المحور الثاني: تأسيس الشركة التجارية

أولا: أركان عقد الشركة

بما أن المشرع عرف الشركة على أنها عقد يتم بين شخصين أو أكثر وجب أن تتوافر في هذا العقد الأركان العامة التي تقوم عليها سائر العقود، غير أن عقد الشركة ذو طبيعة خاصة لذا لا يكتفي فيه توافر الأركان العامة بل يجب أن تتوفر فيه أركان أخرى نابعة من خصوصيته حتى يتسنى له ترتيب الآثار القانونية التي نص عليها القانون.

أ: الأركان الموضوعية العامة

إن الأركان الموضوعية العامة الواجب توافرها في عقد الشركة هي نفس الأركان التي تقوم عليها كافة العقود الأخرى وتتمثل هذه في الرضا، الأهلية ، المحل والسبب.

الرضا : وهو التعبير عن إرادة المتعاقدين والتي تتمثل في الإيجاب والقبول، وإذا انعدم الرضا ترتب عن ذلك عدم قيام الشركة، كما يجب أن يكون هذا الرضا صحيحا وخاليا من العيوب كالغلط والإكراه والتدليس.

الأهلية : لا يكفي وجود الرضا فحسب لإبرام عقد الشركة بل لابد أن يكون هذا الرضا صادرا من ذي أهلية، أي أن الشريك يجب أن يكون أهلا للتصرف ولم يحجر عليه لعته أو سفه أو جنون، ذلك لأن عقد الشركة يعتبر من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، والأهلية ضرورية في شركات الأشخاص دون شركات الأموال.

وسن الأهلية يتحدد بـ 19 عاما طبقا لنص المادة 40 من ق.م . فإذا أبرم عقد الشركة شخص قاصر، كان العقد قابلا للإبطال لمصلحته، ولا يتسنى له إبرام مثل هذا العقد إلا إذ حصل على إذن لذلك وهذا طبقا للمادة 05 من القانون التجاري التي تقضي بأن القاصر الذي بلغ سن 18 سنة كاملة وأراد الإتجار وجب عليه أن يحصل على إذن من والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه ومن طرف المحكمة في حالة ما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها في حالة انعدام الأب أو الأم .

المحل : هو موضوع الشركة الذي يتمثل في المشروع المالي الذي يسعى الشركاء إلى تحقيقه ويجب أن يكون هذا المحل ممكنا، ومشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فإذا انصب محل الشركة على الإتجار بالقمار أو المخدرات أو تهريب الأسلحة أو على أي نشاط يتعلق بالقطاع العام كان العقد باطلا.

السبب : وهو الباعث الدافع على التعاقد، ويرى الفقه الراجح أن هذا الباعث يتمثل في تحقيق غرض الشركة المتمثل في تحقيق الربح، أو أي هدف آخر يسعى الشركاء إلى تحقيقه، ومن ثم فإذا كان سبب عقد الشركة غير مشروع فإن العقد يلحقه البطلان لعدم مشروعية السبب.

ب : الأركان الموضوعية الخاصة

لا يكفي لإبرام عقد الشركة توافر الأركان الموضوعية فحسب، بل لابد أيضا من توافر الأركان الموضوعية الخاصة والتي تميز بها عقد الشركة عن سائر العقود وتتمثل في:

تعدد الشركاء : تنص المادة 416 ق.م " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر..." لذا فالشركة هي توافق إرادتين فأكثر ومن خلال م 416 قانون.مدني نلاحظ أن المشرع الجزائري قد تبنى كقاعدة عامة وحدة الذمة بالنسبة لجميع الشركات التجارية والذي يؤكد على ذلك ما جاء في م 188 قانون .مدني (أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون، فإن جميع الدائنين متساوون تجاها هذا الضمان)غير أنه أورد إستثناء تضمنه الأمر رقم 27/96 بتاريخ 1996/09/09 فأجاز تكوين شركة الرجل الواحد التي تعرفها بعض التشريعات كالتشريع الإنجليزي والألماني.

