

بنود التحكيم في القانون الأساسي للشركات التجارية: حالة عقود الشراكة في الجزائر

مفتاح بوجلال

أستاذ محاضر قسم (أ) كلية الحقوق و العلوم السياسية،
جامعة وهران 2

تمهيد

فتحت الجزائر المجال للاستثمار الأجنبي بالتدخل أكثر في الاقتصاد الوطني، بعد تبنيها بشكل متدرج ومتعدد لقواعد الاقتصاد الحرّ، ابتداء من السنوات الثمانين في القرن الماضي¹. لقد زاد هذا الانفتاح حتى أصبح يسمح للمؤسسات الخاضعة للقانون التجاري، بأن تشارك الإدارة العمومية بتفويضها (*délégation*) إياها المشاريع المرتبطة بتسيير المرافق العمومية². ولعل آلية المشاركة أو الشراكة (*partenariat*) من بين أهم الطرائق المستعملة من طرف المستثمر الأجنبي، لإقامة مشاريع تجارية مشتركة مع المؤسسات الوطنية، على أساس ما يسمى عقود الشراكة (*joint ventures*) المعمول بها في التجارة الدولية³. وهو ما يجري به العمل في العديد من دول العالم، لتشمل هذه الشراكة المؤسسات الاقتصادية

1 - القانون رقم 01-88 المؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية. الجريدة الرسمية، العدد 2، 13 يناير 1988، ص.30.

2 - أنظر المادة 207 وما بعدها من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. الجريدة الرسمية، العدد 50، 20 سبتمبر 2015، ص.3.

3 - MORÉTEAU, O. avec le concours de NEWCOMBE, S. et TUNC, A. *Droit anglais des affaires*. Paris : Dalloz , Delta, 2000, n°271, p. 159-160 : « création de la pratique américaine, la joint venture ou association d'entreprises est une technique très utilisée dans le commerce international ».

العمومية وكذا ما يسمى بالمؤسسات أو الهيئات⁴ (*établissements*) العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، لتمس حتى القطاعات الحيوية أو الإستراتيجية، كما هو عليه الشأن بالنسبة لعقود شراكة الشركات الأجنبية مع المؤسسة العمومية الاقتصادية سوناطراك (*SONATRACH*) السباقة في هذا النوع من التعاملات⁵، أو عقود الشراكة المبرمة في الآونة الأخيرة، بموجب النصوص الحديثة، مع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، التابعة للقطاع الاقتصادي للجيش الوطني الشعبي⁶ (*EPIC-ANP*)، وهذا بغرض الاستفادة من الخبرة و/أو التمويل الأجنبية⁷.

تجدر الإشارة إلى أن هذه الشراكة ليست مطلوبة فقط لأهداف اقتصادية محضة سواء بالنسبة للمتعامل الأجنبي أو المضيف الوطني، بل أصبحت مفروضة على الأجنبي ليسمح له بالاستثمار في الجزائر، بتحفيز الشريك الوطني، من خلال إلزام حيازة الطرف الجزائري لأغلبية رأس المال⁸، في المؤسسات المشتركة (*co*

4 - وهو المصطلح المستعمل في ظل التشريعات التي عنيت بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية. أنظر المادة 44 من القانون رقم 01-88 المؤرخ في 12 يناير 1988، السالف الذكر.

5 - تجدر الإشارة إلى أن هذه المؤسسة العمومية، كانت تعمل بموجب عقود الشراكة مع المؤسسات الأجنبية حتى في ظل نظام الاقتصاد الاشتراكي الذي كان معتمد من قبل. أنظر على سبيل المثال :

Rapports annuels d'activité, exercice 1970, p. 4 et s. et exercice 2007, p. 18 et s.

6 - المرسوم الرئاسي رقم 102-08 المؤرخ في 26 مارس 2008، يحدد القانون الأساسي النموذجي للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التابعة للقطاع الاقتصادي للجيش الوطني الشعبي. الجريدة الرسمية، العدد 17، 30 مارس 2008، ص..

7 - مجلة الجيش، العدد أبريل 2011، ص. 13 : « في إطار تعزيز علاقات التعاون بين الجزائر والإمارات العربية المتحدة وألمانيا في مجال صناعة الدفاع، يتمحور حول (...) شركة جزائرية إماراتية (ذات شكل شركة مساهمة تشكل من المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لوزارة الدفاع، مؤسسة تطوير صناعة السيارات بتيارت (EPIC/EDIVMDN) وكذا المؤسسة العمومية الاقتصادية/الشركة الوطنية للسيارات الصناعية (EPE/SNVI) مع صندوق الاستثمار أبار أبو ظبي (Aabar) وكشريك تكنولوجي المجمع الألماني دايملر (Daimler AG) (لإنتاج مركبات) من علامة مرسيدس بنز (Mercedes Benz)».

8 - « لا يمكن إنجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في إطار شراكة (*partenariat*) تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51 % على الأقل من رأس المال الاجتماعي. ويقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء ». تبعا للمادة 4 مكرر 1 الفقرة 2 من الأمر 03-01 المؤرخ في 20 غشت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار. الجريدة الرسمية، العدد 47، 22 غشت 2001، ص. 4. مع العلم أن هذه المادة تمت إضافتها إلى النص الأصلي (الأمر رقم 03-01 السالف الذكر)، بموجب الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 يوليو 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009. الجريدة الرسمية، العدد 44، 26 يوليو 2009، ص. 4.

بنود التحكيم في القانون الأساسي للشركات التجارية : حالة عقود الشراكة في الجزائر

(entreprises) الجزائرية-الأجنبية المنشأة في الجزائر⁹، على غرار ما يجري العمل به في الكثير من دول العالم المعاصر، لاسيما منها دول الخليج العربي¹⁰، بل ومنصوص عليه صراحة في قانون الشركات التجارية، كما في دولة الإمارات العربية المتحدة¹¹.

أما عن الشكل القانوني الذي تتخذه عقود الشراكة في القانون الجزائري، فهو بالذات شكل الشركات مثلما أصبحت تقضي به صراحة الأحكام الحالية¹². وهي تحديدا تلك الشركات التجارية المحددة في القانون التجاري، وعلى رأسها شركة المساهمة. لكن يجوز أيضا إخضاعها لقواعد القانون المدني المتعلقة بعقد الشركة (*pacte social*)، في ظروف معينة، مثلا إذا تعلق الأمر بالالتفاف على قاعدة المشاركة النسبية للشركاء الأجانب في المشروع المشترك، أو تقادي قاعدة تحريم المقدمات الصناعية، في ظل الأحكام الحالية لشركة المساهمة أو نصوص الشركة ذات المسؤولية المحدودة¹³، قبل تعديلها لاحقا¹⁴. ويتحقق ذلك مثلا من خلال توزيع الشركاء على عقدي شراكة، يتخذ الأول شكل شركة تجارية، أما الثاني، فيلحق به على أساس عقد شركة خاضع للقواعد العامة، مع الشخص الاعتباري الجديد، الذي

9 - تجدر الإشارة إلى أنه رغم إلغاء عن قاعدة تحفيز الشريك الوطني في ملكية رأس مال الشركات ذات الشريك أو الشركاء الأجانب، من خلال إلغاء الأمر 03-01 السالف الذكر، بموجب القانون رقم 09-16 المؤرخ في 3 غشت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار. الجريدة الرسمية، العدد 46، 3 غشت 2016، ص.18، وأن القانون الجديد لترقية الاستثمار، الذي أعاد وضع أغلب الأحكام المقررة في النص السابق، لم يتناول مسألة تحديد مشاركة المستثمر الأجنبي في ملكية رأس مال المؤسسة المشتركة (*association d'entreprises*)، إلا أن قاعدة المساهمة الوطنية المقيمة التي لا يجوز أن تقل عن نسبة 51 % من رأس المال الاجتماعي، أصبحت مقررة بموجب المادة 66 من القانون رقم 15-18 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المتضمن قانون المالية لسنة 2016. الجريدة الرسمية، العدد 72، 31 ديسمبر 2015، ص.3.

10 - NAJJAR, N. *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, Paris : éd. L.G.D.J, 2004 ; éd. Delta, 2007, n°45, p. 27 et s.

11 - تنص المادة 1-10 من القانون الاتحادي رقم 2 لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية على أنه : « فيما عدا شركة التضامن والتوصية البسيطة التي يجب أن يكون جميع الشركاء المتضامنين في أي منها من المواطنين يجب أن يكون في كل شركة تؤسس في الدولة شريك أو أكثر من المواطنين لا تقل حصته عن واحد وخمسين بالمائة من رأس مال الشركة ».

12 - وفق المادة 66 من القانون رقم 15-18 المذكور أعلاه.

13 - أنظر المادة 567 الفقرة 1 من القانون التجاري الجزائري، قبل تعديلها بموجب القانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري. الجريدة الرسمية، العدد 71، 30 ديسمبر 2015، ص.5.

14 - المادة 567 مكرر من القانون التجاري، مضافة بموجب القانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، السالف الذكر.

يجوز أن تتضمن تسميته ما يدل على عقد الشراكة اللاحق، على اعتبار أن اسم أو تسمية الشركة (*dénomination sociale*) في شركات الأموال على خلاف شركات الأشخاص، لا يلزم أن تتضمن أسماء الشركاء، إذ يجوز أن تكون مبتدعة مع بيان شكلها كشركة ذات مسؤولية محدودة¹⁵ أو شركة مساهمة¹⁶. لكن في المقابل، من غير الجائز في ظل القانون الجزائري، الاستعانة بشركة المحاصة لإنشاء عقد الشراكة، على أساس أن هذه الشركة التي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية، فضلا عن أنه مقبول بها سوى بين الأشخاص الطبيعية¹⁷. أما بالنسبة للتجمع أو التجمعات (*groupements*)، فهي آلية غير مناسبة (عمليا) في التجارة الدولية، على اعتبار أن أعضاء التجمع مسؤولون بالتضامن عن ديونه¹⁸، وهو ما يستبعد فكرة حصر مخاطر المغامرة التجارية.

تطرح عملية الاشتراك عادة، خاصة القائم منها على علاقات مميزة، وتدخل مباشر للشركاء في أعمال الشركة، كما هو شأن عقود الشراكة، مسألة طرائق حل الخلافات أو النزاعات المحتملة بين هؤلاء الشركاء¹⁹، لتصبح أمرا مهما لاستمرار الشراكة المجسدة في إطار القانون الأساسي الخاضع للقانون التجاري أو عقد الشركة الخاضع للقانون المدني. ولما كان التحكيم (التجاري) من أهم الطرائق البديلة، لحل الخلافات أو فض المنازعات التجارية لاسيما الدولية منها، فإن تركيبيه في الشركات التجارية يصبح مسألة جوهرية، تضمن استمرارها وتطورها، وفعالية وسرية تنظيمها وسيرها²⁰. وفق هذا المنظور، يعد عقد الشركة التجارية أو

15 - المادة 564 الفقرة 4 من القانون التجاري الجزائري.

16 - المادة 593 من القانون التجاري الجزائري.

17 - المادة 795 مكرر 1 من القانون التجاري الجزائري.

18 - المادة 799 مكرر 1 الفقرة 1 من القانون التجاري الجزائري.

19 - DAVID, R. L'arbitrage dans le commerce international. *Economica*, 1982, n°70, p. 86 : « L'arbitrage ne se présente pas toujours comme une procédure servant à résoudre des contestations ; il peut être aussi une technique de formation et de régulation des rapports contractuels ».

