إن فكرة الشركة[1] في العمل المشترك ليست حديثة حيث عرفت حتى في الشرائع القديمة، وتعود نشأت الشركات إلى قانون حمورابي في عهد البابليين والذين عرفوا التمييز بين عقد الشركة وعقد القرض.

كما عرف الرومانيون فكرة الشخص المعنوي ممثلة في عقد الشركة بين الورثة والذي يسمى" contratd'indivision entre Cohéritiers"، وكذا عقد الشركة لتغطية الضرائب بين الملتزمين بها والتي كانت لها شخصية مستقلة عن شخصية أعضائها، وكانت الشركة عقدا رضائي لا ينتج إلا مجرد التزامات بين أطرافه ولا يترتب أثرا إزاء الغير.

حيث لم يكن هناك تضامن بين الشركاء بسبب ديون الشركة والأموال التي يقدمها الشركاء تبقى ملكا شائعا بينهم. في بداية القرن 12 ظهرت الشركات في شمال إيطاليا وفي الأسواق التي انتشرت في تلك الحقبة وخاصة تجارة البنوك وذلك نظرا لتطور التجارة وازدهارها في المدن الإيطالية وفي التجارة البحرية بالخصوص والمتعلقة بتمويل الرحلات البحرية وفكرة المخاطر المشتركة.

عرفت الشركات الإيطالية بالشركات العامة وهي شركات أشخاص وجدت لتنفيذ الأشغال العامة، توريد المؤن الحربية واستغلال المناجم. وتتميز هذه الشركات بفكرة التضامن بين الشركاء وبوجود ممثل قانوني لها(المسير أو المدير) والذي يعمل باسمها ولحسابها، ووجود ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء الخاصة.

وظهرت في هذه الحقبة أيضا شركة التوصية البسيطة والتي تعرف بنظام المخاطر البحرية الجسيمة، والتي مفادها أن من يقدم قرضا لمالك السفينة لتجهيزها والقيام بالرحلة البحرية سوف لن يتقاضى هذا القرض إلا بعد عودة السفينة من الرحلة سالمة، فيتقاضى حينذاك إضافة إلى القرض الأصلي فائدة مرتفعة ، وإذا هلكت السفينة فإنه يفقد قرضه وهو ما يشبه الشريك الذي يشترك في مخاطر الرحلة البحرية[1].

واستمر الوضع على هذا النحو من التطور إلى غاية 1673 مع صدور الأمر الملكي الفرنسي المنظم للتجارة البرية والذي ميز بين الشركات العامة والتي هي شركات أشخاص ويسأل الشريك فيها من

---

(1)- (1)سميحة القليوبي، الشركات التجارية،الطبعة الرابعة 2008، دار النهضة العربية ، مصطفة كمال طه ، الشركات التجارية، طبعة 2000، دار المطبوعات الجامعية، أبو زيد رضوان ، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، الطبعة الأولى، 1978،إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء1، منشورات المتوسط بيروت، عزيز العيكلي، الوسيط في الشركات التجارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان2007 ، محمد فريد العريني، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، 2006، فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007، عبد الحكم فودة، شركات الأشخاص، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات التجارية والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء 1، الطبعة 2 ، 2009 كذلك ،

Gorge Ripert , René Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, Tome 2 ,édition Economica, Yves Guyon , Droit des Affaire ; tome1 ; Edition Economica, Jacques Mestre, Marie-Eve Pancrazi, Droit commercial, Droit interne et aspect de droit international, 27eedition, L.G.D.J, Hamel G. Lagarde et Jauffret, Droit Commercial 2e édition, tome1

(1)(1)- مصطفى كمال طه ، المرجع السابق، ص 8.

غير تحديد وبالتضامن مع بقية الشـركاء وبين شـركة التوصـية والـتي لا يسأل فيها الموصون عن ديون الشركة في حدود حصصـهم في مقابـل عدم تـدخلهم في الإدارة ويبقى الشـركاء المتضـامنين خاضـعون لنفس أحكام الشركات العامة.

أما عن شركة المساهمة فيعود تـاريخ نشـأتها إلى القـرن 15 حين نشأ بينك"سـان جـورج" 1409 ، حيث أصـدرت جمهوريـة جنـوة قرضـا مقابـل مرتبـات دائمـة للمقرضـين تتمثـل في سـندات قابلـة للتحويـل، وعندما عجـزت عن دفـع هـذه المرتبـات اتفقت مـع دائنيهـا على إبـراء ذمتها من هذه المرتبات في مقابل منحهم احتكار جباية بعض الضـرائب والرسوم الجمركية.

وتكونت نتيجة لذلك شركة الدائنين لتنظيم عمليـة احتكـار الجبايـة واقتسام الأرباح بنسبة مرتباتهم القديمـة وأطلقـوا عليهـا اسـم " سـان جورج"، وهذه الشركة في حقيقتها هي شـركة مسـاهمة رأسـمالها هـو الاحتكار الذي منحته جمهورية جنوة لجمع الضـرائب وحصـص الشـركاء فيها تمثلت في مرتباتهم التي منحت لهم بفعل ذلك[1].

وفي منتصــف القــرن 19 ظهــرت الاختراعــات الحديثــة والثــورة الصـناعية الـتي تطلبت أمـوالا كبـيرة لاسـتغلالها، كمـا ذاعت في هـذا الوقت مبادئ الحرية الاقتصادية وهو مـا سـاعد في انتشـار اللجـوء إلى تأسيس شركات المساهمة التي تتطلب رؤوس أموال كبيرة مـع مكنـة اللجوء العني للادخار في البحث عن هـذه الأمـوال، وبعـد ذلـك ظهـرت شركات المسؤولية المحدودة في ألمانيا سنة 1892 وانتقلت منهـا إلى باقي دلو العالم.

- <u>مفهوم عقد الشركة:</u>

ورد مفهوم الشركة في المادة 416 من القانون المدني الجزائـري على أنها :" عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريـان أو أكـثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقـديم حصـة من عمـل أو مـال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصـاد أو بلـوغ هـدف اقتصادي ذي منفعـة مشـتركة ويتحملـون الخسـائر الـتي قـد تنجـر عن ذلك."

فالشركة من خلال هذه المادة هي عقد وما تمليه فكرة العقـد هـو التعدد، حيث لا يتصور عقد يبرمه شخص بمفرده، فيجب وحسب المادة 416 السالفة الذكر أن يبرم عقد الشركة بين شخصـين أو أكـثر سـواء طبيعيين أو اعتباريين.

ولقد ثار جدل فقهي كبير حول فكرة الشركة هل هي عقـد أو أنهـا نظامInstitution؟

---

[1]- نفس المرجع، ص 10.

إن الحديث عن العقد يوحي بأنه تصرف إرادي بالدرجة الأولى فهو يخضع قبل كل شيء لإرادة الأطراف، لكن بالنسبة لعقد الشركة فإرادة الأطراف (الشركاء) تلعب دورا ضئيلا في تحرير عقد الشركة (Le Status) لأن عقد الشركة بالذات هو نموذج محدد من طرف القانون أكثر مما هو قابل للنقاش من طرف الشركاء ولذلك يقال بأن الشركة نظام (institution).

فالشركة تعتبر نظاما أكثر مما هي عقد، ففي العقد الأطراف هم من يحددون بكل حرية التزاماتهم بينما في النظام الأشخاص لهم حرية محدودة تمكنهم من أن يقبلوا أو يرفضوا دفعة واحدة مجموع القواعد دون أن يتمكنوا من تغييرها فمبدأ سلطان الإرادة يتقلص جدا.

ولعل في التنظيم المحكم الذي خص به المشرع شركات المساهمة دليل على فكرة تقليص مبدأ سلطان الإرادة في تأسيس الشركات، حيث اعتمد المشرع في تنظيمه لهذا النوع من الشركات على قواعد كلها آمرة ، حيث لا يكون هناك مجال لإعمال إرادة الأفراد بمعنى يقتصر دور الشركاء في هذا النوع من الشركات على مجرد الانضمام إلى هذا التنظيم وإتباع مختلف القواعد المنظمة لها بعد الالتقاء والاتفاق حول نوع الشركة[1].

إن فكرة النظام وعلى الرغم من وجاهتها إلا أنها لا تستبعد تماما فكرة العقد، ذلك أنه من الثابت أن الشركة تنشأ بمقتضى عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين أو أكثر وتخضع للقواعد العامة في إبرام العقود.

وما يزيد من حدة هذا الجدل الفقهي هو ظهور الشركات أحادية الشخص والتي يؤدي إلى جعل فكرة الشركة عقد تتأثر كثيرا على اعتبار أنه لا يمكن للشخص أن يتعاقد مع نفسه كما هو الحال في المؤسسة الفردية وذات المسؤولية المحددة أو أن هذا الإنفراد ينشأ نتيجة تجمع جميع الحصص في يد مساهم واحد كما هو الحال في التشريعات التي تعترف بالشركات ذات الأسهم وذات الشخص الوحيد SASU كما هو الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي.

ولعل من المفيد أن نذكر هنا أن التمييز بين شركات الأشخاص وشركات الأموال من شأنه التقليل من حدة هذا الجدل ويوضح بصورة أكثر فكرتي العقد والنظام، ففي شركات الأشخاص يظهر من تنظيم المشرع لأحكامها أنه ترك المجال واسعا لإرادة الأفراد وأعطاها الدور الأكبر في تنظيم شركتهم كيفما يشاءون وتظهر الغاية من هذا في أنه في المقابل تكون مسؤولياتهم غير محدودة وتضامنية .

وبالعكس عكف المشرع على تقليص إرادة الأطراف في تنظيم شركات الأموال من خلال تعرضه بالتنظيم لمختلف جوانبها وفي المقابل أيضا جعل مسؤولية الشركاء فيها محدودة في حدود الحصة

---

(1)- سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص7، وانظر قرار محكمة النقض المصرية رقم 4039 لسنة 1974 ق جلسة 08/05/2005

الـتي قـدموها للاشـتراك مثلمـا هـو الحـال في شـركات المسـاهمة أو شركات المسؤولية المحدودة.

ويبقى الشــريك حــر في اختبــار المشــاركة أو عــدمها، لكن بعــد الاختيار تتقلص هذه الحرية، فهنا يبقى للشريك حرية الانضمام أو عــدم الانضمام لهذه النمـاذج ولا يسـتطيع التغيـير إلا في بعض الجزيئـات في بعض القواعــد المفســرة.من خلال المــادة 416 من القــانون المــدني الجزائري نجد المشرع عـرف الشـركة أنهـا عقـد لكن وبـالوقوف على هذه التسمية نجد أن العقد في هذا المقام له معنيان.

فعقد الشركة يعني الاتفاق الذي يربـط الشـركاء، ينشـأ التزامـات ويولـد حقـوق على عـاتق هـؤلاء (Le Status). والمعـنى الثـاني هـو الشخص الاعتباري الذي يقـوم على رأس المشـروع، وهـو ذو شخصـية مستقلة عن الشركاء، وينتج عن ذلك أن له ذمة مالية مستقلة، مـوطن خاص وأهلية. يبقى أن نقول أن شـركات الأشـخاص يغلب عليهـا طـابع العقد أما شركات الأموال ففكرة النظام هي التي تسيطر على مختلف جوانبها.

- **<u>تصنيف الشركات:</u>**

هناك عدة معـايير في تصـنيف الشـركات: فهنـاك شـركات تجاريـة وأخرى مدنيـة وهـذا التصـنيف قـائم على أسـاس الشـكل الـذي تتخـذه الشركة عند تكوينها، وهو ما نصت عليه المادة 3 من القانون التجـاري الجزائري " يعد عملا تجاريا بحسب الشكل ... الشركات التجارية".

ترتب طائفة الشركات التجارية بسبب شكلها مشاكل عديدة عندما يكون لها غرض مدني (النشاطات العقارية، الزراعية، المهن الحــرة...) فيوجد عندئذ تعارض بين الشكل والموضوع (الغرض).

والملاحظ أن التميـيز في هـذا المقـام تقتصـر أهميتـه العمليـة في الواقع على تحديد الاختصاص القضائي بين الجهات المدنيـة أو الجهـات التجارية وكذا ينفع التمييز في نوع الضريبة المفروضة على كل نوع من الشركات التجارية أو المدنية وهو المجال الذي يبرز فيـه التعـارض بين الشكل وموضوع الشركة.

شركات الأشخاص وشركات الأمـوال: فشـركات الأشـخاص تقــوم على الاعتبــار الشخصــي أي على أســاس شخصــي والاعتبــار الرئيسـي يكـون لشـخص الشـريك في حين أنـه في شـركات الأمـوال تعطى الأولوية لرأس المال أو المساهمة.

