جامعة الجلفة

ZianAchour University of Djelfa

كلية الحقوق والعلوم السياسية

Faculty of Law and Political Sciences

قسم الحقوق

الشركة الفعلية في القانون الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون اعمال

إعداد الطلبة : **إشراف الأستاذ:**

مطروش معمر علاء الدين **د/ بن زريق محمد**

قرزو هاجر

لجنة المناقشة :

1/ د .حمزة احمد .....رئيسا

2/د. بن زريق محمد .....مشرفا ومقررا

3/د. خرفان محمد .....ممتحنا

الموسم الجامعي: 2022/2021

" وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ العِلْمِ إِلاَّ قَلِيلاً "

صَدَقَ اللهُ العَظِيمْ

(سُورَة الإِسْرَاءْ، الآيَة رَقَمْ 85).

كلمة شكر و تقدير

الحمد لله الذي أعانني على إتمام هذا البحث، عسى أن يمثل فائدة لغيرنا. و لا يسعني إلا أن اسجد لله شكراً وحمداً على توفيقه لي، واذكر لأهل الفضل عليا بعد الله سبحانه كل جميل وحسن صنيع.

ليس ثمة تعبير أقوى تأثيرا من كلمة شكر نقولها اعترافا بالجميل، حيث أتوجه بخالص الشكر والتقدير والعرفان إلى الأستاذ الفاضل **بن زريق محمد** على قبوله الإشراف على هذا العمل والسهر عليه حتى ظهوره في هذا الشكل.

كما لا يفوتني في هذا الصدد أن أتوجه بالشكر الجزيل إلى كل الأساتذة

كمالا يفوتني أن أتقدم بعظيم الشكر ووافر الامتنان إلى كل من ساهم بالتشجيع أو السؤال أو المساعدة قبل وأثناء إعداد العمل.

إهـــــــــــــــداء

إلى من يقدس شعلة العلم ويمجد جدوه المعرفة

ويناضل دوما ويجاهد، للنهوض بقيمة الحرف وعمق الكلمة.اهدي

ثمرة جهدي.وحصيلة مشواري المتواضع

بداية اهدي هذا العمل إلى الأب الجسور رمز الصبر والمصابرة عنوان التجلد والتحدي الذي طال ما ضحى بكل ما في وسعه ليرى النجاح تاجا على رأسي واعترافاً لجميله و وفاءاً لعطائه. .

إلى من أقرا دوما في عيونها الحاجات والتوسلات أن واصل المشوار إلى أمي الحبيبة.

إلى كل إخوتي وأخواتي إلى كل من هو في ذاكرتي و ليسوا في مذكرتي

اهدي هذا العمل.

معمر علاء الدين

اهـــــــــــــــــداء

الى منبر العلم والمعرفة ومدرسة التربية والأخلاق الأولى ... الوالدين الكريمين

الى من اشدد بهم عضدي إخوتي وأخواتي

والى جميع صديقاتي ورفيقاتي ممن تزخر ذاكرتي بمواقفهم المشرفة وصحبتهم المثمرة

الى كل من ساعدني في مسيرتي العلمية وفي انجاز هذا العمل

مع فائق التقدير والاحترام أهديكم رسالتي هذه

هاجـــــــــــــر

مقدمة

مقدمة:

الشركة الفعلية لا تخرج في الواقع عن كونها شركة قانونية يتعامل الغير معها على أنها شركة صحيحة، ولكن سرعان ما يظهر بعد ممارستها للنشاط أنها شركة معتلة أي مخالفة لأحكام القانون.

توجد أسباب كثيرة دعت إلى وجود مثل هذا النوع من الشركات، فقد تنشأ لقصور في القانون على وضع نظام كامل لتكوين الشركات، أو تنشأ مخالفة للإحكام و القواعد القانونية المنظمة للشركات، أو لاتجاه إرادة المتعاقدين عمدا لقيامها.

يعود أصل الشركة الفعلية إلى القضاء الفرنسي في بداية القرن التاسع عشر، حيث رفضت محكمة باريس في حكمها الصادر في 10 أفريل 1825[1] تطبيق الاثر الرجعي للبطلان على عقد الشركة التي أنشأت بغير كتابة أو بغير إشهار حماية للغير، واستعملت لأول مرة مصطلح "الشركة الفعلية"، وتنتهي بعد ذلك العديد من التشريعات، ومنها المشرع الجزائري.

[1] سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2011، ص38.

تجدر الاشارة إلى أن الشركة الفعلية قد تختلط بعد قيامها من حيث المفهوم مع بعض النظم القانونية المشابهة لها، كالشركة المنشأة من الواقع، وشركة المحاصة، وشركة في طور التأسيس. والبحث في مضمون الشركة الفعلية من شأنه التمييز بين الشركة القانونية المستوفاة لجميع الاركان الموضوعية "العامة والخاصة" والاركان الشكلية "الكتابة، الشهر، القيد" التي يتطلبها القانون في جميع الشركات عامة والشركات التجارية خاصة، وبين الشركة الفعلية التي تخلفت فيها أحد الاركان الخاصة بتأسيس الشركة.

من البديهي أن بطلان الشركة السابق على ممارستها للنشاط الذي قامت من أجله لا يثير إشكالات جدية، إذ يعود الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، وكأن الشركة لم توجد اصلا ويتحمل المؤسسون المسؤولية بالتضامن فيما بينهم.

قد تظهر بعض الصعاب إذا ما تقرر البطلان بعد قيام الشركة ودخولها مع الغير في معاملات قانونية، وطبقا للقواعد العامة لنظرية البطلان متى بطل العقد، ارتد البطلان

إلى الماضي بأثر رجعي، وهذا ما نصت عليه المادة 1/103 [1] من القانون المدني الجزائري:

« يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيل جاز الحكم بتعويض معادل».

وتطبيق هذه القاعدة على الشركة من شأنه أن يتعارض مع تطبيق قاعدة أخرى تتمثل في ضرورة حماية الغير الذي دخل في معاملات مع الشخص المعنوي، وحفاظا على استقرار المعاملات، والمراكز القانونية التي ترتبت تبقى الشركة صحيحة خلال هذه الفترة، أي أنه متى تقرر بطلان عقد الشركة فإنه وإن كان البطلان يعدم العقد والشخص المعنوي في المستقبل سواء فيما بين الشركاء وفي مواجهة الغير، الا أنه بالنسبة للماضي تعتبر الشركة قائمة، بمعنى لا تمتد أثر البطلان إلى الماضي ليمحو حياة الشركة.

[1] المادة 1/103من الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم حسب أخر تعديل، قانون رقم 07-05 مؤرخ في 2007، ج.ر، عدد31، 2007.

تجدر الاشارة إلى أن هناك حالات لا يعترف فيها القانون بتطبيق نظرية الشركة الفعلية لا من الناحية القانونية وال من الناحية الواقعية، وهناك حالات يعترف بها القانون بتطبيقها ويترتب عن هذا الإعتراف آثار بالنسبة للشركة، والشركاء، والغير والدائنين الشخصيين للشركاء، ومتى حكم على الشركة الفعلية بالبطلان تدخل في مرحلة التصفية والقسمة. وعلى هذا الأساس نتساءل: كيف نظم المشرع الجزائري نظرية الشركة الفعلية؟

ولمعالجة هذا الموضوع اعتمدنا المنهج الوصفي التحليلي لكونهما يتلاءمان مع طبيعة الموضوع، وذلك من خلال تحليل النصوص المراد دراستها وتقديم صورة شاملة وواضحة للموضوع، و ذلك بتقسيم هذه الدراسة إلى قسمين:

و الفصل الثاني :النظام القانوني للشركة الفعلية

الفصل الأول: ظهور الشركة الفعلية وأسس قيامها

الفصل الاول:

ظهور الشركة الفعلية واسس قيامها

المبحث الأول :ظهور الشركة الفعلية

ظهرت الشركة الفعلية على يد القضاء الفرنسي الذي ساهم في ايجادها فعليا بعد أن وجدها خير معين لتفادي الاثار الغير المقبولة والسلبية التي تترتب جراء بطلان عقد الشركة غير النظامية، و من الضروري التنويه الى أن مهمة القضاء هذه لم تكن باليسيرة إذ أنه لم

يصل إلى وضع أحكام للشركة الفعلية بصورة متدرجة، وقد ساند فقه القانون التجاري الاتجاه القضائي. وأخذ المشرع الجزائري بنظرية الشركة الفعلية أسوة بالمشرع الفرنسي، بالتالي نتعرض إلى مفهوم الشركة الفعلية كمطلب اول و مقارنة بين الشركة الفعلية والشركات الاخرى كمطلب ثاني

المطلب الأول : مفهوم الشركة الفعلية

إن الشركة الفعلية هي في الحقيقة لا تخرج عن كونها شركة صحيحة تتمتع بالشخصية المعنوية في نظر الغير، و الشركاء و قد تعاملت، و مارست نشاطها الا أنه أصيب أحد أركانها بعيب فأصبحت معتلة، و لذلك عند الحكم ببطلانها، فإنه يتناول مستقبل العقد فقط ،و عليه قسمنا هذا المطلب إلى :

- الفرع الأول : نظرية الشركة الفعلية
- الفرع الثاني : تعريف الشركة الفعلية

الفرع الأول : نظرية الشركة الفعلية

استند القضاء في إقامة نظرية الشركة الفعلية إلى فكرة حماية أوضاع الظاهرة، لاستقرار المراكز القانونية ذلك أن الغير قد تعامل مع الشركة قبل الحكم ببطلانها ،على أساس أنها شركة صحيحة، و من ثم لا يسوغ أن يقابل هذا الغير الذي اطمأن إلى الوضع الظاهر ببطلان الشركة لسبب يكون خفيا، عليه كما استند القضاء أيضا في إقامة هذه النظرية على أساس قانوني، فأعتبر أن عقد الشركة من قبيل العقود المستمرة التي تنفذ يوم بعد يوم، فإذا قضي بالبطلان تتناول مستقبل العقد فحسب، أما بالنسبة للماضي فتعتبر الشركة موجودة و لكن وجودها ليس له كيان قانوني بل فعلي وواقعي [1] فتكون الشركة قامت فعال ببعض الاعمال، و نشأت التزامات متبادلة مثل : شراء البضائع و عمليات البيع... الخ [2] فلا يجوز مطالبتها بتنفيذ أي شرط من شروط العقد في المستقبل و وجوب تصفيتها بغرض ، تحديد نصيب كل من الشركاء في

[1] نادية فوضيل،أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري ،شركة أشخاص. دط، الجزائر، دار هومة،2008 ،ص15.

[2] إلياس ناصيف ،موسوعة الشركات التجارية أحكام عامة للشركات دط، لبنان، دون دار نشر1995 ، ص 599.

