جامعـة سعد دحلب - البليــدة -

كليـة الحقـوق

القسم الخاص

مذكـرة ماجستـير

التخصص: قانون الأعمال

النظام القانوني للمقاولة التجارية

من طرف:
بورقعــة سعـــاد

أمام اللجنة المشكلة من :

خليل عمرو	**أستاذ محاضر - أ -**	**-جامعة البليدة -**	**رئيسا**
بن رقية بن يوسف	**أستاذ محاضر - أ -**	**- جامعة البليدة -**	**مشرفا و مقررا**
بوسهوة نور الدين	**أستاذ محاضر - أ -**	**- جامعة البليدة -**	**عضوا مناقشا**
جلاب نعناعة	**أستاذ محاضر - ب -**	**- جامعة البليدة -**	**عضوا مناقشا**

البليدة ، جوان 2011

الإهـداء

إلى أعز من في الوجود والدي الكريمين

إلى زينة الحياة الدنيا " بشرى"

إلى الذي جعل الله بيني وبينه مودة ورحمة

إلى أختي أمينة

إلى إخوتي وزوجاتهم وأبنائهم

إلى كل من يطلع على هذا البحث المتواضع

إلى كل المخلصين في هذا الوطن المفدى

إلى كل من يعتبر بهذه الحكمة

" تولد يا ابن آدم فيؤذن في أذنك من غير صلاة وتموت فيصلى عليك من غير أذان وكأن حياتك هي ذلك الوقت بين الأذان والصلاة فاحرص على أن تغتنمها فيما ينفع "

شكـر وعرفـان

بعد حمد الله تعالى أتقدم بالشكر الجزيل عرفانا بمساهمتهم في مسيرتي العلمية التي كللت بهذه المذكرة إلى :

من كان لهما الفضل في نجاحاتي أمي وأبي الحبيبين .

الأستاذ المشرف الذي أحسن توجيه وتقويم هذا البحث .

كل من علمني ولو حرفا .

كل من ساعدني في إنجاز هذه المذكرة .

ملخص

تعد المقاولة الخلية الأساسية للنشاط الإقتصادي لأي بلد ، وهي الوحدة الإقتصادية الأصغر للإقتصاد إذ تقوم على ضم مجموعة من العناصر المادية والبشرية بصفتهم شركاء ممولين تربطهم أهداف المشروع وفق أسس وعلاقات تنظيمية محدودة .

وقد فتن البعض بمفهوم المقاولة فقال : أن القانون الإقتصادي هو ذلك القانون الذي موضوعه أساسا المقاولة أو المشروع بهياكله ووظائفه الداخلية وعلاقته بالمشاريع والمقاولات الأخرى وبالسلطة العامة .

فالمقاولة أيا كان حجمها ونوع نشاطها عبارة عن تنظيم إقتصادي بشري فهي ليست مجرد فكرة قانونية إنما هي حقيقة اقتصادية واجتماعية ، ولا بد لها من تنظيم قانوني يتوافق مع احتياجاتها ويحقق أهدافها باعتبارها لبنة من لبنات الإقتصاد الوطني فلا يتجاهلها القانون ، لذا يهتم المشرع بشكلها القانوني وأن يكون نشاطها طبقا لأهداف المصلحة العامة .

وقد لاقت فكرة المشروع تطورا هائلا بعد أن ثبت عجز الحلول القانونية التقليدية عن مسايرة التطورات الإقتصادية التي جعلت من المشروع أداة وإطار للتنسيق بين أكثر من بنيان قانوني لإرساء الوحدة الإقتصادية للإنتاج ، فقانون المقاولة لم يدرك وحدته رغم غناه وأهميته .

فدراستنا تتمحور حول المقصود بالمقاولة التجارية وأنواعها ، القانون الذي تخضع له ،إمكانياتها المادية والبشرية ، والتدابير المتخذة لوقاية المقاولة من الصعوبات المالية و لمعالجتها ، إلا أن المشرع لم يعرف المقاولة بشكل عام والمقاولة التجارية بشكل خاص رغم أنه استعمل هذا المصطلح في عدة نصوص قانونية ، والملاحظ أن المشرع أصبح شيئا فشيئا يولي اهتماما بالحفاظ على المقاولة ويسن تشريعات منها ما يؤسس لهيئات استشارية و توجيهية للمقاولات منذ فترة تأسيسها إلا غاية التسوية القضائية .

وننوه إلى أن التشريع الفرنسي كان سباقا في ذلك من خلال التدابير المتخذة لوقاية المقاولة من الصعوبات المالية ، إضافة لإجراءات معالجة هذه الصعوبات في حالة عدم إمكانية تجنبها ، سعيا للحفاظ على هذا المكسب الإقتصادي والإجتماعي الذي يجمع بين مختلف المصالح ويؤدي أدوارا أساسية في السياسة الإقتصادية لأي بلد أهمها المساهمة في خلق مناصب الشغل وكونه وعاء ضريبي لا يستهان به .

وعليه وجب التكفل التشريعي الجدي بالمقاولة التجارية من خلال تحديد مفهومها أو على الأقل وضع معايير تساعد على ذلك وتصنيفها صراحة إما بكونها موضوع من مواضيع القانون أو شخصا قانونيا مستقلا عن شخص القائم بإدارتها لتتمتع بالشخصية المعنوية وما تستلزمه من إسم وموطن وأهلية وذمة مالية مستقلة ، وتخصيصها بنصوص قانونية تنظمها الأمر الذي يوضح قواعد الإختصاص ويساعد القاضي في أداء مهامه .

RESUME

Le mot « entreprise » a trois sens , du point de vue juridique . il peut désigner :

- Une activité
- un bien susceptible d'appropriation , de transmission , synonyme d'exploitation .
- une organisation , conception qui dépasse les deux premières , et qui nous retiendra en tant qu'elle constitue un agent économique . cette entité est reconnue par les économistes ; elle est encore largement méconnue du système juridique .

L'entreprise en droit commercial est une unité économique qui implique la mise en œuvre de moyens humains et matériels de production ou de distribution des richesses reposant sur une organisation préétablie .

L'entreprise : organisation constituant une unité économique destiné a la production , a l'échange , a des service , elle na une personnalité juridique , son existence est cependant prise en considération par la loi , notamment en ce qui concerne la continuation des contrats de travail avec le successeur dan l'entreprise .

الفهـرس

مقدمــة 10

الفصل 1 : ماهية المقاولة التجارية 13

1.1 مفهوم المقاولة التجارية 13

1.1.1 نظرية الأعمال التجارية 13

1.1.1.1 المعيار الموضوعي للأعمال التجارية 15

1.1.1.1.1 نظرية المضاربة 15

2.1.1.1.1 نظرية التداول 16

2.1.1.1 المعيار الشخصي للأعمال التجارية 17

1.2.1.1.1 نظرية الحرفة 17

2.2.1.1.1 نظرية المشروع 17

2.1.1 مفهوم المقاول والمقاولة 21

1.2.1.1 مفهوم المقاول 22

1.1.2.1.1 المقاول ووكيل الأعمال 23

2.1.2.1.1 المقاول وروح الابتكار 23

2.2.1.1 مفهوم المقاولة 24

1.2.2.1.1 تعريف المقاولة 24

2.2.2.1.1 تمييز المقاولة عن بعض المفاهيم المشابهة لها 27

1.2.2.2.1.1 المقاولة والمحل التجاري 27

2.2.2.2.1.1 الشركة وعقد المقاولة 27

3.2.2.2.1.1 المقاولة والإستغلال 28

4.2.2.2.1.1 المقاولة والمنشأة 28

5.2.2.2.1.1 فروع المقاولة 29

2.1 أنواع المقاولات التجارية وتكييفها الإقتصادي والقانوني 29

1.2.1 أنواع المقاولات التجارية 29

1.1.2.1 أنواع المقاولات الواردة في التقنين التجاري 30

1.1.1.2.1 مقاولات الإنتاج 30

2.1.1.2.1 مقاولات التوزيع 34

3.1.1.2.1 مقاولات الخدمات 36

2.1.2.1 أنواع المقاولات من حيث حجمها ، موضوعها وملكيتها 42

1.2.1.2.1 أنواع المقاولات من حيث حجمها 42

2.2.1.2.1 أنواع المقاولات من حيث موضوعها 43

3.2.1.2.1 أنواع المقاولات من حيث ملكيتها 45

2.2.1 تكييف الإقتصاد والقانون للمقاولة 52

1.2.2.1 إعتراف الإقتصاد بالمقاولة 52

2.2.2.1 عدم اعتراف القانون بالمقاولة 54

1.2.2.2.1 توهم الشخصية القانونية للمقاولة 56

2.2.2.2.1 المقاولة ليست موضوعا من مواضيع القانون 59

3.2.2.1 القواعد المشتركة لالتزامات المقاولة التجارية 59

1.3.2.2.1 القيد في السجل التجاري 59

2.3.2.2.1 مسك الدفاتر التجارية 61

الفصل 2 : إمكانيات المقاولة وصعوباتها المالية 65

1.2 إمكانيات المقاولة 65

1.1.2 مستخدمو المقاولة 65

1.1.1.2 المديرون 66

1.1.1.1.2 المديرون في المقاولة الفردية 66

2.1.1.1.2 المديرون في المقاولة الجماعية 66

3.1.1.1.2 الشروط القانونية للمديرين 67

2.1.1.2 العمال الأجراء 69

1.2.1.1.2 عقد العمل 69

2.2.1.1.2 العلاقة بالمديرين 70

3.2.1.1.2 تمثيل العمال الأجراء 70

2.1.2 الأموال المخصصة للمقاولة 70

1.2.1.2 المحل 70

1.1.2.1.2 المفهوم العام للمحل 71

2.1.2.1.2 المحل التجاري 71

2.2.1.2 رؤوس الأموال 72

1.2.2.1.2 الأموال الخاصة بالمقاولة 72

2.2.2.1.2 رأس المال الاجتماعي 73

3.2.2.1.2 رؤوس الأموال الخارجية 74

2.2 الصعوبات المالية للمقاولة 81

1.2.2 الوقاية من الصعوبات 83

1.1.2.2 تحسين المعلومة المحاسبية 83

2.1.2.2 عمل أو نشاط الدولة في الوقاية ومعالجة صعوبات المقاولات 84
1.2.1.2.2 التوزيع المبسط للصلاحيات 85
2.2.1.2.2 مهام لجنة فحص مشاكل تمويل المقاولات 85
3.1.2.2 إجراء التحذير 86
1.3.1.2.2 التحذير الداخلي 87
2.3.1.2.2 التحذير الخارجي 88
2.2.2 معالجة الصعوبات 92
1.2.2.2 التسوية الودية أو غير القضائية 92
1.1.2.2.2 فتح إجراء التسوية الودية 92
2.1.2.2.2 خصائص التسوية الودية 94
3.1.2.2.2 عدم تنفيذ التسوية الودية 96
2.2.2.2 التسوية القضائية 97
1.2.2.2.2 شروط فتح التسوية القضائية 97
2.2.2.2.2 فترة الملاحظة 100
3.2.2.2.2 حلول التسوية القضائية 106
الخاتمة 111
قائمة المراجع 113

مـقدمــة

لقد فتن البعض بمفهوم المشروع أو المقاولة (l'entreprise) فقال : أن القانون الإقتصادي هو ذلك القانون الذي موضوعه أساسا المقاولة أو المشروع بهياكلها ووظائفها الداخلية و علاقتها بالمشاريع و المقاولات الأخرى وبالسلطة العامة [17] ص60 .

إذ يؤدي المشروع الإقتصادي دورا مهما في حياة الفرد والمجتمع والإقتصاد ، وتقع على عاتقه مهمة تأدية مختلف النشاطات الإقتصادية (الإنتاجية والخدماتية) وتحقيق الرفاه الإقتصادي للمجتمع [16]ص29 ، فالمقاولة تعد المتعامل الرئيسي في عالم الأعمال فهي وحدة اقتصادية تشغل إمكانيات بشرية ومادية بغرض الإنتاج وتوزيع الثروات وترتكز على تنظيم مسبق، يمكن أن يشغلها شخص طبيعي أو شخص معنوي [30] ص111 ، وللشخصية الإعتبارية حسب نص المادة 50 من القانون المدني الجزائري ذمة مالية ، أهلية في الحدود التي يقررها القانون ، موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها ، نائب يعبر عن إرادتها وحق التقاضي .

إن اتساع الأعمال فرضته المتطلبات الإنتاجية والتسويقية المختلفة في المجتمع مما يتطلب مهارات وكفاءات عالية في استخدام الموارد الطبيعية المحدودة في العملية الإنتاجية و التسويقية [16] ص30.

فالمشروعات التجارية هي الخلايا الأساسية التي يتكون منها النسيج الاقتصادي لأي بلد والمشروع هو الوحدة الإقتصادية الأصغر للإقتصاد ويقوم على تجمع مجموعة من العناصر البشرية بصفة شركاء ممولين ترطبهم أهداف المشروع وفق أسس وعلاقات تنظيمية محدودة يستخدمون وسائل وطرق عمل مختلفة [16] ص36.

والمشروع أيا كان حجمه ونوع نشاطه عبارة عن تنظيم إقتصادي بشري فهو ليس مجرد فكرة قانونية إنما هو حقيقة اقتصادية واجتماعية ، ولا بد له من تنظيم قانوني يتوافق مع إحتياجاته ويحقق أهدافه باعتباره يمثل لبنة من لبنات الإقتصاد الوطني فلا يتجاهله القانون ، لذا يهتم المشرع بشكله القانوني وأن يكون نشاطه طبقا لأهداف المصلحة العامة.

فالمشروع هو الإطار الذي تتجمع داخله كافة صور النشاط الإقتصادي وهو أساس دراسة القانون التجاري كله ، ومرجع ذلك أن إنتاجية المشروع لا تأتي فقط من رأس المال ولكن أيضا من المجهود الإنساني حتى ولو كان القائم على المشروع فردا يستثمر أمواله وهو المشروع الفردي ، فإن استعان صاحبه بشريك أو أكثر صار المشروع جماعيا ويتمتع في هذه الحالة بالشخصية المعنوية [2] ص03.

ويجب أن يضع المشرع في اعتباره كل المعطيات الإجتماعية والإقتصادية وأن يصوغ ما يناسبها من آليات قانونية ، لذا يجب تضافر جهود الفقه القانوني والمالي والإقتصادي والإجتماعي لدراسة الأسس الإقتصادية التي تقام عليها قواعده و تنظيم عناصره المالية والمعنوية [2] ص03 ، فضلا عن جوانبه الإجتماعية المتصلة بالعناصر البشرية للمشروع ، وقد عمد المشرع حماية المشروع من نفسه ومن الغير المتعامل معه ، فوضع قواعد آمره لتنظيمه وكان لممثلي المشروعات الجماعية التي تكتسب الشخصية المعنوية نصيب من المسؤولية الجنائية فعزز المشرع بجزاء جنائي المخالفات التي يرتكبها المديرون في إساءة استخدام الأموال والإئتمان أو تجاوز السلطة أو فسادها أو إفشاء أسرار المشروع ، وهكذا كان التجريم الذي نص عليه المشرع وطبقه القضاء من أجل حماية الذمة المالية للمشروع لمصلحته ولمصلحة الغير[2] ص04.

وقد لاقت فكرة المشروع تطورا هائلا بعد أن ثبت عجز الحلول القانونية التقليدية عن مسايرة التطورات الإقتصادية التي جعلت من المشروع أداة وإطارا للتنسيق بين أكثر من بنيان قانوني لإرساء الوحدة الإقتصادية للإنتاج ، فقانون المقاولة لم يدرك وحدته رغم غناه و أهميته و ليس لديه بعد فقه خاص به ، وعليه فالإشكالية التي تفرض نفسها هي ماهية النظام القانوني للمقاولة التجارية

وتتفرع عن إشكالية البحث التساؤلات الآتية :

- ما المقصود بالمقاولة التجارية وماهي أنواعها ؟
-كيف تناول كل من الإقتصاد والقانون المقاولة ؟
-ماهو القانون الذي تخضع له ؟
-هل تخضع المقاولات العمومية للقانون التجاري أم تطبق عليها نصوص خاصة ؟
-هل تعد المقاولة شخصا أم موضوعا من مواضيع القانون ؟
-ماهي الإمكانيات البشرية والمادية التي تقوم عليها المقاولة ؟
-ماهي التدابير المتخذة لوقاية المقاولة من الصعوبات المالية و لمعالجتها ؟

وقد اخترت هذا الموضوع نظرا لعدم وجود دراسات خاصة تنفرد بها المقاولة لا سيما بالنسبة للبحوث باللغة العربية ،كما أن المفهوم لا يزال غامضا ولم يحض ببحث كاف يزيل اللبس عن عدة تداخلات وإشكالات ، ناهيك عن أهمية الموضوع كما أشرنا فيما سبق .

والمنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج التحليلي والمقارن كلما دعت الضرورة لذلك وتتمثل في ندرة المراجع وكذا النصوص القانونية التي تناولت هذا البحث ، إذ أن أهمية الموضوع فرضت الوقوف عند عدة مفاهيم وتحليلها ، وكذا إدراج التعاريف للتمييز بين المصطلحات المتشابهة ، لأجل ذلك وللإجابة على الإشكالية المطروحة والتساؤلات المرافقة لها أدرجت خطة البحث في فصلين : الفصل الأول يتناول ماهية المقاولة التجارية والفصل الثاني يتطرق لإمكانيات المقاولة وصعوباتها المالية .

الفصل 1 :
ماهية المقاولة التجارية

من خلال الفصل الأول نحاول دراسة ماهية المقاولة التجارية بالتطرق بداية لنظرية الأعمال التجارية لنخلص إلى نظرية المشروع التي تبناها أغلب الفقه باعتبارها المعيار الأنسب لتحديد الأعمال التجارية ، ثم نوضح مفهوم المقاول والمقاولة بتعريفها وتمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة لها ، ونعرج على التزامات المقاولة و القواعد المشتركة بين كل المقاولات التجارية مع العلم أن هناك التزامات خاصة حسب طبيعة المقاولة وشكلها القانوني الذي تتخذه لممارسة نشاطها ، ونتناول بعدها أنواع المقاولات التجارية ونبين في كل نوع الفروق و قواعد الإختصاص والقانون الواجب التطبيق .

1.1 . مفهوم المقاولة التجارية

نتعرض في هذا المبحث لنظرية الأعمال التجارية ونهدف من دراستها إلى ذكر مختلف النظريات التي تناولها الفقه لتحديد معيار جامع مانع للأعمال التجارية ، منوهين بأهميةنظرية المشروع التي نزع إليها غالبية الفقهاء وتعتبر المفهوم الأقرب للعمل التجاري كونها تشمل في حد ذاتها أكثر من نظرية ، ثم نتناول مفهوم المقاولة ولا بد قبل ذلك من الوقوف عند مفهوم المقاول وبعدها نتطرق للتعاريف المختلفة للمقاولة مع تمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة لها كعقد المقاولة والشركة ، ونختم مبحثنا هذا بالتزامات المقاولة أوالقواعد المشتركة بين مختلف المقاولات .

1.1.1. نظرية الأعمال التجارية

ما من نظرية قانونية أثارت صعوبات وتعقيدات بالغة قدرنظرية الأعمال التجارية وذلك لسببين:
الأول : أن المشرع لم يضع تعريفا محددا أو معيارا واضحا للأعمال التجارية ، وإنما لجأ لسرد بعض هذه الأعمال التي ذهب الرأي الراجح إلى أنها وردت على سبيل المثال لا الحصر، وقد ذهب أحد الآراء قديما إلى أن تعداد الأعمال التجارية في التقنين قد ورد على سبيل الحصر لأن القانون التجاري قانون

إستثنائي لا يجوز التوسع في تفسير نصوصه ونعتقد أن في هذا الرأي جزء من الصواب لأنه لا يمكن تصور جميع الأعمال التجارية عند وضع التقنين التجاري.

الثاني : إن الأسلوب المتبع في عرض هذه النظرية منذ البداية نظر إلى الأعمال التجارية نظرة مجردة دون أن يربط بينهما وبين سبب وجودها وما يترتب على مباشرتها من آثار عملية ، وأدى ذلك إلى الإفراط في تقسيم أنواع الأعمال التجارية وتعدد تفريعاتها [22] ص 37.

ولاشك أن سرد المشرع للأعمال التجارية أسهم إلى حد كبير في اتباع هذا الأسلوب، إذ نص على تجارية بعض الأعمال مهما كانت صفة القائم بها تاجرا أوغير تاجر بينما نص على أعمال أخرى تعد تجارية بسبب ممارستها من خلال المشروع التجاري الذي يشكل معظم الأعمال التجارية الواردة في التعداد القانوني.

" و لذلك فإننا نرى أن عرض نظرية الأعمال التجارية لا يكون مقبولا إلا من خلال ربطها بفكرة المشروع، فالأعمال التجارية هي أصلا الأعمال التي تقع بسبب استغلال مشروع تجاري، الأمر الذي يوجب منح نظرية المشروع مكانة الصدارة في دراسة القانون التجاري الوضعي" [22] ص38.

ويكاد ينعقد إجماع على أن التعداد القانوني للأعمال التجارية في المادة الثانية من المجموعة التجارية المصرية المقابلة للمادة 632 من التقنيين التجاري الفرنسي الصادر عام 1807 ، والمادة الثانية من القانون التجاري الجزائري ورد على سبيل المثال لا الحصرذلك أن التطور الإقتصادي خلال القرنين التاسع عشر والعشرين كشف عن صور جديدة ومتعددة للإستغلال التجاري ،لم يكن في وسع المشرع التنبؤ بها والنص عليها .

وقد نتج عن ورود هذا التعداد على سبيل المثال لا الحصر بحث الفقه عن معيار ينظم الحالات المنصوص عليها في التقنيين التجاري حتى يمكن تطبيقه على الحالات التي أغفلها المشرع أولم يتوقعها فتوصل لنظريات تأثر بعضها بالطابع الموضوعي للقانون التجاري كنظريتي التداول والمضاربة و البعض الآخر بالطابع الطائفي التقليدي كنظريتي الحرفة التجارية والمشروع [20]ص43.

1.1.1.1. المعيار الموضوعي للأعمال التجارية

نتناول المعيار الموضوعي للأعمال التجارية من خلال نظرتي المضاربة والتداول .

1.1.1.1.1. نظرية المضاربة (la Spéculation)

نادى بفكرة المضاربة قديما الأستاذ باردسوس"PARDESSUS "وأيده الأستاذان ليون كان "LyonCan " ورينو "Renault" اللذان ذهبا إلى أن معيار العمل التجاري هو فكرة المضاربة فالعمل التجاري هو عمل يهدف إلى تحقيق الربح عن طريق المضاربة والتجارة هي مجموع العمليات التي تسعى إلى تحقيق الربح عن طريق المضاربة على تحويل المواد الأولية أوالمنتجات المصنوعة وعلى نقلها أوتبادلها [20] ص45.

فالمضاربة إذن هي الشراء بسعر معين وإعادة البيع بسعر أعلى للإستفادة من فارق السعرين ، وقد أخذ على هذه النظرية أن السعي وراء الربح أصبح طابعا مميزا لمعظم النشاط الإنساني حتى لوكان بطبيعته يتعارض وفكرة التجارة كالمهن الحرة ، كما توجد أعمال تجارية تخضع لأحكام القانون التجاري حتى لو لم يكن الغرض منها تحقيق الربح كالبيع بخسارة قصد تصفية بضاعة لإحتمال إنخفاض سعرها كذلك الأعمال المتعلقة بالسفتجة.

فضلا على أن هذه النظرية لا تستوعب المفهوم الحديث لقانون الأعمال فالمشروعات الإقتصادية العمومية تخضع لأحكام هذا القانون رغم أن هدفها الخدمة العامة وليس تحقيق الربح .

كما يثور التساؤل تبعا لهذا المعيار عن استبعاد الحرف الزراعية والصناعية الإستخراجية كالصيد مثلا من نطاق القانون التجاري رغم انطباق معيار المضاربة عليها ويقترب من نظرية المضاربة رأي آخر نادى به الفقيه ريفيراند" Reverand " مؤداه أن السبب باعتباره الباعث على التعاقد هو العنصر المميز للعمل التجاري ، وعلى الرغم من وجود سند لهذا الرأي في نص المادة الثانية من القانون التجاري التي تنص على الشراء بقصد البيع، إلا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد ، إذ يرى العلامة جورج

ريبير " Georges Ripert" أن الباعث لا يكفي للقول بتجارية العمل إذ يلجأ إلى عنصر خارجي عن العمل ذاته وهو صفة الشخص القائم به فإذا لم يكن تاجرا تعذر تعليق صفة العمل على نية صاحبه وعليه يتضح أن فكرة المضاربة لا تصلح لإضفاء وصف التجارة على العمل الإقتصادي كما لا يمكنها إستيعاب جميع الأعمال التجارية [20] ص46.

2.1.1.1.1 نظرية التداول (la Circulation)

يرى الأستاذ تالير"Thaller" أن جميع الأعمال التجارية التي نص عليها التقنين التجاري يحكمها مبدأ واحد رغم عدم تجانسها ويتمثل في فكرة التداول ، إذ لا يعد العمل تجاريا إلا إذا تعلق بالوساطة في تداول الثروات بين عمل المنتج وعمل المستهلك فكل عمل يساعد على انتقال وتوزيع الثروات يعد تجاريا ، وعليه لا تعد أعمالا تجارية العمليات الإستخراجية ، الإستغلال الزراعي ، إستغلال المناجم المهن الحرة ومشروعات الصناعة ، إذ يعد العمل المنتج على إنفراد و المستهلك على إنفراد من الأعمال المدنية ، كما لا يعد نقل الأشخاص عملا تجاريا لأن الراكب ليس سلعة ،كما يعتبر الأستاذ تالير مشروعات إنشاء المباني من الأعمال المدنية لأن العقار لا يتداول [22] ص41.

غير أن هذه النظرية من شأنها أن تضيق مفهوم التجارة فتخرج منه الصناعة رغم أن التجارة بمعناها القانوني تشمل الصناعة ، وقد حاول الأستاذ تالير حصر الإنتقاد في أضيق نطاق فقال أن الصانع في علاقته مع السوق الذي يصرف فيه منتجاته يقوم بعمل تجاري باعتباره يساهم في تسويق السلعة حتى تصل إلى المستهلك ، وعليه يعتبر مشروع الصناعة من المشروعات التجارية أما علاقة الصانع بمستخدمه فلا تعد عملا تجاريا وبالتالي لا تصبح الصناعة عملا تجاريا.

إلا أن هذه المحاولة كما يلاحظ الأستاذ بول ديديي" Paul Didier" من شأنها أن توسع مفهوم التجارة لينصرف أيضا إلى المهن الزراعية على أساس أن المزارع يساهم أيضا – مثل الصانع - في تحريك المنتجات الزراعية ودفعها لتصل إلى يد المستهلك [19] ص 44-45 .

كما أن استناد هذا المعيار في تحديد معنى التجارة غير كاف ، فعملية الوساطة في تداول الثروات متى تمت دون قصد المضاربة تخرج من نطاق القانون التجاري كشراء الجمعيات لبعض السلع قصد

بيعها لأعضائها بسعر التكلفة وإن قامت بدور الوسيط في التداول ، إلا أن عملها لا يعد تجاريا ، لذلك فإن هذا المعيار غير كاف لتعريف العمل التجاري وإن كان يشكل أحد عناصره [19] ص47.

2.1.1.1 المعيار الشخصي للأعمال التجارية

جاء الفقهاء بالمعيار الشخصي للأعمال التجارية من خلال نظرية الحرفة ونظرية المشروع .

1.2.1.1.1 نظرية الحرفة (la Profession Commerciale)

إزاء قصور المعيار الموضوعي للعمل التجاري ظهر اتجاه يميل إلى تأصيل الأعمال التجارية وبالتالي تحديد نطاق قانون الأعمال على ضوء ضوابط شخصية تستمد من طريقة مزاولة العمل[22] ص42.

يرى الأستاذ ريبير أن العمل يعتبر تجاريا إذا وقع بمناسبة مزاولة حرفة تجارية ويعتبر مدنيا إذا لم يتعلق بمزاولة الحرفة التجارية ولو وقع من تاجر ، وعليه فالتفرقة التقليدية بين الأعمال التجارية بطبيعتها والأعمال التجارية بالتبعية لا ضرورة لها كما أن هذه النظرية توقعنا في حلقة مفرغة فالحرفة التجارية لا يمكن تعريفها إلا بطبيعة الأعمال المكونة لها وهذه الطبيعة تعرف على ضوء الحرفة التي تنظمها [19] ص 49.

2.2.1.1.1 نظرية المشروع (l'entreprise)

لم يتضمن التشريع التجاري الفرنسي ، التشريع التجاري المصري ولا التشريع التجاري الجزائري تعريفا للمقاولة أوالمشروع وإنما تناولتها هذه التشريعات عرضا لما حددت الأعمال التي تعتبر تجارية بنص القانون ، حيث يمكن القول أن هذه الصفة التجارية كامنة في هذه المشروعات، وتبعث من المشروع إلى الشخص الذي يملكه فيعتبر تاجرا [6] ص97.

فضابط المقاولة أو المشروع هو اتجاه حديث في الفقه يرى أن إصباغ الصفة التجارية على أي عمل لا يستند إلى هدفه أو جوهره أو صفة القائم به وإنما يستند إلى الصورة التي يمارس فيها العمل فيعد العمل تجاريا إذا إتخذ شكل المقاولة (L'entreprise) أي إذا تم على وجه التكرار بناء على تنظيم مادي معين ، فالقانون التجاري هو قانون الأعمال التي يتوفر لديها عنصر المقاولة أو المشروع [18] ص44.

وقد قال بهذه النظرية الفقيه الإيطالي "فيفانتي" وتبناها في الفقه الفرنسي الأستاذ "اسكارا Escarra"، فهي تقوم على الشكل الذي يمارس فيه العمل، بحيث إذا كان العمل على شكل مشروع اعتبر العمل تجاريا لما يمارس من قبل وحدة اقتصادية منظمة بتوفير رأس مال وتنظيم وعمل لتحقيق المشروع .

فالقائلون بهذه النظرية لا يعتبرون العمل المنفرد الذي يقع بشكل مشروع عملا تجاريا ولو قصد منه الربح [9] ص50-51 ، ويذهب الأستاذان " أسكار" و" رو Rault" إلى أن نظرية المقاولة توفق بين المذهبين الشخصي والموضوعي وتمثل مركبا حقيقيا لفكرتي العمل التجاري.

وقد احتلت فكرة المشروع المقام الأول في التشريع الإيطالي الصادر سنة 1942 ، إلا أنه لم يضع لها نظاما مستقلا بل عرفها في المادة 2082 لما عرف صاحب المشروع بأنه كل شخص يباشر على وجه الإحتراف نشاطا إقتصاديا منظما بقصد إنتاج أو تبادل السلع أو الخدمات [6] ص 98.

والجدير بالذكر أن القانون الألماني أخذ بفكرة المشروع كمعيار للعمل التجاري واعترف بصفة التاجر لمن يملك مشروعا مهما كان نشاطه أو حجمه لأن ذلك يتطلب تنظيم المنشأة التجارية ، وقيد إسم المشروع وعنوانه في السجل التجاري فيحل بذلك المشروع والقيد في السجل التجاري محل المعايير الموضوعية [6] ص99.

وقد أدخل الأستاذ " أسكارا" عنصر المضاربة على عمل الغير في نظرية المشروع ، إذ يعتبر هذا العنصر ركنا أساسيا في بعض المشروعات كالإنتاج والنقل ، إذ يباشر صاحب المشروع عمله في محل

أو مكتب ويستعين بالغير فيوظف نشاطهم ويضارب على عملهم، وبذلك طور الأستاذ "أسكارا" المفهوم الإقتصادي للمشروع وأدخل عليه عنصر المضاربة [8] ص31.