ففي النــوع الأول (شــركات الأشــخاص) الشــخص يمثــل ضــمان الـدائنين ــ أمـا النـوع الثـاني فالضـمان هـو المسـاهمة المقدمـة من الشـريك. شـركات ذات مسـؤولية محـدودة وشـركات ذات مسـؤولية مطلقــة: وهــو معيــار المســؤولية ففيSARL تكــون المســؤولية بقــدر المساهمة المقدمـة من الشـريك أمـا في الثانيـة فالمسـؤولية مطلقـة

تتعـدى المسـاهمة المقدمـة إلى الشـركة غلى الذمـة الماليـة الخاصـة للشريك.

وهناك تصنيفات أخرى كالشركات التي تلجـأ إلى الادخـار والـتي لا تلجأ للادخار ، الشركة ذات الشخص الوحيد والمتعددة الشركاء ....

الأحكام العامة في الشركات التجارية

أولا :الشروط الموضوعية العامة لعقد الشركة

باعتبار الشركة عقـد فيحب أن تتـوافر فيهـا الشـروط الموضـوعية اللازمة لانعقاد العقد والمتمثلة في الرضا، الأهلية، السبب والمحل.

1/ الرضـــــــــا:

إن الرضا ضروري في عقد الشركة وتخلفه يـؤدي إلى بطلان عقـد الشركة، فيجب أن يكون رضا الأطراف سليما خاليـا من العيـوب الـتي قـد تلحقـه كالغلـط أو التـدليس[1]الإكـراه والـذي اسـتبعده القضـاء بحيث يتعذر تصور حالة يكره فيها الشخص على الانضـمام إلى الشـركة دون رضاه.

والغلط الـذي يعيب الرضـا في الشـركة هـو الغلـط الجـوهري، أي الغلط الذي يبلغ من الجسامة حدا بحيث يمتنع معه الشريك عن التعاقد لو علم به ولم يقع به. كمـا لـو أراد الشـخص الانضـمام إلى شـركة من شركات الأمـوال فـإذا بـه يجـد نفسـه منضـما إلى شـركة من شـركات الأشخاص.

كما قد يكون الرضا معيبا بالتدليس، وهو مجموعة الأعمال و الحيل التدليسية التي يقوم بها الشريك على شريك آخر. ويرى بعض الفقهاء [2]أن التـدليس المعيب هـو الـذي يقـع من جميـع الشـركاء ، أو يقـع من أحدهم مع علم البقية أما لو قام به شريك واحد وتوفر حسن النيــة في البقية، فيكون للمـدلس عليـه أن يرفـع دعـوى التعـويض على الشـريك الذي دلس علي، دون المساس بصحة العقد بالنسبة للآخرين.

والرضـا شـرط أساسـي في الشـركات ذلـك كـون المسـؤولية و تختلف باختلاف نـوع الشـركة، فقـد تكـون صـارمة كمـا هـو الحـال في شركات الأشخاص إذ تكون مطلقة وتتعدى حصة الشـريك في الشـركة إلى ذمته الشخصية. وقد تكون أقل صرامة (محـدودة) كمـا هـو الحـال في شــركات الأمــوال أين تنحصــر في حــدود الحصــة أو المســاهمة المقدمة من الشريك، ولـذلك وجب أن يكـون الرضـا سـليما خـالي من كل العيوب حتى ينعقد العقد.

ومناط الرضا هو الأهلية، المقصود بالأهلية هنا هي أهليـة الوجـوب بمعنى صلاحية الشخص لتحمل الالتزامات واكتساب الحقوق. ولما كان الدخول في الشركة عمل تجاري بحسب الشكل حسـب نص المـادة 3

---

(1)(1) - George Ripert, René Roblot, Op. Cit., p528.

(2)(2) - أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 38.

من القانون التجاري الجزائري:" يعد عملا تجاريا بحسب الشكل... الشركات التجارية...".

فوجب توافر الأهلية القانونية للدخول في الشركة أي الأهلية المحددة بسن 19 سنة طبقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري. ويجب لصحة الأهلية أن لا يعتريها عارض من العوارض المحددة بالمادة 42 من القانون المدني الجزائري، والمتمثلة في الجنون ، العته والسفه، والعته والجنون ونقص السن يفقد الأهلية تماما ويعدمها، بينما السفه يجعل الشخص ناقص الأهلية حسب ما جاء في المواد 42 و43 من القانون المدني الجزائري.

ومتى كان الشخص بالغا سن الرشد 19 سنة كاملة متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه جاز له عندئذ الاشتراك في جميع أنواع الشركات. أما القاصر المرشد فحسب المادة 5 من القانون التجاري الجزائري إذا أراد الدخول في شركة التضامن (شركات الأشخاص عموما) وجب عليه الحصول على إذن من والده أو أمه أو مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة المختصة لكونه سيكتسب صفة التاجر.

وكذلك الأمر إذا ما أراد أن يكون شريكا متضامن في شركات التوصية(البسيطة أو بالأسهم) لكون هذان النوعان من الشركات يخضعان لمزيج من القواعد الخاصة بشركات الأشخاص والأموال معا. أما إذا أراد الدخول في باقي الشركات الأموال جاز للولي أو الوصي القانوني أن يستثمر أموال القاصر بالاكتتاب في أسهم هذه الشركات، وكذلك الحال إذا أراد الدخول كشريك موصي أو مساهم في التوصية البسيطة أو بالأسهم.

2/المحل والسبب:

"يعد محل الشركة أحد المعايير التي يستنتج من خلالها طابع الشركة هل هي مدنية أو تجارية"[1]ولذلك وجب أن يظهر في العقد التأسيسي أي يجب أن يعلم الغير بذلك. غير أن هذا الإشكال لا يطرح بالنسبة للمشرع الجزائري الذي أخذ بمعيار الشكل في تحديد الشركات التجارية. ومحل الشركة هو الغرض الذي أنشأت الشركة لأجله أو هو المشروع الذي استهدف الشركاء تحقيقه. ويشترط في المحل عدة شروط بأن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.ويطرح في هذا المقام إشكال حول هل هذا يخص المحل الوارد في العقد التأسيسي أو المحل الحقيقي الممارس فعلا؟

حسب القضاء الفرنسي فإنه يأخذ بالمحل الفعلي الممارس فعلا ، وهذا في حالة ما إذا قامت الشركة بأعمال خارج نطاق المحل المنصوص عليه في العقد التأسيسي.

---

(1)(1) -Yves Guyon , Objet social des sociétés, juris classeur, sociétés II (1à23), Fascicule 9.

أما السبب فطبقا للمفهوم التقليدي لنظرية السبب هو الالتزام التبادلي، أي ان التزام هذا الشخص سببه هو التزام الشخص الثاني. أما حسب المفهوم الحديث للسبب فإنه الباعث الذي دفع بالشريك إلى الدخول في الشركة أي استهدافا لتحقيق الربح[1].

فالسبب هو الباعث الذي دفع بالشريك إلى الدخول في الشركة بتقديم مساهمة في الاستغلال المحدد بالعقد التأسيسي قصد الحصول على الأرباح. ويشترط في السبب ما يشترط في المحل بأن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام.

ولقد ميز بعض الفقه[2]، بين المحل والسبب بكون السبب هو غاية الحصول على الأرباح، أما المحل (الموضوع) فهو عبارة عن المشروع الاقتصادي. غير أن هناك من الفقه من يعتبر أن المحل والسبب في الواقع يندمجان، فالمحل هو السبب الذي نشأت من أجله الشركة. فغرض الشركة هو إدارة المشروع الاقتصادي لتحقيق الربح وسبب دخول الشريك في الشركة هو نفسه الحصول على الربح.

غير أن الإشكال يبقى مطروحا بشأن المقصود بالمحل فنجد أن المحل يحتمل فرضين هنا : فقد نعني بالمحل محل العقد وفي هذه الحالة فإن المحل هنا يكون هو تأسيس الشركة في حد ذاتها. وقد نعني بالمحل محل الشركة وفي هذه الحالة نتكلم عن المشروع الاقتصادي الذي تقوم عليه الشركة من أجل إدارته.

ومهما يكن من أمر فالمحل هو المشروع الاقتصادي الذي اشترك جميع الشركاء من أجله وخصصت له حصصهم، أي أنه النشاط الذي ستوجه إليه أموال الشركة.

<u>ثانيا: الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الشركة</u>

<u>1/تعدد الشركاء:</u>

لا يتصور عقد يبرمه الشخص بمفرده، أي يجب أن يتضمن العقد على الأقل طرفين، كما أنه وحسب نص المادة 416 من القانون المدني الجزائري فإنه يشترط أن يتم عقد الشركة بين شخصين أو أكثر وهذا خلافا للتشريعات الأنجلوساكسونية وكذا بالنسبة للمشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 96/27 المؤرخ في 09/12/1996 المتضمن القانون التجاري الجزائري التي تعترف بما يعرف بشركة الشخص الواحد Société Unipersonnel, One Man Company.

وعلى ذلك يلزم لصحة عقد الشركة أن يوجد فيها أكثر من شخص كما هو الحال في شركة التضامن دون تحديد للحد الأقصى، وتشترط المادة 592 من القانون التجاري الجزائري أن لا يقل عدد الشركاء في شركة المساهمة عن 7 شركاء من غير تحديد للحد الأقصى، بينما

---

(1)(1) - أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص38.

(2)(2) - إلياس ناصيف، المرجع السابق ص 22.

المادة 590 من القانون ذاته المعدلة بموجب القانون 15-20 المؤرخ في 30 سبتمبر 2015 فقد اشترطت أن لا يزيد عدد الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن 50 شريكا[1] ، واشترط القانون أن لا يقل عدد الشركاء المساهمين في التوصية بالأسهم عن 3 شركاء. ويسمى الشركاء في فترة التأسيس بالمؤسسين وسنتناول هذا الوصف لاحقا بشيء من التفصيل.

إن تأسيس الشركة هو مجموعة الأعمال المادية والتصرفات القانونية الضرورية لخلق أو نشوء التنظيم القانوني الذي وضعه المشرع تحت تصرف الأشخاص الذين يريدون مباشرة أعمال أو نشاطات تتطلب في الأصل رؤوس أموال كبيرة.

2/ تقديم الحصص:

تعلب الحصة المقدمة من قبل المساهم دور هام عند تأسيس الشركة فمجموع هذه الحصص المقدمة يكون الذمة المالية أو رأس مال الشركة عند تأسيسها وهو ما يجعل إلزامية تقديم الحصص أمر ضروري لتأسيس الشركة. وتتمثل الحصة في تقديم شيء ما من قبل الشريك للاشتراك فيه مع بقية الشركاء

أ/ضرورة تقديم الحصص:

إن عدم تقديم الحصص يترتب عليه استحالة قيام (تأسيس) الشركة وذلك لأنه لا يمكنها ممارسة نشاطها الاقتصادي. فيمكن أن يقوم شخص بتقديم حصة مالية ليس له حق عليها، أو أن الحصة المقدمة تخالف النظام العام (كالنفوذ السياسي...) وهذا للحصول على امتيازات الشركة أو على ما يتمتع به من ثقة مالية (أنظر المادة 420 من القانون المدني الجزائري).

فمثل هذه الحصص تؤدي إلى عدم إمكانية قيام الشركة. ويطرح السؤال حول ما إذا كانت إحدى الحصص المقدمة للشركة **غير قانونية** فما أثر ذلك على الشركة؟ بمعنى هل تبطل الشركة أو أنها تبقى سارية المفعول؟

يجب التفرقة هنا بين فرضين:

- إذا كانت الحصة المقدمة للشركة غير أساسية فيها، فالشركة تبقى صحيحة رغم إبطال تقديم الحصة شريطة أن يكتتب رأس المال بأكمله، بمعنى يجب استخلاف الحصة الباطلة بأخرى صحيحة أو استخلاف الشريك الذي أبطلت حصته بشريك آخر.

- إذا كانت الحصة أساسية، وهي البطلان بسبب أن الحصة تمثل نشاط الشركة مثلا كأن تكون شركة قامت بغرض استغلال محل

---

[1] – لقد تم تعديل المادة 590 من القانون التجاري حيث كان عدد الشركاء في شركة المسؤولية المحدودة لا يزيد عن 20 شريكا ، حيث أدخل القانون 15-20 المؤرخ في 30 سبتمبر 2015 تعديلات هامة على هذا النوع من الشركات حيث تنص المادة 590 المعدلة على أن :" لا يسوغ أن يتجاوز عدد الشركاء في شركات المسؤولية المحدودة خمسين(50) شريكا.

وإذا أصبحت الشركة مشتملة على أكثر من خمسين (50) شريكا وجب تحويلها إلى شركة مساهمة في أجل سنة واحدة. وعند عدم القيام بذلك تنحل الشركة ما لم يصبح عدد الشركاء في تلك الفترة من الزمن مساويا خمسين (50) شريكا أو أقل." الجريدة الرسمية العدد:71 ، لسنة 2015 (30 ديسمبر 2015).

