة 15 شروط إنشاء الاندماج أو المؤسسة المشتركة أو مدلولها أو كل ما يتعلق بهما، بل اكتفت بإعطاء تصور عام عنهما، ليحال العمل إلى ما هو معروف في القواعد العامة وما نظمته أحكام القانون التجاري.

وبالإضطلاع على فحوى المادتين 17، 18 من الأمر 03-03، يستخلص أن المشرع أراد أن يضبط الأسس والقواعد، التي بناء عليها تحدد التجميعات الاقتصادية الواجب إخضاعها للرقابة، من خلال توافر شرطين، أما أولهما فيتمثل في ضرورة تجاوز العتبة القانونية المحددة بتحقيق حد يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في السوق، هذه النسبة التي عرفت ارتفاعا مقارنة مع النسبة التي حددها الأمر 95-06 الملغى ، والتي قدرت ب 30% من حجم المبيعات دون المشتريات، وبرفع المشرع الجزائري للنسبة المئوية، التي تراقب بناء عليها التجميعات الاقتصادية، تفلت العديد منها من مجال المراقبة، هذا فيما يخص الشرط الأول، أما ثانيهما فيتجلى في ضرورة المساس بالمنافسة ولا سيما تعزيز وضعية الهيمنة للمؤسسة على سوق ما.

كما نلاحظ أن المشرع قد استند إلى معيار واحد في تحديد العتبة القانونية ألا وهو المعيار الكمي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لم يأخذ بمعيار رقم الأعمال.

ثامنا: المشرع الألماني نظم الاعتراف المحدود بمصلحة التجمع في سياق التجمع القانوني، في حين أنه رتب جزاءات واقعة على كاهل الشركة الأم في حالة تفضيلها لمصلحة التجمع في سياق التجمع الفعلي.

تاسعا: نظم المشرع الألماني كافة العقود المبرمة بين المؤسسات ذات الصلة تنظيما مفصلا لتبيان مواطن اسناد المسؤولية وضحدها؛ أين رتب المسؤولية الموضوعية أحيانا، وفي مواطن أخرى رتب المسؤولية الخطئية المتأرجحة بين الخطأ الواجب الإثبات والخطأ المفترض.

عاشرا: عند دراسة دور قواعد القانون المدني الجزائري في حماية البيئة ضماناً للأجيال الحالية والمقبلة، تم التوصل للنتائج الأساسية التالية:

1. إن إقامة المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في إطار التشريع الجزائري تخضع لمجموعة من الصعوبات التي تحد حاليا من دورها في حماية البيئة، فلاحظنا أن مختلف الأسس التي تبنى عليها المسؤولية التقصيرية تبقى قاصرة عن الإلمام بكافة الجوانب والظروف المحيطة بالضرر البيئي، سواء في إطار المسؤولية الخطئية في صورتها الواجبة الإثبات (المادة 124مدني)، أو في صورتها المفترضة (المادة 138 مدني)، أو في إطار المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة المرتبطة بالملكية في القانون الجزائري (المادة 691 مدني).

2. فيما يخص طرق تعويض الأضرار البيئية رأينا أن التعويض العيني بإعادة الحال إلى ما كان عليه يمثل العلاج البيئي الوحيد الأكثر ملائمة لهذه الأضرار، وعلى الرغم من أن المادة 02/132 مدني قد

نصت على إعادة الحال إلى ما كان عليه كشكل من أشكال التعويض العيني إلا أن هذا النص خلا تماما من أي تفاصيل تتعلق بخصوصية إعادة الحال في المسائل البيئية على عكس ما ورد تفصيلا في القوانين الأوروبية التي أوضحت المقصود بإجراءات عملية إعادة الحال إلى ما كان عليه ووسائل تحقيق الإعادة.

3. غياب لمعايير تقدير قيمة التعويض النقدي للضرر البيئي في القانون المدني الجزائري، إذا يصادف القاضي العديد من الصعوبات التي تعترضه بخصوص تقييم هذا النوع من الأضرار في ظل نقص إن لم نقل غياب المعايير التي يستند إليها القاضي المدني لتقدير التعويض عن الضرر الذي أصاب الموارد الحيوية للبيئة أو المواقع الطبيعية أو الفصائل الحيوانية والنباتية. وهكذا يمكن أن نتوصل إلى أن مساهمة قواعد المسؤولية في القانون المدني يبقى محدود جدا في سبيل التعويض عن الأضرار البيئية الأمر الذي يستوجب إصلاحها وتدعيمها بآليات حديثة تتناسب مع هذه الخصوصيات.

التوصيات:

أولا: إن الانفتاح الاقتصادي من الجانب الجزائري لم يعد يُطرح كأثر بديل بل كمعطى واقعي بموجب تبني استراتيجية تمكن من التحكم فيه للاستفادة من إيجابيات وتفادي سلبياته المتأرجحة بين الأسلوب التحفيزي للاستثمار والأسلوب الردعي للمساءلة. وسيكون من الغريب جدا عندما تتنافس الدول بشراسة لجذب أكبر عدد ممكن من الشركات في أراضيها من خلال توفير أقلمة اقتصادية وقانونية مربحة، وأن الجزائر تسحب نفسها من خلال اعتماد حكم قانوني فيه إرهاصات عدة معرقلة لتجمعات الشركات بناء على قواعد عامة مدرجة في قوانين الأعمال المختلفة.

ثانيا: تفعيل نظام حوكمة الشركات، وذلك بالنص على قواعد وضوابط الحوكمة باعتبارها قواعد قانونية آمرة، وإسباغ الطابع الالزامي عليها، حيث أنها نظام فعال للحد من التعسف في الشركة؛ ومن ذلك وضع ضوابط ومعايير واضحة للتعسف في إدارة الشركة والنص عليها في القانون التجاري لتجنب اللجوء إلى القواعد العامة في القانون المدني التي جاءت على سبيل المثال مما يعطي المحكمة سلطة واسعة في تقرير التعسف من عدمه، لاسيما بالنسبة لتجمع الشركات أين ستكون هنالك حوكمة هجينة GOUVERNANCE HYBRYDE متأرجحة بين مصالح المساهمين والدائنين الخارجيين عن التجمع ومصالح الشركة رأس التجمع، التي ستقوم في غالبية الأحيان بالسيطرة على تعسف الأغلبية في الجمعيات العامة للشركات الوليدة الذي يتخذ صورتين:

1- اتخاذ الشركة الأم قرارا في الجمعية العامة للشركة الوليدة ضارا بهذه الشركة الأخيرة ولكن تحقق به مصلحة شركة أخرى: كما لو كانت الشركتان الوليدتان تتداخلان في علاقات تعاقدية وتتدخل الشركة الأم لإثراء إحدى الشركتين على حساب الأخرى، كما لو أجبرت إحداهما على التنازل عن براءة اختراع أو امتياز استغلال محجر للشركة الأخرى مقابل ثمن بخس، أو على العكس، أجبرت الشركة الأم إحدى الشركتين الوليدتين على شراء سلعة بائرة مقابل ثمن مبالغ فيه، وهذه العقود يمكن أن تتكرر وتتعد بصورة أكبر وأسرع من المتصور خاصة متى كانت الشركتان الوليدتان تباشران أنشطة يكمل بعضها البعض الآخر.

2- اتخاذ الشركة الأم قرارا في الجمعية العامة لشركة الوريد ة لمصلحتها كما لو كانت الشركة الأم هي المورد أو المشتري لمنتجات الشركة الوليدة: ويكون ذلك بمقتضى عقود تفضيلية، ومن المتصور أن ترد في هذه العقود شروط تعسفية تقرها الجمعية العامة للشركة الوليدة، ينتج عنها في النهاية نوع من نقل أرباح الشركة الوليدة إلى الشركة الأم، وبذلك تضار الأقلية في الشركة الوليدة لمصلحة الأغلبية التي تمثلها الشركة الأم، وذلك متى كانت أسعار المنتجات قد حددت بطريقة مبالغ فيها محاباة للشركة الأم ويمكن تصور أن يتم نقل الأرباح من الشركة الوليد ة إلى الشركة الأم بطريقة أخرى أن يتم نقل الأرباح من الشركة الوليدة إلى الشركة الأم بطريقة أخرى غير مباشرة حيث تتعمد الشركة الأم تكوين شركة وليدة برأس مال لا يكفي للوفاء بغرضها، بحيث تضطر الشركة الوليدة إلى الاقتراض من الشركة الأم مقابل سعر فائدة مدمر وليدة للشركة الوليدة، فهاته الأخيرة وإن حققت أرباحا إلا أن هذه الأرباح تذهب إلى خزانة الشركة الأم في صورة فوائد عالية للقرض، وقد يكون باعث الشركة الأم ليس الحاق ضرر بالأقلية في الشركة الوليدة، بل يجوز أن يكون الباعث ضريبيا، حيث تفضل الشركة الأم اظهار أرباحها في حسابات الشركات التي توجد في دول تقدم مزايا وإعفاءات ضريبية أكثر.

وصور التعسف السابقة يمكن أن تحدث بين شركة أم وشركات وليدة من جنسيات مختلفة، فمثلا يمكن أن تشتري شركة أم منتجات شركة وليدة بأقل من سعر التكلفة، وتقوم في نفس الوقت بيع نفس المنتجات لشركة وليدة أخرى في دولة أخرى بسعر مرتفع للغاية بحيث تمتص الشركة الأم أرباح الشركتين الوليدتين.

ثالثا: بخصوص التحيينات الواجب الأخذ بها في شأن نظام الاتفاقيات الخاضعة لنظام الترخيص المسبق ونظام الحظر التي لم نلمس لها نظام قانوني متكامل:

1- أسوة بالتشريع التجاري الفرنسي؛ كان على المشرع الجزائري استثناء الشخص المعنوي العضو بمجلس الإدارة من الحظر على القيام بعمليات الائتمان؛ مثلما فعل بالنسبة للشخص المعنوي عضو بمجلس المراقبة الشخص المعنوي من الحظر القانوني عند استحداثه لشركة المساهمة ذات مجلس المديرين ومجلس المراقبة بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-08، أين سيكون لهكذا نظام تأثير على عمليات الإقراض والمساعدات المالية التي تصل إلى حد فتح حساب جاري مركزي للتجمع للقيام بعمليات تصعيد الخزينة، وغيرها من العمليات الائتمانية كالكفالة والضمان الاحتياطي؛ التي تتم بين الشركات المنتمية لنفس التجمع التي تكون في غالبية الأحيان الشركات الأم متقلدة للعضوية بمجالس الإدارة والرقابة في شركاتها التابعة لتفرض تطبيق سياسة التجمع؛ فيبقى موقف المشرع الجزائري غير مبرر بعدم استثنائه من المنع القائم بالإدارة الشخص المعنوي العضو بمجلس الإدارة من هذا المنع، مادام أن أصل النص من التشريع الفرنسي يتضمن هذا الاستثناء ولضروراته في تجمع الشركات مثلما أوضحناه في الدراسة أين سيتم في غالبية الأحيان "تجميع خزينة مؤسسات التجمع" pool de trésorerie؛

2- كان لابد على المشرع الجزائري من إفراد مادة خاصة بأحكام الاتفاقيات الممنوعة وتوحيد أحكامها سواء بالنسبة لشركات المساهمة ذات النمط القديم أو الجديد في التسيير حتى لا يكون هنالك تكرار في الصياغة التشريعية وفصلها عن أحكام الاتفاقيات الخاضعة للترخيص المسبق، بشكل لا يترك مجالا للتناقضات وتضارب التفسيرات ؛ حيث يعد من المفارقة الكبرى عند المشرع الجزائري هي تنظيمه أحكام الاتفاقيات الممنوعة لشركة المساهمة ذات مجلس الإدارة في ذات النص المتعلق بالاتفاقيات الخاضعة للترخيص، فوضعها في الفقرة الخامسة للمادة 627 من القانون التجاري بصياغة الأمر رقم 75-59، متبعا في ذلك المشرع الفرنسي وفقا لأحكامه القديمة الذي كان يضع نفس الأحكام في الفقرة الخامسة للمادة 40 من قانون 24 جويلية 1867 بعد تعديلها بموجب قانون 4 مارس 1934 المذكورة سابقا؛ حيث أن هذه الأخيرة كانت تجمع كل أصناف الاتفاقيات، والتي كانت مطبقة في الجزائر منذ وضعها وإلى غاية دخول القانون التجاري حيز التنفيذ ، والتي أصبحت حاليا المادة 628 من القانون التجاري الجزائري؛ لكن نجد أن المشرع الفرنسي مع التعديلات التي أحدثها مع مرور الزمن تدارك الأمر وأفرد للاتفاقيات الممنوعة نصا خاصا بها، بعد تبيانه لأحكام الاتفاقيات الخاضعة للترخيص، وهذا تأكيدا منه على أن النوع الأول من الاتفاقيات الممنوعة لا يشترك مع النوع الثاني من الاتفاقيات الخاضعة للترخيص من حيث الأحكام؛ أين كان على المشرع الجزائري القيام بنفس الإجراء عند إعادة

صياغته للمادة 627 من القانون التجاري، باقتلاع أحكام الاتفاقيات الممنوعة وإفرادها بنص قانوني خاص مستقل عن نصوص الاتفاقيات الخاضعة للترخيص. كما فعل مع الاتفاقيات الممنوعة في شركة المساهمة ذات مجلس المديرين ومجلس المراقبة، أين خصص لها المادة 671 من القانون التجاري الجزائري. إلا أنه لم يتدارك الأمر رغم انتقادات الفقه الموجهة قبل تعديله وتتميمه للأمر رقم 75-59 السابق الذكر، بل زاد الإشكال أكثر تعقيدا بإدماجه أحكام الاتفاقيات الممنوعة في الفقرة الثالثة للمادة 628، بعد تناوله لشروط الترخيص المسبق والاتفاقيات المألوفة، ليعود مباشرة بعد ذكره التصرفات المحظورة لالتزام محافظ الحسابات بإعداد تقرير خاص عن الاتفاقيات المرخصة وتقديمه إلى الجمعية العامة للمساهمين. ولا تزال هذه الانتقادات سارية المفعول، مادام أن المشرع لم يُغيّر من موقفه بالرغم من تعديله أحكام الشركات التجارية بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، بعد تعديلات المرسوم التشريعي رقم 93-08 للقانون التجاري الجزائري.

3- كذلك أسوة بالتعديلات التي أوردها المشرع الفرنسي بخصوص إخضاع الاتفاقيات المبرمة بين شركة المساهمة ومساهميها ذوي النفوذ ب10% من حقوق التصويت أو الشركة المراقبة للمساهم الشخص المعنوي؛ حيث أنه بصدد هاتين الأخيرتين حيث جانب المشرع الجزائري الصواب، وبذلك تفلت غالبية الاتفاقيات المبرمة بين شركات التجمع وتعتبر وكأنها مبرمة بين شركات منعزلة مستقلة اقتصاديا

رابعا: في قراءة أهم مستجدات الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وقانون *الإصلاح "الإصلاح" لعام 2018* ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي عدت الباحثة هذا التعديل للقانون المدني الفرنسي ثورة قانونية في العالم، اذ بموجبه تغيرت اغلب الأفكار التقليدية التي اعتدنا على دراستها وتدريسها، وجدير بالمشرع الجزائري أن يحذو حذو الشارع الفرنسي في هذا التعديل القانوني المهم اذ ان هذا الاتجاه سيفرض نفسه على كل القوانين المتأثرة بالمدرسة اللاتينية، لا سيما أن ذلك تم في ظل ما تم الاصطلاح عليه بالقانون المدني للأعمال وتفعيل الغائية التجارية لهذا الفرع القانوني.

خامسا: يتعين على المشرع الجزائري التدخل لوضع أحكام خاصة تنظمه تدعيما لحقوق المساهم الأقلية، على سبيل المثال ما هو غير وارد في القانون التجاري الجزائري شأنه في ذلك شأن القانون

الفرنسي أين لم يحدد الجزاء المترتب عن مخالفة شرط الشفعة عند تداول الأسهم. ويعتبر الأمر منطقيا لأن كلا القانونين لم ينظما هذا الشرط ضمن النصوص التشريعية على خلاف شرط الموافقة.

سادسا: ضرورة تعديل النص التمييزي والنخبوي المنحصر في العقوبة الجزائية للرئيس المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية بصدد جرائم الأعمال التي ترتكب في هذا الإطار الوارد بالمادة 6 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري لعام 2015 بضرورة العودة للصياغة التي كانت معتمدة في المادة 119 من قانون العقوبات بصيغته لعام 2001؛ و حل الإشكال الوارد بشأن المفاضلة بين المسائلة الجزائية لمسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية وفق قواعد القانون العام، أما المساءلة الجزائية والمدنية الواردة في القانون التجاري، مع ضرورة التطرق التشريعي للفرضيات المجنبة لمسائلته نظرا لعدم تمتعه بالاستقلالية في اتخاذ القرار الاقتصادي بما يتماشى والواقع المعمول به.

سابعا: ضرورة التطرق للجنة التجمع لحماية مصالح العمال في مستوى أعلى من الشركة التابعة، وإشراك العمال في مجلس إدارة أو مديرية الشركة الأم، وذلك أسوة بالتشريعات المقارنة، فنجد مشرعنا تطرق فقط إلى لجنة المشاركة بموجب القانون المتعلق بعلاقات العمل الصادر بتاريخ 21 ابريل 1990 المعدل والمتمم، و ينص هذا القانون على عدة صلاحيات من بينها مشاركة العمال في مجلس الادارة عندما يتعلق الأمر بشركة مساهمة، وفي اطار هذه الرقابة المنصوص عليها في المادة 95 من القانون المتعلق بعلاقات العمل تتولى لجنة المشاركة خاصية مهمة تتعلق بتلقي المعلومات حولت سير المؤسسة وهي المعلومات التي تقدم لها من طرف صاحب العمل على الاقل كل ثلاثة اشهر ويحق كذلك لأعضاء اللجنة أن يفحصوا الوضعيات المالية للهيئة المستخدمة: الحصيلة، حسابات الاستغلال، حسابات الأرباح والخسار. ويلتزم أعضاء لجنة المشاركة بإعلام العمال بالمسائل المعالجة ما عدا ما يتعلق بطرق الصنع وبالعلاقات مع الغيرأو المعلومات ذات الطابع الكتماني والسري وبالتالي لا شيء يمنع لجنة المشاركة من اخطار الجمعيات في حالة ما اذا اكتشفت حالة اخلال أو نقص من شأنه أن يعرقل استمرار استغلال الشركة، وعلى إثر ما نوهنا إليه سيكون من المتصور أن يكون من النص على لجنة التجمع توفير للحماية في سياف المصالح الفئوية للشركات التابعة.

ثامنا: ضرورة التطرق التنظيمي للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها للعروض العلنية للاستحواذ بجعلها الزامية عند تعدي عتبة معينة، وكذا التطرق التنظيمي المفصل لعمليات العرض العمومي للشراء والمبادلة والانسحاب.

تاسعا: ضرورة استبدال مصطلح "التعسف بمعية الغير" الذي جاء كترجمة ل action de concert، حيث إنه يؤدي إلى خلط لدى الدارس القانوني باعتقاده أن الغير يكون من خارج الشركة، في حين أن المقصود هو اتفاق المساهم مع غيره من المساهمين.

عاشرا: ضرورة تنظيم الاتفاقيات المبرمة بين المؤسسات ذات صلة المنتمية لنفس التجمع أسوة بالمشرع الألماني حماية لمصلحة الشركة التابعة وكذا المصالح الفئوية التي تضمها.

حادي عشر: من باب الوجاهة كان على المشرع الجزائري في سياق تنظيمه التقييدي لتجمعات الشركات أن يختار بعناية الصياغة القانونية المستعملة للدلالة عليه فقد أدى إلى احداث الخلط واللبس لدى الدارس القانوني والمطبقين حين لم يفرق بين "التجمع ذي المنفعة الاقتصادية" أي عرفه ب "التجمعات" في المادة 796من القانون التجاري الجزائري والذي يتمتع بالشخصية المعنوية عكس تجمع الشركات الوارد تخصيصه بدراستنا وهذا توالى تنظيمه إلى غاية ما جاء في المادة 799مكرر4 من نفس القانون؛ فحتى في الدور التنظيري الذي يأخذه الجانب التشريعي قد جانب المشرع الجزائري الصواب.

ثاني عشر: وظيفة المسؤولية المدنية يجب ألا تقتصر على تغطية الأضرار السابقة وإنما تعمل أيضا على إلغاء الأخطار المستقبلية لا سيما بالنسبة للأضرار البيئية، أو بتعبير آخر أن تتطور وظيفة المسؤولية المدنية من الوظيفة التعويضية Curative Fonction إلى الوظيفة الوقائية أو الاحتياطية " Fonction Précaution، ليتحول الهدف من محاولة إعادة الحال إلى ما كان عليه إلى اتخاذ تدابير الحيطة والأمان للإبقاء على الحالة كما هي عليه. لذا من خلال ما سبق، فإننا ننادي بضرورة وجود تنظيم خاص للمسؤولية عن الأضرار البيئية في القانون المدني الجزائري مؤسسا على مبدأ المسؤولية بدون خطأ، وبذلك يصبح الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية متعلقة بالحالات التي لم تتناولها الأحكام الخاصة بهذه المسؤولية، ويعد هذا الاقتراح من جملة اقتراحات أخرى منها وضع أحكام للتعويض عن هذه الأضرار في إطار القانون البيئي الجزائري مثلما هو عليه الحال في التشريع المقارن.

ثالث عشر: ندعو المشرع إلى صياغة قواعد للتأمين الإجباري من المسؤولية عن الأضرار البيئية لاسيما على المنشآت المصنفة، نظرا لما يحققه هذا النوع من التأمين من مزايا عديدة، ويجب على المشرع، عند تدخله أن يحدد على وجه الدقة، الأضرار التي يغطيها التأمين الإجباري والوقائع التي من الممكن تترتب عليها تلك الأضرار و ذلك مدة التغطية التأمينية، والأساس الذي يحدد على ضوءه

قيمة قسط التأمين ومبلغ الضمان الذي تلتزم شركة التأمين يدفعه للمضرورين، وكذا قيمة المبالغ التي تدفع للمؤمن له نظير ما أنفقه من مصروفات منع وإزالة التلوث.

الملاحق

الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم.

الملحق رقم 02: مقترح القانون الفرنسي رقم 1055 الجلسة الثانية العادية 1969-1970

الملحق رقم 03: مقترح قانون رقم 1211 الدورة العادية الأولى لعامي 1974-1975بشأن تجمعات الشركات وحماية المساهمين، العمال والغير.

الملحق رقم 04 : نموذج عن خطاب النوايا

الملحق رقم 05: نموذج عن عملية التصعيد الآلي للخزينة في تجمع الشركات

الملحق رقم 01: بعض النصوص الواردة في الدراسة من القانون الألماني بشأن الشركات ذات الأسهم

ANNEXE II - TEXTES LEGAUX

1.- LA LOI ALLEMANDE SUR LES SOCIETES PAR ACTIONS (extraits) (1) (2)

Article 17. (Entreprises dépendantes et dominantes).

(1) Des entreprises dépendantes sont des entreprises juridiquement indépendantes sur lesquelles une autre entreprise (entreprise dominante) peut exercer directement ou indirectement une influence dominante.

(2) L'entreprise dont la majorité des titres ou des droits de vote est détenue par une autre entreprise est présumée dépendante de cette dernière.

Article 18. (Groupe et entreprises du groupe).

(1) Lorsqu'une entreprise dominante et une ou plusieurs entreprises dépendantes sont réunies sous la direction unique de la première, elles constituent un groupe (Konzern). Chacune de ces entreprises est une entreprise du groupe. Les entreprises entre lesquelles a été conclu un contrat d'entreprise (art. 291) ou dont l'une est intégrée à l'autre (art. 319), sont présumées réunies sous une direction unique. Toute entreprise dépendante est présumée constituer un groupe avec l'entreprise dominante.

(2) Des entreprises juridiquement indépendantes dont l'une n'est pas dépendante d'une autre constituent également un groupe dès lors qu'elles sont réunies sous une direction unique. Ces différentes entreprises sont des entreprises du groupe.

---

(1) *Aktiengesetz* du 6 septembre 1965, Bundesgesetzblatt du 11 septembre 1965, p. 1089 et suiv.

(2) Traduction établie par l'auteur.

Troisième livre.

Entreprises liées.

PREMIERE PARTIE - CONTRATS D'ENTREPRISE.

Première section - Catégories de contrats d'entreprise.

Article 291. (Contrat de domination - contrat de transfert des bénéfices).

(1) Les contrats d'entreprise sont des conventions en vertu desquelles une société par actions ou en commandite par actions soumet la direction de sa société à une autre entreprise (contrat de domination) ou s'engage à transférer la totalité de ses bénéfices à une autre entreprise (contrat de transfert des bénéfices). A ce dernier contrat se trouve assimilé l'accord par lequel une société par actions ou en commandite par actions s'engage à gérer son entreprise pour le compte d'une autre.

(2) Le contrat en vertu duquel des entreprises indépendantes se placent sous une direction unique sans que de ce fait l'une d'elles devienne dépendante d'une des autres entreprises cocontractantes, n'est pas considéré comme un contrat de domination.

(3) Les prestations effectuées par la société aux termes d'un contrat de domination ou de transfert des bénéfices ne contreviennent pas aux dispositions des articles 57, 58 et 60.

Article 292. (Autres contrats d'entreprise).

(1) Sont en outre des contrats d'entreprise les conventions par lesquelles une société par actions ou en commandite par actions
   1. s'engage à mettre ses bénéfices ou l'ensemble ou une partie des bénéfices de certains de ses établissements en commun avec celui d'autres entreprises ou de certains de leurs établissements en vue de leur répartition (communauté de bénéfices);
   2. s'engage à transférer à une autre entreprise une partie de ses bénéfices ou l'ensemble ou une partie des bénéfices de certains de ses établissements (contrat de transfert partiel de bénéfices) ;
   3. afferme à une autre entreprise ou cède de toute autre manière l'exploitation de son entreprise (contrat d'affermage et contrat de cession d'exploitation).

(2) Une convention sur la participation aux bénéfices de membres du directoire et du conseil de surveillance ou de certains travailleurs de la société de même qu'un accord relatif à la participation aux bénéfices dans le cadre de contrats relevant de la gestion courante des affaires ou de contrats de licence ne constituent pas des contrats de transfert partiel de bénéfices.

(3) Un contrat d'affermage ou de cession d'exploitation et la décision par laquelle l'assemblée générale a donné son agrément à ces contrats ne sont pas frappés de nullité du fait qu'ils sont contraires aux dispositions des art. 57, 58 et 60. La phrase 1 n'interdit néanmoins pas un recours contre la décision du chef de violation de ces dispositions.

Section 2 - Conclusion, modification et expiration des contrats d'entreprise.

Article 293. (Approbation par l'assemblée générale).

(1) La validité d'un contrat d'entreprise est subordonnée à son approbation par l'assemblée générale. La décision requiert une majorité d'au moins trois quarts du capital représenté lors de la délibération. Les statuts peuvent prévoir des majorités plus importantes ainsi que d'autres stipulations. La décision de l'assemblée générale n'est pas soumise aux prescriptions légales ou statutaires relatives aux modifications des statuts.

(2) Lorsque le cocontractant est une société par actions ou en commandite par actions, un contrat de domination ou de transfert des bénéfices n'acquiert force obligatoire que s'il a été approuvé également par l'assemblée générale de cette société. Le paragraphe 1, phrases 2 à 4 s'applique par analogie à cette approbation.

(3) Le contrat doit être rédigé par écrit. Il peut être consulté par les actionnaires dans les locaux de la société et ce, à partir du moment de la convocation de l'assemblée générale appelée à statuer sur ce contrat. Copie doit en être immédiatement fournie à tout actionnaire qui en fait la demande. Le contrat doit être présenté lors de l'assemblée générale. La direction doit l'expliciter à l'ouverture des débats. Il doit être joint en annexe au procès-verbal.

(4) A sa demande, tout actionnaire doit recevoir lors de l'assemblée appelée à statuer sur un contrat de domination ou de transfert des bénéfices, des renseignements sur tous les éléments essentiels pour la conclusion du contrat et intéressant l'entreprise avec laquelle la convention va être passée.

Article 294. (Enregistrement - entrée en vigueur).

(1) La direction de la société doit déclarer aux fins d'inscription au registre du commerce, l'existence et la nature du contrat d'entreprise ainsi que le nom du cocontractant. Lorsqu'il s'agit d'un contrat de transfert partiel de bénéfices, elle doit en outre communiquer le montant du bénéfice à transférer. A cette déclaration, il y a lieu de joindre le contrat. Lorsque la convention ne prend effet qu'avec l'agrément de l'assemblée générale de l'autre partie contractante, il faut également produire le procès-verbal de cette décision ainsi que ses annexes. Ces documents doivent être déposés sous forme d'expédition ou de copie certifiée conforme.

(2) Le contrat ne prend effet qu'à la date de son inscription au registre du commerce du siège de la société.

Article 295. (Modification).

(1) Un contrat d'entreprise ne peut être modifié que par décision de l'assemblée générale. Les articles 293 et 294 s'appliquent par analogie.