كما تبدو أهمية القول بهذه النظرية في أن ميزات القانون التجاري المتمثلة في السرعة والإتمان لا يمكن لمن يقوم بعمل تجاري عرضا أن يستفيد منها ، إذ تتجلى في حالة ممارسة الأعمال التجارية بشكل مشروع وتلجأ عادة لطلب الإئتمان نظرا لسعة أعمالها وتكرارها بينما القائم بعمل تجاري منفرد لا يلجأ إلى طلب الإئتمان إلا نادرا [11]ص39.

وقد استقر القضاء المصري على أن المشروع يكون تجاريا ولو اقتصر المقاول على تقديم الأيدي العاملة بما أن المقاول يتاجر بعمل الغير ويضارب عليه ، كما أن المقاول الذي يتعهد بتوريد الأشخاص من أجل حفر القنوات وتطهيرها وإنشاء الجسور مع تزويدهم بأدوات العمل يتاجر بعمل الغير مدفوعا بروح المضاربة التي هي أساس كل عمل تجاري .

ويضيف الحكم أن الطابع التجاري يجب أن يقتصر على الأعمال الكبرى التي تضارب بعمل الغير أما المقاول البسيط الذي يتعهد بإحضار عمال لبناء منزل مثلا فلا يكون تاجرا إلا إذا قدم الأدوات وليس لهذه التفرقة وجه حق لأن المضاربة وهي أساس هذا الحكم يمكن أن تتوفر في الأعمال الكبيرة والصغيرة على حد سواء .

كما استقر القضاء الفرنسي على هذا الحل منذ حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 20 أكتوبر1908 الذي جاء فيه أن كل عملية تتضمن المضاربة المعتادة على عمل الغير ولو كانت تنحصر في العمل دون تقديم الموارد أو توريد اليد العاملة ولا تتضمن شراء لأجل البيع أو التأجير تعد مشروعا صناعيا (الحكم خاص بمقاول لا يقدم إلا اليد العاملة)[6] ص100.

ونشير إلى أن أنصار هذه النظرية يدعمون وجهة نظرهم بالأسانيد التالية :

- القانون التجاري هو قانون المقاولات فكل عمل يمارس بشكل مقاولة يدخل في نطاق القانون التجاري وهو معيار أسهل من الإعتماد على العمل القانوني المنفرد لأن المقاولات مظاهر خارجية فضلا عن أن

دعامتا القانون التجاري وهما السرعة و الإئتمان تظهر أهميتها بشكل واضح في المقاولات دون الأعمال التجارية المنفردة ، وعليه فالجمعيات التعاونية الكبرى يجب أن تخضع للقانون التجاري وإن كانت تقتصر على خدمة أعضائها ولا تهدف إلى تحقيق الربح وذلك دور النشر والصحف الكبيرة أيا كان الغرض من إصدارها.

- نص المشرع سواء الفرنسي ، المصري أو الجزائري على كثير من المقاولات التجارية التي يفوق عددها الأعمال التجارية المنفردة مما يدل على ميله لتغليب معيار المقاولة في تحديد نطاق القانون التجاري.

- أخذ القضاء في كثير من أحكامه بهذا المعيار لإثبات الصفة التجارية للعمل ، وهذا ما قضت به محكمة استئناف القاهرة من أنه لا جدال في أن عقد المقاولة الذي يتعلق بصنع شيء أو أداء عمل ما يعتبر القيام به عملا تجاريا .

وعليه فهذه النظرية ذات قيمة أكثر من الناحية التشريعية إذ صورت التطور الحالي المستقل للتشريع والقضاء ، كما أنها تتضمن الكثير من المعايير التي نادى بها الفقه وتميز فكرة العمل التجاري كالمضاربة والتداول ، إلا أن هناك جملة إنتقادات وجهت لهذه النظرية أهمها :

- أن تعريف المقاولة بأنها تكرار مهني استنادا إلى تنظيم مادي سابق يعتبر بإجماع الفقه تصورا اقتصاديا لا قانونيا ولذلك واصل الفقه البحث ليدخل على المقاولة التحديد القانوني الذي ينقصها وهو عنصر المضاربة ، المعنى الذي انتهى إليه الفقه الإيطالي الحديث [6] ص101.

- هناك أعمال تعتبر تجارية حسب القانون ولو وقعت مرة واحدة لذلك لا يمكن الإعتماد على هذه النظرية في مجال سريان القانون التجاري .

- الأخذ بهذه النظرية يقودنا للبحث عن معيار التفرقة بين المشروع التجاري والمشروع المدني، فهناك أعمال تمارس في شكل مقاولة ويعد نشاطها مدنيا كالمحاماة ، الطب الهندسة والزراعة ...إلخ ، والبحث عن معيار للتفرقة بين المقاولة المدنية والتجارية لا يقل صعوبة عن البحث عن معيار العمل التجاري .

- إن القول بأن دعامتي القانون التجاري السرعة والإئتمان لا تقومان إلا بالنسبة للمقاولة التجارية لا يمكن الأخذ به على إطلاقه ، فالشخص الذي يضارب على البورصة بمفرده دون تنظيم مهني يذكر، قد يحتاج إلى الإئتمان أكثر من المقاولة كمحلات ومكاتب الأعمال [12] ص78 .

ويرى البعض أن معيار الحرفة يشابه معيار المشروع في حين يرى البعض الآخر أنهما يختلفان رغم تشابهما من حيث ضرورة تكرار العمل المكون لهما، فالمشروع لا يمكن أن يقوم دون تنظيم مادي

سابق في حين يمكن للشخص أن يحترف الأعمال التجارية دون وجود مثل هذا التنظيم كالبائع المتجول الذي يزاول حرفته التجارية دون أن يكون له أي محل تجاري .

إلا أن لهذا المعيار أهمية مزدوجة ، فمن جهة يمكن أن يستهدي به المشرع مستقبلا عند إصلاح التشريعات القائمة أو عند وضع تشريعات جديدة ، ومن جهة أخرى يمكن أن يسترشد به القضاء في تحديد تجارية الأعمال التي لم يحددها التشريع[12] ص79.

تقدير النظريات

هكذا فشل الفقه في وضع معيار جامع مانع للأعمال التجارية ، نظرا لأن نظرية العمل التجاري ليست إلا بدعة صنعها بعض فقهاء القرن التاسع عشر وسلم بها الفقه التجاري رغم مخالفتها لقصد المشرع ، واضطر الفقه لإخفاء هذا الفشل إلى تعريف العمل التجاري عن طريق مزج هذه النظريات ليصبح ذلك العمل الذي يتعلق بالوساطة في تداول الثروات ويهدف للمضاربة وتحقيق الربح على أن يتم في شكل مشروع إذا تطلب القانون ذلك ، ويظهر جليا في هذا التعريف الخلط بين الطابع الموضوعي والطابع الطائفي التقليدي للقانون التجاري ، مما يؤكد فساد الرأي الذي يتخذ من فكرة العمل التجاري أساسا للقانون التجاري.

2.1.1 مفهوم المقاول والمقاولة

نتطرق في هذا المطلب من خلال فرعين لمفهوم المقاول وهو الشخص المبادر ولمفهوم المقاولة وهي موضوع دراستنا .

1.2.1.1 مفهوم المقاول

تطور مفهوم المقاول مع الزمن ، نظرا للتعقيدات التي عرفتها الأنشطة الإقتصادية مع الثورة الصناعية ، فالمقاول وسيط ونادرا ما يكون منتجا ، ويتميز عن غيره بقابليته لتحمل المخاطر، ثم أصبح مع سياسة التصنيع حجر أساس التنمية الإقتصادية إذ صار منتجا ومبدعا [19] ص50.

في اللغة الفرنسية اشتق مصطلحي مقاول "Entrepreneur" ومقاولة "Entreprise" من الفعل "Entreprendre" الذي يعود إلى القرن السادس عشر ، ولقد استعمل بنفس المعنى في اللغة الإنجليزية ، إلا أن علماء الإقتصاد الكلاسيكيون لم يهتموا بالمقاول ، حيث اعتبروه نفسه الرأسمالي ومؤجر المحل ، وفي القرن الثامن عشر أصبح مصطلح مقاول يعني الذي يبتدئ بفعل شيء ما بمعنى الإنسان المثابر المبادر .

ولقد أعطى القاموس العالمي للتجارة المنشور في باريس عام 1723 لمصطلحي المقاول وقاول التعريفات التالية :

- قاول (Entreprendre) : معناه أخذ مسؤولية عمل ما كالبناء أو التفاوض.

- المقاول: هو الذي يقوم بالفعل بمعنى يتمم المهمة فنقول مقاول بناء مثلا [45] ص08.

عام 1755 عرفت موسوعة Alambert et Diderot المقاول أنه الشخص الذي يأخذ مسؤولية عمل ما ، في انجلترا مهد الثورة الصناعية حيث يقابل مصطلح Entrepreneur بالإنجليزية Under taker Adventurer وهو عموما الشخص الذي يمتهن المضاربة[45] ص09.

وتم شرح مصطلح Adventurer في معجم(Jhon Sons) المنشور عام 1755 بأنه الشخص الذي يستغل الفرص التي تأتيه عن طريق الصدفة بمعنى الذي يبحث عن حظه بنفسه ، وقد تطور مفهوم المقاول في إنجلترا حيث اعتبر في القرن الثامن عشر رجل أعمال مهما كان نشاطه ثم أصبح رأسماليا في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، إلا أنه تم خلط بين مفهوم الرأسمالي والمقاول ومازال الخلط قائما إلى يومنا هذا ذلك أن معجم (Le Petit Robert 1992) يفرق بين الشخص الذي يأخذ مسؤولية شيء ما- آخذا بذلك بالمعنى الكلاسيكي- وبين الشخص الذي يسير مقاولة لحسابه باستعمال كل وسائل الإنتاج (العمل،رأس المال) بهدف بيع منتوج أو خدمة ، وفي هذا الإطار المقاول هو مالك وسائل الإنتاج التي يستعملها إلا أنه يجب التنبيه إلى أن هذا المفهوم لا يتفق عليه كل علماء الإقتصاد [45]ص10 .

1.1.2.1.1 المقاول ووكيل الأعمال

إن وكيل الأعمال عامل بأجر، فقبل الحرب العالمية الثانية اهتم بعض الإقتصاديون بعمليات توزيع رأس المال واضعين بذلك أسس العلاقة بين الرأسمالي ووكيل الأعمال .

- بالنسبة لفابلان هناك تفرقة بين ملكية رأس المال وإدارته ، حيث يتولى هذه الأخيرة التقنيون والمهندسون ويقول "إن المقاولة الكبرى وسيلة لصنع المال وليس لخلق الأملاك ذلك أن المنتوج والخدمة مكملين لصناعة المال ".

- أما ر.كووس، عام 1937 تساءل لماذا تتواجد المقاولة ؟ "إن المقاول يسبق بين مجموعة الموارد وبالتالي فإن المقاولة موجودة لأنها تستعبد السوق "

وبالتالي فإن مبدأ توحيد عمليات السوق يقودنا إلى فكرة المقاول المخاطر،وعليه فالمقاولة تتحول إلى نظام تحتي من الأنظمة الإنتاجية[45] ص40 .

2.1.1.2.1.1 المقاول وروح الإبتكار

هناك إشكالية قديمة تهم الإقتصاديين وتتعلق بإمكانية ابتكار مقاولات صغرى فبالنسبة للبعض بالتخلص من مخلفات البيروقراطية فإن المقاولة الصغرى تكون أكثر ديناميكية في مجال الابتكار ، أما بالنسبة للبعض الآخر فإنها ستكون خاسرة لا محالة نظرا لافتقادها لرأس المال والمعارف التكنولوجية وكذا التسيير [45] ص 83 والمقاول صنفين :

- **المقاول المخترع** : يبحث دائما عن التغيير والتجديد وهو غالبا صاحب شهادات عليا ويحاول دائما أن يضع منتوجات جديدة في السوق .

- **المقاول العادي** : يتعامل مع الأوضاع القائمة ليضمن استمرار مقاولته نادرا ما يكون متعلما وإنما تعلم من خلال دروس الحياة أو في ظل العائلة ، وبالتالي تعد مقاولته مصدر رزقه ذلك أنها تعتبر جزءا من ذمته المالية وتختلط بالتالي أمواله مع أموال العائلة [45] ص87 .

- روح المقاولة و روح الإبداع و فكرة التنمية : في إفريقيا تقول صحفية من مجلة " Jeune Afrique" بتاريخ 1989/09/23 : " إذا أردت السلطة امتهن السياسة وإن أردت المال امتهن السمسرة ، أما إن كنت من هواة المخاطر فقم بتشكيل مقاولة ".

وعلى العكس من ذلك فإنه في سياق الأزمة الإقتصادية الراهنة فإن روح المقاولة في نظرنا مقابل إستراتيجية البقاء على قيد الحياة ، وهذا ما لا يتعارض إطلاقا مع الإرادة في الابتكار، ذلك أنه في النظام الإقتصادي المبني على المنافسة يعتبر الابتكار الوسيلة المثلى للبقاء في السوق [45] ص89 .

2.2.1.1 مفهوم المقاولة

لتحديد مفهوم المقاولة لا بد من التطرق لتعريفها أولا ثم تمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة لها كالشركة والمحل التجاري .

1.2.2.1.1 تعريف المقاولة

المشروع : هو وحدة قانونية واقتصادية تتكون من عناصر معنوية وعناصر بشرية يكون الهدف منها القيام بنشاط تجاري معين [50] ص124 وهو مهمة شغل أو عمل ينطوي على صعوبة أو مجازفة أو يقتضي شيئا من الجرأة [49] ص201 .

لم تحظ فكرة المشروع بعناية المشرع فسكت عن وضع تعريف لها واكتفى بالإشارة إليها وهو بصدد تقرير الصفة التجارية لبعض الأعمال ، غير أن هذا القصور التشريعي لم يمنع الفقه من محاولة تحديد هذه الفكرة فجرى على أنها التكرار المهني للعمل، اسنادا إلى تنظيم سابق ، فالمشروع يقوم على عنصرين أساسيين :

الأول : وجوب استناده إلى تنظيم سابق مهيأ بالوسائل الأزمة لقيامه على نحو مستمر ويتضح ذلك التنظيم من اتخاذ الوسائل المادية والقانونية اللازمة لمباشرة النشاط التجاري على نحو دائم كجمع مواد الإنتاج و الإستقرار في مكان معد للقيام بالنشاط واستخدام الغير .

الثاني : وجوب مباشرة العمل بصفة متكررة على نحو متصل ومعتاد وهو عنصر رئيسي وشرط أول في نظر عامة الفقه [19] ص75-76 .

كما عرف البعض المقاولة أنها تكرار العمل استنادا إلى تنظيم سابق يحقق جميع عناصر الإنتاج والتنسيق بينهما وعرفها آخرون استناد للمدلول الإقتصادي لكلمة مشروع على أساس تطابقه مع المدلول

القانوني فيكون المشروع أوالمقاولة هو الوحدة الإقتصادية والقانونية التي تجتمع فيها العناصر البشرية والمادية للنشاط الإقتصادي [23] ص81 . والجوهري في المقاولة توافر الإنتظام واستمرارية النشاط فلا يكف وقوع أعمال متناثرة منعزلة للقول بوجود المقاولة ، وعادة يصاحب وجود النشاط المنتظم ظهور إمارات خارجية تدل عليه ، كوجود مقر أو مركز رئيسي للمشروع و إدارة تتولى وضع خطط العمل.

قد يكون النشاط موضوع المقاولة ماديا كأعمال التشييد والبناء أوالنقل ، وقد يتمثل في الخدمات كنشاط الوكيل بالعمولة والمكاتب التجارية ، واستلزم الفقه في المقاولات المادية توفر عنصر المضاربة على عمل الغير وإلا اعتبر النشاط حرفيا ويعتمد على القدرة والمهارة الشخصية لمن يباشره ، لدرجة أن بعض الفقهاء اعتبر المضاربة على عنصر العمل أو استخدام الغير شرطا قائما بذاته في مشروعات الأعمال المادية للتمييز بين التاجر والحرفي [19] ص 176 .

فالمشروع التجاري هو مجموعة أعمال تجارية بطبيعتها أو بالتبعية متكاملة منتظمة تنفذ تحت إدارة رئيس يكون شخصا طبيعيا أو معنويا وبواسطة أشخاص ومعدات لتحقيق غاية معينة ، ولا تتوفر في المشروع الشخصية المعنوية وإن كان يجوز أن يكون رئيسه شخصا معنويا [3] ص32 .

وقد استخدم المشرع مصطلح مقاولة ، وهي ترجمة خاطئة للاصطلاح الفرنسي المقابل (Enterprise) الذي يعني المشروع فكلمة مشروع أوضح دلالة على المعنى الذي يقصده المشرع والذي عبر عنه بكلمة "مقاولة" ، خاصة أن المشرع المدني استخدمه بمعنى آخر هو" عقد المقاولة " الذي يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر بينما يقصد بالمشروع [4] ص59 مجموعة أعمال منتظمة تنفذ تحت إدارة رئيس وبواسطة أشخاص ومعدات من أجل تحقيق غاية معينة هي غاية المشروع [25] ص35 .

وإذا كان المشرع قد استلزم لتجارية بعض الأعمال مزاولتها على وجه المشروع إلا أنه لم يحدد المقصود بهذه الفكرة أو يضع معيارا لها ، وقد جرى الفقه على القول أن المشروع يعني التكرار المهني للعمل استناد إلى تنظيم سابق [21] ص103 ، والمقصود بالتكرار تواتر مزاولة العمل موضوع المقاولة عدة مرات،مع وجود تنظيم فعلي أعد لمزاولة هذا العمل على نحو مستمر ، ولا يهم شكل هذا التنظيم

والمهم هو توافر العناصرالتي تكفل ممارسة النشاط التجاري وهي العناصر المادية كاختيار محل مناسب و العناصر القانونية كإبرام عقود العمل مع الآخرين [7] ص52.

ولا يزال الخلاف قائما بين الفقهاء حول تحديد مفهوم المقاولة فهو ينطبق على أوضاع مختلفة جدا ،من العامل الذي يعمل بشكل منفرد إلى المحلات التجارية المتوسطة والكبرى ،كما يرى البعض أن الأحكام العديدة التي تتناول العمل داخل المقاولة أهم بكثير من المقاولة كتنظيم مسبق ، أما الفقهاء **هامل لافارد و ألفريد** فيرون أن رجال الإقتصاد قد كرسوا للمقاولة التجارية دراسات واسعة ، و يعترفون أن المقاولة تشكل الخلية الأساسية لتنظيم وتنمية الإنتاج [13] ص109 .

وتجب الملاحظة أن المشرع الجزائري قد استخدم مصطلح "المقاولة" وهو ترجمة خاطئة لما يقابله في النص الفرنسي خاصة إذا علمنا أن المادة 632 من القانون التجاري الفرنسي القديم هي المصدر المادي للمادة الثانية من القانون التجاري الجزائري [14] ص90.

فالمقاولة الصناعية والتجارية حاضرة في قانوننا لكن لا تظهر أبدا للنور باسمها ،كذلك القانون التجاري يفضل أن يسميها تاجرا ، شركة ، مدينا ، شخصا معنويا وإذا نطق باسمها فبمعنى عام ودون أهمية .

فقوانين العمل تتحدث عن رئيس المقاولة ، لجنة المقاولة لكن عندما تخاطر بتعريف المقاولة في حد ذاتها تقوم بذلك بطريقة ضيقة وتقتصر على مجموع الأجراء الموضوعين تحت سلطة رب عمل واحد وبخصوص القوانين الإدارية فهي تخضع للقواعد العامة مجموع المقاولات العمومية أو الوطنية أين لم تتمكن من توحيد التعريف ولا النظام[39] ص229.

2.2.2.1.1 تمييز المقاولة عن بعض المفاهيم المشابهة لها

يمكن أن يتداخل مفهوم المقاولة مع بعض المفاهيم المشابهة له ، ولإزالة هذا اللبس نتطرق لتمييز المقاولة عن بعض المصطلحات المتداخلة معها .

1.2.2.2.1.1 المقاولة والمحل التجاري

غالبا ما يتداخل مفهوم المقاولة والمحل التجاري فإذا شخصنا المقاولة ككتلة من الأموال فالمحل التجاري أضيق من المقاولة إذ لا يشمل العقارات ولا الديون والمستحقات، عكس المقاولة التي تدمج مع عقاراتها الديون والمستحقات التي تشكل حياتها وتنتج عقود تربطها مع مهندسيها، عمالها مموليها وزبائنها.

المحل التجاري كتلة غير شخصية لأموال منقولة، لهذا يمكن لمالك المحل التجاري أن يحتفظ بملكيته رغم إيجاره ، على العكس لا يمكننا تصور مقاولة ملك للشخص الذي يؤجر وسائل الإنتاج لأن المستأجر هو الذي يجسد المقاولة ، والمالك بتوقفه عن نشاطه لم يعد مقاولا لأنه ليس كذلك إلا من ينتج ويخوض المخاطر لحسابه [42] ص 185 ، ويعد المحل التجاري الجانب القانوني للمشروع ولما كان المحل التجاري يقوم أساسا على عنصر الإتصال بالعملاء فإن المحل التجاري يمثل هذا العنصر بالنسبة للمشروع [22] ص31 .

2.2.2.2.1.1 الشركة وعقد المقاولة

الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر أن يساهم كل واحد منهم في مشروع مالي بتقديم حصص من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة ، فالشريك قد تكون حصته في رأس المال هي التزامه بالقيام بأعمال تعود على الشركة بالفائدة ،كالحصول على تراخيص أو تصاريح للإستيراد ، على أن يتقاضى نسبة معينة من أرباحها ، وهنا قد تلتبس المقاولة بالشركة ، فإذا كان الشريك الذي دخل بالعمل حصة له يساهم في أرباح الشركة وفي خسارتها فالعقد شركة ، وأما إذا اشترط مقدم العمل أن يأخذ من الشركة أجرا مقابل تصاريح الإستيراد التي حصل عليها مثلا أو حتى نسبة من أرباح الشركة دون أن يشارك في الخسارة فالعقد لا يكون شركة بل مقاولة التزم فيها المقاول بالقيام بعمل والتزمت الشركة أن تعطي المقاول أجرا على ذلك .

وما يميز الشركة عن المقاول هو أن الشريك في الشركة لديه نية الإشتراك في النشاط ذي تبعة وهذه النية هي نية تكوين الشركة أو إرادة التعاون مع الشركاء الآخرين في نشاط ينطوي على قدر من

المخاطر ، أما المقاول فليست عنده هذه النية [10] ص30-31 ، كما أن المقاولة قد يمثلها شخص طبيعي أو شخص معنوي يتمثل في الشركة.

3.2.2.2.1.1- المقاولة والإستغلال

يختلط المشروع من الناحية القانونية بالإستغلال ، إذ لا يعتد القانون بما إذا كان مشغل المشروع يقوم باستغلال رأسماله الخاص أو رأسمال قدمه له الغير ، أو اقترضه من الغير ، إلا أنه إذا كان المشروع يتمتع بنوع من الإستقلال المالي فالإستغلال لا يتمتع بذلك ،كما لو قدم شخص حصة مالية في شركة بقصد الإستثمار والحصول على نصيب من الأرباح فاستغلال الحصة لا يعد مشروعا وإنما الشركة في مجموعها تعتبر مشروعا لأنها تتمتع بالإستقلال المالي، من ناحية أخرى فإن الاستغلال لا يقدم إنتاجا للسوق في جميع الأحوال بل يقتصر إنتاجه على إشباع حاجة المستغل كبعض صور الإستغلال الزراعي

4.2.2.2.1.1 المقاولة والمنشأة

لما كان المشروع يشكل وحدة إقتصادية فإنه يجب التفرقة بينه وبين المنشأة (L'établissement) التي تنطوي على استغلال مستقل وعليه فمن الممكن أن يضم المشروع عدة منشآت لا تملك أية استقلالية قانونية [22] ص31.

5.2.2.2.1.1 فروع المقاولة

لفروع المقاولة (Succursales) استقلالية نسبية وتبقى خاضعة في القرارات الهامة للمقر المركزي ، أما تجميع المقاولة (Le Regroupement) فلا يصبح في حد ذاته مقاولة إذا كانت مراكز القرار تبقى على مستوى المقاولات الأعضاء في المجموعة [33] ص166.

2.1 أنواع المقاولات التجارية وتكييفها الإقتصادي والقانوني

نتطرق في المبحث الثاني من الفصل الأول إلى أنواع المقاولات التجارية نبدؤها بأنواعها من حيث نشاطها وهي المقاولات الواردة في التقنين التجاري على سبيل المثال لا الحصر مصنفين إياها إلى مقاولات إنتاج ، مقاولات توزيع ومقاولات خدمات ، ثم نبحث في أنواعها من حيث حجمها وهي المقاولات الكبرى ، المتوسطة والصغرى وبعدها نتناولها من حيث موضوعها تجاري أو غير تجاري وأخيرا من حيث ملكيتها خاصة كانت أو عمومية ، ونعرج في كل نوع على القانون الواجب التطبيق والإختصاص القضائي في حالة النزاع ، ونخص بالدراسة عنصرا مهما في بحثنا هذا وهو مدى اعتراف القانون بالمقاولة كشخص من أشخاص القانون أو موضوع من مواضيع القانون بما أنها وحدة إنتاج وتوزيع وتقديم خدمات فرضت نفسها في عالم الأعمال وتبناها الإقتصادباعتبارها لبنة أساسية ، فالمقاولة تخضع لترسانة من النصوص القانونية المشتتة هنا وهناك لكنها لم تجد نظامها القانوني إلى يومنا هذا ، فالمساعي حثيثة لأجل ذلك ونتمنى أن يحذو المشرع الجزائري حذو التشريعات التي تسعى للمحافظة على المقاولة التجارية وتخصيصها بنصوص قانونية تنظمها .

1.2.1 أنواع المقاولات التجارية

نتناول بداية المقاولات التي نص عليها التقنين التجاري وهي مقاولات التوزيع مقاولات الإنتاج ومقاولات الخدمات ثم أنواع المقاولات من حيث حجمها ، من حيث موضوعها ومن حيث ملكيتها .

1.1.2.1 أنواع المقاولات التجارية الواردة في التقنين التجاري

لقد حاول بعض الفقه تصنيف المشاريع إلى مشاريع التوزيع ، مشاريع الإنتاج مشاريع تقديم الخدمات والمشاريع المالية ، وهناك من صنفها إلى مشاريع التداول ومشاريع التأمينات .

وقد جاء المشرع الجزائري على ذكر إحدى عشرة مقاولة وذلك بموجب الفقرات من الثالثة إلى الثانية عشر من المادة الثانية من القانون التجاري الجزائري ، وقبل أن ننتقل لعرض هذه المقاولات ننوه إلى أنها وردت على سبيل المثال لا الحصر ولذلك يجوز للقضاء إضافة غيرها بطريق القياس ، وقد صنفتها في هذا البحث إلى مقاولات الإنتاج مقاولات التوزيع ومقاولات الخدمات [13] ص113.

1.1.1.2.1 مقاولات الإنتاج

1.1.1.1.2.1 مقاولة الإنتاج ، التحويل أوالإصلاح

اعتبر المشرع أعمال الإنتاج أعمالا تجارية إذا تمت في شكل مقاولة دون أن يحدد المقصود بالإنتاج، و عليه سواء كان الإنتاج زرعا أم صناعة فالعمل يعتبر تجاريا إذا اتخذ شكل مقاولة، فمادام هناك إنتاج فنحن أمام مقاولة صناعية ولوكانت الصناعة ذات طابع فني وبهذا قضت محكمة باريس في حكم لها بتاريخ 1976/02/27 .

كذلك التحويل إذ اعترف قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1944/12/11 بصفة تاجر لمقاول المخبزة الذي يقوم على وجه الاعتياد والإمتهان بأعمال تتمثل في تحويل المنتوجات بوسائل ميكانكية.

فمقاولات الإنتاج والتحويل تعتبر تجارية لأنها تقوم بتداول المنتوج من جهة وبالمضاربة من جهة أخرى عن طريق شراء المنتوجات من أجل بيعها بعد تحويلها أو تضارب على عمل الآخرين (المستخدمين) مما يجعلها تنطوي على فكرتي التداول والمضاربة من أجل الربح ، وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1908/10/20 [13] ص113 كما تعتبر المشاريع الزراعية مشاريع تجارية إذا رافقتهما عمليات تحويل كتحويل القمح إلى دقيق أو الحليب إلى لبن، إلا إذا كان التحويل يتم بعمل يدوي بسيط ، ومن مشاريع الإنتاج مشاريع إنتاج الطاقة الكهربائية لأنها تحول قوة الماء إلى قوة كهربائية كذا مشاريع إنتاج الغاز [3] ص34 .

2.1.1.1.2.1 مقاولة البناء أوالحفرأوتمهيد الأرض

وتسمى مجموعة هذه الأعمال بالأشغال العقارية أيا كان نوعها وأهميتها ، كإنشاء المباني والطرقات والجسور والأنفاق والمطارات وحفر الترع والقنوات وإنشاء السدود ومد خطوط السكك الحديدية ، وعليه فمن يتعهد بتقديم المواد اللازمة أو اليد العاملة اللازمة لتنفيذ إحدى العمليات في مجال البناء أو الحفر أو تمهيد الأرض على سبيل المقاولة فعمله يعتبر تجاريا ومن يباشره يعتبر تاجرا سواء كان شخصا طبيعيا أم شركة في القطاع العام أو الخاص ، ولكن يشترط للقائم بهذه الأعمال أن يقدم المواد والأدوات والآلات مضاربا بشرائها بكميات وفيرة وتخزينها وتقديمها عند تكليفه بالقيام بإحدى المقاولات [1] ص74 .

ونتساءل عن حالة اقتصار عمل المقاول على تقديم العمال فهل يعد عمله تجاريا ؟

إستقر القضاء المصري وسانده في ذلك جانب من الفقه على اعتبار مثل هذا العمل تجاريا لأن المقاول يتاجر بعمل الغير ويضارب عليه ، أما بالنسبة للمكاتب الهندسية التي يقتصر عملها على وضع الرسوم المعمارية والتصميمات دون مواصلة تنفيذها فعملها يعتبر مدنيا [24] ص83 .

وماذا عن الأعمال الترميم والهدم والصيانة ؟

بالرجوع لنص الفقرة الخامسة من المادة الثانية من القانون التجاري الجزائري، لا نجد ذكر مثل هذه الأعمال ولكن في التشريع المقارن نجد أنها أعمال تلحق بالبناء فقد نص عليها المشرع العراقي في الفقرة السادسة من المادة الخامسة من قانون التجارة كذلك الأمر في التشريعين اللبناني والسوري حيث نصت الفقرة الرابعة عشر من المادة السادسة من قانونيهما للتجارة على مقاولات الأشغال العقارية التي تشمل هذه الأعمال وفقا لما يراه الإجتهاد اللبناني ، وبما أن أعمال الترميم والصيانة تشترك مع أعمال البناء في الغاية فإنها تدخل في نطاق تطبيق الفقرة الخامسة من المادة الثانية من القانون التجاري وتستثنى بذلك أعمال الهدم وكذا الأشغال العقارية ذات الصفة العلمية أو الأثرية كالحفريات وإعادة بناء الآثار القديمة لغياب عنصر المضاربة بقصد الربح [14] ص93 .

وتعتبر أعمال المقاولات العقارية المذكورة عملا تجاريا بالنسبة للمقاول الذي يحترف القيام بها ومدنية بالنسبة لرب العمل إلا إذا كان تاجرا فتعتبر بالنسبة له عملا تجاريا بالتبعية إذا كان موضوع المقاولة مرتبطا بنشاطه التجاري كترميم محله التجاري مثلا [1] ص75.