الارباح و الخسارة، فالبطلان هنا من قبيل حل الشركة قبل حلول ميعاد انتهائها، [1] و نخلص إلى أن هناك مبرران للقيام الشركة الفعلية :

الأول عملي : يتمثل في وجود علاقات قانونية ،و مراكز أنشأت بعد قيام الشركة بالفعل ،و المبرر القانوني : هو نص المادة 418 من الامر 59-75 المؤرخ في 26-09-1975 الجريدة الرسمية الصادرة في 30-09-1975 المتضمن القانون المدني ج التي تقرر بطلان عقد الشركة إذا لم يكن مكتوب، و هذا البطلان لا يكون له أي أثر ما بين الشركاء الا حين يطلب الشريك الحكم بالبطلان .وكذلك تنص المادة 417 القانون المدني على"تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخص معنوي، غير إن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير الا من يوم شهرها، ومع ذلك إذا لم تستوفي الشروط المنصوص عليها قانونا فيجوز للغير التمسك بهذه الشخصية ". و تجدر بنا الاشارة إلى أنه لا مجال للكلام عن الشركة الفعلية، في حالة ما إذا لم تباشر أي نشاط

[1] مصطفى كمال طه،أصول القانون التجاري، دط، بيروت، الدار الجامعية للنشر و التوزيعص 3.

لأنه يتوفر لها الكيان في الواقع، و للقاضي السلطة التقديرية في قيام الشخص المعنوي من عدمه في حالة عدم مباشرتها نشاطها.[1]

الفرع الثاني :تعريف الشركة الفعلية

ـ اولا :الشركة لغة

هي مشتقة من شرك، شركا، و شركة، شركت بينهما مالا و أشركت جعلته شريكا.

ـ ثانيا :الفعلية لغة

هي مشتقة من الفعل و هو العمل فهو كناية عن عمل متعد أو غير متعد و منه حركة الانسان.

فعلت كذا أفعله فعال.

[1] سميحة القليوبي، الشركات التجارية، النظرية العامة للشركات وشركات الاشخاص ،ط3،دار النهضة العربية 1995، ص 91.

ـ ثالثا :الشركة الفعلية في الفقه

هي شركة نشأت و شرعت في ممارسة نشاط، أو أكثر ثم إعتراها سبب من أسباب البطلان فيلتزم الشركاء بتصحيحه أو تحويل او إنهاء الشركة.

المطلب الثاني :مقارنة بين الشركة الفعلية والشركات الاخرى

يلتبس بفكرة الشركة الفعلية بعض النظم القانونية المشابهة لها، التي تقترب بصورة أو بأخرى من مفهوم ووضع تلك الشركة، ولغرض أن لا تتدخل هذه المفاهيم يجب أن نميز بين الشركة الفعلية وهذه النظم القانونية المشابهة لها كالشركة المنشأة من الواقع .

الفرع الأول : تمييز الشركة الفعلية عن الشركة المنشأة من الواقع

أعطى الفقه الفرنسي أهمية للتفرقة بين الشركة الفعلية والشركة المنشأة من الواقع، فالشركة الفعلية هي شركة اتجهت فيها إرادة الافراد إلى تكوينها من خلال إبرام عقد الشركة والاتفاق على جميع مسائل العقد، غير أنه توفرت أحد الاسباب التي تهدد

عقد الشركة بالبطلان، وحسب ما يقرره الفقه فإن الشركة الفعلية تتمتع بالشخصية المعنوية في فترة تكوينها إلى وقت الحكم ببطلانها وأثناء التصفية[1].

في حين أن الشركة المنشأة من الواقع لم تنظم بموجب عقد، ولم تكن لدى أطرافها نية تأسيس الشركة فالأطراف لم يفصحوا عن نيتهم، كما أنهم لم يحرروا أي عقد على يد موثق، وأحيانا يكون للشركاء نية تأسيس ولكنهم لم يهتموا باختيار نموذج معين للشركة، أو ربما يتفق الاطراف على تأسيس الشركة بدون إزعاج موثق العقود أو رجال القانون. وعليه فإن الشركة المنشأة من الواقع لا تنظم بعقد خطي، وإنما ينتج وجودها من العمل المشترك الذي يرمي إلى اقتسام الربح والخسارة، مع ذوي الشأن في التعاون على قدم المساواة، وبالتالي فإن الشركة المنشأة من الواقع لا تتمتع بالشخصية المعنوية، وبالتالي لا تخضع لنظام الافلاس[2].

الفرع الثاني : تمييز الشركة الفعلية عن شركة المحاصة

شركة المحاصة لها وجود قانوني لكن بين الشركاء فقط فهي شركة مستترة وهي معفاة من الاحكام الشكلية، وبالتالي لا يلزم كتابة عقدها كما أنه لا يجوز شهر هذا

[1] محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 99.

[2] بيارميل طوبيا، الشركة المنشأة بصورة فعلية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2009، ص 22.

العقد والا فقدت الشركة صفتها كشركة محاصة، كما أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية وليس لديها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء، وليس لها ممثل قانوني، أي مدير يعمل باسمها ولحسابها، وإنما ينظم الشركاء عادة طريقة الادارة في عقد الشركة، كما أنها لا تخضع إجراءات التصفية.

في حين الشركة الفعلية كما سبق ذكرها هي شركة اتجهت إرادة الاطراف إلى تكوينها لكن تم إغفال أحد الاجراءات الشكلية مما يهدد الشركة بالبطلان.

مع الاشارة إلى أنه يمكن أن تتحول شركة المحاصة إلى شركة الواقع، إذ ظهرت علنا، وفي هذه الحالة تطبق عليها أحكام الشركة الفعلية[1].

الفرع الثالث : تمييز الشركة الفعلية عن الشركة في طور التأسيس

الشركة في طور التأسيس هي شركة اتجهت إرادة الاطراف في تكوينها من خلال قيام الشركاء بإبرام عقد الشركة والاتفاق على جميع الوسائل الجوهرية للعقد، غير أن إجراءات التأسيس لم يتم استكمالها، كالقيد في السجل التجاري والنشر. لكن نية الشركاء تقصد استكمالها، والفرق الجوهري بين الشركة في طور التأسيس وبين

[1] محمد فتاحي، مرجع سابق، ص100.

الشركة التجارية الفعلية، هو أن الأولى لا تعترف لها مختلف التشريعات بالشخصية المعنوية في هذه المرحلة، كما أن ممثليها هم المؤسسون ويتحملون المسؤولية بالتضامن ولا تخضع إجراءات التصفية ولا تُسأل الشركة كشخص معنوي كقاعدة عامة، كما أنها تخضع للتصفية والافلاس[1].

المبحث الثاني :أسس قيام الشركة الفعلية

إذا تخلف ركن من الاركان الخاصة بتأسيس عقد الشركة بوجه عام، تعرضت الشركة القائمة للانهيار، وقد يتولد عن ذلك الانهيار قيام شركة فعلية، كما قد لا يتولد وجود هذا النوع من الشركات، فضلا عن أنه ينفي وجود الشركة القانونية اصلا.

وعليه فإننا سنتعرض في هذا المبحث إلى الأساس القانوني (مطلب أول)، ثم إلى الأساس المعنوي (مطلب ثاني) .

[1] تنص المادة 59 من ق. م.ج: على أنه: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إراداتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية".

المطلب الأول : الأساس القانوني

يشترط القانون كتابة عقد الشركة حتى يسهل إثبات ما تضمنه من بيانات تهم الغير الذي يتعامل مع الشركة. و تهم أيضا الشركاء أنفسهم، إضافة إلى الكتابة الرسمية اشترط الاشهار والقيد في السجل التجاري.

1- **الكتابة:** نصت المادة 418 ق.م.ج على ضرورة كتابة عقد الشركة و الا كان باطلا سواءا تعلق الامر بالشركات المدنية أو التجارية.

جدير بالذكر أن المشرع لم يبين نوعية الكتابة الواجبة في الشركات المدنية واقتصر على ضرورة الكتابة فقط، بالتالي البد من إفراغ عقد الشركة في شكل رسمي و الا كانت باطلة، وهذا ما قضت به المادة 545 ق.ت.ج.

2- **الشهر:** أوجبت المادة 542[1] ق.ت.ج إيداع العقود التأسيسية والعقود المعدلة في الشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري ونشرها حسب الاوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات و الا كانت باطلة.

[1] راجع نص المادة 542 من القانون التجاري الجزائري.

3- **القيد في السجل التجاري:** اشترطت المادة 549 ق.ت.ج القيد في السجل التجاري حتى تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية، غير أن هذه الشخصية لا تكون حجية على الغير الا بعد استفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون، ومع ذلك إذ لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فإنه يجوز للغير أن يتمسك بتلك الشخصية باعتبارها شركة فعلية[1].

كما أوجب المشرع التجاري الجزائري أن يحدد في عقد الشركة شكلها، عنوانها، اسمها مركزها، موضوعها ومدتها التي لا تتجاوز 99 سنة، المادة 546[2] ق.ت.ج.

يترتب عن تخلف ركن من الاركان العامة أو الخاصة أو الشكلية المنصوص عليها في القانون التجاري جزاء يتمثل في البطلان، و البطلان يعني انعدام أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير كذلك.

الا أن الطبيعة الخاصة لعقد الشركة تفرض عدم تطبيق هذه القاعدة بصفة مطلقة، وهذا البطلان قد يكون نسبيا أو مطلقا وبالتالي تظهر فكرة الشركة الفعلية.

[1] عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص 94.

[2] راجع نص المادة 546 من القانون التجاري الجزائري.

وتجدر الاشارة إلى أن القضاء متردد من وجود الشركة الفعلية [1] في جميع حالات البطلان لان هناك حالات لا يجوز الإعتراف بها، لا في نطاق القانون ولا في نطاق الواقع وتتمثل هذه الحالات في:

1- قيام الشركة الفعلية بسبب البطلان المترتب عن عيب في رضا أحد الشركاء:

حيث لا يمكن القول بقيام شركة قانونية ولا فعلية متى انعدمت الارادة ولا يمكن أن نوصف الشخص الذي انعدمت إرادته بأنه شريك في الشركة.

أما إذا شاب إرادة أحد الشركاء عيب من عيوب الرضا فإن ذلك يؤثر على التزام هذا الشريك دون أن يؤدي إلى بطلان الشركة، إذ أن مصلحة باقي الشركاء تقتضي الابقاء على العالقة بينهم[2].

2- **قيام الشركة الفعلية بسبب نقص الأهلية:** إذ لا يؤثر نقص أهلية أحد الشركاء في كيان الشركة خالفا للقواعد العامة، بل يؤثر على التزام الشريك فقط.

[1] نادية فوضيل، أحكام الشركة، طبقا للقانون التجاري الجزائري، ط7، دار هومة للطبع والنشر، الجزائر، 2008، ص 52.

[2] أنظر مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 255.

3- **قيام الشركة الفعلية بسبب البطلان المترتب عن عدم كتابة عقدها:** رغم أن المادة 418 ق.م.ج تنص على بطلان عقد الشركة إن لم يكن مكتوبا، الا أنه لا يجوز للشركاء الاحتجاج بهذا البطلان في مواجهة الغير حسن النية، ولا يكون له أثر فيما بينهم الا من وقت طلبه من أحدهم وعليه يترتب على هذا البطلان قيام الشركة الفعلية[1]

المطلب الثاني : الأساس المعنوي

لتقرير وجود الشركة الفعلية يجب أن تتوفر على كافة الاركان الموضوعية (العامة والخاصة) لازمة لكل شركة كما حددها القانون، لان هذه الاركان هي التي تحدد العلاقات بين الاطراف و تبين أن الشركة الفعلية تتميز بالمظهر العام اتجاه الغير الذين تعاملوا معها، إلى جانب الاركان الشكلية، كما هو الحال في الشركات القانونية، الا أنها تتميز عنها في مخالفتها لبعض الاجراءات القانونية التي تؤدي إلى الحكم ببطلانها.

