الشركة التجارية الفعلية في التشريع الجزائري

بقلم
د/ محمد فتاحي
أستاذ محاضر بجامعة أدرار الجزائر

❖❖❖❖❖❖❖

ملخص:

عالجت الدراسة نظرية الشركة التجارية الفعلية في القانون الجزائري، وبينت أوجه التفرقة بين الشركة التجارية الفعلية وبعض النظم القانونية التي قد تلتبس بها، كشركة المحاصة والشركة المنشأة من الواقع، والشركة في مرحلة التأسيس.

كما تناولت الدراسة موقف المشرع الجزائري من النظرية والتي اعترف بها كما عالجت موقف القضاء الجزائري المتردد من نظرية الشركة التجارية الفعلية.

وأخيرا تناولت الدراسة مجال تطبيق نظرية الشركة التجارية الفعلية، وبينت النتائج القانونية المترتبة على الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة وكيفية انقضاؤها وتصفيتها.

Abstract:

The study has treated the theory of the facto commercial company according to the Algerian law. It similarly distinguishes the defining juristic characteristics of de facto commercial company from other kinds of corporations like the ones already practicing and startups.

The study has also considered the Algerian law maker's theoretical position from the facto commercial company theory which he has confessed with, and it has regarded his hesitancy towards it.

Eventually, the study has tackled the extent to which the facto commercial company can function, the consequences from fully acknowledging its existence and the ways in which it can be legally dissolved.

مقدمة:

تعتبر الشركة التجارية الإطار القانوني الذي يحتضن المشروعات الصناعية والتجارية لما يتميز به نظامها القانوني من خصائص، لعل أهمها تمتعها بالشخصية المعنوية وما ينتج عنه من استقلال ذمة الشركة عن ذمم الشركاء.

ويلزم لتكوين عقد الشركة التجارية الأركان الموضوعية العامة المعروفة في نظرية العقد بالإضافة إلى الأركان الخاصة بعقد الشركة، وهي تعدد الشركاء وركن تقديم الحصص، وركن توزيع الأرباح والخسائر وركن الاشتراك بالإضافة إلى الأركان الشكلية.وبناءاً على ذلك، ظهرتْ الحاجة إلى الانتقالِ من نظامِ إدارة محلّيّة تسيطرُ فيه المجالس المحلّيّة المنتخبة إلى نظامِ إدارة محليّة يُشاركُ فيه المجتمع المدنيِّ و القطاع الخاص في تحملِ المسّئوليّات والسّلطات والموارد، إلى جانبِ هذه المجالس.

وتخلف هذه الأركان تؤدي إلى بطلان عقد الشركة التجارية بحيث يعاد الشركاء إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، ولكن تطبيق الأثر الرجعي للبطلان قد يضر بحقوق الغير الذي تعامل مع الشركة وهو حسن النية، ولتفادي مثل هذا الوضع كرس القضاء الفرنسي نظرية الشركة التجارية الفعلية.

وهذه الدراسة تبحث في نظرية الشركة التجارية الفعلية مجيبة على الإشكالية التالية: **متى تعتبر الشركة التجارية شركة فعلية وليست قانونية؟**

للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدت على المنهج التحليلي في ضوء خطة مكونة من مبحثين الأول عنوانه مفهوم نظرية الشركة التجارية الفعلية قسم إلى ثلاثة مطالب الأول يعالج نشأة نظرية الشركة التجارية الفعلية والثاني يميز الشركة التجارية الفعلية عن بعض النظم التي قد تتشابه معها والثالث عالج موقف المشرع الجزائري من نظرية الشركة التجارية الفعلية.

أما المبحث الثاني فعنوانه مجال تطبيق نظرية الشركة التجارية الفعلية وقسم إلى ثلاثة مطالب الأول عالج بطلان عقد الشركة التجارية والثاني عالج المظهر الخارجي للشركة التجارية الفعلية والثالث تناول آثار الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة التجارية الفعلية.

المبحث الأول

مفهوم نظرية الشركة التجارية الفعلية

يقتضي تحديد مفهوم الشركة التجارية الفعلية أن نبين نشأة هذه النظرية من جهة، ومن جهة أخرى نميزها عن النظم القانونية التي قد تلتبس بها، ومن ناحية ثانية نبين موقف المشرع والقضاء الجزائريين من النظرية على النحو التالي:

المطلب الأول

نشأة الشركة التجارية الفعلية

لا خلاف على أن نظرية الشركة التجارية الفعلية هي نظرية من ابتكار القضاء الفرنسي ولقد آزره الفقه[1] في تخصيب وتطوير هذه النظرية حتى وصلت إلى القوانين الحديثة على النحو الذي هي عليه الآن.

والقاعدة أنه إذا تم إبطال عقد الشركة التجارية فيكون للبطلان أثر رجعي طبقا للقواعد العامة في نظرية العقد، أي إعادة الشركاء إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد.

ولكن تطبيق هذه القاعدة في مجال الشركات التجارية أدى إلى نتائج ضارة لعل، أهمها الإضرار بالغير حسن النية الذي تعامل مع الشركة على أنها صحيحة [2]، ولتفادي مثل هذه النتائج السيئة اجتهد القضاء في وضع نظرية تسمى بنظرية الشركة الفعلية[3].

