****

لقد كرس المشرع الجزائري الأحكام المنظمة للشركات التجارية منذ صدور منذ صدور القانون التجاري سنة 1975[1]، و ذلك في صلب الكتاب الخامس منه، في المواد من 544 إلى 840، في ظل نظام إشتراكي يحد من حرية التجارة والصناعة، لكن بعد صدور دستور 24 فيفري 1989 [2]وما تلاه من نصوص تشريعية وتنظيمية شهدت الجزائر تحولات على المستوى الاقتصادي، وفي هذا الإطار صدر المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المتضمن تعديل القانون التجاري[3]، حيث أقر تعديلات- تعديل المواد من 592 إلى 715 من ق ت- و إصلاحات تتعلق بالأحكام المتعلقة بشركة المساهمة، وعلاوة على ذلك تم استحداث أنواع أخرى من الشركات التجارية تتمثل في

[1]- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975.

[2]- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ 28 فيفري 1989، يتعلق بنشر الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، المعدل و المتمم إلى غاية 2008، الجريدة الرسمية، العدد 09، المؤرخة في 01 مارس 1989.

[3]- مرسوم تشريعي رقم 93-08 مؤرخ في 25 ابريل سنة 1993 يعدل و يتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية، العدد 27، المؤرخة في 27 أفريل 1993.

مطبوعة محكمة للدكتور خلاف فاتح جامعة جيجل

شركة التوصية البسيطة[4]، والتوصية بالأسهم[5]، قبل أن يتم إقرار الشركة ذات المسؤولية المحدودة وذات الشخص الوحيد بعد تعديل القانون التجاري بمقتضى أحكام الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996 [6].

على أية حال يتعين علينا معالجة كافة مفردات المادة، وذلك من خلال تقسيم هذه المطبوعة البيداغوجية إلى فقرة تمهيدية ومحورين رئيسيين:

القسم التمهيدي: الإطار المفاهيمي للشركات التجارية

المحور الأول: النظرية العامة للشركات التجارية

القسم الأول: عقد الشركة التجارية

القسم الثاني: الشخصية المعنوية للشركة التجارية

القسم الثالث: انقضاء الشركة التجارية

المحور الثاني: الأحكام الخاصة بالشركات التجارية

القسم الأول: الأحكام الخاصة بشركات الأشخاص

القسم الثاني: الأحكام الخاصة بشركات الأموال

القسم الثالث: الأحكام الخاصة بالشركات المختلطة

مطبوعة مذكرة للدكتور خلاف فاتح جامعة جيجل

القسم التمهيدي

الإطار المفاهيمي للشركات التجارية

[4]- المواد من 563 مكرر إلى 563 مكرر 10 من القانون التجاري، السالف الذكر.

[5]- المواد من 715 ثالثا إلى 715 ثالث 10 من القانون التجاري، المصدر نفسه.

[6]- الأمر رقم 96- 27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996، يعدل و يتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 77، المؤرخة في 11 ديسمبر 1996.

يعد موضوع الشركات التجارية من أبرز الموضوعات التي تشغل بال القانونيين وأصحاب المشاريع على السواء، وذلك بالنظر إلى الأهمية التي يكتسيها في عالم المال والأعمال، وقبل الخوض في النظرية العامة للشركات التجارية، يتعين التطرق إلى الإطار المفاهيمي للشركة، وذلك بتناول تعريفها وخصائصها، وكذا تمييزها عن الشركات المدنية(أولا)، ثم تحديد طبيعتها القانونية (ثانيا).

الفقرة الأولى

مفهـــوم الشركـــة

الواقع أن الإحاطة بمفهومها الشركة، يدعونا إلى الوقوف على تعريفها ثم بيان خصائصها، وكذا بيان الفروق الموجودة بين الشركات التجارية والمدنية، وما يترتب عن ذلك من اثار قانونية .

أولا -التعريف بالشركة :

لقد عرف المشرع الجزائري الشركة بأنها عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك[7].

[7]- المادة 416 من الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78 ، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

مطبوعة محكمة للدكتور خلاف فاتح جامعة تيبازة

وعلى هدى ذلك يستخلص أن الشركة عقد (1) يتطلب اشتراك شخصين أو أكثر (2)، يساهم فيه كل من منهم بحصة في رأس المال الشركة (3)، وذلك بنية الاشتراك والتعاون(4) ومع مساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر التي تتكبدها الشركة.

01- **الشركة عقد**: وهو ما يستدعي وجوب استجماعها للأركان والشروط المتطلبة في العقود، والمتمثلة في الرضاء والمحل والسبب، وشرط الأهلية، وعلاوة عن ذلك يتعين أن يشترك شخصين على الأقل، إلا أن ما يميز الشركة عن باقي أنواع العقود الأخرى، أن أطراف العقد فيه تكون مصالحهم غير متعارضة، و إنما يشتركون في غرض واحد.

02- **مساهمة كل شريك بحصة في رأس مال الشركة**: يقتضي عقد الشركة مساهمة كل شريك بحصة في رأس مال الشركة، تحت طائلة البطلان، وقد تكون حصة الشريك نقدية أو عينية أوحصة عمل، لقاء الحصول على أرباح وتحمل الخسائر، وعلى أية حال تشكل مجموع الحصص الذمة المالية المستقلة للشركة.

03- **نية أطراف عقد الشركة في الاشتراك والتعاون**: حيث يتعين أن تكون لدى أطراف عقد الشركة نية الاشتراك في نشاط قد يحصلون منع على أرباح أو يتحملون خسائر، مع ملاحظة أن النية عنصر معنوي يعود لقاضي الموضوع وحده تقدير مدى توافره في الشريك من عدمه. بالربح أو بالخسارة.

04- مساهمة أطراف العقد في أرباح وخسائر الشركة: ويفهم من ذلك أنه لا يجوز اتفاق الشركاء على اعفاء أحدهم أو بعضهم من تقاسم الأرباح الشركاء

مطبوعة محكمة للدكتور خلاف فاتح جامعة

وتحمل الخسائر، وهو ما يعرف بشرط الأسد، حيث يقع هذا الشرط باطلا، وتظل الشركة صحيحة طبقا لأحكام القانون التجاري الجزائري.

لا تفوتنا الإشارة في هذا الإطار إلى أن الشركة تندرج في نطاق العقود الشكلية وليس الرضائية، حيث لا يكفي تطابق الإيجاب مع القبول لقيامها وإنما يتعين كتابة عقد الشركة لدى الموثق، وكذا قيدها في السجل التجاري واشهارها للغير، طبقا للكيفيات والإجراءات القانونية المتطلبة[8]، وعلاوة عن ذلك يلاحظ أن الشركة من العقود الملزمة لكافة أطرافها، وهو ما يتجلى من خلال إلتزام كل شريك تجاه الشركة، والتزام الشركة تجاه الشريك، كما يلتزم أطراف عقد الشركة فيما بيهم، وهذا ما يجرنا إلى التأكيد بأن هذا الشركة من عقود المعاوضة أيضا يظهر ذلك من خلال التزام الشريك بتقديم حصته للشركة في مقابل حصوله على أرباح من الشركة في حالة تحقيقها، وفضلا عن ذلك يمكن اعتباره من العقود المحددة على اعتبار أن كل طرف في عقد الشركة يعرف وقت إبرامه قدر نصيبه في الأرباح والخسائر.

جامعة جيجل

ثانيا -تمييز الشركة التجارية عن الشركة المدنية :

لا يثار أدنى شك في أن قيام القانون التجاري كفرع مستقل عن القانون المدني، و كذا تطور نظرية الشركة قد أدى إلى الحاجة لقواعد خصوصية تحكم

[8]- تنص المادة 418 من القانو المدني السالف الذكر على أنه: " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد".

الشركات التجارية تختلف عن تلك القواعد المقررة في القانون المدني، من أبرزها على سبيل المثال لا الحصر خضوع الشركات التجارية لإجراءات الشهر.

الواقع أنه يوجد معيارين للتمييز بين الشركات المدنية و الشركات التجارية[9]، يتمثل أولهما في معيار موضوعي ينصب على طبيعة النشاط أو الغرض من الشركة، بحيث أنه إذا كان غرض هذه الأخيرة القيام بالأعمال التجارية الواردة في نص المادة الثانية من القانون التجاري كعمليات الشراء من أجل البيع أو عمليات النقل و التأمين أو عمليات البنوك تكون تجارية[10] ، أما إذا تعلق موضوع النشاط بالأعمال المدنية كالزراعة و المهن الحرة، فهي شركة مدنية حتى و لو كانت تمارس نشاطا تجاريا بالتبعية، فالعبرة بالنشاط الرئيسي .

مع ملاحظة أن المشرع تدخل لإضفاء الصفة التجارية على طائفة من الأعمال التي كانت تدخل في دائرة الأعمال المدنية و هذا ما يتجلى من أحكام المادة الثانية من القانون التجاري، التي أضفت الصفة التجارية على استغلال المناجم واعتبار التأمين البري من الأعمال التجارية قياسا على التأمين البحري، و كذا الإيجار للتأجير قياسا على الشراء لإعادة البيع أو التأجيرو على شراء العقارات لبيعها[11]، والنص على اعتبار أعمال الترقية العقارية من قبيل الأعمال التجارية بحسب الموضوع.

محاضرات مقدمة للدكتور خلاف فاتح جامعة جيجل

[9]- إلياس نصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول: الأحكام العامة للشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 43.

[10]- راجع المادة الثانية من القانون التجاري، السالف الذكر.

[11]- راجع المادة 4 من الأمر رقم 27/96 المعدل للقانون التجاري، السالف الذكر.

اما المعيار الثاني فيتمثل في المعيار الشكلي الذي ينظر فيه إلى الشكل القانوني الذي تتخذه الشركة، على اعتبار أن المشرع قد أضفى الصفة التجارية على أشكال معينة من الشركات أيا كان الغرض منها، و من ذلك اعترافه بأن شركة التضامن و التوصية و المساهمة و كذا المسؤولية المحدودة تجارية بسبب شكلها مهما كان غرضها .

و بالرجوع إلى القانون التجاري الجزائري يبدو أن المشرع قد اعتبر الشركات التجارية عمل تجاري بحسب الشكل[12] ، و كذا نص المادة 544 من القانون نفسه[13] التي أوردت تعدادا للشركات التجارية على سبيل الحصر و ليس المثال، واعتبارها تجارية بحسب شكلها مهما يكن موضوعها. و استثني من ذلك شركة المحاصة المعروفة التي أخضعها للمعيار الموضوعي بحيث تتحدد طبيعتها التجارية أو المدنية بالنظر إلى نشاطها.

و تكمن أهمية التفرقة بين الشركات المدنية و الشركات التجارية في تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات التي تكون طرفا فيها، و كذا القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الشركة، فعلى سبيل المثال لا الحصر تكون مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة تضامنية في الشركات التجارية و غير تضامنية في الشركات المدنية، كما الشخصية المعنوية للشركة المدنية تنشأ من

مطبوعة محكمة للدكتور خلاف فاتح جامعة تيبازة

[12]- تنص المادة الثالثة من القانون التجاري، المصدر نفسه، أنه:" يعد عملا تجاريا بحسب شكله :- الشركات التجارية".

[13]- حيث جاء فيها ما يأتي: " يحدد الطابع التجاري لشركة إما بشكلها أو موضوعها.
تعد شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها".

تاريخ التأسيس على خلاف الشركة التجارية التي يكون ميلادها ابتداء من تاريخ القيد في السجل التجاري[14].