يقوم عقد الشركة الفعلية كغيره من عقود الشركات الاخرى، على الاركان الشكلية و الاركان المعنوية.

[1] حلو عبد الرحمن أبو حلو، محمد حسين يشايرة، مرجع سابق، ص53.

تتقسم بدورها إلى قسمين (نوعين) و المتمثلة في الاركان الموضوعية العامة، و الاركان الموضوعية الخاصة.

1- **الاركان الموضوعية العامة** : الاركان الموضوعية العامة الواجب توافرها في عقد الشركة

الفعلية هي نفس الاركان التي تقوم عليها كافة العقود الاخرى، و المتمثلة في: الرضا، المحل، السبب و الأهلية.

أ- **الرضا** : هو التعبير عن إرادة المتعاقدين الذين يصاغ في الايجاب والقبول، ذلك طبقا لنص المادة 59 [1]من القانون المدني الجزائري.

يشترط في عقد الشركة ضرورة توافر الرضا في جميع الشركاء، ويجب أن ينصب كذلك على جميع شروط عقد الشركة، أي على الشكل الذي تتخذها رأسمالها، غرضها، ومقدار حصة كل شريك.

[1]تنص المادة – 59 من ق. م.ج: على أنه: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

يجب أن يكون الرضا سليما غير مشوب بأي عيب من عيوب الارادة (كالإكراه، الغلط، التدليس، الاستغلال). إذا شاب رضا أحد الشركاء عيبا من هذه العيوب جاز له أن يطلب بإبطال العقد شرط أن يكون الغلط جوهريا[1] عملا بنص المادة 1 / 82 من القانون[2]

المدني الجزائري.

ب- المحل: يقصد بمحل الشركة الغرض الذي أسست من أجله، أي النشاط الذي تمارسه ومن الواجب أن يكون محل الشركة مشروعا، أي غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة وفقا لنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري[3].

مثال في حالة ما إذا تكونت شركة بغرض الاتجار بالمخدرات أو تزوير النقود كانت باطلة بطلانا مطلقا وذلك لعدم مشروعية المحل.

[1] عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري، ط3 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015 ، ص90.

[2] تنص المادة 1 / 82 – من ق.م.ج :على أنه" :يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط."

[3] تنص المادة 93 من ق.م.ج:على أنه:"إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".

كما يشترط أن يكون محل الشركة ممكنا، وإن كان من الصعب أن يكون محل الشركة مستحيل من الناحية المادية، الا أنه قد يكون مستحيل من الناحية القانونية، كما في حالة مزاولة الشركة لنشاط يمنعه القانون[1].

جـ- السبب: هو الدافع الذي يهدف إليه كل متعاقد من وراء التزاماته، في تكوين الشركة، ويقوم على تحقيق الموضوع المشترك والمتمثل في تحقيق الارباح واقتسامها عن طريق ممارسة أحد الانشطة الاقتصادية، فإذا كان سبب الشركة غير مشروع، كأن تأسس شركة ما لا تهدف إلى تحقيق الربح بل منافسة شركة أخرى للقضاء عليها، فيكون سببها غير مشروع وتكون باطلة بطلانا مطلقا، كما تنص المادة 97 من ق.م.ج «إذا التزم المتعاقدين لسبب

غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا.»

[1] سعيد يوسف البستاني، قانون الاعمال والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 256.

د- الأهلية: نظرا لان عقد الشركة من العقود الدائرة بين لا نفع ولا ضرر، يجب أن يكون الرضا صادر من شخص يتمتع بأهلية كاملة وهي أهلية التصرف أي بلوغ الشخص 19 سنة كاملة وأن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه.

كما تنص المادة 40 من ق.م.ج على أنه:« كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه

العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد **19** سنة كاملة» .

بالتالي لا يجوز للقاصر إبرام عقد الشركة، والا كان العقد باطلا بالنسبة إليه، الا إذا حصل على إذن من المحكمة يسمح له بذلك بناء على نص المادة 5 ق.ت.ج[1]

2- **الاركان الموضوعية الخاصة:** لا يكفي لتكوين عقد الشركة توفر الاركان الموضوعية العامة، وإنما البد من توفر الاركان الموضوعية الخاصة، التي تميزها عن سائر العقود، ولاتي تعتبر ضرورية لقيامها وهي:

[1] نص المادة 3/2/1/05 من ق.ت.ج.

أ- **تعدد الشركاء:** عقد الشركة يلتزم فيه شخصان فأكثر، بالمساهمة في مشروع مالي. فحسب المادة 416 من ق.م.ج [1] فإن عقد الشركة يلتزم وجود شخصان فأكثر، حيث لا يجوز لشخص واحد أن ينشأ بمفرده شركة، استثناء نجد المشرع الجزائري أجاز إنشاء شركة من طرف شخص واحد وهي مؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة[2] من خلال نص المادة 2/564 ق.ت.ج. وهذا الشرط واجب في جميع الشركات مدنية أو تجارية، كما تدخل المشرع الجزائري في تحديد الحد الادنى و الاقصى لعدد الشركاء في بعض الشركات[3].

ب- **تقديم الحصص:** الحصص هي جوهر الشركة وبدون تقديمها لا تستطيع الشركة أن تمارس عملها ونجد المشرع الجزائري في المادة 416 ق.م.ج، قسم الحصص إلى ثالثة أنواع: حصة من عمل، أو من مال، أو عينية.

و حصة من عمل: يجوز أن تكون الحصة التي يقدمها الشريك للشركة عبارة عن عمل الذي تنتفع به الشركة بنشاطها كالخبرة التجارية أو الخبرة الفنية ذات أهمية

[1] تنص المادة 416 من ق.م.ج.

[2] نص المادة 2/564 من ق.ت.ج.

[3] عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص 92.

واضحة في نجاح الشركة ولا يجوز أن تكون الحصة مجرد نفوذ يتمتع به الشخص أو مجرد الثقة في مركزه المالي.

إن تقسيم حصة عمل في الشركات المدنية أمر جائز، أما في الشركة التجارية فالأمر يختلف من شركة إلى أخرى [1] ففي شركة التضامن التي تكسب الشريك صفة التاجر وليس وصفه العامل أمر جائز، أما في شركات الاموال فإن المشرع قطع بصريح النص أن العمل لا يجوز أن يكون حصة في الشركات ذات المسؤولية المحدودة والمساهمة باستثناءا أجاز المشرع تقديم حصة من عمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بتعديل المادة 3 من ق.ت.ج بموجب المادة 567 مكرر من القانون 15-20، وقصر جوزاه فقط على شركة التضامن وحدها[2].

ويجب على الشريك أن يقدم حسابا للشركة عما يكون قد قام به من عمل لصالحها كما جاء في نص المادة 423[3] ق.م.ج، لا يحق له القيام بنفس العمل

[1] جمال محمود الحمودي، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية، دار وائل للنشر والتوزيع، د. س. ن، ص 14.

[2] نص المادة 567 ق.ت.ج

[3] تنص المادة 423 من ق.م.ج: على أنه:" إذا كانت حصة الشريك عمال يقدمه للشركة وجب عليه أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها و أن يقدم حسابا عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولته العمل.....".

لحسابه الخاص أو لحساب الغير، وتكون حصة العمل شخصية، ويجب أن يقوم بها العامل نفسه.

ويجوز للشريك القيام بأعمال أخرى مستقلة غير التي تعهد بها للشركة ما دام ذلك لا يتعارض مع غرض الشركة ويحتفظ في هذه الحالة لنفسه بأرباح هذا العمل، بشرط أن لا يكون الوقت الذي كرسه لنفسه يمنعه من القيام بالتعهدات التي قدمها للشركة، و الا جاز للشركة مطالبته بالتعويض[1].

و حصة نقدية (مال): تكون الحصة التي يقدمها الشريك مبلغا نقديا لأنها هي التي تكون رأسمال الشركة، ويجب على الشريك أن يقدم حصته في الميعاد المتفق عليه و الا التزم بالتعويض طبقا لنص المادة 421[2] ق.م.ج.

تجدر الاشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على الاستثناءات المذكورة في القانونين الفرنسي والمصري الخاصة بالفوائد التأخيرية والتكميلية والسبب في ذلك هو أن التشريع الجزائري يمنع القرض بالفائدة فيما بين الافراد.

[1] جمال محمود الحمودي، مرجع سابق، ص 15.

[2] تنص المادة 421 من ق.م.ج:على أنه: "إذا كانت حصة الشريك مبلغ من النقود يقدمها للشركة ولم يقدم هذا المبلغ، ففي هذه الحالة يلزمه التعويض".

-حصة عينية: تكون الحصة التي يقدمها الشريك مالا آخر غير النقود، كأن تكون عقارا أو منقولا حسب نص المادة 492 [1]ق.م.ج، والحصة العينية المقدمة تكون إما على سبيل التمليك أو على سبيل الانتفاع بها[2].

ج – نية المشاركة: العنصر الذي يميز عقد الشركة عن سائر العقود الاخرى هو عنصر مستمد من نية المتعاقدين، ونية المشاركة هي اتجاه إرادة جميع الشركاء إلى التعاون الايجابي لتحقيق غرض الشركة وإدارتها وقبول المخاطر المشتركة.

كما أنها الزمة لحياة الشركة واستمرارها فإذا تخلفت هذه النية لدى أحد الشركاء في أية مرحلة من مراحل الشركة فإن ذلك سيؤثر على بقاءها[3].

د- اقتسام الارباح والخسائر: يجب على جميع الشركاء أن يشتركوا في توزيع الارباح وتحمل الخسائر، فإذا وقع اتفاق على أن أحد الشركاء لا يساهم في الارباح والخسائر،

[1] راجع نص المادة 492 من القانون المدني الجزائري.

[2] ابراهيم سيد أحمد، العقود والشركات التجارية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1999، ص 117.

[3] أسامة نائل المحيسن، مرجع سابق، ص 42.

كان عقد الشركة باطلا عمال بنص المادة 1/426 ق.م.ج [1]، ونص المادة 733 ق.ت.ج[2].

يجوز إعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من المساهمة في الخسائر بشرط أن لا يتقاضى أجرا من عمله. وأن لا يكون قد قد م إلى جانب حصة من عمل حصة أخرى (نقدية، عينية).

أما بالنسبة لقواعد توزيع الارباح والخسائر فالقاعدة العامة هي الرجوع إلى ما اتفق عليه الشركاء ولا يشترط في التوزيع أن يكون متساويا [3] .وإذا لم يوجد اتفاق على طريقة توزيع الارباح وتحمل الخسائر يجب الرجوع إلى نص المادة 425 ق.م.ج[4].