(2) La décision de l'assemblée de la société visant à modifier les dispositions contractuelles relatives à l'obligation de verser une compensation aux actionnaires indépendants ou d'acquérir leurs actions, ne prend effet que si elle a fait l'objet d'une approbation expresse de ces actionnaires. L'article 293, paragraphe 1, phrases 2 et 3, est d'application à cette délibération spéciale. A sa demande, tout actionnaire indépendant doit, lors de l'assemblée générale qui en débat, recevoir des renseignements également sur tout élément intéressant le cocontractant lorsqu'ils sont essentiels pour la modification envisagée.

Article 296. (Abrogation).

(1) Un contrat d'entreprise ne peut être abrogé qu'à la fin de l'exercice social ou au terme de la période conventionnellement fixée. L'abrogation ne peut avoir d'effet rétroactif. Elle doit revêtir la forme écrite.

(2) Un contrat comportant l'obligation de verser une compensation aux actionnaires indépendants ou d'acquérir leurs actions ne peut être abrogé que moyennant leur accord par délibération spéciale. Les articles 293, paragraphe 1, phrases 2 et 3 et 295, paragraphe 2, phrase 3, sont applicables par analogie.

Article 297. (Dénonciation).

(1) Un contrat d'entreprise peut être résilié pour motifs graves sans qu'il soit nécessaire de respecter un préavis. Il y a motif grave notamment lorsque le cocontractant ne sera vraisemblablement pas à même de remplir ses obligations découlant du contrat.

(2) En dehors du cas d'une résiliation pour motif grave, la direction de la société ne peut dénoncer un contrat prévoyant l'obligation de verser une compensation aux actionnaires indépendants ou d'acquérir leurs actions que moyennant leur accord spécial. Les articles 293, paragraphe 1, phrases 2 et 3 et 295, paragraphe 2, phrase 3 sont applicables par analogie à cet assentiment spécial.

(3) La dénonciation doit être faite par écrit.

Article 298. (Déclaration et enregistrement).

La direction de la société doit immédiatement déclarer, en vue de l'inscription au registre du commerce, l'expiration d'un contrat d'entreprise ainsi que le motif et la date de cette expiration.

Article 299. (Exclusion d'instructions).

Un contrat d'entreprise ne permet pas de donner à la société des instructions en vue de modifier, de maintenir ou de mettre fin à la convention.

Section 3 - Protection de la société et des créanciers.

Article 300. (Réserve légale).

En lieu et place du montant prévu à l'article 150, paragraphe 2, n° 1, il faut incorporer à la réserve légale :

1. dans le cas d'un contrat de transfert des bénéfices, une somme prélevée sur l'excédent annuel qui apparaîtrait s'il n'y avait pas transfert des bénéfices et qui doit être diminuée du report des pertes de l'exercice antérieur. Il s'agit de la somme destinée à porter le montant de la réserve légale au dixième du capital social ou à la fraction plus importante prévue dans les statuts, au cours des cinq premières années suivant l'entrée en vigueur du contrat ou après la réalisation d'une augmentation du capital. Cette somme ne peut en aucun cas être inférieure au montant prévu au numéro 2 ;

2. dans le cas d'un contrat de transfert partiel des bénéfices, la somme qui devrait être prélevée sur l'excédent annuel, déduction faite des pertes de l'exercice précédent et qui devrait être incorporée à la réserve légale en l'absence de pareille convention ;
3. dans le cas d'un contrat de domination ne comportant pas l'obligation de transférer l'entièreté des bénéfices, la somme nécessaire à la constitution de la réserve légale prévue au numéro 1 et au minimum le montant fixé à l'article 150, paragraphe 2, n° 1 ou la somme spécifiée au numéro 2 si la société doit transférer une partie de ses bénéfices.

Article 301. (Montant maximum du transfert de bénéfices).

Quels que soient les accords conclus quant au calcul des bénéfices à transférer. une société peut verser au maximum en tant que bénéfice, l'excédent annuel qui apparaîtrait s'il n'y avait pas de transfert de bénéfices. De ce montant, les pertes de l'exercice précédent et la somme qui doit être incorporée à la réserve légale en vertu de l'article 300, peuvent être déduites. Si des sommes ont été versées à une réserve facultative pendant la durée du contrat, elles peuvent en être extraites et être transférées à titre de bénéfice.

Article 302. (Prise en charge des pertes).

(1) Pendant la durée d'application d'un contrat de domination ou de transfert des bénéfices, le cocontractant est tenu de compenser les pertes annuelles sauf si elles peuvent l'être par des prélèvements sur les réserves facultatives constituées depuis l'entrée en vigueur du contrat.

(2) Lorsqu'une société dépendante a affermé son entreprise ou en a cédé l'exploitation de toute autre manière à l'entreprise dominante, cette dernière est tenue de compenser toute perte annuelle apparaissant pendant la durée du contrat. Cette règle n'est d'application que si la prestation prévue par la convention est inférieure à la compensation nécessaire.

(3) La société ne peut renoncer ou transiger au sujet de son droit à compensation que trois ans après la date à laquelle l'inscription au registre du commerce de l'expiration de l'accord est considérée aux termes de l'article 10 du Code de commerce comme ayant été publiée. Cette disposition n'est pas d'application lorsque le débiteur de la compensation est insolvable et conclut avec ses créanciers un concordat préventif en vue d'éviter ou d'écarter la procédure de mise en faillite. La renonciation ou la transaction n'est valable que si les actionnaires indépendants y consentent par une décision spéciale et pour autant qu'une minorité dont les parts réunies représentent le dixième du capital social représenté à cette délibération

spéciale ne fasse pas mention de son opposition au procès-verbal.

Article 303. (Protection des créanciers).

(1) Lorsqu'un contrat de domination ou de transfert des bénéfices prend fin, le cocontractant doit fournir une sûreté aux créanciers de la société, dont les créances sont nées avant que l'inscription de l'expiration du contrat au registre du commerce prévue à l'article 10 du Code de commerce, soit considérée comme ayant été publiée. Cette règle n'est d'application que si les créanciers se sont faits connaître à cet effet dans les six mois qui suivent la publication de l'inscription. Cette publication doit contenir une mention attirant l'attention des créanciers sur leur droit.

(2) Les créanciers ne peuvent exiger une sûreté lorsque la loi leur accorde en cas d'ouverture de la faillite, un droit à un règlement préférentiel sur une masse de garantie soumise à la surveillance des pouvoirs publics.

(3) En lieu et place de la sûreté, le cocontractant peut se porter garant de la créance. L'article 349 du Code de commerce qui prohibe l'exception de discussion, n'est pas d'application.

Section 4 - Protection des actionnaires indépendants en cas de contrat de domination ou de transfert des bénéfices.

Article 304. (Compensation équitable).

(1) Un contrat de transfert des bénéfices doit prévoir l'octroi aux actionnaires indépendants, d'une compensation équitable consistant en un versement en espèces, périodique et proportionnel au montant nominal des actions (paiement compensatoire). Lorsque la société ne s'est pas en outre engagée à transférer la totalité de son bénéfice, le contrat de domination doit assurer aux actionnaires indépendants, le versement, à titre de compensation équitable, d'une partie du bénéfice annuel fixée d'après le montant du paiement compensatoire. La stipulation d'une compensation équitable n'est pas requise lorsque la société ne comprend pas d'actionnaires indépendants au moment de la ratification du contrat par l'assemblée générale.

(2) Le paiement compensatoire minimum est constitué du versement annuel de la somme qui pourrait vraisemblablement être attribuée à chaque action au titre de part moyenne dans les bénéfices. A cet effet, il y a lieu de se référer aux résultats actuels de la société et aux perspectives de rendement,compte tenu des amortissements et des corrections de valeur appropriées mais sans

prendre en considération la constitution de réserves facultatives.

Lorsque le cocontractant est une société par actions ou en commandite par actions, le paiement compensateur peut consister dans le versement de la somme attribuée au titre de part dans les bénéfices aux actions de l'autre société ayant un montant nominal équivalent. Ce dernier s'établit en fonction du rapport d'échange qui prévaudrait en cas de fusion entre les actions des deux sociétés.

(3) Le contrat qui contrairement au paragraphe 1er ne prévoit pas de compensation est nul. L'action en annulation de la décision en vertu de laquelle l'assemblée générale de la société a donné son agrément au contrat ou à une modification du contrat tombant sous l'application de l'article 295, paragraphe 2, ne peut pas être fondée sur l'article 243, paragraphe 2 ou sur le fait que la compensation prévue n'est pas équitable. Lorsque la compensation stipulée dans le contrat n'est pas équitable, le tribunal compétent aux termes de l'article 306, doit, sur requête, déterminer la compensation conventionnellement dûe. Lorsque le contrat prévoit une compensation calculée selon le paragraphe 2, phrase 2, le tribunal doit arrêter le montant de la compensation en se conformant à cette disposition.

(4) Tout actionnaire indépendant peut introduire la requête. Celle-ci doit être formulée dans les deux mois qui suivent le jour où l'inscription au registre du commerce prévue par l'article 10 du Code de commerce, de l'existence ou d'une modification du contrat tombant sous l'application de l'article 295, paragraphe 2, est considérée comme ayant été publiée.

(5) Lorsque le tribunal arrête le montant de la compensation, le cocontractant peut dénoncer la convention dans les deux mois qui suivent le moment où le jugement a acquis force de chose jugée, et sans devoir respecter un délai de résiliation.

Article 305. (Indemnisation).

(1) En plus de l'engagement à compensation prévu à l'article 304, un contrat de domination ou de transfert des bénéfices doit comporter l'obligation pour le cocontractant d'acquérir les actions de l'actionnaire indépendant qui en fait la demande, moyennant paiement d'une indemnité équitable prévue au contrat.

(2) Le contrat doit prévoir, à titre d'indemnité :

1. lorsque le cocontractant est une société par actions ou en commandite par actions non dépendante et ayant son siège sur le territoire national, l'octroi d'actions propres de cette société ;
2. lorsque le cocontractant est une société par actions ou en commandite par actions dépendante et que l'entreprise dominante est une société par actions ayant son siège sur le territoire national, soit la remise d'actions de la société dominante, soit une indemnité en espèces ;
3. dans tous les autres cas, l'octroi d'une indemnité en espèces.

(3) L'indemnité octroyée sous forme d'une remise d'actions d'une autre société, doit être considérée comme équitable lorsque les actions sont attribuées en fonction du rapport d'échange qui prévaudrait en cas de fusion entre les actions des deux sociétés. Le solde peut être compensé par un versement en espèces. L'indemnité en espèces doit pour être équitable, tenir compte de la situation patrimoniale et du rendement de la société à l'époque de l'approbation du contrat par l'assemblée générale.

(4) L'engagement d'acquérir les actions peut être limité dans le temps. Le délai expire au plus tôt deux mois suivant le jour où l'inscription prévue par l'article 10 du Code de commerce de l'existence du contrat au registre du commerce, est considérée comme ayant été publiée. Lorsqu'une requête a été déposée devant le tribunal compétent aux termes de l'article 306 en vue de faire déterminer le montant de la compensation ou de l'indemnité, le délai expire au plus tôt le deuxième mois suivant le jour où le jugement portant sur la demande tranchée en dernier lieu a été publié au journal officiel (Bundesanzeiger).

(5) L'action en annulation de la décision de l'assemblée générale approuvant le contrat ou une modification de ce dernier tombant sous l'application de l'article 295, paragraphe 2, ne peut être fondée sur le fait que le contrat ne prévoit pas d'indemnité équitable. Lorsque le contrat ne la prévoit pas ou envisage une indemnité qui n'est pas calculée selon les paragraphes 1 à 3, le tribunal compétent selon l'article 306, doit arrêter le montant de l'indemnité à accorder conventionnellement. A cet égard, dans les cas mentionnés au paragraphe 2, numéro 2, lorsque le contrat prévoit l'octroi d'actions de la société dominante ou de la société à participation majoritaire, le tribunal détermine la proportion dans laquelle les actions doivent être attribuées. Lorsque le contrat ne prévoit pas l'octroi d'actions de la société dominante ou de la société à participation majoritaire, le tribunal fixe l'indemnité équitable. L'article 304, paragraphes 4 et 5, s'applique par analogie.

Article 306. (Procédure).

(1) Le tribunal compétent est le Landgericht dans le ressort duquel la société dont les actionnaires indépendants ont qualité pour agir, a son siège.

L'article 302, paragraphe 2, phrases 2 à 4 est d'application...

...

(6) La direction de la société doit publier le jugement coulé en force de chose jugée dans les journaux dans lesquels la société effectue ses publications. Les attendus ne doivent pas être mentionnés.

...

Article 307. (Expiration du contrat dans un but de protection des actionnaires indépendants).

Lorsque la société ne comprenait pas d'actionnaire indépendant au moment de la ratification par l'assemblée générale d'un contrat de domination ou de transfert des bénéfices, le contrat vient à échéance au plus tard au terme de l'exercice social auquel participe un actionnaire indépendant.

DEUXIEME PARTIE - POUVOIR DE DIRECTION ET RESPONSABILITE DANS LE CAS D'ENTREPRISES SE TROUVANT DANS UNE SITUATION DE DEPENDANCE.

Première section - Pouvoir de direction et responsabilité dans le cas d'un contrat de domination.

Article 308. (Pouvoir de direction).

(1) Dans le cadre d'un contrat de domination, l'entreprise dominante est en droit de donner des instructions au directoire de la société quant à sa direction. Sauf disposition contraire du contrat, les instructions peuvent être préjudiciables à la société pour autant qu'elles répondent aux intérêts de l'entreprise dominante ou à ceux des entreprises du groupe.

(2) Le directoire est tenu de suivre les instructions de l'entreprise dominante. Il ne peut s'y refuser au motif qu'à son avis, l'instruction ne répond pas à l'intérêt de l'entreprise dominante ou à celui des entreprises groupées, sauf s'il est manifeste qu'elle ne correspond pas à cet intérêt.

(3) Lorsque le directoire reçoit l'instruction de réaliser une opération qui ne peut l'être qu'avec l'accord du conseil de surveillance de la société et que ce dernier ne s'est pas prononcé endéans un délai raisonnable, l'entreprise

doit être informée par le directoire. Si l'entreprise dominante réitère son ordre, l'agrément du conseil de surveillance n'est plus requis. Dès lors que l'entreprise dominante possède un conseil de surveillance, l'ordre ne peut être confirmé qu'avec l'accord de ce dernier.

Article 309. (Responsabilité des représentants légaux de l'entreprise dominante)

(1) Lorsqu'il existe un contrat de domination, les représentants légaux de l'entreprise dominante (le propriétaire dans le cas d'un commerçant exerçant en son nom personnel), sont tenus de faire preuve vis-à-vis de la société, en lui donnant des instructions, de la diligence d'un administrateur régulier et consciencieux (Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftleiters).

(2) En cas de manquement à leurs obligations, ils sont solidairement responsables du dommage qui en résulte. Lorsqu'il y a contestation quant à savoir qu'ils ont agi avec la diligence d'un administrateur régulier et consciencieux, la charge de la preuve leur incombe.

(3) La société ne peut renoncer à des dommages-intérêts ou transiger à ce sujet que trois ans après la naissance du droit à réparation. Cette renonciation ne peut toutefois s'effectuer que si les actionnaires indépendants y consentent par une décision spéciale et si une minorité dont les titres forment un dixième du capital représenté lors de la délibération, ne formule pas d'opposition consignée au procès-verbal. Cette restriction dans le temps ne s'applique pas lorsque la personne tenue à réparation est insolvable ou qu'elle conclut un compromis avec ses créanciers en vue d'écarter ou d'éviter la procédure de la faillite.

(4) Le droit à réparation dévolu à la société peut être mis en oeuvre par tout actionnaire. Ce dernier ne peut cependant exiger qu'une prestation en faveur de la société. Le droit à réparation peut, en outre, être exercé par les créanciers de la société lorsqu'ils n'ont pu obtenir leur désintéressement. L'obligation à réparation vis-à-vis des créanciers ne disparaît pas par une renonciation ou une transaction de la société. Lors d'une procédure de faillite, c'est le curateur qui exerce pendant la durée de la procédure le droit des actionnaires et des créanciers d'intenter l'action en dommages-intérêts au nom de la société.

(5) Les droits prévus par les présentes dispositions se prescrivent par cinq ans.

Article 310. (Responsabilité des administrateurs de la société).

(1) Outre les personnes tenues à réparation en vertu de l'article 309, les membres du directoire et du conseil de surveillance de la société sont solidairement responsables lorsqu'ils ont agi en violation de leurs obligations. En cas de contestation quant à savoir s'ils ont agi avec la diligence d'un administrateur régulier et consciencieux, la charge de la preuve leur incombe.

(2) L'obligation à réparation ne disparaît pas du fait que le conseil de surveillance a approuvé l'acte incriminé.

(3) Les administrateurs de la société ne sont pas tenus à réparation dès lors que l'opération dommageable résulte d'une instruction qui devait être suivie aux termes de l'article 308, paragraphe 2.

(4) L'article 309, paragraphes 3 à 5 est d'application.

Section 2 - Responsabilité en l'absence d'un contrat de domination.

Article 311. (Limites de l'influence).

(1) En l'absence de contrat de domination, une entreprise dominante ne peut utiliser son influence pour inciter une société par actions ou en commandite par actions à poser un acte juridique qui lui soit préjudiciable, à prendre ou à omettre de prendre en sa défaveur certaines mesures, sauf si le préjudice fait l'objet d'une compensation.

(2) Si le préjudice n'est pas compensé pendant l'exercice social au cours duquel il a été causé, il faut convenir, au plus tard à la fin de ce même exercice social, quand et par quels avantages le préjudice sera réparé. La société dépendante doit se voir reconnaître un droit aux avantages à octroyer à titre de compensation.

Article 312. (Compte rendu du directoire sur les relations avec les entreprises liées).

(1) En l'absence d'un contrat de domination, le directoire d'une société dépendante est tenu d'établir au cours des trois premiers mois de l'exercice social, un compte rendu des relations avec les entreprises liées. Ce compte rendu doit mentionner tous les actes juridiques effectués au cours de l'exercice écoulé avec l'entreprise dominante ou avec une entreprise liée (Verbundenes Unternehmen), ainsi que ceux accomplis à l'incitation ou dans l'intérêt de l'une [illegible]s en [illegible]ses. Il doit, de plus, relever toutes les mesures prises ou omises au cours de l'exercice écoulé dans l'intérêt ou à l'incitation de l'une des entreprises susmentionnées. Il y a lieu d'indiquer à propos des actes juridiques, la prestation et sa contrepartie ; à propos des mesures, leurs motifs ainsi que les avantages et préjudices qu'elles ont entraînés pour la société. En ce qui concerne la compensation du préjudice, il faut indiquer dans le détail la manière dont il a effectivement été compensé au cours de l'exercice social ou les avantages ayant fait l'objet d'un engagement juridique en faveur de la société.

(2) Le compte rendu doit être établi conformément aux règles d'une reddition des comptes consciencieuse et fidèle (einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft).

(3) En fin de compte rendu, le directoire doit déclarer s'il lui apparaît, eu égard aux éléments qu'il possédait à l'époque où l'acte a été effectué ou la mesure prise ou omise, que la société a reçu une contrepartie équitable pour chaque acte juridique et qu'elle n'a pas subi de préjudice du fait de la prise ou de l'omission d'une mesure. Si la société a subi un dommage, le directoire doit, en outre, indiquer s'il a été réparé. Cette déclaration doit figurer dans le rapport annuel.

Article 313. (Contrôle par des vérificateurs aux comptes).

(1) Le compte rendu des relations avec les entreprises liées doit être soumis aux vérificateurs aux comptes en même temps que les comptes de l'exercice et le rapport annuel. Ceux-ci doivent contrôler :
1. si les éléments de fait fournis dans le compte rendu sont exacts ;
2. en ce qui concerne les actes juridiques énumérés dans le compte rendu, si la prestation de la société n'était pas trop élevée compte tenu des conditions de fait connues à l'époque. Au cas où il en est effectivement de la sorte, si le préjudice est compensé ;
3. lorsqu'il s'agit de mesures exposées dans le compte rendu, s'il n'existait pas de circonstances justifiant une appréciation sensiblement différente de celle portée par le directoire.

L'article 165 s'applique par analogie.

(2) Les vérificateurs aux comptes doivent établir un rapport écrit sur le résultat de leur contrôle. Lorsqu'ils constatent dans l'exercice de leurs fonctions conformément au paragraphe 1 et à l'article 162, que le compte rendu des relations avec les entreprises liées est incomplet, ils doivent en faire mention. Les vérificateurs doivent signer leur rapport et le soumettre au directoire.

formuler, ils doivent le signaler en apposant la mention suivante sur le compte rendu des relations avec les entreprises liées : "d'après le contrôle consciencieux auquel j'ai (nous avons) procédé et selon mon (notre) appréciation, je certifie (nous certifions) que :

1. les indications de fait du compte rendu sont exactes ;
2. dans les actes juridiques relevés dans le compte rendu, la prestation de la société n'était pas exagérément élevée ou le préjudice a été compensé ;
3. dans les décisions exposées dans le compte rendu, aucun élément de fait ne justifiait une appréciation différente de celle qui a été portée par la société".

Si le compte rendu ne fait état d'aucun acte juridique, il n'y a pas lieu de porter la mention prévue par le numéro 2 et si le compte rendu n'énumère pas de décisions, il ne faut pas reprendre la mention prévue au numéro 3. Lorsque les vérificateurs aux comptes n'ont pas constaté à propos des actes juridiques que la prestion était exagérément élevée, la mention prévue par le numéro 2 doit se borner à cette attestation.

(4) Lorsqu'il y a des objections à soulever ou lorsque les vérificateurs ont constaté que le compte rendu des relations avec les entreprises liées est incomplet, ils doivent formuler des réserves ou refuser leur visa. Si le directoire a lui-même déclaré que la société a subi un préjudice du fait de certains actes juridiques ou décisions sans qu'il y ait compensation, les vérificateurs doivent le mentionner dans leur rapport et ne rendre compte que des autres actes ou décisions.

(5) Les vérificateurs doivent apposer leur signature sur la note de certification en mentionnant le lieu et la date. Cette note doit également figurer dans leur rapport.

Article 314. (Contrôle par le conseil de surveillance).

(1) La direction doit adresser au conseil de surveillance le compte rendu des relations avec les entreprises liées, le rapport des vérificateurs aux comptes ainsi que les documents énoncés à l'article 170. Chaque membre du conseil de surveillance peut en prendre connaissance. Ces rapports doivent être remis sur demande à tout membre du conseil de surveillance, sauf si ce dernier en a décidé autrement.

(2) Le conseil de surveillance doit examiner le compte rendu des relations avec les entreprises liées et faire part de ses conclusions dans son rapport à

[illegible] son rapport sur les résultats du contrôle effectué par les vérificateurs en ce qui concerne le compte rendu des relations avec les entreprises liées. La note de certification des vérificateurs doit être reprise dans le rapport du conseil de surveillance tandis que le refus de certification doit faire l'objet d'une mention expresse.

(3) Le conseil de surveillance doit conclure son rapport en indiquant s'il formule, aux termes de ses propres investigations, des réserves quant à la déclaration du directoire figurant en finale du compte rendu des relations avec les entreprises liées.

(4) Les vérificateurs aux comptes peuvent, à leur demande participer aux délibérations du conseil de surveillance ayant trait au compte rendu des relations avec les entreprises liées.

Article 315. (Contrôle spécial).

A la demande d'un actionnaire, le tribunal doit désigner des controleurs spéciaux chargés d'examiner les relations d'affaires de la société avec l'entreprise dominante ou une des entreprises qui lui est liée, lorsque :

1. les vérificateurs aux comptes ont refusé le visa de certification ou émis des réserves concernant le compte rendu des relations avec les entreprises liées ;
2. le conseil de surveillance a formulé des réserves concernant la déclaration du directoire figurant en fin du compte rendu des relations avec les entreprises liées ;
3. le directoire a lui-même signalé que des actes ou des mesures ont causé à la société un préjudice qui n'a pas été compensé.

La décision du tribunal peut faire l'objet d'un recours immédiat. Lorsque l'assemblée générale a désigné des contrôleurs spéciaux en vue de vérifier les mêmes opérations, tout actionnaire peut présenter la requête prévue à l'article 142, paragraphe 4.

Article 316. (Pas de compte rendu sur les relations avec les entreprises liées en cas de contrat de transfert des bénéfices).

Les articles 312 à 315 ne sont pas d'application lorsqu'il existe un contrat de transfert des bénéfices entre la société dépendante et l'entreprise dominante.

Article 317. (Responsabilité de l'entreprise dominante et de ses représentants légaux).

(1) L'entreprise dominante qui incite la société dépendante avec laquelle elle n'est pas liée par un contrat de domination à poser un acte, à prendre ou à omettre de prendre une mesure au préjudice de la société, est tenue de réparer le dommage qui en résulte pour cette dernière. Toutefois, cette obligation n'est pas requise lorsque le préjudice est effectivement compensé au terme de l'exercice social ou lorsque la société dépendante se voit reconnaître le droit d'exiger un avantage déterminé destiné à réparer le dommage subi. L'entreprise dominante est, en outre, tenue de réparer le dommage qui en résulte pour les actionnaires lorsqu'indépendemment du préjudice infligé à la société, ils ont subi un dommage propre.

(2) L'obligation à réparation ne peut pas être invoquée si un administrateur régulier et consciencieux d'une société indépendante aurait également posé l'acte, pris ou négligé de prendre la mesure en question.

(3) En plus de l'entreprise dominante, sont solidairement responsables, les représentants légaux de l'entreprise qui ont incité la société à passer l'acte ou à prendre la décision.

(4) L'article 309, paragraphes 3 à 5 est applicable par analogie.

Article 318. (Responsabilité des administrateurs de la société).

(1) En plus des personnes responsables aux termes de l'article 317, les membres du directoire de la société sont solidairement responsables lorsqu'ils ont omis, en dépit de leurs obligations, de mentionner dans le compte rendu sur les relations avec les entreprises liées, les actes ou mesures préjudiciables, le fait qu'ils ont causé un préjudice à la société et que ce dommage n'a pas été compensé. Lorsqu'il y a contestation quant à savoir si les membres du directoire ont fait preuve de la diligence d'un administrateur régulier et consciencieux, la charge de la preuve leur incombe.

(2) En plus des personnes responsables aux termes de l'article 317, les membres du conseil de surveillance de la société sont solidairement responsables lorsqu'ils n'ont pas respecté en ce qui concerne l'acte ou la mesure dommageable, l'obligation de contrôler le compte rendu sur les relations avec les entreprises liées et de faire part de leurs conclusions à l'assemblée générale (art. 314). Le paragraphe 1, phrase 2 est d'application par analogie.

(3) L'obligation à réparation n'existe ni vis-à-vis de la société, ni vis-à-vis de ses actionnaires lorsque l'opération incriminée repose sur une décision régulière de l'assemblée générale.

(4) L'article 309, paragraphes 3 à 5 est applicable par analogie.

TROISIEME PARTIE - SOCIETES INTEGREES.

Article 319. (Intégration).

(1) L'assemblée générale d'une société par actions peut décider l'intégration de la société dans une autre société par actions ayant son siège sur le territoire national (société principale) lorsque toutes les actions de la société sont détenues par la future société principale. Cette décision n'est pas soumise aux dispositions légales ou statutaires relatives aux modifications des statuts.

(2) La décision relative à l'intégration ne prend effet que lorsque l'assemblée générale de la future société principale a marqué son accord. La décision donnant cet agrément nécessite une majorité d'au moins trois quarts du capital représenté lors de la délibération. Les statuts peuvent imposer une majorité plus importante et prévoir d'autres exigences. Le paragraphe 1, phrase 2 est d'application. Lors de l'assemblée appelée à donner son agrément, tout actionnaire doit à sa demande recevoir des renseignements sur tous les éléments essentiels pour l'intégration et intéressant la société à intégrer.

(3) Le directoire de la société à intégrer doit signaler en vue de son inscription au registre du commerce, l'intégration et la raison sociale de la société principale. Lors de cette déclaration, le directoire doit préciser que les décisions de l'assemblée générale n'ont pas été attaquées dans le délai imparti pour en demander l'annulation ou mentionner que la requête en annulation a été rejetée par un jugement coulé en force de chose jugée. Une expédition ou une copie certifiée conforme des procès verbaux des décisions de l'assemblée générale et leurs annexes doit être jointe à la déclaration.

(4) La société se trouve intégrée dans la société principale du fait de l'inscription de l'intégration au registre du commerce du siège de la société.

Article 320. (Intégration par une décision majoritaire).

(1) L'assemblée générale d'une société par actions peut également décider son intégration dans une autre société par actions ayant son siège sur le territoire national, lorsque la future société principale détient des actions de la société à concurrence de 95 % du capital social. Il y a lieu de déduire du capital social les actions propres de la société et les actions qui appartiennent à un

phrase 2, les paragraphes 2 à 4 sont d'application.

(2) La publication de l'ordre du jour de l'assemblée générale mentionnant l'intégration n'est régulière que si :

1. elle précise la raison sociale et le siège de la future société principale ;
2. elle comprend une déclaration de la future société principale par laquelle celle-ci s'engage à titre de compensation, vis à-vis des actionnaires sortants, d'échanger leurs actions contre ses propres actions et de leur offrir en outre, dans l'hypothèse du paragraphe 5, phrase 3, une indemnisation en espèces.