-2تقديم الحصص : لابد على كل متعاقد أي الشريك أن يلتزم بتقديم حصته للشركة، سواء كانت الحصة نقدية أو عينية أو حصة عمل، ومن مجموع هذه الحصص يتكون الضمان العام لدائني الشركة.

-الحصة النقدية: غالبا ما تتمثل حصة الشريك في تقديم مبلغ من المال، فإذا تعهد الشريك بمثل هذا الإلتزام وجب عليه تقديم الحصة النقدية في الميعاد المحدد لها، فإذا تأخر في تقديمها خضع للقواعد العامة المتعلقة بتنفيذ الالتزام بأداء مبلغ من المال فتصبح الشركة دائنة له بهذه الحصة، ويلتزم الشريك في مواجهتها بالتعويض عن هذا التأخير، وقد تكون الحصة ديون لدى الغير الذي لابد من ضمان يساره عند موعد الإستحقاق.

ب-الحصة العينية: قد تكون حصة الشريك متمثلة في مال معين غير النقود كأن يقدم عقارا أو منقولا ماديا كآلة مثلا أو منقولا معنوي كبراءة اختراع، أوعلامة تجارية ،أو محل تجاري أو دين له في ذمة الغير .... إلخ

ج- الحصة من العمل: قد تكون حصة الشريك في الإنضمام إلى الشركة متمثلة في عمل يؤديه لها، ويقصد به العمل الفني كالخبرة في مجال الاتجار، أو التخطيط، أو التسير الإداري ... إلخ ، ويمتنع على الشريك أن يقوم لحساب نفسه بعمل من نفس نوع العمل الذي إلتزم بتقديمه للشركة، وهذا حتى لا يصبح منافسا لها، وهذه الحصة تقدم في شركات الأشخاص دون شركات الأموال، والشركاء الموصيين، المواد 420 مدني،423قنانون مدني، 3/425 قانون مدني، 2/426قانون مدني.

/3نية المشاركة : يستخلص هذا الركن من م 417 قانون.مدني ومقتضاه بذل الجهود والتعاون بين الشركاء على تحقيق غرض مشترك يتمثل في تحقيق الربح واقتسامه بين الشركاء وقوام هذه النية يتمثل في ثلاثة عناصرهي:

/4إقتسام الأرباح والخسائر : يتمثل هذا الركن في رغبة الشركاء في جني الأرباح عن طريق استغلال المشروع وقدرة كل شريك على تحمل نصيب من الخسائر الذي قد ينتج عن استغلال المشروع ، قسمة الأرباح والخسائر تخضع إلى

اتفاق الشركاء على قدر الحصة المقدمة شريطة ألا يدرج في العقد التأسيسي للشركة حرمان أحد الشركاء من الأرباح أو إعفائه من الخسائر ويطلق على مثل هذا الشرط إن وجد في عقد الشركة بشرط الأسد.

ج: الأركان الشكلية:

لا يعد عقد الشركة من العقود الرضائية التي تقتصر على مجرد توافر الرضا بل لابد من افراغه في قالب شكلي أي لابد من كتابته وشهره، وعليه فإن الأركان الشكلية لعقد الشركة تتمثل في:

1-الكتابة : نصت المادة 418 من قانون.مدني على ضرورة كتابة عقد الشركة وإلا كان باطلا سواءا تعلق الأمر بالشركات المدنية أو الشركات التجارية، غير أن الكتابة تكون عرفية أو رسمية وإذا كان المشرع لم يبين نوعية الكتابة الواجبة في الشركة المدنية أو اقتصر على ضرورة كتابتها فقط، فإن الشركة التجارية لابد من افراغها في الشكل الرسمي وإلا كانت باطلة وهذا ما يستخلص من نص المادة 545 قانون تجاري الذي يقضي بضرورة إثبات الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة، وبمفهوم المخالفة أن الكتابة الرسمية لازمة وعلى كل فإن عقد الشركة غير المكتوب لا يجوز إثباته بالأدلة التي تعادل الكتابة أوالأخرى كالإقرار واليمين ، وهذه القاعدة عامة وسارية على عقود الشركات، ماعدا شركة المحاصة.