الفقرة الثانية

الطبيعة القانونية للشركة التجارية

أولا -الشركة التجارية عقد : تقوم النظرة التقليدية الموروثة عن الرومان على النظر إلى الشركة انطلاقا من الأساس الذي ترتكز عليه و هو العقد، و بذلك نشأت الفكرة التعاقدية للشركة، فإرادة المتعاقدين هي التي تتحكم في تأسيس الشركة و في اختيار نوعها و تتوقف صحة انعقاد الشركة على سلامة هذه الإرادة و خلوها من العيوب، و تستمر إرادة الشركاء مهيمنة على حياة الشركة و سير أعمالها، فتنظم الروابط بين أعضائها و تضع القواعد التي تحكم نشاطها و تسيره وفقا للغرض المشترك، و تقوم عند الإقتضاء بتعديل هذه القواعد وفقا لما تراه مناسبا، مراعية أحكام القانون المتعلقة بالنظام العام ، و للفكرة التعاقدية جذور تاريخية تمتد إلى القرن التاسع عشر حيث ازدهر مبدأ سلطان الإرادة، الذي يتيح الحرية التعاقدية و حتى تعديل الأحكام التشريعية و هذا ما تجلى في إقرار مبدأ حرية تأسيس الشركات المساهمة الذي تقرر بفرنسا بقانون 1867 بعدم كان قانون التجارة يمنع ذلك و تظهر هذه الفكرة في شركات الأشخاص على وجه الخصوص من تأسيسها إلى انقضائها.

موقوع محكمة الدكتور خلاف فاتح جامعة جيجل

[14]- تنص المادة 549 من القانون التجاري السالف الذكر على ما يأتي: " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري....".

ثانيا -الشركة التجارية تنظيم : ينكر بعض الفقهاء على الشركة التجارية صبغتها التعاقدية، و يعتقدون بأنها نظام قانوني، فهي أقرب إلى القانون منه إلى العقد، بالتالي تتحول الشركة من تنظيم إرادي لجماعة الأشخاص المكونين لها مبني على العقد، إلى تنظيم قانوني مصدره التشريع الذي يتضمن جملة من القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها .

و اللافت في هذا الصدد أن المشرع الجزائري قد اعتبر أن الشركة عقد وذلك في نص المادة 416 من القانون المدني الجزائري، على الرغم من إقراره للمؤسسة ذات الشخص الوحيد في صلب القانون التجاري.

و على أية حال يمكن القول أن فكرة التنظيم لا تستبعد تماما فكرة العقد، فترجيح أحدهما على الأخرى يتعلق بنوع الشركة، ففي شركات الأشخاص تسود فكرة العقد بحيث يمتنع مثلا تعديل شروط عقد الشركة إلا بإجماع الشركاء، كما يظهر في تسييرها، و كذا انقضائها، أما في شركات الأموال ولاسيما شركة المساهمة، فقد تراجع الطابع التعاقدي ليفسح المجال للطابع التنظيمي فيمكن للأغلبية مثلا أن تعدل من نصوص نظام الشركة رغم معارضة الأقلية، حتى و أن كان مبدأ سلطان الإرادة يبرز في مجال تعيين موضوع الشركة، و كيفية توزيع الأرباح، و على أية حال، فحيث تنقص القواعد القانونية من الحرية التعاقدية تكون لفكرة التنظيم القانوني الغلبة.

مطبوعة محكمة للدكتور خلاف فاتح جامعة خنشلة

المحور الأول

النظرية العامة للشركات التجارية

تشغل الرقابة على دستورية القوانين حيزا واسعا من الاهتمام من لدن رجال السياسة و القانون على السواء، و يعود ذلك إلى الأهمية البالغة لها في الدول الديمقراطية المعاصر، حيث تعد ضمانة أساسية لتكريس دولة الحق و القانون وحماية مبدأ سمو الدستور، وكذا صيانة الحقوقوالحريات الأساسية للمواطنين، ومن هذا المنطلق عكف فقهاء القانون الدستوري على تحديد مدلول الرقابة الدستورية وبيان أهدافها على وجه الخصوص، وهذا ما نوضحه في الفقرتين التاليتين.

القسم الأول

تكوين عقد الشركة التجارية

لا يختلف إثنان في أن الشركة التجارية عقد، الأمر الذي يترتب عنه وجوب استجماعه لكافة الأركان العامة التي استوجبها المشرع المدني لإبرام العقود، وعلاوة عن ذلك من الأهمية بمكان توافر الأركان الخاصة بعقد الشركة والتي تميزه عن غيره، حيث حددها المشرع في صلب القانون التجاري على وجه الخصوص، فإذا تحققت تلك الأركان مجتمعة وفقا لصحيح القانون نشأ كيان قانوني جديد يكتسب الشخصية المعنوية المستقلة.

لأهمية مرحلة تأسيس الشركة التجارية، يتعين التطرق إلى الأركان الواجب توافرها في عقد الشركة التجارية (الفقرة الأولى)، ثم معالجة أثر الإخلال بتلك

الأركان (الفقرة الثانية)، وذلك في ضوء النصوص المدنية والتجارية السارية، وعلى هدى الاجتهاد الفقهي والقضائي بشأن الموضوع.

الفقرة الأولى

أركان عقد الشركة التجارية

تقسم أركان عقد الشركة التجارية إلى صنفين، يتمثل أولهما في الأركان الموضوعية التي يتعين توافرها لميلاد شخص قانوني جديد(أولا)، ويتمثل ثانيهما في الأركان الشكلية اللازمة لذلك (ثانيا)، وفي هذا الإطار نتولى شرح كل منها فيما يأتي.

أولا: الأركان الموضوعية لعقد الشركة التجارية

لما كانت الشركة عقد، فإنه من المنطق القانوني السليم أن يتم التقيد في تأسيسها بالأركان الموضوعية العامة التي يشترك فيها مع جميع أنواع العقود الأخرى (I)، وعلاوة عن ذلك يتعين توافر الأركان الموضوعية الخاصة التي خصها المشرع لعقد الشركة دون سواه من العقود الأخرى(II).

I- الأركان الموضوعية العامة لعقد الشركة التجارية

تشمل الأركان الموضوعية العامة لعقد الشركة التجارية، كافة الأركان التي أستوجبها المشرع في كل أنواع العقود، وذلك وفقا لمقتضيات القسم الثاني من الفصل الثاني من الكتاب الثاني من القانون المدني الجزائري، الموسوم بـ"

شروط العقد"، حيث فصلتها المواد من 59-105 منه، والمتمثلة في الرضاء (01)، والمحل (02)، وكذا السبب (03).

01ـ **ركن الرضاء في عقد الشركة التجارية**: يتحقق هذا الركن من خلال توافق إرادة المتعاقدين بقصد إحداث أثر قانوني بأن يصدر إيجاب يقترن به قبول مطابق له حسب تعريف الفقيه عبد الرزاق السنهوري[15]، وهو المفهوم ذاته الذي كرسه المشرع الجزائري في نص المادة 59 من القانون المدني[16]، وفي هذا الإطار يتعين أن يتفق المؤسسين على المسائل الجوهرية لعقد الشركة ولاسيما شكل الشركة ومدتها، وكذا عنوانها أو إسمها ومركزها وموضوعها ومبلغ رأسمالها[17]، أما العناصر الأخرى المتعلقة كطريقة الإدارة، وكذا الحصص وكيفية تقاسم الأرباح وتحمل الخسائر وغيرها فيمكن عدم تحديدها في عقد الشركة مالم يوجد نص يقضي على خلاف ذلك[18]، على اعتبار أنه يمكن الرجوع إلى تنظيم المشرع لها كلما أفتقد الاتفاق عليها[19]، أما إذا ناقشها الأطراف لكنهم

د. خلاف فاتح جامعة جيجل

[15]- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 237.

[16]- تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

[17]- تنص المادة 546 من الامر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، على ما يأتي: " يحدد شكل الشركة ومدتها التي لا يمكن أن تتجاوز 99 سنة، و كذلك عنوانها أو إسمها ومركزها وموضوعها ومبلغ رأسمالها في قانونها الأساسي".

[18]- راجع على سبيل المثال لا الحصر المادتين 568 و 563 مكرر3، المصدر نفسه.

[19]- بن عفان خالد، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2016، ص 38.

لم يتفقوا عليها لمعارضة بعضهم أو كلهم فإن الشركة لا تقوم لتخلف ركن الرضى وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

في كل الأحوال، يتعين أن يكون رضى الشريك قائما وقت إبرام عقد الشركة، سليما من العيوب كالغلط في نوع الشركة أو شكلها أو التدليس باستخدام وسائل احتيالية تدفع الشريك للدخول في الشركة[20]، أو الإكراه أو الاستغلال طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المواد من 81 إلى 91 من القانون المدني، فضلا عن ذلك ينبغي أن يبرم عقد الشركة من طرف شخص يتمتع بالأهلية بأن يبلغ سن الرشد التجاري المحدد بتسعة عشر سنة كاملة[21]، مع خلو إرادته من موانع الأهلية[22] وعوارضها[23].

نور خلاف فاتح جامعة جيجل

[20]- إلياس نصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول: الأحكام العامة للشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 81.

[21]- راجع المادة 05 من الأمر رقم 96- 27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996، يعدل و يتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 77، المؤرخة في 11 ديسمبر 1996.

[22]- بالرجوع إلى المادة 08 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدلة بموجب المادة 02 من القانون رقم 13-06 المؤرخ في 23 يوليو 2013، الجريدة الرسمية، العدد 52، المؤرخة في 18 أوت 2004، يتضح أنها قد حددت الأشخاص غير المؤهلين لممارسة النشاط التجاري. كما تنص المادة 09 من القانون نفسه على أنه "لا يجوز لأي كان ممارسة نشاط تجاري إذا كان خاضعا لنظام خاص ينص على حالة تناف".

[23]- للتفاصيل راجع: محمد بشير، "عوارض الأهلية والحلول القانونية لها في التشريع الجزائري : دراسة مقارنة "، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد 02، 2018، ص ص 72- 80.

لاتفوتنا الإشارة إلى أنه يمكن للقاضر المرشد استثمار أمواله[24] ، وفضلا عن ذلك يجوز للولي الشرعي أو الوصي أن يستثمر أموال القاصر كمساهمة في شركة[25]، شريطة الحصول على الإذن من القاضي وفقا لمقتضيات نص المادة 88 من قانون الأسرة[26]، مع ملاحظة أنه يمكن للولي أو الوصي أن يبرم عقد شركة أموال لمصلحة الشريك القاصر دون شركة أشخاص[27]، على اعتبار أن المسؤولية في النوع الأول من الشركات تكون محدودة بمقدار المساهمة في رأسمال الشركة ولا يكتسب الشريك صفة التاجر، بينما تكون المسؤولية شخصية وتضامنية عن كل ديون الشركة في النوع الثاني من الشركات، وهو الحكم ذاته الذي ينطبق على القاصر المرشد الذي يبرم عقد شركة.

موجبة محكمة للدكتور جامعة جيجل

[24]- " ويتعلق الأمر بالقاصر البالغ من العمر 18 سنة كاملة، الحاصل على إذن من أبيه وأمه(في حالة وفاة الأب أوغيابه أو سقوط السلطة الأبوية عنه أو عدم قدرته على ممارسة هذه السلطة) أو على تفويض من مجلس العائلة مصادق عليه من طرف المحكمة (في حالة انعدام الأب والأم معا". الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، التسجيل في السجل التجاري، متوفر على الموقع الإلكتروني: https://www.caci.dz/، تاريخ الإطلاع 2020/11/15.

[25]- شيخ نسيمة، شيخ سناء، " حماية أموال القاصر في القانون الجزائري"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية، جون 2017، ص 85.

[26]- تنص المادة 88 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، على ما يأتي: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: (...) 3- استثمار أموال القاصر بالأراض أو الإقتراض أو المساهمة في شركة ...".

[27]- بوجنان نسيمة، اندماج وانفصال الشركات التجارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017، ص 174.

02- **ركن المحل في عقد الشركة التجارية** : يتمثل في المشروع الاقتصادي الذي أسست من أجله الشركة[28]، ويشترط فيه أن يكون موجودا أو قابلا للوجود طبقا للمادة 92 من القانون المدني التي تنص على أنه" يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا ومحققا"[29]، وعلى هدى ذلك إذا كان محل عقد الشركة مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

وعلاوة عن ذلك ينبغي أن يكون محل عقد الشركة محددا، فلا يكفي أن يتضمن عقد الشركة الإشارة إلى ممارسة التجارة دون تحديد نوعها[30]، وفي كل الأحوال يقع باطلا بطلانا مطلقا كل عقد شركة يكون محله مخالفا للنظام العام والأداب العامة كإنشاء شركة للعب القمار، أو الإتجار في المخذرات وغيرها[31]، وهو الحكم ذاته في حالة ما إذا كان محل الشركة مما يمنعه القانون[32] ومن المفيد الإشارة في هذا الصدد إلى أن محل إلتزام الشريك يختلف عن

مطبوعة محكمة للدكتور خلاف فاتح جامعة جيجل

[28]- حسام الدين عبد الغالي الصغير، عبد الرحمان السيد قرمان، مبادئ القانون التجاري، مطبعة حمادة الحديثة، 1998، ص 37.

