

أحمد الورفلي

الوسيط في قانون الشركات التجارية



منشورات
مجمع الأطرش للكتاب والمطبوعات
نوفمبر 2015

أهم مضامين الكتاب

7	مدخل عام.....
9	مقدمة.....
71	الجزء الأول: القواعد المشتركة بين كافة الشركات.....
75	الباب الأول: التصنيفات الكبرى في قانون الشركات.....
75	المبحث الأول: التمييز بين الشركة والمفاهيم المجاورة.....
91	المبحث الثاني: التمييز بين الشركة المدنية والشركة التجارية.....
100	الباب الثاني: عقد الشركة.....
100	المبحث الأول: الشروط المتعلقة بأطراف عقد الشركة (الشركاء).....
102	المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالشركة ذاتها.....
111	الباب الثالث: مصادر تمويل الشركة.....
111	المبحث الأول: رأس المال. تكوين رأس المال: المساهمات.....
119	المبحث الثاني: توابع رأس المال: الذخر الاحتياطي.....
120	المبحث الثالث: مصادر التمويل المكتملة لرأس المال: الإقراض.....
125	الباب الرابع: حماية «المعنيين بأمر الشركة».....
127	المبحث الأول: إشهار تكوين الشركة.....
143	المبحث الثاني: تدعيم الحق في المعلومة حول الشركة.....
147	المبحث الثالث: الحماية القانونية للشريك.....
152	المبحث الرابع: مراقبة إدارة الشركة وتسييرها.....
155	الباب الخامس: جنسية الشركة.....
155	المبحث الأول: شروط اكتساب الجنسية التونسية بالنسبة للشركات.....
157	المبحث الثاني: أهمية الجنسية في تطبيق اتفاقيات حماية الاستثمار الأجنبي.....
161	الباب السادس: القانون الجبائي وقانون الشركات.....
161	المبحث الأول: تراجُع أهمية العامل الجبائي في اختيار شكل الشركة.....

الكتاب : الوسيط في قانون الشركات التجارية

المؤلف :
أحمد الورفلي

الطبعة الثالثة - 2015

© حقوق النشر محفوظة

مجمع الأطرش للكتاب المختص

95 شارع لندرة - تونس 1000
الهاتف : 71 348 505 - 71 241 123
الفاكس : 71 330 490
البريد الإلكتروني : contact@latrach_edition.com
الموقع : www.latrach_edition.com

ر.د.م.ك : 9-38-718-9973-978 I.S.B.N.

تم طبع وإنجاز هذا الكتاب في
الشركة التونسية للنشر وتوزيع فنون الرسم
SOTEPAGRAPHIC
12، نهج الخيرية - 1002 تونس، البلدير
الهاتف : 71 904 380 / 71 901 933
البريد الإلكتروني : sotepagraphic@yahoo.fr

المبحث الثاني: تواصل أهمية العامل الجبائي في عمليات إعادة هيكلة

الشركات	163
الجزء الثاني: هيكلة المؤسسة	165
الباب الأول: تقسيمات الشركات في الفقه الإسلامي	167
المبحث الأول: الشروط العامة	167
المبحث الثاني: أقسام الشركات عند فقهاء الإسلام	168
الباب الثاني: تقسيمات الشركات في القانون الوضعي التونسي الحديث	174
المبحث الأول: الصنف الأول: الشركات ذات المخاطرة غير المحدودة:	
شركات الأشخاص	174
المبحث الثاني: الصنف الثاني: الشركات ذات المخاطرة المحدودة	185
الجزء الثالث: كُتْل الشركات	453
الباب الأول: تجمع المصالح الاقتصادية	455
المبحث الأول: تكوين تجمع المصالح الاقتصادية	457
المبحث الثاني: سير أمور تجمع المصالح الاقتصادية	463
المبحث الثالث: انهلال تجمع المصالح الاقتصادية	466
المبحث الرابع: مسؤولية الأعضاء والمسيرين	468
الباب الثاني: تجمع الشركات	471
المبحث الأول: تعريف تجمع الشركات	474
المبحث الثاني: العلاقات بين الشركات المكونة لتجمع الشركات	476
المبحث الثالث: الشركة الأم	479
المبحث الرابع: منع إنشاء تجمع الشركات لأهداف مخالفة للقانون	487
المبحث الخامس: المعلومة المتعلقة بتجمع الشركات	488
المبحث السادس: حماية أصحاب الحقوق المتصلة بالشركة	496
الجزء الرابع: الأحداث الهامة في حياة الشركة	517
الباب الأول: الأحداث غير المنهية لوجود الشركة	519

المبحث الأول: تعديل رأس المال	516
المبحث الثاني: إحالة كتل المراقبة / التفوذ	527
المبحث الثالث: الإحالة الكلية والجزئية للأصول	531
المبحث الرابع: الإدراج بالبورصة	535
المبحث الخامس: نقل مقر الشركة عبر الحدود	549
المبحث السادس: تغيير شكل الشركة	554
الباب الثاني: الأحداث المنهية لوجود الشركة	559
المبحث الأول: الوجه الأول: نهاية الشركة دون نهاية المؤسسة:	
جدلية القطعية والتواصل	560
المبحث الثاني: الوجه الثاني: نهاية الشركة- المؤسسة. حتمية النهاية	602
الجزء الخامس: فض نزاعات الشركات	631
الباب الأول: الآليات الوقائية	633
المبحث الأول: الاختبار في التصرف أو اختبار الأقلية	633
المبحث الثاني: خروج الأقلية من الشركة	640
الباب الثاني: الآليات الإختصاصية / التنازعية	653
المبحث الأول: الشركة أمام القضاء «المدني»	653
المبحث الثاني: الشركة والمصادرة	702
المبحث الثالث: الشركة أمام القضاء الجزائي	714
خاتمة الكتاب	727

مدخل عام

An old joke begins with a conversation between a chicken and a pig. The chicken suggests: «Let's get together to form a breakfast business. I'll supply the eggs, and you can supply the bacon». The pig responds: «Well, I have a problem with that, since you can furnish the eggs and go on living, but that's not true with my supplying the bacon!». The pig concludes: «Someone wins and someone loses in any joint venture».

مقدمة

يمتد قانون الشركات اليوم على مساحة قانونية شاسعة. والمعطى الأساسي في هذه الرقعة القانونية المتسعة هو المعطى المالي، الذي يمتزج اليوم بعناصر أخرى لا تقل أهمية، كالمعطى السياسي والاستراتيجي، وحتى حقوق الإنسان. بيد أن حقوق الإنسان في هذا العصر لا تخلو من رائحة المال النفاذة في مجال يهيمن فيه الاعتبار المالي على غيره من الاعتبارات، بما فيها الاعتبار الشخصي⁽¹⁾. وهي تنفذ إلى عالم الشركات من مدخلين: مدخل الفاعل أو المرتكب للانتهاكات⁽²⁾ ومدخل الضحية.

ويقع قانون الشركات في منطقة التماس بين قانون الأشخاص وقانون الأموال. فالشركة شخص قانوني يقوم كيانه على جملة الأموال المخصصة له والمكونة لرأس ماله.

ولقانون الشركات اليوم بعد دولي لا مرأى فيه، وهو يمضي نحو التدعيم والتعمق. ففي حين أمكن لمجموعة هامة من دول وسط إفريقيا أن تصدر قانونا موحدا حول الشركات التجارية⁽³⁾، تضمنت الاتفاقية المنظمة للاتحاد الأوروبي مبادئ جوهرية تتعلق بحرية إحداث المؤسسات والانتصاب وتنقل الشركات بين الدول الأعضاء كما وضعت الضوابط العامة لإدارة الشركات وتسييرها⁽⁴⁾.

(1) نشير مثلا إلى مسألتي انتزاع حقوق الشريك وإخراج الشريك من الشركة، اللتين تطرحان مسألة ضمان حق الملكية المكترس بأغلب المواثيق الدولية كالميثاق العالمي لحقوق الإنسان (الفصل 17(2)): «لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفاً» والدساتير الوطنية (كالفصل 41 من الدستور التونسي الصادر في 27 جانفي 2014: «حق الملكية مضمون ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون»).

(2) أنظر مثلا: نزار صاغة: «المنظمات الحقوقية وخصخصة انتهاكات حقوق الإنسان»، المفكرة القانونية، العدد 13، جانفي 2014، ص. 3-2. وكذلك: علاء مروة: «المفكرة تسأل المنظمات الحقوقية: ضحايا الشركات التجارية، من ينصفهم؟ وكيف؟»، المفكرة القانونية، نفس العدد، ص. 6. ملف بعنوان: «حين تنتهك الشركات حقوق الإنسان، من يتكلم، من يرى، ومن يسمع؟».

(3) *Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique*, adopté le 17 avril 1997 et paru au *Journal Officiel de l'OHADA*, n°2, du 1^{er} octobre 1997.

(4) Article 50 du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ex-article 44 TCE): «... 2. Le Parlement européen, le Conseil et la Commission exercent les fonctions qui leur sont dévolues par

[illegible][illegible]

၁။ အထွေထွေ အကျဉ်းချုပ်
 ၂။ အထွေထွေ အကျဉ်းချုပ်

[illegible]

مجلسه اول در بیان احوال و سیرت ائمه اطهار علیهم السلام

[illegible]

«4. There is evidence that individuals and groups (particularly offshore investors) are misusing the New Zealand company incorporation process

incorporated company controlled from overseas, was involved in carrying a plane later used in weapons trafficking in contravention of United Nations sanctions. High profile or repeated instances of foreign-controlled New Zealand

les dispositions ci-dessus, notamment:

Etats membres, dont le maintien ferait obstacle à la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux. ... (i) en appliquant la suppression progressive des restrictions à la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux, dans chaque branche d'activité considérée, d'une part, aux personnes physiques, d'autre part, aux personnes morales.

celles-ci,

في 18 يونيو 2014، روتات المحكمة
في 18 يونيو 1976، روتات المحكمة

Federation (PCA Case No AA 226); Inkos Universal Limited (Cyprus) v The Russian Federation (PCA Case No AA 227); Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v The Russian Federation (PCA Case No AA 228); OAOO Nefyanaya (Cyprus) v The Russian Federation (PCA Case No AA 229); ECHR 853

[illegible]

appropriate its valuable assets.»

ويصادف المتأمل شيء من التمازج بين قانون الشركات وروح الخرافة التي تحيلنا على الخيال الشعري والأدبي. فالشركة ملهمة للإنسان بالأفكار والخيالات، لأنها في الحقيقة اجتماع مصالح مادية يثمر شخصاً اعتبارياً، أي شخصاً «افتراضي الوجود» *personne virtuelle*، مادته دخانية، هلامية، تنساب بين أصابعك بسلاسة فلا يمكنك أن تقبض عليها، كالزمن... هي كائن شبه خرافي، ترى علاماته وبعض ملامحه لكنك لا تجالسه أبداً... لأنه لم يسبق لأحد في هذا العالم أن حاكى شركة أو جالسها أو شاركها شرب فنجان قهوة. وبعيداً عن روح الشعر، يمكن بوجه عام تلخيص أهداف قانون الشركات في تحقيق الغايات التالية:

- تأكيد قيمة الشركة كوسيلة لتحقيق فوائد اقتصادية واجتماعية عبر توزيع رأس المال لغايات تطوير الانتاج وتقاسم مخاطر الأعمال من قبل عدة أشخاص،
- توفير أرضية مناسبة للتعاون والتنظم وممارسة الأنشطة،
- تأطير العلاقة بين الشركة من جهة، ومسيرها والمساهمين والدائنين من جهة أخرى،
- التشجيع على إدارة الشركة بفعالية ومسؤولية عبر تمكين المسيرين من سلطة تقديرية واسعة في اتخاذ القرارات المتعلقة بكيفية إدارة أعمال الشركة مع تأمين حماية الشركاء والدائنين من تجاوزات المسيرين وسوء استعمال السلطة من قبلهم،
- وضع الإجراءات والمناهج المستوجبة لتوزيع أصول الشركات في صورة إفلاسها. وهذا الفرع الأخير لا يختص به قانون الشركات لأنه ينطبق على المؤسسات الفردية أيضاً.

1. هي أن الشركة مسألة نفسية وثقافية قبل أن تكون مسألة مالية واقتصادية

في الشركة كما في الزواج، قد لا يحتاج الشخص إلى أن يسأل نفسه إن كانت ألفته للآخرين قمة التضحية أم قمة الأنانية. ويأتي يوم يكشف فيه أنه «إنما يحب الحياة محبة لنفسه وأنه لا يحب من أحب من الأحباب إلا ل يتمتع بهم في حياته»⁽¹⁾. فالشركة تنشأ بهدف تقاسم الربح، لكن حين تعصف الأنواء

(1) عبد الله بن المقفع: «كلیلة ودمنة»، ط. دار القدس، تونس، ص. 335.

بلهجة غير مفهومة نحو تيسير إحداث الشركات، حتى تباهي البعض منها بأنه يمكن لأي شخص في إقليمها إحداث شركة من منزله في حيز زمني لا يتجاوز ساعة واحدة!

فدولة توالد الأشخاص المعنوية ونموها الديمغرافي الذي يتسارع بسبق يتجاوز كثيراً نسق النمو الديمغرافي للبشر، بقدر ما هو دليل على حركية المجتمع ومؤشر على انفتاح الآفاق الإيجابية لاقتصاد بلد ما، فهو مدخل لمخالفات القانون للتسلل إلى مفاصل الاقتصاد والاندساس في ثأياه. ولذلك تحرص الأنظمة القانونية الحديثة على الموازنة بين هدف تيسير مباشرة الأنشطة الاقتصادية، من جهة، وحماية النظام العام ومصالح المجتمع وحقوق الدائنين وحقوق صغار المساهمين عبر آليات متفاوتة التعقيد⁽¹⁾، من بينها الدور الذي يلعبه القاضي في مختلف النزاعات باختلاف أطرافها ومواضيعها، من جهة أخرى.

companies engaging in criminal activities overseas is likely to seriously impact New Zealand's international standing», in «New Zealand Company Registration Process», File No. M/007/AL/004014/, Office of the Minister for economic development, <http://www.med.govt.nz/business/business-law/pdf-docs-library/current-business-law-work/companies-act-changes/Cabinner%20Paper-NZ%20Company%20Registration%20Process.pdf>. The Companies and Limited Partnerships Amendment Bill was reported back from the Commerce Select Committee on 11 December 2012. Cf., Lucy CRAYMER : « New Zealand Moves to Tighten Company Laws », <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424127887323844804578526462549720622>, June 5, 2013 3:03 a.m. ET

ولدى عرض المشروع لقراءة ثانية، قدم وزير التجارة المشروع ملاحظاً ما يلي:

«New Zealand continues to be the No. 1 place for starting a business in the World Bank's Doing Business index of the world economies. It is unfortunate that that same situation of trust, which supports the ease of doing business in New Zealand, is to a few undesirable individuals also, sadly, viewed as the opportunity to easily register and operate New Zealand companies under the cloak of secrecy», http://www.parliament.nz/en-nz/pb/debates/debates/50HansD_20130702_00000028/companies-and-limited-partnerships-amendment-bill-%E2%94%80-second.

(1) «Doing Business 2014. Comprendre les réglementations pour les petites et moyennes entreprises. Comparaison des réglementations s'appliquant aux entreprises locales dans 189 économies », publication phare du Groupe de la Banque Mondiale, World Bank eds, 2013, p. 18.

بالمركب، يطلب الكلُّ النجاة لنفسه ولا يلتفت إلى الآخرين، بل لا يزعجهم عن أن يبطأ جثثهم إن بدا له ذلك ضروريا لسلامته. وقد لا تصل الأمور إلى هذا السوء، فيبدأ الشركاء مشروعاتهم المشتركة بطموحات محدودة، ثم تنكشف لهم فجأة أبواب الريح الوفير، فتطفو إلى السطح مشاعر الحسد والغيرة، ويتذكر صاحب الفكرة الأولى أنه لو لا فكرته لما وُجد هذا المشروع الرائع الذي يدر المال الوفير على الآخرين، وخصوصا الذين التحقوا بالشركة بعد أن استوت واشتد عودها. ويتذكر من ساهم بماله قبل غيره أنه لو لا مخاطرته بماله لما جنى الآخرون شيئا، ويتساءل إن كان من «المشروع» أن يتقاسموا معه الربح الذي تدره البقرة الذهبية العجيبة، بينما يمسك أصحاب الأقلية آلتهم الحاسبة ويشرعون في حساب ما يجنيه أغنياء الشركة وخصوصا ما تحصلوا عليه بمقتضى الشروط الخاصة بهم، كما إذا كانت الشركة قد أصدرت لفائدتهم عند تكوينها ما يسمى بحصص الأرباح أو التأسيس أو أسهما ممتازة أو إذا كانوا مسيرين يتمتعون (في ظل تشريعات ما قبل سنة 2000) بمكافأة في شكل مناب من الأرباح. أما المسير الذي لا يملك مساهمة في الشركة فيسأل نفسه إن لم يكن مجرد مغفل غبي، زرع جهده ليحني الآخرين ثماره، وسخر عبقريته الفذة لمنفعة الآخرين. وأما الأجراء فهم يعتبرون أنفسهم الضحايا، سواء أنجحت الشركة أم فشلت. فإن تكاثرت الأرباح، أحسوا بالغبن، وراموا الحصول على مكافأة عن مساهمتهم في هذا الربح، وإن تدهورت حالها طلبوا توفير الحماية لهم حتى تقتصر الخسارة على أصحاب رأس المال.

وفيما يطلب أصحاب الأغلبية والمؤسسون والمسيرون تدعيم ما لهم من الامتيازات والحقوق في الشركة، يتملص أصحاب الأقلية ويلعنون القوانين الجائرة التي تجعل الشركة خاضعة لقوانين الأغلبية في حين أن من الأولى أن تكون أكثر «ديمقراطية» وتراعي «الحقوق المشروعة» للأقليات، التي تعاني في التجارة كما في السياسة !!!

وفجأة يتكهرب المشهد بكامله: فالشركة المزدهرة التي كانت تحقق الأرباح الطائلة تصبح محل تجاذبات عنيفة تهز كيانه هزا، وتحول إلى ساحة للمعارك القانونية حيث يترشق الأطراف بالقوالب الجاهزة الرشيقة والعبارات الطنانة والألاعيب وصيغ الابتزاز... فهذا يتحدث عن «تسوّف الأقلية» وذاك عن «مصلحة الشركة» والآخر عن «الشرعية» والآخر عن «المشروعية»

وغيره عن «الإنقاذ» و«الإنصاف» و«الحق» و«الحق الطبيعي» إن اقتضى الحال ذلك...

ويدخل القانون من أبواب الشركة فتخرج المودة والثقة وغيرها من مصطلحات الأحاسيس الجياشة من النوافذ، ولا يذخر أي طرف جهدا في إحراج الطرف الآخر والضغط عليه. وفي كثير من الأحيان، تبدأ المعركة بين طرفين أو أطراف محدودة ثم تمتد بقعة الزيت، فيعلم أصحاب أقلية رأس المال بالخلاف ويُشروعون حراب الخصام ويهاجمون المسيرين وأصحاب أغلبية رأس المال، خاصة إن كان من بينهم «مشاغبون» لا شاغل لهم في الحياة أو مغامرون أو «انتحاريون» kamikazes يبحثون عن فرصة لتحقيق ثروة أو شهرة سريعة وغير متوقعة.

وليس من الاستثنائي أن يتوسع الخصام ليشمل أيضا جهات عمومية، من نيابة عمومية وإدارة جبائية وإدارة مراقبة اقتصادية وبنك مركزي وهيأة سوق مالية، علاوة على الجهات الإدارية الأخرى التي يهمها الموضوع خاصة إذا كان نشاط الشركة خاضعا للترخيص الإداري المسبق... وكمن من نزاع داخل شركة تفرعت عنه عشرات القضايا. وحتى الحالات التي تم فيها اللجوء إلى التحكيم فهي لا تنجو من تشتت القضايا وتداخلها. ذلك أن قازون التحكيم لا يحرم الأطراف من كل فرص المماطلة والتعطيل وخرق السرية بأساليب مختلفة، منها الشرعية ومنها ما هو على أعتاب الشرعية⁽¹⁾.

كتب عبد الرحمان بن خلدون قائلا: «ثم إن هذا الاجتماع إذا حصل للبشر كما قرناه... فلا بد من وازع يدفع بعضهم عن بعض لما في طباعهم الحيوانية من العدوان والظلم⁽²⁾». وهذا الكلام يصح على المجتمع البشري ككل كما

(1) في القضية موضوع القرار عدد 31-32 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 12 جانفي 1999 (مجلة القضاء والشرع، ماي 1999، عدد خاص «تحكيم»، ص. 292) تجاوز عدد الإجراءات القضائية الخمسين قضية رغم لجوء الطرفين إلى التحكيم. مع الإشارة إلى أنه لم يقع اللجوء في هذه القضية إلى القضاء لتعيين محكمين أو لطلب اتخاذ إجراءات تحفظية عدا طلب إذن في الحصول على نسخة من التصاريح الجبائية.

(2) عبد الرحمان بن خلدون: «كتاب العبر وديوان المتنبئ والخبر في أيام العرب والعجم والبربر ومن عاصرهم من ذوي السلطان الأكبر. المقدمة»، ط. دار القلم، بيروت 1989، ص. 43.

يصبح على الشركة كمجتمع مصغر، خاصة حين يعثرها التصدع وتغلب عليها النزعات الانانية فتهدد كيانها وأركانها ويتخلخل بنيانها.

ففي هذا الخضم، يكون السؤال الأبرز هو المتعلق بمدى وجود آليات قانونية فعالة تحمي حقوق أقلية المساهمين وتمنع اندثار الشركة مع ضمان الشفافية اللازمة تحقيقاً لحماية «الغير»، ذلك الكائن الهلامي الذي تجده حاضراً وراء جل قواعد قانون الشركات، والذي يحشر أنفه أحياناً في أمور الشركة حتى يغدو من أهلها، ويتقهقر أحياناً أخرى، وقد يجذب إلى صفه الشركاء ذوي الأقلية الذين يتأهبهم أحياناً شعور بالغربة أو بالإغتراب على حد تعبير كارل ماركس، أمام هذه الآلة العجيبة للبرالية المعاصرة، التي ساهموا يوماً في إحداثها حين كانت مجرد فكرة جنينية فأضحت كائناً خرافياً، ترى أطرافه وتظهراته ولا تدرك كيانه وروحه، بعد أن أضحت الصبغة المؤسسية التي تصطبغ بها الشركة عاملاً غير مرئي يحول علاقتها بمن ساهموا في تكوينها من الحميمية إلى البرود، وينقلها من عالم الـ «*affectio societatis*» والـ «*jus fraternitatis*» إلى عالم الـ «*intuitu pecuniae*». عالم يقوم فيه بتسيير الشركة أشخاص لا علاقة لهم بالمساهمين بصفتهن تلك، ويتصرفون بكثير من التعالي على صغار الشركاء، وتفصلهم سحاف ستائر سميكة عن مالكي رأس المال، وتربطهم ببعض الجهات الإدارية أو دوائر النفوذ وشائج أمّن بكثير مما يربطهم بأعضاء الجلسات العامة للمساهمين. وتنقلب الصورة، فتتحكم في الشركة أقلية متكئة، فيما تقتصر الأغلبية المشتتة على مشاهدة مسار أمور الشركة من الكوة⁽¹⁾ أو متابعتها عبر وسائل الإعلام وشبكات التواصل الاجتماعي.

قد نلّام على هذه الصورة الموهلة في القنطرة لهذه المؤسسة التي تبنى منطقاً على الثقة في الآخر والثقة في المستقبل. لكن رجل القانون لا يمكن أن يكون أبداً في صف المتفائلين...

إن الرهان الأكبر الذي يواجهه قانون الشركات اليوم هو المتمثل في تحقيق المرافقة بين متطلبات حماية الشركاء والدائنين والمتعاملين المحتملين، من جهة،

(1) Sur ce nouveau rapport actionnaire-dirigeant, cf., Michel VASSEUR : « L'entreprise et l'argent », *Dalloz* 1982, chronique, XXI, p. 13 ; Nizar MANNAI : « L'actionnaire investisseur », *Infos Juridiques*, n° 182/183, juillet-août 2014, pp. 10-15.

والنجاحة والفاعلية التي تقتضي المرونة واحترام سلطان الإرادة، من جهة أخرى. ولعل التغييرات الكثيرة التي تشهدها قوانين الشركات في مختلف البلدان في مستهل هذا القرن تشهد بأن هذا التوازن يظل دائماً هشاً ومحتاجاً إلى المراجعة لملاحقة التغييرات المتسارعة التي يفرضها الاقتصاد العالمي المتقلب وأزماته التي لا تنتهي. إنها أسطورة سيزيف المعاصرة: البحث عن توازن يستمر إلى آخر اليوم، في انتظار أن ينقلب غداً ويبدأ البحث من جديد عن توازن آخر... أسطورة لا تتوقع أن تنتهي قريباً.

2. الامتدادات الأفقية لقانون الشركات التجارية

يتمطط قانون الشركات اليوم أفقياً وعمودياً. فالمبادئ الأساسية والمرجعية لهذه المادة موجودة في النص الدستوري (1.2). كما أنه يلامس مختلف المواد القانونية ومنها المواد المطّاطة كمحقوق الإنسان (2.2).

1.2. قانون الشركات والقانون الدستوري

إن انبساط المرجعي في المجال التجاري بوجه عام وفي مجال الشركات هو مبدأ حرية الصناعة والتجارة، الذي يترتب عنه الإقرار بحرية إنشاء الشركات التجارية وحرية اختيار الصيغة التعاقدية التي تناسب مؤسسي الشركة فيما يتعلق بالشكل القانوني وصيغة التسيير ومدة الشركة ومقدار رأس المال وحل الشركة... كل ذلك في حدود ما يقرره المشرع في إطار القواعد التي تهم النظام العام الاقتصادي والتي هي على قدر عالٍ من المرونة.

وجدير بالذكر أن الدستور التونسي لسنة 2014 لم ينص على هذا المبدأ رغم تمسك نقابات الأعراف به واقتراح الدائرة القانونية برئاسة الجمهورية إدراجه في صيغة غرة جوان 2013 وذلك بسبب تصدي الحركات اليسارية له، غير أن ذلك لا يعني أن القانون الدستوري التونسي مناهض له. فقد أغفل دستور سنة 1959 هذا المبدأ، دون أن يعني ذلك بالضرورة أنه رافض له.

أما في القانون الدستوري المقارن فنلاحظ أن الدستور المغربي لسنة 2011 نص على «مبدأ حرية المقاول والمبادرة». وقد قرن الفصل 35 من الدستور الجديد هذا المبدأ بحق الملكية ومبدأ تكافؤ الفرص، وأوردته في الباب المتعلق بالحرّيات والحقوق معتبراً أنه من ضمانات التنمية المستدامة وحقوق الأجيال

فيما عدا بعض القرارات النادرة التي لم تتطرق حتى الآن إلى مسائل لها اتصال بقانون الشركات⁽¹⁾.

وليس في مسألة التمازج بين القوانين المالية والمبادئ الإنسانية العليا مفاجأة كبيرة. فقانون الشركات يقوم منذ القديم على مبادئ أساسية منها الحرية، ولذلك كرس دائما مبدأ عدم بقاء الشريك أسيرا لمساهمته، وهو من تفرعات حق الملكية. كما أن الجهات التي تقترح تعديل قوانين الشركات أصبحت تحرص على إبراز عدم تصادم التعديلات المقترحة مع مبادئ حقوق الإنسان⁽²⁾.

3. بدايات قانون الشركات في تونس

مع أننا لن نتوسع كثيرا في تاريخ قانون الشركات إذ أن هذا الكتاب ليس بكتاب في التاريخ فإنه من الوجهة التذكير بأن الحضارة اليونانية هي أولى الحضارات التي يشهد المؤرخون بأنها عرفت تصنيفات واضحة للشركات، حيث برز تمييز بين شركات التجارة البحرية وشركات الإقراض المالي وشركات التأمين، كما أن الإغريق هم أول من وضع قاعدة التناسب بين المساهمة في رأس المال من جهة وتقاسم الأرباح والخسائر من جهة أخرى، بحيث لا يتم توزيعها بالتساوي. كما أن اليونانيين هم الذين وضعوا نظرية قيام الشركة على نوع من «العاطفة» أو الصداقة *philia*، سماها الرومان من بعدهم *intuitus personae*⁽³⁾.

وأقرت الشريعة الإسلامية مشروعية الشركة وحثت عليها لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما الآخر». وسنعرض موقف الشريعة من الشركة في باب مستقل من هذا الكتاب.

(1) أصدرت هذه المحكمة 3 أحكام في 15 مارس 2013، وهي منشورة بالصفحة الإلكترونية:

http://www.africancourtcoalition.org/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=42&Itemid=33&lang=fr

(2) «New Zeland Company Registration Process», File No. M/007/AL/004/014, proposals made by the Office of the Minister for economic development, <http://www.med.govt.nz/business/business-law/pdf-docs-library/current-business-law-work/companies-act-changes/Cabinet%20Paper-NZ%20Company%20Registration%20Process.pdf>, p. 17, § 74.

(3) Marie-Hélène RENAULT : « Histoire du droit des affaires », éd. Ellipses, Mise au point, Paris, 2006, p. 13.

ومن أهم النصوص التاريخية المتعلقة بالشركات قانون التجارة المسمى «مرسوم كولبير Ordonnance Colbert» الصادر في فرنسا في مارس 1673. وقد نص هذا المرسوم التشريعي على جملة من القواعد الآمرة وخصوصا اعتماد معيار مسؤولية الشركاء في تصنيف الشركات والتضامن التجاري بين الشركاء وإخضاع كافة نزاعات الشركاء إلى التحكيم وجوبا وإبعادها عن المحاكم التجارية (القنصلية)، مع اشتراط الكتابة لوجود عقد الشركة وفرض إجراءات الإشهار لتأمين تأسيس الشركة قانونا مع ما في ذلك من حد من سرية الأعمال⁽¹⁾.

وعلى عكس ما كان يعتقد أنصار الليبرالية المطلقة، لا تتنافى حرية المبادرة في إطار مبدأ حرية الصناعة والتجارة مع إيجاد آليات لمراقبة نشاط المؤسسات الاقتصادية الخاصة وأعمال مسيرتها، وذلك لغاية ضمان نزاهتهم وجديتهم ومصداقية أعمالهم، علاوة على ضمان عدم انحراف مسار الذات المعنوية بسبب تقصيرهم أو ضعف تكوينهم العلمي⁽²⁾. وقد ترسخت هذه الفكرة مع انتشار الأفكار النيوليبرالية بعد أزمة سنة 1929 الناتجة عن الفوضى التي شهدتها الأسواق الأوروبية والأمريكية، فتمخضت عنها جملة من الأفكار والتصورات، منها خصوصا فكرة إخضاع حسابات الشركات إلى مراقبة مدقق مستقل يتمتع بمعرفة علمية عالية وذلك للتحقق من مدى مصداقيتها وأمانتها في رسم صورة الوضع المالي والاقتصادي للمؤسسة. وقد كرس المشرع التونسي هذا المبدأ منذ سن أولى القوانين المتعلقة بالشركات في أوج الأزمة المذكورة، وخصوصا الأمر العليّ المؤرخ في 28 فيفري 1930 المتعلق بشركات رؤوس الأموال الذي نقل أحكام القانون الفرنسي المؤرخ في 24 جويلية 1867، ثم الأمر العليّ المؤرخ في 5 ماي 1930 المتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة الذي أقر بدوره تطبيق القانون الفرنسي الصادر في 7 مارس 1925 على تراب الإيالة التونسية. كما صدر أمر عليّ بتاريخ 23 فيفري 1950 نص على أن تطبق

(1) Marie-Hélène RENAULT, *op. cit.*, pp. 72-79.

(2) Mohamed Hédi LAKHOUA : « L'accès au droit de la Personne Morale «Personne Immorale» », in *La passion du Droit - Mélanges offerts au Professeur Mohamed Larbi Hachem*, éd. Faculté de Droit et de Sc. Polit. de Tunis, Tunis 2006, p. 31.

بالتراب التونسي أحكام القانون الفرنسي المؤرخ في 30 أكتوبر 1935 في ما يتعلق بإشهار الشركات.

غير أن أحكام الشركات لم تبرز إلى الوجود ككيان مستقل منذ البداية بل سبقتها إلى ذلك نصوص عامة أولها قانون الجنائيات والأحكام العرفية الذي صدر في 11 شوال 1277 هجرية (1861 ميلادية) والذي خصص الباب الخامس عشر من القسم الثاني (الفصول من 541 إلى 580) لـ «الإجارة والمساقات»⁽¹⁾ والمغارة والأكرية والخلوات» والفصول من 581 إلى 606 للفلاحة، وهي أحكام تنظم على وجه الخصوص عقد شركة الخماسة، وضعها المصلح خير الدين التونسي⁽²⁾ مع ما فيها من القسوة في حق الخماس الذي حُملت عليه التزامات شاقّة مقابل مناب من المحصول يقدر عادة بالخمس ما لم يتفق مع المالك على خلافه⁽³⁾. كما خصص باب من هذا القانون للقراض، واستمدت أحكامه من المذهبين المالكي والحنفي⁽⁴⁾. ثم صدرت مجلة الالتزامات والعقود (15 سبتمبر 1906) والتي اعتبرت الشركة عقداً وميّزتها عن «شركة الملك» أي الشيوع l'indivision، ولم تقر لها بشخصية قانونية مستقلة فلم تتبن النظرية المؤسسية *théorie de la société institution*، التي كانت مجهولة آنذاك.

وأوجدت هذه المجلة أنظمة مشابهة لنظام الشركة ويعسر تمييزها عنها وخاصة منها عقد القراض أو المقارضة ويسمى أيضاً المضاربة الذي يعرفه الفصل 1195 بأنه «عقد يسلم بموجبه شخص وهو رب المال مبلغاً من المال لشخص آخر وهو العامل على أن يلتزم هذا العامل بالتجارة به باسمه وفي حق رب المال على أن يكون له جزء معين شائع من الربح». ونص الفصل 1200 على أن «ليس لرب المال أن يشترط التداخل في إدارة القراض وإلا بطل العقد».

(1) كتب المؤرخ علي المحجوبي أن خير الدين «كان بدوره يملك أراضي شاسعة (وخصوصاً هنشير النفيضة الذي يسمح عدة مئات من الهكتارات) وكان يخلط بين مصلحة البلاد ومصلحة كبار الملاكين وهذا ما جعله يصدر في ما بين سنتي 1874 و 1875 قانوناً للخماسة (والصواب سنة 1861) وضع بمقتضاه نظاماً اجتماعياً يعتمد الاستغلال الفاحش للغة الكادحة من السكان». أنظر: «انتصاب الحماية الفرنسية بتونس»، ط. سراس، تونس 2006، الطبعة الثالثة، ص. 18.

(2) يراجع مثلاً: محمد بوزغية: «حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية (1857-1965)»، نشر مركز النشر الجامعي، تونس 2003، ص. 132 وما بعدها.

(3) محمد بوزغية: «حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية»، مرجع سابق، ص. 122-124.

وهي عين القاعدة المكرسة بالنسبة لشركات المقارضة *commandites* بنوعيتها: البسيطة وبالأسمهم. وتدليلاً على ارتباط القراض بالشركة، نص الفصل 1197 على أنه «لا يجوز عقد القراض إلا ممن كانت فيه أهلية لعقد الشركة»⁽¹⁾.

غير أن الشركة كما نظمتها مجلة الالتزامات والعقود، شأنها شأن القراض، مجرد تقنية تعاقدية لا تنشأ عنها شخصية معنوية مستقلة عن ذوات الشركاء أو المقارضين. كما لا تخضع هذه الشركات بالضرورة إلى إجراءات الإشهار فلا يعلم الغير بتكوينها ولا بصفة من يمثلها، ويظل يتعامل مع من كلفه الشركاء بتمثيلها على أنه صاحب التجارة بانفراده، وهو ما يحد من ضمانات المتعاملين مع هذه الشركة.

والشركة التي نظمها قانون 1861 ثم مجلة الالتزامات والعقود هي شركة مدنية بالأساس وفلاحية في الغالب وليست التجارة من شأنها، باستثناء القراض الذي يعد من تقنيات الحياة التجارية.

كما أن من أهم النصوص التشريعية المتعلقة بالشركات في تلك المرحلة الأمر العلي الصادر في 16 جويلية 1926 المتعلق بإحداث الدفتر التجاري وبمسك دفتر للتجارة، والذي نظم كيفية ترسيم التجار سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو شركات بسجل عمومي سمي بسجل التجارة أو الدفتر التجاري *registre du commerce*، الذي تمثل الغاية من إحداثه في إعطاء العموم صورة أمينة ورسمية عن أوضاع المؤسسات التجارية بأنواعها ومنع مغالطتهم.

وقد بدأت السلط العمومية في تنظيم مختلف أصناف الشركات التجارية اقتداء بالتشريع الفرنسي، وذلك بداية من سنة 1930، حيث صدر الأمر العلي المؤرخ في 28 فيفري 1930 المتعلق بشركات رؤوس الأموال، الذي تلاه الأمر العلي المؤرخ في 4 ماي 1930 الصادر بتأسيس الشركات المحدودة المسؤولة.

(1) يلاحظ أن مجلة الالتزامات والعقود نصت على تقنيات قانونية أخرى أصبحت اليوم مجهولة على الرغم من ظهور تقنيات غريبة المصدر للذهوض بنفس وظيفتها، كخلو النصبة وخلو المفتاح، الذين عوضهما قانون الأصل التجاري والأكرية التجارية. ولا شك في أن الاهتمام الخاص الذي تلقاه تقنيات التمويل والتعامل الإسلامية في العصر الحديث بفضل الطفرة المالية في بلدان الخليج العربي والناجمة عن فائض ثمن تصدير المحروقات من شأنه أن يحث الباحثين على الرجوع إلى التقنيات القديمة كالمضاربة والمراوكة أو الارتواك ونحوهما، والتي لا تحتاج إلى استحداث إطار تشريعي جديد بل إلى إحياء الإطار القديم والنش في تفاصيله وخباياه وتفعيله عبر اعتماده في العقود مع بعض التعديلات.

ثم صدرت النصوص المتعلقة بموجبات الإشهار بالنسبة للشركات (28 فيفري 1950) ويتنظيم إصدار رفاع قابلة للتحويل إلى أسهم حسب إرادة الحاملين (29 ماي 1959).

وفي الأثناء، صدر الأمر العلي المؤرخ في 30 أوت 1955 الذي قام بتدوين مجمل النصوص المشار إليها في مرجع تشريعي موحد، فكانت أولى صيغ «مجلة» خاصة بـ «الشركات التجارية»⁽¹⁾، ولو أنها اقتصرت على شركات الأموال وشبهها، ولم تنطرق إلى شركات الأشخاص. واستمر العمل بهذا الأمر العلي لمدة أربع سنوات فقط، إذ صدرت إثر ذلك المجلة التجارية التي وحدت المرجع التشريعي في خصوص مجمل جوانب القانون التجاري وخاصة منها ما يتعلق بالشركات التجارية بأنواعها وإشهارها⁽²⁾.

بعد استقلال البلاد بثلاثة أعوام صدرت المجلة التجارية في 5 أكتوبر 1959، فتضمنت أحكاما عامة تتعلق بالتجار ومنها باب يتعلق بالشركات التجارية باعتبارها تاجرا يتخذ شكل الشخص المعنوي، كما نظمت بقية الجوانب الأخرى المتصلة بالتجارة وخاصة منها ما يهم الأصل التجاري والأوراق التجارية وصعوبات المؤسسات (الإفلاس) والعقود التجارية المختلفة، البنكية وغير البنكية.

يتبين للمتنّاع على المجلة التجارية في أحكامها المتعلقة بالشركات التجارية (الفصول من 14 إلى 188)⁽³⁾، أنها تتميز بوضوح التفرقة بين صنفين من الشركات وهما: شركات الأشخاص وشركات الأموال، مع الإقرار بوجود صنف

(1) نص الفصل 4 من الأمر العلي المؤرخ في 30 أوت 1955 على ما يلي:

« Il sera procédé, par arrêté de notre Ministre du commerce, sous le nom de « Code des Sociétés Commerciales », à la codification des textes législatifs régissant les sociétés, exception faite des dispositions fiscales ». Cf., Achille BERDAH : « Les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée », éd. La Caravelle, Tunis 1955.

(2) حول تاريخ قانون الشركات في تونس، يراجع مثلا: أحمد الورفلي: « نصف قرن من قانون الشركات في تونس »، مجلة القضاء والتشريع، مارس 2006، عدد خاص بخمسينية الاستقلال، ص. 139 وكذلك:

Slaheddine MELLOULI et Sami FRIKHA : « Les sociétés commerciales », éd. La Maison du Livre, Tunis 2013, 2è édition, p. 10 et ss.

(3) ألغيت هذه الأحكام بمقتضى الفصل 2 من القانون عدد 93 لسنة 2000 المؤرخ في 3 أوت 2000 المتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية.

وسط بينهما catégorie intermédiaire وهو صنف الشركات ذات المسؤولية المحدودة التي تتميز بصيغتها المختلطة أو الهجينة hybride التي استعصت زمتا طويلا على التصنيف بينما اضطر القانون الجبائي إلى تنظيمها بشركات الأموال فأخضعها إلى الضريبة على الشركات، في حين استتج من شفافية الشخصية القانونية لشركة الأشخاص والتصاقها بالذمم المالية للشركاء فيها أن بإمكانه أن يعتبرها شكلا من أشكال حالة الشيوخ وبالتالي تجاهل وجودها المستقل.

وتتميز شركة الأشخاص بطابعها الشخصي intuitus personae بينما تتسم شركة الأموال بغلبة الاعتبار المالي intuitus pecuniae. ومن ناحية أخرى تبرز الاختلافات بين صنفى الشركات الأساسيين من خلال نظام السندات التي يصدرها كل واحد منهما مقابل المساهمة في رأس المال. فشركة الأشخاص تصدر سندات رأس مال تسمى «الحصص» أو «الحصص الاجتماعية» parts sociales تكون مجسدة في قيد بحساب تمسكه الشركة أو في بند مدرج في العقد التأسيسي، ولا تقبل التداول بحرية إلا بين الشركاء، بينما يخضع التفويت فيها لغير الشركاء إلى موافقة الباقين، بينما يقع تمثيل رأس مال شركة الأموال في «قيم منقولة» تسمى الأسهم، وتتميز بأنها تتجسم في أوراق منفصلة عن العقد التأسيسي تقبل التداول بحرية⁽¹⁾، وأجازت المجلة التجارية حتى أن تكون هذه الأسهم للحامل أي أن لا تُذكر بها هوية مالكيها، فيتم تداولها يدويا ودون حاجة لترك أي أثر كتابي. كما أجاز التشريع التونسي لهذه الشركات وحدها إصدار أوراق مالية تمثل سندات ديون جماعية متساوية القيمة والحقوق تسمى الرفاع، يتم تسديدها في أجل لا يتجاوز خمسة أعوام.

ويكمن الفرق الأساسي الموالي بين هذين الصنفين من الشركات في أن مسؤولية الشركاء في شركات الأشخاص غير محدودة، وهو ما يبرر التساهل في خصوص تحديد مقدار رأس مالها، باعتبار أنه لا يُشترط رأس مال أدنى

(1) الفصل 48 من المجلة التجارية. وقد اعتبر القضاء التونسي في بعض القرارات أن حرية تداول الأسهم ميزة جوهرية للشركة خفية الاسم باعتبار أن المشرع عرف هذه الشركة من خلالها، وبالتالي فهي تهم النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على تقييدها من خلال شروط الأفضلية والمصادقة. يراجع:

Youssef KNANI : « La clause de préemption et d'agrément, incertitude de la jurisprudence et insuffisance des textes », Revue Tunisienne de Droit 1992, p. 241.

لتأسيسها، كما يمكن المساهمة فيها بالمال (نقدا أو عينا، أي بمتقول أو بعقار) أو بالعمل (apports en industrie). فضمان حقوق الغير يتمثل في مجموع أصول الذمم المالية للشركاء actifs، أما شركة الأموال فتكون مسؤولية الشركاء فيها محدودة لا تتجاوز مساهمتهم في رأس المال، ومن ثمة لا يجوز أن تتم المشاركة فيها إلا بالمال فحسب، ويجب أن يكون لها رأس مال أدنى⁽¹⁾.

أما الشركة ذات المسؤولية المحدودة فتتسم بأنها تقترب من شركات الأشخاص من حيث نظام الحصص، ومن نظام شركات الأموال من حيث تحديد مسؤولية الشركاء بمساهماتهم.

ومن حيث تقسيم السلطات داخل هذه الشركات، كان نظام شركات الأشخاص يقوم على «الديمقراطية المباشرة» على غرار نظام شركة العقد المنصوص عليه بمجلة الالتزامات والعقود (الفصل 1249 وما يليه)، بحيث يعد كل شريك مسيرا للشركة ما لم يُتفق على خلافه، بينما يسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة وكيل واحد ما لم يتفق على أكثر من ذلك، فيما تتميز الشركة خفية الاسم بأن تسييرها يؤتمن عدد من الأشخاص في إطار هيكل جماعي يسمى مجلس الإدارة.

كما تميزت النصوص الصادرة قبل سنة 2000 بالتركيز على دور هيكل الإدارة والتسيير، من جهة، والهيكل صاحب السيادة داخل الشركة (أي الجلسة العامة للشركاء) من جهة أخرى. وفي المقابل، لم تول المجلة التجارية في صيغتها الأولى اهتماما كبيرا لهياكل الرقابة من منطلق أن أنجع رقابة هي تلك التي يجريها المساهمون (الشركاء)، بحكم أنه لا يمكن أن يوجد من هو أحرص منهم على حسن سير أمور الشركة وعلى نجاح برامجها وسياساتها⁽²⁾. وربما كان ذلك مرتبطا أيضا بغلبة التصور التعاقدية للشركة، حيث يُعتبر كل من لم

(1) من الغريب أنه رغم أن القانون التونسي كان يقوم على هذا المنطق فإن المجلة التجارية لم تكن تتضمن اشتراط رأس مال أدنى في الشركة خفية الاسم، وإنما اشترطت أن يكون في الشركة خفية الاسم سبعة شركاء وأن لا تقل قيمة السهم الواحد عن خمسة دنانير، بحيث يكون رأس المال الأدنى منطقيا في حدود 35 ديناراً، وهو مبلغ تافه.

(2) يراجع مثلا: أحمد الورفلي: «الرقابة في الشركات خفية الاسم»، أعمال ملتقى دولي حول «مجلة الشركات التجارية»، تونس 3 و 4 أبريل 2001، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2002، ص. 123.

يشارك في إبرام العقد «غيرا» أجنبيا عن العقد لا دخل له فيه عملا بمبدأ نسبية آثار العقد⁽³⁾.

ومنذ أواسط القرن العشرين، اقتدى التشريع التونسي بعدد التشريعات الأخرى في إحداث آليات وهياكل مختلفة للرقابة على هياكل تسيير الشركات المرشحة لأن تتوجه إلى الإدخار العام l'épargne publique وخصوصا عبر تكليف مهنيين من مستوى علمي عال بجملة من المهام التي عرفت تطورا من مجرد مهام محاسبية إلى مهام متنوعة تصل إلى حد إجراء رقابة محدودة على تطور أمور الشركة وتسييرها وخصوصا إذا بلغت الشركة درجة من الصعوبات الاقتصادية تنذر بالخطر. فقد أوجب الفصل 6 من القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أبريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية على مراقب الحسابات إشعار الهياكل المختصة قانونا بتلك الصعوبات تحت طائلة التعرض إلى المؤاخذه الجزائية الشخصية.

وتسترعي مسألة التسيير أو الإدارة أو التصرف في أمور الشركة والرقابة عليها اهتمام الدارس بشكل خاص حين يتعلق الأمر بالشركة خفية الاسم التي وصفها جورج ريبير (Georges Ripert) بأنها «الأداة العجيبة للبيرالية الحديثة»، وذلك باعتبارها الإطار الأمثل للنشاط الاقتصادي في إطار النظام الليبرالي، نظرا لتنظيمها الدقيق، من جهة أولى، ولانفتاحها أمام العموم وقدرتها على تجميع رؤوس أموال هامة يعجز عن جمعها الشخص الطبيعي منفردا وحتى الشركات العائلية المغلقة، بما يجعلها وحدها قادرة على بعث المشاريع العملاقة التي لا يستطيع الفرد إنشاءها وتسييرها بمفرده وبوسائله المحدودة⁽²⁾. كما أن هذه الشركة هي التي تجسد بوضوح الصيغة المؤسساتية للشركة التجارية، باعتبار تضال أهمية الاعتبار الشخصي *Intuitu personae* في إطارها، واستلها من نظامها من التنظيم الحديث للدولة الديمقراطية. وهذا هو السبب الذي جعل مشرع سنة 1955 ثم سنة 1959 يقصر وجوب تعيين مراقب حسابات على الشركات خفية الاسم. وامتد هذا الواجب إلى الشركات التي تملك الدولة كامل رأس مالها والتي تكتسي شكل

(1) الفصل 240 من مجلة الالتزامات والعقود: «لا يلزم العقد إلا العاقدين ولا ينجر منه للغير ضرر ولا نفع إلا في الصور التي نص عليها القانون».

(2) Georges RIPERT : « Aspects juridiques du capitalisme moderne », LGDJ, Paris 1946.

الشركة خفية الاسم. وعلى الرغم من أن التطبيق قد شهد تعيين مراقبين لحسابات شركات ذات مسؤولية محدودة اختياراً من الشركاء ورغبة في إخضاع المسيرين إلى رقابة غير مباشرة من قبل الشركاء، لم يقع الخروج عن هذه البوتقة إلا بصدر مجلة الشركات التجارية سنة 2000.

ولقد عرف القانون التونسي في هذه الأثناء تطوراً هاماً، إذ مرّ على وجه الخصوص من طور الاقتصاد الموجه الذي يعتبر فيه الترخيص هو الأصل والقاعدة ويجب فيه الحصول على ترخيص من السلطة الإدارية ذات النظر قبل مباشرة جل الأنشطة الاقتصادية⁽¹⁾ إلى مرحلة التحرير التدريجي للإعتراف تدريجياً بحرية النشاط الاقتصادي.

4. علاقة قانون الشركات التجارية بالقانون المدني

علاوة على العلاقة «التاريخية» بين القانون المدني وقانون الشركات - باعتبار أن أول مرجع تشريعي حديث في قانون الشركات يتمثل في أحكام قانون الجنائيات والأحكام العرفية ثم أحكام الفصل 1249 وما يليه من مجلة الالتزامات والعقود - فإن مجلة الالتزامات والعقود ما زالت تمثل الشريعة العامة *droit commun* في مجال الشركات ويتم الرجوع إليها كلما اقتضت النص الخاص⁽²⁾، كما هو الشأن مثلاً بالنسبة لمسألة إدماج الأرباح غير الموزعة في رأس المال⁽³⁾ والتي يمكن بمقتضاها توزيع الأرباح في شكل حصص أو أسهم

(1) كتيبة لذلك اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 26582 الصادر في 18 ماي 1966 (محمد وعلي ضد فيليكس) - مجلة القضاء والتشريع 1967، ص. 346 - أنه «تعيين الحكم ييطان الشركة الصناعية (تمارس نشاط صناعة الأحذية) التي لم تحصل على الرخصة الإدارية على أساس الأمر المؤرخ في 3 أبريل 1962 الذي له مساس بالنظام العام خاصة أن هذه الرخصة تندرج في نظام المخطط القومي وفي إطار حاجيات الاقتصاد الوطني».

(2) حمادي بن الأخضر الرائد: «مجلة الالتزامات والعقود والقانون التجاري»، كتاب مائوية مجلة الالتزامات والعقود 1906-2006، نشر مركز النشر الجامعي، تونس 2006، ص. 541 وما يليها (ص. 541). ويشير المؤلف إلى أن مشروع المجلة المدنية والتجارية كان يتضمن باباً يتعلق بشركات المقايضة وشركات المقايضة، وقد وقع حذفه كما حذف كلمة «التجارية» من تسمية المجلة مما يدل على تبني محريها لنظرية استقلالية القانون التجاري.

(3) الفصل 1306 من مجلة الالتزامات والعقود.

وترفيع رأس مال الشركات خفية الاسم وغيرها، أو بالنسبة لمسألة إخراج الشريك من الشركة⁽⁴⁾.

ويلاحظ بعض الدارسين أن علاقة قانون الشركات بقانون العقود مرت بثلاثة مراحل أساسية، الأولى هي مرحلة ما قبل المجلة التجارية والثانية هي مرحلة ما قبل مجلة الشركات التجارية والثالثة هي مرحلة ما بعد صدور مجلة الشركات التجارية. ففي المرحلة الأولى، كانت الشركة تعاقدية صرفة. أما المرحلة الثانية فقد تميزت بالإفراط في التدخل التشريعي تحت تأثير موجة فكرية تدخل العامل الاجتماعي في كل مسألة. وقد صدرت المجلة التجارية في هذا المناخ، فاستمت بضعف هامش تدخل الإرادة التعاقدية. أما في المرحلة الثالثة فقد أعيد رسم الحدود بين مجال تدخل التشريع ومجال تدخل إرادة المتعاقدين حيث ترك المشرع المجال لإرادة الشركاء لتنظيم عدة جوانب خصوصاً في الشركات «المغلقة» أي غير المفتوحة للعموم، وأيضاً في بعض العمليات القانونية ذات الطبيعة التعاقدية كالاندماج والانقسام وتغيير الشكل... إلى جانب اتفاقات الشركاء⁽²⁾.

وعلى الرغم من القواسم المشتركة بين قانون الشركات التجارية والقانون المدني فإنه توجد فوارق واختلافات هامة بين بعض المبادئ العامة المقررة بمجلة الالتزامات والعقود والقواعد الخاصة بالشركات التجارية، ومن أهمها ما يتعلق بإحالة سندات رأس المال. فالشركة تصدر حصصاً اجتماعية أو أوراقاً مالية ممثلة لمساهمات في رأس المال (أسهم ونحوها)، تثبت لمالكها جملة من الحقوق المصنفة فقهاً إلى حقوق مالية وحقوق «سياسية». غير أن هذه السندات تمنح مالكها أيضاً صفة المدين بجملة من الالتزامات. فالشريك مدين للشركة بمساهمة⁽³⁾. ومن المفروض أن يخضع هذا الدين إلى جملة الأحكام العامة المنطبقة على الديون في القانون المدني. ومعلوم أن القانون التونسي يبنى مبدأ عدم جواز الإنتقال السلبي للالتزامات ولم يكرسه إلا في مواضع محدودة⁽⁴⁾.

(1) الفصل 1327 من مجلة الالتزامات والعقود.

(2) Mohamed GHERMAZI: «La contractualisation dans le Code des Sociétés Commerciales», *Infos Juridiques*, n° 138/139, aout 2012, pp. 32 et ss.

(3) الفصل 6 من مجلة الشركات التجارية (فقرة أولى).

(4) Mohamed HAMMOUDA: «Le transport passif des obligations. Essai d'une théorie juridique», éd. CPU, Tunis 2005, p. 30.

غير أن قانون الشركات حاد عن النظرية الذاتية واقترب من المنهج الموضوعي في تعامله مع التزامات الشريك نحو الشركة، متأثراً في ذلك بالقانون الألماني، فأجاز نقل الالتزامات التي على الشريك إلى من تحال إليه سندات رأس المال ولو دون موافقة الدائن وفي غياب كل أثر تجديدي، بما في ذلك إمكانية التفويت في الحصص الاجتماعية إلى غير الشركاء في شركات الأشخاص المتميزة عموماً بغلبة الاعتبار الشخصي واعتبار الذمة المالية الخاصة بكل شريك ضماناً لدائني الشركة⁽¹⁾.

وجدير بالملاحظة أنه يوجد نوع من الإزدواج أو التكرار *redondance* على الأقل في ما يتعلق بأحكام عقد القراض الواردة بمجلة الالتزامات والعقود وأحكام شركة المقارضة الواردة بالمجلة التجارية ثم بمجلة الشركات التجارية⁽²⁾. كما أن القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 جاء بأحكام تتعلق بمسؤولية المسيرين المدنية لا تعدو أن تكون تكراراً لأحكام الفصل 1276 من مجلة الالتزامات والعقود، وهو ما يؤكد قيمة مجلة الالتزامات والعقود كـ «صرح قانوني» *un monument juridique* شامل⁽³⁾.

5. صدور مجلة الشركات التجارية

يمثل صدور مجلة الشركات التجارية حدثاً هاماً في تاريخ قانون الشركات في تونس، غير أن هذه المجلة ورغم أنها جاءت بخيارات جديدة في عدد هام من المسائل [1.5] ودعمت مكانة الإرادة التعاقدية في عالم الشركات [2.5] فقد ظلت محافظة على الثنائية الرئيسية بين الشركات التي تتبع منوال الحوكمة «الارستقراطي» والشركات التي تتبع منوال الحوكمة «الديمقراطي» [3.5]. وفي

(1) Mohamed BAG-BAG : « De la déclaration de volonté source d'obligations dans le Code des Obligations e des Contrats- Essai d'une théorie générale », Thèse, Tunis 1994, p. 321 et ss.

(2) يعتبر حمادي الرائد (المقال سابق الذكر، ص. 552-554) أن القراض إنما هو صنف من الشركات.

(3) Moamed Kamel CHARFEDDINE: «Code des obligations et des contrats: esquisse d'une évaluation de l'oeuvre», in *Livre du centenaire du Code des obligations et des contrats 1906-2006*, éd. CPU, Tunis 2006, p. 675 ;

البشير التكري: كلمة الاختتام لملتقى ماثوية مجلة الالتزامات والعقود، منشورة بكتاب ماثوية مجلة الالتزامات والعقود 2006-1906، نشر مركز النشر الجامعي، تونس 2006، الجزء العربي، ص. 9.

الحقيقة فإن التعديل الذي عرفته سنة 2009 هو الذي أعطاها جرعة من الحداثة افتقدت إليها في صيغتها الأصلية التي بدت محافظة رغم كل التجديد، وهو ما جعلنا نعتبره «الإصلاح الحقيقي» لقانون الشركات في تونس. ومع كل ذلك فإننا نجزم اليوم بوضوح بأن المجلة تحتاج إلى مراجعة جديدة لضمان مواكبتها للتطورات العالمية التي جعلت تونس تتراجع في ترتيب الدول حسب مؤشرات محيط الأعمال المرتبطة بقانون الشركات التجارية.

1.5. أوجه التجديد في مجلة الشركات التجارية

قبل سنة 2000، كانت الشركات التجارية تخضع إلى أحكام الفصول من 14 إلى 188 من المجلة التجارية الصادرة في 5 أكتوبر 1959. وقد تبين أن أحكام تلك المجلة في حاجة إلى التعديل والتجديد، وأن المناخ الاقتصادي الجديد على المستوى الوطني والمتوسطي والعالمي يتطلب تطوير التشريع المتعلق بالشركات وأشكالها وأصنافها وتكتلها وتغيير شكلها وانقسامها واندماجها، فصدرت مجلة الشركات التجارية استجابة لهذه المتطلبات بمقتضى القانون عدد 93 لسنة 2000 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000. وتمثل هذه المجلة تدوينا مستقلاً لقانون الشركات التونسي، إذ تم فصل المرجع التشريعي المتعلق بهذه المادة عن المجلة التجارية. وقد جاءت المجلة آخذة بأهم التوجهات على الصعيد العالمي في هذا الميدان، بما يساهم في التقارب بين التشريعات المتوسطة في هذه المادة كما يعكس تأثر المشرع التونسي بتيار العولمة الذي يخيم على قانون الشركات في العالم بكل وضوح. ولا يمنع ذلك من الإشارة إلى أن المجلة تبدو غير منسجمة في تنظيمها الداخلي إذ يحس القارئ بأنها كُتبت بأكثر من يد واحدة ثم وقع تجميعها في النهاية⁽¹⁾.

على أن صدور هذه المجلة لم يمنع بقاء الشركات التجارية خاضعة إلى الأحكام العامة المتعلقة بالشركات والواردة بالفصول من 1249 إلى 1350 من مجلة الالتزامات والعقود، عدا ما كان منها متخالفاً مع الأحكام الخاصة المدرجة في المجلة.

(1) يلاحظ ذلك من خلال أحكام الباب المتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة والتي تضمنت جملة من القواعد التي تنطبق منطقياً على سائر الشركات، والتي كان من المفروض أن تدرج في باب الأحكام العامة.

2.5. مكانة الإرادة التعاقدية في مجلة الشركات التجارية

تصطبغ الشركة الحديثة بالصيغة المؤسسية، غير أن ذلك لا ينفي أنها تنشأ ببدء بموجب عمل من أعمال الإرادة *acte de volonté*. فالعقد هو مبنى الشركة، وهو الذي يحدد الخيارات الأساسية للشركاء وخصوصا ما يتصل بالشكل القانوني للشركة ومنوال الحوكمة فيها. فالشركاء هم الذين يحددون منذ البداية إن كانوا يرغبون في تكوين شركة أشخاص يكون فيها الجميع أو البعض على الأقل متضامنين في أداء ديون الشركة، وبالتالي يضمّنون ذمهم المالية الفردية إلى الذمة المالية لهذا الكائن القانوني الجديد، أم أنهم يفضلون تكوين شركة أموال لا يُسألون في إطارها إلا في حدود مساهماتهم في رأس المال. وإن اختاروا أحد هذين النموذجين فهم أحرار في اختيار تكليف أحدهم بتسيير الشركة أم إيكال ذلك إلى أكثر من شخص واحد، ولهم أن يختاروا المسير أو المسيرين من بينهم أم من غيرهم أو إبقاء هذا الخيار لتقدير الشركاء في زمن التعيين أو الاستبدال. ولهم أيضا أن يختاروا صيغة مراقبة محاسبة الشركة والتصرف فيها. فلئن كان القانون يوجب على نسبة كبيرة من الشركات تعيين مراقب لحساباتها فإنه لم يمنع الشركاء من الاتفاق على تعيين مراقب حسابات بالنسبة للشركات التي لا تخضع لوجوب تعيين مراقب حسابات، كما يمكن للشركاء أن يختاروا تعيين أكثر من مراقب واحد، فيما عدا الصور التي يوجب فيها القانون تعيين مراقبين اثنين. وحتى في هذه الصورة، يحق للشركاء الاتفاق على تعيين أكثر من اثنين.

ويحق للشركاء أيضا أن يقبّدوا صلاحيات المسير. فلهم مثلا أن يمنعوا عليه إبرام القروض التي تتجاوز سقفًا معينًا أو إلزامه بمراجعتهم عند تجاوز السقف المذكور أو الحصول على ترخيص من أحد أجهزة الشركة. ولهم أيضا أن يختاروا نهج التشدد في قبول الشركاء الجدد أو نهج المرونة في ذلك، في ما عدا صورة الشركات المدرجة أسهمها ببورصة الأوراق المالية حيث تكون حرية تداول الأسهم مطلقة. وللشركاء أيضا أن يختاروا اللجوء إلى صيغ التمويل الداخلي (الحساب الجاري للشركاء) أو الخارجي (الاقتراض البنكي أو الاقتراض من السوق المالية) ما لم يوجد في القانون قيد خاص، كاشتراط شكل قانوني معين وتحقق مؤشرات على جدية الشركة وآفاقها الواعدة للجوء إلى السوق المالية عبر تقنية القرض الرقاعي. وفي صورة اختيار اللجوء إلى التمويل الخارجي من

السوق المالية، يحق للشركاء أن يختاروا منح المكتب وضع المقرض الخالص (في صورة إصدار رقاع) أو وضعًا هجينًا يقترب نسبيًا من وضع الشريك.

كما يحق للشركاء تحديد قواعد النصاب والأغلبية اللازمة لاتخاذ القرارات الجماعية، ولهم في الشركات الصغيرة أن يختاروا صيغة اتخاذ القرارات المذكورة، إن كان ذلك يستوجب عقد جلسة عامة أم أنه يكفي اعتماد صيغة الاستشارة الكتابية. ولهم أيضا أن يتفقوا على اعتماد التكنولوجيات الحديثة في الدعوة إلى حضور الجلسات العامة وهيئات القرار الأخرى (كمجلس الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية) والإعلام بالقرارات المتخذة.

كل ذلك لا ينفي أن قانون الشركات التجارية يظل من قوانين الأمن والبوليس *lois de police ou lois d'application immédiate* التي تنبني على خيارات جوهرية لا يجوز المساس بها بموجب التعاقد، بما يجعل القواعد المتضمنة لتلك الخيارات الأساسية أمرًا زاجرة في نفس الوقت. فالقانون هو الذي يقرر وحده إن كان الشركاء ملزمين بديون الشركة على وجه التضامن أم لا، وهو الذي يقر خصوصًا القواعد التي تحمي الغير، سواء منها ما يتعلق بإشهار جل ما يتعلق بالشركة بوسائل إشهار محددة بالقانون وفي آجال وصيغ يضبطها نفس القانون، أو ما يتعلق بجوانب أخرى كإقرار حق الغير في الاعتراض على بعض أصناف القرارات. والقانون هو الذي يحدد خصوصًا الواجبات المحاسبية المحمولة على الشركة ومسيرها ويحيط كل ما يتعلق بإدارة الشركة وتسييرها وإشهار المعطيات المتعلقة بها وضمانات عدم الانتقاص من رأس مالها بصيغ ملتوية بقواعد زاجرة تصل حد التجريم. وهو في التجريم مقلّ نسبيًا، لكنه يظل رافضًا لفكرة نزع التجريم بصفة شاملة *dépénalisation totale*. فالمنشع التونسي يعتمد الزجر أداة من أدوات تحقيق سياساته في مجال الشركات التجارية، وهو تجريم يتقاطع ويتراكم مع ما هو مقرر في نصوص تشريعية أخرى، وخصوصًا منها المجلة الجزائية والقوانين الاقتصادية المختلفة. ويتجاهل المشرع مسألة ازدواجية التجريم ويسنّ للشركات التجارية قواعد تجزئية خاصة تتضمن أحيانًا عقوبات أقل شدة مما هو مقرر في النصوص الأخرى، مما يستوجب القيام بعملية مسح ومراجعة شاملة لسياسة التجريم في مجلة الشركات التجارية، دون أن يعني ذلك بالضرورة التخلي الكلي عن التجريم.

وهكذا، يظل قانون الشركات التجارية قائما على خلطة عجيبة تمتزج فيها القوانين الصارمة بالإرادة التعاقدية، في هندسة منسجمة إلى حد بعيد، لا يكدر صفوها سوى بعض النشاز الذي يمكن تجاوزه من خلال تعديل جزئي لبعض أحكامها، وهو تعديل تقتضيه الظروف الحالية للبلاد.

3.5. التطور النسبي لثنائية نماذج حوكمة الشركات التجارية

تقوم الشركة كما نظمته مجلة الالتزامات والعقود على المنطق الأرستقراطي المستمد من نموذج المجتمع الإقطاعي أو شبه الإقطاعي. فالشركة هي حالة شيوع يشترك فيها بعض الأشخاص في القيام بعمل يدرّ ربحا يتم تقاسمه بينهم، مع اكتسابهم جميعا لصفة الشركاء والمسيرين في نفس الوقت، وهي صفات أزيلت أو دائمة ومتلازمة، بحيث لا يمكن أن يكون الشريك غير متصرف في شؤون الشركة، وبالتالي فإنه لا يمكن الحديث عن تحديد مدة التواجد في موقع القيادة، كما أن الفصل بين هيكل التسيير وهيكل المداولة غير موجود ولا معنى له، وجميع القرارات تتخذ بالإجماع، والكل يراقب الكل فلا حاجة إلى هيكل مراقبة وتدقيق خارجي، كما أن إمكانية دخول الغير إلى حلقة الشركاء محدودة واستثنائية جدا ورهينة القبول به من جميع الشركاء، ولو كان من ورثة أحد الشركاء. فالشركة تصطبغ بالصبغة الشخصية الصرفة وكل ما يقع لأحد الشركاء يؤثر فيها، سواء كان مؤديا إلى زوالها أو على الأقل إلى خروج بعض الشركاء منها. ونتيجة لذلك فإن الشركة تعامل إما على أساس غياب الشخصية القانونية أو على أساس أنها شخص قانوني شفاف، لا يغطي الأشخاص الذين أحدثوه.

أما الشركات التجارية التي جاءت بها القوانين الصادرة في الثلاثينات من القرن الماضي ثم كرستها تشريعات ما قبل الاستقلال (1955) ثم المجلة التجارية (1959) فهي تقوم على عقلية مغايرة. فالشركة شخص معنوي مستقل بذاته، له ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء، وعناصر أصول هذه الذمة المالية هي وحدها ضمان الدائنين الذين ليس لهم من صلة بالشركاء، والشريك هو مجرد مساهم بالمال لا صفة له لتسيير الشركة أو تمثيلها تجاه الغير إلا إذا تم انتخابه للغرض لمدة محدودة، وهو خاضع إلى رقابة يجريها الشركاء في إطار جلستهم العامة ورقابة مختلفة يجريها محترف في الأمور المحاسبية يتمثل دوره في التثبت من مدى احترام ذلك المسير لقواعد مسك المحاسبة وتسجيل العمليات والمعاملات،

دَخَلًا وَخَرَجًا. كما أن الشريك الذي له مساهمة ضعيفة في رأس المال (الأقلية) ليس له سوى نفوذ محدود في الشركة، فلا يمكنه تعطيل اتخاذ القرارات الهامة بمجرد الرفض، وليس له أن يفرض اتخاذ أي قرار أو عزل متصرف أو ما إلى ذلك، كما أن التشريعات القائمة لم تكن تمنحه الحق في الحصول على معطيات ضافية حول سير أمور الشركة، بما جعله ضعيف التأثير والحضور في حياة الشركة، مما استوجب تدعيم حقوقه على غرار ما وقع في المجتمع السياسي، وذلك بتمكينه خصوصا من الحق في المعلومة ومن الحق في التقاضي. وقد جاء تعديل مجلس الشركات التجارية في 16 مارس 2009 خصوصا بتدعيم هذين الحقين بما جعل القانون التونسي يتدارك التأخر الذي أصبح عليه في هذا المجال خصوصا منذ صدور مجلة الشركات التجارية بتوجهاتها «المحافظة» في هذا المجال والقائمة على التخوف المفرط من مشاغبات الأقلية.

وقد تأقلم القانون التونسي مع تطور قانون الشركات في العالم، فقام المشرع بمزج هذين النموذجين. ولذلك فقد أدخل على الصنف التقليدي (شركة الأشخاص) بعض المرونة التي تسمح خصوصا بإقرار شيء من الحرية في قبول الشركاء الجدد في صورة اختيار أحد الشركاء بيع مساهمته لأجنبي عن الشركة، كما أباح إدراج شروط الأفضلية والمصادقة في القوانين الأساسية للشركات خفية الاسم.

4.5. تعاقب التعديلات

في سنة 2006، تساءل الأستاذ نذير بن عمو: «كان من المفروض أن تحقق هذه المجلة (مجلة الشركات التجارية) الاستقرار والتجميع المنشودين... لكن منذ السنة الأولى من حياتها بدأت تشهد تداول القوانين التي تكمل أو تنقح. ففي سنة واحدة تنالت في تنقيحها ثلاث قوانين، يقال إن منها ما كان للتجميل... هل هي قبيحة إلى هذا الحد؟ هل ولدت مشوهة؟ أم هل أن تأثير الزمن في القوانين أصبح أكثر منه في العباد؟»⁽¹⁾

(1) نذير بن عمو وعصام الأحمر: «التقرير الختامي والتوصيات»، ملتقى «مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005»، تونس 3-4 فيفري 2006، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2006، ص. 240.

1.4.5. التعديلات الجزئية الأولى

أ. بعد صدور المجلة بنحو سنة، صدر في 6 ديسمبر 2001 القانون عدد 117 لسنة 2001 الذي أضاف إلى المجلة عنوانا سادسا بالكتاب الخامس يتعلق بتجميع الشركات. وتم تعديل الفصل 2 من القانون المذكور المتعلق بتطبيق أحكامه في الزمان بموجب القانون عدد 90 لسنة 2004 المؤرخ في 31 ديسمبر 2004 المتعلق بقانون المالية لسنة 2005. وصدر في نفس الفترة القانون المتعلق بتأسيس الشركات عن بعد⁽¹⁾.

ب. ثم تم تعديل بعض أحكام هذه المجلة لأول مرة بمقتضى القانون عدد 12 لسنة 2005 المؤرخ في 26 جانفي 2005 وذلك في إطار سياسة تشجيع الاستثمار وتيسير شروطه بما يساهم في بعث المؤسسات، خصوصا من قبل الباعثين الشبان، وبشكل خاص بالنسبة للمشاريع التي لا تتطلب تمويلات كبيرة، فتم التخفيض في رأس المال الأدنى والقيمة الدنيا للحصص الاجتماعية والأسهم بالنسبة إلى الشركات ذات المسؤولية المحدودة والشركات خفية الاسم وشركات المقارضة بالأسهم. وأسهم هذا التعديل في تحسين ترتيب تونس في مؤشر سهولة بعث المشاريع لدى بعثة البنك الدولي *Doing Business*.

ج. ثم وفي نفس السنة شهدت المجلة تعديلا جديدا بموجب القانون عدد 65 لسنة 2005 المؤرخ في 27 جويلية 2005 والقانون عدد 96 لسنة 2005 المؤرخ في 18 أكتوبر 2005 المتعلق بتدعيم سلامة العلاقات المالية. وقد مس التعديل المتأخر في الذكر بالأساس جانبين: مراقبة حسابات الشركات ووضع ضمانات لعدم تحول المراقب إلى مجرد أجير أو تابع للشركة أو لمسيرها، وتعديل معايير وجوبية تعيين مراقب حسابات، وإيداع الوثائق المحاسبية بالسجل التجاري في إطار تدعيم الشفافية المالية.

د. ولم تقف التعديلات عند هذا الحد إذ شهدت المجلة تعديلا جديدا بموجب قانون حفز المبادرة الاقتصادية الصادر في 27 ديسمبر 2007 الذي جاء بالخصوص بأمرين وهما: حذف رأس المال الأدنى المستوجب لتأسيس

(1) قانون عدد 89 لسنة 2004 المؤرخ في 31 ديسمبر 2004. أنظر مثلا: دليل مجلة الشركات التجارية، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2005، ص. 11.

الشركات ذات المسؤولية المحدودة مع ما صاحب ذلك من قبول المساهمة في هذه الشركة بالعمل، وتدعيم ضمانات أقلية المساهمين في الشركة خفية الاسم. هـ. وبعد نحو عام، وتحديدًا في 5 جانفي 2009، أدخل على المجلة تعديل جديد بموجب القانون عدد 1 لسنة 2009 الذي اقتصر على إضافة فقرة ثانية إلى الفصل 319 تتعلق باستثناء صورة الإسهام في شركة أم أو شركة قابضة بأسهم أو حصص اجتماعية تمثل مساهمات عينية تم إصدارها منذ عامين على الأقل، من مبدأ عدم جواز تداول الأسهم العينية قبل مضي عامين على إصدارها المقرر بالفصل 318 من نفس المجلة⁽¹⁾.

2.4.5. تعديل 16 مارس 2009: تدارك الوقت الضائع

غير أن تعديل 5 جانفي 2009 لم يكن سوى مقدمة لتعديل أكثر أهمية ودسامة شمل أكثر من خمسة وعشرين فصلا من فصول المجلة بموجب القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009، الذي وُصف بأنه «الإصلاح الحقيقي لقانون الشركات»⁽²⁾، والذي تركز على المحاور التالية:

- إعادة النظر في نظام العمليات المبرمة بين الشركة خفية الاسم ومسيرها بإقرار مبدأ المعاملة العادلة *principe de transaction équitable* وإلزام الميسرين بتجنب التضارب بين مصالحهم الشخصية ومصالح الشركة قدر الإمكان، وبالعامل على أن تكون مثل هذه العمليات، إن تقرر إنجازها، منصفة وعادلة، مع مراجعة تفاصيل نظام تلك العمليات بما يحقق خصوصا

(1) تم في البداية إعداد مشروع إضافة الفقرة المذكورة إلى المجلة في إطار مشروع قانون المالية لسنة 2008، غير أنه وقع فصله عنه بالنظر إلى أن المجلس الدستوري استقرقه قضاؤه الرفض لما يسمى *les cavaliers budgétaires* باعتبار أن مشروع قانون المالية يخضع إلى أحكام دستورية خاصة به أهمها على الإطلاق إمكانية بدء العمل به دون موافقة السلطة التشريعية، وهو نظام لا يعقل ولا يجوز تطبيقه على مشاريع القوانين الأخرى. كما أن القانون الأساسي للميزانية ينص على قواعد خاصة بقانون المالية ولا تنطبق على غيره، منها أنه لا يمكن تقديم مشروع القانون إلا من قبل الحكومة وفق ضوابط محددة. يراجع الرأي عدد 71 لسنة 2008 المؤرخ في 30 ديسمبر 2008 الصادر عن المجلس الدستوري والذي اعتبر فيه أن إضافة كلمة «الحصص» إلى جانب «الأسهم» لدى مناقشة مشروع القانون من قبل مجلس النواب يؤدي إلى تعديل في الأصل يستوجب إعادة عرضه على المجلس الدستوري، وأن النص في صيغته المعدلة غير مخالف للدستور.

(2) Ahmed OUEFFELI : « La vraie réforme du droit des sociétés a bien eu lieu », *Revue de la Jurisprudence et de la Législation*, juillet 2009, spécial « Droit des sociétés », p. 9.

الشفافية والمحافظة على مصالح الشركة والمساهمين. ويمثل الفصل 200 في صيغته الجديدة «قلب» تعديل سنة 2009 وجوهره، إذا استرجع بموجبه القانون التونسي وضوح رؤيته للعلاقة بين الشركة (كشخص معنوي مستقل عن أصحاب رأس المال أو سلطة التسيير) وأصحاب النفوذ فيها، وأعاد إليها صبغتها المؤسساتية. فقد أقر بوضوح التمييز بين العمليات الممنوعة والعمليات المنظمة بنوعها (العمليات المنظمة بحكم صفة المعاهد كمسير أو مساهم ذي نفوذ في الشركة والعمليات المنظمة بحكم خطورتها الموضوعية) والعمليات الحرة، مع مراعاة خصوصية تجمع الشركات من جهة، وتدعيم آليات الشفافية بالنسبة لجميع الصور، من جهة أخرى. وبوجه عام، يمثل الفصل 200 الجديد رجوعاً إلى منظومة الفصل 78 من المجلة التجارية مع إضافة المبدأ العام بطالعه وتدعيم الشفافية. غير أنه زاد عليه بتنظيم مسألة التدقيق في أجور مسيري الشركة.

- تدعيم حق أقلية المساهمين في الإطلاع على وثائق الشركة وأوضاعها وحقوقهم في التقاضي وذلك بالخصوص بالخط من نسبة رأس المال التي يجب أن يمسكها المساهم المعني للتمتع بالحماية القانونية للأقلية.

- تيسير حق التقاضي بالنسبة للشركاء ذوي الأقلية في الشركات خفية الاسم والشركات ذات المسؤولية المحدودة.

- الاستئناس بأحكام الفصل 1276 من مجلة الالتزامات والعقود بالنسبة للالتبعات المالية لثبوت استيلاء المسيرين على أموال الشركة في الشركات خفية الاسم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، وذلك بأن يلزم المسير بترجيح ما أخذه مع ما فات الشركة من الربح وما جناه المسير شخصياً من الربح من جراء استعمال مال الشركة لخاصة نفسه. فلا يقتصر على تطبيق أحكام جبر الضرر المكرسة للمبدأ التعويضي *principe indemnitaire* كما وردت بالفصل 278 من مجلة الالتزامات والعقود.

- وضع نظام نهائي وحاسم لإلغاء حصص الأرباح أو حصص التأسيس التي ظلت تؤرق المشرع التونسي منذ إصدار مجلة الشركات التجارية سنة 2000، وذلك بإقرار وجوب إلغائها بنهاية سنة 2010 مع منح الشركة الخيار بين التعويض لصاحبها نقداً أو التعويض له عنها بأسهم جديدة يتم إصدارها بإدماج الاحتياطي في رأس المال.

- تيسير خروج الأقلية من الشركة خفية الاسم، وذلك بأن أجاز القانون لأفرادها مطالبة الأغلبية بشراء أسهمهم بشمن يحدد بواسطة اختبار. وبالنسبة للشركات ذات المساهمة العامة يقع الرجوع إلى ثمن الأسهم في السوق المالية دون حاجة إلى اختبار.

- تعديل نظام الاتفاقات المبرمة بين الشركاء بشأن الشركة *pacte d'associés* وذلك بإقرار صحتها من حيث المبدأ، مع اعتبارها باطلة في صورة مخالفتها لأحكام العقد التأسيسي، وتدعيم آليات إشهارها بالنسبة للشركات ذات المساهمة العامة.

وبعد هذه السلسلة من التعديلات، تساءلنا سنة 2010 عن مستقبل مجلة الشركات التجارية: هل ستمتد هذه المجلة بقسط من الراحة بعد ماراطون التعديلات؟ وهل تمثل هذه التعديلات استثناء في محيطها؟

واليوم وبعد الراحة التي تحصلت عليها المجلة في سنوات الثورة، وفي حين تسابق الدول نحو مراجعة تشريعاتها المتعلقة بالشركات ويتراجع ترتيب تونس في المؤشرات المتعلقة بقوانين الشركات أصبح السؤال عكسياً: متى تتم مراجعة مجلة الشركات التجارية لتواكب التحولات الداخلية والدولية؟

لابد من الإشارة إلى أن قوانين الشركات التجارية في العالم أصبحت تشهد تعديلات مستمرة في الحقبة الأخيرة، تتمحور كلها حول تيسير إحداث المؤسسات عبر التقليل من الإجراءات والوقت المستوجب⁽¹⁾. ففي فرنسا مثلاً تم سنة 2000 إدماج قانون 24 جويلية 1966 المتعلق بالشركات التجارية ونصوصه التطبيقية في المجلة التجارية⁽²⁾ التي شهدت بعد ذلك أكثر من تنقيح لأحكام الشركات، مثل قانون 15 ماي 2001 المتعلق بالترتيب الاقتصادية الجديدة وقانون السلامة

(1) تصف نيوزلندا حالياً كأفضل بلد في هذين الناحيتين، إذ يتطلب إحداث شركة فيها إجراءين فقط يستوجبان يومين لا أكثر لإنجازهما. أنظر المراجع السابقة. وفي سنة 2007، كانت أستراليا مصنفة في المرتبة الأولى. يراجع:

«Doing Business 2007. How to Reform?», World Bank eds., Washington 2007, p. 9.

(2) بالمقابل، يتميز القانون الألماني بتشتت الإطار التشريعي المتعلق بالشركات في قوانين متناثرة. وما تزال فكرة إدماجها جميعاً في المجلة التجارية مطروحة. أنظر:

Michel FERMONT: «Droit allemand des affaires. Droit des biens et des obligations. Droit commercial et du travail», éd. Montchrestien, Paris 2001, p. 200, n° 399.

المالية (2003) وقانون 3 جويلية 2008 المتعلق بملاءمة قانون الشركات مع القانون الأوروبي⁽¹⁾. وبذلك شهدت أحكام الشركات تعديلات متعاقبة مشابهة لتلك التي عرفها القانون التونسي أدت إلى اهتزاز المفاهيم والثوابت التقليدية مثل اشتراط رأس مال أدنى⁽²⁾ ورفض المساهمة بالعمل في الشركات ذات المسؤولية المحدودة واشتراط تدخل مراقب حصص عينية للتدقيق في قيمة المساهمات العينية التي يقدمها بعض الشركاء عند التأسيس أو الترفيع في رأس المال. بل وظهرت تطبيقات مستجدة تبدو غريبة كأن تبرم الشركة عقدا لتأمين مسؤولية مسيرها، وحتى أن تعهد بأن ترجع لهم المبالغ التي يؤدونها في إطار دعاوى المسؤولية التي تقام عليهم بمناسبة مباشرة مهامهم كمسيرين. كما شهد القانون الانقلازي تعديلات متعاقبة أدت إلى تنقيح قانون سنة 1985 وصدر قانون جديد للشركات سنة 2006. وكذلك الشأن في عديد البلدان الأخرى وخاصة الانقلافرنية منها مثل هولنغ كونغ.

فلا يمكن بالنظر إلى ما تقدم القول بأن المجلة التونسية تمثل استثناء في محيطها، سواء الوطني أو الدولي. فعلى الصعيد الوطني، شهدت المنظومة التشريعية التونسية منذ نحو عشرين سنة حركة كبرى وصفها الفقيه المرحوم محمد العربي هاشم بـ «الحقن التشريعية»⁽³⁾ التي طالت جلّ مكوناتها، وخاصة منها قانون الأعمال والقانون الجزائي.

وتواصل هذا الحراك مستمرا حتى بعد ثورة 17 ديسمبر 2010-14 جانفي 2011 لكنه تباطأ بشكل واضح خاصة بداية من سنة 2012 باعتبار تركيز السلطة التشريعية الجديدة على العمل التأسيسي (صياغة الدستور) وتواتر الأزمات السياسية وبداية تشكّل تقاليد جديدة في العمل التشريعي بسبب وجود تعددية

(1) Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire parue au *Journal Officiel de la République Française* n° 155 du 4 juillet 2008, page 10705, texte n° 1.

(2) يعتمد البنك الدولي معيار نسبة ما يمثله رأس المال الأدنى المشترك لتكوين شركة ذات مسؤولية محدودة ومصاريف هذا التكوين بالنسبة إلى متوسط الدخل الفردي. وتصنف الدنمارك في طليعة البلدان باعتبار أن تكلفة تكوين شركة فيها تساوي صفرا، بينما لا يشترط أي رأس مال أدنى في 64 بلدا أضيفت إليها تونس منذ بداية سنة 2008. المرجع السابق، ص. 9.

(3) محمد العربي هاشم: التقرير التمهيدي لملتقى «الجديد في قانون الشركات التجارية»، تنظيم مركز تونس للمصالحة والتحكيم، تونس 27-26 جانفي 2001، غير منشور.

حقيقية في البرلمان، مع ما يستتبع ذلك من تباين في الآراء يكون في بعض الحالات كلياً ومتسببا في بقاء البت في مشاريع القوانين المعروضة. وفي ظل الوضع الحالي للبلاد وتراكم مشاريع القوانين المعروضة على المجلس الوطني التأسيسي والتي بقيت على حالها حتى شرع مجلس نواب الشعب في العمل يوم 2 ديسمبر 2014، والتي يعدّ أغلبها ذا أولوية، فإننا لا نرى أن يقع تعديل مجلة الشركات التجارية على المدى المنظور، إلا إذا وقع بذل جهد استثنائي بغاية دفع عجلة الاستثمار وتحسين صورة البلاد وجاذبيتها لدى باعني المشاريع، وإن يكن من منطق الأشياء أن تصدر بعض التشريعات التي لها تأثير ما على قانون الشركات أو تتضمن أحكاما خاصة تتعلق بالشركات المتدخلة في مجالات محددة.

وبذلك فقد أجابنا الظروف على التساؤل الذي طرحناه سنة 2009 عند نشر الطبعة الأولى من هذا الكتاب: بلى، تمتعت مجلة الشركات التجارية باستراحة لمدة تقارب الخمسة أعوام وما زالت أمامها فترة أخرى من الراحة قد تمتد إلى أفق سنة 2016، إن لم يقع تنقيح عدد محدود من أحكامها بمناسبة تنقيح نص قانوني آخر له علاقة بالاستثمار أو بالآليات التمويلية المستحدثة.

فمنذ نهاية سنة 2010، بدأت السلط العمومية التونسية في تعميق النظر في إدراج تقنيات التمويل الاسلامي في القانون التونسي. ومعلوم أن هذه التقنيات تقوم على إدغام التقنيات البنكية في آليات قانون الشركات للتوصل إلى «إحياء» تقنيات تعامل بها العالم الاسلامي بما فيه تونس وهي خصوصا المراجعة والاستصناع. وأغلب تقنيات العقود الاسلامية ينطوي نوع من الشراكة بين من يملك مالا ومن يملك فكرة بغاية تقاسم الأرباح والمخاطر، بما في ذلك الصكوك الإسلامية التي تم تنظيمها بموجب القانون عدد 30 لسنة 2013 المؤرخ في 30 جويلية 2013 المتعلق بالصكوك الإسلامية والذي عرّف هذه الصكوك بأنها «أوراق مالية قابلة للتداول تمثل حصصا شائعة ومتساوية القيمة في ملكية موجودات قائمة فعلا أو سيتم إنشاؤها من أعيان أو منافع أو خدمات أو حقوق أو خليط من الأعيان والمنافع والخدمات والنقد والديون من حصيلة الاكتتاب وتصدر في إطار عقد وفق المعايير الشرعية وعلى أساس قاعدة الغنم بالغرم»⁽¹⁾، واعتبرها أوراقا مالية على معنى القانون المتعلق بإرساء السندات غير المادية⁽²⁾.

(1) الفصل الأول من القانون.

(2) الفصل 2 من القانون.

ونتوقع أن تشهد المرحلة المقبلة من تاريخ الشركات في تونس تطورا سريعا ومفاجئا للتقنيات التعاقدية وظهور معاملات غير مألوفة مستمدة من جذور إسلامية أو من اجتهادات مزدهرة في بلدان أخرى كمصر والخليج العربي أو ماليزيا أو سنغافورة أو حتى بريطانيا وفرنسا، بما قد يهدد استقرار قانون الشركات «الكلاسيكي» القائم على حضور الدولة والتشريع لضمان حقوق المتعاقدين وخصوصا صغار المساهمين والمبتدئين. ولا شك أن القضاء التونسي مدعو إلى الاستعداد بسرعة لهذه الموجة الجديدة التي تحمل في أحشائها عبق نفس فكري وحضاري قديم متجدد قد يكون مثيرا وقد يكون مدمرا لمنظومة اكتسبت درجة مقبولة من الاستقرار والانسجام على مدى نحو ثلثي قرن. ولا شك أن تناثر القوانين وتكاثرها وتقاطعها وتنافرها وتعدد مصادر القاعدة القانونية⁽¹⁾ ليس من شأنه إلا أن يزيد في الإحساس بالحيرة والضيق أمام هذا السيل الذي لا يكاد يتحكم فيه أحد⁽²⁾، ويجعل الشخص يحتكم أحيانا إلى أهل الاختصاص، وإلى حدسه وما يعتبره منطقا أو إنصافا أحيانا أخرى.

ومن طبيعة الأشياء أن التعديلات التشريعية لا يمكن بحال أن تكون مفيدة للجميع. فلكل منظومة «ضحاياها» والمستفيدون منها، وهذا ما يجعل الفرد يتقلب بين اليأس والرجاء ويتطلع إلى الأفق، سائلا تنقيحا ينقله من حال إلى حال.

6. عولمة قانون الشركات

مرّت حركة عولمة قانون الشركات التجارية عبر موجتين، الأولى هي موجة القوانين الأوروبية ذات المرجعية الرومانية-الجرمانية في شكلها الذي اكتسبته بعد قرون الاكتشافات الجغرافية الكبرى والثورة الصناعية وما بعد أزمة

(1) نشير مثلا إلى خصوصية تجارب بعض البلدان مثل البلدان الأوروبية التي تعيش على ازدواجية التشريع الأوروبي والتشريعات المحلية، ومنطقة بلدان منظمة توحيد قانون الأعمال في إفريقيا OHADA التي تم فيها توحيد الجانب الأهم من قانون الأعمال بموجب القوانين الموحدة *actes uniformes* التي تصدرها المنظمة. وثمة تفكير في إحداث منظمة مماثلة تضم بلدان المغرب العربي أو الشمال الإفريقي بما فيها مصر يمكن تسميتها «منظمة توحيد قانون الأعمال في المغرب العربي» OHADMA.

(2) Jean CARBONNIER : « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », *L'encyclopédie française. Le monde en devenir*, tome XX, 1959, in « *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* », éd. LGDJ, Paris 2001, 10^e édition, p. 201 et ss.

ول ستريت (1929)، وهي موجة حملت إلى تونس روح الصرامة في التنظيم وكثافة تدخل الدولة والقانون في حياة الشركات، والثانية هي موجة الانتشار السريع لتقنيات المالية الإسلامية مع ما يميزها من مرونة وتقديم للاعتبارات التعاقدية على إرادة المشرع. ومن أهم مظاهر عولمة قانون الشركات، وجود الشركات العابرة للحدود وتداخل المحيط الدولي مع القانون الداخلي.

1.6. مظاهر عولمة قانون الشركات: الشركات العابرة للحدود

اكتسحت بعض النماذج ذات المصدر الأوروبي والأمريكي التشريعات الحديثة في مختلف أرجاء العالم بفضل الحركة الاستعمارية وما خلفته من اعتياد على تقليد مستعمر الأمس، وبفضل ما تتسم به هذه التشريعات من البراغميات والقدرة على التأقلم. كما أن ظهور فضاءات إقليمية ذات بعد سياسي واقتصادي ساهم في عولمة قانون الشركات، وخصوصا في إثنيين من أهم التجمعات الإقليمية «الناجحة» وهي أوروبا ووسط إفريقيا. أما العالم العربي فقد ظل يجر خطاه الوئيدة في مسيرة لا يبدو أنها ستنتهي بشيء ذي بال، إذ اقتصر في الغالب على نقل القوانين النموذجية الأممية أو تقليد التشريعات الأكثر رواجاً في إطار قوانين استرشادية تسنها جامعة الدول العربية لتبقى في رفوفها.

ففي أوروبا، تم استحداث عدة صيغ لترتيبات تصنف في خانة الشركات لها بعد أوروبي مباشر، تتمثل في الشركة الأوروبية والشركة التعاونية الأوروبية وتجمع المصالح الاقتصادية الأوروبية. وقد تم استحداث هذه الصيغ التعاقدية بموجب مقررات Règlements صادرة عن مجلس الاتحاد الأوروبي سنوات 1985 و 2001 و 2003.

فبالنسبة للشركة الأوروبية SE، فقد وقع استحداثها بموجب المقرر Règlement الأوروبي عدد 2157 لسنة 2001 المؤرخ في 8 أكتوبر 2001 الذي دخل حيز النفاذ فعليا في 8 أكتوبر 2004، في حين وقع إدماجه في القانون الفرنسي مثلا بموجب قانون «بريطون» Loi Breton عدد 842 لسنة 2005 المؤرخ في 26 جويلية 2005 الذي أدمج الفصل 1-229 L في المجلة التجارية، وأقر في ذات الوقت الحياد الجبائي لعملية التحول من شكل آخر إلى شركة أوروبية.

وينبغي أن لا يقل رأس مال هذه الشركة عن 120 ألف يورو، ويحق لها أن تمارس نشاطها في جميع بلدان الاتحاد الأوروبي. ويجب أن يقع إظهار إحداث هذه الشركة في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي. ويجوز لشركة أوروبية أن تحدث بمفردها شركة أوروبية أخرى (شركة شخص واحد). غير أن أهم ميزات هذه الشركة هي أنه لا يمكن إحداثها من العدم بل يجب أن ينجر إنشاؤها عن اندماج شركتين قائمتين أو إحداث شركة قابضة أو تكوين شركة فرعية مشتركة بين شركتين فأكثر *filiale commune* أو تغيير الشكل أو الطبيعة القانونية لشركة محدثة في ظل أحد القوانين الوطنية. ويجب في كل الأحوال أخذ رأي العمال قبل تبني هذا الشكل القانوني الخاص. ولغاية إعلام العموم، ينبغي أن تُتبع تسمية الشركة بعبارة «SE» أي «Société Européenne».

وأما الشركة التعاونية الأوروبية SCE فتم إحداثها بموجب المقرر الأوروبي عدد 1435 لسنة 2003 المؤرخ في 22 جويلية 2003 والتوصية Directive عدد CE/2003/72 الصادرة عن المجلس الأوروبي في 22 جويلية 2003 والمتممة للنظام القانوني للشركة التعاونية الأوروبية في ما يتعلق باستشارة الأجراء.

ويتم إحداث هذه الشركة التعاونية بنفس الصيغ التي تُحدث بها الشركة الأوروبية مع وجوب إحداث فريق خاص للتفاوض مع الأجراء. وهي خاضعة لقواعد الإظهار بنفس الصيغ مع وجوب الترسيم بالسجل التجاري ببلد المقر، على أن رأس مالها لا يمكن أن يقل عن 30 ألف يورو. ويمكن إحداث هذا التجمع دون رأس مال. والمبدأ الأساسي هو المساواة بين هذه الشركات وشركات الأسهم على مستوى ظروف المنافسة الاقتصادية.

وأما تجمع المصالح الاقتصادية الأوروبي GEIE فهو الأقدم على الإطلاق إذ تم استحداثه سنة 1985 بموجب المقرر الأوروبي عدد 2137 لسنة 1985. وهو يتكون من مجموعة من الشركات توجد مقراتها بدول أوروبية أو تم تأسيسها وفق قوانينها. وينبغي إظهاره بالسجل التجاري بكل واحدة من الدول التي توجد بها مقرات أعضائه، مع إدراج إعلان بالجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي. وهو في مطلق الأحوال مسؤول عن ديون أعضائه دون تحديد وبالتضامن.

(1) Cf., dossier spécial au *Journal Spécial des Sociétés*, sous la direction de C. LESUEUR, dossier 12/04.

وعلى المستوى الإفريقي، عملت منظمة توحيد قانون الأعمال في إفريقيا OHADA على توحيد قانون الشركات كأحد أهم قوانين الأعمال، فصدر لذلك القانون الموحد المؤرخ في 17 أبريل 1997 الذي تضمن تدوينا للقواعد المشتركة بين بلدان وسط إفريقيا الأعضاء في المنظمة في ما يتعلق بالشركات التجارية وتجمعات المصالح الاقتصادية⁽¹⁾. ولئن لم يتضمن هذا القانون المشترك ترخيصا للشركات المحدثة في بلد عضو بالانتقال بمطلق الحرية إلى بلد عضو آخر أو ممارسة نشاطه في كافة البلدان الأعضاء، فقد ضمن على الأقل توحيد قواعد قانون الشركات بين هذه البلدان.

ويتضح هكذا أن التجمعات الإقليمية أصبحت تقر بإمكانية إنشاء ذوات معنوية عابرة للحدود، في حدود كل تجمع إقليمي. وعلاوة على خضوع هذه الذوات المعنوية مباشرة إلى تشريعات إقليمية عابرة للحدود فإنها تؤثر بصفة حتمية على القوانين الداخلية التي لا يمكن أن تظل متباعدة في ما يتعلق بالمسائل المشابهة، فتكون بذلك عامل اندماج اقتصادي من الوجهتين.

2.6. تداخل المحيط الدولي مع القانون الداخلي

يعد التنافس على جلب الاستثمارات الأجنبية أحد أهم أوجه التنافس بين الدول اليوم. وتتوخى الدول في ذلك أساليب متعددة منها وضع تشريعات مرنة تتلاءم مع احتياجات المستثمرين وتطلعاتهم والتخفيض من الأعباء الجبائية عبر الحط من نسب الأداءات وعددها وتبسيط إجراءات دفعها وخصوصا عبر اعتماد الوسائل الإلكترونية في إجراءات تأسيس الشركات وخلاص الضرائب والمعاليم الجبائية.

ويلاحظ في هذا الصدد أن عددا من القوانين الحديثة يجيز لأي شخص إحداث شركة من أي مكان باستعمال الشبكة العنكبوتية العالمية (الانترنت) ودون اشتراط أي حضور حقيقي لتلك الشركة أو لمؤسسها على إقليم تلك الدولة. ونذكر على سبيل المثال قانون الشركات النيوزيلندي الذي اكتسب صيتا عالميا كبيرا بفضل هذا الإجراء، بما سمح بإحداث أكثر من 4000 شركة في

(1) Acte uniforme relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique, adopté le 17 avril 1997 et paru au *Journal Officiel de l'OHADA*, n°2 du 1^{er} octobre 1997.

نيوزيلندا ليس لها أي حضور على إقليمها. لكن هذا النظام انتهى بعد سنوات من تطبيقه إلى التفتن إلى أن هذا التيسير المفرط في إحداث الشركات سمح بالقيام بأنشطة إجرامية عبر شركات مسجلة في نيوزيلندا مما استوجب التفكير في مراجعة قانون الشركات في ما يتعلق بشروط تأسيس الشركات وتسجيلها في نيوزيلندا وتدعيم رقابة الجهاز المكلف بالتسجيل للحد من حالات التحيل وتبييض الأموال وتجارة السلاح وغيره من الممنوعات⁽¹⁾. ومن بين الإجراءات المقترحة، اشتراط أن يكون أحد مسيري الشركة على الأقل مقيما في نيوزيلندا، وإلزام المسيرين بتقديم المعلومات المتعلقة بأماكن ولادتهم وتواريخها، ومطالبة كل شركة بتقديم طلب للحصول على رقم تعريف جبائي *IRD Number* عند القيام بإجراءات التسجيل وتدعيم سلطة المكلف بالتسجيل في التحري والتثبت وطلب استكمال المعطيات من قبل الشركاء والمسيرين⁽²⁾ وحتى التشطيط من الدفاتر على كل مسير يمنع عليه القانون تولي تسيير الشركات بسبب إدانته من أجل جرائم مخلة بالشرف⁽³⁾.

وقد تميزت الحقبة الأخيرة بتطوير آليات تقييم المنظومات التشريعية من قبل مؤسسات دولية ذات صيت، تعتمد آليات استقصاء فعالة تقوم على التعاون بين القطاعين الخاص والعام في توفير المعلومات ومقارنة بعضها ببعض، مما جعل الدول تقوم بدورها بإحداث هياكل مماثلة تتولى بنفسها تقييم منظوماتها وفق معايير اقتصادية ومالية وفنية (قانونية وتنظيمية). ومن أهم هذه المؤسسات نذكر:

- بعثة البنك الدولي للإشعاء والتعمير *Doing Business* التي تنشر ترتيبا سنويا لكافة الدول يعتمد على أحد عشر مؤشرا رئيسيا وهي:

- سهولة بعث المؤسسة
- الحصول على التراخيص وتحديد تراخيص البناء
- الربط بالشبكة الكهربائية⁽⁴⁾

(1) «New Zeland Company Registration Process», op. cit., pp. 1-3, § 4-9.

(2) Op. cit., p. 3, § 9, and p. 7 et seq. (§ 28 et seq.).

(3) Op. cit., p. 14, § 55, et seq.

(4) تمت إضافة هذا المؤشر في تقرير سنة 2014 مع أنه كان معتمدا كمؤشر فرعي في التقارير السابقة.

- التشغيل (توظيف اليد العاملة)
- نقل الملكية (العقارية) وتسجيلها
- الحصول على القروض
- حماية أقلية المساهمين⁽¹⁾
- خلاص الأداءات
- إجراءات التجارة الخارجية
- تنفيذ العقود
- غلق المؤسسة (إنهاء المشروع وخاصة في صورة التفليس).

ويلاحظ أن ترتيب تونس وفق مؤشرات *Doing Business* شهد تحسنا مستمرا منذ سنة 2007، ثم عرف تراجعا نسبيا منذ سنة 2010 بسبب عدم وقوع إصلاحات في المجالات الإحدى عشرة السابق ذكرها في حين أن عديد البلدان الأخرى أدخلت تعديلات وإصلاحات على منظوماتها بما أدى إلى تحسن مناخ الأعمال فيها⁽²⁾. فقد احتلت تونس المرتبة 49 في ترتيب البعثة المذكورة لسنة 2013⁽³⁾، على الرغم من عدم القيام بأي إصلاح يحسب بعنوان تلك السنة، وتأخرت إلى المرتبة 51 سنة 2014⁽⁴⁾، ثم تراجعت مجددا إلى المرتبة 60 سنة 2015⁽⁵⁾، في حين سبق أن تقدمت تونس من المرتبة 81 سنة 2008 إلى 73 سنة 2009 إلى المرتبة 69 عالميا سنة 2010.

(1) «Doing Business 2015. Going Beyond Efficiency», World Bank eds, 2015, Overview, pp. 4-5.

(2) الملاحظ أنه بداية من تقرير سنة 2015، تقرر تغيير عبارة «حماية المستثمرين» التي كانت مستعملة في تقارير السنوات الماضية لتصبح «حماية أقلية المساهمين»، وهي عبارة أكثر دقة ولا يوقع في الخلط، عكس سابقه. أنظر، حول هذا التغيير الإصطلاحي: «Doing Business 2015. Going Beyond Efficiency», World Bank eds, 2015, Overview, p. 31.

(3) «Doing Business 2013. Smarter Regulations for Small and Medium-Size Enterprises», World Bank eds, 2013, p. 3.

(4) «Doing Business 2014. Comprendre les réglementations pour les petites et moyennes entreprises. Comparaison des réglementations s'appliquant aux entreprises locales dans 189 économies», publication phare du Groupe de la Banque Mondiale, World Bank eds, 2013, p. 3.

(5) «Doing Business 2015. Going Beyond Efficiency», World Bank eds, 2015, p. 16.

وبالمقابل ما زالت نيوزيلندا تحتل المرتبة الأولى في مؤشر حماية أقلية المساهمين⁽¹⁾ وتليها سنغافورة ثم هونغ كونغ ثم كندا، بينما تقبع جيبوتي وفنزويلا في المرتبة 181 وسورينام في المرتبة 183 وأفغانستان في المرتبة الأخيرة (185). أما تونس فقد احتلت في ترتيب سنة 2015 المرتبة 78 عالميا بمعدل يتجاوز بقليل الـ 5 نقاط من 10 بالنسبة لكل مؤشر فرعي، وهو ما يعزى إلى غياب إصلاحات وتحسينات مقابل وقوع إصلاحات هامة في عدة بلدان أخرى. ويلاحظ أن تونس ليست البلد الوحيد الذي لم يتم بإصلاحات ستي 2013 و 2014، بل إن البلدان الأربعة المصنفة في أعلى الترتيب (سنغافورة وهونغ كونغ ونيوزيلندا والولايات المتحدة الأمريكية) لم تقم سوى الثالثة منها بإصلاح وحيد في ما يتعلق بمناخ الأعمال. والبلد الذي قام بأكبر عدد من الإصلاحات سنة 2013 هو جورجيا (6 إصلاحات أصبحت بموجبها في المرتبة 9 عالميا)⁽²⁾ وبعدها هولندا وسلوفاكيا وبولونيا والبنين (4 إصلاحات). وقد تجاوزت تونس نسبة 60 بالمائة من متطلبات مناخ الأعمال الإيجابي⁽³⁾. وفي مجال قانون الشركات، قامت سويسرا بأحد أهم الإصلاحات في العالم سنة 2014 عبر تعديل دستورها للتصدي للأجور والمكافآت التعسفية التي يحصل عليها مسيرو الشركات خفية الاسم المدرجة بالبورصة. كما يعتبر أهم إصلاح لقانون الشركات في العالم في خصوص مسألة حماية أقلية الشركاء تحديدا، هو تعديل القانون الموحد لمنظمة توحيد قانون الأعمال في افريقيا OHADA المتعلق بالشركات وتجمع المصالح الاقتصادية⁽⁴⁾.

ويعزى تحسن ترتيب تونس العام سنة 2010 إلى تحسن ترتيبها بالنسبة للمؤشر الفرعي المتعلق بحماية المستثمرين الذي أصبحت تحتل فيه الرتبة 73 عالميا بفضل تعديل مجلة الشركات التجارية في 16 مارس 2009 بعد أن كانت تحتل مرتبة متأخرة جدا قبل تنقيح مجلة الشركات التجارية بموجب القانون عدد 16 لسنة 2009⁽⁵⁾. ورغم غياب إصلاحات في منظومة قانون الأعمال

(1) <http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/new-zealand>.

(2) *Doing Business 2013*, op. cit., p. 135.

(3) *Doing Business 2013*, op. cit., p. 135.

(4) *Doing Business 2015*, op. cit., p. 40.

(5) سنة 2007، كان ترتيب تونس هو 151 عالميا في ما يخص مؤشر حماية المستثمرين (حماية أقلية الشركاء في الشركات). وفي سنة 2009، أصبحت تونس تحتل المرتبة

في تونس سنة 2013، تأتى تونس كسادس بلد قام بإصلاحات هامة في مجال حماية المستثمرين منذ سنة 2005⁽¹⁾. وفي ترتيب سنة 2014، تراجعت تونس إلى المرتبة 52 في مؤشر حماية المستثمرين، بعد أن كانت في المرتبة 51 سنة 2013.

وقد احتلت تونس سنة 2015 المرتبة 100 في مؤشر سهولة إحداث المؤسسات بعد أن كانت في المرتبة 70 في ترتيب سنة 2014 وفي المرتبة 63 قبل سنة واحدة. وفي مؤشر تصفية الشركات المفلسة، ظلت تونس سنة 2014 في المرتبة 39 وهي نفس المرتبة تقريبا منذ إحداث بعثة *Doing Business* سنة 2003. لكن في ترتيب سنة 2015، تراجعت إلى المرتبة 54 عالميا بسبب عدم إدخال تحسينات على قانونها في حين قامت دول أخرى بإصلاحات في هذا المجال، تهدف إلى تيسير تصفية الشركات المفلسة حتى يتخلص صاحب المؤسسة من مشروع فاشل وينطلق من جديد في مغامرة أخرى.

وتعتبر بعثة *Doing Business* أن أفضل الممارسات العالمية في مجال حماية المستثمرين هي الآتية:⁽²⁾

البلدان الأفضل ترتيبا (2014) ⁽¹⁾	الإجراء المعتبر كأفضل الممارسات العالمية
البرازيل - غانا - إيزلندا - الهند - جزر موريس - روندا	السماح بإبطال العمليات المبرمة بين الأطراف المترابطة
بيلوروسيا - بلغاريا - فرنسا - تايلندا - المملكة المتحدة	تنظيم المصادقة على العمليات المبرمة بين الأطراف المترابطة

73 عالميا في هذا المجال لتقفز إلى المرتبة 51 سنة 2013 رغم عدم القيام بأي تعديل لتشريعاتها منذ 16 مارس 2013. أنظر:

<http://www.doingbusiness.org/EconomyRankings>. Cf., « La Tunisie améliore son classement, mais... », in *Eco Journal*, vendredi 16 oct. 2009, p. 7 (Actualité).

(1) نفس المرجع، ص. 79.

(2) *Doing Business 2014*, p. 19.

هونغ كونغ (الصين) - نيوزيلندا - سنغافورة - الإمارات العربية المتحدة - فيتنام	اشتراط الإفصاح عن معلومة مفصلة
الشيلي - إيرلندا - سلوفاكيا - طنانيا	السماح بالإطلاع على جميع وثائق المؤسسة أثناء النزاعات القضائية
أستراليا - مصر - السويد - تركيا - زمبابوي	اشتراط فحص خارجي للعمليات المبرمة بين أطراف مترابطة
اليونان - اندونيسيا - اليابان - جنوب إفريقيا - جزر تيمور	السماح بالإطلاع على جميع وثائق المؤسسة في صورة نزاع قضائي
كولمبيا - الكويت - ماليزيا - المكسيك - سلوفينيا - الولايات المتحدة الأمريكية	تحديد التزامات المسيرين بوضوح

وتتميز تونس حسب نفس التقرير ببنية مؤسسية قانونية صلبة وآليات تشريعية غير معقدة وقليلة التكلفة⁽¹⁾.

- المنتدى الاقتصادي العالمي بدافوس Davos الذي يقوم بترتيب الدول بالنظر إلى مؤشر عام يشمل 12 دعامه، منها الدعامه الأولى المتعلقة بالمؤسسات والتي منها 4 تتعلق بالشركات وهي: أخلاقيات التعامل التجاري (احتلت تونس فيه المرتبة 29 عالميا سنة 2009 والمرتبة 75 سنة 2015-2014)، ومثانة قواعد التدقيق والمراقبة (المرتبة 78 في تقرير 2015-2014)، وفاعلية هياكل التسيير الجماعي (المرتبة 108 في تقرير 2015-2014)، وحماية مصالح الشركاء أصحاب الأقلية (المرتبة 50 سنة 2009 مقابل المرتبة 82 في تقرير 2015-2014). ويمكن أن نضيف إليها المؤشر الفرعي الأول المتعلق بحماية حق الملكية، وهو مؤشر يهتم ممارسة الأعمال ككل، بما في ذلك ملكية الأسهم والحصص الاجتماعية، والذي احتلت فيه تونس

(1) Doing Business 2013, op. cit., p. 12.

المرتبة 76 سنة 2015-2014⁽¹⁾. كما يعتمد مؤشرا مستقلا يهتم أهم العوامل المستشكلة في إنجاز الأعمال (The most problematic factors for doing business) وهي:

- الحصول على التمويل؛
- البيروقراطية الإدارية؛
- تشدد (غياب المرونة في) تشريعات العمل؛
- ضعف أخلاقيات العمل لدى اليد العاملة الوطنية (المحلية)؛
- التضخم المالي؛
- التشريعات الجبائية؛
- عدم ملائمة البنى التحتية المتوفرة؛
- نسب الأداءات والضرائب؛
- تشريعات صرف العملة الأجنبية؛
- عدم ملائمة اليد العاملة المتعلمة؛
- الفساد؛
- ضعف منظومة الصحة العمومية؛
- عدم استقرار السياسات؛
- عدم الإستقرار السياسي (الانقلابات ونحوها)؛
- الإجرام والسرقة.

وقد احتلت تونس المرتبة 40 عالميا والأولى إفريقياً في ترتيب مؤشر التنافسية الكلية *global competitiveness index* لسنة 2010، بعد أن كانت في المرتبة 36 عالميا سنة 2009، إلا أن المنظمة ارتأت عدم إدراجها في ترتيب سنة 2013-2012 بالنظر إلى عدم توفر المعطيات الكافية مما يجعل المقارنة مع

(1) المرجع: بالنسبة لسنة 2009، أنظر الصفحة www.webforum.org/pdf/Global_Competitiveness_Reports/Profiles/Tunisia.pdf. ولا يأخذ هذا الترتيب بعين الاعتبار ماورد بالقانون عدد 16 لسنة 2009 الذي دعم حماية الأقلية والشفافية. وبالنسبة لسنة 2013، أنظر خصوصا: *The Arab World Competitiveness Report 2013* على الصفحة: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf وبالنسبة لسنة 2014:

www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2014-15.pdf, p. 367.

السنوات السابقة صعباً⁽¹⁾. وفي سنة 2015-2014، تم تصنيف تونس بالمرتبة 87 مقابل المرتبة 83 في 2014-2013.

- مؤسسة *Heritage Foundation* التي تصنف الدول من حيث الحرية الاقتصادية *economic freedom*. وبالنسبة لسنة 2013، تم ترتيب تونس في المرتبة 107 عالمياً في ما يخص مؤشر الحرية الاقتصادية بمجموع 57 نقطة من مجمل 100 نقطة ممكنة. وقد تراجعت تونس بالمقارنة مع سنة 2012 التي كانت فيها تحتل المرتبة 95، وهو من بين أكبر 20 تراجعا في العالم⁽²⁾. وتحتل تونس المرتبة 11 في منطقة شمال إفريقيا والشرق الأوسط. وتعتبر المؤسسة أن تونس بدأت في سلسلة إصلاحات اقتصادية قبل الثورة لكنها تباطأت في ذلك وظل الإطار القانوني للأعمال قليل الفاعلية، خاصة أن تأخر اعتماد الدستور جعل الوضع هشاً وساعد على توسع رقعة الفساد. كما يلاحظ أن البيروقراطية ما زالت من سمات محيط الأعمال، علاوة على ضعف السوق المالية وصعوبات الحصول على القروض.