20 - BERSHIDA, T. Les clauses d'arbitrage statutaires en droit suisse. *ASA (Association Suisse de l'Arbitrage)*. Bulletin, 4/2009, p. 691 : « L'arbitrage en droit des sociétés a démontré sa plus grande utilité pratique en matière de contrats de joint venture ».

بنود التحكيم في القانون الأساسي للشركات التجارية : حالة عقود الشراكة في الجزائر

قانونها الأساسي (*statuts*) طبقاً لأحكام التقنين أو القانون التجاري الجزائري²¹، ذلك الاتفاق الذي يقرر الشركاء بموجبه، شروط أو بنود (*clauses*) محددة لنظام حياة الشركة التجارية، ابتداء من البيانات الخاصة بتكوينها وطريقة تسييرها وإدارتها إلى غاية انقضاءها وتصفيته أو تحويلها. إن هذه المراحل التي تمر عبرها الشركات التجارية، تتخللها عادة فترات خلافات أو نزاعات سواء بين الشركاء أو بين الشركاء والشركة و/أو هيئاتها (*organes sociaux*)، يتوجب تداركها وفق آلية التحكيم، لتسمح بالمحافظة على مصلحة الشركة وحماية انتمائها أو على الأقل ضمان سرية الأعمال أو التعاملات بين الشركاء، خاصة تلك التي تنشأ مع المستثمرين الأجانب²². مع العلم أن عقود الشراكة مع الأجنبي، تتضمن في بعض الأحيان ما يسمى بالبنود المخفية أو السرية (*clauses confidentielles*)، التي تشمل معلومات يتفق الشركاء على بقائها سرية، مما يستبعد بالضرورة اللجوء إلى القضاء النظامي المؤسس على مبدأ العلنية. كما يعني كذلك إعمال التحكيم بين المتعاملين الوطنيين، لاسيما إن كانت العلاقة الثنائية أو المتعددة تشمل مؤسسات اقتصادية عمومية وخاصة، تحتاج في سريانها أو تسييرها إلى عنصر المحافظة على السر المهني، وهو ما يعني في النهاية أن شرط التحكيم في حالة وضعه في القانون الأساسي، سوف يكون ذا بعد وطني و/أو دولي²³.

21 - يستعمل القانون التجاري الجزائري مصطلح القانون الأساسي بالنسبة للعقود الشركات التجارية. أما قانون الشركات التجارية القطري على سبيل المثال، فهو يستعمل مصطلح عقد الشركة، في مقابل القانون المدني الفرنسي الذي يفضل استعمال مصطلح القانون الأساسي (*statuts*) حتى بالنسبة للشركة الخاضعة لأحكام القانون المدني. أنظر :

Arts 1835 et s. Code civil français.

22 - تنص المادة 24 من قانون ترقية الاستثمار «الجديد» (القانون رقم 09-16 المؤرخ في 3 غشت 2016، المذكور أعلاه)، صراحة على أنه يخضع للقضاء الجزائري المختص كل خلاف ينشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية ويتسبب فيه المستثمر الأجنبي، ما لم توجد هناك اتفاقيات دولية ثنائية أو متعددة الأطراف موقعة عليها من طرف الجزائر تتعلق بالمصالحة أو التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند التسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص.

23 - FOUCHARD, Ph. ; GAILLARD, E. ; GOLDMAN, B. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris : Litec, 1996, n°1647, p. 968.

لا يتناول تقنين الشركات التجارية في القانون الجزائري على غرار القانون الفرنسي، موضوع التحكيم²⁴، وهو ما يجري العمل في جل التشريعات اللاتينية أو حتى التشريعات العربية المأخوذة عن القانون الفرنسي، سواء بصفة مباشرة أو حتى غير مباشرة، كما هو حال التشريعات الخليجية²⁵. لكن نصوص القانون التجاري أو الشركات التجارية، تظل في المقابل معنية به، على أساس أنه يتوجب على شرط التحكيم الوارد ضمن بنود العقد الأصلي أو القانون الأساسي للشركة أو الشراكة مراعاة قواعد النظام العام²⁶، في شقه المتعلق بالشركات أي نظام عام الشركات (*ordre public sociétaire*)، فضلا عن نظام عام التحكيم (*ordre public arbitrale*) المقرر بموجب قواعد التحكيم ضمن النصوص القانونية التي تحكمه، بالنسبة لوضعه في عقد الشركة أو قانونها الأساسي، ضمانا لعدم بطلانه (المبحث الأول). ثم بعد ذلك في تفعيل هذا البند (المبحث الثاني)، بالنظر لأحكام القانون الجزائري أو القانون المقارن والقانون الدولي بالنسبة للعلاقات مع المستثمر الأجنبي، تحت طائلة بطلان قرار التحكيم أو عدم تنفيذه²⁷ (*exequatur*)، ومن ثم، إمكانية انهيار عقد أو عقود الشراكة التي تتضمنه، بل والمساس بجديته وحتى بائتمان المؤسسات الاقتصادية المعنية بتلك الشراكة.

المبحث الأول: وضع شرط التحكيم في القانون الأساسي

يسمى القانون الأساسي باعتباره العقد المؤسس (*acte fondateur*) للشركة التجارية، على أي اتفاق آخر يمكن أن ينشأ بين الشركاء، سواء قبل وجودها أو تأسيسها خلال فترة المفاوضات، كما هو عليه الحال بالنسبة لما يمكن تسميته بخطاب النوايا (*lettre d'intention/letter of intent*) أو اتفاق التفاهم (*protocole d'accord/memorandum of understanding*)، أو بعد تأسيسها بالنسبة للاتفاقات السرية المبرمة بين الشركاء والتي تكون خارجة عن القانون الأساسي،

24- مع العلم أن التحكيم في مجال الشركات التجارية كان منصوصا عليه سابقا بشكل صريح في ظل القانون التجاري الفرنسي:

Voir, COHEN, D. *Arbitrage et société*. Paris : L.G.D.J., 1993, n°38, p. 25 et CAPRASSE, O. *Les sociétés et l'arbitrage*. Paris : BRUYLANT, L.G.D.J., 2002, p. 145 et s.

25 - مفتاح بوجلال. مميزات شركات التضامن في القانون القطري بالمقارنة مع القانون الفرنسي.

26 - المادة 1006 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

27 - D. COHEN, op. cit., n°s 240-241, p. 112 et s.

بنود التحكيم في القانون الأساسي للشركات التجارية : حالة عقود الشراكة في الجزائر

ما لم تلحق به صراحة. كما يسمو القانون الأساسي أيضا على القرارات الصادرة من الهيئات القانونية للشركات التجارية، ومن باب أولى هيئاتها الاختيارية. إن مثل هذا الوضع المعمول به في القانون الجزائري على غرار ما استقر عليه العمل في القانون الفرنسي، يمنح للشروط أو البنود الواردة في هذا العقد، التي يمكن تسميتها بالبنود التأسيسية أو الأساسية (في إشارة مباشرة إلى القانون الأساسي)، مرتبة خاصة بالمقارنة مع البنود العقدية الأخرى المرتبطة بالشركة التجارية²⁸.

ومن ثم، فإن بند أو بنود التحكيم الوارد في القانون الأساسي، تصبح متمتعة بمميزات أو خصوصيات القانون الأساسي، علاوة على خصائصها الذاتية، لتظهر أهمية شرط أو شروط التحكيم الوارد في عقد الشركة التجارية أو قانونها الأساسي، بالنظر إلى أي اتفاق (آخر) للتحكيم فيما يخص سير الشركات التجارية²⁹. لكن تجب الإشارة إلى أن القانون الأساسي لا يقتصر فقط على وثيقة العقد الذي يبرم ويجري توقيعه من طرف الشركاء، وإنما يشمل كل ما يمكن تسميته بالمركب الأساسي (*complexe statutaire*)، بمعنى أنه يمتد أيضا إلى الديباجة (*préambule*)، إذا كانت هذه الأخيرة واردة في وثيقة مستقلة عن عقد الشركة، بالإضافة إلى النظام الداخلي (*règlement intérieur*) لهيئاتها النظامية وعلى رأسها هيئات الإدارة³⁰. وبالتالي، فإن شرط التحكيم الوارد في ديباجة القانون الأساسي أو شرط التحكيم المحدد في النظام الداخلي، يعد شرطا أساسيا (*clause statutaire*) للتحكيم، ويعامل وفق هذه الوضعية، إذا تمت الإحالة إليه في القانون الأساسي أو العقد المؤسس³¹.

إن نصوص القانون الجزائري التي تنظم الشركات التجارية³² أو تلك التي تحكم عقد الشركة³³، على غرار أغلب التشريعات في القانون المقارن، كالتشريع

28 - بوجلال، مفتاح. التنظيمات الاتفاقية للشركات التجارية في القانون الجزائري والفرنسي. رسالة دكتوراه في

القانون : قانون الأعمال. وهران : كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011، ص. 5-6.

29 - لعلها من الأوضاع التي يتوجب فيها بالضرورة الوقوف على مسألة اختلاف شرط التحكيم عن اتفاق التحكيم، حتى وإن كان جانب من الفقه الفرنسي يرى عدم جدوى مثل هذا التمييز في الوقت الحالي. أنظر بخصوص هذا الموقف الأخير :

FOUCHARD, Ph. ; GAILLARD, E. ; GOLDMAN, B. , op. cit., n°386, p. 209 et suivantes
30- LE CANNU, P. *Le règlement intérieur des sociétés*. Bull. Joly soc. 1986, p. 723.

31 - مفتاح بوجلال. رسالة دكتوراه السالفة الذكر، ص. 3.

32 - المادة 544 وما بعدها من القانون التجاري الجزائري.

33 - المادة 416 وما بعدها من القانون المدني الجزائري.

التجاري الفرنسي التي أخذت عنه أغلب تشريعات الدول العربية، لا تتضمن - كما سبق ذكره - أحكاما خاصة بالتحكيم، مما يعني أنه يتوجب الرجوع إلى القواعد المتعلقة بشرط التحكيم في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لكن مع مراعاة خصوصيات عقد الشركة عموما والشركات التجارية على وجه الخصوص³⁴، على اعتبار أن العقد الأصلي للشراكة يتجسد عادة في نموذج شركة تجارية تخضع للقانون القانون التجاري، وأن عقد الشركة الذي يأتي بعد ذلك، يكون مكمل للعقد الأول ولاحقا به، على أساس اعتبارات قانونية محضة. كما أن الشركات التجارية وعلى رأسها شركة المساهمة تمثل النموذج المعمول به في القانون الجزائري، بالنسبة لعقود الشراكة بين المؤسسات أو الهيئات الاقتصادية العامة أو الخاصة الوطنية، وكذا الشركات أو المؤسسات الأجنبية بالنسبة للاستثمار الخارجي.

لم يحدد القانون الجزائري النزاعات التي يمكن أن تخضع للتحكيم في مجال الشركات التجارية، وبالتالي، فإن كل النزاعات المتعلقة بعقد الشركة أو الشراكة التجارية أو الصناعية أو غيرها، ابتداء من إبرام العقد المؤسس إلى غاية التصفية، طبقا للوضع الحالي في القانون الجزائري، يمكن أن تكون محلا للتحكيم الداخلي والدولي، مع احترام المحكم لقواعد اختصاصاته الواردة في عقد الشركة أو الشراكة والقانون الأساسي للشركة ذات الشخصية الاعتبارية، على أساس أن الشركة التجارية قبل إجراء القيد في السجل التجاري أو الشهر بالنسبة للشركات المدنية، تتمتع بحجية نسبية تخص فقط الشركاء المؤسسين (*associés fondateurs*)، ولا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون³⁵.