تجاري الذي قدم كحصة وكان ذلك مخالفا للقانون (كأن لا يكون الشريك مالكا للمحل التجاري المقدم) فبطلان الحصة يستتبع بطلان الشركة. ولا يكفي أن يشمل عقد الشركة على تعهد الطرف (الشريك) بتقديم الحصة بل يجب أن يقدم الشريك فعلا الحصة التي تعهد بتقديمها وفي الآجال المناسبة.

ب- الطبيعة القانونية للحصص:

إن عملية تقديم الحصص هي عقد بمقتضاه يقدم الشريك حصة مالية إلى الشركة ومقابل ذلك يمنح له حق الشراكة في الشركة، تسلم له حصص اجتماعية أو أسهم حسب هيكل الشركة. فهو عقد بعوض وناقل للملكية إذا كانت الحصة المقدمة من طرق الشريك تتمثل في حق ملكية، أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر.

بمعنى تقدم الحصة على سبيل التمليك، فهنا أحكام عقد البيع هي التي تسري فيما يخص ضمان الحصة إذا هلكت أو استحقت أو ظهر فيها عيب أو نقص (المادة422 قانون مدني جزائري)، ويكون الشريك الذي قدم الحصة بهذا الشكل ضامن للشركة كضمان البائع للمشتري في عقد البيع.

أما إذا كانت الحصة المقدمة إلى الشركة على سبيل المنفعة (الانتفاع بالمال) فأحكام عقد الإيجار هي التي تسري في علاقة الشركة بالشريك مثل علاقة المستأجر بالمؤجر. كما أن عقد المشاركة يقوم على عنصر الغرر ذلك أن المشارك يجهل مقدار الحقوق التي تكون من نصيبه مقابل ما قدمه كحصة محددة (بين ربح وخسارة).

والفرق بين عقد البيع وعقد الحصة هو أن عقد البيع عقد تبادلي نجد فيه نوع من التوازن بين التزامات طرفيه خلافا لما يحصل في عقد الحصة فهو عقد احتمالي.

حيث أن الشريك يعلم بقيمة الحصة المقدمة إلى الشركة، غير أنه يجهل القيمة الحقيقية للحصص الاجتماعية أو الأسهم التي تسلمها له الشركة، إن الحصة تحدد محل التزام الشريك تجاه الشركة، وهو ملزم بتنفيذ ما تعهد به عند الاكتتاب اتجاه الشركة، ويكون ضامنا للشركة التعرض والاستحقاق وكل العيوب الخفية. وإذا هلكت الحصة المقدمة للشركة فيكون على الشريك تقديم حصة جديدة ليبقى شريكا.

جـ- تحقيق عملية تقديم الحصص:

إن مصطلحي **الاكتتاب والإبراء أو التحرير** مختلفين فيقصد **بالاكتتاب** التعهد بدفع الحصة سواء كانت نقدية عينية وهو عقد بين الشركة والشريك، بينما يقصد **بالإبراء أو التحرير** الدفع الحقيقي للمبالغ أو الأموال المتعهد بها إلى الشركة بصورة فعلية وحقيقية.

وإذا كان يشترط في الاكتتاب عند التأسيس أن يكون كاملا (أي يشمل القيمة الكلية للحصة) فكقاعدة عامة لا يشترط التحرير أو الإبراء أن يشمل الحصة المتعهد بها ككل. ويتم تحرير الحصة النقدية عن طريق الدفع المباشر أو باستعمال الأوراق التجارية، سفتجة، شيك ...، وفي هذه الحالة لا يتم الإبراء إلا بعد تحقيق عملية التحويل من رصيد المقدم إلى رصيد الشركة.

كما قد يتم ذلك عن طريق المقاصة القانونية والتي لا يمكن تصورها عند التأسيس فالشركة حينها لا تكتسب الشخصية المعنوية حيث يمكن تصور هذه الحالة عندما تقرر الشركة الزيادة في رأس المال (المادة706 من القانون التجاري الجزائري وكذا المادة 715 مكرر 41/1 من ذات القانون).

أما بالنسبة للحصة العينية المقدمة على سبيل الملكية فتحقيقها يشبه عملية التنازل في عقد البيع بحيث تترتب أحكام عقد البيع على الشريك باعتباره بائعا وكل التزاماته تكون عليه، وإذا كانت الحصة عقارا تطبق أيضا أحكام المادة 793 من القانون المدني الجزائري والخاصة بالإجراءات الشكلية الواجبة لإتمام عملية نقل الملكية.

أخيرا بالنسبة لحصة العمل فيتجسد تقديمها من خلال التنفيذ العيني لالتزام الشريك بالعمل بتسخير نشاطه لصالح الشركة دون غيرها طيلة فترة تعهده.

د/ محل الحصة:

يتنوع تقديم الحصص في الشركات التجارية بين ثلاثة أنواع من الحصص، حيث قد تكون الحصة نقدية أو عينية وقد تكون عبارة عن عمل أي الجهد الفكري أو اليدوي وهو ما ورد في المادة 416 من القانون المدني الجزائري. سنحاول من خلال هذا العنصر التعرض أنواع الحصص (1) ثم تقدير الحصة (2) وحصة العمل في الشركات (3).

° **- أنواع الحصص:** تتنوع الحصص المقدمة إلى الشركات التجارية إلى ثلاثة أنواع، فقد تكون الحصة نقدية ، وقد تكون عينية أخيرا قد تكون الحصة عملا معينا

°- الحصة النقدية:

غالبا ما تكون الحصص المقدمة إلى الشركة نقدية عند تأسيسها، وهي مجموعة من النقود يقدمها الشريك كمساهمة في هذه الشركة، حيث يلتزم شخص بدفع المبلغ الذي تعهد به في الميعاد المتفق عليه، وقد وضع المشرع نظاما صارما في تأسيس شركات الأموال (من خلال تحديده للحد الأدنى لرأسمالهاSARL وSPA).

ففي الشركة ذات المسؤولية المحدودة يجب أن يتم الاكتتاب بجميع الحصص من طرف الشركاء وأن تدفع قيمتها كاملة، وهذا لأن الحد الأدنى لمبلغ رأسمالها محدد قانونا بـ 100.000 دج كما هو محدد

في المادة 566 من القانون التجاري الجزائري، فهو مبلغ صغير ويمكن دفعه بسهولة عند إنشاء الشركة.
ولأجل منع التداول على الحصص مما يصعب استخلاف الشخص الذي لم ينفذ تعهده بشخص آخر (أنظر المادة 569 و571 من القانون التجاري الجزائري).

لقد تم العدول عن تحديد الحد الأدنى لرأسمال شركة SARL بعد تعديل القانون التجاري بموجب القانون 15-20 المؤرخ في 30 سبتمبر 2015، وأصبح تحديد رأسمال هذا النوع من الشركات يعود للشركاء وبكل حرية، حيث تنص المادة 566 المعدلة من القانون التجاري الجزائري :" يحدد رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة بحرية من طرف الشركاء في القانون الأساسي للشركة يقسم إلى حصص ذات قيمة اسمية متساوية. يجب أن يشار إلى رأسمال الشركة في جميع وثائق الشركة". والجدير بالذكر في هذا المقام أن هذا التعديل من شأنه أن يخلق بعض الإشكاليات كمكنة تأسيسSARL برأسمال 1دج، وهو أمر يستدعي النظر فيه بتدقيق كبير لأن لا يفسح المجال لنشوء الشركات الواجهة
أما بالنسبة لشركة المساهمة: فيجب وحسب المادة 569 من القانون التجاري الجزائري أن يكتتب رأس المال بكامله وتكون الأسهم المالية مدفوعة عند الاكتتاب بنسبة ¼ على الأقل من قيمتها الاسمية ويتم وفاء الزيادة مرة واحدة أو عدة مرات بناء على قرار من مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب كل حالة، في أجل لا يتجاوز 5 سنوات ابتداء من تاريخ تسجيل الشركة في السجل التجاري.
ويرجع هذا إلى أن رأس مال الشركة المساهمة كبير نوعا ما (5 مليون دينار جزائري أو 1 مليون دينار جزائري وهو ما نصت عليه المادة 594 من القانون التجاري الجزائري).
فحددت المدة من أجل أن تتمكن الشركة من تحصيل هذا الرأسمال المعتبر نوعا ما. ويكون في هذا النوع استخلاف الشريك أمرا سهلا لأنه يجوز تداول الأسهم طبقا للمادة 715 مكرر40 من القانون التجاري الجزائري.
وتودع الأموال لدى الموثق الذي قام بتحرير القانون الأساسي للشركة أو لدى مؤسسة مالية مؤهلة قانونا (البنوك مثلا) بتحويل الأموال إلى الشركة بعد تسجيلها في السجل التجاري.
-تقديم الحصة العينية: قد يتم تقديم حصة عينية بدلا من النقود إلى الشركة كالعقار أو مختلف المنقولات ذات النفع بالنسبة للشركة. فالعقار قد يكون أرضا أو

مبـنى أو مخـزن أو منجم.... والمنقـول قـد يكـون ماديـا كـالآلات، السيارات، بضائع أو منقولات معنويـة مثـل دين للشـريك لـدى الغـير أو أرواق مالية أو تجارية أو براءات اختراع أو محلا تجاريا.

وتقدم الحصة العينية إلى الشركة إمـا على سـبيل التمليـك أو على سبيل الانتفاع. فالتقديم على سبيل التمليـك يشـبه إلى حـد كبـير الـبيع غير أنه ليس بيعا لأن البيع يستوجب نقل الملكية في مقابل ثمن نقـدي في حين أن نقـل ملكيـة الحصـة العينيـة إلى الشـركة يقابلـه منح حـق احتمالي للشخص الذي قدمها.

إلا أن هـذا التقـديم يشـبه الـبيع من حيث إجراءاتـه كالتسـجيل والشـهر. إن انتقـال الملكيـة يتطلب مثـل هـذه الإجـراءات(العقـار أو المحل التجاري) ويكون على الشريك مقدم الحصة ضـمان الاسـتحقاق والعيوب الخفية مثله مثل البائع في عقد البيع تجاه المشتري[1].

أما بالنسبة للشريك الذي يقدم **<u>دينا لدى الغير</u>** فلا يكـون ضـامنا وجود الحق وقت الحوالة فحسب بل وعليه أن يضمن وفاء المدين عند تاريخ الاستحقاق، بل ويكون مسؤولا عن تعويض الضرر في حالة ما إذا لم يوف المدين بالدين في تاريخ الاستحقاق[2].

وفي حالـة عـدم اسـتيفاء الشـركة للـدين في تـاريخ الاسـتحقاق، فيكون على الشريك أن يقدم حصته في الـوقت المحـدد والتخلـف عن ذلـك يـؤدي إلى مسـاءلة الشـريك عن كـل الأضـرار الناتجـة عن هـذا التأخير.

أما لو كان تقديم الحصـة على سـبيل الانتفـاع بالمـال مـع احتفـاظ مقدم الحصة بالملكية فإن أحكام عقد الإيجار هي التي تسري وإن كان كذلك في هذه الحالة ليس إيجارا تاما بالمعنى القـانوني إلا أنـه يشـبهه كثيرا.

<u>- تقدير الحصة العينية:</u> الإشكال بالنسبة للحصة العينية يتمثـل في تقييمها وهو تحديد قيمتها بحيث يجب تقييمها بصفة دقيقة وذلك لحماية مصالح الشـركاء ومصـالح الغـير وذلـك أن قيمـة الحصـة تحـدد حقـوق الشريك في الشركة.

فتطبيقـا للمـادة 425 من القـانون التجـاري الجزائـري في حالـة سـكوت القـانون الأساسـي عن تحديـد نصـيب كـل شـريك في الأربـاح والخسـائر فـإن نصـيب كـل واحـد يتحـدد بنسـبة حصـته في رأس مـال الشركة.ولا يجوز كذلك المبالغة في تحديد قيمة

---

[1]-[1] هلاك الحصة بعد انتقال الملكية يكون على الشركة ويحتفظ الشريك بكافة حقوقه المنبثقة عن صفته كشريك.

[2]-[2] أنظر المادة 424 من القانون المدني الجزائري

الحصة العينية لأنها تؤدي إلى تغليط الغير عن الحالـة الماليـة الحقيقيـة للشركة، خاصة شـركات الأمـوال أين يعتمـد على رأس المـال بصـورة أساسية كضمان.

بالنســبة لـ SARL: تقضــي المــادة 568 من القــانون التجــاري الجزائـري " يجب أن يتضـمن القـانون الأساسـي ذكـر قيمـة الحصـص العينية المقدمة من الشركاء ويتم ذلك بعـد الاطلاع على تقريـر ملحـق بالقانون الأساسي يحرره تحت مسؤوليته المنـدوب المختص بالحصـص والمعين بأمر من المحكمة من بين الخبراء المعتمدين". ويتمتع مندوب الحصص بسلطات واسـعة للتحـري والبحث من أجـل التأكـد من صـحة التقييم ويعد تقريره بناء على مسؤوليته الشخصية.