[29]- المادة 92 من الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78 ، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

[30]- بوجنان نسيمة، المرجع السابق، ص 175.

[31]- تنص المادة 93 من الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على أنه:" إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الأداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".

[32]- تنص المادة الخامسة من القانون 159 لسنة 1981 على أنه: " لا يجوز لشركات التوصية بالأسهم أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة أن تباشر عمليات التأمين، أو أعمال البنوك، أو الإدخار أو تلقي الودائع، أو استثمار الأموال لحساب الغير بوجه عام".

محل عقد الشركة، فالأول يتمثل في تقديم الشرك لحصته في الشركة، أما الثاني فيتعلق بغرض أو موضوع الشركة.

03ـ ركن السبب في عقد الشركة التجارية :

تطبق على ركن السبب في عقد الشركة التجارية القواعد العامة الواردة في المادتين 97 و98 من القانون المدني الجزائري، ويقصد به الباعث الذي دفع الشركاء إلى التعاقد، والمتمثل في اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، مع تحمل الشركاء للخسائر في حالة تحققها[33]، ويشترط فيه أن يكون موجودا وذلك من خلال رغبة كل شريك في الحصول على نصيب من أرباح الشركة، كما يتعين أن لا يكون غير مشروع كما في حالة العقد الصوري[34]، وفضلا عن ذلك يجب أن لا يخالف النظام العام والأداب العامة كأن تؤسس الشركة من أجل تمويل نادي للقمار أو مكان للدعارة، الأمر الذي يجعل عقد الشركة باطلا بطلانا مطلقا[35].

فاتح جامعة جيجل

[33]- أحمد الورفلي، الوسيط في قانون الشركات التجارية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 103.

[34]- أحمد محمد محرز، الشركات التجارية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، مصر، 2000، ص 109.

[35]- المادة 97 من الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

اللافت في هذا الإطار، أن المشرع الفرنسي قد تخلى عن السبب كركن لصحة العقد، و ذلك إثر تعديل القانون المدني سنة 2016، حيث جاء في نص المادة 1128 منه[36] ما يأتي:

« Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

1° Le consentement des parties ;

2° Leur capacité de contracter ;

3° Un contenu licite et certain »[37].

مؤدى هذا النص، أن المشرع الفرنسي قد أستبدل محل العقد وسببه بمفهوم جديد هو "مضمون contenu " العقد، وبذلك يكون ضروريا لصحة العقد طبقا

د. خلاف فاتح

[36] - L'ancien article 1108 C.civ. énumérait les conditions générales de validité des conventions ; dit que : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

Le consentement de la partie qui s'oblige ;

Sa capacité de contracter ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

Une cause licite dans l'obligation ».

[37] -Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Journal officiel de la République français, n°0035, du 11 février 2016du 11 février 2016

لنص المادة 1128 أعلاه توافر رضاء الأطراف المتعاقدة، وأهليتهم للتعاقد، كما يتعين أن يكون مضمون العقد مشروعا ومؤكدا[38].

II- الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة التجارية

تنص المادة 416 من القانون المدني الجزائري على أن : " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة .

كما يتحملون الخسار التي قد تنجر عن ذلك ".

يفهم من نص المادة أعلاه أن الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة التجارية تتمثل في ركن تعدد الشركاء وركن تقديم الحصص في إطار مشترك، فضلا عن ركن اقتسام الأرباح وتحمل الخسائر، كما يضيف الفقه والقضاء ركن نية المشاركة، وذلك وفقا للتفصيل الوارد أدناه.

01- **تعدد الشركاء في عقد الشركة**: يستفاد من نص المادة 146 السابق الإشارة إليها إلى أنه يتعين توافر ركن تعدد الشركاء في عقد الشركة، وبالتالي لا يتصور تعاقد الشخص مع نفسه و إلا سنكون بصدد تصرف بإرادة منفردة وليس عقد، على هدى ذلك يتعين إبرام عقد الشركة بين شريكين على الأقل،

مطبوعة محكمة للدكتور خلاف فاتح جميع الحقوق محفوظة

[38] - Aurélien Bandé, La licéité du contenu du contrat ou la conformité de ses stipulations et de son but à l'ordre public, 28 FÉVRIER 2017, disponible sur le site ; https://aurelienbamde.com/, en date du 15 mars 2020, à 15.00h.

وبالرجوع إلى أحكام القانون التجاري يتضح أن المشرع قد حدد عدد الشركاء في بعض أنواع الشركات التجارية وهو ما يتجلى من خلال ما يأتي:

- بالنسبة لشركة التوصية بالأسهم: اشترط المشرع أن تتشكل من شريك متضامن و 03 شركاء موصون على الأقل[39].

- بالنسبة لشركة المساهمة: استوجبت المادة 592 من القانون التجاري السالف الذكر أن لا يقل عدد الشركاء فيها عن 07 شركاء.

- بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة: يجب أن لا يزيد عدد الشركاء في هذا النوع من الشركات التجارية عن 50 شريكا[40].

لكن إثر تعديل القانون التجاري بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996، أورد المشرع الجزائري استثناء على قاعدة تعدد الشركاء في عقد الشركة التجارية، وهو ما يتجلى من خلال إقرار الشركة ذات الشخص الوحيد وذات المشؤولية المحدودة[41]، والتي بموجبها حصل الفصل بين الذمة المالية الشخصية للشريك والذمة المالية للشركة، وذلك خروجا عن مبدأ وحدة الذمة المالية المنصوص عليه في المادة 01/188 من القانون المدني السالف الذكر[42].

---

[39]- المادة 02/715 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

[40]- المادة 590، المصدر نفسه.

[41]-الأمر رقم 96- 27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996، يعدل و يتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

[42]- تنص المادة 01/188 من الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق ، على أن : " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه".

02ـ **تقديم الحصص**: يعد من أهم الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة، لأن الحصص تشكل أساس إئتمان الشركة وتكون رأسمالها الذي يعد الضمان العام لدائنيها[43]، والأصل أن المشرع لم يشترط تقديم الشركاء لحصص متساوية[44]، يكفي فقط أن تكون صحيحة ومطابقة للقانون، وفي هذا الصدد تكون الحصص نقدية (أ) أو عينية (ب) أو حصة بالعمل (جـ)، ما لم يتفق المتعاقدين أو ينص القانون على خلاف ذلك:

أـ الحصة النقدية: وهو مبلغ النقود الذي يقدمه الشريك نصيبا لمساهمته في الشركة، حيث يسلمه في التاريخ المتفق عليه مع باقي الشركاء، وفي حالة عدم تحديد التاريخ يقدمه وقت إبرام عقد الشركة، ومن المفيد التنويه في هذا الصدد إلى ملحوظتين تتعلق أولهما بأن الدفع قد يتم مرة واحدة أو على أقساط ما لم يقض اتفاق الشركاء أو نص القانون على خلاف ذلك[45]، وتتعلق ثانيهما بإمكانية أن تكون حصة الشريك ديونا له في ذمة الغير وحينها يتعين عليه ضمان وجوده واستيفائه حسب نص المادة 424 من القانون المدني[46]، المؤكد أيضا أن إلتزام الشريك بتقديم حصته النقدية تحكمه القواعد العامة المتعلقة بتنفيذ

ممنوع عرضه محكمة للتحكم خلاف فاتح جامعة جيجل

[43]- طقاطقة، محمد شريف، تقديم الحصة في الشركات التجارية : دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة آل البيت، 2005، ص 01 وما بعدها.

[44]- المادة 419 من الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

[45]- راجع المادة 596 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

[46]- جاء في المادة 424 من الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق ، ما يأتي: " إذا كانت الحصة التي قدمها الشريك هي ديون له في ذمة الغير فلا ينقض إلتزامه للشركة إلا إذا استوفيت هذه الديون ومع ذلك يبقى الشريك مسؤولا عن تعويض الضرر إذا لم توف الديون عند حلول أجلها".

الإلتزام الذي يكون محله مبلغا من النقود[47]، فإذا تأخر صاحب الشأن عن دفعها يحق التمسك في مواجهته بالتعويض عن ذلك التأخير[48]، حسب ما مقتضيات المادة 421 من القانون المدني الجزائري السابق الإشارة إليه[49].

ب- الحصة العينية: علاوة عن الحصة النقدية، يجوز للشريك تقديم حصة عينية من غير النقود، والتي قد تكون[50]:

- عقارا كالمباني و الأراضي .
- منقولا ماديا مثل الالات و المركبات و كذا الأدوات والبضائع .
- منقولا معنويا قد يكون محل تجاري أو أحد عناصره أو أوراق مالية أو تجارية أو رخص أو حقوق الملكية الأدبية والفنية أو حقوق الملكية الصناعية كالعلامات التجارية وبراءات الإختراع والرسوم والنماذج الصناعية[51].

تنص المادة 422 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر على أنه:" إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني اخر، فإن أحكام

محاضرات مكتوبة للدكتور خلاف فاتح جامعة جيجل

[47]- بن عفان خالد، المرجع السابق، ص 59.

[48]- محمد بن براك الفوزان، النظام القانوني للإسم التجاري والعلامة التجارية، دراسة مقارنة بالقوانين العربية، مكتبة القانون والإقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 2012، ص 72.

[49]- تنص المادة 421 من الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق ، على ما يأتي: إذا كانت حصة الشريك مبلغا من النقود يقدمها للشركة، ولم يقدم هذا المبلغ ففي هذه الحالة يلتزم بالتعويض".

[50]- سماح محمدي، المساهمات العينية في الشركات التجارية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1، 2017، ص 275.

[51]- مصطفى كمال طه، الشركات التجارية: الأحكام العامة في الشركات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص24.

البيع هي التي تسري فيما يخص ضمان الحصة إذا هلكت أو استحقت أو ظهر فيها عيب أو نقص، أما إذا كانت الحصة مجرد انتفاعلا بالمال فإن أحكام الإيجار هي التي تسري في ذلك". مؤدى هذا النص، أن الحصة العينية قد تقدم على سبيل التمليك، كما قد تقدم على سبيل الانتفاع:

- ففي الحالة الأولى تنتقل ملكيتها للشركة وتخضع في ذلك للقواعد العامة المتعلقة بعقد بيع العقار، من حيث إجراءات نقل الملكية أو من ناحية ضمان الحصة إذا هلكت أو استحقت أو ظهر فيها عيب أو نقص[52]، مع ضرورة التفرقة بين ما إذا كانت الحصة العينية عقارا أو منقولا معنويا، أو منقولا ماديا.

- أما في الحالة الثانية المتمثلة في تقديم الشريك للحصة العينية على سبيل الانتفاع فإن الشركة تتصرف فيها لمدة معينة مع احتفاظه بملكيتها[53]، وتطبق عليها القواعد المتعلقة بأحكام عقد الإيجار[54] حسب نص المادة 422 المذكورة أعلاه، وبذلك يأخذ الشريك مركز المؤجر وتكون الشركة في مركز المستأجر، وعلى هدى ذلك لا يمكن لدائني الشركة التنفيذ على تلك الحصة، كما أنها ترد إلى صاحب الشأن في حالة تصفية الشركة[55].

مطروحة مذكرة الدكتور خلاف فاتح جامعة جيجل

[52]- راجع أحكام الفصل الأول من الباب السابع من الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

[53]- محمد أحمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص 124.

[54]- راجع أحكام القسم الأول من الفصل الأول من الباب الثامن من الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

[55]- فوزي محمد سامي، الشركات التجارية: الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 21.