2 -الشهر : أخضع المشرع الجزائري الشركات لإجراءات الشهر قصد إخطار الغير بميلاد الشركة، وحتى يكون على دراية بما يحيط الشركة قبل التعامل معها ، وإذا كانت الشركة المدنية تتمتع بهاته الشخصية بمجرد تكوينها، فإن الشركة التجارية لا تتمتع بها إلا بعد اتباع اجراءات الشهر المادة 549 قانون تجاري، وتخضع جميع الشركات لإجراءات الشهر باستثناء شركة المحصاة لأنها شركه خفيه ولا تتمتع بالشخصية المعنوية، والشهر يكون على مستوى المركز الوطني للسجل التجاري، حيث تكون هناك نشرة عادية ونشرة إلكترونية.

3-القيد في السجل التجاري: على خلاف الشركات المدنية، اشترطت المادة 549قانون تجاري إلزامية القيد في السجل للشركات التجاري، ورهن وجود الشخصية المعنوية على هذا الإجراء.

ثانيا: جزاء الإخلال بأركان الشركة

إذا تخلف ركن من أركان الشركة ، ترتب على ذلك جزاء يتمثل في البطلان، بنوعيه المطلق والنسبي، حسب الركن أو الشرط المتخلف، غير أن المشرع قد أورد نوعا خاصا من البطلان في مجال الشركات التجارية.

1_ البطلان المطلق

بالرجوع للقواعد العامة، نجد أن البطلان المطلق في العقود يلحق تخلف أركان العقد من رضا ومحل وسبب، كعدم توافق الايجاب مع القبول، أو كأن يكون المحل مستحيلا، أو أن يكون الغرض من هذه الشركة القيام بأعمال غير مشروعة.

وهناك حالات خاصة بالشركة التجارية أي تمس الأركان الخاصة وهي:

1_ تخلف ركن تعدد الشركاء،

2_ عدم تقديم الحصص المكونة لرأسمال الشركة، والتي هو ضمانة لجماعة الدائنين.

3_ انتفاء نية اقتسام الأرباح والخسائر (شرط الأسد)، فالشركة كما أوضحنا سابقا باطلة بطلانا مطلقا إلا في الحالات التي أقرها القانون بموجب المادة 733قانون تجاري.

فيمايخص الاحتجاج بهذا فصلت في ذلك المادة 102 من القانون المدني.

2_ البطلان النسبي

البطلان النسبي كما هو معروف في القواعد العامة يمس حالتين هما:

_ نقص الأهلية.

_ عيوب الإرادة من إكراه وتدليس وغلط وغبن.

ففي هذه الحالة يبقى العقد صحيحا لغاية تمسك من يهمه الأمر ببطلانهوذلك وفقا للمادة 99من القانون المدني، والمادة 742 من القانون التجاري، وهو ليس متعلقا بالنظام العام، ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.

فإذا تمسك الشريك بحقه في البطلان وصدر حكم بذلك تنحى بعيدا عن الشركة، وثبت حقه في استرداد حصته إن كان قد وفى بها، و يلتزم برد ما حصل عليه من أرباح في الفترة قبل الحكم بالبطلان، **وفي ذلك المادة** 103 من القانون المدني وفي شركات الأشخاص تكون آثار البطلان النسبي وفق ماذكرته المادة 563 من القانون التجاري، أما شركات الأموال فلا تتأثر.