ومراعاة لمصلحة الدائنين يكون الشركاء مسؤولين بالتضامن لمدة 5 سـنوات عن القيمـة المقـدرة للحصـص العينيـة الـتي قـدموها عنـد تأسيس الشركة.

ويطـرح السـؤال حـول القاصـر هـل يجـوز لـه أن يكـون شريكا في شركة من شركات الأموال إذا قـدم حصـة عينيـة فهل يجوز أن يتعرض للمتابعة من طـرف الغـير عن القيمـة المقدرة لهذه الحصص؟

إن الإجابة على هذا السـؤال تكـون من خلال القيـاس على شـركة الأسهم، بالنسبة لـSPA: تعرضت لها المادة 601 من القـانون التجـاري الجزائري حيث يعين في حالة ما إذا كانت الحصص المقدمة عينيـة، مـا عدا وجود أحكام تشريعية خاصة، مندوب أو أكثر للحصص بقرار قضائي بناء على طلب المؤسسين أو أحدهم...،

ويقع تقدير قيمة الحصص على مسؤولية مندوبي الحصـص ويوضـع التقدير لدى المركز الوطـني للسـجل التجـاري مـع القـانون الأساسـي تحت تصــرف المكتتــبين بمقــر الشــركة. ويجب على الجمعيــة العامــة التأسيسية أن تفصل في تقدير الحصـص العينيـة ولا يجـوز لهـا تخفيض هذا التقدير إلا بإجماع المكتتبين، وعنـد عـدم الموافقـة الصـريحة عليـه من مقدمي الحصص تعد الشركة غير مؤسسة.

3/ حصة العمل:

يجوز أن يقدم الشـريك إلى الشـركة حصـة من عمـل ، بمعـنى أن الشريك في هذه الحالة لا يقدم مبلغا ماليا أو حصـة عينيـة وإنمـا يقـوم بعمل معين لحساب الشركة تنتفع به ويعـود عليهـا بالفائـدة, وغالبـا مـا يكون الشريك في هذه الحالة ممن يتمتع بخبرة معينـة مثـل المهنـدس والمــدير الفــني أو المتخصــص في الإدارة أو في عمليــات الاســتيراد والتصدير...

ويكون على الشريك بحصة العمل أن يقـوم بالخـدمات الـتي تعهـد بها وأن يكرس للشركة كل نشـاطه طبقـا للمـادة 423/2 من القـانون

المدني الجزائري، ويمتنع عليه ممارسة نفس العمل لحسابه الخاص أو للغير ولذلك يشترط القانون أن يقدم هذا الشريك حسابا للشركة عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولته العمل الذي قدمه كحصة لها.

ولا يكون الشريك بحصة من عمل ملزما بأن يقدم للشركة ما قد يحصل عليه من اختراع إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك وهو ما قضت به المادة 423/2 من القانون المدني الجزائري. ويشترط في حصة العمل أن تكون مشروعة ، فلا يجوز أن تتمثل حصة العمل فيما للشريك من نفوذ سياسي أو علاقاته الشخصية وغيرها فالعمل الذي لا قيمة له لا يعتبر حصة في رأس المال ويعتبر مقدمه أجيرا ويتحدد أجره بنسبة من الربح.

والأصل أن حصة العمل تقدم في شركات الأشخاص أما بالنسبة لشركات الأموال فالأمر ليس سهلا، حيث تنص المادة 567 من القانون التجاري الجزائري:" لا يجوز أن تمثل الحصص بتقديم عمل".

لقد أضاف تعديل القانون التجاري الجزائري 15-20 المادة 567 مكرر وتم إلغاء الفقرة السابقة من المادة 567 السالفة الذكر، والتي كانت تمنع تقديم حصة العمل في هذا النوع من الشركات. حيث تنص المادة 567 مكرر على أنه :" يمكن أن تكون المساهمة في الشركات ذات المسؤولية المحدودة تقديم عمل، تحدد كيفيات تقدير قيمته وما يخوله من أرباح ضمن القانون الأساسي للشركة ولا يدخل في تأسيس رأسمال الشركة".

بموجب هذا النص الجديد يمكن للشريك في شركة المسؤولية المحدودة أن يقدم حصة تتمثل في عمل، وقد ترك المشرع للشركاء في القانون الأساسي معالجة الإشكاليات التي تطرح بشأن هذه الحصة نظرا لطبيعتها الخاصة مع حفاظه على المبدأ العام لهذا النوع من الحصص - وفقا للقواعد العامة لشركات الأشخاص والتي هي المجال الأصيل لهذه الحصص- والمتمثل في عدم دخول هذا النوع من الحصص في تكوين رأسمال الشركة.

غير أن الجدير بالإشارة إليه في هذا المقام أن هذا النوع من الحصص يطرح العديد من الإشكاليات القانونية التي لا يجب أبدا أن يغفل الشركاء عن تنظيمها وتضمين ذلك في القوانين الأساسية لشركتهم.

ويدق في بعض المواضع التمييز بين حصة العمل والحصة العينة التي يقدمها الشريك إلى الشركة، ومثالها الخبرة الفنية(know-how)، حيث يمكن التساؤل عما إذا كانت هذه الحصة هي حصة عمل أو أنها حصة عينية؟

وذلك بالنظر ما إذا كان مقدما على سبيل الخدمة للشركة أو أنه مال، وبالمثل يتم النظر إلى الحصة المتمثلة في تقديم الزبائن للشركة كحصة من شريك معين.

يبقى أن نقول بأنه الحصة من العمل لا تدخل في تكوين رأس المال وبالتالي يبقى حق الغير محفوظا بأن يلجأ للضمان العام المتمثل في رأس مال الشركة.

- خصائص حصة العمل: تتجلي هذه الخصائص في الاستقلالية والاعتبار الشخصي في تقديمها.

° **- الاستقلالية:** لا يختلف ا لفقه والقضاء حول ضرورة وجود الاستقلالية بين الشركاء مهما كان نوع الحصة المقدمة إلى الشركة، فإذا كانت الخدمة مقدمة باستقلالية تامة فيكون هناك تعاون متساوي (متوازن) وهو ما يكسر رابطة التبعية وبالتالي صفة عقد العمل.

ولا يمكن الحديث عن حصة العمل بغير هذه الاستقلالية، حيث لا يكون الشريك خاضعا لبقية الشركاء وإلا فإنه لا يمكن الحديث عن حصة مقدمة في شركة تجارية ، لأنه بغير هذه الميزة تتحول طبيعة التصرف من تقديم حصة في شركة إلى عقد عمل بين مقدم العمل ولشركة والفرق بينهما جلي لا يحتاج إلى توضيح.

والحقيقة أن التزام مقدم الحصة هو التزام مستقبلي، وبالتالي فإذا تغيرت وضعية العامل بأن أصبح في حالة عجز عن تقديم ما وعد به من عمل فإن تبعة ذلك تقع عليه وحده دون الشركة ، وهو ما ينتج عنه أن يخرج من الشركة وبالتالي لا يشارك في الأرباح. غير أن الإشكال الذي يمكن أن يثار في حصة العمل هو تقدير قيمة العمل بالنسبة للشركة والذي يكون استنادا له تقدير حصته في الأرباح بالنظر إلى هذه القيمة في حد ذاتها.

فهل للشريك إعطاء قيمة لعمله أم أن الشركاء هم من يحكم على قيمة هذا العمل بالنسبة للشركة خاصة إذا كان هذا العمل من الأهمية بمكان بالنسبة للشركة، وعلى اعتبار أن الميزة الأساسية الأخرى في حصة العمل هو كونه مستمر وتختلف جودة هذا العمل استنادا إلى منظور شخصي يخص كل شريك بالمقارنة.

والمثال الأكثر وضوحا في هذا المجال لإجراء هذه المقارنة هو الفرق بين عمل المهندس والبناء بالنظر إلى الجهد العضلي المبذول من طرف البناء والجهد العقلي الذي يتولاه المهندس أيهما ذو قيمة أعلى من الآخر.

° **-الاعتبار الشخصي:** ويقوم تقديم حصة العمل أيضا على الاعتبار الشخصي، حيث يقوم مقدم هذه الحصة بوضع نفسه، خبرتها الخاصة، مهاراته وقدراته المهنية تحت تصرف الشركة. ولمختلف هذه العناصر الشخصية البحتة يقبل في الشركة كشريك، فشخصيته تلعب دورا

أساسيا في الشركة ويكون من غير المتصور أن يقوم شخص آخر بتحويل هذه العناصر إلا صاحبها. يبقى أن نطرح السؤال هو عن مدى إمكانية الشخص المعنوي تقديم حصة عمل في شركة أخرى.

والخبرة الفنية تعني: مجموعة المهارات التقنية القابلة للتحويل الآجل (غير الآني) ولا يمكن أن يستأثر بها الجمهور وليس له براءة اختراع. وباعتباره مهارات تتجلى الخبرة الفنية في معطيات من طبيعة ذهنية موجهة للعمل ومستقلة عن سندها المادي، فهي على سبيل المثال التوجيهات الواجبة الإتباع في إطار العلاقات التجارية الموجهة للتصدير أو هي معادلة إنتاج، ويمكن أن تكون المهارات ذات هدف تجاري أو تقني.

° **-موانع تقديم حصة العمل في شركات الأموال**: يستند أنصار هذا المنع إلى :

° **<u>-صعوبة التقدير:</u>** التبرير الأول يقدم صعوبة التقدير الدقيق للحصة وهو ما يمنع أي تسجيل رقمي في رأس المال الاجتماعي للشركة يخص حصة العمل، وهذا صحيح على اعتبار طبيعتها المتتابعة، وهو ما يعقد تثمينها بقيمة حقيقية دقيقة لارتباطها بعامل الزمن.

ويعتمد هؤلاء على محل الحصة ذاتها(تقديم الخدمة أو نقل المهارات الفنية أو المعلومات) والتي تقوم على مبدأ احتمالي وهو ما لا يستقيم مع مبدأ ثبات رأس المال وبالتالي لا يستقيم مع ظهروها في الشركة لارتباطها بعامل الزمن.

إلا أن هذا الانتقاد في ذاته يمكن توجيهه إلى الحصص الأخرى، مثل تقديم الشريك لحصة متمثلة في الزبائن ، فإذا قدرنا أنه بالرغم من الطابع الدقيق الذي يحتويه تقديم الزبائن والذي يصعب على مقدمها تقديم ضمان حقيقي على تحويلها للشركة، فالتقدير ممكن وفي وقت تكوين رأس المال الاجتماعي للشركة ورغم احتمال تغيرها بعد ذلك.

° **<u>-صعوبة التحقيق (تحرير الحصة):</u>** تتمثل الصعوبة الثانية في الصعوبة الكبيرة في تحقيق هذا النوع من الحصص بالنظر إلى الخصائص الأساسية لرأس المال هذه الشركات، ومن هذه الزاوية لا يمكن أن تكون حصة العمل في رأس المال هذا النوع من الشركات لأنه لا يمكن تحرير الحصة مباشرة وبصفة كاملة، مثلما هو الحال عليه في تقديم النقد أو الحصص العينية (عقد البيع أو الإيجار).

° **<u>-صعوبة الحجز على حصة العمل</u>**: لا يمكن أن تدخل حصة العمل في تكوين رأس مال الشركة والذي يشكل الضمان للدائنين وبالتالي يجب أن يتضمن أو يتشكل من عناصر قابلة للحجز، والحقيقة أن هذا ستوجب الرد على السؤال هل حق الانتفاع أو تقديم الزبائن يمكن الحجز عليه؟ إضافة إلى أنه في الحقيقة لا يشكل رأس مال الشركة أو وظيفة رأس مال الشركة ليس هو التشكيل المباشر لوعاء الضمان

الذي يعتمد عليه الدائنون وبالتالي فلا يهم إن كان يتضمن أمـوالا قابلـة أو غير قابلة للحجز.

3/: التمييز بين رأس المال وأصول الشركة:

إن التمييز بين رأس مال الشركة وأصولها لا يظهـر عنـد التأسـيس ذلك أن رأس المـال في هـذا الـوقت يسـاوي الأصـول (رأس المـال = أصول الشركة)، لكن بعد مزاولة النشـاط لمـدة معينـة فـالأمر يختلـف فقد تكون الشركة قد حققت أرباحا ووضعت جزءا منها في الاحتياطات أو قـامت باسـتثمارات معينـة بشـراء عقـارات أو تأسـيس شـركات أخرى(توسيع النشاط) على اعتبـار أن الأربـاح المحققـة من الشـركة لا توزع كليا.