جـ حصة العمل: الأصل أن المشرع الجزائري لم يمنع الشريك من تقديم العمل كحصة له تنتفع به الشركة، لكنه اشترط عليه أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها وأن يقدم حسابا عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولته العمل الذي قدم كحصة لها، وفي هذا الصدد لا يقصد بحصة العمل أداء الخدمات العادية حتى ولو حصل صاحب الشأن على فوائد من أرباح الشركة أو تحمل جزء من خسائرها، و إنما يتعلق الأمر بالخدمات الجدية والمهمة[56]، ومؤدى ذلك أنه لا يجوز أن تقتصر حصة عمل الشريك على ما يكون له من نفوذ أو ما يتمتع به من ثقة مالية في السوق[57]، كما أنه ملزم بتقديم الخدمات التي تحتاج إلى قدر كبير من التأهيل والمعارف والخبرة الفنية والتجارية والإدارية والمحاسبية والقانونية كأن يكون مهندسا أو مديرا للإنتاج أوالتسويق أو محاسبا أو مستشارا ونحو ذلك.

لا تفوتنا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد حسن صنعا عندما استبعد تقديم العمل كحصة في شركات الأموال، لكونها لا تدخل في تكوين رأسمال الشركة ولا يمكن التنفيذ عليها حماية للضمان العام للدائنين[58]، وهو ما يتجلى من خلال بعض أحكام القانون التجاري السالف الذكر، حيث:

محاضرات الدكتور خلاف فاتح

[56]- إلياس نصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول: الأحكام العامة للشركات، المرجع السابق، ص 117.

[57]- المادة 420 من الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

[58]- عبد الرحيم شميعة، الشركات التجارية في ضوء أخر التعديلات القانونية، مطبعة سجلماسة، مكناس، المغرب، 2017، ص 30.

- حظر تقديم الشريك لحصة العمل في الشركات ذات المسؤولية المحدودة : حيث اشترط المشرع التجاري وجوب الإكتتاب بجميع الحصص من طرف الشركاء، و أن تدفع قيمتها كاملة سواء كانت الحصص عينية أو نقدية، و لا يجوز أن تمثل الحصص يتقديم عمل[59].

- حظر تقديم الشركاء الموصون لحصة العمل في شركات التوصية البسيطة: حيث جاء في نص المادة 563 مكرر 1 من القانون التجاري السالف الذكر أنه لايمكن أن تكون الحصة في شركة التوصية البسيطة عملا[60].

- وعلاوة على ذلك يفهم من مضمون المادة 596 من القانون التجاري أنه لا يجوز تقديم حصة العمل في شركات المساهمة، على اعتبار أن المشرع قد استوجب أن يكتتب رأسمالها بالكامل[61].

03ـ نية المشاركة في اقتسام الأرباح وتحمل الخسائر:

الواقع أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الركن، إنما استخلصه الفقه و أقره الاجتهاد القضائي[62]، ومؤدى ذلك أنه يتعين أن يتوفر العقد على

---

[59]- المادة 567 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

[60]- تنص المادة 563 مكرر 1 /02 من المصدر نفسه، على أنه:" يلتزم الشركاء الموصون بديون الشركة فقط في حدود قيمة حصصهم التي لا يمكن أن تكون على شكل تقديم عمل".

[61]- حيث جاء في صلب المادة 596 من المصدر نفسه أن:" يجب أن يكتتب رأس المال بكامله، وتكون الأسهم النقدية مدفوعة عند الإكتتاب بنسبة الربع (4/1) على القل من قيمتها الإسمية، ...وتكون الأسهم العينية مسددة القيمة بكاملها حين إصدارها".

[62]- محمود عبد الفتاح رضوان، الشركات التجارية فقها وقضاء: دراسة مقارنة بين القانونين المصري والكويتي، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2015، ص 71.

مطبوعة محكمة للدكتور خلاف فاتح جامعة جيجل

عنصر ذي طبيعة معنوية[63]، يتمثل في رغبة الشركاء في اقتسام الأرباح وتحمل الخسائر، وتظل هذه النية قائمة طيلة الحياة القانونية للشركة، وفي هذا الإطار تنص المادة 01/416 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر على أن مساهمة الشركاء بتقديم حصص في عقد الشركة يستهدف من ورائها ذوي الشأن " اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة" ، كما تضيف الفقرة الثانية من المادة نفسها أن الشركاء " يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك".

يحدد عقد الشركة نصيب كل شريك في أرباح وخسائر الشركة، فإذا لم يتفق الشركاء على تحديده مطلقا فإن نصيب كل منهم يكون بنسبة حصته في رأس المال، أما إذا تم تحديد نصيب الشركاء في الأرباح دون الخسارة، فإن هذا النصيب هو ذاته النصيب في الخسارة أيضا، وينطبق ذلك على حالة تعيين نصيبهم في الخسارة دون الأرباح، مع ملاحظة أنه في حالة تقديم الشريك لحصة عمل فقط وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة حسب ما تفيده الشركة من هذا العمل، أما إذا قدم بالإضافة لحصة العمل نقودا أو شيئا معينا وجب تحديد نصيبا اخر له[64].

مطبوعة محكمة للدكتور خلاف فاتح جامعة جيجل

[63]- محمد نخلي، محاضرات في القانون التجاري المغربي: الشركات التجارية، 2013، منشور على الموقع الإلكتروني : www.Fsjes-Agadir.info ، ص 135.

[64]- المادة 425 من الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

في كل الأحوال لا يجوز النص على شرط الأسد في عقد الشركة[65]، من خلال اعفاء أحد الشركاء من تحمل جزء من الخسارة التي تتكبدها الشركة تحت طائلة بطلان العقد، وذلك طبقا لنص المادة 01/426 من القانون المدني، حيث جاء فيها ما يأتي: " إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا". وغني عن البيان أن هذه القاعدة غير مطلقة، وهو ما يتجلى من خلال:

- جواز اتفاق الشركاء على اعفاء الشريك الذي قدم حصة عمل في الشركة، من المساهمة في الخسائر، شريطة ألا يكون قد قررت له أجرة ثمن عمله[66].

- جواز اتفاق الشركاء في شركات المساهمة و شركات المسؤولية المحدودة على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها[67].

ثانيا: الأركان الشكلية لعقد الشركة التجارية

بالنظر إلى خطورة عقد الشركة على المتعاقدين والغير، فإن المشرع لم يكتف باشتراط توافر الأركان الموضوعية لتمام العقد، وإنما استوجب فضلا

---

[65]- بندر بن حمدان العتيبي، مبادئ القانون التجاري: الأعمال التجارية-التاجر- الشركات التجارية، مكتبة القانون والإقتصاد للنشر والتوزيع، الرياض، 2016، السعودية، ، ص91.

[66]- تنص المادة 02/126 من المصدر نفسة، أنه :"..يجوز الاتفاق على اعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من كل مساهمة في الخسائر على شرط ألا يكون قد قررت له أجرة ثمن عمله".

[67]- حيث جاء في المادة 733 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، المصدر السابق، ما يأتي: " ...فيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة أو الشركات المساهمة فإن البطلان ...لا يحصل من بطلان الشروط المحظورة بالفقرة الأولى من المادة 426 من القانون المدني".

عن ذلك التقيد بالأركان الشكلية المتطلبة قانونا، والمتمثلة في الكتابة (I)، وكذا القيام بإجراءات قيد وشهر عقد الشركة (II).

I – كتابة عقد الشركة التجارية

تنص المادة 418 من القانون المدني على أنه:" يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد"، يفهم من مضمون هذا النص أن المشرع الجزائري قد أكد على وجوب كتابة عقد الشركة أو ما يلحقه من تعديلات قد تتعلق بزيادة أو انقاص رأسمال الشركة[68]، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها وغيرهما تحت طائلة البطلان، والمقصود بالكتابة في هذا الصدد الكتابة الرسمية[69]، وهو ما تشير إليه صراحة المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني بنصها على أنه: " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها (...) في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضبط العمومي الذي حرر العقد"[70].

[68]- نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، الطبعة السابعة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 44.

[69]- تنص المادة 324 من الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق ، على أن :" العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ظابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

[70]- المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، المصدر السابق.

في هذا السياق، اشترطت الفقرة الثانية من المادة 324 مكرر 1 أعلاه وجوب إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي تحت طائلة البطلان، وهو ما أقره المشرع التجاري عندما أكد في المادة 545 من القانون التجاري أن اثبات الشركة التجارية يتم بموجب عقد رسمي وإلا كانت باطلة[71]، هذا الحكم أكدته المحكمة العليا في الكثير من القرارات، ومن بينها قرارها الصادر بشأن القضية رقم 142806 بتاريخ 26 مارس 1996، حيث جاء في حيثياته ما يأتي:" لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم لاثبات وجود الشركة على عقد عرفي وشهادة الشهود يكونون قد خرقوا أحكام المادة 418 من القانون المدني التي تشترط أن يكون عقد انشاء الشركة عقدا رسميا و إلا كان باطلا، وكذلك المادة 545 من القانون التجاري التي تنص بأنه لا يمكن إثبات الشركة إلا بموجب عقد رسمي"[72].

وهو المسلك ذاته الذي أقرته المحكمة نفسها في قرارها رقم 148423 المؤرخ في 18 مارس 1997، عندما أكدت أنه لا يكفي لإثبات الشركة التجارية وجود وثائق بين الطرفين بل يتعين أن يكون عقد انشاء الشركة رسميا تحت طائلة البطلان، وذلك وفقا لما يلي:" ...أن الطاعن اشترك مع المطعون ضده في معمل تجارة بشراء الالات والأشياء الضرورية وباشرت الشركة أعمالها وتعاقدت مع الغير وسجلت بمصلحة الضرائب والسجل المهني باسم الطاعن الذي منح شريكه المطعون ضده وكالة لتسيير هذه الشركة رغم كونها ليست

[71]- تنص المادة 545 من القانون التجاري السالف الذكر، على ما يلي: " تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة".

[72]- المجلة القضائية، الإجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، 1999، ص 141.

شركة رسمية إلا أ،ها موجودة فعليا بالفاتورات والبطاقة المهنية وشهادة الضرائب وشهادة بيع الالات والوكالة الرسمية، و أن انكار المطعون ضده هذه الشركة بحجة عدم وجود عقد رسمي طبقا لنص المادة 545 من القانون التجاري لا يكفي لأنه لابد من تسوية الوضعية بين الخصمين ولو بتطبيق القانون المدني، وبما أن قضاة المجلس طبقوا المادة 545 من القانون التجاري دون أي تفحص للوثائق قد خالفوا القانون.

لكن حيث بمراجعة القرار المطعون فيه تبين منه أن قضاة المجلس قد أسسوا قرارهم على أن الشركة المدعى إنشاؤها بين الطاعن والمطعون ضده لم يثبت قيامها بعقد رسمي طبقا لنص المادة 545 من القانون التجاري، وذلك تحت طائلة البطلان وهو تأسيس صحيح، وسليم إذ لا يكفي لإثبات الشركة التجارية وجود وثائق بين الطرفين لأن القانون صريح باشتراطه الشكلية الرسمية في عقد الشركة تحت طائلة البطلان، وفي دعوى الحال لا يوجد عقد رسمي لهذا فإن الوجه المثار غير مؤسس مما يتعين رفض الطعن"[73].

لاتفوتنا الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع وعلى غرار التشريعات المقارنة قد استثنى صراحة شركة المحاصة من شرط الاثبات بالكتابة الرسمية[74]، حيث يمكن إثباتها بكافة الوسائل، ويعود ذلك لكونها شركة مستترة لا تتمتع

[73]- المجلة القضائية، الإجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، 1999، ص 141.

[74]-نايف بن جمعان الجريدان،" شركة المحاصة في الشريعة والقانون، دراسة مقارنة"، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد 26، العدد الثالث، جامعة الملك سعود، السعودية، 2014، ص 222.

بالشخصية المعنوية ولا وجود لها أمام الغير[75]، وهو الحكم الذي نصت عليه المادة 795 مكرر 2 من القانون التجاري بقولها:" لا تكون شركة المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء ولا تكتشف للغير، فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولاتخضع للإشهار، ويمكن إثباتها بكل الوسائل"[76].

