

التنظيم الاتفاقي لالتزامات الشريك

بالتيب محمد البشير أستاذ مساعد أ
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة قاصدي مرياح ورقلة (الجزائر)

المخلص :

يضع المشرع العديد من الالتزامات على عاتق الشركاء ، إذ يهدف من خلالها إلى حماية الغير و إلى حماية الشركاء أنفسهم أيضا. و تشكل النصوص القانونية المتضمنة لهذه الالتزامات النظام العام في أحكام الشركات التجارية، و بما أنها قواعد أمره فانه لا يجوز للشركاء الخروج عنها. بيد أن المشرع حين وضعه لتلك الالتزامات لم يعمل على حصرها، لذا قد يجد الشركاء أنفسهم ملزمون بإنشاء التزامات أخرى، و في هذه الحالة لا يعتبر القانون مصدرا لها و إنما تنشأ مباشرة بمقتضى إرادة الشركاء فيقومون بإدراج التزامات جديدة في القانون الأساسي عند التأسيس أو أثناء حياة الشركة. و بما انه من اليسير تفسير وجود التزامات اتفاقية باللجوء إلى الحرية التعاقدية فالفقه هنا لا يتردد في تقييم مدى صحة بعض الالتزامات الاتفاقية.

Abstract :

The legislator puts many commitments on the partners aiming at protecting the third parties and to protect the partners themselves. The legal texts incorporating these commitments form the public system in the provisions of the commercial companies. Since these commitments are peremptory, partners should not derogate from. However, the legislator did not limit them. Thus, the partners may find themselves obliged to make other commitments. In this case, these latter are not considered to be originated from the law but rather from the will of the partners. They can include new commitments in the Basic Law on formation or during the work process in the company. And since it's easy to explain the existence of conventional obligations by resorting to conventional freedom, the doctrine here does not hesitate in assessing the validity of some of the conventional commitments.

Résumé :

Le législateur met des obligations à la charge des associés, dont le but est de protéger les tiers et de protéger les associés eux mêmes. Les règles qui contiennent ces obligations légales constituent l'ordre public sociétaire, et comme il est des règles impératives, les associés ne peuvent pas les se soustraire. Toutefois le législateur lorsqu'il a mis ces obligations ne les détermine pas en exhaustivité, pour cela les associés peuvent trouver la possibilité d'élaborer d'autres obligations nouvelles qui sont plus adaptés à leurs situations, et dans ce cas, la loi ne soit pas considéré comme la source de ces obligations, mais découlant plutôt directement de la volonté des associés. Ils insèrent ces obligations conventionnelles dans les statuts lors de la constitution, ou en cours de vie social. Et comme il est facile d'expliquer l'existence des obligations conventionnelles par le recours à la liberté contractuelles la doctrine n'hésite pas à évaluer la validité de certains de ces obligations.

ينظر الفقهاء إلى الالتزام على انه نظام قانوني يجعل من شخص يدعى المدين ملتزما تجاه شخص آخر يدعى الدائن بأداء ايجابي أو بامتناع ، فالالتزام إذن هو رابطة بين شخصين أو أكثر أو بين ذمتين ماليتين . و في قانون الشركات تتجسد مثل هذه الرابطة بنشأة علاقات تجمع الشركاء من جهة و الشركة من جهة أخرى كآثار مترتبة عن قيام عقد الشركة . و عليه فان مجرد قبول الشركاء أو توقيعهم على القانون الأساسي من شأنه أن يلقي عليهم التزامات محددة أي جملة من الأداءات يلتزمون بها. و لا يكفي أن يوجد الالتزام وحده إذ يجب أن يقترن به الجزاء الذي يكفل ضمان فاعليته ، فالمشرع يجعل كحد أدنى من ذمة المدين الضمان العام لجميع ديونه.

و إذا كان مفهوم الالتزام بشكل عام يتوقف عند جعل الالتزام مجرد رابطة قانونية تجمع المدين و الدائن ، دون إبراز التكيف المتأني في حال كان نشأة الالتزام مرده إلى الإرادة . لان الإرادة تجعل من المدين متعهدا فالشريك إذن يجعل من نفسه متعهدا في مواجهة الشركة إذا قبل التوقيع على القانون الأساسي.

إن علاقة الشريك بالشركة تعد ذات طبيعة خاصة ، لذا قد ترقى بعض الالتزامات إلى مرتبة الواجبات ، فالالتزام من ناحية كونه مفهوما قانونيا فهو يستعصي على التحديد في قانون الشركات التجارية ، فيتترك ذلك مجالا لدخول مفاهيم أخلاقية كحسن النية أو واجب مساعدة الشركة في حال دخولها في صعوبات مالية فمثل هذه الواجبات يجد الشريك نفسه ملزما بها.

يعد القانون الأساسي الإطار القانوني الذي يفرضه نوع الشركة و كذا إطارا مرجعيا، من شأنه أن يرتب على الشريك جملة من الالتزامات كنتيجة حتمية لتوقيعه على ما جاء في القانون الأساسي. و تعد تلك الالتزامات تجسيدا للرابطة العقدية التي تقوم بين الشريك و الشركة ، و إذا أخذنا هنا بالمفاهيم العقدية في مجال الشركات التجارية نجد أن الشريك قد ارتضى فقط بالالتزامات و الواجبات التي تعد من صميم القانون الأساسي لا غير ، لذا لا يمكن تعديل تلك الالتزامات و الزيادة فيها من دون الرضا الصريح من طرف الشريك.

و لقد اختلف الفقه حول مفهوم الشريك ، لكن الفقهاء استقروا على معيارين اثنين لإبراز مفهوم الشريك ، المعيار الأول معيار كلاسيكي يستند فيه أصحابه على المادة 416 من القانون المدني أي على مفهوم الحصّة المقدّمة ، و على هذا الأساس يكتسب الشريك هذه الصفة لمجرد تقديمه حصّة من مال عند تأسيس الشركة. و يعد من هذا المنظور التزام الشريك بتقديم الحصّة الالتزام القانوني الأدنى الذي يسمح باكتساب صفة الشريك . أما المعيار الثاني و هو معيار حديث يقوم على ضرورة الاعتراف بوجود حق يدعى حق التدخل في شؤون الشركة ، إذ يتكون هذا الحق من عنصرين هامين هما الحق في المراقبة و الحق في الإعلام، و وفقا لهذا المعيار يعرف الشريك بحسب الحقوق المكتسبة و ليس بحسب الالتزامات الملقاة عليه.

و على العموم إن تعداد التزامات الشريك وإحصاؤها يستند على المادة 416 من القانون المدني ، و التي اشتملت على التزامات عديدة كتقديم الحصص و المساهمة في خسائر الشركة و الالتزام بالتعاون او ما يعرف بنية الاشتراك ، و كما تسمح المادة المذكورة بإضافة التزامات أخرى مكملّة كالتزام بحسن النية الذي أصبح التزاما عاما وفقا لنص المادة 107 من نفس القانون. و لا يجوز من ناحية أخرى تشديد تلك الالتزامات القانونية ، لان الشريك يعد محميا في هذا الصدد إذ يحول دون ذلك مبدأ عدم جواز زيادة التزامات الشركاء و هو مبدأ من النظام العام. الا اذا عبّر الشريك عن رضاه بتلك الزيادة (يستخلص من المادة 674 تج).

غير ان استخلاص مجمل الالتزامات من المادة 416 المذكورة يظل دائما دون المطلوب لان الاكتفاء بذلك التعداد لا يغطي حقيقة الالتزامات الملقاة على عاتق الشريك و الدليل انه لا يمكن الجزم مسبقا بعدم وجود فرضية ظهور التزامات جديدة خلال حياة الشركة ، كأن تقع أحداث خاصة فترتب التزامات جديدة على أن تكون تلك الأحداث قد نظّمها المشرع ، و نضرب مثلا هنا و هو قيام الشريك بالتنازل عن حصته. الا أن أهمية الالتزامات الجديدة لا تكمن في تلك الأحداث أو الوقائع بقدر ما تكمن في تلك الالتزامات التي تعد الإرادة مصدرا لها ، فهي التزامات توازي الالتزامات القانونية التي فرضها المشرع بنفسه و تقوم الالتزامات الإرادية على محض رضا الشريك الملتزم، و تتم بلورة هذه الالتزامات وفقا لاحتياجات الشركاء لذا لا يمكن حصرها نظرا لارتباطها بالحرية التعاقدية.