يخضع شرط أو بند التحكيم الداخلي وحتى الدولي، لقواعد قانونية تمس تحت طائلة مخالفته لقواعد النظام العام المتعلق بالشركات التجارية أو بتلك الخاصة بالتحكيم، سواء في الشكل الذي يتجسد به (المطلب الأول)، أو في الصيغة (*for mule*) التي يتخذها (المطلب الثاني)، بالنظر لموقعه في عقد الشركة أو قانونها الأساسي.

34 - المادة 546 من القانون التجاري الجزائري.

35 - المادة 417 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول: شكل بند التحكيم الأساسي

يثبت بند أو شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، بالكتابة في العقد الأصلي³⁶، ولما كانت الشركات التجارية في القانون الجزائري³⁷، تثبت بعقد رسمي أو موثق (*acte authentique*)، بالمقارنة مع القانون المدني³⁸، الذي لا يلزم سوى مجرد الكتابة (العرفية)، كما هو عليه الحال في التشريع الفرنسي³⁹. وهو ما يدفع للقول بأن شرط الكتابة المطلوب لصحة شرط التحكيم، مفروض ابتداء لوجود الشركة، بموجب عقدها الرسمي بالنسبة للشركات التجارية أو عقدها العرفي على الأقل، في حالة الشركات الخاضعة للقانون المدني، مما يفيد أن قواعد النظام العام المتعلقة بالتحكيم في هذه النقطة بالذات والخاصة بتأسيس الشركات، تتطابق مع قواعد النظام العام الخاص بالشركات التجارية والمدنية عند الاقتضاء.

كما تسري إلزامية الكتابة كذلك على شرط التحكيم التجاري الدولي، بمعنى بند التحكيم الوارد في القانون الأساسي، لما يجوز تسميته قانونا بالشركات التجارية الدولية، بمعنى الشركات الخاضعة للقانون الدولي الخاص، التي تمس بالضرورة في تأسيسها وتنظيمها الهيكلي وتمويلها وسيرها (*fonctionnement*) بصورة عامة، بالمصالح الاقتصادية (*intérêts économiques*) لدولتين على الأقل، حسب تعبير القانون الجزائري⁴⁰، للاستدلال عن توفر العنصر الأجنبي في الشركة التجارية المعنية⁴¹. وهو ما ينطبق على عقود الشراكة مع المؤسسات الاقتصادية الأجنبية. ومن ثم، تترتب كتابة شرط التحكيم، نتيجة كتابة عقد الشركة. ويجوز مع ذلك، مراعاة لمقتضيات التعامل التجاري الدولي، إثبات شرط التحكيم، في حالة غيابه في العقد، بأية وسيلة اتصال تجيز الإثبات بالكتابة، حسب ما تقضي به قواعد التشريع الجزائري⁴².

36 - المادة 1008 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

37 - المادة 545 الفقرة 1 من القانون التجاري الجزائري.

38 - المادة 418 من القانون المدني الجزائري.

39 - مع الإشارة إلى أن شرط الكتابة بالنسبة لعقد الشركة وارد في القانون الفرنسي ضمن أحكام القانون المدني :

Voir, art. 1443 Code de procédure civile français et art. 1835 Code civil français.

40 - المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

41 - بالمقارنة مع القانون الفرنسي الذي يستعمل عبارة « مصالح التجارة الدولية » :

Art. 1504 Code de procédure civile français : « est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

42 - المادة 1040 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

تفترض الكتابة المفروضة بالنسبة لعقد الشركة وبندها أو بنوده التحكيمية، الموافقة على عقد الشركة أو قانونها الأساسي، وبالتالي، القبول بالخضوع للتحكيم المقرر بموجب شروط العقد، في حالة الشركة التابعة المشتركة (*filiale com-mune*)، بمناسبة الاستثمار المشترك وطني-أجنبي، أو إقراراً من الشريك المنضم لاحقاً للشركة المعنية بخضوعه للتحكيم. أما عن صحة شرط التحكيم، في إطار ما يمكن تسميته بعقود الشراكة المركبة⁴³ (*joint-ventures superposées*)، فإنه يكفي مجرد الإحالة على بند التحكيم الوارد في العقد الابتدائي أو الأصلي، الذي يقوم على أساسه المشروع، أو يجمع أكبر عدد من الشركاء المستثمرين المشاركين فيه، باعتبار أن عقود الشراكة المركبة، تشكل في الحقيقة عقداً واحداً للاستثمار المشترك، حتى وإن تعددت العقود أو الوثائق التي تنظمه⁴⁴.

يقرر القانون المقارن، بالنظر لتشريع العديد من الدول الأوروبية كهولندا وفنلندا والنمسا والسويد، صحة شرط التحكيم بالنسبة لكافة الشركاء، بمجرد الموافقة على الانضمام إلى عقد الشركة التجارية المعنية⁴⁵، بغض النظر عن الإجراءات المطلوب لعملية الانضمام. أما القانون الفرنسي، فهو في المقابل لا يضع أية شكلية لصحة اتفاق التحكيم في العقود المتعلقة بمصالح التجارة الدولية⁴⁶. كما يقرر القضاء الفرنسي⁴⁷ صحة بند التحكيم الأساسي بالنسبة لغير الشركاء، طالما ظهر أن تعاملهم مع الشركة المعنية كان مشابهاً لتصرف الشركاء - وهو ما ينطبق على حالة عقود الشراكة المركبة في الجزائر - لتصبح موافقتهم على التحكيم الوارد بقانونها الأساسي مقررّة بصفة ضمنية.

43 - راجع في هذا الصدد، الأمثلة المذكورة أعلاه، ص. 1 و 2.

44 - وهو ما ينطبق عليه مفهوم مجموعة العقود (*Groupe de contrats*)، حسب جانب من الفقهاء الفرنسيين في مجال التحكيم :

Voir, FOUCHARD, Ph. ; GAILLARD, E. ; GOLDMAN, B., op. cit., n°519, p. 317-318.

كما يمكن أن ينطبق عليه وصف «المجموع العقدي الموحد» (*ensemble contractuel unifié*)، حسب تعبير بعض المحكمين في غرفة التجارة الدولية :

COHEN, D. , op. cit., n°529, p. 277.

45 - BERSHIDA, T. *Les clauses d'arbitrage statutaires en droit suisse*, op. cit., p. 695-696.

46- Art. 1507 Code de procédure civile français.

47 - Voir, l'arrêt de la Cour de Paris du 22 mai 2008, *Joseph Abela Family Foundation c/ Albert Abela Family Foundation* [et al.], Rev. arb. 2008, p. 730.

بنود التحكيم في القانون الأساسي للشركات التجارية : حالة عقود الشراكة في الجزائر

أما القانون السويسري فهو يميز بين شركات الأشخاص وشركات الأموال، بحيث يعامل شركات الأشخاص ومن بينها شركة التضامن⁴⁸ كمجرد عقد، ومن ثم، فهو لا يمنحها الشخصية الاعتبارية (على غرار شركة المحاصة في القانون التجاري الجزائري⁴⁹ والقانون المدني الفرنسي⁵⁰)، ليفرض الموافقة الكتابية (الصريحة) على شرط التحكيم، وليس مجرد الموافقة على عقد الشركة عند الانضمام إليها. أما بالنسبة لشركة المساهمة كشركة أموال، وعلى أساس الطابع النظامي الذي يسودها، فإنه يتطلب وفقا لما يراه جانب من الفقه السويسري⁵¹، موافقة المساهمين المؤسسين وكذا اللاحقين الحاملين للأسهم الاسمية – مما يعني استبعاد أصحاب الأسهم لحاملها⁵² – على التحكيم الوارد في القانون الأساسي، بواسطة ما يسمى «إعلان الانضمام» (*déclaration d'adhésion*)، بحجة أن التحكيم يشكل تنازلا عن حقهم في اللجوء إلى القضاء. لكن لا تشترط مثل هذه الشكليات في شأن التحكيم التجاري الدولي، بحيث يعترف القضاء السويسري بصحة شرط التحكيم الأساسي، ما دام بالإمكان إثبات نية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم⁵³. وفي هذا السياق، تقضي قواعد التحكيم التجاري الدولي، لاسيما تلك الواردة في القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي⁵⁴ (CNUDCI)، بأن القبول بالخضوع إلى التحكيم التجاري الدولي، يتوجب أن يتحقق من خلال التعبير عن الإرادة الذي لا يدع أي مجال للشك.

يسري شرط الكتابة بالنسبة لبند التحكيم أيضا على الوثائق الأخرى المنظمة لسير الشركات التجارية، كما هو شأن النظام الداخلي⁵⁵، إذ يعد من الناحية القانونية،

48- Arts 552 et s. Code des obligations suisse

49 - المادة 795 مكرر 2 من القانون التجاري الجزائري.

50 - Arts 1871 et s. Code civil français.

51 - BERSHIDA, T., op.cit., p. 698 et s.

52 - Concernant la distinction entre les actions nominatives et les actions au porteur : SALAH, M. *Les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions*. Oran : Edik, 2001, n°12, p. 27.

53 - BERSHIDA, T., op. cit., p. 700.

54 - *Loi type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, sur l'arbitrage commercial international*, adoptée par l'assemblée générale des Nations Unis, le 11 décembre 1985.

55 - BONNEAU, T. *Le règlement intérieur de la société*, *Revue droit des sociétés*, 1994, p. 1.

وثيقة تابعة للقانون الأساسي، ليصبح شرط التحكيم الوارد في النظام الداخلي، بندا أساسيا (*clause statutaire*) قابلا للتطبيق، باعتباره جزء من القانون الأساسي للشركة التجارية⁵⁶، لكن بشرط ألا يكون ذلك النظام الداخلي مخالفا في بنوده لقانونها الأساسي⁵⁷، وأن تتم «الإحالة» إليه من هذه الوثيقة الأخيرة، كونها الاتفاقية المرجعية أو الأصلية⁵⁸، بحجة أن الانضمام إلى الشركة التجارية يعني بالضرورة، الموافقة على جميع بنود القانون الأساسي وكذا ملحقاته الواردة في الوثائق المرتبطة به. كما يجوز أن تتجسد تلك الإحالة بصيغة عامة أو بمرجعية إجمالية (*référence globale*)، كما هو معمول به في القانون السويسري، الذي يشترط قضاؤه توفر «علم» الطرف المنضم إلى الشركة بوجود شرط التحكيم، وهذا بالرجوع إلى العرف التجاري أو ظروف أخرى واقعية⁵⁹، وهو ما يسري عليه العمل في المجال التجاري، خاصة المعمول به في ظل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي⁶⁰.

المطلب الثاني: صيغة شرط التحكيم الأساسي

تثير صيغة بند أو بنود التحكيم ابتداء مسألة اللغة التي تدون بها والمصطلحات المستعملة في تفعيلها عند الاقتضاء، خاصة إذا تعلق الأمر بالتحكيم في عقود الشراكة المرتبطة بالتجارة الدولية. وفي هذا الشأن، يعتبر قانون تعميم استعمال اللغة العربية⁶¹، أن اللغة العربية مقوم من مقومات الشخصية الوطنية الراسخة وثابت من ثوابت الأمة⁶²، ويجسد العمل بها مظهرا من مظاهر السيادة واستعمالها

56 - راجع أعلاه، ص.5.