يتولى الموثق تحرير عقد الشركة التجارية حسب الأشكال القانونية اللازمة بعد استيفاء الشكليات التأسيسية، ويتعين أن يحتوي على كافة التفاصيل الدقيقة المتعلقة بالشركة، ولاسيما البيانات التالية[77]:

1- شكل الشركة التجارية.
2- مدة الشركة التي لا تزيد عن 99 سنة.
3- عنوان الشركة أو إسمها ومركزها.
4- موضوع الشركة التجارية.
5- مبلغ رأسمال الشركة.

هكذا يكون المشرع الجزائري قد اعتبر عقد الشركة من العقود الشكلية وليست الرضائية، مستهدفا من وراء ذلك حفظ حقوق الشركة والشركاء وتحديد التزاماتهم، فضلا على ذلك تساهم الكتابة في تمكين المتعاقدين من إدراك

جيجل

[75]- محمد بن برك فوزان، الأحكام العامة للشركات: دراسة مقارنة طبقا لنظام الشركات السعودي الصادرة عام 1437، ط 2، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، 2018، ص 66.

[76]- المادة 795 مكرر 2 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

[77]- المادة 546 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، المصدر نفسه.

حجم خطورة هذا النوع من العقود على ذممهم المالية وسمعتهم[78]، إلى جانب تيسير إطلاع الغير على بنود القانون الأساسي للشركة والوصول إليه، الأمر الذي يشجعهم على التعامل مع الشركة وهم في ثقة وطمأنينة على مراكزهم القانونية[79]، وفي كل الأحوال تسهل الكتابة الرجوع إلى العقد في حالة نشوء نزاع أواستعماله كوسيلة للإثبات أمام القضاء سواء ما بين الشركاء أنفسهم أو في مواجهة الغير .

II- القيد والإشهار القانوني للشركة التجارية

تنص المادة 548 من القانون التجاري الجزائري السالف الذكر على أنه:" يجب أن تودع العقود الـأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري، وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة" ، وعلى هدى هذا النص سوف نتطرق إلى قيد الشركات التجارية (01)، وكذا الإشهار القانوني لعقودها (02).

01- قيد الشركة التجارية في السجل التجاري:

جامعة جيجل

[78]- تنص المادة 12 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006، أن الموثق يعلم الأطراف المتعاقدة " ... بمدى التزاماتهم وحقوقهم، ويبين لهم الأثار والالتزامات التي يخضعون لها، والاحتياطات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها لهم القانون لضمان نفاذ إرادتهم".

[79]- إلياس نصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول: الأحكام العامة للشركات التجارية، المرجع السابق، ص 152.

القيد في السجل التجاري هو الإجراء الذي يكسب الشركة التجارية صفة التاجر، وفي هذا الإطار أكدت المادة الرابعة من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، على أنه يتعين على كل شخص طبيعي أو اعتباري يرغب في ممارسة النشاط التجاري القيد في السجل التجاري.

الواقع أن المشرع الجزائري قد ألزم كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا تجاريا بالخضوع للقيد في السجل التجاري[80]، وتطبيقا لذلك جاء المرسوم التنفيذي رقم 15-111 الذي يحدد كيفيات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري[81]، حيث أشار إلى أن القيد الرئيسي في السجل التجاري[82] يتم بالطريق العادي أو الإلكتروني[83]، وذلك بناء على طلب يقدمه الممثل القانوني للشركة إلى الفرع المحلي التابع للمركز الوطني للسجل التجاري المختص اقليميا.

د. خلاف فاتح جامعة جيجل

[80]- راجع المادتان 19 و20 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

[81]- المرسوم التنفيذي رقم 15-111 المؤرخ في 13 ماي 2015، يحدد كيفيات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخة في 13 ماي 2015.

[82]- يعرف القيد الرئيسي بأنه"... أول قيد في السجل التجاري يقوم به كل شخص يمارس نشاطا خاضعا للقيد في السجل التجاري" : المادة 6-أ من - المرسوم التنفيذي رقم 15-111 المؤرخ في 13 ماي 2015، المصدر نفسه.

[83]- تنص المادة 5 مكرر من القانون رقم 13-06 المؤرخ في 23 يوليو 2013، يعدل و يتمم القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر، العدد 39، المؤرخة في 31 يوليو 2013 ، على أنه: " يمكن القيد في السجل التجاري بالطريقة الإكترونية ".

غني عن البيان، أن المادة التاسعة من المرسوم التنفيذي 15-111 السالف الذكر، قد بينت كيفية قيد الشركة في السجل التجاري، حيث اشترطت ضرورة تقديم ممثلها القانوني لطلب ممضى ومحرر على اسثمارات يسلمها المركز الوطني للجل التجاري، و أن يكون ذلك الطلب مرفقا بالوثائق التالية[84]:

- نسخة واحدة من القانون الأساسي المتضمن تأسيس الشركة أو نسخة من النص التأسيسي للشركة عندما يتعلق الأمر بمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري.

- نسخة من إعلان نشر القانون الأساسي للشركة في النشرة الرسمية للاعلانات القانونية.

- اثبات وجود محل مؤهل لاستقبال نشاط تجاري بتقديم إما سند ملكية أو عقد ايجار أو امتياز للوعاء العقاري الذي يحوي النشاط التجاري أو كل عقد أو مقرر تخصيص مسلم من طرف هيئة عمومية.

اللافت أن الوثائق المرفقة بملف طلب القيد في السجل التجاري تختلف في حالة تقديمه من طرف الفروع أو الوكالات أو الممثليات التجارية أو كل مؤسسة أخرى تابعة لشركة تجارية مقرها في الخارج، حيث علاوة عن تقديم طلب ممضى ومحرر على استثمارات يسلمها المركز الوطني للجل التجاري، وجوب إرفاقه بالوثائق المحددة في الفقرة الثانية من نص المادة التساعة السابق الإشارة إليها، والمتمثلة فيما يأتي[85]:

[84]- المادة 09 من - المرسوم التنفيذي رقم 15-111 المؤرخ في 13 ماي 2015، المصدر السابق.

[85]- المادة 10 من - المرسوم التنفيذي رقم 15-111 المؤرخ في 13 ماي 2015، المصدر نفسه.

- اثبات وجود محل مؤهل لاستقبال نشاط تجاري بتقديم سند ملكية أو عقد ايجار أو امتياز للوعاء العقاري الذي يحوي النشاط التجاري أو كل عقد أو مقرر تخصيص مسلم من طرف هيئة عمومية.

- نسخة من القانون الأساسي المتضمن تأسيس الشركة تكون باللغة العربية عند الاقتضاء، وفي هذه الحالة يشترط المصادقة عليه من طرف مصالح القنصلية الجزائرية.

- نسخة باللغة العربية عند الاقتضاء من محضر مداولات للمقرر الذي ينص على فتح مؤسسة بالجزائر مصادقا عليه من طرف مصالح القنصلية الأجنبية المتواجدة في الجزائر.

في كل الحالات، يتعين إرفاق ملف طلب القيد في السجل التجاري بوصل تسديد حقوق الطابع الضريبي المقدرة بـــ 4.000 دج [86]، وكذا وصل دفع حقوق التسجيل، والتي تشمل كل المصاريف التي ينفقها المركز الوطني للسجل التجاري بما فيها المصاريف المتعلقة بالاشثمارات أو المطبوعات، وذلك وفقا للتعريفات المحددة بموجب المادة الثالثة من القرار المؤرخ في 31 أكتوبر

جامعة جيجل

[86]- تنص المادة 155 مكرر/01 من الأمر رقم 76-103 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 يتضمن قانون الطابع، المعدل والمتمم، المستحدثة بموجب المادة 60 من قانون المالية لسنة 1993 والمعدلة بموجب المادة 14 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، على أنه: " يؤسس رسم الطابع بـ 4.000 دج يطبق حين فتح السجل التجاري أو يليه، إذا كان التعديل ناتجا عن قرار أو عقد متخذ من طرف سلطة إدارية مختصة فإنه معفى من رسم الطابع هذا".

2016، المحدد للتعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات التجارية والاعلانات القانونية[87].

أما بالنسبة لشرط تقديم رخصة أو اعتماد مسلم من طرف الهيئة العمومية المختصة عندما يتعلق الأمر بممارسة نشاط أو مهنة مقننة[88]، فإنه يلاحظ أن المشرع قد تراجع عن اعتباره شرطا مسبقا يرفق بملف طلب القيد في السجل التجاري ابتداء[89]، و إنما اشترط تقديمه عند الشروع الفعلي في ممارسة الأنشطة أو المهن المقننة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري ما لم يقض القانون على خلاف، وذلك بموجب المادة 25 من القانون رقم 18-08 المؤرخ في 10 يونيو 2018، يعدل ويتمم القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية[90] .

د. خلاف فاتح جامعة جيجل

[87]- المادة الثالثة من القرار المؤرخ في 31 أكتوبر 2016، يحدد التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات التجارية والاعلانات القانونية، الجريدة الرسمية، العدد 01، المؤرخة في 4 جانفي 2017.

[88]- بشأن الأنشطة المقننة راجع : نور الدين بن حميدوش، الإطار القانوني لممارسة الأنشطة التجارية في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنسل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2016، ص ص-231-274

[89]- المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 15-111 المؤرخ في 13 ماي 2015، المصدر السابق.

[90]- تنص المادة 02/25 من القانون رقم 18-08 المؤرخ في 10 يونيو 2018، يعدل ويتمم القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 35، المؤرخة في 13 يونيو 2018، على ما يأتي: " غير أن الشروع الفعلي في ممارسة الأنشطة أو المهن المقننة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري يبقى مشروطا بحصول المعني على الرخصة أو الاعتماد المطلوبين اللذين تسلمهما الإدارات أو الهيئات المؤهلة".

02ـ الإشهار القانوني لعقد الشركة التجارية

تنص المادة 01/11 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية السالف الذكر على ما يأتي:" يجب على كل شركة تجارية أو أية مؤسسة أخرى خاضعة للتسجيل في السجل التجاري إجراء الإشهارات القانونية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول به".

مؤدى هذا النص، أنه يتعين الإشهار القانوني للشركة التجارية المقيدة في السجل التجاري وفقا للكيفيات المحددة قانونا، وذلك من أجل إطلاع الغير الذي قد يتعامل معها بكافة المعلومات المتعلقة بها ولاسيما محتوى أعمالها التأسيسية و كذا العمليات التي تمس رأسمالها، ورهون الحيازة والتسيير ونحو ذلك، فضلا عن التعرف على صلاحيات هيئات الإدارة و التسيير وحدودها وكذا مدتها، وفي هذا الإطار صدر المرسوم التنفيذي رقم 16-136 المؤرخ في 25 أفريل 2016 المتضمن كيفيات ومصاريف أدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للاعلانات القانونية، حيث اسند هذه العملية إلى المركز الوطني للسجل التجاري، وذلك من خلال الإشهارات القانونية العادية والإلكترونية للمعلومات المتعلقة بالشركات التجارية، بما فيها المعلومات التي تخص الشركات حديثة القيد السجل التجاري، ولاسيما ما يأتي[91]:

- العقود الـاسيسية للشركات والعمليات المتعلقة برأسمالها وكذا رهون الحيازة وتأجير التسيير وبيوع المحال التجارية.

[91]- المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 16-136 المؤرخ في 25 أفريل 2016، يحدد كيفيات ومصاريف إدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للاعلانات القانونية، الجريدة الرسمية، العدد 27، المؤرخة في 4 ماي 2016.

- الأحكام القضائية أو التدابير التي تقرر منع أو اسقاط الحق في ممارسة التجارة إن وجدت.

- حسابات الشركة وكذا عمليات اللجوء للادخار العلني.

- وعلاوة على ما سبق يمكن نشر كل معلومة أخرى تكتسي فائدة بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين مع الشركة.

تجدر الإشارة في هذا الإطار، إلى إلى أن القانون رقم 13-06 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية السالف الذكر، قد استثنى المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من الخضوع للاشهارات القانونية المحددة في هذا القانون، بما فيها القيد في السجل التجاري[92].