- مؤسسة التصنيف «فيتش» *Fitch Rating* التي تقوم بتصنيف الدول والمؤسسات. وقد لاحظت هذه المؤسسة في تقريرها لسنة 2009 أن تعديلات قانون الشركات في السنوات الأخيرة وخاصة منها قانون سلامة العلاقات المالية وتعديل 16 مارس 2009 ساهمت بشكل واضح في ترسيخ قواعد الإدارة الرشيدة، ولو أن المؤسسة التونسية تظل «قليلة النضج» على مستوى الحوكمة بالنظر إلى صبغتها العائلية وميلها إلى عدم الشفافية وصعوبة الحصول على القروض. ويعتمد تصنيف هذه المؤسسة على خمسة معايير: (1) الإدارة و«جودة» مجلس الإدارة - (2) ملكية المؤسسة وهيكلتها القانونية - (3) الشفافية المالية - (4) العمليات بين الأشخاص المترابطين - (5) فاعلية المراجعة والتدقيق⁽³⁾. وفي تقريرها لسنة 2014، أعادت المنظمة

(1) «The Global Competitiveness Index 2012-2011», http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf, p. 11.

(2) <http://www.heritage.org/index/country/tunisia>

(3) Rapport intitulé: « La structure familiale du capital des entreprises pose un défi à l'amélioration de la gouvernance d'entreprises en Tunisie », <http://83.244.133.244/accueil.asp?page=accueil&selection=0#>; Cf., « Rapport Fitch Rating. Gouvernance d'entreprise: satisfaction pour les grandes réformes juridiques », *L'Expert*, http://www.lexpertjournal.com/details-Rapport_de_Fitch_rating-2883.html

تصنيف تونس فاحتلت المرتبة 83 عالمياً، بعد أن كانت في المرتبة 40 في ترتيب سنة 2012-2011 وبمجموع نقاط 4.06 من 7 ممكنة، ويتراجع في جميع المؤشرات، إذ أصبحت تحتل المرتبة 110 في مؤشر تطور السوق المالية والمرتبة 76 في مؤشر تعقيد الأعمال والتجديد.

- منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE التي تنجز بحثاً حول حوكمة المؤسسة من خلال عدد من المؤشرات التي تتعلق بآليات التسيير والرقابة والشفافية.

- المعهد التونسي للتنافسية والدراسات الكمية ITCEQ الذي أنجز بحثاً حول المؤسسة التونسية وأبرز ملامحها، ومن مهامه دراسة تموقع تونس على الصعيد العالمي ومتابعة التقارير الدولية المتعلقة باقتصادها. وقد عاين المعهد في تقرير عن أهم نتائج الاستقصاء حول التنافسية سنة 2011⁽¹⁾ أن نسبة هامة من المؤسسات التونسية تجد صعوبة في الحصول على التمويل البنكي لكنها تصطدم بحواجز مماثلة للحصول على تمويل بديل من السوق المالية أو من شركات الاستثمار ذات رأس المال تنمية SICAR لأسباب تتعلق بالإطار القانوني لرأس مال التنمية.

- المعهد العربي لرؤساء المؤسسات IACE (ومقره بتونس) والذي أنجز في السنوات الأخيرة عدة بحوث حول المؤسسة التونسية وتسييرها، أهمها «دليل الممارسات الفضلى للمؤسسات التونسية» (*Guide de Bonnes Pratiques de Gouvernance des Entreprises Tunisiennes*).

ويلاحظ بوجه عام أن عددا من هذه التقارير يتفاعل ويتكامل في ما بينه إذ أن عددا من المؤسسات تعتمد الدراسات والتقييمات القطاعية أو الجزئية التي تنجزها مؤسسات أخرى، كما نلاحظ تنامي أهمية المؤشر المتعلق بالفساد الذي أصبح من العناصر القارة في تقويم مناخ الأعمال. ولا يعزى ذلك إلى اكتشاف وجود الفساد في الحياة الاقتصادية، فهو أمر لا يجهله أحد، ولكنه يرجع إلى تيقن كل الفاعلين من أن الفساد مصدر أساسي للاهتزازات في قوانين السوق وسبب لعدم الأمان القانوني *insécurité juridique* بما أن مسالكه غير

(1) Rapport intitulé: « Principaux résultats de l'enquête Compétitivité 2011 », publié par l'ITCEQ en janvier 2012, http://www.ieq.nat.tn/upload/files/dernieres_publications/Rapport%20enquête%202011.pdf, p. 15.

أمنة وتترك صاحبها عرضة للتبع القضائي في كل وقت ولأي سبب خاصة في البلدان التي تتميز بضعف الحوكمة وعدم استقلال القضاء، إذ يمكن توظيف القضاء لضرب أي مؤسسة اقتصادية أو حتى تدميرها لخدمة مصالح اللوبيات المتنفذة. ولذلك أصبح الفساد مصدر تهديد لعالم الأعمال بعد أن كانت بعض المؤسسات تعتبره عامل تسهيل لأنشطتها خصوصا في البلدان التي تشكو من البيروقراطية ومن تشعب المسالك الإدارية.

كما تميزت الحقبة الأخيرة بتنوع الخيارات القانونية والإدارية أمام باعني المشاريع في جل القوانين المقارنة. ففي القوانين الانقلاوساكسونية، توجد اليوم الأصناف التالية من الشركات:

- corporations (Inc., Co., Corp.);
- limited companies.
- limited liability partnerships;
- limited partnerships;
- not-for-profit corporations;
- partnerships (sometimes called «general partnerships»);
- sole proprietorships.

وتوجد في بعض البلدان أصناف «محلية» من الشركات مثل الـ *proprietary limited company* في أستراليا وكذلك الـ *limited liability company (LLC)* في الولايات المتحدة والـ *limited liability limited partnership (LLLLP)* في الولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁾. وقد استنبط قانون الشركات الصادر سنة 2006 في انجلترا صنف الـ *private partnership* الذي يتشابه مع الشركة خفية الاسم المبسطة الـ *Société Anonyme Simplifiée (SAS)* في فرنسا.

وما زال الخيال البشري قادرا على استنباط صيغ جديدة للشراكة الاقتصادية بين البشر، خاصة مع توجه القوانين العصرية إلى تنوع الأوراق المالية وأصنافها، وفسح المجال أمام الإرادة التعاقدية لاختراع أصناف «غير مسماة» *innommées* منها، لم ينص عليها القانون، علاوة على انتهاج المشرعين منهج

(1) يلاحظ الفقه الأوروبي ما للنموذج الأمريكي من «جاذبية» بالنسبة للقوانين الأوروبية. يراجع مثلا:

Antonio GAMBARO: «Le droit des sociétés italien face au modèle américain», in *Droit global. La globalisation du droit des affaires : mythe ou réalité ?*, éd. Panthéon Assas, 2001/2, Paris 2002, p. 21.

المزج بين الأنظمة ومصادر الاستلهام، مع توجه عام نحو اعتماد المنوال الأمريكي، والذي هو في الواقع «نموذج فقهي» إذ يستند إلى مدونة تسمى *Model Business Corporation Act* حررتها الجمعية الأمريكية للمحاماة ABA واعتمدها عدد هام من «الولايات» المتحدة، ويقوم على توجه رئيسي نحو تدعيم حقوق الشريك أو المستثمر⁽¹⁾. وشهد هذا الجانب تطورا من خلال قانون «دود فرانك» الصادر سنة 2010 والذي جاء بتعديل قانون الأوراق المالية لسنة 1934 *Securities Exchange Act of 1934* بتدعيم قواعد الحوكمة الرشيدة وذلك على أساس أن القواعد التي تضعها اللجنة يمكن أن تقتضي تخويل وكيل أو شخص يختاره المساهم حضور جلسات مجلس إدارة الشركة المصدرة للأوراق المالية أو أن تقتضي أيضا اتباع إجراءات محددة في علاقة بالتوكيل المشار إليه. كما يمكن للجنة إصدار تراتب تخفف من الإجراءات المطلوبة لتيسير على الشركات المصدرة صغيرة الحجم.

كما أوجب هذا القانون على اللجنة أن تصدر في أجل قدره 180 يوما من تاريخ صدور القانون ترتيبا يتعلق ببيان قواعد الإفصاح من قبل الشركات المصدرة في ما يتعلق بأسباب اختيار نفس الشخص كرئيس لمجلس الإدارة وكمدبر تنفيذي (أو منصب معادل) أو اختيار أشخاص مختلفين لتولي المناصب المذكورة.

وقد تطورت على مستوى العالم رؤية جديدة لقانون الشركات. فبعد أن كانت الشركة تعتبر عالما مغلقا لا أهمية فيه لغير مصالح الشركاء *shareholders*، أصحاب رأس المال، أصبح يُنظر إليها على أنها مفترق تقاطع عنده مصالح أطراف عديدة *stakeholders* من شركاء ودائنين ومقرضين ومزودين وأجراء ومجتمع مدني⁽²⁾... وهو ما ينشأ منه حق لكل واحدة من هذه الفئات في الدفاع

(1) V. R. ROMANO: «Empowering Investors: A market Approach to Securities Regulation», 107, *Yale Law Journal*, 2359 (1998), cité par A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 22.

ويلاحظ أن قانون ولاية Delaware له أهمية خاصة باعتبار أن هذه الولاية تأوي أكبر الشركات وأهمها.

(2) Yadh ELLOUMI: «La gouvernance d'entreprise et le commissariat aux comptes», in «*Le Code des sociétés commerciales suite aux amendements de 2005*», actes de colloque organisé par le CEJJ les 3 et 4 fév. 2005, éd. CEJJ, Tunis 2006, p. 115.

عن مصلحتها في أن تدار أمور الشركة وفق أقوم مناهج الإدارة الرشيدة أو «الحوكمة» (أو حتى «الحاكمية»⁽¹⁾) حسب المصطلح المستحدث⁽²⁾.

وقد لاحظ بعض الدارسين أن مفهوم الحوكمة الرشيدة تطور خصوصا منذ نهاية ثمانينات القرن العشرين، حيث تهاوت أسطورة التناسق بين مصالح المساهمين ومسيري الشركات وصعد نجم صناديق الأموال التي تتم إدارتها بصفة جماعية بما سمح للمساهمين بيسط سيطرتهم على مراكز القرار داخل الشركة. وعلى الرغم من خصوصية بعض التجارب فإن دراسة أجريت سنة 1995 في فرنسا أظهرت الجدوى الاقتصادية من مشاركة المساهم الحيوية باعتماد جملة المعايير التالية:

- وضع سياسة «بقلعة» ورؤية نقدية من قبل صناديق الائتمان (أو صناديق توظيف المعاشات (Fonds de pension)؛
- الصلة بين حوكمة الشركة وقيمتها في البورصة؛
- استقلالية مجلس الإدارة؛
- عدم وجود مساهم مهيمن (يملك أكثر من ثلث رأس المال)؛
- عدم وجود مساهمات متبادلة تتجاوز 3 بالمائة من رأس المال؛
- عدم وجود أحكام في العقد التأسيسي تتعلق بحق تصويت مضاعف⁽³⁾.

(1) يُستعمل هذا المصطلح من قبل بعض الدارسين المشاركة، كما استعمله محمد رشيد كشيح وزير المالية التونسي في كلمته التي ألقاها في افتتاح ملتقى نظمه المعهد التونسي للخبراء المحاسبين:

« La gouvernance d'entreprise : Dimensions culturelle, économique et sociale », actes du 5^e colloque international de l'ITEC, en partenariat avec la FIDEF, Tunis 13 et 14 mai 2005, éd. ITEC, Tunis, p. 13-16.

(2) Dimitris TSIBANOLIS: «General Introduction», in *Corporate Governance. Transparency and Investors' Protection in Listed Companies*, Bruylant eds., Brussels 2005, pp. 7-9. See also:

علي نبي: «مفهوم حسن الإدارة من خلال قانون تدعيم سلامة العلاقات المالية»، مجلة القضاء والتشريع، ديسمبر 2007، ص. 13.

(3) Roger-Louis CAZALET: «Genèse et évolution de la gouvernance d'entreprise», in « La gouvernance d'entreprise : Dimensions culturelle, économique et sociale », colloque ITEC, précité, p. 19 et ss.

ويفترض أن تمكن مبادئ الحوكمة من ترسيخ مفهوم «المؤسسة المواطنة» l'entreprise citoyenne، باعتبارها خلية للممارسة الديمقراطية ولتطور الشفافية. فالمؤسسة التي تدار إدارة رشيدة ينبغي أن تستجيب للمتطلبات التالية:

- توفر «رؤية»: فهيكल التسيير ينبغي أن يكون له «مشروع» يجسم تصورا للعالم وللنفس وللذات ومجموعة من القيم والأهداف التي يجتمع حولها الجميع، من مسيرين ومساهمين وأجراء، دون أن يكون هذا المشروع بالضرورة طوباويا أو مثاليا؛
- تطوير روح العطاء، التي تنطوي على احترام الآخر والاعتراف بقيمة مجهوده ومساهمته؛
- الرشد والرشاد، والذي تستتبعه ملكة الاستماع إلى الآخر والفهم والتحليل والإحساس ومراجعة النفس واتخاذ القرارات مع تحمل المسؤولية؛
- التسليم بفكرة قبول الآخر والتأقلم مع سلطة «الحق» أو «العدل» مما يؤدي إلى تقديم سلطة المؤسسة على سلطة الفرد، وهي سلطة لا تقوم على الخوف والخشية، بما يتيح التعايش بين الجميع مع ما لهم من اختلافات في ظل ثقافة المؤسسة؛
- توفر القدرة على معارضة ما فيه حيف أو إفراط في السلطة أو تجاوزات ورفض الجمود والتحجر الذي يؤدي إلى رفض تصحيح المسار والتأقلم مع الحقائق الجديدة في حين أن الحريف أو المخاطب يتغير ويتطور؛
- القدرة على دفع الابتكار والتجديد داخل المؤسسة. ففي بعض الأحيان تكون المؤسسة ضحية نجاحها، إذ تظل تجتر النجاح فيما يتقدم الآخرون، فيقودها ذلك الهوس بأمجادها التليدة إلى الإفلاس والانحيار. ومن أهم وسائل تجاوز ذلك، استعمال طريقة «زوايع الأفكار» (brainstorming) للبحث عن أفكار جديدة في كومة من أنصاف الأفكار التي لا يُستبعد أن يكون أكثرها بلا أهمية. ويتطلب ذلك حتما الابتعاد عن النرجسية والإيمان المفرط بالنفس؛
- بث روح البهجة في المؤسسة بما يشجع على الفاعلية وينمي الثقة في النفس وفي المؤسسة والتعاون بين الجميع ويفتح باب الحوار الحر والصريح.

• التمييز بين «سلطة» الاقتراح والمشورة وسلطة القرار⁽¹⁾.

لكن ما زال التردد في أوجه بين انتهاج منهاج الحرية والتعويل على الضبط الذاتي للأسواق من خلال تدخل الفاعلين الاقتصاديين من جهة، وتوخي منهج التنظيم والتأطير عبر تدخل التشريعات والهيئات العمومية من جهة أخرى⁽²⁾.

ولا شك أن الأزمة المالية التي عصفت باقتصاديات العالم بداية من سنة 2007 واحتدت درجتها منذ صيف سنة 2008 قد جعلت مقولة التنظيم الذاتي تترنح وتقهقر كما وقع لها زمن أزمة سنة 1929، لكن لا أحد بإمكانه أن يجزم بإفلاسها أو بنهايتها. فالإقتصاد الليبرالي من طبعه أن يجنح إلى الحرية والتحليل من القيود، ولا يتنازل عنها إلا إذا أصيب بخيبة أمل كبيرة، قبل أن يعود إليها بمجرد أن يستعيد أنفاسه.

7. المحيط المحلي، مجال تطبيق مجلة الشركات التجارية

تنطبق مجلة الشركات التجارية على الشركات الخاصة ذات النشاط التجاري، وتمتد أحكامها جزئياً إلى المؤسسات العمومية ذات النشاط التجاري، كما تنطبق خصوصاً على الشركات التجارية التي تمت مصادرة جزء كبير من الأسهم الممثلة لرأس مالها [1.7]. وتنطبق عليها مجمل القواعد العامة المتعلقة بتنازع القوانين في الزمان [2.7] وقواعد تنازع قوانين البوليس في المكان [3.7].

1.7. مجال تطبيق مجلة الشركات التجارية من حيث الموضوع

تنطبق مجلة الشركات التجارية على الشركات التجارية، وهو أمر بديهي. غير أن دراسة المنظومة التشريعية التونسية يبرز منها أن هذه المجلة تنطبق أيضاً على

(1) Roger-Louis CAZALET, *op. cit.*, pp. 24-26.

(2) Florence ROUSSEL: «Gouvernement d'entreprise: réglementation *ex lege* ou autorégulation? Compulsory regulation ou self-regulation?», in *Corporate Governance. Transparency and Investors' Protection in Listed Companies*, Bruylant eds., Brussels 2005, pp. 7-9; Fayçal DERBEL: « Synthèses des travaux et conclusions » (du séminaire organisé par le CEJJ et l'IACE le 8 mai 2009 sur « Le nouveau droit des sociétés après la réforme du 16 mars 2009 », publié in *Revue de la Jurisprudence et de la Législation*, juillet 2009, spécial « Droit des Sociétés », p. 103.

الشركات التي تملك الدولة كامل رأس مالها أو نسبة هامة منه، في عدة حالات من أهمها:

- انطباق هذه المجلة على المؤسسات العمومية في أغلب الجوانب⁽¹⁾،
- وانطباقها على الشركات التي وقعت مصادرة مساهمات فيها بموجب المرسوم عدد 13 لسنة 2011 المؤرخ في 23 مارس 2011 المتعلق بمصادرة أملاك منقولة وعقارية كما تم تنقيحها بالمرسوم عدد 47 لسنة 2011 المؤرخ في 31 ماي 2011، مهما كانت نسبة المساهمة التي شملتها المصادرة وانتقلت ملكيتها بذلك إلى الدولة. فالشركات المعنية بالمصادرة تظل خاضعة لقانون الشركات التجارية، تطبيقاً لأحكام الفصل 9 من المرسوم عدد 68 لسنة 2011 المؤرخ في 14 جويلية 2011 والمتعلق بإحداث لجنة وطنية للتصرف في الأموال والممتلكات المعنية بالمصادرة أو الإسترجاع لفائدة الدولة الذي ينص على أن «لا تخضع الشركات ذات المساهمات المعنية بالمصادرة أو الإسترجاع والمساهمات المعنية بالمصادرة والإسترجاع إلى أحكام القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في أول فيفري 1989 المتعلق بالمساهمات والمنشآت والمؤسسات العمومية».

وبالمقابل يخضع صندوق الودائع والأمانات إلى مجلة الشركات التجارية ولا يخضع إلى أحكام القانون عدد 9 لسنة 1989 المتعلق بالمؤسسات العمومية⁽²⁾. وقد نص الفصل الأول من المرسوم عدد 85 لسنة 2011 مؤرخ في 13 سبتمبر 2011 المتعلق بإحداث صندوق الودائع والأمانات في فقرته الثانية على أن «يخضع صندوق الودائع والأمانات إلى قواعد التشريع التجاري فيما لا تتعارض مع أحكام هذا المرسوم». غير أن هذا النص لا يبين إن كانت الشركات

(1) أنظر مثلاً الفصل 12 من المرسوم عدد 85 لسنة 2011: «لا يخضع صندوق الودائع والأمانات إلى أحكام القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في غرة فيفري 1989 المتعلق بالمساهمات والمنشآت والمؤسسات العمومية والنصوص المنقحة والمتممة له».

(2) Amel AOUJ-MRAD: «Droit des entreprises publiques», éd. CPU, Tunis, 2009, p. 49 et ss.

التي يملك هذا الصندوق الأغلبية الساحقة من رأس مالها بما يجعلها تحت رقابته الكلية، مستثناة بدورها من أحكام قانون غرة فيفري 1989 المذكور أم لا.

- كما تنطبق هذه المجلة أيضا على التعاضديات في أغلب الجوانب وباستثناء بعض النقاط المحدودة.

وتنطبق قوانين الشركات أيضا على الجمعيات التي تخرج عن الإطار الطبيعي للنشاط الجمعياتي، خصوصا إذا قامت بأنشطة تجارية. وقد جاء الفصل 21 من قانون عدد 59 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ديسمبر 2014 المتعلق بقانون المالية لسنة 2015 تحت عنوان «توسيع ميدان الضريبة على الشركات ليشمل الجمعيات» ونص على أن «يضاف إلى الفقرة I من الفصل 45 من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات «عدد 6» ينص على أن تخضع إلى الضريبة على الشركات: 6. الجمعيات التي لا تمارس نشاطها طبقا لأحكام التشريع المتعلق بها»⁽¹⁾.

وأكثر من ذلك، فإن فروع القانون الأخرى تسلمهم من مجلة الشركات التجارية. فالفصل 200 من مجلة الشركات التجارية أصبح اليوم مرجعا في ما يتعلق بمسألة الشفافية وإدارة شؤون الدولة وضبط علاقة المسؤول السياسي أو الإداري بالدولة التي يقوم بتسييرها ومكافحة الفساد وتضارب المصالح والإثراء غير المبرر.

وجدير بالذكر أيضا أن مجلة الشركات التجارية تظل النص المرجعي في ما يتعلق بكافة الشركات حتى في المجالات التي يتقرر فيها وضع أحكام خاصة. من ذلك أن مشروع القانون الأساسي المتعلق بإعادة صياغة التشريع المتعلق بالهياكل الرياضية (والذي لم يقع عرضه بعد على المجلس التشريعي) تضمن بابا خامسا يتعلق بالشركات التجارية ذات الهدف الرياضي نص بالفصل 38 منه على أن تخضع الشركات ذات الهدف الرياضي إلى أحكام مجلة الشركات التجارية،

(1) اعتبرت رئاسة الجمهورية بمناسبة طعنها في دستورية بعض فصول مشروع قانون المالية لسنة 2015 أن الفصل 21 يكون غير مخالف للدستور إذا تم تأويله على أنه يجيز معاملة الجمعيات بمثل ما تعامل به الشركات متى ثبت أنها تمارس أنشطة تجارية، في حين لا يمكن تطبيق الفقرة الجديدة إذا تمت مخالفة قواعد أخرى من قانون الجمعيات كاحترام مبادئ الديمقراطية أو الالتزام بعدم الدعوة إلى العنف أو التفرقة الجنسية أو العرقية أو الدينية أو المذهبية... إذ أن هذه المخالفات لا علاقة لها بالنظام الجبائي المنطبق على الجمعيات ولو كانت تشكل جرائم.

مع تضمينه أحكاما خاصة تتعلق بالأساس بالمساهمين في هذه الشركات وبكيفية تسييرها.

ويبرز من ذلك أن هذه المجلة تتوسع من حيث مجال تطبيقها الموضوعي وتكاد تصبح نموذجا عاما في ما يتعلق على وجه الخصوص بسير شؤون الأشخاص المعنويين بشكل عام.

2.7. تطبيق مجلة الشركات التجارية في الزمان

قبل صدور مجلة الشركات التجارية، كانت هناك نصوص تشريعية على درجات متباينة من العمومية. وتمثل المجلة التجارية النص المرجعي والمركزي في هذا المجال، لكن توجد إلى جانبها قوانين أخرى منها خصوصا القانون عدد 13 لسنة 1969 المؤرخ في 28 فيفري 1969 المتعلق بإحداث بورصة القيم المنقولة الذي تم إلغاؤه وتعويضه بالقانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية.

وفي هذا الصدد، اعتبرت محكمة التعقيب في قرار صادر بتاريخ 24 أبريل 2012 أنه إذا وقعت عملية بيع أسهم سنة 1979 فإنها تظل خاضعة من حيث شروط صحتها ونفاذها إلى النظام القانوني الجاري به العمل في ذلك التاريخ، أي قانون سنة 1969 المتعلق بإحداث بورصة القيم المنقولة، ولو تم رفع النزاع أو البت فيه بعد إلغاء ذلك القانون⁽¹⁾. ويتمشى هذا الرأي مع ما استقر عليه رأي الفقه وفقه القضاء في ما يتعلق بتنازع القوانين في الزمان حيث يظل العقد خاضعا لقانون زمن إبرامه. وبينت المحكمة أن تغيير المشرع خياراته عبر القوانين اللاحقة لا تأثير له على الماضي بل يمكن أن يستدل منه على وجود توجه مخالف في التشريع الملغى⁽²⁾.

(1) محكمة التعقيب، الدائرة التجارية الرابعة، 24 أبريل 2012، قضية عدد 60461، بصدد النشر بشرية محكمة التعقيب، القسم المدني لسنة 2012.

(2) جاء في القرار أن «المشرع لم يرتب الإعلان في القانون عدد 13 لسنة 1969 ولم تكن تلك إرادته إذ لم يقع التصييص عليه إلا لاحقا لما انصبت إرادة المشرع إلى ترتيب الإعلان، فنص الفصل 73 من القانون عدد 117 لسنة 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية [على] أن لا تكون باطلة للمعاملات المنجزة بمخالفة أحكام الفصلين 70 و71 من هذا القانون ومن المعلوم أن أحكام الفصلين 70 و71 يوجيان إتمام المعاملات المتعلقة بالأوراق المالية والحقوق المرتبطة بها داخل السوق المالية فيما عدا حالة الميراث».

ومن جهة أخرى، فقد حسم القانون عدد 93 لسنة 2000 المتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية مسألة تنازع أحكام المجلة الجديدة مع أحكام المجلة التجارية (الفصول من 14 إلى 188) فأقرت إلغاء الأحكام القديمة صراحة. وبالمقابل، سكّت هذا القانون عن مآل الأحكام المتعلقة بالشركات المنصوص عليها بمجلة الالتزامات والعقود، فاستتجت محكمة التعقيب من ذلك أن تلك الأحكام لم يطلها الإلغاء ومن الممكن الرجوع إليها في المسائل التي لا نص فيها أو في الحالات التي تنص فيها على قواعد أكثر شمولاً واتساعاً كما هو شأن أحكام انحلال الشركات، حيث يجوز دائماً الرجوع إلى مفهوم «السبب المعتبر» على معنى الفصل 1323 من مجلة الالتزامات والعقود والذي تندرج تحته صورة التزاع القوي بين الشركاء على معنى الفصل 26 من مجلة الشركات التجارية⁽¹⁾.

وخلافاً لسائر القوانين التي تدخل حيز التطبيق بشكل فوري، منحت مجلة الشركات التجارية للمعنيين بأحكامها أجلاً قدره عام لتسوية أوضاعهم لتطابق ما جاء فيها. إلا أن هذا الأجل لا يهم سوى الشركات القائمة عند صدور المجلة والتي تجد نفسها في وضع مخالف للأحكام الجديدة، كأن يكون رأس مالها أقل من الأدنى القانوني المنصوص عليه بأحكامها. أما الشركات القائمة والتي تتوفر فيها المقومات والشروط القانونية الجديدة وكذلك الشركات التي لم تكتمل أعمال إنشائها في تاريخ صدور المجلة، فإنها تخضع آلياً إلى الأحكام الجديدة الواردة بالمجلة.

وقد طرحت بعض الأحكام إشكالات خاصة بمسألة تنازعها في الزمان مع أحكام سابقة. ففي القرار الاستئنافي عدد 80458 الصادر بتاريخ 30 جوان 2009، اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس⁽²⁾ أن اتفاقية مساهمة وإعادة بيع أسهم (convention de participation et de rétrocession) مبرمة بين باعث مشروع وشركة استثمار ذات رأس مال تنمية SICAR بتاريخ 15 نوفمبر 2000 تخضع

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 29026 بتاريخ 18 فيفري 2004، نشرية محكمة التعقيب لسنة 2003، القسم المدني، الجزء الثاني، ص. 269. أنظر:

Sami BOSTANJI : « Confrontation des sources du droit privé : le Code des Obligations et des Contrats à l'épreuve des législations spéciales », in *Livre du centenaire du Code des Obligations et des Contrats 1906-2006*, éd. CPU, Tunis 2006, p. 536 et ss., spéc. pp.572-573, n° 51.

(2) حكم غير منشور.

لأحكام مجلة الشركات التجارية باعتبار أن هذه المجلة دخلت حيز التطبيق في 13 نوفمبر 2000، أي بعد نهاية الأجل القانوني المنصوص عليه بقانون 5 جويلية 1993، المحدد بالرجوع إلى تاريخ إيداع عدد الرائد الرسمي الذي نشرت به مجلة الشركات التجارية بمقر ولاية تونس.

ومن الصعوبات الخاصة التي طرحها تطبيق المجلة في الزمان، ما يتعلق بحصص الأرباح أو حصص المؤسسين *parts de fondateur*. فقد فهم البعض من ربط الفصل 2 من قانون إصدار المجلة بالفصل 314 من المجلة الذي حثّر إصدار حصص الأرباح أو حصص التأسيس أن القانون التونسي أوجب إلغاء الحصص التي أصدرتها الشركات خفية الاسم قبل نفاذ المجلة، بل ذهب البعض الآخر إلى أن حذف الفصل 129 من المجلة التجارية الذي كان ينظم كيفية التعويض لمالكي الحصص المذكورة عند إلغائها يستدل منه على نفي كل حق في التعويض لمالكي تلك الحصص. ولم يتم فض هذه الإشكالات بشكل حاسم إلا عبر تنقيح 16 مارس 2009. وفي الأثناء، طرحت المسألة بصيغة غير مباشرة على المحكمة الابتدائية بتونس في نزاعات تتعلق بقرار صادر عن الجلسة العامة لإحدى المؤسسات البنكية يقتضي إلغاء حصص الأرباح وتكليف أعضاء هيئة الإدارة الجماعية بالتفاوض مع مالكيها حول التعويض الذي يستحقونه، لكن هذه الدعاوى رُفُضت لأسباب شكلية تتعلق بعدم امتلاك المدعين للنسبة الدنيا من رأس المال المنصوص عليها بالفصل 290 من مجلة الشركات التجارية (20 بالمائة) فلم يتسنّ التعرف على موقف القضاء التونسي من جوهر المسألة⁽¹⁾.

ثم تدخل المشرع عبر تعديل 27 جويلية 2005 فأكد وجود الحق في التعويض، مستلهما الحل من الأحكام القديمة السابقة للمجلة ومن المبادئ القانونية العامة، وأحال في خصوص ضبط مقدار التعويض إلى إجراءات أحال بشأنها إلى نص تطبيقي كان من المفروض أن يصدر قبل 31 ديسمبر 2008 لكنه لم يصدر، فظلت المسألة معلقة في جانبها الإجرائي، بعد الحسم في جانبها المبدئي، حتى تم تعديل الفصل 314 مجدداً بموجب قانون 16 مارس 2009

(1) المحكمة الابتدائية بتونس، حكم عدد 14603 بتاريخ 8 مارس 2005 وحكم عدد 14581 بتاريخ 22 مارس 2005 وحكم عدد 14583 بتاريخ 22 مارس 2005 وحكم عدد 13017 بتاريخ 15 فيفري 2005 - غير منشورة. يراجع: أحمد الورفلي وكمال العياري: مجلة الشركات التجارية - معلق عليها، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2007، ص. 1071 وما يليها.

الذي أوجب إلغاء ما بقي من حصص التأسيس قبل موفى سنة 2010 مع تثبيت الحق في التعويض ووضع آلياته الإجرائية.

أما الأحكام المتعلقة بتجميع الشركات، التي أضيفت إلى المجلة بموجب القانون عدد 117 لسنة 2001 المؤرخ في 6 ديسمبر 2001 فقد رافقتها أحكام انتقالية تتعلق بالمساهمات المتبادلة، حيث أوجب النص المذكور على الشركات التي لها مساهمات متبادلة participations réciproques أن تسوي أوضاعها طبق أحكامه في ظرف سنتين من تاريخ دخوله حيز التنفيذ. غير أنه تبين أن الأجل المذكور غير كاف فنص قانون المالية لسنة 2005⁽¹⁾ على التمديد في ذلك الأجل إلى 31 ديسمبر 2005.

ومن ناحية أخرى، نص الفصل الرابع من القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 على أنه «على الشركات التجارية الموجودة في تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ أن تسوي أوضاعها طبق أحكامه في ظرف عام.

وبقى القضايا الجارية في تاريخ دخوله حيز التنفيذ خاضعة للأحكام القانونية النافذة في تاريخ نشر تلك القضايا مهما كانت الدرجة القضائية التي هي منشورة بها إلى أن يصبح الحكم في شأنها محرزا على قوة ما اتصل به القضاء».

ولا تتنافى المبادئ المقررة بقانون إصدار مجلة الشركات التجارية مع تطبيق المبادئ المتعلقة بتنازع القوانين المتعلقة بالعقود في الزمان، في حدود ما هو تعاقدى في الشركة⁽²⁾. فالشروط التعاقدية المدرجة في عقد الشركة تظل سارية بين الأطراف ما لم تتعارض مع قواعد أمرة في المجلة أو في القانون الجديد. وكذلك الشأن بالنسبة للوضعيات التي نشأت واكتملت وانتهت في ظل القانون القديم، والتي لا يمس بها القانون الجديد ولا يمكنه تغييرها ما لم ينص على ذلك صراحة، وهو الأمر غير المتوفر في القوانين المتعاقبة المتعلقة بالشركات التجارية. وقد أوضح وزير العدل وحقوق الإنسان في إجابته عن أسئلة النواب

(1) القانون عدد 90 لسنة 2004 المؤرخ في 31 ديسمبر 2004.

(2) قرار تعقيبي عدد 29026 مؤرخ في 2018/2 - 2004 نشرية محكمة التعقيب لعام 2004، الجزء الثاني، ص. 269: «من المسلم به قانوناً أن العقود بصفة عامة بما في ذلك عقد الشركة يُنظر في خصوص نشأتها وصحتها إلى القانون الذي نشأت في ظلّه غير أنّها تكون خاضعة في خصوص آثارها ونتائجها للقانون المنطبق في تاريخ قيام النزاع... إنّ القانون المتعلق بإصدار مجلة الشركات لم ينص صراحة على إلغاء الأحكام العامة المتعلقة بالشركات الواردة بمجلة الالتزامات والعقود كما أنّه لم يلغها ضمناً».

في مجلسي النواب والمستشارين أن القانون الجديد لا يمكن مثلا أن ينطبق على العمليات التي أبرمت بين الشركات خفية الاسم ومسيرها قبل بدء العمل بأحكامه، أما إذا كانت العملية بصدد الإبرام، كما إذا وقع الحصول على ترخيص من مجلس الإدارة قبل القانون الجديد لكن لم يبرم العقد حتى صدر القانون الجديد، فإن القانون الجديد هو المنطبق.

3.7. القانون المنطبق على الشركة (تنازع القوانين في المكان وحالة الأجانب)

لم يكن القانون التونسي يتضمن حلاً نصياً لإشكالية تحديد القانون المنطبق على الشركة، بل إنه قبل سنة 1998 لم يكن هناك قانون جامع في مادة القانون الدولي الخاص، فجاءت مجلة الشركات التجارية بسد هذا الفراغ وذلك بأن قررت أن القانون التونسي هو المنطبق على الشركات التي تكون مقراتها بالبلاد التونسية. وينجم عن ذلك أنه مهما كانت جنسية الشركاء أو المسيرين أو مصدر رأس المال، لا يمكن للأطراف أن يختاروا تطبيق قانون أجنبي على شركة مقرها بتونس. والعبارة بالمقر الحقيقي لا بالمقر المختار⁽¹⁾.

غير أنه تتجه أيضا الإشارة إلى أن قاعدة الفصل 10 من مجلة الشركات التجارية ينبغي تأويلها على أنها تمنع تكوين شركات في تونس طبق قانون أجنبي حتى بتراضي الأطراف على ذلك صراحة، لكنها لا تمنع من الإقرار للشركات التي يتم تكوينها في الخارج بالشخصية القانونية المعترف لها بها في ظل قانون بلد مقرها ومعاملتها كشخص قانوني له من الحقوق ما يقره له «قانونه الشخصي»، حتى إذا أجرت معاملات أو أنشأت فرعا بتونس.

وقد نص الفصل 40 من مجلة القانون الدولي الخاص على أن «تخضع أهلية التصرف للقانون الشخصي بالنسبة للذوات الطبيعية، أما بالنسبة للذوات المعنوية فهي تخضع إلى قانون الدولة التي تتعاطى فيها ذلك النشاط». وليس في هذا النص تعارض مع الفصل 10 من مجلة الشركات التجارية، باعتبار أنه يتعلق بأهلية التصرف، بينما تخضع «أهلية الوجوب» إلى قانون المقر الأصلي.

(1) قرار تعقيبي عدد 14602 مؤرخ في 03/6/1987، نشرة محكمة التعقيب (1987، ص. 173: «لئن كان من المفروض قانونا وجود مقر اجتماعي للشركة ولزوم الإعلام عن قرار تخيره كلما اقتضى الأمر ذلك فلا شيء يمنع من أن يكون اختيار مقر معين للشركة لغاية تأمين المراسلات الإدارية دون القيام بنشاط تجاري». وتقتصر وظيفة المقر المختار على الأمور الإجرائية دون أن تمتد إلى جوانب أخرى كتحديد القانون المنطبق.

ومعلوم أن الفصل 10 نفسه يميز بين المقر ومكان ممارسة النشاط، إذ ينص على أن «يقع مقر الشركة بمركزها الرئيسي ويكون هذا المركز كائنا بالمحل الذي به قيام الإدارة الفعلية للشركة»⁽¹⁾.

ويلاحظ الفقه أن الفصل 40 إنما يعترف للشركة بما لا يمكن أن يكون لها أبداً، وهي أهلية التصرف، وبالتالي فلن تكون لأحكامه فاعلية تذكر، لأن الشخص المعنوي يتصرف دائماً بواسطة من يمثله، بينما يتمتع بأهلية وجوب، وهي أهلية محدودة باعتبار أن الشخص المعنوي يخضع إلى مبدأ الاختصاص *principe de spécialité*. فالقانون الذي أحدثت في ظله الشركة هو الذي يقر لها بالشخصية القانونية أو ينفيها عنها بينما يقتصر قانون مكان ممارسة الأنشطة أو الحقوق على ترتيب النتائج على ذلك، كالإقرار لتلك الشركة بحق التعاقد أو التقاضي وحماية حقوقها⁽²⁾. أما إسناد الاختصاص التشريعي إلى البلاد التي يمارس بها النشاط فيؤدي إلى حلول غير منطقية لأن الشركة يمكن أن تمارس نشاطها في عدة بلدان، حال أن مسألة حالة الأشخاص لا تتلاءم مع تعدد القوانين المنطقية وتقوم على مبدأ وحدة حالة الأشخاص الذي لا يقتصر على الشخص الطبيعي. فإخضاع أهلية الوجوب إلى قانون مكان ممارسة النشاط يعني مثلاً أن الشركة خفية الاسم ذات الشريك الوحيد التي يتم تكوينها في بلد يقر بهذا الصنف كفرنسا⁽³⁾ وألمانيا تعتبر موجودة قانوناً بالنسبة للأنشطة التي تمارسها في بلد تكوينها بينما تعتبر غير موجودة أصلاً في تونس حيث لا يعترف القانون التونسي بهذا الصنف من الشركات ! فالأسلم أن تخضع الشركة في كل

(1) برّرت وزارة العدل لدى إجابتها عن أسئلة النواب عدم الإشارة إلى المقر الأصلي للذات المعنوية أو مقر تكوينها بأن «المقر الأصلي أو مقر التكوين قد لا يكون بالبلاد التونسية وبالتالي فإن المشرع أراد أن يطبق قانون الدولة التي يُعاطى فيها ذلك النشاط بالنسبة لأهلية التصرف أي بالنسبة لحالات انعدام الأهلية. كذلك يشمل هذا القانون التباينات الإدارية للذوات المعنوية المستقرة بتونس». الأعمال التحضيرية، عدد 6، جلسة 2 نوفمبر 1998، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، مداولات، ص. 225. يراجع مثلاً، نبيل بن عائشة: «القانون المنطبق على الشركة»، أعمال ملتقى حول «مجلة الشركات التجارية»، تونس 12-11 أبريل 2003، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2004، ص. 63. أنظر أيضاً: مبروك بن موسى: شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، تونس 2003، ص. 375.

(2) Ali MEZGHANI : « Commentaires du Code de Droit International Privé », éd. CPU, Tunis 2002, pp. 99-100.

(3) Société anonyme simplifiée unipersonnelle (SASU).

ما يتعلق بوجودها القانوني وبصلاحيات هياكلها الداخلية وتسييرها وما إلى ذلك من المسائل إلى قانون مكان تأسيسها الذي يسميه الفقه «قانون الشركة» *lex societatis*، بينما تخضع ممارستها لنشاطها إلى قانون البلاد التي تمارس بها ذلك النشاط.

والملاحظ أن القانون المتعلق بمؤسسات القرض جاء بحلول أكثر تناسقاً إذ نص الفصل 12 من القانون عدد 65 لسنة 2001 المؤرخ في 10 جويلية 2001 المتعلق بمؤسسات القرض على أن مؤسسات القرض ينبغي أن تتخذ شكل شركات خفية الاسم غير أن الفقرة الثانية منه يبيّن أن مؤسسة القرض التي يوجد مقرها بالخارج والتي تمارس نشاطها بتونس عبر وكالة أو فرع بتونس ينبغي أن تتخذ شكل شركة خفية الاسم أو شكلاً قانونياً آخر يكون مقبولا ومطابقاً لقانون بلد المصدر أي لقانون بلد مقر البنك.

كما تجدر الإشارة إلى أن القضاء التونسي توخى في بعض القضايا منهج «تدويل» قانون الشركات، وإن يكن ذلك بشكل مقتطع وظرفي. ففي قضية تتعلق بطلب تعيين محكم في نزاع بين شركة تم تأسيسها بالجزر العذراء *Virgin Islands* التابعة للتاج البريطاني، وتدعى «كليوباترا» وشركة أخرى تأسست بتونس، حول كراء فندق بتونس، لاحظت المحكمة أنه يظهر من أوراق الملف وجود منازعة في صفة الشركة المكونة في الخارج إذ يزعم الطرف المقابل أنه توجد شركة أخرى تسمى «كليوباترا إنك» *Inc*، غير أن المحكمة أكدت أن الأمر يتعلق بنفس الشركة التي تم تعديل قانونها الأساسي «طبق القانون» وأضيفت كلمة «إنك» إلى تسميتها. ولم تذكر المحكمة ما إذا كان الأمر متعلقاً بالقانون التونسي أم بقانون الجزر العذراء أم بقواعد مادية عبر-دولية *règles matérielles transnationales* صالحة لأن تنطبق على كل صور تعديل القوانين الأساسية للشركات في أي بلد وقع ذلك⁽¹⁾. والراجع أنها قصدت القراءة الثانية.

(1) قرار عدد 53 صادر عن وكيل الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس في 6 جانفي 2000، غير منشور. أنظر مثلاً:

Ahmed OUEFFELI : « Le régime des contrats internationaux », communication donnée dans le cadre de la journée d'études organisées par le laboratoire de recherches DRIMAN, Fac. de Droit et de Sc. Polit. de Tunis, 4 mars 2009 sur le thème : « Dix ans d'application judiciaire du Code de Droit International Privé ».

ويعتبر ذلك مع واقع قانون الشركات التجارية، الذي تخلى تدريجياً عن صبغته المحلية وأصبح يقترب من النموذج الواحد في العالم بأكمله. وفي القانون المقارن، نلاحظ أن الاتفاقية المتعلقة بتسيير الاتحاد الأوروبي تغطي خصوصاً:

- أن الشركات التي يتم تكوينها طبقاً لقوانين دولة عضو في الاتحاد الأوروبي والتي يكون مقرها التعاقدية أو إدارتها المركزية أو مركز نشاطها الرئيسي داخل الاتحاد الأوروبي تُنظر، في تطبيق أحكام الباب الثاني من الاتفاقية، بالأشخاص الطبيعيين الحائمين لجنسية دولة عضو. ويقصد بالشركة في هذا المفهوم كل شركة مدنية أو تجارية بما في ذلك الشركات التعاونية وغيرها من أشخاص القانون الخاص والقانون العام باستثناء الشركات التي لا تهدف إلى تحقيق الربح⁽¹⁾.

- أن تمنح الدول الأعضاء المعاملة الوطنية لكل مساهمة مالية لمواطني الدول الأعضاء الأخرى في رأس مال الشركات المذكورة⁽²⁾.

8. المسؤولية المجتمعية للشركة

تلعب الشركات دوراً اقتصادياً غير منازع فيه، باعتبارها الفعل الرئيسي في الشأن الاقتصادي إلى جانب الدولة. غير أنها مدعوة أيضاً إلى لعب دور بالغ الأهمية في المجال الاجتماعي والإنساني، مما دعا منظمة الأمم المتحدة إلى وضع مرجعيات أساسية تتعلق بمسؤولية الشركات عن حقوق الإنسان⁽³⁾.

ويشير الدليل التفسيري لهذه المبادئ إلى أن أنشطة الشركات تنشأ عنها مخاطر على حقوق الإنسان، وأن هذه المخاطر هي «أي مخاطر تتعلق بما قد تفضي إليه عملياتها من أثر ضار أو أكثر من أثر ضار على حقوق الإنسان. وهي لذلك ترتبط بآثارها المحتمل على حقوق الإنسان. وتشمل المخاطر في التقييم التقليدي للمخاطر عواقب الحدث (شدته) واحتمالات حدوثه. والعامل الرئيسي في سياق المخاطر المتصلة بحقوق الإنسان هو شدة الخطر. وقد تكون الاحتمالات ذات

(1) الفصل 54 من الاتفاقية.

(2) الفصل 55 من الاتفاقية.

(3) «مسؤولية الشركات عن احترام حقوق الشركات. دليل تفسيري»، نشر الأمم المتحدة، مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، نيويورك وجنيف، 2012.

صلة بالمساعدة في ترتيب أولويات معالجة الآثار المحتملة في بعض الظروف. والمهم هو أن مخاطر مؤسسة الأعمال على حقوق الإنسان هي المخاطر التي تتعرض لها حقوق الإنسان بسبب عملياتها. وتختلف هذه المخاطر عن أي مخاطر قد تتعرض لها المؤسسة نتيجة لتورطها في إحداث أثر على حقوق الإنسان بالرغم من ازدياد الارتباط بين الاثنين⁽¹⁾.

وتطالب الشركة التي تسبب في ضرر لحقوق الإنسان بتحقيق الانتصاف، الذي يتمثل في معالجة الآثار الضارة والنتائج الموضوعية التي ترتبت عنها (بشرط مشروعية وسيلة الانتصاف) كالاعتذار وإعادة الحق إلى صاحبه وإعادة التأهيل والتعويض المالي أو غير المالي والعقوبات (جنائية أو إدارية، وغرامات أو غيرها) فضلاً عن منع الضرر من خلال الأوامر الجزئية أو ضمانات عدم تكرار الفعل الضار في المستقبل.

9. مضامين الكتاب

تتضمن الأبواب المئوية من هذا الكتاب تحليلاً للأحكام المشتركة بين مختلف أصناف الشركات (الجزء الأول) وللأحكام الخاصة بكل صنف من أصنافها (الجزء الثاني) والقواعد المنطبقة على الأحداث الهامة في حياتها (الجزء الثالث) وتكتلها (الجزء الرابع) وفرض النزاعات المتعلقة بها (الجزء الخامس). أما الجزء السادس والأخير، فنخصه لنهاية الشركة، وبه نختم بإذن الله.

(1) «مسؤولية الشركات عن احترام حقوق الشركات. دليل تفسيري»، مرجع سابق، ص. 8.

الجزء الأول

القواعد المشتركة
بين كافة الشركات

Règles communes aux différents
types de sociétés

Common provisions

رغم تعدد الأشكال والصيغ القانونية لإحداث الشركات فإن مفهوم الشركة يظل في عمومها مفهوماً موحداً، مرجعيته الأصلية هي الأصل الاشتقاقي، إذ الشركة من الشراكة والتشارك وهي أن يخلط شخصان أو أكثر ما لهما من المال والجهد والسمة بغاية تحقيق نتيجة اقتصادية إيجابية يتقاسمون ثمرتها.

وحتى يتسنى تعريف مفهوم الشركة بشكل واضح، ينبغي تمييزها عن المفاهيم المجاورة لها، سواء في ما يتعلق بالمفاهيم التقليدية التي تتقارب مع الشركة أحياناً وتمتزج بها أحياناً أخرى، أو أيضاً التصنيفات داخل مفهوم الشركة نفسه، أي التفرقة بين الشركة المدنية والشركة التجارية فالشركة المدنية تشترك في هدف البحث عن الربح مع الشركة التجارية لكنهما تختلفان في طبيعة النشاط (الباب الأول). كما تشتركان في أن كلا منهما تقوم بموجب عقد مع أن الطابع المؤسساتي يتماشى مع الشركة التجارية أكثر مما يتماشى مع الشركة التجارية (الباب الثاني). والعنصر الرئيسي في جميع الشركات هو العنصر المالي، خاصة أن دور المساهمة بالعمل في واقع الشركات تراجع بشكل كبير قبل أن يعود بقوة في المرحلة الأخيرة (الباب الثالث).

ويركّز قانون الشركات التجارية على فكرة حماية مختلف أصحاب المصالح المحيطة بالشركة *stakeholders*، من شركاء ودائنين والغير بوجه عام (الباب الرابع). فالشركة شخص معنوي يخضع إلى موجبات الإشهار حين تكون لها الصبغة التجارية، ويمكن تأسيسها عن بُعد وهو ما يتيح للشركاء أنفسهم وللغير بمن فيهم الدائنين الإطلاع على أمور الشركة. ويوجب القانون اتباع جملة من القواعد الهادفة إلى ضمان حسن التسيير، منها إخضاع أغلب الشركات التجارية إلى رقابة خارجية مجرأة من قبل مهني محترف.

ويقتر القانون الجبائي جملة من القواعد التي ترتبط من حيث آليات تطبيقها بخيارات مؤسسي الشركة أو الشركة نفسها (الباب السابع)، وذلك بقطع النظر عن جنسية الشركة، إن كانت تونسية أم أجنبية أو إن كانت الشركة بلا جنسية (الباب السادس).

الباب الأول:

التصنيفات الكبرى في قانون الشركات

تقتضي المبادئ الأصولية تقديم مصالح الجماعة على مصلحة الفرد. غير أن الجماعة يمكن أن تكون أمة بأسرها أو مجموعة محدودة من الأفراد. ويميز القانون الحديث بين عالم التجارة حيث تغلب مصلحة الفرد التاجر أو مجموعة التجار المشتركين في مشروع واحد (الشركة) في حين أن منظمات المجتمع المدني (الجمعيات) تتميز بدورها بأنها تجمع عددا محدودا من الأشخاص، لكنهم لا يعملون لتحقيق أهداف «أناية» خاصة بهم، بل يرمون إلى تحقيق مصالح عامة لفائدة المجتمع ككل.

المبحث الأول

التمييز بين الشركة والمفاهيم المجاورة

يلتبس مفهوم الشركة بحكم اختلاطه أو تقاربه مع عدد من المفاهيم التي تنتمي إلى نفس عائلته (القسم الأول). وداخل هذا المفهوم نفسه، يوجد بعض الغموض في خصوص التفرقة بين الشركة المدنية والشركة التجارية، خاصة أن بعض الأفهام يقترب من المزج بين مفهومي الشركة المدنية والجمعية (القسم الثاني).

القسم الأول الشركة والصيغ التعاقدية التقليدية المشابهة

يؤكد عبد الرحمان بن خلدون أن الحضارة إنما بنيت على التعاون بين البشر وتكامل أنشطتهم. وهذا التعاون يمكن أن يتخذ أحد الأشكال التقليدية ومنها

الشركة، كما أصبح يتخذ صيغا جديدة مستحدثة في هذا العصر، لا تخلو من التشابه مع الشركة، التي يمكن اعتبارها النموذج المركزي الذي تستلهم منه أغلب الآليات القانونية المجاورة.

والشركة شخص معنوي ينشأ عن تعاقد حَرَّبين شخصين فأكثر⁽¹⁾. ويمكن أن تنشأ دون عقد كما يمكن أن تنشأ بإرادة شخص واحد. فالشركة يمكن أن تنشأ عن واقعة قانونية لا عن إرادة الشركاء، وهي صورة الوراثة الذين يرثون أصلا تجاريا ويستمرّون على استغلاله، أو الذين يرثون مؤسسة علاج طبيعي مع وجود من يزاول الدراسة للحصول على شهادة جامعية في الطب العلاج الطبيعي، وبشرط المحافظة على النشاط لمدة أربعة أعوام على أقصى تقدير⁽²⁾. وتسمى هذه الشركة في الفقه الإسلامي «شركة الإرتواك أو المراكمة»، وفي القانون الوضعي «الشركة الناشئة فعليا»⁽³⁾ *société créée de fait*. وتسمى في الفقه الإسلامي شركة الجبر⁽⁴⁾. ويعتبر جانب من الفقه أنه لا يجوز اعتبارها شركة بل هي حالة شيوخ، على الأقل في الصورة التي لا تتجه فيها نية الأطراف إلى إحداث شركة⁽⁵⁾ كما في صورة الموظف العمومي أو صاحب المهنة الحرة الذي يرث مع غيره أصلا تجاريا، والذي ينبغي عدم اعتباره شريكا في شركة تجارية حسب موضوعها وإلا

(1) Article 33 du Cahier des Charges relatif à l'exercice de la profession de physiothérapeute de libre pratique, établi en vertu de l'arrêté du Ministre de la santé publique du 15 mai 2001, *JORT* n° 42 du 25 mai 2001.

(2) حكم ابتدائي عدد 156 مؤرخ في 12 أفريل 1962، مجلة القضاء التشريع 1962، ص. 673: «الشركة الاختيارية تتكون من عقد اختياري تمثل فيه إرادة الشركاء وهي تختلف عن الشركة الاضطرارية [أو] الشركة الاضطرارية هي التي تتكون دون اختيار أو اتفاق سابق بين الشركاء مثل الشركة التي تنتج عن وفاة المورث فإن الشركة تصير ملكا مشتركا بين الوراثة دون أن يسبق بينهم اتفاق على ذلك (الفصل 1227 مدني) [أو] الإرتواك الذي أشار بعض الفقهاء إلى إمكانية إثباته بشهادة الشهود هو الإرتواك الناتج عن الشركات الاضطرارية مثل استمرار الوراثة على التصرف فيما تركه لهم مورثهم مدة زمنية دون قسمة وإنماء تلك المكاسب الموروثة بما أنتجه الشركة الأصلية».

(3) Sur la distinction entre société de fait et société créée de fait, cf., par exemple: Georges RIPERT et René ROBLOT: «*Traité de droit commercial*», Tome 1, 16^e édition, par Michel GERMAIN, éd. LGDJ, Paris 1996, p. 533, n° 688.

(4) فوزي عطوي: «الشركات التجارية في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية»، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2005، الطبعة الأولى، ص. 556.

(5) Cf., Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY: «*Droit des sociétés*», éd. Litec, 14^e édition, Paris 2001, p. 501, n° 1556, où les auteurs expliquent les enjeux fiscaux de la distinction entre société et indivision.

جاز تتبعه تأديبيا من أجل الجمع بين مهنتين غير متلائمتين *incompatibles* طبق ما ينص عليه الفصل 5 من القانون عدد 112 لسنة 1983 المؤرخ في 12 ديسمبر 1983 والمتعلق بضبط القانون الأساسي العام لأعوان الدولة والجماعات العمومية المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والفصل 2 من المجلة التجارية⁽¹⁾.

وكذلك شأن الفني السامي في الصحة الذي يتوفاه الأجل، فيجد ورثته أنفسهم مخيرين بين إنهاء النشاط فوراً مع ما في ذلك من ضرر يلحقهم ويلحق المرضى الذين تعودوا بالمحل ويلائمتهم وجوده بالقرب من محلات سكناتهم، أو مواصلة النشاط مع أنه يوجد مانع قانوني من ذلك. فقد نص الفصل 33 من كراس الشروط الخاص بممارسة نشاط فني سام في الصحة في إطار الممارسة الحرة على أنه في صورة وفاة المستغل يتم غلق المحل آليا. «غير أن وراثة المتوفي يمكنهم المحافظة على نشاط المحل لمدة لا تتجاوز أربعة أعوام إذا كان أحد الوراثة يزاول دراسته من أجل الحصول على شهادة فني سام في الصحة. وفي هذه الحالة يتم تسيير المحل من قبل من يستوفي الشروط المنصوص عليها بكراس الشروط هذا»⁽²⁾.

أما الشركة الفعلية *société de fait* فهي الشركة التي ينشئها الأطراف بإرادتهم الحرة لكنها تكون مختلة التأسيس خصوصا لسبب شكلي⁽³⁾. ويعتبر القانون التونسي أن الشركة التي تبطل إجراءات تأسيسها تعتبر كشركة مفوضة فعلية⁽⁴⁾. والغاية من ذلك أن يكون الشركاء فيها مسؤولين بالتضامن عن ديون

(1) أنظر أيضا النقطة الثالثة من الفصل 193 من مجلة الشركات التجارية في خصوص أعضاء مجالس إدارة الشركات خفية الاسم.

(2) كراس شروط مصادق عليه بموجب قرار وزير الصحة العمومية المؤرخ في 15 ماي 2001 المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 42 بتاريخ 25 ماي 2001.

(3) قرار استئنافي عدد 2727 مؤرخ في 10 ديسمبر 1970 القضاء والتشريع 1971 ص 287: «الشركة الواقعية هي الشركة التي تكونت بكامل عناصرها إلا أنه اعترافا بطلان مطلق أو نسبي ومع ذلك قامت بنشاط خلال فترة من الزمن قبل إعلان بطلانها».

(4) الفصل 103 من مجلة الشركات التجارية. أنظر الحكم الابتدائي عدد 301 المؤرخ في 30 جويلية 1963، مجلة القضاء والتشريع، 1965 ص. 102: «عدم مراعاة مقتضيات الفصل 16 من المجلة التجارية لا يحول دون تكوين شركة فعلية خاضعة للقواعد العامة المقررة في القانون لمختلف أنواع الشركات لتوافر أركانها الأساسية الثلاثة من تقديم حصص المساهمة من الجانبين والتمويل منهما على اقتسام الأرباح والخسائر وانعقاد نية الشركة بينهما».

الشركة كما هو شأن الشركاء في شركات المفاوضة وأن تعتبر شركة فعلية فلا يعارض بها الغير إن كانت مصلحته في التمسك بإنكار وجودها.

ويرى بعض الفقهاء أن التمييز بين الشركة الفعلية والشركة الناشئة فعليا لا جدوى منه. وينطلق هذا الرأي من معايينة تطابق النظام القانوني لكلا الصنفين، غير أنه لا يراعي صورة الموظف العمومي الذي يكون من بين وارثي أصل تجاري والذي لا يمكن أن يعاقب من أجل اكتسابه صفة التاجر دون أن يكون قد سعى في ذلك.

ويوجه عام يقوم تعريف الشركة أساسا على توفر ثلاثة عناصر وهي تعدد الشركاء (مع مراعاة خصوصية شركة الشخص الواحد)، ونية تقاسم الأرباح مع الاستعداد لتقاسم المخاطر والخسائر وتسمى «نية الإشتراك» *affectio societatis*، وتقديم مساهمات⁽¹⁾. وهي تقترب من عديد المؤسسات الأخرى دون أن تمتاز بها.

الفرع الأول

الشركة والجمعية، بين المصلحة العامة ومصلحة المجموعة Intérêt général vs. intérêt social

هل يمكن أن تجتمع مصلحة المجتمع ومصلحة مجموعة ما في نفس الموضوع؟

يقوم التمييز بين الشركة والجمعية على معيار أساسي وهو معيار البحث عن الربح. فالجمعية بطبيعتها لا تهدف إلى تحقيق أرباح لأعضائها⁽²⁾. فإن تبين أنها خرجت عن ذلك، أعيدت تكييفها كشركة. وي طرح الإشكال بوجه خاص بالنسبة للجمعيات الرياضية المحترفة، حيث إنها تحقق أرباحا هامة في السنوات

(1) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 94861 مؤرخ في 31 ديسمبر 1991، غير منشور، مشار إليه بكتاب «تعليق على قانون الشركات التجارية» لتوفيق بن نصر، نشر دار الميزان، سوسة، 1996، ص. 5 - حكم ابتدائي عدد 302 مؤرخ في جويلية 1963، مجلة القضاء والتشريع 1965، ص. 28.

(2) الفصل 4-ثانيا من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 المؤرخ في 24 سبتمبر 2011 المتعلق بالجمعيات. أنظر مثلا: رضا خماسم: «الجمعيات في تونس. دراسة حول الجوانب القانونية للنشاط الجمعياتي»، تونس 1999، ص. 50-51.

المواتية⁽¹⁾ وتتوخى أساليب تجارية في إدارة شؤونها تقوم على اعتماد أقوى آليات الإشهار والتسويق التجاري. وقد تحولت عديد الجمعيات الكبرى في أوروبا إلى شركات وقام عدد آخر منها بأحداث شركات تجارية تستغل تسمية الجمعية في أنشطتها التجارية المرتبطة بالتجارة وتكون فيها للجمعية مساهمة متميزة في الأرباح وفي سلطة القرار، وأدرج عدد منها بالبورصات بينما ظلت النوادي الرياضية في تونس محتفظة بصيغة الجمعيات تحت غطاء نظام «اللاهاوية» الذي هو شكل من أشكال الإحتراف المطوع، قبل أن يقع إقرار نظام الاحتراف. ويوجد حاليا توجه لإصدار تشريع جديد يتعلق بإحداث شركات ذات موضوع رياضي، تكون مرتبطة بالجمعيات الرياضية بحيث تمارس الشركة الأنشطة التجارية المرتبطة بالرياضة في حين تواصل الجمعية ممارسة النشاط الرياضي الصرف وإدارته، وبشرط أن تكون الجمعية بالضرورة مساهمة في رأس مال الشركة الرياضية بمناب لا يقل عن 30 بالمائة يتمثل في مساهمة عينية باسمها «التجاري».

ويتميز القانون الألماني عن القانونين التونسي والفرنسي من حيث واقعيته المفرطة، إذ لا يعترف بالفرقة بين الشركة والجمعية. فالمادة 705 من القانون المدني تنص على أنه «عبر عقد الشركة يتعهد الشركاء بعضهم تجاه بعض بالعمل على تحقيق هدف مشترك بالكيفية المبينة في العقد وخصوصا عبر تقديم مساهمات». فلا يشترط لوجود شركة أن تهدف إلى تحقيق الربح أو الاقتصاد في النفقات⁽²⁾.

وفي القانون السويسري، يوجد مفهوم وسط بين مفهوم الشركة الجمعية هو مفهوم ما يسمى بالألمانية «*verein*» الذي استنبط منه أهل التطبيق صيغة ما يسمى بالشبكات (*réseaux / networks*) وهو نوع من الشراكة بين مجموعة من المؤسسات المستقلة قانونا في ما بينها والتي تمارس جميعا نفس النشاط (وخاصة الخبرة في المحاسبة والاستشارات القانونية والمحاسبية والجباية)

(1) بلغت مداخيل «ريال مدريد» الإسباني سنة 2009 ما جملته 401 مليون يورو، بنسبة زيادة بلغت 10 بالمائة غير أنه حقق خسارة على مستوى النتيجة الجمالية للاستغلال. أنظر مثلا: http://www.dcloitte.com/view/en_GB/uk/industries/sportsbusinessgroup/press-release/d039400401a17210VgnVCM100000ba42f00aRCRD.htm

(2) Michel FERMONT : « *Droit allemand des affaires. Droit des biens et des obligations. Droit commercial et du travail* », éd. Montchrestien, Paris 2001, p. 199, n° 398.

في بلدان مختلفة تحت نفس الاسم التجاري مقابل دفع مساهمة سنوية من كل عضو إلى الجمعية. وينص القانون السويسري على أنه في صورة تصفية هذه «الجمعية» تزول أموالها إلى الخزينة العامة للدولة ما لم ينص نظامها الأساسي على خلافه، فيتم عندئذ توزيع فاضل التصفية على أعضائها.

وقد تمت ترجمة مصطلح *Verein* على أنه نظير «association» أي «جمعية»، حال أن الأمر يتعلق بمؤسسة مختلفة عن الجمعية في التصور التونسي والفرنسي باعتبار أن الأصل هو أن فاضل تصفياتها يؤول إلى الخزينة العامة، لكن يجوز للأعضاء أن ينصوا في العقد التأسيسي على عكس ذلك أي على توزيعه عليهم⁽¹⁾، في حين أن القانون التونسي لا يبيح توزيع فاضل تصفية الجمعية على الأعضاء بوجه صريح ولا يشير إلى هذه الفرضية ولو أنه جاء بعبارات فضفاضة تحيل إلى العقد التأسيسي في خصوص هذه المسألة بما يوحى بتقارب كبير بين الشركة والجمعية في ظل التشريعات الجديدة⁽²⁾، مع أن توزيع أرباح على أعضاء الجمعية يبدو في نظرنا مخالفا للنظام العام. أما توزيع المساهمات الأصلية على من قدموها عند حل الجمعية فيبدو لنا أمرا جائزا ولا يمكن أن يتنافى مع النظام العام أو أخلاقيات عالم الجمعيات.

وقد أصبح القانون التونسي يعتمد مفهوما لا يتباين كثيرا مع ما ذكر، إذ أن المرسوم عدد 88 لسنة 2011 المؤرخ في 24 سبتمبر 2014 المتعلق بالجمعيات لا يمنع على الجمعية العمل على تحقيق أرباح لنفسها، لكنه يمنع عليها توزيع أرباحها على الأعضاء. ويُفهم من ذلك أنه يحق للجمعية إنجاز برامج ذات مردودية اقتصادية بشرط أن يتم توزيع تلك الثمرة في تمويل أنشطة خيرية وتطوعية مختلفة.

ومن جهة أخرى، يُطرح التساؤل حول مدى جواز مساهمة الجمعية في شركة، أي ما إن كان من الجائز أن تكون الجمعية شريكا في شركة. وبالرجوع إلى المرسوم عدد 88 لسنة 2011 المتعلق بالجمعيات ومجلة الشركات التجارية، لا يوجد ما يمنع الجمعية من أن تكتب في مساهمة في رأس مال شركة مهما كان نوعها، كل ذلك بشرط التقيد بضوابط قانون الجمعيات، أي بعدم جواز

(1) أنظر خاصة الفصول من 79 إلى 81 من المجلة المدنية السويسرية.

(2) الفصلان 19 و 33 من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 المؤرخ في 24 سبتمبر 2011، المتعلق بالجمعيات.

توزيع أرباح على أعضاء الجمعية، والذي يمتد إلى منع التحايل على القانون عبر أي تقنية تؤول إلى توزيع فعلي للأرباح على الأعضاء، كافتعال أعمال تعاقدية (بحوث علمية، خدمات فنية) وهمية لتبرير منح مكافآت للأعضاء.

وتقترب مؤسسة *Verein* من مؤسسة عرفها الفقه الإسلامي وهي الحُجُس أو الوقف الذي يتمثل في وقف مال على خدمة مصلحة عمومية معينة (مسجد أو مدرسة قرآنية...) أو على خلفاء المالك حتى لا يفوتوا فيها، فتظل ملكية الرقبة للمالك وورثته⁽¹⁾ لكن المنفعة تؤول إلى المحجس له. وهي تقترب أيضا من نظام ما يسمى في القانون الفرنسي *La fondation*⁽²⁾. كما تقترب من حالة الشيوخ بالنسبة لصورة الحُجُس الخاص.

ومع أن الفقه الحديث يتفق على أن المؤسسة التجارية تلعب دورا اجتماعيا وحضاريا في إطار مفهوم «المؤسسة المواطنة» *l'entreprise citoyenne* فإن ذلك لا يمكن أن يؤدي إلى الخروج بها عن غايتها الأصلية وهي تحقيق الربح للشركاء. وربما ذهب القضاء الجبائي بعيدا في البحث عن استباعات هذه القاعدة، فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس في قرار صادر في 14 أكتوبر 2009 أنه «لا خلاف في أن إسناد قرض بصفة عامة يستوجب توظيف فائض. [و] طالما أن عملية إسناد القروض للموظفين (والمقصود العملة) لا علاقة لها بنشاط الشركة فإنه يكون من واجب الطاعة توظيف فوائد عليها لتحقيق أرباح تستوجب دفع ضريبة لفائدة خزينة الدولة»⁽³⁾.

وإذا كان هذا التحليل مبررا نسبيا في ما يتعلق بالقروض طويلة الأمد التي تسندها الشركة لأعوانها، فإنه يُخشى من أن يمتد هذا التأويل إلى القروض البسيطة أو التسبيقات التي تسندها الشركة لأعوانها لمساعدتهم على حل مشاكل حياتهم

(1) يراجع مثلا: محمد بوزغنية: «حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية (1857-1965)»، نشر مركز النشر الجامعي، تونس 2003، ص. 136.

(2) تم في تونس تنظيم الأحباس بموجب الأمر العلي المؤرخ في 30 محرم 1290 هجرية (19 مارس 1874) المؤسس لجمعية الأوقاف، وتقرر حلها جميعا وبصفة وجوبية بموجب الأمر العلي المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلق بإلغاء نظام الأحباس الخاصة والمشاركة. حول الأحباس، يراجع خصوصا: الشيباني بنبلنيت: «فصول في تاريخ الأوقاف في تونس من منتصف القرن التاسع عشر إلى 1914 ط. مكتبة علاء الدين، صفاقس، 2003.

(3) محكمة الاستئناف بتونس، قرار جبائي عدد 63464 بتاريخ 14 أكتوبر 2009، الأخبار القانونية، جانفي 2010، العدد 82/83، ص. 12.

العادية، بما يجعل القانون الجبائي دافعا للشركات إلى «الجشع» في تعاملها حتى مع عمّالها الذين لهم الفضل في نموها وازدهارها، بما يجعلها تتخلى تدريجيا عن دور اجتماعي وإنساني كثيرا ما تبحث عديد الشركات التجارية عن مبررات للتخلي عنه.

الفرع الثاني

الشركة وعقد الشغل

يختلف عقد الشغل عن الشركة في أمر جوهري وهو أن عقد الشغل يتميز بانعدام التوازن بين أطرافه إذ يتسم برابطة التبعية *lien de subordination* التي تجمع الأجير بمؤجره. فهو يقوم على وجود سلطة يمنحها الواقع والقانون للمؤجر على أجيّره تجعله مؤهلا لأن يتحكم في ظروف إنجاز العمل من قبل الأجير وأن يمارس عليه سلطة تأديبية⁽¹⁾ لا تمنحها العقود القائمة على المساواة بين الأطراف كالشركة.

غير أنه توجد فرضيات يقترب فيها عقد الشغل من عقود أخرى كالشركة⁽²⁾ وهي التي نص عليها الفصل 1250 من مجلة الالتزامات والعقود الذي اقتضى أنه «إذا جعل مناب من الربح لمن كان مستخدما أو وكىلا عند شخص أو شركة في مقابلة خدمته في الكل أو البعض فلا يصير بذلك شريكا ما لم يقد دليل آخر بالعقد على الشركة». وقد طبقت محكمة التعقيب هذا النص فاعتبرت أن «سائق عربة الأجرة (التاكسي) بنسبة من الأرباح الصافية ليس بشريك بل أجير يخضع في علاقته مع صاحب العربة لمجلة الشغل»⁽³⁾. وبذلك فقد اعتبرت أن ما يسميه الفصل 1250 المذكور «ربحا» إنما هو شكل من أشكال ما يسميه الفصل 6 من

(1) عصام الأحمر: «الدعوى الشغلية من خلال مجلة الشغل وفقه القضاء»، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، طبعة ثانية، تونس 2008، ص. 54 وما يليها.

(2) Youssef KNANI: «Le champ d'application du droit du travail», *Revue Tunisienne de Droit* 1983, p. 594.

(3) قرار تعقيبي مدني عدد 9313 بتاريخ 6 فيفري 1984. نشرة محكمة التعقيب لعام 1984، القسم المدني، الجزء الأول، ص. 11.

مجلة الشغل «أجرا»⁽¹⁾. ومعلوم أن الفصل 6 من مجلة الشغل يجيز أن يكون جزء من الأجر في شكل مناب من الأرباح، غير أنه يوجب أن يرافقه أجر نقدي لا يقل عن الأجر الأدنى المضمون قانوننا⁽²⁾.

الفرع الثالث

الشركة والتناوب أو المهياة

نص الفصل 67 من مجلة الحقوق العينية على صيغة من صيغ استغلال الملك المشاع وتمثل في المهياة *jouissance à tour de rôle*. والمهياة نوعان: مكانية وزمانية، وإنما نص الفصل المذكور على المهياة الزمانية، والتي تتمثل في تقاسم حق استغلال الملك المشترك بالتداول، كل لفترة محددة، مع استفادة ذلك المالك وحده بشمرة نشاطه خلال الفترة المخصصة له وتحمل مخاطرها وخسائرها.

وقد ميّز القضاء التونسي بين الشركة والمهياة فأوضح أن الاتفاق الحاصل بين شخصين على استغلال مخبزة معا بالتناوب خلال فترات معينة بشرط أن يدفع المباشر للتصرف للآخر منحة مالية مقدرة سلفا مع اقتسامهما الدينون المترتبة له أو عليه قبل الحيازة «لا يمكن أن يعتبر شركة، بل يعتبر هذا الاتفاق من نوع خاص بذاته على الانتفاع بأصل تجاري عن طريق الكراء المشترك لاستغلاله من الطرفين دوريا وبصفة فردية على أن عدم تداخل أحدهما في تصرف الآخر مدة استغلاله يدل دلالة قاطعة على انتفاء الشركة من قيام مثل هذا الاتفاق، خاصة أنه لا يمكن لغير المستغل أن يطالب الطرف الآخر المستغل للمخبزة بمساهمة في الأرباح فضلا عن عدم تحمّله بالخسائر في تلك المدة إذ أن حقه يبقى منحصرًا في المنحة المشترطة فحسب»⁽³⁾.

(1) أحمد الورفلي: «توزيع أرباح الشركات التجارية»، ط. المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية 2006، ص. 8، 13 §.

(2) يستتج ذلك من الفصل 135 من مجلة الشغل.

(3) حكم ابتدائي عدد 350 مؤرخ في 11 ماي 1963، مجلة القضاء والتشريع 1965 ص. 107.

ويطرح استغلال الأصل التجاري على وجه المهايأة إشكالا خاصا يتعلق بحداية الغير وخصوصا الدائنين، وينبغي في كل الأحوال أن يقع إشهار نهاية مدة استغلال كل واحد من المالكين المعنيين، وإلا كانا متضامنين في أداء الديون.

الفرع الرابع

الشركة وعقد القرض

يعرّف الفصل 1081 من مجلة الالتزامات والعقود القرض أو عارية الإستهلاك بأنه «عقد على دفع شيء مما يستهلك أو منقول على أن يرجع له المقترض نظير ذلك نوعا وقدرًا ووصفا عند انقضاء الأجل المتفق عليه». ويستتج من ذلك أن المقترض لا يتحمل المخاطر المنجرة عن أوجه استعمال المال من قبل المقترض، سواء كان القرض بفائض أو من دونه. فالمقترض ملتزم بترجيع ما استعاره سواء ربحته تجارته أو خسرت. ويسري ذلك على صورة القرض الرقاعي، الذي هو قرض جماعي يسنده عدد غير محدد سلفًا من الأشخاص لفائدة شركة أسهم على أن ترجع لهم مقداره مع فائض متفق عليه في أجل لا يقل عن خمسة أعوام، فلا يتحمل صاحب الرقعة المخاطرة ولا يتقاسم الربح مع الشركاء. أما الشريك فيتحمل المخاطرة، إذ أن خسارة الشركة تؤدي إلى خسارته لما ساهم به، وإن كان شريكا متضامنا فعليه أن يؤدي ديون الشركة من ماله الخاص.

غير أنه يلاحظ أن عقود الشركات تتضمن أحيانا شرطا يمنح الشركاء حقا في فائض ثابت clause intercalaire ou clause d'intérêt fixe. وقد كان المشرع يقر صحة هذه الشروط في الشركات ذات المسؤولية المحدودة بينما سكت عنها في الشركات الأخرى. وجاءت مجلة الشركات التجارية بإلغاء كل إشارة إلى هذه الشروط، وهو ما يستدل منه على رغبة المشرع في منعها، إذ أن الفائض الثابت يوزع في وجود أرباح أو في مغيها، أي أنه يُقتطع من رأس المال، فيتشكل منه ربح وهمي إن تم توزيعه في فترات الخسارة، وهو أمر منهّي عنه نهيا قطعيا بموجب نص جزائي. وفي كل الأحوال فإن توزيع فائض ثابت يؤول عمليا إلى التخفيض من رأس مال الشركة بإجراءات منحرفة⁽¹⁾، فيعد

(1) Christine-Labastie DAHDOUN et Habib DAHDOUN : « Droit commercial », vol. 2 : « Entreprises sociétaires », tome I : « Règles communes », éd. IHE Editions, Tunis 2003, pp. 174-175.

باطلا. وقد كان المشرع أكثر وضوحا فمنعه في جميع الشركات، بما في ذلك شركة المفاوضة على الرغم من أنها شركة شفافة يكون فيها الشركاء متضامنين في أداء ديون الشركة.

الفرع الخامس

الشركة والمؤسسة

لم يستعمل القانون التونسي مصطلح «المؤسسة» إلا في مواضع معدودة. ويمكن أن نشير هنا إلى مجلة الشغل والقانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أبريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية⁽¹⁾ والتشريع الجبائي. كما تم استعماله في النصوص المتعلقة بالصحة («المؤسسات الصحية») والقانون المتعلق بالمؤسسات والمنشآت العمومية⁽²⁾.

ويمكن بشكل عام القول إن المؤسسة هي مجموعة وسائل الاستغلال، البشرية والمادية، المخصصة والموظفة لتحقيق غاية اقتصادية، بقطع النظر عن الشكل القانوني الذي تصاغ فيه هذه الوحدة الاقتصادية. فيمكن أن تكون مؤسسة فردية لا تتمتع بالإستقلال عن باقي عناصر الذمة المالية لصاحبها ولو قام بتخصيصها لنشاط معين، وبقطع النظر عن «التخصيص الجبائي» الذي تظل آثاره محدودة على حرية المالك في التصرف في ملكه بما يبرر إقرار مبدأ حرية التخصيص في المادة الجبائية⁽³⁾. كما يمكن أيضا أن تتخذ المؤسسة شكل شركة. فالمؤسسة حقيقة اقتصادية بينما الشركة حقيقة قانونية مستقلة بذاتها.

(1) استعمل مصطلح «المؤسسة» في عنوان هذا القانون (القانون عدد 34 لسنة 1995) وفي جل فصوله.

(2) القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في 1 فيفري 1989 المتعلق بالمساهمات والمنشآت والمؤسسات العمومية. تراجع أيضا النصوص المتعلقة بجوانب تهم المؤسسات العمومية كمجلة المحاسبة العمومية...

(3) Maurice COZIAN : « Les grands principes de la fiscalité des entreprises », éd. Litec, Paris 1986, 2è édition, p. 126 : « Doc. 9 : Le principe de la liberté d'affectation comptable ».

التسم الثاني

الشركة وصيغ الشراكة الأخرى

الشركة صيغة من صيغ الشراكة والتعاون، غير أنها ليست الصيغة الوحيدة. فهي تتقارب مع عدة صيغ أخرى وتتمايز مع البعض منها على الرغم من تعدد الأنظمة القانونية.

الفرع الأول

الشركة والقراض

استمد النظام القانوني للقراض من الفقه الإسلامي. وهي صيغة تتموقع بين الشركة والقرض، لكنها تقوم على تقاسم المخاطرة والربح، فهي إلى الشركة أقرب. وقد اختار القانون التونسي الإبقاء على التمييز بين القراض والشركة، فخص القراض، ويسمى أيضا «مضاربة»، بأحكام المقالة الثامنة من الكتاب الثاني من مجلة الالتزامات والعقود (في العقود وشبهها) بينما خصص المقالة التاسعة للشركة. وعرف القراض بأنه «عقد يسلم بموجبه شخص وهو رب المال مبلغا معيناً من المال لشخص آخر وهو العامل على أن يلتزم هذا العامل بالتجارة باسمه وفي حق رب المال على أن يكون له جزء معين شائع من الربح». ومنع الفصل 1200 على رب المال التداخل في إدارة القراض وإلا بطل العقد. «العامل هو المتصرف في مال القراض دون غيره وله وحده أن يباشر سائر الأعمال المتعلقة بتلك الإدارة ولو تجاوز حدودها إذا كان تصرفه بمقتضى الشروط المبينة بالعقد أو بمقتضى عرف التجارة ولا التفات حيثئذ لمعارضة رب المال».

فرب المال، كما هو شأن المقارض بالمال le commanditaire في شركات المقارضة، له صلاحية الرقابة لا غير، أما «العامل» (بغير مفهوم الأجير في قانون الشغل)⁽¹⁾ فهو الذي يقوم بجميع الشؤون بما في ذلك «الإقالة والتأجيل والرد بالعيب والشراء والإيجار والاستئجار نقداً أو نسيئة لا إلى أجل لا يتعامل به التجار وقبول الحوالة في الثمن الذي باع به وتوكيل غيره على ما له مباشرته والرهن والإرتهان والقيام لدى المحاكم فيما يتعلق بالمعاملات التي عقدها طالبا كان أو مطلوباً وتعمير ذمته بالكمبيالات. كل ذلك بقدر ما يلزم لإجراء ما في عهده مع

(1) ويسمى في النص الفرنسي «le gérant».

ما اشترط عليه من القيود». ولا شك أن له صلاحية التعاقد على التحكيم أيضاً، خاصة أنه لا يوجد نص مماثل للفصل 1120 الذي يمنع على الوكيل «التحكيم»، وبالنظر إلى تكييف فقه القضاء للتعاقد على التحكيم على أنه عمل من أعمال التصرف وليس فيه قرينة تنازل عن حق كالصلح.

ويجيز الفصل 1196 من نفس المجلة «أن يكون مال القراض نقداً أو بضاعة أو غير ذلك من الأشياء المنقولة أو دينا على الغير». فلا يمكن أن يكون مال القراض عقاراً، وهو اختلاف غير كاف لبيان حقيقة الفرق بين الشركة والقراض، والأرجح أن القراض من أنواع الشركات، غير أن إدراجه في باب غير باب الشركات (نظم القراض في المقالة الثامنة من الكتاب الثاني من المجلة وعنوانه: «في القراض»، بينما نظمت الشركة في المقالة التاسعة، ولعل في تجاوز أحكامهما حجة إضافية على عسر التفرقة بينهما) يؤكد إصرار المشرع على الفصل بينهما. ويتج عن ذلك أن القراض هو عقد محض، وليست له صبغة مؤسسية (caractère institutionnel) ولا تتولد عنه شخصية قانونية، وبالتالي لا يترتب عنه تكليف شخص ما بالتمثيل القانوني لذات معنوية، فلا يهمل الفصل 107 من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية.

وفي كل الأحوال، فإن النقاش حول وجود الشخصية القانونية للشركة أو للقراض من عدمها لم تكن له أي أهمية عند صدور مجلة الالتزامات والعقود (1906) ولا حتى عند صدور المجلة الجنائية سنة 1913، إذ أن إشكالية الشخصية القانونية لم تكن مطروحة بالحاح في ذلك الوقت، ولو أن الدارسين يستنتجون أنها لم تكن إشكالية خيالية محضة، خاصة أن القانون الشرعي كان يجيز التبرع لفائدة المساجد والزوايا والمدارس القرآنية، وكأنه يقر بذلك بوجود شخصية قانونية لهذه «الهيكل / المؤسسات»، باعتبار أن الهبة عقد، لا ينعقد إلا بين شخصين مستقلين هما الواهب والموهوب له. كما كانت مجلة الالتزامات والعقود تتحدث عن «مركز تجارة أو دار صناعة» (الفصل 620) بصيغة لا تدل حتماً على نفي الشخصية القانونية عنها، ولو أن صفتها كمحل لعقد بيع ترجح النفي.

والرأي لدينا أن القراض إنما هو عين شركة المقارضة التي وردت بها أحكام مجلة الشركات التجارية ولا فرق بينهما إلا في بعض الجزئيات الثانوية. وهي أقرب إلى شركة المقارضة البسيطة منها إلى شركة المقارضة بالأسهم التي تتشابه

إلى حد كبير مع شركات الأموال العصرية وخاصة في ما يهتم حرية تداول أسهم المفارضين بالمال. وفي اتحاد الأصل الإشتقاقي للتسميتين دليل على اتحاد جوهرهما.

الشرع الثاني

الشركة والمؤسسة المشتركة joint venture

يعتبر مفهوم «المؤسسة المشتركة» أحد المفاهيم الأكثر استعمالاً في ميدان الأعمال في العالم، وذلك تحت تأثير الثقافة القانونية الأمريكية. غير أن عدداً قليلاً من التشريعات اختار تأطيره بنصوص تشريعية على غرار ما فعلت الصين وفيتنام. أما في باقي أرجاء العالم فهو مصطلح رائج دون تعريف واضح. والثابت أن المؤسسة المشتركة أو «المغامرة المشتركة» joint venture هي صيغة من صيغ التعاون بين المؤسسات التي غالباً ما تكون من بلدان مختلفة لتحقيق مشروع مشترك وتقاسم أرباحه، وهو ما يجعلها أشبه المفاهيم بمفهوم الشركة⁽¹⁾. ويتم تكوين الكثير من هذه المؤسسات بالإشتراك بين مؤسسات عمومية محلية ومؤسسات أجنبية خاصة، وخضوعاً لتنفيذ عقود لزمة مرافق عمومية، وهو ما يجعلها صيغة من صيغ التعاون الدولي وصيغ الشراكة بين القطاعين الخاص والعام.

ونظر إلى مرونة هذه الآلية وعدم خضوعها إلى قوالب جامدة جاهزة مسبقة فهي تقبل التطوع مع رغبات الأطراف واختياراتهم وتخضع إلى مبدأ سلطان الإرادة⁽²⁾. وكثيراً ما يختار الأطراف إسباغ صفة الشخص المعنوي عليها، فيمكن أن تتخذ شكل شركة أشخاص أو ما يسمى لدى الأمريكيين partnership، وقد تتخذ أيضاً شكل شركة أموال. ويمكن أيضاً أن يختار الأطراف عدم إلباسها جبة الشخص المعنوي، فتظل تقنية تعاقدية صرفة تخضع إلى قوانين الأمن والبوليس أو القوانين ذات التطبيق الضروري في بلد مقرها⁽³⁾ وإلى القواعد التعاقدية باعتبارها شريعة الأطراف، إلى

(1) Cf., Philippe FOUCHARD: Préface de la thèse de Valérie PIRONON: «Les joint ventures. Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale», éd. Dalloz, Paris 2004, p. XIII.

(2) Jean-François RYCK: «Droit des sociétés Interarabes conjointes», éd. Publisud, Paris 1991, p. 169 et ss.

(3) Valérie PIRONON: «Les joint ventures. Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale», éd. Dalloz, Paris 2004, p.163 et

جانب بعض المبادئ أو القواعد المادية الدولية التي تعتبر جزءاً من «قانون التجار» *lex mercatoria* حسب بعض النظريات الفقهية⁽¹⁾.

الشرع الثالث

الشركة وتجمع المصالح الاقتصادية

يعتبر مفهوم «تجمع المصالح الاقتصادية» Groupement d'intérêt économique -GIE- أحد المفاهيم الحديثة الظهور في القانون الفرنسي وفي القوانين المتأثرة به على غرار القانون التونسي والقانون الموحد لبلدان منظمة توحيد قانون الأعمال في إفريقيا OHADA. وهذا التجمع يتمثل في صيغة من صيغ التعاون بين الشركات، غير أنه يتميز عنها من ناحيتين على الأقل:

- فمن ناحية أولى، يغلب أن يكون تجمع المصالح الاقتصادية صيغة لتعاون مؤقت بين شركتين أو مؤسستين فأكثر، لا يتجاوز وجوده بضعة أعوام ولو أن القانون لم يضع له حداً زمنياً بخلاف الشركة التي حدد عمرها الأقصى بتسعة وتسعين عاماً.

- ومن ناحية أخرى فإن تجمع المصالح الاقتصادية لا يهدف إلى تحقيق الربح لأعضائه بل الغاية منه هي تحقيق اقتصاد أو تقليص النفقات، أي التحكم في أعباء أعضائه ومصاريفهم. غير أن توسيع مفهوم الشركة بموجب أحكام الفقرة الأولى من الفصل 2 من مجلة الشركات التجارية أدى إلى تمازج المفهومين وعسر التفرقة بينهما، وهو ما جعل بعض الفقه يعتبر تجمع المصالح الاقتصادية شركة أشخاص لا غير، بينما اعتبره البعض الآخر أقرب إلى الجمعية⁽²⁾.

ss., et p. 408 et ss.

(1) Berthold GOLDMAN: «Frontières du Droit et *lex mercatoria*», Archives de philosophie du Droit 1964, p. 177.

(2) حول هذا التردد في تكييف تجمع المصالح الاقتصادية وتصنيفه، يراجع خصوصاً: مالك الغزواني: «تجمع المصالح الاقتصادية»، ملتقى «مجلة الشركات التجارية»، تونس 5-6 أبريل 2001، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2002، ص. 181.

الشرع الرابع

الشركة وتجمع الشركات

يتميز تجمع الشركات بافتقاره إلى الشخصية القانونية. وهو يشترك في ذلك مع شركة المحاصة. غير أن تجمع الشركات ليس بشركة بل هو مجموعة من الشركات المستقلة قانونا والتي يجمع بينها رابط مالي أو فعلي. فهي تكون مترابطة ماليا إذا كانت لإحدى الشركات مساهمة في رأس مال الشركة أو الشركات الأخرى تمكّنها من السيطرة على سلطة القرار فيها، خاصة إن تجاوزت تلك المساهمة نصف السندات التي تمنح صاحبها حق التصويت، حيث يكون نفوذها عليها قانونيا بحكم أنها تستطيع تمرير القرارات التي تريدها داخل الجلسة العامة بما في ذلك تعيين المسيرين والمراقبين وإنهاء مهامهم. ويكون النفوذ فعليا إذا لم تكن تلك الشركة ماسكة لحقوق تصويت تمنحها الأغلبية في الجلسات العامة للشركة الأخرى غير أنها تتمتع بصفة فعلية بنفوذ تستمد من معطيات واقعية كاتحاد المسيرين أو وجود رابطة اقتصادية قوية تجعل الشركة المتأخرة في الذكر غير قادرة عمليا على الخروج عن سلطة الشركة الأخرى.

الشرع الخامس

الشركة وصيغ الشراكة المستحدثة

أصبحت المؤسسات اليوم تستنبط صيغا للشراكة في ما بينها وتسعى إلى إيجاد صيغ متماشية مع خصوصية حاجياتها وأهدافها، ساعية بذلك إلى الخروج عن الأطر التقليدية، فانتشر استعمال مصطلح «الشراكة» *partenariat* في عديد العقود دون أن تكون كافة تلك الصيغ من قبيل الشركات. من ذلك القضية عدد 15255 الصادر فيها الحكم عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 29 جوان 2000⁽¹⁾ التي تعلقت بعقد مبرم بين شركة فرنسية وأخرى تكونت في ما يبدو بتونس اقتضى أن تشتري الثانية من الأولى معدات صيد مع التزام البائعة بتدريب بعض أعوان الثانية ونقل المعرفة التقنية اللازمة إليهم واتفاق الطرفين على أن لا

(1) غير منشور.

يبيع كل واحد منهما متوجاته في مناطق التدخل الترابي للآخر. وقد استبعدت المحكمة وصف هذا العقد بالشركة.

أما في القضية موضوع القرار التعقيبي المؤرخ في 8 أكتوبر 2007⁽²⁾ فأشارت المحكمة إلى أن العولمة أبرزت أصنافا جديدة من العقود ومنها «عقود الشراكة والتعاون» التي اعتبرتها المحكمة عقودا من نوع خاص وغير مسماة مع أنها مقاربة نسبيا لعقود البيع والإجارة على الخدمة. ويمثل الأمر في تلك القضية في مساهمة شركة فرنسية في تكوين شركة بتونس تتولى تصنيع متوجات تحمل العلامة التجارية للشركة الأولى على أن تقوم ببيع تلك المتوجات للشركة الفرنسية بانفرادها، مما ينشئ حالة من التبعية الاقتصادية بينهما. غير أن المحكمة لم تعتبر هذا العقد أيضا من قبيل الشركة.

المبحث الثاني

التمييز بين الشركة المدنية والشركة التجارية

يشير الفقه إلى أن إحداث الشركات المدنية يكون في الغالب لتسوية بعض المسائل العائلية أو الأمور المتعلقة بإدارة الذمة المالية⁽³⁾. غير أنه يلاحظ أن هذه الشركات تصلح أيضا كإطار لممارسة بعض الأنشطة في إطار لا يتلاءم مع خصوصية النشاط التجاري.

ومن أكثر المسائل تعقيدا مسألة التمييز بين الشركة المدنية والشركة التجارية. فعلى عكس ما قد يعتقده البعض فإن الشركة المدنية تهدف إلى تحقيق الربح، شأنها في ذلك شأن الشركة التجارية، وفي ذلك تختلف كلاهما عن الجمعية.

كما أن التداخل بين الصنفين قائم من الناحيتين الموضوعية والشكلية، ويمكن معاينته من خلال وجود أحكام في مجلة الالتزامات والعقود تسري على

(1) الدائرة المدنية الأولى، قضية عدد 9589 / 9597، كارفور ضد جيتاكس، قرار غير منشور.

(2) Michel BÜHL et Daniel ALVERA : « SCI. Sociétés civiles immobilières. Création. Gestion. Evolution », éd. Delmas, Paris 2004, 9^e édition, p. 9, n° 102.

الشركات التجارية⁽¹⁾، ووجود أحكام في مجلة الشركات التجارية تنطبق على الشركات المدنية. فالأحكام المتعلقة بشركة المفاوضة تسري على الشركات التي يكون موضوعها مدنيا والتي تتخذ هذا الشكل القانوني، وكذلك شأن شركة المحاصة⁽²⁾.

وقد تكون الشركة تجارية بموضوعها أو بشكلها. فإن لم تتخذ الشركة شكلا تجاريا (شركة خفية الاسم - شركة ذات مسؤولية محدودة بنوعها - شركة مقارضة بالأسهم⁽³⁾)، فإنه يُنظر إلى نشاطها. ذلك أن بعض الأنشطة تعد مدنية بطبيعتها، ومنها على وجه الخصوص:

(1) جاء بالقرار التعقيبي المدني عدد 54932 الصادر في 24 أكتوبر 1996 (نشرة محكمة التعقيب لسنة 1996، القسم المدني، الجزء الأول، ص. 48) أن خضوع الشركة التجارية إلى أحكام القانون التجاري لا يحول دون الرجوع إلى مجلة الالتزامات والعقود إذ لم يوجد نص خاص ولم تكن أحكام تلك الشركة متناقضة مع القانون المدني. كما يلاحظ الدارسون أن المشروع الأولي للمجلة المدنية والتجارية الواقع إعداده من قبل لجنة تدوين القوانين التونسية برئاسة دافيد سانتيلانا (*Projet Préliminaire du Code Civil et Commercial Tunisien*, soumis à la Commission de Codification des Lois tunisiennes, David Santillana, Imprimerie Générale, J. Picard et Cie, 1899) بابا لشركة المفاوضة وبابا لشركة المقارضة، غير أن هذين البابين اختفيا من النص النهائي. أنظر: سامي فريخة: «تحديث تشريع الشركات المدنية»، مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، مؤلف جماعي تحت إشراف محمد كمال شرف الدين، ط. مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014، ص. 383 وما يليها. وكذلك:

Mohamed Kamel CHARFEDDINE: «Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du Code tunisien des obligations et des contrats», *Revue internationale de droit comparé*, 1996, vol. 48, n° 2, pp. 421-442.

(2) جاء بالقرار التعقيبي المدني عدد 54932 الصادر في 24 أكتوبر 1996 (نشرة محكمة التعقيب لسنة 1996، القسم المدني، الجزء الأول، ص. 48) أن خضوع الشركة التجارية إلى أحكام القانون التجاري لا يحول دون الرجوع إلى مجلة الالتزامات والعقود إذ لم يوجد نص خاص ولم تكن أحكام تلك الشركة متناقضة مع القانون المدني.

(3) الفصل 7 من مجلة الشركات التجارية. يراجع الحكم الابتدائي عدد 8496 مؤرخ في 27 جويلية 1974، مجلة القضاء والتشريع 1974، ص. 81: «إن صفة التاجر تؤخذ من النوع الذي تنتمي إليه الشركة وكذلك من التسمية أو النشاط التي تقوم به» - المحكمة الابتدائية بتونس، حكم عدد 11046 مؤرخ في 13 جويلية 1978، غير منشور: «اقتضى الفصل 15 من المجلة التجارية أن شركات المساهمة لها صفة التاجر [وإن المدعى عليها هي شركة خفية الاسم وبالتالي فهي شركة مساهمة وبذلك كانت لها صفة التاجر].»

- المهن الحرة، كمهن المحامين والأطباء وعدول التنفيذ والخبراء المحاسبين والمحاسبين والمستشارين الجبائين وعدول الإشهاد...⁽¹⁾ فإذا كَوّن هؤلاء المهنيون شركة مهنية وكان القانون غير مانع لذلك فهذه الشركة مدنية بطبيعتها، إلا إذا اختار أصحابها لها شكلا تجاريا.

- الأنشطة العقارية: فالمعاملات العقارية مدنية بحكم طبيعتها. غير أنه يتجه التذكير بأن نشاط المضاربة العقارية بوجه عام (شراء العقارات لغاية بيعها أو كرائها على وجه المهنة والإحتراف) يعد نشاطا تجاريا بطبيعته ويسمى ممارسه *marchand de biens*.

- الأنشطة الفلاحية: فالفلاحة مقصاة من مفهوم التجارة بصريح نص الفصل 2 من المجلة التجارية. ومن ثمة فإن الشركات الفلاحية (شركات المزارعة والمساقاة والمغارس وشركة الحيوان) تعد جميعها شركات مدنية. غير أنه تجدر الإشارة إلى أن القانون عدد 43 لسنة 1989 المؤرخ في 8 مارس 1989 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة الفلاحية من طرف الشركات خفية الاسم اقتضى فصله الثاني أن أحكام المجلة التجارية (التي عوضتها مجلة الشركات التجارية) تنطبق على هذه الشركات الفلاحية. والعلّة في ذلك أن هذه الشركات تجارية حسب الشكل، وهو ما يجعلها مشمولة بأحكام القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أبريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية⁽²⁾.

ومن أهم المسائل التي تستثير النقاش حول هذه التفرقة مسألة تمتع الشركة المدنية بالشخصية القانونية من عدمها. ففقه القضاء القديم يعتبر الشركة المدنية مجردة من الشخصية القانونية خلافا للشركة التجارية، فورد في حكم قديم أن «اتفاقات الأشخاص يجب أن تكون في نطاق الإطار العام الذي حدده القانون

(1) قرار استئنافي عدد 24742 مؤرخ في 3 مارس 1965 القضاء والتشريع 1969 ص 325: «شركة المؤلفين والملحنين وناشري الأغاني هي من باب الشركة المدنية وليست بجمعية نظرا لتوفر أركان تلك الشركة إذ الغرض من تأسيسها هو توزيع المعاليم الراجعة لكل مؤلف أو ملحن مع تخصيص جزء منها لحماية مصالحهم المادية والأدبية وهذا يدل عليه أولا الاشتراك، ثانيا دفع كل منخرط جديد للشركة مبلغا من المال وتنازله عن مبلغ آخر لبقائتها - وهذه هي الحصص -، ثالثا توفير الأرباح لفائدة جميع المنخرطين مع مساهمتهم في تحمّل الخسائر».

(2) الفصل 3 جديد من قانون 17 أبريل 1995.

وبذلك فإن اتفاق الشركاء على اعتبار الشركة المدنية متمتعة بالشخصية المعنوية يتنافى مع مبادئ القانون العام⁽¹⁾.

غير أن الفقه التونسي لم يبد اقتناعاً بهذا التحليل، فلاحظ الأستاذان محمد العربي هاشم وفاروق المشري أن عدداً من التشريعات الحديثة مثل القانون المتعلق بأولوية الشراء والقانون المتعلق بالشركات المهنية للمحامين أقر صراحة بوجود شخصية معنوية تسبغ على الشركات المدنية⁽²⁾. كما تحول فقه القضاء التونسي نحو هذا الموقف⁽³⁾.

والشركات المنصوص عليها بمجلة الشركات التجارية ليست جميعاً من الشركات التجارية بحكم القانون. فالشركات التجارية حسب شكلها sociétés commerciales par la forme حسب الفصل 7 من مجلة الشركات التجارية هي الشركة خفية الاسم والشركة ذات المسؤولية المحدودة بنوعيهما وشركة المقارضة بالأسهم. ويؤدي الإقرار بالصيغة التجارية لهذه الشركات إلى جعل جميع الأعمال الصادرة عنها تجارية بحكم القانون⁽⁴⁾.

(1) المحكمة الابتدائية بتونس، حكم ابتدائي مدني عدد 8669 بتاريخ 15 جويلية 1967، مجلة القضاء والتشريع 1969، عدد 6 و 7، ص. 404. بالمقابل، في فقه القضاء الفرنسي، يراجع الموقف المعاكس:

Cass. 2^e civ., 28 janv. 1954, Dalloz 1954, 2, 217, note LEVASSEUR: «La personnalité morale n'est pas une création de la Loi : elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés». Voir également, Cass. soc., 23 janv. 1990, n°86-14.947 ; Jurisclasseur Périodique, éd. G, 1990, II, 21529, note M. NEVOT, concernant les comités de groupes.

(2) Mohamed Larbi HACHEM et Farouk MECHRI: «Droit aux vacances et vacances du droit: l'évolution du droit autorise-t-elle l'introduction de la multipropriété?», Revue Tunisienne de Droit, 1983, p. 543.

(3) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 54742 بتاريخ 2 مارس 1983، غير منشور. أنظر: محمد كمال شرف الدين: «قانون مدني. النظرية العامة - الأشخاص - إثبات الحقوق»، نشر المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس 2002، ص. 234، هامش عدد 172.

(4) Appel Paris, 1^{er} février 1936, Soc. Foncière Laffitte-Rossini c/ Omnès et qualités, Dalloz Périodique 1936, p. 73, note Maurice PICARD ; Cass. com. 14 fév. 1956, Dame Valette c/ Lardeau et Soc. Beau-Rivage, Jurisclasseur Périodique 1956.II.9375, note J.-G.L., les deux annotés par Jean SCHMIDT in « Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale », tome I, par Roger HOUIN et Bernard BOULOC, éd. Sirey, Paris 1976, 2^e édition, p. 44 et ss.

وتستثنى من الأعمال التجارية بحكم القانون العمليات العقارية من بيع وكراء⁽¹⁾، التي لا تنعكس عليها الطبيعة التجارية الشكلية التي تنطبع بها الذات المعنوية⁽²⁾.

وبالمقابل فإن شركة المفاوضة وشركة المقارضة البسيطة ليستا تجاريتين بحكم الشكل، فلا تسبغ عليهما الصفة التجارية إلا إذا كان موضوعهما تجارياً. وفي غير ذلك من الصور فهي شركات مدنية على الرغم من خضوعها إلى أحكام قانونية مدرجة في مجلة الشركات التجارية.

(1) محكمة التعقيب، قرار عدد 41707 بتاريخ 28 فيفري 1994، مجلة القضاء والتشريع، أبريل 1995، ص. 77، وكذلك قرارها المؤرخ في 8 جانفي 1998، نشرة محكمة التعقيب لسنة 1998، القسم المدني، الجزء الثاني، ص. 186، وكذلك مجلة القضاء والتشريع، فيفري 2002، عدد خاص «جباية»، ص. 133، وكلاهما صادر برئاسة السيد الباشا البجار - يراجع: أحمد الورفلي: «هل يخضع كراء العقارات ذات الاستعمال التجاري إلى الأداء على القيمة المضافة؟»، ضمن كتاب «دراسات في القانون الجبائي»، نشر مجمع الأطرش لتوزيع الكتاب المختص، تونس 2007، ص. 205.

(2) يلاحظ أن القرارين القضائيين الفرنسيين المذكورين بالهامش قبل السابق اعتبر أن كراء العقارات يعد تجارياً بحكم شكل الشركة، بخلاف بيعها. أما محكمة التعقيب التونسية فاعتبرت في قراراتها المشار إليهما بالهامش السابق كراء العقارات بدوره مدنياً بحكم طبيعته.

الباب الثاني:

عقد الشركة

العقد التأسيسي هو «دستور» الشركة، وهو ما جعل الإنكليز يسمونه «the constitution». ويسمى أيضا «القانون الأساسي». وربما كان مراد ذلك أنه يقوم مقام القانون بين أطرافه⁽¹⁾ عملا بأحكام الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود. كما أن هذا المصطلح يترجم كلمة «statuts» الفرنسية، التي توحى بأحد أهم مبادئ قانون الشركات «العصرية» وهو اعتبار الشريك العادي في وضعية «قانونية» أو «نظامية» statutaire أكثر من كونه في وضعية تعاقدية⁽²⁾.

وتشترط في كافة أطراف عقد الشركة الأهلية. وفي هذا الإطار نص الفصل 15 من مجلة الالتزامات والعقود على أن التعاقد على تكوين شركة في حق القاصر أو من قبل من يدير مال غيره بوجه عام (كمستبر ذات معنوية) يشترط فيه الحصول على إذن خاص من القاضي المختص ولا يعطى الإذن المذكور إلا عند الضرورة وللمصلحة الواضحة للمعني بالأمر⁽³⁾. ذلك أن إبرام شركة فيه

(1) جاء في القرار التعقيبي عدد 38119 المؤرخ في 10/11/1994- مجلة القضاء والتشريع عدد 4 لعام 1995، ص. 86، أن «القانون الأساسي للشركة هو بمثابة العقد الجماعي بينها وبين أعوانها على معنى الفقرة الثانية من الفصل 31 من مجلة الشغل وهو ليس بالنص الترتيبي فضلا على أن يكون نصا تشريعيًا... إن الاحتجاج بتوازي الإجراءات الشكلية لا محل له في العلاقة التعاقدية بين الشركة وأحد أعوانها لأن الذي يربطهما عقد مدني لا إداري باعتبار أن تلك الشركة وإن كانت مؤسسة عمومية إلا أنها ليست ذات صبغة إدارية». وهذا القرار يتعلق بمؤسسة عمومية فلا يمكن القياس عليه بالنسبة للشركات «الخاصة» حيث لا يصح مطلقا القول إن عقد الشركة يمكن أن يلزم الغير، بما في ذلك أجير تلك الشركة الذي يعد غيرا أجنبيا عن ذلك العقد، فلا ينجر له منه نفع ولا ضرر (الفصل 240 من مجلة الالتزامات والعقود).

(2) يلاحظ الفقه الحديث أن واقعية الفكر القانوني الأمريكي أدت إلى الإقرار بأن الشركة لا تتمثل في الواقع في رابطة تعاقدية تربط الشركاء بعضهم ببعض بقدر ما تتمثل في عقد إذعان يعرضه المسIRON أو المؤسسون على العموم للالتزامات تحتها. أنظر:

Antonio GAMBARO, *op. cit.*, p. 24.

(3) قرار تعقيبي عدد 31570 صادر في 21 مارس 2000، فقه قضاء المحكمة الإدارية، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، 2000، ص. 549: «إن العقد الواقع

مخاطرة واستعداد لتحمل الخسائر ولو في حدود معينة⁽¹⁾. وي طرح هذا النص إشكالا بالنسبة للدخول في شركة في حق شركة أخرى، إذ أن هذا النص يسوي بينها وبين القاصر فيشترط إذن القاضي حال أن الهيكل صاحب السيادة في الشركة هي الجلسة العامة للشركاء التي يحق لها أن تأذن للمسير باقتناء مساهمة في شركة دون حاجة للرجوع إلى القاضي. فهذا النص صيغ على مقياس القاصر أو الدوات المعنوية المعروفة في أوائل القرن العشرين (1906) لما تم سن مجلة الالتزامات والعقود حيث لم يكن القانون التونسي يعترف للشركة بالشخصية القانونية بينما كان يقر بها للمساجد والهيئات الخيرية والأوقاف. كما أن الفصل 200 من مجلة الشركات التجارية الذي ضبط قائمة العمليات الممنوعة والعمليات المنظمة في الشركة خفية الاسم لم يذكر هذه العملية مطلقا وإنما اعتبرها عملية عادية تخضع مبدئيا لتقدير المسير الذي يفترض أن يأخذ بشأنها موافقة مجلس الإدارة ويمكن أن يرفع الأمر إلى الجلسة العامة خاصة إن كان للمساهمة تأثير مالي كبير على الشركة أو إذا نص العقد التأسيسي على ذلك.

كما يشترط لإبرام عقد الشركة تراضي أطرافه. فالشركة حتى وإن اكتست لاحقا صبغة تعاقدية إنما تنشأ بموجب عقد، والعقد جوهره وروحه التراضي. غير أنه يلاحظ أن بعض ضروب الشركات تنشأ دون تراض حقيقي أو بموجب واقعة قانونية. فالشركة الناشئة فعليا *société créée de fait* تنشأ عن أمر لا يقره الشركاء وخصوصا وفاة المورث المالك لمحل تجاري، حيث يصبح الورثة شركاء من حيث لا يحتسبون.

ويمكن أن نقيس على ذلك صورة الفصل 15 من المرسوم عدد 9 لسنة 1985 المؤرخ في 14 سبتمبر 1985 المتعلق بسن أحكام خاصة تهم البحث عن المواد الهيدروكربونية السائلة والغازية وانتاجها، والمصادق عليه بالقانون عدد 93 لسنة 1985 المؤرخ في 22 نوفمبر 1985، والذي يقتضي أنه إذا منحت الدولة التونسية رخصة تنقيب عن المحروقات على إقليمها وعثر صاحب الرخصة على كميات من النفط وشرع في استغلالها بموجب رخصة (لزمة) فإن الدولة يحق لها

اعتماده في توظيف الأداء يعتبر قرينة واقعية وقانونية سليمة ما لم يدل المعقب بما يدحضها أو بما يثبت الشطط في توظيف الأداء، كما أن صفته كتلميذ لا تحول دون خضوعه للأداء طالما ثبت شراؤه لحصص في شركة وهو ما لم ينفه تبريره دون جدوى⁽²⁾.

(1) الفصل 15 من مجلة الالتزامات والعقود كما نفع بموجب الأمر العلي المؤرخ في 3 أوت 1956.

أن تقرر بإرادتها المنفردة أن تتحول إلى شريك في الاستغلال وذلك عبر تعيين مؤسسة تملكها الدولة لتقوم باقتناء نسبة من رأس مال الشركة المستغلة للمشروع في حدود 20 بالمائة. وعلى الدولة أو المؤسسة التي تعينها في هذه الحالة أن تدفع مساهمتها في المصاريف التي سبق للشركاء الآخرين تحملها والتي لم يقع استهلاكها في تاريخ الإعلام بالمساهمة من قبل المؤسسة التونسية.

ولا يمنع ذلك الدولة أو مؤسساتها من أن تشتري نسبة أخرى من رأس المال بالصيغ المألوفة، أي بالشراء أو المعاوضة برضا المساهم الأصلي.

ويحرر عقد الشركة من قبل الشركاء أنفسهم أو بواسطة أي شخص يختارونه أو يكلفونه بذلك سواء كان محترفا متخصصا (كالمحامي) أو غير متخصص (كالخبير المحاسب أو المحاسب أو كاتب عمومي...) أو غيرهم جميعا. وفي التطبيق، يغلب استعمال نماذج العقود التأسيسية التي ظل الكثر منها متوارثا منذ عشرات السنين، حتى إن بعض النماذج المأخوذة عن التطبيق الفرنسي تضع شروطا تمنح الاختصاص القضائي للنظر في النزاعات إلى «المحاكم التجارية».

غير أن تحرير عقد الشركة ينبغي أن يتولاها محام أو عدل إلهاد أو غيرهم من محرري العقود العقارية إذا كانت من بين المساهمات مساهمة بعقار مسجل أو بأصل تجاري. وفي هذا الصدد ينص الفصل 2 من المرسوم عدد 79 لسنة 2011 المؤرخ في 20 أوت 2011 المتعلق بمهنة المحاماة في فقراته الثانية والثالثة والرابعة على أن «[...] يختص [المحامي] دون غيره بتحرير عقود تأسيس الشركات أو الترفيع أو التخفيض في رأسمالها كلما تعلق الأمر بمساهمة بأصل تجاري.

كما يختص بتحرير العقود والاتفاقات الناقلة للملكية العقارية وبإعقود المساهمات العينية في رأسمال الشركات التجارية، كل ذلك دون المساس بما أجازته القانون لعدول الإلهاد وللمحرري العقود التابعين لإدارة الملكية العقارية. وتعد الأعمال المنجزة من قبل غير من ذكر باطلة بطلانا مطلقا⁽³⁾.

ويقصر دور كاتب السجل التجاري في القانون التونسي على تلقي العقود التأسيسية وإيداعها لديه والإحتفاظ بنسخ منها ووضعها على ذمة الكافة، بخلاف عدة أنظمة مقارنة، حيث يتمتع المكلف بالتسجيل *registrar of companies* بصلاحيّة مراقبة مضمون العقد التأسيسي. فحسب المادة 12(4) من قانون

الشركات الخاص بمركز دبي المالي العالمي *Dubai International Financial Centre - DIFC* ينبغي على كل الشركات ذات المسؤولية المحدودة أن تعتمد عقدا تأسيسيا أنه وذجيا، فإن اختارت صياغة عقدها التأسيسي دون اتباع ذلك النموذج يجب على المكلف بالتسجيل أن يطلب رأي خبير خارجي في القانون حول مدى مطابقتها للقانون. وتسري هذه القاعدة على كافة التعديلات اللاحقة التي تطرأ على العقد التأسيسي عملا بالمادة 12(5) من نفس القانون. وتكون تكاليف الاستشارة القانونية على عاتق الشركة.

القسم الأول

الشروط المتعلقة بأطراف عقد الشركة (الشركاء)

الشركة في مبدئها عقد، ينبرم طبعاً بين عدد من الأشخاص القانونيين بناء على التراضي بينهم. وتتضمن مجلة الشركات التجارية شروطاً خاصة بالشركاء تضاف إلى ما تشترطه مجلة الالتزامات والعقود.

القسم الأول

ينص الفصل 1251 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه «لا يجوز عقد الشركة بين من يأتي ذكرهم :

أولاً: بين الوالد وولده الذي تحت ولايته؛

ثانياً: بين الوصي والموصى عليه إلا بعد رشده وتقديم حساب الولي وإمضائه إمضاء باتاً؛

ثالثاً: بين المقدم ومن هو لنظره أو بين ناظر جهة خيرية والذات المعنية المكلف بتعاطي أمورها.

ومجرد إذن الوالد أو الولي لمحجوره في التجارة لا يصيره أهلاً لعقد الشركة».

وتقوم هذه الأحكام على هدف منع من له سلطة على أموال الغير وعلى ذاته من الاستفادة من تلك السلطة لإبرام شركة تختلط فيها الحسابات وتلتبس الأمور فيسهل الاستيلاء على أموال الطرف الضعيف. وكان من الممكن أن يمتد المنع إلى المصفي وأمين الفلسة والمؤتمن العدلي بمنعهم من إبرام عقد شركة مع الشركاء في التركة أو الشركة الخاضعة لسلطتهم، على غرار ما تقرّر بالنسبة للبيع⁽¹⁾.

القسم الثاني

المبدأ في القانون أن العقود تبرم بين شخصين على الأقل⁽²⁾، إذ لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه، وهو المبدأ الذي كان مكرساً في المجلة التجارية. إلا أن مجلة الشركات التجارية، اقتداء بالقوانين الأوروبية (ألمانيا، اللكسمبورغ، فرنسا)، أوردت استثناءين على الأقل لهذا المبدأ : الأول يتعلق بشركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة التي تنشأ بإرادة شخص واحد طبقاً لأحكام الفصل 22 من مجلة الالتزامات والعقود، والثاني يتعلق بالشركة خفية الاسم التي تنشأ وجوباً بإرادة سبع شركاء على الأقل. كما نشير إلى الاستثناء المتعلق بشركات المقارضة، وخصوصاً شركة المقارضة بالأسهم، التي يتطلب تأسيسها تلاقياً لإرادة أربعة أشخاص على الأقل، منهم ثلاثة مقارضين بالمال. أما شركة المقارضة البسيطة فقد كان الفصل 67 من مجلة الشركات التجارية في صيغته الأولى ينص على قاعدة «شاذة» في قانون الشركات تقتضي أنها تتكون من شريكين إثنيين مقارضين بالمال *commanditaires* وشريكين إثنيين مقارضين بالعمل *commandités*، قبل أن يتم تعديل هذا الفصل لإرجاع الأمور إلى نصابها وذلك بإقرار إمكانية تكوينها من قبل شريك واحد من كل صنف، أي من قبل شخصين فحسب.