حقيقة لا يمكن أن تحصر التزامات الشريك لأنها متنوّعة ، و يرجع ذلك التنوع إلى اختلاف الشركات التجارية ، إذ لا يتصور أن لا تختلف التزامات الشريك في مؤسسة الشخص الوحيد مقارنة مع شركة المساهمة الصغيرة التي يغلب عليها الطابع العائلي، بل و مقارنة مع شركة مسعّرة في البورصة. و على هذا الأساس فان لشكل الشركة دور

هام في معرفة إن كانت هناك التزمات خاصة تقع على الشركاء ، كما يمكن أن يراعى سلوك الشريك الشخصي إذ يمكن أن يصبح عنصرا هاما في تصنيف التزمات ، من منظور ان الشريك النشط أو الفعال الذي يمارس بفاعلية حقه في التدخل في شؤون الشركة لا يمكن ان يخضع للتزمات إضافية لا يخضع لها الشريك غير النشط، مع أن الشريك النشط يقع عليه التزم بعدم المبالغة في مراقبة الشركة حتى لا يقترب من المسير الفعلي.

كما تتأثر التزمات الشركاء بمفهوم الأغلبية و الأقلية من منطلق زيادة التزمات الشريك كلما كانت هناك زيادة في عدد الأسهم المحوزة من طرفه ، غير انه بسبب عدم وضوح مفهوم الأغلبية و الأقلية قد يقع أن تتواجد في الشركة الواحدة عدة مجموعات ذات أغلبية لتختلف فقط بحسب طبيعة القرار المتخذ ، أما الأقلية فهي مجرد مجموعة من المساهمين تمتلك ما تبقى من رأسمال الشركة بحيث تلعب هذه المجموعة دور المعارض لقرارات الأغلبية ، وعليه فان هناك سرعة في تغيير مفهومي الأغلبية و الأقلية و هذا ما يحول دون التسليم بان هناك التزمات إضافية تقع على عاتق الشريك في حال وجد نفسه منتما إلى فريق الأغلبية أو فريق الأقلية . و بخلاف مفهومي الأغلبية و الأقلية فان التزمات الشريك تزداد بتأثير من مفهوم الشخصية المعنوية ، لان الشركاء في هذه الحالة حين انضمامهم الى الشركة هم ينضمون الى تجمع منظم يمتلك أجهزة داخلية تمارس صلاحيات محددة ، أما إذا كانت الشركة غير مكتسبة للشخصية المعنوية فذلك يعني أن لا تنظيم فيها. و يخضع الشركاء إلى العقد المبرم بينهم فقط، و إذا تصرفوا في مواجهة الغير فهم يتصرفون بصفة شخصية و عليه فان قيد الشركة في السجل التجاري يكسب الشركة الشخصية المعنوية و يترتب على ذلك نشأة التزمات جديدة تقع على عاتق الشركاء و ذلك من منطلق ان قيام الشخص المعنوي الجديد يتعلق به حتما التزمات معينة كوجوب احترام مصلحة الشخص المعنوي المستقلة من خلال عدم منافسة نشاط الشركة او عدم الوقوف ضد اتخاذ إجراء ملائم للاستغلال ، او كالتزم الشريك الوحيد في مؤسسة الشخص الوحيد باحترام الفصل بين ذمته و ذمة الشركة .

كما يفرض قانون الشركات من خلال المفاهيم الموجودة فيه سلوكا معينا على الشركاء ، فذلك ينطلق أساسا من فكرة ان عقد الشركة يختلف عن العقد الذي يشتمل على مصالح متعارضة كما في أي عقد تبادلي آخر و هذه المصالح المتقاربة بين الشركاء هي التي تجعل من عقد الشركة كتصرف جماعي.

إن المصدر الطبيعي للتزمات الشريك هو تلك القواعد القانونية و المبادئ الثابتة في قانون الشركات التجارية ، غير انه رغم كثرة النصوص الأمرة فان التزمات الشريك تظل قليلة و تتوزع التزمات الشريك بين القانون المدني و القانون التجاري ، اذ نجد المشرع المدني ينص على التزمين هامين و هما الالتزم بتسديد الحصة و الالتزم بالمساهمة في خسائر الشركة . و خارج هذين الالتزمين يكرّس القضاء الفرنسي التزما آخر أكثر شخصية و هو الالتزم بحسن النية الذي أصبح التزما عاما (م 107 ق م). و إلى جانب الالتزمات الأخرى المنبثقة على كل نوع من أنواع الشركات ، لقد استعصى على الفقه ان يجري تصنيفا للتزمات الشريك و يرجع السبب وراء تلك الصعوبة الى تنوع الالتزمات المنبثقة عن النصوص القانونية ، لذا يطرح بعض الفقهاء محاولات لتصنيف التزمات الشريك لكنها تظل دائما مجرد تصنيف فقهي، فمن ذلك مثلا يميّز البعض بين الالتزمات الخاصة كالالتزم المترتبة على عمليات التنازل عن الأسهم او ما يترتب على وجود شرط الاعتماد... الخ، و التزمات عامة كالالتزم بحسن النية، كما يميّز البعض بين الالتزمات القانونية الملزمة كتقديم الحصة المكتتب بها أو تحمل الخسائر . فان هناك التزمات طبيعية أو واجبات أخلاقية كالالتزم بمساعدة الشركة و التضامن معها في حال تعرضت إلى ضائقة مالية . كما يرى البعض ان هناك التزمات بدلية كالالتزم بالاكتتاب في زيادة رأسمال الشركة . كما يميز البعض الفقهاء بين الالتزمات الفورية و الالتزمات المستمرة كتسديد الحصة و الالتزم بتحمل الخسائر.

حقيقة لا تكفي المعايير المذكورة لحصر التزامات الشريك و تكيفها ، لذا لابد من الانتقال الى معايير أخرى كاللجوء الى معيار المصدر لتتجلى هنا أهمية المصدر الإرادي موازاة مع مجموع الالتزامات المنبثقة عن النصوص القانونية، فإرادة الشركاء أيضا يمكنها إنشاء التزامات جديدة و بناء تصورات حولها، و عليه فان ما يعزز هذا النوع من الالتزامات اي الالتزامات التعاقدية أو الاتفاقية هو اشتداد الظاهرة العقدية التي باتت تغزو عالم الشركات التجارية (تعريف موجز للظاهرة).

إن كثرة النصوص الأمرة في التشريع الناظم للشركات و شساعة مساحته التنظيمية دفعت أوساط الأعمال إلى استعمال الآليات العقدية من اجل تكملة القوانين الأساسية في الشركات ، و بما أن الحرية التعاقدية تسمح للشركاء بإعداد التزامات جديدة فان هؤلاء لاشك يجدون أنفسهم ملزمون بتنفيذ التزامات ذات مصدر اتفاقي بحت . كل ذلك بداعي البحث عن الكثير من الحرية و الليونة في تنظيم الشركات التجارية ، و تكمن وراء هذا الصنف من الالتزامات أهداف عديدة كرسبة الشركاء في تعميق العلاقات القائمة بينهم لذا ينشئون التزامات جديدة حول التنازل عن الأسهم أو حول الخروج من الشركة و غيرها من المسائل ، أو أن يرغب الشركاء في المحافظة على مصلحة الشركة من خلال إنشاء التزامات مالية جديدة أو إبرام اتفاقات تصويت على سبيل المثال.

ترجع صحة الالتزامات الاتفاقية التي ينشئها الشركاء بالإرادة إلى نطاق المادة 106 التي تعتبر كل اتفاق شريعة المتعاقدين أي بمعنى آخر أن الشركاء يجسدون الحرية التعاقدية من خلال هذه الالتزامات .و كذا يجب أن تتوفر قواعد الصحة في العقود ، و تستقر الالتزامات العقدية عادة من الناحية المادية في القانون الأساسي للشركة ، لكن قد نجد أن بعض الشركاء يبرمون اتفاقات موازية فيما بينهم تكون اقل درجة من القانون الأساسي يطلق عليها الفقهاء اتفاقات المساهمين. و يجب أن لا تعارض هذه الاتفاقات القانون الاساسي.

إذن، ومن خلال سياق النصوص القانونية المنظمة للشركات التجارية يجوز للشركاء أن يتفقوا على مسائل معينة من خلال شروط عقدية تدرج في القانون الأساسي حيث يقومون بذلك عند التأسيس أو حتى أثناء حياة الشركة، وفي الحالة الأخيرة أثناء حياة الشركة يجب أن لا تؤدي الشروط المدرجة في القانون الأساسي إلى زيادة التزامات الشركاء، وإلا وجب قبولها بالإجماع (ق 1/674 ق تجاري) ، أما الشروط الأخرى فيمكن تبنيها وفقا لأحكام تعديل القانون الأساسي حتى وإن كانت مقيدة لحقوق الشركاء.