يلاحظ أن المشرع قد حصر وسيلة الإشهار القانوني الإلزامي في النشرة الرسمية للاعلانات القانونية، وبذلك لم مع تعد الإشهارات المتعلقة بالسجل التجاري للشركات موضوع إدراج في الصحافة الوطنية المكتوبة أو أية وسيلة أخرى، وهذا بصريح نص المادة 13 مكرر من القانون رقم 13-06 المؤرخ في 23 يوليو 2013، السالف الذكر، حيث جاء فيها : " تلغى أحكام المادة 14 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية"[93]. ومن المفيد التنويه إلى أن مصاريف إدراج الإشهار

[92]- المادة 17 من القانون رقم 13-06 المؤرخ في 23 يوليو 2013، يعدل و يتمم القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المصدر السابق.

[93]- تنص المادة 14 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، والمتعلق بشروط ممارسة الأ،شطة التجارية ، المصدر السابق، على ما يأتي: " تكون الإشهارات القانونية أيضا موضوع إدراج في الصحافة الوطنية المكتوبة أو أية وسيلة ملائمة، وعلى عاتق ونفقة الشخص الاعتباري".

القانوني للسجل التجاري للشركة وكذا نشرها في النشرة الرسمية للاعلانات القانونية تحدد طبقا لنص المادة 05 من القرار المؤرخ في 31 أكتوبر 2016، المتعلق بالتعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات التجارية والاعلانات القانونية[94].

على أية حال، لقد حسن المشرع الجزائري صنعا بنصه على الإشهار القانوني الإلزامي للشركات التجارية، وكذا تمكين كل شخص يهمه الأمر بالحصول من المركز الوطني للسجل التجاري على كل معلومة تتعلق بالشركة التجارية المقيدة في السجل التجاري[95]، على اعتبار أن ذلك من شأنه تأمين مصالح وحقوق الغير الذي قد يتعامل مع الشركة مستقبلا، إذ بفضله يعلم بقيام الشركة ويتعرف على محتوى قانونها الأساسي.

الفقرة الثانية

أثر تخلف أركان عقد الشركة التجارية

يترتب عن الإخلال بالأركان الموضوعية أو الشكلية التي اشترط المشرع توافرها في عقد الشركة التجارية، بطلان عقد الشركة طبقا للقواعد العامة لبطلان العقد الواردة في صلب القسم الثاني مكرر من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني من القانون المدني الجزائري، وعلاوة عن ذلك أقر المشرع التجاري بطلان من نوع خاص يتعلق بالشكلية(ثانيا)، واللافت في هذا الصدد

[94]- القرار المؤرخ في 31 أكتوبر 2016، يحدد التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات التجارية والاعلانات القانونية، المصدر السابق.

[95]- المادة 17 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 52، المؤرخة في 18 أوت 2004، المصدر السابق.

أن أثر بطلان عقد الشركة له خصوصية تميزه عن أثر بطلان العقود الأخرى، وهو ما يتجلى من خلال اعتراف المشرع بالشركة الفعلية (ثانيا).

أولا: بطلان عقد الشركة التجارية

تنص المادة 733 من القانون التجاري السالف الذكر على أنه:" لا يحصل بطلان شركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون أو القانون الذي يسري على بطلان العقود..."، على هدى هذا النص يكون المشرع قد أقر تطبيق أسباب بطلان الشركات التجارية المحددة في القانون التجاري والقانون المدني على السواء، الأمر الذي يدعونا إلى التمييز ما بين ثلاثة أنواع من البطلان، وهي البطلان المترتب عن تخلف الأركان الموضوعية(I)، والبطلان المترتب عن تخلف الأركان الشكلية التي أقرها القانون (III).

I- بطلان عقد الشركة التجارية لتخلف الأركان الموضوعية

الواقع أن المشرع الجزائري لم يعتبر بطلان العقد على درجة واحدة، حيث تتعدد أوجهه وتتنوع مراتبه، وعلى هدى أحكام القانونين المدني والتجاري قد يكون البطلان مطلقا (01)، كما قد يكون نسبيا (02).

01- البطلان المطلق لعقد الشركة التجارية :

أ- بطلان عقد الشركة التجارية لتخلف الأركان الموضوعية العامة: يتحقق البطلان المطلق لعقد الشركة التجارية إذا انعدم ركن الرضى أو محل الشركة أو سببها كان غير مشروع أو تم إدراج شرط الأسد كأصل عام، وفي هذا الإطار يخضع هذا النوع من البطلان إلى القواعد العامة لبطلان العقود الواردة في

مطبوعة محكمة للدكتور خلاف فاتح جامعة جيجل

صلب القانون المدني، فإذا لم يحصل تطابق الإيجاب مع القبول أو كان موضوع الشركة ينصب على تجارة المخدرات أو تهريب السلاح مثلا أو كان الباعث من وراء تأسيسها يتعلق بتمويل نشاط غير مشروع كنوادي القمار أو بيوت الدعارة أو تبييض الأموال وقع عقد الشركة باطلا بطلانا مطلقا[96]، وفي هذه الحالة يمكن للشركاء والغير أو دائني الشركة تحديدا التمسك ببطلانه كما يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها لأن هذا البطلان من النظام العام لا يسري عليه التقادم ولايزول بالإجازة الصريحة أو الضمنية له.

تنص المادة 102 من القانون المدني السالف الذكر على أنه: " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولايزول البطلان بالإجازة"[97].

ب- بطلان عقد الشركة التجارية لتخلف الأركان الموضوعية الخاصة: علاوة عن البطلان المطلق المقرر لعقد الشركة بسبب تخلف الأركان الموضوعية العامة، يترتب هذا النوع من البطلان أيضا في حالة تخلف الأركان الموضوعية الخاصة، على الرغم من أن بعض الفقه يرجح انعدام العقد في بعض الحالات على اعتبار أن تخلف بعض أسسه الجوهرية يؤدي إلى انعدام التصرف القانوني برمته، وليس البطلان المطلق كما رأينا سابقا، وعلى أية حال يترتب عن تخلف الأركان الموضوعية الخاصة ما يأتي:

مطبوعة محكمة للدكتور خلاف فاتح جامعة جيجل

[96]- إلياس نصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول: الأحكام العامة للشركات التجارية، المرجع السابق، ص 189.

[97]- المادة 102 من القانون المدني، المصدر السابق.

- حالة تخلف ركن " تعدد الشركاء " : لقد اشترط المشرع لقيام الشركة شريكين على الأقل، وبين الحد الأدنى والحد الأقصى لتأسيس بعض أنواع الشركات التجارية، تحت طائلة البطلان، فلا يمكن أن يقل عدد الشركاء في شركات المساهمة عن 07 مساهمين، فإذا لم يتحقق هذا الشرط وجب تحويلها إلى شكل و إلا وقع العقد باطلا[98]، كما يجب ألا يزيد عددهم في شركات المسؤولية المحدودة عن 50 شريكا، فإذا تم تجاوز هذا العدد يتعين تحويلها إلى شركة مساهمة وتصحيح هذا البطلان خلال سنة[99].

- حالة تخلف ركن " تقديم الحصص" وهو من أهم الركائز التي تستند إليها الشركة للقيام بمشروعها ذلك لأن مجموع الحصص يكون رأس مالها والضمان العام للدائنين، وتخلفه يؤدي إلى إلى بطلان عقد الشركة[100].

- حالة تخلف ركن " نية الشركاء "، حيث يعتبر هذا الركن أساس تمييز الشركة التجارية عن العقود الأخرى الملزمة لجانبين، فإذا تخلف ترتب عنه عدم قيام الشركة. و في هذه الحالة يكيف العقد بتصرف قانوني أخر كعقد عمل.

- حالة تخلف ركن تقاسم الأرباح والخسائر: الواقع أن تخلف هذا الركن يترتب عنه بطلان عقد الشركة التجارية بطلانا مطلقا، بأن يتم اعفاء أحد الشركاء من تحمل الخسائر التي تتكبدها الشركة، وهذا بصريح المادة 426 من القانون المدني الجزائري بنصها على أنه: " إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا.

---

[98]- المادة 592، من القانون التجاري، المصدر السابق.

[99]- المادة 590 ، المصدر نفسه.

[100]- محمد بن برك فوزان، المرجع السابق، ص 70.

ويجوز الاتفاق على اعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من كل مساهمة في الخسائر على شرط ألا يكون قد قررت له أجرة ثمن عمله"[101].

يستفاد من هذا النص أنه يترتب عن شرط الأسد البطلان المطلق لعقد الشركة ما عدا في حالة اتفاق الشركاء على اعفاء الشريك الذي يقدم حصته عملا شريطة أن لا يكون أجيرا، لكن بالرجوع إلى نص المادة 733 من القانون التجاري[102] يتضح أن المشرع قد خرج عن هذه القاعدة بشأن شركات الأموال ممثلة في شركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة حيث أقرت صراحة أن وجود شرط الأسد في عقد الشركة يترتب عنه بطلان الشرط مع بقاء عقد الشركة صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية في ساحة الشركاء والغير على السواء.

02ـ البطلان النسبي لعقد الشركة التجارية :

يتحقق البطلان النسبي لعقد الشركة في الحالة التي يعتري فيها رضا أحد الشركاء عيب من عيوب الإرادة كالغلط والإكراه والتدليس أو كان الشريك ناقص الأهلية، حيث يتقرر هذا البطلان لمصلحة فقط، ومؤدى ذلك أنه يحق له وحده التمسك به دون باقي الشركاء الأخرين أو الغير، فإذا حكم به يتم إعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل تحرير عقد الشركة بأن يسترد حصته كاملة ويرد

[101]- المادة 426 من من الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

[102]- تنص المادة 733 من القانون التجاري، السالف الذكر على أنه:" لا يحصل بطلان شركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون أو القانون الذي يسري على بطلان العقود، وفيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة أو الشركات المساهمة، فإن البطلان لا يحصل من عيب في القبول ولا من فقد الأهلية مالم يشمل هذا الفقد كافة الشركاء المؤسسين، كما أن هذا البطلان لا يحصل من بطلان الشروط المحظورة بالفقرة الأولى من المادة 426 من القانون المدني".

كل ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد[103]، وإذا استحال ذلك وجب إفادته من تعويض عادل يحدده القاضي. ولأن هذا النوع من البطلان ليس من النظام العام فمن غير المتصور إثارته تلقائيا من طرف القاضي، أو تمسك الشركاء أو الغير به، كما أنه يزول بالإجازة الصريحة أو الضمنية من طرف ناقص الأهلية عندما يصبح راشدا أو الشخص الذي عيبت إرادته.

يسقط الحق في طلب إبطال العقد لنقص الأهلية أو عيب في الإرادة بمضي ثلاث سنوات يبدأ احتسابها اعتبارا من تاريخ حصول البطلان، وذلك دون اخلال بانقضاء الميعاد المقرر لتصحيح العقد أو رفع دعوى البطلان والمحدد بستة أشهر ابتداء من تاريخ انذار الشخص الذي عيب رضاه أو فقد أهليته[104]، وعلى هدى ذلك يصبح العقد بعد فوات هذه المدة محصنا ضد أي طعن من صاحب الشأن والشركاء وكذا الغير على السواء، وهو أمر محمود لأنه يضمن استقرار المعاملات التجارية وطمأنة الشركاء والأشخاص المتعاملين مع الشركة على مراكزهم القانونية القائمة[105] .

غني عن البيان، وجوب التمييز بين أثر البطلان النسبي لعقد الشركة التجارية عندما يتعلق الأمر بشركات الأشخاص أو شركات الأموال:

محاضرة الدكتور خلاف فاتح

يجل

[103]- المادة 103 من الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

[104]- المادة 740 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

[105]- إلياس نصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول: الأحكام العامة للشركات التجارية، المرجع السابق، ص 188 وما بعدها.