(1) الفصل 568 من مجلة الالتزامات والعقود.

(2) ماجدة بن جعفر: «تعدد الشركاء في الشركات التجارية وتجمع المصالح الاقتصادية»، أعمال ملتقى «مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005»، تونس 3 و4 فيفري 2006، ط. مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2006، ص. 41.

وجدير بالإشارة أيضا أن القانون الفرنسي يجيز تكوين شركة أسهم من قبل شريك واحد وهي «شركة الشخص الواحد الخفية الاسم المبسطة» *société anonyme simplifiée unipersonnelle (SASU)*⁽¹⁾.

ومؤدى ذلك أن شرط تعدد الشركاء الذي كان يعتبر من أهم نوابت قانون الشركات أخذ في التآكل، وزال بذلك الفارق الأساسي الذي كان يميز الشركة عن المؤسسة الفردية.

الدراسة القانونية

الشروط المتعلقة بالشركة ذاتها

علاوة على الشروط الخاصة بالشركاء، يشترط لقيام عقد الشركة قانونا أن يكون للعقد سبب جائز. والسبب الجائز لعقد الشركة هو الهدف من إبرامه، وهو البحث عن تحقيق الربح أو الاقتصاد في النفقات (القسم الأول). أما موضوع الشركة فيتمثل في ممارسة نشاط معين، بحسب ما يريده الشركاء. لكن، نظرا إلى غياب الخصوصية في هذا العنصر في مجال الشركات، لن نفرده بقسم خاص، خلافا لمدة الشركة، حيث إنه في إطار توجه عام مناهض للعقود الأبدية، أقرت مجلة الشركات التجارية تحديد مدة الشركة بأمد أقصى، ما لم يتم الاتفاق على خلافه (القسم الثاني). ومع أن عقد الشركة ليس بالعقد الشكلي كالعقد العقاري، فإن ذلك لا ينفي وجوب تحرير كتب حتى يتسنى إتمام موجبات الإشهار. وهذا الكتب يمكن إتمامه أو تفصيله أو الاتفاق على ترتيبات خاصة غير مناقضة له في عقد «مواز» (القسم الثالث).

(1) انتقد بعض المهتمين الترسين تمسك المشرع التونسي باشتراط تعدد الشركاء في الشركات خفية الاسم في حين أن الواقع أفرز عديد الحالات التي يقوم فيها شخص بتكوين شركة يملك 99 بالمائة من رأس مالها مع توزيع الباقي على أفراد عائلته. أنظر مثلا :

Adel KAANICHE : « Réflexion sur le Code des Sociétés Commerciales », *Réalités*, n° 15 du 21 mars 2001, p. 28.

القسم الأول

يتمثل سبب العقد المنشئ للشركة في تحقيق الأرباح وتقاسمها، مع ما يترتب عن ذلك من ضرورة تحمل الجميع للخسارة إن حلت. وفي صورة عدم توفر هذا العنصر، لا يعد العقد باطلا بل يقع تصحيح تكييفه، والأغلب أن يعتبر عقد تكوين جمعية أو هبة. وقد أضاف الفصل 2 من مجلة الشركات التجارية إلى معيار الربح معيارا جديدا يتمثل في تحقيق الاقتصاد *économies* وتفاذي النفقات.

القسم الثاني

أدخلت مجلة الشركات التجارية تعديلا ذا أهمية لا يمكن قياسها في ما يتعلق بمدة الشركة. فلتن تطابقت أحكامها مع التشريع السابق الذي يوجب ذكر مدة الشركة في العقد التأسيسي، فقد نصت أيضا على أن مدة الشركة ينبغي أن لا تتجاوز التسعة وتسعين (99) عاما. وهي قاعدة مستوحاة من القانون الفرنسي الذي كرسها في إطار نظرة عامة مستمدة من روح الثورة الفرنسية التي قاومت العبودية بأشكالها المختلفة ومنها اتخاذ الالتزامات الأبدية أو غير المحددة زمنا، وهو ما جعل القانون الفرنسي يرفض منذ سنة 1789 كل الصيغ التعاقدية المؤبدة.

كما ارتبط تحديد مدة الشركة في القرن التاسع عشر بمدة اللزمات التي تحصلت عليها الشركات الكبرى حيث كانت تتعاقد مع الدول على الحصول على لزمات استغلال مرافق عمومية لمدة 99 سنة، فيتم إحداث شركة لنفس المدة.

وتأثر القانون التونسي بهذا التوجه فألغيت لذلك السبب مؤسسات قانونية عريقة كالأكبرية المؤبدة المسماة بالإنزال والكردار كما تم وضع حد زمني لعقد الشركة مع جواز التمديد فيه باتفاق الشركاء. غير أن الاتفاق الصريح ينبغي حسب منطوق الفصل 8 من مجلة الشركات التجارية أن يحصل عند نهاية الأمد الأصلي لا عند إبرام العقد الأصلي. وعلى كل حال فإن الأمر يبدو لنا متعلقا بقاعدة لا تهم النظام العام لأن القانون التونسي تكونت لديه «عقدة» مصطنعة

تجاه العقود المؤبدة تحت تأثير عدوى القانون الفرنسي لا بسبب الإقتناع بأن في الأمر مخالفة للخيارات الأساسية للنظام القانوني ككل.

ومن ناحية أخرى فإن مدة الشركة يمكن تحديدها بطريقة أخرى تتمثل في ربطها بتحقيق واقعة معينة كالإنهاء من إنجاز مشروع محدد. وجدير بالإشارة أنه عملاً بأحكام الفصل 1321 من مجلة الالتزامات والعقود، إذا حل الأجل التعاقدى واستمر الشركاء على الشركة عد ذلك تجديداً ضمناً عاماً بعام.

التسم الثالث

الأصل في عقد الشركة أنه عقد رضائي. وخير برهان على ذلك شركة المحاصة، التي لا يشترط لإحداثها كتب ولا شكل مخصوص. أما بقية الشركات فإن خضوعها إلى إجراءات الإشهار يستوجب تحرير كتب ليتسنى القيام بالإشهارات القانونية اللازمة (الفرع الأول). وتطرح الاتفاقيات الموازية إشكالات جوهرية أكثر مما تطرحه من المسائل الشكلية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

يجب أن يبرم عقد الشركة كتابة، إلا في ما يتعلق بشركة المحاصة التي يمكن إنشاؤها بمجرد اتفاق شفاهي. ويمكن أن يكون الكتب خطياً محرراً من قبل أي شخص كان، إلا إذا تعلق الأمر بشركة وقعت المساهمة في رأس مالها بعقار مسجل، حيث يجب تحرير كتب رسمي بواسطة أحد الأشخاص الذين خول لهم القانون تحرير العقود العقارية، وهم : المحامون غير المتمرنين، وعدول الإشهاد وحافظ الملكية العقارية. وإذا لم يحرر العقد من قبل أحد هؤلاء فإنه يكون باطلاً.

وبموجب إتمام أحكام المجلة التجارية بمقتضى القانون عدد 31 لسنة 2003 المؤرخ في 28 أبريل 2003، أضيف فصل 189 مكرر إلى هذه المجلة يقتضي أن العقود المتعلقة بالأصل التجاري ينبغي تحريرها بواسطة محام مباشر من غير المتمرنين باستثناء العقود التي تبرمها الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات

العمومية ذات الصبغة الإدارية... ويشمل ذلك دون شك عقود المساهمة العينية في تكوين الشركات مهما كانت قيمة الأصل التجاري أو قيمة رأس المال.

وسواء تعلق الأمر بمساهمة عينية بأصل تجاري أو بعقار مسجل، ينبغي على محرر العقد أن يطلع على السجل العيني وأن يتحقق من قابلية العملية للتسجيل بالسجل وخلوه من الموانع القانونية، تحت مسؤوليته الشخصية، دون أن تكون الشروط التي تعفيه من المسؤولية فاعلة.

الفرع الثاني

عقد الشركة والاتفاقيات الموازية

يقتضي الفصل 26 من مجلة الالتزامات والعقود أن «الحجج الناقضة للعقود ونحوها من المكاتيب السرية لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم ولا يحتج بها على الغير ما لم يعلم بها ومن يصير إليه حق في المتعاقدين أو يخلفهم بصفة خاصة يعد كالغير على معنى هذا الفصل».

ويتعلق هذا الفصل بتقنية تسمى في القانون المدني «التوليج» وتسمى بالفرنسية simulation ou contre-lettres. وفي قانون الشركات يطرح التساؤل عن مدى جواز تطبيق هذا النص على الاتفاقيات السرية التي يبرمها بعض الشركاء في ما بينهم والتي تتضمن حقوقاً والتزامات مغايرة لما ينص عليه العقد التأسيسي. ويسمى الفقه هذه الاتفاقيات «اتفاقيات الشركاء» pactes d'associés وهي مستعملة خصوصاً في الشركات خفية الاسم ولذلك فإن المصطلح الراجح اليوم هو «shareholders' agreement».

وقد كان المشرع التونسي يتوخى موقفاً متشدداً إزاء هذه الاتفاقيات، زادت شدته في الترجمة الفرنسية للفصل 3 من مجلة الشركات التجارية. فقد نصت الفقرة الثالثة من هذا الفصل في صيغته العربية على ما يلي: «ولا تقبل فيما بين الشركاء أية حجة لمعارضة ما تضمنه عقد الشركة». غير أن ترجمة هذه الفقرة وردت كما يلي: «Entre associés, aucun moyen de preuve n'est admis contre et outre le contenu de l'acte de société». وتضيف هذه الترجمة إلى الأصل العربي منع الاتفاقيات المبرمة «خارج» العقد التأسيسي⁽¹⁾.

(1) يلاحظ أيضاً أن الترجمة إلى الفرنسية تضمنت خطأ يتمثل في تقسيم الفقرة الأولى إلى فقرتين، وهو ما يستوجب تصحيح هذا الخطأ بضم الفقرتين الأولى من الصيغة الفرنسية

وبالمقابل، ظل التطبيق في تونس كما في باقي بلدان العالم بعيدا عن مقتضيات هذا النص، إذ أن العديد من الشركات تبرم بشأنها اتفاقات بين الشركاء، تتعلق بعدة مسائل، عدد منها الفقهاء الأصناف التالية:

- الاتفاقات المتعلقة بوضعية الشركاء: ومنها الاتفاقات المتعلقة باكتساب صفة الشريك وخاصة بالسيطرة على الشركة والاتفاقات المتعلقة بالتزامات الشركاء وحقوقهم سواء كانت مبرمة مع الشركة أو بين الشركاء أو حتى بين الشركاء والغير، والاتفاقات المتعلقة بفقدان صفة الشريك أو بالخروج من الشركة (مثل شرط «إشتر أو بيع» *buy or sell clauses* وإعارة الأسهم وكراؤها).

- الاتفاقات المتعلقة بوضعية المسيرين: وتشمل خصوصا كل اتفاق حول وضعية المسيرين والرامية مثلا إلى ضمان استمرارهم في مهامهم أو تيسير عزلهم أو حتى الاتفاقات على عدم تولي مناصب التسيير من قبل شركاء معينين، والاتفاقات المتعلقة بصلاحيات المسيرين وخاصة بالحد منها.

- الاتفاقات المتعلقة بوضعية الشركة: ومنها ما يبرم في طور التأسيس ومنها أيضا ما يبرم في قائم حياة الشركة وخصوصا اتفاقيات التصويت (التحالف في التصويت) واتفاقيات التمويل وخصوصا الاتفاقات على ترفيع رأس مال الشركة واتفاقات الحساب الجاري للشركاء. ويقع أيضا أن تبرم اتفاقيات في طور التصفية كالاتفاق على أن تؤول أموال أو أعيان معينة إلى شخص معين بعد انتهاء حياة الشركة واستنضاض باقي أموالها⁽¹⁾.

ويلاحظ أن القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في أول فيفري 1989 هو أول نص تشريعي يقر صحة اتفاقات الشركاء صراحة، حيث أضيف إليه الفصل 33-33 سادسا بمقتضى القانون عدد 102 لسنة 1994 المؤرخ في أول أوت 1994 الذي اقتضى أنه «يقطع النظر عن أحكام الفقرة 2 من الفصل 94 من المجلة التجارية يمكن لحاملي الأسهم المقتناة في إطار بيع كل أسهم عن طريق طلب

حتى يؤدي تعديل الفصل 3 بموجب الفصل الأول من قانون 16 مارس 2009 معنى منطقيا.

(1) Yves GUYON: «*Traité des contrats. Les sociétés – Aménagements statutaires et conventions entre associés*», sous la direction de Jacques GHESTIN, éd. LGDJ, Paris 1995, 2^e édition, pp. 273 et ss.

عروض وفق كراس شروط [في إطار إعادة هيكلة منشأة عمومية] أن يبرموا فيما بينهم ميثاقا (pacte) يهدف إلى تكريس التعاون الفعلي لتحقيق الالتزامات المنصوص عليها ضمن كراس الشروط.

وأمام التشدد الواضح في التشريع التونسي⁽¹⁾، جاء القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 بتعديل الفصل 3 في فقرته الثالثة بأن عكس المبدأ واقتضى أن الأصل هو صحة اتفاقات الشركاء مع وضع حد لهذا المبدأ⁽²⁾. وجاء في شرح أسباب القانون المذكور ما يلي:

«ثانيا: تحسين مناخ الإستثمار: ... I- إضفاء المرونة على بعض القواعد الصارمة:

- 1 إقرار جواز اتفاقيات الشركاء المبرمة خارج العقد التأسيسي:

في ما يتعلق بنظام اتفاقيات الشركاء المبرمة خارج العقد التأسيسي، يتضمن القانون الحالي لبسا في مدى المعارضة بها وحتى صحتها وذلك بالرغم من وجودها في التطبيق. لذا يهدف المشروع إلى التخفيف من مبدأ منع إثبات أي اتفاق خارج العقد التأسيسي أو مخالف له، وذلك بالتنصيص على أن هذه الاتفاقات تكون صحيحة وملزمة لأطرافها إذا اقتضت على تنظيم الحقوق الخاصة بهم ولم تتعارض مع مقتضيات العقد التأسيسي.

غير أن مرونة نظام اتفاقات الشركاء ينبغي أن لا تمس بحقوق الشركاء الذين لم يشتركوا فيها ولا بقواعد سير السوق المالية. ولذلك يقترح المشروع وضع بعض القيود على بعض أصناف الاتفاقات وخاصة منها الاتفاقات المتعلقة بمنح شروط تفضيلية لبيع الأسهم وغيرها من الأوراق المالية التي تمنح مالكةا مساهمة في رأس المال أو شرائها حيث يقترح إقرار وجوبية توجيه إعلام بها إلى الشركة المعنية وإلى هيئة السوق المالية التي تقرر أوجه إعلام العموم بها حماية للسوق المالية. وفي صورة عدم إحترام هذه الإجراءات تفقد هذه الاتفاقات كل أثر تجاه الغير وحتى بين أطرافها.

(1) الفصل 3 من مجلة الشركات التجارية في صيغته الأولى.

(2) أنظر خصوصا: فريد القتي: «نظام اتفاقيات الشركاء»، مجلة القضاء والتشريع، جويلية 2009، عدد خاص «قانون شركات»، ص. 17.

ويتبين من ذلك أن القانون التونسي تحوّل من قاعدة المنع والبطلان إلى مبدأ الصحة والجواز، مع وضع حدّ لهذا المبدأ. فاتفاقيات الشركاء تكون صحيحة ونافاذة إن اقتصر على تنظيم الحقوق الخاصة بأولئك الشركاء ولم تتجاوز ذلك إلى المساس بشكل غير مباشر بحقوق باقي الشركاء أو بالشركة أو بحقوق الدائنين والغير بوجه عام. ويتماشى ذلك مع ما استقر عليه الفقه من جواز إبرام الاتفاقيات المسماة «convention de croupier» وهي التي يتفق بموجبها شخصان على أن يظهر أحدهما على أنه شريك في شركة حال أن المساهمة ترجع في الواقع للثاني الذي يرجع إليه الحق في الأرباح على وجه الخصوص، ويسميه بعض الفقهاء «الرديف»⁽¹⁾.

وبالمقارنة مع قواعد القانون العام يتضح أن الجزء الوارد بالفصل 3 في صيغته الجديدة يختلف عما هو مقرر بالفصل 26 من مجلة الالتزامات والعقود. فالفصل 26 المذكور يقتضي تخيير الغير بين مجابهة أطراف العقد السريّ بذلك العقد السري أو التمسك إزاءهم بالكتب الظاهري المعلن، بحسب ما له مصلحة فيه. أما الفصل 3 من مجلة الشركات التجارية فيذهب إلى أكثر من ذلك، إذ قرر بطلان الكتب السري الذي ينافي جوهر عقد الشركة أو يتجاوز مجرد تنظيم الحقوق الفردية الخاصة بأطرافه، وهو ما يعني زوال آثاره بين الأطراف وتجاه الغير.

ومن ناحية أخرى فإن كل اتفاق، سواء أدرج بالعقد التأسيسي أو خارجه أو تقرر في إطار جلسة عامة للشركاء، لا يكون صحيحاً إن تضمن مساساً بالحقوق الأساسية للشريك، والتي تعتبر بهذا المعنى من النظام العام.

وقد تم في نفس الإطار تصحيح الترجمة الفرنسية بحذف العبارة المضافة التي لم يكن لها نظير في الأصل العربي (et outre). ومعلوم أن الصيغة الفرنسية ولو أنها فاقدة للقيمة القانونية فإن لها أهمية عملية كبيرة باعتبار أن المستثمر الأجنبي على وجه الخصوص غالباً يعتمد الصيغة الفرنسية لعدم معرفته بلغة العرب⁽²⁾.

(1) ماجدة بن جعفر، مقال سابق الذكر، ص. 49.

(2) بدأت عملية نشر القوانين والنصوص الترتيبية باللغة الانكليزية منذ عدة أعوام، غير أنها تكثر بشكل كبير. وتولى مركز الدراسات القانونية والقضائية نشر مجلة الشركات التجارية باللغات الثلاثة، لكن الترجمة الانكليزية لم تعتمد رسمياً ووظيفتها الوحيدة هي

ومن جهة أخرى فقد وضع تعديل 16 مارس 2009 قاعدة خاصة باتفاقيات الشركاء المتعلقة بمنح شروط تفضيلية لبيع الأسهم في شركات المساهمة العامة حيث أوجب القانون إشهار هذه الاتفاقيات بشروط تضبط بترتيب عام تصدره هيئة السوق المالية. وقد صدر تطبيقاً لذلك ترتيب عام مصادق عليه بقرار وزير المالية نص على وجه الخصوص على وسائل إشهار اتفاقات المساهمين وأشار بوجه خاص إلى الإشهار عبر الإنترنت، والبيانات الدنيا التي يجب التنصيص عليها في الإشهار.

الباب الثالث:

مصادر تمويل الشركة

تشير الدراسات التاريخية إلى أن الشركة ظهرت كبديل عن التداين أو الاقتراض. ففي عهد حمورابي، كان الناس يقترضون من بعضهم بنسبة فائض تبلغ 20 بالمائة بالنسبة لقرض النقود و 33 بالمائة بالنسبة لإعارة الحبوب وغيرها من البضائع⁽¹⁾. غير أن مصادر تمويل الشركة تتميز اليوم بالمزج بين تقنيات قانونية عديدة تستجيب كل واحدة منها لمصالح فئة من الناس، بما يحدث نوعاً من التوازن والتكامل بينهم.

المصطلح القانوني

رأس المال - تكوين رأس المال : المساهمات Les apports

يمثل رأس المال أهم مصادر تمويل الشركة وهو يمثل الضمان العام للدائنين⁽²⁾ ولو أن أهميته سائرة في التضاؤل سواء في القانون المقارن وخصوصاً في البلدان الانقلاوساكسونية أو حتى في تونس⁽³⁾.

(1) Akram AZOURI : « Hors du droit des sociétés. Quelle alternative à la réforme sociétaire ? », in « L'adaptation du droit des sociétés aux nouveaux besoins de l'entreprise », actes de colloque, Beyrouth 4-5 déc. 2003, éd. Bruylant-Delta-LGDJ, Beyrouth 2006, p. 90.

(2) Amel MAMLOUK: «Le capital social, gage des créanciers», thèse de doctorat, Faculté de sciences juridiques, politiques et sociales Tunis III, 1998-1999.

(3) عامر بورورو: «رأس المال كضمان عام لدائني الشركة»، أعمال ملتقى حول «مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005»، تونس 3-4 فيفري 2006، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2006، ص. 123. ويشير الكاتب إلى أن القانون الأمريكي يركز على ضمانات أخرى مرتبطة بالمشروع وإدارته مثل شروط التساوي في المرتبة *negative pledge clauses* و *pari passu clauses* وحتى شروط عدم توزيع الأرباح حتى خلاص الدين إلى جانب مسؤولية المديرين.

القسم الأول

اجتماع رأس المال

تمثل الشركة في خلط أموال شخصين فأكثر، ومن ثمة فهي تستوجب وجود مساهمات، الغالب فيها أن تكون مالية، إلى جانب المساهمة بالعمل. وتنطبق القواعد المتعلقة بجمع المساهمات لتكوين رأس المال على كافة الشركات (الفرع الأول)، في حين تتميز المؤسسات المالية ومؤسسات القرض بشكل خاص بقواعد خاصة تتعلق خصوصاً بمقدار رأس المال وظروف تحريره (الفرع الثاني).

الفرع الأول

بالنسبة لعموم الشركات

يتمثل رأس المال في المساهمات المالية التي يقدمها الشركاء ولا يشمل المساهمة بالعمل التي لا تمثل سوى «التزاما» أو حقا شخصيا للشركة على الشريك وفي كل الأحوال فإن العمل وإن يكن قابلا للتقدير بالمال فإنه لا يمثل في ذاته ما لا يمكن أن يشكل ضمانا للدائنين. فالمساهمات نقدية أو عينية أو بالعمل. ويقتصر رأس المال على المساهمات العينية والنقدية فقط، أما المساهمة بالعمل فلا تدخل فيه، ولا يمكن أن تقع المساهمة بالعمل إلا في شركات الأشخاص وفي الشركات ذات المسؤولية المحدودة منذ سنة 2009.

ونطرح في التطبيق بعض الوضعيات التي يعسر فيها التمييز بين المساهمة النقدية والمساهمة العينية. من ذلك أنه إذا أبرم أحد الشركاء وعدا بشراء عقار من الغير ثم قدم حقوقه على ذلك العقار كمساهمة في شركة فإن تصنيف هذه المساهمة يكون مستشكلا، وهو ما جعل البعض يفكر في رفض الاعتراف به كمساهمة في رأس المال أصلا. فمن ناحية أولى، ينشأ عن الوعد بالبيع حق شخصي أو حق دائنية لفائدة الموعود له، وهذا الحق لا يمكن تصنيفه كحق عيني إذ أن الحق العيني (الملكية) لا يتكون إلا بعد إتمام البيع. وإذا كان العقار مسجلا بدفاتر الملكية العقارية فإن الملكية لا تنتقل إلا بعد إدراج البيع بالسجل العقاري. ومن جهة أخرى لا يمكن اعتبار أن الأمر يتعلق بحق عيني عقاري تبقي على معنى

الفصل 15 من مجلة الحقوق العينية لأن الحق مرتبط بالذمة المالية للواعد لا بالعقار نفسه.

غير أن هذا التحليل يعارض بأمرين:

- أولهما أن المحاكم التونسية رغم إقرارها بطبيعة الوعد بالبيع كعقد منشئ لحق شخصي فإنها تحول إلزام الوعد بالبيع إلى عمل قانوني ناقل للملكية في صورة النكول عبر إصدار حكم يقوم مقام عقد البيع، فيتحول الحق الشخصي إلى حق عيني بناء على إرادة الوعد وبموجب حكم القاضي⁽¹⁾.
- وثانيهما أن الإدارة الجبائية تعتبر أن الوعد بالبيع يعد بيعا ويعامل جبائيا معاملة البيع الناجز وخصوصا في ما يخص معالم التسجيل⁽²⁾.

ويتضح من ذلك أنه في الحقيقة يعسر نفي كل علاقة بين حقوق الموعود له والعقار. فالعقار الموعود ببيعه يتعلق به حق المستفيد من الوعد، بدليل أنه يمكنه ترسيم قيد احتياطي بالرسم العقاري لمنع نقل ملكيته إلى الغير أو تكوين حقوق عينية جديدة عليه. ويتتهي ذلك إلى أنه باعتبار أن الأمر لا يتعلق بمساهمة نقدية على معنى الفصلين 5 و165 من مجلة الشركات التجارية ينبغي أن تصنف هذه المساهمة كمساهمة عينية وأن تعامل كذلك سواء في ما يتعلق بالجبائية أو بال قيد المحاسبي.

ويمكن أن يلجأ باحث المشروع إلى البحث عن شركاء «وقتين»، وذلك إذا كان في حاجة إلى ممول لمشروعه ولم تكن له القدرة أو الرغبة في الإشتراك مع الغير في مشروعه. وفي هذا الإطار جاء القانون عدد 92 لسنة 1988 المؤرخ في 2 أوت 1988 المتعلق بشركات الإستثمار بإحداث صنف من مؤسسات التمويل وهي شركات الإستثمار ذات رأس مال تنمية (مخاطرة) sociétés d'investissement à capital risque, SICAR. وتعتبر شركة الإستثمار شريكا بالمعنى القانوني العادي مع أنها شريك مؤقت إذ تبرم مع الباعث اتفاقية تنص على التزامها بأن تباع للباعث نفسه أو لأي شخص يختاره الباعث أسهمها

(1) أنظر خصوصا، محكمة التعقيب، قرار صادر بتاريخ 30 جانفي 1976 تحت عدد 12082، مجلة القضاء والتشريع 1976، العدد 22، ص. 37. يراجع خصوصا عبد الله الأحمد: «البيع»، ط. دار الوفاء بتونس، 1997، ص. 282.

(2) أحمد الورفلي: «الوعد بالبيع العقاري لا يخضع إلى التسجيل بالمعلوم النسبي»، دراسات في القانون الجبائي II، نشر مجمع الأطرش، تونس 2007، ص. 201.

أو حصصها بعد مرور أمد معين في العقد ويضمن يقع ضبط معايير تحديده منذ البداية. وفي صورة تعيين الباعث شخصا لشراء الأسهم فإنه تنتقل إليه كافة الحقوق والالتزامات المرتبطة بالأسهم، بما في ذلك الشروط المتعلقة بغض النزاعات كشرط تحكيمى مدرج في اتفاقية المساهمة⁽¹⁾.

ومن أهم ما جاء به القانون سنة 1988 المتعلق بشركات الاستثمار، وتعرّز بالأحكام الجبائية المتعلقة بهذه الشركات أنه لا يحق لشركة الإستثمار ذات رأس مال تنمية أن تطالب الباعث بضمانات خارج المشروع، أي أنه ينبغي عليها خلال السنوات التي تكون فيها ماسكة لمساهمة في الشركة التي يتم بعثها أن تتحمل المخاطر المرتبطة بمساهمتها بما في ذلك خطر الخسارة. فليس لها على وجه الخصوص أن تطالب الباعث بتقديم ضمانات عينية أو شخصية (رهون وكفالات) ولا أن تحصل على رهن على أموال الشركة، إذ أنها تكون في تلك الفترة في وضع الشريك الذي يتفقد بالربح ويتحمل الخسارة على نسبة مساهمته⁽²⁾.

ويتم تحرير رأس المال بدفع المساهمات في الآجال التي يحددها العقد التأسيسي. غير أنه، بالنسبة إلى الشركات خفية الاسم، لا يمكن أن يتجاوز هذا الأجل خمس سنوات من تاريخ التأسيس، أما في الشركات ذات المسؤولية المحدودة، فيجب تحرير رأس المال بأكمله حيناً، أي عند التأسيس، وليس للشركاء إدراج شرط مخالف في العقد التأسيسي. وفي شركات الأشخاص، يحق للشركاء تحديد آجال تحرير المساهمات بمطلق الحرية دون أن يصل الأمر إلى حد الإعفاء من واجب تحرير رأس المال، أي إلى التحايل على الغير. والعلة في ذلك أن ضمان الدائنين يتمثل في مجمل الذمم المالية للشركاء، لا في رأس مال الشركة.

(1) محكمة الاستئناف بتونس، 01 فيفري 2005، قضية عدد 17000، شركة... ضد م.أ.م، غير منشور. يراجع: Ahmed Ouerfelli: «L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne», éd. GLD-LGDJ, Tunis-Paris, 2010, p. 155 et ss.

(2) يراجع خصوصاً القرار عدد 80458 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 30 جوان 2009 (غير منشور) في مادة استئناف أحكام التحكيم، حيث قضت هيئة التحكيم بإبطال عقود تحصلت بموجبها شركة الاستثمار ذات رأس مال تنمية على ضمانات من المشروع ومن الباعث (كفالة ورهن عقاري)، بناء على أن هذه العقود مخالفة للأحكام الآمرة ولجوهر عقد المشاركة في الشركة، حيث قضت المحكمة استئنافياً برفض الطعن بناء على أن الدعوى تأسست على أحكام الفصل 116 من مجلة الشركات التجارية.

فالمبدأ العام أن الشركاء يتمتعون بمهلة لتحرير مساهماتهم أو جزء منها باستثناء الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ولسبب غير مفهوم باعتبار أن المساهمين في الشركة خفية الاسم يتمتعون بتحديد المسؤولية وبمهلة قدرها 5 أعوام لتحرير مساهماتهم).

غير أنه يلاحظ أن الفصل 36 من القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أبريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية يقتضي أنه يمكن للمحكمة المتعاهدة بمطلب تسوية قضائية أن تقرر عند الإذن بمواصلة المؤسسة لنشاطها إدخال تعديلات على العقد التأسيسي⁽¹⁾. وفي هذه الحالة يتم تكليف المتصرف القضائي بالسهر على إتمام إجراءات التعديل وخاصة ترفيع رأس المال وذلك بالدعوة إلى جلسة عامة خارقة للعادة أو القيام بإجراءات الإستشارة الكتابية⁽²⁾. ولا يعول المشرع في ذلك على المسير حتى في الصورة التي لا تقع فيها تنحيته عن مهامه أو تشريك المتصرف القضائي في القيام بها معه. وفي صورة ترفيع رأس المال فإن الشركاء الجدد يجب عليهم أن يدفعوا مساهماتهم في رأس المال فوراً بقطع النظر عن نوع الشركة، استثناء من القواعد العادية لقانون الشركات.

ومن ناحية أخرى، يمكن أن يتم ترفيع رأس مال الشركة القائمة بمقاصة الديون compensation de créances وذلك إذا كان شخص ما دائناً للشركة وحصل بينه وبينها اتفاق على أن يقع تحويل ذلك الدين إلى مساهمة في رأس المال. وعلى المستوى المحاسبي تجسم العملية في محو أحد عناصر الخصوم الجارية أو متوسطة الأمد (بحسب الحالة أي بحسب أجل خلاص الدين) وإحداث عنصر جديد في أعلى الوادي الأيمن من الموازنة (رأس المال، وهو

(1) الفصل 36، فقرة أولى: «يتولى المتصرف القضائي إعداد برنامج الإنقاذ الذي يتضمن وسائل النهوض بالمؤسسة ومنها عند الانقضاء جدولة ديونها ونسبة التخفيض من أصلها أو من الفوائض المترتبة عليها وله أن يقترح تغيير الشكل القانوني للمؤسسة أو الترفيع في رأس مالها ويأخذ وجوباً رأي لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية في إعداد البرنامج...»

الفصل 38، فقرة رابعة: «وتصادق المحكمة على برنامج الإنقاذ وذلك بمواصلة المؤسسة لنشاطها أو بكرائها أو بإعطائها في نطاق وكالة حرة أو بإحالتها للغير وتحدد مدة البرنامج وتعين مراقباً أو مراقبين لتنفيذه سواء كان المتصرف القضائي أو ممثل الدائنين أو غيرهما. وللمراقب التنفيذ أن يطلب من المحكمة اتخاذ الإجراءات الضرورية لضمان تنفيذه.»

(2) الفصل 126 من مجلة الشركات التجارية.

من الخصوم أيضا). ويمكن أن تقع هذه العملية بين الشركة وأحد الشركاء إذا كان دائنا للشركة بمبلغ معين، سواء تأتى دينه من معاملة عادية أو في إطار حساب جار للشركاء أو من نقلة أرباح لم يقع توزيعها. ويمكن أيضا أن تقع في إطار الإجراءات الجماعية (حيث يقع في عديد الحالات أن يتم صلح بتنازل الدائن عن دينه وتحويله إلى مساهمة في رأس المال).

الشرع الثاني

يستوجب وجوب احترام قواعد رأس المال الأدنى أن يتم تحرير مبلغ لا يقل عن رأس المال الأدنى المنصوص عليه بالقانون وهو 10 ملايين دينار بالنسبة للبنوك و 3 ملايين دينار بالنسبة للمؤسسات المالية⁽¹⁾ و 30 مليون دينار بالنسبة لشركات التأمين. وإذا تجاوز رأس المال التعاقدى ذلك المبلغ الأدنى يجوز أن يقتصر المبلغ المدفوع فورا على ما يعادل رأس المال الأدنى القانوني بحسب نوع المؤسسة. ولا يحول ذلك في رأينا دون تطبيق قواعد مجلة الشركات التجارية في ما يتعلق بوجوب تحرير ربع رأس المال على الأقل. فإذا تم تكوين بنك برأس مال مصرح به قدره 100 مليون دينار، يجب تحرير مبلغ 25 مليون دينار فورا، ولا يمكن الإكتفاء بتحرير الأدنى المنصوص عليه بقانون 10 جويلية 2001 وهو 10 ملايين دينار.

وباعتبار أن المساهمة في تكوين شركة أو ترفيع رأس مالها يفترض أن يقعا باستعمال مداخيل المساهم، فإن هذه العمليات كثيرا ما تفتح الباب أمام مراجعة الوضعية الجبائية للمعني بالأمر. وقد بين فقهاء القضاء التونسي أنه إذا ثبت أن المساهمة لم يقع تحريرها فعليا في سنة الإكتتاب فإنه لا يمكن وضع قرينة على أن الشريك المطالب بالأداء مؤل تلك المساهمة باستعمال مداخيل وقع إخفاؤها أو إغفال التصريح بها لإدارة الجبائية⁽²⁾.

(1) الفصل 13 من القانون عدد 65 لسنة 2001 المؤرخ في 10 جويلية 2001 المتعلق بمؤسسات القرض.

(2) محكمة الاستئناف بتونس، قرار استئنافي جبائي عدد 78087 بتاريخ 29 أفريل 2009، الأخبار القانونية، جانفي 2010، العدد 83/82، ص. 12. أنظر أيضا: محكمة الاستئناف

وقد جاء القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 بقاعدة جديدة تهدف إلى تفادي التلاعب بأموال الشركة والتحايل على القانون، إذ علاوة على منع المسيرين والمساهمين الهامين في الشركة خفية الاسم من اقتراض أموال من الشركة، فقد نصت الفقرة الفرعية الثالثة من الفقرة 1 من القسم III من الفصل 200 من مجلة الشركات التجارية كما تمت إعادة صياغته بموجب القانون المذكور» في العمليات الممنوعة» (على أنه « لا يجوز لأي مساهم أو قرينه أو أصوله أو فروعه أو كل شخص متداخل لحساب أحدهم أن يعقد بأي وجه من الوجوه قروضا من الشركة أو أن يحصل منها على تسبقات أو فتح حساب جار له على المكشوف أو غيره أو دعم لاستعماله في الإكتتاب في أسهم الشركة، وإلا كان العقد باطلا».

وهذه القاعدة مستوحاة من القانون الإنكليزي لسنة 2006، وهي أوسع مجالا من مبدأ منع عمليات القرض بوجه عام إذ لا تقتصر على المسيرين ولا على صنف معين من المساهمين، بل تشمل كل مساهم وأفراد عائلته بقطع النظر عما له من النفوذ داخل الشركة.

ويلاحظ أن إقرار هذا المنع لم يكن مكرسا في جل القوانين المقارنة، لكن طفا الموضوع إلى السطح بشكل خاص في العشرية الأولى من القرن العشرين وخصوصا في انجلترا.

بتونس، قرار استئنافي جبائي عدد 41453 بتاريخ 22/02/2007، مجلة الأخبار القانونية، عدد 41/40، فيفري 2008، ص. 19:

«إن قرار التوظيف الإجباري المطعون فيه قد انبنى على عملية إكتتاب المستأنف برأس مال شركة -د- بتاريخ 24/07/2000 بمبلغ 698.000 د. دون بيان مصادر تمويل عملية الإكتتاب وبنت محكمة البداية قرارها برفض الاعتراض من الناحية الأصلية على أن المعارض المستأنف حاليا لم يقدم ما يفيد أن المساهمة في رأسمال شركة -د- لم تكن نقدية وتم بذلك اعتماد ما ورد في القانون الأساسي للشركة بخصوص هذا الإكتتاب. وخلافا لما ذهبت إليه محكمة البداية والإدارة أيضا بخصوص عدم ثبوت أن المساهمة كانت عينية فقد أدلى المستأنف بما يثبت أنه تم تغيير القانون الأساسي لشركة -د- من شركة خفية الاسم وأن مساهمة ع.ك. فيها هي مساهمة عينية بمجموعة من المعدات وذلك حسب الشهادة الصادرة عن وكالة النهوض بالصناعة المؤرخة في 17/08/2000. وطالما أثبت المستأنف أن مساهمته في شركة -د- هي مساهمة عينية وليست كما ذهب لذلك قرار التوظيف الإجباري والحكم الابتدائي فإنه يتجه إلغاء قرار التوظيف لانتباهه على أسس غير صحيحة».

القسم الثاني : رأس المال الاحتياطي

يكرس القانون التونسي عل غرار أغلب التشريعات المقارنة مبدأ ثبات رأس المال *principe de fixité du capital social* والذي يقتضي أن الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه، فلا يقع تغييره إلا بنفس الشكليات التي تقرر بها لأول مرة عملاً بمبدأ توازي الصيغ والأشكال.

ومن استباعات هذا المبدأ أن الشروط التي تقيد الترفيع في رأس المال تعد جائزة ما لم تكن فيها مخالفة فادحة للنظام العام. ويقع في التطبيق أن يفكر الشركاء في منع الترفيع في رأس المال لمدة معينة بعد التأسيس [5 سنوات مثلاً]. وفي رأينا فإن مثل هذا الشرط يعد جائزاً، غير أنه يمكن التوصل إلى نفس النتيجة بطريقة أخرى كان يقع اشتراط أن الترفيع في رأس المال لا يكون إلا بإجماع كافة الشركاء أي بنصاب قدره مائة في المائة وأغلبية قدرها مائة في المائة وذلك خلال المدة التي يراد فيها حماية استقرار رأس المال. ويمكن لتدعيم ذلك التنصيص على أن الشريك الذي يعارض في الترفيع ليس مطالباً بتعليل رأيه ولا يمكن القيام عليه بدعاوى تعسف الأقلية أو تعسف الأغلبية.

وتهدف شروط منع ترفيع رأس المال لمدة معينة إلى المحافظة على التوازن بين الشركاء وما لكل واحد منهم من المكانة والتفوذ داخل الشركة وخصوصاً إلى حماية أقلية الشركاء التي لا تتوقع أن تتوفر لديها الأموال اللازمة للمشاركة في زيادة رأس المال خلال تلك المدة. غير أن مثل هذا الشرط يتعطل بالعمل به إذا اقتضت مصلحة الشركة⁽¹⁾ نفسها خرقه، وخاصة إذا مرت الشركة بصعوبات اقتصادية على معنى قانون 17 أبريل 1995 وكان من الواضح أن الحل الأمثل لتجاوز الصعوبات يتمثل في تدعيم الأموال الذاتية بالزيادة في رأس المال ودون اللجوء إلى مزيد التداين من الغير. وفي هذه الحالة تقرر زيادة رأس المال بموجب حكم القضاء بقطع النظر عن كل شرط تعاقدي.

(1) حول مفهوم مصلحة الشركة، يراجع مثلاً:

G. SOUSI : « L'intérêt social dans le droit français des sociétés », Thèse, Lyon III, 1974 ; Dominique SCHMIDT : « De l'intérêt social », *Revue de Droit Bancaire et de la Bourse*, n° 50, juillet-août 1995, p. 130 et ss.

القسم الأول : رأس المال الاحتياطي

توابع رأس المال : الذخر الاحتياطي

يمثل الذخر الاحتياطي أو «الاحتياطي» *les réserves* أهم توابع رأس المال وامتداداته. ويتمثل في جزء من أرباح الشركة يتم تركه جانباً لدى الشركة مدة وجودها لتمكينها من تعزيز مواردها الذاتية لمجابهة أي طارئ. فهو من الموارد المستمرة إذ هي أرباح لا يتم توزيعها إلا عند حل الشركة، باستثناء الحالات الإستثنائية. وبوجه عام تقسم الاحتياطيات إلى احتياطي قانوني واحتياطي تعاقدية واحتياطي حر.

القسم الأول : الاحتياطي القانوني

الاحتياطي القانوني *réserve légale* هو الذي ينص عليه القانون. والقاعدة هي أن يُطرح من الأرباح الصافية السنوية نصف العشر (5 بالمائة) ليترك بخزان الشركة. وهذه القاعدة مكرسة بمجلة الالتزامات والعقود وبمجلة الشركات التجارية. غير أنه توجد بعض النصوص الخاصة بأنشطة معينة توجب أن تكون الاحتياطيات أرفع من ذلك. وتستعمل بعض النصوص التشريعية مصطلحات خاصة.

القسم الثاني : الاحتياطيات التعاقدية

يمكن أن ينص العقد التأسيسي على تكوين احتياطيات إضافية *réserves statutaires*. ولا يوجد حد أقصى لهذه الاحتياطيات. غير أنها تتمتع بنفس الحماية القانونية التي يتمتع بها الاحتياطي القانوني، فيمتد تجريم توزيع الأرباح الوهمية إلى كل حالات توزيع الاحتياطيات بأنواعها. غير أنه يجوز تعديل العقد التأسيسي واتخاذ قرار بحذف الاحتياطي التعاقدية وتوزيعه على الشركاء أو إدماجه في رأس المال بخلاف الاحتياطي القانوني.

التسم الثالث

يعتبر جانب من الفقه أنه يوجد صنف ثالث من الاحتياطات وهو الاحتياطي الحر *créserves libres* وهو الاحتياطي الذي يتم تكوينه بمجرد قرار من الجلسة العامة العادية التي تقرر مآل نتائج الاستغلال. غير أننا نرى أنه لا توجد جدوى من إقرار هذا الصنف الثالث إذ أنه يتمثل في «التائج الموجلة الإيجابية» *report à nouveau bénéficiaire* التي لا تتمتع بالحماية القانونية للاحتياطات ويمكن توزيعها في كل وقت.

المبحث الثالث

مصادر التمويل المكمل لرأس المال : الإقتراض

يمكن للشركة أن تلجئ إلى التداين من لدن الغير وحتى من الشركاء. يخضع الإقتراض من العموم إلى قواعد خاصة به.

التسم الأول

الإقتراض البنكي

لا يخضع الإقتراض من النظام البنكي ومن الخواص كالمزودين وغيرهم إلى قبود خاصة بقانون الشركات التجارية عدا ما ورد بالفصل 200 من مجلة الشركات التجارية المتعلق بضبط حدود صلاحيات مسيري الشركات خفية الاسم. فقد نصّ هذا الفصل في صيغته الأولى على أن الرئيس المدير العام أو المدير العام ينبغي أن يتحصلا على ترخيص من مجلس الإدارة ومصادقة الجلسة العامة على عمليات «الإقتراض الهام الذي يضبط العقد التأسيسي أدناه». ويقطع النظر عن الخطأ المادي المتمثل في الحديث عن «سقف» عوضاً عن «الأدنى»، والذي تم تداركه بموجب تعديل 16 مارس 2009، فإن هذا النص يقيد أيدي المسيرين في مجال التداين بغاية تفادي الإفراط في المديونية الذي يؤدي إلى الصعوبات الاقتصادية. ولا يضع هذا النص قاعدة واضحة بالنسبة لصورة سكوت العقد التأسيسي عن وضع الحد المنصوص عليه. والواضح أنه يقتضي أن غياب هذا الحد يطلق يد المسير في الإقتراض لحساب الشركة.

أما الفصل 114 المتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة فيتص في فقرته الأخيرة على أنه «لا يمكن معارضة الغير بالشروط المنصوص عليها بالعقد التأسيسي والتي تحدد سلطات الوكيل حتى ولو وقع إشهارها». وتهدف هذه الأحكام إلى حماية الغير حسن النية وتفاذي تعطيل مصالح الشركة حتى لا يضطر المتعاملون مع الشركة إلى الرجوع في كل مرة إلى السجل التجاري ووسائل الإشهار القانوني الأخرى للتحقق من صلاحية الوكيل لإمضاء عقد يزمع إبرامه مع الشركة، علاوة على أن شروط تحديد الصلاحيات قد تصاغ بطريقة مبهمّة أو فضفاضة فتسبب الارتباك للمتعاملين مع الشركة.

والملاحظ أنه في عديد الأحيان يكون اللجوء إلى الإقتراض البنكي فرصة للشركة لتسوية أوضاعها طبق أحكام القانون، إذ أن البنك يطالب الشركة عند فتح حساب بنكي بمدّه بعناصر ملفها القانوني وما يفيد القيام بالإشهارات القانونية.

التسم الثاني

يخضع الإقتراض من السوق المالية إلى أحكام خاصة تهدف إلى حماية الثقة العامة في المنظومة المالية. ذلك أن الأمر يتعلق بأساليب مستحدثة للإدخار تتمثل في تحويل الشركات التي تبرهن على توفر شروط دنيا للمصادقية والوثوقية أن تتوجه إلى العموم عبر وسائل إشهارية قانونية لطلب المساهمة في تكوين مواردها طويلة الأمد، سواء منها رأس المال أو القروض الرقاعية ونحوها.

وقد شهدت الأسواق المالية تطورا مهولا منذ بدايات القرن العشرين في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يفترض منظّر الاقتصاد أن السوق المالية تتسم حتما بالنجاعة *Efficient Capital Market Hypothesis*. وتقوم هذه الفاعلية حسب رأيهم على مقومين أساسيين وهما: وجود تراتيب آمرة وقواعد تضمن شفافية الأسواق المنظمة، ووجود مستثمرين محترفين في تلك الأسواق يكونون منظمين ومهيكلين بكيفية تكفل لهم تحليل المعلومات المتوفرة بفضل الشفافية⁽¹⁾.

(1) A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 24; Irina PARACHKÉVOVA: «Le pouvoir de l'investisseur professionnel dans la société cotée», éd. LGDJ, Paris 2005.

وفي تونس، صدر بتاريخ 29 ماي 1959 قانون يتعلق بتنظيم إصدار رقائق قابلة للتحويل إلى أسهم حسب إرادة الحاملين. وبعد ذلك بعشرة أعوام، نشأت السوق المالية رسمياً بموجب القانون عدد 13 لسنة 1969 المؤرخ في 28 فيفري 1969 المتعلق بإحداث بورصة القيم المنقولة الذي تم تعويضه بالقانون عدد 49 لسنة 1989 المؤرخ في 8 مارس 1989 المتعلق بالسوق المالية. لكن التشريع الجاري به العمل حالياً يرجع إلى 14 نوفمبر 1994 حين صدر القانون عدد 117 لسنة 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية والذي عرّف شركات المساهمة العامة وقصر مجال تطبيقه على الشركات دون المؤسسات الفردية، بل أقصى أيضاً جميع أصناف الشركات عدا الشركات خفية الاسم.

وتقوم المنظومة التي أرساها هذا القانون على مبدأ الشفافية ونشر المعلومات اللازمة للعموم. وتسهر هيئة السوق المالية بالأساس على احترام حق الجمهور في معلومة كافية وأمنية. ومن ذلك المنطلق تتمتع الهيئة بصلاحيات هامة في مجال التأشير على نشرات الإصدار notices ou prospectus الموجهة لدعوة العموم إلى الإدخار⁽¹⁾. ويمكن للهيئة أن تأمر كل شخص توصل بمفرده أو بالتحالف مع غيره إلى اكتساب عدد من الأوراق المالية يمكنه من الحصول على أغلبية حقوق الإقتراع في شركة مساهمة عامة، إما بالقيام بمرض عمومي للشراء وإما بالالتزام بضمان السعر المسجل بالبورصة طبقاً للشروط المحددة بالترتيب العام للبورصة⁽²⁾. ولغاية ضمان عدم انحراف سير السوق المالية عبر عمليات الشراء «المتوحشة»، نظم الباب الرابع من القانون مسألة تجاوز عتبات المساهمة فوضع عتبات seuils يجب عند تجاوز كل واحدة منها التصريح بذلك للشركة المعنية وإلى بورصة الأوراق المالية بتونس وهيئة السوق المالية⁽³⁾. ويستوي في ذلك أن يقتني الشخص الطبيعي الأسهم بمفرده أو بواسطة الغير أو بالتحالف مع الغير.

ومن أهم الأحكام التي جاء بها هذا القانون تنظيم عمليات التنفيذ لدى البورصة l'exécution en bourse المتمثلة في البيع الجبري المسلط على أسهم

(1) الفصل 2 من قانون 14 نوفمبر 1994. يراجع مثلاً: سامي بن فرحات: «التشريع الجديد للسوق المالية بالبلاد التونسية» (نصوص وتعليق)، تقديم المرحوم عبد الوهاب بن عامر، تونس 1996، ص. 25.

(2) الفصل 7 من قانون 14 نوفمبر 1994.

(3) الفصل 8 من قانون 14 نوفمبر 1994.

كل شخص تمت دعوته دون لبس إلى تحرير مساهمته في رأس المال أو جزء منها ولم يتم بذلك في الأجل القانوني أو التعاقدية، حيث يتم البيع مباشرة ودون الحصول على سند تنفيذي قضائي⁽¹⁾. كما يجيز هذا القانون بوجه الاستثناء للشركات أن تشتري نسبة محدودة من أسهمها لتعديل قيمتها في السوق ومنع انهيارها⁽²⁾.

وجدير بالملاحظة أنه بعد ثورة 17 ديسمبر 14-2010 جانفي 2011، وفي ظل صعوبات الحصول على التمويل البنكي، تكاثر عدد الشركات التي طلبت الإدراج ببورصة الأوراق المالية بتونس. وقد ارتفع عدد الشركات المدرجة من 18 سنة 2007 إلى 49 في الثلاثية الثالثة من سنة 2008، إلى 51 في آخر سنة 2009 ثم إلى 58 في آخر ثلاثية من سنة 2012. وفي آخر شهر مارس 2013، تبين إحصائية متوفرة أن مجموع عدد الشركات المدرجة في البورصة بلغ⁽³⁾ 62 موزعة حسب القطاعات كما يلي: البنوك: 11 - شركات التأمين: 4 - شركات الإيجار المالي: 5 - شركات الاستثمار: 3 - شركات العقار: 3 - شركات الخدمات: 4 - شركات التجارة: 6 - الشركات الصناعية: 19 شركة.

وأدى ذلك إلى إدخال حيوية واضحة على السوق المالية على الرغم من عدم تطور مؤشر البورصة بعد الثورة بسبب عدم اليقين بشأن المستقبل. ومع كل ذلك فإن بعض المحللين يعتبرون كثرة الشركات الراغبة في الإدراج مؤشراً راسخاً في مستقبل الاقتصاد التونسي. وتوقعت البورصة أن يبلغ عدد الشركات المدرجة 75 شركة بنهاية سنة⁽⁴⁾ 2013 لكن الحصيلة استقرت على إدراج 12 شركة جديدة سنة 2013، منها 7 بالسوق الرئيسية و5 بالسوق البديلة. وتوقع البورصة أن يبلغ عدد الشركات المدرجة 85 في موفى سنة⁽⁵⁾ 2014.

(1) الفصل 18 من قانون 14 نوفمبر 1994.

(2) الفصل 19 من قانون 14 نوفمبر 1994.

(3) « Le nombre de sociétés cotées sur la Bourse de Tunis devrait atteindre 75 sociétés d'ici fin 2013 », http://www.lbourse.com/marches/le-nombre-de-societes-cotees-sur-la-bourse-de-tunis-devrait-atteindre-75-societes-d-ici-fin-2013_1724

(4) 4-04-2013 : « Tunisie : 75 sociétés cotées en bourse, fin décembre 2013 », <http://www.africanmanager.com/149361.html>

(5) « Tunisie, Bourse de Tunis : Objectif, 85 sociétés cotées en 2014 », <http://directinfo.webmanagercenter.com/2014/01/01/tunisie-71-societes-cotees-a-la-bourse-de-tunis-objectif-85-en-2014/>, posté le 1^{er} janvier 2014.

وقا. تواصل نسق إدراج الشركات بالبورصة سنة 2014، بما يدل على ثقة الشركات في السوق المالية وثقة السوق في الشركات التجارية المدرجة.

التم الثالث : الأثر الضريبي للحساب الجاري للشركة

نظمت المجلة التجارية عقد الحساب الجاري *compte courant* مع أنه يمكن أن يكون مدنيا أو تجاريا. ويتمثل الحساب الجاري في حساب مفتوح بين تاجرين أو فلاحين أو غيرهما يقتضي تمكين كل واحد منهما من أن يكون مدينا أو دائنا للآخر في كل وقت دون أن يطالب بأداء الفاضل السلبي (المدين) فورا، إذ يؤجل ذلك إلى تاريخ قفل الحساب حيث يتم تحديد فاضل نهائي *solde définitif* يتم خلاصه من قبل الطرف المدين. فالحساب الجاري يتميز بالتداخل والتشابك والتبادل وعدم التجزئة⁽¹⁾.

وفي صورة فتح حساب جار للشركاء فإن ذلك يعني أن بإمكان الشركة أن تقترض من الشركاء كما لها أن تقرضهم من الأموال الموجودة لديها. وهذه الصيغة تهدف إلى إدخال المرونة على التصرف المالي في الشركة، غير أنها لا يمكن أن تتحول إلى غطاء على عمليات الإستهلاك على أموال الشركة، إذ أن «التبادل» يقتضي أن لا يكون الحساب مدينا بالنسبة لأحد الطرفين باستمرار.

غير أنه يلاحظ أن القواعد الخاصة بالشركة خفية الاسم تمنع على المساهم الشخص الطبيعي الذي يملك عُشر رأس مال الشركة على الأقل أن يقترض مالا من الشركة في أي إطار وتحت أي تسمية كانت، وهو ما يعني أن هذا الحساب الجاري إن وجد لا يمكن إلا أن يكون دائنا لفائدة المساهم⁽²⁾، لا العكس، وهو ما

(1) Christine-Labastie DAHDOUN et Habib DAHDOUN : «Droit commercial. Volume II : Entreprises sociétaires. Tome I : Règles communes », éd. IHE, Tunis 2003, p. 354 et ss.

(2) جاء في القرار عدد 81240 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 4 نوفمبر 2009 (الأخبار القانونية، فيفري 2010، العدد 84/85، ص. 25) أنه «بالرجوع إلى تقرير التوظيف الإجباري يتضح أن مراجعة ملف المطالبة بالأداء قد تمت على أساس المحاسبة المسوكة بطريقة الإعلامية وأن النتيجة الواقع التصريح بها تؤسس للضريبة مع إدخال التعديلات التي اكتشفتها الإدارة من خلال تفحص ملفها [وقد] تضمنت عناصر التوظيف إدماج مبالغ تم تسجيلها من قبل الشركة بالجانب الدائن للحساب الجاري للشركاء ضمن النتيجة الجبائية على أساس أنها نقص في رقم المعاملات. ذلك أن الشركة لم تدل بما يثبت مصدر تلك الأموال مما يقيم الدليل على أن الأمر يتعلق بأرقام معاملات غير مصرح بها تم

جعل الفقه يشكك في وصفه بالحساب الجاري. وبالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة، فقد منع المشرع على الشركة منح قروض للشركاء فيها من الأشخاص الطبيعيين دون استثناء ودون وضع حد أدنى لنسبة مساهمتهم في رأس المال.

ويخلص من ذلك أن المبدأ هو جواز عقد حساب جار -بالمفهوم القانوني التقليدي- بين الشركة والشريك عدا ما ورد فيه منع خاص، وهو يهم المساهمين الهامين في الشركات خفية الاسم وكل الشركاء في الشركاء ذات المسؤولية المحدودة، فيظل الجواز قائما لكل من عداهم. وليس في وضع إطار جبائي للضريبة على الفوائض المفروض ترتيبها على المبالغ التي تضعها الشركة على ذمة الشركاء ما يمنع هذه العملية الشرعية. فالقانون التجاري يمنع على المسيرين والشركاء الهامين الإقتراض من الشركة، أما القانون الجبائي فيعامل المسألة معاملة موضوعية باعتبار أن المسير استفاد فعليا من تلك المبالغ، فينبغي أن يخضع إلى الضريبة بعنوانها بقطع النظر عن البطلان⁽¹⁾.

تدوينها بصفة مغلوطة ضمن الحساب الجاري للشركاء عوض تدوينها بحساب المبيعات. [و] في غياب الدليل على صحة الإيداعات بحساب الشركاء فإنه يكون من الوجيه اعتبار أن جميع الإيداعات النقدية والتحويلات البنكية بحساب الشركة هي رقم معاملات منجز وغير مصرح به وبالتالي إضافة تلك المبالغ للنتيجة الصافية المصرح بها والمستندة على المحاسبة.

(1) المحكمة الإدارية، قرار عدد 36683، مؤرخ في 22 ماي 2006، فقه قضاء المحكمة الإدارية، منشورات مجمع الأطرش، 2006، ص. 317: «إن مقصد المشرع من خلال سنه لأحكام الفصل 30 من مجلة الضريبة هو اعتبار الأموال التي يضعها الشخص المعنوي على ذمة الشركاء مباشرة أو بواسطة الغير بعنوان تسيقات أو قروض أو أقساط بمثابة المداخل الموزعة وتدمج بطبيعتها تلك في قاعدة الأداء باستثناء الصورة التي يثبت فيها الشخص المعنوي خلاف ذلك بإقامة الدليل على أن المال سحب على وجه الإعارة.

إن الوثائق الحساسة لا تشكل وسيلة إثبات في حد ذاتها لكونها لا تستند حجيتها من التخصيص الواردة بها وإنما من الوثائق والمؤيدات القانونية التي تدعم تلك التخصيصات. ذلك أن المحاسبة وثيقة يعدها المطالب بالأداء لنفسه وبالتالي فهي لا تكون حجة على غيره إلا متى كان لها أصل ثابت واقعا وقانونا».

المحكمة الإدارية، قرار عدد 683949، مؤرخ في 22 ماي 2006، فقه قضاء المحكمة الإدارية، منشورات مجمع الأطرش، 2006، ص. 317: «إن مقصد المشرع من خلال سنه لأحكام الفصل 30 من مجلة الضريبة هو اعتبار الأموال التي يضعها الشخص المعنوي على ذمة الشركاء مباشرة أو بواسطة الغير بعنوان تسيقات أو قروض أو أقساط بمثابة المداخل الموزعة وتدمج بطبيعتها تلك في قاعدة الأداء باستثناء الصورة التي يثبت فيها الشخص المعنوي خلاف ذلك بإقامة الدليل على أن المال سُحب على وجه الإعارة».

ويجوز أن يقع تحويل الدين الناشئ في ذمة الشركة لصالح الشريك في إطار الحساب الجاري للشركاء إلى مساهمة في رأس المال بواسطة تقنية المقاصة أو تحويل الديون compensation ou conversion des créances. وقد وقع في بعض الحالات أن تم توظيف الأداء على بعض الشركاء من أجل نمو الثروة غير المبرر على إثر تقديم محضر جلسة عامة خارقة للعادة تبين منه أن الخاضع للأداء المعني ساهم في عملية ترفيع رأس مال شركة بمقاصة الديون الناشئة في إطار الحساب الجاري للشركاء⁽¹⁾.

وقد أوضحت محكمة الاستئناف بتونس في حكم صادر بتاريخ 5 نوفمبر 2008 أنه «يتضح من الإطلاع على محضر الجلسة العامة الخارقة للعادة المؤرخ في 26/1/1999 أنه تضمن إدماج المبالغ المسجلة بحساب الشركاء للترفيغ في رأس مال الشركة وهو ما يؤكد أن المستأنفة لم تتول تقديم مساهمة نقدية آتية أثناء الترفيع في رأس مال الشركة، ومحضر الجلسة كسند للترفيغ في رأس مال الشركة يأخذ حجتيه من إمضائه وتسجيله وعلى الإدارة [الجباية] إثبات علم صحة المعلومات الواردة به. وللإدارة التأكد من حجية التقييدات الواردة بحساب الشركاء من خلال مراجعة جباية للشركة التي قيدت بها تلك التقييدات خاصة أن المبالغ المضمنة بحساب الشركاء كانت مضمنة بموازنة الشركة والتي يؤخذ منها أن إدارة الجباية على علم بفحوى تلك التتريلات بحساب الشركاء. وطالما لم يثبت أن المستأنفة تولت إيداع مساهمتها في رأس مال الشركة بدفوعات، حيثئذ كان تعديل وضعيتها الجباية على أساس مساهمتها في رأس مال الشركة في غير طريقه»⁽²⁾.

- (1) أنظر مثلاً القرار الاستئنافي الجبائي عدد 68633 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 14 أكتوبر 2009، الأخبار القانونية، جانفي 2010، العدد 82/83، ص. 12.
- (2) قرار عدد 64738 بتاريخ 5 نوفمبر 2008، الأخبار القانونية، أفريل 2009، ققه القضاء الجبائي، ص. 34. والملاحظ أن هذا القرار لم يبحث في مآتي التتريلات بالحساب الجاري للشركاء إذ اعتبر أن وجود دين في ذمة الشركة متأت من الحساب الجاري كاف لنقض قرار التوظيف الإجباري للأداء في حين أن المبالغ المودعة في ذلك الحساب الجاري هي بدورها مداخل حققتها الشركة في زمن ما وأقرضها للشركة أو وضعها على ذمتها، فإن حوّلها إلى مساهمة في رأس المال فذلك لا يغير طبيعتها ولا ينفي وجودها كمداخل خاضعة للضريبة وعلى المطالب بالأداء أن يثبت مصدرها الحقيقي أو أنها مداخل ترجع إلى سنوات شملها التقادم أو وقع التصريح بها طبق القانون.

الباب الرابع:

حماية «المعنيين بأمر الشركة»

الشركة مدارٌ لمصالح عديدة، بدءاً بالشركاء (بمن فيهم أصحاب الأقلية)، والعمال والدائنين والمقرضين والمزودين والحرفاء والجمهور بوجه عام... ولذلك أحاطها المشرع بجملة من الضمانات والقواعد الرامية إلى حماية كل واحد من هذه الأصناف من أصحاب المصالح stakeholders. وتقرّر مجلة الشركات التجارية جملة من قواعد الإشهار الرامية إلى توفير المعلومة الرسمية الموثوق بها للجمهور (المبحث الأول)، كما تم دعم الحق في المعلومة من خلال التعديلات المتعاقبة التي تلت صدور المجلة وخصوصاً تعديل 16 مارس 2009 (المبحث الثاني). وتهدف قواعد الحوكمة المعتمدة في القانون التونسي إلى توفير حماية كافية للشركاء وخصوصاً الأقلية (المبحث الثالث). كما أن القواعد المتعلقة بمراقبة المحاسبة والتصرف تشكل آليات من شأنها أن تضمن عدم انحراف المسيرين بما لهم من السلطات لخدمة مآربهم الشخصية أو خدمة مصالح شركات أو جهات من خارج الشركة (المبحث الرابع).

المبحث الأول

إشهار تكوين الشركة

ينبغي وضع المعلومات الأساسية المتعلقة بالشركة على ذمة العموم. فالشركة المعاصرة ليست عائلة مغلقة لا تبوح لأسرارها إلا لمن تقبل مسبقاً بالتعامل معه، بل هي فاعل اقتصادي يجب أن تكون نوافذه من زجاج، ولو أنه يجوز لها طبعاً أن تسدل الستائر السميكة على أسرارها الصناعية والتجارية بما يسمح لها بالحفاظ على مصالحها دون أن تكون هذه السجف ساترة لها من أعين السلط العمومية عبر هيئاتها المختصة في مجالات الجباية والصرف والضمان الاجتماعي وحتى في مجال العدالة الانتقالية باعتبار أن القانون الأساسي عدد 53 لسنة 2013

المؤرخ في 24 ديسمبر 2013 المتعلق بإرساء العدالة الانتقالية وتنظيمها يبيع لهيئة الحقيقة والكرامة النفاذ إلى جميع الأرشيفات العمومية والخاصة⁽¹⁾، فلا يستثنى أرشيف المؤسسات الفردية بأنواعها والشركات التجارية وغير التجارية، خصوصاً بالنسبة للانتهاكات المالية⁽²⁾.

(1) ينص الفصل 40 من القانون الأساسي المتعلق بالعدالة الانتقالية على أنه «لإنجاز مهامها تتمتع الهيئة بالصلاحيات التالية :

- النفاذ إلى الأرشيف العمومي والخاص بقطع النظر عن كل التحاير الواردة بالتشريع الجاري به العمل.

... - مطالبة السلطات القضائية والإدارية والهيئات العمومية وأي شخص طبيعي أو معنوي بمدها بالوثائق أو المعلومات التي بحوزتهم،

- الاطلاع على القضايا المنشورة أمام الهيئات القضائية والأحكام أو القرارات الصادرة عنها،

- إجراء المعاينات بالمحلات العمومية والخاصة والقيام بأعمال التفتيش وحجز الوثائق والمقتولات والأدوات المستعملة ذات الصلة بالانتهاكات موضوع تحقيقاتها وتحرير محاضر في أعمالها ولها في ذلك نفس صلاحيات الضابطة العدلية مع توفير الضمانات الإجرائية القضائية اللازمة في هذا الشأن،

- الالتجاء إلى أي إجراء أو آلية تمكنها من كشف الحقيقة"

وينص الفصل 54 على أنه "لا يجوز مواجهة طلبات الهيئة للحصول على معلومات أو وثائق بواجب الحفاظ على السر المهني وذلك مهما كانت طبيعة أو صفة الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي توجد لديه المعلومات أو الوثائق التي تطلبها الهيئة ولا يؤاخذ المؤمنون على هذه الأسرار من أجل إنشائها للهيئة".

(2) ينص الفصل 3 من القانون الأساسي المتعلق بالعدالة الانتقالية على أن «الانتهاك على معنى هذا القانون هو كل اعتداء جسيم أو منتهج على حق من حقوق الإنسان صادر عن أجهزة الدولة أو مجموعات أو أفراد تصرفوا باسمها أو تحت حمايتها وإن لم تكن لهم الصفة أو الصلاحية التي تخول لهم ذلك. كما يشمل كل اعتداء جسيم ومنتهج على حق من حقوق الإنسان تقوم به مجموعات منظمة». وخصص القانون الفصول من 45 إلى 50 لمسألة الصلح في الانتهاكات ذات الطبيعة الاقتصادية.

القسم الأول : التأسيس والإشهار والإيداع والإيداع

يجب ترسيم كل شركة عدا شركة المحاصة بالسجل التجاري الراجع إلى المحكمة الكائن بدائرتها مقر الشركة.

ويتم إشهار تكوين جميع الشركات عدا شركة المحاصة بإدراج إعلان يفيد ذلك بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية. وقد كانت مجلة الشركات التجارية في صيغتها الأولى توجب أيضا إشهار التكوين بجريدتين يوميتين إحداها باللغة العربية. وبعد العمل بهذا النظام لنحو تسع سنوات، وقع التساؤل عما إذا كان من المجدي التمسك بالإشهار بجريدتين يوميتين في ظل تكاثر الصحف اليومية ومحدودية نتائج هذا الإشهار خاصة مع قيام المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية بإحداث موقع «واب» (إلكتروني) تنشر عليه كافة الإعلانات الشرعية والعدلية بما فيها الإعلانات المتعلقة بتكوين الشركات وتسييرها ويكون النفاذ إليه مجانياً، وهو موقع: www.lort.gov.tn.

وقد أظهر تقييم تجربة النشر بالصحف محدودة نتائج هذا النظام فتم التخلي عنه وحذف وجوب الإشهار بجريدتين من الفصل 15 من مجلة الشركات التجارية بموجب أحكام الفصل الأول من القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009. غير أن هذا الحذف إقتصر على إجراءات التأسيس ولم يطل الأعمال الأخرى الخاضعة للإشهار بالصحف اليومية كالإندماج⁽¹⁾ والإقسام⁽²⁾...

كما تخضع إلى وجوب الإشهار والإيداع كل القرارات والمداولات المتعلقة بتحويل العقد التأسيسي وتسمية مسيرين جدد أو تمديد مهام المسيرين أو انحلال الشركة أو إحالة الحصص الاجتماعية أو الأسهم غير المدرجة ببورصة الأوراق المالية أو اندماج الشركة مع أخرى أو انقسامها أو المساهمة الجزئية أو الكلية بأصولها أو تصفيتها أو الإعلان عن ختم حساباتها بعد تصفيتها أو اندماجها أو انقسامها.

(1) يوجب الفصل 421 من مجلة الشركات التجارية إشهار الضمانات الجديدة التي تمنح للدائنين الذين اعترضوا على الإندماج بالرائد الرسمي ويجريدين. ولم يقع تنقيح هذا الفصل سنة 2009.

(2) الفصل 432 من مجلة الشركات التجارية.

ويجب القيام بالإشهار من قبل الممثل القانوني للشركة خلال الشهر الموالي لاكتمال أعمال تكوينها أو لاتخاذ القرار، وإلا بطلت الشركة⁽¹⁾ أو القرار، إلا إذا تمت التسوية في الأجل القانوني للتسوية أو خلال الأجل الذي تمنحه المحكمة لذلك، إن تم رفع دعوى في التصريح بالبطلان من قبل أحد الأشخاص الذين يخول لهم القانون رفعها.

وفي ما يتعلق بالقيمة القانونية لأعمال الإشهار، اعتبر القرار التعقيبي المدني عدد 5791 المؤرخ في 25 سبتمبر 2006⁽²⁾ في إطار تواصل توجه فقه القضاء الذي نشأ بعد تنقيح مجلة المرافعات المدنية والتجارية في 3 أوت 2002 أن «إغفال ذكر عدد السجل التجاري للمطلوب [في عريضة الدعوى] لا علاقة له بالنظام العام أو الإجراءات الأساسية للتبليغ وأن إسقاطها من محضر الاستدعاء ليس من شأنه النيل من مصلحة المطلوب الذي لم يثبت الضرر الذي مسه جراء هذا الإغفال، هذا فضلا عن أن صيغة الوجوب الواردة بآخر الفصل 6 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية المتعلقة بعدد السجل التجاري للمطلوب قد أدخل عليها المشرع تلطيفا وتليينا كبيرين باستعمال عبارة «عند الاقتضاء»، وإن قواعد التأويل لا تقبل التشديد والتضييق وإن العبرة والغلبة للمتأخر في نسق الكتابة».

ويشار إلى أن القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 المتعلق بتنقيح مجلة المرافعات المدنية والتجارية وإتمامها أضاف إلى الفصل 70 من ذات المجلة أن عريضة الدعوى ينبغي أن تتضمن بيان الشكل القانوني لطرفي الخصومة إن كانا من صنف الشركات وعدد ترسيم كل واحد منهما بالسجل التجاري إن كانا خاضعين لوجوب الترسيم بهذا السجل، واستعمل في ذلك صيغة الوجوب، مما جعل بعض المتقاضين يتمسكون ببطلان عريضة الدعوى أو بطلان محاضر عدول التنفيذ إن لم تتضمن هذه البيانات. غير أن محكمة التعقيب رفضت مجازاة هذا الرأي ورأت أن عبارات النص وفلسفته تقتضي عدم القضاء بالبطلان إلا إذا أثبت المتمسك به أنه لحقه ضرر من خرق القاعدة. وهذا التوجه سليم ويتماشى مع منطق المشرع من تقسيم قواعد الإجراءات إلى قواعد

(1) قرار تعقيبي عدد 71694 مؤرخ في 16/2/2000-2000 نشرية محكمة التعقيب لعام 2000، ج 1 ص. 172: «إن بطلان عقد تأسيس الشركة أو الوثائق المرافقة له أو أي عمل تأسيسي آخر لعدم إشهاره هو بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام ولا يحول دون استمرار عقد الشركة فيما بين الشركاء باعتباره ملزما لهم وبالتالي فهم يتحملون كل آثاره».

(2) نشرية محكمة التعقيب لسنة 2006، القسم المدني، مرافعات مدنية وتجارية، ص. 173.

«أساسية» وقواعد «عادية» وعدم ترتيب البطلان على خرق الصنف الثاني إلا بشرط وجود الضرر وثبوته.

التسم الثاني

يتم تأسيس الشركات بإبرام عقد تأسيسي ثم إتمام موجبات الإشهار وخصوصا الإشهار بالسجل التجاري، مع القيام بإجراءات أخرى لم تأت بها مجلة الشركات التجارية وخاصة منها التصريح بالوجود لدى الإدارة الجبائية والإنخراط بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.

وللتيسير على باعني المشاريع، تم في مرحلة أولى تجميع المصالح الإدارية ذات الصلة لدى وكالة النهوض بالصناعة (الفرع الرئيسي والفروع الجهوية). وقد صدر في 31 ديسمبر 2004 القانون عدد 89 لسنة 2004 المتعلق بتأسيس الشركات عن بعد، والذي أرسى نظاما خاصا بتأسيس الشركات ذات المسؤولية المحدودة (بنوعيتها) والشركات خفية الاسم وشركات المقارضة بالأسهم التي تخضع أنشطتها لأحكام مجلة تشجيع الاستثمارات عن بعد (الفصل الأول)، والتي لا يقدم فيها الشركاء مساهمات عينية (تمثل في عقارات أو منقولات عدا النقود).

وتتم إجراءات التأسيس عن بعد باستعمال الوسائل الإلكترونية الموثوق بها. وتشمل تبادل الوثائق الضرورية للتأسيس، وكذلك خلاص المعاليم والمبالغ الضرورية للتكوين، على غرار معلوم التصريح بالإكتتاب والدفع المستوجب عند تأسيس الشركات خفية الاسم، والمحدد بمائة دينار يقطع النظر عن مبلغ رأس المال. وهي تعفي من القيام بإجراءات التأسيس العادية باستعمال الوثائق الورقية.

ويجب أن تقع موافاة الهيكل المكلف بالتصرف في منظومة تأسيس الشركات عن بعد (وكالة النهوض بالصناعة API) بالوثائق اللازمة مع المبالغ المستوجبة في أجل قدره ثلاثون يوما من تاريخ دفع المبالغ المذكورة. وفي صورة عدم احترام هذا الأجل، تعد إجراءات التأسيس عن بعد لاغية وكأنها لم تقع، ويجب القيام بإجراءات التأسيس بالطرق العادية دون استرجاع المبالغ المدفوعة⁽¹⁾.

(1) إيمان منصوري: «قراءة في القانون المتعلق بإجراءات تأسيس الشركات عن بعد»، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2007، ص. 17.

وفي ما عدا بعض الاستثناءات المحدودة، فإن الشركة شخص معنوي، أي كائن قانوني لا وجود له في الواقع إلا من خلال تصرفات الأشخاص الطبيعيين الذين يمثلونه ويقومون بالأعمال والأفعال القانونية باسمه ولحسابه. أما العقارات وغيرها من الأملاك التي تمثل مقرا للشركة أو تحمل علامتها أو إسمها فهي مظاهر أو عوارض *symptomes* وليست هي الشركة نفسها. لذلك قال أحد فقهاء القانون: لم يسبق لي أن شربت قهوة مع شخص معنوي ولو مرة واحدة في حياتي. ومع ذلك فالشركات تملأ حياتنا، وهي أهم مزود لنا بما نستعمله وما نستهلكه في حياتنا من أشياء تحيط بنا حيشما كنا، بما في ذلك الآلات التي تم استعمالها لإخراج هذا الكتاب إلى القراء. فالشركة كائن عجيب، هلامي، دخاني، نرى أثره في كل مكان ولا نعر عليه في أي مكان.

الشرع الأول

عرف القانون التونسي مفهوم الشخص المعنوي منذ عهود بعيدة، فكرست مجلة الالتزامات والعقود هذا المفهوم منذ سنة 1906، حيث أقرت بالشخصية القانونية لبعض الهيئات ذات المنفعة العامة وخاصة منها المساجد، لكنها بالمقابل لم تقر بالشخصية القانونية للشركة⁽¹⁾.

وقد تجاوزت التشريعات الحديثة الجدل حول مدى إمكان تمتع الشخص المعنوي بالحقوق⁽²⁾، فأقرت ذلك صراحة. كما يعتبر الفقه الحديث عامة أن

(1) يعتبر الأستاذان صلاح الدين الملولي وسامي الفريخة أن الشخصية المعنوية للشركة (المدنية والتجارية) كما نص عليها الفصل 1261 من مجلة الالتزامات والعقود تنشأ من تاريخ العقد ما لم يتفق الأطراف على تاريخ آخر ولو كان سابقا للعقد. Cf. Slaheddine MELLOULI et Sami FRIKHA : « Les sociétés commerciales », éd. La Maison du 4. § 3, p. 1261. والحقيقة أن الفصل 1261 لا يتعلق بتاريخ نشأة الشخصية القانونية بل بتاريخ نفاذ عقد الشركة، إذ جاء به: « ابتداء الشركة من وقت العقد إذا لم يعين المتعاقدان تاريخا لابتدائها ويجوز أن يكون ابتداءها من تاريخ مقدم على العقد. والعبارة الفرنسية هي: « la société commence ». وهذه العبارة لا تفيد بوجود الشخصية القانونية في ذهن محرري المجلة، وإنما بنى عليها فقه القضاء تأويلا ينتهي إلى الإقرار بوجود الشخصية القانونية لكل كيان منظم وذو ذمة مالية قابلة للتحديد والتمييز.

(2) Léon Julliot DE LA MORANDIERE: « Droit civil », tome 1, Précis Dalloz, Paris 1958, p. 172 et 11. (n° 323 et ss.).

ر جدير بالملاحظة أن بعض الدول انخرطت في مسار تيسير إحداث الشركات عبر تيسير إحداثها عن بعد، مع تخفيف شروط التكوين إلى أبعد الحدود كما وقع في نيوزيلندا عبر قانون الشركات لسنة 1993 الذي لم يشترط في مؤسسي الشركة أن يعرفوا بهوياتهم بدقة ولم يشترط فيهم التواجد في نيوزيلندا، مما سمح بإحداث شركات لغاية التغطية على أنشطة إجرامية خطيرة مثل تجارة السلاح، وهو ما دفع بوزارة التنمية الاقتصادية بداية من سنة 2011 إلى اقتراح تعديل قانون الشركات بتدعيم صلاحيات الجهاز الإداري المكلف بتسجيل الشركات في التحري حول حقيقة هوية المسيرين والشركات والغاية من إحداث الشركة⁽³⁾.



ظهر مفهوم الشخصية المعنوية لدى الرومان في إطار مغاير للإطار الذي يعرفه العصر الحديث. فكلمة *collegia* كانت تعني في ذلك الزمن تكتل أشخاص يمارسون نفس النشاط المهني في إطار تنظيمي مقارب لإطار الجمعيات اليوم. ولم يتم الاعتراف بالشخصية المعنوية للمؤسسة التجارية بل لمثل هذه التجمعات التي كانت تجمع ذوي المصالح المتشابهة. فاتحاد المصالح كان أول مظاهر تكتل التجار والمهنيين والحرفيين في أطر منظمة تمكنهم من تجميع جهودهم لغايات متعددة منها مثلا ضمان تنظيم جنازة لائق لمن يتوفاه الأجل المحتوم منهم⁽²⁾. ومن ذلك ظهر مصطلح *corpora* الذي يعني مجموعة الأشخاص الذين يمتنون نفس المهنة ويرثونها ويتوارثونها. ثم ظهر مصطلح *societates publicanorum* الذي يعني مجموعات الجباة أي جامعي الضرائب⁽³⁾ ومنه تم اشتقاق تسمية الشركة ومفهومها.

(1) « Strengthening New Zealand's Resistance to Organised Crime. An all-of-Government Response », Ministry of Justice of New Zealand, August 2011, http://www.justice.govt.nz/publications/global-publications/strengthening-new-zealands-resistance-to-organised-crime/strengthening-new-zealands-resistance-to-organised-crime/at_download/file

(2) On parlait alors de « *collegia funeraticia* ». Cf., Gilbert HANARD : « Droit romain ». Tome 1- « Notions de base. Concept de droit. Sujets de droit », publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1997, p. 164, n° 191.

(3) G. HANARD : « Droit romain », précité, p. 164, n° 191.

الشخصية المعنوية حقيقة لا مجرد افتراض أو مجاز⁽¹⁾. غير أن الوجود القانوني للشركة يتطلب على الأقل توفر عناصر ثلاثة لا بد منها وهي: نية الإشتراك والمساهمة والإستعداد لتقاسم الربح وتقاسم الخسائر وتعدد الشركاء. فإن لم يوجد أحد هذه العناصر عدت الشركة وهمية وكانت شخصيتها القانونية مجرد ستار يمكن لمن يثبت انتفاء العناصر المذكورة رفعه والنفاذ إلى صاحب المشروع الحقيقي. وهذا هو الأساس الحقيقي لدعوى سحب الفسلة المنصوص عليها بالفصل 596 من المجلة التجارية الذي نص على أنه «إذا أفلست شركة يمكن التصريح بأن يكون التفليس مشتركا بينها وبين كل شخص إلتجأ إلى التستر بها لإخفاء تصرفاته وقام لمنفعته الخاصة بأعمال تجارية وتصرف بالفعل في مكاسب الشركة كما [و] لو كانت مكاسبه الخاصة»⁽²⁾.

أما التشريعات الحديثة فذهبت إلى أبعد من ذلك بكثير حيث أقرت بالشخصية القانونية لكل كيان قانوني تجتمع فيه مقومات الشخصية القانونية ولو لم ينص القانون على ذلك صراحة. فقد نص الفصل 68 من القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسيل الأموال في فقرته الثانية على أن «تعتبر ذاتا معنوية على معنى هذا القانون كل ذات لها موارد خاصة بها وذمة مالية مستقلة عن الذمم المالية لأعضائها أو المساهمين فيها ولو لم تسند لها الشخصية المعنوية بمقتضى نص خاص من القانون»⁽³⁾.

ويتبين من ذلك أن العنصر الرئيسي في الشخصية المعنوية هي الذمة المالية، بحيث يمكن تعريف الشخص المعنوي بأنه ذمة مالية مخصصة. ولا يعتبر هذا العنصر إلا إذا كانت هذه الذمة المالية مستقلة عن الذمم المالية لكل شخص آخر وخصوصا الذمم المالية الخاصة بالأعضاء والشركاء.

(1) Gérard CORNU: «Droit civil. Introduction, les personnes, les biens», 7è édition, Montchrestien, Paris 1994, p. 280 et ss., n° 767 et ss.

(2) Cf., Mohamed Hédi LAKHOUE: «L'accès au droit de la Personne Morale «Personne Immorale»», in La passion du Droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Mohamed Larbi Hachem, précité, p. 31.

(3) يراجع في هذا الشأن: الساسي بن حليمه وحسن عز الدين دياب: «تطور مفهوم المسؤولية الجزائية للذات المعنوية في فقه القضاء»، ضمن أعمال ملتقى حول: «نصف قرن من فقه القضاء الجزائي»، جندوبة 25-26 نوفمبر 2010، منشورات مجمع الأطراش للكتاب المختص، تونس 2011، ص. 385 وما يليها، وخاصة ص. 391.

وفي مجال الشركات التجارية، تكفل المشرع بنفسه ببيان ما إن كانت الشركة تتمتع بالشخصية القانونية أم لا، خلافا للشركة المدنية التي لا يوجد نص يؤكد صفتها كشخص معنوي من عدم ذلك. ففي ما عدا شركة المحاصة التي لا تتمتع بالشخصية القانونية⁽¹⁾، تنشأ لكل شركة شخصية قانونية بمجرد إشهار تكوينها في الرائد الرسمي والسجل التجاري. وبالمقابل، يعتبر القانون الألماني مثلا أن جميع شركات الأشخاص لا تتمتع بالشخصية القانونية، والتي تقتصر على شركات الأموال⁽²⁾. فشركات الأشخاص تنتمي في القانون الألماني إلى صنف «شركات الملك» *Gesamthandgemeinschaften*.

ويتتهي وجود هذه الشخصية القانونية عند حل الشركة بأي وجه، على أن شخصيتها القانونية تواصل في فترة التصفية وفي حدود ما تتطلبه التصفية فقط. وتستمر الشخصية القانونية للشركة في صورة تغيير شكلها أو تمديد مدتها.

الشرع الثاني

المبادئ الجوهرية في ميدان قانون الشركات

من «المبادئ الجوهرية في ميدان قانون الشركات أن الشركة تتضمن هيئات مختصة قانونا لإتخاذ أنواع معينة من القرارات. فالجمعية العامة للشركاء تتخذ القرارات المصيرية والمتعلقة بتحويل القانون الأساسي وتعيين الممثلين وعزلهم ومصير الأرباح. أما الشريك الذي لا يتصرف في إطار الجمعية العامة للشركاء فليست له الصلاحية القانونية لإتخاذ أي نوع من القرارات المتعلقة بالشركة أيا كان صنفها حتى لو كان مالكا لعدد من الحصص أو الأسهم يفوق الأغلبية المشتركة قانونا لإتخاذ قرارات الجلسة العامة»⁽³⁾.

ولما كانت علاقة الشركة بمسيرها علاقة مستشكلة من الناحيتين القانونية والفعلية، فقد نصت مجلة الالتزامات على قواعد خصوصية هامة في الغرض:

(1) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 27366 مؤرخ في 28 فيفري 1968 القضاء والتشريع 1969 ص 131: «شركة المحاصة تختلف عن سائر الشركات الأخرى من ناحية جوهرية وهي أنها مجردة من الشخصية المدنية ولذا فلا يمكن القيام على الشركة بصفتها ذات معنوية».

(2) Michel FERMONT: «Droit allemand des affaires», précité, p. 200, n° 401.

(3) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 51707 مؤرخ في 16/6-1998 مجلة القضاء والتشريع عدد 9 لعام 2001، ص. 261.

- أن لا سقوط للدعوى بمرور الزمان في الدعاوى الناشئة بين القاصر والذات المعنوية من جهة والمقدم عليهما أو المدير أو الوصي ما لم تنقضي ولايتهم ولم يتحرر حسابهم بوجه بات. فأجل التقادم لا ينطلق إلا من تحقق ذلك⁽¹⁾. أما في ما بين الشركاء فأجل التقادم محدد بخمسة أعوام من نشر قرار فسخ الشركة أو خروج الشريك وكذلك بين الشركاء والغير.

- أن مسير الذات المعنوية بوجه عام يمنع عليه أن يتعاقد مع نفسه أصلاً، أي أنه لا يجوز أن يجمع في نفس العقد بين صفته الشخصية وصفته كمسير فلا يحق له بالتالي أن يقتض شيئا من أموال الشركة⁽²⁾. وقد كرست مجلة الشركات التجارية هذه القاعدة بنصين خاصين هما الفصلان 115 (بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة) و200 (بالنسبة للشركة خفية الاسم).

- أن الإقرار الصادر عن مدير الذات المعنوية عامة لا يصح إلا في ما صدر عنه أو بإشره شخصيا⁽³⁾. ويسري ذلك أيضا على اليمين، سواء كانت حاسمة للنزاع أو استيفائية⁽⁴⁾.

- أن الإثبات في نزاعات الشركاء فيما بينهم (أو في ما بينهم وبين الميسرين) يكون بالدفاتر المشتركة⁽⁵⁾.

- أن جزءا كل عمل تبرع يقوم به المسير في حق الشركة هو البطلان أيًا كان المستفيد منه إذا كان تبرعا محضا «ولو تم بالإذن المطلوب»⁽⁶⁾. وي طرح ذلك تساؤلا عن كيفية تطبيق هذه القاعدة بالنسبة للتبرعات والهدايا المعترف بها عرفيا والتي أقر القانون الجبائي بإمكانية طرحها من أرباح الشركة. والرأي لدى غالب الفقه أن هذه التبرعات لا تعد تبرعات بالمعنى الدقيق لأنها في الواقع «تبرعات تجارية» تهدف إلى تنمية المبيعات، كما إذا صنعت مؤسسة عطرا جديدا فقامت بتوزيع نماذج échantillons منه على حرفائها أو حتى على عابري السبيل في سبيل التعريف به وضمان بيعه في السوق. لكن إن

(1) الفصل 391 من مجلة الالتزامات والعقود - الفقرة الفرعية «ثالثا».

(2) الفصل 579 من مجلة الالتزامات والعقود.

(3) الفصل 433 من مجلة الالتزامات والعقود.

(4) الفصل 494 من مجلة الالتزامات والعقود.

(5) الفصل 463 من مجلة الالتزامات والعقود.

(6) الفصل 16 من مجلة الالتزامات والعقود.

تبين أنه تبرع دون هدف تجاري ولا يهدف إلى تنمية المبيعات فإنه يخضع لقاعدة الفصل 16 من مجلة الالتزامات والعقود السالف ذكرها.

الشرع الثالث

يترب عن الاعتراف بالشخصية القانونية للشركة وجوب أن تكون لها تسمية اجتماعية خاصة بها يختارها الشركاء ولا يشترط فيها أن تتطابق مع اسمها التجاري⁽¹⁾، والاعتراف لها بذمة مالية مستقلة عن الذمم المالية

(1) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 2729 مؤرخ في 10 ديسمبر 1977، مجلة القضاء والتشريع 1970، ص 287. «لا تتقيد المحكمة بالاسم الذي أعطي للشركة من طرف مكوئنها إذا كان ذلك الاسم لا يتفق من الأغراض المقصودة من طرفهم». ويلاحظ أن العصر الحديث شهد تطور بعض الظواهر مثل «شركات الظل» shadow companies وهي الشركات التي تستعمل تسمية مشابهة لتسمية شركات أو علامات تجارية مشهورة بغاية استغلال الحرفاء وحتى التحيل. وقد تم تقديم مشروع قانون في هونغ كونغ سنة 2010 لتعديل قانون الشركات يهدف إلى اختصار أجل تأسيس الشركة إلى يوم واحد، مع منح المشرف على تسجيل الشركات صلاحية رفض التسمية المقترحة إن كانت مشابهة لتسمية شركة سابقة الوجود مع طلب تغييرها. وبالنسبة للشركات التي سبق تسجيلها، يقترح المشروع منحه سلطة طلب تغيير التسمية خلال أجل معين. وقد تم اعتماد التقيحات بموجب المرسوم عدد 28 لسنة 2012 المنشور بالجريدة الرسمية في 10 أوت 2012. أنظر:

«The New Companies Ordinance», http://www.cr.gov.hk/en/publications/docs/052010_EN_part3-e.pdf, p. 52.

يراجع نص المرسوم على الصفحة الرسمية: http://www.cr.gov.hk/en/companies_ordinance/docs/full-e.pdf

وفي قانون الشركات النيجيري، يمنع أن يتضمن اسم الشركة عبارة «Chamber of Commerce» كما يمنع استعمال الكلمات التالية: «Federal», «National», «Regional», «State», «Government», «Co-operative», «Building Society», «Municipal», «Chartered», «Group», «Holding» وكذلك كل عبارة أخرى تعتبر إدارة السجل التجاري أنها تخلق لبسا في الأذهان أو توحي بأحد المعاني المذكورة (المادة 30 من قانون الشركات النيجيري). ويُفترض أن يمنع القانون التونسي بدوارة استعمال مصطلحات مثل «الوطني» أو كل تسمية تحيل إلى ديانة أو مذهب أو طائفة أو عرق (الإسلامية - اليهودية - المسيحية - البربرية - الشيعية - السنة - الإباضية...).

للشركاء⁽¹⁾ والمسيرين⁽²⁾، تشمل رأس المال الأصلي وما يضاف إليه عند ترفيعه، ثم ما تكتسبه الشركة بعد تكوينها وما يجتمع لديها من الاحتياطي والأرباح غير الموزعة وما عليها من ديون والتزامات بجميع أصنافها ومهما كانت آحاد خلاصها. كما ترتب عن ذلك الإقرار التدرجي بإمكانية تحملها المسؤولية الجزائية.

(1) المحكمة الابتدائية بتونس، حكم عدد 764 مؤرخ في 31 ديسمبر 1963، مجلة القضاء والتشريع 1965، ص. 118: «الشركة هي ذات معنوية مستقلة بكيانها القانوني ومكاسبها عن كيان مكاسب مختلف الشركاء، ولا يمكن أن ينفذ على مكاسب الشركة الخاصة لاستخلاص الديون الشخصية المتعلقة بذمة أحد الشركاء فيها.

تبطل العقلة المحجزة على مكاسب الشركة إذا كانت تلك العقلة ترمي لاستخلاص دين شخصي خاص بأحد الشركاء».

أنظر أيضا الحكم الابتدائي عدد 337 المؤرخ في 23 جوان 1964، مجلة القضاء والتشريع 1965، ص. 126: «إذا كانت الشركة فاقدة للشخصية المعنوية فإنه يحق لكل شريك القيام بدعوى عزل المدير بدون لزوم لإدخال بقية الشركاء.

وفي صورة الإذن بتصفية الشركة فإن هذا الأمر يستدعي إجراء الحساب بين الشركاء بواسطة أحد الخبراء خلافا لما هو مقرّر بالنسبة للشركات ذوات الشخصية المعنوية التي تتناول تصفيتها استنضاض ما لها ودفع ما عليها باعتبارها كائنا مستقلا بذاته عن ذوات الشركاء».

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 9491 بتاريخ 16 فيفري 1984، نشرة محكمة التعقيب 1984، الجزء الأول، ص. 81: «وكيل الشركة لا يقام عليه شخصيا بالدعوى ولا يصدر عليه الحكم ما دام العقد باسم الشركة»- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني عدد 8822 بتاريخ 19 مارس 1984، نشرة محكمة التعقيب 1984، الجزء الأول، ص. 95: «الحكم الصادر على الشركة في شخص وكيلها لا ينفذ على مكاسب الوكيل شخصيا ويظل تنفيذ على ذلك الوكيل طالما لم يثبت أن الوكيل متضامن أو كفيل تلك الشركة». يراجع أيضا القرار التعقيبي المدني عدد 25575 بتاريخ 26 فيفري 1991، نشرة محكمة التعقيب 1991، ص. 101. كما تستثى أيضا صور الحكم على المسير بتحمل كامل ديون الشركة أو جزء منها في إطار دعوى سد العجز في موجودات الشركة، أو بسحب الفلسة عليه.

ونتيجة لذلك ينص الفصل 372 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه ليس للشريك أن يقاصص دائته بما عليه (أي على الدائن) للشركة كما لا يسوغ لدائن الشركة أن يقاصص الشركة بما له على الشركة ولا يحتج على الشركة بما لذاته من الحقوق على أحد الشركاء.

الفرع الرابع

الشركة

للشركة مقرها الخاص بها، وهو المركز الأساسي لنشاطها ولاتخاذ القرارات المتعلقة بتسييرها وإدارتها⁽¹⁾. وتوجه كافة المخاطبات الرسمية الموجهة إلى الشركة، وخاصة منها المكاتيب الرسمية ومحاضر العدول المنفذين، إلى هذا المقر⁽²⁾. على أنه يحق للغير مخاطبة الشركة في مقرها الحقيقي/الفعلي إن أثبت أنه موجود بمكان غير المقر المنصوص عليه بالعقد التأسيسي، كما يحق له مخاطبتها في مقرها القديم إن لم تقم بإشهار تغيير المقر طبق القانون، وذلك تطبيقا لنظرية الظاهر *théorie de l'apparence*، وجزءا للشركة عن تخلفها عن القيام بواجب الإشهار.

(1) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 17591 مؤرخ في 13 جويلية 1959، مجلة القضاء والتشريع 1959، ص. 24: «مقر الشركة لا يمكن اعتباره قانونا إلا متى وقع إشهاره طبق القانون».

(2) محكمة الاستئناف بتونس، قرار استئنافي جبائي بتاريخ 26 نوفمبر 2008، عدد 67426، مجلة الأخبار القانونية، عدد 64/65، مارس 2009، ص. 11: «علاوة على ثبوت عدم تطبيق محكمة البداية للفصل 57 الجديد [من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية] فإن هذا الفصل في صيغته القديمة قد نص على أن تودع لدى مركز أو مكتب المراقبة الذي يرجع له المعنيون بالأمر بالنظر كل وثيقة تنص على تنقيح القوانين الأساسية أو تحويل المقر الرئيسي للمنشأة. وإن الفصل المذكور لا يمكن اعتباره حكرا على الذوات المعنوية كما ذهبت لذلك الإدارة بدليل صياغته التي جاءت عامة (المعنيون بالأمر) وبالتالي فإن ما ذهبت إليه محكمة البداية بهذا الخصوص حكمها بالتوازي على الفصل 3 م.إ.ج. [مجلة الإجراءات الجبائية] الذي نص على أن يتم التوظيف بمكان المنشأة الرئيسية بالنسبة للأشخاص الطبيعيين الذين يتعاطون نشاطا تجاريا أو حرفا أو مهنة غير تجارية. وطالما ثبت من مظهرات الملف أن إدارة الجبائية لم تقم بإعلام المطالب بالاضريبة بالعنوان الذي أعلم به إدارة الجبائية بعد تغييره مقره... حسب التصريح بالوجود فإن إجراءات التبليغ تكون باطلة لعدم تبليغها بالعنوان القانوني للمطالب بالأداء.

وإن تمسك الإدارة باعتماد العنوان الوارد بالتصاريح دون العنوان المصرح به والمعلم به كتابيا لمصالح الجبائية قد خالفت النصوص القانونية الصريحة التي توجب تبليغ الإعلانات بمقر المنشأة الذي يثبت من التصريح بالوجود أو بوثيقة طلب تغيير المقر المودعة لدى إدارة الجبائية. ويكون بذلك الحكم الابتدائي في طريقه لما قضى ببطان إجراءات تبليغ قرار التوظيف الإجباري واعتبار آجال الطعن بذلك مفتوحة واتجه إقراره».

ومن تطبيقات الفصل 4 من مجلة الشركات التجارية في ما يتعلق بالشخصية القانونية للشركة واستقلاليتها عن شخصية الشركاء، القرار التعقيبي المدني عدد 7732 المؤرخ في 30 مارس 2006⁽¹⁾ المتعلق بشرط تحكيمي مدرج بعقد كراء محل مبزم بين الشركة المالكة والشركة المتسوعة الخاضعة لنفوذ شركة أخرى تملك أغلبية رأس مالها، فأوضحت محكمة التعقيب أن الشرط التحكيمي لا يلزم الشركة الأم : «حيث اعتبرت محكمة الدرجة الثانية أن الطاعة حالياً ملزمة بكتب الاتفاق المبزم بين المعقب ضدها وشركة استرو توريضم وذلك باعتبارها مالكة لأغلبية أسهم المعقبة حول شروط استغلال المكوى الذي في تصرف هذه الأخيرة... إن هذا التعليل فيه خرق لمبدأ الأثر النسبي للعقود الوارد بالفصل 240 من مجلة الالتزامات والعقود. وخلافا لما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد فإنه طالما لم تكن الطاعة طرفاً في كتب الاتفاق المشار إليه فإنه لا يمكن مجابتهما به وإلزامها لتنفيذ ما ورد به من شروط واتفاقات التي لا تلزم إلا طرفيه. و... إضافة إلى ما ذكر فإن قضاء محكمة الموضوع قد خرق كذلك أحكام الفصل 4 من مجلة الشركات التجارية باعتباره خلط بين شخصية الشركة المتسوعة وشخصية الشركة التي أبرمت الاتفاق مع المالكة بحجة أنها مالكة لأغلبية أسهمها والحال أن المشرع قد فرق بين شخصية الشركة والشريك وأكد على استقلالية كل واحد منهما. و... يتجه قبول هذا المطعن ونقض الحكم المنتقد».

كما أضافت المحكمة أن الشرط التحكيمي لا يلزم سوى أطرافه وبالتالي فإن الشركة المالكة لأغلبية رأس مال الشركة المتسوعة ليست ملزمة بمقتضياته.

وفي قرار صادر بتاريخ 6 نوفمبر 2006 تحت عدد 2160⁽²⁾، تعلق النزاع بعقبة إدارية أجريت على شركة فتمسكت المعقول عنها بأنها مختلفة عن الشركة الصادر ضدها السند التنفيذي الإداري خاصة أنه تم تأسيسها بتاريخ لاحق، فاعتبرت محكمة التعقيب أنه «يكون ماساً بالأصل مخالفاً لأحكام الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية قرار محكمة الاستئناف المطعون فيه القاضي برفع الاعتراض الإداري المضروب على أموال شركة تضافرت

(1) قرار منشور بنشرية محكمة التعقيب لسنة 2006، القسم المدني، مرافعات مدنية وتجارية، ص. 25. ومنشور أيضاً بمجلة القضاء والتشريع ماي 2006، ص. 159، تعليق أحمد الورفلي.

(2) نشرة محكمة التعقيب لسنة 2006، القسم المدني، مرافعات مدنية وتجارية، ص. 169.

المعطيات بالقضية على صلتها بشركة أخرى حيث أمسى البت في النزاع متوقفاً على مدى هذه العلاقة للتحقيق في صحة مديونية المعترض ضدها و... إن الحسم في ذلك كله يستوجب إيغالا في الأصل لا يكفي فيه الوقوف عند ظاهر المؤيدات لبلوغ الحقيقة».

ولئن لم يأت تعليل هذا القرار بيناً بدرجة كافية في خصوص المقصود بـ«الصلة» القائمة بين الشركتين فإنه من الواضح أن المراد هو أن المؤشرات الموجودة بالملف تشير إلى أن الشركة التي ضربت العقلة على أموالها يرجح أن تكون مجرد شركة وهمية أنشأها الشركاء في الشركة الأولى (الصادر ضدها قرار توظيف الأداء ثم بطاقة الإلزام) وبالتالي فإن على المحكمة أن تتحرى في حقيقة الاختلاف بين الشخصين المعنويين قبل أن تأذن برفع العقلة باعتبار أن رفع العقلة يمكن أن يسر تهريب أموال الشركة المدينة ويمنع تنفيذ السند. وهذا الموقف يتماشى مع منطق القضاء الاستعمالي إذ أن الدعوى أقيمت من الشركة في رفع العقلة الإدارية وبالتالي فإن وجود مساس بالأصل يخرج به النزاع عن نظر قاضي العجلة عملاً بأحكام الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

وفي القرار التعقيبي المدني عدد 3790 المؤرخ في 18 ديسمبر 2006⁽¹⁾ بينت محكمة التعقيب أن قرارات قاضي السجل التجاري لا يمكن أن تقيد قاضي الموضوع وبالتالي فلا يمكن لهذه القرارات أن تحسم مسألة صحة قرار صادر عن أحد هياكل الشركة أو بطلانه. فـ«السجل التجاري يهدف إلى تجميع المعلومات الخاصة بالتجار والشركات ووضعها على ذمة العموم عملاً بالفصل الأول من القانون عدد 44 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 والمتعلق بالسجل التجاري. وتبعاً لذلك يكون دور قاضي السجل التجاري مقتصر على مراقبة الوثائق المقدمة إليه والتثبت من مطابقتها للقوانين السارية وموافقتها لحالة الملف وذلك بإجراء رقابة للتوصل إلى الثبوت الظاهر للحق من عدمه دون أن يبدى رأيه فيها أو يصدر قرارات من شأنها لو طبقت أن تعيق قاضي الأصل وتؤثر على نظره في النزاع وهو ما اقتضاه الفصل 55 من قانون السجل التجاري الذي أسند النظر لقاضي السجل التجاري في الخلافات التي تطرأ أثناء التسجيل. والمقصود بالخلافات هو كل ما يتعارض وحالة الملف عند تقديم المطالب ودون الخوض في الأصل، ومن ثم لا يوجد أي تناقض في الحكم المطعون فيه

(1) نشرة محكمة التعقيب لسنة 2006، القسم المدني (مدني عام)، ص. 183.

ضرورة أن عدم الخوض في الأصل لا يمنع قاضي السجل التجاري من تفحص المؤيدات المدلى بها ومراقبتها وترتيب الأثر القانوني الواجب الترتيب دون إبداء رؤية صراحة والتصريح ببطلان محضر، لكون الحكم بالبطلان خارجا عن اختصاصه الحكمي⁽¹⁾.

وأما بالنسبة للإجراءات القضائية وفي مجال الاختصاص الترابي فالقاعدة في ما يتعلق بالتزاعات التي تهم الشركة أنه «فضلا عن كون الدفع بمرجع النظر الترابي يهم مصلحة الخصوم ولا تعلق له بالنظام العام خلافا لما لاحظته الطاعن وقد وقع تجاوزه من طرفه لدى محكمة الدرجة الثانية. فقد اقتضى الفصل 33 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أن الدعاوى الموجهة على الشركات والخلافات المتعلقة بتمثيلها أو قسمة مكاسبها والخلافات الواقعة بين الشركاء ومديري الشركة أو الشركاء ترفع للمحكمة التي بدائلتها مقر الجمعية أو الشركة أو مقر فروعهما أو نيابتهما الذين يهمهما الأمر»⁽²⁾.

وقد نزل الفصل 5 من مجلة الالتزامات والعقود الذوات العنوية بوجه عام منزلة الصغير قانونا ونظرها في ذلك بالصغير غير المميز والمجنون الذي اختل إدراكه اختلالا كلياً، فاقضى أنه لا يمكنها التعاقد إلا بواسطة من له النظر عليها⁽³⁾. والأصل في الممثل القانوني للشركة أن يمثلها في التعاقد والتقاضي، دائنة كانت أم مدينة، طالبة كانت أو مطلوبة، في حدود الصلاحيات الممنوحة له بحكم القانون وبالعقد التأسيسي.

غير أن المشرع أقر بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات الأموال قاعدة خاصة تقتضي أن تحديد سلطات الميسرين لا يعارض به الغير حسن النية، بحيث تظل المعاملات التي يبرمونها خارج صلاحياتهم ملزمة للشركة مع أنه يجوز تتبع المسير وتحمله المسؤولية المدنية.

(1) قرار تعقيبي عدد 1818 مؤرخ في 10 جوان 1985، نشرية محكمة التعقيب 1985، القسم المدني، الجزء الثاني، ص. 110.

(2) قرار تعقيبي عدد 20128 مؤرخ في 17 جانفي 1987، مجلة القضاء والتشريع 1991

، ص. 57: «إن الذوات المعنوية وإن نزلها القانون منزلة الصغير قانونا بأن جعلها ناقصة الأهلية فإن لها أهلية والهيئة المديرة لها وعلى رأسها وكيلها هي وليها والمفروض أن تكون

لهذا الولي الأهلية» - قرار تعقيبي عدد 20291 مؤرخ في 12 أكتوبر 1989، نشرية محكمة التعقيب سنة 1989، ص. 382: «إن الشركة التجارية هي ذات معنوية منزلة الصغير قانونا وهي لا تبرز للوجود قانونا وليس لها حق التقاضي إلا بواسطة ممثلها القانوني».

وتبدأ شخصية الشركة من تاريخ إتمام إجراءات تكوينها وترسيمها بالسجل التجاري ولا تثبت لها قبل ذلك⁽¹⁾. غير أن ذلك لا يمنع الشركة خفية الانسم من أن تبنى الأعمال التي أبرمها المؤسسون في فترة تأسيسها. وتستمر الشخصية القانونية حتى إتمام أعمال تصفية الشركة ولا تضمحل بمجرد اتفاق الشركاء على حلها أو صدور حكم قضائي بذلك مهما كان إطاره⁽²⁾. ومما يتج عن ذلك أنه «إذا كان المطالب بالأداء شركة تجارية في حالة تصفية فإن شخصيتها المعنوية تبقى قائمة بعد انحلالها في مدة التصفية ولضرورة إنجازها وإن القيام عليها يكون مقبولا إلى حد الإدلاء بقرار التصفية النهائي»⁽³⁾.

المعلومات التجارية

تدعيم الحق في المعلومة حول الشركة

تمثل المعلومة المدخل الأساسي لاتخاذ القرار السليم، سواء كان ذلك على المستوى الفردي أو على المستوى الجماعي. وفي غياب الحق في النفاذ إلى المعلومة أو عدم وجود آليات عملية ناجعة تضمن ممارسة هذا الحق بصفة فعلية، تكون كافة الحقوق المعترف بها للمساهم مجرد شعارات فارغة. ولذلك جاءت إصلاحات 27 ديسمبر 2007 (قانون حفر المبادرة الاقتصادية) و16 مارس

(1) قبل مجلة الشركات التجارية قضت محكمة التعقيب في قرارها عدد 3895 بتاريخ 5 أكتوبر 1981 (نشرية محكمة التعقيب 1981، القسم المدني، الجزء 3، ص. 98) بحمل المسؤولية تجاه الغير على الشركة قبل إشهارها لقيامها بواسطة عمالها وفائدها بما حصل منه ضرر.

(2) الفصل 29 من مجلة الشركات التجارية. أنظر، محمد كمال شرف الدين: «انحلال الشركات التجارية»، أعمال ملتقى حول «مجلة الشركات التجارية»، 5 و6 أبريل 2001، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2002، ص. 233، وكذلك ضمن أعمال دورة تكوينية حول «مجلة الشركات التجارية»، تونس 1 و12 أبريل 2003، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2004، ص. 365. وأيضا:

BOUILLOUX: «La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation», *Revue des Sociétés*, 1994, p. 313.

(3) قرار تعقيبي عدد 73428 مؤرخ في 12/23-1999 نشرية محكمة التعقيب لعام 1999، الجزء الأول، ص. 77.

2009 بتدعيم الحق في المعلومة وفي النفاذ إليها، فدعمت الحق في الإطلاع المستمر وحق الإطلاع الظرفي (بمناسبة الجلسة العامة).

ولا عجب أن تأتي قوانين ما بعد الثورة مقتدية بهذا التوجه، إذ صدر في 26 ماي 2011 المرسوم عدد 41 لسنة 2011 الذي كرس حق النفاذ إلى المعلومات والمعطيات والوثائق التي تملكها الدولة والجهات العمومية، فارتقى المواطن بذلك إلى مرتبة مشابهة لمرتبة المساهم في الشركة خفية الإسم. ويتبين من ذلك أنه في تونس، أصبحت الدولة تقتدي بالشركة في إقرار قواعد الحوكمة والديمقراطية في حين أنه من المعروف تقليدياً أن الشركة خفية الإسم هي التي بنيت على منوال الدولة الديمقراطية.

وقد تم تدعيم حق النفاذ إلى المعلومة في قانون 16 مارس 2009 عبر وضع الآليات التالية:

القسم الأول

أضاف الفصل الثاني من قانون 16 مارس 2009 فقرات سادسة وسابعة وثامنة إلى الفصل 11 من مجلة الشركات التجارية، توجب إيداع الوثائق التي عرضت على الجلسة العامة خلال السنوات الثلاث المتقدمة ومحاضر جلساتها على ذمة الشركاء بمكان معين بالعقد التأسيسي. ذلك أن بعض الشركات تكون مصالحها الإدارية موزعة بين عدة أماكن فيهدر المساهم وقتاً طويلاً وثميناً في البحث عن مكان وجود الوثائق وقد يتخلى عن ممارسة هذا الحق بسبب هذه الصعوبة وقد تكون الصعوبة مبرمجة ومفتعلة لغاية إفراغ حق الإطلاع من محتواه. كما مكن المشرع الشركاء من ممارسة حق الإطلاع على تلك الوثائق خلال أوقات العمل العادية بالشركة. وهذه القاعدة تهدف إلى حماية الشركة حتى لا يتعسف المساهم في طلب ممارسة حق الإطلاع خارج أوقات العمل المعتادة في الشركة.

وأقر تعديل 16 مارس 2009 قاعدة عدم جواز الحط أو الحد من الحقوق الأساسية للشريك بموجب أحكام العقد التأسيسي أو قرارات الجلسات العامة. ولا يقتصر الأمر على حق الإطلاع فحسب بل يمتد إلى كل الحقوق التي تعتبر أساسية أي التي يؤدي إلغاؤها أو الحد منها إلى إفراغ صفة الشريك من معناها.

من ذلك مثلاً أنه لا يمكن حرمان الشريك من التصويت حرماناً كلياً. ويستفاد من ذلك أنه يجوز أن ينص العقد التأسيسي للشركة خفية الإسم على اشتراط ملكية عدد معين من الأسهم لحضور الجلسات العامة وممارسة حق التصويت لكن لا يجوز منع المساهمين أصحاب الأسهم القليلة من جمع أسهمهم للوصول إلى العدد الأدنى وتكليف من يصوت نيابة عنهم.

الشرع الأول

الإطلاع على الوثائق المتعلقة بالشركة

أضاف تعديل 16 مارس 2009 فصلاً 11 (مكرر) يقتضي أنه علاوة على الدفاتر والوثائق المنصوص عليها بالتشريع الجاري به العمل بما فيها القانون المتعلق بإرساء السندات غير المادية الصادر في 21 مارس 2000، يجب على الشركة أن تمسك دفترًا يتضمن اسم كل واحد من المسيرين أو عضو في مجلس مراقبة ولقبه وعنوانه. وقد اقتصر المشرع على هذه البيانات الثلاثة حتى لا يزول الأمر إلى مساس بالحماية المقررة بالدستور وبالقانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية 2004 للمعطيات الشخصية données à caractère personnel. فالمعطيات التي يجب أن يتضمنها دفتر المسيرين هي فقط تلك التي تمكن المساهمين أو كل شخص له مصلحة مشروعة من أن يعرف العناصر الأساسية لهوية كل واحد منهم، وذلك لتيسير مقاضاتهم عند الإقتضاء، خاصة أنه تبين في الواقع أن عديد الأشخاص تعذر عليهم القيام على المسيرين أو أعضاء مجالس المراقبة من أجل أخطاء التصرف التي يرتكبونها بسبب عدم توفر أي معلومة عن هويتهم.

الشرع الثاني

الإطلاع على دفتر الحصص والأوراق المالية

أحدث تنقيح 16 مارس 2009 دفتر الحصص أو الأوراق المالية، وهذا الدفتر مختلف عن حساب الأوراق المالية المنصوص عليه بالقانون عدد 35 لسنة 2000 المؤرخ في 21 مارس 2000 المتعلق بإرساء السندات غير المادية.

وهو يتضمن بالخصوص البيانات المتعلقة بالسندات موضوعه وهوية مالكيها والعمليات التي أجريت عليها وما وظف عليها من الحقوق والتحملات. فهذا الدفتر أوفى معلومات إذ يتضمن بيانات حول التحملات (وخاصة الرهون) المحمولة على الأوراق المالية أو الحصص ولا ينطبق هذا الشرط منطقيا في صورة النفاذ الإلكتروني.

ولا يوجد ما يمنع من أن تكون الدفاتر المذكورة إلكترونية خاصة أن مجلة الالتزامات والعقود أقرت في فصلها 453 مكرر المضاف في 13 جوان 2000 بموجب القانون عدد 57 لسنة 2000 مبدأ التسوية بين الوثيقة الورقية والوثيقة الإلكترونية. وفي هذه الحالة أيضا يمكن أن يتم الإطلاع على الدفاتر عن بعد، فيجب على الشركة عندئذ أن تبين للمساهمين العنوان الإلكتروني الذي يمكن النفاذ عبره إلى المعطيات المطلوبة مع التزامها بضمان سرية المعطيات وعدم نفاذ الغير إليها إلا بالشروط القانونية.