[1]راجع نص المادة 426/1 من القانون المدني الجزائري.

[2]تنص المادة 733من ق.ت.ج: على أنه: «لا يحصل بطلان شركة أو عقد معدل للقانون الاساسي الا بنص صريح في هذا القانون.....".

[3]عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص .93

[4]راجع نص المادة 425 من القانون المدني الجزائري.

الفصل الثاني :

النظام القانوني للشركة الفعلية

المبحث الأول :نطاق تطبيق الشركة الفعلية

إن الشركة الفعلية هي في الحقيقة شركة قانونية تستند في قيامها على أركان أساسية التي تقوم عليها أي شركة قانونية، و لكن يجب حتى تقوم هذه الشركة كالشركة فعلية ،أن تكون قد زاولت فعال نشاطها ،و ظهرت للغير كالشخص معنوي ،و كذلك يجب توفر شروط أخرى .كأن لا تكون مخالفة للنظام العام، و توافر الأهلية ،و السبب، و المحل ،الا أنه هذه الشركة لا تقوم الا في حالات تسمى بالبطلان النسبي ،و هي نقص الأهلية و غيرها و لا يمكن قيامها في حالة البطلان المطلق عدم المشروعية، و هذا ما سنتناوله في هذا المبحث.

المطلب الأول: حالات الإعتراف بوجود الشركة الفعلية في القانون الجزائري

يعترف بالشركة الباطلة لعدم استيفائها جميع أركان عقد الشركة كالشركة فعلية في حالات البطلان النسبي ، أي البطلان المؤسس لعدم مراعاة الشروط الشكلية، و البطلان بسبب نقص الأهلية ،أو عيوب الرضى و هو ما سنتعرض له فيما يلي[1]:

[1] إلياس ناصيف، المرجعالسابق، ص801.

الفرع الأول : البطلان المؤسس لعدم مراعاة الشروط الشكلية

إذا كان البطلان مؤسس على عدم الكتابة، و شهر عقد الشركة ففي هذه الحالة لا تعتبر الشركة كأن لم تكن بل ترتب آثار، و تعتبر موجودة فعال [1] فطبقا لنص المادة 610 قانون مدني الجزائري اعترف المشرع بالشركة الباطلة بسبب انعدام الكتابة في مواجهة الغير [2] و استنادا إلى ذلك فإن الشركة الفعلية تقوم الا في حالات البطلان النسبي[3] و عدم توفر ركن الكتابة يجعل من الشركة، واقعية كما سبق القول تصفى على أساس العقد، و إذا كان يحق للشركاء الإدلاء ببطلان الشركة تجاه ،بعضهم البعض بسبب تخلف الكتابة فهي قائمة فيما بينهم [4] و هي لها شخصية معنوية بما يكفي لتصفيتها ،و هي مسؤولة عن تصرفاتها ،و عليه إذا تخلف ركن الكتابة استوجب على المحكمة أن لا تقضي به من تلقاء نفسها بل البد من طلبه منها ،و لا يجوز للشركاء أن يحتجوا بهذا البطلان على الغير،

[1] سميحة القيلوبي، المرجعالسابق، ص99.

[2] نادية فوضيل، المرجعالسابق، ص11.

[3] حليم عناية، الشركات التجارية، دط،ج5، القاهرة، المكتبة القانونية للنشر، دس، ص10.

[4] الياس ناصيف، المرجعنفسه، ص801.

و يمكن أن يزول هذا البطلان إذا استكملت إجراءات الشكلية قبل الحكم بالبطلان[1].

الفرع الثاني : البطلان بسبب نقص الأهلية أو عيوب الرضى

هو البطلان الذي يمس العقد بسبب نقص أهلية وقت انعقاد العقد، أو إذا كانت إرادة أحد الشركاء معيبة بعيب من عيوب الرضى ، كالتدليس أو الغلط أو الاكراه .ففي هذه الحالات يكون العقد باطلا بطلان نسبي لمصلحة ناقص الأهلية، أو من شاب العيب رضاه ،أما الشركاء فليس لهم حق التمسك بالبطلان، و يعتبر العقد صحيحا بالنسبة لهم، و لكن يزول حق الشريك في إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، و تستند إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير م 199 من ق ح ج و م 191 ق م ج بقولها « يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 19 سنوات، و ببدء سريان هذه المدة ،في حالة نقص أهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ،و في حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكتشف فيه ،و في حالة الاكراه من يوم انقطاعه غير أنه لا يجوز التمسك بحق إبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت 19 سنة من

[1] عمار عموره،المرجعالسابق، ص570.

وقت إتمام العقد » و خروج الشريك في هذه الحالة من الشركة أشخاص يؤثر على حياتها ،و أما في شركات أموالا فال تأثير له [1] و يسترد كل شريك حضه فإن كان ذلك مستحيل جاز الحكم بالتعويض، عادل م 400 ق ت ج تنص على أنه« لا يحصل بطلان شركة أو عقد معدل للقانون الأساسي الا بنص صريح في هذا القانون أو القانون الذي يسري على بطلان العقود [2]»

أجمع الفقه و القضاء على إن بطلان شركة يستتبع رد مقدماته ،و قيام شركة فعلية بين سائر الشركاء. إذا كان قد قضي ببطلان النسبي بعد انطلاق الشركة، و ممارستها بعض الاعمال ،و تستلزم حماية الشريك ناقص الأهلية، أو الذي شاب رضاه عيب الغلط أو الاكراه. إعطاء البطلان كامل مفاعيله وخصوصا مفعوله الرجعي، و ينشأ عن ذلك حقه في استعادة مقوماته بدون إلزامه بتحمل الخسائر، و بدون أن يدلي بوجهه بالحقوق العينية المترتبة من قبل الشركة قبل رد أموالا الا أنه في حال الحكم بالأبطال الشركة بسبب الخداع، و بالرغم من قيام الشركة الفعلية لا يحق لشريك الذي تقرر الابطال لمصلحته المطالبة بإعفائه

[1] عمارعموره،المرجعالسابق، ص 519.

[2] نادية فوضيل، المرجعالسابق، ص733.

من تحمل أعباء الخسارة في مواجهة الغير، و ذلك لحماية حقوق دائني الشركة الذين لا عالقة لهم بالمناورات الاحتيالية[1].

المطلب الثاني: حالات عدم الإعتراف بوجود الشركة الفعلية في القانون الجزائري

الفرع الأول: البطلان المؤسس على تخلف أركان الموضوعية الخاصة

إذا تخلف أحد أركان الموضوعية الخاصة في عقد الشركة فإن الجزاء المترتب على ذلك ليس البطلان، و إنما انعدام وجود الشركة نظرا لفقدانها المقومات ،و الأسس التي تقوم عليها الشركة نظرا لفقدانها المقومات، و الأسس التي تقوم عليها الشركة كي تخلق شخص معنوي يتمتع بكيان مستقل ،و إذا تخلف ركن تعدد الشركاء كأن تقوم شركة على رجل واحد فتعتبر، هذه الشركة غير موجودة في نظر القانون باستثناء شركة ذات المسؤولية المحدودة لتعارضها مع مبدأ وحدة الذمة[2].

فتكون وحدة الشركة غير موجودة اصلا، و كذلك الحال عند وجود شرط في عقد الشركة

[1] الياس ناصيف،المرجعالسابق ،ص 809. .

[2] نادية فوضيل،المرجعالسابق ،ص19.

و المحل للقضاء ببطلانها، و قيام شركة فعلية [1] و ركن تقديم الحصص هو الذي تكون من خلاله الشركة، و رأسمالها، و الذي يميزها عن غيرها من الأنظمة التي تشابهها ،و يجوز لكل مصلحة التمسك به، و وللمحكمة القضاء من تلقاء نفسها[2].

و تخلص إلى القول أنه إذا لم يتوفر أركان الموضوعية الخاصة من ركن تقديم الحصص، أو نية المشاركة، أو تعدد الشركاء فال مجال لقيام الشركة، و لا القضاء بإبطالها، و من شروط قيام الشركة الفعلية : توافر العناصر الموضوعية الخاصة في الحكم بالبطلان الشركة ،و قيام الشركة الباطلة فعال ببعض الاعمال قبل الحكم بإبطالها[3].

الفرع الثاني : البطلان لعدم مشروعية الموضوع أو السبب

إذا كان موضوع عقد الشركة ،أو سببه غير مشروع أي مخالف للنظام العام ،و الآداب العامة كالمتاجرة بالمخدرات مثال فإن الجزاء هو البطلان المطلق، الذي

[1] الياس ناصيف، المرجعالسابق، ص850.

[2] نادية فوضيل،المرجعنفسه، ص10.

[3] الياسناصيف،المرجعنفسه،ص 851.

يكون لكل ذي مصلحة حق التمسك به و القضاء به من طرف المحكمة من تلقاء نفسها [1] و هذا ما نصت عليه المادة 196 ق ج و « لا يسقط البطلان بالإجازة أو بمرور الزمن الا بمضي 19 سنة « و يؤدي البطلان إلى زولا العقد بأثر رجعي و إذا كان الشركاء لم يقدموا الحصص فال يلزمون بتقديمها ،أما إذا كانوا قد قدموا الحصص فال يلزمون بتقديمها أما إذا كانوا قد قدموا الحصص فهنا لا يمكن المدير الاحتفاظ بحصصهم أنه إثراء بدون سبب.

أما فقهيا فقد ثار خالف حول آثار البطلان عقد الشركة تجاه الغير فيرى البعض، أن بطلان العقد لسبب غير مشروع يؤدي إلى بطلان جميع تصرفات الشخص المعنوي الباطل، و يرى الرأي الراجح الذي يميز بين ما إذا كان الغير حسن النية أم ال، و علمه بعدم مشروعية الغرض الشركة فيجوز لعير إلزام الشركة بتنفيذ العقد إذا كان سببه مشروع .مثالها. إذا كانت شركة تتاجر بالمخدرات ،و أبرمت عقد شراء سيارة مثال و الغير لا يعلم بأن موضوعها غير مشروع، و قبل الحكم ببطلانها و عليه تخلص إلى القول بأن الشركة في هذه الحالة موجودة بالنسبة للغير حسن النية، و غير موجودة بالنسبة للغير سيء النية.

[1] نادية فوضيل، المرجع نفسه،ص 17-12.

المبحث الثاني :إنقضاء الشركة الفعلية

تنشأ الشركة التجارية من أجل تحقيق الاهداف و الارباح التي يعجز كل شريك عن تحقيقها بمفرده، وقد تحدث عوائق في نشاط الشركة واستمرارها فيؤدي ذلك إلى زولاها وهو

ما يعرف من الناحية القانونية بإنقضاء الشركة سواء عن طريق تحويل الشركة أو توفر الاسباب العامة أو الخاصة لانقضائها (مطلب أول) ، فتدخل الشركة بذلك مرحلة التصفية والقسمة(مطلب ثاني).