ـ بالنسبة لشركات الأشخاص: تقوم على الاعتبار الشخصي وبالتالي فإن إبطال العقد لمصلحة أحد الشركاء يترتب عنه انقضاء الشركة، ما لم ينص عقدها التأسيسي على استمرارها حتى في حالة انسحاب أحد الشركاء، أو يقرر ذلك بقية الشركاء بالإجماع، وهو الحكم الذي يستفاد من المادة 563 من القانون التجاري بشأن شركة التضامن، بنصها:" في حالة إفلاس أحد الشركاء أو منعه من ممارسة مهنته التجارية أو فقدان أهليته، تنحل الشركة، ما لم ينص القانون الأساسي على استمرارها أو يقرر باقي الشركاء ذلك بإجماع الأراء"[106].

ـ بالنسبة لشركات الأموال: ولاسيما الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة فإذا تم خروج الشريك منها لعيب في الرضى أو فقد للأهلية فلا يؤثر خروجه على باقي الشركاء أو الشركة بسبب البطلان الذي تم لمصلحته بل تستمر الشركة، بعد أن ترد له حصته، ويتم بيع الأسهم المستردة إلى شخص آخر يحل محله، أما إذا كان العيب قد شاب رضا كافة المؤسسين في مثل هذه الشركات فإن ذلك يؤدي إلى بطلان الشركة برمتها[107].

على أية حال إذا كانت القاعدة أنه لا يجوز للشركة والشركاء الإحتجاج بالبطلان تجاه الغير حسن النية، إلا أن البطلان بسبب فقدان الأهلية أو عيب في الرضاء يمكن الاحتجاج به حتى تجاه الغير، وذلك من طرف صاحب الشأن أو ممثليه الشرعيين، وذلك طبقا للمادة 742 من القانون التجاري، التي تنص على

[106]- المادة 563 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

[107]- المادة 733 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، المصدر نفسه.

أنه: " لا يجوز للشركة ولا للشركاء الاحتجاج بالبطلان تجاه الغير حسن النية، غير أن البطلان الناتج عن عدم الأهلية أو عيب في الرضاء ممكن الإحتجاج به حتى تجاه الغير، من طرف عديم الأهلية وممثليه الشرعيين، أو من طرف الشريك الذي انتزع رضاه بطريق الغلط أو التدليس أو العنف".

من المفيد التنويه أنه خروجا عن القواعد العامة، نص المشرع التجاري على إمكانية تصحيح بطلان عقد الشركة التجارية، وذلك لرغبته في المحافظة على استمرارها، وهو ما يتجلى من خلال ما يأتي:

ـ انقضاء دعوى بطلان عقد الشركة إذا انقطع سبب البطلان: من المتصور أن تنقضي دعوى بطلان عقد الشركة عندما يقبل الشريك بنوع الشركة التي انتزع رضاه فيها بطريق الغلط، أو يكتمل الحد الأدنى أو الأقصى المطلوب لتأسيس الشركة، أو يقدم الشريك حصته في الشركة، لكن يستثنى من انقضاء دعوى البطلان عدم قانونية موضوع الشركة كأن تتاجر في المخذرات أو السلاح أو الرقيق ونحو ذلك.

ـ تمكين الشركاء من تدارك أسباب بطلان عقد الشركة: لقد خولت المادة 736 من القانون التجاري للمحكمة سلطة منح الشركاء الوقت الكافي لتدارك أسباب البطلان، إما بطلب من أصحاب الشأن أو تلقائيا من طرفها، حيث يتعين على القاضي ألا يقضي بالبطلان في أقل من شهرين من تاريخ افتتاح الدعوى. وفضلا عن ذلك إذا تبين للمحكمة ضرورة انعقاد الجمعية العامة للشركة من أجل تسوية أسباب البطلان فإنها تمنح للمساهمين الأجل المعقول لتمكينهم من اتخاذ القرار المناسب.

ـ حق الغير في انذار الشركة والشريك من أجل تصحيح البطلان: أجاز المشرع لكل صاحب مصلحة أن ينذر كلا من الشركة والشريك المعني لتصحيح العيب أو رفع دعوى البطلان خلال أجل 06 أشهر من تاريخ الإنذار، وذلك في حالة ما شاب أحد الشركاء عيب في الرضاء أو نقص في الأهلية وقت تأسيسها أو أصابه عارض أثر على أهليته، وفي هذا الصدد يحق للشركة أو أحد الشركاء تصحيح البطلان بأن يعرض أمام المحكمة كل إجراء يمكن أن يزيل مصلحة المدعي بما فيها شراء حقوقه في الشركة، حيث تكون للقاضي السلطة التقديرية في القضاء بالبطلان أو بموجب الإجراءات المعروضة، شريطة الموافقة المسبقة للشركة على ذلك في حدود ما يسمح به قانونها الأساسي[108].

مطبوعة محكمة للدكتور

II ـ بطلان عقد الشركة لتخلف الأركان الشكلية

يترتب عن تخلف الأركان الشكلية لعقد الشركة البطلان وهذا استنادا إلى نص المادة 418 من القانون المدني، وكذا المادة 545 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أن: " تثبت الشركة بعقد رسمي و إلا كانت باطلة"، وفضلا عن ذلك أكدت المادة 548 من القانون التجاري الجزائري السالف الذكر على وجوب أيداع العقود التأسيسية للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري ونشرها حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات تحت طائلة البطلان.

[108]- المادة 738 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

اللافت أن البطلان المترتب عن تخلف الكتابة والشهر يعد بطلانا خاصا، فهو ليس بالبطلان المطلق رغم انه يجوز التمسك به من كل ذي مصلحة حتى ولو كان من الغير، ويختلف عنه لأنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وليس بالبطلان النسبي رغم أنه يجوز تصحيحه، فقد أتاحت المادة 739 لكل من ذي مصلحة إمكانية طلب تصحيح إجراءات النشر من خلال إنذار الشركة بالقيام بذلك في أجل ثلاثين يوما، كما يحق تقديم طلب للمحكمة يتضمن تعيين وكيل يكلف بالقيام بهذا الإجراء.

يلاحظ أنه يجوز أن يحتج الغير في مواجهة الشركة ببطلان عقد الشركة لتخلف الشكلية، دون أن يحق للشركة أو الشركاء التمسك به في مواجهة الغير الذي تعاقد معها،[109] وهذا ما أقره المشرع الجزائري في صلب المادة 417 من القانون المدني الجزائري ، حيث جاء فيها أنه : "تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون، ومع ذلك إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فإنه يجوز للغير أن يتمسك بتلك الشخصية"[110]، وفي هذا الإطار يحق للغير أن يثبت وجودها بكل الوسائل[111]، مع

[109]- إلياس نصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول: الأحكام العامة للشركات التجارية، المرجع السابق، ص 195.

[110]- المادة 417 من الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

[111]- المادة 545 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

ملاحظة أن دعوى بطلان عقد الشركة تنقضي بتصحيحه من خلال تدارك الشركاء لأسابه بقيد و/أو شهر عقد الشركة بحسب الأحوال[112].

ثانيا: الاعتراف بالشركة التجارية الفعلية

الأصل أن البطلان يعدم أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين والغير على السواء، لكن بهدف الحد من الأثر الرجعي لبطلان عقد الشركة التجارية، خرج المشرع الجزائري عن هذه القاعدة عندما اعترف بالوجود الفعلي للشركة في الفترة ما بين تأسيسها والحكم ببطلانها، وذلك تطبيقا لنظرية الشركة الفعلية، الأمر الذي يدعونا إلى الوقوف على تأصيلها القانوني(I)، وبيان حدود الأعتراف بالوجود الفعلي للشركة التجارية (II)، وكذا تحديد أثر تكريس هذه النظرية (III).

I- التأصيل القانوني للشركة الفعلية

01- مضمون فكرة الشركة الفعلية:

تنص المادة 103 من القانون المدني الجزائري على ما يأتي:" يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانت عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مشتحيلا جاز الحكم بتعويض معادل"[113]. مؤدى هذا النص أن لحكم بطلان العقد أثر رجعي، حيث يعدم اثاره بالنسبة للماضي والحاضر والمستقبل فيصبح العقد كأن لم يكن.

مطبوعة محكمة للدكتور خلاف فاتح جامعة تيبازة

[112]- وذلك طبقا لمقتضيات المادتين 735 و736 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، المصدر نفسه.

[113]- المادة 103 من القانون المدني الجزائوي السالف الذكر.

الواقع أن تطبيق القواعد العامة لبطلان العقود على عقود الشركات التجارية له أثار سيئة، على اعتبار أن الأثر الرجعي للبطلان من شأنه المساس بفكرة حماية الأوضاع الظاهرة واهدار حقوق الغير الذي تعامل عن حسن نية مع شركة مارست نشاطها فعلا فترة من الزمن، فضلا عن المساس باستقرار المراكز القانونية الناشئة في ظل العقد، لذا ابتدع الفقه والقضاء التجاري الفرنسيين نظرية " الشركة الفعلية Société de Fait "" منذ القرار المؤرخ في 08 أفريل1825 [114]، والتي بمقتضاها أقرت المحكمة صحة الأعمال التي قامت بها الشركة قبل صدور الحكم ببطلان العقد، ورفضت تطبيق الأثر الرجعي للبطلان، على الرغم من عدم كتابته وشهره، الأمر الذي يفهم منه أن الحكم ببطلان عقد الشركة طبقا لهذه النظرية يرتب أثاره على المستقبل فقط دون الماضي، وتعتبر الشركة قائمة ومعترفا بنشاطها فعلا في الفترة بين تاريخ تأسيسها والحكم ببطلانها وتظل أثارها قائمة منتجة لاثارها خلال تلك الفترة، على الرغم من عدم اكتمال أركانها المتطلبة قانونا، الأمر الذي يجعل وجودها فعلي واقعي وليس قانوني[115]. وغني عن البيان أن الكيان الفعلي للشركة يتحقق إذا مارست نشاطها قبل الحكم ببطلانها، بأن اكتسبت حقوقا والتزمت بتعهدات تجاه الغير، وبالتالي فلا مجال لإعمال مقتضيات هذه النظرية في حالة الحكم ببطلانها قبل مباشرتها لنشاطها.

02ـ موقف المشرع والقضاء الجزائري من نظرية الشركة الفعلية:

[114] -Pasicrisie , Recueil General de La Jurisprudence, deuxiéme serie-1814-1840, volume huitiéme, 46 me livraison p.247.

[115]- محمد بن برك الفوزان، المرجع السابق، ص 73.

أ- عن تكريس نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري : بالرجوع إلى القانون الجزائري يتضح أن المشرع قد اعترف ضمنيا بهذه النظرية، عندما لم يرتب الأثر الرجعي على بطلان الشركة لتخلف الشكلية، حيث يرتب البطلان الذي يتمسك به أحد الشركاء في مواجهة الغير أو باقي الشركاء الاخرين على المستقبل فقط، وهو ما يفهم من مضمون نص المادة 02/418 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر ، حيث جاء فيها: " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد" ، وتضيف الفقرة الثانية من المادة نفسها"[116] غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير، ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان ".

فضلا عن هذا النص تم تكريس فكرة الشركة الفعلية بموجب نص المادة 545 من القانون التجاري الجزائري[117]، اذ استوجبت اثبات الشركة بعقد رسمي تحت طائلة البطلان، غير أنها أجازت للغير إثبات وجودها بجميع الوسائل، الأمر الذي يفهم منه أن البطلان الذي أشارت إليه هذه المادة لا يكون له أثر رجعي في مواجهة الغير، وهو الحكم ذاته الذي أقرته المادة 734 من القانون

مطبوعة محكمة الدكتور خلاف فاتح جامعة بجاية

[116]- المادة 02/418 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

[117]- تنص المادة 545 من القانون التجاري السالف الذكر على ما يأتي: " تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطة.

لا يقبل أي دليل إثبات بين شركاء فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة.

يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الإقتضاء".

التجاري لما اعتبرت عقد شركة التضامن الذي لم ينشر يقع باطلا، لكنها لم تعط للشركة والشركاء حق التمسك بهذا البطلان تجاه الغير.