ويحق للشركاء الحصول على مضامين من هذه الدفاتر في نفس الظروف المنصوص عليها بالفصل 11 المتقدم ذكره خلال أوقات العمل العادية بالشركة. ولم يقيد المشرع حق الشركاء في الحصول على المضامين إلا بالشرط الزمني المتعلق بالحضور لطلب الحصول على المضمون extrait في وقت العمل (الإداري) العادي بالشركة. فيحق لكل شريك الإطلاع على المعطيات المتعلقة بأسهم باقي الشركاء أو حصصهم. ولا ينطبق هذا الشرط منطقيا في صورة النفاذ عبر الوسائط الإلكترونية.

أما بالنسبة للشركات خفية الاسم ذات المساهمة العامة، فقد وقع الحد من حق النفاذ إلى المعلومة، إذ يمكن للمساهم الإطلاع على دفتر الأوراق المالية في حدود ما يتعلق بمساهمته فقط. وبالنسبة لهذا النوع من المعطيات، لم يضع المشرع قيда عدا القيد المنطقي المتعلق بالحضور في وقت العمل العادي بالشركة. أما الإطلاع على معطيات تهم الأوراق المالية التي ليست على ملك الطالب فلا يقع إلا بمقتضى إذن من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها مقر الشركة متى أثبت الطالب أن له مصلحة شرعية في ذلك.

القسم الثاني

دعم إصلاح سنة 2009 الحق في الإعلام الظرفي بمناسبة الجلسة العامة إذ أوجب أن توضع قائمة المساهمين في الشركات خفية الاسم على ذمة المساهمين وذلك خمسة عشر يوما على الأقل قبل كل جلسة عامة للمساهمين. وضمانا لفاعلية هذا الواجب فقد تقررت عقوبة جزائية لمسيرى الشركة خفية الاسم الذين لا يقومون بما ذكر في الآجال والظروف المنصوص عليها في مجلة الشركات التجارية.

واستكمالا لمنظومة الشفافية، أضيفت إلى الفقرة الأولى من الفصل 16 من ذات المجلة مطة ثامنة توجب أن يقع إشهار المكان الذي تودع به الوثائق والدفاتر المنصوص عليها بالفصلين 11 و 11 مكرر من ذات المجلة بنفس آليات الإشهار المنصوص عليها بالفصل 16 وهي الترسيم بالسجل التجاري والإعلان في الرائد الرسمي. أما الإشهار بجريدتين فقد وقع إلغاؤه بموجب أحكام الفصل الأول من قانون 16 مارس 2009.

التعليق الأخير

الحماية القانونية للشريك

يلاحظ الفقه الحديث وجود قطيعة بين رأس المال والسلطة داخل الشركة⁽¹⁾. فبفعل انفتاح عدد كبير من الشركات على السوق المالية، تكاثرت عدد الشركات العملاقة التي يكون جزء هام من رأس مالها مملوكا بأيدي عدة آلاف وحتى ملايين من الشركاء الذين يملك كل واحد منهم نسبة ضعيفة منه⁽²⁾، مما يدفعهم

(1) A. GAMBARO, op. cit., p. 24.

(2) بلغ عدد المساهمين في شركة «يوكوس» Yukos النفطية الروسية حوالي 20 مليون شخص. وطرح ذلك إشكالا كبيرا حين قرر المساهمون في هذه الشركة رفع دعاوى تحكيمية ضد الدولة الروسية بسبب إجراءات اعتبروها مجحفة وتشكل تأييدا غير مباشر لأملهم إثر إيقاف مسير الشركة، ميخائيل خودوركوفسكي بتهمة التحيل الجباني ومصادرة مساهماته وإحالتها إلى شركات أخرى يشتبه في أنها على ملك مقربين من الرئيس الروسي بوتين. حول قضية يوكوس وتطوراتها حتى سنة 2010، أنظر مثلا:

Piotr SZWEDO : «Case Comment: Former) Yukos v. Russian Federation before the Permanent Court of Arbitration», *Journal of International Cooperation Studies*, Vol.18, No.2 (2010.10), <http://www.research.kobe-u.ac.jp/gsics->

إلى الإستقالة من كل دور في حياة الشركة والإقتصار على انتظار الحصول على نصيبهم من الربح، في حين ينفرد بجميع الصلاحيات عدد من الأشخاص الذين قد لا تتجاوز مساهمة الواحد منهم 5 أو 10 بالمائة من رأس المال. وأي عشرة بالمائة !!! وأمام هذه الهوة، أصبحت مصالح الشريك مهددة من أكثر من جانب: من أصحاب «الأغلبية»، ومن المسيرين، الذين أصبحت نسبة هامة منهم من التكنوقراطيين الذين لا يملكون مساهمة في رأس المال، ومن مختلف المتدخلين في حياة الشركة كأجهزة الرقابة، وحتى من الغير. فهل توجد آليات ناجعة لحمايته ؟

الشرع الأول

يمكن أن يتظلم الشريك من أجهزة الشركة، سواء تعلق الأمر بهيكل التسيير أو حتى بهيكل لمداولة. فحقوق الشريك يمكن أن تتعرض للضرر بفعل المسيرين الذين يمكنهم ارتكاب أخطاء في التصرف تؤدي إلى تدهور قيمة مساهمة الشريك في الشركة وتقلص منابها من الأرباح. وقد اعتبر الفقه والقضاء أن الشريك يمكنه القيام بالدعوى الفردية *l'action individuelle* ضد المسيرين بشرط إثبات أنه لحقه ضرر خاص به ومستقل عن الضرر اللاحق بالشركة⁽¹⁾.

publication/ijcs/szwedo_182-.pdf

(1) قرار تعقيبي عدد 51214 مؤرخ في 16/1/1996- نشرية محكمة التعقيب لعام 1996، الجزء الثاني، ص. 82: «دعوى نصب مؤتمن تدرج ضمن دعوى الشركة أو الدعوى الفردية وهي الدعاوى المخولة للشركاء بموجب أحكام الفصل 80 من المجلة التجارية ضد أعضاء مجلس الإدارة والتي لا يعطلها وجود هيئات الإدارة ولا هيئات التفاوض باعتبارها أداة للرقابة في يد الشركاء لا يجوز الاتفاق حتى في القانون الأساسي على حرمانهم منها. هذا بالإضافة إلى أن نصب المؤتمن لا يمنع هيكل الشركة من الاجتماع واتخاذ القرارات الملائمة لتصحيح الأخطاء واستعادة سير الشركة لأن الائتمان العدلي هو وسيلة وقيمة لحماية مصالح الشركة من المخاطر التي تتفاقم أو يتعذر تلافي عواقبها. ويمكن أن يستنتج من هذا القرار أن حذف أحكام الدعوى الفردية في مجلة الشركات التجارية لم يكن ليمنع المساهم من القيام بها. يراجع أيضا: قرار تعقيبي عدد 65150 مؤرخ في 2/3/1999- نشرية محكمة التعقيب لعام 1999، الجزء الثاني، ص. 151: «يجوز القيام بدعوى شخصية فردية من طرف كل شريك في صورة إخلال الوكيل بواجباته التعاقدية واستيلائه على أموال الشركة أو بدعوى جماعية من طرف الشركة لمواخذته من أجل سوء التصرف».

غير أنه أوضح أن تدهور قيمة الأسهم أو الحصص لا يعدّ ضرراً مستقلاً. كما تجيز مجلة الشركات التجارية⁽²⁾ لأقلية الشركاء أن تلجأ إلى القضاء لطلب إجراء اختبار في التصرف لفحص عملية أو مجموعة عمليات أنجزها المسيرون إن كانت هناك مؤشرات توحي بأن تلك العمليات مسترابة أو أنها ربما ألحقت الضرر بالشركة والشركاء⁽³⁾.

كما يجوز لأقلية المساهمين في الشركة خفية الاسم رفع دعوى الشركة *l'action sociale ut singuli* ضد المسيرين.

أما دعاوى الأغلبية ضد الأقلية فهي تهدف في الحقيقة إلى حماية مصالح الشركة لا إلى حماية مصالح المساهمين أصحاب الأغلبية بذاتهم. وفي إطار تجمع الشركات، أجاز المشرع للأقلية في إحدى الشركات الفرعية أن تقوم بدعوى في «تعسف الأغلبية» ضد الشركاء الماسكين لأغلبية رأس المال في الشركة الأم. وتقوم هذه القاعدة على فكرة تجاوز ستار الشخصية القانونية وذلك باعتبار أن الأغلبية في الشركة الأم هي التي تتحكم بشكل غير مباشر في القرارات داخل الشركة الفرعية.

وتتمثل حماية الشريك من جور هيكل المداولة في تمكنه من القيام بدعوى في إبطال قرارات الجلسة العامة إن أثبت أنها كانت تعسفية واتخذت لخدمة مصالح الأغلبية أو الغير على حساب مصلحة الشركاء أو تعسفاً على حقوق الأقلية.

وتتمثل أهم ضمانات ممارسة هذه الحماية في تخويل الشريك الإطلاع على وثائق الشركة⁽³⁾ وحضور الجلسات العامة والمساهمة في اتخاذ القرارات

(1) الفصلان 139 و290 مكرر.

(2) أوضح فقه القضاء الفرنسي أنه لا يمكن قبول طلب الاختيار في التصرف الذي تقدمت به أغلبية المساهمين لطلب فحص حسابات السنوات الخمسة الأخيرة التي صادقت عليها الجلسة العامة والتي لا يمكن الطعن فيها إلا بالبطان، خاصة أن الطلب لم يبين مجال تدخل الخبير بدقة.

Cass. com. 25 mars 1974, *Epoux Morael c. Soc. Cartonneries Mécaniques du Nord*, *Jurisclasser Périodique* 1974.II.17853, note Yves CHARTIER ; *Bulletin Civil* IV, n° 107, p. 85 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, tome I, par Roger Houn et Bernard Bouloc, éd. Sirey, Paris 1976, p. 322, note B.B.

(3) الفصل 11 من مجلة الشركات التجارية. أنظر أيضاً:

Slaheddine MELLOULI et Sami FRIKHA : « *Les sociétés commerciales* », éd. La Maison du Livre, Tunis 2013, pp. 290-295.

الجماعية بوجه عام وإجراء الرقابة على أعمال هياكل الشركة⁽¹⁾. وعلى الرغم من وجود بعض القيود فإن حق الشريك في الإطلاع يعدّ حقاً أساسياً يمكنه من القيام بما يلزم لحماية مصالحه.

ويحتفظ الشريك في كل الأحوال بالحق في الخروج من الشركة إذ لا يمكن أن يكون أسيراً لمساهمة.

وإلى جانب هذه الحقوق الموصوفة بالسياسية، للشريك الحق في مناب من أرباح الشركة. والأصل أن مناب الشريك من الربح يعادل نسبة مساهمته في رأس المال وأن كل شرط مخالف يكون باطلاً. غير أن المشرع وضع استثناءات محدودة لهذه القاعدة.

النم الثاني

تركز الأنظمة القانونية الحديثة على حماية «المستثمر». وقد عقدت للغرض عدة اتفاقيات دولية أهمها على الإطلاق اتفاقية واشنطن (18 مارس 1965)، إلى جانب عديد الاتفاقيات الإقليمية والثنائية. وتنص هذه الاتفاقية على أنه يمكن للمستثمر الأجنبي الحامل لجنسية دولة مصادقة على الاتفاقية أن يرم مع الدولة المضيفة للإستثمار -التي تكون بدورها مصادقة على الاتفاقية- اتفاقية تحكيم يُرفع بموجبها كل نزاع ينشأ بينهما بشأن الإستثمار إلى المركز الدولي لتسوية نزاعات الإستثمار CIRD / ICSID. الكائن مقره واشنطن.

والسؤال المطروح يتعلق بتحديد المقصود بالمستثمر: فهل تعد الشركة وحدها مستثمراً أم أن الشخص الذي يملك مساهمة في شركة تنجز استثماراً على إقليم دولة مصادقة على اتفاقية واشنطن يعد بدوره مستثمراً؟

تقدم الاتفاقيات الثنائية لحماية الإستثمار BITs أجوبة متباينة عن هذه المسألة. أما فقه القضاء الدولي فقد اعتبر في قضية *Barcelona Traction* أن أقلية المساهمين ليس لها أن تقوم على الدولة إذا تبين أن الإجراءات المتخذة

(1) يوسف الكتاني: «الجديد في حقوق الشريك»، أعمال ملتقى حول «الجديد في قانون الشركات التجارية»، تنظيم مركز تونس للمصالحة والتحكيم، تونس 26-27 جانفي 2001.

إنما أضرت بالشركة في ذاتها لا بالمساهمين فيها⁽¹⁾. غير أن محكمة العدل الدولية أوضحت في حكمها أنه لا توجد قاعدة عرفية دولية تبيح للمساهمين القيام بانفرادهم لطلب توفير الحماية لحقوقهم الخاصة، وإنما يمكن أن يتم إقرار ذلك بنص خاص، كما أن المساهم ليس له القيام بدعوى التعويض إذا لحق الضرر بالشركة والمساهم معاً.

أما المركز الدولي لتسوية نزاعات الإستثمار بواشنطن فقد اعتبر في عديد القرارات أنه ينبغي التمييز بين طلب الحماية الدبلوماسية (كما هو الحال في قضية «برشلونة تراكشن») وطلب الحماية القانونية أي التعويض المباشر عن الضرر أمام هيئة تحكيم، حيث إن دعوى التعويض يمكن قبولها ولو تمّ القيام بها من قبل أقلية الشركاء أو من قبل شخص يمسك مساهمة غير مباشرة في الشركة التي تعرضت للإجراءات المنافية لحقوق المستثمر⁽²⁾.

وقد بينت هيئة التحكيم المكلفة بالنظر في قضية آل وهبة وشركتي *Champion Trading* و *Ameritrade* ضد الدولة المصرية⁽³⁾ أنه ينبغي رفض الدعوى التي يتم القيام بها مباشرة وشخصياً أمام هيئة التحكيم من قبل المساهمين في الشركة التي تعرضت إلى إجراءات يمكن تكيفها على أنها نزاع غير مباشر، وذلك متى تبين أن أولئك المساهمين سبق لهم القيام بدعوى مماثلة وينفس الطلبات والأسس أمام محكمة وطنية.

وهكذا فإن هيئة التحكيم تقر بالحق للمساهمين في مقاضاة الدولة من أجل المساس بحقوقهم الفردية، غير أنها تقر قيوداً إجرائياً على ذلك متى ثبت

(1) Case concerning the *Barcelona Traction Light and Power Company, Ltd* (Belgium vs. Spain), 5 February 1970 (1970) International Court of Justice 3, at 35-36, *International Legal Materials*.227.

(2) *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on jurisdiction, 17 July 2003, award on the merits of 12 May 2005, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC504_En&caseId=C4; Azurix Corp. vs. Argentina, 1 November 2009, ICSID Case No. ARB/01/12, Annulment Proceeding, annulment, ad hoc Committee, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1171_En&caseId=C5

(3) منشور بمجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن عشر، أبريل 2013، ص. 703 وما يليها، تعليق محمد أمين المهدي.

أنه سبق لهم القيام بدعوى مثالة أمام هيئة قضائية أخرى، أي ما يسمى لدى الفقه المتخصص نظرية «fork in the road». ولم يخف الفقه تخوفه من أن يؤدي الإقرار بحق الشريك أو المساهم في القيام شخصيا بدعوى المسؤولية ضد الغير الذي يلحق ضررا بالشركة، إلى جانب قيام الشركة نفسها بدعوى المسؤولية، بذلك الغير إلى دفع تعويض مضاعف عن ضرر وحيد. ومما يزيد هذا التخوف أن فقه قضاء المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار لا يشترط نسبة دنيا من المساهمة في رأس المال للقيام بدعوى التعويض، مما يهدد بقيام آلاف الدعاوى لطلب التعويض، خاصة أن عديد صغار المساهمين في شركات المساهمة العامة يغامرون بخوض غمار التقاضي كلما أحسوا بوجود احتمال للحصول على شيء من التعويض من الدولة، التي قد تجد نفسها في مواجهة مزايدات وابتزازات لا حدود لها⁽¹⁾.

الدعوى القضائية

مراقبة إدارة الشركة وتسييرها

تختلف هياكل الرقابة الداخلية بحسب صنف الشركة وشكلها. على أن مجلة الشركات التجارية جاءت بالخصوص بتوسيع نطاق رقابة مراقبي الحسابات لتشمل كافة الشركات متى بلغ رأس مالها أو رقم معاملاتها حدا يقع ضبطه بقرار يصدره وزير المالية. وقد ضبط هذا الحد بنص القانون بالنسبة إلى أحد أصناف الشركات فحسب، فقدر بعشرين ألف دينار بالنسبة إلى رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة. أما الشركة خفية الاسم، فتخضع إلى رقابة مراقب حسابات مهما كان حجمها المالي.

وبموجب قانون 18 أكتوبر 2005 المتعلق بتدعيم سلامة العلاقات المالية، وقع تعديل عدة جوانب من الأحكام المتعلقة بمراقبة حسابات الشركات، إذ وقع ترسيخ قاعدة خضوع كافة الشركات خفية الاسم إلى تدقيق سنوي يجريه مراقب الحسابات. وبالنسبة للشركات الأخرى، تم إقرار وجوب تعيين مراقب حسابات بالنسبة للشركات التي يتوفر فيها إثنان من الأرقام الدنيا المتعلقة بثلاثة معايير وهي: إجمالي الموازنة وإجمالي الإيرادات ومتوسط عدد العملة. وقد

(1) محمد أمين المهدي، نفس التعليق سابق الذكر، ص. 729.

وقع ضبط هذه الأرقام الدنيا بموجب الأمر عدد 1546 لسنة 2006 المؤرخ في 6 جوان 2006 على النحو التالي:

- مجموع الموازنة: مائة ألف دينار،
- مجموع الإيرادات دون إعتبار الأداءات : ثلاثمائة ألف دينار،
- متوسط عدد العملة: عشرة عمال.

وقد وقع حذف معياري رأس المال ورقم المعاملات الذين كانا معتمدين بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة، والذين تبين أنهما ضعيفا الدلالة. كما تخضع الشركات الملزمة بتعيين مراقب حسابات إلى تدقيق خاص على بعض العمليات الهامة أو الخطيرة كال عقود التي تبرم بين الشركة ومسيرها أو عمليات إعادة الهيكلة (إندماج - إنقسام - ترفيع رأس المال، بيع العقارات والأصول التجارية الهامة...).

أما القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 فقد وسع مجال رقابة مراقب الحسابات على بعض العمليات الخاصة لتشمل العمليات الجارية الداخلة في النشاط الإعتيادي للشركة حين يكون المعاهد فيها أحد مسيري الشركة، إذ أوجب أن يقع إعلام هيكل التسيير بها، وعلى هذا الهيكل أن يوافي مراقب الحسابات بقائمة فيها ليتولى تدقيقها وفق معايير التدقيق المتعارف عليها.

وتتمتع الشركات التي تخضع إلى رقابة مراقب حسابات بموجب أحكام قانونية بامتيازات خاصة بها، خصوصا على المستوى الجبائي، وذلك على وجه الخصوص في ما يتعلق باسترجاع فائض الأداء على القيمة المضافة.

الباب الخامس:

جنسية الشركة

خلافا للشخص الطبيعي الذي يكتسب الجنسية التونسية بصفة أصلية بحكم انتسابه إلى أصول تونسية أو بموجب التجنس، أي بقرار من السلطة الحاكمة، فإن الشخص المعنوي لا يكتسب الجنسية التونسية إلا بشكل طبيعي أو آلي إذا توفرت فيه جملة من الشروط الموضوعية (المبحث الأول). وتكتسي مسألة الجنسية أهمية خاصة عند تطبيق الاتفاقيات الدولية وحتى القوانين الداخلية المتعلقة بحماية الاستثمار الأجنبي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

شروط اكتساب الجنسية التونسية بالنسبة للشركات

لم تتطرق مجلة الشركات التجارية إلى مسألة جنسية الشركة، بل تركت ذلك للمرسوم عدد 14 لسنة 1961 المؤرخ في 30 أوت 1961 المتعلق ببيان شروط مباشرة بعض أنواع من النشاط التجاري، المصادق عليه بالقانون عدد 46 لسنة 1961 المؤرخ في 6 نوفمبر 1961، والذي نص فصره 3 على أن «الأشخاص المعنويين تكون لهم الجنسية التونسية إذا توفرت فيهم جملة الشروط الآتية :

(1) أن يقع تأسيسهم طبق القوانين الجاري بها العمل وأن يكون مقرهم الرئيسي بالبلاد التونسية،

(2) أن يشتمل رأس مالهم لحد خمسين في المائة على الأقل على أسهم اسمية يمسكها أشخاص ماديون أو معنويون تونسيون،

(3) أن يتألف مجلس الإدارة أو المجلس المكلف بالتصرف أو بالرقابة من أغلبية أشخاص ماديين لهم الجنسية التونسية،

(4) أن يقوم بالرئاسة أو الإدارة العامة أشخاص ماديون لهم الجنسية التونسية. وبالنسبة إلى الشركات خفية الاسم وفي حالة الفصل بين مهام رئيس مجلس الإدارة ومهام المدير العام فإن المدير العام يجب أن يكون مقيما على معنى تراتيب الصرف الجاري بها العمل».

ويستوجب هذا النص إبداء الملحوظات التالية :

* أن وجود خلل في إجراءات التأسيس لا يفي عن الشركة الجنسية التونسية خاصة إذا تعلق الأمر بخلل قابل للتصحيح أو يؤدي إلى بطلان نسبي، باعتبار أن العقد الذي يطله البطلان النسبي إنما هو عقد صحيح حتى يقضى ببطلانه أي أنه قابل للإبطال⁽¹⁾ annulable. وحتى لو اعتُبر الحديث في مجلة الشركات التجارية عن إمكانية التصحيح régularisation دليلا على العكس، أي على أن العقد باطل حتى يتم تصحيحه، فإن هذا البطلان لا يتوجد من تلقاء نفسه بل يبرز إلى الوجود عند التصريح به بحكم، فيكون الحكم منشئا لحالة البطلان لا مجرد حكم تصريحي⁽²⁾ jugement déclaratif. فالعبرة بوقوع إجراءات التأسيس طبق القانون التونسي ولو لم يتم احترام جميع أحكامه.

* أن المقتضى المقصود بالنقطة الأولى يُرجع في تعريفه إلى الفصل 10 من مجلة الشركات التجارية ولو أن صدورها لاحق لتاريخ صدور مرسوم سنة 1961

* أن النقطة عدد 3 ينبغي أن يتم تأويلها على أنها تشمل الأسهم التي تصدرها شركات الأسهم كما تشمل أيضا حصص الشركات ذات المسؤولية المحدودة

(1) أحمد الورفلي: «تدراك البطلان في مجلة الالتزامات والعقود»، مجلة القضاء والتشريع، فيفري 1999، ص. 99.

(2) لا يمنع ذلك من التذكير بأن الفصل 335 من مجلة الالتزامات والعقود يقتضي أن الدفع بالبطلان l'exception de nullité لا يتقدم. لكن يمكن التأكيد على أن هذا النص لا ينطبق على الدفع ببطلان الشركة من قبل الغير باعتبار أنه يقتصر على «من طوّل بالوفاء بالالتزام» الذي أجاز له النص الدفع ببطلان نفس ذلك الالتزام. وقد وضعت محكمة التعقيب الفرنسية شرطا إجرائيا للدفع بالبطلان وهو أن تكون آجال القيام بدعوى البطلان قد انقضت:

Cass., Com., 26 mai 2010, n°09-14431, BNP Paribas c. Société GST, M. X et M. Y, <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20100526-0914431>: « La règle selon laquelle l'exception de nullité est perpétuelle ne s'applique que si l'action en exécution de l'obligation litigieuse est introduite après l'expiration du délai de prescription ». Rapprocher : 1re Civ., 7 novembre 2006, pourvoi n° 05-12080, Bull. Civ. 2006, I, n° 458 (cassation partielle).

وغيرها من الشركات، طالما لم يوجد نص آخر يتطرق إلى هذه الشركات في ما يتعلق بملكية السندات الممثلة لرأس مالها.

* أن الشرط المتعلق بجنسية المسيرين لا يعدّ متحققا إذا كان الشخص المعني ممثلا للذات معنوية، كأن يكون أحد أعضاء مجلس الإدارة شركة تملك مساهمة في الشركة المعنوية، حيث إن الشخص الطبيعي الذي يعين لذلك المنصب إنما يقوم بتلك المهمة بصفته ممثلا للذات المعنوية لا لنفسه، ولو أنه يتحمل المسؤولية الجزائية بصفة شخصية.

* أن المقصود من النقطة عدد 4 هو أن يكون الشخص الذي يدير الشركة شخصا ماديا تونسيا. فإذا تمت تجزئة صلاحيات الرئيس المدير العام بين مدير عام من جهة ورئيس مجلس إدارة من جهة أخرى فالعبرة بجنسية المدير العام باعتبار أنه المكلف بالإدارة العامة للشركة⁽¹⁾.

أهمية الجنسية في تطبيق اتفاقيات حماية الاستثمار الأجنبي

أهمية الجنسية في تطبيق اتفاقيات حماية الاستثمار الأجنبي

تبنى اتفاقية واشنطن المبرمة في 18 مارس 1965 والمتعلقة بفرض النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المحدث للـمركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار، والمصادق عليها من قبل الدولة التونسية في 3 ماي 1966 تعريفا خاصا للشخص المعنوي الذي يعد «من رعايا دولة أخرى» (national of another Contracting State) حيث نصت المادة 25(2) على ما أنه يقصد بمواطن الدولة المتعاقدة... أي شخص اعتباري يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الأخرى عدا الدولة الطرف في النزاع في التاريخ الذي وافق الطرفان على إحالة هذا النزاع إلى التوفيق أو التحكيم وكذلك كل شخص معنوي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع اتفق الأطراف لغاية تطبيق هذه الاتفاقية على أنه من مواطني دولة متعاقدة أخرى بالنظر إلى النفوذ الذي يخضع إليه ذلك الشخص المعنوي لفائدة مصالح أجنبية».

(1) الفقرة الرابعة من الفصل 217 من مجلة الشركات التجارية.

فالشركة الخاضعة لـ «رقابة» أو «سيطرة» أو «نفوذ» دولة ما أو أشخاص طبيعيين أو معنويين من دولة ما، تعدّ من «دعائيا» تلك الدولة ولو لم تكن لها جنسيتها حسب قوانينها، كما إذا كان مقرها واقعا في الدولة المعنية⁽¹⁾. والمقصود بالرقابة أو السيطرة هو خضوع الشركة إلى قوانين تلك البلاد وإلى الرقابة الإدارية التي تجريها مؤسسات تلك البلاد، ولا تقصد به الرقابة على معنى قانون الشركات أي وجود رابطة قانونية تمنح الدولة سلطة القرار داخل الشركة.

* ويؤدي نقل مقر الشركة عبر الحدود أي من بلاد إلى أخرى بوجه عام إما إلى اضمحلالها كليا أو على الأقل إلى تغيير جنسيتها⁽²⁾. غير أن القانون الأوروبي ينحو نحو التخلي عن الحل التقليدي المتمثل في انحلال الشركة على الأقل في ما يتعلق بانتقال مقر الشركة داخل الفضاء الأوروبي الموحد أي في حدود الاتحاد الأوروبي⁽³⁾.

(1) «Investor-state Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking», UNCTAD publications, New York and Geneva, 2007, p. 12.

(2) Muriel AZENCOT: «Le transfert international de siège social», thèse, Université Ponthéon-Assas, Paris 2011, <https://docassas.u-paris2.fr/muxeo/sile/esupversions/ae00c60b-a69a-48d8-9776-91e046e3e67e>

(3) Résolution du Parlement européen du 2 février 2012 contenant des recommandations à la Commission sur une 14^e directive sur le droit des sociétés relative au transfert transfrontalier du siège statutaire (2011/2046(INI)) : « Le Parlement européen, ... vu la communication de la Commission du 21 mai 2003 intitulée «Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – Un plan pour avancer» (COM(2003)0284),

... C. considérant que, eu égard aux disparités existantes entre les exigences imposées par les États membres en ce qui concerne la mobilité des sociétés, l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Cartesio* confirme la nécessité d'un régime harmonisé qui régit le transfert transfrontalier du siège statutaire;

1. demande à la Commission de soumettre rapidement, sur la base de l'article 50, paragraphe 1 et paragraphe 2, point g, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une proposition de directive relative au transfert transfrontalier du siège statutaire, suivant les recommandations détaillées figurant en annexe;

2. constate que ces recommandations respectent les droits fondamentaux et le principe de subsidiarité;

3. estime que la proposition demandée n'a pas d'incidences financières;

4. charge son Président de transmettre la présente résolution ainsi que les recommandations détaillées figurant en annexe à la Commission et au Conseil, ainsi qu'aux parlements et aux gouvernements des États membres ».

وجدير بالملاحظة أن محكمة العدل الأوروبية كانت قد اعتبرت في قضية «كارتيزيو» أنه يجوز لكل دولة عضو في الاتحاد الأوروبي أن تمنع نقل مقر شركة تم تأسيسها طبقا لقوانينها إلى دولة أخرى عضو بالاتحاد الأوروبي غير أن حرية الانتساب تسمح للشركة بأن تنتقل إلى بلد عضو آخر مع تغيير شكلها إلى شكل معترف به في قانون تلك الدولة ولا لزوم لانحلال الشركة ولتصفيتها متى كان قانون الدولة التي تم إليها الانتقال يسمح بذلك⁽¹⁾.

وقد عادت محكمة العدل الأوروبية إلى مسألة تغيير المقر عبر الحدود مجددا في قضية «فال إبييتزي»⁽²⁾ حيث اعتبرت المحكمة أنه إذا كان قانون دولة عضو في الاتحاد الأوروبي يسمح لشركة ما بتغيير شكلها القانوني فإنه ينبغي عليه أن يسمح أيضا للشركات الأجنبية بتغيير شكلها القانوني لتتصب تلك البلاد.

ويعتبر القرار الجديد خطوة إضافية في اتجاه تدعيم ركائز السوق الأوروبية الموحدة⁽³⁾، غير أنه يبقى على السؤال الأصلي قائما حول مدى انطباق هذا الحل خارج إطار التجمعات الإقليمية ذات درجات الاندماج العالية كالاتحاد الأوروبي.

(1) CJCE, Affaire C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, (demande de décisions préjudicielles, introduite par le Szegedi Ítéltábla), arrêt de la Cour (Grande chambre), 16 décembre 2008, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0210:FR:HTM>: « 4) En l'état actuel du droit communautaire, les articles 43 CE et 48 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation d'un État membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet État membre de transférer son siège dans un autre État membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée ».

(2) CJUE, 12 juillet 2012, Affaire C-378/10, *VALE Építési Kft c. Hongrie*, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=124998&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=452807>: « Lorsqu'un État membre reconnaît la faculté à une société de se transformer, celle-ci doit être accordée également à une société constituée dans un autre État membre ».

(3) Jérôme Vermeulen : « Arrêt « VALE Építési » : la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit? », *Journal de Droit Européen*, 2012, p. 276 ; Charles PEUGNET et Raffaella BARICHELLO: « Notes sur l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne « Vale Epitesi » du 12 juillet 2012 », http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/diplome_M2OFIS/Master_OFIS_2012-2013/Articles_Revue_Sorbonne_OFIS/Vale_Epitesi.pdf

الباب السادس:

القانون الجبائي

وقانون الشركات التجارية

مقابل تراجع أهمية المعطى الجبائي في تحديد اختيار شكل الشركة، فإنه ما يزال يلعب دورا مهما في عديد الخيارات كما هو شأن الإدراج بالبورصة من عدمه، خاصة أن الشركات المدرجة بالبورصة تخضع إلى الضريبة على الشركات بنسبة تفاضلية (20 بالمائة) في حين تخضع الشركات الأخرى الخاضعة للضريبة على الشركات إلى نسبة 25 بالمائة أو نسبة 35 بالمائة بحسب نوع النشاط.

التراجع في الأهمية

تراجع أهمية العامل الجبائي في اختيار شكل الشركة

قبل صدور مجلة الشركات التجارية ثم قانون حفز المبادرة الاقتصادية في 27 ديسمبر 2007، كان الأشخاص الراغبون في تكوين شركة ملزمين بالإختيار بين الصيغة الأكثر تكلفة على المستوى الجبائي والتي تكبلهم ببعض القيود مقابل تمتعهم بتحديد المسؤولية في صورة فشل المشروع المشترك (الشركة) -من جهة- والصيغة الأقل تكلفة على المستوى الجبائي والتي تجعلهم عرضة للمسؤولية التضامنية وغير المحدودة عن ديون الشركة -من جهة أخرى-. وكثيرا ما كان هذا الخيار يُحسم لفائدة غريزة الحذر، فكان جل الباعثين يختارون شكل الشركة ذات المسؤولية المحدودة إذا كانوا يقبلون مشاركة الغير في مشروعهم⁽¹⁾، بينما يختار الباقون المؤسسة الفردية رغم ما فيها من مخاطر لعدم

(1) في سنة 2002، كان هناك حوالي 66.000 شركة ذات مسؤولية محدودة مقابل حوالي

رغبتهم أو عدم قدرتهم على الإشتراك مع الغير في المشروع أو لتفاهة المخاطرة في تقديرهم⁽¹⁾.

فالمؤسسة الفردية وشركة الأشخاص يخضع كلاهما إلى نظام الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين الذي يتميز بصيغته التاعدية التي تجعل مداخيل صاحب المشروع أو الشريك المتضامن تخضع إلى ضريبة إجمالية تتراوح بين صفر و26.05 بالمائة من الربح المحقق إن لم يتجاوز هذا الربح 50.000 دينار⁽²⁾، بينما كانت الشركات الأخرى تخضع لضريبة بنسبة ثابتة وهي 35 بالمائة من الربح المحقق مهما كان مقداره⁽³⁾، مما يخلق فارقاً واضحاً بين المؤسسات الصغرى التي تحقق أرباحاً محدودة وشركات الأموال أو ذات المخاطرة المحدودة التي تحقق نفس الربح لكنها تتحمل أخطاء أكبر بكثير. ويسبب ذلك، يكون باعثو المشاريع الصغيرة مخيرين عملياً بين تكوين شركة أشخاص والقيام بنشاطهم في إطار مشروع فردي مع تحمل كامل مخاطر فشل المشروع في الحالتين. ولا غرابة في أن تختار الأغلبية صيغة المشروع الفردي طالما أن الشراكة لا تحقق للبائع فائدة تذكر إلا إذا كانت المخاطرة فيها مرتفعة بحيث يفضل تقاسمها مع الآخرين.

ومنذ إصدار مجلة الشركات التجارية سنة 2000، زال حاجس المخاطرة بأن أصبح القانون يجيز للشخص الذي لا يرغب في الإشتراك مع الغير في مشروعه أن يكون شركة شخص واحد ذات مسؤولية محدودة SUARL. وأخضعت هذه الشركة لنظام شركات الأموال⁽⁴⁾ فظلت تكلفتها الجبائية مرتفعة، حتى صدر قانون حفز المبادرة الاقتصادية الذي جاء بأمور أساسية ثلاثة: الترخيص في تقديم مساهمات بالعمل apports en industrie في الشركات ذات المسؤولية المحدودة وحذف رأس المال الأدنى المستوجب لتأسيسها والحط من نسبة الضريبة على الشركات إلى 30 بالمائة فحسب.

5000 شركة خفية الاسم وعدد لا يكاد يُذكر من شركات الأشخاص.

- (1) يختار العديد الأشخاص تكوين مؤسسات فردية أو شركات أشخاص إذا لم تكن لهم مكاسب تستحق الذكر، بحيث تكون المخاطرة التي يتحملونها هامشية بصفة موضوعية.
- (2) الفصل 44-III من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات.
- (3) في هذا المثال، تدفع الشركة الأولى مبلغاً قدره 13021 ديناراً والثانية مبلغاً قدره 17500 ديناراً مع أنهما حققتا نفس الربح وهو 50000 دينار.
- (4) الفصل 45 من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات.

ويموجب هذا التعديل، أصبحت التكلفة الجبائية للشركة ذات المسؤولية المحدودة بنوعها أكثر اعتدالاً كما أصبحت تجمع خصال شركة الأشخاص مع خصال شركة الأموال، فأصبحت الجدوى من وجود شركات الأشخاص محل تساؤل.

وأكثر من ذلك، فقد جاء الفصل 18 من القانون عدد 54 لسنة 2013 المؤرخ في 30 ديسمبر 2013 المتعلق بقانون المالية لسنة 2014 بتخفيض نسبة الضريبة على الشركات مجدداً إلى 25 بالمائة فحسب⁽¹⁾، وبالتالي أصبحت شركات الأموال والشركات ذات المسؤولية المحدودة تجمع بين ميزتي تحديد المسؤولية واعتدال التكلفة الجبائية في نفس الوقت، فلم تبق لشركات الأشخاص مزية تذكر في غالب الأحيان.

العمليات التجارية

تواصل أهمية العامل الجبائي في عمليات إعادة هيكلة الشركات

بخلاف مسألة اختيار الشكل القانوني للشركة، احتفظ المعطى الجبائي بأهميته الكبرى في اختيار صيغ إعادة هيكلة الشركات. فعمليات إعادة الهيكلة التي تؤدي إلى زوال الشخصية القانونية للشركة لها تكلفة جبائية أكبر من العمليات التي تبقى معها الشخصية القانونية للشركة على حالها.

القسم الأول

جاء القانون عدد 85 لسنة 2006 المؤرخ في 25 ديسمبر 2006 المتعلق بقانون المالية لسنة 2007 في فصله 31 بإضافة فقرة إلى الفصل 11 من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات تقتضي أن

- (1) وبالنسبة للشركات المدرجة بالبورصة (التي ينبغي أن تكون شركات أسهم)، تم الحط من نسبة الضريبة على الشركات إلى 20 بالمائة فقط.

القيمة الزائدة المتأتية من الإسهام في رأس مال شركة أم أو شركة قابضة يتم طرحها من قاعدة الضريبة على الدخل أو على الشركات (إعفاء جبائي) بشرط أن تقوم الشركة الأم أو القابضة بإدراج أسهمها في بورصة الأوراق المالية خلال العام الموالي للتأسيس.

القسم الثاني عدم مواكبة قانون الشركات للقانون الجبائي

اصطدم تطبيق الفصل 31 من القانون عدد 85 لسنة 2006 بعقبة قانونية تتمثل في أن الفصل 318 من مجلة الشركات التجارية يمنع تداول الأسهم العينية قبل مرور عامين على إصدارها، في حين أن الامتياز الجبائي المشار إليه يشترط إدراج الأسهم التي تصدرها الشركة الأم أو القابضة التي يتم إحداثها خلال السنة المالية لتكوينها، حال أن الإدراج بالبورصة يقتضي حرية تداول الأسهم. وقد تم لتحقيق التوافق بين التشريعين تعديل أحكام الفصل 319 من مجلة الشركات التجارية بموجب القانون عدد 1 لسنة 2009 المؤرخ في 5 جانفي 2009 بأن أضيفت إليه فقرة تتيح تداول الأسهم العينية التي يتم إصدارها في إطار عملية تكوين شركة أم أو قابضة إذا كانت المساهمة العينية متمثلة في أسهم أو حصص شركات تم إصدارها منذ عامين على الأقل.

الجزء الثاني

هيكلة المؤسسة

Structure de l'entreprise

بغاية رسم ملامح التطور القانوني لمسألة هيكلية الشركات واستشراف مستقبلها، نتعرض في ما يلي إلى تقسيمات الشركات في الفقه الإسلامي (الباب الأول) ثم نتعرض إلى هيكلية الشركات في ظل مجلة الشركات التجارية (الباب الثاني)، حيث تصنف عامة إلى شركات أشخاص وشركات أموال، وبينهما الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

الباب الأول

تقسيمات الشركات في الفقه الإسلامي

الشروط العامة

مشروعية الشركة ترقى عن الشك في الفقه الإسلامي. فقد روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما الآخر. فإذا خانه خرجت من بينهما». كما روى عنه زيد بن علي في مسنده أنه قال: «يد الله مع الشريكين ما لم يتخاونا. فإذا تخاونا مُحقت تجارتها فرفعت البركة عنهما».

وتتعدد الشركة بخلط الأموال أو الأعمال بغاية تحقيق ربح وتقاسمه بين كافة الشركاء. وتشتط فيها النية والأهلية والصيغة الدالة على قصد الاشتراك مع قبول خطر تقاسم الأعباء والخسائر. وقد حذر الشرع الإسلامي الشريك من الإفراط في الثقة في شريكه خاصة إن لم تكن الكفة متوازنة بينهما أو إن كانت العلاقة الدمية أو المعنوية بينهما تجعل لأحدهما دالة على الآخر أو تجعل الثاني حياً في تعامله مع الأول، فورد في سورة (ص) قوله تعالى:

﴿وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَضُمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ (21) إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُدَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصِمَانِ بَغَى بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَأَخِمْ بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُسْطِطْ وَاهِدَنَا إِلَى سِوَاءِ الصِّرَاطِ (22) إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً وَلِيَ نَعْجَةٌ وَاحِدَةً فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ (23) قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعْجِكَ إِلَى نِعَاجِهِ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ (24)﴾.

ويعتبر الفقه الإسلامي أن كل واحد من الشركاء وكيل عن صاحبه في مغيه، ويصح ذلك خصوصاً على شركات المفاوضة والعنان. ويشترط لصحة الشركة ثلاثة أركان وهي:

القسم الأول

ويشترط في كل منهما أن يكون ممن يصح منه التوكيل لغيره لأنه يأذن غيره بالتصرف في ماله، وأن يكون كل منهما ممن يصح أن يكون وكيلًا لأنه مأذون بالتصرف في مال غيره.

القسم الثاني

فيكفي قولهم اشتركتا إذا كان يفهم منه المقصود وكذلك إذا خلط المالان والعمل بينهما. ويشار إلى إمكانية قيام شركة اضطرارية تتكون دون اختيار أو اتفاق سابق بين الشركاء كالشركة التي تنتج عن وفاة المورث وهي شركة الإرث التي أشار بعض الفقهاء إلى إمكانية إثباتها بشهادة الشهود.

القسم الثالث

وهو المال والأعمال محل الإشتراك. وينبغي أن يكون مشروعًا وجائزًا وغير محرّم كلحم الخنزير أو الخمر.

القسم الرابع

أقسام الشركات في الفقه الإسلامي

يقسم الفقه الشركات ثلاثة أقسام وهي:

القسم الأول

وهي أن يبيع الوجه (الذي له وجاهة في البيع والإنتاج) مال الخامل (الذي ليس بمعروف) ببعض ربحه وحكمها الفساد لسبب وهو أن فيه تدليسًا لأن كثيرا من الناس من يرغب في الشراء من الوجهاء لاعتقاده أن الغني يتجر في جيد السلع وأن الفقراء عكس ذلك.

القسم الثاني

وهي ثلاثة أقسام:

الشرع الأول

شركة المساواة

وهي أن يجعل كل منهما لصاحبه بأن يتصرف في الغيبة والحضور في البيع والشراء والكراء والإكراء ولذلك سميت مفاوضة لأن فيها معنى التفويض⁽¹⁾ كما من معانيها أن كل واحد من الشركاء يضمن الآخر في كل ما يقوم به. ويقال «مألهم فوضى بينهم فهو مختلط، من أراد منهم شيئا أخذه»⁽²⁾. وقد قال الشاعر:

طعامهم فوضى فضا في رحالهم لا يحسنون السر إلا تناديا

ومن معانيها المساواة والمخالطة. وفسرها ابن رشد بالمساواة في الربح والضمان. وحكمها الجواز. وقد اختلف المالكية والحنفية في ما إذا كان من الضروري أن تشمل جميع ما يملكه كل واحد من الفريقين، فقال المالكية إنه يجوز لكل واحد من الشريكين أن يستبقي ما شاء من ماله خارج الشركة، وقال الحنفية بخلافه، وهو ما يتماشى مع قاعدة التضامن المكروسة في التشريع الوضعي الحالي.

الشرع الثاني

شركة الغنى

وهي أن لا يتصرف أحدهما إلا بعد أن يأخذ الإذن من الآخر. فهي شركة أموال دون تفويض. وتسميتها مأخوذة من عنّ ويقال عنّ لي أن أفعل كذا بمعنى خطر لي صدقة، ومعناه أن الغالب في هذه الشركة أن تنشأ بصفة عرضية ولا تدوم في الزمن، كما أنها شركة في شيء خاص، وذلك لأنها قد تقوم بين أشخاص ليست لهم ثقة كبيرة في بعضهم، وهو ما يفسر عدم إمكان إبرام عقد من الواحد

(1) محمد سحاح المجاجي: «أحكام الشركات في الفقه الإسلامي المالكي»، ط. المكتب الإسلامي، بيروت 2001، ص. 19.

(2) المجاجي، مرجع سابق، ص. 21.

دون الباقيين⁽¹⁾. وقيل إن مالك ابن أنس سئل عنها فأقر بعدم معرفته لها. وفسر أتباعه ذلك بأنه إنما قصد أنه لا يعرف المصطلح لا المعنى⁽²⁾. وتجوز الشركة في الأموال من كلا الجانبين وفي الطعام المتفق صفة ونوعا وذلك على أن يكون الربح بينهما بقدر ما أخرجه كل واحد منهما وعلى أن يكون العمل عليهما بقدر ما شرطا من الربح لكل واحد. فإذا أخرج أحدهما مثلا مائة والآخر مائتين فالربح والخسران بينهما أثلاثا ولا يجوز أن يختلفا في رأس المال ويستويا في الربح.

ويعتبر الفقه الحنفي شركة العنان من أشكال التوكيل، ولذلك نصت المادة 1374 من مجلة الأحكام العدلية على أنه «يجوز لأي الشريكين إذا كان رأس مال الشركة في يده أن يشتري بالنقد والنسيئة ولكن إذا اشترى بالغبن الفاحش وقع الشراء له لا للشركة»⁽³⁾. ويلاحظ أن القانون التونسي كرس أحكام شركة العنان في الفصلين 1287⁽⁴⁾ و1299⁽⁵⁾ من مجلة الالتزامات والعقود.

الشرع الثالث

وتسمى قراضا⁽⁶⁾. والقراض هو دفع إنسان مالا لمن يتجر به بجزء معلوم من الربح، قلّ الربح أو كثر. والقراض جائز بشرط أن يكون بالدنانير أو بالدرهم.

(1) المجاجي، مرجع سابق، ص. 21.

(2) المجاجي، مرجع سابق، ص. 22.

(3) قارن مع الفصل 1199 من مجلة الالتزامات والعقود في خصوص الوكالة.

(4) «إذا انعقدت الشركة على أن لكل من الشركاء التصرف في أمورها بشرط استئذان الباقيين فهي شركة عنان».

فإذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف غاض فلكل من شركاء العنان إجراء ما يتعلق بإدارة الشركة بشرط أن يستأذن الباقيين إلا في الأمور المتأكدة التي يضر فيها التأخير».

(5) «إذا لم ينص بالنقد على كيفية إدارة الشركة فهي محمولة على أنها شركة عنان ويجري حكمها على ما بالفصل 1287».

(6) القراض هو لغة أهل الحجاز والمضاربة لغة أهل العراق. واشتقاق القراض من القرض وهو القطع، لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة من ربحه، واشتقاق المضاربة من الضرب في الأرض وهو قطعها بالسفر لأن أهل مكة كانوا يدفعون أموالهم للعمال يسافرون بها ابتغاء الربح. راجع: سيد بن عبد الله بن حسين التليدي: «الفقه الشافعي الميسر»؛ البيسر بطريفة السؤال والجواب، ط. دار الفضيلة، القاهرة، 2007، ص. 262. الهامش الأول، ويحيل إلى «النجم الوهاج في شرح المنهاج» للذبيري (ج. 5، ص. 257) و«تحرير ألقاظ التنبيه» للإمام النووي، ص. 215 و«الزاهر»، ص. 247.

ويصنفها بعض فقهاء المالكية كشركة مزدوجة لأن فيها مساهمة بالمال وأخرى بالعمل. ويعتبر فقهاء الشافعية أنه إذا فسد القراض نفذ تصرف العامل والربح للمالك وعليه مثل أجر العامل. ويجب على العامل عدم البيع بغبن فاحش ولا بنسيئة إلا بإذن المالك، ويجب عليه الإشهاد في البيع نسيئة وإلا ضمن، ولا يعامل العامل المالك بيعا وشراء، لأنه بذلك يبيعه ماله بماله. ولا يحق للعامل أن يشتري بأكثر من رأس المال ولا يسافر بالمال دون إذن المالك ولا يسافر بحرا إلا بإذنه ولا ينفق من مال القراض لا حضرا ولا سفرا. ويفوز المالك بشمار الشجر ونتاج الأمة والبهيمة وأجرة الأراضي والدواب الحاصلة من مال القراض. والنقص الحاصل بالرخص محسوب من الربح ومجبور به، ولو تلف بعضه بأفة أو غصب أو سرقة بعد تصرف العامل فمحسوب من الربح، وإن حصل هذا قبل تصرفه فمن رأس المال⁽¹⁾.

ويجوز لكل من المالك والعامل فسخ القراض وينسخ بموت أحدهما أو جنونه أو أغمي عليه (هكذا) وتلف كامل مال القراض. وعلى العامل استيفاء ديون القراض الباقية وتحصيلها بعد الفسخ. ويصدق العامل بيمينه في عدم الربح أو قدره، وفي تعيين سلع القراض من سلعه الخاصة به، وفي قدر رأس المال وفي دعوى التلف ودعوى الرد، ويتحالف المالك والعامل إن اختلفا في المشروط للعامل (متابه من الربح) وله أجره المثل⁽²⁾.

القسم الثالث

وهي جائزة بشروط أحدها إذا عملا في موضع واحد وثانيها اتحاد العمل أو تقاربه كأن يكون عملا واحدا كخياطين أو حمّالين أو نجارين⁽³⁾ أو يتوقف عمل أحدهما على عمل الآخر كما إذا كان أحدهما يحضر الغزل للنسيج والآخر ينسج. أما إذا اختلفت صنعتهم ولم تتلازم كخياط وحداد لم تجز الشركة للفرار.

(1) سيد بن عبد الله بن حسين التليدي: «الفقه الشافعي الميسر»، مرجع سابق، ص. 263-264.

(2) سيد بن عبد الله بن حسين التليدي: «الفقه الشافعي الميسر»، مرجع سابق، ص. 264.

(3) أحمد محمد المشهداني: «شركات العقود في التشريع الإسلامي»، نشر المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية 2005، ص. 40 وما بعدها.

(4) سيد بن عبد الله التليدي: «الفقه الشافعي الميسر»، مرجع سابق، ص. 245-246.

وثالثها أن يتساويا أو يتقاربا احترازا مما إذا عمل أحدهما قدر عمل الآخر مرتين فإن الشركة لا تجوز إلا على قدر التفاوت فتكون بينهما على الثلث والثلثين. فلو كان على أن يأخذ كل واحد النصف لم تجز. رابعها أن يكون القصد بها التعاون فلو كانت على أن يعمل كل واحد منهما على حدة لم تجز لما فيه من الغرر البين. وخامسها أن تكون الآلة بينهما بشراء أو كراء.

ويذكر الفقهاء أيضا صنفا آخر وهي شركة الإباحة، وهي في الواقع حالة الشبوع بحكم القانون، واستمدت من الحديث النبوي القائل: «الناس شركاء في ثلاثة، الماء والكلأ والنار»⁽¹⁾.

الباب الثاني:

تقسيمات الشركات في القانون الوضعي التونسي الحديث

تقسم الشركات عامة إلى عائلتين: شركات الأشخاص وشركات الأموال. وقد ظهر بينهما صنف ثالث وهو صنف الشركات ذات المسؤولية المحدودة، التي تستعير بعضا من خصائص كل منهما.

ويمكن أيضا تقسيم الشركات من حيث درجة المخاطرة التي يتحملها الشريك، فتقسم إلى شركات ذات مخاطرة مطلقة أو غير محدودة *sociétés à risque illimité* وشركات ذات مخاطرة محدودة *sociétés à risque limité*، وهو تقسيم يقترب من ثنائية شركات الأشخاص/ شركات الأموال، لكنه يركز بالتحديد على درجة المخاطرة، دون أن ينفي ذلك بعض التداخل بين الصنفين، باعتبار أن شركات المقارضة تظل دائما بين الصنفين، إذ يوجد داخلها شركاء يتحملون مخاطرة غير محدودة وآخرون يتحملون مخاطرة محدودة.

ومن الناحية العددية تتميز شركات الأموال بأنها الأكثر استعمالا في التطبيق. ولئن كان من غير الممكن أن نعرف عدد شركات المحاصة باعتبار أنها بطبيعتها خفية لا تظهر للعيان، ولا عدد الشركات المدنية باعتبار أنها لا تخضع لوجوب الإشهار القانوني، فإن باقي الشركات التجارية تتميز في الواقع التونسي بالأهمية الكبرى للشركات ذات المسؤولية المحدودة، حيث بلغ عددها في أوائل هذا القرن نحو 66000 شركة مقابل حوالي 5000 شركة خفية الاسم. وبالمقابل يوجد عدد محدود من شركات الأشخاص، من بينها بعض شركات المقارضة البسيطة. أما في ألمانيا مثلا فإن شركات الأشخاص لها أهمية عملية أكبر، إذ بلغ عددها 240 ألف شركة مفاوضة في ألمانيا الغربية وحدها سنة 1986، مقابل 200 ألف شركة ذات مسؤولية محدودة فحسب بعد أن كان عددها 98 ألفا سنة 1978⁽¹⁾. وفي غرة جانفي 1999، أحصيت الأعداد التالية :

(1) Michel FERMONT : « Droit allemand des affaires », op. cit., p. 206, n° 414.

(1) فوزي عطوي، مرجع سابق، ص. 558.

شركات ذات مسؤولية محدودة (GmbH)	شركات ذات مسؤولية محدودة (AG)	شركات ذات مسؤولية محدودة (OHG)	شركات ذات مسؤولية محدودة (KG)	شركات ذات مسؤولية محدودة (KGaA)
168900	770661	1573	31169	3138
426724	96667	251882		

ويذكر أن سنة 2012 شهدت إحداث 549.975 مؤسسة اقتصادية جديدة في فرنسا مقابل 549805 سنة 2011. ويشمل هذا الإحصاء كل أشكال المؤسسات، وأغلبها من المؤسسات الفردية⁽¹⁾. وتبرز هذه الأرقام مدى حيوية الاقتصاد وتجدر روح المبادرة لدى الأفراد، والتي هي سر قوة أي اقتصاد.

المصنف الأول

المصنف الأول: الشركات ذات المخاطرة غير المحدودة: شركات الأشخاص

Les sociétés à risque illimité : Les sociétés de personnes
Partnerships

تتميز شركة الأشخاص بقوة حضور الاعتبار الشخصي *intuitus personae* وهو ما يجعل هذه الشركات مغلقة بحكم طبيعتها، فلا تقبل دخول الأجنبي فيها بسهولة، كما أن رحيل أحد الشركاء من شأنه أن يخلخل كيانهما، والغالب أن ينتهي بانقراضها من الوجود. فالميزة الأساسية لشركة الأشخاص هي تضامن الشركاء وامتناع الذمة المالية للشركة بدممهم المالية الشخصية، وهو ما يبرر عدم وجوب تحرير المساهمات في رأس المال في مهلة زمنية محددة. كما أن نظام إحالة الحصص الاجتماعية يتميز بالتشدد والصرامة، إذ الأصل أن لا تقع إحالتها

(1) « Le nombre stable par rapport à l'année précédente. Un peu plus de la moitié de ces créations sont le fait des auto-entrepreneurs », http://lexpansion.lexpress.fr/economie/pres-de-550-000-entreprises-creees-en-rance-en-2012_368360.html; http://lexpansion.lexpress.fr/economie/pres-de-550-000-entreprises-creees-en-rance-en-2012_368360.html#mt41G8EtPOSYHmAM.99

لأجنبي ولا حتى لورثة أحد الشركاء إلا بموافقة الباقين. فشركة الأشخاص شركة شفاقة *société transparente*، خصوصاً على المستوى الجبائي، يظهر الشركاء من خلال شفافيتها⁽¹⁾. والشركة النموذجية هي شركة المفاوضة، وتسمى لدى المشاركة شركة التضامن، وهي تتسم بسمات مقاربة لخصائص الشركة المدنية كما نظمها مجلة الالتزامات والعقود. أما شركة المخاصة، فهي شركة خفية الوجود، فتبلغ شفافيتها القانونية (الداخلية) أقصاها، إذ لا تظهر الشركة أمام الغير أصلاً، وليست لها الشخصية القانونية. وبالمقابل، تتميز شركة المفاوضة بشفافيتها النسبية وباقترابها من نظام الشركات ذات المسؤولية المحدودة، على الأقل في ما يتعلق بوضعية الشركاء المقارضين بالمال.

ونظراً إلى طبيعتها المغلقة فإن شركة الأشخاص تُدار من قبل الشركاء أو بعضهم ولا يتسرب الغير إلى مجال إدارتها وتمثيلها لدى الغير.

وخلافاً للقانون الفرنسي الذي صنف جميع هذه الشركات كشركات تجارية حسب الشكل، ظل القانون التونسي يصنفها بحسب موضوعها. فهي تجارية إن كان موضوعها تجارياً ومدنية إن كان موضوعها كذلك.

التقسيم الأول

شركة المفاوضة هي الشركة التقليدية التي تتميز بالمرونة والشفافية القانونية الكاملة ويعدم تحديد مسؤولية الشركاء فيها، إذ يكونون متضامنين في ما بينهم ويكون كل واحد منهم مسؤولاً إزاء الغير في حدود كامل عناصر ذمته المالية دون تحديد عن جميع ما على الشركة من ديون. ويمكن المساهمة في شركة المفاوضة بكافة أنواع المساهمات: نقداً أو عيناً أو بالعمل.

(1) ينفي القانون الألماني الشخصية القانونية عن جميع شركات الأشخاص ويصنفها كشركة ملك مع الاشتراك في الأملاك بين الزوجين وحالة الشيوخ بين الورثة. لكن فق القضاء تدرج نحو الاعتراف لها بصلاحيات الشخص المعنوي كإصدار الشيكات والتقاضى وتحمل المسؤولية التقصيرية. أنظر:

الفرع الأول

تكوين شركة المفاوضة

تتكوّن شركة المفاوضة بين شخصين فأكثر، تكون لكل واحد منهم أهلية ممارسة النشاط التجاري، ويكتسب كل شريك صفة التاجر أكياً ولو لم يكن مباشراً لأعمال الإدارة والتسيير، بحيث تمتد آثار إفلاس الشركة إلى كل واحد منهم بصفة أكية. وقد وقع الحد من هذه الآثار بموجب القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 الذي ألغى قاعدة التفليس الشخصي للشريك بمجرد إفلاس الشركة مع الإبقاء على قاعدة التضامن في أداء ديون الشركة. ويبرم في عقد الشركة كتب خطي أو رسمي ويقع إشهار تكوينها طبق الأحكام العامة. ويسند إلى كل شريك عدد من الحصص الاجتماعية يعادل نسبة ما ساهم به في رأس المال، إلا بالنسبة إلى الشريك المساهم بالعمل، والذي يقع تقدير قيمة مساهمته من قبل الشركاء في عقد الشركة، ولا تدخل مساهمته في رأس المال. وتتخذ الشركة تسمية تتكون من اسم أحد الشركاء أو بعضهم مع عبارة «وشركاؤهم» أو «وشركاؤهم».

الفرع الثاني

حقوق الشركاء في شركة المفاوضة وواجباتهم

يعتبر كل شريك وكيلاً للشركة ما لم ينص العقد التأسيسي أو اتفاق لاحق مبرم بين الشركاء على خلاف ذلك. ويحقّ للشركاء غير الوكلاء الإطلاع على وثائق الشركة بمقرّها مرتين في السنة، ولهم طرح أسئلة كتابية على الوكلاء يجب أن يجاب عنها كتابة في أجل شهر.

وبموجب قاعدة تضامن الشركاء، يلزم كل شريك بأداء ما على الشركة من ديون تجاه الغير ولو تجاوزت نسبة مساهمته في رأس المال بشرط إنذاره من قبل الدائن وممارسة دعوى أداء الدين خلال السنوات الثلاث الموالية لحلول الدين. ولا يربط المشرع هنا بين أجل تقادم الدعاوى التي ترفع ضد الشركاء وأجل تقادم الدعاوى التي ترفع ضد الشركة، والتي قد تكون أطول بكثير.

وليس للشريك أن يحيل حصصه إلى غير الشركاء إلا برضا الباقين، مع إشهار الإحالة. على أنه يمكنه إحالة ما له من حقوق مرتبطة بالحصص، دون معارضة الشركة بذلك، في إطار اتفاقية تسمى لدى الفقهاء (convention de croupier). وفي هذه الحالة، يصبح المحال إليه صاحب الحق في الأرباح، إلا أن الشركة لا تتعامل إلا مع الشريك المحيل، فهو الذي يمكنه أن يطالب الشركة بذلك المتأب، على أن يمكن منه المحال إليه إثر ذلك.

الفرع الثالث

آثار الإفلاس في شركة المفاوضة

اقتضت الفقرة الرابعة من الفصل 55 من مجلة الشركات التجارية في صيغته الأولى أن «تفليس الشركة يؤدي إلى تفليس كل واحد من الشركاء على انفراد». وقد جاء القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 بإلغاء هذه الفقرة، وبذلك حذفت قاعدة التفليس الشخصي للشركاء في شركات المفاوضة بمجرد تفليس الشركة. وتسري هذه القاعدة على كل من هو منظر بهم وخاصة الشركاء المقارضين بالعمل في شركات المقارضة commandités. وبموجب هذا التعديل أصبح لتفليس الشركة أثر مالي فقط على الشركاء. فلا يمتد التفليس إلى الشريك، وخاصة آثاره الشخصية المتمثلة في غل يد المدين عن التصرف في ماله واعتباره من ذوي الأهلية المقيدة وإسقاط حقوقه المدنية والسياسية، بل يقتصر الأمر على اعتباره متضامناً في أداء ديون الشركة. وهو متضامن في ذلك مع الشركة نفسها ومع كافة الشركاء، فيحق لكل دائن أن يستخلص دينه من الأموال الخاصة بالشركاء دون تحديد وذلك بعد إنذار الشركة وتخلفها عن خلاص دينه لمدة 15 يوما كاملة.

ويمثل حذف الإفلاس الشخصي للشريك «هزة أرضية» في تاريخ قانون الشركات إذ أن قاعدة تفليس الشريك المتضامن بمجرد تفليس الشركة من أرسخ قواعد قانون الشركات بحكم شفافية الشخصية القانونية لشركة الأشخاص، على غرار الشركات المدنية.

الشرع الرابع

الشركة المفوضة

الأصل أن شركة المفوضة يتم تسيرها من قبل جميع الشركاء ولهم أن يكلفوا أحدهم بهذه المهمة. وقد تطور التشريع التونسي بنحو السماح بأن يكون الوكيل من غير الشركاء. وبالنسبة للوكيل الذي يكون من بين الشركاء، وباعتبار شفافية الشخصية القانونية للشركة، يطرح إشكال يتعلق بمدى جواز طرح أجوره من قاعدة الضريبة على الدخل.

الفقرة الأولى: وكيل الشركة

يسير شركة المفوضة وكيل أو عدة وكلاء من بين الشركاء أو من خارجهم. فإن كانوا من غير الشركاء، يتم تعيينهم بقرار يتخذ الشركاء المالكون لثلاثة أرباع الحصص. ويعتبر الوكيل الذي ليست له صفة الشريك غيراً أجنبياً *un tiers* بالنسبة لعقد الشركة، وهو ما يترتب عنه عدم إلزامه بالشروط المدرجة في ذلك العقد. وقد قضت محكمة التعقيب الفرنسية بأن الوكيل غير الشريك الذي يوقع على عقد الشركة مع عبارة « *bon pour acceptation des fonctions de gérant* » لا يكون ملزماً بالشروط التعاقدية الذي يقتضي منعه من منافسة الشركة بعد مغادرته لمنصب الوكيل⁽¹⁾. ذلك أنه لا يكتسب بذلك صفة الوكيل قانوناً.

ويتم عزل الوكيل بنفس الكيفية التي عين بها مراعاة لمبدأ توازي الصيغ والأشكال، على أن لا يكون العزل تعسفياً وإلا اتجه غرم الضرر. ولا يمكن إرجاع الوكيل إلى منصبه رغماً عن إرادة الشركاء ولو كان في العزل عسف واضح. ويتم إشهار العزل كما يتم إشهار قرار استبدال الوكيل بغيره.

والوكيل هو الممثل القانوني للشركة وله أن يلزمها بإيجاباً وسلباً في ما فيه مصلحتها، ما لم يقع تحديد سلطاته في عقد الشركة. فإن تعدد الوكلاء، كان لكل واحد منهم أن يعقد بمفرده، إلا إذا نصّ عقد الشركة على خلافه. وليس للشركة أن تعارض الغير المعاهد لها بتجاوز وكيلها لصلاحياته إلا

(1) Cour de cassation (com. Fr.) 10 juillet 2012, F-D, n° 11-20.268, *S^e Messagerie transports Islais c/ Oya transports*. Cf. Myriam ROUSSILLE: « Inopposabilité des dispositions statutaires au gérant non associé », *Revue des sociétés* 2013 p. 219. Annotée au *Bulletin Joly* 2013, n° 1, p. 31, par J.-F. BARBIERI.

إذا ثبت علمه بذلك وسوء نيته. وليس للوكيل أن يدير في نفس الوقت مؤسسة منافسة للشركة التي هو وكيل لها. كما لا يجوز أن يعقد لنفسه مع الشركة صفقات أو مقاولات دون إذن صريح من الشركاء، يتم تجليله كل عام. ويمكن أن يكون الوكيل مأجوراً، كما يمكن أن يكون عمله بغير أجر. وتحدد الجلسة العامة للشركاء أو العقد التأسيسي مقدار ما يستحقه الوكيل من الأجر.

الفقرة الثانية: أجور وكيل شركة المفوضة هي عين القانون الجبائي
في نظر القانون الجبائي، تعد أجور الوكيل المالك لأكثر من نصف رأس المال تسبقة مما يستحقه من الأرباح، وتصنف ضمن صنف مداخيل الأوراف الأموال المنقولة *Revenus de valeurs mobilières* على أساس أن الوكيل إنما يحصل على هذا الدخل بحكم ما يملكه من مساهمة في رأس المال. ويترتب عن ذلك أيضاً أن فقه القضاء الجبائي الفرنسي ظل طويلاً يرفض طرح ديون الشركة التي يقضى بحملها على الوكيل ذي أغلبية رأس المال. وقد انتقد الفقهاء كالفقيه التونسي صالح الرزقي هذا الحل لما فيه من إجحاف. وقد تولى القانون الفرنسي عن التفرقة بين الوكيل ذي الأغلبية والوكيل المالك لأقلية رأس المال خصوصاً في ما يتعلق بحق الشركة في طرح أجوره من بين الأعباء القابلة للطرح.

أما القانون الجبائي التونسي فيكرس هذه التفرقة بالنسبة لوكيل الشركة ذات المسؤولية المحدودة دون غيره من المسمّين.

الشرع الخامس

الشركة المفوضة

تتحل شركة المفوضة بالأسباب العامة لانحلال الشركات المنصوص عليها بالفصل 21 من مجلة الشركات التجارية، وهي التالي:

- انقضاء مدتها.
- انتهاء نشاطها الاجتماعي.
- إرادة الشركاء (اتفاقهم على حل الشركة ولو قبل انتهاء المدة التي نص عليها العقد التأسيسي أو تحقق الغرض الذي تأسست من أجله).

- وفاة أحد الشركاء.

- حلّها قضائيا.

وعلاوة على ذلك فإنها تختص بأنها تنحل أيضا إذا استحال على أحد الشركاء أن يحيل حصصه وكانت الشركة مبرمة لمدة غير محدودة. كما تنحل بفقدان أحد الشركاء لأهليته أو تقليسه، إلا إذا قرر الباقون الاستمرار.

ولا تنحل الشركة بوفاة أحد الشركاء إلا إذا نص العقد التأسيسي على خلافه، فإن لم يكن للمتوفى وريثة، استمرت الشركة بين الباقين، وإن كان له وريثة، اكتسبوا صفة المقارضين بالمال، بعد حصر ما يؤول إليهم من حقوق، وتحولت الشركة إلى شركة مقارضة بسيطة. وفي جميع الحالات التي يقع فيها الاستمرار، يجب إتمام موجبات الإشهار لإعلام الغير باستمرار الشركة.

شركة المحاصة (SP) La société en participation

شركة المحاصة هي اتفاق شخصين أو أكثر على خلط أموالهما دون إظهار ذلك للكافة لأسباب تخصهما، وذلك بغاية تحقيق ربح أو اقتصاد في النفقات. وهي التي تجسم الطابع العقدي المحض للشركة التقليدية لأنها تفتقر إلى القانونية ويغيب فيها البعد المؤسسي كلياً.

الفرع الأول

مميزات شركة المحاصة

تتميز شركة المحاصة عن سائر الشركات بافتقارها إلى الشخصية القانونية وبصفتها الخفية، حيث إنها شركة غير معلومة الوجود من قبل الغير، وهي أكثر الشركات مرونة من حيث إنشائها وتسييرها، إذ لا تخضع إلى قواعد صارمة، ولا يقع إشهارها، ولا يعتبر الكتب شرطاً لصحة التعاقد على تكوينها ولا حتى لإثباتها، باعتبار الصبغة الرضائية المحضة لعقد تكوينها⁽¹⁾.

(1) قرار تعقيبي عدد 28536 - مؤرخ في 16/10/1992 - نشرته محكمة التعقيب لعام 1992، ص. 278: «إن كانت الشركة من نوع شركات المحاصة التي تقتضي القواعد القانونية الصريحة بأن ليس لها وجود إلا فيما بين المتعاقدين وبأنها غير معدة لأن تكون معلومة من غيرهم [ف] لا يمكنها التمتع بالشخصية المدنية».

ولا تتمتع هذه الشركة بالشخصية القانونية فلا يجوز لها التعاقد ولا التقاضي باسمها الخاص. وتثبت هذه الشركة بجميع الوسائل ولو تجاوزت قيمة المال المشترك ما عيّنه الفصل 473 من مجلة الالتزامات والعقود وهو ألف دينار حالياً⁽²⁾. على أنه إذا انكشفت الشركة للغير، فإنها تبقى قائمة ويصبح الشركاء ملزمين تجاه الغير كالشركاء بالاسم في شركات المفوضة⁽³⁾.

ويلاحظ أن مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات استعملت مصطلح «association en participation» أي «جمعية المحاصة»، متأثرة في ذلك بموقف الفقه القديم الذي كان يرفض اعتبارها شركة أصلاً. وعلى المستوى الجبائي، تعتبر شركة المحاصة شركة شفافة لكنها تخضع إلى الضريبة على الشركات كما هو شأن شركات الأموال إذا اكتست في الواقع خصائص شركة الأموال⁽⁴⁾.

ولا يمكن للشركة إصدار سندات قابلة للتداول شأنها في ذلك شأن جميع شركات الأشخاص، نظراً لاصطباغها بالطابع الشخصي.

الفرع الثاني

تسيير شركة المحاصة

يترتب عن الصبغة الخفية للشركة أن الغير لا يتعامل سوى مع أحد الشركاء، وهو عادةً الشريك المكلف بالتسيير، والذي غالباً ما تحال إليه المساهمات

(1) قرار تعقيبي عدد 35668 مؤرخ في 9 نوفمبر 1992، مجلة القضاء والتشريع 1992، ص. 275: «شركة المحاصة تختلف عن سائر الشركات الأخرى من ناحية جوهرية وهي أنها تثبت بجميع وسائل الإثبات حسب مقتضيات الفصل 16 من المجلة التجارية» - قرار تعقيبي عدد 24585 مؤرخ في 23/9/1992 - نشرته محكمة التعقيب لعام 1992، ص. 271: «إن الفصل 44 من المجلة التجارية خول إثبات شركة المحاصة بجميع الوسائل الجائزة في المادة التجارية كما أن فقه القضاء توسع فأجاز إثباتها بجميع وسائل الإثبات ومنها البينة والقرائن والخبرة الفنية».

(2) قرار استثنائي عدد 2727 مؤرخ في 10 ديسمبر 1970، مجلة القضاء والتشريع 1971، ص. 287: «شركة المحاصة هي الشركة التي يكونها مؤسسوها للقيام بعملية أو عدة عمليات معينة والتعاون يتبرين المشتركين على أساس الثقة المتبادلة بينهم وهي معدومة الشخصية المدنية وغير معدة للظهور للغير لكن إذا انكشفت لهذا الغير فيمكن اعتبارها بالنسبة له بالخصوص شركة مفوضة».

(3) الفصل 45 من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات.

لاستعمالها في نشاط الشركة والذي تحمل عليه نفس الالتزامات القانونية للوكيل، وهو المسؤول وحده تجاه ذلك الغير. والأصل أن لكل شريك التصرف في حق الشركة إلا في وجود شرط مخالف. فإن قام بأحد الأعمال فإنه مطالب بإعلام شركائه بما قام به في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر.

ويقع تعيين وكيل أو عدة وكلاء بالكيفية التي يراها الشركاء ملائمة ويقع عزله بنفس الكيفية، ولا يجب التعسف في عزله، كما عليه أن لا يستقيل بغتة في وقت غير مناسب أو لغاية الإضرار بالشركاء.

الشرع الثالث

الحل في شركة المساهمة

لكل شريك الحق في مناب من الربح يعادل مساهمته في رأس المال، وإن لم يبين وجه التوزيع في العقد، حمل الشركاء على التعادل في ذلك.

وليس للشريك في شركة المحاصة أن يمارس نشاطا منافسا للشركة في إطار مؤسسة أخرى، وإلا جاز للشركاء القيام عليه خلال الأشهر الثلاثة الموالية للعلم بشروعه في النشاط، لطلب حمله على الكف عن ذلك مع غرم الضرر. ومن البديهي أنه يجوز لكل واحد من الشركاء القيام بهذه الدعوى بمفرده دونما حاجة إلى أن يشترك معه الباقيون في القيام.

كما لا يمكن لشريك أن يحيل حصصه إلى الغير إلا برضا الباقيين. فإن رفضوا قبول المشتري وجب عليهم اقتناء الحصص خلال ثلاثة أشهر من عرضها عليهم. فإن لم يحصل ذلك وتمت الإحالة إلى الغير، تحولت الشركة إلى شركة مفاوضة ووجب إتمام الإشهارات القانونية.

الشرع الرابع

حل شركة المساهمة

تتحل شركة المحاصة بنفس أسباب انحلال شركات المفاوضة. ويترتب عن الحل تصفية مكاسبها وتوزيع ما يبقى منها على الشركاء، مع استرجاع كل شريك للمال الذي كان ساهم به إن بقي بعد استنضاض الديون. وتخضع قسمة الأموال المشتركة إلى الأحكام العامة للقسمة.

ومن القواعد الخاصة بنهاية شركة المحاصة ما نص عليه الفصل 592 من المجلة التجارية من أن «جميع الشركات التجارية ما عدا شركات المحاصة يمكن أن تحصل على صلح احتياطي أو أن يصدر الحكم بتفليسها». والعلة في ذلك أن هذه الشركة فاقدة للشخصية القانونية ليس لها وجود مستقل عن وجود الشركاء، فتطال الإجراءات الجماعية الشركاء بصفتهم أشخاصا طبيعيين أو حتى أشخاصا معنويين ولا يمكن أن تطال الشركة نفسها.

الشرع الثالث

الحل في شركة المساهمة

تتسم شركات المقارضة كما هو شأن عقود المقارضة كما تنظمها مجلة الالتزامات والعقود بوجود صنفين من الشركاء، ليست لهم نفس الحقوق ولا نفس الالتزامات.

الشرع الأول

الحل في شركة المساهمة

تتجمع شركة المقارضة البسيطة بين مميزات شركة المفاوضة ومميزات الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وهي تجمع فريقين من الشركاء، منهم من هم في وضع الشركاء بالاسم، يتضامنون في أداء ديون الشركة وإن تجاوزت قيمة رأس المال، ولهم الحق في تولي مناصب الإدارة والتسيير في الشركة (المقارضون بالعمل commandités)، ومنهم من هم في وضع الشركاء ذوي المسؤولية المحدودة، ولا يساهمون في رأس المال إلا نقدا أو عينا ولا يمكنهم أن يتدخلوا في التسيير (المقارضون بالمال commanditaires). وتخضع الشركة في ذاتها إلى الأحكام المنطبقة على شركات المفاوضة عدا ما فيه نص خاص بها. فهي تنحل طبق قواعد انحلال شركات المفاوضة ويتم تغيير شكلها وفق الأحكام العامة لتغيير الشكل. كما أن إلغاء قاعدة التفليس الشخصي للشريك في شركة المفاوضة بموجب أحكام الفصل الأول من القانون عدد 16 لسنة

2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 يسري على الشريك المقارض بالعمل بحكم أن الفصل 67 من مجلة الشركات التجارية يحيل في فقرته إلى الأحكام المنطبقة على الشركاء في شركة المقارضة⁽¹⁾.

ويتضمن القانون الأساسي لشركة المقارضة البسيطة وجوبا بيان مبلغ رأس مالها وقيمة مساهمة كل شريك فيه والحصة الإجمالية للمقارضين بالعمل وما يستحقه كل واحد من المقارضين بالمال من المزايا.

الفرع الثاني

يطلق على شركة المقارضة البسيطة اسم جماعي يتضمن تسمية المقارضين بالعمل مع عبارة «شركة مقارضة بسيطة»، ولا يتضمن أسماء المقارضين بالمال وإلا جاز للغير حسن النية مطالبتهم بديون الشركة كاملة. ويقع التنصيب على تلك التسمية كاملة في جميع الوثائق والمطبوعات والفتاوات التي تصدرها الشركة.

الفرع الثالث

يتولى المقارضون بالعمل تسيير شركة المقارضة البسيطة، دون المقارضين بالمال، الذين لا يحق لهم التدخل في التسيير. على أنه لا يعد من قبيل التدخل

(1) Cour de Cassation belge, 19 Décembre 2008 C.07.0281.N/1, L. A.-M. c. G.J, en présence de : 1. V. D. H., 2. C. R., 3. KBC Lease Belgium (société anonyme), http://www.juridat.be/tribunal_commerce/verviers/images/1912.0281.pdf; « 4. Tous les associés d'une société en nom collectif sont qualifiés de commerçants. La déclaration de faillite d'une société en nom collectif implique le constat que tous les associés ont cessé de payer et que leur crédit est ébranlé. 5. Ainsi, les commandités d'une société en commandite simple doivent aussi être qualifiés de commerçants et la déclaration de faillite de la société en commandite simple entraîne la faillite des commandités. 6. L'arrêt, qui considère qu'une « société en commandite simple constituée à objet commercial agit nécessairement au travers de ses commandités (...) n'implique pas qu'en raison de leur fonction, ceux-ci deviennent eux-mêmes commerçants », et qui décide par ces considérations que la faillite de la société n'entraîne pas la faillite des associés, viole l'article 202 du Code des sociétés. (Le moyen est fondé) ».

في التسيير أن يمارس المقارضون بالمال صلاحيات الرقابة على التصرف والترخيص في بعض العمليات، وهي الصلاحيات المخولة لكل شريك دون تمييز.

الفرع الرابع

المقارضة الجماعية في شركة المقارضة البسيطة

يحدد العقد التأسيسي شروط إصدار القرارات الجماعية ومدى لزوم عقد جلسات عامة من عدمه، ويحق للشركاء طرح أسئلة كتابية على الميسرين، تقع الإجابة عنها في أجل شهر، كما لهم الإطلاع على وثائق الشركة. ويقع تعديل العقد التأسيسي بقرار يتخذ بإجماع المقارضين بالعمل وأغلبية المقارضين بالمال، عدا تغيير جنسية الشركة الذي لا يمكن أن يتقرر إلا بالإجماع.

الفرع الخامس

الفرع الأول: شركة المقارضة البسيطة

عملا بمبدأ عدم بقاء الشريك أسيرا لمساهمته، يجوز لكل شريك الخروج من الشركة وذلك إما ببيع حصصه إلى شريك آخر، أو بيعها إلى الغير، وفي هذه الحالة الأخيرة، يجب الحصول على موافقة جميع المقارضين بالعمل وأغلبية المقارضين بالمال.

المادة الثانية

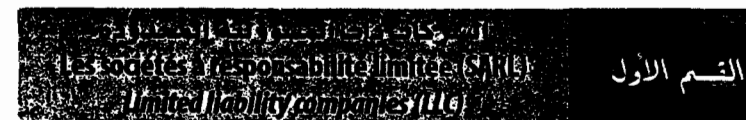
الصنف الثاني: الشركات ذات المخاطرة

المحدودة Les sociétés à risque limité

يمكن اعتبار تحديد مسؤولية الشركاء أهم اختراعات الفكر القانوني المعاصر، ولو أن نواته موجودة منذ عدة قرون. فالفقه الإسلامي استنبط ما يسمى بالقراض أو المقارضة، لكنه لم يكرس بوضوح قاعدة تحديد مسؤولية الشريك الذي لا يباشر التجارة بنفسه ويقتصر على مد «العامل» بالمال اللازم لمباشرة التجارة،

ولو أنه أقر مبدأ عدم تدخله في إدارة القراض⁽¹⁾. غير أن تحديد المسؤولية تؤكد عند إقامة نظام الشركات خفية الاسم خاصة في عصر ازدهار التجارة البحرية ثم بظهور الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

وقد شهدت نهايات القرن العشرين تطورا جديدا يتمثل في توسع استعمال صيغة شركة الشخص الواحد مع تحديد مسؤولية الشريك الوحيد فيها، مع ما في تسميتها من تناقض داخلي، إذ لا يعقل منطقيا أن يكون الشخص شريكا لنفسه. وتخضع هذه الشركات إلى كافة الأحكام المنطبقة على الشركة ذات المسؤولية المحدودة «الكلاسيكية» علما ما تختص به من قواعد تنبع من خصوصيتها.



الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي شركة وسط، تجمع بين خصائص شركة الأشخاص ومميزات شركات الأموال، باعتبار أنه يطفى عليها الاعتبار الشخصي ولا يقع تداول السندات الممثلة لرأس مالها بحرية، إلا أن الشركاء فيها يتمتعون بتحديد مسؤوليتهم وعدم تجاوزها لمساهمتهم في رأس المال. ولئن لم تعترف المجلة التجارية إلا بصنف واحد من هذه الشركات، وهي الشركات ذات الشركاء المتعددين، فإن مجلة الشركات التجارية قد أضافت إليها شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة.

الفصل الأول



يمثل نظام الشركة ذات المسؤولية المحدودة مع تعدد الشركاء الشريعة العامة (droit commun) للشركات ذات المسؤولية المحدودة بحيث تخضع إليه أيضا

(1) أنظر الفصل 1200 من مجلة الالتزامات والعقود. وقد نص الفصل 1206 على أن «العامل يضمن الخسارة الناشئة عن فعله أو تقصيره كالوكيل المأجور». وهو لا يضمن الأمر السماوي (الطارئ) حسب الفصل 1207 إلا إذا نتج ذلك عن تعديه أو تقصيره أو مخالفة الشروط التي اشترطها عليه رب المال (الفصل 1208). وفي تنظيره بالوكيل المأجور إعفاء مبدئي من المسؤولية، بينما لا يوجد نص يعفي رب المال من المسؤولية.

شركة الشخص الواحد ما لم توجد قاعدة خاصة بها في المجلة كما سيأتي بيانه عند التطرق إلى هذه الشركة.

الفقرة الأولى، عقد الشركة

يحرر في عقد الشركة كتب يجب أن يتضمن جملة من البيانات الدنيا، أهمها:

الفقرة الفرعية الأولى: البيانات المتعلقة بالشركة

1. التسمية الاجتماعية

يختار الشركاء الاسم الاجتماعي بحرية. ويمكن أن يتضمن اسم أحد الشركاء أو بعضهم، مع عبارة «شركة ذات مسؤولية محدودة» أو العبارة المختصرة: «ش.م.م.». وإذا كانت شركة شخص واحد، وجب أن يُتبع الاسم بعبارة «ش.م.م.» (أو «شركة شخص واحد ذات مسؤولية محدودة»).

ولا يمكن للشركة أن تتخذ لنفسها تسمية مطابقة أو مشابهة لتسمية شركة أخرى ماثلة لها بما يخلق لبسا في أذهان الغير وإلا جاز للشركة الأخرى القيام عليها لحملها على التخلي عن تلك التسمية مع غرم ضررها. وهذه القاعدة لا تختص بها هذه الشركة وهي منطبقة على جميع الشركات دون ميز، وإنما ألقي بها في الباب الخاص بالشركة ذات المسؤولية المحدودة بسبب عدم التنسيق عند تجميع نص مجلة الشركات التجارية بعد أن وقع تحرير أجزائها في البداية من قبل خبراء مختلفين.

2. رأس المال، مع بيان المؤسسة البنكية أو المالية المؤهلة لأن تودع لديها المبالغ المكتبة

ويقسم رأس المال إلى حصص اجتماعية حددت قيمة الواحدة منها بموجب تعديل سنة 2005 بدينار واحد على الأقل، بعد أن كانت محددة بخمسة دنانير على الأقل قبل ذلك. فيجب التنصيص في العقد التأسيسي على مبلغ رأس المال الجملي والقيمة الاسمية لكل حصة. وضمنا لجدية عملية التأسيس ورأس المال، يجب أن يبين بالعقد التأسيسي اسم المؤسسة المالية التي يتم لديها إيداع المبالغ المتأتية من تحرير رأس المال من قبل الشركاء. ويلاحظ أن هذه القاعدة لم يقع حذفها حتى بعد حذف رأس المال الأدنى القانوني بموجب قانون حفز المبادرة

الاقتصادية الصادر في 27 ديسمبر 2007. ومدلول ذلك أنه إذا تم تكوين شركة ذات مسؤولية محدودة دون رأس مال (مساهمات بالعمل فحسب) أو برأس مال يتكون من مساهمات عينية ومساهمات بالعمل فقط فلا موجب للتخصيص على اسم مؤسسة بنكية. لكن إن وجدت مساهمات نقدية فيجب إيداعها لدى مؤسسة بنكية وذكر اسمها في العقد التأسيسي وفي الإشهارات القانونية الموجهة للعموم. وقد طرح تساؤل يتعلق بتأويل الفصلين 98 و 168 من مجلة الشركات التجارية المتعلقين بوجوب إيداع الأموال المتأتية من الاكتتاب في رأس المال والممثلة في مساهمات الشركاء في الشركات ذات المسؤولية المحدودة والشركات خفية الاسم بمؤسسة بنكية. فقد اعتبر بعض الآراء أن هذه المؤسسة البنكية لا يمكن أن تكون إلاتونسية. غير أن هذا التأويل فيه تزيد وتضييق حال أن القاعدة أن «التأويل لا يكون مدعاة لمزيد التضييق أبدا»، كما أنه لا يتماشى مع مقاصد المشرع. فواضع النص لم يكن هدفهم هو تدعيم الودائع لدى المصارف التونسية بل تمثل في ضمان جدية رأس المال وحقيقته حتى لا يتم التصريح برأس مال وهمي. فإن اختار المؤسسون بنكا أجنبيا فلا بأس في ذلك، وإنما يشترط تقديم ما يحمل على الثقة في أن الأمر يتعلق بمؤسسة بنكية حقيقية وذات درجة معقولة من المصادقية.

3. المقر

يجب أن يذكر بالعقد التأسيسي مقر الشركة. وتبرز أهمية بيان المقر في أنه لا يمكن أن تتمتع بالجنسية التونسية سوى الشركة التي يكون مقرها بالبلاد التونسية، إن توفرت فيها الشروط القانونية الأخرى.

4. موضوع الشركة أي النشاط الذي تكونت من أجله والغاية المرجو تحقيقها من إيجادها.

5. مدة الشركة، والتي لا يمكن أن تتجاوز تسعا وتسعين عاما.

6. توزيع المساهمات المالية والعينية التي قدمها كل واحد من الشركاء وقيمتها.

7. بيان تاريخ قفل الموازنة (ختم السنة المحاسبية)، لما لهذا المعطى من أهمية على مستوى مسك المحاسبة وعلى الالتزامات الجبائية للشركة، وكذلك على مواعيد عقد الجلسة العامة السنوية وتوزيع الأرباح إن وجدت. والملاحظ أنه لئن كان المبدأ هو أن تختم السنة المالية لجميع الشركات في 31 ديسمبر من كل سنة ميلادية، فإن ذلك لا يمنع الشركاء من أن يتفقوا في العقد التأسيسي على موعد

آخر مع مراعاة أحكام القانون المتعلق بنظام المحاسبة للمؤسسات الصادرة في 30 ديسمبر 1996. كما يمكن للعقد التأسيسي أن ينص على أن السنة المحاسبية للشركة تقل عن اثني عشر شهرا أو تتجاوزها، وخصوصا إذا كانت طبيعة النشاط تقتضي ذلك، كما هو الحال إذا كانت دورة الإنتاج لديها تقل عن اثني عشر شهرا أو تتجاوزها.

الفقرة الفرعية الثانية: البيانات المتعلقة بالأشخاص الرئيسيين في الشركة
الأشخاص المحوريون في الشركة هم الشركاء والمسيرون ولو كانوا من غير الشركاء. وينبغي أن ينص عقد الشركة حتما على هوية الشركاء، فيما يمكن تعيين الوكيل في نص مستقل.

1. الهوية الكاملة لكل واحد من الشركاء

يجب ذكر الاسم واللقب والحالة المدنية والمقر والجنسية بالنسبة إلى الشريك الشخص الطبيعي، والاسم الاجتماعي والجنسية والمقر بالنسبة إلى الذات المعنوية. وجدير بالذكر أن الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة لا يمكن أن يكون شخصا معنويا.

2. هوية الوكيل أو الوكلاء. وينبغي أن يتم ذكر الاسم واللقب على الأقل، وإن يكن من الضروري حسب الفصل 11 مكرر من مجلة الشركات التجارية المضاف بموجب إصلاح 16 مارس 2009 أن يتضمن الكتب أيضا ذكر المقر (العنوان).

الفقرة الثانية، تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة

يتم تأسيس الشركة بالقيام بجملة من الأعمال الإجرائية من قبل مؤسس أو عدد من المؤسسين الذين لم تخصصهم مجلة الشركات التجارية بنظام قانوني خاص. وأهم هذه الأعمال تحرير العقد التأسيسي والتوقيع عليه وإشهار تكوين الشركة بالطرق القانونية.

الفقرة الفرعية الأولى: عدد الشركاء

يكون عدد الشركاء من اثنين إلى خمسين، فإن زاد عن الخمسين وجب تغيير الشكل إلى شركة خفية الاسم أو تخفيض عددهم إلى ما دون ذلك. ويلاحظ أن تخفيض عدد الشركاء إلى ما دون الخمسين لا يمكن أن يكون بطرد بعض الشركاء وخصوصا أصحاب الأقلية، وإنما يخضع إلى قاعدة الرضائية. فإن لم

يرض أي واحد من الشركاء بالخروج من الشركة، وجب الرجوع إلى الحل الثاني وهو تغيير شكل الشركة. وإن نزل عدد الشركاء إلى ما دون الاثنين بتجمع كافة الحصص لدى شخص واحد، تحولت الشركة إلى شركة شخص واحد ذات مسؤولية محدودة ووجبت تسوية الوضعية تبعاً لذلك، بتعديل العقد التأسيسي وإشهار ذلكم التعديل.

الفقرة الفرعية الثانية: موضوع الشركة (نشاط الشركة)

يمكن أن تمارس الشركة ذات المسؤولية المحدودة أي نشاط يريده الشركاء عدا أنشطة التأمين ونشاط مؤسسات القرض والأنشطة المالية عموماً، والتي يجب أن تتخذ المؤسسات التي تمارسها شكل شركات خفية الاسم طبق ما جاء بقانون 10 جويلية 2001 المتعلق بمؤسسات القرض، وكذلك شأن الأنشطة الأخرى التي يوجب القانون ممارستها من قبل شركات لها شكل آخر.

الفقرة الفرعية الثالثة: توثيق عقد الشركة

يجب أن يكون العقد مكتوباً وأن يتضمن البيانات المذكورة في الفقرات السابقة، أي نوع الشركة وهوية الشركاء فيها ومقدار رأس المال وأصناف المساهمات (نقدية، عينية، بالعمل) مع توزيعها بين الشركاء ومدة الشركة ومقرها الاجتماعي. ويجب أن يذكر في العقد أنه تم توزيع كامل رأس المال على الشركاء وأنه تم تحريره كاملاً.

ويمكن التنصيص أيضاً على شروط خاصة كأن يقتضي العقد التأسيسي أنه ينبغي تعيين مراقب لحسابات الشركة بقطع النظر عن توفر المعايير القانونية التي تستوجب ذلك من عدمه.

الفقرة الفرعية الرابعة: رأس المال والمساهمات

اعتمدت مجلة الشركات التجارية في صيغتها الأصلية المعتمدة سنة 2000 التصور التقليدي الذي كان مكرساً في المجلة التجارية والذي يقتضي أن المساهمة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا تكون إلا بمساهمات مالية ينبغي تحريرها فوراً. وجاء قانون حفز المبادرة الاقتصادية (2007) بثورة حقيقية في هذا المجال، أسوة بالقانون المقارن.

1. التصور الأصلي (2000)

يتكون رأس المال من المساهمات النقدية والعينية التي يقدمها الشركاء، وقد أوجبت المجلة التجارية سنة 1959 أن لا يقل عن ألف دينار ثم رفعت مجلة الشركات التجارية سنة 2000 مبلغه الأدنى إلى عشرة آلاف دينار في إطار رؤية تهدف إلى تعزيز الأموال الذاتية للشركات للحد من حالات الإفلاس والصعوبات الاقتصادية، واستثنت مؤسسات الإعلام التي يجوز لها أن تكون برأس مال أدنى قدره خمسة آلاف دينار فقط. لكن وقع الرجوع إلى الألف دينار كرأس مال أدنى لعموم الشركات ذات المسؤولية المحدودة بموجب تعديل 26 جانفي 2005. وقد تم عند تعديل المجلة سنة 2005 حذف الاستثناء المتعلق بالشركة التي تستغل مؤسسة إعلام فأصبح رأس مالها الأدنى ألف دينار أيضاً. غير أن هذا النظام اعتُبر بدوره غير مستجيب لمتطلبات الاقتصاد الحديث وخصوصاً لما يستوجبه تشجيع حاملي الشهادات العليا من الشباب الذين قد تكون لديهم أفكار مشاريع لا تستوجب تمويلاً مادياً بقدر ما تتطلب الاستثمار في الذكاء والفكر. ولذلك جاء القانون عدد 69 لسنة 2007 المؤرخ في 27 ديسمبر 2007 المتعلق بحفز المبادرة الاقتصادية بتغيير جوهري في هذا المجال.

2. تجديد قانون حفز المبادرة الاقتصادية: حذف رأس المال الأدنى المستوجب لتأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة والسماح بالمساهمة بالعمل

جاء قانون 27 ديسمبر 2007 بحذف رأس المال الأدنى الذي كان محددًا بألف دينار لتكوين شركة ذات مسؤولية محدودة⁽¹⁾. وهذا التعديل مرتبط بالتعديل الثاني المتعلق بالسماح بأن تتم المساهمة في شركة ذات مسؤولية محدودة بالعمل *apport en industrie*. ذلك أن القانون التونسي، أسوة بالقانون الفرنسي الصادر في 24 جويلية 1867 ثم قانون 24 جويلية 1966، ظل يمنع المساهمة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بالعمل (بما في ذلك تقديم فكرة أو منوال عمل أو خبرة *know how* كمساهمة، إذ القاعدة أن تحديد المسؤولية الذي يتمتع

(1) حذفت الفقرة الأولى من الفصل 92 من مجلة الشركات التجارية بموجب قانون 27 ديسمبر 2007 بينما حذفت الفقرة الثالثة بموجب القانون عدد 12 لسنة 2005 المؤرخ في 26 جانفي 2005.

به الشركاء يقابله وجوب تقديم مساهمات مالية (تقليدية أو منقولات أو عقارات) يمكن للدائنين الرجوع عليها لاستيفاء حقوقهم.

وقد اقتدى المشرع التونسي بعدة قوانين مقارنة كالتشريع الفرنسي الذي تم تعديله في بدايات هذا القرن فأصبح يسمح بتكوين الشركة ذات المسؤولية المحدودة برأس مال يحدده الشركاء بمطلق الحرية في العقد التأسيسي. فيمكن بموجب هذا التعديل تكوين شركة ذات مسؤولية محدودة برأس مال قدره «يورو واحد» أو حتى دون رأس مال أصلا. وبالتوازي مع ذلك أصبح القانون الفرنسي يجيز تقديم مساهمات بالعمل في الشركات ذات المسؤولية المحدودة⁽¹⁾.

والعلة في هذه التعديلات أن القانون الفرنسي أصبح يعتبر أن رأس المال لا يمثل ضمانا جوهريا للدائنين، خاصة أن رأس المال الأدنى المشروط ظل محدودا، وتم ضبطه في السنوات الأخيرة السابقة لإلغائه بمبلغ 7.622 يورو، وهو مبلغ زهيد، كما هو الشأن للمبلغ المشروط في القانون التونسي والذي كان محددا بألف دينار ثم وقع الترفيع فيه عند إصدار مجلة الشركات التجارية في 3 نوفمبر 2000 إلى 10.000 دينار قبل أن يتم الرجوع إلى مبلغ ألف دينار في تعديل جانفي 2005.

ومن ناحية أخرى، يلاحظ أن القانونين التونسي والفرنسي لا يشترطان رأس مال أدنى في أصناف أخرى من الشركات وهي شركات المفاوضة وشركات المقارضة البسيطة. غير أن هذين الصنفين من الشركات قليلا الاستعمال في الواقع. ويعزى ذلك بالخصوص إلى تضامن الشركاء في شركات المفاوضة والشركاء المقارضين بالعمل في شركات المقارضة البسيطة في أداء ديون الشركة بما يجعلهم معرضين إلى التنفيذ على أموالهم الخاصة التي تتجاوز مساهمتهم في رأس المال.

ولا يمثل القانون التونسي استثناء بالمقارنة مع التوجه العالمي. فجل دول العالم توجهت نحو الحط من رأس المال الأدنى للشركات ذات المسؤولية المحدودة أو حذفه كلياً. ففي لاتفيا مثلاً، ينص القانون على رأس مال أدنى قدره

2850 يورو⁽²⁾، وقد أعدت الحكومة سنة 2010 مشروع قانون يهدف إلى الحط منه إلى ما يعادل 100 يورو فقط، مع الإبقاء على القاعدة التي توجب تحرير نصف رأس المال على الأقل عند التأسيس وتحرير الباقي خلال السنة الموالية على أقصى تقدير⁽³⁾.

ومع أنه يوجد توجه عالمي نحو ترك الحرية للشركاء لتحديد رأس مال الشركة بحسب ما يروونه ملائماً بالنظر إلى نوع النشاط ومتطلباته فإن ذلك لا يتفي أن مسؤولية الميسرين بوجه خاص تظل قائمة في صورة تحديد رأس مال ضعيف لا يكفي لمجابهة متطلبات تمويل نشاط الشركة ولتسديد الديون. ويعتبر القانون الترويجي أن هذه المسؤولية تقوم في صورة عدم مراعاة مبادئ المعاملات النزيهة (*honest business practice*) أي إذا كان الميسرون سيئي النية أو إذا استهتروا بحقوق الدائنين إلى درجة تقارب العمد. وفي هذه الحالة يكون الميسرون مسؤولين شخصياً عن ديون الشركة⁽³⁾.

وبالتوازي مع حذف رأس المال الأدنى، حذف قانون حفز المبادرة الاقتصادية أيضاً القيمة الدنيا للحصص الاجتماعية. فقد كانت هذه القيمة محددة بخمسة دنائير ثم وقع الحط منها بموجب قانون 26 جانفي 2005 إلى دينار واحد، ثم تخطى عنها قانون 27 ديسمبر 2007.

ويهدف تعديل 27 ديسمبر 2007 إلى الجمع بين مزيتين: تحديد مسؤولية الشركاء والمرونة في تحديد المساهمات ومبلغ رأس المال. وبالنظر إلى تخفيض النسبة العامة للضريبة على الشركات إلى 30 بالمائة ثم إلى 25 بالمائة (وهي تنطبق على الشركات ذات المسؤولية المحدودة دون شركات الأشخاص السالف ذكرها)، يمكن اعتبار أن نظام الشركة ذات المسؤولية المحدودة أصبح جامعاً لكل المزايا والإيجابيات التي تجعله الأكثر جاذبية للمستثمرين وخاصة في إطار المؤسسات العائلية والمؤسسات الفردية (لأن نظام الشركة المذكورة ينطبق على شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة SUARL).

(1) وهو ما يعادل 2000 جنيه لاتفي. <http://www.bridgewest.eu/company-formation-latvia>

(2) <http://aat.lv/latvia-as-a-holding-company-location/>

(3) Henning E ASHEIM & Lars TORMODSGARD: «Liability of Directors of Companies in Difficulty», <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Detail.aspx?g=476aa077-830b-41c8-9e27-24693c687917>

(1) La loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, élaborée par Renaud Dutreil, le secrétaire d'Etat aux PME, a été publiée au *Journal Officiel de la République française (JORF)* du 5 août 2003.

3. المساهمة بالعمل

لا تدخل المساهمة بالعمل في رأس المال وإنما تعتمد فقط في توزيع الأرباح. ويتم تقدير نسبة ما يستحقه صاحبها من الأرباح في العقد التأسيسي باتفاق الشركاء بحسب قواعد النصاب والأغلبية اللازمة لتعديل العقد التأسيسي. وعلى الرغم من عدم وجود إشارة واضحة في مجلة الشركات التجارية فإنه تنطبق عليها قواعد مجلة الالتزامات والعقود المتعلقة بشرط الأسد clauses léonines. ويجب أن يبين العقد التأسيسي كيفية توزيع رأس المال على الشركاء والتصريح بوقوع تحريره كاملاً.

4. المساهمات العينية وكيفية تقديرها

يقع تقويم المساهمات حسب قيمتها الحقيقية. فإذا وقعت المساهمة بمبالغ مالية بالعملة الأجنبية، اعتمدت قيمتها بالدينار التونسي يوم تحرير المساهمة، مع وجوب احترام تراتيب الصرف في هذا المجال. أما المساهمة العينية التي تتجاوز قيمتها ثلاثة آلاف دينار فيقع تقييمها بواسطة مراقب للحصص العينية تعينه الجلسة العامة للشركاء، أو رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها مقر الشركة يطلب من أحرص الشركاء. ويقع ضم تقرير المراقب إلى العقد التأسيسي. وتقع المصادقة على تقديرات المراقب من قبل الشركاء، ويعتبر التقييم المصادق عليه صادراً عنهم فيكونون مسؤولين عنه خلال السنوات الثلاث الموالية، مع تحمل الشريك الذي قدم المساهمة العينية للمسؤولية القانونية عن مساهمته، وهي التزامات مماثلة لالتزامات البائع، وأهمها الالتزام بالتسليم والالتزام بضمان العيوب وضمان عدم التعرض.

وعلاوة على ذلك، يتحمل الشركاء ومراقبو الحصص العينية الذين يتولون عمدا التصريح بقيمة خاطئة لمساهمات عينية مسؤولية جزائية (السجن من عام إلى خمسة أعوام وخطة من 500 إلى 5000 دينار).

وقد اقتضى الفصل 92 من مجلة الشركات التجارية -الذي ضبط القواعد المتعلقة برأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة- في فقراته الثلاثة الأخيرة أنه «لا يمكن أن يؤدي التخفيض في رأس مال الشركة إلى جعل رأسمالها دون الحد الأدنى القانوني المحدد بهذا الفصل إلا إذا تغيرت الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلى شركة من نوع آخر».

وفي صورة عدم احترام الأحكام المذكورة آنفاً، فإنه يحق لكل من يهمه الأمر أن يطلب من المحكمة المختصة حل الشركة إلا إذا وقع تدارك هذه الاختلالات في أجل أقصاه يوم نظر المحكمة في الأصل ابتدائياً. ولا يحول تلافي البطلان دون حمل مصاريف الدعاوى المتعلقة به على المدعى عليهم⁽¹⁾.

وقد ألغيت أولى هذه الفقرات بموجب قانون حفز المبادرة الاقتصادية الصادر في 27 ديسمبر 2007. وقد كانت الفقرتان الأخيرتان تتميزان بعدم استعمال نفس المصطلح في ما يتعلق بجزاء عدم احترام القواعد المتعلقة برأس المال وتحريره، فالفقرة الأخيرة تتحدث عن «بطلان» بينما تتحدث سابقتها عن «حل الشركة». وقد أثارت هذه الأحكام جدلاً في فقه القضاء ولغماً لدى الفقه. ففي قرار صادر بتاريخ 6 ماي 2008⁽²⁾ اعتبرت محكمة التعقيب أن عدم تحرير المساهمة النقدية فور التأسيس من قبل أحد الشركاء يؤدي إلى بطلان الشركة، غير أنها أنكرت أن يكون هذا البطلان من صنف البطلان المطلق كما ذهب إلى ذلك محكمة الاستئناف بسوسة في قرارها المطعون فيه. واستنتجت محكمة التعقيب من ذلك أن البطلان المذكور يمكن تصحيحه وتغطيته بالتقادم، واستمدت تحليلها من منطوق الفصل 6 من مجلة الشركات التجارية الذي ينص على أن الشريك يعد مدنياً بمساهمته للشركة فيمكنها أن تطالبه بغرم الضرر الناجم عن التأخر في دفع مساهمته. كما لاحظت المحكمة أيضاً أن إمكانية طلب البطلان لا تمنع أيضاً من طلب حل الشركة.

وقد انتقد الأستاذ توفيق بن نصر هذا الحل معتبراً أن البطلان جزاء غير مناسب وتجاوزه الزمن، مؤكداً على وجود حلول أخرى أنسب منه، وخاصة منها الحكم بحل الشركة أو حتى بإخراج الشريك المخطئ من الشركة على غرار ما قرره محكمة الاستئناف بسوسة في قرارها عدد 79506 المؤرخ في 27 فيفري 2002⁽³⁾. وفي رأينا فإن الفسخ والبطلان لا يختلفان في شيء، إذ أن كلاهما لا يمكن أن ينتج أي أثر رجعي في العقود الزمنية كعقد الشركة.

(1) قرار مدني عدد 17598/2007 بتاريخ 6 ماي 2008، منشور بمجلة الأخبار القانونية، العدد 58/59، ديسمبر 2008، القسم الفرنسي، فقه القضاء، ص. 16.

(2) Taoufik BEN NASR: « Nullité de la société pour défaut de libération par un associé de son apport en numéraire », *Infos Juridiques*, n° 60/61, Janvier 2009, pp. 28-30.

أما جزاء عدم احترام قواعد رأس المال الأدنى وتخفيض رأس المال إلى ما دون الأدنى القانوني في قائم حياة الشركة فلم يعد له من معنى بعد حذف رأس المال الأدنى سنة 2007.

4. تحرير رأس المال

يجب تحرير (دفع) رأس المال منذ تكوين الشركة، أي مباشرة عند الاكتتاب، ويتم وجوباً لنقل ملكية الأعيان موضوع المساهمة (منقولات وعقارات) إلى الشركة حيناً، على أن يتم تقدير قيمتها بعد ذلك، أما النقود فيجب إيداعها في حساب بنكي يتم فتحه من قبل الممثل القانوني للشركة لدى مؤسسة مالية، ولا يمكن سحب تلك الأموال من قبل وكيل الشركة إلا بعد إتمام تكوين الشركة وإشهارها. على أنه إذا لم تتم تلك الإجراءات خلال ستة أشهر من الإيداع، يجوز لكل شريك أن يطلب من القاضي الاستعجالي الإذن له بسحب مساهمته، وهو ما يعد إعلاناً منه عن تخليه عن المساهمة في المشروع.

وقد خيّر المشرع هذا الحل المستحدث على الحل التقليدي، المتمثل في وجوب رفع دعوى قضائية في فسخ عقد الشركة لعدم توفر موجبات العمل بها، بما يرتبط بها من تعقيد وتكلفة علاوة على بطلان الإجراءات، خصوصاً إن تم الطعن في الأحكام الصادرة في شأن ذلك. كما أن سحب المساهمة من قبل أحد الشركاء لا يعني حتماً حل الشركة فيمكن أن تتواصل بين الباقيين مع تعديل العقد التأسيسي. ويمكن حتى البحث عن شركاء آخرون يتولون اكتتاب الحصص الباقية لاستكمال إجراءات تأسيس الشركة.

الفقرة الثالثة: بطلان الشركة

حرص المشرع بشكل واضح على تفادي الحكم ببطلان الشركة إلا إذا كان البطلان مطلقاً لعدم مشروعية موضوعها. وعلى الرغم من ذلك، يظل القانون التونسي أكثر شدة من القوانين المقارنة في مسألة البطلان، لأنه لم يسنّ منافذ كثيرة وقع سدها في قوانين أخرى. فالقانون الموحد لمنظمة توحيد قانون الأعمال في إفريقيا المتعلق بالشركات كما تمت مراجعته سنة 2014 ينص في الفقرة الأخيرة من فصله 242 على أنه «في الشركات ذات المسؤولية المحدودة والشركات خفية الإسم، لا ينتج بطلان الشركة عن عيب في الرضا أو عدم أهلية شريك، إلا إذا كان متعلقاً بكافة الشركاء المؤسسين». وبالنسبة لعموم الشركات،

لا ينتج بطلان القرارات والأعمال غير المعدلة للقانون الأساسي للشركة إلا عن خرق نص في القانون ينص صراحة على البطلان أو خرق نص أمر في القانون الموحد أو القوانين المنظمة للعقود أو عن خرق بند في القانون الأساسي للشركة تعتبره المحكمة أساسياً⁽¹⁾. وبالنسبة للأعمال والقرارات والمداولات المعدلة للقانون الأساسي، لا ينتج البطلان إلا عن نص في القانون ينص صراحة على جزاء البطلان أو عن خرق النصوص المتعلقة ببطلان العقود بوجه عام أو عن خرق شرط في العقد التأسيسي تعتبره المحكمة المختصة أساسياً⁽²⁾.

وبالمقابل، في القانون التونسي، يترتب عن عدم إتمام موجبات التكوين أو عن تخلف الشروط القانونية لصحة عقد الشركة بطلان الشركة واعتبارها شركة مفاوضة فعلية، فلا يتمتع الشركاء بتحديد المسؤولية إزاء الغير، ويمكن أن تتم معارضة الشركة من قبل الغير ببطلانها دون أن يمكنها أن تعارض الغير به لأن ما يصدر عن الشخص لا يكون حجة له فلا يحق للشخص أن يحتج بخطئه⁽³⁾. ويكون المسيرين والشركاء الذين تسببوا في هذا البطلان مسؤولين بالتضامن عن الضرر الذي يلحق أي شخص، بما في ذلك بقية الشركاء، من جراء هذا البطلان. على أنه يجوز تلافي البطلان الذي لا يهم النظام العام وكافة المسؤوليات المرتبطة به إذا تمت تسوية الوضع أثناء نشر دعوى البطلان وما لم يتم البت فيها، أو خلال الأجل الذي تمنحه المحكمة للممثل القانوني للشركة للقيام بما يؤول إلى تلافيه وتصحيح الوضعية.

والملاحظ أن المدعي الذي يطلب الحكم ببطلان الشركة لعدم إتمام موجبات الإشهار يجب أن يتولى قبل رفع الدعوى بثلاثين يوماً على الأقل التنبيه على الشركة بتسوية الوضعية وتصحيح الخلل المفضي إلى البطلان، وإلا قضي برفض دعواه. ولا يصح ذلك طبعاً على حالات البطلان لمخالفة النظام العام الموضوعي والذي لا يمكن بحال تداركه. على أن هذا الإنذار المسبق للتقاضي لا يمنع المحكمة من أن تمنح الشركة أجلاً جديداً أثناء سير القضية كما تقدم

(1) Article 244 de l'Acte Uniforme de l'OHADA, relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique, du 17 avril 1997.

(2) Article 243 de l'Acte Uniforme précité, tel que révisé et adopté à Ouagadougou le 30/01/2014, entré en vigueur le 5 mai 2014, publié au Journal Officiel; n° Spécial du 04 fév. 2014.

(3) الفصل 548 من مجلة الالتزامات والعقود. أنظر أيضاً الفصل 547 إذا كان البطلان متعمداً بغاية مفاجأة الغير به.

بيانه، لضمان أوفر حظوظ إنقاذا وتلافي إبطالها مع ما يترتب عنه من وجوب حلها وإنهاء الوجود القانوني للمشروع الاقتصادي الذي تم بعثها من أجله. وفي صورة التسوية تقضي المحكمة برفض الدعوى لكنها تحمّل المصاريف القانونية على المدعى عليهم⁽¹⁾.

الفقرة الرابعة، نظام حصص الشركة

تصدر الشركة ذات المسؤولية المحدودة صفا واحدا من السندات وهي السندات الممثلة لرأس المال والمسماة حصصا اجتماعية، فلا يجوز لها إصدار سندات قابلة للتداول بحرية، كالأسهم والرقاع وما إليها، ولا تعرض الوكلاء إلى عقاب بالسجن من 16 يوما إلى ستة أشهر والخطية من 1.000 إلى 3.000 دينار أو بإحدى العقوبتين فقط⁽²⁾.

وتتميز حصص الشركة ذات المسؤولية المحدودة، على غرار السندات التي تصدرها شركات الأشخاص، بأنه لا يمكن نقل ملكيتها إلى غير الشركاء دون الحصول على موافقة باقي الشركاء. فإذا رغب أحد الشركاء في إحالة حصصه إلى شخص أجنبي عن الشركة، فإن عليه إعلام الشركة وبقية الشركاء، كل على حدة، بمشروع البيع، مع ذكر هوية الراغب في الشراء والتمن الذي يعرضه للشراء. ويمنح القانون للشركة والشركاء أجلا قدره ثلاثة أشهر لاتخاذ موقف نهائي من مشروع البيع، وذلك إما برفض المحال إليه صراحة أو بالسكوت عنه أو بالقبول الصريح. فإن صرحت الشركة برفض المشتري فإن الشركاء مطالبون بشراء الحصص موضوع العقد أو إيجاد من يشتريها ممن ترضاه الشركة خلال أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ الرفض. والعلة في ذلك أنه لا يجوز أن يصبح الشريك أسيرا لمساهمة، فينبغي أن تبقى أبواب الخروج من الشركة مفتوحة أمامه إن غابت عنه الرغبة في الاشتراك دون أن يؤدي ذلك بالضرورة إلى حل الشركة.

وفي هذه الصورة، لا تلزم الشركة أو المشتري البديل بالقبول بالتمن الذي ينص عليه مشروع عقد البيع، خصوصا إذا تعمد الطرفان ذكر تمن مرتفع للحيلولة دون ممارسة الشركة والشركاء لإمكانية الرفض، ويمكنهما المنازعة في ذلك التمن، فيقع عندها تعيين خبير للغرض. ويتم تعيين الخبير إما باتفاق الأطراف

(1) الفقرة الأخيرة من الفصل 92.

(2) الفصل 145 من مجلة الشركات التجارية.

أو بمقتضى إذن على عريضة يصدره رئيس المحكمة الكائن بدائرتها مقر الشركة بطلب من أحرص الأطراف.