3_ البطلان الخاص

المشرع فرض الكتابة لوجود عقد الشركة التجارية وتخلف هذا الركن يرتب آثار أوردتها المادة 418من القانون المدني والمادة 1/545 من القانون التجاري، والمادة 548 من القانون التجاري، ومنه فتخلف الكتابة والشهر ينتج عنه بطلان من نوع خاص، والغير يثبث وجود الشركة بكافة الطرق وفقا للمادة 545من القانون التجاري.

التقادم في دعوى البطلان المتعلقة بالشركات التجارية قصير، فيكون بمضي ثلاث سنوات من تاريخ حصول البطلان (المادة 740 من القانون التجاري)، مع مراعاة الحالة المذكورة في المادة 738 من القانون التجاري وهي حالة الانقضاء في ميعاد ستة أشهر من تاريخ الإنذار.

4- تصحيح البطلان:

التصحيح يكون إما بدعوى، أو عن طريق الدفع بهن وتنقضي الدعوى إذا قبل الشريك بنوع الشركة الذي ‘نتزع فيها رضاه، غير أنه في حال كان المحل أو السبب غير مشروع فلا تنقضي دعوى البطلان، والمادة 739من القانون التجاري تجيز لكل شحص يهمه الأمر أن يندر الشركة بالقيام بهذا التصحيح.

إعطاء المحكمة سلطة منح مهلة لتصحيح البطلان، وأن تحدد أجلا ولو تلقائيا للتمكن من إزالة البطلان، ولا يجوز لها أن تقضي بالبطلان في أقل من شهرين من تاريخ طلب افتتاح الدعوى.

5الشركة الفعلية:

ما يميز البطلان في الشركات التجارية أنه ليس له أثرا رجعيا تماما، وهي وسيلة أو حيلة قانونية للتضييق من أثر البطلان، واستقرارا المراكز القانونية للأفراد المتعاملين مع الشركة، فالشركة باطلة بالنسبة للمستقبل فقط، وليس للبطلان أثر رجعي بالنسبة للماضي.

أ- تعريف الشركة الفعلية

تقضي القاعدة العامة بإعادة الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، وهذا ما يعني أن للبطلان أثرا رجعيا فينهار العقد برمته، ويمكن تطبيق هذه القاعدة إذا كشف سبب البطلان منذ البداية، ولكن إذا كان العقد قد نفذ ونشأ عنه الشخص المعنوي فإذا طبقت عليه القاعدة العامة أدى ذلك إلى إهدار المعاملات التي قام بها الشخص المعنوي، وإزالة آثارها الأمر الذي سيؤدي إلى نتائج غير عادية من الناحية الاقتصادية، فلو طبق الأثر الرجعي للبطلان أدى ذلك إلى تجاهل أوضاع ووقائع وجدت فعلا الفترة السابقة على الحكم بالبطلان وأهمها وجود شخص معنوي ارتبط بمعاملات مع الغير فأصبح بموجبها دائنا أو مدينا، وحصل على أرباح ومني بخسائر لذا استقر القضاء على أنه متى حكم ببطلان الشركة اقتصر آثاره على المستقبل فحسب دون أن يمتد إلى الماضي، إذ تعتبر الشركة قائمة ويعتد بنشاطها للفترة الواقعة بين تكوينها والحكم بالبطلان غير أن الاعتراف بالشركة خلال هذه الفترة ليس سوى اعترف بالوجود الفعلي أو الواقعي للشركة، ولا يرتكز على أساس قانوني، لذا تسمى هذه الشركة بالشركة الفعلية أو الشركة الواقعية، و الحكمة من إجاد نظرية الشركة الفعلية هو حماية الأوضاع الظاهرة، وذلك تحقيقا لإستقرار المراكز القانونية، لأن الغير تعامل مع الشركة قبل الحكم ببطلانها على أساس أنها شركة صحيحة، ومن ثم فلا يصح أن يفاجئ هذا الغير الذي اطمئن إلى الوضع الظاهر ببطلان الشركة لسبب خفي عليه، اما الأساس القانوني الذي اعتمدت عليه هذه النظرية هو اعتبار عقد الشركة من العقود المستمرة فإذا إنقضى بالبطلان تناول البطلان مستقبل العقد فقط، وبالنسبة للماضي فتعتبر الشركة موجودة لكن وجودها ليس له كيان قانوني، وإنما كيان فعلي واقعي فقط.