ويعد قرار محكمة النقض الفرنسية[4] سنة 1791م النواة الأولى لفكرة الشركة التجارية الفعلية، حيث قالت المحكمة(أن الشركة التي تقيد في السجل التجاري تعتبر باطلة ولكن البطلان لا يمكن الاحتجاج به على الغير لعدم تسببه في البطلان ولأن البطلان يؤدي إلى الإضرار بهم)، فهذا القرار يعد استثناءا واضحا على عدم إعمال الأثر الرجعي للبطلان كما هو معروف في نظرية العقد.

وبعد هذا القرار وفي سنة 1825م استعمل لأول مرة مصطلح شركة فعلية من قبل محكمة باريس[5] حيث رفضت في قرار لها إعمال الأثر الرجعي للبطلان بخصوص شركة تجارية تأسست دون كتابة ودون إشهار، واعتبرت المحكمة الأعمال التي قامت بها الشركة قبل الحكم ببطلانها أعمالا صحيحة على أساس الوجود الواقعي للشركة.

وبصدور قانون الشركات التجارية الفرنسي سنة 1966[6] والذي نتج عنه توحيد أحكام الشركات التجارية المختلفة، كما كرس قاعدة جوهرية وهي عدم اكتساب الشركات التجارية الشخصية المعنوية إلا من تاريخ القيد في السجل التجاري[7]،كما اعترف المشرع الفرنسي صراحة بالشركة التجارية الفعلية ونظمها بنصوص صريحة[8].

المطلب الثاني

تمييز الشركة التجارية الفعلية عن بعض النظم القانونية المشابهة

قد يلتبس بفكرة الشركة التجارية الفعلية بعض النظم القانونية المشابهة كالشركة المنشاة من الواقع وشركة المحاصة والشركة تحت التأسيس وهو ما نوضحه على النحو التالي:

الفرع الأول: الشركة التجارية الفعلية والشركة المنشاة من الواقع

وهذه التفرقة لها أهميتها خاصة في ظل القانون الفرنسي حيث درج الفقه الفرنسي على التفرقة بين الشركة التجارية الفعلية والشركة المنشاة من الواقع.فالشركة التجارية الفعلية هي في الأصل شركة اتجهت إدارة الأفراد إلى تكوينها من خلال إبرام عقد الشركة والاتفاق على جميع مسائل العقد [9] غير أنه توافر أحد الأسباب التي تهدد عقد الشركة بالزوال.

كما أن الشركة التجارية الفعلية وحسب ما يقرره الفقه [10] تتمتع بالشخصية المعنوية في الفترة بين تكوينها إلى وقت الحكم ببطلانها وأثناء التصفية، أما الشركة المنشأة من الواقع فهي شركة لا تستند إلى عقد اتجهت إرادة الأفراد إلى تكوينه وإنما هي حالة واقعية لشركة تجارية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الشركة المنشأة من الواقع لا تتمتع بالشخصية المعنوية وبالتالي لا تخضع لنظام الإفلاس[11].

ومن أمثلة الشركات المنشأة من الواقع في القانون الفرنسي أن تساعد الزوجة زوجها في أعماله التجارية وبعد وفاته تدعي أن هناك شركة من صنع الواقع كانت تربطها بزوجها لتحصل على حقها من الأرباح وحقها في فائض التصفية[12].

وعلاقة الخليل بخليلته في ظل القانون الفرنسي فبعد حل هذه العلاقة يدعي كل منها وجود شركة بينهما لتصفية ما بينهما من أموال وقسمة الأرباح الناتجة عن نشاطهم المشترك[13]. ومما تجدر الإشارة إليه أن الشركات المنشأة من الواقع أخضعها المشرع الفرنسي لأحكام شركة المحاصة[14].

الفرع الثاني: الشركة التجارية الفعلية وشركة المحاصة

إن شركة المحاصة هي شركة صحيحة لها وجود قانوني ولكن فقط بين الشركاء لوجود خاصية الاستتار والخفاء، كما أن شركة المحاصة معفاة من الأحكام الشكلية (الكتابة والقيد والنشر)[15] ولذلك فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، وليست لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء ولا تخضع لإجراءات التصفية.

أما الشركة التجارية الفعلية فكما سبق القول هي شركة اتجهت إرادة الأفراد إلى تكوينها ولكن تم إغفال الإجراءات الشكلية (الكتابة والقيد والنشر) مما يهدد الشركة بالزوال.

تجدر الإشارة إليه أنه قد تتحول شركة محاصة إلى شركة واقع إذا ظهرت إلى العيان وفي هذه الحالة تطبق عليها أحكام الشركة الفعلية[16] من حيث التصفية وغيرها من الأحكام التي سوف نبينها في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

الفرع الثالث: الشركة التجارية الفعلية والشركة تحت التأسيس

الشركة تحت التأسيس هي شركة اتجهت إرادة الأفراد إلى تكوينها من خلال قيام المؤسسين بإبرام عقد الشركة والاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد، غير أن إجراءات التأسيس لم يتم استكمالها كالقيد والنشر ولكن نية الشركاء تقصد استكمالها.

والفوارق الجوهرية بين الشركة في مرحلة التأسيس والشركة التجارية الفعلية، فالأولى نجد أنّ جل التشريعات لا تعترف لها بالشخصية المعنوية في هذه المرحلة[17]، بخلاف الشركة الفعلية فهي شركة تتمتع بالشخصية المعنوية.