لكن قد تتعرض الشـركة عنـد مزاولتهـا النشـاط إلى خسـائر فهنـا أصولها تصبح أقل من قيمة رأس المال وهنا ينبغي تخفيض رأس المال بقيمة الخسائر دون أن يصـل ذلـك إلى الحـد الأدنى المشـترط قانونـا. وعلى هذا فإن رأس المال لا يكشف وحده عن المركز المالي الحقيقي للشركة ،وإنما أصول الشركة(أموالها ، موجوداتها أو ذمتهـا) هي الـتي تحدد صحتها المالية وتشكل الضمان الحقيقي للدائنين.

ومن ناحية محاسـبية وميزانيـة ماليـة يظهـر رأس المـال في خانـة الخصوم على اعتبار أنه يشكل مختلف الحصص المقدمة من الشـركاء، والتي يكون على الشركة ردهـا إلى أصـحابها (الـدائنين الاجتمـاعيين أو الشركاء) في حالة حل الشركة أو تصفيتها[1].

ويخضع نظام رأس مال الشركة إلى نظام قانوني خاص، فهو أدنى ضمان تمنحه الشركة للدائنين مما دفع المشرع إلى حضر التصرف فيه احتراما لمبدأ ثبات رأس مال الشركة ويعني هذا :

لا يجوز للشركة توزيع رأس المال على الشـركاء كأربـاح، وإن تمت هذه العملية يعد هذا فعلا مجرما فهو شكل جنحة توزيـع أبـارح صـورية، وفي هذا خرق لمبدأ ثبات رأس مال الشركة ويتعرض مسيري الشـركة إلى العقوبات المنصـوص عليهـا في المـادة 800 من القـانون التجـاري الجزائري بالنسبة لشركة المسؤولية المحدودة و811 من ذات القانون بالنسبة لشركة المساهمة.

ثالثا: اقتسام الأرباح والخسائر

يتميز عقد الشركة عن غـيره من العقـود بضـرورة اشـتراك جميـع الشـركاء فيمـا تحققـه من أربـاح وخسـائر، وعلى ذلـك لا وجـود لعقـد الشركة إذا اقتصرت المساهمة في الاشتراك في الأرباح دون الخسـائر أو أن تعاقد الشخص كـان من دون أن يقصـد الاشـتراك في الأربـاح أو تحمل مخاطر النشاط الممارس من الشركة.

---

[1]- Yves Guyon, Droit des Affaires, Op. Cit. , p 106.

ولا يجوز بأي حال أن تقتصر نية الشريك على الحصول على الـربح دون تحمل مخاطر المشروع وكل شرط مخالف لهذا يـؤدي إلى بطلان الشرط واعتباره كـأن لم يكن. وتعـرف هـذه الشـروط بشـرط الأسـد Clauses Léonines ، والحقيقة أن هـذا الشـرط لا يـؤدي إلى بطلان عقـد الشـركة وهـو مـا أخـذ بـه المشـرع الفرنسـي[2]في المـادة 1844/1 قـانون مـدني فرنسـي و كـذا المشـرع الجزائـري في المـادة 426 من القانون المدني الجزائري،ويجب أن لا تتضمن الشركة شرطا كهـذا من شانه الإخلال بأركان تأسيسها.

وتختلـف التشـريعات في التعامـل مـع هـذا الشـرط بين مبطـل للشركة التي تتضمن مثل هذا الشرط ، وبين مبطل للشرط دون عقـد الشركة ، والحقيقة أن حسن التعامل في المعـاملات التجاريـة يفـترض استقرار المعـاملات ولا مـانع من معاملـة هـذا الشـرط معاملـة نـاقص الأهلية والذي يستفيد وحده من هذا النقص دون بقية المتعاقدين خاصة في شركات الأموال أين يسيطر الاعتبار المالي على الشركة.

ويجب أن لا يفهم من اقتسام الأربـاح والخسـائر ضـرورة مسـاواة الشركاء في مقدار الربح أو الخسارة، لأنه لا يجوز الاتفاق على اختلاف النسب لكل منهم ، على أن لا يترتب على ذلـك أن تفقـد الشـركة أهم خصائصها وهي اشتراك الجميع في الربح والخسارة، فيجوز مثلا الاتفاق على توزيـع الأربـاح بنسـب تختلـف عن نسـبة حصصـهم في رأس مـال الشركة أو الاتفاق على أن يساهم الشـريك في نسـبة الخسـائر بنسـبة أقل من مساهمته في الأرباح أو العكس.

يعـرف الـربح أنـه " كـل كسـب نقـدي أو مـادي يضـاف إلى ذمـة الشركاء"[1] ، وأضاف المشرع الجزائري ومن قبله المشرع الفرنسي في مفهوم الربح تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف ذي منفعة مشتركة.

ومعـنى هـذا أن كـل فائـدة ماديـة مقومـة بمبـالغ نقديـة وكـذا أي مكسـب إيجـابي كالتقليـل من النفقـات أو الحصـول على سـوق معينـة يدخل في مفهوم الربح. حيث أصبح مفهوم الربح يشمل تحقيق اقتصاد للشركة وذلك من خلال تخفيض الشركاء من مصروفاتهم الخاصة الـتي تصبح على عاتق الشركة ، كالإطعام ، السكن التنقل...

وأجاز المشرع الجزائري في المادة 426 /2 من القـانون المـدني الجزائري أنه: " ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من المساهمة في الخسائر على شرط أن لا يكون قد قـررت لـه أجرة ثمن عمله".

والحكمة واضحة من ذلك لأن الشريك بالعمل الذي لم يقدم سوى عمله كحصة ولم يحدد له أجر يفقد في حالـة الخسـارة مقابـل مـا أداه

---

(2)(2) - Ibid, p 108,109.

(1)(1)- أبو زيد رضوان، المرجع السابق ـ ص 255 وأنظر:

Yves Guyon, Droit des affaires, Op. Cit. p 112

من عمل . وإذا لم يتفق الشركاء على نصيب كل واحد منهم في الأرباح والخسائر فإن التوزيع يتم وفقا لحصة كل شريك في الشركة ، وإذا اقتصر العقد على بيان نسبة الربح دون الخسارة عد هذه النسبة أيضا في تحمل الخسارة[2].

أخيرا نقول بأنه لا يكفي للقول بوجود الشركة أن تتوافق إرادتين وأن يقدم كل منهما حصة من مال أو عمل، بل يشترط أيضا لكي ينشأ هذا الكيان القانوني اتجاه إرادة الأطراف إلى الاتحاد في الأرباح والخسائر بقصد المشاركة وهو العنصر المعنوي في الشركات التجارية، والذي نرى أنه يحتاج إلى توضيح كبير على اعتبار أنه العمود الفقري لوجود أو انعدام الشركات.

<u>رابعا: نية الاشتراك كركن معنوي :</u>

إن لهذا الركن أهمية كبيرة على اعتبار أنه هو المحدد لوجود الشركة باعتباره الدليل الأكيد على قصد الشركاء في تكوين شركة بالمعنى القانوني وليس شيء آخر، كما أن هذا الشرط هو الذي يعتمد عادة فقها وقضاء في تمييز الشركة عن العقود الأخرى التي قد تختلط بها .

إن مصطلح نية الاشتراك Affectio Societatis يقصد به مكنة الإرادة، وفي مجال الشركات فإن يكون العنصر الإرادي الأساسي لتكوينها، والذي يسمح لنا بتقرير ما إذا كنا أمام شركة بالمفهوم القانوني الصحيح أو بالعكس نكون أمام وضعية قانونية شبيه. ولا تنص المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي والتي تقابلها المادة 416 من القانون المدني الجزائري على نية الاشتراك، وبذلك كان فقهاء القرن التاسع عشر يجهلون هذا العنصر الأساسي في تكوين عقد الشركة.

والحقيقة يعود الاختلاف بين الفقه في تحديد معنى نية الاشتراك إلى أن الجميع يبحث عن تحديد مفهوم موحد لهذا الشرط ، مع أنه في الحقيقة لنية الاشتراك عدة مظاهر فهي في نفس الوقت المؤشر على وجود الشركة ، وهي المنظم للحياة الاجتماعية للشركة (من خلال فكرة المشاركة في مراقبة تسييرها) وهي العامل المميز في تمييز الشريك عن باقي الوضعيات الأخرى التي تتشابه به، ويعود لقاضي الموضوع تقرير توافر نية الاشتراك من عدمها وتخضع في ذلك لسلطته المطلقة، ونية الاشتراك هي التي تميز عقد الشركة عما يشابهه من الوضعيات الأخرى

ونية الاشتراك هي المميز الأساسي بين عقد الشركة وبعض الوضعيات الأخرى الشبيهة بها وفقا لما يلي:

- قد يكون هناك بيع لمحل تجاري ويتفق البائع مع المشتري على أن يكون للأول نصيب من الأرباح التي يحققها المحل لمدة معينة بدلا

---

[2]- مصطفى كمال طه، المرجع السابق ، ص 33.

عن الثمن الحقيقي للمحل. فهنا يظهـر بـأن البـائع قـد قـدم حصـة هي المحل التجاري، ولكن مع ذلك لا يعتـبر هـذا العقـد شـركة لأن البـائع لا يتدخل في استغلال المحل التجاري وليس له الحق على الإشراف على إدارته ومن ثمة يتخلف ركن هام من أركان الشركة وهو نية الاشتراك.

- قد يختلط عقـد الشـركة بعقـد القـرض إذا مـا اشـترط المقـرض مشاركة المقترض في الأرباح كمقابل لإقراضه المبلغ المتفق عليــه، أو عقد تأجير المحـل التجـاري مـع اشـتراط المـؤجر اقتسـام الأربـاح مـع المستأجر، وتشبه مثل هذه العقود عقد شركة التوصية البسيطة بصـفة خاصة اذ يعتبر الشريك الموصي بمثابة المقـرض للشـركة لمبلـغ معين ويشترك في نفس الوقت فيمـا تحققـه الشـركة من أربـاح فهنـا كـذلك تتخلف نيـة الاشـتراك في النـوعين من العقـود لأن المقـرض لا يتـدخل كذلك في كيفية استثمار هـذا المبلـغ وكـذا المـؤجر لا يتـدخل في إدارة المؤسسة التجارية التي أجرها.

- كما قد يتفق رب العمل مـع العامـل على أن يحصـل الأخـير على نسبة معينة في الأرباح وذلـك دفعـا لـه للإخلاص أكـثر في عملـه وبـذل جهد أكبر، فهنا أيضا قد يختلط هذا العقد بالشركة، غير أنهما مختلفــان، فالعامل يبقى تابعا لرب العمل وتتمثل هذه التبعيـة في خضـوع العامـل لصاحب العمل وإشرافه ورقابته وهو ما يتنافى مع مبدأ المسـاواة ونيـة الاشتراك التي تقوم عليها الشركة وتنعدم فيها بالتالي علاقة التبعية.

مظاهر نية الاشتراك :

1-التعاون الإرادي :

إن الشركة هي حالة أو وضعية قانونية مطلوبة وليسـت مفروضـة، فإرادة التعاون توجد في كل الشركات حتى وإن أخذت صـورا مختلفـة. فالشـركة لا يمكن أبـدا أن تكـون حلـة مفروضـة على بعض الأشـخاص الذين لم يتفقوا على الاشتراك فهي حالة مطلوبة يسعى إليهـا وليسـت مفروضة عليهم.

حيث يتم التمييز بين الشركة والشيوع بالاستناد إلى معيار التعـاون الإرادي، وكـان من الشـائع مقابلـة الشـركة الناتجـة عن الإرادة بحالـة الشيوع التي كانت وضعية مفروضة وغـير منظمـة وكـانت هنـاك نقـاط تشــابه قليلــة. لكن ومنــذ المرســوم 76/1286لـ 31 ديســمبر 1976 الفرنسي أصـبح التميـيز يـدق بين الوضـعين، حيث أصـبح هنـاك شـيوع مفروض وشيوع اتفاقي (م1873 قانون مدني فرنسي).

فما دام أن المعيـار العقـدي أصـبح غـير مسـتعمل لأن الوضـعيتين إراديتين فيمكن دائما اللجوء إلى معيار بسيكولوجي مثل نيـة الاشـتراك من أجـل تعريـف الطبيعـة القانونيـة للتجمعـات الغامضـة. فيمكن لنيـة الاشتراك أن تلعب دورا شارحا فيكـون هنـاك شـركة وليس شـيوع في

كـل مـرة يكـون فيهـا الشـركاء مرتبطـون فيمـا بينهم برغبـة تخصـيص أموالهم لمؤسسة مشتركة

2-المشاركة في التسيير:

من الطبيعي أن تكون للشريك نيـة ممارسـة نـوع من التـأثير على سير الحياة الاجتماعية للشركة، فيرغب في أخذ القرارات الأكثر أهميـة ومراقبة التسيير وحتى انتقـاده لطريقـة التسـيير اليـومي، المسـند إلى المسيرين المختارين ويحتفظون بحق عزلهم.