والجدير بالذكر أن التقنين الفرنسي عند صدوره اعتبر هذه الأعمال نشاطا مدنيا لارتباطها بالأرض وتشبيها لها بالعمل الزراعي ، ولم يضف على هذه المقاولات الصفة التجارية إلا بعد صدور قانون 06 جويلية 1967 الذي عدل المادة 632 فاعتبر كل شراء للعقارات من أجل إعادة بيعها عملا تجاريا على أساس نظرية المضاربة القائمة على قصد البيع في حين اعتبر المشرع الجزائري هذا النشاط القائم على الإحتراف المنظم عملا تجاريا وهو ما يوافق ما اتجه إليه كل من الفقه والقضاء الفرنسيين باعتبار هذه المقاولات تجارية ، فقد قضى القضاء الفرنسي بأن الشركة التي تقوم بشراء الأراضي لإقامة عمارات عليها ثم تعيد بيعها هي شركة تجارية ، وقد اعتبر القانون الجزائري رقم 07/86 الصادر في 04 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية هذا النشاط عملا مدنيا غير أن المشرع الجزائري ألغى هذا القانون بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 03/93 الصادر في: 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط

العقاري الذي يعتبر القائم بالترقية العقارية تاجرا سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا وذلك بموجب المادتين الثانية والثالثة من المرسوم واعتبرت المادة الرابعة هذه النشاطات عملا تجاريا مع تأكيدها على المادة الثانية من القانون التجاري [13] ص117.

وبالنسبة للتشريع الجزائري المنظم لهذا النشاط نجد المرسوم التنفيذي رقم 289/93 المؤرخ في : 28 نوفمبر 1993 الذي يوجب عل جميع المقاولات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء ، الأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم :114/05 المؤرخ في 07 أفريل 2005 ، كما يحدد القرار الوزاري المشترك المؤرخ في : 12/03/ 2005 كيفيات تصنيف المقاولة أو مجموع المقاولات التي تعمل في إطار البناء ، الأشغال العمومية والري ، أما رموز النشاطات فتحددها مدونة النشاطات الإقتصادية لمقاولات البناء ، الأشعال العمومية والري التي وردت ضمن القرار الوزاري المؤرخ في :1983/03/01.

3.1.1.1.2.1 مقاولة استغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتجات الأرض الأخرى

إعتبر المشرع عمليات استغلال المناجم العميقة أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتوجات الأرض الأخرى أعمالا تجارية بحسب موضوعها إذا تمت في شكل مقاولة وتنص الفقرة الأولى من المادة 17 من الدستور الجزائري أن "الملكية العامة هي ملك للمجموعة الوطنية وتشتمل باطن الأرض والمناجم والمقالع والموارد الطبيعية للطاقة والثروات المعدنية الطبيعية والحية في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية والمياه والغابات" [14] ص74 ، وبذلك مبدئيا لا عبرة بتبعية ملكية ما يتم استخراجه ، أما المقصود بالمناجم أو المقالع فالمشرع الجزائري لم يعرف هذه المصطلحات فقد نظم النشاطات المتعلقة بالمناجم من خلال القانون رقم 10/01 المؤرخ في 03 جويلية 2001 المتضمن قانون المناجم ، أما النشاطات المتعلقة بالمحروقات فنظمها القانون رقم 14/86 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتعلق بأعمال التنقيب عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب [14] ص94 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07/05 المؤرخ في:28 أفريل2005 المتعلق بالمحروقات.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي خلال القرن التاسع عشر اعتبر الصناعة الإستخراجية بما في ذلك المناجم واستغلالها عملا مدنيا - رغم ما تحققه من كسب وربح كبير وما تتطلبه من إمكانيات بشرية ومادية - نظرا لأنها أقرب للنشاطات الزراعية ولم يتم تتجيرها إلا بمقتضى قانون 09 سبتمبر 1919 الذي اعتبر الإستغلالات المنجمية عملا تجاريا ، وقضت محكمة النقض الفرنسية بمقتضى قرار صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 22 ماي 1935 أن تتجير استغلال المناجم بمقتضى القانون المذكور سابقا يجب أن يمتد إلى كل الصناعات الإستخراجية بما في ذلك المقالع ،كما قضى بتتجير النشاطات الإمتهانية المتعلقة بالمعادن السطحية كاستغلال الأملاح وكذلك المياه المعدنية [13] ص120 .

وتعرف المناجم أنها المكامن الطبيعية في الأرض المحتوية على المواد المعدنية ، أما المناجم السطحية فهي المكامن الأرضية التي تحتاج في إستغلالها إلى حفر الآبار والأنفاق وبالنسبة للمقالع فهي المكامن الطبيعية المحتوية على مواد البناء بجميع أنواعها عدا الرمل والحصى، التي تستخرج من مجاري المياه أو شاطئ البحر أو المكامن الطبيعية المحتوية على مواد تحسين أراضي الزراعة أو مناجم الفحم النباتي الأصل (Les Tourbières) [14] ص95.

ومن صور هذا الإستغلال إستخراج المعادن من باطن الأرض ومن سطحها كالبترول والحديد والفحم وقطع الرخام والأحجار من الجبال ، فالمشرع الجزائري لم يخصص أنواعا معينة من العمليات إنما أطلق الصفة التجارية على كل ما يتعلق بهذه الإستغلالات سواء شراء الآلات للحفر أوالمواد الكيماوية للإستخراج أو الملابس والأدوات الوقائية للعمال [1] ص78 .

وفيما يخص منتجات الأرض الأخرى فإن كل استغلال للأرض وما عليها يدخل في نطاق هذه المادة سواء كان استغلالا زراعيا كمن يزرع مساحات كبيرة من الأرض بالقمح ثم يطحنه ويعبئه ، ومن يزرع قصب السكر ويقيم مصنعا بالأرض لصناعة السكر، وتمتد صور الإستغلال إلى كل ما يتعلق بمصادر الثروة الأرضية كاستغلال عين معدنية بإقامة فندق أو مطعم لإقامة القادمين للإستشفاء أو استغلال بحيرة في تربية الأسماك وصيدها وتوريدها للمستهلكين بصفة منتظمة أو إنشاء مصانع لتجفيفها وحفظها وبيعها [1] ص79 .

ولا فرق إذا كان صاحب المشروع مالكا أو غير مالك لأرض المنجم ، فضلا عن أنه لا يمكن لشخص أن يستثمر منجما إلا بموجب رخصة أو حق امتياز ممنوح من طرف الدولة ، كما يمكن أن يكون المستثمر شخصا طبيعيا أو معنويا أو شركة تابعة للقطاع العام أو الخاص [14] ص95 .

2.1.1.2.1 مقاولات التوزيع

1.2.1.1.2.1 مقاولة بيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة

تعد أعمال البيع بالمزاد العلني للسلع الجديدة بالجملة وللأشياء المستعملة بالتجزئة تجارية متى تمت في شكل مشروع بصرف النظر عن صفة البائع أو المشترى وعن طبيعة الصفقة المبرمة ، إذ يحدد تجارية هذه الأعمال مزاولتها على وجه الاحتراف وبصيغة المشروع [14] ص99.

وعليه لا تعد تجارية أعمال المزايدات العلنية التي تقوم بها بعض الدوائر الرسمية على أموال تملكها أو تشرف على بيعها ، كما في تصفية بعض الشركات أو التنفيذ على أموال المدينين أو بيع الأموال المهربة التي تصادرها الجمارك أو تلك المودعة في مخازنها في حالة عدم تقدم أصحابها لاستغلالها أو دفع المبالغ المطلوبة عليها ، ولم يشترط المشرع أن تتم هذه الأعمال في محلات بل جاء النص مطلقا.

هذا ونشير إلى أن المادة الرابعة من الأمر رقم 27/96 الصادر في 09 ديسمبر 1996 قد أضافت في الفقرة الأولى منها نوعا آخر من المقاولات فعلى خلاف المشرع الفرنسي والمشرع اللبناني والمشرع السوري والمشرع المصري ، نجد المشرع الجزائري قد نص على أعمال تجارية تتعلق بالتجارة البحرية و اعتبرها أعمالا تجارية بالموضوع ، وردت في الفقرات من الخامسة عشر إلى العشرين من المادة الثانية من القانون التجاري وهي كالتالي :

2.2.1.1.2.1 مقاولة صنع أو شراء أو بيع وإعادة بيع السفن للملاحة البحرية

1.1.2.2.1.1.2.1 مقاولة صنع السفن

اعتبر المشرع الجزائري أعمال إنشاء السفن ، أعمالا تجارية بحسب موضوعها بصرف النظر عن صفة القائم بها إذا تمت في شكل مقاولة أي تكررت وتمت المضاربة على قوة المال أو العمل في إطار تنظيم إداري بقصد الربح [14] ص100.

كما يشترط أن يتم إنشاء السفن للملاحة البحرية، ويقصد بالسفينة كل عمارة بحرية أو آلية تقوم بالملاحة البحرية ويقصد بها الملاحة التي تمارس في البحر وفي المياه الداخلية بواسطة السفن.

2.1.2.2.1.1.2.1 مقاولة شراء أو بيع أو إعادة بيع السفن للملاحة البحرية

تعد تجارية أعمال شراء السفن بقصد إعادة بيعها أو الإستثمار في الأعمال التجارية البحرية، كذلك أعمال بيع السفن للملاحة البحرية إذا تمت في شكل مقاولة ، ولا يشترط أن يتم شراء السفن إذ يمكن أن تؤول للوارث، لكن بيع باخرة لأنها لم تعد صالحة للعمل يعد عملا تجاريا بالتبعية إذا كان البيع تابعا لحاجات البائع التجارية.

كما يشترط أن يكون البيع اختياريا لا جبريا ، ووفقا للإجتهاد الفرنسي فإن شراء وبيع البواخر بالطريقة الجبرية نتيجة الحجز التنفيذي بالمزاد العلني هو عمل مدني من صلاحيات المحكمة المدنية المختصة .

وتعد أعمال إعادة بيع السفن لأجل الملاحة البحرية التي تتم في شكل مقاولة أعمالا تجاريا بحسب موضوعها ، والملاحظ بشكل عام أن المشرع قد حصر التداول في عملية الشراء فقط ، ولم يتناول التصرفات الأخرى كالعارية أو الإيجار التي تعتبر بذلك أعمالا مدنية .

أما الإرساليات ، الرحلات البحرية ، و شراء و بيع عتاد أو مؤن للسفن ، و تأجير أو اقتراض أو قرض بحري بالمغامرة ، و عقود التأمين و العقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية و الإتفاقيات المتعلقة بأجور الطاقم و إيجارهم فلم يشترط المشرع أن تتم هذه الأعمال بشكل متكرر أي مقاولة بل تعتبر تجارية و لو تمت مرة واحدة ، و نشير إلى أن بعض التشريعات العربية كالتشريع العراقي و التشريع المصري و التشريع اللبناني و التشريع الأردني والتشريع السوري أضافت بعض المقاولات كالوكالة بالعمولة المضاربة العقارية ، السمسرة و مكاتب ووكالات الأعمال [14] ص101.

3.1.1.2.1 مقاولات الخدمات

1.3.1.1.2.1 مقاولة تأجير المنقولات أوالعقارات

إشترط المشرع أن تتم أعمال إيجار المنقول أو العقار في شكل مقاولة لتكتسب الصفة التجارية مما يدفعنا للتساؤل عن مبررات تمييز هذه الأعمال عن أعمال شراء العقار أو المنقول لأجل البيع ، التي اعتبرها المشرع عملا تجاريا منفردا رغم أنها ترد على حق الملكية وهي أكثر خطورة من الأعمال التي ترد على حق المنفعة (الإيجار) [14] ص91 ، فتأجير المنقولات والعقارات إذا تم على سبيل التكرار واتخذ شكل المقاولة تضفى عليه الصفة التجارية لأنه يرمي إلى المضاربة وتحقيق الربح 24 ص81 ،فقد تخصصت فئة كبيرة في ممارسة هذا العمل و جنوا من ورائه الأرباح ، فأراد القانون حماية المتعاملين مع أصحاب هذه المشروعات الذين يقومون باستئجار المنقولات أو العقارات ، فأسبغ الطابع

التجاري على الإلتزامات الناتجة عن الأعمال التي تزاولها هذه المشروعات بالنسبة لأصحابها حيث يعتبرون تجارا فيخضعون لالتزامات التجار من حيث مسك الدفاتر التجارية و القيد في السجل التجاري و الخضوع لضرائب الأرباح التجارية و الصناعية و تسمح للمتعاملين معها بإشهارها إفلاس أصحابها إذا توقفوا عن دفع التزاماتهم [1] ص72 .

2.3.1.1.2.1 مقاولة التوريد أو الخدمات

يقصد بالتوريد التعهد بتقديم سلع معينة أو خدمات إلى الغير بصورة دورية منتظمة خلال فترة معينة، مثال ذلك توريد الأغذية إلى المدارس أو المستشفيات ، توريد الفحم أو البترول إلى المصانع توريد الأوراق إلى الصحف.

ونص المشرع كذلك على اعتبار توريد الخدمات عملا تجاريا كاستغلال المقاهي والفنادق والنوادي حيث تتولى توريد الراحة والتسلية والخدمات لروادها مقابل مبلغ معين ، و لا يهم في عملية التعهد بالتوريد صفة المتعهد الذي يمكن أن يكون من أشخاص القانون الخاص كالأفراد والشركات أو من أشخاص القانون العام (الدولة ومؤسساتها) .

ويذهب بعض الفقه إلى أن التوريد لا يعتبر تجاريا إلا إذا كان المتعهد المشتري قد اشترى الأموال التي تعهد بتوريدها على أساس أن التوريد ليس إلا شراء بقصد البيع إلا أن الوعد بالبيع أو البيع يحصل قبل الشراء ، بينما يرى البعض الآخر من الفقهاء أن التوريد يعد تجاريا سواء تم شراء المواد أم لا ،كما أن ربط تجارية التوريد بعملية الشراء يخرج أعمال المنتج الأول من نطاق التجارية وهو أمر لا يلائم توجه المشرع بهذا الخصوص وعليه لا ضرورة لاشتراط الشراء لتجارية التوريد مادام نص الفقرة السادسة من المادة الثانية جاء مطلقا [14] ص93.

3.3.1.1.2.1 مقاولة استغلال النقل أو الإنتقال

يعد النقل أحد الدعائم الأساسية التي يرتكز عليها النشاط الإقتصادي في العصر الحديث الذي أصبحت فيه الحركة ضرورية ، إذ يعد أحد المعايير التي يقاس على ضوئها مدى تقدم الدول ونهوضها وقد قال الفقيه "جوسران Josserand " أن النقل يعد مقياسا لحضارة الأمم [24] ص85 ، وقد نص المشرع على مصطلحي نقل أو انتقال إذ قصد بالأول نقل البضائع والحيوانات وبالثاني انتقال الإنسان ومن أمثله هذه المقاولات النقل بواسطة حافلة أو أكثر ، حيث يتوفر عنصر الإحتراف المعتاد والتنظيم المسبق القائم على امتلاك الحافلة وإستخدام شخصين على الأقل ، إذ يعد نشاطا قائما على المضاربة بين أكثر من عنصر بما في ذلك عمل الغير واستهداف تحقيق الربح ، في حين لا يعتبر سائقا سيارة الأجرة مقاولا رغم توفر عنصر الإمتهان في نشاطه إلا أنه يفتقد عنصر التنظيم والمضاربة على عمل الغير .

ويمكن أن يكون النقل بواسطة السكة الحديدية أو بحرا أو جوا ، حيث اشترط المشرع الجزائري بالنسبة للنقل البحري والجوي أن يكون استغلالهما في شكل أهم المقاولات التجارية وهو شركة المساهمة التي تعد عملا تجاريا بحسب الشكل طبقا لنص المادة الرابعة من القانون التجاري .

وتجدر الملاحظة أن مصطلح "إنتقال" كان بإمكان المشرع الإستغناء عنه والإكتفاء بمصطلح "نقل" الذي يشمل الأشخاص والحيوانات والبضائع [13] ص121 .

4.3.1.1.2.1 مقاولة استغلال المشاهد (الملاهي) العمومية أو الإنتاج الفكري

نشير مبدئيا إلى أن المشرع الجزائري قد ترجم مصطلح (Spectacles) إلى (ملاهي) ولكن بالرجوع للمعنى اللغوي للمصطلح الفرنسي نجده يعني المشاهد .

1.4.3.1.1.2.1 مقاولة استغلال الملاهي العمومية

لم يعرف المشرع الملاهي العمومية ولكن يتضح المقصود بها من خلال تطبيقات القضاء واجتهاد الفقه بأنها تلك الأماكن التي تهدف إلى تقديم التسلية والترفيه للجمهور مقابل أجركالمسرح ودور السينما والموسيقى ومدن الملاهي والألعاب الرياضية وسباق الخيل والمعارض العامة [1]ص81 .

وقد ذهب الفقه مذاهب شتى في بيان أسباب تجارية مشروع الملاهي العمومية فهناك من يرى أن ملتزم المشاهد العامة يشترك في تداول أعمال الفكر وهي منقولات غير مادية بين المنتجين والجمهور وذلك بقصد الربح ويحقق بالتالي عمل شراء وبيع.

ويرى البعض الآخر أن ملتزم المشاهد العامة يقوم بعمل مضاربة - بقصد الربح - حول عمل ومهارة الأشخاص الذين يستخدمهم أو يتفق معهم للقيام بالمشاهد ، وعليه فقد استند المشرع إلى فكرة المشروع لإعطاء المشاهد العامة الصفة التجارية [14] ص97 .

2.4.3.1.1.2.1 مقاولة استغلال الإنتاج الفكري

يقصد بالإنتاج الفكري كل وجه من أوجه العطاء الفكري للإنسان سواء كان أدبيا أو علميا أو فنيا ويكون استغلاله عن طريق نشره أو طباعته أو تصويره أو الإعلان عنه فالناشر أو دور النشر تقوم بشراء حقوق التأليف والإنتاج الأدبي أو العلمي من الغير وتعرضه على الجمهور ، فهناك إذن عملية توسط بين الأموال بقصد تحقيق ربح مادي .

وتعد الطباعة شكلا من أشكال الصناعة إذ تقوم على إدخال تغيير على المادة بصور معينة ، وتظهر فيها بنفس الوقت فكرة المضاربة على قوة العمل والآلة وشراء المواد الأولية أما الإعلان فيهدف إلى تنشيط تداول الثروة عن طريق الجمهور بأنواع الإنتاج المختلفة.

5.3.1.1.2.1 مقاولة التأمينات

تميز أغلب الإجتهادات الفقهية بصدد تقرير تجارية التأمين بين التأمين بقسط ثابت أو محدد (l'Assurance De prime Fixe) والتأمين التبادلي (l'Assurance Mutuelle) فالتأمين بقسط ثابت أو محدد هو تعهد شخص يسمى المؤمن بأن يؤدي لشخص آخر يسمى المؤمن له مبلغا معينا عند تحقق الخطر المؤمن منه مقابل قسط التأمين الذي يدفعه المؤمن له للمؤمن.

وغالبا ما يكون المؤمن شركة مساهمة أو شركة تعاونية طبقا لنص المادة 216 من الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون رقم 2006/04 المؤرخ في : 2006/02/20 ، كما اعتبر المشرع في المادة الثانية من القانون التجاري عقود التأمين المتعلقة بالتجارة البحرية (التأمين البحري) عملا تجاريا بطبيعته [13] ص123 .

وحسب الفقرة العاشرة من المادة الثانية من القانون التجاري نص المشرع الجزائري على تجارية مشروع أو مقاولة التأمينات ولم يفرق أو يخصص أنواعا معينة من التأمين وعليه فكل مشروع يباشر نشاط التأمين في الجزائر يعد تجاريا سواء كان التأمين بريا أو بحريا أو جويا وأيا كان نوعه وطريقته وطبيعة الخطر المؤمن منه سواء الإصابات أو الحريق أو الحوادث أو السرقة أو غير ذلك [1] ص84 .

أما التأمين التبادلي أو التعاوني فمؤداه اتفاق مجموعة أشخاص معرضين لأخطار متماثلة على تعويض الضرر الذي يلحق أحدهم عند تحقق الخطر من مجموع الإشتراكات المدفوعة من طرفهم لصندوق ينشأ لهذا الغرض ، مثلا المزارعون تتعرض محصولاتهم لآفات في مواسم معينة ، كما تهدد الأمراض حيواناتهم فيتفقون على تكوين جمعية فيما بينهم للتأمين من الأخطار التي تهددهم نظير اشتراكات يدفعونها [24] ص87 دون اللجوء لشخص معنوي ينظم هذا النشاط ويستهدف الربح وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم تجارية هذا التأمين في قرار لها صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 08 فيفري 1960 .

" إلا أننا نرى أن التأمين التعاوني الذي يتم بين أعضاء من التجار كما هو الحال في نوادي الوقاية والحماية للتأمين البحري هو عمل تجاري بالتبعية لأنه نشاط يقوم به التجار من أجل تجارتهم طبقا للمادة الرابعة من التقنين التجاري " [13] ص124.

وهناك من يرى بعدم اعتبار التأمين التعاوني تجاريا بسبب عدم وجود وساطة بين المؤمن والمؤمن لهم كما ينتفي قصد المضاربة وتحقيق الربح ،كذلك الأمر بالنسبة للتأمين الإجتماعي الذي تفرضه الدول جبرا أو اختيارا لبعض الفئات المنتجة لحمايتها وفقا لظروفها السياسية والإجتماعية والإقتصادية ، بما أنه نظام تسن قانونه الدولة لحماية كل من كان مصدر دخله العمل، يمول عن طريق اشتراكات يحدد نسبتها القانون ، والتأمين الإجتماعي لا يعتبر عملا تجاريا حتى ولو تم عن طريق مقاولة أو مشروع منظم لأن الذي يتولى إدارته الحكومة مباشرة أو تقوم به هيئة عامة أو خاصة يخولها المشرع بعض السلطات لتنفيذ المشروع [1] ص84-85 .

6.3.1.1.2.1 مقاولة استغلال المخازن العمومية

اعتبر القانون الجزائري مقاولة استغلال المخازن العمومية عملا تجاريا لارتباطها الوثيق بالحياة التجارية إذ تعتبر من دعائمها الأساسية ، والمخازن العمومية هي محلات واسعة يودع بها التجار بضائعهم مقابل أجر لغاية سحبها أو بيعها ، ويسلم لصاحب البضاعة إيصالا يسمى سند الخزن (WARRANT) وهو صك يمثل البضاعة ويمكن عن طريق تحويله للغير بيع هذه البضاعة أو رهنها دون نقلها فهذه السندات قابلة للتداول طبقا لنص المادة 543 مكرر 07 من التقنين التجاري الجزائري [1] ص87 .

ويلحق بالمخزن العمومي عادة محل لبيع البضاعة بالمزاد في حالة عدم وفاء صاحبها بالدين الذي تضمنه في موعد الإستحقاق ، ويعتبر استثمار هذا المحل في البيع بالمزاد عملا تجاريا إذ يقوم المستثمر بالوساطة بين عارضي البضاعة للبيع والراغبين في الشراء هدفه في عمله تحقيق الربح الذي يتمثل عادة في نسبة مئوية من ثمن البيع.

ولا يشترط لاكتساب مشروع استغلال المخازن العمومية الصفة التجارية أن يشمل عدة مخازن ، بل يكفي مخزن واحد رغم ورود العبارة في النص بصيغة الجمع شرط أن يكون هذا المخزن واسعا ومنظما بحيث يلبي حاجات العملاء ويستوي في ذلك أن يكون المخزن العام ملكا لمستثمره أو مستأجرا.

ونشير إلى أن المشرع لم يصب في استعمال مصطلح العمومية وكان الأجدر به أن يستعمل مصطلح العامة وهي المقصودة في هذه الفقرة، بينما مصطلح العمومية يعني أنها ملك للدولة [1] ص87.

2.1.2.1 أنواع المقاولات من حيث حجمها ، موضوعها وملكيتها

نتطرق في الفرع الثاني لأنواع المقاولات التجارية من حيث حجمها سواء الكبرى المتوسطة أو الصغيرة ، ومن حيث موضوعها وحسب طبيعة ملكيتها عمومية أو خاصة .

1.2.1.2.1 من حيث حجمها

نجد المقاولة الكبرى ، المتوسطة والصغيرة وهو تصنيف إقتصادي ، لكن له بالضرورة امتداد قانوني ، فقانون الضرائب لا يفرض على المقاولات الصغرى محاسبة ملائمة لحساب دقيق لأرباحها الصناعية والتجارية الخاضعة للضريبة لهذا فهي تخضع للضريبة بشكل جزافي ، وتوجد علاقات وثيقة بين هذه المقاولات إما أن المقاولات الصغرى تقوم بتمويل المقاولات الكبرى ببعض العناصر أو بأشغال مختصة معينة تدخل في إطار إنتاجها وهو المقاول الفرعي (Sous-traitant) أو تساعد على توزيع سلعها أو منتوجاتها [41] ص 186 .

وعليه فتطبيق عدة قواعد مرتبط بالحدود الكمية سواء تعلقت بعدد الأجراء أو برقم الأعمال فحجم المقاولة إذن يحدد نظامها القانوني فيما يتعلق بقانون العمل ، وأيضا تطبيق قواعد المحاسبة أو الجباية وقواعد الوقاية من صعوبات المقاولات (كوجوب تعيين محافظ حسابات وإجراءات التحذير) وبالنسبة للتسوية القضائية ، وكذا قواعد القانون الداخلي وقانون المنافسة [34] ص 108 .

إذ تعرف المادة الرابعة من القانون رقم 18/01 المؤرخ في 2001/12/12 المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الوارد في الجريدة الرسمية رقم 77 المؤرخة في 15ديسمبر 2001 المؤسسة الصغيرة والمتوسطة - مهما كانت طبيعتها- أنها مؤسسة إنتاج السلع و/أو الخدمات ، تشغل من شخص إلى 250 شخص ولا يتجاوز رقم أعمالها السنوي ملياري دينار أو لايتجاوز مجموع حصيلتها السنوية خمسمائة مليون دينار، وتستوفي معايير الإستقلالية أي لا تمتلك رأسمالها بمقدار 25% فما أكثر مؤسسة أو مجموعة مؤسسات أخرى لا ينطبق عليها تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة .

كما تعرف المؤسسة المتوسطة حسب نص المادة الخامسة من القانون رقم 18/01 أنها مؤسسة تشغل ما بين 50 إلى 250 شخص ويكون رقم أعمالها ما بين مائتي مليون وملياري دينار أو يكون مجموع حصيلتها السنوية ما بين مائة وخمسمائة مليون دينار.

أما المؤسسة الصغيرة فقد عرفتها المادة السادسة من القانون السابق ذكره بأنها مؤسسة تشغل ما بين 10 إلى 49 شخص ولا يتجاوز رقم أعمالها السنوي مائتي مليون دينار أو لا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوي مائة مليون دينار.

وفي تصريح للسيد وزير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة كشف عن ارتفاع عدد المؤسسات الصغيرة والمتوسطة إلى 455 ألف مؤسسة حسب إحصائيات نهاية سنة 2009 إلى جانب وجود 170 ألف نشاط حرفي [27] ص05.

2.2.1.2.1 من حيث موضوعها

تصنف المقاولات من حيث موضوعها إلى مقاولات تجارية ومقاولات مدنية تتمثل أهمية التمييز بينهما في الإختصاص ، فالمحاكم التجارية مختصة بالنسبة للمقاولات التجارية و المحاكم المدنية بالنسبة للمقاولات غير التجارية ، واستثناء المحاكم الإدارية في حالة المقاولات العمومية إذا كان النزاع يتعلق بالقانون العام.

كما تكمن في أساس الحق، أي تطبيق نصوص مختلفة وإن كانت متماثلة فالقواعد المتعلقة بالمحل التجاري وبالملكية التجارية لا تعني سوى التجار ، فالفرد المقاول المدني لا يخضع للإجراءات الجماعية للتسوية على خلاف التاجر الذي يقيد في السجل التجاري وينتسب لنظام خاص للضمان الإجتماعي ويتبنى شكلا تجاريا لممارسة نشاطه [33] ص 147 ، و تعد المقاولات المتعلقة بالقطاع الفلاحي الحرفي والمهن الحرة المقاولات المدنية الرئيسية :

أ-الفلاحون : رؤساء المقاولات الفلاحون (مزارعون أو مالكون مستثمرون) ليسوا تجارا ويختلف الأمر إذا لم يقم الفلاح ببيع منتوجاته مباشرة ، بل يقوم بتحويلها وتحضيرها في إطار مقاولته وبالأحرى إذا اشترى المنتجات من عند فلاحين آخرين لتحويلها مع منتجاته يصبح إذن تاجرا.

ب- أعضاء المهن الحرة : أعضاء المهن الحرة يقدمون خدمة مختصة وغير متكررة للزبون كالطبيب الموثق ، المحامي....إلخ ويمكن أن يصبحوا تجارا إذا قاموا بتصرفات تخالف أخلاقيات المهنة كالموثق الذي يشغل لصالحه أموال زبائنه فيصبح مصرفيا في الواقع .

ج- الحرفيون : يختلفون عن التجار في كونهم يقومون بالتصرفات شخصيا وبعملهم الخاص أو يستعينون بأموالهم أو ببعض الأجراء ، كالخباز والبناء ، فهم يعيشون بعملهم اليدوي وليس بالمضاربة ، كما أنه مبدئيا لا يفرض أي تأهيل مهني على التاجر إذ أنه ليس إلا مضاربا يبحث عن تحقيق رقم أعمال مهم لمضاعفة أرباحه عكس الحرفي الذي لديه مهارة ضرورية لعمل ذو جودة.

وقد نص المرسوم التنفيذي رقم 99/97 المؤرخ في 1997/03/29 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لتعاونية الصناعة التقليدية والحرف الوارد في الجريدة الرسمية رقم 18 الصادرة بتاريخ 30 مارس 1997 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 112/02 المؤرخ في 2002/04/03 في الفرع الرابع من الباب السابع على مقاولة الصناعة التقليدية والحرف وقسمها إلى مقاولة الصناعة التقليدية والمقاولة الحرفية لإنتاج المواد والخدمات ، وتلت هذا المرسوم مراسيم تنفيذية أخرى تحدد كيفيات تطبيق نصوصه.

مما سبق نخلص أن الحرفي لديه مقاولة بحجم صغير ويجب الإعتراف أن المعايير التي اتخذها القضاء لتعريف الحرفي تحتاج لإعادة النظر ، فكيف نفسر أن بائع التوابل في القرية يعد تاجرا بينما النجار الذي يستعمل عدة عمال في إطار مقاولة مجهزة بوسائل حديثة ليس تاجرا؟ [32]ص125-126.

3.2.1.2.1 من حيث ملكيتها

1.3.2.1.2.1 المقاولات العمومية

هي تلك المقاولات التي تمول وتدار من قبل الهيئات الحكومية وتحتل مواقع مهمة ومتقدمة في الإقتصاد الوطني ، خاصة في المراحل الأولى للنمو والتطور الإقتصادي لاسيما في مجال النشاطات الحيوية ، ولا تأخذ شكلا واحدا فأحيانا تبحث عن الربح في الخدمات الصناعية والتجارية ، وفي حالات أخرى تبحث عن التوازن المالي.

وهناك المقاولات المشتركة التي تمول برأسمال مشترك بين القطاع العام والقطاع الخاص عادة تملك الدولة نسبة51 % منها والقطاع الخاص 49 % ، تدار بشكل مشترك لكن مع بعض التدخل من قبل الحكومة لتحقيق الأهداف الإقتصادية والإجتماعية للبلد ويتم ذلك في المشاريع الحيوية التي تمس الإقتصاد القومي بشكل كبير كالصناعات الإستخراجية أو الكهرباء ، الماء ، الموانئ ، الخطوط الحديدية البريد والإتصالات الصناعات الحربية.....إلخ [16] ص 34.