57 - O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, op. cit., n°420, p. 385.

58 - المادة 1008 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

59 - BERSHIDA, T. , op. cit., p. 698 : « pour qu'une référence globale soit suffisante, la jurisprudence pose une condition supplémentaire, à savoir que la partie adhérent à la clause compromissoire par référence se rende compte de son existence en raison de l'usage dans les affaires ou d'autres circonstances ».

60- Art. 7 de la Loi type CNUDCI modifié par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006.

61 - القانون رقم 05-91 المؤرخ في 16 يناير 1991 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية. الجريدة الرسمية، العدد 03، 16 يناير 1991، ص. 44 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 30-96 المؤرخ في 21 ديسمبر 1996. الجريدة الرسمية، 22 ديسمبر 1996، العدد 81، ص.5.

62 - المادة 2 الفقرة 1 من القانون رقم 05-91 المؤرخ في 16 يناير 1991، المذكور أعلاه.

بنود التحكيم في القانون الأساسي للشركات التجارية : حالة عقود الشراكة في الجزائر

من النظام العام⁶³. تحرر العقود باللغة العربية وحدها، تحت طائلة منع تسجيلها أو شهرها إذا كانت بغير اللغة العربية⁶⁴. كما يوجب على كافة الإدارات العمومية (*administrations publiques*) والهيئات (*institutions*) والمؤسسات (*en-treprises*) والجمعيات (*associations*) استعمال اللغة العربية دون غيرها، في كل أعمالها الداخلية والخارجية، الإدارية والمالية والفنية⁶⁵. وتعد جميع الوثائق الرسمية بما في ذلك العقود المحررة بغير اللغة العربية باطلة⁶⁶.

تسري هذه الأحكام بطبيعة الحال، على جميع الشركات التجارية (الخاصة) والمؤسسات العمومية والاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، كما تخضع لها عقود الشراكة مع المؤسسات الأجنبية التي تستثمر في الجزائر. وهذا يعني أن العقود أو القوانين الأساسية المؤسسة لجميع تلك التجمعات الاقتصادية، يلزم أن تحرر ابتداء باللغة العربية، وأن تحرر باقية لغة أخرى، يظل مجرد ترجمة لا تتمتع بأية حجية قانونية، ولا تمثل بأية حال من الأحوال تجسيدا لإرادة الجانب الجزائري في إبرام العقد الأصلي، ومن ثم، اتفاق التحكيم الوارد به، وهو ما يتوجب مراعاته من لدن الهيئات القضائية أو التحكيمية، الوطنية أو الأجنبية، عند النظر في صحة اتفاق التحكيم، مراعاة لقواعد النظام العام.

لكن يجب التمييز بين لغة تحرير اتفاق التحكيم (*langue du compromis*) و (*d'arbitrage*)، بمعنى لغة تأسيس التحكيم، ولغة (سريان) التحكيم (*langue d'arbitrage*)، أي لغة متابعة إجراءات التحكيم، التي تخضع مبدئيا للاتفاق المشترك، أو تكون لغة العقد الأصلي، أو اللغة التي يحددها المحكم أو نظام التحكيم بالنسبة لهيئات التحكيم النظامية الدولية عند الاقتضاء.

أما من حيث المضمون الكتابي، فإن القواعد الإجرائية في القانون الجزائري بشأن التحكيم الداخلي، تفرض تعيين المحكمين أو على الأقل تحديد كيفية تعيينهم، ضمن الشروط الواردة في العقد الأصلي، وذلك تحت طائلة البطلان⁶⁷. وهذا يعني أن مثل هذا البيان الإلزامي مطلوب في شرط التحكيم الوارد في القانون الأساسي

63 - المادة 2 الفقرة 2 من القانون رقم 05-91 السالف الذكر.

64 - المادة 6 من القانون رقم 05-91 السالف الذكر.

65 - المادة 4 من القانون رقم 05-91 السالف الذكر.

66 - المادة 29 الفقرة 1 من القانون رقم 05-91 السالف الذكر.

67 - المادة 1008 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

والوثائق الملحقة بعقد الشركة. ويجوز تصحيح شرط التحكيم الذي يمكن أن يفقد هذا البيان، من خلال تعديل العقد، سواء قبل قيد الشركة في السجل التجاري بشرط موافقة كافة الشركاء، عملاً بالقواعد العامة⁶⁸، أو بعد عملية قيد الشركة التجارية، بالرجوع إلى قواعد تعديل القانون الأساسي لكل شكل من أشكال الشركات التجارية المتمتعة بالشخصية الاعتبارية. إذ يتطلب الإجماع مثلاً بالنسبة لشركة التضامن⁶⁹ وأغلبية الشركاء المالكين لثلاثة أرباع (3/4) رأس المال في الشركة ذات المسؤولية المحدودة⁷⁰ وأغلبية ثلثي (3/2) الأصوات في شركة المساهمة⁷¹. بالمقارنة مع القانون الفرنسي، الذي كان في السابق يقضي أيضاً ببطالان ما يسمى بالشرط أو البند الأبيض⁷² (*clause blanche*)، نظراً لمضمونه الذي تغيب عنه تلك البيانات، لكنه أصبح بعد ذلك يتعامل بأكثر مرونة مع قواعد التحكيم⁷³، فهو لا يلزم تعيين المحكمين، وإنما إمكانية تعيينهم ضمن شرط التحكيم، أو من خلال الإحالة إلى نظام تحكيم (*règlement d'arbitrage*) محدد مسبقاً، أو قواعد الإجراءات المدنية في مجال التحكيم الداخلي.

تنور أيضاً بمناسبة النص على تعيين المحكم ضمن شروط التحكيم الواردة في عقد الشركة، مسألة إمكانية ردّه واستبداله، وفي هذا الصدد يجوز لأطراف العقد تحديد أسباب الردّ ضمن بند التحكيم الأساسي، أو إدراج نظام تسوية النزاعات التي قد تثار بمناسبة تعيين المحكمين بصفة عامة، وهذا لتلافي كل حالة تنازع مصالح يمكن أن تمس مصداقية التحكيم في حدّ ذاته. كما يمكن بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري⁷⁴، أن يتفق الشركاء على مسألة التعيين المسبق للمحكمين، لتصبح إمكانية الردّ غير مقبولة قانوناً، إلا لسبب علم به بعد تعيين المحكم «فعلياً»، لأن العلم يمكن أن يتحقق بعد التوقيع على عقد الشركة وقبل تفعيل شرط التحكيم، وفي هذه الحالة الأخيرة، يتوجب على الشريك المعني،

68 - المادة 106 من القانون المدني الجزائري. بالمقارنة مع نفس الوضع في القانون المدني الفرنسي:

Art. 1134 al. 2 Code civil français.

69 - المادة 556 الفقرة 1 من القانون التجاري الجزائري.

70 - المادة 586 من القانون التجاري الجزائري.

71 - المادة 674 الفقرة 2 من القانون التجاري الجزائري.

72 - FOUCHARD, Ph. ; GAILLARD, E. ; GOLDMAN, B., op. cit., n°486, p. 286-287.

73 - Art. 1444 Code de procédure français.

74 - المادة 1016 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

بنود التحكيم في القانون الأساسي للشركات التجارية : حالة عقود الشراكة في الجزائر

دعوة الجمعية العامة للشركاء وتعديل القانون الأساسي، خاصة في الشركات ذات العدد البسيط من الشركاء، كما هو عليه الحال عادة في شركات الأشخاص، أو شركات الأموال الصغيرة الحجم كالشركة ذات المسؤولية المحدودة⁷⁵. كما يجوز كذلك اللجوء إلى قاضي الاستعجال، لتسوية إجراءات الرد⁷⁶، وإن كان هذا الحل الأخير، يُفقد التحكيم الوارد في عقد الشركة التجارية أهم مميزاته، ألا وهو السرية في التعامل مع النزاعات المرتبطة بالشركات التجارية ذات الشخصية الاعتبارية، كوعاء لعقود الشراكة في القانون الجزائري.

في المقابل، لا يشترط قانون الإجراءات الجزائري⁷⁷ على غرار نظيره الفرنسي⁷⁸، تعيين المحكمين ضمن بند التحكيم التجاري الوارد في العقود الدولية، مراعاة منه بدون شك لمقتضيات التجارة الدولية. وبالتالي، يصبح تعيين المحكمين أو كيفية تعيينهم بالنسبة لشرط التحكيم الأساسي الدولي، مؤطرا بموجب نصوص نظام تحكيم دولي، كالقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة، السالف الذكر، أو نظام غرفة التجارة الدولية (*règlement C.C.I.*) على سبيل المثال، أو بالرجوع إلى قواعد تنازع القوانين، وفق أحكام القانون الفرنسي⁷⁹. بالمقارنة مع القانون الإيطالي الذي لا يسمح فيه للشركاء، تحت طائلة البطلان، بتعيين المحكمين مباشرة، وإنما فقط النص على عدد وكيفية تعيين المحكمين، وتخويل سلطة التعيين لشخص خارج الشركة⁸⁰.

المبحث الثاني: تفعيل بند التحكيم الوارد في القانون الأساسي

يستمد بند أو شرط التحكيم الوارد في القانون الأساسي مشروعيته، وفق أحكام قانون الشركات التجارية، بحسب وضعية الشركة التجارية المعنية. إذ يمكن أن

75 - على الرغم من أن المشرع الجزائري قام بتعديل أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة بإلغاء الحد الأدنى القانوني لقيمة رأس المال والسماح بتقديم العمل كحصة في هذه الشركة التجارية، وفق القانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 (الجريدة الرسمية، العدد 71، 30 ديسمبر 2015، ص.5)، إلا أنه حافظ على طابعها المالي، من خلال تدعيمه بأحكام تشير إلى كيفية دفع المقدمات النقدية وإيداع المال الناتج عن تسديد قيمة الحصص لدى الموثق. أنظر المادتين 596 و598 على التوالي من القانون التجاري الجزائري.

76 - المادة 1016 الفقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

77 - المادة 1041 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

78- Art. 1507 Code de procédure français.

79- Art. 1508 Code de procédure français.

80 - BERSHIDA, T., op. cit., p. 694.

يكون بندا في عقد الشركة، يخضع لجميع الأحكام المتعلقة بالعقد (التجاري) سواء فيما يتعلق بإبرامه بين الشركاء أو انقضائه. كما يكون شرط التحكيم أيضاً جزء من نظام الشركة التجارية باعتبارها شخصاً معنوياً، ابتداء من تاريخ قيدها في السجل التجاري - وهذا بغض النظر عن مسألة بطلانها - إلى غاية إنهاء إجراءات التصفية والشطب من السجل التجاري، على أساس أن عملية القيد تلك، هي التي تمنح للشركة التجارية الشخصية الاعتبارية، في ظل التشريعات المأخوذة مباشرة عن القانون الفرنسي⁸¹، كما هو عليه الحال بالنسبة للقانون الجزائري⁸²، وأن عملية الشطب من السجل التجاري في المقابل، هي التي تمحو هذه الشخصية المعنوية من الوجود، في كل ما يتعلق بالأعمال المرتبطة بالشركة التجارية اتجاه الغير⁸³. أما الشركات الخاضعة في القانون الجزائري للقواعد العامة، والتي تكتسب وجودها اتجاه الغير بعد القيام بإجراء النشر للإعلام، فهي تشكل جزء من عقود الشراكة المعمول بها في القانون الجزائري، وبالتالي، فغرضها تجاري استثماري، بمعنى أنها تكون تجارية بحسب موضوعها المرتبط بسلسلة العقود الأخرى، وهو ما يجعلها خاضعة بدورها لإجراء القيد في السجل التجاري، إن كان الأمر يتعلق بإنشاء شخصية قانونية مستقلة.