إن هذا الحـق يفـترض في بعض الحـالات اجتمـاع أو تحقـق أغلبيـة معينة أو قبول القاضي لسبب أو مبرر شـرعي والـذي يعتمـد فيـه على المصالح الاجتماعية للشركة.

نيــة المشــاركة في التســيير تبــدوا أكــثر وضــوحا عنــد الشــركاء المتضــامنين في المســؤولية وغــير محــدودة مســؤوليتهم عن الــديون الاجتماعيـة للشـركة، خاصـة في شـركات التضـامن والتوصـية بالنسـبة لشق الشركاء المتضامنين وأطراف الشركة المدنية.

وهو مـا تعكسـه النصـوص القانونيـة من خلال الآثـار المترتبـة على الانضمام إلى شركة التضامن أين يكتسب الشركاء فيها صفة التاجر[1]، وهو ما تقضي به المادة 551 من القانون التجاري الجزائري. كما يعتــبر كل الشركاء مسيرين للشركة [2] ما لم ينص العقد التأسيسي على خلاف ذلك وهو مقتضى المادة553من القانون التجاري الجزائري.

وفي المقابل لا يمكن للشركاء الموصون المشـاركة في التسـيير، وهو ما نصت عليه المادة 563 مكرر 5من القانون التجـاري الجزائـري وكذا المساهمين والشركاء في شركات المسؤولية المحدودة عنــدما لا ينتمون إلى المجموعة المسند لها عملية الرقابة والتسيير.

فمن جهــة هم لا يســالون إلا في حــدود مســاهماتهم وهــو أمــر لا يتطلب منهم حيطة كبيرة ، ومن جهة أخرى فإنه عادة ما يعتـبرون بـأن تأثيرهم في الجمعيات العامة هو ثانوي (غـير مـؤثر)، غـير أن الشـريك دائمـا يملـك المجـال في السـلطة العليـا الممارسـة من قبـل الجمعيـة العامة، بينما تبقى بعض القرارات الهامـة لا يتم التصـويت عليهـا إلا من قبل أغلبية معينة.

3-توازن المصالح :

في غالب العقود تكون المصالح متعارضة، وهذا صحيح في العقــود الملزمة للجانبين سواء كانت تبادلية أو عقود غرر.

فالبائع دائما يبحث عن البيع بأعلى الأثمان، والمشتري يــرغب في الشراء بأقل سعر ممكن. إن وقوع الخطر يعد خسارة بالنسبة للمؤمن

---

(1)-(1) Art. 10 , Loi n° 66/537 du 24 juillet 1966.

(2)-(2)Art 17 , loi n° 66/537 du 24 juillet 1966.

(شركة التأمين) بينما تعد بلا قيمة بالنسبة للمؤمن في حالة تأمينه على الخطر المحقق.

وبالعكس يكون للشركاء مصالح أساسية مشتركة فالكل يستفيد من تطور وازدهار الشركة والكل كذلك يتأثر بخسائرها ومشاكلها. ويكون على مندوبي الحسابات التأكد من أن المساواة بين الشركاء حقيقية وموجودة فعلا.

إن مهمة الرقابة هي مهمة جد خاصة لأنها لا تعني المساواة الحسابية L'égalité mathématique فضرورات التجارة تقتضي بأن يشارك الشركاء في الأعمال والنشاطات الاجتماعية بطريقة مختلفة وبالنتيجة فأوضاعهم في الشركة لا تكون دائما متماثلة.

في بعض الحالات نجد أن القانون هو ذاته ينظم المجموعات فمثلا في شركات التوصية فالمتضامنون والمساهمون لديهم نظامين قانونين مختلفين وتدفعهم رغبات مختلفة. فبالفعل كلاهما يرغب في تحقيق الأرباح لكن تواجه الطائفة الأولى من الشركاء مخاطر لا محدودة وترغب في التكفل الإيجابي والفعال بالأعمال، بينما ترغب الطائفة الثانية في الاستثمار بشكل أكبر. وفي حالات أخرى نجد أن العقود التأسيسية هي التي تمنح حقوق مختلفة في مجال توزيع الأرباح، أو التصويت في الجمعيات العامة[1].

في الحقيقة لا يوجد فعلا تعارض في المصالح بين الشركاء فكل ما في الأمر أن بعضهم يتمتع بحقوق أكثر أهمية من البعض الآخر، ومهما يكن فمصدر الحق هو القانون أو العقد التأسيسي، فكل شريك من نفس الطائفة يتمتع بنفس معاملة باقي الشركاء من نفس الطائفة.

فليس من العدل المساواة بين شركاء تختلف المعاملة بينهم وتختلف أيضا أوضاعهم. وينتج في حالات أخرى الاختلاف عن حالة واقع أغلبية أو أقلية تتعارض حول توزيع الأرباح في حالة اندماج شركتين و هو من الصفة العادلة للاتفاقية المبرمة مع شخص معنوي في المجموعة.

4-<u>غياب رابطة التبعية:</u>

في عقود الشركات لا يكون الشركاء مرتبطين ببعضهم بل تكون علاقاتهم مستقلة[3]، ومعنى هذا أن نية الاشتراك تفترض بأن لا يتلقى أي شريك –بهذا الوصف- أمرا من شريك آخر، ومفهوم الأمر في هذا الشأن هو المتضمن في رابطة التبعية والتي تقتضي بأن الشريك يكون ملزما بتقديم حساب مفصل أو التي تمكن من تسريح شريك معين، كما هو سائد في العلاقات التي يرتبط فيها الأطراف برابطة التبعية[4].

---

[1] - مثلا المادة 156 من قانون 24جويلية1966 تكرس وجود هذه الحقوق الخاصة عن طريق تقرير أن الجمعية العامة العادية لا يمكن أن تغير أو تعدل الحقوق الممنوحة لطائفة إلا بعد موافقة الجمعية العامة غير العادية والتي تضم أصحاب الأسهم الممتازة.

[3] - Cass.Com, 1er mars 1971, Bull. Civ. IV n° 66.

[4] - CA Paris, 16 mars 1988 , Bull. Joly 1988.

والسـؤال الـذي يطـرح في هـذا المقـام هـل يمكن أن تتـوفر في شخص واحد صفة الشريك وصفة الأجير ؟ إن إجابة هذا السؤال تكــون بالإيجاب متى توافرت بعض الشروط.

فمن جهة يجب ممارسة وبطريقة فعليـة نشـاطين مختلفين، الأول متعلق بعهدة اجتماعية والثاني يتعلق بعقد العمل. ومن جهة أخرى كـل واحـد من النشـاطين يجب أن يمـارس طبقـا للعقـد التأسيسـي الـذي يناسـبه، كالاسـتقلالية بالنسـبة للوظيفـة الاجتماعيـة والتبعيـة بالنسـبة للوظائف المأجورة. وبالنتيجة فصفة الشريك والأجير يمكن أن يتعايشا بشرط أن يكونا مستقلين عن بعضهما فكل واحـد يشـكل وظيفـة مستقلة.

وعندما يتعلق الأمر برابطة التبعية فالقضاء يظهر إيجابيـا بـأن هـذه الرابطـة لا تتوافـق مـع فكـرة السـيطرة على رأس المـال وبالتـالي لا تطبق على المسير ذو الأغلبيـة الماليـة في الشـركات ذات المسـؤولية المحدودة.

الأركان الشكلية في عقد الشركة

أولا/ المؤسسون:

تأسيس الشركة هو مجموعة الأعمال المادية والتصرفات القانونية الضرورية لخلق أو نشوء التنظيم القانوني الـذي وضـعه المشـرع تحت تصرف الأشخاص الذين يريدون مباشرة استغلالات أو نشاطات تتطلب في الأصل رؤوس أموال كبيرة[1].

ولعل في بيان صفة المؤسـس الأهميـة البالغـة فيمـا بعـد لتحديـد المسؤولية عن تلك الأعمال التي تسبق تنفيذ عقد الشركة بعد اكتساب الشخصية المعنوية.

1: صفة المؤسس:

المؤسسـين، هم الأشـخاص الطبيعيـة أو المعنويـة الـذين يأخـذون على عاتقهم قبل البدء في التأسيس وتجميع الشركاء ورؤوس الأمـوال والذين يقومون مباشرة أو بواسـطة شـخص مفـوض بجميـع العمليـات التي تسبق عملية التأسيس.

وباستثناء إجراءات الكتابة والنشر والتي تعود على التوالي للموثـق ومأمور السجل التجـاري، فكـل التصـرفات الماديـة والقانونيـة الواجبـة لتأسيس الشركات تكون من صلاحيات المؤسسين[1].

لا يعلق القانون أو القضاء اكتسـاب صـفة المؤسـس على شـروط خاصة أو خبرة مهنية (احترافية) أو على ضمانات معينـة، فيكفي القيـام بعمليات المختلفة للتأسيس أي الحصول على جزء أو القيام بعمــل من

---

(1)(1)-georgeRipert René Roblot, Op. Cit. , p 783.

(1)(1)-Ibid , p 785.

أعمال التأسيس، أو أن يكون قد قدم يد المساعدة (مهما تكن) إلى القائم بعمليات التأسيس. وهو ما يفترض هدف خاص وإرادة مستقلة للمشاركة في تأسيس الشخص المعنوي والمشاركة في الحياة الاجتماعية المستقبلية[2].

<u>ويطرح التساؤل حول هل القاضي ملزم بالتقيد بوصف المؤسسين المعينين من طرف أنفسهم أو المفوضين من قبل باقي الشركاء في القيام بعمليات التأسيس أم أن للقاضي سلطة تقديرية في البحث هذا الوصف خارج المكلفين بالتأسيس المعينين؟</u>

إن الإجابة على هذا السؤال تفترض حسب القضاء الفرنسي الإبقاء على التعريف البسيط المأخوذ أيضا من القضاء واعتباره كمؤسس واستقلالا عن القيام بالتصرفات القانونية المحددة، الذين يشاركون في تنظيم وتسيير الشركة ... بشرط أن تسمح طبيعة هذه المشاركة بأن يعهد إليهم بجزء من المبادرة في التصرفات التي أدت إلى نشأة الكيان القانوني المتمثل في الشركة[3].

<u>2: مصير التصرفات المبرمة أثناء فترة التأسيس:</u> إن الشركة وقبل قيدها في السجل لا تتمتع بالشخصية المعنوية وبذلك فلا يمكنها اكتساب الحقوق ولا التحمل بالالتزامات، غير أن الواقع يفرض على المؤسسين اتخاذ بعض التصرفات القانونية لحسابها وقبل بداية النشاط بغرض تمكينها فيما بعد من العمل بصورة قانونية بالفاعلية المبتغاة من وجودها.

فالشركة تحتاج إلى مقرات ليكون لها مقر اجتماعي، وعمال لممارسة نشاطاتها المستقبلية وحساب جاري في البنوك لتسييرها المالي، ومن غير المعقول انتظار قيد الشركة في السجل التجاري للقيام بالأعمال الضرورية والتي في بعض الحالات تكون بحاجة ماسة لاتخاذ مثل هذه التصرفات لأن لا تفوت على الشخص المعنوي فرصة في ربح صفقة معينة أو الاستفادة من سوق معين في وقت معين قبل قيد الشركة في السجل التجاري (كالإيجارات، عقود العمل، الاتفاقيات البنكية ...).

<u>غير أن السؤال الذي يطرح في هذا المقام هو من يتحمل هذه التصرفات: هل هو الشركة بعد تمتعها بالشخصية المعنوية؟ أم هم المؤسسون باعتبارهم من أبرم التصرف باسم الشركة ولحسابها؟</u>

إن لهذا السؤال أهمية بالغة، ويجيب القانون على هذا السؤال بحل معلق على شرط وارد في المادة 549/2 من القانون التجاري الجزائري،

---

(2)(2) -**CA. Paris, 27 Sept. 1991, JCP, G, 1992, I, 3561 Obs. Vivandier et J.J Caussin.**

(3).(3) -**Cass. Civ. 30Oct. 1982, note Chéron, CA. Paris, 24 Sept.1992, JCP. 1992, ed. E., I, 120n° 3 Obs. Vivandier et Caussin.**

فإما أن تأخذ الشركة على عاتقها هـذه التصـرفات بعـد اسـتكمالها إجراءات التأسيس وقيـدها في السـجل التجـاري واكتسـابها للشخصـية المعنوية، وهنا تكون هـذه التصـرفات كأنهـا قـد تمت منـذ انعقادهـا من قبل الشركة أي بأثر رجعي.

وإما أن الشركة ترفض أخذ تلـك التعهـدات على عاتقهـا وفي هـذه الحالة يكون المؤسسون مسؤولين شخصـيا عن إتمـام تلـك التعهـدات. إن هذا الحل يحقق غرضا أساسيا هو حمايـة الغـير على اعتبـار أنـه في كلا الفرضين يجد المتعامل مع الشركة في طـور التأسـيس من يتحمـل مسـؤولية تلـك التصـرفات فإمـا أن تكـون الشـركة الـتي قبلت بتلـك التعهدات بعد قيدها أو المؤسسين في الحالة العكسية.