La phrase 1, numéro 2 est également d'application lorsque la publication émane de la future société principale.

(3) Tout actionnaire qui en fait la demande lors de l'assemblée générale appelée à statuer sur l'intégration, doit recevoir des renseignements sur tous les éléments essentiels pour l'intégration et intéressant la future société principale.

(4) Du fait de l'inscription de l'intégration au registre du commerce, toutes les actions qui ne se trouvent pas entre les mains de la société principale se trouvent transférées à ladite société. Lorsque des certificats ont été émis pour ces actions, ils ne confèrent qu'un droit à indemnisation jusqu'à leur remise à la société principale.

(5) Les actionnaires qui se retirent ont droit à une indemnité équitable. A ce titre, ils doivent recevoir des actions de la société principale. Lorsque la société principale est elle-même une société dépendante, les actionnaires sortants doivent avoir le choix entre des actions de la société principale ou une indemnité équitable en espèces. Lorsque des actions de la société principale sont remises à titre d'indemnité, celle-ci est considérée équitable lorsque les actions sont attribuées en fonction du rapport d'échange qui prévaudrait en cas de fusion entre les actions de la société principale et une action de la société, le solde étant réglé en espèces. L'indemnité en espèces doit tenir compte, pour être équitable, de la situation patrimoniale et du rendement de la société au moment de la décision de son assemblée générale. L'indemnité en espèces et les versements complémentaires en espèces portent un intérêt annuel de 5 % à compter du jour de la publication de l'inscription de l'intégration. L'invocation d'un autre préjudice reste possible.

(6) La décision par laquelle l'assemblée générale de la société intégrée a décidé l'intégration, ne peut être attaquée sur la base de l'article 243, paragraphe 2 ou au motif que l'indemnité offerte par la société principale conformément

au paragraphe 2, n° 2, n'est pas équitable. Si l'indemnité offerte n'est pas équitable, il appartient au tribunal prévu par l'article 306, de fixer, sur requête, le montant de l'indemnité équitable. Il en est de même lorsque l'assemblée générale n'a pas offert d'indemnité ou n'en a pas offert d'une manière régulière et qu'à la suite une action en annulation n'a pas été introduite dans les délais prescrits ou qu'elle a été retirée ou rejetée par une décision coulée en force de chose jugée.

(7) Tout actionnaire qui se retire a qualité pour agir en justice. L'action doit être introduite endéans les deux mois qui suivent le jour où l'inscription au registre du commerce est considérée comme ayant été publiée, suivant l'article 10 du Code de commerce. L'article 306 est applicable par analogie à la procédure.

Article 321. (Protection des créanciers).

(1) Une sûreté doit être constituée au profit des créanciers de la société intégrée dont les créances sont nées avant que l'inscription au registre du commerce ait été publiée. Ce droit ne peut être invoqué que par les créanciers qui se sont fait connaître à cet effet dans les six mois qui suivent la publication et pour autant qu'ils n'aient pas été désintéressés. La publication de l'inscription doit contenir une mention attirant l'attention des créanciers sur leur droit.

(2) Les créanciers qui ont, en cas de faillite, un droit à désintéressement préférentiel sur la masse de garantie constituée à leur profit par la loi et contrôlée par les pouvoirs publics, ne peuvent exiger la constitution d'une sûreté.

Article 322. (Responsabilité de la société principale).

(1) Dès la prise d'effet de l'intégration, la société principale est solidairement responsable des engagements de la société intégrée nés avant cette date à l'égard des créanciers de cette société. La même responsabilité lui incombe pour tous les engagements de la société intégrée qui ont pris naissance après l'intégration. Toute convention contraire est inopposable aux tiers.

(2) Lorsqu'un recours est exercé contre la société principale du chef d'un engagement de la société intégrée, la première ne peut soulever des objections qui lui sont étrangères que dans la mesure où elles pourraient l'être par la société intégrée.

(3) La société principale peut refuser de désintéresser les créanciers aussi longtemps que la société intégrée a le droit d'attaquer en justice l'acte juridique sur lequel repose son engagement. La société principale jouit du même droit aussi longtemps que le créancier peut être désintéressé en opérant une compensation avec une créance exigible de la société intégrée.

(4) La procédure de l'exécution forcée ne trouve pas à s'appliquer à l'encontre de la société principale du fait d'une dette de la société intégrée constatée par un titre exécutoire.

Article 323. (Pouvoir de direction de la société principale et responsabilité des membres du directoire).

(1) La société principale peut donner des instructions au directoire de la société intégrée en ce qui concerne la direction de cette dernière. Les articles 308, paragraphe 2, phrase 1, paragraphe 3, 309 et 310 sont applicables par analogie. Les articles 311 à 318 ne sont pas d'application.

(2) Les prestations effectuées par la société intégrée au bénéfice de la société principale ne contreviennent pas aux articles 57, 58 et 60.

Article 324. (Réserve légale - transfert des bénéfices - prise en charge des pertes).

(1) Les dispositions légales relatives à la constitution d'une réserve légale, à son emploi et à l'incorporation de certaines sommes dans la réserve légale ne sont pas applicables aux sociétés intégrées.

(2) Les articles 293 à 296 et 298 à 303 ne sont pas d'application à un contrat de transfert des bénéfices, une communauté de bénéfices ou un contrat de transfert partiel des bénéfices conclus entre la société intégrée et la société principale. L'accord, sa modification et son abrogation doivent revêtir la forme écrite. Le bénéfice qui apparaîtrait au bilan, s'il n'y avait pas de transfert de bénéfices, constitue la limite maximale du transfert à titre de bénéfice. L'accord expire au plus tard à la fin de l'exercice social au cours duquel l'intégration prend fin.

(3) La société principale doit compenser tout déficit apparaissant au bilan de la société intégrée dans la mesure où ce déficit dépasse le montant de la réserve légale.

Article 326. (Droit à l'information des actionnaires de la société principale).

Tout actionnaire de la société principale doit recevoir des renseignements sur les affaires tant de la société intégrée que de sa propre société.

Article 327. (Fin de l'intégration).

(1) L'intégration prend fin :
1. par une décision de l'assemblée générale de la société intégrée ;
2. lorsque la société principale n'est plus une société par actions ayant son siège sur le territoire national ;
3. lorsque toutes les actions de la société intégrée ne se trouvent plus entre les mains de la société principale ;
4. par la dissolution de la société principale.

(2) Lorsque toutes les actions de la société intégrée ne se trouvent plus entre les mains de la société principale, cette dernière doit en informer immédiatement la société intégrée.

(3) Le directoire de la société qui cesse d'être intégrée doit déclarer sans délai la fin de l'intégration, sa cause et sa date aux fins d'inscription au registre du commerce du siège de la société.

(4) Les droits existant à l'encontre de l'ancienne société principale et résultant d'engagements de la société précédemment intégrée sont frappés de la prescription au terme de cinq ans à compter du jour où l'inscription de la fin de l'intégration au registre du commerce est considérée comme ayant été publiée en vertu de l'article 10 du code de commerce, pour autant cependant que le droit existant à l'encontre de la société intégrée n'est pas soumis à une prescription plus courte. Lorsque le droit du créancier n'est exigible qu'à partir du jour où l'inscription de la fin de l'intégration au registre du commerce est considérée comme ayant été publiée, la prescription court à partir du moment de l'exigibilité.

الملحق رقم 02: مقترح القانون الفرنسي رقم 1055 الجلسة الثانية العادية 1969-1970

N° 1055

ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

QUATRIÈME LÉGISLATURE

SECONDE SESSION ORDINAIRE DE 1969-1970

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 19 février 1970.
Annexe au procès-verbal de la séance du 9 avril 1970.

PROPOSITION DE LOI

sur les groupes de sociétés *et la protection des* actionnaires *et du* personnel,

(Renvoyée à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République à défaut de constitution d'une Commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement.)

PRÉSENTÉE

PAR MM. COUSTÉ, LE DOUAREC, CHARLES BIGNON, MAZEAUD, HABIB-DELONCLE, DE CHAMBRUN, TISSERAND, EDOUARD CHARRET, DUPONT-FAUVILLE

et les membres du groupe d'Union des démocrates pour la République (1) et apparentés (2),

Députés.

(1) *Ce groupe est composé de:* MM. Abdoulkader Moussa Ali, Alloncle, Ansquer, Henri Arnaud, Aubert, Aymar, Pierre Bas, Bayle, Bécam, Bégué, Belcour, François Bénard, Mario Bénard, de Bennetot, Bérard, Beraud, Berger, Bernasconi, Boylot, Albert Bignon, Charles Bignon, Billotte, Bisson, Blary, Boinvilliers, Bolo, Bordage, Berocco, Boscher, Bouchacourt, Georges Bourgeois, Bourgoin, Bousquet, Bousseau, Bozzi, Brassolier, Brial, Bricout, Briot, Buot, Pierre Buron, Antoine Caill, René Caille, Caldaguès, Calméjane, Carter, Cassabel, Catalifaud, Catry, Chabrat, Chamboa, Charbonnel, Charié, Edouard Charret, Jean Chassagne, Chaumont, Chauvet, Clavel, Cointat, Colibeau, Collette, Collière, Arthur Conte, Pierre Cornet, Maurice Cornette, Coumaros, Couveinhes, Cressard, Damette, Danilo, Dassault, Degraeve, Dohen, Delahaye,

...

Sociétés commerciales. — *Ententes - Intéressement des travailleurs - Justice (organisation) - Procédure civile et commerciale.*

EXPOSÉ DES MOTIFS

MESDAMES, MESSIEURS,

La nécessaire adaptation de nos structures économiques à la rapidité du progrès et à la création d'un vaste marché européen a conduit le Gouvernement, depuis plus de dix ans déjà, à mettre en place un éventail de mesures appropriées, depuis les avantages fiscaux accordés aux sociétés conventionnées jusqu'à la création récente des groupements d'intérêt économique. En même temps était mise à l'étude, puis réalisée, la réforme du droit des sociétés commerciales.

Mais l'une des formes répandues d'adaptation est assurément la concentration des entreprises, qu'elle s'établisse sur le mode horizontal ou sur le mode vertical. Toutefois, les fusions, les prises de participation, les ententes mettent souvent en danger les intérêts de ceux qui deviennent minoritaires à la suite de telles opérations. La conciliation entre la protection de tels intérêts et les nécessités de la domination économique est certes difficile. Mais les opérations récentes, réussies ou non, ont montré

...

Delatre, Delhalle, Deliaune, Louis-Alexis Delmas, Jacques Delong, Donnadieu, Dubosco, Dumas, Dupont-Fauville, Dusseaulx, Albert Ehm, Fagot, Falala, Jean Favre, Feuillard, Flornoy, Fontaine, Fortuit, Fossé, Fouchet, Foyer, Frandeau, des Garets, de Gastines, Georges, Gerbaud, Germain, Giacomi, Gissinger, Godefroy, Godon, Gorse, de Grailly, Grandsart, Granet, Grondeau, Grussenmeyer, Guilbert, Guillermin, Habib-Deloncle, Jean Hamelin, Hauret, Mme de Hauteclocque, MM. Hoène, Herman, Herzog, Hinsberger, Hoffer, Marc Jacquet, Jacquinot, Jacson, Jalu, Michel Jamot, Pierre Janot, Jarrot, Jenn, Joxe, Julia, Kédinger, Krieg, Labbé, Lacagne, La Combe, Lassourd, Laudrin, Lavergne, Lebas, Le Bault de la Morinière, Lecat, Le Douarec, Lelong, Lemaire, Le Marc'hadour, Lepage, Leroy-Beaulieu, Le Tac, Le Theule, Liogier, Lucas, Luciani, Macquet, Magaud, Mainguy, de la Malène, Marcenet, Marcus, Marette, Marie, Michel Marquet, Claude Martin, Massoubre, Mauger, Mazeaud, Menu, Mercier, Messmer, Miossec, Mirtin, Missoffe, Modiano, Ahmed Mohamed, Moron, Arthur Moulin, Mourot, Murat, Narquin, Nessler, Neuwirth, Nungesser, Offroy, Jean-Paul Palewski, Papon, Pasqua, Peretti, Perrot, Camille Petit, Peyrefitte, Peyret, Plantier, Mme Ploux, MM. Poirier, Poncelet, Robert Poujade, de Poulpiquet, Pierre Pouyade, de Préaumont, René Quentier, Rabourdin, Rabreau, Radius, Rathoré, Ribadeau Dumas, Ribes, René Ribière, Jacques Richard, Lucien Richard, Richoux, Rickert, Ritter, Rivain, Rives-Henrys, Paul Rivière, Rivierez, de Rocca Serra, Hubert Rochet, Rolland, David Rousset, Claudo Roux, Ruais, Sabatier, Ibrahim Said, Louis Sallé, Sanglier, Sanguinetti, Santoni, de Sarnez, Schvartz, Sers, Sibaud, Souchal, Sourdille, Sprauer, Stirn, Taittinger, Alain Terrenoire, Louis Terrenoire, Thillard, Thorailler, Tiberi, Tomasini, Tondut, Torre, Toutain, Tremeau, Triboulet, Tricon, Mme Troisier, MM. Valenet, Valleix, Vancalster, Vandelanoitte, Jacques Vendroux, Jacques-Philippe Vendroux, Verkindère, Vernaudon, Vertadier, Alban Voisin, Volumard, Wagner, Weinman, Westphal, Ziller, Zimmermann.

(2) *Apparentés:* Mme Aymé de la Chevrelière, MM. Baudoin, Bizet, Bonhomme, Capelle, de Chambrun, Corrèze, Cousté, Xavier Deniau, Edgar Faure, Frys, Glon, Hoguet, Lehn, Meunier, de Pierrebourg, Joseph Rivière, Robert, Tisserand, André-Georges Voisin.

que l'absence d'une réglementation des prises de participation (par offre publique d'achat, par exemple, sur le marché boursier) était préjudiciable à tout le monde.

Il n'est pas douteux que l'origine de toutes ces difficultés est l'absence dans notre pays de l'existence d'un droit des groupes. La loi du 24 juillet 1966 et le décret du 23 mars 1967 contiennent, il est vrai, des dispositions relatives au statut des sociétés-mères et des filiales et certaines autres qui intéressent les participations, mais elles se placent toujours dans l'optique de la société commerciale, personne morale, reconnue comme telle, et ne reconnaissent pas l'existence de l'unité économique qu'est le groupe, formé par une société dominante et un certain nombre de sociétés dominées, ni le lien de subordination qui est l'essence même du groupe et la concrétisation de la domination (appelée usuellement, mais improprement, contrôle).

Une progressive et lente accoutumance à la pénétration de fait du contrôle dans la pratique de notre droit des sociétés a fait oublier cette vérité que le contrôle est contraire aux principes de ce droit des sociétés quand il reste un droit de la société isolée. Car les membres des organes de direction, d'administration et de surveillance de la société dans un tel droit ont pour mission fondamentale de se conduire selon les intérêts sociaux à l'exclusion de tous autres. L'accomplissement de cette mission suppose chez eux une indépendance absolue de décision. Or, dans un groupe, les organes de la société contrôlée, tout comme le contrôle lui-même, obéissent à un intérêt différent, celui de la société dominante qui se confond avec l'intérêt du groupe. Ainsi l'anéantissement de l'indépendance par le contrôle se conjugue à l'anéantissement de l'intérêt social (initial) de la société contrôlée.

Le rappel de la situation juridique actuelle ne répond nullement, on le voit, à la réalité économique qui reconnaît les avantages que présentent l'existence des groupes et la création d'unités économiques diversifiées et puissantes. Il n'en reste pas moins que l'entrée d'une société isolée dans un groupe peut léser les intérêts des associés qui se trouvent en situation minoritaire et que la prise de participation dans un but de contrôle (et non de simple placement) crée un déséquilibre qu'aucune disposition légale ne permet de pallier. L'urgente nécessité d'encourager la concentration sur le plan tant national qu'européen, rend opportun l'examen des moyens de faciliter la constitution des groupes tout en instituant la protection des intérêts minoritaires.

Aucun de ces arguments n'avait échappé à M. le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, au moment du vote de la loi du 24 juillet 1966, et promesse avait été faite alors de mettre à l'étude l'établissement d'un droit français des groupes. Il importe de ne plus tarder davantage. La reconnaissance des groupes dans notre droit satisfera les exigences des

deux parties : d'une part, les minoritaires dont la protection doit être organisée par des textes juridiques ; d'autre part, les dirigeants des sociétés dominantes qui ont tout lieu de craindre l'équivoque dans laquelle se déploie actuellement toute gestion de groupe et qui sont censés agir au nom de l'intérêt de chacune des sociétés affiliées, alors qu'en réalité, c'est l'intérêt de la société dominante, l'intérêt de groupe, dira-t-on, qui commande la gestion. Celle-ci doit échapper à tout reproche d'abus des biens sociaux ou d'abus des droits dès lors qu'elle respecte les garanties auxquelles la loi subordonne la consécration du contrôle.

∴

Seul, jusqu'ici des six Etats membres de la C.E.E., la République fédérale allemande, qui a rénové son droit des sociétés anonymes par l'Aktiengesetz de 1965, s'est donnée un droit complet des groupes.

De son côté le « Projet d'un statut d'une société anonyme européenne », établi à la demande de la Commission des communautés européennes par M. le professeur Sanders, Doyen de la Faculté de droit de Rotterdam, en collaboration avec un groupe d'éminents experts des pays membres (1) et publié en 1967 (Série Concurrence, n° 6), a associé au droit de la société européenne un droit des groupes, présentant des dispositions inspirées de la législation allemande (2).

La présente proposition de loi est le résultat d'une étude approfondie de ces deux textes. Elle retient de l'un et de l'autre les dispositions qui paraissent fondamentales, en les adaptant aux manières de penser de nos juristes et de nos dirigeants d'entreprises, et s'efforce d'orienter le droit français dans les voies du futur droit européen des sociétés, sur le plan tant de la coordination des droits que de la société européenne.

Le droit des groupes ici proposé veut réagir contre la perversion et la dégradation du droit signalé plus haut. Il est fait d'un équilibre entre deux séries de dispositions :

(1) L'expert français fut M. Gabriel Marty, Doyen de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse.

(2) La place conférée à un droit de groupe dans le droit de la société européenne s'explique pour deux raisons :

— l'extension d'activité des sociétés des six pays de la C.E.E. à l'ensemble du Marché commun conduit ces sociétés à créer une ou plusieurs filiales dans les pays membres ; la société-mère et ses filiales constitueront un groupe tendu vers l'expansion européenne ; le droit unifié de la société européenne assurera l'homogénéité du statut des membres du groupe ;

— aux termes même du mémorandum de la Commission des communautés européennes sur la concentration dans le Marché commun, établi en 1966, l'impératif est l'immédiate réunion des entreprises déjà existantes en des ensembles capables d'affronter les tâches inhérentes au Marché commun ; la société européenne sera, par son statut unifié, le commun dénominateur des créations de ce type, issues de la concentration économique.

— celles qui confèrent à la société dominante ses pouvoirs, c'est-à-dire qui prévoient la traduction juridique du contrôle et en tirent les conséquences ;

— celles qui en contrepartie lui imposent des charges et des responsabilités, avant tout celle d'offrir aux actionnaires minoritaires une juste compensation.

∴

Deux éléments de base définissent le groupe, *le lien de dépendance, la direction unique.*

Il faut entendre par « sociétés dépendantes » des sociétés juridiques autonomes sur lesquelles une autre société, qui est la société dominante, peut exercer une influence prédominante. A la dénomination « sociétés dépendantes » qui pourrait être ressentie comme dépréciante, la proposition a préféré celle de « sociétés affiliées ». Comme l'écrivait le professeur Van Ommeslaghe (*Les Groupes de sociétés*. Rapport à la C.E.E. *Revue pratique de sociétés*, Louvain 1965. 13) : « au lieu de considérer la société isolément et de s'efforcer d'améliorer son fonctionnement, (il convient de) la traiter dans ses relations avec d'autres sociétés (ou entreprises) formant un même groupe, pour examiner dans quelle mesure l'incorporation de la société (ou de l'entreprise) dans le groupe doit entraîner des modifications dans son fonctionnement ».

Le trait marquant du droit nouveau, que nous vous proposons d'instituer, est ainsi la réception par lui de notions directement tirées de l'économique, à l'état quasiment brut. Le système juridique doit, s'il veut garder le contact d'où il est issu, s'accommoder de notions de base simples ; la préservation de sa souplesse, est à ce prix. La définition de la *dépendance* va, dans ce sens, aussi loin que possible : elle n'englobe qu'un seul élément de droit pur « l'autonomie juridique » de la société dépendante ; le contrôle suppose que l'absorption d'une société par l'autre soit économique et non juridique, sinon il y aurait fusion et non pas dépendance. La notion économique d'influence prédominante se confond avec celle de dépendance et sa potentialité suffit à la caractériser.

La dépendance peut se réaliser par des moyens juridiques, tirés le plus souvent du droit des sociétés : telle la participation (en quotité de capital détenu ou en droits de vote), ou le contrat (rappel des contrats interentreprises du droit allemand, Organschaftverträge). Elle peut aussi revêtir une forme larvée : accords et conventions de coopération, concession, spécialisation, sous-traitance, qui ont en apparence un autre objet, mais aboutissent aussi certainement à la dépendance qu'un contrat de domination quand les partenaires ne sont pas libres et égaux ; elle peut enfin être uniquement fondée sur des éléments de fait : telle l'union personnelle résultant de l'identité des dirigeants.

La seconde condition d'existence du groupe est que la société dominante réunisse les sociétés qui dépendent d'elle sous une *direction unique*. Le lien de dépendance certes conditionne le groupe. Celui-ci ne peut exister sans lui ; mais il peut y avoir dépendance sans groupe, si la direction unique manque. La notion de direction unique est liée à celle d'unité économique ; c'est l'unité de décision qui s'exerce à travers les entités de droit multiples que sont les sociétés juridiquement autonomes soumises au contrôle. C'est de l'unité de direction qu'émaneront, tout au long de la vie du groupe, les directives qui en guideront la gestion, et en assureront, en fonction de l'intérêt global, l'unité économique. Une disposition consacrant ce pouvoir de commandement est essentielle dans tout droit des groupes (1). Mais la toute puissance du contrôle ne doit pas aboutir à son immixtion désordonnée dans la société dépendante ; la société dominante ne doit jamais pouvoir s'adresser directement au personnel de la société dépendante.

∴

On conçoit l'importance qui s'attache, dans un tel système, aux conditions de reconnaissance du groupe. Tout comme la société repose sur un acte de constitution, la tendance naturelle des juristes serait d'exiger que le groupe se constitue par un acte similaire, assorti ou non d'une vérification de régularité préalable et d'une immatriculation dans un registre. Un tel système méconnaîtrait les difficultés inhérentes et propres au droit des groupes. Les situations que celui-ci veut appréhender sont le plus souvent d'ores et déjà formées en fait, au lieu qu'il y ait, comme pour la société isolée, création *ex nihilo*. L'on voit mal que le contrôle, mis en place par la concentration déjà réalisée, puisse être frappé de sanctions, de celle de nullité notamment, pour ne pas s'être pliée à certaines formes de constitution. Au moins les sanctions risqueraient-elles d'être illusoires. Comment donc le droit va-t-il se saisir du fait ?

Une première solution eût pu être retenue, qui est celle du droit allemand : instituer un double régime des groupes, l'un, du groupe de droit qui requiert pour sa constitution un « contrat de domination », consacrant le contrôle aux conditions légales, l'autre, celui du groupe de fait, qui, sans requérir aucune formalité qu'un rapport annuel spécial dit de la société dépendante, assujettit la société dominante à des charges d'indemnisation à la fois lourdes et dangereusement imprécises, inconvénients voulus pour inciter à la constitution des groupes de droit.

(1) Le projet de société européenne précise ainsi, en son article VII-4-1 : « La direction d'une société dépendante appartenant à un groupe de sociétés au sens du présent statut et ayant son siège à l'intérieur de la C.E.E. est tenu d'observer les ordres que lui donne la société dominante, à moins que l'observation de ces ordres ne soit constitutive d'une infraction au présent statut ou aux statuts de la société dépendante, ou n'expose la direction à des sanctions pénales ».

Une telle solution n'est pas appropriée à l'actuelle pratique française, car le contrat de domination, jusqu'à ce jour illicite, est inconnu d'elle. Du moins le projet prévoit-il la possibilité d'un tel contrat. L'avenir dira s'il s'acclimate.

Il faut pour l'immédiat se tourner vers une solution plus proche des réalités existantes (qui est d'ailleurs celle du projet de société européenne) : le projet n'exige aucune forme de constitution. Le groupe naît *ipso facto* de la réunion de ses deux éléments de définition, à savoir le lien de dépendance et l'unité de direction. Dès lors qu'ils sont réalisés en fait, le régime des groupes joue de plein droit.

De là, les difficultés se transposent à un autre plan, celui de la preuve : à défaut de la preuve préconstituée, en quoi s'analyse l'acte de constitution du groupe, comment s'établira l'existence du groupe (ou son inexistence), l'appartenance à celui-ci (ou la non-appartenance) ? questions d'importance essentielle pour la mise en œuvre de la loi.

La réponse retenue obéit à deux préoccupations : les contestations sur l'existence du groupe doivent être dénouées dans le délai le plus bref, l'activité d'entités économiques d'une telle envergure ne pouvant dépendre de l'issue inévitablement trop lente à venir d'une procédure judiciaire ordinaire ; les décisions tranchant ces contestations doivent être revêtues de l'autorité de chose jugée absolue, c'est-à-dire que doivent être écartées toutes les restrictions du droit commun de la chose jugée qui permettraient qu'entre d'autres personnes, à l'occasion de nouveaux litiges, soit à nouveau remise en discussion l'existence du groupe.

Ces préoccupations ont conduit à instituer une action déclaratoire du groupe et une juridiction spéciale pour en connaître.

Cette juridiction se dénommera « Cour des groupes et concentrations ». Composée de magistrats du plus haut grade et de personnalités éminentes du monde du droit et de l'économie, d'indépendance absolue, réputées pour leurs connaissance et expérience spéciales des matières portées devant elle, cette Cour sera investie d'une compétence exclusive et ses arrêts ne seront susceptibles ni d'appel ni de pourvoi en cassation. La spécialisation de la Cour, la qualité de son expérience, la simplicité de sa procédure devront incliner à lui confier d'autres tâches dans le domaine de la concentration devenu depuis peu secteur primordial du droit.

∴

Un dernier point reste à examiner, qui n'est pas le moins important : *la protection des actionnaires et associés minoritaires*.

Notre proposition s'applique à toutes sociétés commerciales dépendantes, aussi bien les sociétés de personnes que celles de capitaux ayant leur siège social en France. Les minoritaires lésés seront, dans le premier cas, des associés, dans le second, des actionnaires.

Le texte tire son système de protection à la fois de l'Aktiengesetz allemande de 1965 et du projet de société européenne de 1967. Il confère aux intéressés, en cas de prise de contrôle de leur société, l'option entre deux solutions :

— leur retrait de la société dépendante moyennant un règlement terminal ;

— leur maintien dans la société dépendante selon le régime d'une allocation compensatrice annuelle.

Dans un certain délai qui part de l'annonce d'appartenance au groupe ou du jour de la constatation de dépendance par la juridiction *ad hoc*, les organes de direction de la société dépendante devront entamer la procédure d'élaboration du *règlement terminal* à offrir aux actionnaires minoritaires « externes ». Deux commissaires aux comptes désignés par voie judiciaire fixeront les conditions de ce règlement. Celui-ci pourra consister :

— soit en actions de la société dominante au taux d'échange fixé par les commissaires aux comptes ou la juridiction *ad hoc* ;

— soit en une indemnité en espèces d'un montant fixé dans les mêmes conditions.

La société dominante devra donc pourvoir à ses besoins pour le règlement terminal par une augmentation de capital ou un rachat d'actions en bourse. Il est laissé au décret d'application de réglementer ce point, en corrélation avec les nécessaires modifications que devra recevoir la loi sur les sociétés commerciales à l'instar de celles qui lui furent apportées à l'occasion de l'ordonnance du 17 août 1967 sur l'intéressement des travailleurs.

La seconde branche de l'option offerte aux actionnaires externes consiste en l'attribution, à l'actionnaire qui refuse le règlement terminal et veut se maintenir dans la société dépendante, d'une *allocation compensatrice* annuelle. Il s'agit d'un avantage compensateur du préjudice que cause à cette société l'exercice du contrôle au profit de l'intérêt du groupe et non plus du sien.

Le règlement terminal et l'allocation compensatrice sont l'un et l'autre des charges de la société dominante, le premier dont elle est tenue directement vis-à-vis des intéressés, la seconde dont elle s'acquitte par voie médiate, mettant la société dépendante en possession des fonds nécessaires à l'exécution de ses obligations.

Le système proposé paraît ainsi apporter une garantie sérieuse aux actionnaires et associés minoritaires.

Il protège efficacement aussi les tiers créanciers de la société dépendante par des dispositions qui instituent une prise en charge de ses pertes annuelles par la société dominante.

La proposition prévoit également une réglementation des *comptes consolidés*. L'énoncé du principe seul figure dans le texte, mais cette disposition, qui répond à un besoin d'information essentiel et constitue en elle-même une autre forme de protection des actionnaires, peut s'appuyer sur le rapport, approuvé par arrêté ministériel du 4 mars 1968, du Conseil national de la comptabilité sur l'exigence de la Commission des opérations de bourse qui prendra effet au 1er juillet 1971, et sur les travaux d'approfondissement des techniques comptables de consolidation qui sont menés actuellement par le Comité d'études du financement des entreprises et le Conseil supérieur de l'Ordre des experts comptables et des comptables agréés.