وعليه، فإن بند أو بنود التحكيم التي تمس الشركة التجارية كشخص اعتباري، تكون غير قابلة للتطبيق، إلا بعد قيد عقد الشركة التجارية - بحسب شكلها أو موضوعها - في السجل التجاري، أما قبل ذلك، فتطبق بنود التحكيم في إطار العقد الأصلي، في شأن أعمالها ابتداء من خلال تحديد الأطراف المخولة بإجراءات التحكيم، وكذا النزاعات التي يمكن أن تنشأ في ظل غياب (*absence*) أو شفافية (*transparence*) الشخصية الاعتبارية. وبالتالي، فإنه يجب التمييز في شأن تفعيل بنود التحكيم الوارد في عقد الشراكة في القانون الجزائري، بين تطبيقها بخصوص الشركة التجارية قبل قيدها في السجل التجاري، باعتبارها مجرد عقد (المطلب الأول)، وبعد القيام بإجراءات قيد القانون الأساسي في السجل التجاري، كونها تصبح كائن قانوني قائم بذاته (المطلب الثاني)، على اعتبار أن نشوء الشخصية الاعتبارية، سوف يغير بالضرورة نظام التحكيم المطبق بشأنها.

81 - Art. 210-6 al. 1 Code de commerce français.

82 - المادة 549 الفقرة 1 من القانون التجاري الجزائري.

83 - المادة 775 من القانون التجاري الجزائري بالمقارنة مع نفس مع القانون الفرنسي :

Arts L. 237-11 et R. 237-9 Code de commerce français.

المطلب الأول: بنود التحكيم في الشركة التجارية كعقد

إن النزاعات التي يفصلها التحكيم خلال المرحلة السابقة لقيد الشركة التجارية في السجل التجاري، تتنوع فقط بالنظر إلى موضوعها، لأن أطراف النزاع خلال هذه المرحلة هم أساسا الشركاء فيما بينهم، طالما أن الشركة كعقد، لا تتمتع بعد بالشخصية الاعتبارية في القانون الجزائري، وكما هو عليه الحال بالنسبة لشركة المحاصة⁸⁴، أو شركات الأشخاص في القانون السويسري أو الانكليزي. ومن ثم يصبح شرط التحكيم، قابلا للتطبيق عليهم، بالنظر لحجته النسبية في مواجهة أطراف العقد. أما عن تعاملات الشركاء اتجاه الغير، فهي لا تحتاج للشخصية الاعتبارية، حتى وإن كان النزاع مرتبطا بالشركة قيد التأسيس أو التكوين (-so *ciété en formation*)، فالمؤسسون الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها اتجاه الغير خلال هذه المرحلة، يعدون في النهاية، متضامنين من غير تحديد في أموالهم عن آثار تلك التعهدات⁸⁵، حتى ولو تضمنت القواعد العامة⁸⁶، حق الغير في التمسك بالشخصية الاعتبارية للشركة، طالما لم تقم بإجراءات الإشهار القانونية، أو أمكن الاعتماد بموجب قواعد القانون التجاري على ما يسمى بنظرية الشركة الظاهرة (*société apparente*)، ما دام أن تضامن المؤسسين يضمن حقوق الغير.

أما بالنسبة للشركات التي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية، فأمر وجودها غير مطروح بالنسبة للغير، إذ يحاسب كل شريك على حسب التزاماته تعاقدية (الشخصية)، دون الأخذ بعين الاعتبار وضعية الشريك أو الشركاء الآخرين، وهذا ما لم يتم متابعتهم مجتمعين، على أساس تصرف يفرض تضامنهم خارج إطار الشركة المعنية، أي دون أخذها بعين الاعتبار. وفيما يعني عقود الشراكة المركبة السالف ذكرها⁸⁷، والتي من المحتمل أن تتضمن ارتباط شركات ذات شخصية اعتبارية وأخرى بدونها، فإن الأمر يتعلق في هذه الحالة، بإخضاعها كلية لنظام التحكيم الذي يسري على الشركات التجارية ذات الشخصية الاعتبارية، على أساس غلبة نظامها القانوني – سواء من حيث التركيب و/أو الغاية المتوخاة من هذا النوع من التركيبات – هو الغالب في مثل هذه الحالة.

84 - المادة 795 مكرر 2 الفقرة 1 من القانون التجاري الجزائري.

85 - المادة 549 الفقرة 1 من القانون التجاري الجزائري.

86 - المادة 417 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

87 - راجع أعلاه، ص. 6-7.

كما تجب الإشارة إلى أنه لا تثور خلال ما يمكن تسميته بالمرحلة العقدية، وعلى خلاف المرحلة النظامية⁸⁸، مسألة السلطة اللازمة لتفعيل شرط التحكيم في عقد الشركة التجارية، ذلك أنه من حق كل مؤسس و/أو شريك في ظل حالة غياب أو شفافية الشخصية الاعتبارية للشركة المعنية، طرح نزاعه المتعلق بأعمال (مشروع) الشركة أمام هيئة التحكيم، أو حتى الدفع بعدم اختصاص القضاء النظامي للنظر في النزاع المتعلق بتلك الأعمال، عند الحاجة.

أما فيما يخص موضوع النزاعات التي تستدعي تدخل التحكيم، فهي تعني بمقتضى هذه الوضعية الخاصة، مسألة صحة عقد الشركة (أولا)، وكذا النزاعات الواقعة بين المؤسسين أو الشركاء (ثانيا) في شأن حقوقهم والتزاماتهم، المقررة بموجب العقد، سواء بمقتضى أحكام القانون المدني أو القانون التجاري، وهي نزاعات على درجة كبيرة من الأهمية، بل أنها يمكن أن تصبح مصيرية بالنسبة لوجود الشركة التجارية في حد ذاته.

حتى إن كانت الشركة الباطلة، تخضع في ظل القانون الجزائري على غرار نظيره الفرنسي، لإجراءات التصفية المتعلقة بالشركات ذات الشخصية الاعتبارية⁸⁹، إلا أن هذه الشخصية الاعتبارية (المفترضة) تكون مقررة في هذه الحالة فقط لمصلحة عملية التصفية اتجاه الشركاء، طالما تحمل الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها من غير تحديد وبالتضامن⁹⁰، جميع الالتزامات التي تترتب بعد التصفية في مواجهة الغير. إن هذا الوضع المتعلق بالشركاء دون الشخصية المستقلة للشركة، يسري كذلك على شركة المحاصة بموجب نصوص القانون التجاري الجزائري⁹¹ أو نصوص القانون المدني الفرنسي⁹²، والتي تتناول في نفس السياق الشركة الواقعية⁹³ (*société crée de fait*).

88 - أنظر أسفله، ص. 17.

89 - المادة 741 من القانون التجاري الجزائري.

90 - المادة 549 من القانون التجاري الجزائري، بالمقارنة مع نفس الوضع في التشريع الفرنسي :

Art. L. 210-6 al. 2 Code de commerce français.

91 - المادة 795 مكرر 2 الفقرة 1 من القانون التجاري الجزائري.

92- Art. 1871 al. 1 Code civil français.

93- Art. 1873 Code civil français.

أولاً: النزاعات المرتبطة بصحة عقد الشركة التجارية

تقضي القواعد المقررة لتكوين الشركات التجارية، معاملتها كعقد مؤسس لهذه الشركات، ليصبح شرط التحكيم قابلاً للتطبيق بين الشركاء المتعاقدين. والواقع أن مرحلة تكوين أو تأسيس الشركات التجارية، لا تطرح أية إشكالية في تطبيق شرط التحكيم كأحد بنود العقد الأصلي، بل أن التعامل مع هذا الشرط في حالة وقوع نزاع خلال هذه المرحلة الابتدائية، سوف يجسد أو على العكس من ذلك، ينفي نية الاشتراك (*affectio societatis*) باعتبارها من الأركان الجوهرية أو الخاصة، التي يقوم على أساسها عقد الشركة⁹⁴.

ينحصر بطلان الشركات التجارية⁹⁵، باعتباره الإطار القانوني للنظام العام المقرر بالنسبة للشركة التجارية، ضمن الحالات المحددة ضمن القانون التجاري والمدني. وهو ما يعني حصرياً البطلان المترتب عن فقدان الأركان العامة، أي الأهلية الخاصة بالشخص الطبيعي، بشرط أن تصيب جميع الشركاء في حالة شركة المساهمة وذات المسؤولية المحدودة⁹⁶. ويسري نفس المنطق على أحكام البطلان الواقعة على محل⁹⁷ (*objet*) العقد وسبب⁹⁸ (*cause*) العقد، لاسيما تلك الموافقة للنظام العام الدولي (*ordre public international*)، في حالة النزاعات مع الطرف الأجنبي. أما فقدان ما يسمى بالأركان الخاصة بعقد الشركة، فلا يرتب البطلان وفقاً لأحكام قانون الشركات التجارية، إلا بالنسبة لوجود شرط الأسد ضمن بنود القانون الأساسي⁹⁹، لكن مع مراعاة الاستثناءات المقررة بموجب القانون المدني¹⁰⁰ والقانون التجاري، في شأن شركات المساهمة وذات المسؤولية

94- SALAH, M. *Les sociétés commerciales. T. 1, les règles communes, la société en nom collectif, la société en commandite simple*. Oran : EDIK, 2005, n°110, p.76.

95- المادة 733 الفقرة 1 من القانون التجاري الجزائري. بالمقارنة مع نفس الوضع عموماً في القانون التجاري الفرنسي:

Voir, art. L. 235-1 al. 1 Code de commerce français.

96- . المادة 733 الفقرة 1 من القانون التجاري الجزائري.

97 - المادة 92 وما بعدها من القانون المدني.

98 - المادة 97 من القانون المدني.

99 - المادة 426 الفقرة 1 من القانون المدني.

100 - المادة 426 الفقرة 2 من القانون المدني.

المحدودة¹⁰¹. بالإضافة إلى حالات البطلان المترتبة عن تخلف شكلية العقد الرسمي بالنسبة للشركات التجارية أو على الأقل الكتابة فيما يخص الشركات الخاضعة لأحكام القانون المدني.