ومن ناحية أخرى فأن الشركة تحت التأسيس يمثلها المؤسسون ويتحملون المسؤولية بالتضامن[18]. أما الشركة التجارية الفعلية فانه يمثلها جهات الإدارة و تسال الشركة كشخص معنوي في مواجهة الغير كقاعدة عامة.

وأخيرا فإن الشركة تحت التأسيس لا تخضع للتصفية ولا تخضع لنظام الإفلاس بخلاف الشركة الفعلية التي يمكن تصفيتها وتخضع لنظام الإفلاس.

المطلب الثالث

موقف المشرع الجزائري من نظرية الشركة التجارية الفعلية

أسوة بالمشرع الفرنسي[19] فقد اعترف المشرع الجزائري بنظرية الشركة التجارية الفعلية، ويتجلى ذلك في نص المادة 418 [20] التي تنص على أنه (يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد.

غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغبر ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من يوم الذي يقوم فيه أحدهم يطلب البطلان).

فمن خلال هذا النص فقد رتب المشرع البطلان في حالة عدم كتابة عقد الشركة، غير أنه لم يجعل للبطلان أثرا رجعيا كما هو الحال في نظرية العقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد أعطى المشرع للغير[21] الحق في التمسك بالبطلان في مواجهة الشركاء، ومنع الشركاء من التمسك بالبطلان في مواجهة الغير وإن كان أجاز لهم التمسك بالبطلان في مواجهة بعضهم البعض. وهذا النص يطبق على الشركات التجارية أيضا باعتباره من القواعد العامة.

وفي نطاق القانون التجاري فقد كرس المشرع أيضا نظرية الشركة التجارية الفعلية ويتجلى ذلك من نص المادة 545 التي تنص على أنه (تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة.

لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يجاوز أو يخالف مضمون عقد الشركة.

يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الإقصاء).

فهذا النص على الرغم من اشتراطه الكتابة الرسمية لصحة عقود الشركات التجارية، إلا أنه لم يجعل للبطلان أثر رجعي، ذلك أن المشرع أعطى للغير حق إثبات وجود الشركة التجارية بكافة طرق الإثبات، ومن ناحية ثانية لم يجز المشرع للشركاء إثبات وجود الشركة فيما بينهم إذا تجاوز أو خالف مضمون عقد الشركة[22].

يضاف إلى ما سبق نص المادة 734 تجاري جزائري التي تنص على أنه (يطلب في شركات التضامن وإلا كان باطلا إتمام إجراءات النشر الخاصة بالعقد والمداولة حسب الأحوال، دون احتجاج الشركاء والشركة تجاه الغير بسبب البطلان. غير انه يجوز للمحكمة ألا تقضي بالبطلان الذي حصل إذا لم يثبت أي تدليس).

فهذا النص صريح على أنه إذا لم يتم نشر عقد شركة التضامن فإنه يكون باطلا ولكن لا يجوز للشركاء والشركة الاحتجاج اتجاه الغير بهذا البطلان كما لم يعط المشرع للمحكمة الحق في القضاء بالبطلان من تلقاء نفسها.

المطلب الرابع

موقف القضاء الجزائري من نظرية الشركة التجارية الفعلية

بالرغم من رسوخ نظرية الشركة الفعلية في التشريعات المقارنة[23]واعتراف القضاء الفرنسي قديما وحديثا بهذه النظرية، واعتراف القضاء في معظم الدول العربية[24] بنظرية الشركة التجارية الفعلية وتأييد الفقه[25] لها، إلا أن القضاء الجزائري لا يزال مترددا اتجاه نظرية الشركة التجارية الفعلية وأساس ذلك أن هناك بعض الاجتهادات تنكرها صراحة والبعض الأخر يعترف بها صراحة.

أولا: الاجتهادات الرافضة لفكرة الشركة التجارية الفعلية.

يعد القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1997/03/18 من بين القرارات الرافضة لنظرية الشركة الفعلية فقد جاء فيه (من المستقر عليه قانونا أن إنشاء وإثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع قرروا بأن الشركة المدعى إنشاؤها لم تثبت قيامها بعقد رسمي واستبعدوا الوثائق الموجودة بين الطرفين لأن القانون صريح باشتراطه الشكلية في تأسيس الشركة تحت طائلة البطلان فإنهم أسسوا قرارهم تأسيسا قانونيا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن)[26].

فهذا القرار يرفض نظرية الشركة الفعلية بالاستناد إلى أن الشكلية من النظام العام حسب للمادتين 418 مدني جزائري و545 تجاري جزائري.

ومع تقديرنا لهذا الاجتهاد إلا أننا ننتقده من وجهين، فمن الوجه الأول إن المادة 418 مدني جزائري وإن كانت رتبت البطلان على عدم كتابة عقد الشركة، إلا أن الفقرة الثانية من المادة السابقة لم تجعل للبطلان أثرا رجعيا مما يعني أنه لا يتعلق بالنظام العام، بخلاف ما ذهبت إليه المحكمة العليا، يضاف إلى ما سبق فإن هذه الفقرة وضعت أحكام خاصة بالبطلان سواء في علاقة الشركاء في مواجهة الغير أو في علاقة الشركاء فيما بينهم.