وتعرف المادة الثانية من الأمر رقم 04/01 - المؤرخ في 2001/08/20 الوارد في الجريدة الرسمية رقم 47 الصادرة بتاريخ :22 أوت 2001 - المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخوصصتها أنها شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأس المال الإجتماعي بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، وهي تخضع للقانون العام.

وتخضع الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقاتها مع الدولة ، وتعد تاجرة في علاقاتها مع الغير وتخضع لقواعد القانون التجاري ويكون لها في حياتها ذمة متميزة وميزانية خاصة طبقا للأحكام القانونية والتنظيمية المطبقة في هذا الشأن ، وهذا ما نصت عليه

المادة 45 من القانون رقم:01/88 المؤرخ في: 12جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية الصادر في الجريدة الرسمية رقم 02 الصادرة في 13 جانفي 1988.

كما توجد المقاولات الدولية التي يتكون رأسمالها من مساهمات عدة دول تربطها مصالح مشتركة تفرضها البيئة الجغرافية أو التوزيع الجغرافي للموارد الطبيعية والأسواق المستهلكة لها ، ولتعاون هذه الدول مع بعضها ضرورات اقتصادية واجتماعية وبيئية وفي نفس الوقت فوائد كبيرة تعود على الإقتصاد القومي لكل من هذه الدول كسد الوحدة بين سوريا و الأردن ، و الخط الحديدي الحجازي [16] ص34 .

2.3.2.1.2.1 المقاولات الخاصة : نميز بين المقاولات الفردية والشركات.

1.2.3.2.1.2.1 المقاولات الفردية

هي تلك المشروعات التي تمتلك وتدار من قبل شخص واحد يعد الممول أو المدير و المسؤول الأول والأخير عن نشاط المقاولة من تمويل وإدارة وإنتاج وتوزيع ، يجني وحده الربح ويتحمل الخسارة.

هذا النوع من المقاولات هو الأكثر بساطة في مجال الأعمال ويتصف برأسمال محدد وإجراءات قانونية بسيطة عند الإنشاء وبسهولة اتخاذ القرارات ، ويعاب عليه ضعف نموه لصغر حجم رأس المال ، وتحمل صاحبه المسؤولية الكاملة غير المحدودة [16] ص31 ، بما أنه للشخص ذمة مالية واحدة ينفذ حتى على أموال المقاول الشخصية لتسديد ديون المقاولة ، إلا أن القانون الأنجلوسكسوني (ألمانيا مثلا) يأخذ بذمة التخصيص ، أي أن للمقاول ذمته الشخصية وذمة مخصصة للمقاولة ، وهذا [29] ص114 ما نتمنى أن يتبناه الفقه الفرنسي (نظرية ذمة التخصيص) وعلى إثره التشريعات العربية.

وللمقاولة الفردية عدة إيجابيات منها:

- أنها الشكل الأكثر استعمالا لممارسة التجارة.
- طرق تأسيسها بسيطة وأقل تكلفة.
- لصاحبها حرية كاملة في التسيير.
- نظامها الجبائي بسيط.

- تمنح مرونة في التسيير.

ويعتبر المالك المدير للمشروع الفردي المسؤول الأول والأخير عن ديون المشروع ويمكنه الحصول على قروض أو ائتمان من البنوك لتمويل مشروعه بضمان المشروع نفسه كما يستطيع المقاول الفردي ترك هذه الأعمال بالتصفية بأقل قدر من الخسائر والمشاكل القانونية [15] ص29 .

1.1.2.3.2.1.2.1 المقاولة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة

هي مقاولة فردية لا تتداخل فيها الشخصية القانونية والذمة المالية بتلك الخاصة بالمالك ، فالمقاول يصرح برأسمال مخصص للمقاولة أدناه مائة ألف دينار حسب نص المادة 566 من القانون التجاري الجزائري يمكن أن يكون نقديا أو عينيا ، وللمقاولة شخصية قانونية مستقلة عن مالكها تعرف باسمها التجاري ومقرها الإجتماعي ، ومسؤولية المقاول محددة بقيمة رأس المال المصرح به ، وتسير هذه المقاولة من طرف المالك أو من طرف الغير [40] ص81-82.

2.2.3.2.1.2.1 الشركات التجارية

قد تكون المقاولة شخصا معنويا فتتخذ الشركة إطارا قانونيا لها وتنقسم إلى أربع أصناف: شركات التضامن ، شركات المساهمة ، شركات المسؤولية المحدودة وشركات التوصية.

1.2.2.3.2.1.2.1 شركة التضامن

تتشكل من شريكين على الأقل ، لم يحدد القانون التجاري رأسمالها الإجتماعي ويعد شخص الشريك مهما ، فالغير يتعاقد مع هذا النوع من الشركات مع أخذ شخصية الشركاء بعين الإعتبار ، لهذا يصف رجال القانون شركة التضامن أنها شركة أشخاص .

لشركة التضامن شخصية قانونية مختلفة عن شخصية الشركاء ، ذمتها المالية لا تتداخل وذمة المؤسسيين لها ، بالمقابل أموال كل واحد منهم تشكل ضمانا للدائنين ، فكل شريك مسؤول في حدود حصصه والشركاء مسؤولون بالتضامن وبلا حدود.

2.2.2.3.2.1.2.1 شركة المساهمة

تتشكل من تسع أشخاص على الأقل حسبما ورد في نص المادة 592 من القانون التجاري الجزائري رأس المال الإجتماعي هو الضمان الوحيد للغير ، لا يمكن أن يكون أقل من خمس ملايين دينار وهذا ما نصت عليه المادة 594 ، وليس لأي شخص التمسك بشخصية الشركاء ولا أيضا المسيرين ليبرر التزامه مع الشركة [40] ص82 فالشركاء ليسوا مسؤولين سوى عن حصصهم فإذا قامت الشركة بصفقة فاشلة لا يخسرون إلا حصصهم ، كل مساهم يتلقى جزءا من الربح يسمى مقسوم " DIVIDENCE " يشارك في تسيير الشركة أثناء الجمعية العامة للمساهمين ، حقه في التصويت يتناسب و عدد الأسهم التي يملكها (كل سهم يعادل صوت واحد) وهي قابلة للبيع أو التنازل حتى للغير دون الشركاء [48] ص242 وهذا ما نصت عليه المادة 603 من القانون التجاري الجزائري.

ينتخب مجلس الإدارة من بين أعضاء الجمعية العامة للمساهمين ، يسير الشركة وينتخب بدوره رئيس مجلس الإدارة وهو المدير العام غالبا (PDG) .

هيئات شركة المساهمة حسبما ورد في المواد 610 ، 674 ، 675 من القانون التجاري الجزائري هي الجمعية العامة العادية (AGO) والجمعية العامة غير العادية (AGE) ومجلس الإدارة الذي يتكون من 3 إلى 12 عضوا والرئيس المدير العام ويساعده مدير عام .

تنعقد الجمعية العامة العادية مرة في السنة باستدعاء من الرئيس المدير العام لمراقبة الحسابات وتقرير توزيع الأرباح ، الجمعية العامة غير العادية تجتمع باستدعاء الرئيس المدير العام كلما دعت الضرورة لذلك من أجل تعديل القانون الأساسي وتعين الجمعية العامة العادية للمساهمين محافظ أو مندوب حسابات أو أكثر لمراقبة حسابات الشركةلمدة ثلاث سنوات حسب نص المادة 715 مكرر 4 من القانون التجاري الجزائري .

3.2.2.3.2.1.2.1 الشركة ذات المسؤولية المحدودة

القانون الأساسي للشركة ذات المسؤولية المحدودة قانون هجين ، فهي تقدم ميزات شركة المساهمة وميزات شركة الأشخاص ولا تجتمع فيها كل الشروط لتصنيفها في هذه الشركة أو تلك [48] ص243 ، والقانون التجاري ينظمها بشكل خاص ، فالشركة ذات المسؤولية المحدودة هي عادة شركة عائلية يؤسسها شخصين على الأقل وثلاثون شخص على الأكثر، يقدم الشركاء حصصهم نقدية أو عينة هذه الحصص تشكل رأس المال الذي لا يقل عن مائة ألف دينار ، وهذا ما ورد في المادة 566 من القانون التجاري الجزائري وكل شريك يمنح حصصا إجتماعية في القانون الأساسي مقابل حصته وكل حصة تمنحه الحق في صوت واحد في جمعيات الشركاء ونصيب في توزيع الأرباح أو المشاركة في الخسائر ولا يتحمل المساهمون الخسائر في الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلا في حدود ما قدموه من حصص وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ : 03 مارس 1990 في الملف رقم 242 . 68 [28] ص21.

الحصص الإجتماعية قابلة للبيع أو التنازل بين الشركاء أو الورثة ولبيع حصة لشخص أجنبي عن الشركة تجب موافقة بقية الشركاء حسب نص المادتين 570 و571 من القانون التجاري الجزائري .

هيئات الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي الجمعية العامة العادية،الجمعية العامة غير العادية والمسير الذي يمثل الشركة يعينه الشركاء حسب الشروط المحددة في القوانين الأساسية كما يمكنهم تعيين عدة مسيرين.

الجمعية العامة العادية تجتمع مرة في السنة باستدعاء من المسير لمراقبة الحسابات وتقرير الأرباح أما الجمعية العامة غير العادية فتجتمع باستدعاء من المسير كلما دعت الضرورة لتعديل القانون الأساسي [40] ص83 .

4.2.2.3.2.1.2.1 شركة التوصية البسيطة

هذا الشكل من الشركات نادر جدا فهي تقدم خصائص شركة المساهمة وخصائص شركة الأشخاص ، تنطبق عليها أحكام شركة التضامن مع مراعاة القواعد المنصوص عليها في المواد من 563 مكرر إلى 563 مكرر10 من القانون التجاري الجزائري ، تتكون من نوعين من الشركاء :

- تماثل شركاء شركة الأسهم (Les Commanditès)
- تماثل شركاء شركة الأشخاص (Les Commanditaires) [40] ص84 .

5.2.2.3.2.1.2.1 تجميعات المقاولات (Les Regroupements desEntreprises)

نصت عليها المواد من 799 إلى 799 مكرر4 من القانون التجاري الجزائري ، إذ يمكن أن تؤسس دون رأسمال كما تتمتع بالشخصية المعنوية والأهلية التامة ابتداء من تاريخ تسجيلها في السجل التجاري ويحدد العقد الخاضع للإشهار القانوني شروط التجمع وموضوعه .

6.2.2.3.2.1.2.1 الإشتراكات أو المشاركات (Les Participations)

الشركات يمكن أن ترتبط بالإشتراكات وعليه يمكن أن يكون المساهمون ليسوا فقط أشخاصا طبيعيين بل أيضا شركات أخرى ، ونسمي اشتراكا لشركة في أخرى حيازة عدد من الأسهم للأولى في الثانية كما يمكن أن يكون الإشتراك من الجهتين إذ تملك الشركة "أ" إشتراكا في الشركة "ب" كما تملك "ب" إشتراكا في "أ" ولما يفوق اشتراك "أ" في رأسمال "ب" 50% تسمى "ب" شركة فرعية ل "أ" (Filiale) .

وعندما ترتبط عدة شركات من خلال الإشتراكات يمكن أن تؤسس مجموعة (groupe) تشكل من جملة شركات ، الشركة الأم والشركات الفرعية حيث تضمن الشركة الأم إدارة المجموعة وإذا لم يكن لهذه الأخيرة نشاطا منتجا خاصا بها وتكتفي بحيازة وتسيير اشتراكاتها في شركات أخرى تسمى (Holding) [48] ص 243 والهولدينغ هي مؤسسة توظيف أسهم وسندات تشرف على إدارة أعمال عدة شركات 53 ص590 .

7.2.2.3.2.1.2.1 التجميع (La Concentration)

يكمن في الإرتفاع المنتظم لحجم المقاولات بينما الكارتل (Le Cartel) أو إتحاد المنتجين هو اتحاد أوتحالف منتجين غايته الحيلولة دون هبوط الأسعار وحفظها على مستوى معين ويعد اتفاقا بين منتجين يحتفظون بفرديتهم [48] ص243 .

(Le Trust) أو الإتحاد الإحتكاري يجمع تحت إدارة واحدة مجموعة مقاولات تمارس أثرا مهيمنا على قطاع أو جزء من الإقتصاد (الإدارة تؤمنها عادة شركة هولدينغ تدعى أحيانا شركة مساهمة أو شركة أوراق مالية (Sociéte Portfeuille) .

عندما تجمع مقاولة عدة منشآت للإنتاج (ورشات ، مصانع) في وحدة إنتاج بغرض الإستفادة من الإقتصاد الموسع فنحن بصدد تجميع تقني (Concentration Technique) ويسمى التجميع ماليا (Concentration Financière) لما نشرع في إعادة جمع مقاولات كانت مستقلة ، وقد يتعلق الأمر بالإندماج (Fusion) لما مقاولة "أ" و"ب" تزولان لصالح مقاولة "ج" ، أوالإمتصاص (Absorption) عندما"ب"تزول بالإمتصاص داخل "أ".

و عليه نميز بين ثلاث أنواع من التجميعات:

- التجميع الأفقي : يجمع مقاولات تنتج نفس النوع من السلع أو تتموقع في نفس الطور من الإنتاج.
-التجميع أو الإندماج العمودي : يعيد جمع مقاولات تتواجد في مراحل تكميلية لسير الإنتاج.
- التكتل (Le Conglomérat) : يعيد جمع مقاولات ذات نشاطات مختلفة تماما هدفه تنويع توظيف الأموال .
- التمييز بين القسم والقطاع يتعلق بإعادة تجمع يتم بنظرات تصنيف أو ترتيب.

القطاع: يعيد جمع المقاولات التي لها نفس النشاط الرئيسي فبعض المقاولات تمارس عدة نشاطات لكن النشاط الرئيسي هو الذي يصلح كمعيار للربط بينها.

القسم : يجمع فئات المقاولات أو المنشآت التي لديها نشاط واحد وتنتج نفس المنتوج [48] ص244.

2.2.1 تكييف الإقتصاد والقانون للمقاولة

نتعرض من خلال هذا المطلب إلى تكييف رجال الإقتصاد للمقاولة باعتبارها النواة الأساسية في البنية الإقتصادية وذلك في الفرع الأول ، ثم نتناول نظرة رجال القانون للمقاولة باعتبارها مفهوم حديث لم يعرف إلا مؤخرا .

1.2.2.1 إعتراف الإقتصاد بالمقاولة

لم يتفق الإقتصاديون على تعريف المقاولة لكن يمكن القول بوجود مفهومين أحدهما واسع والآخر ضيق، لنا أن نعرضهما معا ماداما يتفقان على العنصر الأول ويعتبرونه أساسيا .

إذ تعد المقاولة حسب التعريف المتشدد منظمة إنتاج هدفها تحقيق أكبر ربح ممكن يؤسسها مقاول يملك رأس مال نقدي ويقبل أن يخاطر به،هذه المنظمة تتكون من جمع مختلف عوامل الإنتاج التي يقدمها أشخاص تربطهم بالمقاول عقود مناسبة (شراء ، عقود عمل ، عقد المقاولة....) كما يتصرف المقاول في عتاد منقول أو عقار ، تمويل يد عاملة وعوامل إنتاج بطريقة يستخرج بها منتوج يتناسب وحاجات المستهلك بأقل تكلفة ممكنة [31] ص13 .

فالمقاولة أولا هي حقيقة اقتصادية تظهر في أشكال مختلفة كتجمع دولي للشركات مقاولة كبرى صناعية ، مقاولة عمومية ، مقاولات صغرى ومتوسطة ، مقاولة حرفية تجارة بالتجزئة ، مقاولة فلاحية ، مهنة حرة ، تعاونية ، جمعية ..إلخ.

بالنسبة للإقتصاديين المقاولة تشكل - حسب هذا التنوع غير العادي للأشكال والإمكانيات - مفهوم هام في علم الإقتصاد الذي يدرسها خاصة من زاويتين ، الأولى كوحدة إنتاج سلع أو خدمات ، وعليه تعتبر عونا إقتصاديا يتدخل في السوق ويقوم بمبادلات مع مقاولات أخرى أو مع المستهلكين.

والزاوية الثانية المقاولة كتنظيم إجتماعي معقد ، وعليه فالمقاولة تتألف من ثلاث عناصر هي مجموعة وسائل إنتاج،تنظيم ونشاط إقتصادي يتميز بالإستقلالية والإعتياد أو التكرار [38] ص179 وهي تنظيم موضوعه القدرة على الإنتاج ، المبادلة أو دوران الأموال أو الخدمات.

هذا التعريف يشير طبعا للنشاطات الصناعية والتجارية ويمكن أيضا أن يعني قطاعات إقتصادية أخرى المفروض أنها مطروحة في قواعد القانون التجاري سواء النشاطات اليدوية للحرفيين أو للفلاحين أو النشاطات الفكرية للمهن الحرة ، سواء مورست هذه النشاطات بنية الربح أو بغرض مترفع عن الكسب ما دام النشاط الإقتصادي معتاد فممارسته في إطار المقاولة تفرض إجتماع عنصرين مؤسسين : أولهما : إجتماع جملة عناصر إنتاج بشرية ، مالية ومادية ،كما يمكن أن تكون المقاولة دون أجراء وتقتصر على رئيس المقاولة ، ويفترض في المقاولة أيضا إجتماع جملة إمكانيات مادية تتشكل من أموال منقولة أو عقارات مادية أو معنوية كما تتشكل المقاولة من رؤوس أموال ملك للمقاولة أو مساعدة مالية بموافقة مؤسسات القرض [34] ص105 .

ثانيهما : ممارسة المقاولة لنشاط إقتصادي في إطار منظم وتظهر في أبسط أشكالها لما تتكون من شخص واحد لكن الحالة الأكثر وقوعا لما تضم مجموعة أشخاص ، أين يمكن التفرقة بين المكلفين بإدارة المقاولة على أولئك المكلفين بتجسيد نشاطها [34] ص106.

وعليه فالمقاولة ليست فقط خلية اقتصادية بل أيضا خلية اجتماعية لأن العنصر الإنساني لم يعد فقط عامل إنتاج ، فالمقاولة تضم مصالح مشتركة لأن أعضاءها لديهم غرض مهم وهو حياة المقاولة وجعلها تحقق هدفها فهي أيضا مركز لمصالح مختلفة فالإدارة تريد أقصى استثمار ممكن ، صاحب الحصص في الشركة يريد الأرباح الأجير يتمنى الربح المنظم والمرتفع، الدولة تبحث عن أقصى اقتطاع للضرائب أو عن توجيه النشاط الإقتصادي في وجهة توافق سياستها ، ودور رئيس المقاولة هو تسيير أعمالها بطريقة إيجابية رغم هذه المصالح المتعارضة.

كما قد تجزأ المقاولة أحيانا إلى عناصر تساهم في نشاطها تدعى المؤسسة (L'établissement) وهي وحدة إنتاج تضم إمكانيات تقنية وبشرية تقوم بنفس العمل وفي نفس المكان وتخضع لإدارة تقنية مشتركة ، فأغلبية المقاولات الكبرى تملك عدة مصانع عبر القطر الوطني

هذه المؤسسات تسمى فروعها (Succursales) أو وكالات (Agence) عندما يكون النشاط محددا إقليميا كما هو الحال في التجارة خاصة البنوك [35] ص81-82.

وكلمة مقاولة لم ترتبط بالنشاطات الإقتصادية إلا حديثا خصوصا بمعنى العمل ثم تطورت في القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين لتمثل تشغيل رؤوس الأموال واليد العاملة ، بهدف إنتاج السلع أو الخدمات لكن كان يجب الإنتظار لغاية القرن العشرين لتأخذ المعنى المؤسساتي الحالي ويطلق عليها التصور الحقيقي ثم تصبح مفهوما ، وبالفعل لغاية أزمة الثلاثينيات اهتم الإقتصاديون بعرض السلع والخدمات بشروط التوازن العام وبالعلاجات الممكنة للأزمات الإقتصادية وشارك في ذلك كل الأطراف على الإطلاق ومنذ أعمال رونالدكوز (Ronald Coase) سنة 1937 ، أخذوا بعين الإعتبار فعلا هذا النظام الإقتصادي المصغر الذي أنتجه الإقتصاد الحر- اليد الظاهرة للمقاول تحل محل اليد الخفية للسوق – [57] ص701 .

2.2.2.1 عدم اعتراف القانون بالمقاولة

أما بالنسبة للقانون فالمقاولة مفهوم حديث لم يظهر إلا مؤخرا وإذا كان المفهوم حديثا فكلمة مقاولة قديمة لا سيما أن المعنى الذي منح لها قديما ، ليس نفسه المعروف اليوم إذ نجده منذ سنة 1804 في المادة 1798 من القانون المدني الفرنسي التي تتضمن عقد المقاولة ومنذ عام1807 في المادة 632 من القانون التجاري بمعنى تجاوزه الزمن إذ استعملت كبديل بسيط لكلمة نشاط بالمعنى الواسع للمصطلح مما يظهر عدم استقرار معناها ، ثم استعمله هذين القانونين للإشارة للمال وليس النشاط [57] ص709.

ويلاحظ أن الإهتمام بدراسة نظرية المشروع في النطاق القانوني اهتمام حديث في الفقه الفرنسي، لكن الفقه الإيطالي خصص له بحوثا خاصة لا سيما أن المجموعة المدنية الإيطالية الصادرة سنة 1942 قد أفردت مكان كبيرا للتنظيم القانوني للمشروع كما اهتم الفقه الألماني منذ فترة بفكرة المشروع وكرس لها دراسات معمقة [22] ص32.

فلدى رجال القانون ظهر هذا المفهوم متأخرا فقد تدخل القانون غالبا من الناحية الإقتصادية إما لتكريس المقاولة أو تأطيرها أو تحديد نطاقها ، وقد أخذ بعين الإعتبار لدى رجال القانون منذ خمسين

سنة تقريبا من أجل حصر شكلها والتفرقة بين أنواعها ودراسة تنظيمها وإصلاحها فهي اليوم موضوع دراسات كثيرة في شكل مؤلفات ورسائل (Des Thèses) [57] ص 710.

في الواقع مفهوم المقاولة ولد نتيجة صيغة لغوية تأثر بها المشرع ، ففكرة الحركية والتجديد التي نقلتها هذه الكلمة أثارت شغف وازدهار النصوص بميل طبيعي لها.

ورغم أن معناهالم يحدد إلا أنه استعمل للإشارة لمنظمة جماعة إطارات وأجراء مجتمعون تحت سلطة رب عمل واحد، ثم استعان به القانون التجاري لتعيين البنية من أجل التفرقة بين المقاولات الفردية والمقاولات الجماعية ثم استعمل في سياق خاص بالتجميع الإقتصادي للإشارة للتجمع في حد ذاته وليس للعناصر المكونة له.

المشرع الحديث استعمل هذا التعبير في عدة قواعد تتعلق بأنظمة مختلفة كالقانون المدني القانون التجاري ، قانون العمل ، القانون الجبائي والقانون الجنائي ،كما يستعمل اليوم في مجالات متعددة كنظام التجار، نظرية المحل التجاري ، النظام الذي يحمي الإيجارات التجارية ، نظام الشركات ، العلاقات بين المستخدمين والأجراء ، رقابة المؤسسات المنافية للمنافسة ، الجبائية ، دون الإنشغال بمنح هذا المفهوم محتوى محدد.

وعليه فتعريف المقاولة أصبح يوما بعد يوم أكثر ضرورة رغم أنه ليس أمرا سهلا على الإطلاق إذ منذ سنة 1956 أعلنت رسالة M.Despax "L'entreprise et le Droit " - وهي رسالة (مذكرة) بارزة - عن ميلاد المقاولة في القانون فالجهود في هذا المجال عديدة ولكن النتائج غير دقيقة [57] ص711 ففي الواقع التعريف القانوني للمقاولة يصطدم بصعوبتين:

<u>الأولى</u>: أن الأحكام القانونية أوالتنظيمية تتطرق فقط لأحد مظاهرها وتتناولها في شكلها الإجمالي فمثلا قانون العمل يتناول أجراء المقاولة ، قانون المنافسة نشاطها التجاري ....إلخ .

<u>الثانية</u>: إن هذا التصور ينطبق على عدة حالات مختلفة فالمقاولة تشير لحقائق متعددة كالتاجر أو المنتج البسيط أو لمجموعة صناعية كبرى دولية مرورا بالمقاولات العمومية أو المؤممة [57] ص712.

في القانون التجاري كلمة مقاولة تعني المهنة وهو مفهوم يختلف تماما عن ذلك المعترف به اليوم وفي الإصلاحات الكبرى النابليونية التي تلت الثورة انشغلت الأذهان بالفرد فالقانون المدني لم يأخذ بعين الإعتبار الأسرة كما هي ، وبنفس الشكل القانون التجاري لم يعرف المقاولة فهي إذن مفهوم حديث لم يتم استعماله فعليا في أسلوب اللغة العصرية إلا منذ ثلاثين سنة [47] ص39.

1.2.2.2.1 توهم الشخصية القانونية للمقاولة

يتم النشاط الإقتصادي من خلال المشروع الفردي أو المشروع الجماعي ، ولكليهما ذمة مالية مستقلة ليست إلا انعكاسا لشخصيته القانونية طبيعية كانت أومعنوية وهي التجسيد القانوني للمشروع ليحي حياة قانونية فيكون صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات في سبيل تحقيق النشاط الإقتصادي وحماية مصالحه المشروعة [2] ص28 .

ويتميز المشروع بتوازن مزدوج ، الأول داخلي بين مصالح العاملين فيه التي يجب أن تتضافر نحو إنتاج أفضل، والثاني خارجي يتمثل في علاقة المشروع بالأسواق ، لهذا أصبح المشروع بتنظيمه المركب على حد قول الأستاذ ديباكس " لا يجوز أن يعود إلى مفاهيم قانونية تقليدية بل يجب أن يكون موضوع قانون حديث ".

و قد أضحى المشروع كائنا قانونيا جديدا فرض نفسه على الواقع الإقتصادي مما دفع المشرعين إلى حماية مصلحته باعتبارها مصلحة إجتماعية وباعتبار المشروع أحد الأشخاص المخاطبين بأحكام القانون (Sujet de Droit) يكتسب الحقوق ويتحمل الإلتزامات [2] ص30 .

وعليه نستطيع اعتبار المشروع فرديا كان أو جماعيا الشخص المخاطب بقواعد المنافسة يلتزم بها ، وتجب له حمايتها ويحترم آدابها بغض النظر عن كونه ذي شخصية معنوية أو كونه فرديا لا يتمتع بها ، على الرغم من الجدل الفقهي الذي ثار حول ضرورة كون المشروع تلزمه شخصية معنوية مستقلة عن شخصية صاحبة ، فأنصار الشخصية المعنوية للمشروع يرون أنها عنصر جوهري في المشروع إذ لا تقوم فكرة المشروع ولا تحدد إلا بها وبالذمة المالية المخصصة له.

ويرى هؤلاء أنه لا يكف أن يكون للمشروع ذمة مالية مملوكة لأصحابه ومخصصة لنشاطه الإقتصادي بل يجب أن يمنح الشخصية المعنوية المستقلة التي تقتضيها ضرورات اقتصادية وقانونية واعتبارات سياسية وعملية ، لذلك استقر مصطلح مشروع في وجدان المشرع حيث يتطابق مفهوم المشروع مع مفهوم الشخص الطبيعي أو المعنوي 2 ص31 ، كذلك فإن نظرية المشروع استقرت فقها منذ وقت طويل وأول من عرضها الفقيه ENDEMANN وتبناها الفقهاء MOMSES,VALERY,MOSSA,RIPERT,DURAND فالمشروع في نظرهم عبارة عن منظمة اقتصادية مستقلة عن الذمة المالية للتاجر أو الشركة وله وجود ذاتي ، وقد تتحول العناصر البشرية في المشروع لتصبح عضوا فيه ويكون صاحب المشروع على حد تعبير الأستاذ VALERY في مركز مماثل لمركز المستخدم الأول :

« L'entrepreneur est dans une situation analogue a celle d'un premier employé »

وهكذا أصبح الفقه في مجموعة يؤيد وجود الشخصية القانونية للمشروع التي تقوم على مبدأ وحدة الذمة المالية واستقلالها [2] ص32 .

وعلى الرغم من عدم الإعتراف للمقاولة بصفة الشخص المعنوي فقد حاول رجال القانون حصر وجودها القانوني من خلال مظاهرها الخارجية ووسائلها المستعملة لسير نشاطها ، كما حاولوا أيضا فهم المعنى القانوني للمقاولة من خلال القانون الجبائي ما دامت تعتبر أساسا لفرض الرسوم والضرائب مما يمنحها صفة الكيان القانوني المستقل عن المقاول.

كما لجأ قانون العمل إلى مفهوم المقاولة أين يجري الفقه التحليل الأكثر كمالا حول نظرية المؤسسة لأنها تحتوي على العنصر البشري وهنا يظهر في الوقت ذاته المحتوى الإيديولوجي لمفهوم المقاولة [46] ص115.

وعليه فتصنيف المقاولة يبدو أنه أصعب في نظام مشتق من "Summa Division" الذي يفرق بين الأشخاص والأموال ، الأشخاص والمواضيع ، فالمقاولة لحد الساعة لا تستطيع أن تشبه الشخص القانوني حتى وإن كان البعض يقدرون أنها شخص قانوني حديث النشأة لأنها لا تملك الشخصية المعنوية

ولا يمكن أن تكون موضوع قانوني (Objet de Droit) لأن بعض العناصر المكونة لها كالمستخدمين لا يمكن التنازل عنها ولا أن يسيرها القانون المشترك للأموال [57] ص712.

1.1.2.2.2.1 الغياب الفعلي للشخصية(La Personnalité)

بالنسبة لبعض هذه الأحكام يتعلق الأمر بداهة بمختصرات سهلة و بالنسبة للبعض الآخر يتعلق بعمل فنيين دون اختصاصات قانونية فعلية ، إذ هناك أخطاء قانونية حقيقية لأن المقاولة في الحقيقة ليس لها أي شخصية معنوية ، ليس لديها لا حقوق و لا التزامات و لا تملك أي ذمة مالية ، لم تكن أبدا لا دائنة و لا مدينة لمن تسميهم النصوص بصرامة قانونية ، عملائها مموليها أو أجرائها [57] ص714 في الواقع، المقاولة لا تملك شخصية قانونية لكن تستعيرها من الهيكل القانوني الذي تستند إليه فتسمح لها بإبرام العقود و بالتصرف في الأموال الضرورية لإنجاز نشاطها، ويبقى أن هذه الشخصية ليست شخصية المقاولة لكن شخصية الشخص الطبيعي المقاول عند فرضية المقاولة الفردية أو شخصية الشكل القانوني الذي يملك الشخصية المعنوية.

الأكيد أن الشخصية القانونية عندما لا تنتج عن نشأة قانونية يمكنها أن ترى وجودها من خلال اعتراف القاضي فتعود إليه من خلال حقيقة فرضت نفسها و التي له أن يعاينها.

يمكننا أيضا أن نفترض أنه يعود لشركاء المقاولة بأن يعرفوا بأنفسهم مصالحهم الجماعية و فتح الباب للإعتراف بالشخصية المعنوية ، لكن لحد الساعة لم يتم ذلك و مصطلح مصالح المقاولة بقي غير مكتمل فهي لا تشكل حقيقية مجسدة بشكل كاف لكي يستطيع القاضي اليوم أخذها بعين الاعتبار [57] ص715.

أيضا في غياب النشأة القانونية ، المقاولة ليست إذن شخصا قانونيا (Un Sujet de Droit) وفي نظام قانوني يعمل بـSumma Divisio الذي يفرق بين أشخاص ومواضيع القانون يمكننا إذن منطقيا أن نعتقد أن المقاولة هي موضوع من مواضيع القانون (Objet de Droit) غير أن التحليل الكلاسيكي يظهر هنا محدوديته لأن المقاولة ليست من مواضيع القانون [57] ص717 .