ب- موقف القضاء الجزائري من فكرة الشركة الفعلية: لقد تردد القضاء الجزائري في الاعتراف بفكرة الشركة الفعلية، وهو ما يتجلى من خلال السوابق القضائية للمحكمة العليا في هذا المجال، فقد جاء في المؤرخ في 20 ديسمبر 1990، حيث جاء فيه أنه:" من المستقر عليه قانونا أن إنشاء وإثبات الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع قد أسسوا قرارهم لاثبات وجود الشركة على عقد عرفي وشهادات الشهود يكونوا قد خرقوا المادة 418 من القانون المدني الجزائري التي تشترط أن يكون عقد الشركة عقدا رسميا وإلا كان باطلا وكذلك المادة 545 من القانون التجاري التي تنص بأنه لا يمكن إثبات الشركة إلا بموجب عقد رسمي، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه". ومؤدى هذا القرار عدم الاعتراف بفكرة الشركة الفعلية على اعتبار أن المشرع المدني والتجاري قد اشترط الكتابة الرسمية لعقد الشركة تحت طائلة البطلان.

وهو الحكم ذاته الذي أقره قرار المحكمة ذاتها المؤرخ في 18 مارس 1997 بقوله: " من المستقر عليه قانونا أن إنشاء وإثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع قرروا بأن الشركة المدعى إنشاؤها لم تثبت قيامها بعقد رسمي واستبعدو الوثائق الموجودة بين الطرفين،

مطبوعة محكمة للدكتور خلاف فاتح جامعة جيجل

لأن القانون صريح باشتراطه الشكلية في تأسيس الشركة تحت طائلة البطلان فإنهم أسسسوا قرارهم تأسيسا قانونيا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

لكن يلاحظ عدم استقرار قضاء المحكمة العليا بشأن فكرة الشركة الفعلية، وهو ما يستفاد من قرارات كثيرة صادرة عن المحكمة ذاتها، حيث أخذت بهذه الفكرة في قرارها المؤرخ في 30 أفريل 2002، عندما اعترف بوجود شركة رغم إثباتها بالإقرار وليس بالكتابة الرسمية، وهو ما يستفاد من حيثياته التي جاء فيها:" حيث أن الطاعن الحالي (أ-أ) أنكر وجود الشركة وتمسك بأحكام النصوص التجارية والمدنية الخاصة برسمية الشركات (545 تجاري، 324 مكرر مدني)، واعتبر أن كل شركة لا تتوفر فيها شروط الرسمية تعتبر باطلة.

لكن حيث يستفاد من القرار المطعون فيه القاضي بوجود شركة بين الطرفين وتعيين خبير لاجراء محاسبة بينهما، قد اعتمد على تصريحات واعترافات الطرفين بوجود الشركة بينهما، واجراء محاسبة سابقة الأمر الذي اعتبره المجلس بمثابة إقرار من الطاعن (أ-أ) وهو وسيلة إثبات تؤكد وجود العلاقة بين الطرفين، وعليه فالمجلس لم يخالف النصوص المذكورة في الوجه، عندما قضى بتعيين خبير لاجراء محاسبة بين الطرفين المتعاملين " .

مطروحة محكمة للدكتور خلاف فاتح جامعة جيجل

II- حدود الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة التجارية

على الرغم من أن القضاء التجاري و الغالبية العظمى من الفقهاء قد أقروا الشركة الفعلية، إلا أن الاعتراف بوجودها لم يشمل كافة حالات بطلان عقد الشركة التجارية، لذا من الأهمية بمكان التمييز بين حالات عدم الاعتراف بوجود الشركة الفعلية (01)، وحالات الاعتراف بوجود الشركة الفعلية(02).

01ـ **حالات عدم الاعتراف بوجود الشركة الفعلية** : من المنطق القانوني السليم أنه ليست كل أسباب بطلان عقد الشركة يمكن الاعتراف معها بالوجود الفعلي للشركة، إذ ثمة حالات يتعين معها إعمال القواعد العامة في البطلان، بحيث تعدم اثار العقد بالنسبة للماضي والمستقبل، والمتمثلة في ما يأتي:

أـ حالات البطلان لتخلف الأركان الموضوعية الخاصة: إذ من المتصور أن يتخلف ركن تعدد الشركاء أو تقديم الحصص، أو نية تقاسم الأرباح والخسائر، الأمر الذي يجعل الشركة في حكم العدم لتخلف مقوماتها وأسس قيامها، ومن ثمة لا يكون لها كيان قانوني أو فعلي، وبالتالي تنتفي العلة من الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة التجارية.

ب –حالات انعدام الرضى أو الأهلية أوعدم مشروعية محل الشركة أو سببها: إذا كان البطلان قائما على انعدام الرضى أو الأهلية أو عدم مشروعية محل عقد الشركة أو سببه كأن يكون نشاط الشركة مخالفا للنظام العام والآداب العامة مثل الاتجار في المخدرات أو الاتجار في تهريب الأسلحة، وهدفها ينطوي على تمويل نشاط اجرامي، فإنه ليس من المنطق القانوني السليم الاعتراف بالوجود الفعلي لها، لأن ذلك يعني الإقرار غير المباشر بالمحل أو السبب غير المشروع.

جـ ـ عدم مباشرة الشركة التجارية لنشاطها بصفة فعلية: وبالتالي لا يمكن تطبيق نظرية الشركة الفعلية على الشركة التي لم تباشر نشاطها فعلا، فلا تكون قد اكتسبت حقوقا والتزمت بتعهدات تجاه الغير، وهو ما أقرته محكمة النقض المصرية بقولها" أن شرط تطبيق نظرية الشركة الفعلية هو أن تكون هذه الشركة قد باشرت بعض أعمالها فعلا، بأن اكتسبت حقوقا والتزمت بتعهدات وذلك

حتى يمكن القول بوجود كيان لها من الواقع، أما إذا كانت الشركة لم تكن قد زاولت أي عمل من أعمالها فإنه لا يكون قد توافر لها كيان في الواقع في الفترة السابقة لطلب البطلان"، وبهذا المعنى لا يمكن اعتبارها شركة فعلية، الأمر الذي يمكن معه تطبيق الأثر الرجعي لبطلان العقود.

02ـ الحالات التي يمكن الاعتراف فيها بوجود الشركة الفعلية :

أـ البطلان بسبب نقص الأهلية و عيوب الرضاء: إذا كان البطلان مؤسس على انعدام الرضاء أو نقص أهلية أحد الشركاء أو على عيب شاب رضاءه كالغلط أو التدليس أو الإكراه، وأدى هذا البطلان إلى انهيار العقد برمته كما هي الحال في شركة الأشخاص، ففي هذه الحالة استقر القضاء على اعتبار عقد الشركة باطل بأثر رجعي بالنسبة لذلك الشريك فقط، وبالتالي تعتبر الشركة كأن لم تكن بالنسبة إلى ناقص الأهلية أو الشريك المعيب رضاءه، وله الحق في استرداد حصته في الشركة، أما بالنسبة لبقية الشركاء فتعتبر الشركة في الفترة بين تكوينها و الحكم ببطلانها قائمة فعلا، ويرتب حكم البطلان أثره في المستقبل فقط، مالم ينص العقد التأسيسي على أن انسحاب أحد الشركاء يترتب عنه انقضاء الشركة التجارية.

بـالبطلان لتخلف الشروط الشكلية لانشاء الشركة : إذا كان البطلان مؤسسا على عدم كتابة عقد الشركة أو شهره تطبق نظرية الشركة الفعلية استنادا إلى نص المادة 418 / 2 من القانون المدني السالف الذكر، حيث يستفاد من مضمونها أن المشرع المدني قد اعترف بالوجود الفعلي للشركة في مواجهة

الغير، وذلك في الفترة بين تكوينها والحكم ببطلانها بسبب تخلف ركن الشكلية.

III- أثر تكريس نظرية الشركة الفعلية

يترتب على الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة في الفترة الواقعة بين وقت إبرام عقد الشركة التجارية والحكم ببطلانه نتائج هامة سواء بالنسبة للشركة أو الشركاء أو بالنسبة للغير.

01-أثار الاعتراف بالشركة الفعلية بالنسبة للشركة :

أ- إكتساب الشركة الفعلية الشخصية المعنوية: في الفترة بين إبرام عقدها والحكم ببطلانها كما لو كانت شركة صحيحة، و تظل تصرفاتها صحيحة ومنتجة لاثارها القانونية في مواجهة الشركاء والغير خلال تلك الفترة، كما تظل محتفظة بشكلها وكذا نوعها الذي تأسست به.

وهو الأمر نفسه بالنسبة لتعهدات الشركاء وحقوقهم حيث تبقى صحيحة ومرتبة لأثارها سواء فيما بين الشركاء أو بالنسبة للغير .

ب - خضوع الشركة الفعلية لإجراءات تصفية الشركات التجارية: إذ يجب حل الشركة الفعلية وتصفيتها بمجرد صدور الحكم بالبطلان، حيث تحتفظ في فترة التصفية بالشخصية المعنوية حتى انتهاء إجراءات التصفية، و بالتلي فإنه يمكن الحكم بشهر إفلاسها متى توقفت عن سداد ديونها التجارية سواء نشأت هذه الديون قبل الحكم بالبطلان أو أثناء إجراء عملية التصفية ويترتب على إفلاسها شهر إفلاس الشريك المتضامن.

جـ ـ صحة التصرفات التي قامت بها الشركة الفعلية: ولاسيما العقود التي أبرمتها مع الغير في الفترة ما بين ابرام عقدها والحكم ببطلانها، حيث تظل قائمة ومنتجة لاثارها القانونية.

02ـ **أثار الاعتراف بالشركة الفعلية بالنسبة للشركاء** : ينبغي حل الشركة الفعلية وتصفيتها بمجرد صدور الحكم بالبطلان، من أجل الوفاء بديونها وكذا تحديد نصيب كل شريك في الأرباح والخسائر طبقا للشروط المحددة في العقد التأسيسي للشركة، أو بالرجوع إلى أحكام القانون عند الاقتضاء، كما يتعين على الشريك الذي لم يقدم حصته تقديمها للشركة .

03- **أثار الاعتراف بالشركة الفعلية بالنسبة للغير** : الواقع أنه يحق للغير الخيار بين التمسك بالأثر الرجعي لحكم بطلان عقد الشركة التجارية، أو اعتبارها صحيحة في الماضي، وعلى هدى ذلك من البديهي أن يتمسك الدائن الشخصي للشريك ببطلانها بأثر رجعي حتى يتمكن من التنفيذ على حصة مدينه في الشركة، وفي المقابل من مصلحة دائني الشركة التمسك بصحة العقد في الفترة بين انعقاده و الحكم ببطلانه، حتى يتمكن من التنفيذ عليها دون مزاحمة من الدائنين الشخصيين للشركاء.

على أية حال، إذا تعارضت مطالب دائني الشركة أنفسهم بحيث تمسك بعضهم ببطلان الشركة كما لو كانوا دائنين شخصيين في نفس الوقت لبعض الشركاء، بينما تمسك البعض الآخر ببقاء الشركة فطبقا للرأي الفقهي والقضائي في كل من فرنسا ومصر يجب ترجيح الفريق الأول الذي طلب الحكم بالبطلان لأنه هو" الأصل المقرر لمصلحة الغير في حالة مخالفة أحكام القانون"، مع

ملاحظة أن جميع التصرفات التي التزمت بها الشركة في مواجهة الغير في الفترة بين تكوينها والحكم ببطلانها تظل صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية، وعلاوة عن ذلك يحق لدائني الشركة طلب شهر إفلاسها إذا توقفت عن الدفع، كما أن جميع حقوقها تظل قائمة فلا يحق للغير الاحتجاج ببطلان عقد الشركة بقصد التخلص من التزاماته تجاهها.

القسم الثاني

الشخصية المعنوية للشركات التجارية

لقيام الشخصية المعنوية للشركة أهمية بالغة، وذلك بالنظر إلى النتائج القانونية المترتبة عنها، لكن هذه الشخصية قد تنقضي بتوافر أحد الأسباب العامة أو الخاصة، ولتفصيل ذلك يتم التطرق إلى قيام الشخصية المعنوية للشركة التجارية (الفقرة الأولى)، ثم معالجة أسباب انقضائها(الفقرة الثانية).

يتبع .....

مطبوعة محكمة للدكتور خلاف

مطبوعة محكمة للدكتور خلاف فاتح جامعة جيجل