فالشركاء لا يحق لهم التمسك بالبطلان في مواجهة الغير أما الغير فيستطيع التمسك بالبطلان في مواجهة الشركاء ومن الوجه الثاني وبخصوص المادة 545 فإنها أيضا صريحة في أن البطلان لا يتعلق بالنظام العام لأن المشرع أعطى الحق للغير أن يتمسك بوجود الشركة التجارية في مواجهة الشركاء بكافة طرق الإثبات وهو اعتراف من المشرع بالوجود الواقعي للشركة التجارية.

كما أن القرار الصادر عن المحكمة العليا[27] المؤرخ في 1990/12/20 هو أيضا رفض الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة التجارية حيث جاء فيه (من المستقر عليه قانونا إن إنشاء وإثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم لإثبات وجود الشركة على عقد عرفي وشهادات الشهود يكونوا قد خرقوا المادة 418 م ج التي تشترط أن يكون عقد الشركة عقدا رسميا وإلا كان باطلا وكذلك المادة 545 ت ج التي تنص بأنه لا يمكن إثبات الشركة إلا بموجب عقد رسمي.ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه).

ومع تقديرنا لهذا الاتجاه إلا أننا ننتقده من وجهين ، فمن الوجه الأول إن المادة 418 التي يستند إليها القرار لا تشير إلى نوع الكتابة في إثبات عقد الشركة، وإنما قال المشرع يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا، والكتابة قد تكون رسمية وقد تكون عرفية هذا من جهة، ومن جهة أخرى وبفرض أن الكتابة المقصودة هي الرسمية، فإن المشرع في الفقرة الثانية من المادة 418 لم يرتب البطلان المطلق فهو بطلان من نوع خاص.

ومن الوجه الثاني فإن المادة 545 تجاري جزائري وإن كان صحيحا أنها تشترط في عقود الشركات التجارية الرسمية إلا أن المشرع أجاز للغير إثبات وجود الشركة بكافة وسائل الإثبات وهذا اعتراف من المشرع بالوجود الواقعي للشركة التجارية.

ثانيا: الاجتهادات التي تعترف بالوجود الواقعي للشركة التجارية.

يعد القرار الصادر عن المحكمة العليا[28] المؤرخ في 1985/06/15 من القرارات التي اعترفت بنظرية الشركة الفعلية حيث جاء فيه (متى كان من المقرر قانونا أنه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا غير أنه لا يجوز

أن يحتج الشركاء بهذا البطلان في مواجهة الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من يوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

إذا كان الثابت أن البطلان لا يكون له أثر فيما بين الشركاء فكان على الطاعن... فإن المجلس القضائي لما قضى بإبطال الدعوى مع وجود شركة فعلية غير منازع فيها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق أحكام المادة 418 من القانون المدني...).

فهذا القرار استعمل مصطلح شركة فعلية بالاستناد إلى أحكام المادة 418 وهو قضاء سليم بنظرنا.

كذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا [29] والمؤرخ في 2005/11/09 الذي جاء فيه (إن البطلان الناتج عن فقدان الشكلية الرسمية في عقود الشركات ليس بطلانا مطلقا ولا ينتج أثر إلا من تاريخ احتاج أحد طرفي الشركة مع الإشارة أن الالتزامات الناشئة بين الطرفين لها كامل الآثار القانونية).

وهذا القرار يؤيد الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري من الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة التجارية، ونحن ندعو إلى أن تجتمع المحكمة العليا بغرفها مجتمعة وتوحد الاجتهاد القضائي بخصوص نظرية الشركة الفعلية، ونتمنى أن يكون هذا الاجتهاد نحو الاعتراف بالشركة التجارية الفعلية.

المبحث الثاني

نطاق تطبيق نظرية الشركة التجارية الفعلية

إن القضاء في فرنسا والفقه لم تعترفا بالوجود الواقعي للشركة التجارية في كل حالات البطلان، وإنما كرس حالات يمكن فيها القول بالوجود الواقعي للشركة هذا من جانب، ومن جانب أخر اشترط القضاء والفقه وجود مظهر خارجي تنتج عنه آثار قانونية هامة نوضحها، كما نبين كيفية تصفية الشركة الفعلية وانقضاؤها وهو ما نعالج في مطالب ثلاثة على النحو التالي.

المطلب الأول

بطلان عقد الشركة التجارية

بخصوص الشركات التجارية يقرر الفقه[30] ثلاثة أنواع من البطلان، البطلان المطلق والبطلان النسبي والبطلان من نوع خاص وهو ما نوضحه على النحو التالي:

الفرع الأول: البطلان المطلق

يكون عقد الشركة باطلا بطلانا مطلقا إذا تخلف أحد الأركان الموضوعية العامة وهي الرضا والمحل والسبب أو تخلف أحد شروط المحل أو السبب[31].

كما يبطل عقد الشركة إذا تخلف أحد الأركان الموضوعية الخاصة [32] وهي ركن تعدد الشركاء وركن تقديم الحصص وركن نية الاشتراك وركن توزيع الأرباح والخسائر.

وعقد الشركة التجارية الباطل بطلانا مطلقا هو والعدم سواء فلا يمكن إجازته و لا يخضع للتقادم ويمكن لكل ذي مصلحة أن يثيره، بل وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[33].