∴

En combinant le système de la présente loi avec une réglementation sérieuse des offres publiques d'achat dont la Commission des opérations de bourse doit prendre prochainement l'initiative, il semble qu'on doive aboutir à un apurement de la situation actuelle en matière de groupes et à une régénération du droit des sociétés, l'ensemble du projet tendant, en outre, à laisser ouvertes les voies vers un droit européen des sociétés et des groupes que la réalité économique appelle.

La proposition ne traite que des groupes à la tête desquels se trouve une société. Elle laisse hors de son champ le cas des groupes dominés par une personne physique (que le droit allemand comprend dans son système). Il est difficile de faire autrement aussi longtemps que le droit général français n'aura pas évolué vers la notion de patrimoine commercial de la personne physique, problème qui se confond avec celui de la société à main unique déjà rencontré plus haut.

Restent aussi hors du champ de la proposition de loi, les problèmes posés par la nouvelle législation sur la participation du personnel aux fruits de l'expansion. Il semble que la possibilité de conclure dans le cadre de ce régime des accords de groupe qui prendront la forme d'accords dérogatoires au sens de l'article 5 de l'ordonnance du 17 août 1967 suffise, dans un premier stade au moins, à y apporter une solution satisfaisante.

Cependant, la protection des travailleurs participant aux fruits de l'expansion dans les sociétés affiliées sera, dès maintenant, assurée car les dispositions du Titre IV leur seront applicables.

Ne sont pas non plus abordés les autres problèmes de droit social nombreux que pose l'existence des groupes et que la reconnaissance légale de cette existence obligera à résoudre.

Pour les raisons qui viennent d'être exposées, nous vous demandons, Mesdames et Messieurs, de bien vouloir adopter la présente proposition de loi. Nous pensons, compte tenu des réflexions et des confrontations que son étude engendrera, qu'elle marquera le pas décisif de notre pays vers ce droit nouveau des groupes dont le besoin se fait sentir avec une acuité croissante.

PROPOSITION DE LOI

TITRE PREMIER

DÉFINITIONS

Article premier.

Quand une société dispose sur une autre société d'une influence lui permettant d'exercer dans celle-ci, directement ou indirectement, par des moyens de fait ou de droit, le pouvoir de décision, la première est dite société dominante et la seconde société affiliée.

Art. 2.

Une société est présumée dépendante d'une autre société quand cette dernière dispose dans la première de 25 % au moins des droits de vote.

Art. 3.

Le lien de dépendance entre sociétés peut être valablement établi entre elles par contrat dit d'affiliation, mettant en œuvre les dispositions de la présente loi, selon les modalités qui seront fixées par décret. Le contrat d'affiliation devra être approuvé par les assemblées générales extraordinaires de la société dominante et de la société affiliée.

Art. 4.

Les sociétés dominantes et affiliées réunies sous une direction unique forment un groupe. Le groupe n'a pas la personnalité morale.

Art. 5.

Les actionnaires ou associés de la société affiliée qui n'ont pas d'intérêts dans la société dominante sont dénommés actionnaires ou associés externes.

TITRE II

CONTESTATIONS D'EXISTENCE ET D'APPARTENANCE

Art. 6.

Toutes contestations sur l'existence du groupe ou sur l'appartenance d'une société au groupe relèvent de la compétence exclusive de la Cour des groupes et concentrations instituée par le Titre VII de la présente loi.

Art. 7.

Ces contestations sont portées devant la Cour par une action déclaratoire conférée :

a) aux sociétés dont l'appartenance au groupe est en cause ;

b) aux associés ou actionnaires de chacune de ces sociétés lorsqu'ils représentent au moins le dixième de son capital social ;

c) au Procureur général près la Cour.

Art. 8.

Quand une contestation sur l'existence du groupe ou sur l'appartenance d'une société au groupe est soulevée devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou administratif et que cette juridiction estime une décision sur ce point nécessaire pour rendre son jugement, elle est tenue d'en saisir la Cour à titre préjudiciel.

Art. 9.

Toute action ou renvoi en vertu des articles précédents fait l'objet d'une publication au *Bulletin officiel* de la Cour dans les délais et selon les modalités qui seront fixés par décret en Conseil d'Etat.

Il sera prévu par ce même décret une procédure d'intervention devant la Cour des personnes disposant de l'action déclaratoire de l'article 7.

Art. 10.

Les arrêts de la Cour sur les contestations prévues dans le présent titre sont revêtus de l'autorité de chose jugée absolue.

TITRE III

PUBLICITÉ

Art. 11.

Les sociétés réunies en groupe adressent dans le mois de la formation du groupe au registre du commerce de chacune d'elles une requête conjointe aux fins d'insérer dans les mentions de leur inscription celle du groupe. Il est procédé de même en cas de cessation d'appartenance au groupe ou de dissolution de celui-ci.

Art. 12.

Toute société est tenue dans son rapport annuel de faire mention de son appartenance à un groupe et de ses relations de domination ou de dépendance avec d'autres sociétés. En cas d'absence de tout lien de cette nature, mention en sera faite également dans le rapport annuel.

Art. 13.

Toute société dominante au sein d'un groupe est tenu d'établir des comptes annuels consolidés et un rapport annuel sur le groupe conformément aux dispositions qui seront prises par décret en Conseil d'Etat.

TITRE IV

PROTECTION DES ACTIONNAIRES ET ASSOCIÉS EXTERNES

Art. 14.

Dans le délai d'un mois de l'inscription des mentions prescrites par l'article 11 de la présente loi au registre du commerce de la société affiliée ou de l'arrêt de la Cour constatant l'appartenance au groupe, la société

dominante doit proposer aux actionnaires ou associés externes de la société affiliée le droit de retrait aux conditions arrêtées dans un règlement terminal.

Art. 15.

Si la société dominante est une société anonyme ou une commandite par actions ayant son siège social en France métropolitaine ou dans les départements et territoires d'outre-mer, ne dépendant elle-même d'aucune autre société, le règlement terminal sera constitué par l'offre aux actionnaires ou associés de la société affiliée de l'échange de leurs actions ou de leurs parts contre des actions de la société dominante.

Si, au contraire, la société dominante dépend elle-même d'une autre société revêtant la forme de société anonyme ou de commandite par actions, ayant son siège social en France métropolitaine ou dans les départements et territoires d'outre-mer, le règlement terminal devra offrir le choix entre des actions de cette dernière ou une indemnité en espèces.

Si la société dominante est une société anonyme ou une commandite par actions ayant son siège à l'étranger, ou si elle est une société de personnes, le règlement terminal pourra comprendre une indemnité en espèces si le ou les actionnaires de la société filiale le désirent, individuellement ou collectivement.

Les mesures de publicité du règlement terminal seront réglées par décret en Conseil d'Etat.

Art. 16.

Tout actionnaire ou associé de la société affiliée a le droit de contester le règlement terminal dans le délai d'un mois de sa publication.

Il doit à cet effet saisir la Cour d'une requête aux fins de nomination de deux commissaires aux comptes qui auront pour mission de fixer le rapport d'échange ou le montant de l'indemnité.

La requête est publiée dans le *Bulletin officiel* de la Cour.

En cas de désaccord entre les deux commissaires aux comptes, la Cour statue.

Les frais de cette procédure sont supportés par la société affiliée.

Art. 17.

Les arrêts de la Cour portant règlement terminal sont publiés au *Bulletin officiel* de la Cour.

Dans les six mois de cette publication tout actionnaire ou associé peut réclamer le bénéfice de l'arrêt portant règlement terminal.

Art. 18.

Les obligations découlant du règlement terminal sont des dettes dont la société dominante est directement tenue vis-à-vis des actionnaires ou associés externes de la société affiliée.

Art. 19.

Les conditions dans lesquelles la société dominante pourra se procurer les actions à offrir par règlement terminal seront réglées par décret en Conseil d'Etat.

Art. 20.

Les actionnaires ou associés externes de la société affiliée qui n'auront pas réclamé l'application du règlement terminal dans les trois mois de sa publication auront droit, aux lieu et place du dividende ou de leur part dans les bénéfices, ou en complément à ceux-ci, à une allocation compensatrice annuelle.

Art. 21.

L'option pour l'allocation compensatrice est offerte aux actionnaires ou associés externes de la société affiliée conjointement avec le règlement terminal et publié avec lui.

Elle est d'un montant annuel fixe, établi selon le rendement passé de la société affiliée et ses perspectives futures, aussi approché que possible du montant sur lequel l'actionnaire ou l'associé aurait pu compter si sa société était demeurée indépendante.

L'allocation compensatrice pourra être stipulée proportionnelle aux dividendes ou bénéfices futurs de la société dominante.

Art. 22.

Chaque actionnaire ou associé de la société affiliée est en droit de contester l'allocation compensatrice.

La contestation est portée devant la Cour et tranchée par elle selon la même procédure que celle du règlement terminal.

Art. 23.

La société affiliée est seule débitrice de l'allocation compensatrice. Les fonds nécessaires à sa distribution lui sont obligatoirement fournis par la société dominante.

TITRE V

PROTECTION DES TRAVAILLEURS PARTICIPANT AUX FRUITS DE L'EXPANSION DANS LES SOCIÉTÉS AFFILIÉES

Art. 24.

En vue d'assurer la protection des travailleurs participant aux fruits de l'expansion dans les sociétés affiliées dans des conditions semblables à celles des actionnaires desdites sociétés, les dispositions du Titre IV de la présente loi leur seront notamment applicables.

TITRE VI

PROTECTION DES CRÉANCIERS DE LA SOCIÉTÉ AFFILIÉE

Art. 25.

Si les comptes annuels de la société affiliée font ressortir une perte, la société dominante est tenue d'opérer en faveur de la société affiliée, dans le délai d'un mois suivant l'approbation de ces comptes, un transfert compensateur en espèces, égal au montant de cette perte.

Art. 26.

La société dominante répond solidairement avec la société affiliée de toute dette certaine et liquide de celle-ci vis-à-vis des tiers, échue avant la clôture de l'exercice précédent, et non réglée dans les trois mois à dater de l'approbation des comptes dudit exercice.

TITRE VII

LES ORDRES DE DIRECTION

Art. 27.

La société affiliée est tenue d'exécuter les ordres de direction qu'elle reçoit de la société dominante dès lors que celle-ci s'est conformée aux dispositions des titres IV, V et VI de la présente loi.

Elle doit toutefois opposer un refus aux ordres dont l'exécution constituerait une infraction aux lois pénales ou à l'ordre public, ou une violation du contrat d'affiliation lorsqu'un tel contrat a été passé.

Art. 28.

Les ordres de direction ne peuvent être donnés que par les organes qualifiés de la société dominante aux organes qualifiés de la société affiliée.

Art. 29.

Si l'exécution de l'ordre de direction requiert l'agrément du conseil de surveillance, de l'assemblée générale ou de tout autre organe de la société affiliée, et que cet agrément soit refusé ou non accordé dans un délai raisonnable, la société dominante est en droit de réitérer l'ordre de direction qui devra alors recevoir exécution même sans l'agrément.

Art. 30.

Les dirigeants de la société affiliée n'encourent aucune responsabilité du chef de l'exécution des ordres de direction, même si ceux-ci portent préjudice à la société affiliée, sauf dans les cas visés par l'article 27, alinéa 2 de la présente loi.

TITRE VIII

LA COUR DES GROUPES ET CONCENTRATIONS

Art. 31.

La Cour des groupes et concentrations, investie des fonctions et compétences définies par la présente loi, est formée de sept juges et assistée d'un parquet comprenant un procureur général et un avocat général.

Les juges et les membres du parquet sont nommés par décret pris en Conseil des Ministres pour une durée de dix ans. Ils peuvent être nommés à nouveau.

Ils sont choisis parmi les magistrats du plus haut grade et les personnalités possédant une compétence notoire dans les matières dont la Cour a à connaître et présentant toutes garanties d'indépendance.

Art. 32.

Les juges désignent parmi eux pour trois ans le Président de la Cour. Son mandat est renouvelable.

Art. 33.

Le statut de la Cour et des juges à la Cour, son organisation et la procédure, seront réglés par décret en Conseil d'Etat.

TITRE IX

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Art. 34.

La présente loi est applicable à toutes sociétés affiliées ayant leur siège en France métropolitaine ou dans les départements et territoires d'outre-mer.

Art. 35.

Il sera pourvu aux dispositions transitoires pour l'application de la présente loi par décret en Conseil d'Etat.

Art. 36.

La présente loi entrera en vigueur le premier jour du troisième mois qui suivra celui de sa publication au *Journal officiel*.

Imprimerie de l'Assemblée Nationale

الملحق رقم 03: مقترح قانون رقم 1211 الدورة العادية الأولى لعامي 1974-1975

بشأن تجمعات الشركات وحماية المساهمين، العمال والغير.

N° 1211

ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

CINQUIÈME LÉGISLATURE

PREMIÈRE SESSION ORDINAIRE DE 1974 - 1975

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 1er août 1974.
Annexe au procès-verbal de la séance du 9 octobre 1974.

PROPOSITION DE LOI

sur les groupes de sociétés *et la* protection des actionnaires, *du* personnel *et des tiers.*

(Renvoyée à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République à défaut de constitution d'une Commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement.)

PRÉSENTÉE

PAR MM. COUSTÉ, PIERRE BAS, BICHAT, ALBERT BIGNON, CHARLES BIGNON, BIZET, BLARY, GEORGES BOURGEOIS, YVON BOURGES, BOYER, BRAILLON, BURCKEL, CHAMBON, CHAUVET, CORNET, MAURICE CORNETTE, COULAIS, DELANEAU, DONNADIEU, EHM, FEÏT, FOSSÉ, FRÉDÉRIC-DUPONT, GABRIAC, GIRARD, ANDRÉ GLON, GOULET, INCHAUSPÉ, KASPEREIT, LAURIOL, MALOUIN, MAUJOÜAN du GASSET, MEUNIER, PALEWSKI, RENOUARD, RIBIÈRE, SIMON, Mme STÉPHAN, MM. TISSANDIER, TURCO, VALLEIX, ROBERT-ANDRÉ VIVIEN, VOILQUIN, PIERRE WEBER et WEISENHORN,

Députés.

Sociétés commerciales. — *Concentration des entreprises - Commissaires aux comptes - Comités d'entreprise - Participation des travailleurs - Responsabilité civile.*

EXPOSÉ DES MOTIFS

MESDAMES, MESSIEURS,

Le droit français actuel des sociétés est fondé sur un postulat : celui de l'indépendance de la société.

Or la concentration des entreprises qui s'est développée depuis plus de dix ans pour faire face aux nécessités de la libre concurrence dans le cadre notamment de la Communauté économique européenne, a conduit à la constitution de groupes de sociétés plus ou moins importants.

Une incompatibilité fondamentale existe aujourd'hui entre le droit et les nécessités économiques et pratiques du fonctionnement des unités de production ou de prestation de services.

Si une société prend le contrôle d'une autre société, c'est peut-être pour empêcher une société concurrente de le faire, plus souvent pour acquérir de nouveaux actifs industriels et commerciaux (brevets, marques, réseau de distribution, personnel spécialisé, etc.), également pour mettre en place une organisation décentralisée avec une certaine autonomie de « divisions », selon la technique de management des grandes entreprises aux Etats-Unis.

Le phénomène d'organisation des entreprises sous forme de groupes de sociétés est général et en grande partie indépendant du processus d'intégration des entreprises. Si la démultiplication des formes sociales aboutit à des structures complexes, elle présente des qualités de souplesse qui font du groupe un instrument particulièrement adapté de la concentration des entreprises. La raison d'être de nombreuses filiales ne doit pas même être cherchée dans le recours aux procédés de la croissance externe. Si la constitution d'une filiale est la forme normale d'implantation à l'étranger, il n'en est pas de même sur le territoire national.

Le besoin apparaît pour les dirigeants d'entreprises à structure unitaire, lorsque celles-ci arrivent à un degré de complexité et d'importance élevé, de dissocier juridiquement certains départements ou certaines fonctions de l'entreprise. Cette dissociation offre d'importants avantages de souplesse et de clarté. A l'intérieur du groupe, chaque société constitue une unité de gestion maniable, les dirigeants en sont davantage responsables des résultats, la gestion financière ou par objectifs est plus facile à définir, et la division des risques en découle naturellement. Les avantages de la décentralisation juridique se manifestent plus encore en cas d'opérations communes, dans lesquelles il faut délimiter nettement les actifs et les activités mis en commun et les isoler du reste des entreprises en cause. La division juridique permet alors au groupe de collaborer avec des partenaires différents selon le niveau ou le domaine d'activité concerné. Et le régime du bénéfice consolidé a fait disparaître, au moins en partie, l'intérêt que présentait une structure unitaire pour la compensation entre bénéfices et pertes des différents départements.

Dans chaque cas, toutefois, la société dominante devra exercer et exercera dès lors un pouvoir dans la société contrôlée, soit directement, soit par le canal d'une société intermédiaire.

Au principe juridique d'indépendance des sociétés s'oppose donc le fait économique de la dépendance. Les membres des organes de direction, d'administration ou de surveillance de la société ont, dans notre droit, la mission fondamentale de se conduire selon les intérêts sociaux à l'exclusion de tous autres. L'accomplissement de cette mission suppose chez eux une indépendance absolue de décision. Or dans un groupe, les organes de la société contrôlée, tout comme le contrôle lui-même, obéissent à un intérêt différent, celui de la société dominante qui se confond avec l'intérêt du groupe. Ainsi l'anéantissement de l'indépendance par le contrôle se conjugue à l'anéantissement de l'intérêt social (initial) de la société contrôlée.

Il n'en reste pas moins que l'entrée d'une société isolée dans un groupe peut léser les intérêts des associés qui se trouvent en situation minoritaire et que la prise de participation dans un but de contrôle (et non de simple placement) crée un déséquilibre qu'aucune disposition légale ne permet de pallier.

L'urgente nécessité d'encourager la concentration sur le plan tant national qu'européen rend opportun l'examen des moyens de faciliter la constitution des groupes, tout en instituant la protection des intérêts minoritaires et du personnel des entreprises concernées par les mouvements de concentration.

∴

Les dernières années ont montré que juristes et économistes avaient compris qu'il importait de ne plus retarder la solution de tels problèmes.

En rénovant son droit des sociétés anonymes par *l'Aktiengesetz* de 1965, la République fédérale allemande s'est la première dotée d'un droit complet des groupes. Celui-ci repose sur la notion économique de contrôle : article 17 de l'Aktg « les entreprises dépendantes sont des entreprises autonomes sur lesquelles une autre entreprise (l'entreprise dominante) peut exercer une influence directe ou indirecte ». La loi distingue les groupes de fait et les groupes de droit. Le groupe de droit repose sur le pacte de domination qui est un contrat passé volontairement entre les deux sociétés et publié par elles au registre du commerce ; le pacte rend licites les atteintes portées par l'entreprise dominante aux intérêts de l'entreprise

dominée, et les actionnaires externes peuvent choisir de rester actionnaires moyennant une allocation compensatrice annuelle ou de se défaire de leurs actions dans le cadre d'un règlement terminal. Dans le groupe de fait, qui ne recourt pas au statut de droit précédent, les agissements préjudiciables aux actionnaires externes entraînent seulement le versement, pour chacun d'eux, d'une compensation. La mise en œuvre de ce statut des groupes n'a d'ailleurs pas donné entière satisfaction ; un lourd contentieux s'est formé depuis sept à huit ans et on assiste à une fuite des groupes de droit vers les groupes de fait.

Dans son « Projet de règlement portant statut de la société anonyme européenne » soumis le 30 juin 1970 à l'examen du Conseil des Ministres, la Commission des Communautés européennes a, de son côté, inséré un statut des groupes qui occupe le titre VII. Le projet est très largement inspiré du projet dit projet Sanders, et reprend une grande partie du dispositif mis en place par la République fédérale allemande. Il est d'autant plus important d'en tenir compte que les dispositions qui sont contenues dans ce titre VII seront applicables, sans intervention du Parlement français, à toute entreprise dépendante qui aura son siège en France et à ses relations avec la société européenne dominante ainsi qu'aux relations entre une société européenne dépendante et l'entreprise dominante qui aura son siège en France (art. 224). Cependant les réticences demeurent sérieuses à l'égard de ce texte dans les milieux économiques européens ; et l'union des industries de la communauté européenne, en déplorant que le statut envisagé propose des règles plus contraignantes même que celles existant dans n'importe laquelle des législations des Etats membres, a été jusqu'à s'interroger sur l'opportunité d'une réglementation en la matière.

Dans notre pays, la loi n° 66-357 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales contient plusieurs amorces d'un droit des groupes de sociétés, dans la mesure où elle reconnaît l'existence possible de liens entre sociétés juridiquement autonomes. Ces liens toutefois ne résultent toujours que de l'existence d'une participation dans le capital, ce qui ne représente qu'un des critères du contrôle. Au moment du vote de la loi en question, M. le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, avait fait la promesse de mettre à l'étude l'établissement d'un droit français des groupes. Cet engagement n'a encore été concrétisé par aucun texte.

Mais le groupe UDR de l'Assemblée Nationale faisait déposer, sous les noms de M. Cousté et de quelques-uns de ses collègues et le n° 1055 le 19 février 1970, une proposition de loi en trente-six articles dont l'objet était de réglementer en droit français les groupes de sociétés et d'assurer la protection des actionnaires et du personnel. Ce texte a fait l'objet d'une large diffusion et a retenu l'attention des Pouvoirs publics ainsi que des juristes et des milieux économiques. Dans une très importante lettre en date du 4 novembre 1970, adressée à M. Cousté et ensuite dans une déclaration faite le 8 juin 1971 au cours d'un dîner-débat organisé par le Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables et des comptables agréés dans le cadre des « Mercredis de la comptabilité », M. René Pleven, Garde des Sceaux, a manifesté l'intérêt de la Chancellerie pour le sujet en question et l'orientation qu'il souhaitait voir prendre aux études qui se poursuivaient, dans le sens d'un contrat volontaire d'affiliation. Le Comité d'études du financement des entreprises (CEFE), dont les travaux sur les groupes de sociétés publiés à l'occasion du XXIII[e] Congrès de l'Ordre des experts-comptables et des comptables agréés en 1968 ont largement contribué à éclairer le sujet, s'est livré à une vaste enquête sur l'accueil réservé à la proposition de loi 1055 et a recueilli les nombreuses observations formulées par les représentants des grandes entreprises, des groupes de sociétés et internationaux, des délégués du Patronat, des juristes, etc. La Fondation nationale pour le droit de l'entreprise a tenu en 1971 à Montpellier et à Rennes des journées d'études sur le même sujet qui ont été très suivies et dont les débats et conclusions ont maintenant été publiés.

Pour sa part le groupe « Droit et financement des entreprises », dit Groupe de prospective juridique appliquée, constitué dans le cadre de l'élaboration du VI[e] Plan, et présidé par M. Michel Vasseur, Conseiller d'Etat, professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris, retenait comme un de ses thèmes principaux de réflexion la question des groupes de sociétés ; le sous-groupe ad hoc animé par M. Stephen Gorlin, directeur des Etudes financières à la société Rhône-Poulenc, renonçant à donner une définition juridique du groupe, s'efforçait de présenter diverses propositions qui permettraient d'assurer un meilleur fonctionnement des groupes et une meilleure protection des actionnaires minoritaires.

Enfin, conscient que la concentration de l'industrie française s'effectue au niveau des groupes, et que l'exploitation d'une branche ou d'une activité particulière d'une entreprise au moyen d'une ou plusieurs filiales est plus rationnelle, le législateur fiscal a veillé à ce que le fonctionnement des groupes ne soit pas entravé sur le plan interne ni sur un plan international. La loi du 12 juillet 1965 et le décret du 11 septembre 1967 ont introduit à cet effet un système d'imposition dit du bénéfice mondial apportant une dérogation à la règle de territorialité, et un autre appelé du bénéfice consolidé autorisant les sociétés d'un groupe à faire abstraction de la notion de personnalité distincte de chacune et à constituer une masse globale de leurs résultats. Mais ces deux régimes étaient réservés à certains groupes français à vocation internationale et ne furent accordés qu'aux groupes disposant de filiales ou d'établissements à l'étranger. C'est seulement par l'article premier de la loi n° 71-1025 du 24 décembre 1971 que l'extension du régime du bénéfice consolidé a été acquise en faveur

des groupes purement nationaux, sur agrément du Ministre de l'Economie et des Finances, et pour les filiales constituées à l'occasion d'une concentration d'entreprise ou de la restructuration interne du groupe.

Ainsi le moment paraît-il venu de faire la synthèse des éléments disponibles, des études et observations formulées tant à propos du projet de statut d'une société anonyme européenne que de la proposition de loi n° 1055, et de proposer ainsi un droit cohérent des groupes de sociétés en France.

∴

Tout comme la précédente proposition et comme le règlement de société anonyme européenne, la nouvelle proposition part du fait économique ; l'état de dépendance d'une société par rapport à une autre, quelle que soit la source d'où naît le groupe, dès lors que la société dominante établit entre elle et la société dépendante l'unité de direction.

La différence est de conception quant à l'emprise du droit sur le fait ainsi défini.

Le législateur peut organiser un système de conséquences directes où le fait, sous la seule réserve de sa constatation indiscutable, entraîne inéluctablement l'application du statut des groupes. Il en est ainsi dans la proposition n° 1055.

Un autre système, celui de la nouvelle proposition, ne consacre le fait en droit que par la conclusion d'un « contrat d'affiliation ». Le groupe ne sera légalement constitué qu'une fois le contrat passé entre la société dominante et la société dépendante. Alors seulement celle-ci de « dépendante » devient « affiliée ».

A cette conception du groupe répondent les titres premier et second de la proposition.

Deux éléments de base définissent le groupe, le lien de dépendance et la direction unique.

Il faut entendre par société dépendantes des sociétés juridiques autonomes sur lesquelles une autre société, qui est la société dominante, peut exercer une influence prédominante. A l'image de la proposition de loi n° 1055, la présente proposition a préféré, à la dénomination « société dépendante » qui pourrait être ressentie comme dépréciante, celle de « société affiliée ». Il est clair que ces définitions sont d'interprétation restrictive et s'appliquent pour la mise en œuvre de la présente loi seule.

La dépendance peut se réaliser par des moyens juridiques tirés le plus souvent du droit des sociétés : telle la participation (en quotité de capital détenu ou en droit de vote), ou le contrat (rappel des contrats inter entreprises du droit allemand, *Organschaftsverträge*). Elle peut aussi revêtir une forme larvée, accords et conventions de coopération, concession, spécialisation, sous-traitance, qui ont en apparence un autre objet, mais aboutissent aussi certainement à la dépendance qu'un contrat de domination quand les partenaires ne sont pas libres et égaux. Elle peut enfin être fondée uniquement sur des éléments de fait: telle l'union personnelle résultant de l'identité des dirigeants.

L'article 4 de la présente proposition prévoit que le lien de dépendance entre deux sociétés est établi valablement entre elles par un contrat dit d'affiliation. Ainsi est respecté le principe de la liberté de constitution des groupes, sur lequel le groupe « Droit et financement de l'entreprise » du VI° Plan mettait l'accent, dans l'état actuel de notre système économique et politique. Toute reconnaissance de l'existence d'un groupe sans le consentement des sociétés en cause et sur déclaration faite par une juridiction, telle qu'elle était prévue dans la proposition de loi n° 1055, est écartée.

Cependant, pour tenir compte de la structure des groupes français et de la prépondérance des participations comme forme d'exercice du contrôle, une présomption de dépendance est établie chaque fois qu'une société dispose, dans une autre société, de plus de 50 % des voix attachées à l'ensemble des titres émis (art. 2). Il s'agit d'une présomption non irréfragable. Encore est-elle exclue si les statuts de la société affiliée prévoient que certaines décisions de gestion des associés doivent être prises à une majorité supérieure au nombre de voix dont dispose, directement ou indirectement la société dominante.

Quand cette présomption correspond à la réalité des faits, un contrat d'affiliation peut être proposé par la société dominante à la société dépendante, qui lui permettra d'obtenir de celle-ci l'obéissance à ses ordres de direction, et par conséquent de gérer les affaires de la seconde dans l'objectif d'une gestion rationnelle du groupe et non dans le seul intérêt des propres actionnaires ou associés de cette société dépendante, qui ne coïncide pas toujours avec celui du groupe. Si une telle proposition n'est pas faite, la société-mère et sa filiale n'accéderont pas au statut de groupe de droit, et le groupe de fait constitué devra respecter les règles du droit actuel des sociétés, c'est-à-dire que seront interdites à la société dominante toutes opérations de nature à aller à l'encontre des intérêts des actionnaires minoritaires de la société dépendante.

La seconde condition d'existence du groupe est que la société dominante réunisse les sociétés qui dépendent d'elle sous une direction unique. Si le lien de dépendance conditionne le groupe et si celui-ci ne peut exister sans lui, il peut y avoir dépendance sans groupe si la direction unique manque. Aucune incertitude d'interprétation ne peut être envisagée ; l'article 3 de la présente proposition définit clairement le groupe.