فإن لم يقع إيجاد مشتر بديل ترضاه أغلبية الشركاء الممثلين لثلاثة أرباع رأس المال يشتري الحصص بالتمن المعروض أو لم يتم شراء الحصص من قبل الشركة نفسها - مع التخفيض في رأس المال بقدر مساهمة الراغب في البيع في هذه الصورة - جاز للشريك الراغب في إحالة حصصه إتمام البيع لمن عرض الشراء. وفي هذه الحالة، تقوم قرينة قانونية على أن الشركاء قد وافقوا على ذلك البيع، وليس لهم التصدي لإتمام الإحالة أو منع المشتري من ممارسة حقوقه كشريك، طالما أن القرينة القانونية لا يمكن دحضها، عملا بأحكام الفصل 485 من مجلة الالتزامات والعقود، إلا إذا صرح القانون بخلافه.

وكل شرط مخالف لما تقرر يعد لاغيا ولا عمل عليه، لأنه يؤدي عمليا إلى جعل الشريك أسيرا لمساهمة، وهو ما يخالف مبادئ حقوق الإنسان.

ويجوز أن يشترط العقد التأسيسي صيغا أقل شدة وصرامة من أحكام الفصل 109 من مجلة الشركات التجارية. والمقصود بذلك هو أن كل شرط يسر على الشريك الخروج من الشركة والتفويت في مساهمة يعد جازئا، دون أن تتحول حصص الشركة إلى أوراق مالية قابلة للتداول بمطلق الحرية، وهو الأمر الذي يمنعه الفصل 145 من مجلة الشركات التجارية. فالشروط التي تجعل للشريك الحرية المطلقة في بيع حصصه لمن شاء وتحرم الشركة والشركاء من حق الاعتراض على المشتري فهي باطلة أيضا طالما أنها تجعل من الشركة بصفة فعلية شركة أسهم. وهذا البطال قابل للتصحيح بحذف الشرط.

وبالمقابل فإن من الشروط الجائزة تلك التي تخفض من الأغلبية المطلوبة للموافقة على المشتري أو دفع التمن من قبل المشتري البديل. أما الشروط العقدية التي تضيق على الشريك، فهي مخالفة لمبدأ عدم جعل الشريك أسيرا لمساهمة، وبالتالي فلا يتم العمل بها.

وفي صورة اختيار الشركة شراء الحصص بنفسها، يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها المقر الاجتماعي للشركة أن يمنحها بمقتضى إذن على عريضة أجلا إضافيا لخلاص التمن مع الفوائض القانونية. ولا يتجاوز هذا الأجل العام تماشيا مع القواعد العامة للإمهال⁽¹⁾.

(1) الفصل 137 من مجلة الالتزامات والعقود.

ويحرر في بيع الحصص عقد كتابي وإلا تعدت معارضة الغير به. وتسلم نسخة منه إلى الشركة ليوقع تدوين هوية المشتري بسجل الشركاء الذي يجب عليها مسكه بقرها. ويتضمن هذا السجل، إلى جانب البيوعات وهوية المالكين المتتابعين للحصص، ذكر الدفعات التي قام بها كل شريك وانتقال ملكية الحصص بالميراث وتاريخ وفاة المورث. ويمكن لكل شريك الإطلاع على هذا السجل متى شاء، ولا يرتبط حق الإطلاع على هذا السجل بحدث أو موعد معين كالجلسة العامة للشركاء.

الفقرة الخامسة، تسيير الشركة ذات المسؤولية المحدودة

يتم تعيين الوكيل أو الوكلاء في العقد التأسيسي أو في قرار مستقل. وتخضع المعاملات بين الشركة ووكيلها إلى محافير تهدف إلى تفادي استغلاله لما بين يديه من السلطات لتحقيق فائدة لنفسه على حساب الشركة.

1. قواعد تعيين الوكيل أو الوكلاء وعزلهم

يُعين الشركاء وكيلا أو عدة وكلاء للشركة يكونون وجوبا من الأشخاص الطبيعيين، ويمكن أن يكونوا من الشركاء أو من غيرهم. ويتم التعيين إما في العقد التأسيسي أو بكتاب لاحق، وللشركاء الحرية في تحديد مدة الوكالة. فإن سكوا عن ذلك حملت على أنها لثلاثة أعوام.

ويحق للشركاء تحديد صلاحيات الوكيل. فإن لم يقع ذلك، كانت له السلطة المطلقة لإلزام الشركة وتمثيلها في جميع الأحوال في العمليات التعاقدية وأمام القضاء، والقيام بجميع أعمال التصرف الداخلة في موضوع الشركة. فإن تعدد الوكلاء، عدت كافة هذه الصلاحيات مسندة إلى كل واحد منهم ما لم يثبت العكس. وفي كل الأحوال، فإنه لا يمكن أن يعارض الغير بتجاوز الوكيل لصلاحياته بما في ذلك صورة الخروج عن موضوع الشركة إلا إذا ثبت علم المتعامل مع الشركة فعلا أو وجوب علمه منطقيا بحسب ظروف الحال بوقوع ذلك التجاوز⁽¹⁾.

والملاحظ أن القانون الجبائي التونسي يقر معاملة خاصة للوكيل الذي يملك أكثر من نصف رأس مال الشركة، إذ يعتبره بمثابة المستغل الشخصي أي

(1) Oualid GADHOM : « L'objet social », *Etudes Juridiques*, 2006, n° 13, p. 31 et ss., spéc. p. 61 et ss.

الشخصي الطبيعي الذي يباشر نشاطه في إطار مؤسسة فردية، وبالتالي فهو يمنع الشركة من طرح الأجر المدفوعة له مع سائر أعباء الاستغلال، بينما يجيز طرح أجر الوكيل المالك لأقل من نصف رأس المال. أما القانون الفرنسي الذي أخذت عنه هذه القاعدة فقد تخلى عنها منذ صدور قانون المالية لسنة 1997⁽¹⁾.

ويخضع نشاط الوكيل إلى رقابة الشركاء في كل الأحوال وإلى رقابة مراقب الحسابات إن تم تعيينه سواء كان هذا التعيين مترتبا عن توفر اثنين من المعايير الثلاثة المنصوص عليها بالفصل 13 جديد من مجلة الشركات التجارية أو بناء على طلب بعض الشركاء طبق الفصلين 124 و125 من مجلة الشركات التجارية. وجدير بالذكر أن المراقبة التي يجريها مراقب الحسابات هي مراقبة محاسبية بالأساس، لكنها تتجاوز الإطار المحاسبي في بعض الحالات، خصوصا في إطار قيامه بوظيفة الإنذار *alerte* والتنبيه إلى الصعوبات في صورة مرور الشركة بصعوبات اقتصادية تستوجب السعي إلى إنقاذها طبقا لأحكام القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أبريل 1995. وقد أحيط هذا الواجب بمقوبة جزائية حتى لا يتوانى مراقب الحسابات عن القيام بها حفاظا على علاقته بالشركة ومسيرتها.

2. نظام المعاملات المبرمة بين الشركة ووكيلها

يخشى القانون من أن يستغل الوكيل صفته وصلاحياته ليقوم بأعمال تحقق منفعة الشخصية على حساب مصالح الشركة، ولذلك فقد منع عليه إجراء بعض العمليات مع الشركة وأخضع البعض الآخر إلى إجراءات مراقبة خاصة.

1.2. فالعمليات الممنوعة هي عمليات التبرع المحض والتي تتجاوز مجرد التبرعات التجارية التي تهدف إلى تسهيل تسويق متوجات الشركة، وهي، بالتالي، العمليات التي تتنافى كليا مع الغرض من إنشاء الشركة. كما يمنع القانون منح قروض أو كفالات أو ما إليها من أشكال القرض من الشركة لوكيلها وقرينه وأصوله وفروعه، أي الأشخاص الذين يفترض أن الوكيل قد يستتر بهم للقيام بأعمال تعود بالمنفعة عليه شخصيا ولا تخدم المصلحة الجماعية للشركاء.

(1) Loi de finances n° 96-1181 du 30 sept. 1996. Cf., Annie MEDINA : « *Abus de biens sociaux. Prévention - détection - poursuite* », éd. Dalloz, Dalloz référence, Paris 2001, p. 194.

2.2. أما العمليات المقيّدة والخاضعة إلى رقابة خاصة، فهي الاتفاقات الأخرى التي تبرم بين الشركة ووكيلها أو أحد الشركاء فيها ولو تم اللجوء فيها إلى التّستر بشخص آخر، والتي يجب أن يرفع في شأنها تقرير خاص من الوكيل أو من مراقب الحسابات بحسب الحال إلى الجلسة العامة للشركاء. ويقع التصويت على العملية في مغيب الشريك أو الوكيل المعني بالأمر ولا تعتبر حصصه في احتساب النصاب والأغلبية. فإن كان الوكيل المذكور ماسكا لعشرين بالمائة من رأس المال، مثلاً، تم احتساب النصاب والأغلبية على أساس الباقي، أي 80 بالمائة من رأس المال الحقيقي، وذلك في ما يتعلق باتخاذ قرار المصادقة على المعاملة المبرمة مع الوكيل، فحسب. فإذا عرضت على الجلسة العامة نقاط أخرى عدا ما ذكر، كتوزيع الربح المتحصل من النشاط السنوي، اعتمدت في شأنها القواعد العادية للنصاب والأغلبية على أساس كامل رأس المال، بما في ذلك مساهمة الوكيل.

وعلى خلاف الشركة خفية الإسم، لا تقيم الأحكام الخاصة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة تقسيماً ثلاثياً للعمليات الممكن نظرياً إبرامها بين الشركة ووكيلها (عمليات ممنوعة وعمليات مؤطرة وعمليات حرة) بل تعتمد تقسيماً ثنائياً يدمج فيه الصنفان المتأخران في الذكر في طائفة واحدة، وهي العمليات المؤطرة⁽¹⁾.

الفقرة الفرعية الثالثة: مسؤولية الوكلاء

لم يعرف المشرع الخطأ في التصرف إلا أنه رتب عنه مسؤولية الوكلاء المدنية تجاه الشركة وإزاء الغير، كما نظّر به خرق الأحكام القانونية ومقتضيات العقد التأسيسي. وفي حالة تعدّد الوكلاء، تكون هذه المسؤولية بالتضامن solidaire أو بالتضامن in solidum بحسب الحال، فيمكن للمحكمة تجزئتها أو حملها على الوكلاء مجتمعين دون تجزئة. وفي كل الحالات يساوي مجمل ما يحمل على الوكلاء قيمة ما تسببوا فيه مجتمعين من الضرر.

(1) وبالنسبة للشركة خفية الإسم نفسها، أصبحت ملامح التقسيم الثلاثي غير واضحة بسبب تقريب نظام العمليات الحرة من نظام العمليات المؤطرة بموجب القانون عدد 16 لسنة 2009 الذي أخضع العمليات الحرة إلى تدقيق مراقب الحسابات وفق المبادئ العامة أي فحص العينات échantillonnage.

1. دعوى المسؤولية المدنية

ويمكن القيام على الوكيل بدعوى المسؤولية المدنية من قبل الشركة ممثلة في شخص ممثلها القانوني (الوكيل) وذلك بالخصوص في صورة تغيير الوكيل أو إذا تعدد الوكلاء وقام بعضهم في حق الشركة ضد البعض الآخر. كما يجوز القيام بدعوى الشركة من قبل شريك أو بعض الشركاء *action sociale ut singuli* المالكن لعشر رأس المال⁽¹⁾. وعلاوة على ذلك، يجيز الفصل 118 (فقرة أولى) لكل شريك القيام بدعوى فردية لطلب التعويض له عن الضرر الذي لحقه بصفة شخصية، وذلك بقطع النظر عن نسبة رأس المال التي يملكها. وفي هذه الحالة يؤول التعويض الذي يقضى به إلى المدعي لا إلى خزينة الشركة بخلاف محصل دعوى الشركة الذي يضاف إلى مال الشركة وبالتالي إلى الضمان العام للدائنين. ويشترط لذلك إثبات أن المدعي لحقه ضرر خاص، منفصل عن الضرر اللاحق بالشركة.

ولا يمكن تقييد حق الشركاء في القيام ضدّ الوكلاء بأي وجه كان، ولو كان ذلك بقرار من الجلسة العامة. كما ليس للجلسة العامة أن تتراجع في الدعوى الفردية لأنها ليست ملكاً للشركة أصلاً، كما أن تغيير هيكل رأس المال لا يؤثر على مال دعوى الشركة. فإذا أصبح المدعي مالكا لأقل من عُشر رأس المال بعد رفع الدعوى فلا يقضى برفض الدعوى. وكل شرط مدرج في العقد التأسيسي أو قرار تتخذه الجلسة العامة يقيد حق القيام بالدعوى المنصوص عليها بالفصل 118 يكون باطلاً وفاقداً للأثر.

وقد جاء قانون 16 مارس 2009 بتجديد جوهره ثانياً تمثل في إضافة فقرتين إلى الفصل 117 من مجلة الشركات التجارية توضحان كيفية احتساب التعويضات والمبالغ التي يلزم المسير بأدائها. فقد نصت الفقرتان الثالثة والرابعة المضافتان على ما يلي: «وتقضي المحكمة بإلزام الوكيل القانوني أو الفعلي برّد ما أخذه من مال الشركة مع الأرباح الحاصلة له من استعمالها لخاصة نفسه أو للغير ويبقى الحق للشركاء في مطالبته بما فوق ذلك من الخسائر وتوجيه الدعوى الجزائية عليه عند الاقتضاء».

(1) تم تعديل هذه النسبة بموجب أحكام الفصل الأول من القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 بعد أن كانت محددة بربع رأس المال (25%).

وتستحق التعويضات المحكوم بها لفائدة الشركة».

وما يلاحظ بشأن هذا النص هو أنه نقل عن الفصل 1276 من مجلة الالتزامات والعقود، كما أنه لا يختلف بصفة كلية عن الفصل 278 من مجلة الالتزامات والعقود، غير أنه يزيد عنهما بأنه يهتم الوكيل القانوني أو الفعلي بينما يتعلق الفصل 1276 المشار إليه بالشريك الذي يستعمل مال الشركة لخاصة نفسه. كما أن الفصل 278 من مجلة الالتزامات والعقود يقصر حق المدعي المتضرر من فعل الغير على المطالبة بغرم الضرر الذي يشمل فرعين وهما: الخسارة الفعلية أي ما تكبده المتضرر من المصاريف والأعباء التي كان في غنى عنها لولا الفعل الضار، وما فات المتضرر من ربح كان بإمكانه تحقيقه لو لم يقع الفعل الضار. أما الفصل 1276 من مجلة الالتزامات والعقود فيزيد على ذلك قاعدة مكرسة في القوانين الانقلاوساكسونية تقتضي أن المسير يلزم أيضا بأن يعيد إلى خزائن الشركة كل ما جناه من أرباح من جراء استعمال مال الشركة لمصلحته الشخصية. وبذلك يقع محو جميع الآثار التي تسبب فيها الفعل الضار، سواء منها المضررة التي لحقت المدعي أو الفائدة التي حققها المدعي عليه.

وجدير بالملاحظة أن الفقرة الرابعة التي أضافها قانون 16 مارس 2009 تصنف كافة المبالغ التي يقضى بها كـ«تعويضات» بينما تجنبت الترجمة الفرنسية استعمال مصطلح ذي مدلول معادل وفضلت مصطلح (sommes allouées) أي «المبالغ المحكوم بها». فالنص الجديد يضيف ما حققه المسير من ربح لنفسه إلى ما فات الشركة من الربح.

وتتعرض دعوى المسؤولية بمضي ثلاث سنوات على ارتكاب الخطأ أو على اكتشافه إن تم إخفاؤه ويرفع ذلك الأجل إلى عشر سنوات إن شكّل ذلك الخطأ في نفس الوقت جريمة من صنف الجنايات⁽¹⁾.

وفي صورة تفليس الشركة يمكن للمحكمة أن تلزم الوكيل القانوني أو الفعلي بسد العجز في موجودات الشركة وتحتّم ما لم تكف ذمتها المالية لأدائه من الديون أو جزء منه على الأقل. وقد جاء القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ

(1) الفصل 120 من مجلة الشركات التجارية. تراجع أيضا الفقرة الأولى من الفصل 5 من مجلة الإجراءات الجزائية: «تسقط الدعوى العمومية فيما عدا الصور الخاصة التي نص عليها القانون بمرور عشرة أعوام كاملة إذا كانت ناتجة عن جنابة ويمرور ثلاثة أعوام كاملة إذا كانت ناتجة عن جنحة ويمرور عام كامل إذا كانت ناتجة عن مخالفة وذلك ابتداء من يوم وقوع الجريمة على شرط أن لا يقع في بحر تلك المدة أي عمل مخفي أو تنجيس».

في 16 مارس 2009 بتعديل جزئي لنظام دعوى سد العجز، سواء على المستوى الإجرائي أو على المستوى الموضوعي. فقد أجاز الفصل 121 جديد للدائنين طلب إلزام الوكيل الفعلي أو القانوني بسد العجز في موجودات الشركة. ومن الناحية الموضوعية، جاء هذا القانون بما يأتي:

«إذا أظهرت التسوية القضائية أو التفليس عجزا في الأصول يمكن للمحكمة بطلب من المتصرف القضائي أو أمين الفلسة أو من أحد الدائنين أن تقرر أن ديون الشركة يتحملها كليا أو جزئيا الوكيل أو الوكلاء أو كل مسير فعلي وبالتضامن فيما بينهم أو دونه إلى حد المبلغ الذي تعينه المحكمة. ولها أن تحجّر على المحكوم عليه مباشرة تسيير الشركات أو مباشرة نشاط تجاري لمدة يحددها الحكم.

ولا يعفى الوكيل القانوني أو الفعلي من المسؤولية إلا إذا أثبتا أنهما بذلا في إدارة الشركة من النشاط والعناية ما يبذله صاحب المؤسسة المتبصر والوكيل النزيه. وتسقط الدعوى بمضي ثلاث سنوات من تاريخ حكم التسوية القضائية أو الحكم بالتفليس».

فقد أكد هذا الفصل على المساواة في معاملة الوكيل القانوني والوكيل الفعلي، كما وضع قرينة على وجود أخطاء في التصرف كلما تعرضت الشركة إلى صعوبات أدت إلى توقفها عن الدفع وجعلتها تخضع إلى إجراءات التسوية القضائية والتفليس، وأجازت للوكيل دفع هذه القرينة بإثبات أن صعوبات المؤسسة لا تعزى إلى أخطاء في التصرف بل تعزى إلى عوامل خارجة عن سيطرته. ويجب على الوكيل أن يثبت أنه تصرف كمسير نزيه وجدي وأنه بذل العناية الكافية في إدارة الشركة ولم يقصر في ذلك. فالأمر يتعلق بعبء إثبات أمر إيجابي لا بإثبات أمر سلبي، إذ أن الوكيل يجب أن يثبت أنه قام بما كان يمليه الظرف من العناية والأعمال، وليس مطالبا بإثبات عدم ارتكاب أخطاء في التصرف.

ومن ناحية أخرى، حافظ قانون 16 مارس 2009 على أجل تقادم الدعوى وهو ثلاثة أعوام من تاريخ حكم التسوية أو الحكم بالتفليس. ولئن ورد النص غير واضح في خصوص تعريف حكم التفليس أو التسوية وما إن كان الأمر متعلقا بالحكم الابتدائي أو بالحكم النهائي فقد بين وزير العدل وحقوق الإنسان في أجوبته عن أسئلة النواب في البرلمان أن المقصود هو الحكم النهائي، لأن

المفعول الانتقالي أو النقلي للظمن بالاستئناف يجعل محكمة الدرجة الثانية تعيد النظر في النزاع وتقضي في أصل الموضوع كما لو أنه لم يصدر فيه أي حكم ابتدائي. فإن حكمت بالإقرار فإن حكمها يستوعب الحكم المطعون فيه ويتبناه، وإن حكمت بالنقض فإن حكمها يمحو حكم الدرجة الأولى ويصير كالعدم سواء. كما أن اعتبار أن حكم التسوية المقصود إنما هو الحكم الابتدائي يؤدي إلى وضعيات غير معقولة خصوصا إذا قضي ابتدائيا برفض طلب التسوية، لاسيما إن كان الرافض لعدم جدية المطلب أي إذا اعتبرت المحكمة أن المؤسسة لا تمر بصعوبات حقيقية وأنها إنما تماطل في دفع ديونها. وأما القول بأن الحكم المقصود هو أول حكم قضى بالتسوية أو بالتفليس فهو يؤدي إلى اضطراب في الحلول، والأولى أن يعتمد حكم الدرجة الثانية لأن مقصد المشرع هو توفير حماية معقولة للدائن الذي تعذر عليه استخلاص دينه بسبب عدم كفاية مال الشركة، والذي يسعى إلى استخلاصه من أموال المسير الذي يعتقد اعتقادا مشروعا أنه تسبب في العجز في موجودات الشركة ⁽¹⁾ l'insuffisance d'actif.

ومن ناحية أخرى، أجاز النص الجديد لكل دائن القيام بدعوى سد العجز حال أن أمين الفلسفة ما زال مواصلا لمهامه. والغاية من هذه القاعدة هي تفادي ما قد ينجر عن تقاعس أمين الفلسفة عن رفع هذه الدعاوى ⁽²⁾. واقتدى مشرع سنة 2009 في ذلك بتنقيح 3 أوت 2002 المدخل على مجلة المرافعات المدنية والتجارية، حيث أجاز المشرع للمعقول عنه رفع الإشكال التنفيذي بنفسه إلى المحكمة المختصة مع أن الأصل هو أن هذه الإشكالات يرفعها العدل المنفذ القائم بالعقولة.

وفي ما عدا المسؤولية القانونية الناجمة عن الخطأ، يمكن أن يُسأل الوكيل عن ديون الشركة بوجه تعاقدية. ذلك أنه في جل الأحيان تشترط البنوك على الشركة الحصول على كفالة cautionnement من وكيل الشركة شخصيا ومن الشريك الرئيسي عند الاقتضاء. والعادة أن تطلب البنوك أن تكون الكفالة

(1) يعتبر بعض الدارسين أنه كان من الأولى أن يتلحق أجل القيام بدعوى سد العجز من تاريخ ختم أعمال الفلسفة حيث يبين عندها حجم العجز في الموجودات، أي مقدار الديون غير الخالصة.

(2) اعتبر حمادي بن الأخضر الرائد أن موقف المشرع من هذه المسألة جاء جريئا لكنها جرأة مبالغ فيها: «الجديد في قانون الشركات التجارية في ضوء القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009»، مجلة القضاء والتشريع، ماي 2009، ص. 108.

بالتضامن solidaire وفي كثير من الأحيان تطلب أن تكون الكفالة عينية réelle أي بإعارة رهن الأملاك الشخصية للوكيل لفائدة البنك. وتُعتمد الوكالة خصوصا لضمان خلاص فاضل الحساب الجاري البنكي الذي تعمل كل الشركات تقريبا على فتحه لتيسير معاملاتها، وهي تهدف إلى إضفاء مسحة أخلاقية على عمل المسير حتى لا يكون مستهترا في إدارة أعمال الشركة. ولذلك يوجد اتفاق بين فقهاء القانون المدني على جواز الكفالة التي تعطي لضمان دين مستقبلي غير متحقق الوجود زمن التعاقد. وبموجب ذلك تنقلب الأمور إذ تتحول الكفالة من مجرد التزام تبقي إلى كافل لحظوظ الدين الأصلي في الوجود بفضل ما تبعته من الطمأنينة في ذهن الدائن التي تدفعه إلى التعاقد مع الشركة ⁽¹⁾.

2. المسؤولية الجزائية

يسأل الوكيل جزائيا في صورة تقديم محاسبة مغلوطة إلى الشركاء أو إلى الغير ⁽²⁾ أو اعتسافه في استعمال أموال الشركة وسمعتها أو ما له من النفوذ والأصوات خدمة لمآربه الشخصية أو محاباة لشركة أخرى له فيها مصالح شخصية. وقد اعتبرت محكمة التعقيب في قرار صادر في 26 ديسمبر 2011 أنه إذا وقع صلح بين الشركاء وأحال بعضهم حصصهم إلى الباقيين فإن ذلك لا يحول دون إجراء تتبع جزائي من أجل جريمة الفصل 146 من مجلة الشركات التجارية في صورة ارتكاب أفعال يطالها التجريم كعملية بناء اسطبل بتكلفة عالية (760 ألف دينار) أو سحب مبالغ مالية من حساب الشركة لحساب المتهم. وبينت المحكمة بالمناسبة أنه إذا تعلق الأمر بوقائع جدد بين سنتي 1997 و2000 أي قبل صدور مجلة الشركات التجارية فإنها تظل خاضعة لأحكام المجلة التجارية ولا يمكن تتبعها إذا لم تكن مشمولة بالتجريم زمن وقوعها. كما أكدت أن شراء الحصص من قبل الشاكين لا يعد تنازلا عن التتبع الجزائي وحتى على فرض

(1) عماد مبيش: «نجاعة الكفالة. قراءة في تبعية التزام الكفيل»، نشر مركز النشر الجامعي، تونس 2010، ص. 54.

(2) يلاحظ أن القانون الفرنسي تخلى عن عبارة présentation de bilan inexact وعوضها بعبارة présentation de comptes sociaux ne présentant pas une image fidèle التي يعتبرها الفقه أكثر شمولية لأنها تشمل كل الوثائق المحاسبية كما أنها تغطي كل حالات تقديم معطيات محاسبية من شأنها أن تعطي الغير صورة غير آمنة عن وضعية الشركة، وبالتالي فهي تراعي حقيقة اقتصادية أثبتتها الواقع وهي أن المحاسبة لا يفترض فيها أن تعطي صورة متناهية الدقة عن وضع الشركة بل ينبغي أن تعطي عنها صورة آمنة أي أقرب ما يكون إلى الحقيقة.

وجود هذا التنازل فإن ذلك لا يحول دون مواصلة التبع قانونا. وفي ما يخص الإثبات يثبت محكمة التعقيب أنه إذا صدر حكم تحضيري قضى بمطالبة الوكيل السابق للشركة بالإدلاء بالوثائق المحاسبية والدفاتر وجذور الشيكات والصكوك وغيرها فإنه لا يحق لمحكمة الأصل العدول عنه إلا بشرط التعليل المستساغ وإلا يكون من الوجيه نقض حكمها⁽¹⁾.

كما يعاقب الوكيل جزائيا في صورة عدم مسك الوثائق المحاسبية القانونية أو عدم توجيهها إلى الشركاء قبل عقد الجلسة العامة، أو عدم الدعوة إلى عقد الجلسة العامة السنوية أو عدم الدعوة إلى جلسة عامة تنظر في مآل الشركة إثر تحقيقها لخسائر تتجاوز نصف أموالها اللاتية أو عدم القيام بما يلزم لتعيين مراقب حسابات للشركة رغم وجوب ذلك قانونا عند توفر الشروط القانونية لتعيينه كما جاء بها الفصل 123 من مجلة الشركات التجارية.

وفي هذا الإطار ذكرت محكمة التعقيب بأن المشرع أوجب بالفصل 123 من مجلة الشركات التجارية تعيين مراقب للحسابات إذا تجاوز رأس مال الشركة العشرين ألف دينار وجعل بالفقرة الأخيرة من الفصل 147 من المجلة المذكورة إخلال الوكيل بهذا الواجب جريمة معاقبا عليها بخطة مالية ويثبت أن وجوبية تعيين مراقب للحسابات قد شُرعت «بقطع النظر عن وجود نزاع أو عدمه ويقطع النظر عن وجود أرباح من عدمها وعن توزيعها أو عدم ذلك. وعليه فإنه طالما توفرت شروط تعيين مراقب الحسابات ولم يفعل ذلك وكيل الشركة فإن الجريمة تكون قائمة في جانبه وقول محكمة القرار المتخذ بخلاف ذلك فيه خرق للقانون وضعف في تعليل قضائها موجب للنقض». وأضافت أن «قول المحكمة بعدم اعتماد اختبار أجري بمناسبة قضية تجارية بدعوى تعارضه مع المؤيدات المقدمة من المنهمة والحال أن ذلك الاختبار قد اعتمدته الدائرة التجارية ابتدائيا واستثنائيا ولم تتبين محكمة القرار المتخذ الوثائق المقدمة لاحقا من التهمة وكيفية تعارضها مع نتيجة الاختبار يجعل قرارها غير معلل كما يجب وهو ما يدعوا لنقضه أيضا»⁽²⁾.

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 88117 بتاريخ 26 ديسمبر 2011، الأخبار القانونية، مارس 2012، العدد 130/131، ص. 34.

(2) محكمة التعقيب، قرار جزائي عدد 40414 بتاريخ 2 أكتوبر 2009، غير منشور. ويمكن فقط أن يشار إلى أن هذا القرار اعتبر أن تعيين مراقب الحسابات محمول على الوكيل في حين أن دور الوكيل يقتصر على إدراج نقطة في جدول أعمال الجلسة العامة العادية التي تنظر في تعيين مراقب الحسابات ثم الإتصال بمراقب الحسابات المعين وإعلامه بقرار

وتعد جريمة عدم القيام بما يلزم لتعيين مراقب الحسابات جريمة موضوعية إذ تقوم كلما تخلف الوكيل عن القيام بذلك ما لم يثبت أن قوة قاهرة عاقته عن ذلك. فالجريمة تنتج عن عدم القيام بالتزام بتحقيق نتيجة. فلا يحق للوكيل أن يتعلل مثلا بأنه لم يتمكن من فهم المعايير الجديدة لوجوبية تعيين مراقب الحسابات أو بغير ذلك من التعللات.

ويعد الوكيل مسؤولا أيضا عن الجرائم التي ترتكب باسم الشركة ولصالحها في الأحوال التي ينص فيها القانون على حمل المسؤولية الجزائية على المسير بصفة شخصيا. ويلاحظ أنه في جل الأحيان كما في المادتين الجبائية والصرفية مثلا، تحمل العقوبات المالية على الشركة في حين يتعرض الوكيل إلى العقوبة البدنية⁽¹⁾.

الفقرة الفرعية الرابعة: عزل الوكيل

يتميز القانون بين الوكيل المعين في العقد التأسيسي والذي يتم عزله بنفس شروط تعديل العقد التأسيسي، والوكيل المعين بقرار مستقل والذي يقرر عزله من قبل الجلسة العامة العادية بأغلبية بسيطة كما يمكن عزله قضائيا بطلب من الشركاء الماسكين لربع رأس المال على الأقل.

ويجوز عزل الوكيل في صورة ارتكابه أخطاء في التصرف وخاصة إذا اكتست تلك الأخطاء طابعا جزائيا. ولا شك أن من أخطر الأخطاء الاستيلاء على أموال الشركة أو الانفراد بالأرباح. وتستند المحاكم في الغالب إلى آراء الخبراء للجزم بوجود الاستيلاء من عدمه وتعتمد القرائن مثل إبرام صلح بين المتهمين والشاكي، والذي يعد قرينة على الإدانة وسببا موجبا لتخفيف العقاب إلا في صور

التعيين لياشر مهامه ثم تمكنه من الظروف الملائمة للقيام بمهمته. ومنطقيا يدخل في واجبات مراقب الحسابات أيضا أن يقترح عددا من الأسماء لاختار الشركاء من بينها، ولو أن التطبيق جرى عادة على أن يقترح إسما واحدا، بحيث لا يكون الشركاء أمام خيار حقيقي. وفي رأينا فإن تطبيق أحكام القانون بأمانة ودقة يقتضي أن يقترح المسير جملة من الأسماء مع إرفاق ذلك المقترح بالسيرة الذاتية لكل واحد منهم حتى يتمكن الشركاء من اختيار الأفضل عن روية واقتناع. ولا يمكن أن يرق المقترح بعرض أثمان لأن أجور مراقب الحسابات مضبوطة بالنصوص الترتيبية ويفترض أن لا تخضع إلى مساومة.

(1) حسن عز الدين دياب: «القانون الجزائي للاستثمار. دراسة مقارنة»، ط. مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2011، ص. 265 وما يليها.

استثنائية كأن ينص كتب الصلح على عدم وجود الاستيلاء أصلاً⁽¹⁾. وقد يتخذ الصلح شكلا مخصوصا كأن يخرج المشتكى به من الشركة ببيع حصصه إلى الشاكي⁽²⁾.

الفقرة السادسة: الرقابة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة

باعتبار أن الشركة الحديثة تقوم على فكرة الفصل بين رأس المال وسلطة التسيير، فإن صاحب رأس المال، باعتباره صاحب المشروع الاقتصادي، ينبغي أن توضع بين يديه آليات فعالة لمراقبة كيفية إدارة شأن الشركة. والهدف الحقيقي لكل رقابة هو التحقق من أن المديرون يديرون شأن الشركة بأحسن أدوات التصرف والإدارة (الفقرة الفرعية الثانية). وتعتبر مراقبة المحاسبة وسيلة من وسائل الرقابة غير المباشرة على التصرف (الفقرة الفرعية الأولى).

الفقرة الفرعية الأولى: مراقبة حسابات الشركة ذات المسؤولية المحدودة
لم تكن المجلة التجارية توجب إخضاع حسابات الشركات ذات المسؤولية المحدودة إلى أي مراقبة عدا رقابة الشركاء، وإنما كانت تنص على تعيين مجلس للمراقبة إذا تجاوز عدد الشركاء العشرين.

أما مجلة الشركات التجارية فقد جاءت بتوسيع نطاق رقابة المهنيين على عمل المديرين، وهي رقابة محاسبية بالأساس، إذ أن مهمة مراقب الحسابات لا تتمثل في مراقبة أعمال التصرف وجدواها *opportunité et pertinence*.

(1) محكمة التعقيب، قرار عدد 44029 بتاريخ 7 ماي 2009، غير منشور: في هذه القضية، قضت محكمة الاستئناف بعدم سماع الدعوى بناء على عدم كفاية الحجة استنادا على نتيجة الاختبار المجري من قبل ثلاثة خبراء تولوا في تقريرهم مناقشة أعمال الخبير الأول وتصريحات وملاحظات مراقب الحسابات ثم انتهوا إلى تأكيد عدم ثبوت استيلاء المعقب ضده على أموال الشركة التي كان يديرها. وقد تأيدت تلك النتيجة بكتب الصلح المبرم بين أطراف القضية والذي جاء في مضمونه أن المعقب ضده لم يكن مدينا لشركة مغرب فود. واعتبرت المحكمة أنه «طالما كان تقرير الاختبار المعتمد من طرف دائرة القرار المتقدم مركزا على أسس علمية وفنية سليمة وشفافا وكافيا وجامعا لجميع عناصر القضية بما في ذلك أعمال الخبرة السابقة وملاحظات مراقب حسابات الشركة ولم يقدم في نتيجته أي طرف من أطراف النزاع فإنه لا يترتب الأثر القانوني عليه دون التعرض من جديد إلى عنصري الإدانة الذين أشار إليهما الطاعن».

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 88117 بتاريخ 26 ديسمبر 2011، سابق الذكر، الأخبار القانونية، مارس 2012، العدد 130/131، ص. 34.

بل تهتم مدى جدية المحاسبة ونزاهتها *sincérité* ومطابقتها للقواعد والأعراف المحاسبية. وقد حصرت الصيغة الأصلية لمجلة الشركات التجارية هذه الرقابة في الشركات ذات المسؤولية المحدودة التي يساوي رأس مالها أو يتجاوز عشرين ألف دينار، وكذلك تلك التي يتجاوز رقم معاملاتها حداً يقع ضبطه بقرار من وزير المالية، مع إحاطة واجب التعيين بحكم جزائي إذ أن عدم التعيين رغم توفر الشرط القانوني جريمة يعاقب من أجلها وكلاء الشركة طبق الفصل 147 من مجلة الشركات التجارية بخطة من 500 إلى 5000 دينار إذا (5) لم يحترموا أحكام الفصل 123 من هذه المجلة المتعلق بحالات وجوب تعيين مراقب حسابات⁽¹⁾.

وقد تم تنقيح الفصل 123 المذكور وربطه بالمعايير العامة المنصوص عليها بالفصل 13 (جديد) من مجلة الشركات التجارية الذي وضع قاعدة أصلية تقتضي وجوب تعيين مراقب حسابات لجميع الشركات التجارية، مع استثناء الصورة التي يقل فيها حجم الشركة عن مؤشرات معينة ضبطت بناء على ثلاثة معايير وهي: مجموع الموازنة ومجموع الإيرادات دون اعتبار الأداءات ومتوسط عدد العملة، والتي ضبطت أرقامها المرجعية بالأمر عدد 1546 لسنة 2006 المؤرخ في 6 جوان 2006⁽²⁾.

وفي صورة عدم تحقق إثنين من الأرقام الدنيا المنصوص عليها بالأمر المؤرخ في 6 جوان 2006 المذكور، يجوز لشريك أو عدة شركاء يملكون عُشر الحصص الاجتماعية طلب تعيين مراقب حسابات. ويتقرر التعيين بقرار من الجلسة العامة العادية للشركاء. أما إذا صدر مثل هذا الطلب عن الشركاء الماسكين لخُمس رأس المال (20 %)، فإن التعيين يكون آليا. ويتم التعيين بموجب إذن على عريضة يصدره رئيس المحكمة الابتدائية الراجع لها مقر الشركة بالنظر.

(1) أنظر قرار محكمة التعقيب عدد 40414 بتاريخ 2 أكتوبر 2009، غير منشور (المتعلق بشركة خفية الاسم) والذي رفض إقامة صلة بين وجوب تعيين مراقب حسابات ووجود أرباح أو عديمها أو توزيع أرباح من عدم ذلك. فقد جاء به: «طالما توفرت شروط تعيين مراقب الحسابات ولم يفعل ذلك وكيل الشركة فإن الجريمة تكون قائمة في جانبه [يقطع النظر عن وجود نزاع أو عديمه ويقطع النظر عن وجود أرباح من عديمها وعن توزيعها أو عدم ذلك] وقول محكمة القرار المتقدم بخلاف ذلك فيه خرق للقانون وضعف في تعليل قضائها موجب للقض».

(2) راجع القواعد المشتركة بين مختلف الشركات.

وبعين مراقب الحسابات لمدة ثلاث سنوات، وهو يخضع إلى الأحكام العامة التي سيتم التعرض إليها عند التطرق إلى الشركة خفية الاسم، وخصوصا في ما يتعلق بتجديد وكالته واستعانة بمساعدين وحق النفاذ إلى وثائق الشركة والمسؤولية المحمولة عليه وعلى مساعديه وعلى من يعرقل قيامه بمهامه...

الفقرة الفرعية الثانية: مراقبة التصرف

إلى جانب الرقابة المحاسبية، وضع المشرع آليات لتمكين الشركاء من مراقبة التصرف والتسيير وذلك بطلب تعيين خبير في التصرف من قبل الشريك أو الشركاء الماسكين لعُشر رأس المال⁽¹⁾. ويسمى هذا الخبير أيضا «خبير الأقلية» (expert de gestion ou de minorité). ويتم تعيين الخبير بقرار استعجالي. وبوجه عام تعتبر المحاكم أن تغيب الوكيل عن الجلسة وعدم تقديم ما يفيد عقد الجلسات العامة بانتظام وإجراء الحساب مع الشركاء تمثل مؤشرا جديا على وجود ما يبرر الإذن بإجراء الاختبار⁽²⁾. وفي مطلق الأحوال فإن شرطي الصفة والمصلحة لا يشترط فيهما شرط خاص، إذ يكفي أن يكون الطالب مالكا للعشر من رأس المال ولا ضرورة لأن يقدم بداية حجة على سوء التصرف مثلا⁽³⁾. ذلك أن إجراء الاختبار لا يُتوقع منه ضرر⁽⁴⁾، إذ أن الخبير لا يحل محل المحكمة ويظل إقرار المسؤولية من عدمها من مشمولات القاضي.

وبالمقابل، وبعد فترة وجيزة من تطبيق مجلة الشركات التجارية، استفاد

(1) محكمة التعقيب، الدائرة التجارية الرابعة، قرار بتاريخ 28 جانفي 2012، قضية عدد 67957، ح. ب. وكيل شركة، ضد: شركة ن.س. ه.د. شركة خفية الاسم، بصدد النشر بنشرية محكمة التعقيب لسنة 2012، القسم المدني: «لا خلاف في أن الفصل 290 مكرر من مجلة الشركات التجارية يهدف إلى تقوية الرقابة وفرض الشفافية في التصرف وحماية المساهمين».

(2) المحكمة الابتدائية بأريانة، حكم استعجالي بتاريخ 15 أكتوبر 2001، قضية عدد 91007-2001، حكم مذكور بكتاب «مجلة الشركات التجارية معلق عليها» لأحمد الورفلي وكمال العياري، ص. 431.

(3) المحكمة الابتدائية بأريانة، حكم استعجالي بتاريخ 22 مارس 2001، قضية عدد 19745، حكم مذكور بكتاب «مجلة الشركات التجارية معلق عليها» لأحمد الورفلي وكمال العياري، ص. 431.

(4) المحكمة الابتدائية بأريانة، حكم استعجالي بتاريخ 2 أكتوبر 2003، قضية عدد 11597، حكم مذكور بكتاب «مجلة الشركات التجارية معلق عليها» لأحمد الورفلي وكمال العياري، ص. 432.

القضاء التونسي من خبرته في التعامل مع الطلبات المبهمة التي تقوم على منطلق «الصيد» أو «رمي الصنارة في الماء» fishing expedition والتي لا تكون للطالب فيها أدنى معطيات حول موضوع الطلب⁽¹⁾، فيطلب إجراء اختبار في التصرف دون تقديم أي مؤشر جدي يعين المحكمة والخبير على إنجاز المأمورية بفاعلية، بينت المحاكم أن الطالب ينبغي عليه أن يبين عملية التصرف أو عمليات التصرف المراد أن يشملها الاختبار وإلا رُفض طلبه. فالطلب الرامي إلى مراجعة حسابات الشركة منذ تأسيسها إلى تاريخ القيام وحصرها لتحديد مناب الطالب من الربح يكون مستوجب الرفض⁽²⁾.

وتتضمن مأموريات الاختبار في الغالب الإذن للخبير بالإطلاع على وثائق الشركة وخصوصا الوثائق المحاسبية. وحتى في غياب مثل هذا البيان فإن مهمة الخبير تقتضي ذلك بالضرورة. وعلى الخبير عند إتمام المأمورية تبليغ نسخة من تقريره إلى الطالب وإلى وكيل الشركة، ويضمّن هذا التقرير إلى تقرير مراقب الحسابات عند انعقاد الجلسة العامة حتى يتسنى لكافة الشركاء الإطلاع عليه.

ويمكن للشريك الذي طلب إجراء الاختبار أو حتى لشركاء آخرين اعتماد ذلك التقرير للقيام ضد الوكيل أو الوكلاء بدعوى المسؤولية إن تبين منه وجود أخطاء في التصرف ألحقت ضررا بالشركة ومن وراء ذلك بالشريك القائم بالدعوى.

ويلاحظ أن عديد الوكلاء يمتنعون عن مساعدة خبير التصرف في القيام بمهمته، ولذلك لجأ المشرع الفرنسي مثلا إلى تجريم عرقلة أعماله سواء صدرت عن الوكيل أو عن أعوان الشركة وأجرائها أو حتى من غيرهم⁽³⁾. أما القانون التونسي فسكت عن هذه المسألة.

الفقرة السابعة، هيكل المداولة، الجلسة العامة للشركاء

إذا كان عدد الشركاء لا يتجاوز الستة، فليس من الضروري عقد جلسة عامة، بل يمكن الاكتفاء باستشارة الشركاء كتابة، إلا في ما يتعلق بنوع معين من

(1) وخصوصا في صورة منازعة حريف لدى بنك في كامل العمليات المدرجة في حسابه البنكي على مدى سنوات طويلة.

(2) المحكمة الابتدائية بأريانة، حكم استعجالي بتاريخ 7 جويلية 2003، قضية عدد 8979، حكم مذكور بكتاب «مجلة الشركات التجارية معلق عليها» لأحمد الورفلي وكمال العياري، ص. 432.

(3) Art. L.820-4 du Code de Commerce.

القرارات، وهي القرارات المتعلقة بالمصادقة على القوائم المالية السنوية وتقرير مآل الأرباح. أما إذا جاوز عدد الشركاء الستة، فإن عقد الجلسة العامة يكون وجوبيا.

ومتى كان عقد جلسة عامة ضروريا بحكم القانون أو العقد، فإنها تخضع إلى جملة من القواعد الملزمة (الفقرة الفرعية الأولى). ويخضع قرار الترفع في رأس المال إلى قواعد مخصوصة توطره (الفقرة الفرعية الثانية). وكذلك الشأن بالنسبة لقرار التخفيض من رأس المال (الفقرة الفرعية الثالثة).

الفقرة الفرعية الأولى: قواعد التثام مختلف أنواع الجلسات العامة للشركاء تكون الجلسات إما عادية وإما خارقة للعادة.

1. موجبات الدعوة إلى الجلسات العامة

وقد جاءت مجلة الشركات التجارية مكرسة للشفافية في تسيير الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وذلك بأن جعلت عقد جلسة عامة للشركاء وجوبيا إذا تجاوز عدد الشركاء ستة، بينما كانت المجلة التجارية قبل سنة 2000 تحدد هذا النصاب بعشرين، وهو ما يمكن المسيرين في غالب الأحيان من تمرير القرارات التي يريدونها دون أن تجرى عليها رقابة جدية وحقيقية. كما أن وجوب عقد جلسة عامة لا يحرم الشركاء من طرح أسئلة كتابية على الوكيل مرتين في السنة وبمناسبة عقد الجلسة العامة، وذلك قبل عقدها بثمانية أيام على الأقل.

وضمنا لجدوى عقد هذه الجلسات، فقد مكّن المشرع الشركاء من الإطلاع على وثائق الشركة، المحاسبية منها وغير المحاسبية، والتي تتعلق بالسنوات الثلاث الأخيرة، مع إمكانية الاستعانة في ذلك بخبير محاسب. أما دفتر الشركاء فيجوز الإطلاع عليه في كل وقت كما تقدم.

ويجوز لكل واحد من الشركاء أن يحضر بالجلسة العامة بنفسه أو بواسطة وكيل. ولا تشترط في الوكيل صفة معينة فيجوز أن يكون من الشركاء أو من غيرهم. فالفصل 130 من مجلة الشركات ينص على أن الجلسة العامة الثانية تتخذ قراراتها «بأغلبية أصوات الشركاء الحاضرين أو من يمثلهم». ولا يشترط هذا النص أي صفة في من يمثل الشريك في الجلسة العامة، وهو ما يستدل منه على عدم وجود ما يوجب أن يكون الوكيل من بين الشركاء أو حتى من أقارب

الشريك المعني بالأمر، خلافا لبعض المجالات الخاصة كالوكالة على الخصام التي تشترط فيها القرابة بين الموكل والوكيل. ويجوز أيضا أن يكون الوكيل قاصرا بشرط أن يكون مميزا، عملا بأحكام الفصل 1105 من مجلة الالتزامات والعقود. ولم يشترط المشرع أن يزود الموكل وكيله بتعليمات كتابية أو حتى بتعليمات واضحة للموافقة على أمر معين أو المصادقة على قرار محدد دون غيره. ويشمل ذلك مسألة التصويت على اختيار المسيرين ومراقبي الحسابات. ويحمل التوكيل على أنه مفوض، في حدود المسائل المدرجة في جدول الأعمال.

كما لا يشترط في الشريك امتلاك عدد معين من الحصص لحضور الجلسة العامة، وهو ما يعني أنه في صورة وجود حالة شيوع تهم حصة واحدة، يجوز لكافة المالكين على الشياح أن يوكّلوا أحدهم أو غيره للحضور نيابة عنهم. ويتماشى ذلك مع مبدأ عدم تجزئة الحصص indivisibilité des parts. لكن الإشكال يتعقد إذا رغبوا جميعا في الحضور رغم أنهم لا يملكون أكثر من حصة واحدة. والأرجح أنه لا يجوز إجبار الشركاء على توكيل أحدهم، خاصة أنهم يمكن أن لا يتفقوا على شخص معين، خصوصا بالنسبة للورثة بعد وفاة مورثهم بزمان وجيز. فينبغي حيثئذ الإذن لمن رغب منهم بالحضور. لكن عند ممارسة حق التصويت، تنطبق قاعدة عدم تجزئة الصوت indivisibilité du vote وبالتالي فإن تعددت آراء الشركاء في ملكية الحصة، يلغى تصويتهم جميعا. ومن ثمة فإن إصرار الورثة مثلا على حضور الجلسة العامة بصفتهم مالكيين على الشياح لحصة واحدة يصبح غير ذي جدوى، إلا إذا كان الهدف منه منع أحد المالكين على الشياح من التصويت باسم الباقيين بما لا يرتضونه.

فأما الدعوة إلى عقد الجلسة العامة، فإنها يمكن أن تصدر عن الوكيل، فإن تعذر عليه ذلك، يتولى ذلك مراقب الحسابات إن وجد. كما يمكن للشركاء الماسكين لربع رأس المال أن يطلبوا من الوكيل أن يدعو إلى عقد جلسة عامة مرة في السنة على الأقل. وفي صورة عدم تحقق ذلك، فإن لهم اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لطلب الإذن للوكيل أو لمراقب الحسابات بالقيام بذلك، وإلا جاز طلب تعيين متصرف قضائي يتولى دعوة الجلسة العامة. وفي كل الأحوال لا يجوز للشريك الذي ليست له صفة الوكيل أن يتولى بنفسه دعوة الجلسة العامة للانعقاد مهما كانت نسبة رأس المال التي يملكها.

ويجب أن تتم الدعوة بواسطة مكتوب مضمون الوصول يبين به تاريخ الجلسة ومكانها وجدول أعمالها ومشاريع القرارات المعروضة عليها، وترفق بالوثائق اللازمة وخاصة منها وثائق المحاسبة وتقرير التصرف بالنسبة إلى الجلسة العامة العادية.

2. الجلسة العامة العادية

الجلسة العامة العادية هي جلسة دورية تنعقد مرة على الأقل كل سنة مالية، وفي أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر من ختمها. والنصاب اللازم لعقدتها هو حضور الشركاء الماسكين لنصف رأس المال. فإن لم يتوفر، وجبت الدعوة إلى جلسة ثانية تعقد بعد خمسة عشر يوما من الأولى على الأقل، يمكنها أن تتداول بصفة قانونية دون اشتراط نصاب معين. ونلاحظ أن الفقرة الثانية من الفصل 130 من مجلة الشركات التجارية تثير الالتباس بسبب استعمالها مصطلحا غير دقيق، إذ تقتضي أنه «إذا لم تتوفر الأغلبية المنصوص عليها أعلاه (أي بالفقرة الأولى من نفس الفصل) أثناء انعقاد الجلسة الأولى فإنه تتم دعوة الشركاء من جديد»، حال أنه يتحدث عن النصاب quorum. فالجلسات العامة تعاد عندما لا يتوفر النصاب اللازم لانعقادها. أما إذا توفر النصاب ولم تحصل الأغلبية اللازمة للمصادقة على مشروع قرار فهذا يعني فشل المقترح وبالتالي فلا موجب لعقد الجلسة من جديد للنظر في المشروع نفسه.

كما نلاحظ أن الفصل 130 لا يجيز عقد الجلسة العامة للمرة الثانية في نفس تاريخ الجلسة الأولى وبعد انقضاء ساعة أو بعض الساعات كما جرى به العمل في عديد الصور، إذ يجب أن يمضي بين الجلستين أجل لا يقل عن خمسة عشر يوما. أما عبارة «إلا إذا نص العقد التأسيسي على خلاف ذلك» الواردة في آخر الفقرة الثانية من الفصل 130 فتعود على آخر ما سبقها، وهو الاقتصاد على من يحضر بالجلسة وعدم اشتراط نصاب أدنى. فيجوز عندئذ التخصيص في العقد التأسيسي على نصاب معين في الجلسة الثانية، وهو ما يعني إمكانية عقد جلسة ثالثة إن لم يتوفر النصاب التعاقدي في الجلسة الثانية.

وتصدر القرارات بأغلبية أصوات الشركاء الحاضرين، على أن يكون لكل شريك عدد من الأصوات يعادل نسبة ما يملكه من رأس المال. وتنظر الجلسة العامة العادية في كل المسائل التي لا تختص بالنظر فيها الجلسة العامة الخارقة

للعادة. ومن أهم اختصاصاتها تعيين الوكيل ومراقب الحسابات والمصادقة على القوائم المالية السنوية وتقرير مآل الأرباح.

3. الجلسة العامة الخارقة للعادة

تنظر الجلسة العامة الخارقة للعادة في قرارات تعديل القانون الأساسي. ويشترط لذلك أن تصادق الجلسة العامة على القرار بأغلبية ثلاثة أرباع رأس المال، ما لم ينص العقد التأسيسي على نسبة أدنى من ذلك. ويستثنى من ذلك قرار تغيير جنسية الشركة، وكل قرار من شأنه زيادة التزامات الشركاء، والذي لا يمكن اتخاذه إلا بالإجماع. كما تستثنى قرارات ترفيع رأس المال بإدماج المذخرات فيه والتي يمكن اتخاذهما بأغلبية النصف فحسب.

وما يلاحظ هو أن الفصل 131 المتعلق بتعديل العقد التأسيسي نص على أغلبية ونصاب مندمجين *quorum et majorité confondus*، فأوجب في كل الأحوال أن يوافق على مشاريع القرارات المعروضة الشركاء المالكون لثلاثة أرباع الحصص الاجتماعية. فإذا حضر بالجلسة العامة شركاء مالكون لثلاثة أرباع رأس المال، فإن النصاب القانوني يعد متوفرا. أما الأغلبية المشترطة فتساوي في هذه الحالة 100 بالمائة (أي الإجماع) من الحاضرين. فإن حضر شركاء يملكون أكثر من ذلك فإن الأغلبية لا تحتسب على أساس الحاضرين بل على أساس رأس المال الإجمالي بحيث يجب في كل الأحوال أن يوافق على مشروع القرار الشركاء الذين يدهم ثلاثة أرباع رأس المال.

وقد جاء تعديل 16 مارس 2009 بحذف ما كان ينص عليه هذا الفصل حين كان يجيز الاتفاق على أغلبية أقل مما ذكر، وعوضها بالفقرتين الثانية والثالثة اللتين أدرجتا بعد الفقرة الأولى جديدة⁽¹⁾، واللّتين تنصّان على ما يلي:

ويجوز أن ينص العقد التأسيسي على أن تحوير العقد التأسيسي يتم بقرار من الجلسة العامة الخارقة للعادة التي تلتزم بحضور الشركاء المالكين لنصف الحصص على الأقل. وإذا لم يتوفر النصاب المشار إليه، تعقد جلسة ثانية بعد مدة لا تقل عن ستين يوما يحضرها الشركاء المالكون لثلث رأس المال على

(1) كان الفصل 131 من مجلة الشركات التجارية يتضمن قبل تعديل 16 مارس 2009 سبع فقرات فتم حذف مقطع من الفقرة الأولى وأضيفت فقرتان بعدها وبالتالي أصبح الفصل يتضمن تسع (9) فقرات وتأخرت الفقرة الثانية القديمة لتصبح فقرة رابعة وتأخرت باقي الفقرات الموالية لها برتبتين.

الأقل. وتتم الدعوة لحضور الجلسة العامة الثانية طبق الصيغ المنصوص عليها بالفصل 126 من هذه المجلة. وفي كل الأحوال تتخذ القرارات بأغلبية ثلثي الشركاء الحاضرين أو الممثلين. ويمكن أن يشترط العقد التأسيسي نصاً أو أغلبية أرفع مما ذكر دون اشتراط الإجماع.

ويمكن أن يتم تعديل العقد التأسيسي من قبل وكيل الشركة إذا تم ذلك تطبيقاً لأحكام قانونية أو ترتيبية تقتضي ذلك. ويعرض العقد التأسيسي في صيغته المعدلة على مصادقة أول جلسة عامة مواءمة.

وقد جاء هذا التعديل بقاعدتين جديدتين بالأساس، وهما:

أولاً: أن القانون الأساسي يمكن أن ينص على نظام يفصل بين النصاب والأغلبية كما هو مألوف في الشركات الأخرى، بحيث تحتسب الأغلبية على أساس الحاضرين فقط إن توفّر النصاب القانوني. فإذا اختار العقد التأسيسي هذا النظام فإن النصاب المطلوب هو نصف الحصص الاجتماعية فقط. وتتخذ القرارات عندئذ بأغلبية تساوي ثلثي الشركاء الحاضرين. وبذلك يمكن اتخاذ قرار تعديل العقد التأسيسي من قبل الجلسة العامة الخارقة للعادة من قبل الشركاء المالكين لـ 33.333 بالمائة من رأس المال الإجمالي (ثلثا النصف) على الأقل. ولا يمكن بحال اتخاذها من قبل الشركاء المالكين لأقل من ذلك، إذ أن الفقرة الثانية الجديدة من الفصل 131 لا تجيز الاتفاق الذي يقلص من النصاب والأغلبية القانونيين، ولكنها تجيز الاتفاق على نسب أرفع مما ذكر، بشرط أن لا تبلغ إلى درجة اشتراط الإجماع (100 بالمائة) كنصاب أو كأغلبية.

ثانياً: جاءت الفقرة الثالثة التي أضيفت إلى الفصل 131 بقاعدة جديدة كلياً بالنسبة للقانون التونسي إذ خرقت مبدأ تخصص هيكل الشركة principe de spécialisation des organes sociaux بأن أجازت للوكيل (الجهاز التنفيذي) مباشرة بعض أخطر الصلاحيات الموكولة للجلسة العامة للشركاء (هيكل المداولة organe délibérant) وهي المتمثلة في تعديل العقد التأسيسي. ففي النظام الذي كان مكرساً منذ 5 ماي 1930 ثم في الأمر العلي المؤرخ في 5 جانفي 1955 ثم في المجلة التجارية (1959) ثم في ظل الصيغة الأصلية لمجلة الشركات التجارية (2000)، ظلت الجلسة العامة هي التي تتخذ القرارات المصيرية في حياة الشركة. وميز المشرع بين الجلسة العامة العادية والجلسة العامة غير العادية بحيث تختص الثانية وحدها بتعديل العقد التأسيسي. ويفهم

من تلك التفرقة أن صلاحيات الجلسة العامة العادية يمكن أن يحال البعض منها إلى هيكل التسيير في إطار تفويض محدود، بخلاف صلاحيات الجلسة العامة الخارقة للعادة. غير أن التعديل الجديد فسخ المجال أمام الوكيل ليمارس أخطر صلاحيات الجلسة العامة الخارقة للعادة وهو تعديل العقد التأسيسي.

غير أن الأمر لا يتعلق بتفويض بل بنقل اختصاص. وهو نقل محدود وظرفي ومشروط، وهو أيضاً نقل وقتي، طالما أن الجلسة العامة ستمارس صلاحياتها في النهاية. فالأمر يتعلق بالصورة التي يصدر فيها تشريع جديد (قانون أو مرسوم أو نص ترتيبية في حدود ما تبيحه الفصول 65 و 66 و 67 و 70 و 94 من الدستور الجديد) يوجب على الشركة القيام بأمر معين يستوجب منها تعديلاً لعقدها التأسيسي. ففي هذه الحالة لا يكون أمام الشركة الخيار بين الامتثال لما جاء به النص القانوني وعدمه، بل يجب عليها أن تنصاع لأحكامه. ونذكر كمثال على ذلك ما وقع عندما أوجب قانون 21 مارس 2000 تحويل كافة الأسهم للحامل إلى أسهم اسمية. وفي ظل النص الجديد للفصل 131، يمكن أن يتولى الوكيل مباشرة تعديل العقد التأسيسي طبق هذه الأحكام الأمرة ثم يعرض الأمر على أول جلسة عامة مواءمة. وقد أوضحت الحكومة لدى مناقشة مشروع هذا النص أمام السلطة التشريعية أنه لا يشترط بالضرورة أن تقع المصادقة من الجلسة العامة الخارقة للعادة بل يجوز أن تقع أيضاً من الجلسة العامة العادية طالما أن الأمر يتعلق بتسوية وضعية لا غير، ولا وجود لسلطة اجتهاد تتمتع بها الجلسة العامة، وبالتالي فالمرونة مبررة.

ومن جهة أخرى، جاءت مجلة الشركات التجارية في صيغتها الأولى بتجديد إجرائي هام تمثل في تخويل القاضي الاستعجالي النظر في دعاوى إبطال محاضر الجلسات العامة للشركات ذات المسؤولية المحدودة إذا كان البطلان راجعاً لسبب شكلي (اختلال إجراءات الدعوة لحضور الجلسة العامة، اختلال قواعد النصاب أو الأغلبية...). غير أن هذا الخيار تم العدول عنه جزئياً في تعديل 27 جويلية 2005 الذي أرجع الاختصاص إلى «المحكمة» أي إلى الدائرة التجارية لكن مع تطبيق إجراءات القضاء الاستعجالي، أي أنه أقر نظاماً قانونياً لاستعجال النظر في الدعوى دون المساس بقواعد الاختصاص⁽¹⁾.

(1) يراجع مثلاً الحكم الابتدائي الاستعجالي الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية ببزرت في 2 ديسمبر 2009 (قضية عدد 15900)، غير منشور، الذي جاء به أن «دعوى معانة

1.3. ترفيع رأس المال

يتم ترفيع رأس المال بقرار من الجلسة العامة للشركاء، التي تراعي أفضلية الشركاء في الاكتتاب في حدود نسبة ما يملكونه من رأس المال والقيمة الحالية للحصص. وينبغي تحرير مقدار الزيادة في رأس المال وفق نفس قواعد التأسيس.

أ- الاختصاص باتخاذ قرار الترفيع في رأس المال

ترفيع رأس المال هو أحد القرارات التي تختص بإصدارها الجلسة العامة الخارقة للعادة. ولا تستثنى من ذلك حتى القرارات التي يجيز القانون أو العقد التأسيسي اتخاذها بنصاب أو بأغلبية مخفضين، كما هو الشأن بالنسبة إلى صورة ترفيع رأس المال بإدماج الاحتياطي فيه.

ب- الأفضلية في الاكتتاب

حوّل المشرع الحق في المشاركة في الاكتتاب في الترفيع لكل شريك على نسبة ماله من مساهمة في رأس المال. فإن لم يمارس أحد الشركاء ذلك الحق في الأجل المحدد بقرار الترفيع، والذي لا يمكن أن يقل عن واحد وعشرين يوما من تاريخ افتتاح الاكتتاب، يعتبر الشريك متخليا عن أولوية الاكتتاب، ويحق للشركاء الآخرين اكتتاب منابه في أجل جديد قدره واحد وعشرون يوما. فإن لم يحصل اكتتاب خلال الأجل المذكور، يفتح الاكتتاب أمام غير الشركاء طالما لم تقرر الجلسة العامة خلافه. وفي هذه الفرضية الأخيرة، وطالما لم تقرر الجلسة العامة الاقتصار على المبلغ الذي اكتبه الشركاء القدامى، يفتح الاكتتاب أمام العموم، وهو ما يجعل الشركة ذات المسؤولية المحدودة في وضع مقارب لوضع الشركة خفية الاسم. غير أن هذه الفرضية تبقى استثنائية، ويمكن منع حصولها بقرار من الجلسة العامة للشركاء، يكون قد اتخذ مسبقا (بالتنصيص في قرار الترفيع في رأس المال على الاقتصار على اكتتابات الشركاء القدامى) أو يقع اتخاذها لاحقا، أي عند نهاية أجل ممارسة حق الاكتتاب من قبل الشركاء القدامى، وقبل وقوع

بطلان محضر الجلسة العامة للشركاء هي دعوى استعجالية تقام ممن له الصفة والمصلحة ويفترض فيها التأكيد بقرة القانون دون حاجة لإثباته عملا بأحكام الفصل 127 من مجلة الشركات التجارية... واعتبر أن نظر قاضي العجلة يقتصر على «تشخيص السند المخدوش فيه وتفحصه وتقدير ملاءمته لصيغ وشكليات الانعقاد».

أي اكتتاب من قبل الغير. ويمكن أيضا سد هذا الباب بنص في القانون الأساسي للشركة.

وإذا تم الترفيع في رأس المال نقدا فإن المبالغ المدفوعة تودع بحساب يفتح مفتوح لدى مؤسسة مالية كما هو الحال في صورة التأسيس. فإن لم تنته عملية الترفيع في رأس المال بنجاح خلال ستة أشهر من قرار الجلسة العامة، جاز لكل شريك أن يطلب من القاضي الاستعجالي الإذن له بسحب المبلغ الذي كان دفعه. وإذا تم الترفيع بواسطة مساهمة عينية، يقع تقدير قيمتها بواسطة مراقب للحصص العينية إلا إذا كانت قيمة العين أو الأعيان لا تتجاوز ثلاثة آلاف دينار، حيث يجوز الاكتفاء بما يصرح به الشريك المعني بالأمر أو بما يقدمه من مؤيدات أو بما يقرره الشركاء في ما بينهم على ضوء معارفهم في الميدان.

ويشار إلى أن بعض القوانين المقارنة تخلت عن وجوبية اللجوء إلى مراقب الحصص أو المساهمات العينية وجعلت تعيينه غير لازم إلا إذا طلب ذلك بعض المساهمين. فرأي المراقب يهدف إلى إنارة باقي الشركاء حتى لا يقع الاحتيال على حقوقهم. أما حماية الغير فتتحقق أساسا من خلال حق القيام على المساهم بدعوى المسؤولية أو دعوى الضمان، والتي لا يغير من أمرها وجود مراقب مساهمات عينية من عدمه. كما أن مسؤولية المراقب لا تكون دائما ناجعة لحماية الغير.

ج- هل يجوز اشتراط منحة إصدار عند الترفيع في رأس المال؟

لم تضع مجلة الشركات التجارية قاعدة خاصة بهذه المسألة في ما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة بخلاف الشركة خفية الاسم. وقد يفهم من ذلك المنع. غير أن رأينا على خلافه. فالأكتتاب في حصص جديدة يعطي الشريك نفس حقوق الشركاء القدامى بما في ذلك الحق في مناب من فاضل التصفية، الذي يتركب من الأرباح غير الموزعة طوال حياة الشركة، سواء منها ما اتخذ وصف الذخر الاحتياطي أو غيره. ويقتضي الإنصاف أن تكون قيمة الحصص الجديدة مساوية لقيمة الحصص القديمة. ونقصد بذلك القيمة الاقتصادية لا القيمة التاريخية أو الاسمية. ويترتب عن ذلك أنه إذا كانت القيمة الحقيقية للحصص القديمة في السوق مختلفة عن قيمتها الاسمية فإنه يجوز (بل ينبغي) أن ينص قرار الجلسة العامة التي تقرر الترفيع في رأس المال على منحة إصدار، الهدف منها إقرار المساواة مع المحافظة على وحدة القيمة الاسمية لكافة الحصص.

ويمكن الوصول إلى نفس النتيجة عبر إصدار حصص جديدة ذات قيمة مغايرة لقيمة الحصص السابقة، وهو أمر لا يمنعه القانون لكنه بالغ التعقيد وقد يسهل في ما بعد مغالطة الغير. ونرى أن اشتراط دفع منحة إصدار أيسر وأفضل لكافة الأطراف.

وتأكيدا لموقف المشرع التونسي القائل بجواز اشتراط منحة إصدار بالنسبة لهذا الصنف من الشركات، جاء قانون المالية لسنة 2012 ناصا بفصله 15 على ما يلي: «2- يضاف بعد الفقرة الفرعية «هـ» من الفقرة I من الفصل 52 من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات فقرة فرعية «هـ» مكررة» فيما يلي نصها:

هـ مكرر. 30٪ بعنوان القيمة الزائدة المحققة من التفويت أو من إعادة إحالة السندات أو الحقوق المتعلقة بها المنصوص عليها بالفقرة الفرعية الأولى من الفقرة III من الفصل 45 من هذه المجلة.

وتضبط هذه النسبة بـ 10٪ بالنسبة إلى القيمة الزائدة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من الفصل 3 من هذه المجلة.

وتساوي القيمة الزائدة الخاضعة للخصم من المورد الفارق بين سعر التفويت في السندات وقيمة اقتنائها. وتطرح لضبط سعر التفويت وقيمة الاقتناء كل المصاريف المبذولة بمناسبة عملية التفويت أو الاقتناء بما في ذلك منحة الإصدار عند الاقتضاء وذلك على أساس الوثائق المبررة.

د- تحرير المساهمات عند الترفع في رأس المال

خلافًا لأحكام التأسيس، سكت المشرع عن مسألة وجوب تحرير المساهمات فورًا عند الترفع في رأس المال. وتبدو القاعدة بديهية عملاً بمبدأ توازي الصيغ والأشكال ومبدأ تنظير الترفع في رأس المال بالإحداث، لكن الجزء هو الذي يطرح إشكالا أكبر. فهل يجوز إخراج الشريك من الشركة جزاء لتخلفه عن تحرير مساهمته في عملية الترفع؟

أجابت محكمة الاستئناف بصفاقس عن هذا التساؤل في قضية تم فيها ترفع رأس المال وقبول شريكين جديدين تأخر أحدهما عن دفع مساهمته رغم التنبيه عليه مرتين ثم قام شريكان يملكان 60 بالمائة من رأس المال بدعوى أمام الدائرة التجارية بالمحكمة الابتدائية بصفاقس في إخراجه من الشركة بناء على أحكام

الفصل 1263 من مجلة الالتزامات والعقود فقضي لصالح الدعوى. ولدى الاستئناف ذُكرت المحكمة بأن الشريك مدين للشركة بمساهمته طبق الفصل 6 من مجلة الشركات التجارية، الذي يجيز للشركة طلب التعويض في صورة التأخر في تحرير المساهمة، وبأن الفصل 134 من ذات المجلة يضع آلية لحماية الشركاء بتمكينهم من سحب مساهماتهم إذا لم تُنجز عملية الترفع في رأس المال خلال أجل قدره ستة أشهر، لكنها ذُكرت بأن مجلة الشركات التجارية لم تلغ الفصل 1263 من مجلة الالتزامات والعقود. ومع ذلك فقد نقضت محكمة الاستئناف بصفاقس الحكم الابتدائي بناء على أن الفصل 1263 لا يهم سوى صورة تأسيس الشركة. كما اعتبرت المحكمة أن الفصل 1263 لا يشترط القيام بدعوى إخراج الشريك من الشركة من قبل كافة الشركاء، بل يكفي أن يكون المدعون مالكيين لأغلبية رأس المال باعتبار أن قاعدة الأغلبية هي القاعدة العامة في ما يهم الشركة ذات المسؤولية المحدودة⁽¹⁾.

وفي اشتراط ملكية أغلبية رأس المال من قبل المدعين إشكال أيضا. فالنص لا يقيم مثل هذا الشرط، والأصح أنه إما أن يُشترط القيام من قبل جميع الشركاء عدا المدعى عليه، مراعاة لعبارة الفصل 1263 الذي يفتح باب القيام أمام «باقي الشركاء»، وإما أن يكون حق القيام مخولا لأي واحد من الشركاء بقطع النظر عن نسبة ما يملكه من رأس المال، خاصة أن دعوى الفصل 1263 من مجلة الالتزامات والعقود تنبني على النظرية العقدية للشركة. وبالنسبة للفصل 1263، لا وجود لمفهوم «دعوى الشركة» action sociale لأن الشركة ليست شخصا معنويا في نظر مشرع سنة 1906، في حين أن الفصل 6 من مجلة الشركات التجارية يجيز القيام بدعوى أداء المساهمة للشركة نفسها كشخص معنوي. ويرى الفقه أن ربط الفصل 1263 من مجلة الالتزامات والعقود بالفصل 6 من مجلة الشركات التجارية يؤدي إلى اعتبار أن «باقي الشركاء» إنما يقومون بدعوى الإخراج من

(1) محكمة الاستئناف بصفاقس، قرار صادر بتاريخ 27 ديسمبر 2010 في القضية عدد 37497.

Arrêt rapporté et commenté par Mohamed KOSSENTINI: «Chronique de jurisprudence commerciale», in *Annuaire de la jurisprudence tunisienne 2013*, publié par l'Ecole Doctorale de la Faculté de Droit de Sfax, 2013, p.33 et ss., spéc. pp. 41-46.

الشركة في حق الشركة وباسمها. غير أنه في دعوى الحال، وقع القيام من قبل شريكين إثنين ضد الشريك المتقاعس وضد الشركة نفسها بما يدل على أن الأمر يتعلق بدعوى فردية. والرأي لدينا أن المحكمة طبقت الفصل 1263 بشكل سليم، واحترمت حرفيته وروحه، خاصة أن الصبغة التعاقدية للشركة لا تنتفي في شركات الأموال وشبهها، وأن الشريك ملتزم بمساهمته تجاه شريكه قبل أن يكون ملتزماً تجاه الشركة، والضرر الناجم عن عدم تحرير المساهمة يلحق الشركاء الآخرين والشركة على حد السواء. وإنما كان من الأسلم أن يكون القيام من قبل كل من الشركة نفسها والشركاء المعنيين، لا أن تكون الشركة في مركز المدعى عليه.

1.4. تخفيض رأس المال

تخفيض رأس المال هو نظير الترفيع وعكسه، لكنه يتميز عنه بخطورته الخاصة على حقوق دائتي الشركة الذين يمثل رأس المال ضمانهم الوحيد. وهو يتخذ وفق نفس شروط النصاب والأغلبية. فإن كان للشركة مراقب حسابات، وجب عليه تحرير تقرير خاص في الغرض يعرض على الجلسة العامة الخارقة للعادة. ويبلغ مشروع قرار التخفيض إلى الشركاء قبل عقد الجلسة العامة بثلاثة أشهر على الأقل. كما يتم إعلام دائتي الشركة بقرار التخفيض خلال الخمسة عشر يوماً الموالية لاتخاذ. ويحق للدائنين الاعتراض على قرار التخفيض برفع دعوى أمام القاضي الاستعجالي خلال الشهر الموالي لإعلامهم به. فإن رأى القاضي أن الاعتراض جدي وأن الضمانات المخولة قانونياً وتعاقدياً للدائنين أو للدائنين المعترضين غير كافية وأن حقوق الدائنين معرضة لمخاطر حقيقية بسبب تخفيض رأس المال، فإنه يقضي إما بحلّ أجل الوفاء بالدين وإما بإلزام الشركة بتقديم ضمانات إضافية للوفاء. ولا ينفذ قرار التخفيض خلال أمد الاعتراض. ويعني ذلك أنه لا يمكن توزيع المال المتولد عن التخفيض (المساهمات) في الأثناء.

ويتم التخفيض إما بتوزيع مبالغ نقدية أو بترجيح أعيان سبقت المساهمة بها وذلك إذا لم يكن التخفيض مبرراً بتحقيق الشركة لخسائر، أو دون أي توزيع إذا كان موجب التخفيض هو تحقيق الشركة لخسائر.

الفقرة الفرعية الثانية: القواعد المتعلقة بأرباح الشركة وتوزيعها

1. مآل الأرباح

بالنظر إلى مفهوم الشركة نفسه، يفترض أن يتم توزيع الأرباح على الشركاء بصفة دورية. غير أن ذلك لا يمنع من تخصيص الربح أو بعضه لغايات أخرى تتمثل خاصة في تدعيم الأموال الذاتية للشركة. وفي جميع الأحوال، لا يجوز أن «يستأسد» أحد الشركاء على الباقيين فيغبنهم منابهم من الربح.

2. منع شروط الأسد

يوزع الربح على الشركاء، كل على قدر مساهمته في رأس المال، ولا يصح شرط الأسد clause léonine، أي الشرط الذي يمنح أحد الشركاء أو بعضهم الحق في كامل الربح أو نسبة منه تفوق نسبة منابه من رأس المال.

3. احتساب الربح القابل للتوزيع

يساوي الربح القابل للتوزيع الفارق بين إجمالي الإيرادات وإجمالي الأعباء. ويمكن تحديده عبر «طريقة الموازنة» وذلك بطرح الأصول الصافية *actif net* في بداية السنة من الأصول الصافية في آخر السنة.

ويدخل في الإيرادات المشار إليها جميع ما قبضته المؤسسة خلال السنة بعنوان رقم معاملات، أي المقاييس المتأتية من العمليات الاعتيادية الداخلة في النشاط العادي للمؤسسة، والإيرادات الاستثنائية كالهبات والمنح المستندة خصوصاً من الدولة والأرباح الاستثنائية المتأتية مثلاً من عمليات الصرف أو التأمين أو التفويت في عناصر الأصول (القيمة الزائدة *plus-values*)... وتضاف إليها الأرباح المؤجلة من السنوات السابقة أي التي لم يتم توزيعها ولم تدمج في الاحتياطي القانوني أو التعاقدية، والتي تشكل نوعاً من الاحتياطي الحر *réserves libres*.

ويتعلق الإشكال المطروح في هذا الإطار بمدى جواز اعتبار احتياطي إعادة تقييم الموازنة *réserve de réévaluation du bilan* أو أحد عناصرها من جملة الإيرادات المعتمدة في تحديد الربح القابل للتوزيع.

يطرح هذا الإشكال مسألة تطبيقات مبدأ الحذر وحدوده. فهل يمكن للشركة أن توزع أرباحاً «كامنة» *bénéfices latents* لم تتحقق فعلياً، بناء على تقديرات

مجرة بواسطة هيكل التسيير وتحت رقابة مدقق الحسابات ؟ أوليست في ذلك مخاطرة كبيرة يمكن أن تتجسم عند التفويت الفعلي في الأموال موضوع إعادة التقييم لاحقا، حيث يمكن أن يتبين أن ثمن السوق يقل بكثير عن الثمن المقدر من قبل الهيكل المعني، وأن الربح الذي تم توزيعه كان وهميا في الكل أو البعض ؟

أجلب المشرع عن هذا التساؤل بالصمت بالنسبة لعنوم الشركات، وبالإيضاح الجزئي في ما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة. فقد نص الفصل 142 من مجلة الشركات التجارية على أنه إذا تبين من خلال الوثائق المحاسبية للشركة أن أموالها الذاتية أصبحت دون نصف رأس مالها نتيجة الخسائر، تدعى الجلسة العامة للنظر في إمكانية حل الشركة أو تسوية الوضعية. «ويمكن أن يقع الترفيع في رأس مالها بواسطة مدخراتها أو بإعادة تقييم أموالها الذاتية».

وتتمثل احتياطات إعادة تقييم الموازنة في عملية محاسبية صرفة تتمثل في تعديل قيمة الأصول وخاصة الأصول الثابتة المسجلة في المحاسبة. ذلك أن الأصول تقيد في المحاسبة بقيمتها التاريخية أي بالثمن الذي تم شراؤها أو صنعها أو بناؤها به، وتطرح الإستهلاكات من تلك القيمة. غير أن أحوال السوق قد تشهد تغييرا يؤدي إلى ارتفاع قيمة العين في الواقع بالمقارنة مع القيمة الصافية المسجلة بها محاسبيا. إلا أن «الربح» (القيمة الزائدة) المحقق من خلال عملية إعادة التقييم ليس سوى ربحا نظريا لم يقع تحقيقه في الواقع، وهو ما يجعل القانون الجبائي لا يخضعه للأداء. لكن تكريس مبدأ الحذر لم يمنع المشرع من إقرار إمكانية توظيفه للزيادة في رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة لاستيعاب الخسائر. وفي رأينا فإنه لا يمكن توظيف هذا الاحتياطي في أي ظرف آخر، فلا يجوز استعماله للترفيع في رأس المال في غياب خسائر ولا يمكن على وجه الخصوص توزيعه على الشركاء. وحتى استعماله لاستيعاب الخسائر فهو غير جائز في غير الشركة ذات المسؤولية المحدودة لأن قاعدة الفقرة الثالثة من الفصل 142 من مجلة الشركات التجارية إنما هي قاعدة استثنائية فلا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها.

1.3. الأعباء القابلة للطرح لغاية تحديد الربح القابل للتوزيع
ويتبين من ربط أحكام القانون المحاسبي بالقانون الجبائي أن الأعباء القابلة للطرح لغاية تحديد الربح الصافي الخاضع للضريبة ثم الربح القابل للتوزيع ثلاثة أنواع رئيسية:

أ. الأعباء العامة frais généraux

وتشمل كافة أنواع الأعباء وخاصة منها الأجور والعمولات المدفوعة مقابل اقتناء المواد الأولية والخدمات وتكاليف التأجير الضرورية للنشاط الاعتيادي للمؤسسة. كما تدخل في هذا الصنف كل النفقات الأخرى المرتبطة بالاستغلال العادي كالهدايا وتكاليف الاحتفالات التي تتحملها المؤسسة في إطار سياستها الدعائية والتسويق ولتلميع صورتها في السوق أو لدى المجتمع. ويمكن أن نذكر من بينها كل تكاليف الرعاية sponsoring et mécénat سواء كانت رعاية تجارية أو رياضية أو أدبية وفنية، وتشمل التغطية المالية والجوائز التي تمنحها بعض الشركات لأفضل إنتاج أدبي أو للفائز في مسابقة رياضية كماراطون ونحوه. ولئن حدد القانون الجبائي الهدايا ومصاريف الاحتفالات -على أساس أنها نفقات «استثنائية»- بسقف محدد فإن القانون التجاري والمحاسبي لا يضعان لها سقفا ولا حدا، فهي مقبولة طالما كانت موجهة لخدمة السياسة التجارية للشركة.

ب. الإستهلاكات amortissements

وتتمثل في قسمة قيمة اقتناء الأصول الثابتة immobilisations على عدد سنوات الاستعمال المتوقعة بالنظر إلى كثافة الاستعمال، بحيث تطرح الشركة كل سنة قسما من القيمة التاريخية valeur historique لتلك الأشياء مراعاة لتقلص قيمتها بسبب مرور الزمن أو التقدم أو التطور التكنولوجي. ولا يعترف القانون التجاري إلا بالاستهلاك الخطي linéaire أي الذي يتم بطرح مبالغ متساوية إلى نهاية مدة استعمال العين، بخلاف القانون الجبائي الذي يقر أيضا طريقة الاستهلاك التنازلي dégressif لاعتبارات جبائية تهدف إلى تشجيع المؤسسات على المسارعة بتجديد بعض أصناف الأموال كمعدات الإعلامية والتجهيزات الفلاحية.

وقد يجوز أيضا تطبيق نظام الاستهلاك التنازلي إذا كان واقع السوق والحقيقة المادية والاقتصادية يشتان أن تناقص قيمة العين يكون سريعا منذ البداية ويتقلص

في السنوات المالية. وفي هذه الحالة يجب أن تكون الشركة أمينة في نقل التطور الحقيقي لقيمة العين وأن تكون لها كل المثبتات والمؤيدات التي تبرر تطبيق هذه النظام. ويجب أن يتم قيد هذه الاستهلاكات وفق الضوابط الواردة في نظام المحاسبة للمؤسسات والمعايير المحاسبية.

ج. المدخرات provisions

تمثل المدخرات في مبالغ نقدية تطرحها الشركة من نتائج الاستغلال لمجابهة مخاطر محددة تفترض الظروف الموضوعية توقع تحققها خلال السنة المالية اللاحقة. وخلالنا للاحتياطي réserves فإن المدخرات محددة بأنواع معينة ترتبط بمخاطر محددة، وطرحها غير مرتبط بتحقيق الشركة أرباحا من عدمها. وفي طرحها تكريس لمبدأ الحذر principe de prudence. وبخلاف القانون الجبائي الذي حصر المدخرات القابلة للطرح في أصناف معينة وفي حدود معينة بالنسبة للربح السنوي⁽¹⁾ فإن القانون التجاري والقانون المحاسبي لا يقيدان المدخرات بأي قيد. فالقاعدة الذهبية في هذا المجال هي أن على المؤسسة أن تكون مدخرات كلما ظهر لها خطر جدي وفي حدود الخسارة المتوقعة أن تتحملها لو تحقق ذلك الخطر. فإن زال الخطر وجب عليها أن تعيد إدراج مبلغ المدخر في نتائج السنة التي زال فيها ودون أثر رجعي.

2.3 مدى جواز توزيع تسبقات من الأرباح acomptes sur dividendes

لم يبين التشريع التجاري التونسي ما إن كان من الجائز أن تباشر الشركة توزيع تسبقة من الأرباح، بخلاف عدد من القوانين الأجنبية كالقانون الفرنسي والقانون المصري.

وفي رأينا فإن سكوت النصوص العامة معناه المنع لأن القانون التونسي يمنع توزيع الأرباح الصورية، والربح المحقق خلال جزء من السنة ليس سوى ربعا خياليا أو افتراضيا، وهو بالأحرى مجرد أمل في تحقيق ربح قد يتبخر إن حققت الشركة نتائج سيئة خلال ما تبقى من السنة المالية⁽²⁾. فإن تحقق ذلك

(1) يراجع: أحمد الورفلي: «المدخرات في التشريع الجبائي»، ضمن كتاب «دراسات في القانون الجبائي II»، نشر مجمع الأطرش، تونس 2007، ص. 91.

(2) أحمد الورفلي: «توزيع أرباح الشركات التجارية»، ط. المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية 2006، ص. 65-69 (الأعداد من 95 إلى 98).

أصبح التوزيع جريمة، لأنه يتسلط على ربح وهمي يقتطع في النهاية من رأس المال.

3.3 طرح الاحتياطيات قبل توزيع الربح

يجب على الشركة أن تقتطع من الأرباح الصافية نصف العشر (5%) لا يقع توزيعه ويكون منه ذخر احتياطي réserves لمجابهة كل طارئ غير محدد، حتى يبلغ مجمل الاحتياطي عشر رأس المال، فتعفى الشركة عندئذ من واجب اقتطاعه. على أنه يجوز التنصيص في عقد الشركة على وجوب اقتطاع احتياطي آخر (تعاقدية)، كما يمكن للجلسة العامة العادية تكوين احتياطي حر أو تأجيل توزيع الأرباح جزئيا أو كليا، دون أن يؤول كل ذلك إلى حرمان الشركاء من حقهم في أن توزع عليهم الأرباح مرة كل ثلاث سنوات على الأقل بنسبة لا تقل عن ثلاثين بالمائة من الربح الواقع تحقيقه.

وقد لاحظ الفقه أن المشرع لم يبين وعاء assiette هذا التوزيع الأدنى وما إن كان يقتصر على أرباح السنة الثالثة أم يشمل أرباح السنوات الثلاثة الأخيرة⁽³⁾. والرأي لدينا أنه الربح المحقق خلال ثلاث سنوات.

وإذا وقع توزيع أرباح غير حقيقية (وهمية)، فإنه يحق للشركة القيام على الشركاء لطلب استردادها خلال السنوات الثلاث المالية للتوزيع. وهذا الأجل أقصر من الأجل الذي قرره قانون 16 مارس 2009 بالنسبة للشركة خفية الاسم كما أنه لم يميز بين الشريك «العادي» والشريك الذي يكون في نفس الوقت مسيرا للشركة ويكون مسؤولا عن قرار توزيع الربح الوهمي. فكلاهما ملزم بالتراجع، وليست في ذلك عقوبة لأن توزيع ربح وهمي هو في الحقيقة توزيع لرأس المال، وهو ما لا يجوز إلا في صورتي حل الشركة أو تخفيض رأس مالها.

الفقرة الثامنة: انحلال الشركة ذات المسؤولية المحدودة

لا تنحل الشركة ذات المسؤولية المحدودة بسبب وفاة أحد الشركاء أو تفليسه أو فقدانه لأهليته أو بسبب التسوية القضائية، وإنما تنحل لسائر الأسباب العامة للانحلال، كما تنحل بقرار تتخذه الجلسة العامة الخارقة للعادة إثر خسارة

(1) Sami FUKHA: «La distribution des bénéfices sociaux», in *Le Code des sociétés commerciales suite aux modifications de 2005*, actes de colloque, Tunis 3-4 fév. 2006, éd. CEJJ, Tunis 2006, p. 77 et ss., spéc. p. 88.

ما يعادل نصف أموالها الذاتية. على أنه يمكن للجلسة العامة أن تقرّر تخفيض رأس المال وعدم حل الشركة، رغما عن تحقق هذه الخسارة. ويمكن في هذه الحالة الأخيرة أن يرقق التخفيض بترفيح في رأس المال لتعزيز الأموال الذاتية للشركة. وتسمى هذه التقنية «ضربة الأكورديون» *coup d'acordéon*. وفي صورة التفاوض عن تسوية الوضعية رغم تحقق الخسارة المذكورة، يمكن لكل معني أن يطلب حلّ الشركة قضائيا، فتمنح المحكمة للشركة أجلا لا يتجاوز ستة أشهر لتسوية وضعها وإلا قضت بحلها.

الفقرة التاسعة: تغيير شكل الشركة ذات المسؤولية المحدودة

على غرار الحل وتمديد حياة الشركة، فإن تغيير شكلها تختص بتقريره الجلسة العامة الخارقة للعادة، طالما أن الأمر يستوجب تعديل ما ورد في العقد التأسيسي في ما يتعلق بالشكل القانوني للشركة. ويمكن أن تتحول الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلى شركة خفية الاسم وذلك في حالتين : حالة التغيير «شبه الوجوبي» بسبب تجاوز عدد الشركاء الخمسين وعدم تراضي الشركاء على تقليص عددهم بخروج بعضهم من الشركة، وحالة التغيير الاختياري. وفي هذه الحالة الأخيرة يقع التغيير بمحض إرادة الشركاء وبناء على اقتراح من الوكيل أو الوكلاء يدرج في جدول أعمال الجلسة العامة الخارقة للعادة. ويتقرر تغيير الشكل بعد مصادقة الشركاء على حسابات الستين السابقتين على الأقل.

ويجب أن يعد الوكيل مشروع قرار تغيير الشكل وأن يعرضه على مراقب الحسابات إن وجد ليبدى رأيه فيه ثم يعرضه على الجلسة العامة الخارقة للعادة التي تصوت عليه بأغلبية معززة (ثلاثة أرباع رأس المال) إلا إذا كان رأس مال الشركة يفوق مائة ألف دينار، حيث يكفي بأغلبية مطلقة (أغلبية الشركاء الممثلين لنصف رأس المال).

الشرع الثاني

شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة *La société unipersonnelle à responsabilité limitée (SUARL)*

تمثل شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة أحد أهم التجديدات التي جاءت بها مجلة الشركات التجارية. وهي شركة تجارية حسب الشكل، بغض

النظر عن موضوعها ونشاطها، وتخضع إلى الأحكام المنطبقة على الشركات ذات المسؤولية المحدودة ذات الشركاء المتعددين -بما في ذلك قاعدة عدم اشتراط رأس مال أدنى وتحديد القيمة الدنيا للحصة الإجتماعية الواحدة بدينار واحد- عدا القواعد الخاصة التالية.

الفقرة الأولى: تكوين شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة

تتكون شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة بمقتضى تصرف قانوني بإرادة منفردة يتخذها شخص ما، يقتضي تأسيس مؤسسة تجارية لا يجتمع فيها مع شركاء آخرين، إلا أن مسؤوليته في إطارها تكون محدودة، فلا تتجاوز الأموال التي يخصصها لتلك المؤسسة بعنوان رأس مال. واحتراما لقاعدة وجوب توثيق «عقد الشركة» بالكتابة، يفترض قانونا أن يتولى الشريك الوحيد تحرير كتب يتضمن مجمل البيانات الوجوبية في عقود تأسيس الشركات، وخاصة منها ما يتعلق بهويته ومبلغ رأس المال وطبيعة المساهمات (نقدية أو عينية) ومقر الشركة وتعيين مراقب الحسابات إن وجب ذلك بحكم توفر المعايير القانونية التي يوجب توفرها تعيينه.

و«درا لإمكانية الإلتباس بين الشخص الطبيعي وشركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة التي جاء بها القانون عدد 93 لسنة 2000 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000 المتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية، أوجب فصلها 91 أن تحمل الشركة اسما إجتماعيا مسبقا أو متبوعا مباشرة بعبارة ش.م.م. أي شركة ذات شخص واحد محدودة المسؤولية مع ذكر رأس مالها.

و...إن المقاولات العامة للبناء السيد ب... لا تحمل البيانات المشار إليها فهي ليست شركة تتمتع بالشخصية المعنوية ولها ذمة مستقلة وإنما مؤسسة خاصة وعنصر من العناصر المكونة للذمة المالية لصاحبها وبذلك فإن محكمة الموضوع كانت محقة عندما اعتبرت الاختلاف في تسمية المعقول عليه ودائن المعقول تحت يدها ظاهريا لا تأثير له على صحة إجراءات العقلة من حيث أطرافها»⁽¹⁾.

وإذا تم تقديم مساهمة عينية تفوق قيمتها ثلاثة آلاف دينار، يجب على الشريك الوحيد تعيين مراقب حصص عينية لتقويمها. ويضم تقرير المراقب إلى

(1) محكمة التعقيب، قرار عدد 8746 بتاريخ 25 ماي 2005، نشرة محكمة التعقيب لسنة 2005، الجزء الثاني: مرافعات مدنية وتجارية، ص. 203.

القانون الأساسي. أما إذا لم تتجاوز قيمتها ثلاثة آلاف دينار، فله الإكتفاء بالتقدير الذي يقرره هو بنفسه سواء كان مدعما بوثائق كالفواتير وعقود الشراء أو لم يكن. وفي الحاليتين، يضمن الشريك الوحيد قيمة مساهماته العينية.

الفقرة الثانية، التحجيرات

يمنع القانون التونسي على الذوات المعنوية أن تكون شريكا وحيدا في شركة شخص واحد ذات مسؤولية محدودة، كما يمنع على نفس الشخص الطبيعي أن يكون شريكا وحيدا في أكثر من شركة واحدة من هذا الصنف. ويحظر على الشريك الوحيد أن يفوض صلاحيات الإدارة والتسيير إلى الغير، بحيث إنه من الحتمي أن يكون الشريك الوحيد هو وكيل الشركة.

وهذه التحجيرات تتميز بها القانون التونسي عن جل القوانين الأجنبية، وهي تهدف إلى منع التحايل على القانون وضمان جدية أعمال تسيير الشركة. غير أن القانون التونسي يظل بعيدا عن توجهات القوانين الحديثة التي لا تتضمن مثل هذه الموانع وتنحو منحى الليبرالية، ولا تمنع الشركات عامة من أن تكون شريكا وحيدا في شركات أخرى خاصة أن التمييز في هذه المسألة يقوم على دعائم واهية يجوز بموجبها للشخص الطبيعي أن يحدث «ذمة مالية مخصصة» في حين يمنع ذلك على الشركات ولو كانت أفضل هيكلية وأكثر شفافية.

الفقرة الثالثة: سير أمور شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة

الشريك الوحيد هو وجوبا وكيل الشركة، وهو الذي يعد وثائق محاسبتها طبق أحكام القانون المتعلق بنظام المحاسبة للمؤسسات، كما يحزر تقرير التصرف. وفي صورة توفر معايير تعيين مراقب حسابات، يتولى الشريك الوحيد ذلك، وليس له أن يصادق على حسابات الشركة إلا بعد الإطلاع على تقرير مراقب الحسابات.

ويتخذ الوكيل جميع القرارات المتعلقة بالتسيير، ولا يشترط فيها القانون شكلا معينا. فهذه الشركة تتسم بخلوها من هيكل مداولة بالمعنى المألوف⁽¹⁾. أما القرارات المسندة عادة إلى الجلسة العامة، فإنها تخضع إلى شروط شكلية،

(1) عماد بن عبد الحميد الدرويش: «شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة»، محاضرة افتتاح السنة القضائية 2002/2003، منشورة بمجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2003.

حيث يصدرها الوكيل دون عقد «جلسة عامة» ويحرر فيها وثيقة يتولى إمضاءها ويودعها بدفتر خاص يجب عليه مسكه للغرض، يطلع عليه كاتب المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها مقر الشركة ويختتمه، وإلا بطل القرار. وهذا البطلان نسبي وليس مطلقا، ويجوز التمسك به من الغير الذي له مصلحة في التمسك به، لكن لا يمكن التمسك به من قبل الشركة أو وكيلها، حفظا لحقوق الغير.

ويجيز القانون لكل من يهمه الأمر أن يطلب من القاضي الاستعجالي توقيف العمل بالقرارات المذكورة إن أثبت مساسها بمصالحه المشروعة.

وإذا تم إبرام عقد بين الشريك الوحيد والشركة سواء تم ذلك مباشرة أو بشكل غير مباشر، فإنه يجب عرضه على مراقب الحسابات إن وجد. ولا يقيم القانون أدنى تفرقة بحسب قيمة المعاملة موضوع العقد. فلا توجد عمليات متنوعة بل توجد فقط عمليات مؤطرة. ويلحق العقد وتقرير مراقب الحسابات بالوثائق المحاسبية للشركة.

الفقرة الرابعة، نظام حصص شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة

يمكن للشريك الوحيد أن يحيل كافة الحصص إلى شخص آخر، وفي هذه الحالة يحل الشريك الوحيد الجديد محله في كل ما له وما عليه. أما في صورة التفويت في بعض الحصص فقط، فإن الشركة تتحول إلى شركة عادية ذات مسؤولية محدودة، ويجب إشهار هذا التحول طبق القانون. وإن لم يقع إتمام إجراءات الإشهار كما يجب، أمكن لكل معني أن يطلب من المحكمة التصريح ببطلان الشركة في شكلها الجديد.

وتنظر المحكمة في هذه الدعوى وفقا للإجراءات المستعجلة. فإن صرحت بالبطلان، عُد التفويت في الحصص وكأنه لم يقع أصلا، وعادت الحالة إلى ما كانت عليه.

الفقرة الخامسة، انحلال شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة

تنحل شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة ب وفاة الشريك الوحيد أو بتفليس أو بفقدانه للأهلية. على أنه إذا ترك الهالك وريثا وحيدا راشدا، فإن الشركة تتواصل به. كما أنه إذا تعذد الورثة، يمكنهم الاتفاق على

مواصلة النشاط في إطار الشركة بينهم جميعا أو بين البعض منهم مع إتمام موجبات الإشهار عند الانقضاء. وإن لم يحصل ذلك، تنحل الشركة ويعين مصف لها بطلب ممن له مصلحة.

الفقرة السادسة: المسؤولية الجزائية للشريك الوحيد

لا تتنافى صفة الشريك الوحيد كمالك وحيد لكامل الحصص الممثلة لرأس مال الشركة مع إمكانية تعرضه إلى المؤاخذه الجزائية من أجل أفعال لها مساس بالشركة نفسها أو بالغير وخصوصا الدائنين. فيؤاخذ الشريك الوحيد ويتعرض إلى عقوبة السجن لمدة تصل إلى الخمسة أعوام ولا تقل عن العام الواحد مع خطية تتراوح بين 500 دينار و5000 دينار إذا أدلى بتصريح كاذب عند تكوين الشركة أو عند ترفيع رأس المال، خصوصا في ما يتعلق بتقدير المساهمات، أو إذا أعد محاسبة غير مطابقة للواقع عمدا منه، أو إعتسف في استعمال مكاسب الشركة. ويعاقب بنفس العقوبة أيضا في صورة عدم إعداد محاسبة قانونية أو تقرير تصرف أو عدم اتخاذ التدابير اللازمة لتسوية وضع الشركة عند تحقيقها لخسائر تساوي أو تفوق ثلث أصولها.

النسب الثاني

تقديم عام

يقوم النظام القانوني للشركات العصرية على نفس التصور الذي يبنى عليه تنظيم الدولة الديمقراطية، أي على مبدأ تفريق السلط ومبدأ سيادة الهيكل التمثيلي «للسب»⁽¹⁾. فبينما تقوم الشركة التقليدية على مبادئ نظام الديمقراطية المباشرة، تقوم الشركات الحديثة على منوال نموذج نظام الديمقراطية التمثيلية أو غير المباشرة.

وقد بينت التجربة أن الشركة خفية الاسم هي الإطار الأمثل للنشاط الاقتصادي في النظام الليبرالي الرأسمالي، وهذا ما يفسر أولوية الشركة خفية الاسم في اهتمامات المشرع واحتلالها للحيز الأهم في المجلة التجارية ثم في

(1) Georges RIPERT: «Aspects juridiques du capitalisme moderne», éd. LGDJ, 1^è édition, Paris 1946.

مجلة الشركات التجارية، كما يفسر اشتراط هذا الشكل القانوني لممارسة بعض الأنشطة الهامة كنشاط مؤسسة قرض أو تأمين أو للإدراج ببورصة الأوراق المالية والدعوة إلى الإدخار العام.

ويميز القانون التونسي الحالي بين عدة أصناف من الشركات خفية الاسم، سواء باعتماد معيار كيفية تجميع مواردها المالية الذاتية (شركات مساهمة عامة وشركات مساهمة خصوصية) أو باعتماد معيار توزيع السلطات والصلاحيات بين هياكلها وأهمية دور هيكل الرقابة الداخلية فيها (شركات خفية الاسم ذات مجلس إدارة وشركات ذات حياة إدارة جماعية). على أن جميع هذه الشركات تشترك في جملة من القواعد المشتركة، وهي التي يأتي بيانها في ما يلي.

الشرع الأول

القواعد المشتركة بين مختلف أصناف الشركات خفية الاسم

تشترك الشركات خفية الاسم بأصنافها في أغلب القواعد الأساسية، في حين تتباين بعض الأحكام المتعلقة خصوصا بهيكله هيئة التسيير والإدارة بحسب ما يختاره المساهمون.

الفقرة الأولى: مميزات الشركة خفية الاسم

تحمل هذه الشركة تسمية اجتماعية يفترض أن لا تتضمن إشارة إلى أسماء الشركاء فيها، مع وجوب التنصيص صراحة على أنها شركة خفية الاسم. ولا يمكن أن تكون هذه التسمية مطابقة لتسمية شركة قائمة ولا أن يكون من شأنها خلق لبس في أذهان الكافة حول اختلافها عنها. وفي صورة المخالفة يجوز للشركة المتضررة القيام لدى القضاء بطلب رفع اللبس. وهذه القواعد غير خاصة بها، وبالتالي لن نفردها بفقرة خاصة. أما القواعد الخصوصية فهي التي يأتي عرضها تباعا:

الفقرة الفرعية الأولى: عدد الشركاء

تتميز الشركة خفية الاسم عموما من حيث عدد الشركاء فيها، حيث اشترط المشرع أن لا يقل عن سبعة، خلافا لساكن الشركات الأخرى التي يكفي أن تجمع شريكين أو حتى شريكا واحدا بالنسبة إلى شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية

المحدودة، وهذا ما يؤكد أن المشرع يعتبر أنها الإطار الأمثل لتحقيق المشاريع الاقتصادية الكبرى والاستثمارات العملاقة.

ويلاحظ أن العدد الذي اشترطه القانون التونسي يعزى إلى مرجعية فرنسية قديمة مرتبطة بتطور التجارة والمعاملات البحرية في القرون الماضية، وقد ظل المشرع التونسي متشبها بهذه القاعدة على الرغم من أن جل القوانين العصرية تخلت عن هذا الرقم كما أن عديد القوانين "التقليدية" تخلت عنها، ومنها القانون الفرنسي نفسه الذي استحدث صنفًا جديدًا يسمى «الشركة خفية الاسم المبسطة ذات الشخص الواحد» *Société anonyme simplifiée unipersonnelle*, وهي شركة تخضع إلى قواعد مرنة ومن أجلى مظاهر مرونتها أنه يمكن تأسيسها من قبل شخص واحد⁽¹⁾. وقد استحدثت هذه الصيغة في فرنسا بعد أن تبين للأسلط العمومية فيها أن الباعثين أصبحوا يلجؤون إلى بعث مؤسساتهم في اللكسمبورغ وهولندا وجزر الكاريبي حيث تتميز التشريعات بمرونة كبيرة.

الفقرة الفرعية الثانية: مقدار رأس المال

من أهم أوجه التجديد التي جاءت بها مجلة الشركات التجارية اشتراط رأس مال أدنى بالنسبة إلى الشركة خفية الاسم، وهو ما لم يكن موجودا في المجلة القديمة، والتي تم تأويلها على أنها تجيز تكوين شركة من هذا النوع رأس مالها خمسة وثلاثون دينارًا فقط. ففي ظل مجلة الشركات التجارية في صيغتها المعدلة في 26 جانفي 2005 بموجب القانون عدد 12 لسنة 2005، لا يمكن أن يقل رأس المال عن خمسة آلاف دينار (5.000) بالنسبة إلى شركات المساهمة الخصوصية (بعد أن كان محددًا بخمسين ألف دينار قبل التعديل)، وعن خمسين ألف دينار (50.000) بالنسبة إلى شركات المساهمة العامة (بعد أن كان محددًا بمائة وخمسين ألف دينار قبل تعديل تعديل 26 جانفي 2005).

(1) France GUIRAMAND et Alain HERAUD: «Droit des sociétés», éd. Dunod, Paris 2003, 10^e édition, p. 299 et ss. La SAS unipersonnelle a été créée par la loi du 3 janvier 1994, modifiée par la loi du 12 juillet 1999, qui a ouvert la possibilité de créer des SAS à tous. La loi du 15 mai 2001 sur les Nouvelles réglementations économiques (NRE) a allégé les formalités applicables à la société anonyme lorsqu'il s'agit d'une SAS. En 2003, il y avait près de 44.000 SAS en France.

ويقسّم رأس المال إلى أسهم تتميز بقابليتها للتداول وبإمكانية التفويت فيها بحرية حتى إلى غير الشركاء، ولا تقل القيمة الاسمية للسهم الواحد عن دينار واحد (بعد أن كانت قبل تعديل 26 جانفي 2005 خمسة دنانير).

ويجب أن يقع اكتتاب كافة الأسهم حتى تتكون الشركة بشكل صحيح. والاكتتاب هو الالتزام بدفع قيمة الأسهم، والذي لا يقتضي بالضرورة دفع ذلك المبلغ حينًا، حيث يكفي تحرير ربع رأس المال على الأقل عند تكوين الشركة، أما الباقي فيجب تحريره خلال مدة لا تتجاوز الخمس سنوات. وإذا وجدت مساهمات عينية فإنه يجب تحريرها حينًا عند التأسيس.

ولا يمكن إصدار سندات رأس مال جديدة أو الترفيع في رأس المال قبل تحرير كامل رأس المال الأصلي. وبذلك تختلف الشركة خفية الاسم عن شركات الأشخاص التي يمكن تحرير رأس المال فيها في الآجال التي يختارها الشركاء بحرية ودون تحديد، وعن الشركات ذات المسؤولية المحدودة التي يجب فيها تحرير رأس المال بكامله عند التأسيس ودون تأجيل.

الفقرة الفرعية الثالثة: عدم جواز المساهمة بالعمل

من القواعد التي تختص بها الشركة خفية الاسم أنه لا يجوز أن تقع المساهمة في رأس مالها بالعمل، بحيث لا تقبل سوى المساهمات النقدية والعينية. ولم تتغير هذه القاعدة حتى بعد قبول المساهمة بالعمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بموجب القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009. وفي صورة التنصيص في العقد التأسيسي على مساهمة بالعمل، يمكن أن يقول الأمر إلى أحد ثلاثة حلول:

- فإما أن يقضى ببطالان عقد الشركة، وهو أمر غير مستحسن في المطلق. وفي هذه الحالة ستعتبر الشركة كشركة مفاوضة فعلية ويكون الشركاء فيها متضامنين في أداء ديون الشركة كما هو الشأن في كافة صور بطالان الشركات.

- وإما أن يتم تصحيح تكييف الشركة، فتعتبر شركة مفاوضة أو شركة ذات مسؤولية محدودة. والأرجح أن تعتبر شركة ذات مسؤولية محدودة احترامًا لإرادة الشركاء الذين أرادوا إحداث شركة دون الالتزام بأكثر من مساهماتهم لكنهم أخطؤوا في اختيار الصيغة والشكل القانوني. والصعوبة التي يثيرها هذا الحل تبرز إذا تم اللجوء إلى الإدخار العام، حيث لا يمكن أن تتوجه الشركة

ذات المسؤولية المحدودة إلى العموم باعتبار طابعها المغلق. والأسلم أن يمنح القاضي هذه الشركة مهلة لتصحيح الوضع، على أن يقضي بطلانها إن لم تقم بالتسوية في الأجل. وهذا الأمر بدوره يحتاج نصاً تشريعياً خاصاً بالنظر إلى غياب مبدأ عام لتصحيح في مجلة الشركات التجارية.

- وإما أن تعتبر حقوق صاحب المساهمة بالعمل من قبل "الامتيازات الخاصة" التي تجيز مجلة الشركات التجارية التخصيص عليها في العقد. لكن الصعوبة التي تعترض هذا الحل هي أن الامتيازات الخاصة يفترض أن تمنح إلى المساهمين أو المسيرين، في حين أن من يقدم عملاً لفائدة الشركة خفية الاسم لا يمكن اعتباره مساهماً إذ لا مساهمة إلا بالمال، ولا هو بالمسير، بل هو إلى الأجير أو مسدي الخدمات أقرب.

الفقرة الفرعية الرابعة: إمكانية التوجه إلى العموم عبر السوق المالية تتميز الشركة خفية الاسم بأنها الوحيدة، إلى جانب شركة المقارضة بالأسهم، التي يمكنها أن تتجه إلى العموم عبر السوق المالية لتجميع رؤوس الأموال اللازمة لممارسة نشاطها، وهو ما يمكنها من تعبئة موارد تعجز عن تجميعها الشركات التي يقع تكوينها بالمراكمة وبناء على العلاقات الشخصية بين المؤسسين. كما أن هذه الشركة هي الوحيدة إلى جانب شركة المقارضة بالأسهم التي يمكنها اللجوء إلى السوق المالية للاقتراض من العموم عبر إصدار القروض الرقاعية وإصدار سندات الديون الأخرى القابلة للتداول في السوق المالية.

الفقرة الفرعية الخامسة: تحديد مسؤولية الشركاء

ومن ناحية أخرى، تشترك هذه الشركة مع الشركة ذات المسؤولية المحدودة من حيث أن مسؤولية الشركاء فيها لا تتجاوز مساهماتهم في رأس المال، بحيث لا يمكن للدائنين مطالبة الشركاء بأداء ما لهم من دين من أموالهم الخاصة، إلا في حالات استثنائية تسلط فيها هذه المسؤولية بعنوان عقوبة مدنية يُحكم بها على المسيرين جزاء لارتكابهم أخطاء في التصرف. والعبرة في ذلك بصفة المسير لا بصفة المساهم.

الفقرة الثانية: تأسيس الشركة خفية الاسم

تشترك شركة المساهمة الخصوصية مع شركات المساهمة العامة من حيث قواعد تأسيس كل واحدة منهما (الفقرة الفرعية الأولى) مع اختلاف في بعض القواعد الفرعية (الفقرة الفرعية الثانية).

الفقرة الفرعية الأولى: قواعد التأسيس المشتركة بين مختلف الشركات خفية الاسم

كما هو شأن كل مشروع، ينطلق تكوين الشركة خفية الاسم من فكرة تبرز لدى شخص أو أكثر، تحذوهم الرغبة في تحقيق هدف اقتصادي، ويتخذون ما يلزم من الأعمال والمبادرات الرامية إلى تجسيم هذا الهدف، ويسمّهم القانون «مؤسسين» fondateurs ويمنحهم جملة من الصلاحيات، مع تحميلهم المسؤوليات المترتبة عن أخطائهم. وعليه، فإن المبادرة بالشروع في إجراءات تأسيس شركة خفية الاسم لا يمكن أن تكون وليدة نزوة أو رغبة عابرة وغير مركزة، بل يجب أن تكون ثمرة تفكير مركّز وجدي، كما تتطلب درجة معقولة من الإلمام القانوني، وخصوصاً معرفة إجراءات التأسيس التي تتميز بتعقيدها النسبي.

ويلاحظ أن بعض القوانين المقارنة لها محاذير خاصة في مسألة تأسيس الشركات لتحقيق عدة غايات مختلفة مثل مكافحة الفساد. فقد اقتضت المادة 5 من قانون انضباط موظفي الدولة العراقي رقم 14 لسنة 1991 المعدل بالتشريعات اللاحقة على أنه يحجر على الموظف العمومي الجمع بين الوظيفة العمومية وممارسة وظيفة أخرى أو عمل آخر إلا بموجب القانون كما يحجر عليه مزاولة الأعمال التجارية وتأسيس الشركات والعضوية في مجالس إدارتها عدا شراء الأسهم في الشركات المساهمة وإدارة تركة آلت إليه بموجب قواعد الميراث أو إدارة أعمال أفراد العائلة إلى الدرجة الثالثة ما لم يمنعه الوزير المختص من ذلك، والمشاركة في المناقصات والمزايدات التي تجريها الدولة والجهات العامة.

1. الإجراءات الخاصة بتأسيس الشركة خفية الاسم

1.1. إعداد مشروع قانون أساسي

أوجب القانون على المؤسسين البدء بإعداد مشروع عقد تأسيسي يتم إظهاره وعرضه على الشركاء المستقبليين ليقرر كل واحد منهم مدى الجدوى من الانخراط في المشروع المزمع تكوينه من عدم ذلك. وتختلف الأحكام المتعلقة بالإشهار بحسب نوع الشركة كما سيأتي بيانه.

ويجب إيداع مشروع العقد التأسيسي بكتابة المحكمة الكائن بدائرتها مقر الشركة المراد تكوينها حتى يتسنى لكل من يرغب في الانضمام إليها الإطلاع عليه. وهو أول إجراء إشهاري ينبغي إتخاذهما كان صنف الشركة.

2.1. إعداد نشرة موجهة إلى العموم (نشرة الإصدار)

أوجب المشرع على مؤسسي الشركة خفية الاسم ذات المساهمة العامة⁽¹⁾ أن يدرجوا بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية⁽²⁾، وقبل كل اكتتاب، نشرة موجهة إلى العموم (نشرة الإصدار notice ou prospectus)، تتضمن البيانات التالية :

- اسم الشركة المراد تكوينها، مع ذكر مقرها عند الاقتضاء،
- نوع الشركة،
- مقدار رأس المال القابل للاكتتاب،
- موضوع الشركة مبيّنا باختصار،
- تاريخ إيداع مشروع العقد التأسيسي ومكان ذلك،
- عدد الأسهم التي سيقع اكتتابها ومقابلها نقدا والمبلغ المطلوب دفعه حالاً،
- القيمة الاسمية للأسهم التي سيقع إصدارها مع التمييز بين الأصناف عند الاقتضاء،

- الوصف المختصر للمساهمات العينية وتقدير قيمتها الإجمالية وطريقة استخلاصها، مع ذكر أن هذا التقدير له صبغة وقتية،

- بيان طريقة دفع المساهمات،

- الامتيازات المخصصة لأي شخص والمنصوص عليها بمشروع العقد التأسيسي. وتثير هذه الامتيازات التساؤل حول طبيعتها وصفة المستفيد منها. فهل يمكن التنصيص على امتيازات غير مالية، وما هو نوعها؟ وهل يمكن التنصيص على إسناد امتيازات مالية لغير المساهمين؟ وهل قصد المشرع مثلاً إمكانية إقرار الحق في مناب من الأرباح لفائدة الأجراء؟

- شروط القبول بالجلسات العامة للمساهمين وممارسة حق التصويت مع الإشارة عند الاقتضاء إلى الأحكام الخاصة بمنح حق التصويت المضاعف⁽³⁾،

(1) Abdessattar KHOUNDI: «Les sociétés faisant appel public à l'épargne», *Revue de la Jurisprudence et de la Législation* 1987, n° 6, p. 7.

(2) تم حذف إجراء الإشهار بجريدين يوميّين من الفصل 15 من مجلة الشركات التجارية الذي له مجال تطبيق عام، لكن لم يحذف هذا الإجراء بالنسبة لنشرة الإصدار الخاصة بتأسيس الشركة خفية الاسم ذات المساهمة العامة.

(3) يلاحظ أن مجلة الشركات التجارية تبنت موقفاً مبدئياً مناهضاً للأسهم ذات حق التصويت المضاعف أو المتعدد (أنظر يوسف الكنانى: «حقوق الشريك»، محاضرة سابقة الذكر)، لكن الفصل 164 من هذه المجلة المتعلقة بنشرة الإصدار ما زال يشير إليها.