ومن ناحية أخرى إن تكملة النظام القانوني للشركة لا يقتصر فقط على إدراج شروط عقدية في القانون الأساسي بل إن الشركاء أمامهم طريق آخر ألا وهو إبرام الاتفاقات فيما بينهم أي إتفاقات الشركاء أو المساهمين، تتميز اتفاقات الشركاء او المساهمين عن الشروط المدرجة في القانون الأساسي بكونها أكثر ليونة وسرية رغم إنعكاس ذلك على فاعليتها، وذلك لأن إتفاقات المساهمين لا تكون نافذة إلا في مواجهة الموقعين عليها، فهي إذن لا تلزم لا الشركاء غير الموقعين و لا الشركة نفسها ولا الغير من باب أولى، ومن هنا يبدو جليا أن الشروط المكملة للنصوص القانونية لا تكون ملزمة للكافة إلا إذا أدرجت في القانون الأساسي، بحيث تمس هذه الشروط وضع الشريك وقد تمس بنية الشركة.

إن الوضع القانوني للشريك ليس موحدًا بين جميع الشركات التجارية، لذا نجد أن الأحكام القانونية المنظمة لكل نوع من الشركات تمنح جملة من الحقوق و ترتب عدداً آخر من الالتزامات لتشكل في الأخير الوضع القانوني للشريك، وما يلاحظ أنه رغم ذلك التنوع فإن البعض يرى عدم كفاية الاختيارات التي يمنحها المشرع للشركاء عند التأسيس، فيلجؤون إلى القانون الأساسي فيدرجون فيه شروطاً ترتب التزامات جديدة أو ما يسميها الفقه بالالتزامات التأسيسية نسبة إلى القانون الأساسي.

إذن يستغل الشركاء عادة المجال الذي تركه المشرع لإعمال الإرادة من اجل الاتفاق حول جوانب الوضع القانوني للشريك ، أي الاتفاق فيما بينهم على إدراج التزامات جديدة لم ينص عليها المشرع ، نحاول فيما يأتي من

تفصيل تسلط الضوء على الشروط العقدية التي يمكن للشركاء إدراجها في القانون الأساسي للشركة مما يسمح لهم بتنظيم التزامات الشريك تنظيما اتفاقيا. و من هنا يمكننا القول أن المشرع لا ينفرد لوحده بتنظيم العلاقات الناشئة عن الشركة، سبب ذلك عدم قدرة القواعد القانونية المنظمة للشركات على تقديم الليونة الكافية والحرية اللازمة التي تحتاجها جميع الشركات الحديثة، و هو السبب الرئيسي الذي يدفع بالشركاء إلى عدم الإقتصار على الإطار القانوني الذي جاء به المشرع بل يلجؤون إلى الإستعانة بالوسائل والتقنيات العقدية. و تتجلى هذه الوسائل العقدية في إدراج الشروط والبنود الاتفاقية في القانون الأساسي للشركة.

سنشير في هذه الدراسة -التي تعنى بالالتزامات التأسيسية- إلى مجمل التزامات الشركاء ذات المصدر الإتفاقي، أي التي جاءت نتيجة تعاقد الشركاء حولها، و حدودها بإرادتهم بغية تنظيم مسائل خاصة في العلاقات الناشئة بمقتضى عقد الشركة، انه بالأحرى نظام إتفاقي ينشئه الشركاء بعيدا عن النصوص القانونية، فالمشرع لم يطلق المجال أمام الإرادة بشكل مطلق و رغم ذلك فإن بعضا من النصوص القانونية نجدها قد كرست إمكانية اللجوء إلى الحرية التعاقدية، كأن تدل على ذلك الصياغة التي يخرج بها المشرع نصوصه.

و يفسر الفقه قدرة الشركاء على الإتفاق حول التزامات جديدة رغم عدم ورود أحكام قانونية بشأنها على مبدأ الحرية التعاقدية وفقا لما تقضي به المادة 106 من القانون المدني أي أن العقد شريعة المتعاقدين. ويرى كثير من الفقهاء أن تطوير مثل هذه الإتفاقات يجلب الكثير من الليونة والحرية في أداء الشركة.

أن القانون الأساسي عقد، يقوم الشركاء بالعمل على تحريه لدى موثق، حيث يتضمن هذا العقد القواعد الأساسية التي تنظم علاقات الشركاء، وهو من ناحية أخرى المجال الأول للتعبير عن الإرادة، فهو يتضمن الإلتزامات الملقاة على عاتق الشركاء، لذا فإن مثل هذه الإلتزامات إلى جانب درجة إلزاميتها يضاف إليها خاصية الإستقرار بالقدر الذي يظل فيه القانون الأساسي دون تعديل، التعديل الذي من شأنه الزيادة في الإلتزامات أو تشديدها وهو ما لا يكون ممكننا إلا بإجماع الشركاء.

و إنطلاقا من كون الإلتزامات التأسيسية ذات نشأة إتفاقية، و جب والحال هذه أن تكون متطابقة مع المصلحة الإجتماعية للشركة.

كما يشترط أيضا أن تسمح الإلتزامات التأسيسية للشركة بتحقيق اقتصاد معين أو ربحا، وهو الهدف الذي تسعى إليه الشركة، إذ لا يكون صحيحا الشرط الذي يفرض على الشريك إلتزاما ما و هو التزم لا ينجر على تنفيذه أي فائدة للشركة.

إذن سنتعرض إلى محتوى الإلتزامات التي يمكن للشركاء الإتفاق على إدراجها في القانون الأساسي (أولا)، ثم إلى الجزاء المقترن بعدم تنفيذ هذه الإلتزامات (ثانيا).

أولا: محتوى الإلتزامات التأسيسية : حقيقة يلاحظ أنه من الصعب أن يتم جمع الإلتزامات التأسيسية في قائمة حصرية، و يرجع السبب في استحالة جمعها إلى طبيعة مصدرها ألا وهو الإرادة، لذا نجد أن الشركاء أمامهم مجال واسع لوضع الشروط التي يريدون الإتفاق حولها في القانون الأساسي للشركة، لكننا ذكرنا سابقا أن الشركاء يتقيدون عند ذلك بالنظام العام وضرورة إلتزام مصلحة الشركة و الهدف من إنشائها ألا وهو تقاسم الأرباح أو تحقيق إقتصاد ما، لذا سنكتفي في هذه الدراسة بعرض الإفتراضات المختلفة لهذه الإلتزامات.

لابد من التساؤل أولا، إن كان يجوز للشركاء أن يقدوا إكتساب صفة الشريك بوضع شروط في القانون الأساسي، ويقع التساؤل أيضا حول ما إذا كان ممكننا للشركاء إضافة إلتزامات مالية أخرى تلقى على عاتق كل شريك

، و من ناحية أخرى قد يتفق الشركاء على إدراج شرط عدم المنافسة ، وأخيرا قد يتعلق إتفاق الشركاء بكيفيات المساهمة في خسائر الشركة .

أ/- **الشروط الخاصة لإكتساب صفة الشريك** : قد يقوم الشركاء بإدراج بند في القانون الأساسي للشركة يخضع إكتساب صفة الشريك إلى شروط خاصة، كحيازة دبلوم خاص أو إكتساب جنسية معينة أو الإلتقاء إلى مهنة أو إلى فئة إجراء الشركة... إلخ. حيث يسعى الشركاء من وراء هذا الشرط إلى تمديد الشروط القانونية المطبقة على الشركاء،¹ على أن لا يشكل مثل هذا الشرط تمييزا بين الشركاء على أساس العرق أو الجنس.²

ويجب من جهة أخرى، أن تكون الشروط الخاصة لإكتساب صفة الشريك متصلة بنشاط الشركة، حيث تظهر أهمية تقييد إكتساب صفة الشريك في الشركات التي تقوم على أساس الإعتبار الشخصي ، أي إذا كان نشاط الشريك نشاط شخصي التزم بتقديمه خدمة للشركة. بيد أنه لا يكون للشرط المقيد لصفة الشريك الفائدة المرجوة إذا وجد في الوقت ذاته شرط الإعتقاد، إذ من شأن هذا الأخير أن يسمح للشركة التأكد من هوية الشركاء الجدد ومدى توفرهم على الشروط الموضوعية من طرف الشركاء المؤسسين.³

ويرى من ناحية أخرى الأستاذان TILQUIN و SIMONART أنه لا تقتصر أهمية تقييد إكتساب صفة الشريك على نوع واحد من الشركات بل يمكن أن توجد أيضا في الشركات التي لا تكتسب الشخصية المعنوية كشركة المحاصة أو الشركة المهنية، حيث يقع عادة أن يرغب أحد الشركاء في دخول الشركة بعد مدة زمنية محددة أو بخلاف ذلك أن ينسحب منها عند سن معينة، أو أن يكون سبب الخروج من الشركة عدم الرغبة في تعريض الحصاة المقدمة من طرفه إلى المخاطر، فيقرر الخروج بعد أجل محدد أو أن يكون قد أتم العمل المتفق عليه مع الشركة عند التأسيس.⁴