2.2.2.2.1 المقاولة ليست موضوعا من مواضيع القانون (الموضوع الوهمي)

بالنظر للقانون الفرنسي للأملاك (Droit des Biens) المقاولة لا تملك ذمة مالية خاصة بها ليست إلا عنصرا من ذمة التاجر وفي سياق هذا التحليل بعض النصوص تقدمها كذلك كموضوع.

من خلال هذه النصوص استمد بعض المؤلفين الإقتراح الذي بموجبه المقاولة إن لم تكن مجموعة واقع على الأقل هي مجموعة أموال قانونية ، كما أن بعض الدراسات انطلاقا من النصوص تؤدي إلى تقديمها كجملة أموال تجمع عناصر الإستغلال (عقود العمل وعقود الإيجار) ، فهي مجموعة لا تتضمن بصورة ظاهرة أي عنصر خصوم فتوصلت لنفس الخلاصة لمحاولة تفرقتها عن مفهوم المحل التجاري [57] ص717 .

بعض المؤلفين لم يتوقفوا هنا ، وفهموا المقاولة كمجموعة حقوق لا تصبح ذمة مستقلة لكن لديها على الأقل قوام مستقل داخل الذمة المالية للمقاول ، وحسب مفهومهم ذمة مالية يمكن أن تحوي عدة مقاولات ، ومثلها مثل الذمة ، المقاولة هي مظهر قابل لاستقبال حقوق ، أموال والتزامات [57] ص 118 .

3.2.2.1 القواعد المشتركة لالتزامات المقاولات التجارية

نتناول بالدراسة في ثالث فرع الإلتزامات التي تشترك فيها مختلف المقاولات المتمثلة في القيد بالسجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية على اختلاف أحجامها وأهدافها .

1.3.2.2.1 القيد في السجل التجاري

لم تظهر ضرورة وجود مؤسسة تسمح بإحصاء التجار إلا بعد الحرب العالمية الأولى ، فالتنظيم المبدئي للتقنين التجاري أسس على زوال كل التنظيمات التعاونية وتبنى التصور الموضوعي للتصرفات التجارية ولم يكن بحاجة لإعداد قائمة المقاولات التجارية أما الإنشغال بالنص على أداة إحصائية للسياسة الإقتصادية فقد ألهم أول قانون بتاريخ 18 مارس 1919 معدل ومتمم لعدة مرات [31] ص 100.

وقد كان السجل التجاري لمدة وجيزة حكرا على التجار إلى غاية سنة 1978 ، إذ ألزمت الشركات بالقيد في السجل التجاري وهو سجل إلزامي رسمي وعمومي ، **إلزامي** : فكل تاجر شخص طبيعي وكل شركة تملك الشخصية المعنوية مطالبون بالقيد في السجل التجاري ، وهو إلزام قانوني معاقب عليه جزائيا ولا يتضمن أي استثناء.

نفس الأشخاص مطالبون بعد ذلك بنشر بعض التصرفات المتعلقة بحياة مقاولاتهم وعليهم شطب أنفسهم عند توقفهم عن النشاط [37] ص191 ، **ورسمي:** لأن من يمسكه هو كاتب ضبط القسم التجاري تحت رقابة القاضي – سابقا - وهو مأمور السجل التجاري –حاليا- بصفته ضابط عمومي ومساعد قضائي ، و**عمومي :** لأن لكل شخص الحصول على المعلومات الموجودة المتعلقة بالسجل التجاري [37] ص 192 .

وبغض النظر عن دوره الجبائي فالقيد في السجل التجاري يمكنه أن يؤدي ثلاثة وظائف وهي : الإعلام **:** إذ يمكن للغير حسب الحالة معاينة السجل أوطلب مستخرج أونسخ من السجل التجاري وفي بعض الحالات يتم النشر في الجريدة أوفي نشرة الإعلانات القانونية ووظيفة **الإثبات :** فالبيانات الواردة في السجل التجاري ترتب آثارها حتى إثبات العكس ما دام لم يتم شطبها فالتوقف عن ممارسة العمل التجاري غير كاف لإعفاء التاجر من التزاماته ، و**الدور التأهيلي :** إذ الأصل أن ممارسة النشاط المهني غير متعلقة بالتسجيل ، فالتاجر غير المقيد في السجل التجاري يمكنه مع ذلك ممارسة تجارته إلا أنه يخضع لالتزامات التاجر دون أن يطالب بامتيازاته لا سيما حق تجديد الإيجار التجاري ، وهذا ما يفسر أن دور السلطات المكلفة بالتسجيل مقتصر عموما على التأكد من تكوين الملف دون سلطة التقدير من حيث الموضوع والإستثناء أن هناك بعض التسجيلات تمنح التأهيل فعدة نشاطات تجارية لا يمكن ممارستها إلا بعد القيد في السجل التجاري كسمسار التأمينات والبائع المتجول ، كما أن التسجيل في جدول النقابة مؤهل بالنسبة للمهن الحرة فالطبيب غير المسجل يمارس نشاطه مرتكبا جنحة الممارسة غير الشرعية للطب ، والتجميعات غير المسجلة (الشركات والتجميعات ذات المنفعة الإقتصادية GIE) أو غير المصرح بها (الجمعيات) لا يمكنها أن تتمتع بالشخصية المعنوية لكن العقد يبقى ملزما للأطراف [33] ص 205 .

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الإلتزام في المواد من 19 إلى 29 من القانون التجاري الجزائري ، إذ تنص المادة 20 فقرة 02 على ما يلي" يلزم بالتسجيل في السجل التجاري كل شخص

طبيعي له صفة التاجر في نظر القانون الجزائري ويمارس أعماله التجارية داخل القطر الجزائري ، وكل شخص معنوي تاجر بالشكل أو يكون موضوعه تجاريا ومقره في الجزائر أو كان له مكتب أو فرع أو أي مؤسسة كانت " كما نص على ذلك القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية الوارد بالجريدة الرسمية في عددها 52 المؤرخ في 18أوت 2004 ، والمرسوم التنفيذي رقم 41/97 المؤرخ في 18 جانفي 1997 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري ، الوارد بالجريدة الرسمية في عددها الخامس المؤرخ في 19 جانفي 1997 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 453/03 المؤرخ في 01 جانفي 2003 الوارد بالجريدة الرسمية في عددها 75 المؤرخ في : 07 ديسمبر 2003.

2.3.2.2.1 مسك الدفاتر التجارية

مسك الحسابات المضبوطة والدقيقة لأموال ومعاملات المقاولة هو أمر ضروري فمن الناحية القانونية يفرضه التقنين التجاري وفي حالة نزاع تعتبر دليلا على التصرفات المبرمة من طرف التاجر كما تسمح بالكشف عن الصعوبات المالية للمقاولة وبإنطلاق إجراءات التحذير التي تسمح بالوقاية من التسوية أو التصفية كما أنها وسيلة تسيير لأنها تعطى صورة مضبوطة عن مردودية وخزينة المقاولة كما أنها ضرورة من الناحية الجبائية لأنها تحدد وعاء الضرائب المختلفة كالضريبة على الأرباح الصناعية والتجارية والضريبة على الشركات ...إلخ .

وإلزام التجار بمسك المحاسبة هو إلزام قديم جدا منذ الأمر المؤرخ سنة 1673 ويتمثل في مسك الدفاتر التالية : دفتر اليومية (Un Livre Journal) الدفتر الكبير (Un Grand Livre) ودفتر الجرد (Livre D'inventaire) هذه المصطلحات تعتبر تقليدية لكنها مهجورة وغير دارج استعمالها وجب ربطها بتقنيات المحاسبة الحديثة .

1.2.3.2.2.1 دفتر اليومية

ببساطة يسجل بترتيب زمني يوما بيوم كل عمليات المقاولة شراء بيع ، دفع ، إقتراض ...الخ [37] ص 208 أويقوم بحوصلة شهرية على الأقل لمجموع هذه العمليات لكن في هذه الحالة التاجر ملزم

بحفظ كل الوثائق التي تسمح بالتأكد من العمليات يوم بيوم ، فقد نصت المادة التاسعة من القانون التجاري الجزائري على أنً كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر لليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقاولة أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يومياً، وفي الواقع كل مقاولة مهما كانت أهميتها لا يمكن أن تعتمد على دفتر يومية واحد ، إذ يجب مسك عدد كبير من الحسابات المختلفة مجتمعة في دفاتر كبيرة، كما أن التطورات الحديثة للكتابة الآلية وللحاسوب ستجعل شيئا فشيئا مصطلح دفتر الحسابات مصطلحا مهجورا [31] ص108 .

2.1.2.3.2.2.1 دفتر الجرد

هو حالة رقمية في وقت معين لكل عناصر الأصول والخصوم (الديون) نصت عليه المادة 10 من القانون التجاري الجزائري بإلزام التاجر أن يجري جردا لعناصر أصول وخصوم مقاولته وأن يقفل كافة حساباته بقصد إعداد الميزانية وحساب النتائج وتنسخ بعد ذلك هذه الميزانية وحساب النتائج في دفتر الجرد.

تحرر الوثائق المحاسبية دون بياض أو شطب أو تغيير كما أن دفاتر اليومية ودفاتر الجرد مرقمة ومؤشرة من طرف كاتب القسم التجاري حسبما نصت عليه المادة 11 من القانون التجاري الجزائري ً يمسك دفتر اليومية ودفتر الجرد بحسب التاريخ وبدون ترك بياض أو تغيير من أي نوع كان أو نقل إلى الهامش ، وترقم صفحات كل من الدفترين ويوقع عليهما من طرف قاضي المحكمة حسب الإجراء المعتادٌ .

في حين أن المحاسبة أصبحت أكثر فأكثر آلية (Informatisé) فالوثائق الآلية يجب أن تكون معرفة مرقمة ومؤرخة منذ صدورها بوسائل تمنح كل الضمانات المتعلقة بالإثبات [37] ص 208 وقد نصت المادة 120 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة بمقتضى المادة 2 مكرر من القانون رقم 11/99 المؤرخ في 1999/12/23المتضمن قانون المالية لسنة 2000 على أن الإدارة تمارس المراقبة مهما كان السند المستعمل للحفاظ على المعلومات ، فإذا كانت المحاسبة ممسوكة

بواسطة أنظمة الإعلام الآلي يمكن أن تنتقل المراقبة على مجمل المعلومات إلى المعطيات والمعالجات التي تساهم بصفة مباشرة أو غير مباشرة في تكوين النتائج المحاسبية أو الجبائية .

3.1.2.3.2.2.1 الحسابات السنوية

نصت عليها المادة 10 مكرر من القانون التجاري الجزائري هي وثائق محاسبة مجملة تحرر في نهاية كل سنة في حالة الشركات النصوص تحددها عموما تحت تسمية الحسابات الإجتماعية وهي ثلاثة

1.3.2.3.2.2.1 الحوصلة المالية أوالميزانية (LeBilan)

تظهر بشكل مفصل عناصر الأصول والخصوم ، فالأصول تتضمن كل أموال المقاولة بما في ذلك ديونها ، أما الخصوم فتطابق المصادر المالية للمقاولة (رأس المال ، المال الإحتياطي ، ديون وأرباح غير موزعة) فمجموع الخصوم يجب أن يعكس في مجمله القيمة الدقيقة للأصول [37] ص 209 وقد نصت المادة 716 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي ًعند قفل كل سنة مالية يضع مجلس الإدارة أو القائمون بالإدارة جردا بمختلف عناصر الأصول والديون الموجودة في ذلك التاريخ ويضعون أيضا حساب النتائج والميزانية وتوضع المستندات المشار إليها في هذه المادة تحت تصرف مندوبي الحسابات خلال الأربعة أشهر على الأكثر التالية لقفل السنة المالية ً ، كما يتم حساب النتائج والميزانية في كل سنة مالية حسب نفس الأشكال ونفس الطرق التقديرية المستعملة في السنين السابقة ، غير أنه في حال عرض تعديل تبت الجمعية العامة في التعديلات المعروضة بعد الإطلاع على الحسابات الموضوعة حسب الأشكال والطرق القديمة والجديدة بناء على تقرير مجلس الإدارة أو القائمين بالإدارة - حسب الحال- وتقرير مندوبي الحسابات وهذا ما ورد في نص المادة 717 من القانون التجاري الجزائري.

2.3.2.3.2.2.1 حساب النتائج (Le Compte de Résultat)

يحوصل منتجات وأعباء السنة المالية (l'exercice) ، فالمنتجات هي أيضا مبيعات وفوائد الأموال الموظفة والأعباء مثلا هي شراء المواد الأولية ، أجور العمال ، ثمن الخدمات ، الضرائب والرسوم .. إلخ والفارق بين المنتجات والأعباء يظهر بعد خصم التجهيز من الإهتلاكات والمال الإحتياطي .

3.3.2.3.2.2.1 الملحق (l'annexe)

هو وثيقة توضيحية تعلق على الوثيقتين السابقتين ويختلف عدد المعلومات المشار إليها في الملحق حسب حجم المقاولة ، فالتجار الأشخاص الطبيعيون مطالبون فقط بأدنى المعلومات كذلك المقاولات الصغرى والمتوسطة [37] ص209 ، أما المقاولات التجارية الكبرى فلديها التزام أكثر اتساعا ، فهي الوحيدة الملزمة بتقديم كل المعلومات المنصوص عليها .

أما بالنسبة للطريقة المحاسبية : فهناك ثلاث مبادئ تحكم تأسيس المحاسبة:

- يجب أن تكون المحاسبة منتظمة : أي مطابقة للقواعد الشرعية الموجودة في القانون التجاري وفي مخطط المحاسبة وهو وثيقة رسمية تعدد قائمة الحسابات وتحدد استعمالها .
- يجب أن تكون المحاسبة جدية : أي مؤسسة على حسن النية بتوظيف المعلومات التي بحوزة محاسب المقاولة.
- يجب أن تعطي المقاولة صورة وفية لواقع المقاولة : هذا يعني أنه على المحاسب أن يعمل على إعطاء الصورة الأقرب للحقيقة [37] ص210 .

وأما عن الإلتزامات الجبائية والإجتماعية فالمقاول يخضع لجميع الضرائب والرسوم والإقتطاعات ذات الطابع الجبائي وشبه الجبائي ولمختلف الإشتراكات في النظام القانوني للضمان الإجتماعي كالصندوق الوطني للضمان الإجتماعي وصندوق الضمان الإجتماعي لغير الأجراء كما أنه ملزم بفتح حساب بنكي [38] ص 30 .

الفصل 2 :
إمكانيات المقاولة وصعوباتها المالية

نتناول من خلال هذا الفصل الإمكانيات التي تقوم عليها المقاولة التجارية نستهلها بمستخدميها على رأسهم المديرين سواء في المقاولة الفردية أو المقاولة الجماعية ونتطرق لنظامهم القانوني سلطاتهم ومسؤوليتهم ، ثم العمال الأجراء وعلاقتهم بالمديرين بعدها الأموال المخصصة للمقاولة من محل تجاري إلى رؤوس أموال سواء رأس المال الإجتماعي أو رؤوس الأموال الخارجية .

وفي الأخير نعهد على دراسة المقاولة في حالة صعوبات نبدؤها بالوقاية من الصعوبات المالية والإجراءات المتخذة لأجل ذلك مع التطرق لمساهمة الدولة ، ثم نبحث في معالجة الصعوبات من خلال التسوية الودية وفي حالة عدم تنفيذها أو فشلها نلجأ للتسوية القضائية .

1.2 إمكانيات المقاولة

ندرس في هذا المبحث الإمكانيات البشرية والمادية للمقاولة التجارية ، نستهلها بالمديرين في المقاولة الفردية والمقاولة الجماعية متطرقين لنظامهم القانوني ، سلطاتهم ومسؤولياتهم ثم العمال الأجراء فالأموال المخصصة للمقاولة من محل تجاري ورأس مال إجتماعي ورؤوس أموال خارجية

1.1.2 مستخدمو المقاولة

نتطرق في هذا المطلب لمستخدمي المقاولة وهم المديرون سواء في المقاولة الفردية أو المقاولة الجماعية ، والعمال الأجراء وهم اليد العاملة التي يقوم عليها النشاط .

1.1.1.2 المديرون

نحاول من خلال هذا الفرع دراسة النظام القانوني للمديرين وسلطاتهم وعلاقتهم بالعمال الأجراء ومع الغير .

1.1.1.1.2 المديرون في المقاولة الفردية

يعين المدير بمفرده بمجرد أنه أنشأ المقاولة التي تعتبر ماله الشخصي ، فهو شخص طبيعي يدعى رئيس المقاولة أو رب العمل ، يمارس سلطته في إطار القانون دون رقابة ويعتبر مسؤولا عن كل أمواله بما فيها الأموال غير المخصصة للمقاولة ، إلا في حالة المقاولة ذات الشخص الوحيد [33] ص209 .

2.1.1.1.2 المديرون في المقاولة الجماعية

المديرون حسب الحالة هم مسيرون ، إداريون أو مدراء ، يمكنهم التسيير إما بصفة فردية أو في ظل هيئة جماعية (مجلس الإدارة ، المديرية) ويفترض أن يختار المديرون من طرف أعضاء المجموعة ، إما في القانون الأساسي أو دونه حسب الصيغة :

- بالإجماع: في شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة أو بالأغلبية في تجميعات أخرى.
- مباشرة عن طريق الجمعية العامة أو بعد الإختيار من طرف الأعضاء ، أما مديرو المقاولات العمومية فتعينهم السلطات العمومية.
- يمكن أن يكون المدير شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا ممثلا من طرف شخص طبيعي واستثناء مسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، رئيس مجلس إدارة شركة الأسهم وأعضاء المديرية لا يمكن أن يكونوا أشخاصا معنويين .

وليس من الضروري أن يختار المدير من بين أعضاء التجميع ، يمكن أن يكون من الغير ملزم خصيصا بالتسيير ، واستثناء إداريو شركة الأسهم يجب أن يكونوا شركاء لكن ليس المديرون المساعدون للرئيس و لا أعضاء المديرية [33] ص210 .

3.1.1.1.2 الشروط القانونية للمديرين

1.3.1.1.1.2 النظام القانوني للمديرين

هناك نزعة نحو احترافية مديري المقاولة ، من جهة – بالفعل - مديرو الشركات والتجميعات ذات المنفعة الإقتصادية يعدون كوكلاء مقابل أجر ، ومن جهة أخرى في معظم الفرضيات يمكنهم المطالبة بالتعويض إذا تم عزلهم دون مبرر كخطأ المدير أو عدم أهليته ، وبغرض دعم الصفة المهنية غالبا ما تنص القوانين الأساسية على إلزام المديرين بتكريس وقتهم للتجميع ، وليس للمسيرين صفة التاجر في شركات التضامن وشركات التوصية [33] ص210 .

2.3.1.1.1.2 سلطات المديرين

تناولتها المادة 544 والمادة 577 من القانون التجاري الجزائري إذ للمديرين صلاحيات تجاه أعضاء المقاولة ولهم صلاحيات قبل الغير .

1.2.3.1.1.1.2 سلطات المديرين تجاه الأعضاء

تعد سلطات المديرين محدودة تجاه الأعضاء ، فهم المنفذون بطبيعة وظيفتهم في حين أن الجمعيات العامة هي التشريع أي– المفروض- أنها السلطة الأعلى التي تمارس الرقابة الداخلية على مشروعية وملائمة تصرفات المديرين عن طريق مخالصة الجمعيات بواسطة الهيئات الجماعية للمراقبة كمجلس المراقبة في شركات المساهمة أو عن طريق محافظ الحسابات ، كما يمارس القاضي رقابة خارجية تعد أكثر نفعا في الشركات الصغرى ، فالمدير يملك جزءا مهما من رأس المال ويمارس رقابة ذاتية .

وفي الشركات الكبرى غالبا ما يملك المديرون حصة صغيرة من رأس المال لكن يستعملون السلطات على بياض ، لذلك يمكن أن يتلقى القاضي طلبات الشركاء من الأقلية في شركة المساهمة

أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو لجنة المقاولة تميل إلى خبرة في التسيير ، تستبدل المديرين بصفة مؤقتة بمدير مؤقت.

وحسب الغاية من وظائفهم يجب أن يتصرف المديرون لمصلحة المقاولة ، وبشكل عام سوء استعمال الوظائف من أجل مصالح شخصية من شأنه أن يحمل المسؤولية المدنية وأحيانا الجنائية للمديرين ، وهناك نصوص أكثر دقة يمكنها أن تعلن بطلان التصرفات المنعقدة في هذه الظروف كما هو الحال في شركة المساهمة، فكل اتفاقية بين الشركة ومديريها ، كل اتفاقية تهم مصلحة المدير بشكل غير مباشر وكل اتفاقية بين الشركة ومقاولة أخرى يمارس بها المسير بعض المسؤوليات يجب أن تخضع للترخيص المسبق لمجلس الإدارة ، إلا إذا تمثلت في عمليات عادية أبرمت في ظروف طبيعية ، وبعدم توافر الترخيص المسبق هذه الإتفاقيات يمكن أن تلغى إلا إذا كانت لها عواقب تضر بالشركة [33] ص211 .

2.2.3.1.1.1.2 سلطات المديرين تجاه الغير

للمديرين سلطات واسعة لإلزام التجميع في حدود الغرض الإجتماعي ففي الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة الشركة ملزمة حتى في حالة تجاوز الغرض الإجتماعي إلا إذا كان الغير المتعاقد على علم بهذا التجاوز ، ومن جهة أخرى بعض التصرفات ممنوعة عن المدير ضمنيا لكونها مضرة بطبيعتها للغرض الإجتماعي(مثل بيع المحل التجاري الوحيد للشركة) أو صراحة بنص خاص (مثل الضمان الممنوح باسم شركة المساهمة دون تدخل مجلس الإدارة).

والمفروض وجود الدليل على الخطأ في التسيير ، ومن الآن فصاعدا إذا كان التجميع - موضوع تصرف جماعي بعد التوقف عن الدفع- أظهر عجزا في الأصول بسبب خطأ المدير هذا الأخير يمكن أن يتحمل كل أو جزءا من الخصوم الإجتماعية ، بل يوضع في حالة إفلاس شخصي ، واستثناء هذه التدابير لا تمس مديري الأشخاص المعنوية التي ليس لها نشاط اقتصادي [33] ص211.

3.3.1.1.1.2 مسؤولية المديرين

وردت مسؤولية المديرين في المادة 578 من القانون التجاري الجزائري إذ يمكن أن يتحملوا المسؤولية الجزائية ، إضافة لمخالفات القانون العام كالنصب وخيانة الأمانة كما توجد مخالفات خاصة بأولئك الذين يمارسون في الواقع أو في القانون ، وظائف مديري التجميعات كسوء استعمال الأموال الإجتماعية في شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة ، توزيع الأرباح الوهمية والتخلف عن دفع الإشتراكات الإجتماعية ومن أجل تفعيل هذه المسؤولية الجزائية ، يشترط القانون وجود شخص طبيعي بين هيئات المديرية ، أما المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية فيمكنها تغيير الوضعية الحالية بشكل عميق ، إذا لم يكن للمديرين إجابة سوى أن المخالفة انطوت على تصرفات سيئة في مصالحهم الخاصة .

يتحمل المديرون أيضا المسؤولية المدنية ، ويتمثل الأمر في المسؤولية الفردية ، إذن يمكن أن يلزموا بالتضامن في حالة الخطأ المشترك ، وبشكل خاص بعض المديرين مسؤولون عن أخطائهم في التسيير ،كما يمكن أن يتمثل في خطأ في الخدمة أو خطأ بالإهمال (عيب في الرقابة) ، هذه المسؤولية يمكن تحملها اتجاه عضو مغبون (حصة فردية) أو اتجاه التجميع (حصة اجتماعية) ويمكن أن تمارس بشكل فردي [33] ص212 .

2.1.1.2 العمال الأجراء

إذا كان العمال الأجراء في المقاولة لا يشاركون على خلاف المديرين في البناء القانوني للمقاولة فما هي إذن الآليات القانونية التي تربطهم بالمقاول ؟ .

1.2.1.1.2 عقد العمل

العمال الأجراء سواء كانوا عمالا يدويين أو إطارات يربطهم برب عمل المقاولة الفردية أو بالمقاول الشخص المعنوي عقد عمل يضمن لهم الأجرة مقابل عملهم بناء على قواعد محددة مسبقا غير مرتبطة من حيث المبدأ بالنتائج الإقتصادية للمقاولة على عكس أصحاب الحصص .

2.2.1.1.2 العلاقة بالمديرين

هي علاقة مباشرة إذا تعلق الأمر بمقاولة فردية أو بوساطة المديرين في حالة الشخص المعنوي فالعمال الأجراء يخضعون للسلطة السلمية للمستخدم ، ولاجتناب تعسف هذا الأخير وجدت تشريعات لحماية العمال تتضمن مثلا الأجر القاعدي، ظروف العمل حق التعبير...إلخ .

3.2.1.1.2 تمثيل العمال الأجراء

للأجراء مخاطب لدى المقاولة يعد ممثلا ومفوضا لها ، ومفوض للنقابة بواسطة لجنة المقاولة (وهي إجبارية في المقاولات التي يتجاوز عدد أجرائها الخمسين) وعلى ممثلي الأجراء إعلامهم بالقرارات المتخذة من طرف مديري المقاولة ، وليس لهم المشاركة في تسيير المقاولة إلا إذا أصبحوا شركاء أو مدراء وهو أمر ممكن قانونا [33] ص212.

2.1.2 الأموال المخصصة للمقاولة

نتطرق في هذا المطلب للأموال المخصصة للمقاولة المتمثلة في المحل ورؤوس الأموال نستهلها بالمفهوم العام للمحل ثم المحل التجاري وعناصره المادية والمعنوية بعدها نتناول الأموال الخاصة بالمقاولة ورأسمالها الإجتماعي .

1.2.1.2 المحل (Le fonds)

نتناول في هذا الفرع المحل بمفهومه العام ثم المحل التجاري ومكوناته أو عناصره المادية والمعنوية .

1.1.2.1.2 المفهوم العام للمحل

القاعدة التجارية هي مجموعة أموال مادية ومعنوية مخصصة لتحقيق هدف المقاولة هذه الأموال لها قيمة إرثية وقابلة للتنازل .

القاعدة التجارية - وسط الذمة المالية للمقاول - هي كتلة منعزلة شمولية واقع وليست ذمة مستقلة ولا تدمج الأموال في مجموع واحد فكل عناصر المحل التجاري تحتفظ بنظامها القانوني الخاص بها : السلع يمكن أن تكون محلا للاحتفاظ بالملكية العتاد قابل للرهن منفصلا والملكية الفكرية...الخ .

وعلى خلاف العقار بالتخصيص تخصيص الأموال للإستثمار لا يغير من طبيعتها ولكنه ليس مجرد جمع بسيط للأموال وتتمثل فائدة المحل في إبرام العقود "الإجمالية" الواقعة على مجموع المكونات (بيع رهن ، إيجار- التسيير ، القرض الإيجاري) وفي تطبيق الحلول العيني فبعض العناصر يمكن أن تحل محل أخرى [33] ص213 .

2.1.2.1.2 المحل التجاري

يمكن أن نعتبر بشكل أو بآخر كل مقاولة مدنية أو تجارية لديها محل (محل ريفي ، محل مهنة حرة...إلخ) لكن المحل التجاري يستحق دراسة خاصة لأهميته الإقتصادية .

1.2.1.2.1.2 مكونات المحل التجاري

يتضمن المحل التجاري حسب نص المادة 78 من القانون التجاري الجزائري العناصر التالية :

- البضائع.
- العتاد.
- الملكية الفكرية (علامات ، براءات اختراع ، علامات ، إسم تجاري) .
- رخص الإستثمار والتراخيص القابلة للإنتقال .
- حق الإيجار : بمقدار ما يكون قابلا للإنتقال وهو حال المحل التجاري .
- العملاء : هذا العنصر يعتبر مهما لأنه يعطي للمحل التجاري طبيعته كمنقول معنوي .

هذا العنصر يجب أن يكون مستقلا غير تابع لتاجر آخر أو للإدارة ، فاجتماع العناصر المخصصة للمقاولة غير كاف لتأسيس محل إذا لم يكن للمقاولة علاقات مع الزبائن أو العملاء ، ويجب أن يتضمن بيع المحل التجاري العنصر أو العناصر الضرورية للإحتفاظ بالعملاء ، وإلا يعتبر بيعا لعنصر منعزل (والعنصر المهم يختلف باختلاف طبيعة التجارة) [33] ص215 ، والمحل التجاري لا يشتمل العقارات حتى المخصص منها للإستثمار (فقواعد البيع العقاري خاصة جدا) لكن المحل يحتوي على الإمتيازات العقارية .

كما لا يشمل الديون الواجبة والديون المستحقة (ماعدا الإتفاق على خلاف ذلك وعقود العمل وعقود التأمين) ولا الدفاتر التجارية [33] ص218 .

2.2.1.2 رؤوس الأموال (Les capitaux)

نتعرض فيما يلي لرؤوس الأموال الخاصة بالمقاولة ثم رأس المال الإجتماعي فرؤوس الأموال الخارجية .

1.2.2.1.2 الأموال الخاصة بالمقاولة

هناك عدة تصورات للأموال الخاصة ، التصور القانوني يشدد على طبيعة الملكية والتصور المالي يشدد على فكرة الدوام والتخصيص حتى وإن تعلق الأمر بمبلغ مستعار وإنه أمر واقع أن التمييز بين ملك خاص والأموال المستعارة يرمي إلى التطبع مع التقنيات الجديدة التي تسمح بتمويل اكتتاب رأسمال شركة بفضل الإعارات.

دور المال الخاص متنوع فالفكرة الأولى- بلا شك- هي أن هذه الأموال تمثل ضمانات للشركاء فصحيح أن المقاولة لا تشتغل فقط بأموال مستعارة ، فرهن المقاولين هو ضمان لائتمانهم في المستقبل وهو أمان للغير ، غير أن هذه الأموال الخاصة بالمقاولة ليست بالضرورة أموالا متاحة، فهي في جزئها الأكبر تحول إلى أموال غير منقولة (أصول الحوصلة المالية Actif du bilan) .

هذه المبالغ المخصصة يمكن أن تتمثل في سجلات حسابية يجريها المقاولون الفرديون ، أثرها القانوني أن الإقتطاع الحاصل على الذمة المالية لا يعط أي حق امتياز لدائني المقاولة [33] ص219 .

2.2.2.1.2 رأس المال الإجتماعي

هو مجموع الحصص المقدرة بالنقود أو ذات القيمة ، ولا يشترط رأس المال إلا في الشركات فهو موجه للتكفل بالتأسيس الأول وكذا بالسنوات الأولى للتشغيل ، ويجب ألا يتداخل رأس المال الإجتماعي وذمة المقاولة .

1.2.2.2.1.2 الإحتياطات (les réserves) هناك خمس أنواع من الإحتياطات :

1.1.2.2.2.1.2 الإحتياطي الحر

متوفر في كل التجميعات تأسيسه ينتج عن قرار يتخذ كل سنة من طرف جمعية الشركاء ، يقتطع من الفوائد قبل توزيعها أو مكان توزيعها ، أو من الفائض .

هذا الاحتياطي يمكن أن يخدم توازن توزيع الأرباح أو يواجه المخاطر (ولا يتداخل مع المال الإحتياطي (les provisions) .

2.1.2.2.2.1.2 الإحتياطي النظامي

ينص عليه القانون الأساسي ، وهو التزام بالنسبة لهيئات الشركة لا يمكنها خرقه إلا بتعديل القانون الأساسي.

3.1.2.2.2.1.2 الإحتياطي القانوني

هو التزام يفرضه القانون في بعض أشكال التجميعات (شركة المساهمة ، الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، الشركات التعاونية ، التعاضديات...إلخ) إذ يجب عليها كل سنة أن تحفظ نسبة معينة من الأرباح أو الفائض هذا الإحتياطي يقوم بنفس دور رأس المال الإجتماعي وعليه أن يدعم ضمان الدائنين [33] ص221.