المطلب الأول: تحويل الشركة الفعلية إلى شركة قانونية

يمكن للشركة بعد اكتساب شخصيتها المعنوية وزولا سبب بطلانها أن تأخذ على عاتقها كل التعهدات التي جرت في فترة وجودها الفعلي، والقيام بهذه العملية يقتضي استبدال المدين أي الحلول القانوني للشركة محل الأشخاص الذين قاموا بالتعهد لمصلحتها، كما أن تصحيح العيب وتحويل الشركة من شركة فعلية لشركة قانونية يستلزم الإرادة للقيام بذلك من قبل الشركاء أو الغير، فيتم تصحيح تلك الأعمال رغم

وجود عيب بها، لذلك فإن اعتبار تصرفات الشركة خلال وجودها الفعلي صحيحة منتظمة قانونيا يتم في حالتين:

أ- قبول الشركة التجارية تحمل الالتزامات الناشئة قبل إكسابها الشخصية المعنوية.

إن قبول الشركة أن تأخذ على عاتقها التعهدات التي أبرمت من طرف الأشخاص الذين تعهدوا باسمها خلال الفترة التي لم تكن لها شخصية معنوية يتحقق بتوفر شروط موضوعية وأخرى شكلية.

تظهر الشروط الموضوعية في المادة 549 من القانون التجاري فإن مجال الالتزامات محدد ضمنيا من طرف المشرع، حيث لا تسأل الشركة إلا عن التعهدات المبرمة أي عن الالتزامات العقدية ، فيستثني كل التزام ناشئ عن أخطاء تقصيرية قام بها المؤسسون في تلك الفترة، كذلك من بين الشروط أن تكون تلك التعهدات باسم الشركة ولحسابها، كما لم يبين المشرع الفترة التي يتم فيها ابرام تلك التصرفات التي تخضع لهذا الحكم. اشارت محكمة لانقض الفرنسية انه لا تعتبر كل التصرفات التي يقوم بإبرامها المؤسسون صحيحة بمجرد قبول الشركة، فلا يخضع لهذا الحكم الا التصرفات المبرمة من يوم التوقيع على القانون الأساسي لغاية تسجيل الشركة في السجل التجاري

واكتسابها الشخصية المعنوية [1] حيث حدد قاضي الموضوع هنا المدة التي يعتد بها لإجراء هذه التسوية القانونية لتصرفات المؤسسين في فترة تأسيس الشركة التجارية. أما بالنسبة لطريقة القيام بقبول تلك التعهدات من الناحية الشكلية فلم يبينه المشرع ومع ذلك فالأمر يستوجب اتخاذ قرار مصادق عليه من طرف الشركاء ويتخذ هذا القرار عمليا عدة صور، فيمكن أن يتخذ الشركاء ذلك القرار قبل التوقيع على القانون الأساسي، حيث يقوم المتعهدين باسم الشركة بتحضير قائمة بتلك الأعمال ترفق بالقانون الأساسي، فيوقع عليها الشركاء وتلتزم الشركة حينها بتلك التصرفات بطريقة تلقائية بعد اكتسابها الشخصية المعنوية [2] كما يمكن وجود اتفاق يتضمن حدود التصرفات التي يقوم بها المسير في تلك لفترة وبعد اكتساب الشركة الشخصية المعنوية تلتزم الشركة تلقائيا بتلك التصرفات. أما في حالة عدم تحقق الحالتين السابقتين وبعد اكتساب الشركة الشخصية المعنوية فيتم الإعتراف بتلك التصرفات عن طريق اتخاذ قرار من طرف الشركاء بالالتزام بكل ما تم إبرامه من طرف الشركة بأثر رجعي، إلا

[1] Cass. com 22-04-2022، h 01:32 ،bull ،Joly sociétés 2003،p 431 ،note B.saintourens ،le Lamy des sociétés commerciale p 398

[2] Véronique. Magnier op ،cit ،p 75.

في حالة وجود شرط مخالف لذلك في القانون الأساسي للشركة [1] تتم موافقة الشركة بالالتزام بتلك التعهدات بطريقتين فإما تكون المصادقة صريحة باتخاذ قرار مباشرة بعد اكتساب الشخصية المعنوية، أو يكون ذلك بموجب مصادقة ضمنية عندما تقوم الشركة بالمصادقة على تلك الأعمال عند انعقاد أول جمعية عمومية، أو عند قيام الشركة بالتنفيذ تلقائيا لتلك التعهدات المتخذة في فترة تأسيسها. ينتج عن ذلك مباشرة تطبيق الأثر الرجعي لصحة التصرفات و العقود التي أبرمت خلال فترة التأسيس فتعتبر صحيحة سارية المفعول ونافدة تجاه الشركة، فيتخلص المؤسسين من تلك الالتزامات نهائيا وبأثر رجعي من يوم إبرامها، ولا يلتزم هنا المؤسسين إلا في حالة وجود حالة غش أو نصب عن طريق إبرام عقود و التعامل مع الغير بغرض التخلص فيما بعد من هذه الالتزامات وإلقائها على عاتق شركة وهمية ليس لها وجود فعلي ولا قانوني [2] كما يظل المؤسس ملتزما في حالة وجود عقد كفالة يكفل بموجبه أحد المؤسسين الشركة تجاه الغير ففي هذه الحالة لا يمكنه التخلص من التزامه، هذا ويكون المؤسسين ملتزمين شخصيا وتضامنيا في حالة امتناع الشركة عن الالتزام بتلك

[1] Marie Monsérie،op،cit ،p 59.

[2] Valérie. Gomez ،et François Rouaix ،Droit des sociétés ،Fiches et Q. C .M ،Foucher ، France 2008 ،p 32

التعهدات، ويلتزم هنا كل شريك قام بتصرفات لحساب الشركة حتى ولو كانت مسؤوليته محدودة إذا تعلق الأمر بشركة أمولا. اما في حالة وجود وكالة من أحد الشركاء، اومن كل الشركاء لأحد المسيرين للقيام بالتصرف لحساب الشركة، فإنهم كلهم مسؤولون بالتضامن تجاه الغير وهذا الالتزام يتحقق عندما يتعذر على الشركة اكتساب الشخصية المعنوية مهما كانت الأسباب والظروف التي تحول دون اكتسابها قانونيا لها، فيلتزم المؤسسون في هذه الحالة تضامنيا. يمكن للقاضي أن يلقي تلك التعهدات المبرمة من طرف المؤسسين على عاتق الشركة اعتمادا على وجودها الفعلي وحماية الغير حسن النية، رغم ان قبولها لتلك التعهدات هو أمر اختياري بالنسبة إليها وليس وجوبي، وفي حالة رفضها الإعتراف بتلك التعهدات ما على المؤسسين بعد تنفيذهم للالتزام إلا الرجوع على الشركة بمقتضى قواعد الفضالة أو الإثراء بلا سبب [1] يمكن أن يرفض الغير تجديد الالتزام بتغيير المدين، فيرفض الدائنون حلول الشركة محل

[1] Véronique. Magner ،Droit des sociétés ،op ،cit ،p 77 .

المؤسسين، عندئذ يبقى المؤسسون مسؤولون تضامنيا تجاه الغير وإن كان لهم حق الرجوع على . الشركة بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب أو أحكام الفضالة [1] أما بالنسبة لإمكانية اعتراف الشركة ببعض التصرفات المبرمة من طرف المؤسسين في فترة التأسيس دون تصرفات اخرى فلم يتطرق لها المشرع، وعليه فإن للشركة مطلق الحرية في اختيار بعض التصرفات وليس كلها طالما لا يوجد نص قانوني يمنع ذلك، فلم يشترط المشرع إلا شرط واحد وهو ان تكون تلك التعهدات تعاقدي ابرمت باسم ولحساب الشركة التجارية [2]اشارت محكمة لانقض الفرنسية لضرورة تحقق شرط ابرام تلك التصرفات باسم ولحساب الشركة، وأشارت ان التزام الشركة بتصرفات المؤسسين المبرمة خلال فترة التأسيس لا يتحقق الا إذا كانت تلك التصرفات لحساب الشركة، فيستثنى من ذلك كل تصرف لم يتم لحسابها (8)

ب- التسوية القانونية للشركة الفعلية.

[1] نادية فضيل، أحكام الشركة التجارية طبقا للقانون التجاري الجزائري شركات الأشخاص، دار هومة للطبع، 2005 ، ص 164

[2] Valérie Gomez ،François Rouaix ،Droit des sociétés ،op ،cit ،p 31.

تجد التفرقة الكلاسيكية بين البطلان المطلق والبطلان النسبي للعقد مجال لتطبيقها في النظام القانوني الذي يحكم الشركات التجارية، وهذا خاصة عندما يتعلق الأمر بالأشخاص المعنية بطلب البطلان، فإذا كان الهدف من البطلان هو المصلحة العامة فإنه من حق كل من الشركاء، والمسيرين، والدائنين، وحتى مندوبي الحسابات، والغير طلب إبطال الشركة فالأمر هنا يتعلق بالنظام العام. بالتالي إذا كان الهدف من البطلان حماية خاصة لشخص محدد أو بعض الأطراف المعينة فإنهم يطالبون به ولا يحتج به عليهم، كما لا يستفيد منه غيرهم ومهما كان الشخص الذي يطالب بالإبطال فإنه عليه أن يكون لديه سبب قانوني لهذا الطلب فإن القيام بالتسوية القانونية للعيب الذي يشوب الشركة التجارية هدفه إحباط دعوى الإبطال، وإعدام أثرها عن طريق التخلص من سبب الإبطال وتصحيح العيب الذي يجعلها مهددة بالإبطال. أما مجال هذا التصحيح للشركة فإنه لا يشمل حالات البطلان المطلق ولاتي تم الإشارة إليها، حيث لا يمكن أن تكون هنا لا تسوية قانونية لشركة قائمة على غرض غير مشروع مخالف للنظام العام و الآداب العامة، لأن المعنى القانوني للتصحيح هو إضافة العنصر الذي ينقص للشركة والذي يجعل منها معيبة من الناحية القانونية [1] ، ولتعزيز

[1] Cass.com ،2022/04/20، h 22 :02 ,Rev mensuelle ،Droit des sociétés ،Lexis Nexis ،France

هذه التسوية نص لمشرع على حالات يمكن من خلالها التخفيف من آثار البطلان بالنسبة للشركات التجارية. تتمثل الحالة الأولى في تصحيح الشركة وتسويتها عن طريق تعديلها كليا من خلال تغيير شكلها القانوني لتفادي حلها وانقضائها في حالة إخلالها بشرط من شروطها، حيث سمح المشرع بإجراء هذا التحويل في العديد من الحالات في المادة 590 من القانون التجاري، عندما أجاز المشرع أن يتم تحويل الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلى شركة مساهمة إذا أصبحت تضم أكثر من 50 شريك، نظرا لاشتراط المشرع الا يتجاوز عدد الشركاء 50 في الشركة ذات المسؤولية المحدودة [1] كذلك المادة 590 مكر 1 من القانون التجاري أين منع المشرع تطبيق أحكام الحل القضائي على الشركة ذات المسؤولية المحدودة في حالة اجتماع كل الحصص في يد واحدة. تكون الشركة قبل تحويلها في تلك الحالات شركة فعلية لكونها معيبة ومعرضة للبطلان، لذلك سمح المشرع بتلافي هذا البطلان عن طريق تحويلها لشكل آخر يناسبها، فيزول بالتالي الخلل وتتحول من شركة فعلية لشركة قانونية، فيتم هذا التحويل من طرف الشركاء تلقائيا أو بطلب ممن له مصلحة في ذلك. كذلك

Juillet 2010 ، p 19.،

[1] المادة 590 من ق.ت المعدلة بالقانون رقم 15- 19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 المتضمن ق.ت ، التي ألزمت تحويل الشركة ذات المسؤولية المحدودة الى شركة مساهمة عندما يتجاوز عدد الشركاء 50 شريك.