من جهة أخرى، إن الشروط المقيدة لإكتساب صفة الشريك مشكوك فيها خاصة إذا كنا بصدد شركة المساهمة، لأن مثل هذه الشركات لا تأخذ بعين الإعتبار شخصية الشريك، وعلاوة على ذلك فإن الشرط المقيد نفسه يصبح متعارضا مع أهم خاصية في شركة المساهمة ألا وهي حرية التنازل عن الأسهم، لكن وفي ظروف إستثنائية نجد أن الإعتبار الشخصي قد يبرز في هذا النوع من الشركات، وذلك عندما نجد بندا في القانون الأساسي يخضع إكتساب صفة المساهم إلى شروط موضوعية مصاغة بدقة.⁵

غير أن هناك العديد من التقنيات التي يتناولها الفقه و التي تقوم على تقييد صفة المساهم، نذكر مثلا واحدا من التراكيب المالية الحديثة، التي يطلق عليها الفقهاء مصطلح⁶ ، أو ما يعرف بتوأمة الأسهم، وهي العملية المالية التي تهدف إلى الربط بين الأسهم المصدرة من طرف شركتين مختلفتي الجنسية إذ تنتمي كل منهما الى دولة مختلفة، وذلك بمقتضى شروط تدرج في القوانين الأساسية ، وبمجرد توأمة أسهم الشركتين يصبح من غير الجائز إكتتاب أسهم كلا الشركتين أو التنازل عنها منفردة ، فكل مكتتب يصبح ملزما بالإكتتاب لدى الشركتين معا، و بفعل الربط تصبح الأسهم كوحدة واحدة رغم إختلاف الشركتين المصدرتين من ناحية الجنسية، حيث يتم تسعير هذه الوحدة في كل من الأسواق المالية لكننا الدولتين المنتميتان إليهما الشركتان، ويؤدي ذلك حتما إلى أن الإكتتاب أو شراء الأسهم يقع على كلا نوعي أسهم الشركتين، وبسبب هذه العملية أيضا لا يمكن للمساهم إلا أن يكون مساهما في الشركتين معا.⁷

وفي الأخير إذا تضمن القانون الأساسي شرطا مقيدا لإكتساب صفة الشريك أو المساهم وجب في الوقت ذاته أن يتضمن شرطا يقضي بإلزام الشركاء بشراء حصاة الشريك الذي زالت الصفة عنه لعدم توفر الشروط المنصوص عليها في القانون الأساسي.⁸

ب/ - الإلتزامات المالية الإضافية : يعد التزام الشريك بتسديد الحصة المقدمة عند تأسيس الشركة من أهم الإلتزامات المالية المنبثقة عن المركز القانوني للشريك. حيث يتصل هذا الإلتزام بنية الإشتراك. وبمقتضى نية الإشتراك يكون كل الشركاء ملزمون بالتعاون فيما بينهم والعمل على تحقيق هدف الشركة وذلك يلتزم كل شريك بأداء الحصة المتفق عليها.⁹ إن الدور الذي يؤديه الشريك حين قيامه بتقديم الحصة في غاية الأهمية لأن الحصة تعد عنصرا مميزا لصفة الشريك،¹⁰ مما يجعله متميزا بذلك عن الأشخاص الآخرين الذي يشاركون في نشاط الشركة، ونذكر منهم أصحاب سندات الاستحقاق والأجراء¹¹ ، وكما يسمح من جهة أخرى بتخصيص جميع الحصص المسددة في بناء و تكوين رأسمال الشركة حيث يجسد رأس المال القيمة العددية لمجموع الحصص العينية والنقدية التي قدمها كل شريك من الشركاء، ويستثنى من الحصص الحصة الصناعية أو حصة العمل¹²، فهي لا تدخل في تكوين رأس المال.

وبناء على ما تقدم فإن التزام الشريك بتقديم الحصة هو الإلتزام الأساسي الذي تمنحه صفة الشريك، وفي حال عدم تنفيذه لهذا الإلتزام فإنه يفقد مركزه القانوني داخل الشركة.

وإن إلتزام الشريك بتسديد الحصة قد لا يكون فوريا وإنما يكون مؤجلا، ففي هذه الحالة يتولى القانون الأساسي تحديد الشروط و الكيفيات التي تتخذها إدارة الشركة بغية مطالبة الشركاء بالوفاء بالحصص.

ففي شركة المساهمة مثلا يجوز للشركة أن توجل تسديد الأسهم المكتتب فيها، ولا تلزم المساهمين إلا بدفع الربع عند التأسيس¹³ ، أما القيمة المتبقية (4/3) فإن تسديدها يتم خلال خمس سنوات بدءا من التأسيس ، حيث يسعى مجلس الإدارة أو مجلس المديرين إلى إصدار قرارات يدعو فيها المساهمين إلى الوفاء.¹⁴ ومن هنا جاز للقانون الأساسي أن يفرض تسديدا فوريا للأسهم وبنسبة أعلى أو أن يلزم الإدارة بالمطالبة بالوفاء لمدة تقل عن خمس سنوات، أما إن تضمن القانون الأساسي منح الصلاحية لمجلس الإدارة أو مجلس المديرين بهذا الخصوص، فإنه لا يصح أن يتنازل هذان الجهازان على تلك الصلاحية لصالح الجمعية العامة.¹⁵

لكن السؤال الذي يطرح بهذا الصدد، هل يجوز للشركاء أن يتفقوا على إلتزامات مالية أخرى زيادة على إلتزامهم بتقديم الحصص؟ إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي التعرض إلى مسألتين رئيسيتين ، الأولى حين يتفق الشركاء على جواز الإلتزام بدفع مبالغ مالية إذا طلبت الشركة ذلك، أما المسألة الثانية فهي الحالة التي يتفق فيها الشركاء على الإلتزام بالإكتتاب في زيادة رأس المال.

فبالنسبة للمسألة الأولى و هي الدعوة التي توجهها الشركة إلى الشركاء قصد تقديم الأموال أو ما يسمى بنداء تحصيل الأموال، هنا يفترض أن الشركة تمر بصعوبة مالية فتلجأ إلى الشركاء قصد جمع الأموال اللازمة، فهم في هذه الحالة ينفذون إلتزاما ماليا يتجاوز حدود الحصة المقدمة.

إن الفقه بدوره لم يقلل من صحة هذه التقنية أي دعوة الشركة للشركاء لدفع مبالغ إضافية، لأن ذلك يصب عادة في مصلحة الشركة، حيث تتمكن من خلال ذلك الحصول على دعم الشركاء، بيد أن أهمية التقنية تختلف باختلاف نوع الشركة، ففي شركات الأشخاص مثلا، نجد أن إلتزام الشركاء بدفع مبالغ مالية إضافية ينفذ بطريق غير مباشر لأن الشركاء في هذا النوع يسألون مسؤولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة.¹⁶

ونجد أيضا أن الشركة قد تكون ملزمة أصلا باللجوء إلى تقنية جمع الأموال من الشركاء، إذا كان هدفها تحقيق إقتصاد معين¹⁶ وليس تحقيق الربح، فهذه الشركات غالبا ما يكون هدفها تمكين الشركاء من الوسائل الضرورية للنشاط، لذا يقوم الشركاء بتغطية المصاريف العامة من خلال تأدية الأقساط.¹⁷

أما بالنسبة للمسألة الثانية ألا وهي مدى جواز إلتزام الشركاء بالإكتتاب في زيادة رأس المال التي ستجرى بعد التأسيس، فإن الفقه يبدو مؤيدا لمثل هذا الشرط، خاصة إذا كان مقدار الزيادة وأجلها محددان وقابلان للتحديد. إلا أن مثل هذا الشرط لا يكون صحيحا إذا تضمن إلتزام الشركاء بالإكتتاب في جميع تعديلات رأس المال دون تحديد لمقدارها

أولجها، والسبب في ذلك هو تعارض الشرط مع مبدأ عدم جواز زيادة إلتزامات الشركاء وهو مبدأ من النظام العام، ويعد كذلك خرقا واضحا للمبدأ الأساسي الذي تقوم عليه شركتي المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وهو عدم تحمل المسؤولية فيهما إلا بقدر الحصة المقدمة من طرف كل شريك.¹⁸

ج/- شرط عدم المنافسة والنشاط الحصري : يعرف الأستاذان THALLER و PIC نية الإشتراك بأنها إرادة الشركاء بالتعاون فيما بينهم بغية الوصول إلى تحقيق الهدف المشترك.¹⁹ يساق في هذا المقام عادة تعريف نية الإشتراك حتى تبرز لنا مسألة في غاية الأهمية، هل يعد من آثار عقد الشركة إلتزام الشريك بتحميله تبعات إشتراكه في الشركة بأن لا يمارس نشاطا مماثلا لنشاطها؟، أو ما يعرف من ناحية أخرى بالالتزام بعدم المنافسة.