La notion de direction unique est liée à celle d'unité de décision ; c'est celle qui s'exerce à travers les entités de droit multiples que sont les

sociétés juridiquement autonomes soumises au contrôle. C'est de l'unité de direction qu'émaneront, tout au long de la vie du groupe, les directives qui en guideront la gestion et en assureront, en fonction de l'intérêt global, l'unité économique.

Il s'agit en fait de l'exercice du pouvoir de décision dont dispose la société dominante, quelle que soit la nature de ce pouvoir (financier, humain, etc.). Cet exercice n'est pas exclusif d'une très large décentralisation et n'implique pas obligatoirement l'existence d'une cellule unique de prise de décision. Il est clair par exemple qu'une société holding, qui assure les moyens de financement des projets d'investissements, même établis au niveau des sociétés affiliées, détient le pouvoir de décision et assure personnellement l'exercice de ce pouvoir puisqu'elle est dispensatrice des capitaux nécessaires. A plus forte raison en est-il de même d'une société dominante vis-à-vis de sociétés dépendantes entre lesquelles une communauté d'administrateurs a été réalisée, même s'il n'y a pas de participation de la première au capital des secondes. Le degré de hiérarchisation du groupe peut être très variable naturellement. Dans certains cas, la structure pyramidale se manifeste clairement, les dirigeants et les cadres de la société dominantes planifient l'activité générale de la société-mère et des sociétés affiliées, qui se bornent à exécuter. Dans les petits groupes, il peut même s'agir simplement de services érigés en sociétés autonomes sans que celles-ci fonctionnent comme telles. Dans les grandes sociétés le degré de centralisation varie selon le domaine d'activité : il peut y avoir plusieurs niveaux de centralisation et ceux-ci varient selon les fonctions. Le plus souvent la planification à long terme, le financement, le développement sont dirigés d'une manière centralisée. Et l'administration du groupe tend souvent à être confiée à une holding spécialisée.

Une disposition consacrant le pouvoir de commandement est essentielle dans tout droit des groupes : tel est l'objet de l'article 27 de la présente proposition. Mais la toute-puissance du contrôle ne doit pas aboutir à son immixtion désordonnée dans la société dépendante : la société dominante ne doit jamais pouvoir s'adresser directement au personnel de la société dépendante (art. 28).

Bien qu'elle apparaisse ainsi toute-puissante, la société dominante est soumise à de nombreuses contraintes : juridiques, économiques, sociales. Or l'autonomie des dirigeants de la société dépendante qu'implique l'application des méthodes modernes de gestion, et le respect ou la crainte des actionnaires minoritaires risquent d'empêcher la société dominante d'appliquer la politique qu'elle désire mener. Il convient de l'autoriser clairement à déroger au droit actuel et à faire exécuter par la société dépendante certains actes qui autrement auraient constitué des détournements de biens sociaux ou des abus de droit : prestations ou livraisons de produits à prix

coûtant ou même à perte, transfert d'actifs, glissements de bénéfice en vue du financement d'investissements ou d'équilibre de fonds de roulement : tels sont les objets des articles 30 et 31 de la présente proposition de loi. Quand de telles opérations sont de nature à porter préjudice à la société dépendante, plus particulièrement à ses actionnaires minoritaires, une contrepartie doit être offerte à ceux-ci, qui peut consister en garanties de dividendes et/ou indemnités compensatrices.

Des opérations seront ainsi légalisées dont la pratique, économiquement normale, voire nécessaire, ne peut, à défaut de droit des groupes, s'exercer que par des procédés occultes, en infraction souvent aux lois pénales aussi bien que commerciales. Il fallait dire clairement que, ces opérations devenant licites, aucune responsabilité ni pénale ni civile ne saurait plus désormais être encourue de leur chef. Cela est proclamé par l'article 33 de la proposition.

De fait la domination par les liens de groupe s'est jusqu'à ce jour située toute entière en marge du droit, vérité constamment méconnue autant qu'éprouvante par la menace des sanctions civiles et pénales qu'elle porte en elle. Nombre d'auteurs et praticiens ne se sont pas fait faute d'attirer là-dessus l'attention des tenants de l'absence de législation des groupes, avant que le discours du Ministre de la Justice du 9 juin 1971, en les réitérant, ne donne une plus forte résonance à ces avertissements.

Comment les dirigeants des groupes ne seraient-ils pas sensibles aux avantages d'une gestion de groupe désormais affranchie de toute équivoque s'exerçant en pleine lumière et liberté ? Autant qu'aux actionnaires externes, aux créanciers, au personnel des sociétés dépendantes, le droit des groupes leur ouvre à eux aussi l'accès à des garanties, celles de rectitude dans la légalité.

L'ensemble de ces dispositions répond, cette fois encore, aux deuxième principe dégagé par le groupe « Droit et financement de l'entreprise » du VI[e] Plan, selon lequel c'est la majorité qui décide dans les sociétés de capitaux : la minorité doit s'incliner devant la volonté de la majorité, sous réserve que celle-ci ne lèse pas la minorité ou, si elle lui cause un préjudice, elle l'en indemnise.

Il est clair que la mise en œuvre de ces dispositions dans le cadre des contrats d'affiliation, notamment des transferts d'actifs (art. 30) et des prestations ou livraisons à prix coûtant et même à perte de la société affiliée à la société dominante (art. 30) est de nature à entraîner des conséquences fiscales graves. Les auteurs de la présente proposition de loi se sont refusés volontairement à prendre celles-ci en considération et à rechercher les solutions possibles en ce domaine, ne voulant en aucune façon aliéner l'indépendance du législateur fiscal et soucieux de laisser celui-ci dégager les solutions les plus équitables en même temps que les plus adéquates

à la vie des groupes, dans le sens de l'évolution ci-dessus rappelée qui a abouti notamment aux dispositions de l'article premier de la loi de finances du 24 décembre 1971.

∴

Dans un droit des groupes qui reconnait la validité des opérations réalisées par la société dominante au profit de l'intérêt seul du groupe, la protection des actionnaires et associés minoritaires, dits externes, n'est pas le point le moins important.

La présente proposition confère aux intéressés, en cas de prise de contrôle de leur société, l'option entre deux solutions dont l'ensemble constitue le règlement terminal et qui doivent être portées à la connaissance des intéressés en même temps que le contrat d'affiliation :

— leur retrait de la société dépendante, soit par échange de leurs actions contre des titres de la société dominante, soit par versement d'une indemnité en espèces ;
— leur maintien dans la société dépendante avec le bénéfice d'une allocation compensatrice annuelle.

L'offre du règlement terminal appartient à la société dominante et la proposition prévoit de laisser à celle-ci le choix entre les titres qu'elle doit offrir en échange des actions de la société dépendante. Il pourra s'agir ainsi d'actions ordinaires, mais aussi d'obligations convertibles en actions, ou même d'obligations simples (art. 15). La société dominante pourra pourvoir à ses besoins en ce domaine par une augmentation de capital ou un rachat d'actions en bourse : il est laissé au décret d'applications de réglementer ce point (art. 17). Mais il est essentiel que les modalités d'échange des actions ou de calcul de l'indemnité en espèces soient à l'abri de toute contestation : c'est pourquoi le soin de les déterminer est laissé conjointement aux commissaires aux comptes des sociétés dominantes et affiliées (art. 8) dont le rapport doit être adressé à tous les intéressés.

La seconde branche de l'option offerte aux actionnaires et associés externes consiste dans le versement, à l'actionnaire qui refuse le règlement terminal et veut se maintenir dans la société dépendante tout en subissant les préjudices éventuels dus à l'exécution par celle-ci des ordres de direction de la société dominante, d'une allocation compensatrice annuelle. Cette allocation peut être calculée de deux façons :

— ou bien il s'agit d'une somme fixe, versée chaque année pour le même montant, qui sera établi au départ en tenant compte du rendement passé de la société affiliée et de ses perspectives futures.

A l'opposition manifestée à cet égard contre la disposition analogue insérée à l'article 21 de la proposition de loi n° 1055, on peut répondre que le problème du calcul de cette allocation ne diffère pas tellement du problème de l'évaluation d'une société au moment de la fusion ou de la scission et que les commissaires aux comptes sont en mesure d'effectuer une telle évaluation, comme le font les commissaires aux apports ;

ou bien il s'agit d'une somme variable représentant une fraction des résultats du groupe. L'une des obligations du groupe est d'établir des comptes consolidés (art. 45) et de publier périodiquement, pour chaque société, l'état de ses participations. Il paraît donc possible de se fonder sur les résultats globaux du groupe pour déterminer, selon des procédures comptables faciles à appliquer et en partant de la parité établie entre les actions de la société dominante et celles de la société affiliée, la part de dividende qui pourrait revenir normalement aux actionnaires et associés externes.

Le règlement terminal et l'allocation compensatrice annuelle sont l'un et l'autre des charges de la société dominante. Le système proposé pourrait ainsi apporter une garantie sérieuse aux actionnaires et associés externes.

La suppression de l'intangibilité du patrimoine de la société affiliée dans le droit des groupes envisagé conduirait à l'anéantissement financier de cette dernière si n'était prévue l'obligation pour la société dominante de compenser annuellement et intégralement les pertes de la société dépendante. Tel est l'objet du « transfert compensateur » prévu par l'article 32.

Cette disposition est reprise du précédent projet. Les critiques auxquelles elle avait donné lieu pourraient avoir perdu de vue qu'elle est la contrepartie du pouvoir conféré à la société dominante de disposer du patrimoine des sociétés affiliées. Cela a été rappelé avec une particulière vigueur au cours du colloque international tenu à la Faculté de droit de Liège les 20 et 21 octobre 1972 sur le droit des groupes. Supprimer la compensation des pertes, c'est permettre l'absorption par la société dominante de l'actif entier de la société affiliée sans dédommager les actionnaires externes demeurés dans cette dernière. Autant alors ne permettre cette absorption que par une franche fusion qui fait disparaître la société absorbée comme ses actionnaires, avec toutes les garanties qui sont celles de la fusion, plutôt que d'instituer un droit des groupes trompeur.

La proposition prévoit également une réglementation des comptes consolidés. L'énoncé du principe seul figure dans le texte, à l'article 45, mais cette disposition, qui répond à un besoin d'information essentiel et constitue en elle-même une autre forme de protection des actionnaires, des tiers et du public, peut s'appuyer sur le rapport approuvé par arrêté ministériel du 4 mars 1968 du Conseil national de la comptabilité, sur les

recommandations de la Commission des opérations de Bourse dont les exigences en matière de publication de comptes consolidés ont pris effet au 1er juillet 1971, et sur les travaux d'approfondissement des techniques comptables de consolidation qui sont menés actuellement par le Comité d'études du financement des entreprises et le Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables et des comptables agréés.

Il n'a pas été jugé utile de prévoir la désignation d'un commissaire de groupe, le ou les commissaires de la société dominante devant rendre compte annuellement à l'assemblée générale des actionnaires de celle-ci de l'exécution des clauses particulières du contrat d'affiliation et la même tâche incombant, en ce qui concerne la société affiliée, aux commissaires aux comptes de celle-ci (art. 41).

∴

A côté des actionnaires externes et au moins aussi dignes d'intérêt figurent les salariés de l'entreprise dépendante. L'entrée de celle-ci dans le groupe ne sera pas sans entraîner pour eux de graves conséquences : réduction éventuelle du personnel, fermeture d'ateliers sinon même d'usines entières, transfert d'une usine dans une autre qui doit d'ailleurs être autorisé s'il est effectué dans l'intérêt social du groupe.

Mais il a paru difficile de résoudre, dans le cadre de la présente proposition de loi, l'ensemble des problèmes que pose l'existence des groupes à l'égard de deux grands domaines :

— le maintien du contrat de travail et des avantages acquis dans le cadre de celui-ci et/ou des conventions collectives ;
— la représentation des travailleurs des entreprises dépendantes auprès de la société dominante.

Les juristes n'ont porté leur attention que depuis peu à ces problèmes et les décisions de jurisprudence restent peu nombreuses et de portée limitée. Une recherche approfondie et une longue réflexion auraient conduit à retarder l'ensemble de la présente proposition de loi. Seules ont donc été retenues deux mesures :

— la représentation des travailleurs de la société dépendante au sein d'un comité d'entreprise du groupe dont le comité d'entreprise européen prévu par le statut de la société anonyme européenne peut laisser présumer la forme (art. 25) ;
— le sort des travailleurs qui ont reçu, au titre de la participation, des actions ou coupures d'actions provenant d'incorporations de

réserves ou de rachat dans la société affiliée, et dont la qualité d'actionnaires est semblable à celle des autres actionnaires externes (art. 26).

La présente proposition de loi instaure pour base légale d'existence du groupe le contrat d'affiliation. Mais quelle est alors la situation du groupe de fait, autrement dit quel est le régime des sociétés liées par un rapport de dépendances sans avoir passé entre elles de contrat d'affiliation ?

C'est à cette question que répond le titre VII de la proposition sur « l'exercice du pouvoir de décision sans contrat d'affiliation ». Cette réponse, le discours du 9 juin 1971 l'avait déjà donnée. Ayant mentionné le caractère non obligatoire de la constitution du groupe de droit, le Ministre ajoutait : « ...les sociétés pourraient constituer aussi, si elles le préféraient, des groupes de fait, mais alors elles resteraient sous la menace d'une application stricte des règles de la loi du 24 juillet 1966 et l'on peut penser que les tribunaux, s'ils ont pu se montrer libéraux dans l'application des textes qui paraissent difficilement compatibles avec la réalité des groupes, le seraient beaucoup moins le jour où les groupes auraient à leur disposition une possibilité légale d'y échapper ».

Au sein du groupe de fait ne sauraient donc être admis les transferts patrimoniaux, soit implicites, soit ouvertement réalisés comme tels, qu'autorise pleinement le groupe de droit. A l'initiative des actionnaires externes de la société dépendante pourra être mise en œuvre la responsabilité des dirigeants de fait et de droit des sociétés du groupe de fait. Tel est l'objet des articles 34 à 37 de la proposition.

Cette incitation à passer sous le régime du groupe de droit devrait être décisive.

∴

C'est aux limites de la fusion que se situe la « société intégrée » (filiale à 100 %) tirée du précédent allemand, réglée dans le titre IX de la proposition. Elle échappe à la critique exposée ci-dessus, puisqu'elle ne peut être instituée qu'à partir d'une société déjà dominée à 95 % et cela par transfert à la société dominante des 5 % restants.

Il est apparu souhaitable de ne pas la contraindre et inutile de l'obliger à fonctionner comme si elle comportait de multiples actionnaires, ni même nécessaires de continuer à exiger d'elle l'existence de sept actionnaires si l'actionnaire à 100 % est une personne morale. On voit apparaître là le problème de la société unipersonnelle qui a fait l'objet d'une proposition de loi récente sur le modèle de *l'Einmanngesellschaft* allemande, et qui est posé depuis longtemps dans notre pays. Il convient à cet égard de signaler l'innovation importante apportée par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, dont

l'article 9 prévoit qu'une société peut subsister, ne serait-ce temporairement, avec un seul associé. Il serait donc plus conforme à la réalité des choses que la filiale à 100 %, dont l'associé unique est une personne morale, puisse apparaître au grand jour, comme une société à main unique : tel est le but des articles 52 à 54 de la présente proposition. La solution proposée permet de simplifier le mécanisme actuel de la société anonyme, tout en laissant subsister la personnalité juridique de la société dépendante. L'existence d'un seul actionnaire est incompatible avec la notion d'assemblée : dès lors le plus grand nombre des décisions qui sont du domaine des assemblées d'actionnaires doivent être prises par le ou les représentants qualifiés de la société dominante, qui sont constitués entre eux en un Comité de direction, qui jouit de tous les pouvoirs attribués par la législation sur les sociétés par action aux organes d'administration, de direction ou de surveillance (art. 53).

Aucune disposition particulière n'est prévue pour limiter la responsabilité de l'actionnaire unique, il n'existe en effet aucune raison pour qu'un créancier reçoive plus de garanties en traitant avec une société ayant un seul actionnaire qu'avec une société en ayant plusieurs.

De même il n'a pas été créé d'obligation pour la société dominante de soumettre à l'approbation de ses actionnaires les comptes des filiales à 100 % : si celles-ci sont nombreuses, il y aurait eu là une impossibilité pratique. Les obligations actuelles concernant les filiales permettent à ces actionnaires d'obtenir des renseignements suffisants sur la marche de ces filiales.

La filiale à 100 % n'est pas le seul cas où les actionnaires externes n'ont plus aucun rôle dans la société dépendante. La même situation existe lorsque la participation majoritaire est presque totale. Cette situation a été prévue par certaines législations étrangères et en Grande-Bretagne, si une société est amenée à détenir plus de 90 % du capital d'une autre société, les actionnaires de celle-ci peuvent demander à la première de racheter leurs actions, et réciproquement la société dominante peut obliger les actionnaires externes de la société dépendante à lui vendre leurs propres actions.

L'adoption de dispositions de ce genre est apparu possible, dans le but de simplifier les structures de groupes qui sont souvent alourdies par de très faibles minorités. Pour tenir compte des réticences formulées à cet égard par le groupe « Droit et financement de l'entreprise » du VI[e] Plan, la limite inférieure de participation a été fixée à 95 % (art. 47).

Il convient enfin de conférer un statut à la société dominée à 95 %, qui soit une incitation à la société dominante de procéder à l'intégration. C'est pourquoi les actionnaires externes de la société dominée à 95 % sont en droit à tout moment de réclamer un contrat d'affiliation rétroagissant, quant à l'allocation compensatrice et quant à l'évaluation de la parité,

à la date où la participation de 95 % a été atteinte, si elle ne remonte pas à plus de cinq ans (art. 55).

***

En combinant le système de la présente loi avec les modifications proposées à la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, qui sont préparées par le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, ou prévues dans la proposition de loi n° 2265, il semble qu'on doit aboutir à un apurement de la situation actuelle en matière de groupes de sociétés, et à une régénération du droit des sociétés. L'ensemble de la présente proposition, en s'en tenant aux groupes de droit et en laissant jouer les dispositions actuelles, constitue une première étape vers un droit des groupes que la réalité économique appelle et que la Commission des Communautés européennes cherche à mettre en place.

La proposition laisse toutefois de côté un certain nombre de questions. Aucune mention n'est faite des groupes dits d'entreprises équivalentes, ou groupes horizontaux. Le problème de la concentration par liens d'égalité prend de plus en plus d'importance dans les pays du Marché commun. On peut se demander si ces « filiales communes » fonctionnent comme des « filiales » soumises à une unité de direction ou au contraire comme des sociétés anonymes typiques (1). Le problème devrait faire l'objet d'une réflexion approfondie. Rien n'empêchera de telles sociétés, dans un premier temps, de conclure entre elles un contrat d'affiliation qui, si la direction unique existe en fait, entraînera les dispositions prévues dans la présente proposition en faveur des actionnaires et associés externes.

La proposition ne traite que des groupes à la tête desquels se trouve une société et, pour les filiales à 100 %, que de celles dont l'actionnaire unique est une personne morale. Elle laisse hors de son champ les cas des groupes dominés par une personne physique. Il est difficile de faire autrement aussi longtemps que le droit français n'aura pas évolué vers la notion de patrimoine commercial de la personne physique et de société unipersonnelle déjà rencontrée plus haut.

Ont été enfin volontairement laissés de côté, comme il a été dit déjà, tous les problèmes de nature fiscale, dont certains devront faire l'objet de mesures d'ensemble (tels ceux posés par la possibilité de transferts d'actifs), et d'autres trouveront facilement des solutions de détail, comme le sort fiscal de l'allocation compensatrice annuelle.

Tels sont les motifs pour lesquels nous vous demandons d'adopter la présente proposition de loi.

(1) Voir *Memorandum de la Commission des Communautés européennes sur la politique industrielle* en date du 18 mars 1970, II[e] partie, pp. 11-18 et suiv., notamment 11-22 à 28.

PROPOSITION DE LOI

TITRE Ier

DÉFINITIONS

Article premier

Quand une société dispose sur une autre société d'une influence lui permettant d'exercer sur celle-ci, directement ou indirectement, par des moyens de droit ou de fait, le pouvoir de décision, la première est dite société dominante et la seconde société dépendante.

Art. 2.

Une société est, sauf preuve contraire, présumée dépendante d'une autre société quand cette dernière dispose, directement ou indirectement, dans la première de plus de 50 % des voix attachées à l'ensemble des droits sociaux.

Cette présomption ne pourra notamment être invoquée si les statuts de la société affiliée prévoient que certaines décisions de gestion des associés doivent être prises à une majorité supérieure au nombre de voix dont dispose, directement ou indirectement, la société dominante.

Art. 3.

Les sociétés dominante et dépendante forment un groupe quand elles sont réunies sous la direction unique de la société dominante.

Toute société dominante est présumée former un groupe avec la société dépendante, sauf à apporter la preuve qu'il n'y a pas exercice du pouvoir de décision.

Le groupe n'a pas la personnalité morale.

Art. 4.

Le lien de groupes inter-sociétés s'établit en droit par un contrat dit d'affiliation, conclu et publié en conformité des titres II et VIII de la présente loi.

Chacune des sociétés dépendantes au sein d'un groupe est dite société affiliée.

Par le contrat d'affiliation, la société affiliée s'oblige, en contrepartie des garanties conférées en vertu des titres III, IV et V de la présente loi à ses actionnaires et associés, à son personnel et à ses créanciers, à obéir aux ordres de direction de la société dominante conformément aux dispositions du titre VI de la présente loi.

Art. 5.

Les actionnaires ou associés de la société affiliée qui n'ont pas de participation dans le capital de la société dominante sont dénommés actionnaires ou associés externes.

Toutefois, seront également traités comme tels ceux dont la participation dans le capital de la société dominante ne dépasse pas (1 %) du capital de celle-ci.

La qualité d'actionnaire ou d'associé externe est exclue pour ceux qui participent, en droit ou en fait, à la direction du groupe.

Art. 6.

Les groupes de sociétés non affiliées sont soumis aux dispositions du titre VII de la présente loi, sous réserve des dispositions du titre IX relatives aux sociétés intégrées.

TITRE II

LE CONTRAT D'AFFILIATION

Art. 7.

Le contrat d'affiliation est, à peine de nullité, passé par écrit et établi en autant d'exemplaires que de parties contractantes.

Il doit être approuvé par les associés des sociétés contractantes dans les conditions prévues pour les modifications statutaires de celles-ci.

Art. 8.

Les commissaires aux comptes de la société dominante et de la société affiliée, assistés le cas échéant d'experts de leur choix, établissent et présentent un rapport sur les modalités du contrat d'affiliation et du règlement terminal prévu aux articles 13 à 23 de la présente loi, plus spécialement sur la parité proposée pour l'échange des actions ou parts sociales de la société affiliée contre les titres ou parts sociales de la société dominante.

et sur le montant de l'indemnité en numéraire à verser en échange de la reprise de ces actions. A cet effet les commissaires aux comptes peuvent obtenir communication de tous documents utiles auprès de chaque société intéressée et des sociétés liées à elle par le lien défini à l'article premier de la présente loi.

Un commissaire aux comptes est désigné, dans les sociétés qui n'en comportent pas, par ordonnance du Président du tribunal de commerce ou à son défaut du Président du tribunal de grande instance de leur siège social rendue sur requête.

La mise en œuvre des dispositions du présent article sera précisée par décret.

Art. 9.

Avant la décision d'approbation, l'organe d'administration de la société dépendante adresse, à chaque actionnaire ou associé de celle-ci, en même temps que la proposition du contrat d'affiliation, le rapport des commissaires aux comptes, dans les conditions qui seront déterminées par décret.

Le projet de contrat d'affiliation est soumis pour avis, le cas échéant, aux comités d'entreprise de la société dominante et de la société dépendante.

Art. 10.

Le contrat d'affiliation entre en vigueur à la date de son inscription au registre du commerce, prévue à l'article 38 de la présente loi.

Art. 11

La modification du contrat d'affiliation ne peut intervenir que dans la forme et selon la procédure prévues aux articles 7, 8 et 9 pour sa conclusion, le tout assorti des mesures de publicité prévues au titre VIII de la présente loi et par le décret à intervenir.

Art. 12.

Le contrat d'affiliation prend fin quand le lien défini à l'article premier de la présente loi disparaît.

Le contrat est susceptible de résiliation judiciaire pour manquement de la société dominante aux obligations qui y sont contenues, à la demande des actionnaires ou associés externes de la société affiliée dans les conditions prévues à l'article 21 de la présente loi.

Le juge des référés peut enjoindre à la société dominante de respecter et d'exécuter le contrat d'affiliation en tout ou en partie de ses dispositions, jusqu'à décision au principal. Il ordonne à cet effet toutes mesures provisoires appropriées, même d'office.

TITRE III

PROTECTION DES ACTIONNAIRES OU ASSOCIÉS EXTERNES

Art. 13.

Le contrat d'affiliation prévu à l'article 4 de la présente loi contient l'offre, aux actionnaires ou associés externes de la société affiliée, d'une option entre le droit de retrait aux conditions arrêtées dans un règlement terminal et le maintien aux droits dans la société affiliée assorti d'une allocation compensatrice annuelle.

Art. 14.

Le retrait offert par le règlement terminal s'opère selon les cas prévus à l'article 15 de la présente loi, soit par échange des actions ou parts de la société affiliée contre des titres ou parts de la société dominante, soit par paiement d'une indemnité en numéraire.

Si le nombre d'actions ou parts de la société affiliée dont l'échange est demandé ne permet pas d'obtenir un nombre entier de titres de la société dominante, celle-ci est tenue d'acheter les « rompus ».

Art. 15.

I. — Si la société dominante est une société anonyme ou une société en commandite par actions ayant son siège social en France métropolitaine ou dans les départements et territoires d'outre-mer ou dans l'un des Etats membres de la Communauté économique européenne, ne dépendant elle-même d'aucune autre société, les titres de la société dominante proposés dans le règlement terminal sont des actions, des obligations convertibles en actions ou des obligations ordinaires.

II. — Si la société dominante dépend elle-même d'une autre société chef de groupe revêtant la forme de société anonyme ou en commandite par actions, ayant son siège social en France métropolitaine ou dans les départements et territoires d'outre-mer ou dans un des Etats membres de la Communauté économique européenne, le règlement terminal doit offrir le choix entre des titres de la société dominante du groupe visés à l'alinéa I ou une indemnité en numéraire.

III. — Si la société dominante est une société anonyme ou une société en commandite par actions ayant son siège dans un pays étranger autre que l'un des Etats membres de la Communauté économique européenne,

le règlement terminal comprend les titres de la société dominante visés à l'alinéa I ou, en cas d'impossibilité, une indemnité en numéraire.

IV. — Si la société dominante est une SARL ou une société de personnes, le règlement terminal comprend seulement une indemnité en numéraire.

Art. 16.

La société dominante est directement tenue des obligations du règlement terminal vis-à-vis des actionnaires ou associés externes de la société affiliée.

Art. 17.

Les conditions dans lesquelles la société dominante peut se procurer les titres à offrir pour le règlement terminal sont réglées par décret.

Art. 18.

Les actionnaires ou associés externes de la société affiliée qui n'ont pas réclamé l'application du règlement terminal dans les trois mois de l'inscription du contrat d'affiliation au registre du commerce, prévue à l'article 38 de la présente loi, ont droit, aux lieu et place du dividende ou de leur part dans les bénéfices, ou en complément à ceux-ci, à l'allocation compensatrice annuelle.

Art. 19.

L'option pour l'allocation compensatrice annuelle est offerte aux actionnaires ou associés externes de la société affiliée conjointement avec le règlement terminal.

Elle est d'un montant déterminé établi selon le rendement passé de la société affiliée et les perspectives futures de celle-ci, aussi approché que possible du montant sur lequel l'actionnaire ou l'associé aurait pu compter si la société était demeurée indépendante.

Il peut être offert aussi un montant proportionnel aux futurs dividendes de la société dominante, ou encore un montant représentant une fraction fixe des bénéfices consolidés de l'exercice.

Art. 20.

Les actions de la société affiliée conservées par les actionnaires externes qui ont opté pour l'allocation compensatrice annuelle sont désormais privées du droit de vote qui leur était attaché.

Art. 21.

Les actionnaires externes représentant au moins un cinquième du capital de l'actionnariat externe de la société affiliée ont le droit de

contester le règlement terminal et l'indemnité compensatrice annuelle, dans le délai de trois mois de l'inscription du contrat d'affiliation au registre du commerce prévue à l'article 38 de la présente loi. A cet effet, ils peuvent se grouper au besoin dans des conditions fixées par décret.

Dans les sociétés autres que les sociétés par actions, la même action en contestation peut être introduite, dans le même délai, par tout associé externe, quelle que soit sa part dans le capital de la société affiliée.

Art. 22.

L'exécution des clauses du contrat d'affiliation portant règlement terminal et fixation de l'allocation compensatrice annuelle est suspendue jusqu'à décision judiciaire entrée en force de chose jugée sur les actions visées à l'article précédent.

Art. 23.

La décision judiciaire rendue en application de l'article 21 et entraînant modification du contrat d'affiliation oblige les parties contractantes au même titre que ce contrat lui-même, à la date de son entrée en vigueur selon l'article 10 de la présente loi.

TITRE IV

PROTECTION DES CRÉANCIERS

Art. 24.