ويترتب على اعتبار الشركة باطلة بطلانا مطلقا إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فالشريك الذي قدم حصة يستردها وإذا تم توزيع الأرباح والخسائر قبل صدور الحكم بالبطلان بقي الوضع كما هو عليه، أما بعد صدور الحكم بالبطلان فإنها توزع على الشركاء ليس على أساس عقد الشركة فهو باطل وإنما يتم توزيعها حسب قواعد التوزيع القانوني(34). والرأي مستقر(35) في الفقه على عدم إعمال الشركة الفعلية في هذه الحالة.

الفرع الثاني: البطلان النسبي

يكون عقد الشركة التجارية باطلا بطلانا نسبيا أو قابلا للإبطال إذا كان أحد الشركاء ناقص الأهلية أو كانت إرادته معيبة بأحد عيوب الرضاء وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

وعقد الشركة التجارية في هذه الحالة صحيح ومنتج لكافة آثاره، غير أنه مهدد بالزوال حيث يجوز لناقص الأهلية أو من شاب إرادته عيب من عيوب الرضاء أن يتمسك بالبطلان قبل فوات مواعيد التقادم (36).

ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ما لم يتمسك به صاحب المصلحة لأنه لا يتعلق بالنظام العام(37).

ومما تجدر الإشارة إليه أنه إذا تمسك الشريك ناقص الأهلية أو من شاب إرادته عيب من عيوب الرضاء بحقه بالبطلان وقضت به المحكمة فإنه يفقد صفته كشريك وله الحق في استرداد حصته إذا كان قد قدمها، وإذا كان قد قبض الأرباح وجب عليه ردها وإذا كان لم تقسم الأرباح امتنع عليه المطالبة بها (38).

كما تجدر الإشارة أخيرا أنه في شركات الأشخاص وتمسك من تقرر البطلان لمصلحته بحقه في البطلان أدى ذلك إلى انقضاء الشركة، لزوال الاعتبار الشخصي هذا ما لم يقرر الشركاء بقاء الشركة على الرغم من ذلك(39).

والرأي مستقر في الفقه(40) أنه إذا دخلت الشركة التجارية في تعاملات مع الغير وحكم ببطلان عقد الشركة، فإنه لا يتم إعمال الأثر الرجعي للبطلان، وإنما يكون له أثر فوري، وفي الفترة بين تكوين الشركة والحكم بالبطلان يكون للشركة وجود واقعي.

الفرع الثالث: البطلان من نوع خاص

وهذا البطلان يتقرر إذا تخلف ركن الشكلية أي عدم كتابة عقد الشركة أو عدم القيد في السجل التجاري والنشر بالنسبة للشركات التجارية.

وسمي بطلانا من نوع خاص لأنه لا تتوفر فيه خصائص البطلان المطلق من جهة، كما لا تتوفر فيه خصائص البطلان النسبي من جهة أخرى، ولا هو بطلان مطلق وأساس ذلك أن المحكمة لا تستطيع إثارته من تلقاء نفسها، ولا هو بطلان نسبي وأساس ذلك أن الغير يستطيع التمسك به(41).

ومن أثار هذا النوع من البطلان نفرق بين العلاقات الناشئة عن عقد الشركة، ففي علاقة الشركاء فيما بينهم يجوز لهم التمسك به، أما في علاقة الشركاء في مواجهة الغير فلا يجوز لهم التمسك به أما الغير فيستطيع هذا الغير أن يحتج بالبطلان على الشركاء. وهذا النوع من البطلان هو المجال الفسيح لنظرية الشركة الفعلية بل إن نظرية الشركة الفعلية لم تقم إلا على أساس تخلف الشكلية (الكتابة والقيد)(42).

المطلب الثاني

المظهر الخارجي الشركة التجارية

لتطبيق نظرية الشركة التجارية الفعلية يجب أن يكون للشركة مظهر خارجي أي أن تكون قد دخلت في تعاملات مع الغير لأن الحكمة الأساسية لتكريس نظرية الشركة الفعلية هي حماية الغير حسن النية المتعامل مع الشركة[43].

وهكذا يجب أن تكون الشركة قد أبرمت تصرفات مع الغير كالبيع أو الاقتراض أو الإيجار وغيرها من التصرفات القانونية.

وللغير أن يثبت وجود الشركة بكافة وسائل الإثبات، فله أن يستند إلى إقرار الشركاء[44] أو شهادة الشهود أو البينة أو القرائن أو وثائق الشركة ودفاترها[45].

المطلب الثالث

آثار الاعتراف بالوجود الواقعي الشركة التجارية

يترتب على الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة التجارية في الفترة من وقت تأسيسها إلى تاريخ الحكم بالبطلان عدة نتائج نذكرها.

أولا: تعتبر جميع العقود والتصرفات التي أبرمتها الشركة مع الغير صحيحة ومنتجة لكافة آثارها القانونية ما لم يتمسك الغير بالبطلان ويحق للغير مطالبة الشركاء بتقديم حصصهم.

ثانيا: إذا عجزت الشركة التجارية عن الوفاء بديونها جاز طلب شهر إفلاسها، وإذا حكمت المحكمة بإفلاس الشركة فإن حكم المحكمة له حجية مطلقة ويسري على الكافة، ولا يحق التمسك بالبطلان بعد ذلك بالنسبة للماضي وتفسير ذلك أن الوجود الفعلي للشركة قد تأكد بصدور حكم الإفلاس [46].