4.1.2.2.2.1.2 الإحتياطي الناتج عن فارق إعادة التقييم المسجل في الحوصلة المالية أو الميزانية

هو احتياطي ناتج عن تسجيل الفرق بين القيمة المحاسبية للأصول وقيمتها الحقيقية هذا الإحتياطي تؤسسه كل الشركات بشرط أن تعيد تقييم مجموع الأموال غير المنقولة المادية والمالية وهناك إلزام أكثر صرامة يتعلق بالشركات المسعرة في البورصة وتلك التي تقدم عرضا للتوفير العام لكنها تستفيد من التخفيضات الجبائية .

5.1.2.2.2.1.2 الاحتياطي الخفي

تأسيسه مطابق للإحتياطي السابق ، غير أنه غير مدرج في دفتر الحسابات.

3.2.2.1.2 رؤوس الأموال الخارجية

1.3.2.2.1.2 القروض التساهمية

هي قروض على المدى البعيد تعطي الحق في ربح ثابت وفي المشاركة في الفوائد (يتمثل الأمر إذن في أولوية الإقتطاع) ويتم تعويض القروض التساهمية عند تصفية المقاولات بعد التسديد الكلي للدائنين الممتازين أو العاديين .

المقرضون هم الدولة ، المؤسسات البنكية ، المؤسسات المالية ، مؤسسات القرض ذات النظام القانوني الخاص ، الشركات التجارية ، شركات وتعاضديات التأمينات .

2.3.2.2.1.2 قروض السندات

1.2.3.2.2.1.2 السندات الكلاسيكية

السندات هي قيم منقولة قابلة للتحويل ، صادرة لأجل القرض الطويل المدى (عادة 15 سنة) هذا القرض هو دين إجمالي ، حاملوا السندات لا يملكون إلا جزءا من الدين ، وإذا استطاعوا تحويل سنداتهم بشكل فردي لا يمكنهم ممارسة حقوقهم داخل أو ضد الشركة إلا ضمن مجموعة واحدة .

السندات لا يمكن أن تصدر إلا من طرف شركات الأسهم أو جمعيات تمارس نشاطا إقتصاديا أو تجمع منفعة اقتصادية يضم شركات أو جمعيات .

المفروض أنه يجب أن يكون للمقاولة المصدرة سنتين من الوجود (كذلك الأمر بالنسبة للشركات التي لديها حوصلتين ماليتين مصادق عليهما بانتظام) ورأسمالها يجب أن يكون معفى كليا من أي التزام ، وإذا كانت الشركة مصدرة ، فالإصدار يخضع للإشهار في البورصة ولرقابة لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة .

لهذه السندات الحق في الربح ، قد يكون محددا أو متغيرا ويمكن أن يحسب بعدة طرق [33] ص222.

2.2.3.2.2.1.2 السندات التساهمية وسندات الشراكة

يتعلق الأمر كذلك بقيم منقولة ، قريبة من السندات الكلاسيكية ، لكن تتميز بالخاصيات التالية :

- هذه السندات تعطي لصاحبها صفة الدائن التابع الذي يأتي بعد الدائن العادي ، ويجب الملاحظة أن تعويض السندات التساهمية يتم بعد القروض التساهمية .
- القرض غير القابل للإهتلاك .

- المكافأة أو التعويض يتضمن جزءا ثابتا وآخر متغيرا ، يحسب بالنظر للأرباح المنجزة من طرف المصدر .
- السند التساهمي : أنشأه قانون 1983/01/03 ، مخصص لشركات التعاونيات والتعاضديات ولمقاولات القطاع العمومي [33] ص223.

3.2.3.2.2.1.2 القروض

1.3.2.3.2.2.1.2 قرض لشراء العتاد أوالعقارات

يتمثل عموما في قرض على المدى المتوسط أو الطويل بضمان رهن العتاد الصناعي أو الرهن العقاري .

وقد كشف بيان صادر عن صندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة أن هذه الأخيرة تحصلت إلى غاية 31 ديسمبر 2009 على 385 ضمان مالي بقيمة عشرة ملايير دينار ، وقد ساهمت المشاريع المضمونة في إنشاء 22404 منصب شغل وأوضح نفس البيان أن قطاع الصناعات كان أهم المستفيدين من الضمانات بـ 252 مشروعا منها 81 في مجال الصناعات الغذائية و82 مشروعا في البناء والأشغال العمومية و31 في قطاع الصحة ، وللإشارة فإن الصندوق يغطي كافة المشاريع المنتجة للسلع أو الخدمات في مختلف مراحل النشاط من إنشاء المؤسسة إلى توسيعها وتجديد تجهيزات الإنتاج مع منح الأولوية للنشاطات المنشئة لمناصب العمل [26] ص09.

2.3.2.3.2.2.1.2 الإعتماد الإيجاري

أصل هذا العقد أمريكي ، تم تقديمه في فرنسا في الستينيات وقننه جزئيا قانون 1966/07/02 (عدل سنة 1984) مفاده أن صاحب المال ، يؤجره لمستعمله ويمنحه أولوية الشراء عند نهاية القرض ، مدة العقد مرتبطة عادة بمدة استهلاك المال في نهاية العقد لصاحب المال الخيار في أن يجدده أو ينهي العلاقة التعاقدية أو يحوز المال المؤجر بالسعر المتبقي.

طبيعة القرض الإيجاري مريبة تتمثل في عملية تمويل ، لكن تأهيل عملية القرض أحيانا يوضع للنقاش، فالإجتهاد القضائي يبحث عن تحديد العقد الأهم ، يقرر حينا أنه عقد إيجار وأحيانا أنه نقل للملكية ، لكنه يرفض أن يطبق على القرض الإيجاري قواعد القرض بفائدة ربوية ، أو تلك المتعلقة بحماية الكفالة [33] ص225 .

3.3.2.3.2.2.1.2 القرض الإيجاري المنقول

يقع على أموال التجهيزات أو العتاد وهي أموال للإستعمال المهني لكن المهنة لا تقتصر على التجارة فقانونا 1986 و1989 الفرنسيين وسعا مجال القرض الإيجاري للمحل التجاري وعناصره المعنوية.

عمليا ، صاحب القرض الإيجاري ينقل للمستعمل الحقوق والإلتزامات الواقعة على الملكية (مراقبة المطابقة ، المخاطر في حالة الخسارة ، إستعمال ضمان العيوب الخفية...الخ) .

القرض الإيجاري المنقول يجب أن ينشر في سجل خاص يفتح على مستوى كتابة ضبط المحكمة ، هذه الإيجارات يجب أن تظهر في الحوصلة المالية ، هذا الإلتزام معاقب جنائيا على خرقه .

4.3.2.3.2.2.1.2 القرض الإيجاري العقاري

يقع على الأموال العقارية ذات الإستعمال المهني ، وهي غالبا المكاتب ، الفنادق ، المصانع محلات التوزيع التجاري ... الخ ، والعقار يمكن أن يكون منجزا أو قابلا للإنجاز ، وتركيب العملية مختلف في هذه الحالة الأخيرة ، فعقد المقاولة يحل محل عقد البيع الإبتدائي ، ثم نلجأ لعدة أشكال (الإيجار الحكري أو الحكمي لمدة 18 إلى 99 سنة ، شركة مدنية عقارية...الخ).

يؤجر العقار للمستأجر المقترض مع خيار الشراء ، لكن إذا كان المستعمل تاجرا فلا مجال لتطبيق قواعد الإيجارات التجارية التي تعتبر متعارضة ومبادئ القرض الإيجاري لكن إذا استبعدنا احتمال التنازل كل ثلاث سنوات ، العقد يجب أن يعد – تحت طائلة البطلان- شروط تنازل المستأجر .

يخضع القرض الإيجاري العقاري لنفس التزامات الإعلام المحاسبي في القرض الإيجاري المنقول ، والإشهار يتم في مكتب الرهون [33] ص225 .

5.3.2.3.2.2.1.2 فتح القرض في حساب جار

فتح القرض هو وعد المصرفي، بقبول عملية قرض محددة يمكن أن يكون على شكل قرض أو خصم ، والمصرفي ملزم بوعده في حدود القرض أو لسعر أقصى ، بالمقابل الزبون يمكنه عدم استعمال القرض المفتوح (لا يسدد الفوائد إلا في حالة الإستعمال الفعلي ، والمبالغ التي لم تحول إلى حسابه لا يمكن أن تكون موضوع حجز من طرف الدائنين).

وفتح القرض يمكن أن يتم لمدة محددة أو غير محددة، في الحالة الأخيرة يمكن الفسخ من طرف واحد مع احترام الإخطار المسبق وفتح الدين يجب أن يتم كتابيا ، لا سيما لتحديد خط القرض ، نسبة الفوائد، الضمانات ،...الخ . وحتى في حالة عدم الكتابة فإن إثبات العملية يمكن أن يقرر بكل الطرق [33] ص266 .

6.3.2.3.2.2.1.2 التسبيق أوالقروض قصيرة المدى

تتمثل عادة في القرض لمدة محددة (أقل من سنتين) ويمكننا تقسيم هذه القروض حسب غرضها إلى :

القرض البريدي : هو قرض لمدة قصيرة جدا ، موجه لحاجة مستعجلة يستعمل خاصة في العلاقات بين البنوك.

تسهيلات الدفع : هو قرض نهاية الشهر موجه لضمان الإستحقاقات ولمعالجة عدم التوازن بين الديون المحددة التاريخ والحتمية (أجور ، إشتراكات ...) والقروض التي يحتمل تحصيلها أحيانا التأخير (قروض بين المقاولات) .

قروض دون تغطية (crédit a découverts) : هي قروض موجهة لتغطية قصور المال المتداول هذه القروض لا يمكن تجديدها إذا كان عجز المال المتداول بنيوي وعلى المقاولة رفع أموالها الخاصة بها .

قروض الشراكة (crédits de compagne) : قروض موجهة لتمويل نشاط موسمي
ويمكن تقسيم التسبيقات أو القروض قصيرة المدى حسب ضماناتها إلى: قروض على السلع ، قروض على السندات تسبيقات على الكمبيالات ، قروض على العقود... الخ [33] ص225.

الخصم (l'escompte) : هو العملية القانونية التي يحصل عن طريقها الشخص على دين حال الأجل من شخص آخر ، ويدفع له فوريا المبلغ ناقص الفرق الذي يشكل المكافأة أو الأجر .

فالخصم هو عملية قرض تدخل في احتكار مؤسسات القرض- ويقع أساسا على السندات التجارية- واتفاقية الخصم عملية معقدة تتضمن " اتفاقية – إطار" (conventions- cadre) (فتح قرض يعين حد الخصم ، حقوق المصرفي لاختيار السندات، نسب الفوائد والعمولات واتفاقيات التطبيق).

دفع السندات للخصم يجسد بكشف مع التسجيل في حساب جار فالتحليل القانوني للعملية جد شائك فلما يدفع للساحب لا يمكن الحديث عن مقابل وفاء السند في حين أن المصرفي يملك ضمانات مادام الساحب أمضى السفتجة ، لكن هذا الإمضاء لا يعد كسحب للسند ولكنه يعد كضمان [33] ص227 .

خصم الديون (l'affacturage) :هذا المصطلح (factoring) الأمريكي الأصل مستعمل في التشريعات الدولية ظهر في فرنسا في الستينيات ، وهو تعهد مالي تقوم فيه شركة مالية متخصصة بشراء الديون التجارية (Trade debts) أوالحسابات المدينة (accounts recievable) للشركات بمبلغ يقل عن القيم الدفترية لتلك الديون ، وينشأ ربح هذه الشركة المالية عن الفارق بين الأموال المجموعة من الديون المشتراة وسعر شراء الديون ، وتستفيد الشركة البائعة للديون من تلقي الأموال نقدا بدلا من انتظار المدينين لتسديد ديونهم وتجنب المصاعب ونفقات ملاحقة المدينين المتأخرين [54] ص156 .

هذا العقد يمكن أن يؤدي عدة وظائف كتحصيل الفواتير ، تسيير حسابات الزبائن ، ضمان القرض ...الخ ، لكن ابتداء من الوقت الذي تلتزم فيه المقاولة بمسك الفواتير قبل تاريخ الإستحقاق ، تضع الأموال تحت تصرف المنخرط - يتمثل الأمر في عملية القرض المخصصة لمؤسسات القرض - .

خصم الديون يؤدي نفس دور الخصم ، لكن لا يوجد هنا إصدار للسندات التجارية ويسلم المنخرط للموزع مجموع فواتيره (يجب أن يتم هذا الخيار من طرف الموزع وليس المنخرط) ، مع ذلك ، إضافة للديون التي لا يريد الموزع إمساكها بسبب المجازفة بعدم التسديد ، هناك ديون لا يمكنه إمساكها وهي ديون العملاء المدنيين ، والديون ضد مشترين لم يقوموا بعد بالتسليم ، وإذا أمسك أو قبل الموزع الفاتورة يفتح قرضا مناسبا للمنخرط يجب أن يكون قرضا تحت التصرف على الفور ، وعملية نقل الديون للموزع تتم عن طريق آلية الحلول الإتفاقي (المادة 1250 من القانون المدني الفرنسي) الأمر الذي يجنبنا شكليات المادة 1690 من القانون المدني الفرنسي ، لكن بالحلول محل المنخرط يمكن أن يجد الموزع نفسه في مواجهة كل الإستثناءات التي كان بإمكان المدين أن يواجه بها هذا الأخير ، ولا يعد المنخرط مسؤولا عن عدم ملاءة المدين فخصم الديون يعرض مؤسسة القرض لمخاطر أكثر من الخصم [33] ص228 .

التنازل عن كشف الديون المهنية : التنازل عن الكشف يؤدي نفس دور الخصم في تمويل خزينة المقاولات ، فالقرض يقوم بناء على تسليم الفواتير التي تمت حوصلتها في كشف ويتم نقل الكشف لمؤسسة القرض هذه المرة عن طريق " الوضع تحت التصرف " ولا تعط مؤسسة القرض الديون بالنسبة للدائنين المتنازلين الذين ليسوا ملتزمين تجاهها إلا من التاريخ الذي يتم فيه تبليغهم بالتنازل فالمتنازل لا يمكن له أن يدفع إلا للمتنازل له ، مهما كانت التزاماته الداخلية (مثلا : قبول السفتجة) ولا يمكنه التمسك بالإستثناءات الناشئة بعد التبليغ [33] ص229.

2.2 الصعوبات المالية للمقاولة

نتطرق في هذا المبحث إلى مرحلة مهمة في حياة أغلب المقاولات التجارية وهي حالة وقوع المقاولة في صعوبات مالية (l'entreprise en difficulté) ، بدراسة التدابير المتخذة للوقاية من هذه الصعوبات وتتمثل في تحسين المعلومة المحاسبية وإجراء التحذير سواء كان داخليا أوخارجيا ونعرج

على نشاط الدولة في هذا المجال ، ثم ندرس الإجراءات المتخذة لمعالجة الصعوبات وهي التسوية الودية وفي حالة فشلها أوعدم تنفيذها نلجأ للتسوية القضائية التي تخلص إلى الحلول المناسبة من استمرار للمقاولة أوالتنازل عنها أوتصفيتها القضائية ، وقبل ذلك نعرج على التطور التاريخي للتشريع الذي نظم التجار في حالة الإفلاس.

التطـورالتـــاريخي

المقاولة في حالة صعوبات عندما لم تعد تملك الأموال لتسديد ديونها ، فالنشاط التجاري يقوم على الثقة ، وصعوبات المقاولة يمكن أن تنعكس على شركائها لهذا بمجرد وجود إشكال في التسديد يجب أن تتفاعل المقاولة وتتخذ موقفا .

يلزم القانون المديرين بتبليغ المعلومات المحاسبية والمالية لمحافظ الحسابات وللشركاء ، وإذا اكتشف عسر مالي على محافظ الحسابات إعلام رئيس المحكمة التجارية هذا الأخير بإمكانه استدعاء المديرين للتفكير في الحلول ، ولا يمكنه في أي حال من الأحوال إلزامهم بالأخذ بالتدابير المنصوح بها ، إلا أنه من مصلحتهم اتباعها لتجنب تأزم الأمر ، وإذا لم تتحسن الوضعية ، يعين رئيس المحكمة التجارية المصلح الذي يساعد المديرين على إيجاد اتفاق مع الدائنين حول تعويض ديونهم ، وفي حالة عدم الإتفاق يعلن حالة التوقف عن الدفع التي يمكن تنتهي إلى التسوية القضائية أو الإفلاس [40] ص86 .

القانون الروماني : عرف القانون الروماني الإفلاس الذي كان ذا طابع جزائي فالمفلسون يرون مقعدهم التجاري منكسر بمظهر مهيب (Bonca rotta) .

الأوامر الملكية : في النظام القديم أبقت الأوامر الملكية على الطابع الجزائي والمفلسون المحكوم عليهم - خلافا للعادة - كانت لديهم أموالهم المبيعة .

التقنين التجاري لسنة 1807 : كرس كتابه الثالث للإفلاس فالقواعد كانت من حيث الجوهر رادعة إذ كان المدين يودع الحبس خلال فترة الإجراءات، والدفاع عن مصالح الدائنين كان جماعيا وبالمساواة .

في القرن العشرين : ظهرت القوانين- كرد فعل- متساهلة ، وغير كافية لمواجهة أزمة السلوك التجاري الناجمة عن الحرب العالمية الأولى ، فالمراسيم من سنة 1935 إلى سنة1955 - حاولت دون جدوى - تصحيح هذا التشريع .

قانون 1967/07/13 : الصادر في مرحلة النمو ساري المفعول إلى غاية 1986/01/01 نظم التسوية القضائية وتصفية أموال التجار والأشخاص المعنويين ، دون الحرفيين والفلاحين ، هذا التشريع- المنتقد بشدة- لا يناسب إطلاقا الأوضاع الإقتصادية فأكثر من 90% من الإجراءات تنتهي بالتصفية .

والمقاولة في حالة صعوبات هي تلك التي لم تعد تستطيع أداء مستحقاتها المالية ولكن يتمثل الأمر هنا في العلاقة الظاهرة ، ويمكن أن يكون للصعوبات أسباب أخرى كاضطرابات اجتماعية ، تخلف تكنولوجي ، عدم كفاءة المسيرين...إلخ ، لذا وضع المشرع إجراءات خاصة في هذه الحالة لحماية مصالح الدائنين والمحافظة على القرض ولكن اليوم شيئا فشيئا وبنظرة أكثر تدخلية للمحافظة على المقاولات أو إقصائها .

ونذكر أن هذه الإجراءات تقوم على الفصل بين المقاولة ومسيريها، ليس فقط لأن هناك صنفين من التدابير ، ذات طابع إقتصادي بالنسبة للمقاولات وذات طابع معنوي بالنسبة لمدرائها ، ولكن أيضا لأن المحافظة على المقاولة يمكن أن تمر بإقصاء المديرين [33] ص267 .

1.2.2 الوقاية من الصعوبات

يسع الصرح التشريعي والتنظيمي المستند للوقاية من صعوبات المقاولة العديد من المواضيع ، فإذا استبعدنا التسوية الودية التي تعد نظاما قائما في حد ذاته - بل أقرب إلى العلاج منها إلى الوقاية - فالمنافذ الرئيسية للتدابير المستعملة هي الآتية :

- تبني قانون الشركات .
- تعديل نظام المحافظة الحسابية .
- تطوير المعلومة المحاسبية مثلا : إلزام بعض المقاولات بتحرير وثائق حسابات توقعية .

- إجراء التحذير [55] ص02 .

هذه التدابير ناتجة عن قصور التشريع الفرنسي في الكشف عن الصعوبات فالتقنيات الموجودة كانت غير كافية والمحاولات باءت بالفشل ، إلى غاية توصلها للقانون رقم 84/148 بتاريخ 1984/03/01 المتمم بالمرسوم رقم 85/295 بتاريخ 1985/03/01 المكرس لشروط عمل تجمعات الوقاية من صعوبات المقاولات [55] ص03 .

هذه الصعوبات ناتجة غالبا عن سوء انتشار المعلومة ، ويظهر عموما أن المديرين لم يكن تحت يدهم كل المعلومات التي تسمح لهم بإدراك وبالتالي تجنب الخطر الذي يهدد مقاولتهم ، فقانون 1984/03/01 أسس إجراء عام للوقاية من الصعوبات ، هذا الإجراء يتصل بمحورين : تحسين نظام المعلومات المحاسبية وإجراء التحذير [55] ص03.

1.1.2.2 تحسين المعلومة المحاسبية

صدرت عدة شروط فيما يخص المعلومة المحاسبية تتعلق بالمقاولات التي تشغل أكثر من 300 عامل على الأقل أو تحقق رقم أعمال قدره 120 ألف فرنك فرنسي على الأقل والهدف منها هو تمكين المديرين من الحصول على معلومات أفضل عن وضعية مقاولتهم وامتلاك الوسيلة الناجعة للتوقع .

هذه المعلومة ناجمة عن إلزام رئيس المقاولة بمسك محاسبة أكثر دقة بشكل يساعد على مراقبة إدارته ، الأمر الذي دعم المحاسبة التقليدية إضافة إلى المحاسبة التقديرية بشكل يسبق الصعوبات المستقبلية ، فعلى المقاولات تحرير نوعين من الوثائق ، وثائق متعلقة بالماضي (حالة الأصول المحققة والمتوفرة والخصوم المستحقة، جدول التمويل) ووثائق تقديرية من أجل توضيح الوضعية المستقبلية للمقاولة لمسيرها (حساب النتيجة ومخطط التمويل التقديري) [55] ص03.

يجب أن توزع هذه الوثائق التقديرية على شكل تقارير مكتوبة موجهة لمجلس الإدارة ، مجلس المراقبة ، لجنة المقاولة ومحافظ الحسابات الذي يعد المرسل إليه الرئيسي لأنه يملك في حالة عدم التأسيس أو في التبليغ أو في حالة نزاع ، سلطة خاصة لإعذار لجنة المقاولة وجمعية المساهمين التي لا ترسل إليها هذه المعلومات مسبقا ، غير أن عدم التأسيس وعدم التبليغ غير معاقب عليه جزائيا .

فالنظام المحاسبي الجديد يضم أرمدة من النصوص التشريعية التي تحمل فلسفة مالية تهدف إلى شفافية المعلومة ، وتخوف المسيرين من القضاء يجعلهم يناورون في المعلومات حسب تصريح رئيس مجلس الخبراء المحاسبين في الحصة التلفزيونية "آفاق إقتصادية " بتاريخ : 2010/04/05 .

2.1.2.2 عمل أو نشاط الدولة في الوقاية ومعالجة صعوبات المقاولات

التعبئة الحكومية لصالح المقاولات في حالة صعوبات سمحت سنة 2003 بالكشف عن 1700 مقاولة في حالة صعوبات وبالمحافظة على 130.000 منصب شغل ، ويجب متابعة هذا المجهود لأن عدة مقاولات لا تزال عرضة - رغم تحسن الأوضاع الإقتصادية- لإجراءات لجان إعادة الهيكلة الصناعية ولفحص مشاكل تمويل المقاولات .

غير أنه ورغم هذا القدر من الأقدمية وتعدد النصوص المنظمة لهذه اللجان فمسعى اللامركزية والجهد الذي تقوم به الحكومة لعقلنة وتنظيم التركيبة الإدارية ، داعية لعصرنة هذه الأحكام بتبسيط الإجراءات ولإبراز لا مركزية تدخلات الدولة .

لهذا الغرض صدر المنشور المؤرخ في 11/25/ 2004 المتعلق بنشاط الدولة في الوقاية ومعالجة صعوبات المقاولات ، هذا المنشور يلغي ويحل التعليمات السابقة بتنظيم نص ملين ومركز حول لجان على مستوى المحافظات لفحص مشاكل تمويل المقاولات (**CODEFI**) تخصص لها أمانة دائمة .

1.2.1.2.2 التوزيع المبسط للصلاحيات

ظهر أنه من المناسب التكفل بصعوبات المقاولات على مستوى المحافظات وعلى المستوى الإقليمي المهام الداخلية تقوم بها لجنة فحص مشاكل تمويل المقاولات التي تتناول حالات فردية لمجموع المقاولات التي يتجاوز عدد أجرائها 400 ، أما التي تتجاوز هذا العدد فهي من اختصاص اللجنة الوزارية المشتركة لإعادة الهيكلة الصناعية (CIRI) [55] ص03 .

تضم (CODEFI) علاوة على المحافظ رئيسا وأمين الخزينة نائبا للرئيس ، مدير بنك فرنسا وممثلو المصالح اللامركزية للدولة المعنية ، وممثل الجماعات المحلية يمكن أن يشارك بطلب من المحافظ في اجتماعات اللجنة .

خصصت لهذه اللجنة أمانة دائمة تؤمن الوحدة والإستمرارية الضرورية في التبادلات والمفاوضات والتي تفعل القرارات المتخذة من طرف المحافظ بعد موافقة اللجنة .

تعين الأمانة الدائمة من طرف المحافظ باقتراح من أمين الخزينة ، تقوم بجمع المعطيات المالية الإقتصادية والإجتماعية المقدمة من طرف الأعضاء ، والتي يمكن أن تسمح بالكشف المبكر عن الصعوبات [55] ص04، أمانة اللجنة هي محاور رئيس المقاولة وتنسق نشاط الإدارات المعنية لدراسة الملف من طرف اللجنة، وتسهر على السرية الكاملة لإتمام مهامها .

2.2.1.2.2 مهام لجنة فحص مشاكل تمويل المقاولات

هي هيئة إدارية محلية ذات طابع وزاري مشترك مهمتها العامة تفحص ومعالجة صعوبات المقاولات على ثلاث محاور :

- مهمة الإستقبال والتوجيه لخدمة المقاولات .
- مهمة عامة للكشف عن الصعوبات .
- مهمة الخبرة ومعالجة صعوبات المقاولات [55] ص05 .

وقد صرح السيد مصطفى بن بادة وزير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بأن الحكومة تدرس حاليا ملف إعادة تأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بغرض منح الفرصة لعشرين ألف مؤسسة ، مع تخصيص غلاف مالي قدره مائتي ألف دينار جزائري لتجسيد هذا البرنامج داعيا المؤسسات إلى الإندماج في هذا المسعى ، مرجعا التخوف الذي يبديه بعض أصحاب هذه المشاريع من عمليات إعادة التأهيل إلى رفضهم التحلي بالشفافية في التسيير وتفادي كشف المستور ، لهذا يفضل معظمهم ممارسة نشاطهم بطريقة تقليدية ، واستبعد الوزير لجوء الحكومة إلى مسح ديون المؤسسات الصغيرة والمتوسطة إذ سيتم معالجة وضعيات المؤسسات العاجزة في إطار مؤسسة تسيير الأصول والقروض غير المجدية التي استحدثها قانون المالية التكميلي لعام ألفين وتسعة من خلال البحث عن مسيرين ومستثمرين كشركاء

في المؤسسات التي تواجه صعوبات مالية نافيا وجود عوائق جبائية في وجه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بفضل التحفيزات التي منحتها إياها الدولة ، كما يتضمن تعديل قانون الصفقات العمومية جملة من الإقتراحات أهمها رفع نسبة الأفضلية إلى أكثر من 15% وإلغاء ضمانات حسن الأداء للحصول على القروض البنكية ، مع تخصيص مناقصات وطنية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وإلزام المؤسسات الأجنبية الكبرى بإشراك المؤسسات الوطنية لتمكينها من كسب الخبرة [27] ص05 .

3.1.2.2 إجراء التحذير (la procédure d'alerte)

إنشاء إجراء التحذير يعد أهم ابتكار لقانون 03/01/ 1984 الفرنسي فقد كنا- بنظرة إنتقاصية- نحصر دور إجراءات التحذير في الإنذار البسيط للمديرين ، في حين أظهر الواقع أنهم عادة على وعي بالصعوبات التي تمر بها المقاولة ، قبل ظهور المؤشرات البسيطة .

وإجراءات التحذير هي حوافز غرضها تنبيه المدير لمواجهة مسؤولياته ولحثه على اتخاذ تدابير فعلية للتسوية ، وحسب هوية المبادر بالإجراء يمكننا أن نسجل أربع أنواع مختلفة لإطلاق إجراء التحذير مجموعة تقليديا في صنفين : التحذير الداخلي والتحذير الخارجي [36] ص474 .

1.3.1.2.2 التحذير الداخلي

1.1.3.1.2.2 لجنة المقاولة

تنص المادة 5/432 من تقنين العمل الفرنسي على أنه إذا علمت لجنة المقاولة بحدث من شأنه أن يؤثر بشكل مقلق على الحالة الإقتصادية للمقاولة ، فلها أن تطلب توضيحات من المستخدم ، وفي حالة عدم وجود لجنة ، يقوم ممثل المستخدمين بهذا الإجراء الذي يعد مجال تطبيقه غير محدد ، لا من حيث مجاله ولا من حيث المدة .

تحرر لجنة المقاولة تقريرا في حالتين :

- إذا لم تحصل على جواب كاف من المستخدم .
- إذا كان الجواب يؤكد الطابع المقلق للحالة .

ويبقى الأمر اختياريا في هذه المرحلة ، كما هو كذلك في إمكانية طلب التوضيحات كما يمكن الإستعانة بخبير محاسب أو استدعاء محافظ الحسابات ، ويرسل التقرير للهيئات الأخرى للمقاولة ولمحافظ الحسابات والمستخدم [55] ص13 .

2.1.3.1.2.2 تحذير الشركاء

يمكننا أن نلاحظ باستغراب أن المشرع الفرسي احتفظ بدور متواضع للشركاء في الوقاية من الصعوبات ، إذ ليس بإمكانهم إخطار مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة ولا حتى الجمعية العامة إلا في حالة الأجوبة غير المرضية ، غير أن هذه الوضعية متناقضة ، مادام عمليا لديهم يقينا مصلحة في السير الحسن للشركة ومادامت اليقظة الطبيعية التي يثبتونها لا يمكنها إلا أن تخدم أهداف الوقاية من الصعوبات [36] ص475 .وقد تم النص على آليتين :

1.2.1.3.1.2.2 الأسئلة الكتابية

للشركاء الحق مرتين سنويا في طرح أسئلة كتابية للمديرين ، عن كل فعل من شأنه أن يعرض للضرر إستمرارية الإستثمار ، هذا الحق يخص- في الشركات ذات المسؤولية المحدودة- كل شريك غير مسير، دون شرط ملكية رأس مال أدنى -وفي شركات المساهمة- للمساهم أو المساهمين الذين يقدمون عشر رأس المال .

على المديرين الإجابة كتابة في أجل شهر واحد ، وتبليغ الأسئلة والأجوبة لمحافظ الحسابات ، الذي يمكنه وحده أن يقدر الشروع في إجراء الإنذار ، كذلك بإمكان كل شريك طرح أسئلة كتابية بمناسبة الجمعيات العامة التي تعقد مرة في السنة (الجمعية العامة العادية) .

2.2.1.3.1.2.2 خبرة التسيير

بإمكان الشركاء أن يقرروا تعيين خبير من أجل مراجعة عمليات التسيير التي تكون محل نزاع جدي في الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة بالنسبة للشركاء الذين يمثلون على الأقل عشر رأس المال أوالحصص ، ورغم الطابع الجدي للطلب فاستخدام خبرة التسيير غير ممكن إلا في حالة

خطر المساس بالمصلحة الاجتماعية (الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية وضعت صراحة هذا الشرط الجديد في قرارها بتاريخ 1998/02/10) [55] ص14.