- الشروط المتعلقة بتوزيع مبيعات الشركة وتكوين المدخرات (وخصوصاً الشروط المتعلقة بتكوين احتياطي عقدي) وتوزيع فاضل التصفية عند حل الشركة،

- ذكر اسم المؤسسة المالية التي ستودع لديها الأموال المتأتية من تحرير رأس المال ومقرها الاجتماعي، أو الإشارة إلى أن الأموال ستودع بصندوق الودائع والأمانات عند الاقتضاء،

- أجل الاكتتاب، مع الإشارة إلى إمكانية الختم المبكر في صورة اكتتاب جميع الأسهم قبل انتهاء ذلك الأجل،

- طرق الدعوة إلى عقد الجلسة العامة ومكان ذلك. ويشير المشرع ضمناً إلى إمكانية الدعوة إليها بالوسائل الإلكترونية علاوة على الوسائل التقليدية.

ولا وجوب لإصدار مثل هذه النشرة عند تأسيس الشركات ذات المساهمة الخصوصية، بعد أن حذف هذا الواجب بموجب القانون عدد 65 لسنة 2005 المؤرخ في 27 جويلية 2005. ذلك أن الأمر يتعلق بطريقة لمخاطبة الجمهور ودعوتهم للإكتتاب في رأس مال الشركة، وهو ما لا يتلاءم إلا مع طبيعة الشركات ذات المساهمة العامة. وقد اشترط المشرع إدراج كافة البيانات المشار إليها في نشرة الإصدار لضمان توفير معلومة كافية وشفافة لكل شخص من المحتمل أن يفكر في الإكتتاب في رأس مال هذه الشركة أو في الزيادة فيه.

وتكون النشرة ممضاة من المؤسسين الذين يجب أن يذكر كل واحد منهم اسمه ولقبه المتداول ومقره وجنسيته أو تسميته إن كان ذاتاً معنوية، وشكل الشركة ومقرها ومبلغ رأس مالها إن كان المؤسس شركة. كما يجب أن تراعى الأحكام الخاصة بالسوق المالية وخاصة منها ما يهم الحصول على تأشيرة حياة السوق المالية قبل إصدار نشرة الإصدار.

2.1. وضع بطاقات الاكتتاب على ذمة الراغبين في الاكتتاب

يقع تجسيم عملية الاكتتاب (وهي تجسيم لرضاء الشخص الذي يكتبها بالدخول في الشركة وتعهده بتقديم مساهمة في رأس مالها) بإمضاء المكتب لبطاقة اكتتاب bulletin de souscription تتضمن جملة من البيانات، وهي :

- اسم المكتب ولقبه ومقره،

- اسم الشركة وشكلها،

العامة التأسيسية ومحضر أول اجتماع لمجلس الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية ونسخة من شهادة ترسيم الشركة بالسجل التجاري.

فإن لم تتم أعمال التأسيس خلال الأشهر الستة الموالية لإيداع العقد التأسيسي بكتابة المحكمة، جاز لكل مكتب أن يسحب مبلغ مساهمته بموجب إذن على عريضة يستصدره عن رئيس المحكمة الابتدائية الراجع إليها مقر الشركة بالنظر، على أن تطرح منها مساهمته في مصاريف التوزيع. ويؤذن ذلك بفشل المشروع ونهاية الشركة في المهد. لكن لا يوجد ما يمنع من مواصالتها بين الباقيين مع تعديل العقد التأسيسي للحط من مقدار رأس المال إلى ما يعادل المبلغ المكتتب.

6.1. التصريح بالاكتاب والدفع

إثر ختم عملية الاكتاب، يقدم المؤسسون نصريحا كتابيا إلى قابض المالية التابع له المقر الاجتماعي للشركة، يسمى «التصريح بالاكتاب والدفع» *déclaration de souscription et de versement* ويكون مرفوقا بقائمة المكتتبين ونظير من مشروع العقد التأسيسي وشهادة من المؤسسة المالية المودعة لديها المبالغ المتأتية من الإكتابات، تؤكد حصول الدفع فعلا، وكشف في الدفعات المقبوضة. ويتولى قابض المالية، بعد استخلاص معاليم التسجيل ومعاليم الاكتاب المستوجبة قانونا - (والتي وقع توحيدها بمقتضى قانون المالية لسنة 2005 حيث قدرت بمائة دينار عن كل عقد شركة مهما كان مبلغ رأس المال ومهما كان الشكل القانوني الذي اتخذته الشركة) -، تسليم شهادة اكتاب إلى المؤسسين، كما يمكنه تسليم نسخ مطابقة لأصولها من كل واحدة من الوثائق المذكورة⁽¹⁾. وفي هذا الإطار، يقوم قابض المالية، إلى جانب دوره الأصلي المتمثل في استخلاص الأداءات، وهو معلوم قار قدره 100 دينار، بعد

(1) كانت معاليم تسجيل عقود الشركات نسبية وتبلغ حتى 14 بالمائة من رأس المال بالنسبة لبعض أصناف الشركات خفية الاسم. ولدى إصدار مجلة معاليم التسجيل والطابع الجبائي في 17 ماي 1993، وقع تعويض المعاليم النسبية المختلفة بمعلوم موحد وهو معلوم قار قدره عشرة دنائير عن كل صفحة من كل نسخة. وقد برزت من جراء ذلك تطبيقات تتمثل في تحرير العقود بكتابة صغيرة لا تكاد تقرأ مع حذف عديد الأحكام الهامة لغاية التقليل من التكلفة الجبائية لتكوين الشركة، فتم تعديل النص وأصبح المعلوم القار يقدر بمائة دينار عن كل عقد مهما كان عدد الصفحات أو النسخ. وتسجل الشركات المصدرة كليا مجانا *gratis*.

- المقر الاجتماعي للشركة،
- إشارة مختصرة إلى موضوع الشركة،
- مرجع العدد من الرائد الرسمي الذي نشرت به نشرة الإصدار،
- مبلغ رأس مال الشركة، مع بيان الجزء الذي يجب تحقيقه نقدا والجزء المتمثل في مساهمات عينية،
- تاريخ إيداع مشروع العقد التأسيسي لدى كتابة المحكمة الابتدائية المختصة ترابيا بالرجوع إلى معيار مقر الشركة،
- المؤسسة المالية التي يجب إيداع الأموال المتأتية من الاكتاب لديها وعدد الحساب المخصص لذلك.

ويفترض أن يتولى المؤسسون إعداد نموذج لبطاقات الاكتاب، يوضع على ذمة المكتتبين، ويسلم كل واحد منهم نظيرا من البطاقة يتضمن إشارة إلى تاريخ تسليمه.

4.1. تحرير الربع على الأقل من المساهمات

يتم تحرير رأس المال في حدود الربع على الأقل، إلا بالنسبة إلى المساهمات العينية، التي يجب تحريرها حينما بالتزامن مع الاكتاب. ويتمثل التحرير في نقل الملكية ولا يستوجب بالضرورة التسليم. ويجب إيداع المبالغ المتأتية من الاكتاب في الحساب الذي يتولى المؤسسون فتحه باسم الشركة التي هي في طور التكوين لدى مؤسسة بنكية. ويمكن أن يتم الاكتاب بين يدي وسيط لدى البورصة إن تعلق الأمر بشركة مساهمة عامة، وبين أيدي المؤسسين إن كانت شركة مساهمة خاصة. على أن من تلقى الإكتابات مطالب في كل الأحوال بإيداع المبالغ التي يتلقاها في الحساب المشار إليه في أجل لا يتجاوز عشرة أيام من تاريخ الدفع، وإلا عرّض نفسه إلى التبعية من أجل خيانة الأمانة.

وتتطبق أحكام خاصة على بعض أصناف الشركات بحكم طبيعتها حيث يوجب القانون تحرير مبلغ أدنى بقطع النظر عما يمثله من رأس المال المكتتب، كما هو الشأن بالنسبة للبنوك حسب ما نص عليه قانون 10 جويلية 2001 المتعلق بمؤسسات القرض.

5.1. سحب الأموال المتأتية من الإكتاب

يقع سحب الأموال المتأتية من الإكتابات بعد إتمام موجبات التأسيس من قبل الممثل القانوني للشركة، الذي يستظهر للغرض بنسخة من محضر الجلسة

أن كان معلوما نسبيا متغيرا بحسب رأس مال الشركة وشكلها القانوني⁽¹⁾، بدور إضافي يشبه دور عدل الإشهاد. غير أن سلطاته لا تتجاوز مراقبة صحة ما ورد في التصريح بالإكتساب والدفع المقدم إليه، بحيث يحق له التحقق من هويات المكتسبين ومن عدد الأسهم التي اكتبوها، ولا يتجاوز دوره إلى مراقبة ما عدا ذلك، كالبت مثلا في صحة عقد التأسيس من عدمها، إذ لا يجوز له أن يتنصب للقضاء في صحة الشركة أو بطلانها ما لم يتعلق الأمر بمخالفة واضحة وفادحة وجلية للبيان évidente للنظام العام الموضوعي ordre public de fond. فيجوز له أن يمتنع عن إتمام التسجيل إذا تبين له مثلا أن موضوع الشركة يتمثل في الإتجار في المخدرات أو في الأعضاء البشرية أو في التغطية على غسل الأموال blançiment de fonds.

7.1. إيداع نظير من مشروع العقد التأسيسي

يجب إيداع نظير من مشروع العقد التأسيسي بالمقر الاجتماعي للشركة ونظير ثان بكتابة المحكمة الابتدائية التابع لها مقر الشركة.

8.1. عقد الجلسة العامة التأسيسية

تعتبر الجلسة العامة التأسيسية أهم مراحل تكوين الشركة خفية الاسم، إذ يقع خلالها استكمال أعمال تكوين الشركة، وذلك بالمصادقة على العقد التأسيسي⁽²⁾. وتقع الدعوة إلى هذه الجلسة من قبل المؤسسين خلال الخمسة عشر يوما الموالية لختم عمليات الإكتساب، وتعد فعليا في الأجل المبينة ببطاقة الإكتساب. وهي تتميز عن الجلسات العامة الموالية بعدم إمكانية تقييد حق الحضور بها أو اشتراط عدد أدنى من الأسهم للمساهمة في أعمالها.

ويتم الإعداد لهذه الجلسة بوضع جرد في الأعمال المنجزة من قبل المؤسسين في فترة التأسيس لحساب الشركة، حتى يقرر المساهمون المصادقة عليها أو رفض المصادقة وبالتالي إيقاعها لحساب من عقدها أو التزم بها. ويجب أن يحرر هذا الجرد وأن يوضع بمقر الشركة على ذمة كل مساهم قبل الجلسة بخمسة عشر يوما على الأقل.

(1) الفصل 170 من مجلة الشركات التجارية.

(2) الفصل 171 وما يليه والفصل 180 من مجلة الشركات التجارية.

وتشرع الجلسة العامة في أعمالها تحت رئاسة أحد المؤسسين وذلك بالتأكد من إتمام أعمال الإكتساب والدفع على النحو المصرح به، ثم تنظر في المصادقة على العقد التأسيسي. ولا يمكن تنقيح العقد التأسيسي في صيغته الأصلية إلا بإجماع المكتسبين. والغاية من هذا التشدد هي أن لا يباغت بعض المكتسبين بتغيير البنود التي قبلوا المساهمة في الشركة على أساسها. ذلك أن عملية التأسيس يظفي عليها الجانب التعاقدي ولا يبرز الجانب المؤسسي إلا في المراحل الموالية.

كما تتولى الجلسة العامة التأسيسية النظر في تعيين أعضاء هيئات التسيير والرقابة، ويكون تعيين أول الأعضاء في مجلس الإدارة لمدة ثلاث سنوات، وكذلك شأن مراقبي الحسابات. ويُنص بمحضر الجلسة العامة المذكورة على قبول هؤلاء لمهامهم إن حصل ذلك.

9.1. خصوصية إجراءات التأسيس في صورة وجود مساهمات عينية

تتمدد إجراءات التأسيس وتتعدد في صورة وجود مساهمات عينية، حيث لا تناسس الشركة بشكل نهائي إلا بعد المصادقة على قيمتها من قبل الجلسة العامة. ولهذا الغرض، يوجب القانون تعيين شخص من أهل المعرفة الفنية يسمى مراقب الحصص العينية. ويكون تعيين مراقب الحصص العينية وجوبيا كلما تجاوزت قيمة العين موضوع المساهمة ثلاثة آلاف دينار. وتراعى في ذلك القيمة الإجمالية لتلك الأعيان التي يساهم بها شخص واحد ولا تعتمد قيمة كل واحد منها على حدة. ويضيف القانون الفرنسي شرطا ثانيا لإجازة عدم تعيين مراقب مساهمات عينية وهو أن لا تتجاوز قيمة هذه المساهمات نصف رأس المال.

ويلاحظ في هذا الصدد أن بعض القوانين الأوروبية تخلت عن وجوبية اللجوء إلى مراقب الحصص العينية مقابل التشدد في مساءلة المسيرين وصاحب المساهمة العينية في صورة المبالغة في التقدير. ومعلوم أن وجوبية أن تكون كافة الأوراق المالية وخصوصا الأسهم اسمية جعلت إمكانية تقصي هوية المساهم صاحب المساهمة العينية أمرا ممكنا في كل وقت. فقبل صدور قانون 21 مارس 2000 المتعلق بإرساء السندات غير المادية ومجلة الشركات التجارية، كان من الجائز إصدار أسهم للحامل، مما يتيح لصاحب المساهمة العينية أن يفوت في أسهمه ويتقصى من المسؤولية ويتعذر في ما بعد تحديد هويته خاصة إن انتقل السهم بين عدة أياد. ولذلك السبب كان القانون يوجب اللجوء إلى مراقب

المساهمات العينية ويمنع التفويت في الأسهم العينية لمدة عامين. أما وقد أصبحت جميع الأسهم اسمية ويمكن متابعة عمليات انتقالها من يد إلى يد عبر حساب الأسهم الذي تملكه الشركة أو الوسيط المرخص له في مسك حسابات الأوراق المالية، فإن تقييد قابلية الأسهم العينية للتفويت لمدة معينة يصبح محل نقاش. وقد نحا القانون التونسي منحى المرونة النسبية في قانون 5 جانفي 2009 الذي أجاز التفويت في الأسهم العينية التي تصدرها الشركة الأم قبل مضي عامين على إصدارها إن كانت تلك الأسهم تمثل مساهمة بأسهم أو حصص في شركة أخرى وقع إصدارها منذ عامين على الأقل.

أما عن مراقبة الحصص العينية فإن القوانين التي صيّرتها غير واجبة اقتضت مع ذلك أن تعين المراقب يصبح واجبا إن تم طلب ذلك من أحد المساهمين أو بعضهم. وتتميز مجلة الشركات التجارية عن التشريع السابق من حيث أنها توجب أن يكون مراقب الحصص العينية من بين الخبراء العدليين، ومن حيث أنها توجب تعيينه قبل إتمام التأسيس، أي قبل الجلسة العامة التأسيسية، حتى لا يقع اللجوء إلى عقد جلسة تأسيسية ثانية، ثم من حيث أنها أسندت صلاحية تعيينه إلى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها مقر الشركة الذي يتعهد بموجب إذن على عريضة بطلب من المؤسسين. ولم تنص المجلة على إمكانية تعيينه مباشرة من قبل المؤسسين أو المساهمين، وهو ما يدل على المنع لا على الجواز.

ويحرر مراقب الحصص العينية تقريرا يبين قيمة كل عين من الأعيان على حدة. ويوضع التقرير على ذمة المكتبيين، الذين يحق لهم أن يقرروا خلال الجلسة العامة الحط من تقديرات المراقبين بشرط الإجماع على ذلك، دون لزوم تعليل قرار الحط أو بيان سبب التصويت لصالحه. ويحرم صاحب المساهمة العينية من التصويت على المصادقة على التقديرات أو التخفيض منها. ولا تتم إجراءات التأسيس إلا بعد أن تتخذ الجلسة العامة قرارا بالمصادقة على تقويم الحصص العينية والتتبع على ذلك بمحضر الجلسة.

غير أن مجلة الشركات التجارية سككت عن فرضية اتخاذ الجلسة العامة التأسيسية قرارا في التخفيض من قيمة العين موضوع المساهمة العينية وعدم موافقة المساهم على ذلك التخفيض. فمنطق النص يقتضي أن آخر أعمال تأسيس الشركة يتمثل في عقد الجلسة العامة التأسيسية، بما يوحي بأن المشرع

يعتبر أن المساهم يقتصر على تقديم «عرض» أو إيجاب *offre de contracter* ويظل ملزما به حتى في صورة تغيير القيمة من قبل الجلسة العامة. غير أن هذا التحليل لا يتماشى مع منطق القانون المدني الذي يعتبر القبول المقيد بشرط أو مع تغيير الشروط المعروضة من قبل الموجب إيجابا جديدا ولا يعد قبولاً *acceptation* بالمفهوم القانوني، بما ينجم عنه اعتبار أن المساهم ليس ملزما بقرار الجلسة العامة التأسيسية ويمكنه أن يعدل عن المساهمة أصلا إن لم يرض بالتقدير الصادر عن الجلسة العامة. وفي هذه الحالة يسحب مساهمته من الشركة.

* وضمنا لجذية التقديرات وعدم تحيز مراقبي الحصص العينية ولتفادي مثل هذه الوضعيات الشاذة مع ما لها من تأثيرات وخيمة على سير إجراءات تأسيس الشركة، أورد المشرع القوادح أي الأسباب التي تمنع على الشخص تولي التقدير، والمتمثلة في وجود روابط دموية أو عاطفية أو مالية ومادية وثيقة بين المراقب وأحد المسيرين أو المؤسسين أو من قدم الحصة العينية. كما يقع القدح في المراقب إذا تبين أنه يفتقر إلى المقومات الأخلاقية، وذلك إذا ما ثبت أنه سبق الحكم عليه بتحجير مباشرة وظيفة إدارة شركة أو كان سقط حقه في مباشرة مثل هذه المهمة. فإذا كان السبب قائما عند التعيين فإنه يحول دون تولي المهمة، أما إذا طرأ بعد ذلك وقبل إتمامها، فإنه يوجب على المراقب التوقف حالا عن مباشرة وظائفه وإعلام هياكل التسيير دون تأخير في أجل لا يتجاوز خمسة عشر يوما من حصول المانع.

ولا يوجد في القانون ما يوجب على الجلسة العامة للشركاء إنهاء وكالة المراقب لثبوت وجود أحد القوادح، باعتبار أنه يمكن للجلسة العامة أن تقرر مواصلة منحه ثقتها رغم وجود القادح. وليس مراقب المساهمات العينية بأكثر «خطورة» على حقوق الناس من المحكم، الذي يتولى وظيفة قضائية ومع ذلك يجوز للأطراف القبول بتحكيمة رغم وجود القوادح. على أنه يجب بيان أنه في كل الحالات، يجب على هيكل التسيير أن يدعو الجلسة العامة إلى التصويت على مشروع قرار يتعلق بمصير مراقب الحصص العينية، وذلك كلما تلقى تصريحاً بوجود أحد القوادح بعد الشروع في المهمة كما تقدم. وربما كان الأسلم اعتبار أن الأصل هو أن يتخلى المراقب المجرح فيه عن المهمة ولا يجوز إبقاؤه فيها إلا بقرار من المحكمة التي عيّنته عملا بمبدأ توازي الصيغ والأشكال *parallélisme des formes*.

2. جزاء الإخلال بقواعد تأسيس الشركة خفية الاسم

يترتب عن الإخلال بقواعد التأسيس قيام مسؤولية المؤسسين علاوة على إمكانية التصريح ببطان الشركة.

1.2. مسؤولية المؤسسين

رتب القانون عن الإخلال بقواعد تأسيس الشركات خفية الاسم مسؤولية المؤسسين المتسببين في البطان، مع تقييد حق القيام بدعوى المسؤولية بأجل سنة من تاريخ انتهاء مهلة التأسيس (سنة أشهر) مع بطان الشركة.

2.2. بطان الشركة

يلاحظ أن بطان الشركة بسبب وجود إخلالات في إجراءات التأسيس لا يمكن أن يعارض به الغير، كما أنه قابل للتدارك، حيث يمكن للمؤسسين الدعوة إلى جلسة عامة تقوم بما يلزم لإزالة سبب البطان. وإذا وقعت هذه الدعوة بعد القيام بقضية في البطان، فإنه يجب تعليق النظر في القضية حتى تنتقد الجلسة العامة، فإن لم تنته إلى التسوية استأنفت المحكمة النظر في الدعوى. كما يجيز القانون للمحكمة أن تمنح أجلا لا يتجاوز الثلاثة أشهر لتدارك سبب الإبطال. وتسقط هذه الدعوى بمضي ثلاثة أعوام على تأسيس الشركة.

والأصل في البطان أن يصرح به قضائيا، ولو أن بعض الفقهاء يتصورون أنه يمكن التصريح به "تعاقديا" أي في صيغة كتب محرر بين الأطراف، يعاينون فيه بطان العملية التعاقدية مع ترتيب الآثار القانونية التي يقتضيها الحال وخصوصا إرجاع المساهمات إلى أصحابها.

الفقرة الفرعية الثانية: القواعد الخاصة بتأسيس شركات المساهمة الخصوصية

الشركات خفية الاسم ذات المساهمة الخصوصية هي التي لا تدعو العموم إلى الادخار. وتنطبق على تأسيسها كافة الأحكام المشتركة السالف التعرض إليها، والأحكام الآتي بيانها⁽¹⁾:

(1) Béchir BELHAJ YAHIA: «La constitution de la société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne», actes de colloque sur *Le Code des Sociétés Commerciales suite aux amendements de 2005*, CEJJ 2006, op. cit., p. 13.

* يقع تأسيس الشركة خفية الاسم ذات المساهمة الخصوصية دون التوجه إلى العموم عبر نشرة إصدار أو ما إليها من وسائل الإشهار الموجهة إلى العموم⁽¹⁾. وعليه، فإن المؤسسين مطالبون بالبحث عن شركاء بصفة فردية أو بطرق لا تقتضي التوجه إلى الجمهور الواسع غير المحدد.

* يضع المؤسسون على ذمة المكتبتين نموذج تصريح يتضمن دفع المبلغ الذي يجب تحريره من قيمة الأسهم وقائمة في ما تعهدوا به عملا بمقتضيات العقد التأسيسي. ويتم تعميم هذا التصريح عند الاكتتاب ودفع المبلغ الواجب تحريره حيناً، إما عملاً بأحكام القانون أو طبق مقتضيات مشروع العقد التأسيسي، حيث يمكن أن يشترط في العقد التأسيسي تحرير أكثر من ربع رأس المال عند الاكتتاب. ولا يقوم هذا التصريح مقام بطاقة الاكتتاب المنصوص عليها بالفصل 167 من مجلة الشركات التجارية والذي يحيل إليه الفصل 180 باستثناء ما يتعلق بمراجع إشهار نشرة الإصدار بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وتاريخ إيداع مشروع العقد التأسيسي لدى كتابة المحكمة باعتبار أن هذين الإجرائين لا يهتمان شركات المساهمة الخصوصية.

* والملاحظ أن المشرع لم يوجب إيداع مشروع العقد التأسيسي بكتابة المحكمة قبل الجلسة العامة التأسيسية وإنما أوجب القيام بالإشهار بعد إتمام إجراءات التكوين وذلك بإيداع العقد التأسيسي بكتابة المحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقر الشركة⁽²⁾. وعلة ذلك أن المشرع اختار تخفيف إجراءات تأسيس شركات المساهمة وتقريبها من إجراءات تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فألغى مرحلة إعداد مشروع قانون أساسي وإيداعه بكتابة المحكمة وعقد جلسة عامة تأسيسية واقتصر بذلك على إمضاء العقد التأسيسي من قبل جميع المساهمين، مع أنه حافظ على وجوب التوقيع على التصريح بالاكتتاب

(1) قبل تعديلها في 27 جويلية 2005، أوجبت مجلة الشركات التجارية في صيغتها الأولى إصدار نشرة موجهة للعموم عند تأسيس كل شركة خفية الاسم بما في ذلك شركة المساهمة الخصوصية مما حدا بالفقه إلى توجيه النقد إلى ذلك الخيار. أنظر خصوصا:

Sadok MARZOUK : « La constitution de la société anonyme dans le Code des sociétés commerciales », *Actualités Juridiques Tunisiennes*, 2002, n° 15, p. 61 et ss., spéc. p. 67.

(2) الفصل 180 (جديد) من مجلة الشركات التجارية كما نفع بموجب قانون 27 جويلية 2005.

والدفع⁽¹⁾. وفي رأينا فإن الإبقاء على هذا الإجراء مبرر وذلك لإثبات قيمة المبلغ المكتتب من قبل كل مساهم والمبلغ المدفوع من قبل كل مكتتب. وهذا التصريح يلخص عمليات الاكتتاب والدفع ويعتمد عند التسجيل بالقباضة المالية.

* ولدى انتهاء عمليات الاكتتاب والتحرير الجزئي لرأس المال، وإمضاء (توقيع) كل واحد من الشركاء على العقد التأسيسي شخصياً أو بواسطة من يسند إليه توكيل للغرض طبقاً للقانون تكتمل الإجراءات التعاقدية للتأسيس.

ولا يشترط المشرع لاستكمال تأسيس شركة المساهمة الخصوصية عقد جلسة عامة تأسيسية، إذ أن الفصل 180 من مجلة الشركات التجارية يحيل إلى كافة الأحكام المنطبقة على شركات المساهمة العامة ويستثنى الفصل 175 (المتعلق بالجلسة العامة التأسيسية) صراحة، لكنه لا يستثنى الفصل 171 المتعلق بوجود الدعوة إلى جلسة عامة تأسيسية⁽²⁾.

ويتضمن العقد التأسيسي خصوصاً تقدير قيمة المساهمات العينية إن وجدت، ويقع هذا التقدير في ضوء تقرير يحرره مراقب أو مراقبو الحصص العينية ويصادق عليه المساهمون وفق الإجراءات السابق بيانها ويقع ضمنه إلى العقد التأسيسي.

* ويرفق العقد التأسيسي بجملة من القرارات المتعلقة بتعيين المسيرين ومراقبي الحسابات الأول، وذلك لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد. ولم يقرر المشرع صيغة معينة لذلك. فيجوز التنصيب على ذلك في العقد التأسيسي كما يجوز التنصيب على هذه القرارات في وثيقة مستقلة يوقع عليها المؤسسون مع العقد التأسيسي.

* وفي صورة فشل عملية التأسيس تبطل الشركة، دون أن يعارض الغير بذلك البطلان، ويتحمل المؤسسون المسؤولية المدنية والجزائية المترتبة عن ذلك. فمن الناحية المدنية، يكون المؤسسون متضامنين إزاء كل من تضرر من البطلان، أما من الناحية الجزائية، فإن المؤسسين يؤخذون في صورة إصدار أسهم شركة تم

(1) Slaheddine MELLOULI et Sami FRIKHA: «Les sociétés commerciales», Tunis 2013, précité, p. 186, § 627.

(2) نلاحظ أن الفقرة الأولى من الفصل 171 تتحدث عن «بطاقة الإرشادات» في حين أن النص الفرنسي يتحدث عن «notice» أي «نشرة الإصدار». والنص الفرنسي أكثر دقة ويتناسق مع الأحكام السابقة للفصل 171. وينبغي تصويب هذا الخطأ عند أول تعديل مقبل لمجلة الشركات التجارية.

تأسيسها خلافاً للأحكام القانونية. كما يعاقب المؤسسون بالسجن لمدة تتراوح بين عام وخمسة أعوام وبالخطية من ألف إلى عشرة آلاف دينار في صورة التظاهر باكتتابات مصطنعة أو الإعلان عن سوء نية عن دفعات لا وجود لها للحصول على اكتتابات أو دفعات، بحيث تشبه هذه الفعلية بالتحويل. ويسلّط العقاب بقطع النظر عن تحقق الغاية من الجريمة من عدم تحققها. كما تسلط عليهم نفس العقوبة في صورة الإعلان عن سوء نية عن انتماء شخص أو أشخاص إلى الشركة بأي صفة كانت دون أن يكون ذلك الشخص مساهماً فيها حقيقة، وذلك بغية الحصول على اكتتابات أو دفعات من الغير. وهي من أفعال التحيل إذ تقوم على إيهام المتضرر بغير حقيقة المشروع.

* وفي نفس السياق، يعاقب بنفس العقوبات المذكورة كل من يصرح صلب التصريح بالاكتتاب والدفع بأن الإكتتابات في رأس مال الشركة حقيقية مع علمه بصورتها، أو يصرح كذبا بوقوع دفع رأس المال، وكذلك الأشخاص الذين يتسببون بواسطة الخزعات في تحريف تقويم الحصص العينية.

إلا أنه يكفي بالعقاب المالي (الخطية) وحده إذا لم تكن الشركة من قبيل شركات المساهمة العامة، أي إذا كانت شركة مساهمة خصوصية. كما يعاقب كل من يضع في التداول أسهما لم يقع تحرير ربع قيمتها على الأقل.

ويشار إلى أن القانون التونسي لم ينص على تجريم إصدار حصص أرباح أو حصص تأسيس على عكس القانون الفرنسي، على الرغم من أنه ذهب إلى أبعد منه في إقرار وجوب إلغاء حصص الأرباح أو حصص التأسيس في أجل لا يتجاوز 31 ديسمبر 2010 في حين لم يوجب المشرع الفرنسي ذلك في قانون 24 جويلية 1966.

الفرع الثاني

هياكل الشركة خمية الاسم

الفقرة الأولى، هيكل المداولة، الجلسات العامة للمساهمين

الجلسة العامة للمساهمين هي الهيكل صاحب السيادة داخل الشركة، وهي التي تحدد السياسة العامة للشركة ومنهجها العام، وهي التي تتخذ كل القرارات المصيرية. ويمكنها أن تمتد يدها إلى بعض صلاحيات مجلس الإدارة أو هيكل التسيير بوجه عام في حين أن العكس غير جائز.

الفقرة الفرعية الأولى: تصنيفات الجلسات العامة

إنما الجلسات العامة عادية أو غير عادية.

1. الجلسة العامة العادية

للجلسة العامة العادية اختصاصات دنيا لا يمكن الإنتقاص منها، وهي النظر في المصادقة على القوائم المالية السنوية وتقرير التصرف وتقرير مآل النتائج وخاصة الأرباح إن وجدت، وذلك بتوزيعها أو ترجيلها (نقلتها) أو تخصيصها كاحتياطي حر. كما تنظر أيضا في عزل المسيرين وتعيينهم وتجديد وكالتهم وفي تعيين مراقبي الحسابات عند نهاية وكالتهم.

وتعقد الجلسة العامة العادية مرة على الأقل كل سنة. ويُفترض أن يقع ذلك في موعد قار. غير أنه يجوز عقدها بصفة استثنائية في غير مواعدها للنظر في مسألة طارئة، فتسمى «جلسة عامة عادية منعقدة بصفة استثنائية» *assemblée générale ordinaire tenue extraordinairement*. ولا يجوز الخلط بين هذه الصيغة والجلسة العامة الخارقة للعادة (*assemblée générale extraordinaire, AGE*).

ويرجع الحق في الحضور بالجلسات العامة إلى المساهمين. غير أنه في صورة نصب الائتمان على الأسهم، سواء صدر القرار عن القاضي المدني أو عن القاضي الجزائي في إطار تتبع من أجل غسل الأموال، تنتقل صلاحية الحضور والتصويت إلى المؤمن المدني تحت رقابة القاضي المراقب. وقد صدرت عدة قرارات من هذا النوع ضد عديد الأشخاص المصادرة أملاكهم بموجب المرسوم عدد 13 لسنة 2011، وكذلك ضد عدد من الأشخاص المشتبه في علاقتهم بالنظام السابق للثورة وفي تورطهم في غسل أموال الفساد التي كانت تحت أيدي حاشية الرئيس الأسبق.

2. الجلسة العامة الخارقة للعادة

تختص الجلسة العامة الخارقة للعادة بالنظر في تعديل العقد التأسيسي، ولا يمكن أن تحال هذه الصلاحية إلى هيكل التسيير أو حتى إلى الجلسة العامة العادية. وتقرر الجلسة العامة مبدأ تعديل رأس المال زيادة أو نقصانا ومبلغه، ولها أن تترك لهيكل التسيير حرية تحديد كيفية تجسيم قراراتها.

وعلى الرغم من اتساع صلاحيات الجلسة العامة الخارقة للعادة باعتبارها أعلى سلطة في الشركة على الإطلاق، يطرح التساؤل حول حدود صلاحيات

الجلسة العامة الخارقة للعادة. فهل يجوز للجلسة العامة التي تقرر ترفيع رأس المال التخلي عن طلب دفع منحة إصدار عند الترفيع في رأس المال؟ يطرح هذا التساؤل في الصورة التي يتبين فيها أن قيمة أسهم الشركة في السوق تتجاوز بشكل واضح قيمتها الاسمية. فهل يجوز لهيكل التسيير أن يقترح على الجلسة العامة الخارقة للعادة الترفيع في رأس المال بالإكتساب في أسهم جديدة دون منحة إصدار؟ وهل يجوز إبطال قرار الجلسة العامة إذا اتخذت مثل هذا القرار؟

إن المنطق يقتضي أن قانون الشركات يقوم على مبدأ الإنصاف والمساواة وعلى روح التكافل بين الشركاء المعبر عنه بمصطلح «*affectio societatis*» الذي يقتضي من كافة الأطراف داخل الشركة العمل على تحقيق المنفعة المشتركة التي تعود بالخير على الجميع. فإن تجاهل هيكل التسيير الواقع الاقتصادي ومرر مشروع مداولة تقرر بموجبه ترفيع رأس المال دون منحة إصدار فإنه يكون مسؤولا عن فعله، خاصة إذا لم يشرح للمساهمين أسباب ذلك أو قدم تبريرات غير صحيحة. وفي كل الأحوال يجوز للمساهمين أو المساهمين الذين لم يرضوا بهذا القرار أن يلجؤوا إلى القضاء لطلب إبطال قرار الجلسة العامة بشرط إثبات أن الأغلبية حين صادقت على مشروع القرار المذكور بحثت عن تحقيق أهداف أنانية على حساب الأقلية أو على حساب الشركة نفسها.

الفقرة الفرعية الثانية: القرارات الجماعية في الشركة خفية الاسم

يقع اتخاذ القرارات الجماعية التي من شأنها التأثير على مستقبل الشركة من قبل الجلسات العامة. وإلى جانب جلسات المساهمين المتمتعين بحق التصويت في الجلسات العامة للمساهمين، نظم القانون كيفية انعقاد الجلسات العامة لبقية الفئات التي ترتبط حقوقها بشكل مباشر بوضع الشركة، وهم أصحاب الأسهم التي لا تمنح حاملها حق اقتراع والسندات المماثلة المتولدة عن تفكيك الأسهم وأصحاب سندات الديون الجماعية أي الرقاع ونحوها. ولتميز هذه الجلسات عن الجلسات العامة للمساهمين، فقد أضيف إليها وصف «الخاصة»، فتسمى «جلسات عامة خاصة» *assemblées générales spéciales*.

ولانعقاد الجلسة العامة عموما، ينبغي أن تصدر دعوة لحضور أعمالها عن الهيكل المسير لأمور الشركة أو الممثل قانونا لكتلة الأشخاص الآخرين ذوي

الحقوق المتماثلة، والذي يحدد في الاستدعاء مكان انعقاد الجلسة وتاريخه وجدول الأعمال، أي قائمة المسائل المطروحة للنظر والتصويت⁽¹⁾.

1. الجلسات العامة للمساهمين

تكون الجلسات العامة للمساهمين إما عادية وإما خارقة للعادة. أما الجلسة العامة الخارقة للعادة، فهي تلك التي تنظر في كل ما يهم تنقيح القانون الأساسي للشركة، وتتخذ كل القرارات المرتبطة بذلك. ومن أهم المسائل التي تنظر فيها تغيير شكل الشركة وتعديل رأس مالها وحلها قبل حلول أجلها.

أما الجلسة العامة العادية، فهي التي تنظر في المسائل العامة الأخرى والتي لا تدخل في أعمال الإدارة والتسيير باعتبارها مسندة قانونا إلى هياكل التسيير.

ومن الناحية السوسولوجية، يلاحظ بعض الفقهاء أن الجلسات العامة أصبحت بمثابة القداس الذي يتلى باللغة اللاتينية la messe au latin حيث لا يفقه المستمعون شيئا فيكتفون بهز رؤوسهم ويختمون دعاءهم بكلمة «آمين» ويمضون من حيث أتوا خاشعين⁽²⁾، في حين وصفها مورييس كوزيان ومن معه هازئين بأنها «قداس لا تكي»، حيث تنقسم الجلسات إلى أربعة أصناف:

- الجلسة العامة متعددة الأغراض polymorphe: وهي مناسبة لتلقي فيها أصناف عديدة من الأشخاص كأبناء المسيرين وكبار المساهمين أو المقرضين أو الخبراء في المحاسبة أو متقاعدي الشركة... فتتحول إلى مناسبة اجتماعية أو إلى مناسبة يستغلها الأجراء للإحتجاج على سياسات الشركة.

- الجلسة العامة «الفرجية» spectacle: وهي التي تستعمل فيها التكنولوجيات الحديثة ووسائل الإتصال مع عرض الصور والأرقام على الشاشات والجدران، وأحيانا مع شيء من الموسيقى أو المشاهد الغريبة...

(1) قرار تعقيبي عدد 29237 مؤرخ في 17 مارس -1993 نشرة محكمة التعقيب لعام 1993، ص. 263: «إن عقد الجلسة العامة الخارقة للعادة بالنسبة للشركة الخفية الاسم في خصوص الترفيع في رأس المال أو غيره من المسائل الهامة لحياة الشركة يخضع لإجراءات وجوبية كدعوة الشركاء قبل الجلسة بخمسة عشر يوما وتوجيه نص اللوائح إليهم وغيرها من المشاريع التي ستعرض بالجلسة. وإن الإخلال بإجراء منها رتب عليه المشرع جزاء بالفصلين 118 و 119 من المجلد التجارية [وهو البطان] وذلك لتعلقها بالنظام العام».

(2) Yves GUYON: «Droit des affaires», Tome I: «Droit commercial général et sociétés», 12^e édition, éd. Economica, Paris 2003, n° 302.

- الجلسة العامة الحميمية conviviale: وهي التي تعقد في مكان راق (نزل أو نحوه) مع حضور مضيفات جميلات مبتسمات وإفطار شهوي وهدايا وجوائز...
- الجلسة العامة «المحاسبة» (أو «المقصلة») exutoire: وهي التي يحضرها فنيون في مجالات معينة كالمحاسبة والقانون ويطرحون أسئلة فنية دقيقة على المسيرين. وعند التصويت تجد بعض جيوب المقاومة حين يصوت عدد قليل من الشركاء ضد مشاريع القرارات المعروضة فيضطر رئيس الجلسة كل مرة إلى عد الأصوات وتعطل التصويت وتنتهي الجلسة في وقت متأخر. فهي الفرصة الوحيدة التي يظهر فيها الطابع الديمقراطي للشركة⁽¹⁾، ولو أنها تنتهي في أغلب الأحيان بالتصويت لصالح مشاريع القرارات التي يقترحها المسيرون. وفي كثير من الأحيان يتوقع المسيرون نوع الأسئلة المحرجة فيتركونها إلى وقت متأخر من الليل حيث يصاب الجميع بالارهاق والملل ويصبح حرصهم مركزا على الانتهاء من الجلسة أكثر من تركيزهم على مضمون الاعتراضات والاحتجاجات والاستفسارات، ويغادر من لا صبر أو لا طاقة أو لا وقت له، مكان الاجتماع، فتمر القرارات الصعبة وفي الغد يصبح من صوّتوا عليها مصدومين من مضمونها ويقسمون أنهم لم يعلموا بها أو تمت مغالطتهم...

1.1. دعوة الجلسة العامة للالتزام من قبل هيكل التسيير

* تصدر الدعوة لحضور الجلسة العامة عن هيكل التسيير، أي عن مجلس الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية أو المدير العام الوحيد بحسب الحالة. ويتخذ قرار الدعوة بصفة جماعية فلا يقرره رئيس المجلس أو الهيئة بمفرده.

وينبغي أن تتخذ الدعوة شكلا كتابيا وموحدا. فهي كتابية باعتبار أنه لا يجوز توجيه الدعوة شفاهيا. وتتخذ الكتابة كل الأشكال الممكنة قانونا بما في ذلك الشكل الإلكتروني. فإذا كان للشركة عنوان إلكتروني رسمي وكان كافة الشركاء على معرفة به وكانت الشركة ماسكة للعناوين الإلكترونية «الرسمية» لجميع الشركاء ونص العقد التأسيسي على توجيه الدعوة عبر البريد الإلكتروني

(1) Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY: «Droit des sociétés», éd. Litec, Paris 2001, 14^e édition, pp. 303-304.

ولا تقابل كلمة «محاسبة» معنى كلمة «exutoire» بالضبط، إذ أن معناها هو: moyen de se débarrasser de quelque chose. غير أننا ترجمناها على أنها جلسة محاسبة، يحاول فيها بعض المساهمين «نصب المشائق للمسيرين» وكثيرا ما يفشلون في ذلك.

فإن هذا الاستدعاء يعتد به قانونا إذا تم توجيه دعوة فردية إلى كل واحد من المساهمين بالبريد الإلكتروني دون استثناء. وإذا كان للشركة موقع إلكتروني رسمي *website* فإنه يمكن أن تنشر فيه الاعلانات الرسمية إذا نص القانون الأساسي للشركة على ذلك. لكن إذا نص القانون على شكلية معينة وجب احترامها، كأن ينص على نشر إعلان بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية على غرار ما نص عليه الفصل 276 من مجلة الشركات التجارية الذي يوجب دعوة الجلسة العامة بواسطة إعلان ينشر بجريدتين يوميتين إحداهما باللغة العربية قبل 15 يوم من تاريخ انعقادها، مع ذكر تاريخ الاجتماع ومكانه في الإعلان. ومؤدى ذلك أن الإعلان الذي ينشر على الموقع الإلكتروني أو الذي يتم توجيهه بواسطة رسالة فردية أو مراسلة إلكترونية عبر البريد الإلكتروني مع الإعلام بالبلوغ الإلكتروني⁽¹⁾ أو بإرسالية قصيرة *sms* عبر الهاتف الجوال، لا يفتي عن الاستدعاء الجماعي الذي ينبغي توجيهه بواسطة الإعلان المنصوص عليه بالفصل 276 المذكور.

وجدير بالملاحظة أنه بالنسبة للأجل، وضع «القانون-البرنامج» البلجيكي الصادر في 27 ديسمبر 2004 أجلا خاصا بالشركات المدرجة بالبورصة وهو 24 يوما قبل تاريخ التسجيل إذا نص القانون التأسيسي على هذا الإجراء⁽²⁾، وهو أجل أطول من الأجل المقرر للشركات غير المدرجة، وذلك بناء على أن الشركات المدرجة تتميز بالعدد الكبير من المساهمين وعدم وجود تواصل مستمر بين المساهم وهيكل التسيير، بما يجعل الكثير من المساهمين يتلقون المعلومة بالصدفة. كما يراعي هذا النص تدمير «المساهمين المؤسسين» *actionnaires institutionnels* الذين يحمل الكثير منهم جنسيات أجنبية، ويعجز بالتالي عن حضور الجلسات العامة إذا كان ميعاد الحضور قصيرا⁽³⁾.

(1) T. BOEDTS: « La loi programme du 27 décembre 2004. Nouvelles règles relatives à la convocation de l'assemblée générale dans les SA et SPRL et aux obligations de publicité pour les sociétés ayant la personnalité juridique », *R.D.C.*, 2005/3, p. 304, n°6.

(2) T. BOEDTS: « La loi programme du 27 décembre 2004 », *article précité*, p. 304, n°6.

(3) « Le statut des actionnaires (S.A., S.P.R.L., S.C.): Questions spéciales », ouvrage collectif, publié par Olivier CAPRASSE, éd. Larcier, Bruxelles 2006, p. 106, n° 49.

ولا شك أن القانون التونسي مدعو إلى التفكير في تطوير منظومته المتعلقة بالاستدعاء لأنه من الواضح أن منظومة الدعوة للجلسات العامة قليلة الفاعلية. وينبغي أن يقوم الهيكل المعني بدعوة الجلسة العامة العادية مرة على الأقل كل سنة وذلك للنظر في مسألتين على الأقل وهما: المصادقة على القوائم المالية السنوية وتقرير مآل النتائج وخصوصا الأرباح. كما يجب أن يشمل جدول الأعمال مسألة تعويض المسيرين ومراقبي الحسابات وهيكل الرقابة الداخلية كلما انتهت المدة المقررة في القانون أو في العقد التأسيسي لمهامهم. ويمكن أن تدرج في جدول الأعمال مسائل أخرى بحسب الحالة، كالمصادقة على العمليات المنصوص عليها بالفصل 200 من مجلة الشركات التجارية والمبرمة بين الشركة ومسيرها.

أما الجلسات العامة غير العادية فتعقد بصفة غير منتظمة، إذ تدعى للإنعقاد كلما رام أهل الحل والعقد في الشركة تعديل العقد التأسيسي، وكذلك الشأن في الأحوال التي يوجب فيها القانون على الشركة القيام بأمر يستوجب تعديله، كما هو الشأن بالنسبة للفصل 314 من مجلة الشركات التجارية في صيغته المعدلة في 27 جويلية 2005 ثم في 16 مارس 2009، حيث أوجب على الشركة إلغاء حصص الأرباح أو حصص المؤسسين في أجل أقصاه 31 ديسمبر 2010 بقرار من الجلسة العامة، التي تقرر في نفس الوقت صيغة الإلغاء وطبيعة التعويض الذي يمنح لمالكي الحصص (تعويض نقدي أو أسهم).

ويلاحظ أن الفصل 291 من مجلة الشركات التجارية تم تعديله بموجب قانون 16 مارس 2009 الذي أجاز للمسير تعديل العقد التأسيسي في الصور التي يوجب فيها نص تشريعي أو ترتيب ذلك التعديل، على غرار ما تقدم بسطه بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة. ويفترض ذلك أن لا تكون الشركة أمام خيارات متعددة، بحيث يقتصر الأمر على مجرد تجسيم لما قرره المشرع الأصلي أو الفرعي، كما وقع مثلا عند إلغاء مكافأة المسيرين المتمثلة في مناب من الأرباح *les tantièmes* عند تعديل الفصل 288 من مجلة الشركات التجارية في 27 جويلية 2005، حيث لم يمنح المشرع خيارا للشركة ولم يوجب عليها منح تعويض للمسير لقاء فقدان هذه المكافأة. والأمر غير ذلك بالنسبة لمسألة إلغاء حصص الأرباح أو التأسيس، والتي يستحق فيها صاحب الحصص تعويضا

نقدياً أو في شكل أسهم جديدة، فلا تنظر في هذا التعديل سوى الجلسة العامة ولا يجوز للمسير التدخل في هذه المسألة⁽¹⁾.

* وفي صورة حل الشركة فإن المصفي هو الذي يكتسب صفة الممثل القانوني، وهو المطالب بدعوة الجلسة العامة للإنعقاد في المواعيد المقررة بالقانون: فهو يدعو جلسة عامة أولى للإنعقاد خلال الأشهر الثلاثة الموالية لتعيينه، ثم يدعوها للإنعقاد سنوياً إذا تواصلت التصفية أكثر من سنة واحدة للنظر في تجديد وكالته وللمصادقة على الحسابات السنوية، ثم يدعوها للإنعقاد قبل نهاية مدة وكالته للنظر في حساب التصفية النهائي والمصادقة عليه.

* كما نلاحظ خصوصاً أن تغلغل روح الديمقراطية في الجسم السياسي من شأنه أن يفتح الشهية بالنسبة للمجتمع المدني والتجاري ليقترن به، خاصة أن الشركة خفية الاسم مبنية على المنوال الديمقراطي، فينبغي التفكير بجديّة في إيكال تنظيم الجلسات العامة (وخاصة منها الجلسات العامة الانتخابية) إلى هيئات مستقلة على غرار ما تقرر بالنسبة للجمعيات والجامعات الرياضية وعلى غرار ما اختارته عدة منظمات مجتمع مدني طوعاً بعد ثورة 17 ديسمبر 2010-14 جانفي 2011، مع تدعيم ضمانات استقلالية الهيئة وتطوير آليات الإشهار والاستدعاء للجلسات العامة واعتماد التكنولوجيات الحديثة خاصة بالنسبة للشركات التي لها مواقع إلكترونية رسمية. ويمكن أن يقتصر وجوب الإشراف على الجلسات العامة من قبل هيئات مستقلة على الشركات الكبرى التي تتوفر فيها جملة من المعايير المتعلقة بإجمالي الموازنة وإجمالي الإيرادات ومتوسط عدد العملة. كما يمكن أن يقتصر على شركات المساهمة العامة أو الشركات المدرجة بالبورصة فقط.

2.1. دور مراقب الحسابات في دعوة الجلسة العامة للالتزام

يقتضي الفصل 277 من مجلة الشركات التجارية أن الجلسة العامة تتم دعوتها للإنعقاد من قبل مسيرها القانوني، وهو الذي يحدد جدول أعمالها. غير أنه تحسباً للفرصيات التي لا تصدر فيها دعوة عن هذا الهيكل أو التي لا يتضمن

(1) يمكن نظرياً أن تصور أن المسير يقوم بتنقيح القانون الأساسي لإلغاء الأحكام المتعلقة بحصص الأرباح، لكنه في هذه الحالة سيضطر إلى دعوة الجلسة العامة للإنعقاد لاتخاذ قرار في شأن التعويض لمالك السهم. ولهذا السبب يبدو هذا الإجراء غير ذي جدوى ولذلك استبعدناه لسبب منطقي مع أنه ممكن قانوناً.

فيها جدول الأعمال نقاطاً يعتبرها بعض المعنيين أساسية، خول المشرع دعوة الجلسة العامة من قبل مراقب الحسابات أو بعض المساهمين أو من قبل وكيل قضائي معين بطلب من بعض المساهمين.

ويجوز لمراقب الحسابات أن يدعو الجلسة العامة للإنعقاد «عند الضرورة». وتجدر الإشارة بصفة مبدئية إلى أن مهمة مراقب الحسابات تقتصر مبدئياً على التدقيق في المحاسبة ويمنع عليه التدخل في تسيير الشركة، غير أنه مكلف قانوناً بمهام إضافية جعلته يتحول إلى رديف لهياكل التسيير والإدارة في بعض الظروف الخاصة. فالفصل 277 المشار إليه يكلفه عند الإقتضاء بدعوة الجلسة العامة للإنعقاد، بينما طالبه الفصلان 6 و7 من قانون 17 أفريل 1995 المتعلق بإتخاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية باستجواب مسير المؤسسة عما يعتزم القيام به لمواجهة تدهور وضع الشركة وإشعار لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية بالوزارة المكلفة بالصناعة إذا لاحظ أنه لم يقع القيام بإجراءات جدية من شأنها تلافى الصعوبات.

ولا تغيب هذه الاعتبارات جميعاً عمن يؤول أحكام الفصل 277 أعلاه. فالتوسع في مهام مراقب الحسابات يظل استثنائياً يقاس بقدره ولا يجوز التوسع فيه. فالعبارة المستعملة («عند الضرورة») تدل على الشدة والضيق، وعدم وجود منفذ آخر، أي أنه لا توجد إمكانية أخرى لدعوة الجلسة العامة من قبل الهيكل المسير. فالأمر يتعلق بالأساس بصورة الفراغ، أي بالحالة التي يُفقد فيها هيكل التسيير كأن ينزل عدد أعضاء مجلس الإدارة إلى ما دون الثلاثة أي الأدنى القانوني فلا تبقى له من إمكانية لإتخاذ أي إجراء باسم الشركة. وكذلك الشأن إذا تخلف هيكل التسيير عمداً عن دعوة الجلسة العامة للإنعقاد رغم أن دعوتها ضرورية لاستمرار وجود الشركة أو لاحتزام الموجبات القانونية، كأن يحل موعد الجلسة العامة السنوية ويتخلف مجلس الإدارة عن دعوتها. ففي هذه الصور لا يكون من بدّ من تدخل مراقب الحسابات لدعوتها.

والأمر على خلاف ذلك في صورة وجود خلافات أدت إلى اضطراب في سير الشركة بسبب صراعات بين الأطراف الفاعلة داخل الشركة. فيقع في بعض الحالات أن يتم تكوين مجلس إدارة جديد وعزل المجلس السابق بطريقة منازع في صحتها بينما يتمسك المسير السابق بمنصبه وبعدم شرعية العزل والتعيين، ويلقي هؤلاء الأطراف بمراقب الحسابات في أتون معركة

قضائية مستعرة لا ناقة له فيها ولا جمل. ففي هذه الحالة، لا يتعلق الأمر بفراغ، بل بازدهام، إذ يوجد هيكلًا تسيير يَدعي كل واحد منهما الشرعية لنفسه، فلا مجال لتدخل مراقب الحسابات في هذه الوضعية، لأنه إن تدخل فيها فهو يفتي بشكل أو بآخر في شرعية عملية التعيين والعزل، وهو أمر يختص به القضاء دون سواه. فلا يمكن لمراقب الحسابات أن يدعو الجلسة العامة للإنعقاد في مثل هذه الظروف إلا إذا تخلف المسIRON جميعا، المعزولون والمتعاون حديثا، عن دعوة الجلسة العامة للإنعقاد، إذ تتحقق حالة الضرورة. أما إذا رغب بعضهم في دعوة الجلسة العامة وعارض البعض الآخر فليس لمراقب الحسابات أن يدعوها عوضا عنهم، بل عليه أن يعتزل هذا النزاع ويتركه لأهله حتى لا تثار مسؤوليته من هذا الشق أو ذاك.

والأصل أن لا يدعو مراقب الحسابات الجلسة العامة الخارقة للعادة للإنعقاد أصلا. وليس عليه ذلك إلا إذا كان انعقادها لازما بحكم القانون أو كان ضروريا لاستمرار الشركة (كالنظر في ترفيع رأس المال لمواجهة الخسائر) ويشترط الضرورة مثلما تقدم شرحه.

3.1. دعوة الجلسة العامة بمبادرة من بعض المساهمين

توجد فرضيتان: فيمكن للمساهمين الذي يملكون أغلبية رأس المال إثـر عرض عمومي للبيع أو للمبادلة أو بعد إحالة كتلة مراقبة دعوة الجلسة العامة العادية للإنعقاد للنظر خصوصا في تعويض المسيرين تبعا للتوزيع الجديد لرأس المال.

وإذا تخلف المسIRON عن دعوة الجلسة العامة يجوز في كل الأحوال للمساهمين الذين يملكون خمسة بالمائة من رأس مال الشركة خفية الاسم إذا كانت شركة مساهمة خصوصية أو ثلاثة بالمائة إذا كانت ذات مساهمة عامة أن يطلبوا من القاضي الاستعجالي تعيين وكيل قضائي يدعو الجلسة العامة للنظر في مسائل محددة. ويلاحظ أن الفصل 277 تم تعديله جزئيا (النقطة عدد 2) بموجب الفصل الثاني من القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الشركات التجارية وذلك بالخط من نسبة رأس المال التي يجب أن يملكها المساهمون الذين يحق لهم أن يتولوا الدعوة لعقد الجلسة العامة. فقبل هذا التعديل كانت هذه النسبة

محددة بخمسة عشرة بالمائة، وهي نسبة ثابتة ولا تتغير بحسب كون الشركة ذات مساهمة خصوصية أو ذات مساهمة عامة. ولئن كرس هذا التعديل توجه قانون الشركات التونسي الجديد الذي أصبح يعتبر نسبة 5 بالمائة نسبة مرجعية في حماية الأقلية بوجه عام فإنه على خلاف عدة فصول أخرى لم يعتمد معيار مسك مساهمة لا تقل عن مليون دينار بل حدد نسبيا من رأس المال فقط⁽¹⁾. ولا يشكل هذا الاختلاف نقصا هاما في إصلاحات سنة 2009 باعتبار أن مجلة الشركات تضمنت عدة آليات بديلة لدعوة الجلسة العامة للإنعقاد.

وفي كل الأحوال لا يجوز للمساهمين أن يقوموا مباشرة بدعوة الجلسة العامة للإنعقاد مهما كانت نسبة رأس المال التي يملكونها. ولا يمكنهم التذرع بأنهم يسكنون أغلبية رأس المال الشركة التي تخولهم مثلا عزل المسيرين من خلال ممارسة حق التصويت في الجلسة العامة.

ومن ناحية أخرى، يجوز للمساهمين في كل الظروف أن يثيروا مسألة عزل المسيرين ولو لم تكن مدرجة في جدول أعمال الجلسة العامة. كما يجوز للأقلية المالكة لخمسة بالمائة من رأس المال أن تطلب إدراج نقطة أو نقاط ما في جدول الأعمال.

1.4. إجراءات الدعوة لحضور الجلسة العامة

أوجب القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 أن توضع قائمة المساهمين في الشركات خفية الاسم على ذمة المساهمين وذلك خمسة عشر يوما على الأقل قبل كل جلسة عامة للمساهمين. وضمنا لفاعلية هذا الواجب فقد تقرر عقوبة جزائية (مالية) لمسيري الشركة خفية الاسم الذين لا يقومون بما ذكر في الآجال والظروف المنصوص عليها في مجلة الشركات التجارية.

(1) على سبيل المقارنة يشترط القانون العراقي ملكية عُشر رأس المال على الأقل ليجوز للمساهمين أو أقلية المساهمين طلب عقد الجلسة العامة، وهي نفس النسبة التي اشترطها القانون الانكليزي القديم. غير أن القانون العراقي يقتضي أن الطلب يوجه إلى هيكل التسيير فلا تقوم الأقلية بنفسها بدعوة الجلسة العامة، وهو ما يقره القانون المصري أيضا. وجاء القانون المصري أكثر وضوحا إذ اشترط أن يتضمن الطلب تحديد أسباب الطلب. ويتساءل الفقه العراقي عما يمكن القيام به إن ظل هيكل التسيير على سبيلته أو لم يقتنع بوجاهة الطلب. أنظر، فاروق إبراهيم جاسم: «حقوق المساهم في الشركة المساهمة»، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2008، الطبعة الأولى، ص. 170 وما بعدها.

وفي نفس الإطار أوجب المشرع أيضا أن يقع إشهار المكان الذي تودع به الوثائق المعروضة على الجلسة العامة والدفاتر (دفتر المسيرين ودفتر الحصص والأوراق المالية) عبر التنصيص عليه بالسجل التجاري وبالإعلان الذي ينشر في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. أما الإشهار بجريدتين فقد وقع إلغاؤه بموجب أحكام الفصل الأول من قانون 16 مارس 2009.

ويتساءل الفقه الحديث عن مدى إمكانية الاستعاضة عن إرسال الاستدعاءات والوثائق إلى الشركاء ووضعها على ذمتهم بمقر الشركة بإجراء معادل الأثر يتمثل في وضعها على موقع الشركة الإلكتروني *website* أو إرسالها إلى المساهمين على عناوينهم الإلكترونية بالبريد الإلكتروني *e-mail*. وقد أجاب القانون الانقلازي المتعلق بالشركات (2006) عن هذه التساؤلات بالإيجاب⁽¹⁾. أما القانون التونسي فسكت عنها، وهو ما لا يعني منع استعمال هذه الطرق، غير أن ذلك يكون في وجود الضمانات القانونية للتحقق من بلوغ المعلومة إلى من هو معني بها.

فوضع إعلان على موقع الكتروني تابع للشركة لا يضمن بلوغ المعلومة إلى المساهم لأنه لا يوجد ما يلزمه قانونيا أو تعاقديا بأن يطلع يوميا على كافة ما يوجد على موقع الشركة لا سيما إذا كان هذا الموقع شاسعا ومتضمنا لعدة أبواب وفروع وأجزاء. أما توجيه مراسلة إلكترونية إلى كل واحد من المساهمين فالأصل أنه جائز ومعمد قانونا بشرط أن يكون المساهم قد صرح للشركة بشكل ثابت بعنوان بريده الإلكتروني. ففي هذه الحالة يصبح المساهم مسؤولا عن عدم الإطلاع على البريد الإلكتروني وليس له أن يحتج مثلا بأنه قضى مدة من الزمن لا يفتح فيها صندوق بريده الإلكتروني.

2. تدعيم حماية الأقلية بموجب إصلاحَي 2007 و 2009

جاء قانون حفز المبادرة الاقتصادية (27 ديسمبر 2007) بعدد من الإجراءات الهادفة إلى تدعيم حماية أقلية المساهمين وذلك بالخصوص عبر تدعيم حقها في الإطلاع على وثائق الشركة والحق في القيام لدى القضاء لطلب إبطال القرارات

(1) Marc BOSTON and others: «A Practical Guide to the Companies Act 2006- A guide for busy directors and company secretaries», edited by Sarah HOLMES, Nigel DELAY and Jonathan GIBSON, Price WaterHouse, Kluwer editions, London, p.4002 et seq.

التي تتخذها الجلسة العامة تحت تأثير أغلبية متعسفة علاوة على الحق في طلب إجراء اختبار في التصرف. غير أن هذا الإصلاح ظل جزئيا ومنقوصا⁽¹⁾، ففلا «القسط الثاني» من التعديلات عبر القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 الذي اعتمد نسبة 5 بالمائة كنسبة مرجعية قصوى لتحديد صفة الأقلية الجديرة بحماية القانون في الشركات خفية الاسم و 10 بالمائة في الشركات ذات المسؤولية المحدودة، مع الحط منها في الأحوال الخاصة المتعلقة بطبيعة الشركة أو بحجم الاستثمار المنجز في إطارها من قبل المساهم.

1.2. حق الأقلية في الإطلاع على وثائق الشركة

تجسم تدعيم الحق في المعلومة من خلال إلزام الشركات خفية الاسم بمسك دفتر للأوراق المالية ودفتر للمسيرين وبإلزام المسيرين بإشهار مكان إيداع الوثائق والدفاتر التي يحق للمساهمين الإطلاع عليها علاوة على ضرورة وضع قائمة المساهمين على ذمة المساهمين قبل الجلسة العامة.

أ. وضع قائمة المساهمين مع القوائم المالية وتقرير التصرف ومشاريع القرارات المقترحة على ذمة المساهمين قبل الجلسة العامة

أوجب الفصل 280 من مجلة الشركات التجارية على المسيرين أن يضعوا على ذمة المساهمين «الوثائق اللازمة لتمكينهم من اتخاذ قراراتهم وهم على بينة من الأمر وإبداء رأيهم في إدارة وسير أعمال الشركة». وهذه العبارة الفضفاضة تتكامل مع ما نص عليه الفصل 275 الذي أقر بطلان المداومات التي تتم فيها المصادقة على القوائم المالية إن لم تكن مسبقة بتقديم تقارير مراقبي الحسابات. كما يوجب الفصل 276 التنصيص في الإعلان الموجه إلى المساهمين لدعوتهم لحضور الجلسة العامة على جدول الأعمال وبالتالي الإشارة إلى مشاريع القرارات *projets de résolutions* المقترحة.

وتدعيما ل ضمانات ممارسة حق الإطلاع بمناسبة الجلسة العامة، تم بموجب قانون 16 مارس 2009 توسيع قائمة الوثائق التي يجب وضعها على ذمة المساهمين بمناسبة الجلسة العامة السنوية للشركات خفية الاسم لتشمل

(1) Pour une appréciation critique du système de protection des droits des minoritaires dans le droit tunisien antérieur à la réforme du 16 mars 2009, cf., Kamel AYARI: «Le gouvernement d'entreprise en droit tunisien», *Infos Juridiques*, n° 62/63, février 2009, p. 22.

قائمة المساهمين، والتي لم ينص عليها الفصل 280 القديم. ويتم تحرير قائمة المساهمين بالرجوع إلى دفتر الأوراق المالية وحساب الأوراق المالية المنصوص عليه بقانون إرساء السندات غير المادية (21 مارس 2000) والفصل 315 من مجلة الشركات التجارية. ويلاحظ أن القانون الفرنسي يوضح أن قائمة المساهمين يتم تحريرها بالرجوع إلى ما تتضمنه هذه الدفاتر والحسابات في تاريخ سابق للجلسة العامة. ذلك أنه حتى في صورة مسك الدفتر أو الحساب بالوسائل الإلكترونية، تحتاج هياكل تسيير الشركة دائما إلى شيء من الوقت لاستخراج قائمة من الدفتر أو الحساب ولوضعها على ذمة المساهمين والتحقق من أنها صحيحة وأنه لا توجد عمليات منجزة حديثا أو عمليات جارية لم يقع تسجيلها. كما يلاحظ أن هذه القائمة لا يتم نشرها ولا إرسالها إلى المساهمين بل توضع على ذمتهم بمقر الشركة.

ب. حق الإعلام المستمر: تدعيم حق أخذ النسخ من الوثائق

ومن جهة أخرى فقد تم تعديل الفصل 284 من مجلة الشركات التجارية مرتين على التوالي في ظرف 14 شهرا تقريبا (27 ديسمبر 2007 و 16 مارس 2009)، وكان ذلك في كل مرة في اتجاه مزيد تيسير ممارسة حق الإطلاع. ويهم هذا الفصل حق المساهمين في الإطلاع على وثائق الشركة خفية الاسم وأخذ نسخ منها. وقد جاء التعديل الأول بالحط من نسبة المساهمة التي يجب أن يكون طالب الإطلاع والنسخ مالكا لها، تدعيما لحماية صغار المستثمرين. وقد كانت هذه النقيصة تعتبر من أهم مواطن الضعف في نظام حماية المستثمرين في تونس.

فقد اعتمد تعديل 2007 لأول مرة صيغة تميز بين نوعين من الشركات فتقر نسبة «عادية» في الشركات خفية الاسم ذات المساهمة الخصوصية (5 بالمائة) ونسبة دنيا بالنسبة للشركات خفية الاسم ذات المساهمة العامة (3 بالمائة)، مراعاة لتشنت رأس المال بين عشرات أو حتى مئات أو آلاف المساهمين لسهولة تداول هذه الأوراق المالية. وتعوض هذان النسبتان ما هو مقرر بالنص القديم (10 بالمائة للنوعين). أما تعديل 16 مارس 2009 فأضاف إلى ذلك معيار مسك مساهمة في رأس مال الشركة لا تقل عن مليون دينار. والرأي عندنا أن هذه النسبة تحسب على أساس رأس المال المكتتب لا على أساس رأس المال المدفوع.

ويلاحظ أن القانون المتعلق بمؤسسات القرض المؤرخ في 10 جويلية 2001 يعتمد بدوره نسبة 5 بالمائة كنسبة مرجعية. كما يشار إلى أن القانون الكندي يضع قاعدة خاصة تتعلق بالعمليات المبرمة بين الشركة خفية الاسم ومسيرها ومفادها أن جميع المساهمين (دون اشتراط نسبة دنيا من المساهمة في رأس المال) لهم الحق في الإطلاع على كافة الوثائق المتعلقة بهذه العمليات. كما يجدر التنبيه إلى أن الفصل 284 يمثل نصا خاصا بالمقارنة مع الفصل 11 من مجلة الشركات التجارية الوارد في باب الأحكام العامة، وقد ورد بإقرار الحق لكل شريك مهما كانت نسبة مساهمته في رأس المال في أمرين:

- الإطلاع على وثائق الشركة بمقرها ودون أخذ نسخ منها؛
- أخذ نسخ من وثائق الشركة.

وعليه فإن المساهم في الشركة خفية الاسم يكون له الحق المطلق في الإطلاع على وثائق الشركة بمقرها طبق أحكام الفصل 11 المذكور ودون قيود أو حدود عدا ما ورد بالفصل المذكور (الفقرة الرابعة)، فيما يتطلب أخذ نسخ من تلك الوثائق تحقق الشرط الوارد بالفصل 284 المتعلق بامتلاك نسبة دنيا من رأس المال. أما الحق في الإطلاع الظرفي أي بمناسبة الجلسة العامة فيمارس طبق الشروط المنصوص عليها خصوصا بالفصل 275 وما بعده من مجلة الشركات التجارية.

كما يلاحظ أن الفصل 284 لم يكن ينص على تقرير مراقب الحسابات من بين الوثائق التي يمكن للمساهم الإطلاع عليها. وقد وقع تدعيم هذا الحق من خلال قانون 16 مارس 2009 بسحب على تقارير مراقبي الحسابات.

2.2. حق الأقلية في طلب إبطال القرارات الجماعية التعسفية

الأصل في القرارات الجماعية داخل الشركة أن تتخذ بالأغلبية، وهو تطبيق عادي لمبادئ الديمقراطية، حيث يفترض أن تنصاع الأقلية لما تقرره الأغلبية وفق قواعد الشفافية وحرية التعبير. غير أن هذا المبدأ لا يؤدي في كل الأحوال إلى نتائج مقبولة. ففي بعض الحالات تستغل الأغلبية ما لها من النفوذ الفعلي لتحقيق مآرب شخصية على حساب الشركة نفسها أو على حساب الأقلية. ولهذا السبب فقد أقرت القوانين العصرية للأقلية الحق في القيام لدى القضاء لطلب الحماية إزاء كل «سلوك غير عادل» أو «مخالفة للإنصاف» من شأنه أن يلحق بها الضرر

(1) *unfairly prejudicial conduct*. وخلافا للقانون التونسي الذي أقر للمحكمة صلاحية إبطال القرارات التعسفية الصادرة عن الجلسة العامة للشركاء، مقابل منح الحق للأقلية في القيام على المسيرين بدعوى المسؤولية بشروط لا يتيسر تحقيقها في كل الأحوال⁽²⁾، تمتد صلاحيات القاضي في قوانين أخرى كالمرسوم التشريعي الصادر في هونغ كونغ سنة 2004 إلى إمكانية منع إصدار نوع معين من القرارات، كما تشمل أيضا إمكانية الحكم بانقسام الشركة أو تصفيتها، علاوة على إمكانية الأمر بتوجيه تسيير الشركة مستقبلا في اتجاه معين أو الإذن بشراء حصص أو أسهم بعض الشركاء من قبل البعض الآخر أو من قبل الشركة أو تعيين مصفٍ للشركة. وتهدف كافة هذه الحلول إلى تفادي الرجوع إلى الحالة السابقة التي استوجبت اللجوء إلى القاضي. كما لا تحول الإجراءات المتخذة وفق ما تقدم دون طلب التعويض التقدي. غير أنه يجدر التنبيه إلى أن قانون 2004 المذكور لم يمنح الأقلية حق التعويض عن نقص قيمة الأسهم أو الحصة الناجم عن الفعل الضار بشكل «غير عادل» إذ اعتبر ذلك الضرر لاحقا بالشركة. فالشريك

(1) Section 168A of the Hong Kong 2004 Companies Ordinance: «any member of a company who complains that the affairs of the company are being or have been conducted in a manner unfairly prejudicial to the interest of the members generally or some part of the members (including himself) ... may make an application to the court by petition for an order under this section.

The court may:

- (a) make an order to restrain the commission of any such act or the continuance of such conduct.
- (b) make an order that proceedings be brought in the name of the company.
- (c) appoint a receiver or manager of the whole or part of a company's property or business.
- (d) make orders for regulating the conduct of the company's affairs in the future, or for the purchase of the shares of any members of the company by other members of the company or by the company itself».

(2) سكت القانون التونسي منذ سنة 2000 عن الدعوى الفردية *l'action individuelle* بينما أقر إمكانية القيام بدعوى الشركة بصفة فردية *l'action sociale ut singuli* بشرط امتلاك 15 بالمائة من رأس المال. وجدير بالملاحظة أن الدعوى الفردية كان منصوبا عليها بالفصل 78 من المجلة التجارية، أما في فرنسا فاعتبر الفقه والقضاء أنها مؤسسة على الأحكام العامة للمسؤولية المدنية وبالتالي فلا حاجة إلى نص خاص بها في قانون الشركات.

يمكنه فقط أن يطالب بالتعويض عن ضرره الشخصي الفردي الذي لا يمتزج مع ضرر الشركة⁽¹⁾.

ويتعلق الفصل 290 من مجلة الشركات التجارية بحق الأقلية في طلب إبطال القرارات الجماعية التي تتخذ في إطار الجلسة العامة تحت تأثير أغلبية متعسفة (*abus de majorité*). وقد تم بموجب قانون 27 ديسمبر 2007 الحط من النسبة الدنيا من رأس المال المشتركة لصحة القيام، المقدر في النص السابق بـ 20 بالمائة، فأصبحت 10 بالمائة فقط.

وخلافا للفصل 284 المتعلق بحق أخذ نسخ من وثائق الشركة، لم يعتمد الفصل 290 (جديد) التفرقة بين نوعين من الشركات (نسبة دنيا بالنسبة للشركات خفية الاسم ذات المساهمة العامة، ونسبة أرفع بالنسبة للشركات خفية الاسم ذات المساهمة الخصوصية)، بل اعتمد النص الجديد نسبة موحدة وهي 10 بالمائة لكلا الصنفين من الشركات، وهو ما يعني أن مهمة الأقلية تظل غير هيئة في الشركات ذات المساهمة العامة المتميزة بتشتت رأس المال.

* وبالنسبة للاختصاص بالنظر في هذه الدعاوى، يختص القضاء التجاري بإبطال مداولات الجلسات العامة طبق أحكام الفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية. وتنظر الدائرة التجارية في هذه الدعاوى بتركيبتها الخماسية المتركة من ثلاثة قضاة وتاجرين. وترفع الدعوى إلى المحكمة الكائن بدائرتها مقر الشركة.

غير أن الإشكال يطرح بالنسبة لإمكانية اللجوء إلى التحكيم في شأن هذه النزاعات. فقد اعتبر القضاء الألماني أن هذه الدعاوى لا يمكن فضها بطريق التحكيم لسببين أولهما أنها تهتم النظام العام وثانيهما وهو الأهم أنها لا تهتم حقوق أطراف الدعوى فحسب بل تؤثر على حقوق الباقين. فمن المتفق عليه أن الدعوى ترفع من قبل المساهم أو المساهمين الذين تتوفر فيهم شروط الصفة والمصلحة والأهلية وأن الصفة المشتركة يدخل فيها اشتراط امتلاك نسبة محددة قانونا من رأس المال، في حين أن آثار الإبطال تشمل جميع المساهمين، كما أن الإبطال يؤثر على حقوق المتعاملين مع الشركة ويدخل الإضطراب على أمورهم وعلى صورة الشركة لديهم، وهو ما يعني أن حكم الإبطال يمس بحقوق الغير. وانتهى

(1) Compare with, Ahmed OUEFFELI: «The Protection Of Minority Shareholders Under The Law On The Economic Initiative», *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law (YIMEL)*, 2006-2007, p. 107.

القانون التونسي لا يوجب إشهار الدعاوى التي لها تأثير على وضعية الشركة ككل.

ويعتبر الفقه الحديث أنه ينبغي أن تضمن المنظومة القانونية أمرين، وهما شفافية الإجراءات (الإشهار) ووجوبية إدخال باقي الشركاء في النزاعات، أو على الأقل إدخال المساهم المعني بالأمر أكثر من غيره. من ذلك مثلا أنه لا يمكن تخیل دعوى في إبطال قرار صادر عن الجلسة العامة الخارقة للعادة يتعلق بترفع رأس مال الشركة بواسطة مساهمات عينية دون إدخال المساهم الذي قدم المساهمة العينية في النزاع.

3.2. حق الأقلية في طلب إجراء اختبار في التصرف لفحص بعض العمليات المسترابة

يتعلق الأمر بالاختبار في التصرف أو اختبار الأقلية *expertise de gestion* ou *expertise de minorité* الذي يهدف إلى تعزيز حماية الأقلية من خلال تمكينها من طلب الإذن بإجراء اختبار حول عملية أو بعض العمليات المحددة التي توجد مؤشرات على أنها أنجزت بطريقة لا تحقق مصلحة الشركة. والملاحظ أن القانون التونسي أقر إمكانية طلب اختبار في التصرف بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة ثم كرسه بعد ذلك بسبعة أعوام في الشركة خفية الاسم، خلافا للقانون الفرنسي الذي بدأ بتكريس هذا الإجراء بالنسبة للشركة خفية الاسم قبل أن يقع تعميمه ليشمل الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

وقد وضعت محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 28 جانفي 2012 شرطا خاصا في ما يتعلق بصفة القائم بطلب الاختبار. ففي قضية عرضت عليها حديثا، نظرت المحكمة في طلب تقدمت به مجموعة من المساهمين بغاية إجراء اختبار في التصرف في شركة مالكة لفندق سياحي بجهة سوسة، وكان من بين القائمين أحد أعضاء مجلس الإدارة في الشركة المذكورة. وقد انتهت محكمة التعقيب إلى استبعاد مساهمة عضو مجلس الإدارة من عملية احتساب النسبة الدنيا المشتركة قانونا، حيث جاء بهذا القرار أن «المساهم عضو مجلس الإدارة الذي شارك في اتخاذ قرار عملية التصرف لا يمكنه الإلتجاء إلى القاضي الاستعجالي لطلب إجراء الاختبار لأن ذلك يتناقض مع صفته والمهام الموكولة إليه، أما إذا لم يشارك في جلسة القرار لعدم عرضه على مجلس الإدارة فإنه لا يفقد حق إجراء

فقه القضاء الألماني في قرار صادر سنة 1996 عن المحكمة الفيدرالية العليا في ظل قانون التحكيم القديم إلى اعتبار التحكيم غير جائز في هذه النزاعات.

وقد انتقد الفقه الألماني هذا التوجه معتبرا أن اعتبار هذه النزاعات غير قابلة للتحكيم *in arbitrabiles* فيه تجاهل لصبغتها المالية وأن الأصل في النزاعات المالية هو أنها قابلة للتحكيم. أما عن مسألة المساس بحقوق الغير فيمكن التصدي لها عبر تدعيم شفافية هذه الدعاوى وإدخال الأطراف الذين يهمهم الأمر. كما لاحظ الدارسون أن قانون البورصة الألماني *German Stock Corporation Act* ينص على أن الاختصاص للنظر في دعاوى الإبطال يرجع إلى المحاكم الرسمية، غير أنه يقتضي أيضا أن قاعدة الاختصاص هذه ينبغي أن يتمسك بها المطلوب، بما يدل بوضوح على أنها لا تهم النظام العام⁽¹⁾.

وفي هذا السياق، توخى القضاء البرتغالي التوجه العكسي إذ اعتبرت محكمة الاستئناف بلشبونة أنه لا يوجد ما يحول دون تعهد هيئة تحكيم بنزاع يتعلق بإبطال قرارات جلسة عامة للمساهمين⁽²⁾.

ويلاحظ الفقه أن قانون الشركات البرتغالي يوجب القيام بدعوى الإبطال في أجل لا يتجاوز شهرا (30 يوما) من تاريخ الجلسة العامة وأن يتم ترسيم الدعوى بالسجل التجاري، وقد تساءل عن مدى تلاؤم هذه الأحكام وخاصة منها ما يتعلق بالشفافية (النشر) مع خصائص التحكيم لا سيما السرية⁽³⁾.

وعلى سبيل المقارنة يلاحظ أن أجل القيام قصيرا جدا في القانون البرتغالي وهو يهدف إلى تدعيم الأمان القانوني للمتعاملين مع الشركة في إطار توجه القانون الأوروبي بوجه عام نحو الحد من آجال القيام بدعاوى إبطال القرارات والأعمال الهامة المتعلقة بالشركات التجارية كالإندماج... كما أن

(1) Michaela HINNER : « Objective Arbitrability of Public Law Disputes » ; Daniela GENTZSCH : « Objective Arbitrability of Company Law Disputes », www.uni-kiel.de/eastlaw/ws0102/Semarbeiten/Gentsch%20

(2) Lisbon Court of Appeal, 29 April 2008, Case 7431/2007-1, <http://www.dgsi.pt/jtrtl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a6bb3e29e8fcd2aa8025745500691c81?OpenDocument>.

(3) Pereira SÁRAGGA LEAL OLIVEIRA : « Can Shareholders' Resolutions Be Annulled By Arbitral Tribunals? », *International Law Office*, 19 November 2009, <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Detail.aspx?G=F7e91cd5-Aeac-432a-A2b7-Cfb5ed387cf5>.

الرقابة لأنه يأخذ في هذه الصورة مركز الشريك العادي. وعليه فإن التثبت إن كان الطاعن قد ساهم في قرار التزويق والتوسعة الخاصة بالتزل موضوع الشركة أم لم يشارك فيه، والتثبت إن كان القرار عرض على مجلس الإدارة لأخذ رأيه من عدمه مسألتان لهما أهمية على وجه الفصل في إمكانية انتفاع الطاعن بالفصل 290 مكرر من عدمه وكان على المحكمة البحث في هذه المسألة قبل اتخاذ قرارها بإقصاء المساهم عضو مجلس الإدارة من الحماية المنصوص عليها بالفصل المذكور وترتيب النتائج من ذلك مدى احتساب مساهمة عضو مجلس الإدارة في نسبة 10 بالمائة المشروطة بالفصل 290 مكرر من عدمها ولذلك جاء قرارها مخالفا لشروط تطبيق الفصل 290 مكرر المذكور⁽¹⁾.

ويلاحظ أن القانون الفرنسي يقر وجوب إشهار تقرير الخبير بنفس كيفية إشهار رأي مراقب الحسابات. غير أن هذه الفكرة لم تعتمد في القانون التونسي نظرا إلى تكلفتها الهامة وجدواها المحدودة.

وتدعيما لحق الإطلاع بواسطة الخبير في التصرف، اعتبرت محكمة التعقيب أن رفض المسير مد الخبير المكلف بفحص وضعية الشركة بالوثائق المتعلقة بالشركة ووضعيتها المالية يشكل قرينة على سوء التصرف وأن على قضاة الأصل التحقق من آثار العقود الخطيرة كالإقراض الهام ورهن الأصل التجاري وبيع العقارات، والتأكد من تمتع المسير بسلطة إبرام مثل هذه العقود وإلا كان الحكم ضعيف التعليل وجديرا بالنقض. فينقلب بذلك عبء الإثبات على المسير الذي يصبح مطالبا بإثبات انتفاء خطأ في التصرف من جهته⁽²⁾.

4.2. حق الأقلية في مقاضاة مسيري الشركة

باستثناء الفصل 290 المتعلق بدعوى تعسف الأغلبية، أصبح القانون التونسي يعتمد نسبة 5 بالمائة كنسبة مرجعية *taux de référence* في حماية الأقلية بوجه عام. أما نسبة 10 بالمائة التي نص عليها الفصل 290 فأصبحت معزولة، خاصة أن الفصل 200 من نفس المجلة أصبح ينظر إلى من يملك العشر من رأس

(1) محكمة التعقيب، الدائرة التجارية الرابعة، قرار بتاريخ 28 جانفي 2012، قضية عدد 67957، سابق الذكر.

(2) محكمة التعقيب، قرار بتاريخ 20 سبتمبر 2005، القضية عدد 79/2005، نشرية محكمة التعقيب لسنة 2005، القسم المدني، ص. 209، ورثة علي... وورثة عبد السلام... وورثة أرملة المتوفاة بعده الل...، ضد سليمان ومن معه.

مال الشركة خفية الاسم على أنه مساهم ذو نفوذ هام *actionnaire influent* مما يبرر معاملته بنفس معاملة المسير، أي اعتباره شخصا يمكن أن يستغل نفوذه داخل الشركة للاستفادة على حساب باقي الشركاء، فأخضعه المشرع إلى نفس القواعد المنطبقة على المسيرين في ما يتعلق بالعمليات الخاضعة للترخيص والمصادقة والتدقيق (العمليات المنظمة). وتظهر هذه الحماية من خلال الإقرار للأقلية المالكة لتلك النسبة من رأس المال بالحق في النفاذ إلى كافة الوثائق المتعلقة بالشركة والحق في التقاضي.

فقد دعم الإصلاح الذي شهدته مجلة الشركات التجارية في 16 مارس 2009 بموجب القانون عدد 16 لسنة 2009 حق الأقلية في مقاضاة المسيرين عبر الحط من نسبة رأس المال التي ينبغي أن يملكها المساهم أو المساهمون الذين يرومون القيام على المسير بدعوى الشركة *action sociale ut singuli*، بينما لم تشترط ملكية نسبة معينة من رأس المال للقيام بالدعوى الفردية. وبالتوازي مع ما ذكر، قلص المشرع من نسبة رأس المال التي ينبغي أن تملكها الأقلية التي تريد المعارضة في الرجوع في دعوى الشركة *action sociale ut universi* في المسؤولية المدنية للمسيرين إلى 5 بالمائة على أقصى تقدير. أما دعوى المساهمين باسم الشركة فلا يجوز للجلسة العامة الرجوع فيها أصلا كما لا يجوز منع المساهم من القيام بها ولو كان ذلك بموجب بند في العقد التأسيسي. لكن لا يوجد ما يمنع بوضوح الرجوع في الدعوى من قبل من رفعها شخصيا، عملا بالمبدأ القائل: "من ترك ترك".

5.2. حق الأقلية في طلب تعيين وكيل قضائي لدعوة الجلسة العامة للإنعقاد

بموجب العدد 2 جديد من الفقرة الأولى من الفصل 277 من مجلة الشركات التجارية، أصبح حق القيام لدى القضاء الاستعجالي لطلب الإذن بتعيين وكيل قضائي يقوم عوضا عن هيكل التسيير بدعوة الجلسة العامة للإنعقاد مخولا لكل «مساهم أو مساهمين يملك أو يملكون على الأقل خمسة بالمائة من رأس مال الشركة خفية الاسم إذا كانت شركة مساهمة خصوصية أو ثلاثة بالمائة إذا كانت ذات مساهمة عامة». ومعلوم أن الشرط الموضوعي الأساسي لممارسة هذه الإمكانية يتمثل في تخلف هيكل التسيير عن القيام بما عليه من دعوة الجلسة العامة للإنعقاد. ولم يميز الفصل 277 بين الجلسة العامة العادية والجلسة العامة

غير العادية ولا بين الجلسة العامة العادية المنعقدة في ميعادها السنوي الإعتيادي والجلسة العامة العادية المنعقدة بصفة استثنائية *assemblée générale ordinaire tenue extraordinairement*. فيجوز للأقلية القيام لدى القاضي الإستعجالي لطلب عقد الجلسة العامة في صورة حصول فراغ في منصب مراقب الحسابات أو نزول عدد أعضاء هيكل التسيير (مجلس الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية) إلى ما دون الأدنى القانوني وفي غيرها من الصور التي يثبت فيها القائمون بالدعوى ضرورة عقد الجلسة العامة لتواصل سير دواليب الشركة ومنع تعطيلها.

6.2. حقّ طرح الأسئلة الكتابية على الميسرين

لم ينص التشريع السابق لتعديل 2009 بالنسبة للشركات خفية الاسم على حق هام وهو حق المساهم في طرح أسئلة كتابية على الميسرين وذلك بالرغم من إقراره بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة. وتدعينا للشفافية في الشركة خفية الاسم وتحقيقا للتناظر بين الأحكام القانونية وقّع إقرار قاعدة مماثلة لقاعدة الفصل 118 المتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة، تجيز لكل مساهم طرح أسئلة كتابية على الميسرين مرتين كل سنة مالية للإستيضاح حول عملية أو عمليات محددة. ويهدف هذا الإجراء إلى تفادي مرور المساهم مباشرة إلى الإجراءات النزاعية كطلب اختبار في التصرف أو القيام بدعوى مدنية أو بشكاية إلى القضاء الجزائي. ومع أن هذا الحق قد يتحول إلى مصدر إزعاج للميسرين فقد وقع الحد منه بأن حول النص الجديد للمساهم طرح سؤالين فقط كل سنة، كما أنه لا يُتوقع أن يقوم كافة المساهمين بطرح أسئلة كتابية، علاوة أن هذا الحق وقع حصره في المساهمين المالكين لنسبة محدودة من رأس المال: «يحق لكل مساهم أو مساهمين يملك أو يملكون على الأقل خمسة بالمائة من رأس مال الشركة خفية الاسم إذا كانت شركة مساهمة خصوصية أو ثلاثة بالمائة إذا كانت ذات مساهمة عامة أو كانت له أو لهم مساهمة في رأس المال لا تقل عن مليون دينار وليست له أو لهم صفة عضو أو أعضاء في مجلس الإدارة أن يطرحوا مرتين في السنة أسئلة كتابية على مجلس الإدارة حول كل تصرف أو واقعة من شأنها أن تعرض مصالح الشركة إلى الخطر»⁽¹⁾.

(1) الفصل 284 (مكرر) من مجلة الشركات التجارية المضاف بموجب أحكام الفصل الثاني من قانون 16 مارس 2009.

وحسباً للقاعدة أن ميسري الشركة خفية الاسم ذات المساهمة الخصوصية لا يمكن أن يرد عليهم أكثر من 40 سؤالاً كتابياً في السنة إلا إذا تجاوز رأس مال الشركة 20 مليون دينار، وبشرط أن لا يوجد أي مساهم يملك نسبة تقل أو تفوق 5 بالمائة من إجمالي رأس المال. وفي كل الأحوال ينبغي على الطالب أن يثبت وجود وقائع أو أمور أو تصرفات قانونية (عقود أو قرارات) تهدد مستقبل الشركة وتعرض مصالحها إلى الخطر.

وفي صورة وقوع نزاعات قضائية تهم أصل الحقوق، تتعلق بسير أمور الشركة، وُضع نظام إجرائي ميسر يهدف إلى تمكين المساهمين من مجابهة الميسرين والكشف عن حقيقة ملابسات النزاع، وذلك بتحويل المدعي أو المدعين طلب تعيين جلسة مكتبية لتلقي أقوال الطرفين. ويجوز للطالب خلال هذه الجلسة أن يطرح أسئلة على المدعى عليه أو عليهم بصفة مباشرة ودون مرور بالقاضي المكلف بتقرير القضية، على غرار ما تكرسه القوانين الإجرائية الأنقلساكسونية. ومن البديهي أن يستثنى من حق طرح الأسئلة الكتابية أعضاء هيكل التسيير مهما كانت نسبة رأس المال التي يملكونها باعتبار أن الأسئلة تطرح عليهم لا منهم.

7.2. حقّ الأقلية في الخروج من الشركة

أصبح تفادي النزاعات والخصومات بين الشركاء أحد الهواجس الكبرى في العصر الحديث بسبب ظهور أقليات مشاكسة أو «حية» لا تتوانى عن القيام لدى القضاء بجميع أنواع الإجراءات الممكنة للدفاع عما تعتبره حقها. فإن لم تفلح في الدعاوى المدنية، لجأت إلى القضاء الجزائي، وإن لم ترض بالقضاء الرسمي بحثت إلى التحكيم عن سبيل. وقد ساهم انفتاح الأسواق وتطور اللجوء إلى الإدخار العام في تطور نزعة الخصام والإستماتة في الدفاع عن الحقوق. ولغاية التصدي لتكاثر النزاعات، أصبحت التشريعات تركز على وضع آليات تيسر خروج الأقلية من الشركة، سواء كان ذلك بسعي من الأغلبية أو بطلب من الأقلية نفسها. فالقانون الانكليزي لسنة 2006 نص بمادته 979 على أن بإمكان الأغلبية المالكة لتسعين بالمائة من رأس المال على الأقل أن ترغم الأقلية على الخروج من الشركة لتجنب النزاعات والخصومات⁽¹⁾.

(1) Marc BOSTON and others : « A practical Guide to the Companies Act 2006- A Guide for busy directors and company secretaries », edited by Sarah HOLMES,

وبالنسبة للقانون التونسي، وقع التفكير في إقرار هذه الآلية لكن وقع العدول عنها بسبب ما تثيره من تساؤلات مشروعة وجدية حول دستوريتها إذ أنها تؤدي إلى نزاع ملكية الأقلية رغما عنها لفائدة الأغلبية. وبذلك تجنب المشرع التونسي الخوض في الجدل الذي طرح في ألمانيا مثلا عند إقرار هذه الآلية بموجب أحكام المادة 243 من القانون التجاري. وبالمقابل، أجاز الفصل 290 ثالثا من مجلة الشركات التجارية التونسية للأقلية الخروج من الشركة برغبة منها ووضع لذلك شرطا أساسيا وهو أن توجد أغلبية مهيمنة على الشركة بأن تمتلك 95 بالمائة على الأقل. وينبغي أن تكون هذه الأغلبية متحدة المصلحة، فتكون متمثلة إما في شخص واحد يملك كامل هذه النسبة بمفرده أو مجموعة من الأشخاص المتحالفين على معنى قانون الشركات (وقانون السوق المالية على وجه التحديد) وهو شرط لا يتحقق إلا إذا كانت بينهم وشائج قوية تتجاوز مجرد تقارب الرؤى أو المصالح. فقد نص الفصل 290 ثالثا على أنه : «يمكن أن يعرض المساهم أو المساهمون المالكون لنسبة لا تتجاوز خمسة (5) بالمائة من رأس مال الشركة ذات المساهمة الخصوصية الخروج من الشركة وإلزام المساهم المالك لباقي رأس المال بمفرده أو بطريق التحالف، بشراء مساهماتهم بثمن يحدد بواسطة اختبار مجرى بإذن من رئيس المحكمة الكائن بدائرتها مقر الشركة. وفي صورة عدم موافقة المساهم المالك لباقي رأس المال بمفرده أو بطريق التحالف على الثمن المعروض خلال شهر من تاريخ الإعلام بتقرير الخبير، يتم تحديد الثمن عن طريق المحكمة المختصة التي تقرر تحديد قيمة الأسهم وتقضي بأداء مبلغها. وتستثنى من ذلك شركات المساهمة العامة التي تبقى خاضعة للتشريع الجاري به العمل».

الفقرة الثانية، إدارة الشركة خفية الاسم

تقع إدارة الشركة خفية الاسم بواسطة هيكل مختص من هياكل الشركة، تتمثل مهمته الأساسية في تولي التسيير على ضوء أحكام القانون والعقد التأسيسي ومقررات الجلسات العامة للشركاء. وإلى جانب النمط التقليدي في الإدارة القائم على وحدة هيكل التسيير [الفقرة الفرعية الأولى] أوجدت مجلة الشركات التجارية نمطا جديدا يقوم على الثنائية، وهو نمط الشركات خفية الاسم ذات هيئة

الإدارة الجماعية ومجلس المراقبة [الفقرة الفرعية الثانية]. ويتولى المساهمون اختيار إحدى الصيغتين في العقد التأسيسي سواء منذ تكوين الشركة أو إثر تنقيح العقد المذكور في مرحلة لاحقة.

الفقرة الفرعية الأولى: الشركة خفية الاسم ذات مجلس الإدارة

في الحقيقة، فإن النمط التقليدي بدوره يشمل نظامين، أحدهما هو الأقدم في المجلة التجارية، ويقوم على وجود مجلس إدارة يرأسه رئيس مدير عام، وثانيهما هو الذي يقع فيه الفصل بين مهام المدير العام ومهام رئيس مجلس الإدارة.

1. النظام التقليدي لإدارة الشركة خفية الاسم ذات مجلس الإدارة

النظام التقليدي في إدارة الشركة خفية الاسم بمثابة النظام الرئاسي في الأنظمة السياسية. فهو يقوم على وجود سلطة تنفيذية ذات رأس واحد تستمد مشروعيتها من «شعب الشركة» أي المساهمين، مع أنه يقترب نسبيا من النظام شبه البرلماني في أن رأس السلطة التنفيذية يتم انتخابه كعضو في هيئة تسيير جماعي (مجلس الإدارة) الذي يختار الرئيس من بين أعضائه. ويجمع هذا الشخص بين رئاسة مجلس الإدارة ومباشرة الإدارة العامة للشركة أي التسيير اليومي.

1.1. عضوية مجلس الإدارة

* في إطار النظام التقليدي، يقع تكوين مجلس إدارة عن طريق التعيين من الجلسة العامة للمساهمين، ويكون ذلك لأول مرة في إطار الجلسة العامة التأسيسية التي تعين أعضاء أول مجلس للإدارة لمدة ثلاث سنوات. ويكون عدد أعضاء هذا المجلس ثلاثة على الأقل واثنى عشرة على الأكثر، ويجب أن يتم اختيارهم من بين المساهمين إلا إذا اقتضى العقد التأسيسي خلافه. ويجوز أن يكون عضو مجلس الإدارة شخصا معنويا، وفي هذه الحالة يجب عليه تعيين شخص طبيعي يكون ممثلا دائما له ويتحمل شخصيا المسؤولية الجزائية المترتبة عن الأفعال التي يباشرها في إطار ممارسة مهمته كممثل للشخص المعنوي فيما تبقى المسؤولية المدنية على عاتق الشركة.

أ. في من لا يجوز أن يكون عضوا بمجلس الإدارة

1. أ. منعت مجلة الشركات التجارية في صيغتها الأولى أن يكون الشخص الواحد عضوا بمجلس الإدارة لأكثر من ثماني شركات خفية الاسم مقرها بالبلاد

التونسية. فإن جاوز ذلك وجب عليه التخلي عن العضويات اللاحقة في أجل ثلاثة أشهر. غير أن هذا التقييد وقع حذفه بموجب قانون 27 جويلية 2005 الذي أصبح بموجب الشخص خرا في تولي أي عدد من مناصب التسيير في الشركات التي مقرها بالبلاد التونسية. ويعزى رفع التقييد والمنع إلى معطين أساسيين:

- فمن جهة أولى، فإن المنع الذي كان قائما لا يطل الشركات التي مقراتها بالخارج. فإقليمية قانون الشركات territorialité du droit des sociétés باعتباره من قوانين الأمن والبوليس تحول دون تطبيقه على مناصب التسيير التي يتولاها نفس الشخص في شركات مقراتها بالخارج. وهكذا فإن الشخص الذي يتولى مناصب تسيير في شركات مقراتها بالخارج وفي شركات أخرى مقراتها بتونس لا يخضع إلى أي حد أقصى أو يمكنه على الأقل الجمع بين العدد الأقصى من الوكالات المسموح به في القانون التونسي والحد الأقصى المسموح به في القانون الأجنبي (كالقانون الفرنسي). وبذلك يصبح تطبيق قواعد الحد من الوكالات «انتقائيا» أو تمييزيا، إذ يقتصر على من لم يتجاوز نشاطه الحدود التونسية، وقد يصبح ذلك عاملا منقرا للإستثمار.

- ومن جهة ثانية فإن القيد المذكور يطرح إشكالا خاصا بالنسبة لشركات الإستثمار التي يتمثل نشاطها في مسك مساهمات في عديد الشركات، حال أن عدد الأشخاص المؤهلين لتمثيلها في هياكل تسيير هذه الشركات قد يكون محدودا. فإن وقع تحديد عدد الوكالات التي يمكن أن يتولاها كل واحد منهم فإن ذلك قد يؤدي بالشركة إلى التخلي عن تعيين من يمثلها في هياكل تسيير شركات لها فيها مساهمة هامة، مما يعرض حقوقها ومصالحها للهدر والضياع. وقد وقع التفكير في وضع استثناء خاص بهذه الشركات، غير أن هذا الحل بدروه تمييزي ومن شأنه أن يدفع إلى البحث عن حلول أخرى تهم مؤسسات مماثلة مثل بنوك التنمية أو الإستثمار، ثم البنوك الشمولية banques universelles المرخص لها في ممارسة نشاط بنك تجاري وبنك استثمار في نفس الوقت، حيث يمكن أن تكون لها مساهمات في شركات متعددة، فيكون من مصلحتها المشروعة أن يقع وضع استثناء لها. وقد تطول قائمة الاستثناءات فتهترئ القاعدة ويصبح تطبيقها منطبقا على «بروليتاريا الشركات».

وقد اختارت السلط العمومية التخلي عن القاعدة عوض «ثقبها» بعدة استثناءات، خاصة أنه من المعلوم في علم التشريع légistique أن التشريع السيء هو التشريع المليء بالاستثناءات والقواعد الخاصة بفئات دون أخرى.

لكن مقابل حذف الحد الأقصى، جاء تعديل 2005 بقواعد جديدة تهدف إلى المحافظة على مصالح الشركة، حيث أوجب على المسير المعني إعلام الشركة أو أحد هياكلها بحسب الحالة بتولية المنصب الجديد حتى يتسنى لها أن تقرر ما تراه ملائما، بما في ذلك إمكانية عزله من منصبه صونا لمصالحها. فيمكن للشركة أن تقرر تنحية المسير المعني إذا لاحظت وجود تضارب مصالح أو خشيت من منافسة غير مشروعة أو لاحظت أيضا أن المسير أصبح متعهدا بعدد كبير من مهام التسيير في عدة شركات بما يقلص من قدرته على النهوض بمهام التسيير فيها. وإن لم يقم المسير بالإعلام لزمه غرم الضرر، علاوة على جواز عزله من منصبه.

2. ولا يمكن أن يكون أعضاء بمجلس إدارة، المفلسون الذين لم يسترذوا حقوقهم، والقصر وفاقدو الأهلية والمحكوم عليهم بتحجير ممارسة وظائف عمومية، والأشخاص الذين لا تتلاءم مهنتهم الأصلية مع ممارسة التجارة كالموظفين العموميين وأصحاب المهن الحرة (محامون متمرنون ومحامون لدى محاكم الاستئناف، أطباء، مهندسون، خبراء محاسبون، عدول متفدون، عدول إسهاد، بياطرة، محاسبون...).

ويلاحظ أن هذا المنع كان يطل المحامين باعتبارهم من أصحاب المهن الحرة⁽¹⁾، غير أن المرسوم عدد 79 لسنة 2011 المؤرخ في 20 أوت 2011 المتعلق بمهنة المحاماة تضمن في فصله الثاني فقرتين سادسة وسابعة تنصان على أنه يمكن للمحامي «تمثيل حرفائه أو الحضور إلى جانبهم في الجلسات العامة أو هياكل التسيير الجماعي، وفق ما تنص عليه العقود التأسيسية للشركات التجارية.

كما يجوز للمحامي المرسم لدى التعقيب القيام بمهمة عضوية مجالس الإدارة أو مجالس المراقبة في الشركات التجارية».

(1) أنظر أيضا الفصل 23 من المرسوم عدد 79 لسنة 2011 الذي يمنح على المحامي مباشرة بعض عدد من الأنشطة على رأسها النشاط التجاري.

وبالمقابل، منع الفصل 23 من نفس المرسوم على المحامي «مباشرة خطة وكيل أو رئيس مدير عام أو مدير عام مساعد في الشركات التجارية بأجر أو بدونه، باستثناء رئاسة مجالس الإدارة في الشركات خفية الاسم».

وبالنسبة لأهلية المسير، نظرت محكمة الاستئناف بتونس في قضية ادعت فيها امرأة من أفراد عائلة رئيس مدير عام لشركة خفية الاسم أن الشخص المذكور كان مصابا بالجنون مما يؤدي إلى بطلان الكفالة التي منحها للشركة. وورد في القرار أن «منظور المستأنف ضدها كان يشغل حتى سنة 1992 تاريخ الحجر عليه خطة رئيس مدير عام لشركة وكان يقوم بكل المسؤوليات التي تخولها له وظيفته دون أن يطلب أحد من الشركاء عزله. ومن غير المعقول أن يشغل شخص مجنون خطة رئيس مدير عام لشركة مدة سبعة سنوات كاملة دون أن يتفطن شركاؤه للحالة التي هو عليها وهو ما يؤكد أن تاريخ إصابته غير مؤكد رجوعه إلى سنة 1987... ويؤخذ من الوثائق الطبية المدلى بها وكذلك من حكم التقديم... أن حالة المستأنف ضده ليست جنونا مطبقا وإنما هي حالة ضعف عقلي تزداد حدتها بمرور الزمن. وإن ضعف العقل لا يكون سببا لإبطال العقود التي يبرمها ضعيف العقل إلا متى كان مشتهرا بضعف العقل قبل تاريخ الحجر عليه. وبما أن المستأنف ضدها لم تثبت أن منظورها كان مشتهرا بحالة ضعف العقل كما أن وضعيته الاجتماعية باعتباره كان رئيسا مديرا عاما لشركة تفيد أنه لم يكن مشتهرا بضعف العقل... رفض الدعوى»⁽¹⁾.

كما لا يمكن أن يعين بمجلس الإدارة كل من حكم عليه من أجل جريمة ماسة بالأخلاق العامة أو بالنظام العام أو بالقواعد المتعلقة بالشركات. ولم تبين مجلة الشركات التجارية المقصود بالجريمة الماسة بالأخلاق العامة وما إن كان الأمر مقتضرا على جرائم الإعتداء على الأخلاق الحميدة التي أدمجت في المجلة الجزائية بعد أن كان منصوبا عليها في الأمر العلي الصادر سنة 1942 أم أنها تشمل أفعالا أخرى كالمواقعة غصبا ونحوها. ومعلوم أن هذه الجرائم ليست لها علاقة مباشرة بالشركات تبرر منع مرتكبها من تسيير الشركات. أما صنف الجرائم الماسة بالنظام العام فهو الصنف الأكثر غموضا إذ المفروض أن كل تجريم لفعل ما يبنني حتما على اعتبار ذلك الفعل مهددا لنظام المجتمع وخياراته الأساسية أي

(1) محكمة الاستئناف بتونس، الدائرة 22 تجاري، قضية عدد 26073، قرار بتاريخ 8 نوفمبر 1995، ذكره عماد معيش في كتابه «نجاحة الكفالة»، السالف ذكره، ص. 235.

لنظام العام. وإذا أخذ هذا المصطلح بمعناه الواسع فإن جميع الجرائم ستعتبر ماسة بالنظام العام، وهو ما لم يقصده المشرع حتما. فينبغي أن يعطى لهذه العبارة مدلول أكثر تحديدا ودقة، وربما كان الأسلم ربطه بمجال الشركات والأعمال كاعتبار أن الجرائم المقصودة هي تلك التي لها علاقة بأخلاقيات التعامل كالسرقة وخيانة الأمانة والتدليس والتحيل وما يشبه به كبيع ما لا حق لمرتكب ذلك في بيعه ورهن ما سبق رهنه... أما جرائم إصدار شيك دون رصيد فتطرح إشكالا خاصا بها باعتبار أنه تطفئ عليها الصبغة الشكلية بما يبرر مبدئيا استبعادها من هذه القائمة.

وفي ما يخص أجراء الشركة نفسها، فيجوز لهم أن يكونوا أعضاء في مجلس الإدارة. على أنه لا يصح الجمع بين الصفتين إلا إذا كانت صفة الأجير هي الأسبق زمنيا بمدة لا تقل عن خمسة أعوام. وتظل الصفتان منفصلين، فينبغي أن يواصل الشخص الذي يجمعهما القيام بنشاطه الإعتيادي كأجير مع مباشرته لنشاط التسيير.

وعلى سبيل المقارنة فقد منع الفصل 5 من القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في أول فيفري 1989 المتعلق بالمساهمات والمنشآت العمومية⁽²⁾ على «كل عون عمومي مثل الدولة أو جماعة عمومية محلية أو مؤسسة عمومية أو شركة تمتلك الدولة رأس مالها كليا أن يدخل بأي عنوان في خدمة المنشأة المعنية قبل انقراض أجل ثلاث سنوات بداية من تاريخ انتهاء مهامه كممثل إلا برخصة خاصة من الوزير المعني بصفة مباشرة بنشاط المنشأة». وأقر عقوبة جزائية مضاعفة لمن يخالف هذا المنع تتمثل في السجن لمدة تراوح بين ستة أشهر وستين والخطة من 100 و10.000 دينار، علاوة على معاقبة مسيري المنشأة المعنية باعتبارهم متواطئين.

كما أن عزله من منصب التسيير لا تنقطع به العلاقة الشغلية ولا يبرر طرد صاحب العقود إلا إذا كان مبرر العزل ارتكابه خطأ له تأثير على صفته كأجير، كسرقة أموال الشركة والخيانة ونحو ذلك، إذ أن هذه الجريمة تزول بها الثقة في

(1) يشمل مفهوم «المنشأة العمومية» المؤسسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية والشركات التي تمتلك الدولة رأس مالها كليا والشركات التي تملك الدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام أكثر من 50 بالمائة من رأس مالها (الفصل 8 من القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في أول فيفري 1989).

نظافة يده. فلا يعقل أن تزول الثقة فيه كمسير وأن تظل قائمة فيه كأجير، إلا إذا أصيب كل من المسير المعني والشركاء بانفصام في الشخصية.

ويشار إلى أن المعايير الدولية أصبحت تقتضي أن يكون من بين أعضاء مجلس الإدارة عضو أو عدد من الأعضاء المستقلين administrateurs indépendants الذين لا يملكون مساهمة في رأس المال⁽¹⁾. وفي فرنسا، تم تعريف هؤلاء الأشخاص كما يلي:

L'administrateur indépendant est l'administrateur qui « n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe, ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement ».

واعتبر تقرير «بوتون» Bouton أنه ينبغي أن لا يقل هؤلاء الأعضاء عن نصف أعضاء مجلس الإدارة في الشركات ذات رأس المال المشتت⁽²⁾.

ب. مدة عضوية مجلس الإدارة

تدوم عضوية مجلس الإدارة ثلاثة سنوات على أقصى تقدير، تكون قابلة للتجديد. ويبدأ مفعول التسمية من تاريخ قبول العضوية صراحة أو دلالة بحضور اجتماعات المجلس. ويمكن عزل الأعضاء بقرار من الجلسة العامة في أي وقت. كما يمكن أن تنتهي العضوية بالوفاة أو بالاستقالة أو بفقدان الأهلية. وفي هذه الأحوال، يجوز لبقية الأعضاء تعيين بديل للعضو الذي انتهت عضويته cooptation بصفة مؤقتة حتى انعقاد أقرب جلسة عامة عادية للمساهمين، والتي يمكنها أن تصادق على التعيين. فإن لم يحصل تعيين أو لم تتم دعوة جلسة عامة للمصادقة على التعيين الوتقي، جاز لكل مساهم أو لمراقب الحسابات اللجوء إلى القاضي الاستعجالي لطلب تعيين وكيل قضائي يدعو الجلسة العامة للانعقاد للنظر في التعيين أو المصادقة.

وتطرح في التطبيق بعض الوضعيات المستشكلة خاصة في صورة التداخل بين قرارات قاضي السجل التجاري وقضاء الأصل في ما يتعلق بإنهاء مهام أعضاء هيكل التسيير وتعويضهم بغيرهم ثم إدراج الأحكام القضائية وقرارات

(1) تعتبر قواعد منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE أن وجود أعضاء مستقلين في مجلس الإدارة من مقومات الإدارة الرشيدة أو الحوكمة Corporate governance. تراجع مبادئها لسنة 2004.

(2) أنظر: http://www.ecgi.org/codes/documents/rapport_bouton.pdf.

الجلسة العامة للمساهمين بالسجل التجاري، لا سيما إذا تضاربت تلك الأحكام والقرارات وتناقضت وتشابكت. ففي القرار التعقيبي المدني عدد 3790 المؤرخ في 18 ديسمبر 2006⁽¹⁾ عرضت شريكتان أنه سبق لهما أن تقدمتا إلى كتابة السجل التجاري بتصريح لغاية ترسيم وإيداع محضري جلسة عامة عادية ومجلس الإدارة والمتضمنين تعيين مجلس إدارة جديد للشركة محل الخلاف. وقد صدر عن قاضي السجل التجاري قرار برفض مطلب الترسيم على أساس أنه وقع تعيين مجلس إدارة جديد للشركة دون أن يقع التنصيب على عزل مجلس الإدارة السابق صلب نفس المحضر، وقد تمت الدعوة لانعقاد جلسة عامة جديدة فقررت عزل أعضاء مجلس الإدارة السابقين وقررت الجلسة العامة إثر ذلك العزل تعيين مجلس إدارة جديد وقرر مجلس الإدارة المنعقد بنفس اليوم تعيين إحدى المدعيتين رئيساً لمجلس الإدارة والثانية مديراً عاماً. وقد قدم مطلب في ترسيم محضري الجلسة العامة ومجلس الإدارة إلا أن قاضي السجل أصدر قراراً بالرفض. ويتبين من تعليل القرار المذكور أن أسبابه متعارضة مع قانون الشركات باعتبار أن حكم إبطال محضر الجلسة العامة الذي تم ترسيمه وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بموجب حكم اعتراض على قرار قاضي السجل التجاري وقع تنفيذه وتم التسجيل بالسجل التجاري وأن محضر الجلسة العامة ليوم 4/9/2005 لما قرر عزل أعضاء مجلس الإدارة المعينين بموجب الجلسة العامة ليوم 15/1/1998 والذي حكم بإرجاعهم للسجل التجاري بموجب الحكم عدد 2540 قد أقر وجودهم في مجلس الإدارة بما تكون معه مسألة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قد حسمت ولم تكن محل منازعة من الجلسة العامة.

وتبعاً لذلك اعتبرت المدعيتان أن لا وجود لتعارض بين محضر الجلسة العامة وما جاء به الحكم عدد 2540 الصادر بتاريخ 14/6/2005 وأنه لا يوجد أي حكم قضائي أو نص قانوني يمنع الجلسة العامة من عزل عضو أو عدة أعضاء من مجلس الإدارة، بل إن الفصل 190 من مجلة الشركات التجارية قد جعل ذلك حقاً لا يمكن المساس به وأكدته الفصل 283 من نفس المجلة لما اعتبر هذه المسألة من المسائل التي يمكن إثارتها في كل وقت دون حاجة إلى أن تضمن بصفة مسبقة بجدول الأعمال، وإن ما جاء بتعليل قرار قاضي السجل التجاري بتاريخ 13/9/2005 يعد مخالفة لأحكام الفصلين 190 و283 من

(1) نشرة محكمة التعقيب لسنة 2006، القسم المدني (مدني عام)، ص. 183.

مجلة الشركات التجارية، كما أنه عملاً بالفصلين المذكورين فإن تعيين أعضاء مجلس إدارة سابقين لا يمنع من عقد جلسة عامة طبقاً للفصل 277 من المجلة المذكورة وعزل البعض منهم أو جميعهم طالما صدر القرار عن الجلسة العامة وتوفرت الأغلبية. وتبعاً لذلك لا يمكن الأخذ بما تمسك به المدعى عليهما من أن مجلس الإدارة السابق يستمد تسميته من الحكم عدد 2540 بما لا يجوز معه عزله إلا بمقتضى حكم كما أن انعقاد الجلسة العامة تم وفقاً لأحكام الفصل 277 من مجلة الشركات التجارية التي أجازت أن تتم دعوة الجلسة العامة من طرف المساهمين الذين لهم الأغلبية في رأس المال أو في حقوق التصويت. وقد أضاف الفصل المذكور أن كل جلسة تدعى خلافاً للصيغ المبينة أعلاه سابقاً يمكن إبطالها، وقد اعتبرت المحاكم أن هذا النص يمنع على القاضي الاستعجالي التدخل لإيقاف انعقاد الجلسات العامة. ذلك أنه كان صريحاً في إسناد الاختصاص إلى قضاء الأصل. كما أن قاضي السجل التجاري لا يمكن أن يرفض ترسيم محضر اجتماع الجمعية العامة بعلّة عدم قانونية الدعوة إليها والحال أن القانون لم يربط عن الخلل في انعقادها بطلاناً آلياً وأمرًا وبالتالي لا يمكن أن تكون له سلطة تفوق سلطة قاضي الأصل. وطلبت المدعيتان الحكم بقبول الاعتراض شكلاً وفي الأصل بنقض القرار المعترض عليه الصادر عن قاضي السجل التجاري بتاريخ 13 سبتمبر 2005 والإذن لكاتب السجل بترسيم محضر الجلسة العامة ليوم 4 سبتمبر 2005 ومحضر مجلس الإدارة المنبثق عنه والذي عين إحدى المدعيتين رئيساً لمجلس الإدارة والأخرى مديراً عاماً مع الإذن بالنفذ العاجل.

وقد أكدت المحكمة في ردها على هذه الطلبات أن «عدم شمول الاعتراض لكل الأطراف الذين شملهم قرار الرفض لا تأثير له على إجراءات الاعتراض التي جاءت مطابقة لأحكام الفصل 57 من قانون السجل التجاري، علاوة على أن النزاع قائم بين الشركاء حول الشريك المخول بتمثيل الشركة، ومن ثم لا يمكن لهذه الأخيرة أن تكون ممثلة وحاضرة لأن كل واحد من الأطراف المتنازعة يدعي الأحقية في تمثيلها أمام القضاء وتبعاً لذلك يكون هذا المطعن غير وجيه وتعين الالتفات عنه».