لم يتخذ الفقه بصدد مسألة إلتزام الشريك بعدم المنافسة موقفا واحدا، فالرأي الراجح يذهب إلى القول بصعوبة التسليم بوجود مثل هذا الإلتزام ضمن الأحكام العامة للشركات، حيث لا نجد نصوصا قانونيا صريحا يرتب على الشريك الإلتزام بعدم منافسة الشركة. إلا أن مثل هذا الرأي يذهب من ناحية أخرى إلى عدم إنكار وجود الإلتزام بعدم المنافسة في حالات معينة، بل إن بعضا من هذه الحالات ورد بشأنها نص قانوني.²⁰

أما الحالات الأخرى وإن لم يكن هناك نص صريح بشأنها فإن إلتزام الشريك بعدم المنافسة يكون موجودا استنادا إلى مفهوم صفة الشريك، كما هو الحال مثلا بالنسبة للشريك الذي قدم حصة من عمل في شركات الأشخاص، إذ يلتزم بأن لا ينافس الشركة أي أن لا يؤدي نشاطا مماثلا لها.²¹ وكما هو الحال أيضا بالنسبة للشريك الذي قدم محلا تجاريا كحصة في الشركة، فهو في هذه الحال كالبائع أو المؤجر، يلتزم كما يلتزم هذين الأخيرين بأن لا ينافس الشركة، وهو في الوقت ذاته تنفيذ للإلتزام بضمان التعرض الشخصي²² إذا كان قد قدم الحصة على سبيل التملك، أو أن يلتزم بتمكين الشركة من الإنتفاع الهادئ إذا قدم المحل على سبيل الإنتفاع. يبقى ان نشير في الأخير إلى حالة الشريك الأجير والشريك المدير، فهما يلتزمان خلال مدة عقد العمل بالنسبة للأجير أو خلال العهدة الممنوحة بالنسبة للشريك المدير بأن لا يمارسا أو يباشرا نشاطا منافسا لنشاط الشركة.²³

إذن بعد أن عرضنا الحالات التي يقوم فيها بوضوح إلتزام الشريك بعدم منافسة الشركة، هل نفهم من ذلك أنه ينعلم الإلتزام بعدم المنافسة فيما عدا هذه الحالات المذكورة؟

في الحقيقة، إذا لم يقم الشركاء بالإتفاق حول مسألة الإلتزام بعدم المنافسة و ذلك بأن يدرجوا في القانون الأساسي شرطا ينص على ذلك صراحة، فإن الرأي الراجح كما قلنا يذهب على عدم الإعتداد بوجود الإلتزام²⁴ وذلك لسببين، الأول أن قانون الشركات بدوره لم يكرس الإلتزام بعدم المنافسة بنص صريح خلافا لما نجده في تشريع العمل حيث يقضي هذا الأخير صراحة بعدم جواز منافسة رب العمل من طرف العامل، وكأن عقد العمل ذاته يعد مصدر للإلتزام المذكور²⁵، مما يسمح لنا بالقول أن عقد الشركة ليس كعقد العمل لا يترتب عليه إلتزام الشريك بعدم المنافسة بمجرد التوقيع عليه ودخوله في الشركة²⁶، أما السبب الثاني يرجع إلى حرية التجارة والصناعة،²⁷ أو ما يطلق عليه الفقه اصطلاح الحرية الإقتصادية. يرى الأستاذ SERRA أن إلتزام الشريك بعدم المنافسة يعد مساسا بالحرية الإقتصادية الفردية للشركاء وإلى حرية المنافسة أيضا، بل يعد غير مناسب لإلزام الشريك خاصة إذا لم يكن أجيرا ولا مديرا ولم يقدم حصة من عمل أو محلا تجاريا²⁸ بعدم المنافسة.²⁹

نخلص مما تقدم إلى أن الشركاء من الناحية العملية يلجؤون عادة إلى القانون الأساسي فيدرجون شروطا خاصة بعدم المنافسة، تقضي بمنع الشريك من ممارسة عمل تجاري مشابه لنشاط الشركة،³⁰ إلا أن هذه الشروط لا تكون صحيحة إلا إذا كانت مقيّدة من حيث الزمان والمكان والمضمون.³² وأن يكون الهدف من إدراج هذه الشروط ليس حرمان الشريك من حريته الإقتصادية، بل أن الهدف منها حماية المصالح المشروعة للشركاء الآخرين والشركة.³³

د/- المساهمة في خسائر الشركة : لا شك في أن إلتزام الشريك بتحمل خسائر الشركة هو مبدأ من النظام العام، لذا لا تنفذ في مواجهة الغير الشروط المدرجة في القانون الأساسي التي من شأنها تقييد هذا الإلتزام، وبالمقابل لا تمنع صفة النظام العام هذه من أن يقوم الدائن بإعفاء الشركة من ديونها.³⁴

وعلى العموم فإن إلتزام الشريك بتحمل الخسائر يختلف باختلاف نوع الشركة ، ففي الشركات التي يسأل فيها الشريك مسؤولية تضامنية وشخصية، نجد أغلب النصوص المنظمة لهذا الإلتزام هي نصوص مكملة خاصة ما تعلق منها برجوع الشركاء بعضهم على بعض، وذلك بعد الوفاء لدائن الشركة³⁵ ، ومن جهة أخرى و بالرجوع إلى أحكام شركة المساهمة نستنتج أن مساهمة الشريك في خسائر الشركة تتحدد بنسبة مساهمته في رأس المال ، إلا أن ذلك يمكن تعديله بإتفاق الشركاء حيث يمكن أن ينص القانون الأساسي على قواعد أخرى في توزيع الخسائر على الشركاء، إلا إذا أعتبر من قبيل شرط الأسد فإنه يكون باطلا.³⁶

إن يستطيع الشركاء أن يتفقوا على الأساس الذي تتحدد به مساهمة كل شريك في خسائر الشركة بمقتضى بنود في القانون الأساسي، كما هو الحال بصدد إبرام عقد التجمع فإن عقد التجمع عادة يتضمن تحديد الطرق المتبعة عند حساب مساهمة كل شريك في الخسائر الناجمة عن نشاط التجمع.³⁷

وخلصا لما تقدم يمكن أن يشتمل القانون الأساسي على عدد آخر من الإلتزامات المفروضة على الشركاء، إلا أن وجود تلك الإلتزامات و صحتها مرهون بمدى إحترام الغاية من إبرام عقد الشركة، وعدم الإخلال بحقوق الشركاء الفردية ومن ناحية أخرى لا تكون لمثل هذه الإلتزامات المنصوص عنها في القانون الأساسي الفاعلية الكافية إلا إذا إقترن تنفيذها بجزاء.

ثانيا: الجزاء المقترن بمخالفة الإلتزامات التأسيسية : وفقا لما تقضي به المادة 441 من القانون المدني، يتضح جليا أن إخلال الشريك بالإلتزامات المترتبة عليه سواء بنص القانون أو بنص القانون الأساسي، يعد سببا كافيا لحل الشركة.³⁸ إن الشركاء نادرا ما يلجؤون إلى طلب الحل، لأن المصلحة المشتركة في نظرهم تقضي باستمرار الشركة وبقاء نشاطها، وعضوا عن طلب الحل فإن الشركاء يلجؤون إلى إقصاء الشريك المخل بالإلتزامات وإلزامه بالتعويض عن الضرر اللاحق بهم أو بالشركة، ولذا يقع التساؤل عادة هل يجوز أن ينص القانون الأساسي على إقصاء الشريك في الحال التي لا ينفذ إلتزامه فيها ؟ أو أن يلتزم بأداء التعويض مباشرة بناء على شرط جزائي مدرج في القانون الأساسي ؟

أ/- شرط الإقصاء أو الفصل : إن الإقصاء أو الفصل هو الجزاء الذي يلحق الشريك أو المساهم نتيجة إخلاله بالإلتزامات³⁹ المفروضة عليه.⁴⁰

و الإقصاء بهذا المفهوم يتجسد من خلال شرط الإقصاء الذي يتم إدراجه من قبل الشركاء في القانون الأساسي للشركة، فيتمكن الشركاء من إبعاد الشريك الذي تخلف عن تنفيذ إلتزاماته.⁴¹

لقد إختلف الفقه حول صحة شرط الإقصاء فذهب البعض إلى عدم شرعيته مستنديين إلى العقوبات التي تعيق إعماله، وهما الحقان الرئيسيان الذي يتمتع بهما الشريك، حق الملكية وحق البقاء في الشركة⁴² ، وذهب جانب آخر من الفقه وكذلك القضاء⁴³ إلى قبول شرط الإقصاء أو الفصل وفي الوقت ذاته إستبعد مثل هذا الجزاء في حال لم يكن منصوصا عليه في القانون الأساسي.⁴⁴