ثالثا: تعتبر الشركة التجارية الفعلية كما لو كانت صحيحة تماما حيث تكتسب الشخصية المعنوية وتكون كل تعهداتها وتعاملاتها صحيحة ومرتبة لأثارها في مواجهة الشركاء والغير الذي لم يتمسك بالبطلان.

رابعا: تخضع الشركة التجارية الفعلية للضريبة التي تقررها الدولة على نشاط الشركات حيث يحق لمصلحة الضرائب المطالبة بها.

خامسا: يجب حل الشركة التجارية وتصفيتها بمجرد صدور حكم البطلان، ويتبع في التصفية القواعد المتبعة في توزيع الأرباح والخسائر حسب ما هو منصوص عليه في عقد الشركة الذي حكم ببطلانه[47].

سادسا: قد يتمسك بعض الأغيار ببقاء الشركة ويتمسك بعضهم الآخر ببطلان الشركة، فالقاضي يستجيب لطلب البطلان لأنه هو الأصل[48].

المطلب الرابع

انقضاء الشركة التجارية الفعلية

هناك أسباب مباشرة وأسباب غير مباشرة لانقضاء الشركة الفعلية وهو ما نوضحه على النحو التالي.

الفرع الأول: الأسباب المباشرة

أولا: البطلان.

يعتبر البطلان السبب الرئيس والمباشر لانقضاء الشركة التجارية الفعلية، فإذا تمسك الغير بحقه بالبطلان استنادا للمادة 02/418 مدني جزائري والمادة 2/545 تجاري جزائري فإن القاضي في هذه الحالة ملزم بالاستجابة لطلب البطلان.

والبطلان المقصود في هذه الحالة هو البطلان النسبي(في حالة نقص الأهلية أو عيوب الإرادة) وكذلك في حالة البطلان من نوع خاص، وإذا حكم القضاء ببطلان الشركة الفعلية فإن حكم البطلان له حجية مطلقة في مواجهة الكافة[49].

وبخصوص أثر البطلان في الماضي فإن التصرفات السابقة على صدور حكم البطلان تعتبر صحيحة ومنتجة لكافة آثارها القانونية[50].

أما بالنسبة للمستقبل فإن الشركة الفعلية تمر بمرحلة انتقالية لغاية تسوية أعمال الشركة وتصفية موجوداتها وبعد انتهاء التصفية تختفي الشركة من الوجود.

ثانيا: فسخ عقد الشركة (الحل).

إن فسخ عقد الشركة التجارية أي حلها كما يعد سببا لانقضاء الشركة القانونية، يعد سببا لانقضاء الشركات الفعلية[51].

وأسباب انقضاء الشركات منها **الأسباب العامة** [52] والتي تنطبق على جميع الشركات وهي:

1. انقضاء مدة الشركة.
2. تحقيق الغرض الذي أنشئت الشركة التجارية لأجله.
3. هلاك رأس مال الشركة.
4. انعدام ركن تعدد الشركاء.
5. اتفاق الشركاء على حل الشركة.
6. الحل القضائي وفصل الشريك.

أما الأسباب الخاصة فهي[53]:

1. وفاة الشريك.
2. انسحاب أحد الشركاء.
3. إفلاس الشريك أو إعساره أو الحجز عليه.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه في شركات الأشخاص كشركة التضامن فإن الوفاة أو الانسحاب أو إفلاس الشريك يؤدي إلى انقضاء الشركة بوجه عام[54]، ويجوز للشركاء الاتفاق على استمرارية الشركة.

أما في شركات الأموال كشركة المساهمة فلا تأثير للوفاة أو الإفلاس أو الانسحاب أو فقدان الشريك للأهلية على الشركة حيث تبقى مستمرة مع بقية الشركاء.

ويترتب على انقضاء الشركة الفعلية بقاؤها متمتعة بشخصيتها المعنوية الأزمة للتصفية، وتعتبر الشركة منقضية من تاريخ صدور الحكم بالحل أو الفسخ ولا يكون له أثر رجعي وإنما تنحل الشركة بالنسبة للمستقبل[55].

خاتمة:

عالجت الدراسة نظرية الشركة التجارية الفعلية في التشريع الجزائري حيث أبرزت الفوارق الجوهرية الموجودة بين الشركة التجارية الفعلية وبعض النظم القانونية التي قد تلتبس بها كشركة المحاصة والشركة المنشأة من الواقع والشركة تحت التأسيس.

وأبرزت الدراسة أن نظرية الشركة التجارية الفعلية نظرية قضائية المنشأ ابتكرها القضاء الفرنسي كتقنية قانونية لحماية الغير حسن النية المتعامل مع الشركة.

وبينت الدراسة أن المشرع الجزائري متأثر بالمشرع الفرنسي والمصري اللذين اعترفا بنظرية الشركة التجارية الفعلية لفوائدها النظرية والعملية، غير أن القضاء الجزائري لا يزال مترددا إزاء هذه النظرية بالرغم من رسوخها في أغلب التشريعات المقارنة.

وبينت الدراسة أن مجال نظرية الشركة التجارية الفعلية يتحدد في حالة بطلان عقد الشركة بطلانا نسبيا وكذا حالة البطلان من النوع الخاص.