ثم أوضحت المحكمة أن دور قاضي السجل التجاري مقتصر على مراقبة الوثائق المقدمة إليه والتثبت من مطابقتها للقوانين السارية وموافقها لحالة

الملف وذلك «بإجراء رقابة للتوصل إلى الثبوت الظاهر للحق من عدمه دون أن يبدى رأيه فيها أو يصدر قرارات من شأنها لو طبقت أن تعيق قاضي الأصل وتؤثر على نظره في النزاع ... [وأن عدم الخوض في الأصل لا يمنع قاضي السجل التجاري من تفحص المؤيدات المدلى بها ومراقبتها وترتيب الأثر القانوني الواجب الترتيب دون إبداء رؤية صراحة والتصريح ببطلان محضر [الجلسة] لكون الحكم بالبطلان خارجاً عن اختصاصه الحكمي، ومن ثم يكون ما نعاه المعقبان على الحكم بفرعي هذا المطعن مجانباً للصواب وتعين رده. ... إن السجل التجاري ووفق ما اقتضاه الفصل 29 من القانون المتعلق به يجب أن يتضمن البيانات الصحيحة ويعكس الحالة القانونية للشركة، ومن ثم أن القرار التعقيبي عدد 2436 الصادر بتاريخ 14 نوفمبر 2005 والقاضي بصحة محاضر الجلسات المحررة في 21 أبريل و9 و12 ماي و21 و25 جوان 2001 قد غيّر حالة الملف وأصبحت للمعقب ضدّهما الصفة للدعوة لانعقاد الجلسة العامة موضوع قضية الحال وتصبح جميع الأعمال صحيحة، وعلى خلاف ذلك فإن المركز القانوني للمعقبين قد تغير أيضاً باعتبار أن الحكم ببطلان محاضر الجلسات السابقة التي استمدت منها الصفة لإدارة وتسيير الشركة قد تم نقضه دون إحالة، ومن ثم يكون ترسيم محضر الجلسة موضوع هذه القضية متلائماً والحالة الراهنة للشركة والتغيرات التي طرأت عليها وليس ممنوعاً على الأطراف - طالما [أن] الدعوى منشورة أمام محاكم الموضوع - الاحتجاج بوسائل جديدة لدى الاستئناف عملاً بأحكام الفصل 148 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية ويكون بذلك ما نعاه المعقبان على الحكم المطعون فيه في هذا الشأن في غير محله ومردوداً على قائله».

ج. النصاب والأغلبية اللازمان لصحة انعقاد جلسات مجلس الإدارة

يشترط لصحة القرارات التي يتخذها مجلس الإدارة توفر الشروط المتعلقة بالنصاب وبالأغلبية. فأما عن النصاب، فإن جلسات المجلس يجب أن يحضرها نصف الأعضاء على الأقل. وأما في ما يهم الأغلبية، فإنها الأغلبية المطلقة، أي أغلبية أصوات الحاضرين، بغض النظر عن نسبة ما يمسكه أي واحد منهم من رأس المال. فلكل واحد منهم صوت. ويكون صوت رئيس الجلسة مرجحاً عند التساوي.

د. رئاسة مجلس الإدارة

يترأس مجلس الإدارة أحد أعضائه، الذي تكون له في نفس الوقت صفة رئيس المجلس وصفة المدير العام للشركة، فيسمى «الرئيس المدير العام» -Président Directeur Général (P-DG) الذي يجب أن يكون شخصا طبيعيا وأن يكون من المساهمين. كما أوجبت مجلة الشركات التجارية في صيغتها الأولى أن لا يكون رئيسا مديرا عاما لأكثر من ثلاث شركات خفية الاسم مقرها بتونس في نفس الوقت. وحذف هذا التحديد بموجب تعديل 27 جويلية 2005. وتتمثل مهمته في مباشرة الإدارة العامة للشركة وتمثيلها إزاء الغير عند التعاقد وعند التقاضي وهو يتصرف باسمها في حدود موضوعها وله في ذلك أوسع الصلاحيات عدا ما أسند قانونا إلى الجلسات العامة أو إلى مجلس الإدارة بتركيته الجماعية.

د. 1. انتخاب الرئيس المدير العام

يقع انتخاب الرئيس المدير العام من قبل أعضاء مجلس الإدارة لمدة ثلاث سنوات على أقصى تقدير دون أن تتجاوز مدة عضويته في المجلس، بحيث إنه إذا كانت مدة عضويته في المجلس دون الثلاث سنوات، لا يمكن أن يحتل منصب الرئيس المدير العام إلا لمدة نيابته في مجلس الإدارة. ويمكن تجديد تعيينه في هذا المنصب دون تحديد، خلافا لمراقب الحسابات. كما يمكن للجلسة العامة عزله بحرية في كل وقت. وفي صورة عجزه مؤقتا عن القيام بمهامه، يمكن لمجلس الإدارة تعويضه وقتيا بأحد أعضائه. ويكون هذا التعويض لمدة ثلاثة أشهر قابلة للتجديد، وذلك حتى يُنتخب رئيس مدير عام جديد.

ولئن كان عزل الرئيس المدير العام حرا ولا يخضع إلى ضرورة التعليل *ad nutum* فقد أثبتت في التطبيق مسألة احترام حق الدفاع عند اتخاذ قرار الإقالة. ففي القضية موضوع القرار التعقيبي الصادر في 7 جانفي 2010، اتخذ مجلس الإدارة قرارا بعزل الرئيس المدير العام دون أن تقع دعوته للحضور بالجلسة لبيان دفعه ووجهة نظره. وقد اعتبرت محكمة التعقيب أن عزل الرئيس المدير العام يستوجب احترام الإجراءات القانونية المتعلقة بانعقاد المجلس الذي اتخذ قرار العزل وذلك لحفظ حقوق الأطراف المعنية ومن ثمة يتجه لإبطال القرارات الصادرة في الاجتماع الذي لم يقع فيه احترام إجراءات الدعوة لحضور أشغال

مجلس الإدارة ومنح أجل معقول للحضور لتمكين المعني بالأمر من بيان دفاعه طبق مبدأ المواجهة⁽¹⁾.

ويلاحظ الفقه أن المحكمة لم تبين السند القانوني لقرارها ولم تحسم مسألة الإجراءات المنطبقة لعزل مسير الشركة، حال أنه هو الشخص المخول له دعوة المجلس للانعقاد وضبط جدول أعماله، وبالتالي بإمكانه تعطيل انعقاد المجلس بعدم دعوته للانعقاد أصلا إذا كان يعلم باعتزام باقي الأعضاء الإطاحة به⁽²⁾. فالفصل 208 من مجلة الشركات التجارية يجيز لأعضاء المجلس إقالته في كل وقت لكن الفصل 216 يعطيه اختصاصا انفراديا بتحديد جدول الأعمال، ولا يُتصور أن يبادر الرئيس المدير العام بإدراج هذه النقطة في جدول الأعمال، كما يمكنه أن يمتنع عن دعوة المجلس للانعقاد، وهو ما حدا بمجلس الإدارة في قضية الحال إلى الاجتماع دون حضوره استنادا على أن امتناع الرئيس المدير العام عن دعوة الجلسة العامة يعد من صور التعذر المنصوص عليها بالفقرتين الثانية والثالثة من الفصل 216 المذكور. كما ينازع الفقه في استناد المحكمة إلى مبدأ المواجهة باعتبار أن أحكام عزل الرئيس المدير العام لا تحيل إلى هذا المفهوم. وفعلا فإن الأمر لا يتعلق بمحاكمة ولا بمساءلة، بل بحق مطلق يمارسه أعضاء مجلس الإدارة ولو في غياب مبررات مقنعة أو في صورة وجود مبررات لا يرغب الأعضاء في إبرازها رفعا للحرَج أو باعتبار أن الأمر يتعلق بتقييم عام لأداء الرئيس المدير العام لا يجدي معه النقاش. ذلك أن الرئيس المدير العام ليس أجيرا يحق له الدفاع عن حقوقه، كما أن السلطات التي يمنحها له منصبه ليست حقا ولا امتياز بل هي مسؤولية عليه النهوض بها ولا تمنحه أي حق في البقاء أو التجديد أو التمديد، بل يحق لأعضاء المجلس عزله ولو دون سبب *ad nutum*. وليس له في هذه الحالة سوى طلب التعويض إذا قدم دليلا قاطعا على أن العزل ألحق به ضررا جسيما وكان مبنيا على سوء النية. وإن تركيز محكمة التعقيب على حق الدفاع يغير من حقيقة وضع المسير من شخص عهد إليه بمهمة من باب الثقة لا غير، إلى شبه أجير يحق له الدفاع عن مركزه في الشركة، وهو ما

(1) محكمة التعقيب، 7 جانفي 2010، قضية عدد 30203/30306، مجلة القضاء والتشريع، 2010، العدد 6، ص. 165.

(2) Mohamed KOSSENTINI: « Chronique de jurisprudence commerciale », in *Annuaire de la jurisprudence tunisienne 2013*, éd. Ecole Doctorale de la Faculté de Droit de Sfax, 2013, pp. 33 et ss., spéc. p.34-37.

ينبغي بحذف العقلية الشغلية والتقاوية على قانون الشركات، وهذا أمر خطير يهدد مصالح الشركة والشركاء.

ويتلقى الرئيس المدير العام بصفته عضواً في مجلس الإدارة مناباً من مكافآت الحضور التي تسندها الجلسة العامة سنوياً لأعضاء مجلس الإدارة. ويقرر المجلس بتركيبته الجماعية مناب كل واحد من أعضائه منها. غير أن الفقه متفق على أن الرئيس المدير العام يمكنه أيضاً أن يحصل على أجر إضافي يضبط بالرجوع إلى أهمية النشاط الذي يقوم به في إدارة الشركة أو بالرجوع إلى مبلغ رقم المعاملات.

ولئن أكد الفقهاء أنه يجوز أيضاً أن يحدد الأجر بالرجوع إلى الأرباح المحققة⁽¹⁾، فإنه ينبغي توضيح أن الأجر لا يمكن ضبطه مسبقاً على أساس أن يمثل في مناب من الأرباح tantièmes باعتبار أن الفصل 287 من مجلة الشركات التجارية نص على كيفية توزيع الأرباح ولم يشر إلى منح أي مناب منها لمسير أو غيره، خاصة أن تنقيح 27 جويلية 2005 جاء بخذف الإشارة إلى مثل هذه الطريقة في مكافأة المسيرين. وقد نص الفصل 288 من مجلة الشركات التجارية على منع كل توزيع للأرباح بخلاف الطريقة المنصوص عليها بالأحكام السابقة له، إذ اقتضى أن مناب كل واحد من المساهمين يحدد بالرجوع إلى مساهمته في رأس المال ومنع كل شرط مخالف، أي كل شرط يجعل للمساهم مناباً من الأرباح لا يتناسب مع نسبة ما يملكه من مساهمة في رأس المال. والواضح أن هذا الفصل يتناقض مع ما نص عليه الفصل 164 من أن نشرة الإصدار ينبغي أن تتضمن «11. الامتيازات المخصصة لفائدة أي شخص كما نص عليها مشروع العقد التأسيسي»، والذي يستدل منه على جواز منح مناب من الأرباح لأحد المسيرين أو المسيرين أو الأجراء أو غيرهم.

ولا شك أن منح مناب من الربح إلى المسيرين يؤدي إلى جعل مناب كل واحد من المساهمين غير المسيرين من الربح الإجمالي يقل عن نسبة مساهمته

في رأس المال. وبذلك يعد الشرط الذي يمنح المسيرين مناباً من الربح في نظرنا باطلاً، سواء كان لفائدة أعضاء مجلس الإدارة أو الرئيس المدير العام أو غيرهما. على أن ذلك لا يمنع من قياس indexation أجور المسير أو المنح التي تسند له على أرباح السنة المنصرمة، بشرط أن تعد تلك الأجور من الأعباء القابلة للطرح لا جزءاً من الأرباح. وغني عن البيان أن أكثر أنظمة التأجير منطقياً ذلك الذي يربط بين أجور المسير ونتائج الشركة، خاصة أن فقه القضاء الفرنسي مثلاً اعتبر أن تقاضي المسير أجوراً مرتفعة حال أن وضع الشركة ونتائجها كانت تتدهور باستمرار يشكل خطأ في التصرف تقوم به مسؤوليته تجاه الشركاء والدائنين.

ولا يمكن أن يحدد الرئيس المدير العام مكافآته بنفسه بل يرجع ذلك إلى مجلس الإدارة. ويلاحظ أن القوانين الأوروبية المتأثرة بمبادئ الإدارة الرشيدة الصادرة عن منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية تقتضي إحداث لجنة مختصة في ضبط مكافآت المسيرين comité des rémunérations. أما القانون التونسي فلم ينص على إحداث مثل هذه اللجنة رغم أنه قرر بموجب قانون تدعيم سلامة العلاقات المالية المؤرخ في 30 أكتوبر 2005 إحداث لجنة دائمة للتدقيق في المؤسسات الكبرى. ومع ذلك فإن إحدى الشركات على الأقل أحدثت هذا الهيكل. كما أن هيئة السوق المالية تطالب الشركات ذات المساهمة العامة بتقديم بيانات حول الأجور المدفوعة للأجراء والمسيرين⁽²⁾.

وبالرجوع إلى أحكام الفقرة الثانية من الفصل 189 من مجلة الشركات التجارية، يمكن أن يشترط العقد التأسيسي في عضو مجلس الإدارة أن يكون من بين المساهمين ولا يمكن انتخابه من خارجهم. وفي هذه الحالة يسري نفس الشرط على الرئيس المدير العام باعتباره من أعضاء المجلس⁽²⁾. وقد طرحت

(1) الفصل 44 من الترتيب Règlement الصادر عن هيئة السوق المالية والمتعلق بالدعوة إلى المساهمة العامة، المصادق عليه بموجب قرار وزير المالية المؤرخ في 17 نوفمبر 2000 : L'intermédiaire agréé administrateur doit délivrer, à tout titulaire d'un «compte qui en fait la demande, une attestation datée comportant tous les éléments d'identification du titulaire du compte et des valeurs mobilières qu'il détient tels que prévus à l'article 9 du présent règlement». أما الشركة التي أحدثت

لجنة لمكافآت المسيرين فهي «Tunisie Leasing». يراجع:

Ch. LABASTIE- DAHDOUN et H. DAHDOUN, op. cit., p. 408, n°685.

(2) الفقرة الأولى من الفصل 208 من مجلة الشركات التجارية.

(1) Paul LE CANNU: «Rémunération des dirigeants des sociétés anonymes et contrôle des conventions», Bulletin Joly 1996, p. 162 ; Christine LABASTIE-DAHDOUN et Habib DAHDOUN: «Droit commercial», vol. 2: «Entreprises sociétaires et groupements privés», Tome 2: «Règles particulières», éd. IHE, 1^{ère} édition, Tunis 2007, p. 408, n° 685.

هذه الصفة إشكالا خاصا في ما يتعلق بالرئيس المدير العام لشركة تمت مصادرة مساهمات أحد المساهمين فيها بموجب أحكام المرسوم عدد 13 لسنة 2011 المؤرخ في 23 مارس 2011. فهل يجوز للرئيس المدير العام الذي تعينه الدولة لهذا المنصب بعد أن اكتسبت ملكية أغلبية الأسهم بموجب المصادرة أن يشتري لخاصة نفسه منابا من رأس مال الشركة التي يسيرها؟

من البديهي أن الموانع والقيود ينبغي أن يقع تأويلها تأويلا ضيقا، وأنه لا يوجد في نصوص القانون التونسي بما فيها مرسوم المصادرة المشار إليه ما يمنع مثل هذا الشراء. غير أن عملية الشراء هذه تطرح إشكالا أخلاقيا إذ أن المسير الذي جيء به إلى الشركة إنما كان مجبته بإرادة الدولة ولخدمة مصالحها والحفاظ على الذمة المالية للشركة وتنميتها خدمة للمساهمين، فلا يعقل أن يستغل هذا الشخص هذا الوضع الذي لا فضل له فيه لتحقيق مكاسب لخاصة نفسه. فالعملية تبدو مخالفة لمبادئ النزاهة والأمانة ومنع تضارب المصالح مع أنه لا يوجد نص يمنعها.

2. د. إمكانية تعيين رئيس مدير عام مساعد أو عدة مساعدين

يمكن لمجلس الإدارة أن يعين، بناء على اقتراح من الرئيس المدير العام، رئيسا مديرا عاما مساعدا D-GA أو عدة مساعدين، يمكنه عزلهم أو تعويضهم في كل وقت. ولم يشترط القانون في المساعد أو المساعدين أن يكونوا من أعضاء المجلس ولا من المساهمين.

2. 1. صلاحيات أعضاء مجلس الإدارة وواجباتهم

تواتر الحديث في السنوات الأخيرة عن «مبادئ الإدارة الرشيدة» أو «الحوكمة» *corporate governance*. وانطلق بعض الدارسين المسلمين من قوله تعالى في الآية 26 من سورة القصص: «إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ» لينتهوا إلى أن أهم ميزتين ينبغي أن تتوفر في مسير الشركة هما: القوة والأمانة. وترتبط هذه الصفات بصفات أخلاقية أخرى وهي الحكمة والتواضع والشجاعة والأمانة بمعنى الوفاء والقناعة والمسؤولية⁽¹⁾.

(1) Afra LAKHZOURI: « La civilisation arabo-musulmane et gouvernance d'entreprise », in « La gouvernance d'entreprise : Dimensions culturelle, économique et sociale », actes du 5è colloque international de l'ITEC, en partenariat avec la FIDEF, Tunis 13 et 14 mai 2005, éd. ITEC, Tunis, p. 33 et ss.

وينبغي على مجلس الإدارة أن يبرهن على توفر هذه الصفات جميعا في أعضائه ورئيسه، وذلك من خلال كيفية ممارستهم لصلاحياتهم القانونية، والتي تتمثل في القيام بكل عمل أو فعل قانوني يدخل في أعمال الإدارة، في حدود موضوع الشركة. ولا يعارض الغير حسن النية بتحديد صلاحيات مجلس الإدارة بمقتضى أحكام العقد التأسيسي أو بتجاوز مجلس الإدارة لموضوع الشركة.

وقد ميزت محكمة التعقيب في قرار صادر عنها بتاريخ 28 جانفي 2012 بين ما يدخل في صلاحيات مجلس الإدارة وما يدخل في صلاحيات رئيسه، فاعتبرت أن القرارات الجوهرية والاستراتيجية يختص بها مجلس الإدارة بتركيبته الجماعية. وجاء في هذا القرار أن «التأكد يتأتى على معنى الفصل 290 مكرر من تفادي الوقوع في الضرر. فالمشروع خول اللجوء إلى التقاضي الاستعجالي لأن بعض التصرفات ترقق الذمة المالية للمؤسسة وتفقد توازنها وتزيد في مديونتها ويصعب تلافها لاحقا إلا إذا تمت التضحية بحقوق المساهمين أو الدائنين أو مواطن الشغل. فالتأكد هو في المعالجة الفورية لتفادي تفاقم الأضرار التي تزداد يوما بعد يوم ويتبين التأكد في النزاع الحالي من خلال طبيعة الأعمال المأذون بها والتي يتأكد معابقتها وعرضها على مجلس الإدارة لاحقا لتكون حجة بين يديها تساعد في المصادقة عليها أو رفضها لأنها لا تدخل في الأعمال العادية المخولة لصلاحيات رئيس مجلس الإدارة بمفرده طبقا للفصل 200 من مجلة الشركات التجارية وإنما هي من صلاحيات ومهام مجلس الإدارة على معنى الفصل 197 من مجلة الشركات التجارية باعتبارها أعمال إعادة تهيئة وتزويق تتطلب بذل الأموال لتنفيذها وتقتضي توقف النزاع في نفس الوقت عن قبول الحرقاء وتحقيق أرباح من نشاطه وتعتبر تبعا لذلك من القرارات الجوهرية والاستراتيجية التي تهم الشركة إداريا وتقنيا واقتصاديا ولا تكون من مهام رئيس مجلس الإدارة وإنما في المهام العامة لهيكل مجلس الإدارة»⁽²⁾.

ويتحمل أعضاء مجلس الإدارة جملة من الواجبات أهمها :

- القيام بنشاطهم في تسير أمور الشركة بأقصى ما يمكن من النزاهة والحرص على مصالح الشركة⁽²⁾. وقد تم تكريس هذا الواجب أول مرة في الفصل

(1) محكمة التعقيب، الدائرة التجارية الرابعة، قرار بتاريخ 28 جانفي 2012، قضية عدد 67957، سابق الذكر.

(2) Ahmed OUEFFELI: « Le concept d'entrepreneur avisé et de dirigeant loyal, un outil efficace de prévention ? », *Rcvue Tunisienne de Droit* 2007, p. 463.

1131 من مجلة الالتزامات والعقود الذي حمل على الوكيل بوجه عام واجب الإعتناء والتثبت، والفصل 1132 من ذات المجلة الذي اقتضى أن واجب التثبت والعناية يشتد حكمه بالنسبة لمن كان مكلفا بإدارة أموال قاصر أو ذات معنوية.

- تجنب الوضعيات التي تنشئ تضاربا بين مصالحهم الشخصية ومصالح الشركة التي يسيرونها. فإن اقتضى الحال إبرام عملية من هذا النوع، فعليهم التصريح بها بإعلام هياكل الشركة بها⁽¹⁾ والحصول على ترخيص مسبق من مجلس الإدارة بالنسبة للعمليات المؤطرة الخاضعة لهذا الترخيص⁽²⁾. وينبغي أن لا يتمتع المسير بهامش كبير من الحرية في تقدير مدى وجود تضارب بين مصالحه الخاصة ومصالح الشركة، فعليه أن يصرح بأكثر ما يمكن من الأسباب لترك حرية النظر للمساهمين، الذين يمكنهم إما الموافقة على منحه الامتياز الذي يرغب في الحصول عليه أو رفضه. ويلاحظ الفقه أنه لا يوجد نص عام يكرس واجب التصريح بتضارب المصالح. ففي القانون الفرنسي لا يتضمن الفصل 1833 من المجلة المدنية مثل هذا الواجب⁽³⁾، وكذلك في تونس، حيث اقتصر الأمر على الشركة خفية الاسم في إطار الفصلين 200 و252 من مجلة الشركات التجارية خلافا لجميع الشركات التجارية الأخرى، حيث يحل الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود، الذي يكرس مبدأ الأمانة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، محل كل نص خاص.

- عدم إفشاء المعلومات السرية التي يطلعون عليها بمناسبة ممارسة مهامهم، حتى بعد انتهاء مهامهم تلك. ويسري هذا الواجب على كل شخص أطلع على معلومات من هذا النوع، كما إذا دعي لسبب خاص لحضور جلسة من جلسات مجلس الإدارة.

يراجع القسم 120 من القانون الكندي لسنة 1985 المتعلق بالشركات خفية الاسم.

(1) Dominique SCHMIDT: « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », éd. Joly, Paris 2004, p. 39 et ss., n° 26 et ss.

(2) الفصل 200 جديد من مجلة الشركات التجارية كما تمت إعادة صياغته بموجب القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 المتعلق بتنقيح وإتمام مجلة الشركات التجارية.

(3) Dominique SCHMIDT, op. cit., p. 39, n° 25.

- إعداد القوائم المالية للشركة كل سنة مالية لبيان نتائج الاستغلال وما إذا كانت إيجابية أم سلبية، يضاف إليها تقرير التصرف الذي يعرض على الجلسة العامة العادية عند نظرها في مسألة المصادقة على المحاسبة.

- عرض الوثائق المذكورة على مراقب الحسابات في الأجل القانوني لإعداد رأيه في مدى جديتها ونزاهتها.

- دعوة الجلسة العامة العادية للانعقاد مرة كل سنة مالية للمصادقة على المحاسبة وعلى تقرير التصرف والنظر في سائر المسائل الداخلة في اختصاصها كاتخاذ قرار في شأن توزيع الأرباح أو نقلتها وتكوين احتياطي حر وتعيين مراقبي حسابات جدد أو تمديد وكالة القدماء عند نهايتها، ودعوة الجلسة العامة الاستثنائية كلما اقتضى الحال ذلك للنظر في تعديل القانون الأساسي⁽¹⁾، مع وضع الوثائق اللازمة على ذمة المساهمين قبل الجلسة العامة بخمسة عشر يوما على الأقل، بما في ذلك قائمة المساهمين.

أ. منع أعضاء مجلس الإدارة من إبرام بعض أصناف العقود مع الشركة
المبدأ أن أعضاء مجلس الإدارة لا يمكنهم إبرام بعض أنواع العقود مع الشركة أو إلزام الشركة بها إلا إذا رخصت لهم الجلسة العامة في ذلك. على أن الترخيص يكون غير لازم إذا كان إبرام العقود المذكورة داخلا في النشاط الاعتيادي اليومي للشركة والذي يكون لازما لتحقيق موضوعها.

1. تطور صياغة الفصل 200 من مجلة الشركات التجارية: مسار المنحنيات اللولبية

بعد ثلاثة تنقيحات، عاد الفصل 200 من مجلة الشركات التجارية إلى صيغة مقارنة إلى حد بعيد لصيغة الفصل 78 من المجلة التجارية، وهو ما يفسر تشبيه مسيرة هذا الفصل بالمنحنيات اللولبية، حيث تلف وتندور فتجد نفسك في النهاية في ذات نقطة الانطلاق.

(1) L'Institut Arabe des Chefs d'Entreprises (IACE) a tenté de recenser les obligations et responsabilités du conseil d'administration. Voir son *Guide de Bonnes Pratiques de Gouvernance des Entreprises Tunisiennes*, 2008, p. 14 et ss.

أ.1.1. في ظل الفصل 200 من مجلة الشركات التجارية في صيغته الأصلية حسب ما نص عليه الفصل 200 من مجلة الشركات التجارية في صيغته الأصلية المعتمدة سنة 2000 فإنه لا وجود لعمليات ممنوعة مهما كان موضوعها أو صفة أطرافها، وإنما توجد جملة من العقود الخاضعة إلى وجوب الترخيص من الجلسة العامة هي الآتية:

- القروض والتسبقات والدعم والضمانات والتأمينات مهما كان شكلها،
- إبرام عقود قرض هامة لفائدة الشركة، في حدود السقف الذي يعتبر العقد التأسيسي أن القرض يصبح هاما اعتبارا منه،
- إحالة الأصول التجارية أو عناصرها منفردة. وجدير بالملاحظة أن الأصل التجاري يتكون من نوعين من العناصر: العناصر الوجوبية وهي الحرفاء والسمعة التجارية (ولو أن السمعة التجارية أيضا يمكن فصلها عن الأصل التجاري) والعناصر غير الوجوبية وهي الاسم التجاري والحق في الإجارة والمعدات... ولا شك أن الفصل 200 لم يقصد أي عنصر من عناصر الأصل التجاري. فالمعدات مثلا لا تضخغ أليا إلى أحكام الفصل 200، وكذلك شأن باقي العناصر الأخرى، وإنما يجب النظر حالة بحالة للتأكد من تأثير عملية بيع عنصر الأصل التجاري على قيام الأصل التجاري و«هويته» الاقتصادية. فلا يصح تطبيق نظام الترخيص والتدقيق والمصادقة إلا على صور بيع أحد العناصر التي يؤدي التفويت فيها إلى تغيير جوهري على «هوية» الأصل التجاري أو جوهره. فالحق في الإجارة مثلا يغلب أن يكون مميزا للأصل التجاري وقلما أمكن أن يحافظ على ذاتيته من دونه.

ومن ناحية أخرى فإن الفصل 200 في صيغته القديمة كان ينص على أن عمليات بيع الأصول التجارية تستوجب المصادقة من الجلسة العامة الخارقة للعادة، وحذفت هذه العبارة بموجب تعديل 16 مارس 2009، وهو حذف مقصود لأن قناعة المشرع أن عرض الأمر على الجلسة العامة الخارقة للعادة لا يكون وجوبيا إلا إذا تعلق الأمر بالأصل التجاري الذي يركز عليه نشاط الشركة والذي يؤدي التفويت فيه حتما إلى تغيير نشاط الشركة، بما يستوجب تعديل العقد التأسيسي للشركة، والذي تختص به الجلسة العامة الخارقة للعادة طبق ما نص عليه الفصل 291 من مجلة الشركات التجارية. أما إذا كانت الشركة مالكة

لعدة أصول تجارية فإن الرجوع إلى الجلسة العامة الخارقة للعادة لا يكون وجوبيا إلا إذا تم التفويت في الأصل التجاري الرئيسي أو الأصول التجارية التي يؤدي بيعها إلى تغيير طبيعة نشاط الشركة.

وأما إذا كان نشاط الشركة متمثلا في المضاربة على الأصول التجارية بشرائها بغاية إعادة بيعها فلا مبرر لتطبيق نظام الفقرة II من الفصل 200 أصلا، باعتبار أن الأمر يتعلق بعملية بيع عادية لأحد عناصر المخزون stock الداخلة في النشاط الإعتيادي للشركة.

- كراء الأصول التجارية.

وإذا صادقت الجلسة العامة للشركاء على هذه العمليات فإنها تكون صحيحة ونافذة. أما إذا رفضت المصادقة، فإن هذه العقود تلزم الشركة إزاء الغير ويكون أعضاء مجلس الإدارة مسؤولين إزاء الشركة عما ألحقوه بها من مضرة بإبرامهم لها تجاوزا للصلاحياتهم. ولا تحسب أصوات المسير المعني بالأمر عند نظر الجلسة العامة في المصادقة.

أ.2.1. تعديل الفصل 200 في 27 جويلية 2005

تم تعديل الفصل 200 في 27 جويلية 2005 فأرجع إليه صنف العمليات الممنوعة وهي عمليات القرض والدعم وجميع صيغ القرض بالإمضاء *crédit par signature* على غرار ما كان مقررا بالفصل 78 من المجلة التجارية⁽¹⁾.

أ.3.1. تعديل الفصل 200 من مجلة الشركات التجارية مجددا في 16

مارس 2009

تم تعديل الفصل 200 مجددا بموجب القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 المتعلق بتنقيح وإتمام مجلة الشركات التجارية فأعيدت صياغته كليا، فظهر في حلة جديدة على مستوى الشكل وعلى مستوى الأصل. فعلى مستوى الشكل تم تقسيم الفصل 200 الجديد إلى أربع فقرات كبرى تحمل ترقيفا بالأرقام الرومانية: (I- II- III- IV) قسم أغلبها إلى فقرات فرعية *sous-*

(1) Youssef KNANI: « Les conventions entre la société anonyme et ses dirigeants », in *Le Code des sociétés commerciales suite aux modifications de 2005*, actes de colloque organisé par le CEJJ les 3-4 février 2006, éd. CEJJ, Tunis 2006, partie en langue française, p. 13.

paragraphes تحمل ترقيما بالأرقام العربية (1 - 2...)، ويشتمل البعض من هذه الفقرات الفرعية على فقرات تقليدية alinéas غير مرقمة. ويتميز الفصل 200 في صيغته الجديدة بدرجة كبيرة من التفصيل والتقسيم، وهو ما ييسر قراءته واستيعاب أحكامه التي تم تبويبها كما يلي: I- مبدأ تجنب تضارب المصالح؛ II- في العمليات الخاضعة للمصادقة والمصادقة والتدقيق؛ III- في العمليات الممنوعة؛ IV- في العمليات الحرة.

وقد أخذ الفصل 200 في صيغته الجديدة عن عدة مصادر مادية، تجمع بين القانون الفرنسي والقانون الكندي (الفصل 120 من قانون سنة 1985 المتعلق بالشركات خفية الاسم) والقانون الإنكليزي لسنة 2006⁽¹⁾ الذي نص فصوله 175 (الذي بدأ نفاذه في غرة أكتوبر 2008) على مبدأ منع تضارب المصالح كما يلي:

- (1) *A director of a company must avoid a situation in which he has, or can have, a direct or direct interest that conflicts, or possibly may conflict, with the interest of the company.*
- (2) *This applies in particular to the exploitation of any property, information or opportunity (and it is immaterial whether the company could take advantage of this property, information or opportunity).*

وتبرز هيكلية الفصل 200 (جديد) أنه يتضمن مبدأ عاما وأحكاما تفصيلية تختلف بحسب نوع العمليات. ولئن كان الفصل المذكور في مجمله يتعلق بالعمليات التي تبرم بين الشركة ومسيرها، فقد توسعت الفقرة II إلى العمليات المبرمة بين الشركة والمساهمين الهام الذي يملك 10 بالمائة على الأقل من رأس مالها، كما أدرجت بها أحكاماً تنطبق على العمليات التي تبرمها الشركة مع الغير أي مع من لم تكن له صفة المسير ولا صفة المساهمين الهام. ويعتبر الأستاذ سامي البسطانجي أنه كان من الأولى أن تضاف هذه الأحكام بالذات إلى الفصل 211، على أساس أنها تمثل استثناء من مبدأ تمتع أعضاء مجلس الإدارة بأوسع الصلاحيات للتعاقد في حق الشركة.

(1) Cf., Sarah HOLMES and others, *op. cit.*, p. 1011.

وقد اعتبر حمادي الرائد أن في استلزام تنقيح 16 مارس 2009 من عدة مصادر مادية مصدر ثراء. مقال سابق الذكر.

وخلافا للاعتقاد السائد، لم يمنع الفصل 200 في كافة صيغته المتعاقبة تضارب المصالح بل جاء بتأطيره، وإنما قيدته الصيغة الحالية بمبدأ جوهري هو مبدأ الحرص على تجنب وضعيات تضارب المصالح، الذي يرتبط به مبدأ ثان يقتضي أنه إذا اقتضى الحال أن تقوم حالة تضارب مصالح بأن يتعاقد المسير مع الشركة التي يسيرها، فينبغي أن تكون المعاملة المبرمة بينهما عادلة ومنصفة (principe de la transaction équitable).

أ. 2. أصناف العمليات الممنوعة في ظل الصيغة النهائية للفصل 200

العمليات الممنوعة هي عمليات القرض الذي تمنحه الشركة لمسيرها. وهذه القاعدة تجد مرجعيتها الأصلية في الفصل 1083 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلقة بالقرض عامة والذي منع على مدير الذات المعنوية الإقراض من منظورته، كما هو الشأن بالنسبة لمن يكلف بإدارة أموال قاصر⁽¹⁾. فالمسير شأنه شأن المساهم الذي يمسك نسبة هامة من رأس المال (العُشر)، له من النفوذ ما يتيح له الحصول على قروض أو دعم أو كفالة أو ضمان لديونه تجاه الغير بشروط ميسرة قد تضر بمصلحة الشركة كأن يقتض منها دون فائض أو بفائض منخفض يقل بكثير عما هو متداول في السوق أو أن يتحصل منها على آجال مفرطة الطول للخلاص ودون إعطاء التأمينات اللازمة. وقد اختار المشرع الرجوع بكافة هذه العمليات إلى صنف العمليات الممنوعة لأن الرقابة التي تجرى على هذه العمليات عند إبرامها (لو لم تكن ممنوعة) تظل غير كافية، إذ يمكن أن يتحصل المسير على قرض من الشركة بشروط عادية ويعطي ضمانات معقولة للخلاص (تأمينات عينية أو شخصية كرهن عقار أو منقول أو إعاره رهن / كفالة عينية caution hypothécaire ou réelle) لكنه يتخلف في ما بعد عن خلاص القرض، ولا يوجد من يمكنه القيام عليه بدعوى الأداء بالنظر إلى نفوذه في الشركة أو صفته كممثل قانوني لها.

ويشمل المنع حسب صريح الفصل 200 القروض والتسبقات ونزع الحساب الجاري على المكشوف découvert en compte courant وغيره، والدعم subvention (وهو غير القرض لأنها عملية تبرع ومن باب أولى وأحرى أن تكون ممنوعة) أو جعل الشركة ضامنا أو كفيلا لديون المسيرين تجاه الغير.

(1) يراجع أيضا الفصل 568 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلقة بالبيع.

ومن جهة الأشخاص المعنيين فإن الفصل 200 (جديد) لا يستثني أحدا من الأشخاص الذين لهم سلطة التسيير أو الإدارة داخل الشركة علاوة على المساهمين الهامين من الأشخاص الطبيعيين. فلم يستثن سوى المساهم الذي يكون شخصا طبيعيا ماسكا لمساهمة بسيطة في رأس مال الشركة لا تتجاوز العُشر، والمساهم الذي يكون شخصا معنويا دون تحديد. ويهدف الاستثناء الأخير إلى تيسير العمليات المالية داخل تجمع الشركات، دون أن يعني ذلك فتح الباب أمام التحايل وتحويل الأرباح بشكل مستتر، خاصة أن الفصل 200 ينفي أن يُقرأ بضميمة الفصل 474 من نفس المجلة الذي ينظم العمليات المالية داخل تجمع الشركات.

وقد أورد الفصل 200 (جديد) كافة أصناف المسيرين بالمعنى الواسع فذكر «الرئيس المدير العام والمدير العام وعضو مجلس الإدارة المفوض والمديرين العامين المساعدين وأعضاء مجلس الإدارة وقرين كل واحد منهم وأصوله وفروعه وكل شخص متداخل لحساب أحدهم». ولئن اعتبر الفقه في تونس أن هذا التعديل إيجابي وضروري في مجمله فإنه تساءل بوجه خاص عن مبرر سحب هذا النظام على المدير العام عندما لا يكون مساهما في الشركة، أي عندما يكون أجيرا، حيث لاحظ أهل التطبيق أن هذا المدير العام يمكن أن يكون له وضع أجير إلحاق بالشركة، فيضطر إلى الإقتراض من الغير (وأحيانا من الأجراء الراجعين له بالنظر لتغطية نفقات حياته في بداية عمله بالشركة. وقد وجد البعض أن الحل يكمن في الإلتفاف على المنع بإبرام قرض عن طريق أحد الأجراء الذين لا يمنع عليهم القانون الإقتراض من الشركة. ويجدر التنبيه إلى أن هذه العملية بدورها ممنوعة إذ أن الفصل 200 يمنع أيضا إبرام العمليات الممنوعة بواسطة شخص متداخل *Personne interposée* لحساب أحد المسيرين.

وفي رأينا فإن البطلان الذي قرره المشرع كجزاء لهذه العمليات الممنوعة إنما هو البطلان المطلق، وبالتالي يجوز طلبه من الشركة أو حتى من غيرها كالمساهمين فرادي. وهو بطلان غير قابل للتدراك أو للتغطية ولو بمصادقة من الجلسة العامة، لأن الأمر يتعلق بمنع مطلق، وهو منع لا يهدف إلى حماية

المساهمين وحدهم حتى يتسنى لهم التخلي عنه، بل هو يهدف بالأساس إلى حماية الدائنين. فليس للمساهم التنازل عن حماية هي غير مقرررة لصالحه وحده.

فعلى خلاف العمليات المؤطرة أو المقيدة *opérations réglementées* ou *encadrées* التي تكون قابلة للإبطال *annulable* وبطلانها من قبيل البطلان النسبي⁽¹⁾، فإن العمليات الممنوعة باطلة بصريح النص (الفقرة III من الفصل 200)، وهو ما يستتج منه أنها باطلة بطلانا مطلقا ولا يجوز للجلسة العامة أن تلتفي البطلان بالمصادقة عليها. ويكمن الاختلاف في أن العمليات المؤطرة يمكن القيام بشأنها بدعوى البطلان من قبل الشركة وحدها، ويشترط أن تثبت الشركة أنه لحقها ضرر من جراء العملية، أي أنها لم تكن متكافئة وأن تضارب المصالح حُسم لفائدة مصلحة المسير. وبالنسبة للعمليات التي تبرم مع الغير يجب علاوة على ذلك إثبات تواطؤ الغير المعاهد مع المسيرين وعلمه اليقيني بأن العملية غير مرخص فيها من مجلس الإدارة وأنها علاوة على ذلك مضرة بمصالح الشركة وتتضمن التزامات غير متكافئة يصح إدخالها في خانة الغبن *lésion*⁽²⁾. فإن تبين أنه وقع الإستظهار لذلك الغير بترخيص من مجلس الإدارة فلا مجال للبطلان، وإنما يمكن القيام بدعوى مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة أو على الأقل الأعضاء الذين ساهموا في اتخاذ قرار الترخيص. فإن صادقت الجلسة العامة على العملية زال البطلان كليا حتى ولو لم يكن مرخصا فيها من مجلس الإدارة وحتى ولو كانت مضرة بمصلحة الشركة. وفي ذلك تجسيم لمبدأ سيادة الجلسة العامة، وهي سيادة انتقص منها المشرع بأن منع عليها المصادقة على العمليات الممنوعة. على أن طبيعة بطلان العمليات الممنوعة كعمليات باطلة بطلانا مطلقا لا ينفي أن الشركة هي وحدها التي يمكنها القيام بدعوى البطلان. أما المعاهد (المسير أو المساهم الهام) فليس له أن يقوم بذلك لأنه يقوم أمامه عائق إجرائي مصدره الفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الذي يشترط في كل قائم بدعوى أن تكون له علاوة على الصفة القانونية مصلحة

(1) Ahlem ELBARHOUMI: «Le sort des conventions réglementées conclues sans l'autorisation préalable du conseil d'administration», *Revue de la Jurisprudence et de la Législation*, mai 2009, p. 65.

(2) Ahlem ELBARHOUMI, *op. cit.*, spéc. pp. 73-75

شرعية في القيام، حال أن «ما يصدر عن الشخص لا يكون حجة له»⁽¹⁾، وبالتالي فليس له أن يطلب الحكم بالبطان مع أنه هو المتسبب فيه بخطئه.

ومن جهة أخرى يتجه توضيح أن حق طلب البطان يرجع إلى كل من الشركة نفسها (إذا تم تغيير المسيرين، إذ لا يتوقع قيام المسير الذي انتفع بالعملية بدعوى البطان ضد نفسه) وللمساهمين فرادى، وهو حل يقتضيه المنطق إذ أن حرمان المساهمين من رفع هذه الدعوى يعني تحويلها إلى مجرد فرضية نظرية وجعل النص الذي يكرسها مجرد تحيير ورق وشعارات جوفاء يعسر تحويلها إلى حقيقة. أما المطلوب في الدعوى فهو في كل الأحوال الشخص الذي تعاقد مع الشركة، سواء تعلق الأمر بعقد مبرم مع أحد المسيرين أو مع الغير. وينبغي القيام أيضا على الشركة باعتبارها طرفا في العقد وستطالها آثار البطان، إلا إذا كانت هي نفسها المدعية.

وقد بينت محكمة التعقيب الفرنسية أن أجل القيام بدعوى البطان يسري ابتداء من تاريخ العقد أو العملية، غير أنه في صورة اخفائه/إخفائها، يحتسب للأجل بداية من تاريخ اكتشافه/اكتشافها. والعبرة في ذلك بنية الإخفاء ومدى توفرها في جانب المسير المعني بالأمر⁽²⁾.

ب. العمليات الخاضعة لإجراءات الرقابة الثلاثية (السابقة والمزامنة واللاحقة)

يشمل صنف العمليات الخاضعة لإجراءات الرقابة السابقة واللاحقة كافة أصناف العمليات التي يمكن أن تبرمها الشركة مع أحد مسيريه (ولا يمكن وضع أي قائمة فيها لأنها تختلف باختلاف نشاط الشركة) والتي لا يمكن تصنيفها كعمليات ممنوعة ولا كعمليات حرة. وتضاف إليها العمليات المبرمة مع الغير

(1) الفصل 548 من مجلة الالتزامات والعقود.

(2) Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, arrêt n° 115 du 8 février 2011 (10-11.896), http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_financiere_economique_574/115_8_18864.html: « l'action en nullité d'une convention visée à l'article L. 225-38 du même code (de commerce) et conclue sans autorisation du conseil d'administration se prescrit par trois ans à compter de la date de la convention ; toutefois, si elle a été dissimulée, le point de départ du délai de la prescription est reporté au jour où elle a été révélée... S'il y a eu volonté de dissimulation, la révélation de la convention s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action ».

والتي تنطوي على مخاطرة واضحة بحكم طبيعة العملية أو حجمها لا بحكم صفة المعاهد. فهي تشمل كل ما يبقى بعد طرح العمليات الممنوعة والعمليات الحرة. فهي الصنف الأوسط الذي يحيط بطرفيه صنفان لكل واحد منهما نظام خاص به، يميل إما إلى التشدد (العمليات الممنوعة) وإما إلى الليونة (العمليات الحرة).

وبحكم مرقع الفصل 200، كان من المفروض أن تقتصر هذه الطائفة من العمليات الواردة به على العمليات التي يبرمها المسير مع الشركة، غير أنه تجاوز ذلك إلى بعض العمليات المبرمة مع الغير.

ويترب عن توفر صفة المسير في معاهد الشركة أن يعتبر هذا الشخص بمثابة «الشخص المعرض سياسيا»⁽¹⁾ *personne politiquement exposée* في الاتفاقيات الدولية والقوانين المتعلقة بمكافحة الفساد. فالنفوذ الذي يتمتع به هذا الشخص من شأنه أن يغريه باستغلال نفوذه لتحقيق منافع شخصية على حساب الشخص المعنوي، خاصة أن السلطة التي بيده تجعل الآخرين ميالين إلى مجاملته وتزيين أفعاله له وتصويرها على أنها ممارسة لحقوقه ومقابل لتضحياته الجسيمة في سبيل الآخرين وغير ذلك من وسوسة الشيطان. ولذلك اعتبر المشرع أن تضارب المصالح الناجم عن تعاقد المسير مع الشركة الواقعة تحت نفوذه مؤثر جدي كاف بذاته لإخضاع هذه العمليات إلى إجراءات رقابة مدققة مهما كانت القيمة المالية المتعاقد عليها ومهما كانت وتيرة تكرار هذه العمليات.

وتتمثل الرقابة المنصوص عليها بالفقرة II من الفصل 200 في ترخيص مسبق من مجلس الإدارة ومصادقة لاحقة من الجلسة العامة للمساهمين التي تتداول في شأن المصادقة بعد تلقي تقرير خاص من مراقب أو مراقبي الحسابات يتضمن تدقيا خاصا لتلك العملية. وقد اختصرنا هذا النظام في عبارة فرنسية وهي: *Les 3A : Autorisation, Audit, Approbation*.

وجدير بالبيان أن الجلسة العامة التي تنظر في المصادقة على العملية بعد إبرامها هي الجلسة العامة العادية⁽²⁾ التي يمكن أن تتعقد في مواعدها السنوي العادي كما يمكن عقدها بصفة استثنائية للنظر في مسألة الترخيص، ولو أن هذا

(1) *Politically Exposed Person (PEP)*. See, *FATF Guidance on PEPS (recommendations 12 and 22)*.

(2) يستتج ذلك من أحكام الفصل 278 من مجلة الشركات التجارية.

الخيار ينظر غير مقبول عمليا إلا إذا كان في الأمر تأكيد وكانت العملية على غاية من الخطورة. وتخضع المصادقة إلى قواعد النصاب والأغلبية المنصوص عليها في القانون⁽¹⁾ أو في العقد التأسيسي.

وقد جاء الفصل 200 (جديد) بأحكام جديدة بالمقارنة مع أحكام الفصل 78 من المجلة التجارية، وهي التي تضمنتها الفقرة الفرعية 5 من الفقرة II التي تنص على ما يلي: «تخضع الالتزامات والتعهدات المتخذة من قبل الشركة نفسها أو من قبل شركة خاضعة لرقابتها على معنى أحكام الفصل 461 من هذه المجلة، لفائدة الرئيس المدير العام أو المدير العام أو عضو مجلس الإدارة المفوض أو المديرين العامين المساعدين أو أعضاء مجلس الإدارة والمتعلقة بأحد عناصر تأجيرهم أو منح أو امتيازات ممنوحة أو مستحقة لهم أو قد يستحقونها بعنوان إنهاء مهامهم أو تعديلها أو بعد إنهاء مهامهم أو تعديلها، إلى أحكام الفقرات 1 و 3 أعلاه. وعلاوة على مسؤولية المعني بالأمر أو مجلس الإدارة عند الانتضاء يمكن الحكم ببطالان الاتفاقات المبرمة خلافا للأحكام المتقدمة إذا أضرت بالشركة».

فهذه الفقرة توجب الخضوع إلى إجراءات الترخيص المسبق من مجلس الإدارة وتديق مراقب الحسابات ومصادقة الجلسة العامة بالنسبة لكل اتفاق يرم بين الشركة ومسيرها في ما يتعلق بأحد عناصر تأجيرها أو الامتيازات التي تمنح له أو يستحقها أو قد يستحقها بعنوان إنهاء مهامه أو تعديلها بالزيادة أو الإنقاص أو بعد إنهاء مهامه أو تعديلها. وتهم هذه الفقرة ما يسمى فقها: «golden parachutes ou parachutes dorés»، وهي تقنية تهدف إلى التحايل على حقوق المساهمين عبر تمكين المسير من غرامة أو منحة أو تعويض مالي ضخم واقتعال ظرف يبرر ذلك، يتمثل في إنهاء مهامه أو توسيعها أو تضيقها.

غير أن هذه الفقرة تثير صعوبة خاصة في التأويل بسبب تباين وضع اللغة بين الصيغتين العربية والفرنسية. فالصيغة العربية تذكر على التوالي عناصر التأجير والمنح والامتيازات وتفصل بينها جميعا بأداة البذل «أو»، مما يدل على أن ما يأتي بعدها من بيان، أي عبارة «بعنوان إنهاء مهامهم أو تعديلها...» تعود على جميع ما سبق. ويؤدي هذا التأويل الحر في القول إن المشرع يقصر أحكام هذه الفقرة

(1) الفقرة الثانية من الفصل 278 من مجلة الشركات التجارية.

على «المظلات الذهبية» ولا يسحبها على الأجور الاعتيادية الدورية التي يقبضها المسير أثناء قيامه بمهامه الاعتيادية.

أما القراءة المعاكسة فهي التي تنطلق أساسا من الصيغة الفرنسية للنص، والتي تفصل بين «عناصر التأجير» و«المنح والامتيازات» بأداة الفصل (الفصل): «Les éléments de leur rémunération, les indemnités ou avantages qui leurs sont attribués ou qui leurs sont dus ou auxquels ils pourraient avoir droit au titre de la cessation ou de la modification de leurs fonctions ou suite à la cessation ou la modification de leurs fonctions».

فيتج عن ذلك أن النص يسري على عناصر التأجير بأنواعها ومهما كان إطار استحقاقها، والمنح والامتيازات المستحقة بمناسبة إنهاء المهام أو تعديلها⁽²⁾.

ولو اعتُبر التأويل الثاني هو الأسلم فإن النص التونسي يكون قد ذهب في تكريس الشفافية إلى أبعد من القوانين المقارنة التي بدأت في تكريس تقاليد الشفافية في كافة نواحي الحياة كإقتلراء، حيث إن إخضاع أجور المسيرين إلى الرقابة والتدقيق وما يترتب عن ذلك من وجوب نشر تلك المعطيات بالسجل التجاري يقتصر على الشركات المدرجة بالبورصة فقط (quoted companies)⁽³⁾. كما تكرر فرنسا نفس الحل الإنقلازي، ويوجب قانونها التجاري الإشارة إلى أجور المسيرين في تقرير التصرف الذي يعده مجلس الإدارة ويعرض على الجلسة العامة⁽⁴⁾ لكنه لا يعدّ من القوائم المالية.

(1) من الفقهاء الذي تبنا هذه القراءة، الأستاذ يوسف الكناني في مقاله:

« Les conventions entre la société anonyme et ses dirigeants à la lumière de la loi du 16 mars 2009 », *Revue de la Jurisprudence et de la Législation*, juillet 2009, spécial « Droit des sociétés », p. 57 et ss., spéc. pp. 66-67.

أنظر أيضا في نفس المعنى، أحمد العويني: «تدعيم شفافية المعاملات المالية في الشركات التجارية بعد تعديلات 16 مارس 2009»، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2009، عدد خاص بافتتاح السنة القضائية، ص. 397. كما يراجع مقال ثريا الدايش: «الشفافية في الشركات التجارية»، نفس المرجع، ص. 357.

(2) Sarah HOLMES and others, *op. cit.*, p. 10034.

(3) Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY: «Droit des sociétés», précité, pp. 231-232 (n° 655) et pp. 234-235 (n°673-674). Voir, aussi, Y. KNANI, article précité, p. 67 où il critique l'option du législateur tunisien à une transparence poussée.

وقد أصدر مجلس هيئة الخبراء المحاسبين بالبلاد التونسية بتاريخ 10 مارس 2010 رأيا رسميا يتعلق بتأويل الفقرة المذكورة اعتبر فيه أنه ينبغي اعتماد التأويل الموسع، وبالتالي ينبغي أن يشمل التدقيق الخاص كافة الأجر والامتيازات التي يحصل عليها المسير سواء كان ذلك بممارسة مهامه العادية أو عند إنهائها أو تعديلها⁽¹⁾. وبموجب هذا التأويل، ينبغي على الشركة مد مراقب الحسابات بجميع المعطيات المتعلقة بكافة أنواع الامتيازات والأجر والمنح التي أسندتها لكافة مسيريها خلال السنة المالية موضوع التدقيق مع شمول الامتيازات العينية (كالسيارة والهاتف وخدمة المنازل ونحوهم)، مع بيان القيمة التي تعتبرها هياكل الشركة معقولة لكل عنصر من عناصر الامتيازات العينية، على أن يقوم مراقب الحسابات بالتدقيق في شأنها بأن يبدي رأيه حول مدى مشروعيتها وصحة إجراءات إسنادها ويعطي المساهمين بيانات تمكنهم من تقدير مدى ملاءمتها لواقع الشركة، كيان ما تمثله بالمقارنة مع مجمل رقم المعاملات والأرباح ومدى تماشي نسق تطورها مع نسق تطور نتائج الشركة... ومن واجب مراقب الحسابات أن يطالب هياكل الشركة بمد هذه المعطيات، ويدخل ذلك في العناية المهنية المحمولة عليه، وذلك حتى يتمكن من التدقيق بشأنها.

وقد بينت الهيئة أن عناصر التأجير المشمولة بالتدقيق تشمل:

(1)- كل الامتيازات على المدى القصير *avantages à court terme* كالأجر والمساهمات في نظام التغطية الإجتماعية والعطل الخالصة والمنح المختلفة والامتيازات العينية بأنواعها بما فيها التكفل بالعلاج والنقل والهاتف والمحروقات ومعالم دراسة الأبناء...

(2)- كل أنواع الامتيازات المتفق على منحها للمسير بعد مغادرته دقة التسيير بما في ذلك منح الإحالة على التقاعد والتأمين على الحياة أو ما يسمى «régime à prestations définies».

(1) Note d'orientation de l'Ordre des Experts Comptables de Tunisie (OECT), du 10 mars 2010, approuvant l'avis de la commission juridique de l'ordre en date du 2 mars 2010.

(3)- الامتيازات طويلة الأمد كالعطل المرتبطة بالأقدمية ومنح العجز طويل الأمد والمنح الرامية إلى الحث على الإنتاجية *primes d'intéressement*.

(4)- منح إنهاء العمل التي تدفع بعد إنهاء المهام بقرار من الشركة أو المغادرة التلقائية،

(5)- خلاص المسير بأسهم أي الحق الممنوح للمسير في الحصول على مناب من رأس مال الشركة كمكافأة على نشاط التسيير الذي قام به، سواء تم ذلك في صيغة تسليم فوري للأسهم أو في صيغة خيار ممنوح للمسير يمكنه رفعه متى تحقق شرط معين كتحقيق أرباح أو رقم معاملات من حجم معين، أي ما يسمى *stock options*.

ومن ناحية أخرى فقد تساءل بعض الدارسين عن مبرر وجود الفقرة الفرعية (sous-paragraphe) الثانية بالفقرة 1 من الفقرة عدد II من الفصل 200، والتي تنص على ما يلي: «وتنطبق أحكام الفقرة الفرعية المتقدمة على الاتفاقات التي تكون للأشخاص المذكورين مصلحة غير مباشرة فيها» حال أن الفقرة الفرعية المحال إليها تشمل أحكامها المسيرين والمساهمين الهامين الذين يرمون اتفاقا مع الشركة «مباشرة أو بواسطة شخص متداخل».

وخلافا لما توحى به قراءة متسعة لهذا النص فإن الأمر لا يتعلق بتكرار بل بصورتين متباينتين. فالفقرة الفرعية الأولى تهتم صورة المسير أو المساهم الذي يرم عقدًا مع الشركة بواسطة شخص متداخل أو وسيط *personne interposée* بحيث يكون هو المتعاقد الحقيقي وإنما يستعمل طريقة «التوليج» *simulation* بالتصنيف على هوية شخص يستعمل كواجهة (*homme de paille ou écran*) يظهر بمظهر المتعاقد مع الشركة حال أنه مجرد غطاء للمتعاقد الحقيقي. أما في صورة الفقرة الفرعية الثانية فإن من يتعاقد مع الشركة من الغير إنما يتعاقد لمصلحته الشخصية وهو معاهد حقيقي وليس مجرد واجهة للمسير، وإنما تكون للمسير مصلحة شخصية في تلك العملية. وبذلك يغطي المشرع كافة الصور، سواء تلك التي يتم فيها استعمال تقنية التوليج للتحايل على القانون (*fraude à la loi*) أو التي لا يوجد فيها توليج لكن يوجد فيها تضارب مصالح يبرر تطبيق نظام «ثلاثية الرقابة» (*Les trois A*): الترخيص والتدقيق والمصادقة.

ج. إعادة تأطير بعض العمليات المبرمة بين الشركة والغير

من جهة أخرى، تضمن الفصل 200 (جديد) إعادة تأطير بعض العمليات المبرمة بين الشركة والغير، وهي العمليات ذات الخطورة الخاصة، حيث وسع من قائمة هذه العمليات ودقق صياغة النص المتعلق بها.

ولا تخضع العمليات المبرمة مع الغير والتي اعتبرها المشرع على درجة كبيرة من الخطورة إلى المبدأ العام الوارد بالفقرة 1 إذ أنها لا تطرح مسألة تضارب مصالح بل تتعلق بحماية مصالح الشركة وذمتها المالية من التصرفات الخطيرة التي لها آثار مالية هامة⁽¹⁾. ولذلك تم كبح جماح المسيرين «المتهورين» بأن أوجب عليهم المشرع الرجوع إلى ترخيص مجلس الإدارة ومصادقة الجلسة العامة بعد إجراء تدقيق من قبل مراقب الحسابات الذي يحرر فيه تقريراً خاصاً، وذلك بالنسبة لأربع أنواع من العمليات، وهي:

ج. 1. العمليات المتعلقة بالأصل التجاري

تخضع إلى الرقابة الثلاثية عمليات إحالة الأصول التجارية أو أحد العناصر المكونة لها وكراؤها للغير ما لم يكن النشاط الرئيسي الذي تمارسه الشركة متمثلاً في القيام بالعمليات المذكورة. ذلك أنه لا يمكن الرجوع إلى إجراءات الرقابة الثلاثة AAA في ما يتعلق بالعمليات الجارية الداخلة في النشاط الإعتيادي للشركة.

ج. 2. الاقتراض الهام الذي يُعقد لفائدة الشركة

يخضع إلى الرقابة الثلاثية الاقتراض الهام الذي يُعقد لفائدة الشركة. وتهدف هذه القاعدة إلى منع إغراق الشركة في الديون بما قد يؤدي بها إلى صعوبات اقتصادية ومالية يمكن أن تعصف بها. ويشترط لوجوب الحصول على ترخيص مجلس الإدارة والخضوع إلى باقي إجراءات الرقابة أن يحدد العقد التأسيسي أدنى مبلغ يعتبر معه القرض هاماً، وهو مبلغ يحدد بكل حرية وإن يكن المنطق يقتضي أنه ينبغي أن يتلاءم مع حجم الشركة وحجم معاملاتها مع الغير. ولا تنطبق هذه

(1) على غرار شرح أسباب تعديل 16 مارس 2009، يسمي الفقه هذا الصنف من العمليات «عمليات منظمة بحكم موضوعها». أنظر، حمادي بن الأخضر الرائد: «الجديد في قانون الشركات التجارية من خلال القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009»، مجلة القضاء والتشريع، ماي 2009، ص. 112.

القاعدة على القروض التي تمنحها الشركة للغير. ويترتب عن ذلك أن المؤسسة التي تعتزم منح قرض لشركة خفية الاسم ينبغي عليها أن تتحقق من وجود بند يحد من سلطة المسير في إلزام الشركة بالقروض. فإن لم يتضمن العقد التأسيسي للشركة المقترضة شرطاً في ذلك فمعنى ذلك أن المسير يمكنه إبرام عقود القرض لصالح الشركة دون تحديد أي مبلغ. وإن وجد تحديد فعلى المقرض أن يطالب المسير بتقديم ترخيص مجلس الإدارة في كل قرض يتجاوز الحد المنصوص عليه في العقد التأسيسي. وقد كان من الممكن أن تمتد نفس القاعدة إلى القروض التي تمنحها الشركة إلى الغير، خاصة بالنسبة للشركات التي يتمثل نشاطها في منح القروض. ولا يمنع غياب النص التشريعي من إدراج شروط من هذا النوع في العقد التأسيسي. وحتى بالنسبة للشركات التي لا يتمثل نشاطها في إسناد القروض فإن إقراض الغير أو البيع نسبيته يمكن تحديده تعاقدياً بسقف معين يستوجب تجاوزه الحصول على ترخيص من مجلس الإدارة وحتى مصادقة الجلسة العامة، خاصة أن مجلة الالتزامات والعقود تتضمن في باب الوكالة محاذير تتعلق بالبيع نسبيته (مع تأجيل دفع الثمن) حتى لا لا يتورط الموكل بسبب سوء تقدير الوكيل أو تهوره أو حتى سوء نيته.

ج. 3. بيع العقارات

يجوز أن ينص العقد التأسيسي على إخضاع بيع كل عقار إلى الترخيص والتدقيق والمصادقة، كما يجوز أن يقتصر ذلك على عقارات معينة بدقة أو بوجه عام (كالعقارات الفلاحية أو العقارات الصالحة للبناء أو الكائنة بجهة أو منطقة معينة).

ج. 4. ضمان ديون الغير

وهي عملية خطيرة بطبيعتها وتستوجب آلياً الترخيص من مجلس الإدارة ما لم ينص العقد التأسيسي على الإعفاء منه. ولا تنطبق هذه القاعدة على مؤسسات القرض والتأمين. ذلك أن من طبيعة نشاط البنك أن يمنح الكفالات بأنواعها لحرفائه وتعد قرضاً بالإمضاء، وهي عملية مأجورة يستحق عنها مقابل يحتسب وفق قواعد خاصة به. أما شركات التأمين فيمكنها أن تبرم عقود تأمين على الحياة أو تأمين القرض وذلك لتأمين المقرض ضد خطر موت الحريف المقرض أو عجزه عن الوفاء بحسب الحالة، وهي عملية داخلة في نشاطه الإعتيادي. وإذا

ج. إعادة تأطير بعض العمليات المبرمة بين الشركة والغير

من جهة أخرى، تضمن الفصل 200 (جديد) إعادة تأطير بعض العمليات المبرمة بين الشركة والغير، وهي العمليات ذات الخطورة الخاصة، حيث وسع من قائمة هذه العمليات ودقق صياغة النص المتعلق بها.

ولا تخضع العمليات المبرمة مع الغير والتي اعتبرها المشرع على درجة كبيرة من الخطورة إلى المبدأ العام الوارد بالفقرة I إذ أنها لا تطرح مسألة تضارب مصالح بل تتعلق بحماية مصالح الشركة وذمتها المالية من التصرفات الخطيرة التي لها آثار مالية هامة⁽¹⁾. ولذلك تم كبح جماح المسيرين «المتهورين» بأن أوجب عليهم المشرع الرجوع إلى ترخيص مجلس الإدارة ومصادقة الجلسة العامة بعد إجراء تدقيق من قبل مراقب الحسابات الذي يحرر فيه تقريراً خاصاً، وذلك بالنسبة لأربع أنواع من العمليات، وهي:

ج. 1. العمليات المتعلقة بالأصل التجاري

تخضع إلى الرقابة الثلاثية عمليات إحالة الأصول التجارية أو أحد العناصر المكونة لها وكراؤها للغير ما لم يكن النشاط الرئيسي الذي تمارسه الشركة متمثلاً في القيام بالعمليات المذكورة. ذلك أنه لا يمكن الرجوع إلى إجراءات الرقابة الثلاثة AAA في ما يتعلق بالعمليات الجارية الداخلة في النشاط الاعتيادي للشركة.

ج. 2. الاقتراض الهام الذي يُعقد لفائدة الشركة

يخضع إلى الرقابة الثلاثية الاقتراض الهام الذي يُعقد لفائدة الشركة. وتهدف هذه القاعدة إلى منع إغراق الشركة في الديون بما قد يؤدي بها إلى صعوبات اقتصادية ومالية يمكن أن تعصف بها. ويشترط لوجوب الحصول على ترخيص مجلس الإدارة والخضوع إلى باقي إجراءات الرقابة أن يحدد العقد التأسيسي أدنى مبلغ يعتبر معه القرض هاماً، وهو مبلغ يحدد بكل حرية وإن يكن المنطق يقتضي أنه ينبغي أن يتلاءم مع حجم الشركة وحجم معاملاتها مع الغير. ولا تنطبق هذه

(1) على غرار شرح أسباب تعديل 16 مارس 2009، يسمي الفقه هذا الصنف من العمليات «عمليات منظمة بحكم موضوعها». أنظر، حمادي بن الأخضر الرائد: «الجديد في قانون الشركات التجارية من خلال القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009»، مجلة القضاء والتشريع، ماي 2009، ص. 112.

القاعدة على القروض التي تمنحها الشركة للغير. ويترتب عن ذلك أن المؤسسة التي تعتزم منح قرض لشركة خفية الاسم ينبغي عليها أن تتحقق من وجود بند يحد من سلطة المسير في إلزام الشركة بالقروض. فإن لم يتضمن العقد التأسيسي للشركة المقترضة شرطاً في ذلك فمعنى ذلك أن المسير يمكنه إبرام عقود القرض لصالح الشركة دون تحديد أي مبلغ. وإن وجد تحديد فعلى المقرض أن يطالب المسير بتقديم ترخيص مجلس الإدارة في كل قرض يتجاوز الحد المنصوص عليه في العقد التأسيسي. وقد كان من الممكن أن تمتد نفس القاعدة إلى القروض التي تمنحها الشركة إلى الغير، خاصة بالنسبة للشركات التي يتمثل نشاطها في منح القروض. ولا يمنع غياب النص التشريعي من إدراج شروط من هذا النوع في العقد التأسيسي. وحتى بالنسبة للشركات التي لا يتمثل نشاطها في إسناد القروض فإن إقراض الغير أو البيع نسيئة يمكن تحديده تعاقدياً بسقف معين يستوجب تجاوزه الحصول على ترخيص من مجلس الإدارة وحتى مصادقة الجلسة العامة، خاصة أن مجلة الالتزامات والعقود تتضمن في باب الوكالة محاذير تتعلق بالبيع نسيئة (مع تأجيل دفع الثمن) حتى لا يتورط الموكل بسبب سوء تقدير الوكيل أو تهوره أو حتى سوء نيته.

ج. 3. بيع العقارات

يجوز أن ينص العقد التأسيسي على إخضاع بيع كل عقار إلى الترخيص والتدقيق والمصادقة، كما يجوز أن يقتصر ذلك على عقارات معينة بدقة أو بوجه عام (كالعقارات الفلاحية أو العقارات الصالحة للبناء أو الكائنة بجهة أو منطقة معينة).

ج. 4. ضمان ديون الغير

وهي عملية خطيرة بطبيعتها وتستوجب آلياً الترخيص من مجلس الإدارة ما لم ينص العقد التأسيسي على الإعفاء منه. ولا تنطبق هذه القاعدة على مؤسسات القرض والتأمين. ذلك أن من طبيعة نشاط البنك أن يمنح الكفالات بأنواعها لحرفائه وتعد قرضاً بالإمضاء، وهي عملية مأجورة يُستحق عنها مقابل يحتسب وفق قواعد خاصة به. أما شركات التأمين فيمكنها أن تبرم عقود تأمين على الحياة أو تأمين القرض وذلك لتأمين المقرض ضد خطر موت الحريف المقترض أو عجزه عن الوفاء بحسب الحالة، وهي عملية داخلة في نشاطه الاعتيادي. وإذا

كان معاهد الشركة في هذه الحالة أحد مسيرها فإن العملية تخضع إلى الترخيص والمصادقة والتدقيق بحكم طبيعتها وبحكم صفة المعاهد.

وإذا كان الشخص الذي تبرم معه الشركة إحدى هذه العمليات من الميسيرين أو المساهمين المالكين لأكثر من عُشر رأس المال، تنطبق على هذه العملية الأحكام العامة الخاصة بذلك الصنف من العمليات فتكون إما منظمة أو ممنوعة بحسب الحالة.

د. الحرية المبدئية في إبرام العمليات "العادية والجارية" (العمليات الحرة)

الصنف الثالث من العمليات التي تبرم بين الشركة ومسيرها هو صنف العمليات الحرة *opérations libres*، أي العمليات التي لا تخضع إلى ترخيص مسبق من مجلس الإدارة ويمكن للممثل القانوني للشركة أن يبرمها بمفرده دون استشارة أي هيكل داخل الشركة، كما لا تخضع لمصادقة لاحقة من الجلسة العامة للمساهمين. ويتعلق الأمر بالعمليات الاعتيادية الداخلة في النشاط اليومي للشركة. فعلى غرار ما هو مكرس في الصيغة القديمة للفصل 200، لا ينطبق منع إبرام عمليات القرض وكذلك تقييد العمليات المنظمة بترخيص مسبق ومصادقة وتدقيق خاص على الاتفاقات المتعلقة بعمليات جارية أي داخلة في النشاط اليومي للشركة متى كانت مبرمة بشروط عادية، بما في ذلك عمليات القرض التي تبرمها مؤسسات القرض. غير أن الفصل 200 قبل تعديله في 16 مارس 2009 لم يكن يخضع هذه العمليات لأي رقابة من شأنها أن تضمن الشفافية في إبرام هذه العمليات، فتضمن إصلاح سنة 2009 تدعيم شفافيتهما، وذلك بأن أوجب أن يتم الإعلام بالاتفاقات الحرة من قبل المعني بالأمر إلى رئيس مجلس الإدارة أو المدير العام أو عضو مجلس الإدارة المفوض. وتحال قائمة مفصلة في الاتفاقات المذكورة إلى أعضاء مجلس الإدارة ومراقب أو مراقبي الحسابات لإجراء تدقيق بشأنها وفق معايير التدقيق المتعارف عليها.

والمقصود هو أن مراقب الحسابات يقوم بالتدقيق بناء على عينات *échantillons* وفق معايير التدقيق المتعارف عليها عالمياً، والتي يحيل إليها الفصل 169 من مجلة الشركات التجارية. فلا يعقل أن يقوم مراقب الحسابات بمراجعة جميع العمليات البسيطة الجارية بل يجري تدقيقاً على عدد منها يتم انتقاؤه وفق القواعد العامة المتعلقة بدلالة العينات، والمربطة بنوع النشاط وموقع

الشركة ومقرها ومختلف مؤشراتهما، ويستتج من فحص تلك العينات مدى نزاهة الميسيرين وجديتهم في إبرامها ومدى احترامهم لمصالح الشركة. ولا يشير تقرير مراقب الحسابات إلا إلى الاختلات ذات الدلالة، أي التي يُستدلّ من حجمها أو تواترها أو طبيعتها أو كل هذه العوامل مجتمعة على أن الميسير رجح مصلحته الشخصية على مصالح الشركة بأن أبرم معها عمليات "عادية" غير متكافئة⁽¹⁾.

ومع أن الفصل 200-IV قد يبدو متشدداً فإنه يتجه توضيح أن ما أدى بالمشرع إلى فرض وجوب الإعلام والتدقيق على العمليات الحرة هو أن نشاط الشركة قد يتمثل من أساسه في القيام بعمليات ذات أهمية اقتصادية كبيرة (بيع العقارات أو الأصول التجارية أو السفن أو الطائرات...)، كما يمكن أن يبرم أحد الميسيرين مع الشركة سلسلة من العقود الصغيرة التي يعادل مجموعها قيمة عملية كبرى، فيقع بذلك الإلتفاف على ضوابط الإدارة الرشيدة التي رسمها الفصل 200 في صيغته الجديدة.

2.2. مكافآت أعضاء مجلس الإدارة

يحصل أعضاء مجلس الإدارة لقاء نشاطهم على مكافآت تتمثل في مكافآت الحضور *jetons de présence*، وهو مبلغ تسنده لهم الجلسة العامة العادية مرة في السنة بشكل إجمالي على ضوء نتائج الاستغلال والنظر إلى مدى نجاحهم في تحقيق البرامج المسطرة. ويعتبر هذا المبلغ من أعباء الاستغلال، فلا يقطع من الأرباح الصافية، بل يقيد ضمن النفقات التي تطرح من المقايض الخام قبل تحديد الربح القابل للتوزيع. ويضبط المبلغ كل سنة ضمن قرارات الجلسة العامة العادية. ولا يقبل أن يتم تحديده مرة واحدة لعدة سنوات⁽²⁾، كما لا يجوز تحديده مسبقاً.

وقد شهد القانون المقارن تطوراً هاماً في هذا المجال. فبعد الخطوة الأولى المتمثلة في إقرار وجوب نشر المعطيات المتعلقة بمكافآت الميسيرين ومبالغها، والتي اتبعها المشرع التونسي في تنقيح 16 مارس 2009، صوت المجلس

(1) Néjib SFAYHI : « Guide pour l'utilisation des Normes Internationales d'Audit dans l'Audit des Petites et Moyennes Entreprises », http://www.ifac.org/sites/default/files/downloads/TRADUCTION_ISA_GUIDE.pdf, pp. 108-109.

(2) Slaheddine MELLOULI et Sami FRIKHA: « Les sociétés commerciales », Tunis 2008, p. 177, n° 678.

الفيدرالي» (البرلمان) السويسري يوم 20 نوفمبر 2013 على مشروع قانون يتعلق بتنقيح دستور 18 أبريل 1999 صادر عن مبادرة شعبية يتعلق «بمناهضة المكافآت التعسفية» (أو مبادرة Minder) وهو يهدف إلى تحديد سقف لمكافآت مسيري الشركات خفية الإسم المدرجة بالبورصة⁽¹⁾، اقتضى على وجه الخصوص أن مكافآت المسيرين ينبغي أن تخضع سنويا إلى مصادقة وجوبية من قبل المساهمين، مع منع كل أشكال الترتيبات التي تحيل إلى القانون الأساسي للشركة في خصوص هذه المسائل. ويجب على مجلس الإدارة أن يقوم بنفسه

(1) Initiative populaire fédérale « contre les rémunérations abusives »

I. La Constitution fédérale du 18 avril 1999¹ est complétée comme suit :

Art. 95, al. 3 (nouveau)

En vue de protéger l'économie, la propriété privée et les actionnaires et d'assurer une gestion d'entreprise durable, la loi oblige les sociétés anonymes suisses cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger à respecter les principes suivants :

a. l'assemblée générale vote chaque année la somme globale des rémunérations (argent et valeur des prestations en nature) du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif. Elle désigne chaque année le président du conseil d'administration et, un par un, les membres du conseil d'administration et les membres du comité de rémunération ainsi que le représentant indépendant. Les caisses de pension votent dans l'intérêt de leurs assurés et communiquent ce qu'elles ont voté. Les actionnaires peuvent voter à distance par voie électronique ; ils ne peuvent pas être représentés par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire ;

b. les membres des organes ne reçoivent ni indemnité de départ ni autre indemnité, aucune rémunération anticipée ni prime pour des achats ou des ventes d'entreprises, et ne peuvent pas être liés par un autre contrat de conseil ou de travail à une société du groupe. La gestion de la société ne peut pas être déléguée à une personne morale ;

c. les statuts règlent le montant des rentes, des crédits et des prêts octroyés aux membres des organes, les plans de bonus et de participation et le nombre de mandats externes de ces derniers, de même que la durée du contrat de travail des membres de la direction ;

d. toute violation des dispositions prévues aux let. a à c sera sanctionnée d'une peine privative de liberté de trois ans au plus et d'une peine pécuniaire pouvant atteindre six rémunérations annuelles.

II. Les dispositions transitoires de la Constitution fédérale sont complétées comme suit:

Art. 197, ch. 8 (nouveau)

8. Disposition transitoire ad. art. 95, al. 3

D'ici à l'entrée en vigueur des dispositions légales, le Conseil fédéral édictera, dans un délai d'une année après l'acceptation de l'art. 95, al. 3, par le peuple et les cantons, les dispositions d'exécution nécessaires.

بتحرير تقرير حول مكافآت المسيرين. كما يجب على الجلسة العامة العادية أن تعين بنفسها مجلسا لمراقبة المكافآت، تذكر فيه بشكل منفصل المكافآت الممنوحة لأقارب المسيرين مع بيان هوياتهم.

ويمنع هذا القانون أصنافا معينة من المكافآت متى تم دفعها إلى أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين أو المجلس الاستشاري، وهي:

- غرامات المغادرة les indemnités de départ

- الغرامات المسبقة les indemnités anticipées

- المدخرات provisions بغاية نقل الملكية أو اقتناء كامل المؤسسة أو جزء منها؛

- القروض أن السلفات والجرايات والمكافآت المرتبطة بالعمل متى لم ينص عليها العقد التأسيسي؛

- السندات الممثلة لمساهمة وحقوق التحويل وحقوق الخيار إذا لم ينص عليها العقد التأسيسي.

أما داخل تجمع الشركات فالمكافآت الممنوعة هي المكافآت المدفوعة لقاء العمل الذي ينجزه أعضاء مجلس الإدارة والمديرون والمجلس الاستشاري في المؤسسات الخاضعة لرقابة مباشرة أو غير مباشرة من قبل الشركة وذلك إذا لم تكن هذه المكافآت مدفوعة طبق القانون أو أحكام المرسوم التشريعي أو القانون التأسيسي للشركة، أو إذا لم توافق عليها الجلسة العامة للشركاء⁽¹⁾.

ووضع القانون الجديد أحكاما جزائية لمعاقبة مخالفي أحكامه تتمثل في السجن لمدة ثلاثة أعوام وخطة مالية يمكن أن تساوي ستة أضعاف قيمة المكافآت السنوية.

وقد دخل هذا القانون حيز التطبيق بداية من غرة جانفي 2014. غير أنه لوحظ أن بعض الشركات سارعت إلى تغيير أساليبها للالتفاف على أحكامه، وذلك باعتبار أن مكافآت المسيرين تتمثل في العادة في جزء قار محدد في بداية السنة المالية وجزء متغير يتحدد في نهاية السنة المالية بعد الاطلاع على

نتائج الاستغلال، فأصبحت الشركات تحدد الجزء المتغير أيضا في بداية السنة وقبل ظهور نتائج الاستغلال، وهو ما أثار حفيظة عديد المساهمين وعدد من الجمعيات⁽¹⁾.

كما يمكن لأعضاء مجلس الإدارة الحصول على منح استثنائية عن مهام وأعمال أو وكالات خاصة لا تدخل في نشاطهم الاعتيادي، يقع تكليفهم بها من قبل مجلس الإدارة نفسه أو حتى من قبل الجلسة العامة للشركاء. ويشترط في هذه المكافآت الخاصة أن تتعلق بإنجاز عمل خاص ومختلف عن أعمال الإدارة، وأن يكون مبلغها معقولا. وهي تخضع إلى مبدأ المعاملة المنصفة الذي جاء به الفصل 200 من مجلة الشركات التجارية في صيغته الجديدة. ولا يجوز تحديد مبلغ المنح بصفة إجمالية أو أن يكون مبلغها متغيرا بالقياس على رقم المعاملات، بل يجب أن يحدد مجلس الإدارة مبلغها بدقة ومقابل كل عمل أو وكالة على حدة⁽²⁾. وتضبط مكافآت أعضاء مجلس الإدارة بعنوان المهام الإستثنائية من قبل مجلس الإدارة، ولا يمكن للرئيس المدير العام أو المدير العام ضبطها بمفرده. كما أنها تخضع إلى تدقيق مراقب الحسابات ورقابة المساهمين خلال الجلسة العامة. وتحمل هذه المبالغ على أعباء الاستغلال. ولا يمكن لأعضاء مجلس الإدارة الحصول على أي مكافأة أو مقابل لنشاطهم عدا ما ذكر.

وقد لاحظ بعض الدارسين أن القانون التونسي ما زال غير متلائم مع المعايير الدولية في ما يتعلق بالشفافية في مسألة مكافآت المديرين، إذ لا توجد آلية قانونية واضحة تمكن المساهمين من أن يطلعوا بدقة على مكافآت المديرين وحتى على أجور مراقبي الحسابات، على الأقل حين يتعلق الأمر بشركات ذات مساهمة عامة⁽³⁾، في حين أن عديد القوانين الأوروبية توجب على الشركة أن تنص في تقرير التصرف السنوي على هذه الأجور مفصلة وأن تخضعها إلى تدقيق مراقب

(1) امتثلت عدة شركات إلى هذا القانون، فقرر البعض منها أن مكافأة المديرين تحددها الجلسة العامة في شكل مبلغ سنوي أقصى. وبالمقابل، تشير بعض التقارير إلى أن حوالي نصف الشركات توخّت هذا الأسلوب الملثوي. أنظر:

« La moitié des entreprises contourneraient l'esprit de l'initiative Minder », <http://www.rts.ch/info/economie/6205170-la-moitie-des-entreprises-contourneraient-l-esprit-de-l-initiative-minder.html>, publié le 08.10.2014 à 17:30

(2) Slaheddine MELLOULI et Sami FRIKHA, *op. cit.*, p. 177, n° 679.

(3) Guide de Bonnes Pratiques de Gouvernance de l'IACE, précité, p. 38.

الحسابات. ويمثل تنقيح 16 مارس 2009 وفق ما تم تأويله من قبل هيئة الخبراء المحاسبين بالبلاد التونسية خطوة واضحة في هذا الاتجاه.

ويشار إلى أن القوانين الأوروبية حتى وإن فرضت درجة من الشفافية على أجور المديرين فإنها لم تضع معايير أو آليات لتحديد هذه الأجور أو لوضع سقف لها، بالنظر إلى أن المسألة تظل تعاقدية صرفة وترتبط بحجم الشركة ونتائجها والجهد المبذول لإدارتها وتطوير نشاطها. فكل ما أمكن القيام به هو إخضاعها لدرجة من الشفافية لإعلام المساهمين والغير بدرجات متفاوتة من قانون إلى آخر بغاية تدعيم رقابة المساهمين على أمور الشركة وتمكين الغير من مساءلة المديرين في صورة حصولهم على أجور لا تتماشى مع حقيقة ما يقدمونه للشركة. ففي القانون الفرنسي مثلا، يجب أن يتم التنصيص في تقرير التصرف بوضوح على أعلى 5 أو 10 أجور بحسب حجم الشركة. ويشمل ذلك المديرين والأجراء على حد سواء.

3.2. مسؤولية أعضاء هيكل الإدارة

تُطرح مسؤولية أعضاء هيكل الإدارة، لا فقط من زاوية المسؤولية المدنية، ولكن أيضا من جهة المسؤولية الجزائية. وقد اخترنا استعمال مصطلح "هيكل الإدارة" حتى يشمل كل أصناف المديرين: أعضاء مجلس الإدارة والمدير العام عندما لا يكون عضوا بالمجلس والمديرين الفعليين أيضا.

أ. المسؤولية المدنية لأعضاء هيكل الإدارة

يتحمل المديرون المسؤولية المدنية عن أخطاء التصرف التي يرتكبونها، تجاه الشركة وتجاه الغير، وخصوصا في صورة توزيع أرباح وهمية أو عدم المعارضة في توزيعها رغم العلم اليقيني أو المفترض بكونها صورية⁽¹⁾، وكذلك في صورة الاستقالة عن سوء نية أو في وقت غير مناسب.

ولا يشير القانون التونسي كما هو شأن أغلب القوانين الأجنبية إلى مسؤولية المستشارين والمساعدين الذين يستعين بهم مجلس الإدارة أو هيكل التسيير بوجه عام في الإعداد لاتخاذ قرارات التسيير والتصرف على الرغم من الدور الخطير

(1) قرار تعقيبي عدد 5210 مؤرخ في 5 جانفي 2001 مجلة القضاء والتشريع، العدد 9 لعام 2001، ص. 221.

الذي يلعبونه في هذا المجال. والقاعدة أن المسؤولية تقع على عاتق الميسرين وحدهم، غير أن ذلك لا ينفي مسؤوليتهم في صورة عدم الرجوع إلى المستشارين القانونيين وغيرهم قبل اتخاذ القرارات⁽¹⁾.

1.1. الخطوط التوجيهية الأساسية

في ظل الأزمة المالية والاقتصادية التي تعصف باقتصاديات كل دول العالم منذ أواخر سنة 2007 وخصوصاً سنة 2008، تكاثرت عدد القضايا المتعلقة بمسؤولية الميسرين ومطالبتهم بالتعويض للمساهمين عن آثار القرارات الخطيرة التي اتخذوها أو التداعيات السلبية لعدم اتخاذهم قرارات يعتقد الطالبون أنه كان من المتعين اتخاذها في الإبان لإنقاذ الشركة من التدهور. وقد صدرت في ولاية «دالوير» Delaware الأمريكية، المعروفة بقوانينها الليبرالية في مجال إحداث الشركات، عدة أحكام هامة تبين نطاق مسؤولية الميسرين وشروطها.

ففي قرار يعرف باسم «ليوندل I» وتعلق وقائعته بعملية اندماج شركتين، وسّعت محكمة دالوير التجارية من مجال مساءلة الميسرين وفق ما تقرر في قرار «رفلون»⁽²⁾ الذي اعتبر أنه في صورة التفويت في المؤسسة نقداً، ينبغي على الميسر أن يقوم بواجبه في حسن الإدارة بحيث يتوصل إلى الحصول على أفضل سعر ممكن أو معقول للمؤسسة. كما اعتبرت المحكمة أن مجرد السهو يتشكل به خطأ في التسيير خاصة إذا كان يدل على إهمال جليّ وواضح، وأن مجرد الحرص على الظهور بمظهر الميسر المعتني بأمور الشركة لا يكفي. ويمكن الإستدلال على الإهمال من خلال توافر أعضاء مجلس الإدارة على الرئيس التنفيذي (Chief Executive Officer, CEO) وتركه يتفاوض مع الشركة المستوعبة والإقتصار على المشاركة في المرحلة الأخيرة التي كانت احتفالية بالأساس واقتصار المجلس على دراسة عملية بهذا الحجم في جلسة لم تستغرق سوى 45 دقيقة⁽³⁾.

(1) Daniel LUCIEN BÜHR and Herbert WOHLMANN: «Top five governance principles for the corporate legal function», <http://www.ethic-intelligence.com/experts/318-is-there-a-need-for-good-governance-in-the-corporate-legal-function> [19.07.2013 10:59:57]

(2) Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdigns, Inc., 506 A.2d 173 (Del. 1986).

(3) Ryan v. Lyondell Chemical Company, Delaware Chancery Court, July 29, 2008, case No. 3176-VCN.

وفي قضيت تعرف باسم «ليوندل II»، اعتبرت المحكمة أن عدم تقييد مجلس الإدارة بالواجب المشار إليه في فقه قضائها السابق يشكل خرقاً لواجب الوفاء والأمانة *duty of loyalty* تجاه الشركة، بما تنشأ به مسؤولية الميسرين تجاه الشركة.

ثم طرحت المسألة مجدداً في قضية موالية تعرف باسم قضية «ليوندل III» طلبت فيها مجموعة من المساهمين يمثلهم المسمى «رايان» تغريم الميسرين لفائدتها بسبب إخلالهم بواجب الأمانة والنزاهة والصراحة وتغليب مصالحهم الفردية على مصالح الشركة عند التفويت فيها بمبلغ 13 مليار دولار. وقد تراجعت المحكمة العليا بدالوير في قرارها الصادر 25 مارس 2009 عن فقه قضاء «ليوندل I» بأن اعتبرت أن مسؤولية الميسرين تخضع إلى المبادئ الثلاثة التالية:

- لا يكون الميسرون مسؤولين في صورة بيع المؤسسة نقداً إلا إذا ثبت سوء نيتهم وذلك بخرقهم عن قصد ووعي لواجباتهم المقررة في فقه قضاء «ريفلون»، وبالتالي فإن درجة الحرص والعناية المطلوبة تتجاوز مجرد المؤاخذه من أجل الإهمال.

- لا تقوم مسؤولية الميسرين إلا في صورة اتخاذ قرار نهائي بالتفويت في المؤسسة. ولا يُسأل الميسر إذا اقتصر على المعارضة في العملية أو الدعوة إلى التريث «wait and see approach».

- لا توجد إجراءات معينة أو مضبوطة مسبقاً ينبغي إتباعها بل يتم تقييم تصرف الميسرين حالة بحالة بالنظر إلى وقائع كل نازلة على حدة. «فلا يمكن لأي محكمة أن تدل الميسرين على طريقة دقيقة لتحقيق ذلك الهدف (احترام واجب حسن التسيير) إذ أنهم يواجهون تظافراً فريداً من الظروف والملايسات التي يخرج العديد منها عن سيطرتهم»⁽¹⁾.

غير أنه أمكن من خلال هذا القرار التوصل إلى تحديد بعض «الخطوط التوجيهية الأساسية» *guidelines* لتعامل الميسرين مع أمور الشركة، تتمثل في ما يلي:

(1) Delaware Supreme Court, Ryan v. Lyondell Chemical Company, March 25, 2009, [http://courts.delaware.gov/opinions/\(lkdzqemfekuursqvnrsxyr45\)/download.aspx?ID=119350](http://courts.delaware.gov/opinions/(lkdzqemfekuursqvnrsxyr45)/download.aspx?ID=119350).

- * ضرورة الحرص على الحصول على المعلومة حول معاملات الشركة (كعمليات التفويت في المؤسسة) وتوفيرها *stay informed*.
- * تجنب التواكل وعدم ترك الصلاحيات الفعلية لشخص واحد ولو كان الرئيس المدير العام أو الرئيس التنفيذي للشركة.
- * الحصول على أقصى عدد ممكن من العروض التنافسية.
- * تجنب التسرع في اتخاذ القرار.
- * تدوين مشاريع العقود والقرارات والمداولات (إبقاء أثر كتابي يمكن الرجوع إليه *traçabilité*).
- * الحصول على ضمانات إضافية وعدم الإقتصار على الضمانات المقررة ألبا بحكم القانون.
- * الحصول بانتظام على مشورة المختصين وخصوصا رجال القانون، خاصة مع التطور السريع لفقه القضاء (والتشريع بالنسبة لتونس).
- وقد انتهت المحكمة العليا بدلولير إلى رفض الدعوى الجماعية *class action* التي رفعها المساهمون بناء على أن عدم مراعاة واجب الحرص والتثبت لا يشكل منه بصفة آلية خرق لواجب حسن النية والنزاهة في التسيير وأن مسؤولية الميسرين لا تقرم بالتالي إلا في صورة تجاهلهم لواجباتهم قصدا وعن وعي وإدراك. فلا تقوم مسؤولية مجلس الإدارة إذا قام بالتفويت في المؤسسة في إطار عملية اندماج، بناء على نصائح صادرة من المستشارين الماليين والقانونيين للشركة وطالما أن ظروف الواقعة تبرز أن الميسرين لم يكن بإمكانهم أن يتوقعوا إمكانية بيع المؤسسة بثمن أفضل من الثمن المعروض بالنظر إلى قيمة الشركة الاقتصادية وآفاقها. ومما يدعم ذلك أن الميسرين تفاوضوا مع الشركة العارضة على مدى عامين ودفعوها إلى تحسين عرضها (من 40 إلى 48 دولار للسهم الواحد)، كما أن الثمن المحدد للسهم الواحد زمن المبادلة يتجاوز الثمن الذي وقع به تداول نفس الأسهم في السوق المالية في اليوم السابق للمبادلة بنحو 45 بالمائة.
- وفي قرار صادر سنة 2014 في قضية تعرف باسم «تشان ضد هاوارد أندرسون»⁽¹⁾، أوضحت نفس المحكمة أنه إذا كانت للميسرين مصلحة شخصية

(1) *Chen v. Howard-Anderson*: the Delaware Court of Chancery (Laster, V.C.), 87 A.3d 648 (Del. Ch. 2014).

ولو كانت غير مباشرة في عملية تغيير ملكية أغلبية رأس مال الشركة، فإن مسؤوليتهم تكون قائمة عن عدم الاحتياط والتثبت ولو في غياب قصد الاستفادة الشخصية أو الإضرار بالشركاء، وذلك باعتبار أن درجة التسامح في صورة تضارب المصالح تكون أدنى مما هي عليه في صورة إنجاز عملية ليست للمسير مصلحة خاصة فيها. ويعتبر بعض المعلقين أن نتيجة هذا التوجه القضائي هي أنه إذا كان في العملية تضارب مصالح فالأفضل للميسرين أن يفوضوا صلاحياتهم إلى ميسرين «خارجيين» *independent outside directors* أو إلى هيئة مستقلة⁽¹⁾.

2. إمكانية إثارة دعوى مسؤولية الميسرين من قبل الجلسة العامة للمساهمين

يمكن للجلسة العامة أن تقرر إثارة دعوى المسؤولية ضد الميسرين ولو لم تكن هذه المسألة مدرجة في جدول الأعمال، وترفع هذه الدعوى باسم الشركة. وفي هذه الحالة يمكن للشركة أن تتخلى إثر ذلك عن الدعوى أو أن تبرم صلحا في شأنها، ما لم يعترض مساهم أو مساهمون يملكون 5 بالمائة من رأس المال على ذلك التخلي.

ويمكن لمساهم أو لمساهمين يملكون 5 بالمائة من رأس مال الشركة أن يرفعوا دعوى في المسؤولية ضد أعضاء مجلس الإدارة حماية للمصالح المشتركة، وفي هذه الحالة لا يحق للشركة التصالح في حق المدعي أو المدعين أو التخلي عن الدعوى ولو نص العقد التأسيسي على عكس ذلك.

وتثار دعوى المسؤولية التي ترفعها الشركة ضد أعضاء مجلس الإدارة (وسائر أعضاء هياكل التسيير والإدارة) خلال السنوات الثلاث الموالية للكشف عن الفعل الضار، إلا إذا اكتسب الفعل صبغة جنائية، حيث تنقضى الدعوى المدنية بنفس آجال انقراض الدعوى العامة وهي عشر سنوات.

(1) Kedar BHATIA: «Court clarifies director and officer liability in mergers and acquisitions transactions», <http://www.cover4directors.com/court-clarifies-director-officer-liability-mergers-acquisitions-ma-transactions/> - Posted on June 13, 2014.

3.1. تدعيم حماية أقلية المساهمين

يلاحظ أن القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الشركات التجارية قد عدّل النسب المنصوص عليها بالفصل 220 من مجلة الشركات بغاية تدعيم حماية أقلية المساهمين وبالتالي تدعيم حماية مصالح الشركة.

فلئن حافظ التعديل على قاعدة جواز الرجوع في دعوى الشركة المقامة من قبل ممثلها القانوني *action sociale ut universi* بقرار من الجلسة العامة، فقد خفض من النسبة المشترطة للمعارضة في الرجوع في هذه الدعوى، فأوجب أن لا يعارض في ذلك مساهم أو مساهمون يمسك أو يمسكون 5 بالمائة من رأس المال إذا كانت الشركة ذات مساهمة خصوصية أو 3 بالمائة إذا كانت ذات مساهمة عامة، بعد أن كانت هذه النسبة محددة بخمسة عشر بالمائة. ولم يعتمد المشرع في هذا الإطار معيار مسك مساهمة تقل أو تفوق مليون دينار حتى لا يزيد في التضيق من إمكانية الرجوع في دعوى المسؤولية.

أما دعوى الشركة المقامة من قبل المساهمين *action sociale ut singuli* فيمكن في ظل النص الجديد القيام بها من قبل مساهم أو مساهمين مالكين لـ 3 بالمائة من رأس المال فحسب إذا تعلق الأمر بشركة ذات مساهمة خصوصية و 3 فقط إذا كانت شركة ذات مساهمة عامة ويشترط أن لا يكون المدعي عضواً في مجلس الإدارة. وقد عوضت هذان النسبتان نسبة 15 بالمائة من رأس المال التي كانت مقررة في الفقرة الأخيرة من الفصل 220 قبل تعديل 16 مارس 2009. وإضافة إلى ذلك، أجازت الفقرة الرابعة (جديدة) من الفصل 220 القيام بدعوى الشركة لكل مساهم أو مساهمين يملكون مساهمة لا تقل عن مليون دينار. وبذلك أصبحت المعايير المعتمدة لتحديد الحق في القيام بدعوى المسؤولية تبادلية *critères alternatifs*، تتعلق إما بنسبة رأس المال التي يملكها المدعي (وهي نسبة متغيرة بحسب صنف الشركة بخلاف النسبة الثابتة التي كان يعتمد عليها النص السابق) وإما بحسب حجم المساهمة التي يملكها المدعي بقطع النظر عما تمثله بالنسبة لرأس المال الإجمالي. فالمشرع يعتبر أن من يساهم بمليون دينار في رأس مال شركة تجارية يعتبر في جميع الأحوال مستثمراً جديراً بالحماية القانونية ويكون رأيه وموقفه جديرين بالاعتبار بقطع النظر عن حجم رأس المال الإجمالي.

وعلى خلاف دعوى الشركة التي يرفعها الممثل القانوني، تتميز دعوى الشركة المرفوعة من قبل المساهمين فرادى بأنها ليست ملكاً للجلسة العامة فلا يجوز أن يتم التصالح في شأنها مطلقاً وليس للجلسة العامة ولا للمسيرين الرجوع فيها، وكل شرط في العقد التأسيسي يقتضي خلاف ذلك يعد باطلاً ولا عمل عليه.

4.1. حق المساهم في القيام بالدعوى الفردية

من جهة أخرى، يلاحظ أن الفصل 79 من المجلة التجارية كان ينص على حق المساهم في القيام بالدعوى الفردية *action individuelle* لطلب التعويض له عن ضرر لحقه بصفة فردية من أخطاء المسيرين، كما كان ينص على حق الغير في القيام على المسيرين بدعوى المسؤولية عن كل فعل مخالف لأحكام المجلة أو أخطاء التصرف وخصوصاً في صورة توزيع أرباح وهمية أو عدم المعارضة في توزيع أرباح وهمية. وقد حذفت مجلة الشركات التجارية هذا النص لأسباب غير واضحة، وربما كان ذلك بناء على خلط مع دعوى الشركة المقامة بصفة فردية. ومهما يكن من أمر فإن الفقه الفرنسي يعتبر أن هذه الدعوى مؤسسة على الأحكام العامة للمسؤولية المدنية وبالتالي لا ضرورة لأن يقرها نص تشريعي صريح، فيمكن القيام بها حتى في غياب نص. لكن بالنسبة لتونس كان هناك احتمال لأن يعتبر فقه القضاء أن إلغاء السند التشريعي لهذه الدعوى إنما يجسد إرادة المشرع في إلغاء الدعوى ذاتها⁽¹⁾، وهو السبب الذي جعل مشرع سنة 2009 يدرج تنقيحاً صريحاً على هذه الدعوى في الفصل 220، خاصة أن هذه الدعوى مكرسة بنص صريح بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة، وهو وضع غريب يذكرنا بوجود الفصل 139 المتعلق بحق طلب اختبار في التصرف في الشركة ذات المسؤولية المحدودة وغياب نص مماثل في ما يتعلق بالشركة خفية الاسم إلى أن تم إدخاله في تعديل 27 ديسمبر 2007 (قانون حفز المبادرة الاقتصادية)، بما يستتج منه أنه على مستوى منهجية العمل، تم تحرير الباب المتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة من قبل فريق عمل مختلف كان أكثر حرصاً على حماية حقوق الأقلية من الفريق «المحافظ» الذي تولى تحرير الأحكام المتعلقة بالشركة خفية الاسم.

(1) Ahmed OUEFFELI: «La protection des actionnaires minoritaires en droit tunisien des sociétés», *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, Vol. 13, 2006-2007, Brill eds., p. 107.

وجدير بالملاحظة أن فقه القضاء الفرنسي تردد في تحديد حالات جواز القيام بالدعوى الفردية، فذهب في مرحلة أولى إلى رفض الدعوى المؤسسة على تراجع قيمة الأسهم التي يملكها المدعي بسبب أخطاء التصرف، وذلك من منطلق أن تقلص قيمة الأسهم لا يمكن أن يكون خاصا بالمدعي وحده وبالتالي فهو يهم كل الشركاء ويرتبط بتقلص قيمة كامل أصول الشركة فينبغي طلب التعويض عنه في إطار دعاوى الشركة لا في إطار الدعاوى الفردية⁽¹⁾، لكنه عدل عن هذا التوجه وأصبح يعيل إلى اعتبار أن هذه الواقعة تمثل ضررا فرديا⁽²⁾.

وفي إطار «تدارك الوقت الضائع»، رجع مشروع سنة 2009 إلى الينابيع وتحديدًا إلى القواعد المكرسة منذ أكثر من قرن وتحديدًا بالفصل 1276 من مجلة الالتزامات والعقود لاستلهاهم قواعد تحديد التعويضات التي تحمل على المسيرين. وعلى غرار ما تقرر بالنسبة لمسيري الشركة ذات المسؤولية المحدودة، نص الفصل 220 في صياغته الجديدة على أن المحكمة «تقضي [...] بإلزام المسير القانوني أو الفعلي برّد ما أخذه من مال الشركة مع الأرباح الحاصلة له من استعمالها لخاصة نفسه أو للغير ويبقى الحق للشركاء في مطالبة بما فوق ذلك من الخسائر وتوجيه الدعوى الجزائية عليه عند الاقتضاء».

وتستحق التعويضات المحكوم بها لفائدة الشركة.

فعلاوة على إلزام المسير برّد ما أخذه، وهو ما يصنف في الأحكام العامة للمسؤولية المدنية (الفصل 278 من مجلة الالتزامات والعقود) على أنه تعويض عن الخسارة الفعلية أي ما نقص من مال الدائن حقيقة، وإلزامه أيضا بأداء قيمة ما فات الشركة (المضروور) من الأرباح بسبب الفعل الضار، يضيف النص الجديد أن المسير ينبغي عليه أن يرجع إلى خزائن الشركة كل ربح جناه من جراء استعمال أموال الشركة لمأربه الشخصية. وتتطابق هذه القاعدة مع ما هو مقرر في القوانين الأنكلوساكسونية ومع المعايير المعتمدة من قبل بعض المؤسسات مثل بعثة البنك الدولي *Doing Business*، لكنها لا تمثل ابتداء أو تجديدا حقيقيا في القانون التونسي، إذ تم نقل الأحكام الجديدة بشكل يكاد يكون حرفيا عن

(1) Cass. Com., 1^{re} avr. 1997, Bull. Joly 1988, p. 650, note J.-F. BARBIERI.

(2) Arrêt Dassault Cass. Com., 18 fév. 1997, associés dans la société Sogitec c. société Dassault, Petites Affiches, 31 août 1998, note J.-L. COURTIER.

الفصل 1276 من مجلة الالتزامات والعقود. ويتجه توضيح أن الحاجة إلى وضع هذا النص الخاص يبررها اقتصار أحكام الفصل 1276 المذكور على الشريك الذي يستعمل مال الشركة لمصلحته الشخصية وعدم امتداده إلى المسيرين، لأن الشركة كما ينظمها النص المذكور إنما هي الشركة المدنية التي يعتبر فيها كل شريك مسيرا بحكم القانون.

أ.5. المسؤولية الخاصة بالرئيس المدير العام

يتحمل الرئيس المدير العام مسؤولية خاصة به، وذلك من منطلق تميز وضعه القانوني عن وضع سائر أعضاء مجلس الإدارة، إذ أنه يعتبر تاجرا ويمكن تحميله نتائج الفلسفة إن أفلست الشركة، كما يمكن إلزامه بسد العجز في موجودات الشركة بالتضامن مع المديرين العامين المساعدين أو دون تضامن. كما يمكن تحميل نفس المسؤولية للرئيس المدير العام الوقتي أو لعضو مجلس الإدارة المفوض عند الاقتضاء. ويمكن لمن ذكر التفصي من هذه المسؤولية إذا أثبت عدم ارتكابه لأخطاء في التصرف، أي أن القانون وضع قرينة بسيطة على أن إفلاس الشركة يعزى إلى سوء التسيير، حتى يثبت المعني بالأمر خلافه.

وعلى غرار ما تقرر بالنسبة لوكيل الشركة ذات المسؤولية المحدودة، جاء القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الشركات التجارية بتعديل جزئي في الأحكام المتعلقة بمسؤولية مسيري الشركة خفية الاسم عن ديون الشركة في صورة إفلاسها. ذلك أن أحكام الفصول 121 و 214 و 254 لم تكن متناسقة بدرجة كافية، فتم توحيد صياغتها مع مراعاة اختلاف صفات المسيرين المعنيين والمناصب التي يحتلونها في كل صنف من الشركات المعنية (الشركة ذات المسؤولية المحدودة - الشركة خفية الاسم ذات مجلس الإدارة - الشركة خفية الاسم ذات هيئة الإدارة الجماعية).

وبموجب الصياغة الجديدة، أعيد تحرير الفصل 214 كليا كما يلي: «إذا أظهرت التسوية القضائية أو التفليس عجزا في الأصول يمكن للمحكمة بطلب من المتصرف القضائي أو أمين الفلسفة أو من أحد الدائنين أن تقرر أن ديون الشركة يتحملها كليا أو جزئيا الرئيس المدير العام أو المدير العام المساعد أو المديرون العاملون المساعدون أو أعضاء مجلس الإدارة أو كل مسير فعلي آخر وبالتضامن

فيما بينهم أو دونه إلى حد المبلغ الذي تعينه المحكمة. ولها أن تحجر على المحكوم عليه مباشرة تسيير الشركات أو مباشرة نشاط تجاري لمدة يحددها الحكم.

ولا يعفى الأشخاص المذكورون من المسؤولية إلا إذا أثبتوا أنهم بذلوا في إدارة الشركة من النشاط والعناية ما يبذله صاحب المؤسسة المتبصر والوكيل التزيه.

وتسقط الدعوى بمضي ثلاث سنوات من تاريخ حكم التسوية القضائية أو الحكم بالتفليس.

وبالمقارنة مع الصيغة السابقة، أقر النص الجديد القواعد الجديدة التالية:

- تخويل طلب سد العجز في موجودات الشركة *comblement du passif social* في صورة التسوية القضائية، في حين أن الصيغة القديمة كانت تقصر هذه الإمكانية على صورة التفليس.

- توسيع حق القيام بطلب الحكم بسد العجز من حيث الأشخاص وذلك بتخويل كل دائن مفردا الحق في ذلك. ومع أن هذه القاعدة قد تجعل المسير عرضة لدعاوى متعددة إذا تعدد دائنو الشركة فإن وحدة الاختصاص الترابي والحكمي (باعتبار أن هذه الدعوى ترفع أمام المحكمة التي أصلرت الحكم بالتفليس أو بالتسوية لارتباط الدعوى) تقلص من هذا التشتت إذ تجيز للمحكمة ضم القضايا لبعضها أو قرننها على الأقل. ولا يوجد ما يمنع أحد الدائنين من أن يطلب من المحكمة التصريح بالزام المسير بسد العجز في نفس الحكم بالتسوية القضائية أو بالتفليس. كما أن محدودية أجل القيام تقلص من مخاطر تكرار الدعاوى.

وقد أبقى هذا النص على الإمكانات المخولة للمحكمة، إذ يمكنها أن تحمل على المسير القانوني أو الفعلي كامل العجز في موجودات الشركة أو جزءا منها بحسب الحال وبحسب خطورة أخطاء التصرف الصادرة عنه وبحسب ما قد يظهر من تخاذل المسير في القيام بنشاط التسيير بالجدية والعناية والنزاهة اللازمة. كما حافظ على القاعدة التي تقتضي أن العجز يمكن أن يتحملة كل

مسير قانوني أو واقعي / فعلي *dirigeant de fait*، سواء حُمل عليهم بالتضامن أو من دونه.

وتقرر المحكمة التضامن بين المسيرين إن تعذر فرز مناب كل واحد منهم من المسؤولية وكانوا على نفس القدر من الإهمال أو سوء النية في إدارة أمور الشركة. ذلك أنه وقعت المحافظة أيضا على القاعدة التي تجيز للمسير المدعى عليه أن يخفض قرينة المسؤولية المقررة ضده قانونا بأن يثبت أنه «بذل في إدارة الشركة من النشاط والعناية ما يبذله صاحب المؤسسة المتبصر والوكيل التزيه». والمعيار المعتمد هنا هو معيار صاحب المؤسسة المتبصر والوكيل التزيه، وهو ما يستتج منه أن المسير ينبغي عليه أن يتعامل مع أمور الشركة كما لو كانت أموره الشخصية فيبذل لإنجاحها كل العناية التي يبذلها الإنسان الحازم في إنجاح مآربه الخاصة، لكن مع توخي النزاهة والأمانة، فلا يفهم من النص أن له أن يتصرف في أموال الشركة لمنفعته الخاصة كما لو كانت أمواله الشخصية. فالإحالة التي يتضمنها الفصلان 198 و 214 من مجلة الشركات التجارية إنما هي إحالة إلى درجة العناية المطلوبة لا إلى سلطة الشخص في استعمال أمواله بحرية وعلى النحو الذي يراه⁽¹⁾. وأبقى النص الجديد أيضا على أجل القيام بالدعوى وهو ثلاثة أعوام مع إضافة أنه يبدأ من تاريخ الحكم بالتفليس أو بالتسوية القضائية بحسب الحالة.

ويلاحظ أن القانون المقارن يمنح المساهمين إمكانات عديدة للتصدي لسوء التسيير والتصرف الصادر عن المسيرين. فقد نص مرسوم صادر سنة 2004 في هونغ كونغ على أنه يمكن لأقلية المساهمين أن تطلب من القاضي الإذن بوضع حد لكل سلوك «غير منصف» صادر عن المسيرين وذلك بمنع المسيرين من التصرف على نحو معين في المستقبل علاوة على الحق في مطالبتهم بالتعويض عن الضرر اللاحق بالشركة وبكل شريك على حدة. ويضيف هذا المرسوم أن «السلوك غير السليم» أو الخطأ في التصرف الصادر عن المسيرين *misfeasance* يمكن أن يتمثل في كل غش أو تحايل أو إهمال أو مخالفة للقوانين والتراتيب أو إهمال أي واجب منصوص عليه في القانون أو في العقد التأسيسي:

(1) Ahmed OUEFFELI: «Le nouveau concept d'entrepreneur avisé et de dirigeant loyal, un outil efficace de gestion ? », *Revue Tunisienne de Droit* 2007, op. cit.

(*fraud, negligence, default in complying with any statutory provision or rule of law or breach of duty*).

ومع أن هذا النص لم يأت بقواعد مخالفة للقواعد العامة فإنه أضفى الكثير من الوضوح على أحكام مسؤولية المسيرين.

أما في القانون الفرنسي فتوجد عدة آليات تسمح للمحكمة المتعہدة بمطلب تسوية قضائية بأن تصدى لسوء التسيير والتصرف، فيجوز لها أن تمنع المسيرين من التفويت في أموالهم وخصوصاً في أسهمهم في الشركة التي هي موضوع الإجراءات الجماعية. ويمكن أن يتضمن القرار في نفس الوقت نقل حق التصويت إلى وكيل خاص *mandataire ad hoc* يتولى التصويت عوضاً عن المسير⁽¹⁾.

وفي القانون النرويجي، يكفي الإهمال كسند لمسؤولية المسيرين إلى جانب الخطأ العمدي⁽²⁾. غير أن المادة 2.17 من هذا القانون تمنح القاضي سلطة تقدير التعويض والتخفيف من المسؤولية عند الإقتضاء مراعاة لظروف الحال وخصوصيات كل نازلة وخاصة درجة الإهمال المنسوب للمسير وإمكانياته المالية. ولا يمكن أن يُستتج بوضوح إن كان مراد المشرع النرويجي هو إلزام المسير الذي يرتكب أخطاء فاحشة وعمدية في التسيير بأداء «غرامات عقابية» (*punitive damages / dommages-intérêts punitifs*) أم أنه يعتمد التوجه التقليدي القائل بأن التعويض لا يمكن أن يتجاوز قيمة الضرر حتى لا يثري المتضرر بسبب خطأ المخطئ.

(1) Michel JEANTIN et Paul LE CANNU: « *Droit commercial. Entreprises en difficulté* », éd. Dalloz, Précis Droit privé, Paris 2007, 7^e édition, p. 234, n° 333.

(2) Section 17-1 of the Private Limited Companies Act and the Public Limited Companies Act (together known as the «Companies Act»):

Duty of care :

«The company, shareholder or another party may demand that the general manager, directors, members of the corporate assembly, independent experts, persons conducting an inquiry or shareholders are to pay compensation for any loss which they, in their aforementioned capacity, may have caused to the party in question by intent or through negligence.»

6. أ. تجديد تعديل 16 مارس 2009 في ما يتعلق بإثبات أخطاء التصرف

من جهة أخرى، يلاحظ أن القانون التونسي شهد تجديدًا هامًا في ما يتعلق بإثبات أخطاء التصرف. فقد أضيف بموجب الفصل 15 من القانون عدد 69 لسنة 2007 المؤرخ في 27 ديسمبر 2007 المتعلق بحفز المبادرة الاقتصادية⁽¹⁾ فصل 290 مكرر إلى مجلة الشركات التجارية، يقتضي أنه «يمكن لمساهم أو عدة مساهمين يملكون عشرة بالمائة من رأس مال الشركة على الأقل فرديًا أو جماعيًا أن يطلبوا من القاضي الاستعجالي تعيين خبير أو مجموعة خبراء يعهد إليهم تقديم تقرير حول عملية أو عدة عمليات تصرف.

ويتولى الخبير تبليغ نسخة من تقرير الاختبار إلى الطالب أو الطالبين وإلى النيابة العمومية وإلى مجلس الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية وإلى مجلس المراقبة حسب الحالة وإلى مراقب الحسابات وإلى اللجنة الدائمة للمراقبة عند الإقتضاء وبالنسبة إلى الشركات ذات المساهمة العامة إلى هيئة السوق المالية. ويرفق التقرير المذكور بتقرير مراقب الحسابات ويتم وضعه على ذمة المساهمين بمقر الشركة قبل أقرب جلسة عامة عادية أو خارقة للعادة وذلك بالشروط المنصوص عليها بالفصل 274 وما يليه من هذه المجلة».

وقد اقتدى المشرع في صياغة هذا النص بأحكام الفصل 139 من ذات المجلة الذي أجاز للشركاء المالكين للعشر من رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة القيام لدى القضاء الاستعجالي لطلب تعيين خبير في التصرف (ويسمى أيضًا «خبير الأقلية» *expert de gestion ou de minorité*)، غير أنه ذهب إلى أبعد منه بأن أقر درجة عالية من الشفافية. فالخبير ملزم باحترام المبادئ الإجرائية الأساسية وخاصة مبدأ الشفافية والمواجهة بين الخصوم، لكن الإجراءات اللاحقة لتحرير الاختبار تجعل المعلومة تبلغ إلى عدد كبير من الأشخاص الذين يسهل عليهم عندئذ تحليلها واستنتاج ما يروونه منها بشأن حسن تصرف المسيرين أو سوء تصرفهم في الشركة. فالخبير مطالب بتبليغ نسخة من تقرير الاختبار إلى الطالب أو الطالبين وإلى النيابة العمومية وإلى مجلس الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية وإلى مجلس المراقبة بحسب صيغة تسيير الشركة، وإلى

(1) ورد هذا التنقيح ضمن أحكام الباب الثالث: «تسيير إجراءات التسيير والتصرف وحماية المساهمين والشركاء».

