

المطلب الثاني- خصوصية الأركان الشكلية لعقد الشركة:

لم يكتفي المشرع لإنشاء الشركة، أن يستوفي العقد المبرم بين الشركاء فيها أركانها الموضوعية العامة والخاصة بل ينبغي وفضلا عن ذلك، أن تراعي في عقد الشركة جملة من الأركان الشكلية تجعل منها عقدا شكليا.

إن هذه الأركان تستفاد من نصوص القانون المدني ومن نصوص القانون التجاري أيضا وهي نوعان الكتابة الرسمية (الفرع الأول) والاشهار أو الشهر (الفرع الثاني).

الفرع الأول- الكتابة الرسمية:

اشتراطت مختلف التشريعات المقارنة في ضرورة افراف عقد الشركة في شكل مكتوب، فلم تكتفي باعتباره مجرد عقد رضائي.. بل عقدا شكليا لا يستوي قائما الا إذا تم افرافه في قالب شكلي.

أشارت إلى هذا الشرط المادة 01/ 418 من القانون المدني، بنصها على: "تجب 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". دون تحديد طبيعة هذه الكتابة، إذ توجي صياغتها باكتفاء المشرع بالكتابة العرفية لإبرام عقد الشركة، غير أن المادة 545 من التقنين التجاري نصت على أنه ان هذه الكتابة يجب أن تكون رسمية وتعد شرطا للانعقاد، كما تعد أيضا شرطا للإثبات: "ثبتت الشركة بعقد رسمي ولا كانت باطلا لا يقبل أي دليل اثبات اخر بين الشركاء فيما يتجاوز او يخالف ضد المضمون عقد الشركة، ويجوز أن يقبل من الغير اثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء".

مما يعني أن صحة عقد الشركة يتوقف على إفرافه في الشكل الرسمي ، فهي ركن من أركانه و ليست مجرد وسيلة لإثباته، كما يسري هذا الشرط على كل ما يتم ادراجه على العقد من تعديلات ، كزيادة رأس مال الشركة أو تخفيضه... الخ.

فقد أكد المشرع على ضرورة احترام هذا الشرط في بعض الشركات كما هو الامر بالنسبة لشركات المساهمة (المادة 595ق. ت و المادة 605 ق. ت) . أما شركات التضامن والمسؤولية المحدودة فان المشرع لم يؤكد على هذا الشرط بشأنها، مما يعني حالته في هذا الجانب الى القواعد العامة للشركات المذكورة في القانون المدني.

أما شركة المحاصة فإنها قد اعفيت نهائيا من هذا الشرط فهي لا تظهر للغير ولا تعد موجودة في نظره ومن ثمة فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية ويمكن اثباتها بكافة الوسائل (المادة 795 مكرر02 من القانون التجاري)

الفرع الثاني- شهر عقد الشركة:

إلى جانب تقييد المشرع لإرادة المتعاقدين بوجوب افراف الشركة في عقد رسمي تحت طائلة البطلان وتأكيد المحكمة العليا لذلك في اجتهاد لها صادر عن غرفها مجمعة في 18 مارس 1997، فإنه ينبغي على الشركاء اعلام الغير بتأسيس الشركة، عن طريق المبادرة بتسجيلها وايداع عقدها لدى مصلحة السجل التجاري (الفقرة الأولى)، ثم نشرها على مستوى النشرة الرسمية للإعلانات القانونية(الفقرة الثانية). وذلك تطبيقا لنص المادة 548 من القانون التجاري:

"يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات والا كانت باطلة".

أولاً- تسجيل عقد الشركة في مصلحة السجل التجاري:

يتم هذا التسجيل عن طريق قيدها في السجل التجاري وقد نصت على ذلك المادة 548 من القانون التجاري السابقة الذكر وجعلت، جزاء اغفاله هو البطلان، كما أكدت على ضرورة هذا الاجراء المادة 04 من القانون رقم 08/04، المؤرخ في 14 اوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

تكمّن الأهمية الخاصة لإجراء القيد في السجل التجاري ، باعتباره يكشف عن الميلاد الفعلي للشركة ، ويعلق القانون تمتع الشركة بالشخصية المعنوية على استيفاء هذا الإجراء ، عدا شركة المحاصة لعدم تمتعها بالشخصية المعنوية. ويتم ذلك على مستوى المركز الوطني للسجل التجاري .