وأخيرا بينت الدراسة النتائج القانونية المترتبة على الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة التجارية لعل أبرزها تمتعها بالشخصية المعنوية والتي تمكن من حل الشركة وتصفيتها إذا ما تم الحكم ببطلان الشركة أو فسخ عقدها.

وخرجت الدراسة بالتوصيات التالية:

أولا: ضرورة تعديل المادة 324 مكرر 01 مدني جزائري بحذف الفقرة الثانية التي تنص على أنه (كما يجب تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد) وأساس ذلك أن نص المادة 418 مدني جزائري والمادة 545 تجاري جزائري يؤديان قصد المشرع.

ثانيا: أن يضع المشرع الجزائري نصوصا قانونية تنظم نظرية الشركة التجارية الفعلية من حيث قواعد التصفية وقواعد الإفلاس.

ثالثا: ضرورة توحيد الاجتهاد القضائي بحيث يتبنى نظرية الشركة التجارية الفعلية لرسوخها تشريعا وقضاء.

التهميش:

[1] (G) .Repert, (R) Roblot, Traité de droit commercial, TOM 01, 17 édition, 1998 -paris, p 806.
- (ph) .Merle, sociétés commercial. 5 édition- paris, p 500.

- (M) cozian et autre, droit des sociétés 18 édition, litec, 2005- p 72.

في الفقه العربي أنظر:

1- علي قاسم : قانون الأعمال (الشركات التجارية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 98 وما بعدها، فريد العريني ،الشركات التجارية، منشأة المعارف، القاهرة، 2004، ص 60 وما بعدها.

2- محسن شفيق، الوسط القانوني التجاري المصري، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 357، ص 234، سعودي سرحان ، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1931 ، ص 75 وما بعدها .

(2) مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1985، ص 17.

(3) في القانون الروماني لم تظهر فكرة الشركة الفعلية نظرا لأنه في تلك الفترة لم يكن ينشأ عن عقد الشركة شخص معنوي ، للتوسع أنظر : مفلح عواد القضاة ، المرجع السابق ، ص 23 وما بعدها.

(4) قرار مؤرخ في 1791/11/4 مذكور في مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 23 وما بعدها.

(5) قرار محكمة باريس مؤرخ في 1825/04/8 مذكور في مرجع: مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 18.

(6) القانون رقم 537 المؤرخ في 24 جويلية 1966 متعلق بالشركات التجارية.

(7) المادة 05/01 من قانون الشركات الفرنسي.

(8) المواد 360، 362 إلى 368 شركات فرنسي.

(9) كغرض الشركة، مدة الشركة جهات الإدارة ، كيفية توزيع الأرباح والخسائر مقدار الحصص ، عدد الشركاء ..... الخ.

(10) (G) Repert, op cité p 807.
- (ph) Merle, op cité, p 503
- (M) jeanatin, droit des sociétés, 3 édition, 1994 paris, p 95 et Suits.
- (M) cozian, op.cit. p 73.

في الفقه العربي :

- أحمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، منشأة المعرف القاهرة، 2004، ص 2014،علي قاسم، المرجع السابق، ص 98،فريد ألعريني ، المرجع السابق، ص 60، اكتم الخولي، قانون التجاري اللبناني في التعاون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 20 .علي جمال الدين عوض، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1961، ص 56، كمال مصطفى طه، شرح القانون التجاري ح (1) (الشركات)، منشأة المعارف القاهرة، ص 70.

(11) (G) – Repert, op cit p 807

(12) علي قاسم، المرجع السابق، ص 99.

(13) (G) .Repert, op cite, p 807.

(14) (G) – Repert, op cite, p 807
- (ph) Merle, op cité, p 503

– علي قاسم، مرجع السابق ، ص 105، فريد العربي ، المرجع السابق ، ص 61 – 62

(15) انظر المواد من 795 مكرر (01) إلى 795 مكرر 05 تجاري جزائري.

(16) علي قاسم ، المرجع السابق، ص 268 و 269، أبو زيد رضوان، الشركات التجارية، ح 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص 108، علي البارودي، القانون التجاري، ج 2 (الشركات التجارية) منشأة المعارف، القاهرة، 1988، ص 157.

(17) بخلاف قانون الشركات الإماراتي الذي يعترف للشركة في مرحلة التأسيس بالشخصية المعنوية انظر المادة 72 من القانون رقم (18 لسنة 1984 المعدل) المتعلق بالشركات التجارية.

(18) المادة 549 تجاري جزائري.

(19) المواد 368 و 369 شركات فرنسي، والمادة 15/844 مدني فرنسي.

(20) المادة 507 مدني مصري.

(21) يقصد بالغير حسب بعض الفقه هم دائنوا الشركة وليس الدائنون الشخصيون للشركاء أنظر: علي البارودي ، المرجع السابق ، ص 157.

(22) ويلاحظ أن المشرع ضيق من نطاق البطلان في مجال الشركات أسرة المشرع الفرنسي أنظر المادة 733 كما أعطى المشرع الفرصة للشركاء لتصحيح العقد المادة 738، 736 من القانون التجاري الجزائري.

(22) **في القوانين المقارنة:**

- القانون المدني الفرنسي المادة 15/1844.