بالنسبة لحالة انخفاض رأسمال الشركة عن الحد المطلوب قانونا، فيكون على الشركاء هنا رفع رأس المال لتصحيح الشركة، وألى غاية قيام الشركاء بهذا التعديل تكون الشركة الفعلية غير منتظمة قانونا [1] يمس التصحيح هنا العيب الذي يشوب الشركة وليس الشركة ككل، إلى جانب هذه الحالة هناك عناصر أخرى ممكن أن يتم تصحيحها فإذا شاب رضاء أحد الشركاء عيب من عيوب الرضى ،أو كان ناقص أهلية فيصحح هذا العيب بإزالته عند بلوغه سن الرشد، أو بعد إزالة العيب الذي شاب رضاؤه، فتتحول الشركة الفعلية لشركة قانونية ، أو حالة عدم قيام أحد الشركاء في شركات الأشخاص بتقديم الحصة التي تعهد بها فيصحح هذا العيب بتقديم الحصة عندها تتحول الشركة إلى شركة قانونية، أما إذا تضمن العقد شرط الأسد فيتم إلغاء هذا الشرط في حالة وجوده في شركات الأشخاص. من حق كل من له مصلحة أن ينذر الشريك المعني الذي شاب رضاؤه عيب، أو كان ناقص الأهلية بطلب إبطال الشركة أو القيام بالتصحيح، تحت طائلة إنقضاء الميعاد المتمثل في 6 أشهر وهذا ما جاء في المادة 738 من القانون التجاري، وفي حالة إنقضاء هذه المدة يسقط الحق في الإبطال أو التصحيح. كما يمكن أن تتحول الشركة الفعلية لشركة قانونية عن طريق

[1] « Les sociétés de fait »، Henri. Temple، op، cit، . p 247-248

التقادم بمضي المدة التي يحددها المشرع لطلب الإبطال، حيث يسقط الحق في الإبطال بمضي تلك المدة فتتحول حينها الشركة الفعلية لشركة قانونية والمدة هنا هي 3 سنوات، على أن يبدأ سريانها من يوم وقوع سبب البطلان، هذا ما نصت عليه المادة 740 من القانون التجاري [1] يستثنى هنا حالة نقص أهلية أحد الشركاء وعيوب الرضى، فالمهلة فيها أقصر وهي 6 أشهر وتضيف المادة 742 من القانون التجاري أنه لا يحتج على الغير بالبطلان إلا إذا تعلق بنقص الأهلية أو عيب الرضى بنصها:" لا يجوز للشركة ولا للشركاء الاحتجاج بالبطلان تجاه الغير حسن النية، غير أن البطلان الناتج عن عدم الأهلية أو عيب في الرضاء ممكن الاحتجاج به تجاه الغير من طرف عديم الأهلية، وممثليه الشرعيين أو من طرف الشريك الذي انتزع رضاه عن طريق الغلط أو التدليس أو العنف". لا تعتبر المدة التي حددها المشرع في المادة 740 من القانون التجاري مدة تقادم، بل هي مدة سقوط الحق في طلب الإبطال، وتتحول الشركة إلى شركة قانونية في الحالات المذكورة فقط، أي التي يمكن إجراء التصحيح فيها فان الشركة غير المسجلة في السجل التجاري ولاتي لم تستكمل

1 تنص المادة 100 من ق.م "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتسند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير

إجراءات تأسيسها فإن مرور تلك المدة المحددة لا يجعلها صحيحة قانونيا، لذلك فإن إثارة مسألة إبطالها يبقى خاضع للقواعد العامة للبطلان.

المطلب الثاني :إنحلال الشركة الفعلية

الفرع الأول : أسباب إنحلال الشركة الفعلية

يراد بالإنحلال زولا الرابطة القانونية التي أوجدها عقد الشركة بين الشركاء ومن ثم انقضائها، وتحل الشركة الفعلية بأسباب متعددة ومتباينة الطبيعة، منها أسباب خاصة تخص

الشركة الفعلية القائمة نتيجة البطلان، ومنها أسباب عامة وردت في القانون، ولقد نص

المشرع الجزائري سواء في القانون المدني بصفة عامة أو القانون التجاري بصفة خاصة على أسباب إنحلال الشركات التجارية التي تنقسم إلى أسباب غير مباشرة(فرع أول) ، وأسباب مباشرة (فرع ثاني).

اولا : الاسباب الغير المباشرة

يمكن أن يسعى الشركاء إلى اصلاح العيب الموجود في الشركة، وتتحول الشركة المعتلة بذلك إلى شركة قانونية، مهما كان نموذج الشركة، ومهما كان العيب

الموجود فيها. فقد يكون العيب متعلق بالشركة بأكملها كأن يلجأ الشركاء إلى تكوين نوع من الشركات لا يجيز القانون تكوينها، وقد يتعلق العيب بعنصر واحد من عناصر تكوينها، أو بسبب يتعلق بصفة الشركاء[1].

1- في حالة تعلق العيب بصفة الشريك: كأن يكون الاطراف ممنوعون من تكوين الشركة التجارية لسبب يعود إلى صفة يحملها الشريك يمنع القانون عليه أن يكون عضوا في مثل هذه الشركات، كصفة الاطباء أو المحامين الممنوعين من تكوين شركة تجارية فإذا لجأ الاطراف لتحويلها إلى شركة مدنية يسمح لهم القانون بإنشائها، وبالتالي تتحول الشركة الفعلية إلى شركة قانونية هذا عندما يتعلق العيب بكيان الشركة.

2- عندما يتعلق العيب بعنصر واحد من عناصر تكوين الشركة: كأن يكون رضا أحد الشركاء مشوبا بعيب من عيوب الارادة (الاكراه، الغلط، التدليس، الغبن) ، أو أن يمتنع أحد الشركاء عن دفع حصته للشركة، فلو كان أحد الشركاء ناقص الأهلية وكان رضاه

[1] سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 202.

معيبا، فإن اصلاح العيب يتم عند موافقة الشريك ناقص الأهلية على إجازة عقد الشركة بعد بلوغه سن الرشد وعندئذ تتحول الشركة الفعلية إلى شركة قانونية.

أما البطلان بسبب عدم تقديم الحصص يمكن تصحيحه بقيام الشريك بتقديم حصته، ويترتب على ذلك تحويل الشركة الفعلية إلى شركة قانونية[1].

ثانيا : الاسباب المباشرة

تنحل الشركة الفعلية إما عن طريق دعوى البطلان (اولا) ، أو إذا توفرت الاسباب القانونية التي تؤدي إلى إنقضاءها (ثانيا).

1- الإنحلال بسبب دعوى البطلان: يعتبر البطلان السبب الرئيسي ولا مباشر لإنقضاء الشركة التجارية الفعلية، فإذا تمسك الغير بحقه في طلبه استنادا للمادة 2/418[2] ق.م.ج

و 2/545[1] ق.ت.ج، فإن القاضي في هذه الحالة ملزم بالاستجابة لهذا الطلب. والبطلان المقصود في هذه الحالة هو البطلان النسبي)في حالة نقص الأهلية أو

[1] سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 204.

[2] تنص المادة 2/418 من ق.م.ج: على أنه: «غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم الا من اليوم... لطلب البطلان".

عيب من عيوب الارادة(، وكذلك في حالة البطلان من نوع خاص. إذا حكم ببطلان الشركة الفعلية، فإن لهذا الحكم حجية مطلقة في مواجهة الجميع.

وبخصوص آثاره في الماضي فإن التصرفات السابقة على صدور حكم البطلان تعتبر صحيحة ومنتجة لكافة آثارها القانونية. أما بالنسبة للمستقبل فإن الشركة الفعلية تمر بمرحلة انتقالية لغاية تسوية أعمال الشركة وتصفية موجوداتها، وبعد انتهاء التصفية تختفي الشركة من الوجود[2].

2- الإنحلال بالأسباب القانونية: يقصد بالأسباب القانونية تلك التي ورد ذكرها في القانون، ولاتي يترتب عليها إنحلال الشركة وهذه الاسباب وإن كانت تتعلق بالشركة القانونية، الا أن ذلك لا يمنع من تطبيقها على الشركة الفعلية، لا سيما تلك التي تنشأ صحيحة ثم تتعرض أثناء حياتها لسبب من أسباب البطلان يجعل وجودها فعليا بعد أن كان قانونيا، أو تلك التي تنشأ باطلة وتمارس نشاطها في واقع الحياة العملية مدة

[1] تنص المادة 2/545 من ق.ت.ج: على أنه :"ال يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء، فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة".

[2] محمد فتاحي، مرجع سابق، ص108.

من الزمن دون أن يظهر تنازع بخصوصها وتستمر على تلك الحالة إلى أن يظهر سببا قانونيا يلجأ فيه الشركاء إلى حل شركتهم[1].

وتنقسم الاسباب القانونية إلى أسباب عامة وأسباب خاصة.

التي أنشأت لأجلها. وفي حالة استمرار عملها رغم انتهاء الميعاد المحدد يعتبر عقد الشركة مجددا تلقائيا سنة فسنة بالشروط ذاتها.

– تحقيق الغرض الذي أنشأت الشركة التجارية لأجله: إذا نشأت الشركة للقيام بغرض معين كإنشاء مساكن ثم انتهت مهمتها، فالشركة تنقضي مباشرة رغم عدم إنقضاء الاجل المحدد لها[2]، هذا ما أقره المشرع الجزائري في نص المادة 437 ق.م.ج[3].

.– هالك مال الشركة أو هالك جزء كبير منه: تنص المادة 438 من القانون المدني الجزائري على:« تنتهي الشركة بهالك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة في استمرارها.»

[1] سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 227.

[2] لقويرة سمير، المعالجة المحاسبية لتصفية الشركات التجارية، مذكرة مقدمة كجزء من متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم المالية والمحاسبية، تخصص: تدقيق محاسبي جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013، ص 23.

[3] المادة 437 من ق.م.ج: "تنتهي بانقضاء الميعاد الذي لها أو بتحقيق الغاية التي أنشأت لأجلها".

وبما أن الحياة التجارية تقوم على أساس الثقة و الائتمان فحماية لهذا، نص المشرع الجزائري في المادة **2/589**، ق.ت.ج على أنه: «في حالة ما أصيبت شركة ذات

المسؤولية المحدودة بخسارة قدرها من رأس مال الشركة يجب حل الشركة» .

تنقضي الشركة بالهالك أيضا إذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئا معينا بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه طبقا للمادة 2/438[1] ق.م.ج. ولتحقق هذا الإنقضاء يشترط أن يكون الشيء الذي تعهد الشريك بتقديمه الزما لحياة الشركة.