غير أنه يجب ملاحظة أنه ليس كـل التصـرفات تـدخل تحت نطـاق المادة 549 من القانون التجاري الجزائري السـالفة الـذكر على اعتبـار أن التصرفات التي لا تكون باسم الشركة ولحسابها لا تـدخل تحت هـذا الإطار.

<u>3: مسؤولية المؤسسين:</u> في مقابل الدور الذي يلعبه المؤسسـون في تحديـد مختلـف الأوضـاع المتعلقـة بالشـركة وفي تحريـر العقـود التأسيسـية وإكمـال الشـكليات الأساسـية لتأسـيس الشـركة، يتحمـل المؤسسون مسؤولية أفعالهم[(2)].

وتختلـف مسـؤولية المؤسسـين من مدنيـة إلى جزائيـة، حيث أنـه وباستثناء المسؤولية التضامنية المفروضة قانونا لجبر الضرر النـاتج عن الخطأ في بيان من البيانات الالزامية في العقود التأسيسية أو إغفال أو الإتمـام الخـاطئ للشـكليات المنصـوص عليهـا قانونـا في تأسـيس الشـركات التجاريـة لم يـرد نص في مسـؤولية المؤسسـين المدنيـة، وبـذلك فلا منـاص من اللجـوء إلى القواعـد العامـة في المسـؤولية التقصيرية طبقا للمادة 124 من القانون المدني الجزائري .

وبخصوص المسؤولية الجنائية للمؤسسـين قـد نصـت المـادة 806 من القـانون التجـاري الجزائـري على مخالفـات المؤسسـين المتعلقـة بتأسيس شركات المساهمة ، حيث ورد فيها أن "المؤسسون" يعاقبون بغرامة ..... الذين أصـدروا الأسـهم سـواء قبـل قيـد الشـركة بالسـجل التجاري أو إذا حصل على القيد بطريـق الغش أو دون إتمـام إجـراءات تأسيس تلك الشركة بوجه قانوني. والملاحظ حول القيم الخـاص يهـذه المخالفـات أنهـا كلهـا عمديـة تسـتوجب القصـد لقيامهـا، كنيـة الغش، التعمد، التدليس أو التأسـيس المخـالف للقـانون، ويطـال هـذا كـل من ساهم أو اشـترك في هـذا العمـل ولـو بـالعلم دون اتخـاذ مـا يلـزم من طرف المؤسسين.

---

(2)**(2) - Jean Marc Bahans, Publicités des Sociétés, Généralité, publicité liée à la naissance des société, JCP, Soc .fasc. 27-40, Version, 4/2004, CD JCP édition**

ثانيا : كتابة عقد الشركة

تخضع عقود الشركات عموما إلى الكتابة، وهو ما أكد عليه المشرع التجاري في المادة 418/1 من القانون المدني الجزائري حيث:" يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا"، ومنه وجب كتابة عقد الشركة تحت طائلة البطلان، باستثناء شركة المحاصة Société en Participation لكون هذه الشركة ذات طابع خاص وهو المحدد بالمادة 795 مكرر 2 من القانون التجاري الجزائري:" لا تكون شركة المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء، ولا تكشف للغير، فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تخضع للشهر ويمكن إثباتها بكل الوسائل".

وبهذا يكون المشرع قد خرج عن مبدأ حرية الإثبات الذي تقوم عليه الحياة التجارية، بأن جعل عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وأن هذه الشركة تثبت بعقد رسمي وهو ما نص عليه صراحة في المادة 545 من القانون التجاري الجزائري:" تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة".

ولم يحدد القانون البيانات التي يجب أن تذكر في عقد الشركة، ويكفي الاستدلال في هذا المجال بالنصوص التي تعدد البيانات الواجب شهرها، كقيمة رأس المال، المقر الاجتماعي، ذكر الشركاء أو اسم أحدهم متبوعا بالمختصرات المشترطة قانونا في بعض أنواع الشركات، الغرض من الشركة تسميتها الاجتماعية مدتها والتي لا يجوز أن تتجاوز 99 سنة كحد أقصى وطريقة توزيع الأرباح والخسائر وكيفية الإدارة وبصورة عامة كل الشروط التي يتفق عليها الشركاء.

ولعل اشتراط المشرع للكتابة في الشركة ما يبرره حيث أن:

- الشركة معدة للبقاء مدة طويلة، ونظرا لتشعب الالتزامات وتعقد المعاملات استلزم المشرع كتابة هذا العقد لتوضيح الالتزامات وتحديد الحقوق وكذا المسؤوليات.

- كما أن كتابة عقد الشركة تتيح المجال للمتعاقدين وكذا الغير من التعرف على مضمون الشركة، وهدفها بحيث يكون الشريك الذي يريد الانضمام إليها على بينة من أمره، كما أن الغير يستطيع التعرف على رأسمالها ومدى الضمانات التي يملكها في مواجهتها إذا ما نوى التعامل معها.

- أخيرا وتطبيقا للنصوص القانونية فالمشرع اشترط شهر عقد الشركة ولا يتأتى القيام بهذا الإجراء إلا إذا كان عقد الشركة مكتوبا كتابة رسمية.

- وما يهم في هذا المقام هو أنه لكي تكون الشركة صحيحة فيجب أن كتابة هذا العقد لأنه يعتبر بمثابة القانون المرجعي للشركاء والغير. وبخصوص إثبات عقد الشركة فالنسبة للشركاء فيما بينهم لا تثبت

الشـركة إلا بالكتابـة إذ أنـه مـتى كـانت الكتابـة شـرطا للانعقـاد فهي بالضرورة لازمة للإثبات.

ثالثا: شهر عقد الشركة ونشره

ألزم المشرع التجاري ضرورة شـهر عقـد الشـركة ونشـره، ورتب على ذلك جزاء يتمثل في بطلان الشركة.

نصت المادة 548 من القانون التجاري الجزائـري:" يجب أن تـودع العقود التأسيسـية والعقـود المعدلـة للشـركات التجاريـة لـدى المركـز الوطني للسجل التجاري وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شـكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة".

إن إشهار عقد الشركة إعلام الغير بوجود الشخص المعنـوي الـذي سيقدم على الاستغلال التجاري، وعليـه يقـع على مؤسسـي الشـركات التزام تحت طائلة المسـؤولية المدنيـة والتجاريـة، وحـتى الجزائيـة في حال مخالفة القواعد الملزمة للإشهار القانوني.

وعليـه وجب تحديـد المؤسسـين أولا ثم الحـديث عن مسـؤوليتهم في حالة الإخلال بهذا الواجب.

ويتم النشر حسب المادة 4/3من المرسـوم التنفيـذي رقم 92/69 المـؤرخ في 18 فـبراير 1992 والمتضـمن القـانون الأساسـي الخـاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري، من طرف مأموري السـجل التجاري حيث جاء فيها:

" يسجل (مأمور السجل التجاري) كل عقد رسـمي يتضـمن إنشـاء شـركات أو يؤشـر على وضـعها القـانوني كعقـود تأسـيس الشـركات وتغييرها وتحويلهـا وحلهـا وجميـع العقـود الرسـمية الـتي تعـالج الوضـع القانوني للمحلات التجارية. يقوم بكل نشر قانوني".

والشهر ضروري وذلـك قصـد إعلام الغـير بوجـود شـخص قـانوني معنوي مستقل سيقوم باستغلال تجـاري في حقـل معين، ومدته ومـدى مسؤولية الشركاء فيه عن التزاماته.

فلكي تنشأ الشخصية المعنوية للشركة يجب أن تقيـد في السـجل التجاري وبعد هذا يتم نشرها في النشرة الرسـمية للإعلانـات القانونيـة BOALحيث نصت المـادة 3/1من المرسـوم التنفيـذي 92/70 المـؤرخ في 17 فبراير 1992 والمتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونيـة " تحتوي النشرة الرسمية للإعلانات القانونية:

- عقود تأسيس الشركات والتغـيرات والتعـديلات والعمليـات الـتي تشمل رأسمالها، ورهون الحيازة وتأجير التسيير وبيع المحل التجـاري". ويجب أن يتضمن الإشهار المعلومات الرئيسـة الـتي ينص عليهـا العقـد التأسيسي وخاصة التي لها علاقة بالغير.

فالشهر بهذا المعنى يعلن عن ميلاد الشخصية المعنويـة وكـذا يعلم الغير بهذه الشخصية الجديدة في الحقل التجاري، ولما كانت كتابة عقد

الشركة وشهرها هي إجراءات معقدة وصعبة ، وجب أن يقوم بها ذوو الاختصاص كالموثقين.

ولتفادي المخالفات وكذا آثار هذه المخالفات وجب تحرير العقد من طرف موثق وهو ما ورد في المادة 2/2 من القانون رقم 90/22 المؤرخ في 18 أوت 1990 المتعلق بالسجل التجاري حيث جاء فيها:" يتعين على كل عضو مؤسس يتمتع بحقوقه المدنية وكان قد حصل على وكالة من الشركة (الشركاء) أن يتوجه إلى موثق قصد تحرير العقد الرسمي للشركة والمصادقة على قانونها الأساسي".

ويبقى أن نتساءل حول صفة القائم بأعمال التأسيس حيث أن المتصور هو أن يقوم بعض الشركاء فقط بكافة إجراءات التأسيس تحت مسؤوليتهم .

- وفي الأخير إن المشرع شدد في مسألة الشهر وكتابة عقد الشركة وذلك حماية للغير وللشركاء أنفسهم، فالأصل في الشركات أنها تنشأ بعقود رسمية إلا ما استثني منها بنص مثل شركة المحاصة.

<u>رابعا: أثر تخلف أركان عقد الشركة</u>

إن النظام القانوني للبطلان في الشركات هو بطلان من نوع خاص يختلف عن ذلك المعهود في النظرية العامة للعقود والالتزامات، وذلك نظرا للأثر الخطير للبطلان على الشركاء والغير الذي تعامل مع الشركة بحسن نية، خاصة أن البطلان له اثر رجعي فحتى ولو أن الشركة باطلة إلا أنها وجدت فعلا، والأخذ بهذا من شأنه المساس باستقرار المعاملات على أساس أنه يتم إبطال كل العقود والالتزامات التي قامت بها الشركة.

ويبحث المشرع من خلال نظام البطلان الخاص في الشركات التجارية إلى تقليص حالات البطلان المطلق إلى أقصى حد ممكن ، كما تتميز دعوى البطلان بطابع خاص .

حيث أن القاعدة في البطلان في الشركات تطبيقا لنص المادة 733 من القانون التجاري الجزائري هو أنه" لا يحصل بطلان الشركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون أو القانون الذي يسري على بطلان العقود.

وفيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة فإن لبطلان لا يحصل من عيب في القبول، ولا من فقد الأهلية ما لم يشمل هذا الفقد كافة الشركاء المؤسسين، كما أن هذا البطلان لا يحصل من بطلان الشروط المحظورة بالفقرة 1 من المادة 426 من القانون المدني".