لقد ذهب الأستاذ GUYON إلى تشبيه شرط الإقصاء بالشرط الفاسخ، مستندا في ذلك إلى تكييف العلاقة التعاقدية التي تجمع من جهة بين الشركة والشريك المقصى و من جهة أخرى بين الشركاء أنفسهم ببعضهم ببعض. فإذا أخذنا بالمستوى الأول من العلاقة التعاقدية أي تلك التي تجمع بين الشريك والشركة، سيكون بلا شك من الجائز أن تطلب الشركة فسخ العلاقة التعاقدية عندما يخل الشريك بتنفيذ إلتزاماته، أما إذا أخذنا بالمستوى الثاني من العلاقة العقدية

أي بالنظر إلى الإقصاء فيما بين الشركاء بعضهم ببعض ، فإن الإقصاء في هذه الحال لا يكون فسخا لأن العلاقة التعاقدية لا تنقضي ما دامت الشركة قائمة بين الشركاء الآخرين، وهنا تكمن خطورة الوصف وذلك لأن بقاء الشركة و استمرارها بعد إقصاء الشريك قد يجعل من الإقصاء مجرد إنتقام من طرف الشركاء الآخرين مما يسمح لهم بتحقيق الأرباح بعد إبعاد الشريك المقصى.⁴⁵

ولقد ذهب أيضا الأستاذان DARIOSECQ و METAIS إلى تشبيه شرط الإقصاء بالإبعاد التأديبي، ولقد إنطلقا في تأسيس رأيهما من كون الشركة تفتقد إلى الجهاز التأديبي المختص عادة، ولذا لا بد على الأقل أن يؤسس الإقصاء على قائمة وضعت بدقة تشتمل على الوقائع التي تفسر هذا الجراء، ولذا يعد غير كافيا أن يتضمن القانون الأساسي للشركة بندا يقضي بأن مخالفة مصلحة الشركة يبرر إقصاء الشريك، بل لا بد أن يكون هذا الأخير عالما بالالتزامات الملقاة عليه، فإذا أحل بها جاز حينئذ أن يواجه بالإقصاء.⁴⁶

أجمع الفقه والقضاء على أن صحة الإقصاء متوقفة على جملة من شروط الصحة التي ينبغي توفرها في شرط الإقصاء ذاته ، إن أهم تلك الشروط هو الشرط الذي يقضي بوجود احتواء شرط الإقصاء على الأسباب المؤدية إلى هذا الجراء، وهي الوقائع والأسباب الموضوعية التي يترتب على وقوعها إعمال جراء الإقصاء في مواجهة الشريك.⁴⁷ وتقتضي صحة شرط الإقصاء أن تطبق قواعد قانون الشركات ، ومن أهم هذه القواعد قاعدة تخصص الشخص المعنوي، حيث نقضي قاعدة التخصص بتحديد نشاط الشركة و موضوعها ، أو بكل الأعمال التي تتوافق مع مصلحة الشركة، وتطبيقا لذلك يكون الإقصاء غير مشروع إذا كان متعارضا مع مصلحة الشركة.⁴⁸

وتقوم صحة شرط الإقصاء من ناحية أخرى على مدى إحترام حقوق الدفاع أي أن يبين في القانون الأساسي كيفية الإقصاء وتعيين الجهاز المختص بمباشرته والإجراءات المتبعة بصدده، وأن يمكّن الشريك أو المساهم المقصى من الدفاع.⁴⁹

يذهب أغلب الفقه إلى ضرورة احتواء شرط الإقصاء على الجهاز الذي يخول إليه إعمال الإقصاء، وتذهب هذه الغالبية أيضا إلى القول بأهمية الصفة الجماعية في هذا الجهاز المختص، كمجلس الإدارة أو الجمعية العامة ولذا لا يجوز لرئيس مجلس الإدارة أن يبادر بإقصاء الشريك.⁵⁰

وفي الحالة التي تنص في الجمعية العامة إلى إقصاء الشريك يتسأل البعض حول مدى جواز إشتراط أغلبية خاصة تتعد على أساسها الجمعية العامة ، يذهب القضاء الفرنسي إلى جواز ذلك.⁵¹

إن الإقصاء وإن كان سببا لخروج الشريك من الشركة بصفة نهائية فإنه من ناحية أخرى ليس إنتزاعا لأسهم وسندات الشريك المقصى أو لحقوقه في الشركة. لذا يجب أن يبين في القانون الأساسي كيفية شراء الأسهم والسندات التي كانت بحوزة الشريك أو المساهم المقصى وبسعر عادل.⁵²

ويخضع إجراء الإقصاء إلى رقابة القضاء، ليقف القاضي على مدى إحترام شروط الصحة المذكورة وليجنّب الشركة الآثار السيئة للإقصاء التعسفي⁵³، وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن الإقصاء و ان كان صحيحا من حيث المبدأ، فإنه لا يخلو من تبعات على الشركة والشركاء على حد سواء، خاصة تلك الدعاوى والنزاعات التي يثيرها الشريك المقصى والتي إن لم يبت فيها فإن ذلك يؤدي عادة إلى اضطراب نشاط الشركة، أما إن قضي ببطلان الإقصاء فإن القرارات التي اتخذت من دون الشريك المقصى تكون معيبة بدورها.⁵

ب/- الشرط الجزائي : إن الشرط الجزائي هو الشرط الذي يحدد فيه المتعاقدان مقدّما وجزافا مقدار التعويض عن الضرر الذي ينجم عن عدم تنفيذ الإلتزام المترتب على العقد، وبذا يصف الفقه الشرط الجزائي بأنه جراء اتفاقي من شأنه أن يحث المدين على تنفيذ الإلتزام.⁵⁵

ويتضح من خلال هذا الوصف أن للشرط الجزائي ثلاثة أدوار، فهو في البداية يكون شرطا مكرها للمدين على تنفيذ الإلتزام ، أما إذا لم يقم المدين بتنفيذ الإلتزام فإن الشرط الجزائي في هذه الحالة يكون شرطا عقابيا، ثم انه يتضمن مقدار التعويض وهذا ما يجعله شرطا تقييميا .⁵⁶

والشرط الجزائي بهذا المفهوم لا يتعارض البتة مع مبادئ القانون، لذا يجوز أن يحتوي القانون الأساسي على مثل هذا الشرط، لأنه من المحتمل أن يسبب إمتناع الشريك عن تنفيذ إلتزاماته ضررا للشركة، فالشرط الجزائي في هذه الحالة يسهّل حصولها على التعويض.⁵⁷

وبالمقابل يخضع الشرط الجزائي لمراقبة القاضي، ولقد منح المشرع السلطة التقديرية للقاضي في إعادة ضبط الشرط الجزائي.⁵⁸ كما تؤدي سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي إلى احتمالين اثنين، فإما أن يقوم القاضي بتخفيض الشرط إذا اشتكى المدين أن الدائن قد بالغ في تقدير الضرر أو أن المدين كان قد نفذ الإلتزام مجزئاً. أو أن يقوم القاضي برفع مقدار التعويض المبيّن في الشرط إذا كان ضئيلاً، أو إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب خطأ جسيماً.⁵⁹ يتضح مما تقدم ذكره أن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي تقوم على المقارنة بين الضرر من جهة والتعويض الذي قرره الشرط من جهة أخرى، وما يدل على ذلك إستعمال المشرع مصطلح *excessivement exagéré* ، أي بمعنى المبالغة والإفراط⁶⁰ ، ويستخلص القاضي مدى مبالغة الشرط الجزائي في التقدير، و يلجأ القاضي في هذا السبيل إلى التقدير الموضوعي فيجري مقارنة بين مقدار التعويض المحدد في العقد وبين مقدار الضرر اللاحق بالدائن فإذا كان هناك تباين كبيراً بين القيمتين تبين له المبالغة في التقدير، ولا يفهم من ذلك أن الشرط الجزائي يتساوى دائماً مع الضرر، فالهدف من الشرط كما أشرنا هو حث المدين على تنفيذ الإلتزام وليس تعويض الدائن عن الضرر اللاحق به.⁶¹

الخاتمة : إذا كان من الصعب حصر مجمل الإلتزامات التي يتفق عليها الشركاء أو البعض منهم فانه يظل ممكناً القول بوجود نظام اتفاقي في التزامات الشريك تعد الإرادة مصدراً له، و يتم إدراجها في القانون الأساسي للشركة. و في هذه الحال تصبح الإلتزامات الاتفاقية مثلها مثل الإلتزامات القانونية من حيث قوتها الملزمة و مدى تعهد الشركاء بتنفيذها. يهدف الشركاء من خلال إنشاء التزامات اتفاقية تكملة النظام القانوني الأمر ، و يتولى هندسة هذه الإلتزامات و صياغتها الشركاء وفقاً للحرية التعاقدية و بما يتلائم مع مصلحة الشركة، و يرى البعض ان الإلتزامات الاتفاقية تتميز بطبيعتها المتغيرة و بحسب ما يبرمه الشركاء من اتفاقات ، و كذا مدى اكتفائهم بالإلتزامات القانونية الأساسية التي تعتبر الحد الأدنى من الإلتزامات الملقة على عاتق كل شريك.