ويتم القيد من خلال ايداع ملخص للعقد التأسيسي للشركة لدى المركز الوطني للسجل التجاري، ويسري هذا الإجراء كذلك على كل العقود المعدلة له، والذي يتم حاليا بشكل الكتروني.

وباستيفاء هذا الإجراء تكتسب الشركة الشخصية المعنوية طبقا لنص المادة 549 من القانون التجاري ، وتتمتع بالحقوق التي يعترف لها بها القانون في هذا الجانب.

ولقد جعلت المادة 548 من القانون التجاري الجزاء على تخلف القيد في السجل التجاري هو البطلان، ولكنها لم توضح محل هذا البطلان هل هو الشركة كعقد أو بطلانها باعتبارها شخصا معنويا ينشأ بمجرد القيد في السجل التجاري ولا يمكنها الاحتجاج بهذه الشخصية الا بعد استيفائه.

والاصل ان البطلان بطل التصرفات القانونية دون الأشخاص، إلا أن هذا القيد في السجل التجاري لا يعد من شروط صحة العقد ونتيجة لذلك فإن هذا البطلان يطال الشركة كشخص معنوي وهو بطلان مطلق يقضي به القاضي من تلقاء نفسه.

ولا يكون لهذا البطلان أثر رجعي، اذ يقتصر نطاقه على الفترة الممتدة من تاريخ مباشرتها لهذه التصرفات والى غاية صدور الحكم، وتعتبر الشركة خلال هذه الفترة شركة فعلية لديها وجود فعلي وباشرت اعمالا قانونية، ولكن ضرورة تصفيتها تتطلب افتراض شخصية قانونية لها. وتتم تصفية الشركة الفعلية وفقا لأحكام شركة التضامن، فيكون جميع الشركاء متضامنون فيما بينهم عن ديون هذه الشركة ولو انصرفت نيتهم الى تأسيس شركة أموال.

ثانيا- النشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية:

وقد أشارت الى وجوب هذا الاجراء أيضا بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 16 / 136، المحدد للكييفيات و مصاريف ادراج الاشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية ، بحيث بينت المادة 02 الاعمال والتعديلات التي ينبغي ادراجها الاعلان عنها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، بما فيها: "كل العقود التأسيسية والتحويلات والتعديلات والعمليات المتعلقة برأسمال الشركة...". . وقد أشارت المادة 11 من قانون شروط ممارسة الأنشطة التجارية إليه أيضا.

فبعد القيد في السجل التجاري يتولى مأمور المركز الوطني للسجل التجاري بصفته ضابطا عموميا لقيام بعملية اشرار عقد تأسيس الشركة وكل التعديلات التي تطرأ عليه، بغرض اعلام الغير بميلاد الشركة كشخص قانوني، ويعتبر هذا النشر حجة في مواجهة الغير، فلا يقع على عاتق الشركاء عبء المبادرة به بل يكتفي في ذلك بمبادرة السلطة العامة ممثلة في مأمور المركز الوطني للسجل التجاري، التي تتولى القيام بذلك، وهوما يستفاد صراحة من نص المادة 03/04 من المرسوم التنفيذي رقم 62/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري السجل التجاري. ولا يتصور من هذا الجانب توقيع أي جزاء في حال عدم إتمام هذه العملية.

ولا يكون هذا الاجراء نافذا في مواجهة الغير إلا بعد انقضاء يوم كامل من تاريخ استفائه. ويشمل هذا النشر كل الاعمال (العقود) التأسيسية للشركة والتحويلات والتعديلات وكذا العمليات المتعلقة برأسمالها، والرهون التي تجرئها الشركة... الخ.

والى جانب ذلك ألزمت المادة 14 من القانون رقم 08/04 ان يتم هذا النشر في جريدة وطنية أو أية وسيلة أخرى وعلى عاتق ونفقة الشركة.