– انعدام ركن تعدد الشركاء: إذا اجتمعت الحصص في يد شخص واحد تنقضي الشركة بقوة القانون، حيث لا يجوز تكوين شركة بوجه عام الا بوجود شريكين على الاقل، باستثناءا أجاز المشرع فيما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة بأن تؤسس من شخص واحد[2]، وهذا حسب المادة 564 ق.ت.ج[1].

[1] تنص المادة 2/438 من ق.م.م.ج :على أنه: "وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئا معينا بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء".

[2] معارفية مالية: تصفية الشركات التجارية وقسمتها، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العقود، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2012، ص19.

.– اتفاق الشركاء على حلّ الشركة: قد يتضمن عقد الشركة نصا يقضي بحل الشركة لظروف معينة، وفي هذه الحالة يعمل بالشروط المذكورة وللشركاء متى شاءوا حل الشركة

قبل حلول أجلها، ويشترط لحل الشركة أن تكون قادرة وميسورة على الوفاء بالتزاماتها[2]

و– الحل القضائي وفصل الشريك: يجوز للقاضي أن يحكم بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء في حالة عدم وفاء أحد الشركاء بالتزاماته أو ألسباب خطيرة، وفي حالة خروج أحد الشركاء من الشركة أو إصابة الشركة بخسارة أو فصل الشريك، إذ يحق لكل شريك طلب فصل غيره من الشركاء إذا وجدت أسباب مقبولة لذلك.

ب– الاسباب الخاصة:

– موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إفلاسه: نصت المادة 439 ق.م.ج على إنقضاء الشركة بسبب موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو بسبب إعساره أو إفلاسه،

[1] تنص المادة 1/564 ق.ت.ج:على أنه: "تأسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر الا في حدود ما قدموه من حصص".

[2] عيساني كهينة، عاشور وسيلة، "تصفية الشركات التجارية في القانون الجزائري"، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية 2017، ص 15.

لان شركة الاشخاص قائمة على أساس الاعتبار الشخصي، وبالتالي فزولا هذه الشخصية يؤدي إلى

إنحلال الشركة، غير أنه يجوز الاتفاق في حالة موت أحد الشركاء على استمرار [1] الشركة مع الورثة حتى ولو كان قاصرًا.

– انسحاب أحد الشركاء: تقضي المادة 440[2] من ق.م.ج بانتهاء الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير محدودة وذلك بمجرد إعلان رغبته في الانسحاب. غير أن الشريك لا يمكنه استعمال هذا الحق الا إذا توفرت بعض الشروط، كأن يعلن الشريك مسبقا عن إرادته للانسحاب على أن يمنح لباقي الشركاء مهلة كافية لتدبير الامر وفقا لمبدأ حسن النية.

كما يجب أن يكون الانسحاب على حسن النية، وأن يكون في وقت مناسب فال يصح الانسحاب الذي يشوبه غشا، وللقاضي السلطة التقديرية في هذا المجال[3].

[1] عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص 110.

[2] راجع المادة 440 من القانون المدني الجزائري.

[3] عمورة عمار، شرح القانون التجاري الجزائري، طبعة جديدة ومنقحة، دار المعرفة، الجزائر، 2000، ص 164.

الفرع الثاني : تصفية الشركة الفعلية وقسمتها

متى توقفت الشركة عن نشاطها استلزم الامر تصفيتها، وقد أكد الفقه والقضاء ضرورة تصفية الشركة الباطلة بصرف النظر عما إذا نشأ عن هذا البطلان شركة فعلية أم التجاري على ذلك ، ويفترض عند التصفية وجود ذمة مالية للشركة الفعلية مستقلة عن الذمة المالية الخاصة بالشركاء، إذ أن القول بانعدام الذمة المالية للشركة يترتب عليه عدم وجود قانوني وفعلي وبالتالي لا توجد تصفية.

وعليه بمجرد إنقضاء الشركة الفعلية تدخل في مرحلة التصفية (فرع أول) ، فالتصفية إجراء وجوبي يطبق على كافة الشركات التجارية ما عدى شركة المحاصة [1]، وتتم وفق عمليات وإجراءات خاصة (فرع ثاني).

اولا : تصفية الشركة الفعلية

يقصد بالتصفية القيام بمجموعة من الاعمال التي من شأنها تحديد ما للشركة من حقوق لدى الشركاء والغير للمطالبة بها بالإضافة إلى ما عليها من ديون اتجاه

[1] باستثناء شركة المحاصة: لا تخضع هذه الشركة لقواعد تصفية الشركات عند انحلالها لان التصفية تعني تسوية مركز الشركة من حيث كونها دائنة ومدينة، لذا فإنها تنتهي عن طريق المحاسبة بتقديم حساب من المدير أو الشركاء، عما قاموا به من أعمال لحساب الشركة. لمزيد من التفصيل. راجع سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سابق، ص 230 .

الغير، أي التسوية لجميع العمليات التي باشرتها الشركة طولا وجودها بالتالي ا ل يمكن تصور قيام الشركة ما لم تمارس شيئا من نشاطها[1].

ونظرا لاختلاف طبيعة عالقة الشركة بالنسبة للشركاء وبالنسبة للغير، سنتناول القواعد الخاصة بتصفية العلاقات فيما بين الشركاء (اولا) ، ثم القواعد الخاصة بتصفية العلاقات بين الشركة والغير (ثانيا)[2].

1- القواعد الخاصة بتصفية العلاقات فيما بين الشركاء الفعليين: متى حكم على الشركة بالبطلان، جاز لكل شريك المطالبة باسترداد حصته ولا يكون ذلك الا بعد تطبيق قاعدة

توزيع الارباح والخسائر ذلك أن استرداد الحصة سالمة من الخسارة ومجردة من الربح لا يكون الا بالنسبة لناقص الأهلية أو الشريك الذي فسد رضاه دون غيره[3].

[1] سليمان بوذياب، مبادئ القانون التجاري، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 237.

[2] رابح عليوة، مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص105.

[3] سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 274.

ومتى كان سبب البطلان هو تخلف الشهر، فإنه يتبع في التصفية في توزيع الارباح وتحمل الخسائر على الشركاء، الشروط المتفق عليها في عقد الشركة وذلك لان العيب الذي شاب العقد الحق في الحقيقة لاتفاق الشركاء صحيح.

الا أنه إذا كانت الشركة باطلة لسبب آخر كعدم مشروعية المحل أو السبب فال يجوز أن تتم التصفية طبقا للقواعد الواردة في عقد الشركة. وتجدر الاشارة إلى أنه في حالة انعدام النص على طريقة التصفية في العقد التأسيسي للشركة، فإن القضاء يميل إلى الاعتماد على الارادة الجماعية للشركاء التي يجب على القاضي استخلاصها والكشف عنها، وعند الاستحالة يلجأ إلى تطبيق القواعد العامة للتصفية.

مهما يكن فإنه تصفية الشركات الفعلية بصفة عامة ولعلاقات التي نشأت بين الشركات تخضع لذات القواعد العامة التي تخضع لها تصفية الشركات القانونية[1].

2- القواعد الخاصة بتصفية العلاقات بين الشركة والغير: يقصد بالغير الاشخاص الذين تهمهم التصفية أي دائنو الشركة والدائنين الشخصيين للشركاء.

[1] رابح عليوة، مجال تطبيق الشركة الفعلية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 106.

إن اختلاف مصالح دائنو الشركة يتطلب من البعض التمسك بصحة الشركة، بينما البعض الاخر يتمسك ببطلانها، والسؤال الذي يطرح نفسه ما هي القواعد التي تتم بها التصفية طبقا لحق الاختيار الممنوح له؟

في حالة تمسك دائنو الشركة ببقائها اعتبرت هذه الاخيرة صحيحة، كما لو كانت شركة قانونية، وبالتالي تطبق عليها قواعد الإنحلال فيستطيع دائنو الشركة الحصول على حقوقهم عن طريق الدعوى المباشرة.

أما في حالة تمسك دائنو الشركة ببطلانها فتنصرف آثره إلى الماضي فتنهار الشركة وينهار معها عقدها، ويترتب على ذلك انعدام الكائن المعنوي كأثر مباشر للبطلان، وتتحول الشركة إلى كتلة مالية، يستخرج منها حصص الشركاء وترد إليهم[1].

ثانيا :عمليات التصفية الخاصة بالشركة الفعلية

إذا كانت تصفية الشركة الفعلية تخضع عموما لنفس القواعد العامة التي تخضع لها تصفية الشركات القانونية، الا أن عمليات التصفية تتميز بخصائص محددة

[1] سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 276.

كتعيين المصفى، وتحديد سلطاته(اولا) ، وتحقيق الاصول وتسوية الخصوم (ثانيا)، والقسمة (ثالثا).

1- تعيين المصفى وتحديد سلطاته: متى حكم على الشركة بالبطلان فإن للمحكمة تعيين المصفى وتحديد طريقة التصفية، وبالنسبة للشركة الفعلية يتم تعيين المصفى من قبل المحكمة التي قررت بطلان الشركة[1].

يتمتع المصفى بذات سلطات التي يتمتع بها المصفى في الشركات القانونية التي يتم تصفيتها، فهو ممثلا للشركة ولمجموع الدائنين إذ أن أمولا الشركة التي تنتقل إليه تتم على هذا الأساس. فعادة لا يحدد القانون سلطات المصفي من حقوق وواجبات تفرضها عملية التصفية.

2- تحقيق الاصول وتسوية الخصوم: بما أن الهدف من التصفية هو تحقيق موجودات الشركة وتوزيع حصيلتها بعد بيعها واستفاء ما للشركة من حقوق وديون، استلزم الامر على المصفي تحصيل ديون الشركاء دون أن يكون لهؤلاء الحق في التمسك بعيب الشركة للتخلص من التزاماتهم ولا يجوز لهم استرجاع حصصهم الا إذا كان أحد

[1] لمزيد من التفاصيل، راجع عمورة عمار، مرجع سابق، ص 166.

الشركاء ناقص الأهلية، ونفس الحكم ينطبق على الغير فيحق له المطالبة بالديون التي للشركة.

أما عن تسوية الخصوم فعلى المصفي أن يقوم بتسديدها على الشركة من ديونها لدى الغير[1].

ثالثا: القسمة

هي الهدف لانهائي في التصفية بعد تسديد ما على الشركة من ديون وتتم القسمة بين الشركاء بالطريقة المبينة في العقد التأسيسي للشركة أي وفقا لما اتفق عليه الشركاء، أما في حالة عدم الاتفاق على كيفية إجراء القسمة بينهم أو إذا تعذر تطبيق بنود العقد بسبب مخالفتها للقانون، تجري القسمة طبقا لأحكام القانون[2].

في حالة عدم كفاية صافي مال الشركة للوفاء نعود على حصص الشركاء، وتوزع عليهم الخسارة جميعا بالنسبة لرأس المال تطبيقا للقواعد العامة. وعند الانتهاء

[1] رابح عليوة، نظرية الشركة الفعلية و تطبيقاتها في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص185.