La société dominante répond, solidairement avec la société affiliée, de toute dette de celle-ci, échue avant la clôture de l'exercice précédent et demeurée exigible trois mois après l'approbation des comptes dudit exercice.

TITRE V

PROTECTION DES MEMBRES DU PERSONNEL

Art. 25.

Il est créé auprès de la société dominante un comité central de groupe, dont l'avis doit être obligatoirement demandé par les organes de direction ou de gestion de cette société dans tous les cas où les décisions prévues dans l'ordonnance n° 455 280 du 22 février 1945 concernant une ou plusieurs sociétés affiliées et non la seule société dominante.

Le comité central de groupe est composé de membres désignés par les comités d'entreprise des sociétés affiliées et de la société dominante en

fonction du nombre des salariés de cette société, dans des conditions qui sont fixées par décret.

Les avis et décisions du comité central de groupe s'imposent, dans le cadre des compétences de ce comité, aux comités d'entreprise des sociétés affiliées et de la société dominante.

Art. 26.

Lorsque les salariés de la société affiliée ont reçu des actions au titre de l'intéressement prévu par l'ordonnance n° 59-126 du 7 janvier 1959 ou de la participation aux fruits de l'expansion des entreprises prévue par l'ordonnance n° 67-693 du 17 août 1967 et la loi n° 73-1197 du 27 décembre 1973, des options de souscription ou d'achat d'actions prévues par la loi n° 70-1322 du 31 décembre 1970, des souscriptions ou des achats d'actions prévues par la loi n° 73-1196 du 27 décembre 1973, les actions de la société dominante qui leur seront remises en échange, conformément aux dispositions de l'article 14 de la présente loi, seront frappées de la même indisponibilité que les actions de la société affiliées qu'ils possédaient, et ce jusqu'à l'expiration du délai restant à courir pour celles-ci.

Si le règlement terminal prévoit un paiement en numéraire, les sommes revenant à ce titre aux salariés seront portées à un compte bloqué dans la société affiliée, qui portera intérêt, sauf convention contraire, à un taux fixé par décret. Ce compte restera bloqué jusqu'à l'expiration du délai restant à courir pour les actions de la société affiliée que possédaient lesdits salariés. Il en sera de même pour les sommes versées par la société dominante en cas d'application du second alinéa de l'article 14 de la présente loi.

TITRE VI

FONCTIONNEMENT DU GROUPE

Art. 27.

La société affiliée est tenue d'exécuter les ordres de direction que lui adresse la société dominante en vertu du pouvoir de décision à elle conféré par le contrat d'affiliation.

Elle doit toutefois opposer un refus aux ordres dont l'exécution constituerait une violation du contrat d'affiliation ou une infraction tombant sous des dispositions pénales dont la présente loi n'a pas pour effet d'écarter l'application.

Art. 28.

Les ordres de direction ne peuvent être donnés que par les organes qualifiés de la société dominante aux organes qualifiés de la société affiliée.

Art. 29.

Si l'exécution de l'ordre de direction requiert l'agrément du conseil d'administration ou de surveillance ou de l'assemblée générale ordinaire de la société affiliée, et que cet agrément ne soit pas accordé dans un délai raisonnable, la société dominante est en droit de réitérer l'ordre de direction, qui devra alors recevoir exécution même sans l'agrément.

Art. 30.

Les ordres de direction peuvent imposer à la société affiliée, tout transfert d'actifs, toute prestation ou livraison au profit de la société dominante ou d'autres sociétés du groupe. Ils peuvent inclure l'obligation de passer toutes conventions et d'accomplir tous actes, même si ces opérations sont susceptibles de porter préjudice à la société affiliée.

Art. 31.

Les ordres de direction peuvent également imposer à la société affiliée des transferts des bénéfices de l'exercice, au profit de la société dominante ou d'autres sociétés du groupe.

Art. 32.

Si les comptes annuels de la société affiliée font ressortir une perte, la société dominante est tenue d'opérer, en faveur de la société affiliée, dans le délai d'un mois suivant l'approbation de ces comptes, un transfert compensateur égal au montant de cette perte, dans la mesure où celle-ci n'a pas été compensée par des prélèvements sur les réserves facultatives constituées pendant la durée du contrat d'affiliation.

Art. 33.

Les dirigeants de la société affiliée n'encourent aucune responsabilité du chef de l'exécution des ordres de direction, même si ceux-ci portent préjudice à la société affiliée, sauf dans les cas visés par l'article 27, alinéa 2, de la présente loi.

L'exécution des ordres de direction ne saurait constituer l'un des délits prévus par l'article 437, alinéas 3 et 4, de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

TITRE VII

EXERCICE DU POUVOIR DE DÉCISION SANS CONTRAT D'AFFILIATION

Art. 34.

Sans préjudice de l'application de l'article 226 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 et des autres règles de droit commun assurant la protection de l'intérêt social, toute société dominante, au sens de l'article premier de la présente loi, qui exerce sur la société dépendante le pouvoir de décision sans conclusion et publication préalables d'un contrat d'affiliation, doit à la société dépendante réparation de tout dommage causé.

Elle ne pourra s'exonérer de cette responsabilité en invoquant l'intérêt du groupe, fût-il réel, qui a déterminé l'exercice du pouvoir de décision.

Art. 35.

L'action tendant à la réparation du préjudice subi par la société dépendante et prévue par l'article précédent de la présente loi sera portée devant le tribunal de commerce ou, à défaut, devant le tribunal de grande instance du siège social de la société dépendante, ou, dans le cas d'une société dominante ayant son siège social à l'étranger, devant le tribunal compétent en vertu des dispositions du droit international privé.

A défaut d'être exercée par le représentant légal de cette société, ladite action sociale ne pourra l'être que par les actionnaires ou associés externes de celle-ci représentant au moins 10 % du capital social, ou détenant des actions dont le montant représente au moins une valeur nominale de 1 million de francs, ou par mandataire de justice désigné par le Président du tribunal de commerce ou, à défaut, par le Président du tribunal de grande instance du siège social à la requête de tout actionnaire ou associé de la dite société. Ce dernier devra assortir sa requête de toutes justifications rendant vraisemblable la relation de dépendance invoquée ou la faisant présumer en vertu de l'article 2 de la présente loi. L'ordonnance nommant mandataire est susceptible d'opposition dans les quinze jours de sa signification. L'ordonnance rejetant l'exécution est exécutoire nonobstant appel. Elle ne fait pas préjudice au principal.

La même action tendant aux mêmes fins peut être exercée par le comité d'entreprise de la société dépendante dans des conditions qui sont fixées par décret.

En cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de la société dépendante, l'action ne pourra être exercée que par le syndic.

Art. 36

Devant le tribunal saisi de l'action visée à l'article précédent de la présente loi, pourra être portée, dans les mêmes conditions, concurremment ou après jugement y ayant fait droit, une action tendant à mettre à la charge des dirigeants de droit ou de fait de la société dominante, tout ou partie de l'indemnité allouée ou à allouer à la société dépendante.

La même action pourra être dirigée, aux mêmes fins, contre les dirigeants de droit ou de fait de la société dépendante, si ceux-ci ont admis l'exercice du pouvoir de décision par la société dominante sans mettre cette dernière en demeure d'avoir au préalable à conclure et publier un contrat d'affiliation.

Ces dirigeants de droit ou de fait des sociétés dominante et dépendante ne pourront s'exonérer de leur responsabilité en arguant avoir agi dans un intérêt de groupe, fût-il réel.

Cette circonstance ne pourra non plus les exonérer de la responsabilité pénale par eux encourue à raison de ces opérations.

Art. 37.

Sous réserve des dispositions du dernier alinéa de l'article 35 de la présente loi, les créanciers de la société dépendante peuvent agir, dans leur intérêt propre, en responsabilité contre la société dominante et les dirigeants de celle-ci ainsi que ceux de la société dépendante elle-même, dans la mesure où ils ne sont pas parvenus, dans un délai qui sera fixé par décret, à se faire désintéresser par la société dépendante.

TITRE VIII

PUBLICITÉ ET INFORMATION DES ACTIONNAIRES OU ASSOCIÉS

Art. 38.

Mention du contrat d'affiliation est inscrite au registre du commerce par les sociétés dominante et affiliée, dans les conditions qui seront prévues par décret.

Art. 39.

Le contrat d'affiliation, ainsi que les modifications de celui-ci, doivent être publiées au *Bulletin des annonces légales obligatoires*, dans les quarante-cinq jours qui suivent l'inscription au registre du commerce, et dans des conditions qui seront fixées par décret.

Art. 40.

Toute société est tenue de faire mention, dans le rapport annuel de ses organes d'administration ou de gestion, des contrats d'affiliation qu'elle a conclus, ou de l'établissement ou de la constatation par jugement de liens de dépendance, avec d'autres sociétés.

S'il n'est intervenu au cours de l'exercice ni contrat d'affiliation ni établissement ou constatation par jugement de liens de dépendance, le même rapport doit en faire mention.

Le rapport mentionnera également toute modification intervenue ou toute extinction ou cessation du contrat d'affiliation ou de liens de dépendance existant antérieurement.

Art. 41.

Dans toute société, les commissaires aux comptes sont tenus de présenter chaque année un rapport spécial sur l'exécution des contrats d'affiliation que la société a conclus, ou sur les conséquences au cours de l'exercice de l'établissement ou de la constatation par jugement de liens de dépendance qui sont venus à leur connaissance.

Art. 42.

Toutes actions introduites en vertu des dispositions des articles 21 à 23 de la présente loi et tous jugements et arrêts intervenus sur ces actions seront inscrits au registre du commerce dans les conditions qui seront fixées par décret.

Art. 43.

L'extinction du contrat d'affiliation fait l'objet de toutes mesures de publicité qui seront fixées par décret.

Art. 44.

Toute société est tenue d'annexer à son bilan, un tableau, dont le modèle sera fixé par décret, en vue de faire apparaître la liste et la nature des contrats d'affiliation qu'elle a conclus ainsi que l'établissement ou la constatation par jugement de liens de dépendance qu'elle a avec d'autres sociétés.

Art. 45.

Toute société dominante au sens de l'article premier de la présente loi, qui a conclu des contrats d'affiliation, est tenue d'établir et de publier des comptes annuels consolidés et un rapport annuel sur le groupe ainsi

constitué, dans les conditions qui seront fixées par décret. Ces mêmes comptes seront mis à la disposition des sociétés affiliées dépendant d'elle, selon les dispositions qui seront prises par décret.

Art. 46.

Toute société dépendante au sens de l'article premier de la présente loi, qui a conclu des contrats d'affiliation, est tenue de mettre à la disposition de ses actionnaires ou associés, dans des conditions qui seront fixées par décret, un exemplaire de ces contrats d'affiliation et, le cas échéant, des avenants correspondants, ainsi que le texte des jugements et arrêts intervenus sur toutes actions introduites en vertu des dispositions de la présente loi.

TITRE IX

SOCIÉTÉS INTÉGRÉES

Art. 47.

Le présent titre s'applique aux sociétés, affiliées ou non, qui revêtent la forme de sociétés par actions, ont leur siège en France ou dans les départements ou territoires d'outre-mer et dont 95 % au moins du capital est détenu, directement ou indirectement, par une autre société par actions ayant son siège en France ou dans les départements ou territoires d'outre-mer.

Art. 48.

La société dépendante peut, aux conditions de quorum et de majorité définies pour la modification de ses statuts, décider son intégration à la société dominante.

Art. 49.

Après prise de la décision dont il est fait état à l'article précédent de la présente loi, la société dominante doit, dans un délai et selon les modalités qui seront fixées par décret, proposer aux actionnaires de la société dépendante l'échange de leurs actions contre ses propres actions. Le rapport d'échange est fixé dans les mêmes conditions qu'en cas de fusion.

Si la société dominante est elle-même affiliée à une autre société, l'offre portera soit sur des actions de cette dernière, soit sur une indemnité en numéraire.

A défaut d'accord entre la société dominante et les actionnaires de la société dépendante, le rapport d'échange ou le montant de l'indemnité en numéraire sera déterminé par un expert désigné en justice, dans des conditions qui seront fixées par décret.

Art. 50.

La décision d'intégration est inscrite au registre du commerce dans des conditions qui seront fixées par décret.

Elle porte effet à dater du jour de cette inscription.

Art. 51.

La dissolution de la société intégrée ne peut être demandée en application des dispositions de l'article 9 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

Art. 52.

La société intégrée n'a qu'un seul actionnaire, la société dominante, par dérogation aux dispositions de la législation sur les sociétés exigeant un nombre minimum d'actionnaires.

Par dérogation aux dispositions de la loi, la société dominante dirige la société intégrée en nommant à sa tête un ou plusieurs représentants.

Art. 53.

Lorsque plusieurs représentants sont désignés par la société dominante à la tête de la société intégrée, ces représentants sont constitués en un comité de direction, qui jouit de tous les pouvoirs attribués par la législation sur les sociétés par actions aux organes d'administration, de direction ou de surveillance.

S'il n'existe qu'un représentant, celui-ci jouit des mêmes pouvoirs.

Art. 54.

La société dominante décide seule, le cas échéant, des modifications à apporter aux statuts de la société intégrée sans que la réunion d'une assemblée générale extraordinaire de cette dernière soit nécessaire.

Art. 55.

Si la société dépendante ne fait pas l'objet d'une décision d'intégration conformément aux dispositions des articles 48 à 50 de la présente loi, elle pourra à tout moment se voir réclamer par ses actionnaires externes la proposition d'un contrat d'affiliation répondant aux conditions du titre II de la présente loi.

L'allocation compensatrice sera rétroactivement dûe depuis la date où a été atteinte la participation de 95 % de la société dominante, sans qu'elle puisse remonter au-delà du cinquième exercice ayant précédé l'exercice

en cours à la date de la réclamation. Le règlement terminal sera fixé en prenant cette même date pour date de référence quant à la parité d'échange des titres ou à l'indemnité de retrait.

A défaut d'accord sur les termes du contrat, chaque actionnaire externe pourra assigner la société dominante en fixation des conditions du contrat d'affiliation.

Art. 56.

Un décret précisera les formes, modalités et conditions de l'intégration et le régime de la société intégrée.

TITRE X

DISPOSITIONS COMMUNES

Art. 57.

La présente loi est applicable à toutes sociétés dominantes et dépendantes ayant leur siège en France métropolitaine ou dans les départements ou territoire d'outre-mer.

Art. 58.

Les effets que la présente loi attache à l'absence de contrat d'affiliation ne recevront application que si ce contrat n'a pas été conclu et publié dans un délai de dix-huit mois à partir de l'entrée en vigueur de la présente loi.

Art. 59.

La présente loi entrera en vigueur le premier jour du troisième mois qui suivra celui de sa publication au *Journal officiel*.

الملحق رقم 04 : نموذج عن خطاب النوايا

Lettre D'intention Des Dirigeants De La Société Mère Valant Garantie

Ce modèle a été rédigé en tenant compte des exemples issus de la pratique contractuelle. Il ne s'agit pas d'un formulaire type permettant la rédaction d'un acte définitif valable et efficace dans toutes les situations. Ce document doit être adapté à la situation et tenir compte de l'évolution du droit et de la jurisprudence lors de sa rédaction.

sur le site www.net-iris.fr et sur les sites officiels, comme par exemple, www.legifrance.gouv.fr, www.eur-lex-europa.eu, www.courdecassation.fr, www.conseil-etat.fr, www.assemblee-nationale.fr, www.conseil-constitutionnel.fr, www.justice.gouv.fr, www.economie.gouv.fr, www.travail.gouv.fr, www.senat.fr, www.curia.europa.eu, etc.

Présentation du modèle :

La lettre d'intention ou Bürgschaft est un acte écrit par lequel la société mère prend vis à vis du bénéficiaire de la lettre des engagements de d'apporter son soutien à une filiale dans l'exécution de ses obligations envers ce bénéficiaire.

Dans certains cas, la société mère signataire de la lettre d'intention, est tenue d'une obligation de moyen.

Dans d'autres cas, elle est tenue d'une obligation de résultat voir même d'un véritable cautionnement par lequel elle garantit l'exécution des obligations de la filiale, et accepte d'exécuter les obligations de cette dernière si elle est défaillante.

Madame/Monsieur […(nom, prénom)…] […(adresse)……] [code postal] [ville] Société […(dénomination)…] [adresse] [adresse] [code postal] [ville] Objet : lettre d'intention valant garantie Je soussigné, […(nom, prénom)…], agissant en qualité de [Président/actionnaire majoritaire (à adapter)] de la société : Société […(dénomination)…]	Lorsqu'une personne juridique ayant la qualité de commerçant s'engage à se substituer au paiement, l'engagement s'analyse en un cautionnement (Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JO 24 mars 2006 ; l'art. 2322 du Code civil français). La garantie ainsi souscrite s'analyse en un cautionnement. Le dirigeant intervient pour le compte de la société mère. A ce stade, il s'agit d'une simple promesse de porte fort (c'est-à-

[…(forme juridique)…] […(siège social)…] Immatriculée au registre du commerce et des sociétés de [.....] sous le n° [mettre le numéro complet d'immatriculation], affirme par la présente l'intention de la société [société susmentionnée] de suivre et de soutenir sa filiale, la société : Société […(dénomination)…] […(forme juridique)…] […(siège social)…] Immatriculée au registre du commerce et des sociétés de [.....] sous le n° [mettre le numéro complet d'immatriculation], dans ses besoins financiers et dans le cas où cela deviendrait nécessaire, de substituer à elle la société […(dénomination)…], susmentionnée, pour faire face	dire une promesse par laquelle une personne, le porte-fort, s'engage auprès d'une autre personne qu'un tiers ratifiera l'engagement pris pour lui). L'engagement de substitution permet alors de considérer qu'il s'agit d'une garantie "personnelle" s'analysant en un cautionnement (un tel engagement de garantie est soumis à autorisation du conseil d'administration de la société, en application de l'article L 225-35 du Code de commerce). La description des engagements garantis est absolument essentielle, car en cas de litige, elle déterminera si la société mère est ou non tenue des dettes de sa filiale. **pour un engagement purement moral sans portée juridique : CA Paris, 30 avril 1984,RTD civ. 1985, p. 370 : « Nous avons l'honneur d'introduire auprès de vous et de recommander à votre meilleur accueil M..., de la société D..., bon client de notre établissement »* *≪ faire tout le necessaire ≫ illustre parfaitement la difficulte et le caractere arbitraire du recours a la distinction entre obligation de*

à tous les engagements qu'elle pourrait prendre à l'égard de la société […(dénomination)…],	*moyens et obligation de resultat. Cass. com., 23 octobre 1990, Bull. civ. IV, n° 256 ; CA Versailles, 27 avril 2006, RJDA 10/2006, n° 1072 « notre groupe a pris toutes les dispositions pour que les règlements et les encours des fournisseurs soient assurés et qu'il n'y ait plus d'incidents de paiements».*
et notamment pour [....(indiquer les engagements essentiels).....], en application du contrat de [.....] en date du [.....]. Madame/Monsieur […(nom, prénom)…]	Il convient d'être aussi large que possible dans la description des engagements garantis. La société mère peut n'exprimer son intention que pour certains contrats, voir pour certains engagements (loyers, redevances...).

(Date et Signature)	

الملحق رقم 05: نموذج عن عملية التصعيد الآلي للخزينة في تجمع الشركات

Banque Extérieure d'Algérie
Direction Centrale du Réseau
Tél : 021.56.20.33 – Fax : 021.56.20.38
Réf : DCR/DAC/AM/N°010 /2016

بنك الجزائر الخارجي

Alger le 0[redacted]

Direction Régio[redacted]

Objet : A/S remontée de fonds automatique

Nous tenons à vous rappeler que les remontées automatiques des soldes des comptes recettes NAFTAL ouverts au niveau des agences relevant de votre autorité doivent **obligatoirement s'effectuer chaque LUNDI** vers les comptes centraux ouverts au niveau de l'agence Chéraga 08.

Le solde minimum devant rester après chaque remontée ne doit bien évidemment pas dépasser 100 000 DA.

Par ailleurs et comme nous l'avons déjà mentionné à travers nos précédents écrits et afin d'éviter tout positionnement tardif des recettes en question, nous vous demandons d'instruire les agences concernées par ces opérations à l'effet d'exécuter les virements permettant la remontée des fonds dés l'ouverture de leurs journées, dans le stricte respect du planning arrêté par NAFTAL.

Vous trouverez ci-dessous la liste des comptes NAFTAL concernés par cette opération :

Agence	Branches	Districts/ Centres	Districts/ Antenne	Comptes recettes	Compte Central Branche
SIDI BEL ABBES	COM GPL	SBA TLEMCEN	SBA		
AIN TEMOUCHENT	GPL	TLEMCEN	AIN TEMOUCHENT		
SAIDA	COM GPL	SAIDA SAIDA	SAIDA		
TLEMCEN	COM	TLEMCEN LP	TLEMCEN		
	TLEMCEN	TLEMCEN			

Il y a lieu d'insister auprès des directeurs d'agences à ce qu'ils veillent personnellement à ce que ces instructions soient scrupuleusement observées et aucune défaillance ne sera tolérée.

Banque Extérieure d'Algérie
TLEMCEN 64
12 JAN. 2016
Accusé de Réception
SECRETARIAT

052

Meilleures salutations.

La Directrice Centrale du Réseau P/I

La Directrice Centrale du Réseau P/I

Mme F. DAHMANE

قائمة المراجع

أولا: الكتب

أ- باللغة العربية:

1- ابراهيم بن داوود، نظام الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري المقارن، سلسلة الإصدارات القانونية، دار الكتب الحديث، القاهرة، 2009.

2- أبو زيد رضوان، الشركات التجارية، ج.1،دار الفكر العربي،القاهرة،1988.

3- أحمد سي علي، النظام القانوني للشركات عبر الوطنية والقانون الدولي العام، دار هومة،الجزائر،2009.

4- أحمد محمد محرز، اندماج الشركات من الوجهة القانونية –دراسة مقارنة– دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

5- إكرام مياسي، الاندماج في الاقتصاد العالمي وانعكاساته على القطاع الخاص في الجزائر، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

6- إلياس ناصيف، الموسوعة التجارية الشاملة، عويدات للطباعة والنشر، بيروت لبنان، الجزء الثاني،1999.

7- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية: الأحكام العامة للشركة، الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2008.

8- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، الجزائر، 2008.

9- بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، دار هومه، الجزائر،2012.

10- تونسي حسين، تطور رأس مال الشركة ومفهوم الربح في الشركات التجارية، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى ،2008.

11- تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومه، الجزائر، 2013.

12- جوتيار محمد رشيد صديق، المسؤولية الدولية عن انتهاكات الشركات متعددة الجنسية لحقوق الإنسان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ،2009.

13- حسام عيسى، الشركات المتعددة القوميات، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، د.س.ن.

14- حسن المصري، دراسة حول نظم الترست في قانون الشركات الأنجلو- أمريكي وقانون التجارة الدولية مع المقارنة بالقانون المصري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1986.

15- حسين الماحي، تنظيم المنافسة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

16- حسين محمد فتحي، الأسس القانونية لعروض الاستحواذ، القاهرة، دار النهضة العربية ،2007.

17- رشيد واضح، المؤسسة في التشريع الجزائري بين النظرية والتطبيق، دار هومه الجزائر، 2007.

18- رشيد واضح، المؤسسة في التشريع الجزائري بين النظرية والتطبيق، دار هومه، الجزائر، 2003.

19- سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005،

20- سامي عبد الباقي أبو صالح، النظام القانوني لعروض الشراء في سوق الأوراق المالية وفقا لقواعد عروض الشراء الجديدة الصادرة بالقرار الوزاري رقم 12/2007، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2008،

21- شريف محمد غنام،الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات متعددة الجنسيات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006.

22- صلاح أمين أبو طالب، الشركة القابضة في قانون قطاع الأعمال، دار النهضة العربية، القاهرة،1994.

23- الطيب بلوله، ترجمه إلى العربية محمد بن بوزه، قانون الشركات، برتي للنشر، الجزائر، 2008.

24- ظاهر شوقي مؤمن، الاستحواذ على الشركة، دراسة نظرية وتطبيقية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009،

25- ظاهر شوقي مؤمن، عقد بيع الأوراق المالية في البورصة، القاهرة، دار النهضة العربية،2005.
26- عابد حجام، حماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج، النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2010
27- عباس حلمي المنزلاوي، القانون التجاري –الشركات التجارية–،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 1988.
28- عبدالرحمن السيد رقرمان ،مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة والمديرين عن ديون الشركة المفلسة طبقاً لقانون التجارة الجديد،دار النهضة العربية،القاهرة،2001.
29- عبد العزيز النجار، الإدارة المالية في تمويل الشركات متعددة الجنسيات، المكتب العربي للحديث، الاسكندرية ، 2007
30- عبد المنعم زمزم، الإفلاس الدولي بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2011.
31- عتو المسوس، النظام القانوني لفروع الشركات الأجنبية في الجزائر، الإسكندرية مكتبة الوفاء القانونية، 2009.
32- علي البارودي، القانون التجاري،ج.2 (الشركات التجارية)،منشأة المعارف، القاهرة، 1988.
33- علي قاسم، قانون الأعمال (الشركات التجارية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
34- فريد العريني، الشركات التجارية، منشأة المعارف، القاهرة، 2004.
35- فوزي عطوي، الشركات التجارية في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2005.
36- فيصل الشقيرات، شركة الشخص الواحد – دراسة مقارنة–،ط.1، الأردن،2016.
37- ماجد مزيحم، شركة الهولدنغ في جوانبها القانونية والاقتصادية والمالية المصرفية والضرائبية – دراسة مقارنة في القانونين اللبناني والفرنسي–، 1992.
38- ماجد مزيحم، شركة الهولدنغ في جوانبها القانونية والاقتصادية والمالية المصرفية والضرائبية، د.دوس.ن
39- محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة، طبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1978.
40- محسن شفيق، الوسط القانوني التجاري المصري، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة.

41- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، مكتبة الجلاء بالمنصورة،1996.

42- محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات الجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-02، منشورات بغدادي، الجزائر.

43- محمد بهجت قابد، شركة الشخص الواحد محدود المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990

44- محمد فريد العريني، محمد سيد الفقي، القانون التجاري، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.

45- محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 2006.

46- مراد محمود المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان،2010.

47- مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم في القانون الفرنسي، بيار كاتالا، ترجمة مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي CEDROMA)) ، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، 2009.

48- مصطفى كمال طه؛ وائل أنور بندق، أصول القانون التجاري، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006.

49- موسى بودهان، القوانين الأساسية للاستثمار في الدول المغاربية، دار المدني للطباعة والنشر والتوزيع،2006.

50- نادية فضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2008.

51- نادية فوضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص)،دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.س.ن.

52- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2008.

53- هشام صادق علي؛ حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، الكتاب الثالث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999.

54- وجدي سليمان حاطوم، بتقديم الدكتور صلاح الدين الدباغ، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية –دراسة مقارنة–، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت،2007.
55- وجدي سليمان حاطوم، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007، لبنان، ص633.

ب–باللغة الفرنسية:

1- Abdoulaye Sakho, Les Groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économique, Collection : Hommes et sociétés, édit.Karthala, Paris,2010.
2- Alexandre Braun, Traité de droit civil allemande, édit.Bruylant-Christophe, Bruxelles, 1893.
3- Aline Atiback, L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés, Collection: Harmathèque,Paris,2007.
4- allemand et suisse),Collection :Travaux de droit, d'économie, de sociologie et de sciences politiques, no 59,édit. Droz, Genève,1967.
5- André Percerou, Lois actuelles et projets récents en matière de sociétés par actions (Allemagne, Angleterre, Italie) :étudiés spécialement vue d'une réforme éventuelle du droit français, Collection d'études théoriques et pratiques de droit étranger, de droit comparé et de droit international ;Publications de l'Institut de droit comparé de l'université de Paris. 1ère série, édit.A. Rousseau,Paris, 1933.
6- Anne Petitpierre-Sauvain, Droit des sociétés et groupes de sociétés: responsabilité de l'actionnaire dominant, retrait des actionnaires minoritaires, Collection: SchweizerischeBeiträgezum Europarecht; Bd 7, Genève: Georg, 1972.
7- Anne Petitpierre-Sauvain,Droit des sociétés et groupes de sociétés: responsabilité de l'actionnaire dominant, retrait des actionnaires
8- Arnaud De Bissy,La Personnalité Fiscale du groupe en question(s) in:Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole,02 May 2018.