يعتبر العقد باطلا إذا كان الشريك المتعاقد ناقص الأهلية أو إذا شاب إرادته عيب من العيوب كالغلط و التدليس عند تكوين الشركة، ويعتبر هذا النوع من البطلان بطلانا نسبيا لأنه لا يؤثر إلا على التزام

الشريك الناقص الأهلية أو من شابت إرادته عيبا من العيوب دون غـيره من الشركاء.
كما أن لهذا الأخير وحده الحق في طلب البطلان أو إجـازة العقـد. ويخضع عيب لا مشروعية المحل إلى نظام خاص وصارم فحتى تصحيح العيب لا يحدث أي أثر أي يبقى العيب قائمـا وذلـك لأنـه يمس بالنظـام العام. حيث تنص المادة 735 من القانون التجاري الجزائري:
" تنقضي دعوى البطلان إذا انقطع سـبب البطلان في اليـوم الـذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصـل ابتـدائيا، إلا إذا كـان هـذا البطلان مبني على عدم قانونية موضوع الشركة".
إن نظام دعوى البطلان دو طـابع خـاص. فبغض النظـر عن دعـوى البطلان المبنية على عدم مشروعية السـبب الـتي تبقى قائمـة مـا دام العيب موجودا فإن حـالات البطلان الأخـرى تنقضـي لمـا ينقطـع سـبب البطلان وهو مقتضى المادة 735 من القانون التجاري سالفة الذكر.
إن هـذه القاعـدة تشـبه نظـام دعـاوى البطلان النسـبي وتخضـع لإجراءات خاصة منها:
أ-يجوز للمحكمـة تحديـد أجـل ولـو تلقائيـا لتصـحيح العيب: ولا يمكن للمحكمـة أن تقضـي بـالبطلان في أقـل من شـهرين من تـاريخ طلب افتتـاح الـدعوى طبقـا للمـادة 736 من القـانون التجـاري الجزائـري، وتقضـي المحكمـة في بعض الحـالات الـتي تتطلب اسـتدعاء الجمعيـة العامة أو استشارة الشركاء لإزالة البطلان وبموجب حكم ، منح الأجـل اللازم للشركاء لاتخاذ القرار بعد إثبات وجود هذه الاستشارات وإذا لم يتخذ القرار خلال الأجل الممنوح تصدر المحكمة حكمها بنـاء على طلب الطرف الذي يهمه الاستعجال حسب مـا ورد في المـادة 736/2و737 من القانون التجاري الجزائري.
ب-إذا كان العيب يتمثـل في نقص الأهليـة أو عيب من عيـوب الرضـا: حـددت المـادة 738 من القـانون التجـاري الجزائـري إجـراءات خاصـة واجبة الإتباع، حيث أعطت هذه المادة حلين :
يجـوز لمن يهمـه الأمـر أن ينـذر الشـخص الجـدير الـذي يسـتطيع تصحيح العيب إما أن يقـوم بتصـحيح العيب أو أن يرفـع دعـوى البطلان في ظـرف 6 أشـهر تحت طائلـة انقضـاء الميعـاد ويتعين إبلاغ الشـركة بهذا الإنذار أو الإعذار.
فالشخص الذي يهمه الأمر هو فاقد الأهلية أو من شاب رضاه عيبـا من العيــوب.كمــا يمكن للشــركة أو احــد الشــركاء أن يعــرض على المحكمة التي تنظر في الدعوى في الأجل المنصوص عليـه (6أشـهر)، كـل إجـراء من شـأنه أن يزيـل مصـلحة المـدعي (نـاقص الأهليـة، أو المعيبـة إرادتـه) بشـراء حقوقـه في الشـركة، ويحـق للمحكمـة إمـا أن تقضـي بـالبطلان أو أن تقـرر تطـبيق الإجـراءات المعروضـة، ولا تـأثير

لصوت الشريك على قرار الشركة إذا كانت حقوقه معروضة للبيع وفي حالة التنازع تقدر قيمة الحقوق في الشركة الواجب دفعها للشريك بمقتضى المادة 578/3من القانون التجاري الجزائري.

ت-إذا كان البطلان مبني على مخالفة قواعد النشر: يتعين على كل من يهمه الأمر إنذار الشركة بالقيام بالتصحيح في أجل 30 يوما.

وإذا لم يتم التصحيح جاز لكل ذي مصلحة أن يطلب من القاضي تعيين وكيل يكلف بالقيام بهذا الإجراء وهو نص المادة 739 من القانون التجاري الجزائري[1].

إن الملاحظ على هذه المواد هو نية المشرع في البحث عن استقرار المعاملات من خلال إعطاء الفرصة إلى الشركاء من تصحيح مختلف العيوب التي قد تصيب الشركة والتي من شأن التمسك بها زعزعة المعاملات التجارية خاصة وأن خصوصية عقد الشركة تفترض عدم إمكانية إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد. ويترتب عن البطلان ما يلي:

- أنه لا يجوز الاحتجاج بالبطلان تجاه الغير حسن النية ما عدا بالنسبة لعيب انعدام الأهلية أو عيب الرضا اللذان يستطيعان الاحتجاج بهما حتى في مواجهة الغير حسن النية وهو ما جاء في المادة 742 من القانون التجاري على اعتبار أن مصلحة عديم الأهلية أو من شاب رضاه عيبا أولى بالحماية من مصلحة الغير حسن النية.

- البطلان لا يحدث أثرا رجعيا وهو مبدأ كرسه القضاء (الشركة الفعلية) ذلك أن الشركة وإن لم تكن موجودة قانونا فهي موجودة فعلا وقامت بنشاطات تجارية أمام الغير وأخذت التزامات تجاههم، بخلاف الشركة الناتجة عن الواقع والفرق بينهما أن الأولى نشأت كشركة وتخلف أحد أركانها أما الثانية فهي ناتجة عن واقع معين كحالة الشيوع مثلا أو الاستغلال الجماعي لمحل تجاري.

- إن التقليل من حالات البطلان قد دعم بتعزير مسؤولية مؤسسي الشركات التجارية طبقا لأحكام المادة 715 مكرر 21 من القانون التجاري الجزائري الباب العاشر منه ،حيث أن صرامة المسؤولية ستكفل ضمان أكبر لتفادي أخطاء التأسيس، ورتب المشرع مسؤولية مدنية وأخرى جزائية على المؤسسين، وتنقسم المسؤولية المدنية إلى تعاقدية وتقصيرية وأنشأ المشرع ثلاث حالات للمسؤولية:

---

[1](1)- ورد في مختلف المواد السالفة الذكر استعمال مصطلح " من يهمه الأمر" فهذا المصطلح يختلف بحسب نوع العيب المراد تصحيحه، فبالنسبة لعيب الرضا وانعدام الأهلية كل ذي مصلحة أن يوجه الإنذار لممارسة الدعوى أي أن هناك تحديد لأصحاب المصلحة وهم الشركاء ، فاقد أو ناقص الأهلية، أما صاحب المصلحة في رفع الدعوى فهم القاصر أو الشريك الذي شاب رضاه عيب من العيوب تحت طائلة رفض الدعوى لانعدام الصفة، وما عدا هذين الحالتين فكل شخص له مصلحة مشروعة يستطيع ان يرفع دعوى البطلان كالدائنين والمدينين للشركة ، الدائنين الشخصيين للشركاء والشركاء أنفسهم.

في حالــة البطلان يعطي المشــرع الحــق للغـير أن يرفـع دعــوى التعـويض ضـد المؤسسـين وذلـك لتعـويض الضـرر النـاتج عن انقضـاء الشركة وهو ما جـاء في المـادة 715 مكـرر 21 من القـانون التجـاري الجزائري،

يفسـح المشـرع المجـال لرفـع دعـوى التعـويض عن الضـرر على أساس أن الضرر يؤدي إلى البطلان أي أن هنـاك ضـرر وقـع ولـو كـان العيب لا يؤدي إلى البطلان، فحتى وإن تم تصـحيح العيب طبقـا للمـادة 124 من القــانون المــدني الجزائــري و المــادة 743/2 من القــانون التجاري الجزائري،

تعويض الضرر الناتج عن عيب مستمد من عدم ذكـر بيـان إلـزامي في القانون الأساسي أو عدم القيـام بـإجراء شـكلي والمسـؤولون هنـا محــددون بصــفة واســعة وهم: المؤسســون أعضــاء مجلس الإدارة والرقابـة وهم مسـؤولون بالتضـامن عن الأخطـاء الـتي يرتكبونهـا عنـد تأسيس الشركة.

<u>خامسا: الشركة الفعلية</u>

إذا حكم ببطلان الشركة لأي سـبب كـان من أسـباب البطلان فإنـه وفقا للقواعد العامة يـترتب على البطلان اعتبـار الشـركة كـأن لم تكن أي أنه يترتب على هـذا البطلان امتـداده إلى الماضـي (الأثـر الـرجعي للبطلان)، وهو مـا لا يسـتقيم مـع الخصوصـية الممـيزة لعقـد الشـركة، حماية للغير ومحافظة على استقرار المعـاملات التجاريـة، حيث أن من شأن تطبيق الأثر الرجعي إعدام كل العقود التي أبرمتهـا الشـركة قبـل البطلان.

لـذلك اسـتقر القضـاء على أنـه إذا حكم ببطلان الشـركة وجب أن تتعطـل جميـع آثارهـا بالنسـبة للمسـتقبل فقـط ولا ينسـحب أثـر هـذا البطلان إلى الماضي بل تعتبر الشركة أنها وجدت فعلا واستمرت حـتى حكم ببطلانها مما يتطلب الاعتـداد بنشـاطها السـابق ووجـوب تصـفيتها بغرض تحديد نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر.

بمعنى أن القضاء يرى أن هناك شركة فعليـة Société de Fait كانت قائمة فعلا لا قانونا في الفترة مـا بين انعقادهـا والحكم ببطلانهـا، بمعنى أن البطلان في هذه الحالة هـو من قبيـل حـل الشـركة قبـل أن يحل أجـل انتهائهـا. وتخضـع هـذه الشـركة في إثبـات وجودهـا فعلا إلى القواعد العامة الخاصة بالقانون التجاري.

بمعنى يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات وهـو مـا يعـني أيضـا تمتـع الشركة بالشخصـية المعنويـة الـتي تـبرر الحكم بشـهر إفلاسـها إذا مـا كـانت متوقفـة عن دفـع ديونهـا. وإذا حكم ببطلان الشـركة فإنـه يتعين الحكم أيضا بتصفية الشركة وتوزيـع الأربـاح والخسـائر الـتي تكـون قـد

حققتها وفقا لأحكام عقدها التأسيسي هذا إذا كانت قد مارست فعلا أعمالها.

أما إذا لم تكن قد بدأت بعد في ممارسة النشاط فلا مجال لإعمال قاعدة عدم تطبيق الأثر الرجعي للبطلان على اعتبار أن العلة هنا قد انتفت وهو ممارسة الأعمال، أي وجود الغير الذي تعامل مع هذه الشركة.

وعليه في هذه الحالة يتم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد حتى ولو استهلك
جزء من رأسمال هذه الشركة في الأعمال التحضيرية للشركة كالإصلاحات المتخذة في المقر أو تأثيثه.

ولقد كرس المشرع هذا الوضع الظاهر من خلال المادة 418/2 من القانون المدني الجزائري والتي تقضي:" 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". فالشركة الفعلية هي الشركة التي باشرت نشاطها بشكل طبيعي في الواقع ثم حكم ببطلانها لتخلف أحد أركانها فهي قد أخذت على عاتقها التزامات وكسبت حقوق من هذا النشاط ومنه وعملا على استقرار المعاملات وثبات المراكز القانونية خلق القضاء هذه الشركة وتم تكريسها فيما بعد قانونا.

وهو أمر يستقيم مع حسن النية في المعاملات حيث أن الغير الذي تعامل مع هذه الشركة قبل الحكم ببطلانها اطمأن إلى ظاهر الوضع معتقدا أنها شركة صحيحة. واستقر القضاء على أن يسري الأثر الرجعي للبطلان بالنسبة لناقص الأهلية أو من عيبت إرادته بعيب حتى في هذه الحالة دون استفادة باقي الشركاء من هذا، والحكمة واضحة من هذا في أن مصلحة هؤلاء محمية قانونا، ويكون للشريك في هذه الحالة استرجاع حصته كاملة دون المشاركة في الربح أو الخسارة، أما بالنسبة لباقي الشركاء فالحكم يجعل الشركة قائمة في حقهم خلال المدة الممتدة بين تاريخ الإنشاء وتاريخ الحكم بالبطلان.

أما بالنسبة للغير فإنه يكون له أيا كان سبب البطلان الخيار بين الإبقاء على الشركة واعتبارها صحيحة في الماضي أو طلب البطلان بأثر رجعي حسبما يطلبه الوضع ومصلحته.

فالدائن الشخصي للشريك مصلحته واضحة في التمسك بالبطلان حتى يستطيع التنفيذ على المال الذي قدمه الشريك كحصة للشركة ولدائني الشركة مصلحة في اعتبار الشركة قائمة حتى يتمكن من التنفيذ على أموالها دون تعرضهم للمزاحمة من دائني الشريك، وفي حالة التزاحم فيجب الحكم بالبطلان لأنه الأصل في حالة عدم استيفاء الأوضاع القانونية المطلوبة.

هذا وهناك حالات لا تطبق فيها نظرية الشركة الفعلية وهي:

- إذا كان البطلان مؤسسا على عدم مشروعية الغرض كما لو كان الهدف من الشركة هو الاتجار بالمخدرات أو البضائع الممنوعة قانونا أو إدارة محل للدعارة والقمار وغيرها من المحال غير المشروعة.

- إذا كان البطلان مؤسسا على عدم توافر أحد الشروط الموضوعية الخاصة لعقد الشركة مثل الاتفاق بين الشركاء على عدم تقديم الحصص أو كانت الشركة صورية أو انتفاء قصد الاشتراك Affectio societatis...

ففي هذه الحالات إذا حكم بالبطلان فمعنى ذلك إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل قيام الشركة، ومنه فالبطلان يمس حياة الشركة الماضية منذ تأسيسها وذلك باعتبار العقد كأن لم يكن، وبالتالي تسقط جميع الحقوق والالتزامات التي ترتبت على وجود الشركة، ويسترد بناء على هذا كل شريك حصته.

وإذا حققت هذه الشركة أرباحا فلا يستند في توزيعها إلى العقد على اعتباره باطلا وإنما يكون للقاضي قسمته مراعيا في ذلك مبادئ العدالة، كما لا تخضع الشركة للضرائب ولا يشهر إفلاسها باعتبارها غير موجودة لا فعلا ولا قانونا.