والمواد 368 و 389 شركات فرنسي

- القانون المدني المصري المادة 507.
- القانون المدني الأردني المادة 584.
- القانون المدني السوري المادة 475.
- القانون المدني الليبي المادة 497 والمادة 498
- القانون المدني العراقي المادة 628.
- قانون الموجبات اللبناني المواد 848 و 849

(23) في القوانين المقارنة:

- القانون المدني الفرنسي المادة 15/1844.

والمواد 368 و 389 شركات فرنسي

- القانون المدني المصري المادة 507.
- القانون المدني الأردني المادة 584.
- القانون المدني السوري المادة 475.
- القانون المدني الليبي المادة 497 والمادة 498
- القانون المدني العراقي المادة 628.
- قانون الموجبات اللبناني المواد 848 و 849

(24) محكمة استئناف مصر المختلطة قرار مؤرخ في 1899/02/08 مذكور في: عواد القضاة، المرجع السابق، ص 45 وما بعدها، في القضاء الأردني: قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 36 لسنة 1982 مجلة نقابة المحامين عدد 6 سنة 1986 والذي اعترف بنظرية الشركة الفعلية.

(25) في الفقه الفرنسي أنظر: Jauffret, op cite, p173 Hamel, op cite, p 480

في الفقه العربي: سمير الشرقاوي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001،ص 52،علي قاسم، المرجع السابق، ص 98، فريد العربي ، المرجع السابق، ص 62

(26) قرار مؤرخ في 1997/03/18 ، مجلة الاجتهاد القضائي عدد خاص ، ص 145.

(27) قرار مؤرخ في 1980/12/20،المجلة القضائية ، عدد 04، سنة 1991 ، ص 50.

(28) قرار مؤرخ في 1985/06/15، المجلة القضائية، عدد 04، 1989، ص 414.

(29) قرار مؤرخ 2005/11/19، نشرة القضاء، عدد 59، ص 279. وانظر القرار المؤرخ في 2002/09/07، المجلة القضائية، عدد 01 سنة 2004، ص 175.

(30) علي قاسم، المرجع السابق، ص 99. فريد العريني ، المرجع السابق ، ص 60 .

أحمد محرز ، المرجع السابق ، ص 193 – 194 .

(31) للتوسع في هذه الأركان أنظر المراجع التالية: بلحاج العربي، نظرية الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، 2004 ، ص 50، صبري السعدي، نظريه الالتزام، دار الهدى ، الجزائر ، 2009 ص 150.

(32) للتوسع في هذه الأركان أنظر المراجع التالية: سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 28 وما بعدها .علي حسن يونس، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة 1955، ص 40، محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 120.

(33) سمير البارودي ، المرجع السابق ، ص 54 ، علي قاسم ، المرجع السابق ، ص 99 .

(34)فريد العربي ، المرجع السابق ، ص 62 .علي قاسم، المرجع السابق، ص 100.

(35) أحمد محرز، المرجع السابق، ص 260. علي قاسم، المرجع السابق، ص 100. فريد ألعريني، المرجع السابق ص 62.

(36)أنظر المواد 100 وما بعدها من القانون المدني الجزائري مع ملاحظة الحكم الخاص ببطلان الشركات التجارية المواد 743 وما بعدها من القانون التجاري الجزائري.

(37)أحمد محرز المرجع السابق ، ص 100.فريد العربي ، المرجع السابق ، ص 63
علي قاسم، المرجع السابق، ص 98.

(38)علي قاسم، المرجع السابق، ص 99 .فريد العريني ، المرجع السابق ، ص 64 .

(39) المادتان 562 و 563 تجاري جزائري.

(40) في الفقه الفرنسي: -G (Repert, op cit, p 807 - ((Y) Guyon ,op cit p 158 100 - (A) jaufrait , op cite, p - (F) coziani, op cit

في الفقه العربي : علي قاسم ، المرجع السابق، ص 100، أحمد محرز، المرجع السابق، ص 123 .

(41) علي قاسم، المرجع السابق، ص 102.سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 54.

(42) مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 23.

(43) للتوسيع في المظهر الخارجي للشركة أنظر: سعودي سرحان – المرجع السابق ، ص 120 وما بعدها ، – مفلح عواد القضاة ، المرجع السابق ، ص 230 .

(44) قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 2003/04/18 ، المجلة القضائية ، عدد 03 ، ص 120 .

(45) المادة 02/545 تجاري جزائري.

(46) علي قاسم، المرجع السابق، ص 103. فريد العربي ، المرجع السابق ، ص 63 .

(47)سمير الشرقاوي المرجع السابق ص 55.

(48)أبو زيد رضوان، المرجع السابق ص 73 .علي قاسم، المرجع السابق ، ص 104 .

(49) مفلح عواد القضاة، المرجع السابق ، ص 380.

(50) أحمد محرز، المرجع السابق، ص 124. فريد ألعريني ، المرجع السابق ، ص 63، علي قاسم، المرجع السابق، ص 102.

(51) عواد القضاة، المرجع السابق، ص 387.

(52) المادة 442 مدني جزائري.

(53)المادتان 439 – 442 مدني جزائري.

(54)المادتان (562 إلى 564) تجاري جزائري.

(55)أحمد محرز، ص .124.علي قاسم، المرجع السابق، ص 175. سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 60.القليوبي سميحة، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 180 . حمود شمسان، تصفية شركات الأشخاص، رسالة دكتوراه القاهرة، كلية الحقوق، 1994، ص 60 وما بعدها.