9- Association française des juristes d'entreprise, Droit des groupes de sociétés : analyse, propositions, Séminaire sur le droit des groupes de sociétés, Rennes, 1971,édition: Paris : Librairies techniques, 1972.
10- Aubry, C;Zachariä Von Lingenthal K. S.; Rau C.,Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae,t.6,édit. Cosse, Paris, 1856.
11- Baptista Luiz Olavo ; Durand-Barthez Pascal, Les joint ventures dans le commerce international, édit.Cork: Primento Digital Publishing, 12 March 2013.
12- Berthold Goldman, Jurisclasseur de droit comparé, Collection des juris-classeurs, Editions techniques, Paris,1958.
13- Brigitte Thibaudet, Lexique d'Allemand : droit, économie, gestion : français/allemand, allemand/français,1re éd.,Collection: Langues des affaires, édit.L'Hermès, Lyon,1995.
14- Centre de recherche sur le droit des affaires, Collection :Droit des affaires, édit. Litec, Paris, 2009.
15- Claude Ducouloux-Favard, le droit comparé des affaires au XXIe siècle : mélanges à la mémoire de Claude Ducouloux-Favard, édit.Bruylant, Bruxelles,2017.
16- Claude Ducouloux-Favard,Les Sociétés Anonymes en droit français, allemand et italien,t. 1. Le contrôle judiciaire de la constitution des sociétés anonymes en droit allemand et en droit italien et la loi française du 24 juillet 1966, éd.Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1969.
17- Claude Witz,Le droit allemand, Collection: Connaissance du droit, 3e édit.Dalloz, Paris, 2018.
18- communication. Étude en droits européen, français et allemand comparés,18 novembre 2015.
19- créanciers de sociétés dominées, Collection: AbhandlungenzumschweizerischenRechtn.F., Heft 721;édit.Stämpfli, Berne,2006; Présenté à l'origine comme thèse de doctorat de l'auteur--Université de Genève, 2005.
20- Droit des sociétés,Regards sur l'économie allemande, 01 October 2004.
21- européenne.[1],édit.C.H. Beck, München, 1964.
22- Francis lefebvre, groupes de sociétés (juridique-fiscale-social), édition.Francis Lefebvre, levallois, 2006.

23- François Haffen, Le contrôle des filiales dans la stratégie de groupes, édit. Organisations, France.
24- Frédérique Ferrand, Droit Privé Allemand, Collection: Précis Dalloz. Droit privé, édit.Dalloz, Paris, 1997.
25- Georges Wilhelm,La Responsabilité Civile des administrateurs de sociétés anonymes; étude de droit comparé (droits français,
26- Groupe conjoint de l'OCDE sur les échanges et la concurrence, Complémentarités entre la politique commerciale et la politique de la concurrence, Collection: Documents de travail de l'OCDE ; v. 7, no 56,Paris, 1999.
27- H. Balazard, Études de droit allemand, Collection: Mélanges Oflag, II b.,L.G.D.J., 1943.
28- H.Bardet, B.Gouthiere, A.Charveriat, Ph.Janin, les holdings (guide juridique et fiscal), 2ème édit. Francis Lefebvre, Levallois, 1995.
29- Hippolyte Wouters ;Jacques R. van Wynendaele, Le droit des sociétés anonymes dans les pays de la Communauté économique européenne, édit.É. Bruylant, Bruxelles, 1973.
30- Jean Paillusseau, La société anonyme: technique d'organisation de l'entreprise, Collection: Bibliothèque de droit commercial ; t.18, édit.Sirey, Paris,1967.
31- Jochen Thiesing;HSchröter, Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la C.E.E. :commentaire des articles 85 à 90 du
32- Jonas Knetsch, Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation :analyse en droits français et allemand, Collection: Bibliothèque de droit privé t.48;édit. L.G.D.J lextenso, Paris,2013;Présenté L'origine Comme Thèse (de doctorat) de l'auteur--Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 2011
33- Julia Redenius-Oevermann, La Responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand, Collection: Bibliothèque de droit privé, t. 517,édit. L.G.D.J. Lextenso Éditions,Paris, 2010; Présenté L'origine comme Thèse de doctorat de l'auteur - Université Paris II, 2008.
34- Jura Europae,Droit des sociétés = Gesellschaftsrecht,:Jura Europae: Le droit dans les pays de la Communauté Économique

35- Jürgen Dohm, Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire; étude de droit suisse et allemand, édit. Genève, Librairie de l'Université Georg & Cie S-A,1971.
36- Klaus J. Hopt, Analyses Légales et économiques sur les entreprises multinationales, Les groupes de sociétés en droit européen; v. 1. European merger control - v. 2. Groups of companies in European laws; édit.Berlin ; W. de Gruyter, New York,1982.
37- Lasserre René, La cogestion allemande à l'épreuve de la globalisation, édit.CHIRAC, 2017.
38- Les groupements et organismes sans personnalité juridique, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française t.21; édit.Jurisprudence générale Dalloz, Paris, 1974.
39- Lhuillier, Jean-Baptiste, Le cyber-actionnaire : adaptation du droit des sociétés l'évolution des technologies d'information et de
40- Maryse Baudrez, La communicabilité entre les systèmes juridiques, édit.Bruylant, BRUXELLES, 2005.
41- Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects Actuels du droit des affaires, édit. Dalloz, Paris, 2003.
42- Michael Borde, Le Groupe international de sociétés : le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand, Collection: Publications universitaires européennes. Série II, Droit = European university studies,Series II, Law = Europäische Hochschulschriften. Reihe II, Rechtswissenschaft, v. 5000, édit.Peter Lang, Bern,2010;Présenté À L'origine par l'auteur comme thèse (de doctorat)--Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris et Humboldt-Universität zu Berlin
43- Michel Béjot, La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne, édité.É. Bruylant, Bruxelles, 1976.
44- Michel Fromont, Droit Allemand des affaires : droit des biens et des obligations, droit commercial et du travail, Collection: Domat droit public,édit. Montchrestien, Paris,2001.
45- Michel Fromont, Droit Privé Allemand, Collection: Domat droit privé, édit.Issy-les-Moulineaux LGDJ,2e édition, 2017.
46- Michel Fromont; Alfred Rieg ,Introduction au droit allemand : République Fédérale, Collection: Les systèmes de droit contemporains,t. 1. Les

fondements. - t. 2. Droit public. Droit pénal. - t. 3. Droit privé,édit.Cujas, Paris, 1977.
47- Michel Menjucq, Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés, édit.Dalloz, Paris, 2010.
48- Michel Offerlé, Les patrons des patrons :histoire du Medef, édit.Odile Jacob, Paris, 2013.
49- Michel Pédamon,Le Contrat En droit allemande, Collection: Droit des affaires (L.G.D.J),Paris, 2004
50- Minoritaires,Collection: SchweizerischeBeiträgezum Europarecht; Bd 7,édit.Georg,Genève, 1972.
51- Nina Sauerwein,La Responsabilité de la société mère : panorama des moyens de protection des actionnaires minoritaires et des
52- Olivier Caprasse, Preuve et information dans la vie des sociétés, Col.Strada Lex; Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, édit. Larcier, Bruxelles, 2010.
53- Olivier Caprasse; Roman Aydogdu, Les conflits entre actionnaires :prévention et résolution, édit. Larcier,Bruxelles,2010.
54- Olivier Meier et Guillaume SCHIER, Entreprises Multinationales, Dunod, Paris, 2005.
55- Philippe Merle, droit commercial : société commerciale, Dalloz, PARIS, 2005.
56- Pierre Lalive, Colloque international sur le droit international privé des groupes de sociétés, Collection: SchweizerischeBeiträgezum Europarecht. Études suisses de droit européen, v. 14,édité.Georg,Genève,1973.
57- Rapports du 18e congrès de l'académie internationale de droit comparé.; Rapports du dix-huitième congrès de l'académie internationale de droit compare, Partenariats public-privé : rapports du XVIIIe congrès de l'académie internationale de droit comparé, Collection Droit administrative, édit.Bruylant, Bruxelles,2011.
58- Raymond Legeais, Grands Systèmes de droit contemporains: approche comparative,3e édit. LexisNexis, Paris, 2016.
59- Reiner Schulze, Droit de l'Allemagne, Collection: Bibliothèque de l'Association Henri Capitant,2017.

60- Rudolf Mueller ,GmbH : German law concerning the companies with limited liability, Gesetz Betreffend die Gesellschaften mitbeschränkterHaftung,édit. Knapp,Frankfurt/Main,1977.
61- Tanguy Allain, Les actions de préférence dans les groupes de sociétés,Col. de l'Institut de droit des affaires, édit.Aix-en-Provence,Université d'Aix-Marseille. Faculté de droit et de science politique,2014.
62- Traité C.E.E. et de leurs textes d'application, édition. Jupiter,Paris,1977.
63- Vanessa Desoutter, La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes, : Présenté à l'origine comme thèse de doctorat par l'auteur--UniversitätAugsburg en 2011, édit. Peter Lang, Frankfurt am Main,2012.
64- Victoria Turba, Comment échapper aux scandales financiers? HISTOIRE Récente De Fraudes Et De Faillites Dans Les Entreprises Multinationale, l'Harmattan, Paris, 2007.
65- Walter Doralt, Reforming the law of obligations and company law : studies in French and German law, Collection Trans Europe experts, volume 8,édit.Société de législation comparée, Paris, 2013;Les contributions rassemblées dans cet ouvrage on été présentées l'institut Max Planck pour le droit comparé et le droit international privé de Hambourg (Allemagne) les 1er et 2 novembre 2012.
66- Wolff Martin,Le droit de vote dans les sociétés anonymes en droit allemand,Zeitschriftfürausländisches und internationales Privatrecht, Vol.4(3/4), 1930.
67- Yves Chaput,La direction des sociétés anonymes en Europe :vers des pratiques harmonisées de gouvernance? : étude du
68- YVES GUYON, droit des affaires, Tome 1, 6ème édit.economica, France.

ثانيا: الرسائل الجامعية والمذكرات العلمية:

1- بالطيب محمد البشير، الحرية التعاقدية في الشركات التجارية وفقا للتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم تخصص القانون الخاص، جامعة محمد خيضر–بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017/2016،

2- بركات حسينة، مجمع الشركات في القانون التجاري الجزائري والمقارن، مذكرة ماجستير، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2009-2010.

3- بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه تخصص قانون مدني وقانون التأمين، جامعة الجزائر -1-، كلية الحقوق، 2018-2019.

4- بن أحمد عبد المنعم، الوسائل القانوني الإدارية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، 2008،2009.

5- بن عزوز فتيحة، دور لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة في حماية المساهم في شركة المساهمة، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان- كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016،

6- بوقرور سعيد، الاتفاقيات بين شركة المساهمة ومديريها أو الشركاء، أطروحة دكتوراه تخصص قانون الأعمال، كلية وهران، 2011-2012.

7- زايدي أمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية، رسالة دكتوراه تخصص قانون الأعمال -دراسة مقارنة-، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2013-2014.

8- سعودي سرحان، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1991.

9- عماد الباز، شركة الشخص الواحد، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2010.

10- قوسم غالية، التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-، 2016.

11- محمد الحاج عيسي بن صالح، النظام القانوني لحماية الساحل من النفايات الصناعية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع قانون العام، جامعة الجزائر - يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2009.

12- ملعب مريم، المسؤولية الجزائية للمنشآت المصنفة عن تلويث البيئة في القانون الجزائري، مذكرة ماجيستير في القانون العام، تخصص قانون البيئة، جامعة محمد الأمين دباغين -سطيف 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2016.

13- ناريمان عبد القادر، الخصائص المشتركة بين الشركة ذات المسئولية المحدودة وشركة الشخص الواحد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1991

ثالثا : التشريعات

1 - في الجزائر

ا/النصوص القانونية :

1- الأمر رقم 75- 59 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم؛

2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم؛

3- الأمر 95-22 المؤرخ في: 1995/08/26 المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية المعدل والمتمم بالأمر 97-12 المؤرخ في 1997/03/19.

4- الأمر رقم 95-25 المؤرخ في 20 /09/ 1995 المتعلق بتسيير رؤوس الاموال التجارية للدولة؛ جريدة رسمية عدد 55 لسنة 1995.

5- الأمر 95-25 المؤرخ في :1995/09/25 يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، جريدة رسمية عدد 55 لسنة 1995.

6- الأمر رقم 08/96 المؤرخ في 10 /01/ 1996 المتعلق بهيئة التوظيف الجماعي للقيم المنقولة؛

7- الأمر رقم 31/96 المؤرخ في 30 /12/ 1996 المتضمن قانون المالية لسنة 1997 المعدل لقانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة بالجريدة الرسمية العدد 85 المؤرخة في 31 ديسمبر 1996، المعدل بالأمر 21/01 المؤرخ في 21 ديسمبر 2001 والأمر رقم 01/09 المؤرخ في 22 يوليو 2009 المعدل بالأمر رقم 01/10 المؤرخ في 26 أوت 2010.

8- الأمر رقم 04/01 الصادر في 08/20/ 2001 المتعلق بتنظيم وتسير خوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية الذي أحل شركة تسير المساهمات محل الشركات القابضة؛ جريدة رسمية العدد 47 مؤرخ في 22 أوت 2001.

9- الأمر رقم 03/01 الصادر في 20 /08/ 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم مم بالأمر رقم 08/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 والأمر رقم 01/2009 المؤرخ في 22 يوليو 2009 المتضمن قانون

المالية التكميلي لسنة 2009 والأمر رقم 01/10 المؤرخ 26 أوت 2010 والأمر رقم 16/11 المؤرخ في 29 ديسمبر 2011؛

10- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 /07/ 2003 المتعلق بالمنافسة؛ جريدة رسمية العدد 43 مؤرخة في 20 جويلية 2003.

11- قانون رقم 88-01 المؤرخ في: 1988/01/12 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، جريدة رسمية عدد 02 الصادرة بتاريخ 1988/01/13.

12- قانون رقم 88-04 المؤرخ في: 1988/01/12 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 1975/09/26 و المتضمن القانون التجاري، يحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، جريدة رسمية عدد02 الصادرة بتاريخ1988/01/13.

13- القانون رقم 90-22 المؤرخ في 18 أوت 1990 المتعلق بالسجل التجاري المعدل والمتمم؛

14- المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل، جريدة رسمية عدد34، و المعدل والمتمم بالأمر 96-10 المؤرخ في 1996/01/10، جريدة رسمية عدد03 لسنة 1996.

15- -القانون 03-10 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ع. 43.

16- القانون رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية مؤرخة في 27 أوت 2003

17- القانون رقم 11/2007 المؤرخ في 30 نوفمبر 2007 المتضمن النظام المحاسبي والمالي المعدل بالأمر رقم 02/2008 المؤرخ في 24 يوليو 2008 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008؛

18- القانون 15 - 20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، يعدل ويتمم الأمر رقم 75 - 59 المرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج ر ، العدد 71 ، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2015.

19- المرسوم التنفيذي 88-149 المؤرخ في 26 جويلية 1988 يضبط التنظيم الذي يطبق على المنشآت المصنفة ويحدد قائمتها ج.ر.ع. 30 لسنة 1988.

ب/النصوص التنظيمية :

1- المرسوم التنفيذي 98-339 المؤرخ في 3 نوفمبر 1998 الذي يضبط التنظيم المطبق على المنشآت المصنفة ج.ر.ع 82 لسنة 1998.

2- المرسوم التنفيذي 01- 253 المؤرخ في: 2001/09/10 يتعلق بتشكيل مجلس مساهمات الدولة وسيره جريدة رسمية عدد 51 لسنة 2001.

3- المرسوم التنفيذي رقم 283/01 الصادر في 24 سبتمبر 2001 الذي تضمن الأشكال الخاصة بهيئات إدارة وتسير المؤسسات العمومية الاقتصادية؛

4- المرسوم التنفيذي 01- 352 المؤرخ في 2001/11/10 يتعلق بكيفيات و شروط ممارسة حقوق السهم النوعي جريدة رسمية عدد 67 لسنة2001.

5- -المرسوم التنفيذي 07 -300 المؤرخ في 27 سبتمبر 2003 الذي يحدد كيفيات تطبيق الرسوم التكميلي على المياه الملوثة ج ر ع لسنة 2003.

6- - مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أفريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسّطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع بفالينسيا يوم 22 أفريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، ج.ر.ج..ج. عدد 31، الصادرة في 30 أفريل 2005.

7- مرسوم تنفيذي رقم 05-175 مؤرخ في 12 ماي 2005، يحدد كيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، ج.ر.ج.ج. عدد 35، الصادرة في 18 ماي 2005.

8- -المرسوم التنفيذي رقم 06-198 المؤرخ في 31 ماي 2006 الذي يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة، ج.ر.عدد 37 لسنة 2006

9- -المرسوم التنفيذي 07-118 مؤرخ في 21 أفريل 2007 ِ الذي يحدد كيفيات اقتطاع واعادة دفع الرسوم على الزيوت واستخدام الشحوم وتحضيرات الشحوم المشتورة أو المصنعة محليا، ج ر ع 26 لسنة2007.

10- المرسوم التنفيذي رقم 07-144 المؤرخ في 19 ماي 2007، المحدد لقائمة المنشآت المصنفة لحماية البيئة، ج.ر.ع.34)

11- – المرسوم التنفيذي 07-299 المؤرخ في 27 سبتمبر 2007 الذي يحدد كيفيات تطبيق الرسم التكميلي على التلوث الجوي ذي المصدر الصناعي، ج.ر.ع. 63 لسنة 2007.

12- نظام ل.ت.ع.ب.م. رقم 96-02 مؤرخ في 22 يونيو 1996 يتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات والهيئات التي تلجأ علانية إلى الادخار عند إصدارها قيما منقولة، ج.ر. عدد 36 المؤرخ في 01-06-1997، معدل ومتمم بالنظام رقم 04-01 المؤرخ في 8 يوليو 2004، ج.ر. عدد 22، المؤرخ في 27-03-2005.

13- نظام ل.ت.ع.ب.م. رقم 2000-02 مؤرخ في 20 يناير 2000 يتعلق بالمعلومات الواجب نشرها من طرف المؤسسات التي تكون قيمها مسعرة في البورصة، ج.ر.عدد 50، المؤرخ في 16-08-2000.

14- نظام ل.ت.ع.ب.م. رقم 03-03 مؤرخ في 08 مارس 2003 يتعلق بالتصريح بتجاوز حدود المساهمة في رأسمال الشركات المتداول أسهمها في البورصة، ج.ر. عدد 73 المؤرخ في 30-11-2003.

15- القرار المؤرخ في 9 أكتوبر 1999 الذي حدد كيفية اعداد وتجميع حسابات التجمع والقرار المؤرخ في 20 يوليو 2008 الذي حدد قواعد التقييم والمحاسبة ومحتوى الكشوف المالية وكذا مدونة الحسابات وقواعد سيرها؛ الجريدة الرسمية العدد 87 المؤرخ في 08 ديسمبر 1999.

16- تعليمة لجنة عمليات البورصة ومراقبتها رقم 97-03 المتعلقة بتطبيق نظام لجنة عمليات البورصة البورصة ومراقبتها رقم 96-02 (الملحق الأول، المذكرة الإعلامية المنشورة عند الإصدار (الاعتماد). (منشورة باللغة الفرنسية)

17- تعليمة أصدرتها لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها تخص تحديد شروط التنازل عن كتلة الاسهم المسعرة في البورصة بالتراضي تحت رقم 04/02 في 10 نوفمبر 2004.

2- في فرنسا:

1- Loi n° 2005-882 du 2 aout 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, *JO* du 3 aout 2005, p.12639.
2- Loi n° 2003-706 du 1er aout sur la sécurité financière, *JO* n° 177 du 2 aout 2003, p. 13220.
3- Loi n° 2003-721 du 1er aout sur l'initiative économique, *JO* n° 179 du 5 aout 2003, p. 13449.
4- Loi n° 2001-420 du 15 mai sur les nouvelles régulations économiques, *JO* n° 113 du 16 mai 2001, p.7776 ; ainsi que son décret d'application, le Décret n° 2002-803 du 3 mai 2002 portant application de la troisième partie de la dite loi, *JO* n° 105 du 5 mai 2002.
5- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016
6- Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux suretés, *JO* 24 mars 2006.
7- Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars sur la simplification du droit et des formalités pour les entreprises, *JO* n° 74 du 27 mars, p. 5871.
8- Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, *JO* n° 147 du 26 juin 2004.

3-في ألمانيا:

1- AKTIENGESETZ du 6 September 1965, BGBI, p.1089.
2- -GesetzzurKontrolleundTransparenzimUnternehmensbereich – Kontrag , BGBI, 1998, p.590.
3- Spruchverfahrensgesetz et le Spruchverfahrenänderungsgesetz du 12 juin 2003, BGBI.I, p.837.
4- Kapitalgesellschaftenund Co. Richtlinie-Gesetz – KapCoRiLiG, du 24 février 2000, BGBI.I, p.195
5- Gesetzzurweiteren Reform des Aktien- undBilanzrechts, zuTransparenzundPublizität – TransPuG, BGBI.,du 19 juillet 2002, p.2681.

6- GesetzzurDurchführung der Vierten,Siebten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaft zur Koordinierung desGesellschaftsrechtBilanzrichtliniegesetz du 19 décembre 1985 - BGBI.I, p.2355
7- Gesetzzur Modernisierung des Bilanzrecht – BilMoG, du 25 mai 2009, BGBI.1, p.1102.

رابعا : محاضرات

1- عبد الرزاق زويتن، دروس في القانون العام الاقتصادي، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الثالثة ليسانس نظام L.M.D. تخصص قانون عام، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2015– 2016 ، غير منشورة.

خامسا : مداخلات

1- سعدي بومدين –مقرر بمجلس المنافسة الجزائري–، إجراءات معالجة الطلبات، الشكاوى وطلبات التجميعات الاقتصادية أمام مجلس المنافسة، مداخلة ألقيت بمناسبة يوم دراسي مُعنون ب"مجلس المنافسة: دوره، مهامه وطرق إخطاره"، مديرية التجارة لولاية تلمسان، 20 ديسمبر2018، غير منشورة.
2- عميش مريم –عضو دائم بمجلس المنافسة الجزائري–، النظام القانوني للإدعاء أمام مجلس المنافسة، مداخلة ألقيت بمناسبة يوم دراسي مُعنون ب"مجلس المنافسة: دوره، مهامه وطرق إخطاره"، مديرية التجارة لولاية تلمسان، 20 ديسمبر 2018، غير منشورة.
3- محمد الطيب مجاهد –عضو دائم بمجلس المنافسة الجزائري–، مكانة ودور مجلس المنافسة في الصرح المنافساتي، مداخلة ألقيت بمناسبة يوم دراسي مُعنون ب"مجلس المنافسة: دوره، مهامه وطرق إخطاره"، مديرية التجارة لولاية تلمسان، 20 ديسمبر 2018، غير منشورة.
4- محمد الطيب مجاهد –عضو دائم بمجلس المنافسة الجزائري–، مكانة ودور مجلس المنافسة في الصرح المنافساتي، مداخلة ألقيت بمناسبة يوم دراسي مُعنون ب"مجلس المنافسة: دوره، مهامه وطرق إخطاره"، مديرية التجارة لولاية تلمسان، 20 ديسمبر 2018، غير منشورة.

سادسا: المقالات

أ-بالعربية:

1- بلعشي عبد المالك؛ بن رجم محمد خميسي، أثر فتح رأس المال على قيمة المؤسسة الاقتصادية المسعرة في البورصة دراسة تحليلية لمجمع صيدال للصناعة الصيدلانية وفندق الأوراسي، مجلة الدراسات الاقتصادية والمالية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 11، العدد 01، 2018.

2- بوخرص عبد العزيز، تأثير القانون رقم 15 - 20 على طبيعة الشركة ذات المسؤولية المحدودة، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثامن، ديسمبر 2017، المجلد الثاني.

3- ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد: تصور جديد،عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، جمعا لمداخلات الملتقى دولي موسوم ب"القانون المدني بعد أربعين سنة" المنعقد في 24 -25 أكتوبر 2016 بإشراف الدكتور على فيلالي، العدد 2016/05، ص.ص.77-101.

4- زبير عياش؛ سمية عبابسة، دور الحوافز الضريبية في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية والإدارية، العدد الرابع، ديسمبر 2015.

5- زبير عياش؛ سمية عبابسة، دور الحوافز الضريبية في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية والإدارية، العدد الرابع، ديسمبر 2015، ص.ص.158-182.

6- زرقون محمد، العرض العمومي في البورصة وأثره على الأداء المالي للمؤسسات الاقتصادية – دراسة حالة مؤسسات إقتصادية مدرجة في بورصة الجزائر، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 12، 2013،

7- سامي بن حملة، قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، جمعا لمداخلات الملتقى دولي موسوم ب"القانون المدني بعد

أربعين سنة" المنعقد في 24 -25 أكتوبر 2016 بإشراف الدكتور على فيلالي، العدد 2016/05،ص.ص.276-304.

8- سامية بلهداف؛ عثمان بوزيان، دور حوكمة المؤسسات في خلق القيمة للمساهمين، مجلة الدراسات الاقتصادية والمالية، عدد11، ص.ص.168-178.

9- سيدي محمد حيمي، نسبية ممارسة الدولة لوصاية التسيير على المؤسسات العمومية الاقتصادية بموجب ميكانيزمات تنظيم جديدة، المجلة الأكادمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد 4، المجلد2.

10- سيدي محمد حيمي، نسبية ممارسة الدولة لوصاية التسيير على المؤسسات العمومية الاقتصادية بموجب ميكانيزمات تنظيم جديدة، المجلة الأكادمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد 4، المجلد2،

11- شرادغزلان؛روابحي عبد الناصر، سوء استعمال اموال الشركة بين القانون الجزائري ومعايير التدقيق الدولية دراسة مقارنة لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة ومعيار التدقيق الدولي رقم Isa240 ، مجلة الاقتصاد الصناعي، العدد 12، جوان، 2017، ص.282-301.

12- شوقي بنّاسي، تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري، الالتزامات أنموذجا،عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، جمعا لمداخلات الملتقى دولي موسوم ب"القانون المدني بعد أربعين سنة" المنعقد في 24 -25 أكتوبر 2016 بإشراف الدكتور على فيلالي، العدد 2016/05، ص.ص.143-181.

13- عبد الفضيل محمد أحمد، العروض العامة للشراء، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 43، 2002،

14- عليوة رابح، مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري، العدد02، 2011.

15- لباد ناصر، السلطات الإدارية المستقلة، مجلة إدارة، عدد 21 ، 2000

16- محمد رحموني، أي دور للقانون المدني الجزائري في حماية البيئة، في ظل استقلالية والفصل بين شركات التجمع،عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، جمعا لمداخلات الملتقى دولي موسوم ب"القانون المدني بعد أربعين سنة" المنعقد في 24 -25 أكتوبر 2016 بإشراف الدكتور على فيلالي، العدد 2016/05، ص.ص.102-142.

17- محمد فتاحي؛ بن عزوز درماش، الشركة الفعلية في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد2، 2016.
18- محمد كمال شرف الدين، خواطر حول مكانة القانون المدني الجزائري في منظومة المدوّنات العربية، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، جمعا لمداخلات الملتقى دولي موسوم ب"القانون المدني بعد أربعين سنة" المنعقد في 24 –25 أكتوبر 2016 بإشراف الدكتور على فيلالي، العدد 2016/05،ص.ص.203–223.
19- معتز محمد أبو زيد، ذاتية المجتمع في القانون المدني دراسة مقارنة للقانون المدني في تشريعات بعض الدول العربية، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، جمعا لمداخلات الملتقى دولي موسوم ب"القانون المدني بعد أربعين سنة" المنعقد في 24 –25 أكتوبر 2016 بإشراف الدكتور على فيلالي، العدد 2016/05، ص.ص.10–35
20- هناء نوي، جريمة التعسف في استعمال اموال الشركة في التشريع الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، العدد السادس، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص.336.

ب– بالفرنسية:

Revue et séminaire :

1- Morvan, Patrick, Les effets du licenciement« sans effet» dans le transfert d'entreprise, Droit Social, Feb 2013, Issue 2, pp.135-141.
2- Jacquet Jean – Michel, Le droit français des contrats et les Principes d'UNIDROIT, uniform Law Review - Revue de droit uniforme, 2008, Vol. 13(1-2), pp.179-194.
3- Descheemaeker Eric, Faut-il codifier le droit prive européen des contrats? McGill Law Journal, August, 2002, Vol.47(4), p.791(63).
4- Soleil, Sylvain, La réception du modèle juridique français entre discours et réalité depuis la Révolution, Tijdschriftvoor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit , 2005, Vol.73(1-2), pp.171-182.
5- Claude Witz, La réforme du droit allemand des obligations :ouvrage reprend les actes colloque du 31 mai 2002 par le Centre juridique franco-allemand et le Centre de recherches de droit civil européen de l'Université de la Sarre et publiés depuis à la Revue internationale de droit compare, Collection: Droit privé comparé et européen, v. 3, édit. Société de législation compare, Paris, 2004.