ب-حالات عدم الاعتراف بوجود الشركة الفعلية: هناك حالات يمكن أن تطبق عليها الشركة الفعلية وتتجلى هذه الحالات في:

-إذا كان البطلان قائما على عدم توفر الأركان الموضوعية العامة أوالخاصة بعقد الشركة.

-إذا كان البطلان قائما على عدم مشروعية المحل كأن يكون نشاط الشركة مخالف للنظام العام والآداب العامة.

-لا يمكن تطبيق هذه النظرية على الشركة التي لم تباشر نشاطها.

ج-الحالات التي يمكن الاعتراف فيها بوجود الشركة الفعلية

-إذا كان البطلان مؤسس على نقص أهلية أحد الشركاء أو على عيب شاب رضاءه وأدى هذا البطلان إلى انهيار العقد برمته كما هي الحال في شركة الأشخاص فتعتبر الشركة كأن لم تكن بالنسبة إلى ناقص الأهلية أو الشريك المعيب رضاه أما بالنسبة لبقية الشركاء فتعتبر الشركة في الفترة بين تكوينها أو الحكم ببطلانها قائمة فعلا .

-إذا كان البطلان مؤسسا على عدم كتابة عقد الشركة أو شهره وتطبق نظرية الشركة الفعلية.

-إذا دخلت الشركة في تعاملات مع الغير بعد تكوينها.

د-أثار الاعتراف بوجود الشركة الفعلية:

يترتب على الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة في الفترة الواقعة بين ابرام العقد والحكم بالبطلان نتائج هامة سواء بالنسبة للشركة او الشركاء أو بالنسبة للغير

<u>-بالنسبة للشركة</u>

تعتبر الشركة الفعلية كما لو كانت شركة صحيحة، ومن ثمة تتمتع بشخصيتها المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء وتبقى جميع حقوقها والتزامتها قائمة، كما تظل تعهدات الشركاء وحقوقهم صحيحة، ومرتبة لأثارها سواء فيما بين الشركاء أو بالنسبة للغير، ويجب حل الشركة وتصفيتها بمجرد صدور الحكم بالبطلان، و بمأن الشركة في فترة التصفية تحتفظ بالشخصية المعنوية فمن الممكن شهر إفلاس الشركة الفعلية متى توقفت عن سداد ديونها، سواء نشأت هذه الديون قبل الحكم بالبطلان أو أثناء إجراء عملية التصفية ويترتب على إفلاسها شهر إفلاس الشريك المتضامن في شركات الأشخاص.

<u>-بالنسبة للشركاء</u>

في حالة بطلان الشركة وتصفيتها، تقسم موجودات الشركة والأرباح والخسائر طبقا للشروط الواردة في العقد التأسسي، ويلتزم الشركاء الذين لم يقدموا حصصهم بتقديمها، ويكون كل شريك مسؤولا عن ديون الشركة بحسب نوع الشركة، وطبيعة الدين.

-بالنسبة للغير

إن جميع التصرفات التي التزمت بها الشركة في مواجهة الغير تعد صحيحة ومنتجة لآثارها (رغم الحكم ببطلانها) ويحق لدائني الشركة التمسك ببقائها حتى يجتنبوا مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء ويكون لهم حق التنفيذ على أموال الشركة،أما إذا تعارضت مطالب دائني الشركة أنفسهم بحيث تمسك بعضهم ببطلان الشركة بينما تمسك البعض الآخر ببقاء الشركة فطبقا للرأي الفقهي والقضائي في كل من فرنسا ومصر يجب ترجيح الجانب الذي طلب الحكم بالبطلان لأنه هو الأصل.