الهوامش:

1- Yves GUYON, Les sociétés : Aménagements statutaire et conventions entre associés, Traité des contrats, 3^{eme} ed, LGDJ, DELTA, Paris 2003, p 168

2 بهذا الصدد يذكر الفقهاء مثالا كلاسيكيا إذ تتضمن القوانين الأساسية لبعض شركات المساهمة بنوداً تمنع مشاركة الإناث في الجمعيات العامة راجع:

Anne Lefebvre-Teillard, La société anonyme au XIXe siècle: Du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste, PUF, paris 1992, p 356.

3 استقر الفقه على إعتبار صفة الشريك على أنها الحالة المميزة للشريك L'état caractéristique أي المعايير التي تسمح بتعريف الشريك ، أنظر في مفهوم الشريك

Alain VIANDIER, La notion d'associé, LGDJ , Paris 1978, p 2. Deborah ESKINAZI, la qualité d'associé, thèse, université Cergy PONTOISE, paris 2005, p5

4- T-TILQUIN, V-SIMONART, Traité des sociétés, Tome 1, Kluwer, Belgique 1997, p69.

5 يمكن أن نستدل هنا بالقرار القضائي الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الذي رفضت فيه الطعن بالنقض حول قرار محكمة Orléans حيث جاء قرار هذه الأخيرة مؤكداً لحكم محكمة Orléans (Orléans, 20 mars 1973)، وبالرجوع

إلى حيثيات قرار محكمة النقض نجد أن شركة YUON قد قدمت طلبا تسعى من خلاله إلى انتزاع صفة المساهم على كل من Treton, Jaques, Jean وذلك استنادا إلى المادة 2 من القانون الأساسي لشركة المساهمة EUROPA التي هم شركاء فيها جميعا، لقد اشترطت المادة 2 المذكورة على أن يكون المساهم في شركة EUROPA شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا صناعيا معينا أو أن يكون وسيطا في التجارة المعيارية (القياسية) أنظر : cass.com.17 juillet 1974.n°73.12.259. 6- حيث يطلق عليها Stapled shares، وهي عملية غير معروفة في

القانون الفرنسي حتى أن الفقه لم يولها إهتماما كبيرا نظرا لتعقيدها ولكنها من ناحية أخرى تعد عملية مالية صحيحة. 7- وهنا يتم تقييد صفة المساهم بمقتضى عملية Stapling لأن المساهم لا يكون مساهما في الشركة الوطنية بالعملية المذكورة إلا إذا كان مساهما في الشركة الأجنبية وجدير بالذكر أن لعملية Stapling منافع كثيرة منها إمكانية تسعير الأسهم الخاضعة للتوأمة في العديد من الأسواق المالية، تحقيق فوائد ضريبية، الوقاية من خطر تغير قيمة الصرف، الوقاية إزاء تغيير التشريعات المالية وتعديلها في الدول التي تنتمي إليها الشركات، الحماية ضد نقل الرقابة داخل الشركات، راجع Reaud Laplanche, Mathias Turck, Le jumelage d'actions, Etudes et chronique, La semaine juridique(JCP), 1996, Ed, E,n°:39, p 590. Maurice Colianetr Alain Viandier, Droit des sociétés Litec, n°:1866.

8 لا يعد تضمين القانون الأساسي شرطا بإلزام الشركاء بالشراء الحل الوحيد إذ يجوز أن يقضي الشرط المذكور ليس بالشراء وإنما بالإقصاء، أي أن الشريك الذي لم تعد الشروط متوفرة فيه يعد مبعدا عن الشركة، Yves GUYON, Les sociétés, op.cit, p 170

9- Alain VIANDIER, La notion d'associé, op.cit, p 13.

10 -Yves GUYON, Droit des affaires, op.cit, p98.

إن القاعدة العامة تقضي أن الشريك لا يكتسب هذه الصفة إلا بعد تقديم الحصة إلا ما أستثني لظرف خاص، أين يمكن الإستفادة من المركز القانوني للشريك دون تقديم الحصة، وهي الحالة التي نظمها المشرع الفرنسي مثلا بمقتضى القانون 1980/10/24 والذي يجيز توزيع الأسهم المجانية على العمال الأجراء.

11- Alain VIANDIER, op.cit, p14.

12- Laurent GODON, op.cit, p 23.

13 -أنظر المادة 596 ق تجاري ، بينما تكون النسبة هي النصف لدى المشرع الفرنسي بمقتضى قانون 10 جوان 1994، حيث يهدف المشرع الفرنسي من وراء رفع هذه النسبة هو تعزيز الأموال الخاصة في الشركة.

14- Paul LECANNU, Droit des sociétés, op.cit , p 371.

15-Yves GUYON, Les sociétés, op.cit , p 171.

16- Laurent GODON, op.cit, p 188.

17 إستنتاجا من المادة 416 ق مدني، حيث تميز هذه المادة بين تحقيق الربح وتحقيق إقتصاد معين، وبالنتيجة نجد أن هدف الشركة التجارية ليس في كل الأحوال هو تحقيق الربح، وإنما قد تهدف إلى تحقيق إقتصاد ما، وهو ما نجده مثلا في التجمعات ، فالتجمع حسب المادة 796 ق تجاري يؤسس كتابيا بين شخصين معنويين لوضع الوسائل الملائمة لتسهيل النشاط الإقتصادي أو تطويره وتمميته.

18-Yves GUYON, Les sociétés , op.cit , p 172.

وعلى العموم نجد أن الفقه يشدد على صحة التقنية، فلكي تكون صحيحة لا بد من توفر الشروط الآتية: رضا الشريك بالبند المدرج في القانون الأساسي الذي يقضي بالدفع حتى لا يعد زيادة في إلتزاماته، تحديد المبالغ التي يدعى الشركاء للوفاء بها وذلك من خلال إضفاء الشفافية والعلم الكافي لكافة الشركاء.

19-Yves GUYON, Les sociétés ,op cit , p 173.

20- E-Thaller, Paul Pic, Des sociétés commerciales, T1, n° 65

21 -كما هو الشأن بالنسبة للشركات المدنية المهنية أين لا يجوز للشريك فيها أن يمارس نفس المهنة بصفة فردية ولا يجوز له أن يكون شريكا إلا في شركة واحدة وما نجده مثلا في شركة المحامين المادة 54 من القانون 13-07 يتضمن مهنة المحاماة. راجع بشأن ذلك: عمر فلاح الوطين، مركز الشريك في الشركة المهنية في ظل التشريعات الأردنية، دراسة مقارنة، مجلة المنارة، المجلد 17، العدد 3، سنة 2011، ص 147.

Y, Serra, La non concurrence en matière commercial, Société et civile, Dalloz, Droit usuel, 1999, n° : 157

22- حقيقة أن الشريك الذي يقدم حصة من عمل يقع عليه التزامين إثنين أحدهما إلتزام بفعل والآخر إلتزام بعدم فعل ، فالإلتزام بفعل أو الإلتزام الإيجابي أي أن يقوم الشريك بالخدمات أو بالعمل الذي تعهد به، أما الإلتزام بعدم فعل أو الإلتزام السلبي هو أن لا يمارس العمل المقدم نفسه بصفة فردية أو للمصلحة الشخصية منافسا بذلك الشركة، راجع المادة 423 ق مدني، أما رأي الفقه :

Géraldine Goffaux – Callebaut, Apport, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, juin 2011, p 58.

23- لذا لا يكتفي الشريك بضمان التعرض الصادر عن الغير، بل يضمن ما قد يصدر عنه أيضا ، وبالنسبة للمحل التجاري يلتزم الشريك بأن لا يأتي بأي تصرف من شأنه إنقاص الزبائن المرتبطين بالمحل المقدم، ويمتنع كذلك على تأسيس أي نشاط من النوع ذاته الذي يشغله المحل التجاري، أنظر:

C-Lyon, Caen et Renault, Traité de droit commercial, T2, 5^{ème}, éd LGDJ, Paris, 1926, n° : 20

24-A. PIROVANO, La concurrence déloyale en droit français, Revue internationale de droit comparé, 1974, p 467.

25-Yves GUYON, Les sociétés , op.cit , p173

26- وهو ما تؤكد المادة 7 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل.

-Laurent GODON, op.cit, p 125.27

28 إن مبدأ حرية التجارة والصناعة مبدأ دستوري إذ تقضي به المادة 35 من الدستور، راجع بشأن المادة :

M-Kdhir, Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ; Mythe ou réalité ?, 1994, Chron , p 30.M-Lombard, à propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publiques et privés, 1994, Chron , p 163.

29 وهي إشارة إلى الحالات المذكورة أين يبرز فيها إلتزام الشريك بعدم المنافسة بوضوح.

30 - cass.com 6 mai 1991, D 1992, Som 347, note : Y-Serra.