ويمكن أن يكون من مصلحة المؤسسين المطالبة ببطلان الشركة قبل قيدها في السجل التجاري، باعتبار أن الشركة الباطلة غير قابلة مبدئياً للقيّد، فهي مجرد عقد باطل. غير أن القانون الجزائري، لم يتناول ضمن أحكامه ما يتعلق بوضعية شرط التحكيم في حالة بطلان العقود عموماً وعقد الشركة أو الشراكة على وجه الخصوص، بمعنى مدى إمكانية تفعيل شرط التحكيم في عقود الشركات الباطلة، سوى في حالة التحكيم التجاري الدولي، من خلال تقرير مبدأ استقلالية العقد الأصلي شرط التحكيم، المعمول به في عقود التجارة الدولية¹⁰²، أي أن بطلان العقد الأصلي لا يمس شرط التحكيم. إن مبدأ الاستقلالية من المفترض أن يمتد أيضاً وفق هذا المنطق، إلى عقود الشراكة بين المؤسسات الوطنية، إذ ليس هناك ما يبرر تمييزها عن عقود الشراكة مع المؤسسات الأجنبية، إن كان الأمر يتعلق بممارسة أعمال تجارية. علاوة على ذلك، تقرر القواعد العامة العقدية¹⁰³، صحة العقد رغم بطلان شق منه، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتيم دون شقه الباطل، وهو ما يمكن أن ينطبق على حالة بطلان شروط العقد الأصلي، من جهة، وصحة بنوده التحكيمية، من جهة أخرى، نظراً لحالة الاستقلالية الواقعية القائمة بينهما. أما في ظل القانون الفرنسي، فإن القضاء ما زال يتحفظ في مسألة إخضاع نزاعات بطلان الشركة للتحكيم¹⁰⁴، الأمر ينتقده جانب من الفقه الفرنسي، الذي يرى ضرورة مراجعة هذا الموقف، والتوسع في إخضاع نزاعات البطلان للتحكيم، على غرار ما هو معمول به بالنسبة لحل الشركة التجارية وتصفيته¹⁰⁵.

إن بطلان عقد الشركة أو قانونها الأساسي، ليس مرتبطاً بالضرورة بالشركة في مرحلة إنشائها، بحيث يمكن أيضاً لنزاعات بطلان الشركة، أن تثور بعد قيدها في

101 - المادة 733 الفقرة 1 من القانون التجاري.

102 - FOUCHARD, Ph. ; GAILLARD, E. ; GOLDMAN, B. *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., n°389, p. 213 et s.

103 - المادة 104 من القانون المدني الجزائري.

104 - COHEN, D. , op. cit., n°293, p. 142 et s.

105 - أنظر أسفله، ص.21.

بنود التحكيم في القانون الأساسي للشركات التجارية : حالة عقود الشراكة في الجزائر

السجل التجاري، أي بعد اكتسابها للشخصية الاعتبارية، مما يعني إمكانية تعاملها مع الغير. وفي هذه الحالة الأخيرة، تخضع قابلية خضوع نزاعات البطلان للتحكيم الوارد في القانون الأساسي كذلك، لنفس القواعد المقررة بمناسبة تصفية الشركات التجارية، على اعتبار أن قواعد قانون الشركات التجارية، تقرر عدم سريان آثار البطلان بأثر رجعي، مراعاة للانتماء التجاري، المترتب عن التعامل في إطار عقد الشركة أو الشراكة التجارية القائمة بذاتها.

ثانيا: النزاعات المتعلقة بالمؤسسين أو الشركاء

يمكن أن تنشأ بين المؤسسين خلال مرحلة إنشاء الشركة وقبل قيدها في السجل التجاري، خاصة في حالة اللجوء العلني للدخار، خلافات قد تهدد مصير المشروع المشترك، تتعلق بحقوق الشركاء المؤسسين أو التزاماتهم المترتبة عن عقد الشركة أو قانونها الأساسي. إن مثل هذه النزاعات يكون من باب أولى أن يتم حلها، كما سبق ذكره، من طرف المحكم الأساسي (*arbitre statutaire*)، سواء كموفق (*amiable compositeur*) أو كقاض (خاص) للمحافظة على نية الاشتراك وسرية تلك الخلافات أو النزاعات الابتدائية المحتملة.

ولعل النزاعات التي تنشأ خلال مرحلة العقد، تجد مصدرها ضمن أحكام عقد الشركة التجارية بحسب شكلها، الخاضعة ابتداء لأحكام القانون التجاري، أو بحسب موضوعها لتطبق في هذه الحالة نصوص القانون التجاري والمدني معا. ويتعلق الأمر في مثل هذا الوضع، على حسب ما هو متداول مثلا أمام القضاء الفرنسي والمقارن، مسألة إقصاء الشريك بالدرجة الأولى¹⁰⁶، ثم بعد ذلك، مسألة الخلافات الناشئة في صدد تقرير توزيع الأرباح والمساهمة في الخسائر.

106 - COHEN, D., op. cit., n°265, p. 124 : « la jurisprudence (française) n'interdit pas donc à l'arbitre de statuer sur l'exclusion d'un associé (...) alors que la question intéresse de près l'ordre public. Le droit helvétique adopte une position identique : le tribunal fédéral en a ainsi décidé dans les affaires relatives à une société en nom collectif (...). Après bien des débats, le droit italien retient aujourd'hui une solution identique ».

المطلب الثاني: بنود التحكيم في الشركة التجارية كنظام

تكتسب الشركات التجارية في القانون الجزائري، على غرار أغلب التشريعات الأوروبية أو العربية المأخوذة عن القانون الفرنسي، الشخصية القانونية، منذ تاريخ إنشائها وقيدتها في السجل التجاري¹⁰⁷. ومن ثم، يصبح القانون الأساسي الذي كان قبل هذا التاريخ مجرد عقد بين الشركاء، نظاماً لهذا الكائن القانوني، ينظم مقوماته وكيفية سيره ويفرض وجوده على كافة عقود الشركة أو الشراكة اللاحقة أو المرتبطة به، على أساس كونه تجسيدا لعقد الشراكة الرئيسي. وبالتالي، تصبح جميع المسائل المتعلقة به عرضة للخلافات والنزاعات، التي يتوجب حلها في أسرع وقت، عن طريق التحكيم. للعلم، فإن النزاعات خلال هذه المرحلة يصعب حصرها، نظراً لتنوعها وتعددتها، لكن يمكن تصنيفها في المقابل، وذلك بالرجوع لأطرافها.

إن هذا النظام القانوني القائم للشركة التجارية، يفتح مجالات الخلاف والتنازع ليس فقط في مواجهة الشركاء المكونين لها أو المرتبطين بها في ظل عقود الشراكة المركبة، ولكن حتى ضد هيئات الشركة، عندما تخالف هذه الهيئات مصلحة الشركة أو الشراكة المعنية. أما الغير، فهو يأخذ منزلة الشريك، لتسري عليه بنود التحكيم، ضمن ظروف محددة. وبالتالي، فإن تفعيل بنود التحكيم، يشمل خلال هذه المرحلة، النزاعات القابلة للتحكيم بين الشريك بمفهومه الواسع والشركة التجارية (أولاً)، وكذا النزاعات التي يمكن أن تطرح بين الشركة وهيئاتها القانونية (ثانياً).

أولاً: بنود التحكيم الأساسية والشركة التجارية

ليس هناك ضمن قواعد قانون التحكيم أو قواعد قانون الشركات التجارية والقانون المدني، ما يستبعد تطبيق شرط التحكيم الوارد في القانون الأساسي على الشركة أو الشراكة التجارية. فكل ما يتعلق بتنظيم الشركة التجارية أو سيرها يناسب اللجوء إلى التحكيم، سواء أكان الطرف الآخر مدعياً يطالب بحقه في الشركة، أو مدعى عليه، تطالبه هذه الأخيرة بما عليه من التزامات قانونية أو اتفاقية محددة في القانون الأساسي، مع مراعاة هيئة التحكيم في كل الحالات لنطاق اختصاصها

107 - وهو ما تقضي به قواعد كافة قوانين الشركات في دول الخليج العربي. أنظر على سبيل المثال : المادة 23 من قانون الشركات الكويتي، والمادة 14 من نظام الشركات السعودي، والمادة 20 من قانون الشركات الاتحادي الإماراتي، والمادة 8 من قانون الشركات التجارية البحريني، والمادة 4 من قانون الشركات التجارية العماني.

بنود التحكيم في القانون الأساسي للشركات التجارية : حالة عقود الشراكة في الجزائر

المقرر في القانون الأساسي أو بموجب القواعد المقررة في هذا الشأن، بالنسبة لتحكيم الاستثمار الأجنبي والتحكيم التجاري الدولي¹⁰⁸.

لا يُثير شرط التحكيم الأساسي مبدئياً، سواء بالنسبة للنزاعات الداخلية أو الدولية في الشركات التجارية، مسألة سلطة تقرير لجوء الشركات التجارية للتحكيم¹⁰⁹، وإنما فقط سلطة تمثيل الشركة أمام هيئة التحكيم، على أساس أن سلطة تقرير اللجوء للتحكيم مفصول فيها، باعتبارها أحد بنود القانون الأساسي¹¹⁰. أما سلطة تمثيل الشركة التجارية، فهي مقررة بموجب قواعد القانون التجاري، للمسيرين أو المديرين القانونيين و/أو الفعليين¹¹¹ أو الظاهريين¹¹²، بحيث يكفي الرجوع إلى النصوص القانونية بالنسبة لكل شكل من أشكال الشركات التجارية¹¹³، أو حسب ما هو ظاهر – بتطبيق نظرية الظاهر – من خلال التعاملات (التجارية) للشركة أو الشركات المعنية، بغرض تفعيل شرط التحكيم لصالح أو في مواجهة تلك الشركات التجارية من قبل ممثلها¹¹⁴.

تطرح مسألة التحكيم في علاقة الشريك بالشركة التجارية، إمكانية تفعيل بند التحكيم داخل مجموعة الشركات، وفي هذا الصدد، يؤدي تطبيق مبدأ استقلالية

108- CHAABAN, R. Les obstacles à la saisine du tribunal arbitral : analyse comparée de l'arbitrage commercial et de l'arbitrage d'investissement. In : *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale*. Paris : Editions A. PEDONE, 2015, p. 91.

109 - فيما يخص معالجة هذه المسألة في ظل القانون الفرنسي والقانون الدولي :

Voir, COHEN, D., op. cit., n°s 408 et s., p. 207 et s.

110 - تنص المادة 30 من نظام الشركات السعودي على سبيل المثال، أنه لا يجوز لمدير شركة التضامن اللجوء إلى التحكيم إلى بقرار من الشركاء أو بنص صريح في عقد الشركة.

111 - وهو مفهوم لا يقتصر استعماله على الفقه بل يمتد أيضاً إلى التشريع. أنظر على سبيل في ميدان التشريع، المادة 224 من القانون التجاري الجزائري. وفي ميدان الفقه، مفتاح بوجلال، ممثل الشخص الاعتباري في قانون الشركات التجارية.

112 - أصبح مفهوم «المدير الظاهري» مستعمل حتى من قبل هيئات التحكيم التجاري الدولي لضمان مصلحة الغير. أنظر على سبيل المثال :

Paris, 4 janvier 1980 (*société Intercast c/Ets Peschaud et Cie International*) Rev. arb., 1981, 160, note P. level. Cité par COHEN, D., op. cit., p. 218, bas de page n°133.

113 - تطرح إشكالية أبعاد سلطة التمثيل بحدّة حتى في ظل وجود نصوص صريحة بالنسبة لشركة المساهمة. أنظر في هذا الموضوع : بوجلال، مفتاح. توزيع السلطات بين المديرين في شركة المساهمة. مذكرة الماجستير : قانون الأعمال. وهران : كلية الحقوق، جامعة وهران ، سنة 2005، ص. 40 وما بعدها.

114 - تقوم إشكالية سلطة التمثيل أيضاً بالنسبة لهيئات الشركات التجارية. أنظر أعلاه، ص. 19-20.