2.3.1.2.2 التحذير الخارجي

1.2.3.1.2.2 التزام محافظ الحسابات بالتحذير

هذا الإجراء ممكن بمجرد أن يضم التجمع المعني محافظا للحسابات ، غير أن الشركات التجارية أو أشخاص القانون الخاص ذات الشخصية المعنوية ، غير ملزمة بتعيين محافظ حسابات ، على عكس شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم في حين أن بقية الشركات غير ملزمة بذلك إلا عند توفر شروط خاصة كتجاوز مبلغ عشرة ملايين فرنك بالنسبة للحوصلة المالية .

محافظ الحسابات ملزم قانونا بإطلاق إجراء التحذير ، إذا عاين أعمالا تهدد بطبيعتها استمرارية الإستثمار ، فإطلاق الإجراء يقوم على تشخيص محافظ الحسابات وقد حثه قانون 1994 الفرنسي على عدم حصر تفحصه في حدث واحد منعزل ، فالتحذير لا يتم إلا بوجود عدة مؤشرات متوافقة وذات دلالة ومن شأنها أن تؤدي للتوقف عن الدفع إذا لم يتخذ أي تدبير للتسوية في الوقت المناسب .

عمليا على محافظ الحسابات أن يقدر إذا كان هناك اختلال في توازن التدفق المالي أي إذا كانت الإيرادات المتوقعة للمقاولة تسمح بتسوية الديون المستحقة [36] ص477 وإطلاق الإنذار يتم أيضا في حالة تغير ظروف الإستثمار (حصيلة عاجزة ، التزايد المفرط للأعباء انخفاض غير عادي للنشاط) أكثر من ذلك على محافظ الحسابات إجراء تقييم لموقع المقاولة في محيطها الإقتصادي، كعدد العقود السارية المفعول ، خسارة زبون مهم ، حالة الأسواق أو حجم المنافسة التي تلاقيها .

ونسجل أن تحديد وقت إطلاق التحذير هو قرار صعب فالتحذير المبكر يمكن أن ينذر بالخطر الشركاء المتعاملين مع المقاولة ، في حين أن التحذير المتأخر غير ملائم لمواجهة الوضع الذي تورطت فيه المقاولة ، فمحافظ الحسابات الذي لا يطلق إجراء التحذير في الوقت المناسب يتحمل مسؤوليته تجاه كل من تلحق به عواقب فتح التسوية القضائية.

سرية التحذير تشكل الطابع الأهم وتضمن النجاعة كما أن الإنذار لا يتحقق إلا بإعلام الفاعلين الرئيسيين ، لهذا فالكشف عن الصعوبات التي تعرفها المقاولة للغير عدا المديرين ضروري ليمكن تنظيم إنقاذ المقاولة، بالرغم من عدم التبصر أو الإرادة السيئة التي يبديها رئيس المقاولة أو الهيئات الجماعية للشركة .

ويتضمن إجراء التحذير عدة مراحل حسب طبيعة الشركة المعنية ، مبدئيا على محافظ الحسابات أن يعلم المديرين سواء رئيس مجلس الإدارة أو المديرية في شركة المساهمة، أو المسير في الشركة ذات المسؤولية المحدودة .

بالنسبة لشركات المساهمة أين يقتسم الإدارة الرئيس والمجالس ، عدم رد الرئيس يمكن أن يبرر طلب محافظ الحسابات باجتماع مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة من أجل المداولة حول الأعمال التي تمت معاينتها ، وفي حالة عدم الإجابة خلال 15 يوما ، أو إذا رأى أنه رغم القرارات المتخذة بقيت استمرارية الإستثمار عرضة للخطر ، على محافظ الحسابات أن يعلم رئيس المحكمة التجارية وعند الإقتضاء يحرر تقريرا يقدمه للجمعية العامة التالية للشركاء أو المساهمين .

من المهم أن نبين أنه يجب على محافظ الحسابات إعلام رئيس المحكمة بتطور مساعيه وبالنتائج المتحصل عليها ، في كل مرحلة من مراحل التحذير ، وإذا ظهرت القرارات المتخذة من طرف المسيرين ، الوكلاء الإجتماعيين أو الشركاء غير كافية لتسمح بالاستمرار المرضي لنشاط المقاولة (فشل إجراء التحذير) فالأمر هنا يعلل الفتح التلقائي لإجراء التسوية القضائية عن طريق رئيس المحكمة .

2.2.3.1.2.2 تدخل رئيس المحكمة التجارية

ليس لحق الإنذار الممنوح لرئيس المحكمة أي طابع قضائي فالقاضي هنا ليس مطلوبا بصفته القضائية ، ولكن باعتباره قادرا على مساعدة المقاولة في وقت حرج تفرض فيه القرارات السريعة نفسها كما صرح السيد " روجي rouger" رئيس المحكمة التجارية بباريس ((ما وراء الوظيفة الكلاسيكية لقاضي العقوبات ، القاضي الوقائي يكمل بعمله قبل القضائي دوره كقاضي اقتصادي)) [36] ص478

هنا أيضا يتدخل القاضي لما تواجه المقاولة صعوبات تهدد بطبيعتها استمرار استثمارها إذا لم يتم إخطاره من طرف :

- مديري المقاولة .
- محافظ الحسابات الذي أطلق إجراء التحذير دون رد فعل المقاولة .
- كاتب ضبط المحكمة التجارية الذي يبلغه بتسجيلات الكفالة ، الإحتجاجات ، تحرير الإشهار في حالة خسارة الأصول الإجتماعية وعموما كل العقود ، الوثائق والإجراءات التي تكشف عن التدهور المقلق لوضعية المقاولة .

بالنسبة لسير الإجراء ، فإن الرئيس يستدعي رئيس المقاولة للتحدث عن الصعوبات التي تواجهه والبحث عن تدابير خاصة لتسوية الوضع ، ولرئيس المحكمة إطلاق التحذير في حالة خسارة ثلث رأس المال ، وعند معاينة صعوبات تهدد بطبيعتها استمرار الإستثمار ومدير المقاولة غير ملزم بهذا الإستدعاء وغير مقيد بما يقوله القاضي الذي يتدخل فقط لتسهيل توعية المسير، فهو ليس إلا محفز ولا يملك أي سلطة للأمر [36] ص479 .

عمليا يتضح أن هذا الإجراء غير الشكلي، قد يكون مضرا أحيانا بالنسبة للمدير الأرعن ، فغياب الطابع الإلزامي للإجراء لا يمنع من خطورة عدم احترامه ، فمجرد عدم تلبية استدعاء الرئيس وعدم إتباع الإقتراحات المقدمة من طرف القاضي أو حتى رأي الخبير تعد تصرفات يمكن أن يظهر لاحقا أنها مضرة ، ففي حالة التوقف عن الدفع المؤدي للتسوية القضائية للمقاولة هذا التهاون يمكن أن يفسر كخطأ بإمكانه أن يحمل المسؤولية الشخصية للمدير.

و لرئيس المحكمة عدة حلول يختار أنسبها :

- يدعو رئيس المقاولة لطلب التسوية الودية – إذا كانت ممكنة - أو تقديم ميزانية ، إذا توقفت المقاولة عن الدفع .
- تحديد موعد جديد مع المدير أو الأمر بالتحقيق حول وضعيته الإقتصادية والمالية .
- تعيين مدير كفء بموافقة رئيس المقاولة .

وأخيرا الحجز التلقائي إذا كشفت المعلومات عن حالة التوقف عن الدفع وللرئيس أن يتوجه كذلك لمحافظ الحسابات، أعضاء وممثلي المستخدمين ، الإدارات العمومية للحصول على المعلومات الضرورية والأكثر دقة حول الوضعية الإقتصادية والمالية للمقاولة [36] ص488 .

3.2.3.1.2.2 التحذير من طرف تجمع وقاية معتمد

تجمعات الوقاية المعتمدة هي تجمعات القانون الخاص ، تقوم في أي شكل قانوني يمنحها الشخصية المعنوية، موضوعها محدد قانونا ، إذ تتمثل مهمتها في تزويد أعضائها بطريقة سرية ، بتحليل المعلومات الحسابية والمالية التي يرسلونها إليها بانتظام ، فإذا اكتشف التجمع مؤشرات الصعوبات عليه أن ينذر المنخرط المعني .

الإنخراط في التجمع اختياري وطريقة التحذير أيضا اختيارية ويتم في حالة اكتشاف مؤشرات أو علامات تدل على وجود الصعوبات ، فالتجمع يتدخل قبل بقية المراقبين ، ويعلم فقط رئيس المقاولة إذ لا يوجد نص على إعلام الغير ، كما له أن يقترح عليه تدخل خبير ليساعده على إدراك خطورة المؤشرات المبينة وعلى تفعيل إجراء علاجي، كما يمكن للتجمع اتخاذ تدابير ملموسة بالتدخل لدى البنوك والجماعات المحلية لمساعدة المقاولة [55] ص 15-16 .

2.2.2 معالجة الصعوبات Le traitement des difficultés

يمكن وقاية المقاولة من الصعوبات عن طريق إجرائين وهما : التسوية الودية أو غير القضائية والتسوية القضائية .

1.2.2.2 التسوية الودية أو غير القضائية

نتطرق في الفرع الأول لفتح التسوية الودية وخصائصها وحالة عدم تنفيذها.

1.1.2.2.2 فتح إجراء التسوية الودية

1.1.1.2.2.2 الشروط الموضوعية

هناك ثلاث شروط للاستفادة من التسوية الودية :

- يجب أن يكون طالب التسوية تاجرا أو حرفيا أو شخصا معنويا من أشخاص القانون الخاص، فمجال التسوية واسع مادام مفتوحا لكل المقاولات باستثناء الإستثمار الفلاحي الفردي الذي يخضع لنظام خاص
- يجب أن تكون المقاولة في حالة استحالة تغطية احتياجاتها بتمويل مناسب أو أنها تواجه صعوبات قانونية، اقتصادية أو مالية .
- يجب ألا تكون في حالة توقف عن الدفع ، بل ممكنة البقاء وقابلة للتسوية .

للنص المؤسس للتسوية الودية ، جانب وقائي قوي غرضه تجنب التسوية القضائية للمقاولة، لهذا تم توسيع شروط اللجوء للإجراء بقانون 10/06/ 1994 الفرنسي الذي وسع مجال التسوية الودية من جهة بفتحه لكل مقاولة تجارية أو مدنية ومن جهة أخرى بإلغاء شرط مسك الحسابات التقديرية [36] ص488 .

هذا القانون يسمح بأن يعرض الإجراء على رئيس المحكمة سواء كانت طبيعة الصعوبة قانونية إقتصادية أو مالية ، وسابقا كانت الشروط حصرية ، فقط الصعوبات المالية الفعلية التي لا تتحول لتوقف عن الدفع تبرر التسوية الودية .

خلاصة يجب أن يكون الإحتفاظ بالمقاولة ممكنا ووضعيتها غير معرضة للخطر على نحو لا يمكن تداركه ، ويملك مديرها أن يقدم في عريضته لرئيس المحكمة وسائل مواجهة الوضعية الإقتصادية والإجتماعية ، واقتراحاته يجب أن تكون محددة بشكل كاف ومعقول لإقناع الرئيس بفتح مثل هذا الإجراء [36] ص 483.

2.1.1.2.2.2 الشروط الشكلية

تتميز الشروط الشكلية بالليونة لأنه ليس لإجراء التسوية طابع النزاع .
- طلب التسوية الودية : يعود حصريا لممثل المقاولة، قراره هو إجراء تسيير من اختصاصه لوحده فالمقاولة لازالت قادرة على تنفيذ التزاماتها، لا يمكن إذن أن نفرض على مسيرها أي تدابير للتسوية كما أن المسير غير ملزم في المرحلة الإبتدائية بإعلام لجنة المقاولة ، وإنما يلزم باستشارتها بمجرد أن يتسم المشروع بالطابع النهائي، وعلى أعضائها أن يحترموا السر المهني .

فقد أراد المشرع الفرنسي إجراء خاليا من الشكلية ، سريا ، ذا طابع تعاقدي ، لهذا يكفي أن يبلغ كتابيا رئيس المحكمة التجارية [36] ص484.

أ- إذا قدر رئيس المحكمة قبول الطلب بإمكانه البدء بتعيين وكيل خاص يحدد مهامه (mandataire ad-hoc) ، هذا الوكيل غالبا ما يجد نفسه في آن واحد يقوم باتخاذ إجراءات تحفظية وبالإتصالات الأولية مع الدائنين الرئيسيين ، فالوكالة الخاصة هي مهمة خاصة ومؤقتة ، موكلة لوكلاء العدالة من طرف رئيس المحكمة ، عندما يقدر أن المقاولة تواجه ظروفا إستثنائية تضع مصالحها في خطر ويمكن أن تجازف باستمراريتها .

محتوى الوكالة الخاصة يمكن أن يتمثل في مساعدة رئيس المقاولة في التفاوض مع الغير أو الهيئات الإجتماعية ، فتعيين الوكيل الخاص ليس غرضه تخلي المديرين عن مسؤوليتهم كرؤساء مقاولات ، بعدها يستعلم الرئيس عن وضعية المقاولة من أجل تقدير حظوظها في التسوية ، يمكن أن يقوم بذلك شخصيا أو يعين خبيرا من أجل الاجتهاد في تحقيق لا يتجاوز الشهر ، كلاهما يتمتع بصلاحيات واسعة للتحري مادام محافظو الحسابات، البنوك، الإدارات وهيئات الضمان الإجتماعي محللون اتجاههما من السر المهني .

ب- إذا قدر الرئيس أن الشروط متوفرة ، يعين مصلحا مكلفا بحث الدائنين على إبرام تسوية ودية ، يعين المصلح حسب اختصاصه وشهرته ، إذ يمكن أن يتمثل في مصفي قضائي أستاذ ، قاضي قنصلي محامي ، مستشار، وأيضا إطارات المقاولة أو خبير الحسابات يعين المصلح لمدة أقصاها ثلاثة أشهر مع إمكانية تمديدها شهرا آخر من طرف القاضي هذا الأجل القصير نسبيا يبرره أن نجاح التسوية الودية متعلق بسرعة عقدها [36] ص488 .

وفشل المصلح في مهمته يؤدي عموما لإيداع الحسابات أو الميزانية (Les bilans) لكن بمجرد أن يتم الإتفاق تنتج عن التسوية آثار تعاقدية .

2.1.2.2.2 خصائص التسوية الودية

منذ قانون 10/06/ 1994 الفرنسي ، يمكن للتسوية الودية أن تأخذ الطابع القضائي الذي يدعم نجاعة الإتفاق التعاقدي .

1.2.1.2.2.2 الناحية التعاقدية

للمصلح مهمتين أساسيتين : البحث عن إبرام اتفاق مع الدائنين وسير المقاولة .

1.1.2.1.2.2.2 البحث عن اتفاق مع الدائنين

ليس للمصلح نظام خاص ، فلا يقوم بأي وظيفة مساعدة في التسيير أو تمثيل الدائنين ولا يملك أي سلطة خاصة ، فمهمته دبلوماسية وسلاحه الوحيد البراعة والإقناع إذ عليه أن يقنع الدائنين بالثقة في المدينين للحصول على امتيازات مالية لمساعدة المقاولة بشكل ناجع مع أخذ تدابير ملموسة ، لإعادة تجديد البنية من طرف الدائن ، ويقع على عاتقه تحفيز مبادرات التسوية من طرف أهم الدائنين [36] ص485

2.1.2.1.2.2.2 سير المقاولـة

نص قانون 1984/03/01 الفرنسي على أن مهمة المصلح العمل على إنجاح سير المقاولة ومع ذلك لا يتمتع بأي صلاحيات خاصة فمهمة كهذه يجب أن تقيد في احترام السلطات للهيئات العادية للتسيير لأن المصلح لا يمكن أن يحل محلها ، فالمدين ليس تحت وصاية عكس التسوية القضائية في مرحلة الملاحظة.

ومن أجل السماح بإعادة السير العادي للإستثمار يمكن للمصلح قبل إبرام الإتفاق أن يطلب تعيين وكيل خاص أو مصفي مؤقت وعليه أيضا أن يسهر أثناء عقد الصلح على اشتراط كل التدابير التي يراها ضرورية للسير الحسن للمقاولة ، ويمكن أن تتمثل في تعيين مراقب التسيير الذي يلتزم المدين بإعلامه واستشارته حسب الشروط المنصوص عليها في التسوية الودية .

هذا التقييد للسلطات يعد داخليا للمقاولة، ولا يمكن الإعتراض عليه من طرف الغير وللتسوية الودية في شكلها الحالي نجاعة محدودة مما قاد قانون 06/10/ 1994 الفرنسي للنص على إمكانية التدخل القضائي في عقد التسوية [36[ص487 .

2.2.1.2.2.2 الناحية القضائية

تدبيرين قضائيين بإمكانهما دعم الآثار التعاقدية للتسوية الودية وهما المصادقة على التسوية من طرف رئيس المحكمة ، والوقف المؤقت للمتابعات .

1.2.2.1.2.2.2 التسوية الودية المصادق عليها

المصادقة هي إجراء توافق من خلاله المحاكم على عقد وتمنحه القوة التنفيذية وتعتبر إحدى المبادرات لقضائية التسوية الودية ، وتعد مصادقة رئيس المحكمة إجبارية إذا تمت التسوية مع كل الدائنين وهي حالة نادرة عمليا، والمصادقة تبقى في أغلب الحالات إختيارية .

كما للرئيس أن يفرض آجالا للتسديد ، تصل إلى سنتين للدائنين غير المشاركين في الإتفاق ، ونذكر أن التسوية الودية ليس لها أثر إلا على الدائنين المتعاقدين والمدين .

2.2.2.1.2.2.2 التسوية الودية مع الوقف المؤقت للمتابعات

بطلب من المصلح ، يمكن لرئيس المحكمة أن يأمر الوقف المؤقت للمتابعات المقامة ضد المقاولة في حالة صعوبات ، هذا الوقف لا يتجاوز مدة مهمة المصلح أي أربعة أشهر ، غرضه تجميد المتابعات المقامة ضد المدين للحصول على تسديد لمبالغ مالية ناتجة عن تسديد دين خارجي أو فسخ عقد ، كما يمنع كل طرق التنفيذ على العقارات أو المنقولات، إلا بتراخيص من رئيس المحكمة ، بالموازاة مع وقف المتابعة وفي نفس السياق، يمنع المدين من دفع ديونه الخارجية باستثناء دفع أجور العمال [36] ص488 .

3.1.2.2.2 عدم تنفيذ التسوية الودية

ينتج عن نص المادة 36 من قانون 03/01/ 1984 الفرنسي المعدل ، أنه في حالة عدم تنفيذ الإلتزامات الناتجة عن الإتفاق تنطق المحكمة بفسخه وبحلول آجال دفع الديون المقبولة وتقدر المحكمة إذا كانت خطورة عدم التنفيذ كافية للنطق بفسخ العقد ، فقانون 1994/06/10 لم يفرق بين الإلتزام غير

المنفذ ، غالبا يمكن أن يكون الفسخ سابقا لفتح إجراء التسوية أو التصفية القضائية ، وقد سجل المشرع إستقلالية إجراء التسوية الودية فالمادة 02 من قانون 01/25/ 1985 الفرنسي لا ترى إطلاقا في عدم تنفيذ الإتفاق الودي سببا لفتح التسوية القضائية .

غير أنه لما لا يشكل عدم التنفيذ توقفا عن الدفع ، فإن فسخ الإتفاق الذي ينشأ عنه بإمكانه أن يتسبب فيه بشكل غير مباشر من خلال سقوط كل آجال الدفع المنصوص عليها في التسوية الودية أو المقبولة من طرف المحكمة ، فيجد الدائن نفسه ملزما بخصوم حالة ولا يملك على الأرجح الإمكانيات للتسديد [36] ص489 .

2.2.2.2 التسويـة القضـائية

في حالة عدم إمكانية تسوية صعوبات المقاولة وديا ، يجب فتح إجراء قضائي للاحتفاظ بالمقاولة وبمناصب الشغل .

1.2.2.2.2 شروط فتح التسوية القضائية

نتناول بداية الشروط الموضوعية لفتح التسوية القضائية ثم الإجراءات الشكلية .

1.1.2.2.2.2 الشروط الموضوعية

1.1.1.2.2.2.2 المقاولات المعنية

المقاولات هم التجار ، الحرفيون والفلاحون حتى إذا كان النشاط ممارسا في شكل غير منظم وغير رسمي ، وأشخاص القانون الخاص المعنوية ، و في حالة وفاة مقاول متوقف عن الدفع يمكن الإخطار خلال سنة من تاريخ الوفاة وفي حالة التوقف عن النشاط ، يتم الإخطار في أجل سنة ابتداء من تاريخ الشطب من السجل التجاري [33] ص282 ، وهذا ما ورد في المادة 219 من القانون التجاري

الجزائري بنصها أنه إذا توفي تاجر وهو في حالة توقف عن الدفع ترفع الدعوى لمحكمة التجارة في أجل عام من الوفاة بمقتضى إقرار من أحد الورثة أو بإعلان من جانب أحد الدائنين وللمحكمة أن تفتح الإجراءات تلقائيا خلال نفس ذلك الأجل .

2.1.1.2.2.2.2 الوضعية الإقتصادية للمقاولات المعنية

يجب أن تكون المقاولة في حالة توقف عن الدفع ، هذا الشرط كرسه القانون بعد الإجتهاد القضائي الذي عرفه أنه ((استحالة مواجهة الخصوم المستحقة ، بالأصول المتاحة)) ، ووضعية التوقف عن الدفع يجب أن تكون حالة ، وليست فقط متوقعة (فنحن الآن في إطار العلاج وليس الوقاية) [33] ص 282

نلاحظ إذن وجود عاملين يمكن أن يتحرك من خلالهما القاضي :

- من جهة التوقف عن الدفع يقدر يوم الحكم مما يسمح أن تأخذ بعين الإعتبار كل التعديلات منذ تاريخ الإخطار ، وحسب نص المادة 222 من القانون التجاري الجزائري في أول جلسة يثبت فيها لدى المحكمة التوقف عن الدفع فإنها تحدد تاريخه وإذا لم يحدد تاريخ التوقف عن الدفع عد هذا التوقف واقعا بتاريخ الحكم المقرر له .

- من جهة أخرى لا يشترط القانون أن تكون وضعية التوقف عن الدفع مرفقة بتوقف مادي عن الدفع أي رفض تسديد دين مطالب به .

وفيما يخص المقاولات الحاصلة على تسوية ودية تطبق التسوية القضائية على كل مقاولة استفادت من تسوية ودية ولم تحترم الإلتزامات المبرمة مع أحد دائنيها .

2.1.2.2.2.2 إجراءات فتح التسوية القضائية

1.2.1.2.2.2.2 قواعد الإختصاص

المحكمة المختصة هي المحكمة التجارية محكمة مقر المنشأة الرئيسية بالنسبة للتجار الحرفيين والأشخاص المعنوية ذات النشاط التجاري ، وإذا كانت المقاولة غير معنية بالإجراء نكون أمام عدم قبول الطلب وليس عدم الإختصاص [33] ص283 .

2.2.1.2.2.2.2 قواعد الإخطار

يمكن إخطار المحكمة بعدة طرق :

- بإقرار المدين : وذلك بإيداع الحسابات (les Bilans) ووثائق أخرى خلال 15 يوما التي تلي التوقف عن الدفع ، إذ تنص المادة 218 من القانون التجاري الجزائري على أنه يتعين أن يرفق الإقرار - علاوة على الميزانية وحساب النتائج وكذلك بيان التعهدات الخارجة عن ميزانية آخر سنة مالية – بوثائق تحرر بتاريخ الإقرار وهي بيان المكان وبيان التعهدات الخارجة عن الميزانية وبيان رقمي بالحقوق والديون مع إيضاح إسم وموطن كل من الدائنين مرفق ببيان أموال وديون الضمان وجرد مختصر لأموال المقاولة .

- قائمة بأسماء الشركاء المتضامنين وموطن كل منهم إن كان الإقرار يتعلق بشركة تشمل على شركاء مسؤولين بالتضامن عن ديون الشركة .

ويتعين أن تؤرخ هذه الوثائق وأن يكون موقعا عليها مع الإقرار بصحتها ومطابقتها للواقع وذلك من طرف صاحب الإقرار ، فإن تعذر تقديم أي من هذه الوثائق أو لم يمكن تقديمها كاملة تعين أن يتضمن الإقرار بيانا بالأسباب التي حالت دون ذلك .

- بتكليف بالحضور من طرف أحد الدائنين الذي عليه أن يثبت دينا غير مسدد وطبيعته (مدني ، تجاري أو إداري) وعدد الديون المختلفة وهذا ما ورد في نص المادة 216 من القانون التجاري الجزائري ، كما لا يمكن للدائن أن يطلب فتح الإجراء وتسديد ديونه إلا في حالة عدم تنفيذ التسوية الودية على أن يكون طرفا في الإتفاق .

- بناء على طلب النيابة العامة .

- للمحكمة أن تخطر مباشرة بنفسها (d'office) حسب نص المادة 216 من القانون التجاري الجزائري .

- ليس للجنة المقاولة حق الإخطار المباشر (d'office) لكن بإمكانها إثارة الإخطار المباشر من طرف النيابة العامة .

كما تخضع الشركات ذات رؤوس الأموال العمومية كليا أو جزئيا لأحكام هذه المواد حسبما ورد في المادة 217 من القانون التجاري الجزائري .

3.2.1.2.2.2.2 الحكم

- بعد استدعاء المدين ، ممثلوا الأجراء و- عند الضرورة - المصلح يطلب تقرير من قاض مفوض ويمنح للمعنيين الوقت الكافي للإطلاع على التقارير ثم تحكم المحكمة حول فتح الإجراء .
- إذا قررت المحكمة الحكم بالتسوية القضائية ، تحدد تاريخا للتوقف عن الدفع (لا يتجاوز 18 شهرا سابقة) ، هذا التاريخ يمكن تعديله بحكم آخر (دائما في حدود 18 شهرا) [33] ص283 .
- تعين المحكمة أعضاء الإجراء و هم : قاضي محافظ أو منتدب ، حارس قضائي (وهو اختياري في حالة الإجراء المبسط) ، ممثل الدائنين و ممثل الأجراء (الذي تعينه لجنة المقاولة لأنه ليس وكيلا قضائيا) .
- يخضع الحكم للإشهار إذ تسجل الأحكام الصادرة بالتسوية أو بشهر الإفلاس في السجل التجاري وتعلن لمدة ثلاثة أشهر بقاعة جلسات المحكمة ، وينشر ملخصها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية للمكان الذي يقع فيه مقر المحكمة ويتعين أن يجري النشر نفسه في الأماكن التي يكون فيها للمدين مؤسسات تجارية ، كما يجري نشر البيانات التي تدرج بسجل التجارة في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال 15 يوميا من النطق بالحكم ، ويتضمن هذا النشر بيان إسم المدين وموطنه أو مركزه الرئيسي ورقم قيده بالسجل التجاري وتاريخ الحكم الذي قضى بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس ورقم عدد صحيفة الإعلانات القانونية التي نشر فيها ، ويتم هذا النشر بصفة تلقائية من طرف كاتب الضبط وهذا ما ورد في نص 228 المادة من القانون التجاري الجزائري .
- يعلم وكيل الجمهورية بفتح الإجراء وسيره ويمكن إطلاعه على الوثائق [38] ص135 من طرف كاتب ضبط المحكمة حسب نص المادة 230 من القانون التجاري الجزائري .

و يعتبر الحكم تنفيذيا بشكل مؤقت رغم أن أغلبية القرارات المتخذة لتطبيقه وطرق الطعن-إن وجدت- مرهونة بآجال ضيقة .

2.2.2.2.2 فترة الملاحظـة

1.2.2.2.2.2 مبادئ عامة

تبدأ فترة الملاحظة من يوم الحكم بفتح التسوية وهي تسمح بوضع مخطط إقتصادي واجتماعي ينتج عنه مخطط تسوية مدتها القصوى ستة أشهر قابلة للتمديد مرتين ، بطلب مبرر من طرف الحارس

القضائي ، وفي المقاولات الصغرى والمتوسطة المعنية بالإجراءات المبسطة هذه المدة لا تتجاوز ثلاثين يوما قابلة للتجديد مرة واحدة .

تنتهي فترة الملاحظة بقرار المحكمة بالمصادقة على مخطط التسوية أو بالتصفية القضائية للمقاولة [38] ص135، وخلال فترة الملاحظة على الحارس أن يقوم بمساعدة الخبراء بتقييم إقتصادي واجتماعي للمقاولة يحدد فيه مصدر، أهميته وطبيعة الصعوبات، يتمثل الأمر إذن في تشخيص فعلي ، حسابي ، مالي واجتماعي .

هذا المستند يمكن أن يكون مصدرا لمشروع مخطط تسوية المقاولة وهو مشروع غير إلزامي، فإذا قدر الحارس من خلال التقييم الإقتصادي والإجتماعي أنه لا يمكن تقويم المقاولة يقترح التصفية ، وفي الحالة المعاكسة يقترح مخطط التسوية الذي يحدد آفاق التسوية بالنظر إلى الإمكانات ، أنواع النشاطات حالة السوق ووسائل التمويل المتاحة.
ويجب أن يحتوي هذا المشروع على طرق تسديد الدائنين ، حركة الشغل الضمانات المحتملة التي على رئيس المقاولة أن يوقعها ليطمئن الدائنين ووسائل التمويل المتوقعة (كرفع رأس المال مثلا) .
طرق تسوية الخصوم يجب أن تبلغ للجنة المقاولة ولممثل الدائنين الذي عليه أن يجمع الموافقة المحتملة لكل دائن على الآجال والتأجيل المقترح من طرف الحارس الذي ترسل إليه الإجابات ليحرر تقريرا [38] ص136.

2.2.2.2.2.2 وضعية المقاولة أثناء فترة الملاحظة

1.2.2.2.2.2.2 المحافظة على ذمة المقاولة

ينص القانون على مجموعة تصرفات تحفظية من طرف المدين أو من طرف الحارس (وكيل التفلسة في التشريع الجزائري) بالتعاون الإلزامي مع المدين من بينها تسجيل الرهن ، الأختام ...الخ ، وتجدر الإشارة إلى أن هناك تدبيرين أصليين وهما :

- تصرفات ضرورية لحفظ قدرات الإنتاج وهي نظرة اقتصادية أكثر منها قانونية .
- منع التنازل عن الحصص الاجتماعية [33] ص285 .

2.2.2.2.2.2.2 تسيير المقاولة

الأصل أن المسير وحده من يستمر في الإستثمار لحسابه الخاص ويقرر استمرار العقود بترخيص من القاضي المحافظ أو المنتدب ، إذ يمنع من إبرام بعض العقود كتسديد ديون سابقة أو إبرام عقد خارج عن التسيير الجاري ، تحت طائلة البطلان ، ماعدا المرخصة من طرف القاضي المنتدب الذي يعين في بدءكل سنة قضائية بأمر من رئيس المجلس القضائي بناء على اقتراح رئيس المحكمة حسب نص المادة 235 من القانون التجاري الجزائري .

وفي كل الفرضيات بمجرد تعيين الحارس يقوم بتسيير المقاولة وهو من يمثل المدين حسب قرار المحكمة و حسب نص المادة 244 من القانون التجاري الجزائري .

هذا بالنسبة للإجراءات المبسطة أما العادية فهي نفسها عدا ما يتعلق بتوزيع السلطات بين الحارس والمدين ، هذا التوزيع يمكن أن يعدل من طرف المحكمة ، إلا أن بعض التصرفات تعود للمدين كالتصرفات الشخصية والتصرفات الواردة على ذمته وخاصة تصرفات الإدارة العادية [33] ص285.

وبإمكان الحارس وحده أن ينهي استمرار العقد المبرم قبل الحكم القضائي فالأصل أن العقد يستمر بقوة القانون ، والمتعاقد يبقى في وضعية الدائن السابق وعليه تنفيذ التزاماته وإذا أراد أن ينهي هذه الوضعية عليه إعذار الحارس ليبدي رأيه خلال شهر، وإلا اعتبر الصمت قرينة على الرفض لا يمكن الإعتراض عليها ، وإذا قرر الحارس إستمرار العقد ، فعليه أن يقوم بذلك دون تعديلات .