31- Yves GUYON, droit des affaires , T1,op.cit,n° : 857.

32-Com janv n° : 92-14, 121, D 1995, p 205, note :Y- Serra,.

33- ويستمر أثر إلتزام الشريك بعدم منافسة الشركة حتى بعد خروجه أو إنسحابه منها، كأن يقوم الشريك بالتنازل عن حصصه أو أسهمه، فهي هذه الحالة يتضمن عقد التنازل شرطا صريحا بعدم المنافسة، ويضيف أيضا أن القضاء الفرنسي يتجه حديثا نحو تكريس هذا الإلتزام، في كل من شركات التضامن وشركات المحاصة وحتى في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، أنظر :

J-Amiel Donat, Clause de non concurrence et cession de droits sociaux, Dr, sociétés 1989, Chron 1.Yves Serra, Obligation de non concurrence, Répertoire de droit commercial. Dalloz, Fév. 2009, p 17, civ, 12 oct 1971,Bull civ III, n° : 486, p 347.

Cass.com, 1 oct 1974, Bull civ, n° : 237, p 193.cass.com. 10 mai 1991. Rev soc, 1991, p 760, note : Y- Guyon.D 1991, p 609, note : A- Viandier, RTD com 1992, p 621, note : Champaud et Oanet .

34- cass.civ3.2 Déc 1980, Rev soc, 1982, p 336, note : Bouloc.

35-Yves GUYON, Les sociétés, op.cit , p 174.

36 - إن المشرع لم يقم بتعريف الخسائر ولم يهتم الفقه من جانبه بسد هذا الفراغ والسبب في ذلك ربما أنه كان ينظر دائما إلى أن الشركة يتم تأسيسها لتحقيق الأرباح وليس لتقسيم الخسائر ، راجع في تفصيل ذلك :

Thibaut MASSART, Contrat de société, Répertoire de sociétés, avril 2006, n° : 89. F- Kenderian, La contribution aux pertes sociales, Rev soc, 2002, p 640..

37- رغم أن أعضاء التجمع ملزمون بالتضامن حول ديون التجمع، فإنه يجوز الإتفاق حول توزيع الخسائر بين الأعضاء، أنظر المادتين 797 ق تجاري و 799 مكرر 1.

38- تنص المادة 441 من القانون المدني: يجوز ان تحل الشركة بحكم قضائي بناء على طلب احد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به....

39 سواء كان مصدرها القانون ذاته أو كان متفقا عليها من خلال القانون الأساسي، من بين تلك التي مصدرها القانون نذكر الإلتزام بتقديم الحصة وتسديدها وتقديم الأسهم للتجميع، تقديم الأسهم لتسجيلها لدى الشركة ... الخ

40- G. Ripert, R. Roblot, Traité de droit commercial, 17 eme éd, LGDJ,paris 1998, p 1175.

41- Géraldine Goffaux Callebaut, op cit, p 261.

42 يتمتع الشريك بحق الملكية الوارد على السندات والأسهم وبالتالي لا يجوز إجباره على التنازل عنها حتى لو كان بصدد الإقصاء، أما حق البقاء فإن مفاده أن يظل الشريك عضوا بالشركة ولا يجوز حرمانه من هذه الصفة إلا بإرادته، لذا فإن هذين

- الحقين يعتبران في وجهة نظر هذا الجانب من الفقه عاتقا في مواجهة إعمال شرط الإقصاء، راجع :
G. Ripert, R. Roblot, op.cit, p 1175.
- 43 في بداية الأمر كان القضاء الفرنسي مترددا في قبول صحة شرط الإقصاء كما يتضح من خلال كثير من قرارات محكمة النقض ومحاكم أخرى :
- Cass. Req.16 novembre 1943, journal société 1944.Caen 11 avr 1927, D 1928, 2, 65, Orléans 26 sep 1989, Dr, soc 1990, 644, Cass.com 11 octobre 1967, D 1968, p 136, Paris 18 nov 1969, D 1970, p 170.note Y, Guyon
ولكنه أخيرا أصبح باتا في موقفه وصار يقبل بصحة الشرط وأشهر قراراته بهذا الشأن القرار :
- Cass.com 13 déc 1994, Rev soc 1995, p 298, Note : D. Randoux.
44-Com 12 mars 1996, Rev soc, 1996, p 554, note D. Bureau. D 1997, p 133, note Langlés. RTD civ 1996, p 867, note : Mestre, RJDA, 1995/ 3 n° : 292, Bull Joly 95, p 152, note, P, Lecannu.
45- C, Durand , L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées, petites Affiches 24 juillet 1995, D, Martin, L'exclusion d'un actionnaire, RJC, novembre 1990
46- Sylvie Dariosco, Nathalie Metais, Les clause d'exclusion :solution à la mésentente entre associés, Bull Joly, 1998,p 286.
- 47- يجب أن يراعى في تحديد الوقائع سلوك الشريك من جهة والإضطراب الذي يحدثه في حياة الشركة من جهة أخرى، وعلى هذا الأساس إنتقد القرار الذي ذهبت فيه محكمة النقض الفرنسية إلى قبول صحة شرط الإقصاء الوارد بالقانون الأساسي، وفي هذا الشرط كان الإقصاء يتم على أساس القرعة، حيث يقصى الشريك مباشرة عند كل سنة و الوجه المأخوذ على هذا القرار أنه باعتبار مثل هذا الإقصاء صحيحا فإن محكمة النقض تغلب الحض في تسيير الشركة عوضا عن تغليب عنصر نية الإشتراك
- 48- Sylvie Dariosco, Nathalie Metais, op.cit, p 290.
- 49 - أي أن يعلم الشريك بالإلتزامات التي أخل بها وأن يسمع منه، وأن يحدد في شرط الإقصاء أيضا كيفية إسترداد حصة الشريك وحقوقه في الشركة، ويجوز في هذه الحال أن يعرض اعمال شرط الإقصاء على القاضي للبت في النزاع المحتمل.
Cass, com 21 oct 1997, D 1998, sc, p 400,obs- J-C Hallouin
- 50- CA Paris. 24 septembre 1996, Bull Joly 1996, p 103, p 378.
- 51- وهو ما تؤكد محكمة Versailles عندما ذهبت في قرارها الصادر في 02 ماي 1989، إلى التصريح بعدم شرعية شرط الإقصاء الذي يسمح بإقصاء الشريك الشخص المعنوي، وذلك بسبب تغير الرقابة فيه لمجرد توفر أغلبية 25% من حقوق التصويت، فقررت المحكمة في هذه القضية بوجوب توفر على الأقل أغلبية بسيطة لإقصاء الشريك.
Tc. Versailles, 02 mai 1989, Bull Joly, 1989, p 615, p ,222, note Y. Sexer.
- 52- Paris 07 juin 1988, Rev soc 1989, p 246, note, Dana DEMARET SABINE.
- 53- Cass 21 oct 1997, Rev soc,1998? P 99 note:B-SAINTOURENS
- 54- Yves GUYON, Les sociétés, op.cit , p 178.
- 55- A Pinto. Monteiro, La clause pénale en Europe, Mélanges Jaque GHESTIN, paris 2001, p 719.F-TERRE
.Ph- SIMLER , Y-LEQUETTE , Droit civil : les obligations, 10emeéd, DALLOZ, Paris 2009 ,p 633
- 56- Sébastien PIMONT, Clause pénale, Répertoire de droit civil, avril 2010, Dalloz, p 2.
- 57-Yves GUYON, Les sociétés, op.cit , p161
- 58- إن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام حسب المادة 189 من القانون المدني، و وفقا لمبدأ الوجاهية على القاضي دعوة المتعاقدين لإبداء طلباتهم، وتبقى للعقد قوته الملزمة إذا لا يجوز المساس به.
- 59- Sébastien PIMONT, op.cit, p 19.
- 60- تجدر الإشارة هنا إلى التعارض الموجود بين النص العربي والنص الفرنسي للمادة 184 ق مدني، إذا جاء النص الفرنسي أكثر دلالة عن الحكم، ولقد إستقر القضاء الفرنسي على إعتبار سلطة القاضي في التعديل هي سلطة تعود إلى قاضي الموضوع، وان يتم التقدير من طرفه يوم صدور الحكم.
Cass.soc, 24 mai 1978, Bull civ V , n° : 385, civ 1^{er}, 19 mars 1980, Bull civ, I n° : 95, 10 mars 1998, Bull civ, I, RTD civ 1999, 97 obs D. Mestre.
- 61- com 11 févr 1997, Bull civ, I n° : 47, RTD civ 1997, p 654, Obs D. Mestre, civ 3eme 27 nov 2002, RJDA 2003, n°: 224, com, 29 janv 1991, Bul civ IV n°: 43, com 27 mars 1990, D 1992, p 390 , note E- S delaMarnierre