الشخصية الاعتبارية للشركة التجارية، فيما بين أعضاء المجموعة، بالضرورة لاستبعاد شرط التحكيم الوارد في القانون الأساسي للشركة الأم أو لإحدى الشركات التابعة لها، على نزاع يتعلق بشركات أخرى داخل المجموعة نفس المجموعة. وهذا بطبيعة الحال، ما لم تكن هناك اتفاقية بين أعضاء المجموعة، على غرار نظام داخلي أو أية وثيقة أخرى، تستخدم في قانون الشركات أو قانون العقود، تقضي بتنفيذ شرط التحكيم، الوارد بالقانون الأساسي للشركة الأم أو بعقد الشراكة الذي يربط مجموعة الشركات المرتبطة فيما بينها في إطار مشروع الاستثمار المشترك، عن طريق الإحالة، على جميع النزاعات فيما بين الشركاء¹¹⁵.

أما بالنسبة للغير، فإن مبدأ حماية الانتماء في التعامل التجاري، سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، يسمح بتنفيذ شرط التحكيم الوارد في القانون الأساسي للشركة الأم، على أية شركة تابعة، على أساس الارتباط القانوني و/أو الواقعي بين أعضاء المجموعة، والغير على أساس تعامله كشريك، بتدخله المباشر أو غير المباشر في أعمال مجموعة الشركات¹¹⁶، من خلال ضمان تنفيذها على سبيل المثال.

في المقابل، تكون النزاعات المتعلقة بإفلاس الشركات التجارية داخليا أو دوليا¹¹⁷، مستبعدة مبدئيا، من مجال التحكيم التجاري، لأن وضعية الإفلاس التي تنشأ بموجب حكم قضائي في القانون الجزائري¹¹⁸ على غرار ما يجري العمل به في القانون الفرنسي¹¹⁹، ومن يحدو حدوه من تشريعات دول العالم، تفتح عادة المجال لتنفيذ نظام إجرائي قضائي محض¹²⁰، يسمى أيضا بنظام أو قانون الإجراءات الجماعية (*droit des procédures collectives*)¹²¹.

115 - COHEN, D., op. cit., n°527, p. 275-276.

116 - COHEN, D., op. cit., n°528, p. 276 et suivantes

117 - *La Loi type de la Commission des Nations Unies pour la Droit Commercial International (CNUDCI) sur l'insolvabilité internationale : le point de vue du juge*. New York : Publications des Nations Unies, 2012.

118 - المادة 225 الفقرة 1 من القانون التجاري الجزائري.

119- Art. L. 631-1 et suivants Code de commerce français.

120 - المادة 235 وما بعدها من القانون التجاري الجزائري.

121- JEANTIN, M. *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*. 4° éd. Paris : Dalloz , Delta, 1995, n°527, p. 329 et suivants.

بنود التحكيم في القانون الأساسي للشركات التجارية : حالة عقود الشراكة في الجزائر

هذا النظام علاوة على أنه لا يعني الشركاء وإنما الغير الدائنين، يفرض مبدئيا تدخل النيابة العامة¹²²، كما يغفل يد الشركة المدينة المفلسة عن إدارة أموالها أو التصرف فيها¹²³، مما يجعل تلك النزاعات صراحة غير قابلة للتحكيم بموجب القانون الجزائري¹²⁴. بالمقارنة مع موقف جانب من الفقه الفرنسي، الذي يرى إمكانية توسيع مجال التحكيم التجاري إلى العقود التي لا تحكمها قواعد الإجراءات الجماعية في القانون الفرنسي، لكن مع التزام المحكم بمراعاة أحكام قانون الإفلاس التجاري أو قانون الإجراءات الجماعية¹²⁵، وهذا بدون شك، باعتبارها قواعد من النظام العام، يتوجب على هيئة التحكيم مراعاتها، تحت طائلة بطلانها.

ثانيا: بنود التحكيم الأساسية وهيئات الشركة التجارية

تجب الإشارة ابتداء إلى أن مصطلح «الهيئات» (organes) يكثر استعماله في شركات الأموال وتحديدًا شركات الأسهم أو شركات المساهمة، لكن ليس هناك ما يمنع من تعميمه على كافة الشركات التجارية، بسبب أن جميع الشركات التجارية ذات الشخصية الاعتبارية، تخاطب في القانون الجزائري كغيره من التشريعات العربية، على غرار القانون الفرنسي، كشخص قائم بذاته وليس كعقد، حتى ولو استمر تعاملها مع أحكام العقود في حالات بطلان عقد الشركة أو الشراكة¹²⁶. كما أن الجمعية العامة للمساهمين مثلا، باعتبارها الهيئة العليا في شركات المساهمة¹²⁷، مقررّة أيضا بالنسبة للشركاء عموما، في كافة الشركات التجارية، بغض النظر عن شكلها أو نوعها كما في شركة التضامن¹²⁸، كشركة أشخاص، أو حجمها كما في

122 - المادة 230 من القانون التجاري الجزائري.

123 - المادة 244 الفقرة 1 من القانون التجاري الجزائري.

124 - المادة 1006 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. على خلاف القانون الفرنسي الذي لا يقرر مثل هذا الشرط.

125 - COHEN, D., op. cit., n°243, p. 114.

126 - راجع أعلاه، ص.14.

127 - المادة 675 وما بعدها من القانون التجاري الجزائري. بالمقارنة مع نفس الوضع في التشريع الفرنسي :

Arts L. 225-96 et s. Code de commerce français.

128 - أنظر على سبيل المثال، المادة 557 من القانون التجاري الجزائري. بالمقارنة مع نفس الوضع في التشريع الفرنسي :

Voir par exemple, l'art. L. 221-7 Code de commerce français.

الشركة ذات المسؤولية المحدودة¹²⁹، كشركة أموال ذات حجم صغير أو متوسط. تجب الإشارة في البداية، إلى أن هيئات الشركات التجارية، سواء كانت جماعية أو فردية بغض النظر عن تمتعها بصفة الشريك، تعتبر معنية بالتحكيم الوارد في القانون الأساسي للشركة التجارية، وهذا حتى في حالة عدم تحديدها صراحة، أو كانت بنوده التحكيمية تشير فقط لعلاقة الشركاء بالشركة، على اعتبار أن هذه الهيئات، تمثل جزء أساسيا لقيام نظام الشركة التجارية، وهذا على خلاف ما يراه البعض في الفقه الفرنسي¹³⁰، في ظل نصوص القانون الفرنسي، التي كانت تحصر سابقا، مسألة تحكيم الشركات في العلاقات بين الشركاء في شركات التجارة¹³¹. أما هيئات الشركة المعنية بالنزاعات، التي يمكن أن تستدعي تدخل التحكيم، بموجب بنوده في القانون الأساسي، أو حتى في النظام الداخلي للهيئة (كونه جزء من المركب الأساسي¹³²)، فهي ابتداء تلك المنصوص عليها بموجب أحكام القانون التجاري، خاصة بالنسبة لشركة المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم، سواء أكانت هذه الهيئات انفرادية على غرار رئيس مجلس الإدارة في شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة، أو المسير في شركة التوصية بالأسهم، أو كانت جماعية كما هو عليه الحال بالنسبة لمجلس الإدارة أو مجلس المديرين أو مجلس المراقبة في شركات الأسهم، خاصة إذا كانت تتمتع بنفس الصلاحيات، أو كانت هذه الأخيرة غير محددة بدقة كافية.

تستعيد بنود القانون الأساسي كامل أهميتها، بالنسبة للنزاعات التي يمكن أن تثيرها الهيئات الجماعية، على اعتبار أن النصوص التي تحكمها، لا تتضمن أية أحكام تتعلق بتمثيلها بصفة جماعية، وبالأخص في نزاعاتها الداخلية. وبهذه المناسبة، تتدخل بنود القانون الأساسي أو النظام الداخلي عند الاقتضاء، لبيان أو تحديد سلطات التمثيل للهيئات القانونية (*organes légaux*) في الشركة. كما يسري الأمر نفسه أيضا على الهيئات الاتفاقية (*organes conventionnels*) المقررة في القانون الأساسي، كما هو عليه الحال مثلا، بالنسبة لنائب الرئيس

129 - أنظر على سبيل المثال، المادة 575 من القانون التجاري الجزائري. بالمقارنة مع نفس الوضع في التشريع الفرنسي :

Voir par exemple, l'art. L. 223-34 Code de commerce français.

130 - COHEN, D., op. cit., n°134, p. 64 et suivants.

131 - Ancien art. 631 abrogé du Code de commerce français.

132 - راجع أعلاه، ص.6-5.

بنود التحكيم في القانون الأساسي للشركات التجارية : حالة عقود الشراكة في الجزائر

(vice-président) في مجلس الإدارة أو مجلس المراقبين (censeurs) في شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة. لكن مع مراعاة هذه الهيئات الاختيارية للتنظيم القانوني لهيكل الشركة، وكذا التوزيع القانوني لسلطات هيئاتها المقررة بموجب النصوص¹³³، بحيث يتوجب على هيئة التحكيم في هذه الحالة، احترام قواعد النظام العام، المتعلق بتنظيم هيكل الشركات التجارية، تحت طائلة بطلان أحكامه.

إذا كانت مسألة عزل القائم بالإدارة في أي وقت على سبيل المثال من النظام العام، في القانون الجزائري¹³⁴ على غرار القانون الفرنسي¹³⁵، يصبح تدخل التحكيم في النزاعات المرتبطة به صحيحاً، حسب موقف القضاء الفرنسي¹³⁶، طالما لم يتم مخالفة قواعد النظام العام. كما يمكن أن يثور النزاع المتعلق بعزل المدير أيضاً بطلب من أحد الشركاء، إذ يحق وفق القانون الجزائري على سبيل المثال، لكل شريك طلب العزل القضائي للمدير بناء على سبب قانوني (motif légitime)، في شركة التضامن¹³⁷ كما في الشركة ذات المسؤولية المحدودة¹³⁸. فإذا كان ذلك من حقوق الشريك، وباعتبارها مسألة داخلية، فإنه يجوز للشريك اللجوء إلى التحكيم كطريق «بديل» عن القضاء، وفق ما تقرره صراحة أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث لا عبء من التقيد بالصياغة الحرفية للنص – القديم تاريخياً – الذي تقضي صيغته بالعزل القضائي، طالما كان ذلك، في إطار أحكام القانون. في نفس

133 - مفتاح بوجلال، التنظيمات الاتفاقية للشركات التجارية في القانون الجزائري والفرنسي، رسالة الدكتوراه في قانون الأعمال، السالفة الذكر، ص. 267 وما بعدها.

134 - المادة 613 من القانون التجاري الجزائري.

135 - Art. L. 225-18 al. 2 Code de commerce français.

136 - COHEN, D., op. cit., n°269, p. 126-127 : « le principe de libre révocabilité des administrateurs (ou des membres du conseil de surveillance) de sociétés anonymes est d'ordre public, mais cela n'empêche pas le recours à l'arbitrage pour des litiges y afférant. La rare jurisprudence est en ce sens ».

137 - المادة 559 الفقرة 4 من القانون التجاري الجزائري. بالمقارنة مع التجاري الفرنسي، الذي لا ينص على ذلك صراحة، لكن هناك في المقابل في الفقه الفرنسي، من يرى إمكانية العزل القضائي للمدير في شركة التضامن، على غرار ما هو منصوص عليه بالنسبة لشركة ذات المسؤولية المحدودة والشركات المدنية. أنظر :

COZIAN, M. ; VIANDIER, A. ; DEBOISSY, F. *Droit des sociétés*. Paris : Litec, 21^e éd., 2008, n°1136, p. 504.