وخلال فترة الملاحظة عقد التسيير الحر ممكن إذا كان هدفه الإحتفاظ بالمقاولة التي اختفاؤها يسبب اختلالا إقتصاديا إقليميا أو وطنيا ، وعلى وكيل الجمهورية أن يطلب هذا التدبير الذي مدته القصوى سنتين مما ينتج عنه تمديد فترة الملاحظة ، ويخضع المستأجر- المسير لرقابة الحارس القضائي .

3.2.2.2.2.2.2 إعادة تكوين ذمة المدين

بإمكان الحارس، ممثل الدائنين ، المحافظ والمصفي أن يطلبوا من المحكمة إبطال بعض تصرفات المدين منذ التوقف عن الدفع ، يتمثل أثر هذا البطلان في إعادة تكوين أصول المدين ، ودعوى الإلغاء

هنا غير محددة بآجال إلا أنها تتم في فترة الملاحظة وهناك حالتين للبطلان وهما البطلان الإجباري والبطلان الإختياري اللذان ينتجان عن حكم قضائي .

البطلان الإجباري : ينص القانون التجاري على تعداد حالاته حصريا ، هذه التصرفات تتميز بكونها غير سوية ليست كتلك التي يقوم بها المقاول السوي عندما يكون في حالة توقف عن الدفع ، فنية الغش غير مهمة هنا، ولا يجب أن يستدل بها رغم أنها ممكنة، فيكون التصرف محل دعوى بولسية فيصبح الحارس وممثل الدائنين أمام خيارين إما دعوى البطلان أو الدعوى البولسية [33] ص289.

وقد ذكر القانون التجاري ست حالات للبطلان وهي :

- إيداع مبالغ منفذة أو مسددة ، بموجب حكم قضائي إلا إذا حازت حجية الشيء المقضي به .
- كل التدابير التحفظية ، إلا إذا لم يكن تسجيل الحجز قبل تاريخ التوقف عن الدفع .
- التصرفات الناقلة للملكية العقارية أو المنقولة بدون عوض.
- عقود المعاوضة التي تفوق فيها التزامات المدين الطرف الآخر .
- التسديدات غير العادية ، وتتمثل في تسديد ديون غير مستحقة أو تسديد ديون مستحقة لكن سددت بطريقة غير عادية .
- الرهون المنشأة على أموال المدين لديون سابقة [33] ص290 .

وهي حالات نص عليها القانون التجاري الجزائري في المادة 247 ، مضيفا أنه يجوز للمحكمة الحكم بالتمسك قبل جماعة الدائنين بالعقود بغير عوض المحررة في ظرف الستة أشهر السابقة للتوقف عن الوفاء وهو البطلان الإختياري.

البطلان الإختياري : في حالة التصرفات بدون عوض للمحكمة الإختيار في إلغائها إذا سبقت تاريخ التوقف عن الدفع بستة أشهر ، ويذكر االمشرع كل التصرفات القانونية المتعلقة بالإستثمار (بيع السلع الإيجار ، التنازل عن الأسهم ،...الخ) وغير المتعلقة به كبيع عقار تأهيل أو التسديد الإرادي لديون غير مستحقة حسب الإجراءات العادية لكن هذه العقود لا يمكن أن تكون محل طعن ، إلا إذا كان المتعاقد على علم بالتوقف عن الدفع عند إبرام العقد ، ويقع عبء الإثبات على طالب دعوى الإلغاء .

3.2.2.2.2.2 وضعية الدائنين أثناء فترة الملاحظة

يمثل الدائنون من طرف شخص تعينه المحكمة ، يتمتع لوحده بصفة التصرف باسم الدائنين ولصالحهم هذا التمثيل قانوني وإلزامي ولا يتعلق إلا بالحقوق المرتبطة بالإجراء ولا يخص الحقوق غير المالية للدائنين ، ولا دعاوى المسؤولية المؤسسة لضرر شخصي [33] ص292 .

1.3.2.2.2.2.2 وضعية الدائنين السابقين للحكم

-إجراءات التصريح، التثبت وقبول الديون

على كل الدائنين الذين نشأت حقوقهم قبل الحكم أن يصرحوا بديونهم ، حتى الدائنين الحاصلين على ضمانات السلطات العمومية وأصحاب الديون غير المستحقة دون الأجراء ، وذلك خلال شهرين بعد حكم فتح التسوية ، وإلا يسقط الدين .

يقوم ممثل الدائنين بالتثبت من الدين بمساهمة المدين الذي عليه أن يقدم كشف مفصلا لديونه ويتم قبول الدين من طرف القاضي المحافظ أو المنتدب ، ويكون على عدة أشكال (قبول كلي ، قبول جزئي رفض ، قبول بصفة عادية أو ممتازة وقبول بصفة نهائية أو مؤقتة) [33] ص 293.

وقد نصت المادة 280 من القانون التجاري الجزائري على أنه بداية من تاريخ الحكم بإشهار الإفلاس أو التسوية القضائية يقوم الدائنون بما فيهم الخزينة العمومية بتسليم مستنداتهم مع جدول ببيان الأوراق المقدمة والمبالغ المطالب بها ، ويوقع على هذا الجدول مع الإقرار بصحته من طرف الدائن أو وكيل قانوني عنه ويجري تحقيق هذه الديون من طرف وكيل التفليسة يعاونه مراقبون ، وفي حالة عدم إحضار السندات في مهلة شهر تنص المادة 281 من القانون التجاري الجزائري أنه لا يقبل المتخلفون في التوزيع والأرباح ما لم ترفع عنهم المحكمة هذا الأجل إذا ثبت أنه لا يد لهم في هذا التخلف .

- تعليق المتابعات الفردية

التعليق لا يعني فقط دعاوى التسديد ولكن أيضا تلك التي تهدف لإلغاء العقد ، مع ذلك فالدعاوى التي لا تخضع للتعليق لا يمكن ممارستها إلا بعد إدخال الحارس أو ممثل الدائنين في الدعوى ، كما أن التعليق يختص بحقوق الدائنين وليس التزاماتهم التي عليهم أن يستمروا في الوفاء بها و حسب ما نصت عليه المادة 245 من التقنين التجاري الجزائري.

- تدابير أخرى تتعلق بالدائنين السابقين

لا يمكن تسجيل الضمانات العينية وكذا التصرفات الناقلة أو المنشئة للحقوق والعقوبة هي البطلان [33] ص 294 وبإمكان الدائنين الحاصلين على ضمانات أو على امتيازات عامة إعادة السير في المتابعات إذا أفضى الحكم إلى التصفية .

الدائنون المالكون للشيء (المؤجر، المؤجر المقرض ، البائع مع الإحتفاظ بالملكية) يكونون في وضعية الدائنين بالنسبة للمبالغ المستحقة ، لكنهم مالكون يمارسون حق المطالبة بالأموال .

طلب الإدعاء لا يخضع لتعليق المتابعات ولا للتصريح ويوجه للقاضي المحافظ أو للمحكمة في أجل ثلاثة أشهر ، وبفضل هذا الحق إذا كان المال ضروريا لمتابعة الاستثمار المدين- المالك يكون في مركز قوة للحصول على استمرارية العقد من طرف الحارس (لكن هذا لا يعطيه الحق في أن يربط استمرارية العقد بتسديد الديون السابقة) .

الدائنون المستفيدون من الدعوى المباشرة ضد الغير بإمكانهم التصرف ضده دون حتى التصريح بديونهم في إفلاس مدينهم ، ودون أن يمكن للغير التمسك بتعليق المتابعات وهي حالة الأشخاص الذين يتصرفون ضد مؤمن أو ضد كفيل متضامن ، أو المقاول الفرعي ضد صاحب المشروع [33] ص295

2.3.2.2.2.2.2 وضعية الدائنين اللاحقين للحكم

إذا نشأ الدين بشكل غير قانوني كالتصرف الخارج عن التسيير أو أبرم خارج التصريحات الضرورية فليس للدائن أي حق في التمسك به ، أما إذا نشأ الدين بشكل قانوني فالدائن يجد نفسه في وضعية إمتياز ، فلا يوجد تصريح ولا تعليق للمتابعات والدفع يتم بترتيب تفضيلي ، هذه الميزات تميل لحث المتعاملين مع المقاولة للمشاركة في استمرارية الإستثمار .

4.2.2.2.2.2 وضعية الأجراء أثناء فترة الملاحظة

ليس من الضروري التصريح بالديون ولكن يجب التثبت منها من طرف ممثل الأجراء ، ولا يتم تعليق المتابعات مع وجود الإمتياز [33] ص 296 ، ويتم إعلام ممثلي المستخدمين بتحضير المخطط بالتنازل ، بالتصفية وبإيجار تسيير المقاولة ، وتستمر عقود العمل بقوة القانون مهما كانت التغيرات الطارئة على المقاولة ، إلا أنه يمكن التسريح لأسباب إقتصادية بترخيص من القاضي المحافظ .

3.2.2.2.2 حلول التسوية القضائية

يتوقف المخطط بقرار من المحكمة الذي ينص إما على استمرار المقاولة أو التنازل إن أمكن ، وإلا على المحكمة الحكم بالتصفية [33] ص297.

1.3.2.2.2.2 إستمرارية المقاولة

1.1.3.2.2.2.2 شروط الإستمرار

لا بد من وجود إمكانيات جادة للتسوية ولتسديد الخصوم وهناك شروط خاصة يمكن أن يفرضها المخطط وهي :

- تجديد البنية القانونية للمقاولة : يمكن أن يفرض المخطط تعديلا للقوانين الأساسية أو يطالب بإعادة تأسيس رأس المال الإجتماعي في حالة الخسارة أو رفعه ، وفي هذه الحالة شروط القبول تعد غير مكتوبة ، ورأس المال المقبول يجب أن يسدد فورا ، كما للمخطط أن يفرض تغيير مدير أو عدة مديرين
- تجديد البنية الإقتصادية : يمكن أن يقرر المخطط إضافة أو التنازل عن فرع من فروع النشاط ، وتخضع التسريحات لأسباب إقتصادية لشروط أكثر مرونة إذا تمت في أجل شهر واحد .

2.1.3.2.2.2.2 آثار الإستمرار

- يستعيد رئيس المقاولة استقلاليته : إذ تنتهي مهام الحارس القضائي وتبقى ببساطة رقابة المحافظ على تنفيذ المخطط ، ولا وجود لتصرفات ممنوعة باستثناء التسديد المخالف لقواعد المخطط ، وعليه للمحكمة أن تعلن مؤقتا عدم قابلية التصرف في الأموال الضرورية لاستمرارية الإستثمار .
- على المقاولة المدينة تسديد ديونها : تحدد المحكمة سجل الإستحقاقات ، ويمكنها أن تفرض على كل الدائنين آجالا للدفع ، غير أن الديون الضئيلة المبلغ والأجور تسدد دون أجل ويتم الدفع فورا للدائنين أصحاب الضمانات في حالة بيع المال محل الضمان وليس للمحكمة أن تفرض تخفيضات ، وإنما تتصرف فقط في تلك التي وافق عليها الدائنون اختياريا بعد استشارتهم ، وعدم الرد يعني الموافقة على الآجال المقترحة في المخطط .
- يسترجع الدائنون حقهم في المتابعة الفردية .
- إذا لم يحترم المدين الاستحقاقات يمكن للمحكمة أن تحكم بالتنازل أو التصفية [33] ص299 .

2.3.2.2.2.2 التنازل عن المقاولة

1.2.3.2.2.2.2 شروط التنازل

يتميز التنازل أساسا بمتابعة الإستثمار من طرف مقاول جديد مستأنف (repreneur) فعلى المستأنفين المهتمين أن يقدموا عروضا يمكن أن تبدأ من فترة الملاحظة إلى تاريخ تحدده المحكمة ويجب أن يتضمن العرض بعض البيانات حول توقعات استئناف النشاط ، السعر، آجال الإنجاز، الشغل والضمانات المقدمة .

وعلى المحكمة الإختيار بين المستأنفين المحتملين وتبقي العرض الذي يسمح في أحسن الظروف بتأمين دوام أكثر للعمل المتعلق بالمجموع المتنازل عنه وتسديد الدائنين .

2.2.3.2.2.2.2 موضوع التنازل

يمكن أن يكون التنازل كليا لصالح المستأنف الذي يحصل على كل عناصر الإستثمار أو لصالح عدة مستأنفين الذين يقسمون المقاولة لنشاطات قابلة للإستثمار المستقل ، كما يمكن أن يتم جزئيا إذا كان المستأنفون المحتملون غير مهتمين بمجموع نشاطات المقاولة [33] ص299.

3.2.3.2.2.2.2 آثار التنازل

- بالنسبة للمستأنف :

الحصول على ملكية الأموال : يقوم التنازل أصلا بنقل الملكية والقواعد المتبعة هي قواعد البيع ، مع ذلك هذا الانتقال قد لا يكون فوريا إذ يمكن أن تسبق التنازل فترة تسيير وسيط إما في إطار وكالة تمنح من طرف الحارس القضائي وإما في إطار إيجار التسيير .

استقلالية المتنازل له : للمتنازل له كل صلاحيات رئيس المقاولة - أكيد أنه مراقب من طرف محافظ تنفيذ المخطط - ومن جهة أخرى لا يمكنه نقل ملكية الأموال المكتسبة منها الإحتياطات إلا بترخيص من المحكمة ، وتسقط هذه التحفظات بمجرد الوفاء بثمن التنازل ، غير أن المجازفة أو الرهان أكبر من ذلك ولهذا يعد وجود شروط فاسخة أمرا جيدا .

- بالنسبة للدائنين والأجراء

تستمر عقود العمل بقوة القانون وسعر التنازل يوزع على الدائنين مع أخذ ترتيبهم بالحسبان و يمكن للمحكمة أن تقرر نقل عقود معينة مبرمة من طرف المقاول القديم للمتنازل له ، دون أن يمكن للمتعاقد الآخر الإعتراض ولا تعديل الشروط ، ويتمثل الأمر في العقود الضرورية للإبقاء على النشاط مثل الإيجار ، القرض الإيجاري ، عقود التمويل بالأموال أو الخدمات ورخص الإجازات [33] ص300 .

3.3.2.2.2.2 التصفية القضائية للمقاولة

1.3.3.2.2.2.2 موضوع التصفية

التصفية هي مجموع العمليات التي تقوم على بيع أصول المقاولة وتوزيع الثمن على الدائنين ، ويتم إعلانها بحكم محكمة جديد وترفع بنفس شروط فتح التسوية القضائية ماعدا ما يتعلق بالدائنين ، فالأصل أن ممثل الدائنين هو من يطلب التصفية مع ذلك بإمكان الدائنين الذين يمثلون 15% من مبلغ الديون أن يطلبوا التصفية عندما لا ينفذ المدين التزاماته المالية المسجلة في مخطط الإستمرار ، وقد تناول القانون التجاري الجزائري التصفية في المواد من 765 إلى 795 .

2.3.3.2.2.2.2 مصير المدين وأمواله

فقد المدين كلية الإدارة والتصرف في أمواله الحاضرة والمستقبلية ، مادامت التصفية لم تنته [33] ص301 ، والمصفي (ممثل الدائنين) هو من يمارس الحقوق والدعاوى مكانه يجري التسريحات ويتولى التسيير في حالة متابعة الإستثمار ، إلا إذا تم تعيين حارس قضائي ، إذ يبقى في هذه المهمة الخاصة (يبدو صعب المجازفة باقتسام الأدوار بين الحارس القضائي والمصفي) ، وليس بإمكان المدين إلا الدفاع عن حقوقه ، والقيام بالدعاوى الشخصية ، إذ يجب الأخذ بعين الإعتبار عدم قابلية بعض الأموال للحجز .

يجب أن يتم بيع أموال المدين ، والقاضي المحافظ من يقرر إجراء البيع بالمزاد العلني أو بالمزايدة الودية أو البيع بالإتفاق .

الأموال موضوع الرهن يمكن أن تصبح قابلة للتصرف بها إذا سدد المصفي الدين إذ يمكن أن تعرض للبيع أو تمنح للدائنين المرتهنين بعد أن يطلب المصفي ترخيص القاضي المنتدب .

3.3.3.2.2.2.2 مصير الدائنين ومراجعة الخصوم

على المصفي مواصلة التثبت من الديون إذا لم يكمل الحارس القضائي ذلك فالدائنون هم عمليا في نفس وضعية فترة الملاحظة باستثناء :

- الديون التي لم تكن مستحقة ، تصبح كذلك في تاريخ الحكم بالتصفية وهذا ما ورد في نص المادة 246 من القانون التجاري الجزائري .
- الدائنون المزودون بكفالات خاصة- لا سيما الخزينة- يستعيدون حقهم في المتابعة الفردية إذا لم يقم المصفي ببيع الأموال المثقلة خلال مدة ثلاثة أشهر .
- الدائنون المزودون بكفالات خاصة يتم تسديدهم من حاصل بيع الأموال المثقلة وإذا كان الثمن غير كاف فهم دائنون عاديون بالنسبة للدين الباقي .
- يسدد الدائنون الممتازون من حاصل الأموال غير المثقلة ، ومن الفائض الناتج عن بيع الأموال المثقلة حسب ترتيب امتيازاتهم مع الأخذ بالحسبان الأولوية الممنوحة للدائنين الذين نشأت ديونهم أثناء فترة استمرار الإستثمار[33] ص302 .

4.3.3.2.2.2.2 إقفال التصفية

الأصل أن تنتهي التصفية بمجرد أن تتم مجموعة عمليات تنفيذ الأصول وتوزيع الحاصل ، فيستعيد المدين كل الحقوق على ذمته ، غير أنه بإمكان المحكمة أن تحكم بالإقفال المسبق للتصفية إذا عاين المصفي أن المبالغ التي تحت تصرفه كافية لتسديد كل الدائنين ، وفي الحالة المعاكسة أي إذا كان عجز الأصول يجعل متابعة عمليات التصفية غير مجدية ، في هذه الحالة بإمكان القاضي حتى أن يقرر أنه لا مجال لمتابعة التثبت من الديون ، لهذا السبب الدائنون لا يستعيدون حقهم في المتابعة الفردية تجاه المدين باستثناء الغش ، الإفلاس الشخصي والإفلاس (Banqueroute) ، بإمكانهم أيضا إثارة استئناف عمليات التصفية إذا أخفى المدين أصولا ، ويبقى حق الرجوع على الكفالة ممكنا[33] ص303 .

الخـــــاتمـة

كل البحوث على اختلافها تقدم خصائص مشتركة وبدرجات مختلفة تفصح في الوقت الحاضر أو على مدى معين عن المطالبة باستقلال ذاتي للمقاولة .

- إما استقلالية الذمة المالية : عن ذمة المقاول بعزل الأموال المخصصة لنشاطه الإقتصادي وإخضاعها لنظام خاص يحمي هذا التخصيص ، وتظهر المقاولة هنا كموضوع من مواضيع القانون (un objet de droit) .

- أو استقلالية شخصية أو ذاتية : ويتعلق الأمر إذن بالفصل بين المقاولة والشخص المقاول (طبيعيا كان أو معنويا) بطريقة تفرق بين المصالح الخاصة لكل منهما وتضمن دوام الأولى على الرغم من التغيرات التي يمكن أن تتعلق بالمقاول ، فتظهر المقاولة هنا كشخص من أشخاص القانون (un sujet de droit) .

ونلاحظ أن النظام القانوني الفرنسي تقبل هذه الأفكار- على الأقل جزئيا - ففهم المقاولة في بعض المجالات تارة كشخص قانوني وأخرى كموضوع قانوني [44] ص430 .

كما تنص المادة 11 من الباب الثاني من القانون رقم 18/01 المؤرخ في 12ديسمبر 2001 المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة على أن تدابير المساعدة والدعم لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة موضوع هذا القانون تهدف في الشق التشريعي إلى الحث على وضع أنظمة جبائية قارة ومكيفة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، وإلى ترقية إطار تشريعي وتنظيمي ملائم لتكريس روح التقاول (المقاولة) وتنمية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، وتهدف أيضا لتشجيع الإبداع والتجديد وثقافة التقاول وبروز محيط اقتصادي وتقني وعلمي وقانوني يضمن للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة الدعم والدفع الضروريين لترقيتها وتطويرها في إطار منسجم .

ومن خلال دراستنا للمقاولة التجارية وللقواعد القانونية التي تنظمها نخلص مبدئيا إلى أن المشرع لم يعرف المقاولة بشكل عام والمقاولة التجارية بشكل خاص رغم أنه استعمل هذا المصطلح في عدة نصوص قانونية منها ماورد ذكره في متن هذه المذكرة فعدم تعريف المقاولة أدى إلى الخلط بينها وبين

عدة مفاهيم مشابهة لها ، كما أن تعداد المشرع للمقاولات التجارية الذي ورد على سبيل المثال في القانون التجاري دون وضع معيار موحد لها يحول دون إمكانية تصنيف مختلف النشاطات الإقتصادية والتجارية التي ما تلبث تتطور وتتفرع حسب متطلبات السوق ، هذه المقاولة تنظمها ترسانة من القوانين المشتتة لكن ليس لديها نظام قانوني خاص بها رغم أنه يفرض نفسه برأي أغلبية فقهاء القانون ويبقى هذا الإشكال مطروحا والحل مرتبط بتحديد معايير لتعريف مفهوم الإستغلال من أجل التفرقة بين الأنظمة القانونية القابلة للتطبيق على كل نوع من المقاولة لتحديد أشكال الرقابة .

والملاحظ أن المشرع أصبح شيئا فشيئا يولي اهتماما بالحفاظ على المقاولة ويسن تشريعات منها ما يؤسس لهيئات استشارية وتوجيهية للمقاولات منذ فترة تأسيسها إلى غاية التسوية القضائية ، وننوه أن المشرع الفرنسي كان سباقا لذلك من خلال التدابير المتخذة لوقاية المقاولة من الصعوبات المالية التي يمكن أن تتعرض لها ، إضافة للإجراءات المتخذة لمعالجة هذه الصعوبات في حالة عدم إمكانية تجنبها ، سعيا منه للمحافظة على هذا المكسب الإقتصادي والإجتماعي الذي يجمع بين مصالح مختلفة ويؤدي أدورا أساسية في السياسة الإقتصادية لأي بلد ولعل أهمها مساهمته في خلق مناصب الشغل وكونه وعاء ضريبي لا يستهان به .

وعليه ندعو من هذا المنبر من خلال هذه الدراسة المتواضعة إلى التكفل التشريعي الجدي بالمقاولة التجارية من خلال تحديد مفهومها أو على الأقل وضع معايير تساعد على ذلك ، وتصنيفها صراحة إما بكونها موضوع من مواضيع القانون أو شخصا قانونيا مستقلا عن شخص القائم بإدارتها لتتمتع بالشخصية المعنوية وما تستلزمه من إسم وموطن وأهلية وذمة مالية مستقلة ، وتخصيصها بنصوص قانونية تنظمها الأمر الذي يوضح قواعد الإختصاص ويساعد القاضي في أداء مهامه ، كما يسهل وجود نظام قانوني للمقاولة التجارية يحكمها منذ التأسيس إلى غاية التصفية من مهمة المقاول في إدارة مقاولته والمحافظة على الإستثمار دون الوقوع في صعوبات تحول دون ذلك ويوضح بذلك الطرق المختلفة للرقابة سواء الذاتية أو الإدارية ، القبلية أو البعدية .

قائمة المراجع

1. د. أحمد محرز ، القانون التجاري الجزائري ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، 1980.
2. د.أحمد محمد محرز، المشروع التجاري (عناصره والتزاماته) ، النسر الذهبي للطباعة مصر ، 1997 .
3. إلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، الجزء الأول ، الأعمال التجارية والتجار، المؤسسة التجارية ، الأسناد التجارية ، العقود التجارية ، منشورات عويدات ، بيروت – باريس ، الطبعة الثانية 1985 .
4. د. حسين الماحي ، القانون التجاري ، الأعمال التجارية ، التاجر ، المحل التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 .
5. د.جلال وفاء محمدين ، المبادئ العامة في القانون التجاري ، الدار الجامعية ، بيروت 1988
6. د.حلو أبو حلو ، القانون التجاري الجزائري ، الأعمال التجارية والتجارة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بدون طبعة.
7. د.سعيد يحي ، الوجيز في النظام التجاري السعودي ، النظرية العامة للنشاط التجاري الشركات التجارية ، المحل التجاري ، الأوراق التجارية ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، بدون طبعة
8. د.شادلي نور الدين ، القانون التجاري ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، 2003
9.أ.صفاء محمود السويلمين/ أ.تالا سعود الشوا ، التشريعات التجارية وتشريعات الأعمال ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005 .
10. د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء السابع ، المجلد الأول العقود الواردة على العمل ، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة ، دار إحياء التراث العربي بيروت- لبنان ، 1964 .

11. د.عبد القادر حسين العطير ، الوسيط في شرح القانون التجاري ، الجزء الأول الأعمال التجارية ، التجار ، المحل التجاري ، العقود التجارية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 1999 .
12. د.عزيز العكيلي ، شرح القانون التجاري ، الجزء الأول ، الأعمال التجارية، التجار، المتجر العقود التجارية ، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001.

13. علي بن غانم ، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال ، موفم للنشر والتوزيع الجزائر 2002 .

14. علي فتاك ، مبسوط القانون التجاري الجزائري في مقدمة القانون التجاري ، نظرية الأعمال التجارية ، إبن خلدون للنشر والتوزيع ، وهران ، 2004 .

15. د.فريد راغب النجار ، مقدمة في إدارة الأعمال ، دار النهضة العربية ، مصر 1981

16. د.كاسر نصر المنصور/د.شوقي ناجي جواد ، إدارة المشروعات الصغيرة ، دار ومكتبة الحامد للنشر ، عمان ، 2000.

17 . د.محفوظ لعشب ، الوجيز في القانون الإقتصادي ، النظرية العامة وتطبيقاتها في الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية ، 1993 .

18 . د. محمد السيد الفقي ، دروس في القانون التجاري الجديد ، الأعمال التجارية ، التجار الأموال التجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2000 .

19. د.محمد فريد العريني/د.جلال وفاء محمدين ، القانون التجاري ، الجزء الأول الأعمال التجارية التجار، المحل التجاري ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 1998 .

20. د.محمد فريد العريني/د.صفاء وفاء البدري محمدين ، قانون الأعمال ، دراسة في النشاط التجاري وآلياته ، دار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية ، 2000 .

21. د.محمد فريد العريني/د.محمد السيد الفقي ، القانون التجاري ، التجار ، الشركات التجارية منشورات الحلبي الحقوقية ، 2003 .

22 د.محمود سمير الشرقاوي ، القانون التجاري ، الجزء الأول ، النظرية العامة للمشروع الخاص والمشروع العام ، الأموال التجارية للمشروع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982.

23. د.محمود مختار أحمد بريدي ، قانون المعاملات التجارية ، نظرية الأعمال التجارية ، التاجر الأموال التجارية ، دار الفكر العربي، القاهرة ، بدون طبعة .

24. د.نادية فضيل ، القانون التجاري الجزائري ، الأعمال التجارية ، التاجر ، المحل التجاري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الخامسة ، 2003 .

25. د.نعيم مغبغب ، قانون الأعمال ، دراسة في القانون المقارن ، 2000 .

26- المؤسسات الصغيرة والمتوسطة استفادت من 385 ضمان عام 2009 ، مقال جريدة الخبر اليومية ، العدد 5931 ، بتاريخ : 10 مارس 2010 ، الصفحة 9 .

27- 200 مليار لإعادة تأهيل 20 ألف مؤسسة صغيرة ومتوسطة ومسح الديون مستبعد مقال جريدة الشروق اليومية ، العدد 2871 بتاريخ : 2010/03/11 ، الصفحة 5.

28- المجلة القضائية الجزائرية ، العدد الثاني 1991 .

29- BRIGITTE HESS Fallon, Anne- Marie Simon , droit commercial et des affaires , Dalloz 1994.

30- BRIGITTE Hess Fallon, Anne- Marie Simon, droit des affaire , éditions Dalloz , 12e édition 1999.

31- BRUNO OPETIT , Alain Sayag , les structures juridiques de l'entreprise , librairie techniques , Paris 3e édition .

32- DOMINIQUE LEFEBRE , EDWIGE MOLLARET-LA FORET droit et entreprise, Press universitaire de Grenoble (Pug), 5e édition 1990.

33- ELIE ALFANDARI , droit des affaires , les cadres généraux l'entreprise , les Activités , édition litec, Paris 1993.

34- GEORGES-DECOCQ , droit commercial , Hyper cours , DALLOZ, édition DALLOZ, 2003.

35- H.F KOECHLIN, droit de l'entreprise, Ed D'ORG, 1964.

36- JACK BUSSY, droit des affaires , préface de YVES CHAPUT , Press de Sciences PO et DALLOZ , 1998.

37- JEAN BERNARD BLAISE , droit des affaires , commerçants concurrence, Distribution , L.G.D.J, 1999.

38- JEAN- LUC KOEHL , droit de l'entreprise, structure juridique et contrats commerciaux , édition marketing ellipses , 1992 .

39- PAUL DIDIER , droit commercial , I /Introduction :les entreprises press universitaire de France , 1970

40- RACHID BENAIBOUCHE , la nouvelle technique de gestion-entreprise et droit d'entreprise , casbah edition , alger , 2001 .

41- RENE et JEAN SAVATIER , JEAN MARIE LE LOUP, administration des entreprises , droit des affaires, édition SIREY, Paris 5e édition 1977.

42- RENE ET JEAN SAVATIER , JEAN MARIE LE LOUP , droit des affaires , Edition SIREY , Paris , 6e édition 1980.

43- RENE SAVATIER, droit des affaires , volume N°3 édition SIREY, Paris 1962.

44- ROGER HOIN , MICHEL PEDAMON , droit commercial , 9e édition , DALLOZ , 1990.

45- SOPHIE BOUTILLIER/DIMITRI UZUNIDIS , l'entrepreneur - Une analyse socio-économique - édition économica , PARIS 1995.

46- WALID LAGGOUNE , le contrôle de l'état sur les entreprises privées Industrielles en Algérie , genese et mutations , préface par AHMED MAHIOU , Les éditions internationales , alger , 1996.

47- YVES CHARTIER , droit des affaires , I/ l'entreprise commerciale , Imprimerie des press Universitaires de France (PUF) , 1990 .

48- Dictionnaire encyclopédique : économie-collection, dirigée par DOMINIQUE CHAGNOLLAND, édition DALLOZ , 1998.

49- HARITH SULEIMAN FARUQI , Faruqi's LAW dictionnary , English - Arabic , librairie du LIBAN Publishers , third resived edition 1997.

50- IBRAHIM NAJJAR / AHMED ZAKI BADAOUI / YOUCEF CHELLALAH , Dictionnaire juridique , Français – Arabe , Librairie du LIBAN , 4e édition 1995.

51- LEMEUNIER , dictionnaire juridique , la maison du dictionnaire, France 1988.

52- Lexique des termes juridiques , DALLOZ, 13e édition 2001.

53-DR. YOUCEF M-REDA , EL KAMEL AL KABIR plus , dictionnaire du Français classique et contemporain, Français-Arabe librairie du LIBAN Publishers , edition 1996.

54-OMAR AL-AYOUBI , dictionary of economics english-frensh-arabic , academia , Bierut , Lebanon , 1995.

55- Prévention des difficultés des entreprises , recueil périodique des juris Classeurs , traité des sociétés volume 2 , article 217747 édition de juris Classeur 2000.

56- Textes non codifiés , recueil périodique des juris-classeurs, sociétés traitées , Textes , volume 2 , Article 339903 , édition de juris-classeur 2005.

57- THIERRY LAMARCHE , Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique , Octobre/Décembre 2006 , N°04 , édition DALLOZ .