6- Ranieri, Filippo,Doctrine et jurisprudence étrangères dans le développement du droit civil allemand au 20ième siècle, European Review of Private Law, December 2006, Vol.14(5), pp.685-703.
7- Lamalle Sandy, De la conscience (pluri) linguistique en droit, International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique, 2014, Vol.27(3), pp.533-548.
8- A. Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridiqueen droit civil français et allemande, Revue internationale de droit comparé. Vol. 14 N°1, Janvier-mars 1962. pp. 240-242.
9- Deffains, B. ;Ferey, S.,Versune action en responsabilité civileen droit de la concurrence?: Àpropos de l'affaire du cartel du ciment allemande, Revue d'Economie Industrielle, 1 September 2010, Vol.131(3), pp.51-68
10- Leduc M.,"Nullités de sociétés et sociétés de fait en droit allemand et en droit italien", par M. J. Hémard, Bulletin de la Société de Législation Comparée, Vol.39, p.175.
11- Pereira Brigitte, Motif économique et co-emploi dans les groupes de sociétés : quelle amélioration du sort des salariés ?,Humanisme et Entreprise, 01 April 2013, Vol.n 312(2), pp.37-56.
12- Rouland Norbert, Les Colonisations Juridiques,The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, 01 January 1990, Vol.22(29),p.39-136.
13- HouinRoger, LeProblème d'Interprétation dans le Droit, Synthese, Jun 1, 1959, Vol.11(2), p.215.
14- Jules Alain Petengoue Tassi, Le traitement fiscal du financement des sociétés dans les relations intragroupes en droit comparé français, allemand et camerounais,Trajectoires, 01 December 2009, Issue 3
15- Duhamel Jean-Christophe ;Fasterling Björn ; Refait-Alexandre Catherine, La transparence: outil de conciliation de la finance et du management, Revue Française de Gestion, Nov/Dec 2009, Vol.35(198/199), pp.59-75,12,14.
16- Madelin, Thibaut, L'Allemagne se dote d'un nouvel outil pour bloquer les OPA étrangères, LesEchos, Jul 13, 2017, p.9.
17- Tabi Ghislain, La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel, Les Cahiers de Droit, Sept, 2012, Vol.53(3), p.577(46).
18- Bensadon Didier, la frontière comptable de l'entité groupe :évolution du concept de périmètre de consolidation des comptes du milieu des années 1960 à la loi du 3janvier 1985,Entreprises et Histoire, Sep 2005, Issue 39, pp.8-22.

19- Lawrence E Mitchell, La firme irresponsable, Collection Gestion (Economica (Firme)). Série Politique générale, finance et marketing, édit.Économica, Paris, 2003.
20- Gauriau, Bernard,La diminution des délais de prescriptions, Droit Social, Oct 2013, Issue 10, pp.833-836.
21- MadelinThibaut, Dispositif anti-OPA :l'Allemagne a son «décret Montebourg»,Les Echos, Jul 12, 2017.
22- PrasBernard ;ZarlowskiPhilippe, Obligation de rendre des comptes: Enjeux de légitimité et d'efficacité, Revue Française de Gestion, Nov/Dec 2013, Issue 237, pp.13-31,227.
23- Antony M. Honoré, What Is a Group?,ARSP: ArchivfürRechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and
24- Social Philosophy, 1 January 1975, Vol.61(2), pp.161-180.
25- Maclean Mairi, Towards a European model? A comparative evaluation of recent corporate governance initiatives in France
26- and the UK, Journal of European Area Studies, 01 November 1999, Vol.7(2), p.227-245.
27- LefèvreJosette, The forward movement of French employers' discourse: CNPF-Medef 1981-2010, Mots, 2013, Vol.103, pp.89-109.
28- Duquesne François, Retour sur la délégation de pouvoirs au sein des groupements d'entreprises, Droit Social, Feb 2010, Issue 686, pp.144-150.
29- Maggy Pariente, the evolution of the concept of “corporate group” in France, European company and financial law review,2007, vol.4 (3), pp.317-345.
30- Pagnerre Yannick, Regard historique sur le co-emploi,Droit Social, Jun 2016, Issue 6, pp.550-553.
31- Boisseau Laurence ;Boisseau Laurence, Rapport sur la gouvernance: l'AMF perçoit une amelioration, LesEchos, Nov 17, 2016.
32- Paillusseau Jean, Revue internationale de droit économique, 01 June 2002, Vol.t. XVI(2), pp.368-375.
33- Couturier Gérard, Licenciement pour motif économique. Obligation de reclassement. Groupe de sociétés. L'employeur seul tenu, Droit Social, Apr 2010, Issue 688, pp.474-476.
34- Favennec-Héry François, L'extinction de la relation de travail dans les groups, Droit Social, Jul/Aug 2010, Issue 691, pp.762-770.

35- Cumyn Michelle, Les catégories, la classification et la qualification juridiques: réflexions sur la systématicité du droit, Les Cahiers de Droit, Sept-Dec, 2011, Vol.52(3-4), p.351(28).
36- Mazeaud Antoine, Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail, Droit Social, Jul/Aug 2010, Issue 691, pp.738-747.
37- Daoud Emmanuel ;Szkolnik Sabrina, La responsabilité des entreprises transnationales, Sécurité et stratégie, 2012, Vol.10(3), pp.66-74.
38- Couturier Gérard, La fermeture d'une filiale : les recours des salariés licenciés: Cass. soc. 18 janvier 2011, Jungheinrich et 1er février 2011, Goodyear Dunlop, Droit Social, Apr 2011, Issue 698, pp.372-381.
39- Sadoun-Kerber Keren, L'affaire Tapie-Crédit lyonnais : arguments éthiques et construction d'ethos, Éthique publique, 01 September 2016.
40- BellanMarie ;Boisseau Laurence, Les principales révisions du code Afep-Medef, Les Echos, Jun 21, 2018.
41- Duplé Nicole ;Goubau Dominique ; Turgeon Jean, Le droit français des sociétés devant l'exigence de justice, Les Cahiers de droit, 2000, Vol.41(1), pp.185-199.
42- Lefèvre Josette, La parole en mouvement du patronat. CNPF-Medef 1981-2010, Mots. Les langages du politique, 16 December 2013, pp.89-109.
43- Boisseau Laurence, Gouvernance des sociétés cotées : le verdict positif de l'AMF, LesEchos, Nov 22, 2017, p.33.
44- Rosemain Mathieu, Cumul de mandats :l'AMF veut freiner l'appétit des dirigeants,LesEchos, Jul 13, 2010, p.27
45- Bellan Marie ;Boisseau Laurence, CodeAfep-Medef : le patronat jugé trop timoré, Les Echos, Jun 14, 2018.
46- Gamet Laurent, À la recherche de l'entreprise perdue, Les Echos, May 30, 2018.
47- BellanMarie, Gouvernance d'entreprise : les avancées prudentes du nouveau code Afep-Medef, Les Echos, Jun 22, 2018, p.4.
48- Pierre-Gabriel JOBIN, Amputer la responsabilité contractuelle ? Une tourmente inutile et néfaste, Cahiers de Droit, Vol.50 pp.3-1015, 2009.
49- de Senneville Valerie ,Affaire Tapie : Christine Lagarde se défend d'avoirété « négligente »,Les Echos, Dec 12, 2016.
50- Charley Hannoun, Bulletin Joly Sociétés, 01 juillet 2008 n° 7, P. 602 --- Note – Extension de responsabilité à la société mère pour unité d'entreprise

et immixtion dans la gestion externe de sa filiale, Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-20310 (n° 288 FD), Sté Codiam et autres c/ Sté Serfi international.
51- François-Guy Trébulle, Cass. com., 26 mars 2008, n° 07-11619 (n° 420 FD), Ademe c/ SA Elf et autre, Note – Remise en état de site pollué et groupe de sociétés, Bulletin Joly Sociétés, 01 novembre 2008 n° 11, P. 908
52- Wolfgang Kiesel,Ship building and Ship Repair Workersaround the World: Case Studies 1950-2010.
53- Menjucq Michel, French interpretations and strategies about the EuropeanCompany, European Business Law Review, Nov-Dec, 2004, Vol.15(6), p.1275.

54- Olivier Meier; Guillaume Schier, Entreprises multinationales :stratégie, restructuration, gouvernance, Collection: Gestion Sup. Stratégie, politique d'entreprise, édit. Dunod, Paris, 2005
55- Institut national de la statistique et des études économiques (France), Le commerce en France, Collection : INSEE-Références,Paris, 2007
56- Christian gavalda, Gilbert pauliani, droit des affaire de l'union européenne, paris, litec, troisiè meédition, 1999.
57- Maux, Julien, La « coalition de contrôle», Revue Française de Gestion, Feb 2008, Vol.34, n°181, pp.15-39.

سابعا: اجتهادات قضائية

Jurisprudence :

Courfederale de Justice (*Bundesgerichtshof- BGH*)

1- BGH, 3 juillet 1953, I ZR 216/52, *BGHZ* 10, p. 205-211.
2- BGH, 13 novembre 1953, I ZR 140/52, *BGHZ* 11, p. 80-89.
3- BGH, 29 novembre 1956, II ZR 156/55, *BGHZ* 22, p. 226.
4- BGH, 23 mai 1957, ZR 250/55, *BGHZ*, 24, p. 279-297.
5- BGH, 29 janvier 1962, II ZR 1/61, *BGHZ* 36, p. 296-316.
6- BGH, 8 juillet 1970, VIII ZR 28/69, *BGHZ* 54, p. 222-226.
7- BGH, 13 novembre 1973, VI ZR 53/72, *BGHZ* 61, p. 380-385.
8- BGH, 4 mars 1974, II ZR 89/72, *BGHZ* 62, p. 193-204.
9- BGH, 18 mars 1974, II ZR 167/72, *BGHZ* 62, p. 216-230.
10- BGH, 5 juin 1975, II ZR 23/74, ≪*ITT* ≫, *BGHZ* 65, p. 15-21.

11- BGH, 4 mai 1977, VIII ZR 298/75, *BGHZ* 68, p. 312-323.
12- BGH, 13 octobre 1977, II ZR123/76, ≪*VEBA*≫, *BGHZ* 69, p. 334-337.
13- BGH, 8 mai 1979, KVR 1/78, ≪*WAZ* ≫, *BGHZ* 74, p. 359-370.
14- BGH, 21 septembre 1981, II ZR 104/80, BGHZ 81, p. 311-322.
15- BGH, 25 fevrier 1982, II ZR 174/80, ≪*Holzmuller*≫, *BGHZ* 83, p. 122-144.
16- BGH, 26 mars 1984, II ZR 171/83, *BGHZ* 90, p. 381-399.
17- BGH, 16 septembre 1985, II ZR 275/84, ≪*Autokran*≫, *BGHZ* 95, p. 330-337.
18- BGH, 1er fevrier 1988, II ZR 75/87, ≪ Linotype ≫, *BGHZ* 103, p. 184 et s.
19- BGH, 18 novembre 1986, KVR 9/85, ≪*Hussel c/ Mara* ≫, *BGHZ* 99, p. 126-133.
20- BGH, 22 octobre 1987, VII ZR 12/87, *BGHZ* 102, p. 95-106.
21- BGH, 14 decembre 1987, II ZR 170/87, *BGHZ* 103, p. 1-10.
22- BGH, 11 juillet 1988 – II ZR 243/87, *BGHZ* 105, p. 121-132.
23- BGH, 20 fevrier 1989, II ZR 167/88, ≪*Tiefbau*≫, *BGHZ* 107, p. 7-18.
24- BGH, 5 juin 1989, II ZR 172/88, *AG* 1989, p. 358-359.
25- BGH, 15 janvier 1990, II ZR 311/88, *WM* 1990, p. 600-603.
26- BGH, 23 septembre 1991, II ZR 135/90, ≪*Video* ≫, *BGHZ* 115, p. 187.
27- BGH, 11 novembre 1991, II ZR 287/90, *BGHZ* 116, p. 37-41.
28- BGH, 30 janvier 1992, IX ZR 112/91, *BGHZ* 117, p. 127-134.
29- BGH, 15 juin 1992, II ZR 18/91, ≪*Asea/BBC* ≫, *BGHZ* 119, p. 1-20.
30- BGH, 19 janvier 1993, KVR 32/91, *BGHZ* 121, p. 137-156.
31- BGH, 29 mars 1993, II ZR 265/91, ≪*TBB* ≫, *BGHZ* 122, p. 123.
32- BGH, 15 novembre 1993, II ZR 235/92, *WM* 1994, p. 22-27 ;*BGHZ*124, p. 111-128.
33- BGH, 13 avril 1994, II ZR 16/93, *BGHZ* 125, p. 366-382.
34- BGH, 17 mars 1997, II ZB 3/96, ≪*VW* ≫, *BGHZ* 135, p. 107-115.
35- BGH, 21 avril 1997, II ZR 175/95, *BGHZ* 135, p. 244-257.
36- BGH, 20 mai 1997, II ZB 9/96, *BGHZ* 135, p. 374-381.
37- BGH, 4 mars 1998, II ZB 5/97, ≪*Asea/BBC* II≫, *BGHZ* 138, p. 136-142
38- BGH, 8 decembre 1998, KVR 31/97, ≪*Pirmasenser Zeitung* ≫, *WM* 1999, p. 293-299.
39- BGH, 1er mars 1999, II ZR 312/97, *BGHZ* 141, p. 79-90.
40- BGH, 30 septembre 1999, IX ZR 139/98, *DStR*1999, p.1863 ;*WM*1999, p. 2360.

41- BGH, 11 octobre 1999, II ZR 120/98, *BGHZ* 142, p. 382-388.
42- BGH, 12 mars 2001, II ZB 15/00, *BGHZ* 147, p. 108-125.
43- BGH, 18 juin 2001, II ZR 212/99, ≪*MLP* ≫, *AG* 2001, p. 588.
44- BGH, 17 septembre 2001, II ZR 178/99, ≪*Bremer Vulkan* ≫, *BGHZ* 149, p. 10.
45- BGH, 25 fevier 2002, II ZR 196/00, ≪*Ausfallhaftung*≫, *BGHZ* 150, p. 61-70.
46- BGH, 24 juin 2002, II ZR 300/00, ≪*KBV* ≫, *BGHZ* 151, p. 181.
47- BGH, 8 mai 2003, IX ZR 334/01, *NJW-RR* 2003, p. 1042.
48- BGH, 13 decembre 2004, II ZR 256/02, ≪*BMW Handelsvertreter*≫, *DStR*2005, p. 340-342.
49- BGH, 13 decembre 2004, II ZR 206/02, ≪*BMW Vertragshandler*≫, *DStR*2005, p. 162 -164.
50- BGH, 20 septembre 2004, II ZR 302/02, ≪*Klinik*≫, *DStR*2004, p. 2065-2067.
51- BGH, 24 octobre 2005, II ZR 129/04, *ZIP* 2005, p. 2257.
52- BGH, 14 novembre 2005, II ZR 178/03, *BGHZ* 165, p. 85-96.
53- BGH, 21 janvier 2006, XI ZR 384/03, *BGHZ* 166, p. 84-117.
54- BGH, 10 juillet 2006, II ZR 238/04, *BGHZ* 168, p. 285-295.
55- BGH, 16 juillet 2007, II ZR 3/04, ≪*Trihotel*≫, *BGHZ* 173, p. 246-269.
56- BGH, 3 mars 2008 – II ZR 124/06, ≪*UMTS Lizenzen*≫, *BGHZ* 175, p. 365-374.
57- BGH, 1er decembre 2008, II ZR 102/07, ≪*MPS* ≫, *BGHZ* 179, p. 71-84.

Jurisprudence française :

Cour de Cassation

1- Cass. Req., 20 novembre 1922, *S.* 1922 I, p. 305, note ROUSSEAU.
2- Cass. Req., 13 mai 1929, *S.* 1929 I, p. 289.
3- Cass. Ass. plen., 13 decembre 1962, *JCP* 1963, II. 13105, note P. ESMEIN.
4- Cass. com., 26 janvier 1965, *D.S.* 1966, p. 469, note DALSACE.
5- Cass. com., 13 juin 1967, *Bull. civ. IV,* n° 241.
6- Cass. 1ere civ., 12 decembre 1967, *D.* 1968, p. 337.
7- Cass. com., 27 avril 1970, *Bull. civ. IV*, n° 136, p. 124.

8- Cass. com., 23 mars 1971, *Bull. civ. IV* n° 91, p. 84.
9- Cass. com., 29 mai 1972, *Bull. civ. IV*, n° 160.
10- Cass. soc., 8 juin 1972, *Bull. soc.*, n° 418, p. 382
11- Cass. soc., 8 juin 1972, *JCP* 1973 II.17316.
12- Cass. com., 21 avril 1977, *Rev. societes*, 1978, p. 282, note M. GUILBERTEAU.
13- Cass. soc., 18 juin 1975, *Bull. soc.*, n° 331, p. 288.
14- Cass. com., 24 fevrier 1976, 1er arret, *RTD com.* 1976, p. 542, Obs. R. HOUIN ;*Rev. societes*1977,note Y. CHARTIER, p. 89.
15- Cass. 1ere civ., 14 mars 1979, *Rev. societes*1980, p. 307.
16- Cass. mixte, 10 juillet 1981, *D.* 1981, 637, Concl. CABANNES ;*Rev. societes*1982, p. 84, note MOULY.
17- Cass. com., 4 janvier 1982, *RJ com.* 1976, p. 95.
18- Cass. soc., 5 novembre 1982, *Rev. societes*1983, p. 569, note J. BURGARD.
19- Cass. crim., 4 fevrier 1985, ≪*Rozenblum*≫, *Gaz. Pal.* 1985, p. 6 ;*JCP*1986, 20585, note W. JEANDIDIER.; *Bull. crim.*, n° 54, p. 145 ;*D.* 1985, 478, note D.OHL.
20- Cass. com., 11 fevrier 1986, *D.* 1987, somm. 32.
21- Cass. com., 7 novembre 1987, *Rev. societes*1988, n° 3, p. 393.
22- Cass. com., 21 decembre 1987, *JCP* 1988 II, 21113, concl. MONTANIER.
23- Cass. com. 21 decembre 1987, n° 8513173, *Bull. civ. IV*, n° 281, p. 210
24- Cass. com., 10 mai 1989, n° 87-19.264.
25- Cass. com., 13 novembre 1990, *RJDA* 1/91, n° 66.
26- Cass. com., 5 fevrier 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 479.
27- Cass. com., 5 fevrier 1991, *D.* 1992, p. 27, note Y. CHARTIER.
28- Cass crim., 23 avril 1991, *RJDA* 7/91, n° 602.
29- Cass. com., 28 mai 1991, *Bull. civ. IV*, n° 182, p. 129.
30- Cass. com., 2 fevrier 1992, *Bull. civ. IV*, n° 40.
31- Cass. 3eme civ., 14 octobre 1992, *Bull. civ. III*, n° 272.
32- Cass. com., 20 octobre 1992, *RJDA* 1/93, n° 59.
33- Cass. com., 17 nov. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 98.
34- Cass. crim., 18 janvier 1993, *Dr. societes*1993, p. 101, obs. H. LE NABASQUE.
35- Cass. crim., 14 avril 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 771, note M. JEANTIN.
36- Cass crim., 14 juin 1993, n° 92-80763, *Bull. crim.* 1993, n° 208.
37- Cass. com., 15 juin 1993, *Bull. civ. IV*, n° 253, p. 279.

38- Cass. com., 13 juillet 1993, *D.* II 1993, p. 368.
39- Cass. com., 19 octobre 1993, *BRDA* 21/1993, n° 10.
40- Cass. Com., 30 decembre 1993, *RJDA* 4/94 n° 460.
41- Cass. com., 8 fevrier 1994, ≪*Concel c/ Brenac et Vilanou*≫, *Bull. Joly Societes*1994, p. 394.
42- Cass. com., 15 mars 1994, *Dr. societes*1994, n° 98, obs. H. LE NABASQUE.
43- Cass. com., 5 avril 1994, *Rev. Societes* 1995, p. 318, obs. Y. GUYON.
44- Cass. crim., 26 mai 1994, *JCP E* 1995, II, p. 644, note H. LE NABASQUE.
45- Cass. com., 18 octobre 1994, *Bull. civ. IV* 1994, n° 301.
46- Cass. com., 18 octobre 1994, *Bull. Joly Societes*1994, p. 1317, § 370, note A. COURET.
47- Cass. com., 24 janvier 1995, *Rev. societes*1996, p. 93, note Y. CHARTIER.
48- Cass. com., 28 fevrier 1995, *Bull. civ. IV*, n° 60.
49- Cass. com., 28 fevrier 1995, *RJDA* 5/95, n° 651.
50- Cass. com., 22 mai 2001, *Dr. Societes*2001, n° 130, note F.-X LUCAS.
51- Cass. soc., 12 juin 2001, *Bull. civ. V* , n° 214, p. 169.
52- Cass. com., 8 janvier 2002, *APC* 2002, n°70 ;*Dr. societes*2002, n° 110, p. 12, note LEGROS.
53- Cass. com. 26 fevier 2002, *Bull. civ. IV* , n° 117.
54- Cass. com., 5 mars 2002, n° 99-14.840, non publie au bulletin.
55- Cass. com., 2 avril 2002, *RTD com.* 2003, p. 111, C. CHAMPAUD, D. DANET.
56- Cass. soc., 10 decembre 2002, n° 00-46518, non publie au bulletin.
57- Cass. com. 17 decembre 2002, n° 00-11.566, non publie au bulletin ;*JCP G* 2003, I, 176, n° 13, obs. Ph. SIMLER.
58- Cass. com. 7 janvier 2003, n° 00-13192, *Bull. civ. IV* , n° 3, p. 4.
59- Cass. com. 25 fevrier 2003, n° 99-10107, non publie au bulletin.
60- Cass. com., 25 mars 2003, n° 99-15.470, non publie au bulletin.
61- Cass. com. 19 novembre 2003, n° 00-21.027, non publie au bulletin.
62- Cass. soc., 14 janvier 2004, n° 01-45020, non publie au bulletin.
63- Cass. 3eme civ., 25 fevrier 2004, *Bull. Joly Societes*2004, n° 5, p. 666, note J.-Ph. DOM.
64- Cass. soc., 13 juillet 2004, ≪*Ste Sermetoequipementindustriel SAS c/ Union departementale des syndicats CGT de l'Allier et a.* ≫, n° 03-60412, *Bull. civ. V*, n° 218, p. 200.

65- Cass. soc., 13 juillet 2004, ≪*Sermo SA c/ Union departementale des syndicats CGT de l'Allier et a* ≫, n° 03-60413, *JCP E* 2004, 1423.
66- Cass. soc., 12 octobre 2004, ≪*Cooperative Agricole des Producteurs de Viande Lorraine* ≫, n° 02-40605, non publie au bulletin.
67- Cass. soc., 12 janvier 2005, *Bull. civ. V*, n° 5, p. 4.
68- Cass. soc., 19 janvier 2005, *RTD com.* 2005, p. 553, note P. LE CANNU.
69- Cass. soc., 26 janvier 2005, *Bull. civ. V*, n° 29, p. 25.
70- Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-13.136, non publie au bulletin.
71- Cass. com. ≪*Metaleurop*≫, 19 avril 2005, *Bull. Joly Societes*2005, n° 6, p. 690, note C. SAINTALARY-HOUIN ;*JCP G* 2005, n° 26, II. 10088, note O. BOURU et M. MENJUCQ ;*JCP E* 2005, n° 26, II 10088.
72- Cass. com., 12 juillet 2005, *D.* 2005, p. 2071.
73- Cass. com., 02 novembre 2005, *Bull. Joly Societes*2006, n° 4, p. 469, note F-X LUCAS.
74- Cass. com., 13 decembre 2005, *Bull. Joly Societes*2006, p. 636, § 132, note J.-F. BARBIERI.

ثامنا: موقع الانترنت

1- –مدونة حوكمة الشركات في الجزائر، تتواجد على الموقع الرئيسي الالكتروني : http://www.fce.dz؛ من خلال الموقع الفرعي : http://www.algeriacorporategovernance.org

الفهرس

مقدمة 1

الباب الأول: التنظيم التشريعي لظاهرة تجمع الشركات 15

الفصل الأول: مصادر قانون التجمعات بين الثبات والعرضية التشريعية 17

المبحث الأول: أقلمة ثبات التشريع الألماني والنشاط الاقتصادي لتجمعات الشركات 19

المطلب الأول: اعتماد الرؤية الاقتصادية عند استساغة قانون الشركات الألماني لعام 1965 20

الفرع الأول: التأصيل التاريخي للتدوين 20

الفرع الثاني: نطاق التطبيق المادي والشخصي للتدوين الألماني 31

المطلب الثاني: مدى نجاعة التوجه التشريعي الألماني للحماية المدنية للشركة التابعة 50

الفرع الأول: تمايز الحلول القضائية عن المقاربة التشريعية المستساغة بالتدوين 51

الفرع الثاني: التخلي عن المسؤولية المستندة على هيكلة التجمع 61

المبحث الثاني: المراعاة الانتقائية لمصلحة التجمع في القانون الألماني 72

المطلب الأول: الفصل المطلق بين مصلحة الشركة ومصلحة التجمع في القانون الألماني 73

الفرع الأول: التمييز بين التجمع القانوني والتجمع الفعلي 74

الفرع الثاني: الرفض اللاحق لاتباع مصلحة التجمع في سياق التجمع الفعلي 81

المطلب الثاني: الاعتراف الاستثنائي بمصلحة التجمع ضمن التجمع القانوني 95

الفرع الأول: سلطة استصدار الأوامر والتعليمات: تكريس للاعتراف بمصلحة التجمع 96

الفرع الثاني: تكريس مصلحة التجمع المتزامن مع الالتزام باقتسام الخسائر 100

الفصل الثاني: التقيد بالإطار التشريعي التنظيري الفرنسي والجزائري 107

المبحث الأول : مستجدات أسس المسؤولية المدنية في القانون المدني المقارن للأعمال 109

المطلب الأول: إصلاح قانون المسؤولية المدنية الفرنسي 110

الفرع الأول: نظرية الالتزام من مشروع كاتالا، إلى غاية تعديل 2016 112

الفرع الثاني: مضامين الإصلاح التشريعي الوارد بالمرسوم 2016-131 المتعلق بالعقود والالتزامات 114
المطلب الثاني: تطلعات إدراج قواعد المسؤولية المدنية المستجدة في التشريع الجزائري..... 130
الفرع أول: دمج مفهوم التفاوت الاقتصادي في العقد في التحليل القانوني 133
فرع ثاني: مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد 144
المبحث الثاني: المراجعة التشريعية لقوانين الأعمال بين الحتمية والاقتناع القانوني..... 156
المطلب الأول: ردود الفعل الانتقادية لانعدام وجود تنظيم قانوني شامل لقانون التجمعات..... 157
الفرع الأول: الخصوصية القانونية لظاهرة التجمع التي كشف عنها القانون الألماني 158
الفرع الثاني: المسؤولية في سياق المنشئة المصنفة وخطاب النوايا 164
المطلب الثاني: مقاربة القانون المتعدد التخصصات القانونية..... 172
الفرع الأول: تحليل وضعية الهيمنة ضمن المبادرات التشريعية 173
الفرع الثاني: تطبيقات معيار الرقابة في باقي تخصصات قانون الأعمال 189
الباب الثاني: مرتكزات الاجتهاد القضائي البريتوري في إسناد مسؤولية الشركة الأم 218
الفصل الأول: الهندسات المالية للتجمع بين القرارات المبدئية وقرارات الحالة..... 220
المبحث الأول : تقييم مصلحة التجمع في ضوء المصلحة الاجتماعية..... 223
المطلب الأول : القصور التشريعي والموقف العملي للقضاء في شأن تنفيذ استراتيجية التجمع.... 224
فرع أول: معالجة القصور التشريعي التخصصي الجبائي والجزائي للأعمال 225
الفرع الثاني : الاستراتيجية المالية المتشعبة للتجمع والإجراءات الوقائية 244
المطلب الثاني: الاتفاقيات المبرمة داخل التجمع ومقاربة التعسف وإساءة استعمال السلطة..... 268
الفرع الأول: الاتفاقيات الخاضعة للترخيص والمقاربة المتأصلة عن تضارب المصالح 268
الفرع الثاني: موازنات القضاء للاقتصاديات العامة للعقد في سياق الاتفاقيات المنظمة 289
المبحث الثاني: خصوصية العقود المبرمة بين المؤسسات ذات الصلة..... 301

المطلب أول: طرق إقرار خصوصية الاتفاقيات المبرمة داخل التجمع 302
الفرع أول: خصوصيات العقود النموذجية المبرمة بين المؤسسات ذات الصلة.....303
الفرع الثاني: جزاءات الاخلال بالقيود الإجرائية.....315
الفصل الثاني: مسئولية الشركة الأم الناجمة عن إدارة التجمع..... 331
المبحث الأول: مسؤولية الشركة الأم كمدير قانوني أو فعلي للشركة التابعة..... 333
المطلب الأول: المسؤولية طبقا لقانون الشركات..... 334
الفرع الأول: التدخل في الإدارة والاتجاهات المختلفة لمفهوم المسير في مجال الأعمال.....334
الفرع الثاني: التدخل في الإدارة وظاهرية وحدة المؤسسة كأساسين متقاربين لإسناد المسؤولية....351
المطلب الثاني: المسؤولية في ظل قانون الإجراءات الجماعية..... 370
الفرع الأول: أولوية تطبيق الأحكام الخاصة للمسؤولية تجاه الشركة التابعة المتعثرة ماليا.....371
الفرع الثاني: دعويي تكملة النقص في الأصول وتمديد الإفلاس.....374
المبحث الثاني : المسؤولية الهيكلية عن إدارة التجمع القانوني..... 389
المطلب الأول: منظومة التجمع القانوني وسلطة استصدار الأمر 389
الفرع الأول: طبيعة سلطة استساغة الأمر الإلزامي تجاه مديرية الشركة التابعة 390
الفرع الثاني: دعوى المسؤولية عن الأمر المستساغ بنحو تعسفي.....396
المطلب الثاني: الالتزام القانوني باقتسام الخسائر الملحقة بالشركة التابعة 406
الفرع الأول: مجال الالتزام القانوني باقتسام الخسائر.....408
الفرع الثاني: آليات وشروط اقتسام الخسائر 410
الخاتمة العامة 416
الملاحق 429
قائمة المراجع 476