138 - المادة 579 الفقرة 2 من القانون التجاري الجزائري. بالمقارنة مع نفس موقف التشريع الفرنسي : Art. L. 223-25 al. 2 Code de commerce français.

السباق، يجوز للشريك وإن لم يكن ممثلاً للشركة متابعة المدير المعزول على أساس المسؤولية المدنية، بموجب شرط التحكيم الأساسي، بواسطة الدعوى الانفرادية (*ut singuli*)، على غرار ما يجري العمل به أمام القضاء الفرنسي¹³⁹.

كما يمكن أن يتدخل التحكيم لحل الخلافات أو النزاعات التي تنشأ بين هيئات الشركة التجارية نفسها، والتي يمكن أن تهدد حسن سيرها، بل وحتى وجودها، بحيث يصبح تدخل التحكيم للتوفيق أو حل الخلافات أو النزاعات التي تثيرها قراءات مختلفة لمصلحة الشركة، أمر مقبول ومطلوب¹⁴⁰، لكن بشرط عدم تعدي المحكم أو هيئة التحكيم على السلطات المقررة قانوناً بشكل صريح لهيئات الشركة التجارية. إذ لا يجوز على سبيل المثال، للمحكم في القانون الجزائري على غرار نظيره الفرنسي، التدخل لإجازه اتفاقية أو عقد رفض مجلس المراقبة قبوله بعد طلب من مجلس المديرين، على اعتبار أن سلطة الإجازة المسبقة بالنسبة لصحة العقود المقررة في القانون الأساسي، سلطة «حصريّة» يستأثر بها مجلس المراقبة¹⁴¹، مراعاة لنظام تدرج الهيئات وتوزيع السلطات¹⁴²، وهو نفسه موقف القضاء والفقه الفرنسي¹⁴³. ويجوز إعمال نفس القاعدة على العقود أو التصرفات التي تمنع بنود القانون الأساسي على مدير الشركة توقيعها، دون الحصول على إجازة صريحة من هيئة المراقبة المقررة في القانون الأساسي، باعتبار أن مبدأ عدم الاحتجاج بتحديد سلطات المديرين في مواجهة الغير، لا يسري على تنظيم العلاقات الداخلية للشركة التجارية، التي تظل مقيدة بجميع بنود القانون الأساسي.

يجوز للتحكيم التدخل أيضاً في النزاعات التي تقوم في مواجهة المصفي (*liquidateur*)، باعتباره الهيئة التي تحل محل المديرين بعد حل الشركة التجارية، خاصة وأن عملية الحل تخضع مبدئياً لبنود القانون الأساسي، سواء

139- DELGA, J. *Le droit des sociétés*. Paris : Dalloz, 1998, p. 298.

140 - بوجلال، مفتاح . توزيع السلطات بين المديرين في شركة المساهمة. مذكرة الماجستير السالفة الذكر، ص.295.
141 - المادة 654 الفقرة 1 من القانون التجاري الجزائري. بالمقارنة مع نفس الموقف في التشريع الفرنسي :

Art. L. 225-68 al. 2 Code de commerce français.

142 - بوجلال، مفتاح . مذكرة الماجستير السالفة الذكر، ص.302 وما بعدها.

(143)- Com., 09 janvier 1979. Revue de l'arbitrage, 1979, p. 478, note Fouchrad, Ph. L'arrêt et son commentaire. cités par COHEN, D. préc., p. 127, marge n°26 et p. 128.

بنود التحكيم في القانون الأساسي للشركات التجارية : حالة عقود الشراكة في الجزائر

في القانون الجزائري¹⁴⁴ أو الفرنسي¹⁴⁵ أو حتى البلجيكي وغيره من التشريعات المأخوذة عن القانون الفرنسي، ما لم تكن هناك بنود مخالفة في القانون الأساسي أو عقد الشركة التجارية المعنية¹⁴⁶، مما يعني غلبة الطابع التعاقدي، في تنظيم تصفية الشركات، وهو المجال المناسب للتحكيم التجاري¹⁴⁷. على هذا الأساس يعترف القضاء الفرنسي بصحة شرط التحكيم المتعلق بحل الشركة – مما يستلزم تصفيتها – الوارد في القانون الأساسي للشركات التجارية¹⁴⁸.

أما على مستوى التحكيم التجاري الدولي، فإنه حتى وإن كانت القاعدة المعمول بها في مجال تنازع القوانين، هي قاعدة قانون الشركة (*lex societatis*)، إلا أنه يتوجب بعد ذلك تحديد هذا القانون بالنظر إلى الضوابط المتوفرة، سواء في قانون الشركات التجارية أو قانون الاستثمار، والتي يعتمد فيها عادة على ضابط جنسية الشركة. غير أن هذه الجنسية من المسائل التي تطرح العديد من الإشكالات في تحديدها كذلك، إذ يتم التعامل على هذا الصعيد مع (3) ثلاثة معايير رئيسية¹⁴⁹، لتحديد جنسية الشركة التجارية المعنية¹⁵⁰. فهناك معيار التكوين (*critère de l'incorporation*) الذي يتم على أساسه تعيين جنسية الشركة، بالنظر إلى مكان إنشائها أو حصولها على الشخصية الاعتبارية، خاصة وأن معظم الأنظمة القانونية تعتمد في هذا السياق آلية القيد لاكتساب الشخصية الاعتبارية أو القانونية، ومن ثم، الحق في التمتع بجنسية خاصة بها. كما أن هناك أيضا معيار المقر (*critère du siège*) بالنظر إلى مكان وجود المقر الأساسي (*siège statutaire*)، أو المقر

144 - المادة 765 وما بعدها من القانون التجاري الجزائري.

145 - arts L.237-1 et s. Code de commerce français.

146 - CAPRASSE, O. Les sociétés et l'arbitrage, op. cit., n°295, p. 284.

147 - BILLEMONT, J. *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*. [s.l.]: Ed. Alpha, L.G.D.J., Ed. juridiques SADER, 2015.

148 - COHEN, D., op. cit., n°286, p. 136 et s.

149 - DE NANTEUIL, A. *Droit international de l'investissement*. Paris : Ed. A. PEDONE, 2014, n°s420 et s., p. 189 et s.

150 - لا تتطرق نصوص القانون التجاري الجزائري صراحة إلى جنسية الشركات التجارية، لكن تشير فقط إلى خضوع الشركات التي تعمل بالجزائر للقانون الجزائري، وفق المادة 549 منه. وهذا على خلاف قوانين أو أنظمة الشركات التجارية لبعض دول الخليج على سبيل المثال، كما هو شأن بالنسبة لقانون الشركات التجارية الإماراتي الاتحادي في مادته (8)، أو نظام الشركات السعودي في مادته (4). أو بالمقارنة مع نصوص القانون التجاري الفرنسي، الذي تتناول صراحة مسألة تغيير جنسية بعض أشكال الشركات التجارية :

Arts L. 222-9, L. 223-30 et L. 225-97.

الفعلي (*siège effectif*) للشركة التجارية عند الاقتضاء. أما معيار الرقابة (*cri-tère de contrôle*)، فيقوم على أساس إعطاء الشركة جنسية الأشخاص الذين يتولون رقابتها، لكن مفهوم الرقابة، يعد أيضا غير محدد بدقة في قانون الشركات التجارية، وذلك بالنسبة لمختلف الشركات التجارية في مختلف الأوضاع. ذلك أنه بالإضافة إلى مسألة ملكية أغلبية رأس المال أو حق التصويت، تظهر مسألة وجود عدة هيئات تتمتع كل منها بسلطات قانونية يمكن أن تجسد تلك الرقابة على الشركة التجارية المعنية بها. وهذا فضلا عن التركيبات المعقدة للشركات بعضها على بعض، مما يشكل ستارا لتحديد الرقابة، حتى ولو كان مثل هذا المعيار الأخير، يتمتع بواقعية اقتصادية¹⁵¹، يتم استعماله بمفرده أو بالاشتراك مع معيار التكوين و/أو معيار المقر¹⁵².

الخاتمة

يعد عقد الشركة التجارية أو قانونها الأساسي، وثيقة جوهرية وأساسية في تكوين وتنظيم الشركات التجارية، تتمتع شروطه أو بنوده بمميزات، تصبح جزء من المواضيع التي تعالجها، حتى ولو كانت لهذه المواضيع خصوصيات ذاتية، كما هو عليه الحال بالنسبة للتحكيم، الذي يتدخل في ميدان الشركات التجارية، باعتباره من أهم الوسائل البديلة لحل النزاعات في عالم التجارة.

وعليه، يتوجب على البنود التحكيمية الواردة بالقانون الأساسي للشركات التجارية، ابتداء مراعاة قواعد النظام العام للشركات التجارية، على اعتبار أن وضعها وصياغتها تستوجب مثل هذه المعاملة، لكن هذا لا يعني أبدا، تجاوزها لقواعد النظام العام التحكيمي، الذي يتدخل بعد ذلك لصناعة محتواه، كون أن شكله من المسائل المشتركة بين قانون الشركات التجارية وقانون التحكيم التجاري، والتي لا تتمتع في التجارة الدولية، بحجية المفروضة على التعاملات التجارية الداخلية.

151- DE NANTEUIL, A., op. cit., n°422, p. 190.

152 - أنظر على سبيل المثال في مجال الاستثمار في الجزائر: القانون رقم 09-16 المؤرخ في 3 غشت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، السالف الذكر. وكذا المادة 66 من القانون رقم 18-15 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، المذكور أعلاه.

بنود التحكيم في القانون الأساسي للشركات التجارية : حالة عقود الشراكة في الجزائر

أما عن تفعيل التحكيم التجاري في شأن عقود الشراكة التجارية أو الاقتصادية، في مجال قانون الاستثمارات، فهو يخضع عادة، حتى في حالة غياب نص صريح، لنفس القواعد المعمول بها في ميدان قانون الشركات التجارية عموماً وقوانينها الأساسية على وجه الخصوص، بحجة أن الشركات التجارية في القانون الجزائري على غرار غيرها من دول العالم، تجسّد للاستثمار الأجنبي في الجزائر، والذي من المفروض أن يكون مشترك مع الاستثمار الوطني. إن مثل هذا الوضع الذي يقتضي حلّ النزاعات التي يمكن أن تنشأ بين الشركاء، يستدعي تطبيق القواعد المتعلقة بالتحكيم التجاري، بحيث يكون لبنود القانون الأساسي الأسبقية في أعمالها، وهذا بغض النظر عن وجود أو غياب أية اتفاقية دولية مؤطرة.

ومن ثم، يجب على كل هذه الترتيبات التعاقدية، أن تخضع في النهاية لنظام الشركات التجارية، المجسدة للاستثمار المشترك الوطني-الوطني، العام منه و/أو الخاص. كما يشترط تطبيقها على شركات الاستثمار الوطني-الأجنبي، وهذا تحت طائلة احتمال استبعاد التحكيم التجاري الدولي، للبنود الاتفاقية أو النصوص القانونية، التي تخالف مبادئ وقواعد قانون الشركات التجارية وتداول قيمها المنقولة على الصعيد الدولي، وقانون التجارة الدولية بصفة عامة.