[2] لمزيد من التفصيل، راجع عمورة عمار، مرجع سابق، ص 172.

من عملية التصفية ويتبين أن الشركة الفعلية معسرة وجب شهر إفلاسها وتخضع في ذلك لنفس الاجراءات الخاصة بإفلاس الشركات القانونية[1].

[1] رابح عليوة،مرجع نفسه، ص165.

خاتمة

خاتمة:

الشركة الفعلية هي الشركة التي تباشر نشاطها رغم اختلال أحد أركانها، ويتعامل الغير معها على اعتبارها شركة صحيحة، ونظرية الشركة التجارية الفعلية نظرية قضائية المنشأ، حيث ابتكرها القضاء الفرنسي كتقنية قانونية لحماية الغير حسن النية المتعامل مع

الشركة، وبينت الدراسات أن المشرع الجزائري متأثر بالمشرع الفرنسي الذي اعترف بنظرية

الشركة التجارية الفعلية لفوائدها النظرية والعملية، غير أن القضاء الجزائري لا يزال متردد إزاء هذه النظرية بالرغم من رسوخها في أغلب التشريعات المقارنة، فلم يخص المشرع الجزائري الشركة الفعلية بتنظيم قانوني معين كما هو الحال في التشريع الفرنسي الذي تعرض لهذه الشركة بصورة صريحة في نصوص قانونية.

من خلال دراستنا لموضوع الشركة الفعلية في التشريع الجزائري توصلنا إلى النتائج

التالية:

-يمكن تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالبطلان على عقد الشركة بشخصها المعنوي لان ذلك يرتب نتائج سلبية عديدة بسبب ما ينطوي عليه من إنكار وتجاهل لحقائق وجدت بالفعل في الفترة السابقة على البطلان و المتمثلة بعلاقات الشركة مع الغير.

-البد من الإعتراف بصحة الاعمال التي قامت بها الشركة في الماضي قبل تقرير بطلانها تأييدا لوجودها الفعلي وحفاظا على حقوق المتعاملين معها.

-إن الشركة الفعلية توجد في الواقع ولابد من الإعتراف بها حفاظا على قواعد العدالة، وأساسها نص المادة 418 من القانون المدني الجزائري والمادة 545 قانون تجاري جزائري.

-ترجع أسباب قيام الشركة الفعلية في أغلب حالاتها إلى بطلانها، بيد أن هذا الاختلال في الشكل لا يلاحظ، وتمارس الشركة نشاطها وعلاقاتها مع الغير، ثم يتضح بعد ذلك العيب في الركن المذكور وعندئذ توجد الشركة الفعلية.

-إن جميع أنواع الشركات سواء كانت شركات أشخاص أو شركات أمولا قابلة في التشريعات القانونية "الفرنسي- الجزائري" لان تكون شركة فعلية إن توافرت فيها عوامل قيام

الشركة المذكورة ما عدى شركة المحاصة، فال يمكن تصور شركة محاصة فعلية لان صفة الاستتار التي تتميز بها شركة المحاصة تتنافس مع المظهر العام الذي هو من عوامل قيام الشركة الفعلية.

-قد تقوم الشركة الفعلية في حالات غير حالات البطلان الاعتيادية، إذ لا يمكن اعتبار حل الشركة الفعلية شركة باطلة، ذلك أن هناك حالات استخلص القضاء المقارن منها وجود شركة فعلية مستند ًا في ذلك إلى أسباب أخرى خالف البطلان كحالة استمرار الشركاء كلهم أو بعض منهم في ممارسة نشاط الشركة بعد حلها وإنقضاءها.

-كذلك حالة ممارسة الشركة لنشاطها ولم تتم إجراءات تأسيسها، وتنتهي الشركة الفعلية إما بعوامل الإنقضاء العامة للشركة القانونية أو بتحويلها إلى شركة

قانونية صحيحة وذلك عن طريق إزالة العيب الذي لحقها، وعندئذ تستمر بممارسة نشاطها كشركة قانونية.

-تسري على الشركة الفعلية جميع الاحكام الخاصة بالتصفية عموما والمتعلقة بالشركات القانونية.

-يمكن شهر إفلاس الشركة الفعلية (إذا تم شهر إفلاسها) خلال فترة التصفية، ترفع عندئذ يدها على أمولاها، وموجوداتها وتعامل معاملة الشركة المنقضية إنقضاءا طبيعيا.

وفي الاخير نرى ضرورة العمل على استمرار الشركة الفعلية في الحياة القانونية من جديد، وذلك بتحويلها إلى شركة قانونية عن طريق اصلاح العيب الموجود فيها، وبذلك تظل جميع التزاماتها صحيحة في مواجهة الغير، ونقترح أن يأخذ المشرع الجزائري بأحكام وقواعد الشركة الفعلية التي استقر عليها القضاء والتشريع الفرنسي، إذ من الافضل أن تجد الشركة حلولا جاهزة وثابتة ومستوفاة من القانون.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

I- الكتب:

1. أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، د.د.ن، الجزء الثاني، ط 2، الجزائر، 1980.

2. أسامة نائل المحيسن، الوجيز في الشركات التجارية و الافلاس، ط 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2009.

3. إلياس ناصف الاحكام العامة للشركة، الجزء الأول، د.د.ن، لبنان، 1994.

4. بلعيساوي محمد الطاهر، (الشركات التجارية لانظرية العامة وشركة الاشخاص) ، الجزء الأول، دار العلوم للنشر و التوزيع، د.ب.ن، د.س.ن.

5. براهيم سيد أحمد، العقود و الشركات التجارية، ط 1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1999.

6. بيارميل طوبيا، الشركة المنشأة بصورة فعلية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، لبنان،

.2009

7. جمال محمود الحمودي، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية، دار وائل للنشر و التوزيع ،د.ب.ن، د.س.ن.

8. سعيد يوسف البستاني، قانون الاعمال و الشركات ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،

.2004

9. سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،

.2011

10. سليمان بوذياب، مبادئ القانون التجاري، ط 1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، 2008.

11. عبد الفضيل محمد أحمد، الشركات التجارية "الاموال – الاشخاص"، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، د.ب.ن ، 2011.

12. عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.

13. عمورة عمار، شرح القانون التجاري الجزائري، طبعة جديدة ومنقحة، دار المعرفة، الجزائر، 2000.

14. فتيحة يوسف، المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية، دار الغرب للنشر و التوزيع، تلمسان، د.س..ن.

15. مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي ولاوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، د.س.ن.

16. مراد منير فهمي، القانون التجاري، دار الجامعية للطبع و النشر ، بيروت، 1984.

17. نسرين شريقي، الشركات التجارية، ط1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.

18. نادية فوضيل، أحكام الشركة، طبقا للقانون التجاري الجزائري، ط 7، دار هومة للطبع و النشر ، الجزائر، 2008.

II- المذكرات الجامعية:

اولا: ماجستير.

1. عليوة رابح، نظرية الشركة الفعلية "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة عنابة،1992.

ثانيا: ماستر.

1. بن عاشور عيدة، شابوني كريمة، تأسيس شركة المساهمة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

2. عيساني كهينة، عاشوري دليلة ، تصفية الشركات التجارية في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2016- 2017.

3. لقويرة سمير، المعالجة المحاسبية لتصفية الشركات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم المالية والمحاسبية، تخصص: تدقيق محاسبي جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013.

4. معارفية مالية: تصفية الشركات التجارية وقسمتها، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العقود، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011- 2012.

III- المقالات:

1. حلو عبد الرحمان أبو حلو، محمد حسين يشايرة، "مفهوم الشركة الفعلية ونطاق تطبيقها: دراسة مقارنة"،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، د.س.ن،ص.ص 49-81.

2. عليوة رابح، "نظرية الشركة الفعلية وتطبيقاتها في القانون الجزائري"، مجلة العلوم القانونية، جامعة برج باجي مختار، عنابة، د.س.ن،ص.ص 171-186.

3. عليوة رابح، "مجال تطبيق نظرية الشركة الفعلية في القانون الجزائري"، مجلة تواصل العلوم الانسانية و الاجتماعية، كلية الحقوق برج باجي مختار، عنابة عدد 28 جوان، 2011،ص.ص95-109.

4. محمد فتاحي، الشركة التجارية الفعلية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الجزائر، 2010،ص.ص -110. 97

VI- النصوص القانونية:

1. قانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم حسب آخر تعديل، قانون رقم 07-05 مؤرخ في 2007، الجريدة الرسمية، عدد 31، 2007.

2. الامر رقم 75 - 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم حسب آخر تعديل للقانون رقم 15-20 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015، جريدة رسمية 71 مؤرخة في 30 ديسمبر 2015.

VII- القرارات القضائية:

1. قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1985/06/15،"يتعلق بالشركة التجارية-بطلان العقد-أثاره بين الشركاء-الشركة الفعلية"، مجلة قضائية، عدد 04، 1989.

2. قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1980/12/20، المجلة القضائية، عدد 04، 1989.

3. قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1997/03/18، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص.

الفهرس

الفهرس

الشكر و الاهداء.....Erreur ! Signet non défini

مقدمة:..... أ

الفصل الأول: ظهور الشركة الفعلية واسس قيامها

المبحث الأول :ظهور الشركة الفعلية..... **4**

المطلب الأول : مفهوم الشركة الفعلية **4**

الفرع الأول : نظرية الشركة الفعلية..... **5**

الفرع الثاني :تعريف الشركة الفعلية..... **7**

المطلب الثاني :مقارنة بين الشركة الفعلية والشركات الاخرى **8**

الفرع الأول : تمييز الشركة الفعلية عن الشركة المنشأة من الواقع **8**

الفرع الثاني : تمييز الشركة الفعلية عن شركة المحاصة..... **9**

الفرع الثالث : تمييز الشركة الفعلية عن الشركة في طور التأسيس **10**

المبحث الثاني :أسس قيام الشركة الفعلية.....11

المطلب الأول : الأساس القانوني.....12

المطلب الثاني : الأساس المعنوي.....15

الفصل الثاني : النظام القانوني للشركة الفعلية

المبحث الأول :نطاق تطبيق الشركة الفعلية.....21

المطلب الأول: حالات الإعتراف بوجود الشركة الفعلية في القانون الجزائري 21

الفرع الأول : البطلان المؤسس لعدم مراعاة الشروط الشكلية 22

الفرع الثاني : البطلان بسبب نقص الأهلية أو عيوب الرضى.....23

المطلب الثاني: حالات عدم الإعتراف بوجود الشركة الفعلية في القانون الجزائري ...25

الفرع الأول: البطلان المؤسس على تخلف أركان الموضوعية الخاصة.....25

الفرع الثاني : البطلان لعدم مشروعية الموضوع أو السبب.....26

المبحث الثاني :إنقضاء الشركة الفعلية.....28

المطلب الأول: تحويل الشركة الفعلية إلى شركة قانونية.....28

المطلب الثاني :إنحلال الشركة الفعلية 38

الفرع الأول : أسباب إنحلال الشركة الفعلية.....38

الفرع الثاني : تصفية الشركة الفعلية وقسمتها.....46

خاتمة 42

قائمة المراجع.....47