مراقب الحسابات وإلى اللجنة الدائمة للرقابة إن توفرت في الشركة المعايير القانونية لوجوب تعيينها وكانت موجودة فعلا. أما بالنسبة إلى الشركات ذات المساهمة العامة فعلى الخبير مد حياة السوق المالية آليا بنسخة من تقريره. وعليه أن يقوم بذلك بصفة تلقائية ودون طلب من الجهات المذكورة. وتدخل مصاريف إعداد النسخ وتسليمها في مصاريف الاختبار، وللخبير الحق في إدراجها ضمن المصاريف ويتم تعديلها مع كامل أجوره. وتنتهي مهمة الخبير عند هذا الحد، خاصة أن الفصل 290 مكرر لا يوجب عليه الحضور أمام أحد هياكل الشركة (الجلسة العامة أو مجلس المراقبة مثلا). فمهمته محدودة ووقية ولا تتجاوز تحرير التقرير. لكن لا شيء يمنع المحكمة التي ترفع إليها دعوى أصلية (و حتى استعجالية) من استدعائه لسماع التوضيحات الإضافية التي يمكن مطالبتها بتقديمها شفاهة أو كتابة لإتمام ما ورد في التقرير الكتابي.

وإثر تبليغ نسخ من التقرير لمن تقدم، يرفق التقرير المذكور بتقرير مراقب الحسابات ويتم وضعه على ذمة المساهمين بمقر الشركة قبل أقرب جلسة عامة عادية أو خارقة للعادة وذلك في نفس الأجال التي توضع فيها وثائق المحاسبة ومشاريع القرارات المزمع عرضها على الجلسة العامة وفي نفس الأجال، أي خمسة عشر يوما قبل الجلسة العامة⁽¹⁾.

أ. 7. تجديد إصلاح 16 مارس 2009 على المستوى الإجرائي

جاء تعديل 16 مارس 2009 بتجديد آخر على المستوى الإجرائي. فقد أضيفت إلى الفصل 284 من مجلة الشركات التجارية فقرة قد لا تسترعي الإنتباه لكنها تحدث «ثورة صغيرة» في قانون الإجراءات التونسي، وهي تنص على أنه «[و] في صورة وجود نزاع في الأصل، يجوز للمدعي أن يطلب من المحكمة المتعده بالدعوى تعيين جلسة لتلقي أقوال الطرفين. ويجوز للطالب أن يطرح أسئلة على المدعى عليه أو عليهم».

ويتمثل التجديد الذي جاء به هذا النص في أنه النص الوحيد والأول من نوعه الذي يدخل منطق الإجراءات الأنقلساكسونية إلى التشريع التونسي. فهذا النص يجيز للمدعي أن يطرح على المسير المدعى عليه أسئلة مباشرة ودون

(1) الفصل 280 من مجلة الشركات التجارية.

المزور عبر استئذان المحكمة أو توجيه الأسئلة على لسانها. ويهدف هذا التعديل إلى تدعيم حقوق الدفاع وشفافية الإجراءات القضائية وتجنب إظهار المحكمة على أنها «وصي» على المتقاضين، تعيد صياغة الأسئلة على لسانهم بدعوى تحسين أسلوب صياغتها بما قد يجعل من وجهها يحس بأن الصياغة التي تقرأها المحكمة لا تعبر عن حقيقة مقصده. وفي الواقع فإن إدراج هذه القاعدة يدخل في رأينا في إطار «تدارك الوقت الضائع»، وذلك باعتبار أن التقاليد التي تقتضي أن لا يوجه الخصوم الأسئلة إلى بعضهم مباشرة ترسخت في تونس على أيدي القضاء الفرنسي، إذ أن القضاء الشرعي لم يكن يمنع على أي خصم التوجه بالكلام إلى خصمه مباشرة ومجاوبته بأسئلة مباشرة دون وكالة أو وصاية من المحكمة.

ومن الواضح أن المشرع التونسي أخذ في هذا المجال عن النظام الأنقلساكسوني المسمى «Cross examination» حيث يخضع كل طرف إلى نيران أسئلة الخصم مباشرة، بما يعطي فرصا أكبر لكل طرف للإقتراب من الحقيقة وإلى «انتزاع» المعلومات والمعطيات من الخصم نفسه بغاية كشف الحقيقة. لكن ما يلفت الانتباه هو أن المشرع التونسي أخذ عن النظام الأنقلساكسوني هذه التقنية الإجرائية لكنه لم يعممها بل قصر مجال تطبيقها على صنف معين من النزاعات في صنف محدد من الشركات. وربما كان ذلك منبئا بالتوجه المستقبلي للمشرع التونسي في مجال الإجراءات القضائية. فهل تصلح الشركات التجارية مختبرا لمدى فاعلية هذا النظام الإجرائي الخاص في تونس؟

ينبغي التأكد أولا من كيفية تطبيق هذا النص في الواقع القضائي التونسي. عندئذ يمكن الجزم بمدى استعداد القاضي التونسي للتخلي عن تقاليد «راسخة» لا يتجاوز تاريخها القرن والنصف قرن في بلد يمتد تاريخه المعروف على نحو سبعة آلاف عام⁽¹⁾.

ب. المسؤولية الجزائية لهيكل الإدارة

يعتبر بعض الفقهاء أن القانون الجزائي ينبغي أن ينزع إلى التخلي عن تجريم كل الأفعال الداخلة في ممارسة الأنشطة التجارية، باستثناء قائمة ضيقة من الأفعال

(1) المقصد هو الرجوع إلى الحضارة القبطية (القبطية) وهي إحدى أقدم الحضارات البشرية المعروفة إن لم تكن أقدمها على الإطلاق. وهي أقدم من الحضارة الفينيقية بنحو أربعة آلاف عام.

التي حاول بعض الشراح حصرها في: عرض موازنة غير صحيحة وتوزيع أرباح وهمية والترفع العمدي في قيمة المساهمات العينية والإعتساف في استعمال أموال الشركة أو في استعمال السلطات⁽¹⁾.

ويمكن الجزم بأن القانون التونسي لا يتعد كثيرا عن هذا التصور، إذ أن هذه الأفعال هي التي تشكل نواة القانون الجزائي للشركات. غير أن ذلك لا ينفي تجريم بعض الأفعال الأخرى، بما في ذلك الإخلال ببعض الموجبات الشكلية، بما جعل أحد الفقهاء يتساءل عن جدوى هذا التوسع في التجريم، مستلهما من قول مونتيكيو «إن القوانين غير المفيدة تضعف القوانين الضرورية»⁽²⁾. غير أن ذلك لا ينفي أن القانون الجزائي للشركات في تونس يظل معتدلا نسبيا ويقوم على فكرة «القانون الجزائي الرمزي»، باعتبار أن هذه النصوص لا تطبق إلا في النادر، وهو أمر يقبله المشرع بمحاسنه ومساوئه (وخاصة منها إظهار تطبيق القانون للعامة على أنه عملية انتقائية أو عشوائية) ولو أنه يوجد توجه عام نحو الإقتصار على تجريم الأفعال الخطيرة، سواء كان ذلك بموجب نصوص خاصة بمجلة الشركات أو بموجب الأحكام العامة. ولا بأس من الإشارة هنا إلى صعوبات التأويل والتطبيق المترتبة عن تعايش النصوص العامة مع النصوص الخاصة (كما هو الشأن بالنسبة لجريمتي مسك محاسبة مخالفة للواقع والتدليس، أو تجرمي خيانة الأمانة الموصوفة الصادرة عن الوكيل والإعتساف في استعمال أموال الشركة أو سمعتها)، حيث تارجحت القراءات بين قول بتقديم الخاص على العام وقول بتطبيقهما معا (application cumulative) بما يؤدي في مجمل الأحيان إلى تطبيق نظرية توارد الجرائم التي تنتهي إلى تطبيق النص العام وإفراغ النص الخاص من كل جدوى.

ويلاحظ أن النيابة العمومية تقوم في بعض القضايا بإحالة المتهم على المحكمة على أساس النصين، الخاص والعام، معا، تاركة بذلك مسألة حل معظلة تعايش النصوص التشريعية التي تجرم نفس الأفعال للقضاء الجالس.

(1) Alain VIANDIER: «Le droit des sociétés de demain», *Jurisclasseur Périodique*, 2000, *Aperçus rapides*, p. 3, n° 12.

(2) Mohamed Naceur LOUED: «Pour une répression pénale spécifique aux sociétés», in *Annales des Sciences Juridiques*, revue publiée par la Fac. des Sc. Juri., Eco. et de Gestion de Jendouba, 2007, p. 9.

ففي إحدى القضايا مثلا، لم يناقش المتهم ولا محاميه هذه المسألة ولم يطلب استبعاد النص العام والإقتصار على تطبيق النص الخاص، بل اقتصر الدفاع على دفع التهمة ومناقشة الحجج التي انبنى عليها قرار قاضي التحقيق القاضي بإحالة المظنون فيه على الدائرة الجنائية لمقاضاته من أجل الجريمتين معا⁽¹⁾.

وفي ظل الأحكام المضمنة بمجلة الشركات التجارية، يعاقب الرئيس المدير العام أو المدير العام أو رئيس الجلسة الذي لا يحضر محضرا للجلسة العامة أولا يمسك دفترًا خاصا لجلسات مجلس الإدارة بخطية تتراوح بين 500 دينار و5000 دينار.

وقد أضاف قانون 16 مارس 2009 إلى ذلك جريمة جديدة تتعلق بحماية حق المساهمين في المعلومة في إطار تدعيم الشفافية في الشركات، إذ أضيفت فقرة ثانية إلى الفصل 222 من مجلة الشركات التجارية تقتضي أن «يعاقب بنفس

(1) أنظر مثلا القرار التعقيبي الجزائي عدد 44029 الصادر بتاريخ 7 ماي 2009 (غير منشور) الذي تطرق إلى مسألة إثبات جريمة الاستيلاء على أموال الشركة فجاء به: «حيث اتضح من الإطلاع على مستندات الطعن أن الطاعن كان يرمي من خلال مطلبه إلى مناقشة معكمة الاستقراء في مدى فهمها للوقائع وتقديرها لوسائل الإثبات واستخلاص النتائج القانونية منها وهو جدل موضوعي خاضع لاجتهادها المطلق ولا يمكن الخوض فيه أمام هذه المحكمة طالما اتضح أن معكمة القرار المتقد أحسنت تطبيق القانون وعللت رأيها تعليلا سليما ومستمدا مما له أصل ثابت بأوراق الملف دون تحريف أو إجحاف. ذلك أنها بعد استعراضها للوقائع ودراسة الأدلة والقرائن اقتنع وجدانها الخالص ببراءة المعقب ضده من جميع التهم المنسوبة إليه بناء على عدم كفاية الحجة استنادا على نتيجة الاختبار الأخير المجري من طرف ثلاثة خبراء تولوا في تقريرهم مناقشة أعمال الخبير ف.س. وتصريحات وملاحظات مراقب الحسابات ثم انتهوا إلى تأكيد عدم ثبوت استيلاء المعقب ضده على أموال الشركة التي كان يديرها وقد تأيدت تلك النتيجة بكتب الصلح المبرم بين أطراف القضية والذي جاء في مضمونه أن المعقب ضده لم يكن مدينا لشركة مغرب فود. وحيث طالما كان تقرير الاختبار المعتمد من طرف دائرة القرار المتقد مركزا على أسس علمية وفنية سليمة وشفافية وكافية وجامعا لجميع عناصر القضية بما في ذلك أعمال الخبيرة السابقة وملاحظات مراقب حسابات الشركة ولم يقدم في نتيجته أي طرف من أطراف النزاع فإنه لا يترتب الأثر القانوني عليه دون التعرض من جديد إلى عصري الإدانة الذين أشار إليهما الطاعن... والحالة ما ذكر فإنه من المتعين رد المظن لعدم وجاهته والحكم برفض المطلب موضوعا».

ويلاحظ أن المحكمة استندت إلى آراء الخبراء العدلين ولم تهمل ملحوظات مراقب حسابات الشركة الذي يقتض في الحياد والمصداقية رغم أن تعيينه يتم من قبل الشركة وهياكلها لا من القضاء.

العقوبات المقررة بالفقرة الأولى من هذا الفصل أعضاء مجلس الإدارة الذين لم يضعوا الوثائق والتقارير الواجب عرضها على الجلسة العامة على ذمة الشركاء في الأجل والظروف المنصوص عليها بأحكام هذه المجلة⁽¹⁾.

وقد اختار المشرع أن تقتصر عقوبة هذه الفعلة على العقاب المالي المشار إليه أعلاه وأن لا يردفه بعقاب بدني على الرغم مما في الأفعال المنافية للشفافية من الخطورة.

كما يعاقب أعضاء مجلس الإدارة بالسجن مدة لا تقل عن عام واحد ولا تتجاوز خمسة أعوام وبخطية تتراوح بين ألفي دينار وعشرة آلاف دينار :

- عندما يوزعون أرباحا صورية سواء كان ذلك باستعمال قوائم مالية غير سليمة (غير مطابقة للواقع، بسبب عدم احترام المبادئ المحاسبية أو بسبب تحريف الأرقام المدرجة بها) أو في غياب قوائم مالية أصلا⁽²⁾. ويتج عن ذلك أن مجرد التخلف عن مسك المحاسبة لا يشكل جريمة على معنى مجلة الشركات

(1) لا تجرم مجلة الشركات التجارية عدم مسك محاسبة في ذاته، وإنما تقوم الجريمة إذا تم توزيع أرباح صورية في غياب محاسبة، بينما يجرم القانون الجبائي عدم مسك محاسبة وعدم تقديمها لأعوان المراقبة الجبائية بقطع النظر عما يترتب عن ذلك من نتائج أو أفعال. أنظر مثلا القرار التعقيبي الجزائي عدد 38204 الصادر في 26 سبتمبر 2009 (غير منشور) الذي جاء به: «حيث انتضخ من الحكم المستند ومن الوقائع التي انبنى عليها أن أعوان المركز الجهوي للمراقبة الجبائية بسيدي بوزيد حرروا محضرا ضد المعقب من أجل عدم تقديم وثائق المحاسبة وذلك لمغادرته مقر الشركة التي يديرها... وبإحالة محضر البحث على سلطة الإشراف طلبت هذه الأخيرة من النيابة العمومية تتبع المتهم من أجل عدم تقديم وثائق محاسبة طبق الفصل 97 من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية، وقضت محكمة الدرجة الأولى بتخطئة المتهم بخمسة آلاف دينار فاستأنفه المتهم وقضت محكمة الدرجة الثانية بالحكم المضمن بالإطلاع فتعقبه الطاعن ناسبا له خرق القانون وخاصة الفصول 16 و11 من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية وطلب النقض والإحالة.

... وحيث ثبت بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أنه قضى بالإدانة بناء على المحضر المحرر من طرف أعوان المراقبة الجبائية الذين حلوا بمقر عمل المتهم ولم يجدوه لمغادرته إلى عنوان مجهول.

حيث ثبت بالرجوع إلى الفصل 10 من المجلة المذكورة آنفا أنه أوجب على أعوان مصالح الجبائية تبليغ مطالب مصالح الجبائية للأشخاص المعنيين طبق أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

حيث لا شيء بالملف يثبت حصول ذلك التبليغ طبق القانون للمعقب حال أن الأعوان لم يجدوه بالعنوان المذكور وكان بالتالي تتبعه باطلا ومخالفا للنص⁽³⁾.

التجارية (لكنه يشكل جريمة جبائية)، ولا ينشأ التجريم في هذه المجلة إلا عن توزيع الأرباح ويشترط أن تكون الأرباح صورية. فإذا أثبت المسير أن الربح الموزع لم يكن صوريا بل كان مطابقا للواقع (عبر اختبار مثلا) فلا جريمة. فالأمر يتعلق بحماية رأس المال من أن يقع توزيعه بطريقة غير قانونية لا بضمان احترام القواعد الشكلية في ذاتها⁽⁴⁾.

- إذا تولوا نشر قوائم مالية غير صحيحة أو قدموها إلى المساهمين لإخفاء الحالة الحقيقية للشركة، ولو لم يقع توزيع مرائب.

- إذا اعتسفوا في استعمال أموال الشركة ومكاسبها أو في استعمال ما لهم من حقوق التصويت والسلطات، بتوظيفها لخدمة مآرب شخصية أو لإيثار شركة أخرى لهم فيها مصالح خاصة. ويتعلق الأمر حتما بصورة الشركات ذات المسيرين أو الشركاء أو المالكين المشتركين⁽⁵⁾.

ولئن لم يكن النص التشريعي (الفصل 223 من مجلة الشركات التجارية) واضحا، فإن المنطق يقتضي أن تطبق كافة هذه العقوبات على كل مسير فعلي / واقعي *dirigeant de fait* باعتبار أنه لا يعقل أن يستفيد المسير الفعلي من خرقه المضاعف للقانون، بأن يخرق القانون التجاري ويتولى تسيير الشركة دون صفة وأن يرتكب أفعالا إجرامية تحت ستار الشخصية القانونية.

وقد تعرض المشرع صراحة إلى المسؤولية الجزائية للمسير الفعلي لأول مرة عند تنقيح 16 مارس 2009، حيث ذكرت الفقرة قبل الأخيرة من الفصل 220 من مجلة الشركات التجارية أنه يجوز القيام بدعوى المسؤولية المدنية على المسير الفعلي دون أن يمنع ذلك من القيام عليه بدعوى المسؤولية الجزائية.

غير أن المشرع لم يراع غياب نصوص خاصة تجرم المسير الفعلي، ولم ينص في الفصل 220 على أن المسير الفعلي تنطبق عليه الأحكام الجزائية المتعاقبة بالمسير القانوني أو على الأقل على أن أحكام الفصل 223 تطبق على المسير الفعلي.

(1) أحمد الورفلي: «توزيع أرباح الشركات التجارية»، مرجع سابق، ص. 362 وما يليها، عدد 520 وما بعده.

(2) Jean SPREUTELS, Françoise ROGGEN, Emmanuel ROGER FRANCE: «Droit pénal des affaires», éd. Bruylant, Bruxelles 2005, p. 346 ; Annie MEDINA: «Abus des biens sociaux. Prévention. Détection. Poursuite», Dalloz, Paris 2001.

2. النظام المستحدث لإدارة الشركة خفية الاسم ذات مجلس الإدارة: خيار الفصل بين رئاسة المجلس والإدارة العامة للشركة

كما أنه بإمكان المساهمين اختيار توحيد الصلاحيات على رأس أجهزة الإدارة، فإنه يمكنهم أيضا اختيار صيغة أخرى تتمثل في الفصل بين مهام رئيس مجلس الإدارة ومهام المدير العام. ويكلف رئيس مجلس الإدارة في هذه الحالة بمهام شرفية بالأساس، تتمثل في اقتراح جدول أعمال المجلس واستدعاء أعضائه لحضور جلساته، والسهر على تحقيق الاختيارات التي يحددها مجلس الإدارة، وهي مهمة تتمثل أساسا في المتابعة ولا تمنحه صلاحية اتخاذ قرارات عملية. ويمكن لرئيس المجلس أن يفوض صلاحياته إلى أحد أعضاء المجلس وذلك لمدة محدودة. ويحكم الصبغة الشرفية لمنصبه، فإن رئيس المجلس لا يعد تاجرا ولا تسحب عليه الفلسفة في صورة إفلاس الشركة، ولا يتحمل عجز موجودات الشركة في صورة إفلاسها إلا إذا ثبت تدخله في صلاحيات المدير العام.

وبالنظر إلى أن رئيس مجلس الإدارة لا يعد تاجرا ولا يباشر نشاطا تجاريا فقد أباح الفصل 23 من المرسوم عدد 79 لسنة 2011 المتعلق بمهنة المحاماة للمحامي أن يكون رئيس مجلس إدارة في شركة خفية الاسم في حين منع عليه تولي مهام التسيير الأخرى.

فقد أوضحت محكمة الاستئناف بتونس في قرار صادر بتاريخ 4 ماي 1999، أي قبل صدور مجلة الشركات التجارية، أن «المدير العام للشركة الخفية الاسم له جميع الصلاحيات التي لم يسند لها القانون لهيكل آخر من هياكل الشركة أي الجمعيات العامة للشركاء بصفتها (العادية وغير العادية) ومجلس الإدارة ورئيس مجلس الإدارة، أي أن اختصاصه عام وشامل ولا يخرج عنه سوى ما نص القانون على إسناده لغيره. أما رئيس مجلس الإدارة فإن صلاحياته مضبوطة بالنص القانوني على وجه الحصر وقد منع عليه المشرع التداخل في تسيير الشركة ومن ثمة فإن مهامه تقتصر على دعوة مجلس الإدارة للإنعقاد وتحديد جدول أعماله ورئاسته»⁽¹⁾.

(1) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 61943 مؤرخ في 4/5/1999، الشركة التونسية السعودية للاستثمار والتنمية العامة ضد شركة أونيفرسال للصيانة والمقاولات، قرار صادر برئاسة السيد أحمد الجندي -مجلة القضاء والتشريع عدد 9 لعام 2001، خاص «شركات»، ص. 291.

غير أن صياغة الفصل 216 من مجلة الشركات التجارية تثير التساؤل حول حقيقة دور رئيس مجلس الإدارة. فالفقرة الأولى تكلفه باقتراح جدول أعمال مجلس الإدارة ودعوته للإجتماع وتمتد إلى رئاسة اجتماعاته وحتى إلى السهر على تحقيق الاختيارات التي حددها مجلس الإدارة. وهذه المهمة الأخيرة هي موطن الإشكال. فالتوسع في فهم عبارة «السهر على تحقيق الاختيارات التي حددها مجلس الإدارة» قد يؤدي إلى اعتباره مكلفا بجميع ما يدخل في صلاحيات المدير العام، وهو أمر غير منطقي. فالأسلم اعتبار أنه يقتصر على متابعة تنفيذ الخيارات، وهو بالتالي غير مسؤول عن عدم تحقيقها ولا يتمتع بالصلاحيات اللازمة لذلك. والرأي عندنا أن الأمر لا يعدو أن يكون من قبيل «الزخرف اللغوي» الذي يهدف إلى إظهار مهمة رئيس المجلس على أنها ليست مجرد مهمة جوفاء أو شكلية أو شرفية بحتة⁽¹⁾.

ويتحصل رئيس مجلس الإدارة بصفته عضوا في المجلس على مناب من مكافآت الحضور التي تسندها الجلسة العامة سنويا للمجلس. كما يحصل لقاء قيامه بمهام رئاسة المجلس على أجر إضافي يحدده مجلس الإدارة ويصنف ضمن أعباء الاستغلال. وخلافا لبعض الفقهاء⁽²⁾، نرى أنه لا يمكن تحديد مكافآته في شكل مناب من الأرباح لنفس الأسباب المبينة أعلاه بالنسبة للرئيس المدير العام. أما المدير العام، فهو الذي يباشر الإدارة العامة للشركة، ويتمتع بكافة صلاحيات الرئيس المدير العام في الشركات ذات الصيغة الكلاسيكية عدا تلك التي أسندت إلى رئيس المجلس. وليس من الضروري أن يكون المدير العام من بين أعضاء مجلس الإدارة، بل يمكن اختيار «تكنوقراطي» للغرض، بخلاف

(1) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 61943 مؤرخ في 4/5/1999، سابق الذكر: «يتبين... أن صلاحيات رئيس مجلس الإدارة مضبوطة بالنص على وجه الحصر وأن المشرع منع عليه التدخل في تسيير الشركة ومن ثمة فإن مهامه تقتصر على دعوة مجلس الإدارة للإنعقاد وتحديد جدول أعماله و رئاسة جلساته ومتابعة تنفيذ قراراته. ... إن القيام على مديني الشركة لمطالبتهم بأداء ما لهم من ديون إزاءها لا يدخل ضمن صلاحيات رئيس المجلس ولا ما عداه من هياكل الشركة واتجه لذلك اعتباره داخلا بحكم القانون في صلاحيات المدير العام. وإن التنصيب على منح رئيس مجلس الإدارة «أوسع الصلاحيات» في نص القانون الأساسي لا يمكن تفسيره تفسيراً مخالفاً للنص التشريعي والمساس بالتقسيم التشريعي للاختصاصات بين هياكل الشركة خفية الاسم».

(2) Ch. LABASTIE- DAHDOUH et H. DAHDOUH, *op. cit.*, p. 414, n° 695.

رئيس المجلس، وهو يعد تاجرا ويتحمل كل المسؤوليات التي يمكن أن يتحملها الرئيس المدير العام.

وباعتبار أن المدير العام يمكن أن يكون من غير أعضاء مجلس الإدارة فإنه تكون له في هذه الصورة صفة المسير الأجير، ولا يتحصل على مناب من مكافآت الحضور التي تمنحها الجلسة العامة سنويا لأعضاء مجلس الإدارة، وإنما يقرر له مجلس الإدارة أجرا يضبط بالنظر إلى كفاءته وتحصيله العلمي وقيمة المجهود الذي يقوم به وتأثيره على نتائج الشركة. ويسري منع تحديد المكافآت في شكل مناب من الأرباح في نظرنا على المدير العام. ويخضع هذا الأجر إلى النظام الجبائي للأجور كما ينطبق عليه قانون الضمان الاجتماعي ككل أجر.

ويمكن للمدير العام أن يطلب من مجلس الإدارة أن يعين له مساعدا أو عدة مساعدين، ويمكنه تفويض صلاحياته على غرار الرئيس المدير العام. وتنتهي مهامه بانتهاء مدة تعيينه أو بعزله أو باستقالته أو بحصول مانع شخصي يحول دون مباشرته لمهامه أو بانحلال الشركة أو تصفيتها أو بتغيير شكل الشركة. ويفترض أن يكون الأمر كذلك في صورة اندماج الشركة مع شركة أخرى، وخصوصا إذا تم استيعاب الشركة من قبل شركة أخرى. لكن في الصورة العكسية، يحتفظ المسير بمنصبه ما لم يقع الاتفاق على خلافه. ويخضع انتهاء المهام إلى الإشهار القانوني بالإدراج بالسجل التجاري والإعلان بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

الفقرة الفرعية الثانية: الشركة خفية الاسم ذات هيئة الإدارة الجماعية ومجلس المراقبة

تخضع الشركة خفية الاسم ذات هيئة الإدارة الجماعية ومجلس المراقبة إلى الأحكام العامة المتعلقة بالتكوين والإشهار واكتساب الشخصية القانونية وصلاحيات الجلسات العامة وكيفية انعقادها والمراقبة الخارجية على أعمال التصرف والإدارة، ومسك المحاسبة والمسؤولية عنها، وتتميز فقط في ما يهم الأحكام المتعلقة بتسييرها والمراقبة عليها. وما يميز هذه الصيغة الجديدة، إلى جانب الثنائية التي أقامت، هو أنها تسمح بأن يكون أعضاء هيئة الإدارة الجماعية من غير الشركاء، بينما توجب أن يكون أعضاء مجلس المراقبة من المساهمين، بما يؤكد وجود توجه قار نحو تكريس منح صلاحية الإدارة والتسيير إلى «المحترفين» أي إلى التكنوقراطيين (les technocrates)، مقابل

منح الصلاحيات الأخرى، التي يمكن وصفها بالجانبية، وربما بالهامشية، إلى المساهمين العاديين، وذلك بالتوازي مع التدرج من الصيغة الجماعية-الظاهرية على الأقل لعمل المسيرين، والتي غالبا ما تخفي انفراد شخص واحد بسلطة القرار- نحو صيغة فردية واضحة ومعلنة⁽¹⁾.

وبالنسبة للمراقبة، تتبنى القوانين المقارنة نظاما متباينة للمراقبة على أعمال هياكل التسيير. فمنها ما يبنى نظام الرقابة المزدوجة على غرار التشريع الفرنسي الذي منح صلاحية مراقبة المحاسبة إلى هيكل محترف (مراقب الحسابات) بينما أوكل الرقابة على التصرف والتسيير إلى هيكل ثان (مجلس المراقبة). وبالمقابل فإن دولا أخرى تبنت نظام وحدة هيكل الرقابة، على غرار بلجيكا وإيطاليا وهولندا⁽²⁾. أما المشرع التونسي فقد اختار إقامة نظام جديد ميزته ازدواجية هياكل الرقابة، أي إقامة رقابة على المحاسبة بواسطة مراقب الحسابات ورقابة على التسيير بواسطة مجلس المراقبة⁽³⁾. أما التسيير فتتولاه هيئة إدارة جماعية. ويقع اختيار هذا النمط في العقد التأسيسي للشركة.

1. هيئة الإدارة الجماعية

* هيئة الإدارة الجماعية هي الهيكل المسير للشركة خفية الاسم ذات الشكل الجديد. ويمكن أن يقع اختيار أعضائها من خارج المساهمين، على أنهم يجب أن يكونوا أشخاصا طبيعيين. وقد أوجبت مجلة الشركات التجارية في صيغتها الأولى أن لا يتجاوز عدد مناصب عضوية هيئات الإدارة الجماعية التي يحتلها نفس الشخص لشركات خفية الاسم مقراتها بتونس-ثلاثة، وفي صورة تجاوز هذا العدد فإنه مطالب قانونا بالحصول على ترخيص من مجلس المراقبة. غير أن قانون 27 جويلية 2005 حذف هذا التحديد وأقر بدلا عنه

(1) Amel MAMLOUK: « La séparation entre le directoire et le conseil de surveillance », in « La passion du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Mohamed Larbi Hachem », éd. CPU, Tunis 2006, p. 785.

(2) أحمد الورفلي: « الرقابة في الشركة خفية الاسم », أعمال ملتقى دولي حول «مجلة الشركات التجارية»، تونس 3 و 4 أبريل 2001، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2002، ص. 123.

(3) يراجع مثلا: سالم الفتوي: «آليات الرقابة في الشركات خفية الاسم»، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2008، ص. 73.

واجب التصريح للشركة بتولي منصب جديد في شركة أخرى كلما وقع ذلك تحت طائلة المسؤولية المدنية للمسير مع جواز عزله.
* ولا يتجاوز عدد أعضاء هيئة الإدارة الجماعية الخمسة، ويمكن الاقتصار على مدير عام وحيد، إذا كان رأس مال الشركة لا يتجاوز مائة ألف دينار. وتعين الهيئة أحد أعضائها رئيساً لها.

* وتمتد مهام أعضاء هيئة الإدارة الجماعية على ست سنوات على أقصى تدبير، ويمكن للمساهمين اختيار مدة أدنى من ذلك. كما يمكن للجلسة العامة عزل أي عضو في كل وقت بحرية، على أن تكون الشركة ملزمة بالتعويض له عما يلحقه من ضرر إن كان العزل تعسفياً، ولا يمكن إرجاعه إلى منصبه رغماً عن إرادة المساهمين. فإن كان في نفس الوقت أجيراً لدى الشركة، فإن عزله من هيئة الإدارة الجماعية لا أثر له على الرابطة الشغلية، التي تبقى مستمرة رغم ذلك، فيعد الطرد الواقع لمجرد أن ذلك الشخص تم عزله من منصب التسيير طرداً تعسفياً موجبا لغرم الضرر طبق أحكام قانون الشغل.

* ويحصل أعضاء الهيئة على مكافآت تضبطها الجلسة العامة للمساهمين، مع مراعاة مهامهم والحالة الاقتصادية للشركة ونتائج الاستغلال وتطورها. ويسري عليهم منع منح مكافآت في شكل مناب من الأرباح tantièmes المنصوص عليه بالفصل 288 من مجلة الشركات التجارية.

* وتمتتع هيئة الإدارة الجماعية بنفس الصلاحيات المخولة لمجلس الإدارة في الشركات ذات النمط التقليدي، ولا يمكن أن يعارض الغير حسن النية بتحديد صلاحيات أعضائها، فتكون الأعمال المنجزة خارج إطار الصلاحيات المخولة لأعضائها نافذة وملزمة إزاء الغير، دون أن ينفي ذلك حق الشركة في الرجوع على المسيرين بدعوى المسؤولية عن خرق القانون الأساسي الذي يحدد صلاحياتهم.

* ويتحمل أعضاء هيئة الإدارة الجماعية نفس الالتزامات والمسؤوليات التي تحمل قانوناً على أعضاء مجلس الإدارة، إذ يجب عليهم الاعتناء بشؤون الشركة اعتناء الوكيل التزبه المتبصر والحفاظ على السر المهني، ويكونون مسؤولين إزاء الشركة والغير على حد السواء عن أخطائهم في التصرف. على أنهم يعفون

من المساءلة إزاء الشركة إذا أجري العمل المتسبب في المضرة بناء على قرار قانوني اتخذته الجلسة العامة للشركاء.

* وتنطبق أحكام الفصل 200 على العمليات المبرمة بين الشركة وأعضاء هيئة الإدارة الجماعية كما تنطبق على العمليات المبرمة مع أعضاء مجلس المراقبة. والعلة في ذلك أن مجلة الشركات أدرجت الأحكام المتعلقة بمجلس المراقبة ضمن الفرع الثالث من الباب الثالث من الكتاب الرابع، الذي عنوانه: «تسيير وإدارة الشركة خفية الاسم»، فاعتبرت هذا المجلس من هياكل التسيير والإدارة وبالتالي ينظر منطقياً بمجلس الإدارة رغم أن دوره يتمثل في مراقبة هيئة الإدارة الجماعية⁽¹⁾. كما أن عمومية الإحالة الواردة بالفصل 252 جديد بعد تنقيحه بموجب الفصل الأول من القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 تؤكد نية المشرع الهادفة إلى تأطير العمليات المبرمة بين الشركة خفية الاسم وأعضاء مجلس المراقبة، حتى لا يتحول هذا الهيكل إلى رقيب على غيره يبيع لنفسه ما لا يحل لغيره.

2. هياكل الرقابة الداخلية : مجلس المراقبة

لقد تبين للمشرع أنه لا يمكن الاكتفاء بالرقابة المجرة من قبل هياكل الرقابة الخارجية، أي الإدارات المالية وهيئة السوق المالية والنيابة العمومية والإدارة الجبائية وحتى مصالح البنك المركزي المكلفة بمراقبة الصرف وعمليات التجارة الخارجية، لضمان سلامة سير أمور الشركات التجارية. كما لا يكفي لتحقيق هذه الغاية أن يُمنح الشركاء الحق في اللجوء إلى اختبار التصرف. كما تأكد المشرعون في جل البلدان من محدودية الرقابة المجرة من قبل مراقبي الحسابات لأسباب عامة تتمثل في عدم شمولية هذه الرقابة واقتصارها على الجانب المحاسبي، إذ أنها لا تتعدى ذلك إلى مراقبة التصرف والتسيير وتقدير جدوى العمليات والمعاملات والعقود، وعدم شمولها لكافة الكتابات والتقييدات المحاسبية، إذ أن مراقب الحسابات يختار بعض العمليات (العينات) التي يجري رقابته عليها، ويتوصل من خلال مراقبته لتلك العمليات إلى التثبت

(1) أحمد الورفلي: «الرقابة في الشركة خفية الاسم»، مرجع سابق.

من مدى احترام المبادئ المحاسبية المتعلقة خصوصاً بكيفية عرض المعلومات والبيانات، وخاصة منها مبدأ الجدّية في ترجمة الواقع الاقتصادي للمؤسسة. وخلافاً للمجلة التجارية التي أولت عناية محدودة لهياكل الرقابة من منطلق أن أنجع رقابة هي تلك التي يجريها المساهمون (الشركاء)، بحكم أنه لا يمكن أن يوجد من هو أحرص منهم على حسن سير أمور الشركة وعلى نجاح برامجها وسياساتها⁽¹⁾، وعى المشرع التونسي في آخر القرن العشرين بتراجع دور الأجهزة التقليدية للشركة وخاصة منها الجلسة العامة للشركاء، بسبب كثرة غيابات المساهمين وعدم اكترائهم، فأوجد لذلك هيكلًا جديدًا للرقابة الداخلية، ميزته أن أعضائه جميعاً من المساهمين، وهو يتمتع بصلاحيات واسعة لمراقبة التصرف والتسيير، ولا يمتد عمله مبدئياً إلى الجانب المحاسبي، إلا أن صلاحياته لم تستوعب اختصاصات الجلسة العامة للمساهمين، التي احتفظت بدور هام في الشركة. وهذا الجهاز هو «مجلس المراقبة».

والغاية من إقرار هذا النظام هي إقامة هيكل مراقبة داخلية ناجعة، وذلك عبر جعل عضوية هذه الهياكل مقصورة على الشركاء دون سواهم. فلم يتم إسناد عضويتها بالضرورة إلى مهنين أو محترفين، ولم يشترط المشرع شهادات علمية أو خبرة ما في أعضاء مجلس المراقبة.

وقد مُنح هذا الهيكل صلاحيات هامة وموسعة للقيام بأعماله ضماناً للنجاعة. ولم يعول المشرع على حماس أعضاء مجلس المراقبة فقط، فمكّنهم من مكافآت خاصة عن أعمال الرقابة التي يقومون بها كما هو الحال بالنسبة للمسيرين. وبالمقابل، فقد تميزت مجلة الشركات التجارية بالتشدد في مساءلة أعضاء مجلس المراقبة عند الاقتضاء، باعتبارهم وكلاء للشركاء، عملاً بالمبادئ العامة لمسؤولية الوكيل المأجور المنصوص عليها بمجلة الالتزامات والعقود.

كما حرص المشرع على الإبقاء على حدود واضحة بين سلطات مجلس المراقبة وصلاحيات هيئة الإدارة الجماعية حتى لا يتحول مجلس المراقبة إلى مسير فعلي للشركة. ذلك أن عمله يقتصر على المراقبة، ويمتد إلى الترخيص في بعض العمليات والقرارات كتحويل المقر الاجتماعي أو اتخاذ بعض القرارات التي تقتضيها طبيعة مهمته، كتعيين أعضاء هيئة الإدارة الجماعية، أو الترخيص

(1) يراجع مثلاً: أحمد الورفلي: «الرقابة في الشركات خفية الاسم»، مرجع سابق.

في العقود غير الممنوعة التي يعتزم أحد أعضاء هيئة الإدارة الجماعية إبرامها مع الشركة.

1.2. عضوية مجلس المراقبة

يمكن أن يكون عضو مجلس المراقبة شخصاً طبيعياً أو معنوياً. على أن الشخص المعنوي يجب أن يعين له ممثلاً دائماً، يكون وجوباً شخصاً طبيعياً. ويجب أن يكون عضو مجلس المراقبة من ضمن المساهمين. فإن كان من غيرهم أو فقد ملكية أسهمه في الأثناء، وجب عليه أن يسري الوضعية خلال ثلاثة أشهر وإلا اعتبر مستقلاً تلقائياً.

وقد نصت مجلة الشركات التجارية في صيغتها الأولى على أنه لا يحق لشخص واحد أن يكون عضواً في أكثر من ثماني [8] مجالس مراقبة لشركات مقراتها بالبلاد التونسية وإلا اعتبر مستقلاً آلياً من المنصب الأخير أو المناصب الأخيرة التي تقلدها زيادة عن الثمانية الأولى.

غير أن المشرع تخلى في تنقيح 27 جويلية 2005 عن تحديد عدد أقصى من الوكالات التي يمكن أن يتولاها شخص واحد في عدة شركات موجودة بالبلاد التونسية، ولم يقصر هذا التوجه على هياكل التسيير بل عممه أيضاً على هياكل المراقبة، فاقضى أنه يمكن للشخص أن يتولى عدة مناصب في مجالس مراقبة في عدة شركات مقراتها بالبلاد التونسية بشرط أن يعلم بكل منصب جديد يتولاه في شركة أخرى، حتى يتسنى للشركة (الجلسة العامة) اتخاذ القرار الملائم، إما بتنحيته من منصبه أو القبول بالوضع الجديد وتركه يواصل تقلد منصبه عضو في مجلس مراقبتها، عن روية وتبصر.

ومن جهة أخرى، لا يمكن أن يعين المفلس الذي لم يسترد حقوقه بعد عضواً بمجلس المراقبة، وكذلك شأن القاصر وفاقد الأهلية والشخص المحكوم عليه بالإدانة جزائياً مع تحجير ممارسة وظيفة عمومية. ويسري هذا التحجير آلياً، ودون لزوم التنصيص على ذلك في الحكم، على كل من يقضى بإدائته من أجل جنائية أو جنحة ماسة بالأخلاق العامة أو النظام العام والقواعد المنظمة للشركات، وكذلك كل شخص يمنع عليه القانون ممارسة النشاط التجاري بالنظر إلى ممارسته لمهنة أو وظيفة لا تتماشى مع مباشرة التجارة، كالوظائف العمومية والقضاء وممارسة المهن الحرة بمختلف أنواعها. ويظل الغموض قائماً أيضاً في خصوص تحديد مفهوم الجريمة الماسة بالأخلاق العامة أو بالنظام العام.

على أنه يجوز للموظف العمومي أن يباشر مهام عضو بمجلس مراقبة (أو بمجلس إدارة) إذا كان متحصلا على ترخيص في ذلك من رئيس الإدارة التي ينتمي إليها. وإن كان موظفا بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية أو غير إدارية أو لدى جماعة عمومية، وجب عليه الحصول على الترخيص من رئيس المؤسسة أو من سلطة الإشراف متى كان العون العمومي تابعا للوزارة. فلا يكفي عندئذ الترخيص المستند من رؤسائه المباشرين. ولا يسند الترخيص إلا بعد التحقق من عدم المساس بحقوق الإدارة وعدم التأثير على قدرة العون العمومي المعني على القيام بوظيفه على الوجه الأكمل.

2.2. تعيين أعضاء مجلس المراقبة

تعيّن الجلسة العامة التأسيسية أعضاء أول مجلس للمراقبة، ثم تختص الجلسة العامة العادية بتعيينهم في ما يلي ذلك. وفي صورة الاندماج أو الانقسام تتولى التعيين الجلسة العامة التي قررت ذلك.

وفي صورة شغور أحد المقاعد يتولى بقية الأعضاء تعيين بديل للعضو الذي ظل منصبه شاغرا cooptation، مهما كان سبب الشغور. ويتولى العضو البديل مهام عضو مجلس المراقبة إلى أن تقرر الجلسة العامة تعيين عضو بصفة قارة.

وإذا نزل عدد الأعضاء إلى ما يقل عن الأدنى القانوني (وهو ثلاثة أعضاء)، تتولى هيئة الإدارة الجماعية بباقي أعضائها دعوة الجلسة العامة للانعقاد لإتمام الترقية. كما يمكن لكل ذي مصلحة أن يطلب من القاضي تعيين وكيل قضائي يتولى استدعاء الجلسة العامة للنظر في التعيين. وتقتصر مهمة الوكيل القضائي على ما ذكر. فليس له أن يباشر أعمال تسيير الشركة.

3.2. تركيبة مجلس المراقبة

يكون عدد أعضاء مجلس المراقبة من 3 إلى 12، وهو يتكون من أشخاص طبيعيين. فإذا تم اختيار ذات معنوية، فإنها تعين شخصا ماديا يمثلها بشكل مستمر ويتحمل كافة المسؤوليات المرتبطة بعضوية المجلس، الجزائية منها والمدنية. وفي صورة عزله يجب على الذات المعنوية المذكورة تعويضه.

ويتولى رئاسة مجلس المراقبة أحد أعضائه. ويمكن تعيين مساعد لرئيس المجلس يكون شخصا طبيعيا.

4.2. مهام مجلس المراقبة

أسند المشرع إلى مجلس المراقبة بعض المهام المسندة تقليديا إلى الجلسة العامة للشركاء، وذلك بهدف مساعدتها على إجراء رقابة أكثر نجاعة على عمل هيكل التسيير (هيئة الإدارة الجماعية). ويباشر مجلس المراقبة الرقابة المستمرة على أعمال التصرف التي تجريها هيئة الإدارة الجماعية. ولغاية تمكنه من القيام بهذا الدور، يجيز المشرع للمجلس أن يطلع على وثائق الشركة في كل وقت. ولا يوجد أي تحديد لنوع الوثائق التي يجوز له الإطلاع عليها، كما لا توجد صيغة واحدة لذلك. فيمكنه الحصول على نسخ أو الإطلاع على الأصول. ويمكنه الإطلاع عليها بالمكان الذي توجد فيه أو في المكان المخصص لنشاط المجلس، وهو عادة المقر الاجتماعي للشركة.

ومجلس المراقبة هو الذي يعين أعضاء هيئة الإدارة الجماعية ويحدد مبلغ مكافآتهم. ومع ذلك فلا يعتبرون وكلاء له بل هم وكلاء للمساهمين قاطبة. وعلى مجلس المراقبة أن يرفع تقريرا خاصا إلى الجلسة العامة في شأن الاتفاقيات التي تبرم بين الشركة وأحد أعضاء هيئة الإدارة الجماعية، يبين فيه طبيعة العملية وتأثيرها على حقوق الشركة ومصالحها وما قد يترتب عنها من تأثير على وضع الشركة، ومدى احترام مبدأ توازن الحقوق المترتبة عن العقود التبادلية في إطارها، بحيث يهدف هذا التقرير إلى إنارة الشركاء حول ما قد تجنيه الشركة أو تخسره أو تتحمله من جراء هذه العملية.

ويختص مجلس المراقبة باتخاذ قرارات تغيير مقر الشركة.

5.2. النصاب والأغلبية

النصاب الأدنى المشترك لصحة اجتماعات مجلس المراقبة واتخاذ القرارات في إطارها هو نصف عدد أعضائه. وتصدر القرارات بأغلبية أصوات الحاضرين. ولكل عضو صوت واحد بما في ذلك الرئيس ونائبه، بقطع النظر عن نسبة ما يمسكه كل واحد منهم من مساهمة في رأس المال. ورأي الرئيس مرجح عند التساوي.

6.2. مكافآت أعضاء مجلس المراقبة

يحيل الفصلان 246 و 247 من مجلة الشركات التجارية إلى الفصلين 204 و 205 من نفس المجلة. ويفهم من جميع هذه الأحكام أن أعضاء مجلس المراقبة يحصلون على مكافآت حضور على غرار أعضاء هيئة الإدارة الجماعية. كما

يمكن لمجلس المراقبة تكليف أعضائه بمهام ووكالات استثنائية، يستحقون عنها منحا خاصة تسجل محاسبيا ضمن مصاريف الاستغلال. وهي تعتبر من الأعباء العامة للاستغلال frais généraux.

ولا يجوز أن يمنع أعضاء مجلس المراقبة أي مكافأة أخرى عدا ما ذكر، مهما كانت تسميتها أو الغطاء الذي يعطى لها.

7.2. مدة وكالة أعضاء مجلس المراقبة

مدة وكالة أعضاء مجلس المراقبة ثلاث (3) سنوات، وهي مدة قصوى. فالمتعين لمدة تفوق ثلاث سنوات باطل ولا عمل عليه. وينبغي توضيح مدلول هذا البطلان. فالمقصود ليس بطلان القرار في ذاته بل بطلان التعيين للمدة الزائدة عن الثلاثة أعوام، فيترتب عنه رد المدة إلى أقصاها القانوني. ويجوز للجلسة العامة للشركاء أن تقرر تعيينهم لمدة أدنى من ذلك، سواء في وجود شرط في العقد التأسيسي في ذلك أو في غيابه. ويمكن عزل أعضاء مجلس المراقبة في كل وقت وبحرية من قبل الجلسة العامة العادية. كما يمكن عزلهم في صورة الخطأ أو الإهمال والتقصير. وفي الصورة الثانية يجوز القيام عليهم بغرم الضرر.

كما يمكن لأعضاء مجلس المراقبة أن يستقيلوا بحرية شرط عدم الإضرار بالشركة بالاستقالة في وقت غير مناسب، وإلا وجب عليهم غرم الضرر الناشئ عن ذلك.

8.2. مسؤولية أعضاء مجلس المراقبة

أعضاء مجلس المراقبة مسؤولون مدنيا في صورة تقصيرهم في الرقابة على أعمال التسيير والتصرف. غير أن مسؤوليتهم لا تستوعب مسؤولية المسير الذي يباشر الفعل الذي يشكل خطأ في التصرف بل تغطي الضرر الناجم عن تقصيرهم، ويمكن أن تكون مسؤولية تضامنية مع المسيرين. أما المسؤولية الجزائية فلا تنجم إلا عن أفعالهم الخاصة، وخصوصا الجرائم الشكلية والجرائم المرتبطة بالتزاهة في استعمال حق التصويت.

أ. المسؤولية المدنية

على جميع أعضاء مجلس المراقبة التقيد بواجب التكتّم بالنسبة للمعلومات السرية. وتعتبر المعلومات سرية متى وصفها رئيس الجلسة بأنها سرية. وتطرح هذه الفرضية تساؤلا حول مسؤولية العضو الذي يفشي المعلومة رغم ذلك من منطلق قناعته بأنها ليست سرية أو بأن الشركة لن تتضرر من إفشائها، وخصوصا

إذا أفشائها إلى أحد المساهمين. وبالنظر إلى أن الأمر يتعلق بالمسؤولية المدنية فإن العضو لا يمكن أن يطالب بالتعويض إلا إذا وجد ضرر وكان ناجما مباشرة عن إفشاء السر. ولا يعد مجرد تعرض رئيس المجلس إلى المؤاخذة بسبب إفشاء المعلومة ضررا يمكن طلب التعويض عنه، بل ينبغي أن يكون الضرر غير مشروع وأن يثبت أنه ما كان ليحصل لولا أن ذلك العضو أفشى المعلومة السرية رغم علمه بأن رئيس المجلس وصفها بالسرية.

كما تعدّ المعلومة سرية إذا كانت ظروف الحال تقتضي عدم إفشائها تلافيا للإضرار بالشركة، ولو سها رئيس المجلس عن التأكيد على سريتها. ويمكن القيام على أعضاء مجلس المراقبة بدعوى المسؤولية المدنية في صورة خرق واجب التكتّم وفي جميع الصور الأخرى التي يقع فيها إثبات وجود ضرر ناجم مباشرة (أو بشكل غير مباشر) عن خطأ ارتكبه. ويجوز أن يكون القيام من قبل الغير أو من قبل الشركة طبق القواعد العامة الواردة بمجلة الالتزامات والعقود للحصول على تعويض عن كل ضرر لحقهم.

كما تقوم مسؤولية أعضاء مجلس المراقبة في صورة تقصيرهم في مراقبة أعمال التسيير التي يقوم بها أعضاء هيئة الإدارة الجماعية، خصوصا إذا وقع لفت نظرهم إليها من قبل مراقب الحسابات أو أحد المساهمين.

ولا يؤاخذ أعضاء مجلس المراقبة من أجل الأخطاء التي يرتكبها أعضاء هيئة الإدارة الجماعية، وهو تكريس لمبدأ عدم تحميل الشخص وزر خطأ غيره. إلا أنه يجوز القيام عليهم إذا ثبت أنهم علموا بوجود أخطاء في التصرف ارتكبها المسيريون ولم يبادروا إلى لفت نظر الجلسة العامة إليها وتحرير التقارير اللازمة في شأنها، بحيث يكون سلوكهم السلبي في حد ذاته سببا لضرر لحق الشركة أو الغير، بما أنه جعل المسيرين يتمادون في خطئهم دون أن يتسنى للجلسة العامة للشركاء منعهم من ذلك في الإبان.

وإذا ثبت أن أعضاء مجلس المراقبة كانوا مسيرين فعليين للشركة، فإنه يمكن إلزامهم بسد العجز في موجودات الشركة عند الاقتضاء بطلب من أمين الفلسة وبنفس شروط حمل ديون الشركة على كل مسير فعلي.

ب. المؤاخذة الجزائية

يؤاخذ أعضاء مجلس المراقبة جزائيا إذا ارتكبوا جنحة عدم تحرير محضر جلسة لجلسات المجلس أو عدم مسك دفتر خاص بها. والعقوبة المقررة لذلك

هي الخطية من 500 إلى 5.000 دينار. ويُفترض منطقياً أن تسلط العقوبة على رئيس المجلس لا على كافة الأعضاء، رغم عمومية عبارة النص.

كما يعاقبون عند ارتكاب إحدى الجنح المنصوص عليها بالفصل 223 من مجلة الشركات التجارية، والتي تتلاءم مع طبيعة مهامهم، وهي: الإعتساف في استعمال حقوق التصويت والسلطات. والعقاب المقرر هو السجن من عام إلى 5 أعوام والخطية من 2.000 إلى 10.000 دينار.

ويمكن مواخذة عضو مجلس المراقبة من أجل المشاركة في إحدى الجرائم المرتكبة من قبل المسيرين أو بعضهم إن توفرت شروط المشاركة وعناصرها المنصوص عليها بالفصل 32 من المجلة الجزائية.

3. نظام الاتفاقيات المبرمة بين الشركة وأعضاء هيئة الإدارة الجماعية أو أعضاء مجلس المراقبة، والخاضعة للمراقبة الخاصة

عملاً بأحكام الفصل 252 (جديد) من مجلة الشركات التجارية كما وقع تعديله بموجب الفصل الأول من القانون عدد 16 لسنة 2009، «تطبق أحكام الفصل 200 من [هذه المجلة] (المتعلق بالعمليات المبرمة بين أعضاء مجلس الإدارة والشركة) على العمليات التي تبرمها الشركة خفية الاسم ذات هيئة الإدارة الجماعية ومجلس المراقبة».

وبناء على ذلك فإن جميع ما يمنع على أعضاء مجلس الإدارة في الشركة التقليدية يمنع أيضاً على كافة أعضاء هيئة الإدارة الجماعية وأعضاء مجلس المراقبة على حد سواء.

وتنتج هذه العمليات آثارها إزاء الغير الذي يؤول إليه حق من الاتفاقية ما لم يكن عالماً بوقوع إبرامها خرقاً للقانون أو للقانون الأساسي، حيث يحق للشركة في صورة إثبات ذلك، التفصي من آثار هذه العقود، فيتحمّلها المسير أو عضو مجلس المراقبة الذي باشروا عملاً بأحكام الوكالة كما جاءت في الفصل 1122 من مجلة الالتزامات والعقود. وقصد المشرع بذلك العمليات التي أبرمت بين الشركة والمسير أو عضو مجلس المراقبة ثم انجر منها حق للغير، كما إذا اشترى المسير أو عضو مجلس المراقبة منقولا (كسيارة أو نحوها) من الشركة التي يمارس مهامها في إطارها ثم قام ببيعه أو تسويغه للغير. فالأصل أن الإبطال لا يحتج به على هذا الغير إذا كان حسن النية. وإثبات سوء النية على طالب الإبطال.

وفي صورة رفض المصادقة من قبل الجلسة العامة على عمليات أبرمها المسير أو عضو مجلس المراقبة خارج نطاق ما خول له من صلاحيات بحكم القانون أو بمقتضى العقد التأسيسي وقرارات الجلسة العامة، يمكن حمل آثار هذه العمليات على العضو الذي باشروا، وذلك في حدود علاقته بالشركة، بحيث تؤدي الشركة ما تم الالتزام به إلى الغير الذي وقع التعاقد معه، ثم ترجع بما أدته على المسير، إلا إذا ثبت علم الغير المعاهد بتجاوز المسير لصلاحياته كما سبق القول، فلا تتحمل الشركة عندئذ نتائج العقد، لا إزاء المعاهد ولا في علاقتها مع المسير.

1.3. التصنيف الثلاثي للعمليات المبرمة بين الشركة ومسيرها

يصنف الفصل 200 في صيغته المعدلة بموجب القانون عدد 65 لسنة 2005 المؤرخ في 27 جويلية 2005 ثم بموجب القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 العمليات التي تبرم بين الشركة ومسيرها ثلاثة أصناف:

- العمليات الممنوعة: وهي عمليات القرض والدعم بأنواعها.
- العمليات المؤطرة أو الخاضعة لرقابة خاصة *opérations contrôlées* ou réglementées وهي عمليات جائزة لكنها تخضع إلى رقابة خاصة. وينص الفصل 200 على رقابة سابقة ورقابة لاحقة. ويشمل هذا النظام كل العمليات المبرمة بين الشركة ومسيرها إن لم تكن ممنوعة ولا حرة، وكذلك بعض أصناف من العمليات المبرمة مع الغير والتي يفترض أن يتوقع الغير أن خطورتها تستوجب حصول هيكل التسيير على ترخيص مسبق لإبرامها.

- العمليات الحرة *opérations libres*: وهي العمليات التي لا تحتاج إلى موافقة مسبقة من مجلس الإدارة ولا إلى مصادقة لاحقة من الجلسة العامة. وقد أخضعها تعديل 16 مارس إلى تدقيق آلي من قبل مراقب الحسابات يجرى وفق معايير التدقيق المتعارف عليها. وحسب الفصل 200 من مجلة الشركات التجارية فإن هذه العمليات هي العمليات الجارية الداخلة في النشاط الإعتيادي اليومي للشركة والتي تبرمها الشركة مع المسير بنفس الظروف والشروط التي تتعامل بها مع حرفائها العاديين.

2.3. إطار تعديل سنة 2009

عزز المشرع الشفافية في ما يتعلق بالعمليات المبرمة بين الشركة ومسيرها باعتبارها عمليات مسترابة بحكم ملاساتها. غير أنه وقع الإبقاء على منع

عمليات القرض بأنواعها، خلافا لبعض القوانين الأجنبية التي تخلت عن المنع وعوضته بقواعد رقابة وشفافية أكثر صرامة وفاعلية وقواعد مسؤولية مشددة، وهي مسألة تحتاج إلى نظر، خاصة مع ضعف دور الجلسات العامة ومحدودية دور الأقلية في هذه الجلسات رغم ما تتمتع به نظريا من حق الرقابة وحتى حق اللجوء إلى القضاء. فتفسخ الجلسة العامة أمر واقع، وهيمنة الأغلبية على جميع هياكل الشركة ودواليها أمر ثابت لاحظته الفقه منذ أواسط القرن العشرين ولم تغير منه القوانين أمرا كبيرا⁽¹⁾.

الفقرة الثالثة: الرقابة في الشركة خفية الإسم

يلعب مجلس الإدارة في الصنف التقليدي من الشركات خفية الإسم دورا هجينا. فهو نظريا هيكل الإدارة، لكنه في الواقع يقوم بدور هيكل رقابي على الرئيس المدير العام أو المدير العام. ذلك أن وتيرة اجتماعاته (مرة في الشهر) لا تكفيه للقيام بوظيفة التسيير الفعلي واليومي، كما أنه من غير المعقول أن يتم اتخاذ القرارات الداخلة في التسيير اليومي من قبل هيكل جماعي قد يضم إثني عشر عضوا. كل ذلك علاوة على أن المشرع لم يشترط التفرض الكلي للمهمة في أعضاء مجلس الإدارة. أما في الشركات خفية الإسم ذات صيغة التسيير الحديثة فإن مجلس المراقبة موكل له بحكم القانون إجراء الرقابة على عمل هيكل التسيير (هيئة الإدارة الجماعية).

غير أن المشرع أضاف إلى هذا الدور الرقابي الذي تلعبه هذه الأجهزة أمرين: فبالنظر إلى أن مراقبة المحاسبة تستوجب معرفة فنية عالية، فقد أوجب المشرع تعيين مراقب لحسابات كل الشركات خفية الإسم. ومن جهة أخرى، ونظرا إلى أهمية الرقابة على التصرف في الشركات الكبرى، أدخلت في مجلة الشركات التجارية قاعدة وجوب تعيين لجنة دائمة للتدقيق لا تقتصر على الجانب المحاسبي

(1) André TUNC : « L'effacement des organes légaux de la société anonyme », *Recueil Dalloz* 1952, chronique, p. 73 ; C. JAUFFRET-SPINOSI : « Les assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes, réalité ou fiction ? », *Etudes Rodière*, Paris 1982, p. 125 ; Yves GUYON : « Droit des affaires. Tome I : Droit commercial général et sociétés », éd. Economica, 9^e édition, Paris 1996, p. 300, n° 302 ; Béchir BELHAJ-YAHIA : « Les assemblées d'actionnaires », in *Du nouveau en droit des sociétés commerciales*, colloque CCAT, Tunis 26-27 janvier 2001, inédit.

وذلك بالنسبة للشركات الكبرى التي يتم تعريفها عبر جملة من المعايير التي جاء بها قانون السلامة المالية.

الفقرة الفرعية الأولى: الرقابة الداخلية على التصرف. اللجنة الدائمة للتدقيق⁽¹⁾

في إطار تدعيم آليات الرقابة الداخلية في الشركات ولتفادي التحكم من قبل المسيرين في إدارة الشركات بما من شأنه أن يفسح المجال أمام الأخطاء في التصرف، واستئناسا بالقوانين الأجنبية كالقانون الأمريكي *Sarbanes Oxley* وقانون السلامة المالية في فرنسا وقانون *Kan Trag* الألماني⁽²⁾، جاء قانون سلامة العلاقات المالية بإضافة فصل 256 (مكرر) إلى مجلة الشركات التجارية⁽³⁾. ويتعلق هذا الفصل بإقرار وجوب إحداث لجنة دائمة للتدقيق *comité permanent d'audit* لدى الشركات الكبرى وهي :

« - شركات المساهمة العامة باستثناء الشركات المصنفة كذلك بإصدارها رقاعا،

- الشركة الأم عندما يتجاوز مجموع الموازنة بعنوان الحسابات المجمعة مبلغا يتم تحديده بمقتضى أمر،

- الشركات التي تتوفر فيها أرقام دنيا يتم تحديدها بمقتضى أمر تتعلق بمجموع الموازنة وبمستوى تعهداتها لدى مؤسسات القرض وقائم إصداراتها الرقاعية».

1. مهام اللجنة الدائمة للتدقيق

تتمثل مهمة اللجنة في التأكد من أن الشركة أرست أنظمة رقابة داخلية مجدية من شأنها تطوير الكفاءة والنجاحة وحماية أصول الشركة وضمان أمانة المعلومة المالية واحترام الأحكام القانونية والترتيبية. وبذلك لم يعد القانون التونسي يقتصر في رقابة فاعلية آليات الرقابة الداخلية على مراقب الحسابات،

(1) حول هذه اللجنة بوجه عام، يراجع: آسيا الدريسي: « اللجنة الدائمة للتدقيق والرقابة في الشركة خفية الإسم », رسالة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء، 2007-2008 (الفوج الثامن عشر).

(2) نهيل تمر: « ضمان سلامة العلاقات المالية », مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2008، ص. 161.

(3) أضيف بمقتضى الفصل 12 من القانون عدد 96 لسنة 2005 المؤرخ في 18 أكتوبر 2005.

بل أوكل نفس هذه المهمة إلى هيكل إضافي بالنسبة للشركات الكبرى. وبذلك، تتولى اللجنة متابعة أعمال أجهزة الرقابة لدى الشركة. وفي إطار تدعيم استقلالية مراقبي الحسابات، أوكل لها القانون اقتراح مراقب أو مراقبي الحسابات عوضاً عن ترك ذلك للمسيرين (الذين يقترحون مراقبي الحسابات في جدول أعمال الجلسات العامة العادية المدعوة للنظر في تعيين مراقب الحسابات مرة كل 3 سنوات).

وتصادق اللجنة أيضاً على تعيين المدققين الداخليين. ويلاحظ أن قانون سلامة العلاقات المالية أدخل في القانون التونسي مفاهيم جديدة مثل مفهوم المدقق الداخلي *auditeur interne*. ذلك أن التدقيق الداخلي الذي يجريه أي شخص عدا مراقب الحسابات ظل لزم من طویل خارج أي تأطير تشريعي حتى أقر وجوده المشرع سنة 2005 ومنح اللجنة الدائمة للرقابة صلاحية المصادقة على تعيين من يقوم به. ويستتج من ذلك أن هيكل التسيير هو الذي يعين المدققين الداخليين الذين يقومون بمهمة تعاقدية بخلاف مراقب الحسابات الذي يقوم بمهمة قانونية *mission légale* بموجب سند تعاقدية. كما أن المدقق الداخلي لا يقوم بمهمة مراجعة المحاسبة بل يمكن تكليفه بالتدقيق في أي شأن من شؤون الشركة كالشؤون القانونية أو الإدارية أو في كيفية مسك الأرشيف وحفظه أو في الأمور التقنية أو التكنولوجية أو منظومة التحكم في استهلاك الطاقة... غير أن قرار تعيين المدققين الداخليين يظل معلقاً على مصادقة اللجنة. وبالرجوع إلى المفاهيم القانونية الأصلية فإن المصادقة تتمثل في تصريح لاحق بإرادة مطابقة لإرادة سابقة صدرت عن مفتقر إلى السلطة أو إلى الصفة لإنجاز عمل قانوني معين. ويؤدي ذلك إلى اعتبار أن قرار التعيين يكون قبل المصادقة بوجود قانوني قانونياً مؤقتاً وهشاً، فيمكن أن يزول بصفة رجعية إن صدر قرار بعدم المصادقة، أما إذا وقعت المصادقة فيكون لها أيضاً أثر رجعي⁽¹⁾.

2. تركيبة اللّجنة الدائمة للتدقيق

لم يشأ المشرع أن يزيد في ثقل هياكل الشركة بإحداث هيكل جديد، بل ارتأى أن من الأفضل أن يقتصر الأمر على بعض الأعضاء في هيكل موجود

(1) كما هو الشأن في صورة بيع ملك الغير وبيع المريض مرض موت وصور الفضالة بوجه عام.

سلفاً، فاقضى الفصل 256 مكرر من مجلة الشركات التجارية أن اللجنة الدائمة للتدقيق تتكون على الأقل من ثلاثة أعضاء، يقع تعيينهم من قبل مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة حسب الحالة من بين أعضائهما. غير أنه لا يجوز أن يكون من بين أعضائها الرئيس المدير العام أو المدير العام أو المدير العام المساعد، ضماناً لدرجة من الإستقلالية والحياد. ولم يمنع هذا النص أن يكون من بين أعضائها عضو مجلس الإدارة المفوض *administrateur délégué* المنصوص عليه بالفصل 210 من مجلة الشركات التجارية. وربما كان مرد ذلك أن هذا العضو إنما يتولى رئاسة هيكل التسيير بشكل مؤقت لا غير، إذ لا تتجاوز مهمته ثلاثة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة⁽²⁾.

وقد أبدى أحد الدارسين أسفه لأن المشرع لم يشترط في أعضاء اللجنة أن يكونوا من ذوي الكفاءة والخبرة في ميدان المالية والمحاسبة على غرار ما قرره منشور البنك المركزي التونسي عدد 19 لسنة 2006 المؤرخ في 28 نوفمبر 2006 بالنسبة لأعضاء لجان التدقيق الدائمة المحدثة صلب مؤسسات القرض⁽³⁾. كما لاحظ أن المنشور المذكور ينص على تعيين رئيس للجنة الدائمة للرقابة في مؤسسات القرض، في حين سكت النص العام أي الفصل 256 مكرر من مجلة الشركات التجارية عن ذلك، وهو ما يعني مبدئياً أنها لجنة لا رئيس لها. ولا يوجد ما يمنع قانوناً أن يتولى أحد الأعضاء الذي يتفق عليه الأعضاء دور «المنسق» لأعمالها، فيكون هو المخاطب الرئيسي لكل جهة لها صلة بأعمالها وخاصة رئيس جهاز التسيير في الشركة (الرئيس المدير العام أو المدير العام أو عضو مجلس الإدارة المفوض أو رئيس هيئة الإدارة الجماعية).

وفي القانون المقارن يلاحظ أن القانون البلجيكي الصادر في 2 أوت 2002 عدل الفصل 524 من مجلة الشركات التجارية بحيث أصبح ينص على إحداث هيكل داخل مجلس الإدارة يضم ثلاثة «مديرين مستقلين» *administrateurs indépendants* تتمثل مهمتهم خصوصاً في إبداء الرأي حول العمليات المنطوية على تضارب بين مصالح الشركة ومصالح مسيريها وبيان مدى تطابقها مع سياسة الشركة. ويشترط في من يعين عضواً في هذه اللجنة أن لا تكون له صفة عضو بمجلس الإدارة ولا مدير ولا إطار بالشركة خلال العامين السابقين

(1) الفقرة الأولى من الفصل 210 من مجلة الشركات التجارية.

(2) نهيل تمر، مقال سابق الذكر، ص. 175.

لتعيينه ولا أن يكون ماسكا لعشر رأس مال الشركة على الأقل ولا أن تربطه بها علاقات تمس من استقلاليتها. وهذه الشروط ينبغي أن تتوفر زمن التعيين وأن تظل متوفرة طوال مدة القيام بالمهمة⁽¹⁾.

3. مكافأة أعضاء اللجنة الدائمة للرقابة

يمكن منح أعضاء اللجنة الدائمة للتدقيق مقابل ممارسة نشاطهم مبلغا ماليا يتم تحديده وتحميله حسب الشروط التي ينص عليها الفصل 204 من مجلة الشركات التجارية بخصوص منحة الحضور⁽²⁾. ولم ينص الفصل 256 مكرر على منع منحهم مكافآت أخرى بعنوان مهمة التدقيق. كما لم يمنع عليهم الجمع بين المكافآت التي يتحصلون عليها بعنوان مهمة التدقيق ومكافآت أخرى تدفع لهم من نفس الشركة، وهو أمر منطقي باعتبار أنهم بالضرورة من أعضاء هيكل آخر وهو مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة بحسب صنف إدارة الشركة، وبالتالي فهم حتما من الأشخاص الذين يحصلون على مكافآت حضور بعنوان نشاط التسيير أو الرقابة في إطار الهيكل المذكور.

الفقرة الفرعية الثانية: مراقبة المحاسبة

لم يكتف المشرع منذ أواسط القرن العشرين بالرقابة المجرة بواسطة الأجهزة المكلفة بمراقبة حسن التصرف في أمور الشركة بواسطة الجلسة العامة للمساهمين وبواسطة مجلس المراقبة في الشركات خفية الاسم ذات هيئة الإدارة الجماعية، والتي تهدف إلى حماية المساهمين بالدرجة الأولى والأساسية، بل أضاف إلى ذلك جهازا آخر للرقابة يقتصر دوره على الجانب المحاسبي، وهو دور على غاية من الأهمية بالنظر إلى أن هذه الرقابة تهدف إلى حماية حقوق كل

(1) Jean CATTARUZZA: «Spécificités du Code des sociétés appliqué aux groupes de sociétés», in *Le droit des affaires en évolution. Les relations intragroupe*, éd. Bruylant-Kluwer, Bruxelles 2004, p. 103.

(2) يستعمل الفصلان 204 و205 من مجلة الشركات التجارية مصطلح «منحة» في حين تعود الفقه في تونس على استعمال مصطلح «مكافأة»، وهو المصطلح الذي كان يستعمله الفصل 76 من المجلة التجارية قبل سنة 2000.

من الشركاء والدائنين الحاليين والمحتملين والمتعاملين مع الشركة بشكل عام والإدارة الجبائية عند الاقتضاء⁽¹⁾، وهو مراقب الحسابات⁽²⁾.

ولم تقتصر مجلة الشركات التجارية على هذا التعديل الشكلي، بل أدخلت تجديدا جوهريا يتمثل في استحداث «الشركة خفية الاسم ذات هيئة الإدارة الجماعية» (La société anonyme à directoire) المنصوص عليها وعلى الأحكام الخاصة بها بالفصول من 224 إلى 257، والتي تتميز فقط في ما يهم الأحكام المتعلقة بتسييرها والرقابة عليها، حيث استحدثت هيكلًا جديدا للرقابة الداخلية وهو مجلس المراقبة⁽³⁾. وفي وجود هيكلين للرقابة، كرست المجلة

(1) تاريخيا، تم إقرار مراقبة الحسابات في الأمرين العليين الصادرين في جانفي سنة 1955 المتعلقين بالشركات خفية الاسم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، ثم في المجلة العقارية (1959). يراجع: أشيل برداح Achille BERDAH، المرجع السابق. وقد شهدت المجلة التجارية (1959) بعض التنقيحات الهامة منها التنقيح الذي شمل الفصلين 83 و84، مع إضافة الفصل 84 مكرر، بموجب القانون عدد 61 لسنة 1982 المؤرخ في 30 جوان 1982، والذي تلاءم تنقيح ثان بموجب القانون عدد 109 لسنة 1988 المؤرخ في 18 أوت 1988، الذي تزامن مع صدور القانون عدد 108 لسنة 1988 المتعلق بتحويل التشريع الخاص بمهنة الخبراء المحاسبين. وقد جاء القانون عدد 109 لسنة 1988 بإضافة الفصل 83 مكرر إلى المجلة التجارية وحذف النقطة الخامسة من الفصل 84 منها. وقد تمت إعادة صياغة كافة هذه الأحكام في إطار مجلة الشركات التجارية لسنة 2000، والتي اتسمت بتوسيع نطاق الرقابة التي يقوم بها مراقبو الحسابات لتشمل، من ناحية المبدأ، كافة الشركات بما فيها شركات الأشخاص، وذلك متى بلغ رأس مالها أو رقم معاملاتها مبلغا تقرر أن تصدر النصوص التطبيقية التي تضبطه. وتم استبدال هذه المعايير بموجب تنقيح 27 جويلية 2005.

(2) حول هذه المسألة بوجه عام، يراجع: أحمد الورفلي: «هاجس الشفافية وسلامة العلاقات المالية»، مجلة القضاء والتشريع، جوان 2007، ص. 35.

(3) يتبين من دراسة القوانين المقارنة أنها تتبنى نظاما متباينة للرقابة على أعمال هيكل التسيير. فمنها ما يتبنى نظام الرقابة المزدوجة على غرار التشريع الفرنسي الذي منح صلاحية مراقبة المحاسبة إلى هيكل محترف (مراقبو الحسابات les commissaires aux comptes) بينما أوكل الرقابة على التصرف والتسيير إلى هيكل ثان (مجلس المراقبة Conseil de surveillance). وبالمقابل فإن دولا أخرى تبنت نظام وحدة هيكل الرقابة، على غرار:

• بلجيكا: حيث أسندت هذه المهمة إلى المراقبين Les commissaires ou réviseurs.

• إيطاليا: حيث أسندت هذه المهمة إلى هيكل يسمى Sindaci.

• هولندا: أين أسندت هذه المهمة إلى «المندوب» Commissaire.

Pascale HINAUT-HAMENDE et Gilberte RAUCQ « Les sociétés anonymes », tome 1 : « La constitution de la société », Ed. Larcier, Bruxelles 1996, p. 330 et ss.

بشكل واضح مبدأ جوهريا هو مبدأ تخصص هياكل الرقابة (spécialisation des organes de contrôle) وتكاملها (complémentarité)، بحكم تقاسم الأدوار والمهام بينها، إذ يتمثل دور البعض منها في مراقبة محاسبة الشركة ودفاتها، بينما يختص البعض الآخر بتسليط رقابة على التصرف والتسيير.

1. تدعيم دور مراقب الحسابات في مجلة الشركات التجارية

لم تستحدث مجلة الشركات التجارية مؤسسة مراقب الحسابات ولا مبدأ ضرورة خضوع الشركة خفية الاسم إلى مراقبته والتي كانت تقتضيها المجلة التجارية في فصولها من 83 إلى 84 مكرر، بل إنها أبقت على نفس هذه المبادئ وما يلحق بها من تفرقة بين صنفين من الشركات خفية الاسم من حيث مساحتها المالية، أي من حيث حجم رأس مالها أو رقم معاملاتها، وأبقت بالتالي على النظام الثنائي الذي يجعل بعض الشركات (وهي الشركات خفية الاسم) خاضعة لرقابة جذية وحقيقية من قبل مهنيين محترفين، وبعض الشركات الأخرى خاضعة إلى مجرد رقابة شكلية.

كما لم تغير المجلة القواعد المتعلقة بحجية رأي مراقب الحسابات، حيث ظلت القاعدة هي أن إشهاد مراقب الحسابات بنزاهة المحاسبة ومسكها طبق المعايير المحاسبية (sincérité et régularité) لا يمنح تلك المحاسبة مصداقية مطلقة⁽¹⁾ سواء كان ذلك في مواجهة إدارة الجباية أو أمام القاضي الجزائي أو المدني.

وقد أحال الفصل 13 من مجلة الشركات التجارية في صيغته الأولى (2000) إلى نص تطبيقي كان يفترض أن يضبط رأس المال الأدنى المستوجب لتحديد الشركات الخاضعة وجوبا لرقابة مراقب الحسابات. غير أن القرار

(1) المحكمة الإدارية، قرار عدد 35770، مؤرخ في 19 جوان 2006، فقه قضاء المحكمة الإدارية، منشورات مجمع الأطرش، 2006، ص. 324: «إن إخضاع المحاسبة إلى مراقب الحسابات طبقا للفصل 83 جديد (نظر الفصل 258 من مجلة الشركات التجارية) من المجلة التجارية يهدف إلى التحقق من صحة المعلومات الحسابة المضمنة بتقرير مجلس الإدارة حول حسابات الشركة بغاية حماية حقوق المساهمين والشركاء وبالتالي فإن وسيلة الرقابة المذكورة لا تعتبر في حد ذاتها مؤشرا أو معيارا حاسما لصحة المحاسبة التي يمسكها الشخص المعنوي ولمصادقتها ولمطابقتها الشروط القانونية المتعين احترامها».

الوزاري المشار إليه لم يصدر إلا بعد تعديل مجلة الشركات التجارية في 18 أكتوبر 2005، وتحديدا في 6 جوان 2006⁽²⁾.

• ويطرح هذا القرار إشكالا يتعلق بنطاق تطبيقه في الزمان. فعلاوة على الإشكال النظري الذي أنشأ تأخر صدوره، والمتعلق بمدى إمكانية تعليق نفاذ قانون بموجب نص ترتيبي أو بالأحرى بعدم إصدار نص ترتيبي، فإنه يطرح مشكلا عمليا يتعلق بمعرفة السنة المالية التي يجب أن تخضع إلى رقابة مراقب الحسابات: فهل هي السنة المالية التي تبتدى بعد صدوره (2007)، أم هي تلك التي لم تنته بعد حتى تاريخ صدوره (2006)؟ ويعبارة أخرى فقد وقع التساؤل عما إذا كانت الشركة مطالبة بأن تعرض على مراقب الحسابات وثائقها المحاسبية لسنة مالية انتصفت بعد في تاريخ صدور هذا القرار، حال أن مهمة المراقب هي مهمة مستمرة ويفترض أن تمتد على كامل السنة المالية.

• يمكن أن يكون هذا القرار قد صدر في وقت تكون فيه إحدى الشركات بصدد الإعداد لجلستها العامة ولم يبق الأجل الكافي لتعهد مراقب حسابات جديد بعد تعهده طبق النص القديم. فخلافا للنصوص القانونية الإجرائية المحدثة مثلا لمحاكم جديدة أو الناقلة للاختصاص من محكمة إلى أخرى والتي عادة ما تتضمن أحكاما انتقالية تجيز للمحاكم المتعهلة مواصلة النظر في القضايا التي هي متعهلة بها والتي بلغت مرحلة يتعلم معها منطقيا أن تحال إلى محكمة أخرى، فإن مجلة الشركات التجارية لم تضع أحكاما من هذا النوع، مما يضعف الشركات التي تكون في أحد الأوضاع المشار إليها في وضع صعب، بحيث قد تضطر إلى تأجيل جلستها العامة العادية لتمكين مراقب الحسابات من الاطلاع على القوائم المالية وإبداء رأيه بشأنها أو حتى لتغيير مراقب حساباتها أو لتعيين مراقب حسابات أصلا. وقد أصبحت هذه الإشكالية في حكم التاريخ بعد أن مرت سنوات طويلة على صدور هذا القرار الوزاري.

1.1. الشركة خفية الاسم خاضعة لمراقبة الحسابات بحكم شكلها

اقتضى الفصل 258 (جديد) من مجلة الشركات التجارية كما نفع في 18 أكتوبر 2005 أن مراقب الحسابات «يحقق... وتحت مسؤوليته في سلامة

(1) أمر عدد 1546 لسنة 2006.

القوائم المالية للشركة ويضمن نزاهتها طبق الأحكام القانونية والترتيبية الجاري بها العمل. ويسهر على إحترام الأحكام المنصوص عليها بالفصول من 12 إلى 16 من هذه المجلة، ويجب عليه إبلاغ الجلسة العامة السنوية بواسطة تقرير كل خرق لأحكام هذه الفصول».

وقد ألغى القانون المتعلق بتدعيم سلامة العلاقات المالية الصادر في 26 أكتوبر 2005 الفقرة الثانية من نفس الفصل 258 التي كانت تنص على ما يلي: «ويجب إختياره [أي مراقب الحسابات] من ضمن مراقبي الحسابات المرسمين بجداول هيئة الخبراء المحاسبين. غير أنه يمكن للشركات التي يكون رقم معاملاتها أقل من مبلغ يقع تحديده بقرار من الوزير المكلف بالمالية أن تختار مراقباً أو عدة مراقبي حسابات سواء من بين المرسمين بجداول الهيئة أو من بين أحد المختصين في الحسابة».

وقد حسم الفصل 258 في صيغته المعدلة أهم الإشكالات التي طرحتها الصيغة الأصلية والمتعلقة بمدى إنطباقه في نفس الوقت والمجال مع الفصل 13 من مجلة الشركات التجارية، وما إن كان مبدأ وجوب تعيين مراقب حسابات طبق أحكام الفصل 258 المذكور (قديم) مبدأ عاماً بالنسبة إلى جميع الشركات خفية الاسم، أم أنه لا يهم سوى الشركات التي يتوفر فيها الشرط المتعلق برأس المال الأدنى ويرقم المعاملات الأدنى المنصوص عليهما بالفصل 13 من نفس المجلة. فالتساؤل الذي كان مطروحاً هو الآتي: هل يمكن أن توجد شركات خفية الاسم غير ملزمة قانوناً بتعيين مراقب حسابات بسبب ضعف حجمها المالي؟

لقد وردت عبارة الفصل 258 (قديم) من مجلة الشركات التجارية قليلة الوضوح في هذا الشأن، وهو ما استوجب البحث في مقاصد المشرع، عملاً بالمبادئ العامة للتأويل، المنصوص عليها بالفصل 532 وما يليه من مجلة الالتزامات والعقود.

وانطلق الفقه⁽¹⁾ في البحث عن إرادة واضع القانون من معطى تاريخي يتعلق بمسار تطور القانون التجاري التونسي، فلاحظ أن القانون التونسي كان يقصر

(1) يراجع مثلاً: أحمد الورفلي: «الرقابة في الشركات خفية الاسم»، مرجع سابق الذكر، ص. 123.

قاعدة وجوب الخضوع إلى رقابة مراقب حسابات على الشركات خفية الاسم ومعها شركات المقارضة بالأسم. وقد كان الفصل 83 من المجلة التجارية ينص على مبدأ وجوب تعيينه بصيغة عامة تشمل كل الشركات خفية الاسم مهما كان مبلغ رأس مالها أو رقم معاملاتها، وأن المجلة الجديدة جاءت بتوسيع نطاق رقابة مراقبي الحسابات لتشمل شركات أخرى عدا شركات الأسهم، وبالأحرى كافة الشركات التجارية مهما كان شكلها، وذلك لتكريس مبدأ عام جديد هو مبدأ الشفافية في سير أمور كافة أصناف الشركات (principe de transparence)، وأن المنطق يقتضي أن المشرع لا يمكن أن يكون قد قصد التراجع عما يعتبر من المكتسبات المحققة، وبالتالي يتحتم اعتبار أن رقابة مراقب الحسابات شاملة لجميع الشركات خفية الاسم مهما كان حجمها المالي.

على أن هذه القراءة المنطقية والنسقية للنص منعزلاً ظلت حتى سنة 2005 تتجافى مع مجمل نصوص المجلة التي يجب النظر إليها على أنها كل متكامل، في إطار نظرة شمولية ونسقية (Interprétation systématique) بعيداً عن القراءة المستعجلة لبعض الفصول منفردة. ذلك أنه يمكن أن يفهم من أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 275 من مجلة الشركات أن المشرع كان يرجح القراءة القائلة بقرن الفصل 258 بالفصل 13 من المجلة المذكورة، طالما أن الفصل 275، في معرض الحديث عن الوثائق التي يجب أن يطلع عليها المساهمون خلال الجلسة العامة قبل اتخاذ أي قرار، كان يذكر «تقارير المراقبين - أي مراقبي الحسابات - في الحالات التي توجب وجود المراقب أو المراقبين»، بما استدل منه جانب من الشراح على أن مشروع سنة 2000 كان يعتبر أنه توجد حالات ليس من الوجوبي فيها أن يكون للشركة خفية الاسم مراقب حسابات، وهي حتماً حالة عدم تجاوز الشركة لرقم المعاملات ولا لمبلغ رأس المال الذين كان من المفروض أن يأتي بهما قرار وزير المالية المشار إليه بالفصل 13 من مجلة الشركات التجارية. ولا شك أن عدم التنصيص على رأس مال أدنى وما كان النص التشريعي يتيح من إحداث شركة خفية الاسم برأس مال لا يتعدى 35 ديناراً يدعم هذه القراءة.

وقد دعا الفقه إلى تعديل هذه الأحكام وتوضيح صياغة النصوص بما يؤكد عمومية رقابة مراقبي الحسابات على كافة الشركات خفية الاسم مهما

كان حجمها المالي، محافظة على تناسق الأحكام التشريعية والترتيبية المتعلقة بالشركات، فتجاوب المشرع مع هذه المقترحات، وتم تعديل أحكام الفصلين 258 و 275 من مجلة الشركات التجارية في 27 جويلية و 18 أكتوبر 2005 بحيث حذفت عبارة «في الحالات التي توجب وجود المراقب أو المراقبين» من الفصل 275 وأعيدت صياغة الفصلين 13 و 258 بشكل يدلّ دون ريب على أنه لا توجد شركة خفية الاسم مستثناة من وجوب تعيين مراقب أو مراقبين لحساباتها.

فقد صيغ الفصل 13 جديد كما نقح بموجب القانون عدد 96 لسنة 2005 المؤرخ في 18 أكتوبر 2005 المتعلق بتدعيم سلامة العلاقات المالية كما يلي: «يجب على كل الشركات التجارية تعيين مراقب حسابات.

وتعفى الشركات التجارية عدا شركات الأسهم من تعيين مراقب حسابات :

- بعنوان السنة المحاسبية الأولى من نشاطها،
 - أو إذا لم تتوفر فيها اثنان من الأرقام الدنيا المتعلقة بمجموع الموازنة وبمجموع الإيرادات دون اعتبار الأداءات وبمتوسط عدد العملة،
 - أو إذا لم يعد يتوفر فيها خلال السنتين المحاسبيتين الأخيرتين من نيابة مراقب الحسابات اثنان من الأرقام الدنيا المشار إليها بالمطّة الثانية.
- ويجب أن يعيّن مراقب الحسابات من بين الخبراء المحاسبين المرسمين بجدول حياة الخبراء المحاسبين بالبلاد التونسية إذا توفّر في الشركة اثنان من الأرقام الدنيا المتعلقة بمجموع الموازنة وبمجموع الإيرادات دون اعتبار الأداءات وبمتوسط عدد العملة. وإذا لم تتوفر هذه الأرقام، فإنه يتم تعيين مراقب الحسابات سواء من بين الخبراء المحاسبين المرسمين بجدول حياة الخبراء المحاسبين بالبلاد التونسية أو من بين المختصين في الحسابة المرسمين بمجمع المحاسبين بالبلاد التونسية.

و يتم تحديد الأرقام الدنيا وطريقة احتساب متوسط عدد العملة المنصوص عليها بالفقرتين الثانية والثالثة من هذا الفصل بمقتضى أمر.

وتسري على مراقب الحسابات المعيّن طبق أحكام هذا الفصل القواعد الواردة بالباب الثالث من الفرع الثالث من العنوان الأول من الكتاب الرابع من هذه المجلة».

كما وضع تعديل 18 أكتوبر 2005 (قانون سلامة العلاقات المالية) قواعد جديدة توجب على الشركات احترام مبدأ التداول في تعيين مراقبي الحسابات بأن فرضت تغييرهم بعد كل مدة، مع مراعاة الاختلاف بين صورة كون مراقب الحسابات شخصا طبيعيا وصورة كونه شخصا معنويا (شركة مهنية)، وأوجبت على الشركات خفية الاسم ذات الحجم المعتبر تعيين مراقبين إثنين لحساباتها عن نفس الفترة.

2.1. تعيين مراقب الحسابات

يتم تعيين مراقب الحسابات من قبل الشركاء في جلستهم العامة العادية. وتعين الجلسة العامة عددهم، في حين أن مدة و كالتهم ومكافآتهم يضبطها القانون والتراتيب الجاري بها العمل بأحكام آمرة. ويوجد لبس في خصوص مدى وجوب اللجوء إلى التدقيق المحاسبي في مرحلة التأسيس.

أ. الاختصاص بتعيين مراقب الحسابات

منح المشرع الاختصاص بالتعيين إلى الجلسة العامة للمساهمين ولم يجعل للمديرين أي سلطة ظاهرة في ذلك، تجنباً لخضوع المراقبين إلى تأثير هيكل التسيير وسطوته. ولا تستثنى من ذلك إلا الصناديق المشتركة للتوظيف في الأوراق المالية المنصوص عليها بمجلة مؤسسات التوظيف الجماعي، والتي يتم تعيين مراقبي حساباتها من قبل مجلس إدارة الصندوق أو هيئة إدارته الجماعية (الفقرة الأخيرة من الفصل 20). لكن واقعياً، يلعب المديرون دوراً رئيسياً في عملية التعيين بما أن الجلسة العامة لا تتداول حول التعيين إلا إذا تم اقتراح اسم عليها. وما يؤكد هذا الأمر هو أن القانون لا يوجب على هيكل التسيير أن يقترح على الجلسة العامة عدة أسماء لتختار من بينها، بما سمح لهياكل التسيير بأن تطرح في كل مرة إسماً واحداً يتم الاقتراح عليه، وطبيعياً أن ينتهي الأمر في كل الحالات تقريباً بالتصويت لفائده.

ويتم تعيين أول مراقب أو مراقبين للحسابات من قبل الجلسة العامة التأسيسية، وذلك لمدة ثلاثة أعوام. وبعد نهاية الوكالة الأولى، ترجع صلاحية التعيين إلى الجلسة العامة العادية ولا تدخل في مشمولات الجلسة العامة الخارقة للعادة. فقد اقتضى الفصل 278 من مجلة الشركات التجارية أن الجلسة العامة

العادية تنظر في جميع المسائل وتتخذ جميع القرارات عدا تلك المنصوص عليها بالفصول من 291 إلى 295 والفصلين 298 و300 والفصول من 307 إلى 310 من نفس المجلة، وأحكام الفصل 291 من ذات المجلة، الذي يسند إلى الجلسة العامة الخارقة للعادة الاختصاص بتنقيح العقد الأساسي في جميع أحكامه وبنوده، مع بيان أن كل شرط مخالف يكون لاغيا قانوناً⁽¹⁾.

وطالما أن تعيين مراقبي الحسابات أو استبدالهم أو عزلهم ليس فيه مساس ببند العقد التأسيسي، فإن هذه المسألة ترجع بالنظر إلى الجلسة العامة العادية. على أنه في صورة تخلفها عن ذلك أو حدوث طارئ ك وفاة المراقب أو فقدان أهليته أو عزله أو منعه قانوناً من مباشرة المهنة، يقع اللجوء إلى القضاء للغرض. وفي هذا الإطار، يقتضي الفصل 261 أن الطلب يمكن تقديمه من كل «من يهتبه الأمر» مع وجوب استدعاء أعضاء مجلس الإدارة للحضور لدى القاضي المتعهد. والقاضي المختص حسب ما جاء بالفصل المذكور هو القاضي الاستعجالي بالمحكمة الكائن بدائرتها مقر الشركة والذي يبدو أن المشرع قصد منحه الاختصاص بقطع النظر عن مدى توفر شرطي التأكد وعدم المساس بالأصل المنصوص عليهما بالفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، ولو أن من الفقهاء من يرى أنه ولئن كان عنصر الاستعجال مفترضا بحكم القانون، فإن عنصر عدم المساس بالأصل ضروري ولا غنى عنه ويجب إثباته وإلا اتجه الحكم برفض الطلب⁽²⁾.

ب. تحديد عدد مراقبي الحسابات من قبل سلطة التعيين

لم يضبط مشرع سنة 2000 عدد مراقبي الحسابات وترك الخيار للجلسة العامة للشركاء لتقرر هذا العدد. ومن المفروض أن يقع إدراج هذا الخيار بأحد بنود عقد الشركة، فإن سكت العقد التأسيسي، فليس للجلسة العامة العادية مبدئياً أن تعين أكثر من مراقب واحد، إذ أن عدم البيان يعني منطقياً اختيار الأدنى، وليس للجلسة العامة العادية أن تعدل القانون الأساسي للشركة، عملاً بمبدأ تخصص

(1) Paulette BAUVERT et Nicole SIRET : « Droit des sociétés et autres groupements », éd. ESKA, Paris 1999, p. 268.

(2) رشيد الصباغ : « دور القاضي في إدارة الشركات التجارية »، محاضرة أقيمت في إطار ملتقى «الجديد في قانون الشركات التجارية»، تونس 26 و 27 فيفري 2001.

الجلسات العامة المكرس بالفصلين 278 و291 من مجلة الشركات التجارية السالف التعرض إليهما. وقد انتقد الفقه الفرنسي قاعدة جواز تعيين أكثر من مراقب واحد لنفس الشركة، من منطلق أن المراقبين إما أن يقوموا بنفس العمل، فيكون العمل مزدوجاً أو مكرراً، وبالتالي فإن عمل أحدهم أو بعضهم يكون غير ضروري ويضيف تكلفة غير مبررة على عاتق الشركة، وإما أن يتقاسموا العمل، وهذا أمر مخالف للقانون لعدم تلاؤمه مع طبيعة المهمة⁽¹⁾.

غير أن هذا الموقف لم يصمد طويلاً، إذ أنه، وبعد الفضائح المالية التي هزت العالم وأطاحت بشركات عملاقة مثل «إنرون» و«بارملات»، أقر المشرع التونسي، أسوة بعدد من التشريعات الأجنبية، وجوبية تعيين مراقبين إثنين على الأقل في بعض أصناف الشركات. فقد نص الفصل 13 (ثالثاً) المضاف إلى مجلة الشركات التجارية بموجب القانون عدد 96 لسنة 2005 المؤرخ في 18 أكتوبر 2005 المتعلق بتدعيم سلامة العلاقات المالية على ما يلي:

«تخضع إلى تعيين مراقبين إثنين أو أكثر للحسابات مرسمين بجدول حياة الخبراء المحاسبين بالبلاد التونسية :

- مؤسسات القرض ذات المساهمة العامة وشركات التأمين متعددة الاختصاصات؛

- الشركات الملزمة بإعداد قوائم مالية مجمعة بمقتضى التشريع الجاري به العمل إذا تجاوز مجموع موازنتها بعنوان الحسابات المجمعة مبلغاً يتم تحديده بمقتضى أمر؛

- الشركات التي تتجاوز مجمل تعهداتها لدى مؤسسات القرض وقائم إصداراتها الرقاعية مبلغاً يتم تحديده بمقتضى أمر.

ويجب على مراقبي الحسابات أن لا يكونوا مرتبطين بأي علاقة شراكة أو بمعاملات أخرى مهما كان نوعها من شأنها أن تحد من الاستقلالية فيما بينهم وأن يحددوا شروط وطرق إعداد تقاريرهم اعتماداً على مبدأ المواجهة في التدقيق.

(1) Yves GUYON, *op. cit.*

وتضبط القواعد والعنايات المهنية المتعلقة بالمراقبة المزدوجة لحسابات الشركات بمقتضى معيار مهني⁴.

ج. مراقبة الحسابات في طور التأسيس (؟)

خلافا لبعض المشرعين في بلدان أخرى، نلاحظ أن المشرع التونسي لم يتطرق إلى مسألة تعيين مراقبي الحسابات في طور تأسيس الشركة وقبل عقد أولى الجلسات العامة التأسيسية. أما القانون المصري، فيقتضي أنه في هذه المرحلة، يقوم بالتعيين المساهمون (المؤسسون)، في انتظار انعقاد الجلسة العامة التأسيسية⁽¹⁾. وبالمقابل واصل القانون التونسي الجديد العمل بنظام الرقابة على تقويم المساهمات العينية بواسطة أشخاص مستقلين عن الشركاء والمسيرين، وهم «مراقبو الحصص العينية» commissaires aux apports الذين تتميز مهمتهم بأنها ليست محاسبية أصلا ولا تسلط أيضا على أعمال التصرف، إذ أن المساهمة تسبق الشروع في نشاط الشركة، إلا في حالات إستثنائية، وخصوصا في صورة الترفع في رأس المال.

2. مدة وكالة مراقبي الحسابات

رسخت مجلة الشركات التجارية مبدأ تحديد مدة وكالة مراقب الحسابات وحصرتها في ثلاثة أعوام على أقصى تقدير. وقد كرس قانون تدعيم سلامة العلاقات المالية لأول مرة مبدأ تحديد إمكانية تجديد وكالة مراقب الحسابات وذلك لغاية ضمان قدر مقبول من الشفافية من خلال التداول على مراقبة حسابات الشركة الواحدة بما يمنح الفرصة للتدقيق في أمور الشركة من قبل أكثر من مهني مستقل في فترات متتالية. وقد نص الفصل 13 (مكرر) من مجلة الشركات التجارية المدرج بموجب القانون المذكور على أن «يعين مراقب الحسابات لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد».

غير أنه بالنسبة للشركات التجارية الخاضعة وجوبا طبقا لأحكام هذه المجلة لتعيين مراقب حسابات مرسوم بجدول حياة الخبراء المحاسبين بالبلاد

(1) يراجع مثلا: مصطفى كمال طه: «الشركات التجارية- الأحكام العامة في الشركات، شركات الأشخاص، شركات الأموال، أنواع خاصة من الشركات»، ط. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص. 326.

التونسية، فإنه لا يمكن أن يتجاوز عدد النيابة المتتالية باعتبار التجديد ثلاث نيابات إذا كان مراقب الحسابات شخصا طبيعيا وخمس نيابات إذا كان مراقب الحسابات في شكل شركة خبرة في المحاسبة تشمل على الأقل ثلاثة خبراء محاسبين مرسمين بجدول حياة الخبراء المحاسبين بالبلاد التونسية شريطة تغيير المهني الذي يتحمل المسؤولية الشخصية بخصوص محتوى تقرير مراقبة الحسابات وتغيير فريق العمل المتدخل في عملية المراقبة مرة على الأقل بعد ثلاث نيابات. وتضبط بمقتضى أمر شروط تطبيق هذه الفقرة.

وتطبق أحكام الفقرة الثانية من هذا الفصل عند تجديد النيابة بداية من غرة جانفي 2009، وتؤكد هذه القاعدة من خلال باقي أحكام مجلة الشركات التجارية وخاصة منها المتعلقة بمراقبة حسابات الشركات خفية الاسم كالفصل 172.

ويتضح من هذا الفصل أن المشرع ينظر الشركات المهنية الصغيرة التي تقتصر على شريكين أو حتى على شريك واحد بالمكاتب الفردية. فالشركات الكبيرة وحدها يمكنها أن تواصل التدقيق في حسابات نفس الشركة لمدة 15 سنة على أقصى تقدير في حين أن الخبير المحاسب الذي يمارس نشاطه في إطار مكتب فردي أو في إطار شركة تقتصر على شريكين إثنين ممن لهم صفة خبير محاسب مرسوم بجدول هيئة الخبراء المحاسبين بالبلاد التونسية⁽¹⁾ يمكنه أن يواصل تدقيق حسابات نفس الشركة لمدة 9 سنوات. وبالنسبة لشركات الخبرة في المحاسبة التي تضم شريكين فأكثر، ينبغي تغيير الفريق المكلف بالتدقيق بعد مضي 9 سنوات على أقصى تقدير. ويشمل ذلك الخبير المحاسب أو الخبراء المحاسبين الذين يرأسون فريق التدقيق والمساعدين على حد السواء.

(1) يجدر التذكير بأنه يمكن لغير الخبير المحاسب أن يكون شريكا في رأس مال شركة خبرة في المحاسبة حسب الفصل 4 من القانون عدد 108 لسنة 1988 المؤرخ في 18 أوت 1988 المتعلق بتدوين التشريع المتعلق بالخبراء المحاسبين الذي يقتضي في فقرته الثانية أن "يسمح كذلك لأعضاء الهيئة بتكوين شركات بالاسهم أو شركات ذات مسؤولية محدودة لممارسة نشاطهم إذا توفرت في تلك الشركات الشروط التالية: (1) أن يكون موضوعها معاونة مهنة خبير محاسب.

(2) ان تبت أن الثلاثة ارباع على الاقل من اسهمها او حصصها في حيازة اعضاء الهيئة ويمكن ان يبقى باقي الاسهم في حيازة اشخاص اخرين يربطهم عقد عمل بالشركة".

وتهدف هذه القاعدة إلى التحايل على القانون بإبقاء نفس الشخص الطبيعي مباشراً لنفس المهمة لمدة تتجاوز الحد الأقصى المخول لمراقب الحسابات الذي يكون شخصاً طبيعياً. غير أننا لا نجد في النص التشريعي ما يفيد منع نفس الخبير المحاسب من الرجوع إلى مراقبة حسابات نفس الشركة بعد انقطاعه عنها لمدة ما، أي بعد تعيين مراقب حسابات آخر لمدة 3 أعوام، سواء أتم تلك المدة أو استقال منها أو تم عزله قضائياً أو توفي أو فقد أهليته أو عضويته بالهيئة في الأثناء. وقد يكون هذا السكوت مدخلاً للتحايل على القانون بإحداث قطعة مفتعلة على أن يعود نفس الشخص إلى مراقبة حسابات نفس الشركة بعد انقطاع لفترة وجيزة. ومعلوم أن غياب نص عام يكرس نظرية التحايل على القانون (la fraude à la loi) كمبدأ عام قد يكون غطاءً لمثل هذه الألاعيب، ولو أن القضاء التونسي يعمل غالباً إلى التصدي لها ولم يجد حرجاً في بعض المناسبات من الرجوع إلى النظرية العامة للتحايل على القانون في غياب نص خاص أو عام.

3. إنجاز مهام مراقبة الحسابات

يقوم مراقب الحسابات بتدقيق وتحريات وفق معايير مهنية تمت الإحالة في شأنها إلى المعايير الدولية التي تحتل مكانة العرف. وله أن يستعين في قيامه بمهامه بمساعدتين وضع لهم المشرع شروطاً ميسرة.

3.1. طبيعة المهمة المسندة إلى مراقب الحسابات

وصف المشرع مراقب الحسابات بأنه «وكيل للمساهمين» معتبراً أنه يقوم بمهمة الرقابة لحسابهم ونيابة عنهم. إلا أن الفقه يتقصد هذا التصور ولا يجاريه، معتبراً أن مهمة المراقب هي مهمة قانونية (Mission légale) إذ أن الغاية من الرقابة لا تتمثل في حماية المساهمين وحدهم بل إنها تتجاوز ذلك إلى حماية الغير والمحافظة على النظام الاقتصادي برمته⁽¹⁾، وإن إسناد الاختصاص بتعيين مراقب الحسابات إلى الجلسة العامة أو إلى القضاء في صورة الضرورة، وانفراد القاضي باتخاذ قرارات تنحية المراقب وعزله، بحيث لا مجال لعزله من قبل

(1) حول آليات حماية الغير في مجلة الشركات التونسية يراجع، عبد المنعم كيوة حول «المبادئ العامة لحماية الغير في مجلة الشركات التجارية»، وأرزوين العابدين: «دعوي الغير تجاه مسيري الشركات التجارية». محاضرتان أقيمتا في إطار الملتقى الذي نظمته مركز تونس للمصالحة والتحكيم سنة 2001 مرجع سابق، غير منشور.

الجلسة العامة للشركاء إلا في صورة ثبوت إرتكابه خطأ فاحشاً⁽²⁾، يؤكد بما لا يدع مجالاً للجدال في أن مهمته هي مهمة قانونية وذات مصلحة عامة mission légale et d'intérêt général تتجاوز الإطار التقليدي لمهمة الوكيل الذي يكلف بحماية مصالح موكله دون سواء بما يجعل للموكل سلطة مطلقة في عزله والاستغناء عن خدماته في كل حين.

وفي سياق المقارنة بين النصوص الجديدة بمجلة الشركات التجارية ونظيرتها بالمجلة التجارية قبل إلغائها، لاحظ الأستاذ فيصل دربال⁽³⁾ أن المجلة الجديدة لم تكن دقيقة من حيث المصطلحات التي استعملتها لوصف مهمة مراقب الحسابات، إذ أن النص الفرنسي للفصل 266 يتحدث عن (Approbation) أي عن «المصادقة» على الحسابات (الفقرة الثانية)، حال أنه من الثابت من التشريع التونسي نفسه⁽⁴⁾ ومن التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي والمغربي والبريطاني والأمريكي والكندي، ومن المعايير الدولية للتدقيق المحاسبي التي وضعتها الجامعة الدولية للمحاسبين (IFAC) وخاصة منها المعيار ISA 700 مهمة المصادقة على الحسابات لا تدخل في مهام مراقب الحسابات، والذي يقتصر دوره على الإشهاد باحترام المحاسبة المعروضة عليه للمعايير والقواعد المحاسبية وبجديتها (certification). وقد تم تجاوز هذا النقص من خلال تعديل 27 جويلية 2005 حيث تم تعديل الفقرة 3 من الفصل 266 فأصبحت تنص على أن «...يؤدي مراقب الحسابات رأياً حول نزاهة القوائم المالية السنوية ومصادقتها طبقاً للقانون المتعلق بنظام المحاسبة للمؤسسات الجاري به العمل. ويتأكد مراقبو الحسابات بصفة دورية من نجاعة نظام الرقابة الداخلية».

(1) الفصل 260 فقرة ثانية.

(2) Fayçal DERBAL: «Le commissariat aux comptes dans le cadre de la nouvelle législation des sociétés commerciales: Apports et limites», communication donnée dans le cadre du colloque sur «Le nouveau code des sociétés commerciales», organisé par le Centre de Conciliation et d'Arbitrage de Tunis (CCAT), les 26 et 27 janvier 2001, inédite.

(3) الفصل 275 من مجلة الشركات التجارية الذي عدد مهام الجلسة العامة العادية وصلاحياتها الأساسية وذكر منها مراقبة أعمال التصرف في الشركة و«المصادقة» على حسابات السنة المتقضية حسب الحالة.

وعلى سبيل المقارنة، صدر في سويسرا قانون سنة 2008 يتعلق بالتدقيق في حسابات الشركات، وخاصة التدقيق في ما يتعلق بنظام الرقابة الداخلية. ولا يوجب هذا القانون على الشركات وضع نظام للرقابة الداخلية، باستثناء بعض أصناف الشركات التي أوجب عليها الفصل 727 من قانون الالتزامات ذلك، وهي الشركات الخاضعة لتدقيق منتظم (*regular audit*) بقطع النظر عن شكلها القانوني (ويشمل ذلك حتى الجمعيات). غير أن الفصل 728⁽¹⁾ يوجب على المدقق التحقق من وجود مثل هذا النظام. ولا يتضمن القانون السويسري خطوطاً توجيهية حول نظام الرقابة الداخلية، فيترك للشركة أن تقرره بحسب حجمها واحتياجاتها.

وقد نص الفصل 716⁽¹⁾ على أن من واجب أعضاء مجلس الإدارة أن يضعوا بأنفسهم نظاماً للرقابة المالية والمحاسبية. وهو واجب شخصي لا يمكن إحالة إلى أي شخص آخر. كما يجب على المجلس أن يقوم بصفة دورية بمراجعة نظام الرقابة الداخلية وأن يتحقق من مواكبته لتطور حياة الشركة، وخاصة في صورة حصول تغيير على هيكلتها. ويجب على المدقق أن يأخذ نظام الرقابة الداخلية بعين الاعتبار وعليه أن يسد ما به من الثغرات. كما يجب على المدقق أن يشير في تقريره إلى ما عاينه من إخلالات في هذا النظام. ويحرر المدقق تقريرين يرفع أحدهما إلى مجلس الإدارة وثنائهما سيكون مختصراً - إلى الجمعية العامة للشركاء. ورغم أن المهنة ارتأت في البداية رأياً مخالفاً فقد أصبح من المستقر أن التقرير المختصر الموجه للشركاء ينبغي أن يتضمن إشارة إلى ملحوظات المدقق بشأن نظام الرقابة الداخلية.

ومن ناحية أخرى، أوجب الفصل 269 من مجلة الشركات التجارية على مراقب الحسابات إجراء «رقابة مدققة» (*contrôle détaillé*) على المحاسبة، كما طالبه الفصل 266 (فقرة أولى) بالقيام بـ «مراقبة صحة وصدق الإحصاءات والقوائم المالية والتحقق من صحة المعلومات التي تضمنها تقرير مجلس الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية عن حسابات الشركة»، وهو ما يعني أنه مطالب بالتثبت من جميع العمليات والمعاملات والتقييدات المحاسبية المجمعة لها، حال أنه من المتفق عليه عالمياً أن مراقب الحسابات يتثبت من جدية المحاسبة ونزاهتها وذلك عبر انتقاء بعض العمليات (*sondage/ échantillonnage*) مع

تحري التدقيق الخصوص بشأن «مناطق الخطر» (*zones de risque*) ولا يقوم بمسك محاسبة موازية للمحاسبة الأصلية التي يقيمها المسيرون⁽²⁾.

إلا أن ما نلاحظه في هذا الصدد هو أن الأمر لا يتعلق إلا بنقص طفيف في دقة صياغة النص وقع توارثه عن التشريع السابق. ذلك أن المجلة التجارية كانت تصف مهمة مراقب الحسابات بأنها متمثلة في «المصادقة» على الحسابات، وتصف الرقابة التي يجريها على المحاسبة بأنها «مدققة»⁽²⁾ كما هو الشأن بالنسبة للفصل الأول من القانون عدد 108 لسنة 1988 المؤرخ في 18 أوت 1988 المتعلق بإعادة تنظيم التشريع المتعلق بمهنة الخبراء المحاسبين، الذي أوكل لمراقب الحسابات مهمة الإشهاد بصدق وسلامة الحسابات والمحاسبة والفصل 16 من نفس القانون الذي جاء به أن مهمة مراقب الحسابات تتمثل في «المصادقة» على المحاسبة، كما أضاف أن مراقب الحسابات «يتعاطى... تحت مسؤوليته الخاصة المصادقة على صدق وسلامة حسابات الشركات...»، حال أن مراقب الحسابات مطالب حسب المعايير الدولية بالتثبت من «مصادقية» *sincérité* المحاسبة ونزاهتها وجديتها، لأنه لا يقوم بمراجعة المحاسبة كما تقدم.⁽³⁾

وما يؤكد أن الأمر يتعلق بسوء انتقاء للمصطلحات لا غير، أن الفصل 22 من نفس القانون نص على أنه «في حالة قيام عون المراقبة بتعديل جبايي بإحدى الشركات الخاضعة لمراقبة مراقب حسابات يمكن لإدارة الجباية، بعد التثبت من أنه كان بإمكان مراقب الحسابات الإطلاع على المخالفات الجباية في نطاق مباشرته العادية لمهمة المراقبة، توجيه تقرير إلى لجنة المراقبة المشار إليها بالفصل 19 المشار إليها أعلاه تبين به كل المعايينات التي أدت إلى القيام بالتعديل. وتقر لجنة المراقبة بعد الإطلاع على هذا التقرير وعلى إجابة مراقب

(1) Georges RIPERT et René ROBLAT: «*Traité de droit commercial*», Tome I, par Michel GERMAIN, éd. LGDJ, Paris 1996, p.994, No 1351 ; Rennes, 27 mai 1975, *Revue des sociétés*, 1976, p. 120, note Y. GUYON ; Bordeaux, 9 février 1976, *BCNCC*, 1976, p. 170, observations DU PONTAVICE ; Rennes, 24 juin 1987, *BCNCC*, 1987, p. 336.

(2) الفصل 83 مكرر، الفقرة 5.

(3) يراجع معيار التدقيق الدولي ISA 700 700 International Statndard on Auditing, المعتمد من قبل الفيدرالية الدولية للمحاسبين IFAC في أفريل 2009 والمحرر ISA 200 المتعلق بالأهداف العامة للمدقق المستقل وإجراء التدقيق طبقاً لمعايير التدقيق الدولية.

الحسابات المعني إذا كان الأمر يدعوا إلى إحالته على الدائرة التأديبية المشار إليها بالفصل 27 من هذا القانون». فهذا النص يؤكد أن مراقب الحسابات غير مطالب بالتفطن إلى جميع الإخلالات التي قد تسرب إلى المحاسبة، لأنه لا يقوم بمراجعة شاملة لكل ما يقيد بها.

ويبدو أن الصيغة الفرنسية للفصل 266 من مجلة الشركات التجارية هي التي تغيرت بحكم أن مجلة الشركات التجارية تمت صياغة مشروعها النهائي باللغة العربية، ثم وقعت الترجمة إلى اللغة الفرنسية بعد مصادقة مجلس النواب عليها.

وقد تدارك المشرع هذا الخلل في تعديل 27 جويلية 2005 فأوجب الفصل 266 في الصياغة الجديدة للفقرة 2 على مراقب الحسابات إبداء رأي «حول نزاهة القوائم المالية السنوية ومصادقتها طبقا للقانون المتعلق بنظام المحاسبة للمؤسسات الجاري به العمل». ويتجه تأويل أحكام الفقرة الأولى المتقدم ذكرها والفصل 269 بربطهما بالفقرة الثالثة الجديدة من الفصل 266.

ومن ناحية الأصل فقد لاحظ الفقه⁽¹⁾ أن المسؤولية التي جاء بها الفصل 203 من مجلة الشركات التجارية هي مسؤولية مبالغ فيها وغير ملائمة لطبيعة مهام مراقب الحسابات إذ يقتضي الفصل المذكور أن عليه أن يسهر على احترام أحكام الفصول 200 و201 و202 من نفس المجلة، دون بيان ما إذا كان المراقب مسؤولا أيضا عن تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم من عدم ذلك. إلا أننا نلاحظ في هذا الصدد أيضا أن المقصود بأحكام الفصل 201 هو الحرص والتثبت بشكل خاص من احترام الشروط والموجبات القانونية المفروضة في صورة إبرام معاملات بين الشركة وأحد مسيريها وختم الموازنة وتحرير تقرير التصرف ومنح الامتيازات الخاصة إلى مسيري الشركة. فالمراقب مطالب بأن يحرر تقريراً خاصاً في شأن هذه العمليات والوضعيّات ولا يمكنه أن يتغاضى عنها بدعوى أن طريقة عمله هي طريقة انتقائية تقتصر على بعض العينات. فلئن كان مسموحاً باعتماد عدد من العينات «العشوائية» فإن هذه العمليات بالذات تعد من العينات «الوجوبية». وهذا المبدأ مكرس في عديد القوانين ومنها مثلاً القانون الإنكليزي لسنة 1889 المتعلق بالشركات *Companies Act 1889*. وقد تم تعديل الفصل 203 من

(1) F. DERBEL, *op. cit.*, p. 1

مجلة الشركات التجارية بما رفع اللبس فأصبح النص واضحاً في أن مراقب الحسابات يدقق في مدى احترام الشروط القانونية في هذه العمليات والأعمال، وأنه ليس مسؤولاً عنها ولا عن حسن تنفيذها.

كما أن مراقبي الحسابات مستقلون ولا يخضعون بحكم طبيعة مهمتهم إلى أي سلطة رئاسية أو تسلسلية يمكن أن يمارسها عليهم المديرون. ذلك أنهم يُعدّون في نظر المشرع وكلاء للشركاء ويقومون بعملهم لحساب الجلسة العامة للشركاء، التي هي في الحقيقة هيكل الرقابة الحقيقي والأصلي، وهم في نظر الفقه هيكل مستقل عن كافة الهياكل الأخرى بما فيها الجلسة العامة للشركاء. فلا يصح مثلاً أن يقع تفويض صلاحية تعيينهم إلى مجلس الإدارة أو حياة الإدارة الجماعية أو إلى مجلس المراقبة⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى، لاحظ الأستاذ توفيق بن نصر أن الموقف المحافظ لفقه القضاء قد ساهم بقسط ما في تكريس محدودية دور هياكل الرقابة على المحاسبة، مع أن المحاكم طبقت النصوص التشريعية تطبيقاً سليماً، كما هو الحال في القرار عدد 5920 الذي صدر عن محكمة الاستئناف بسوسة في 9 نوفمبر 1978⁽²⁾ الذي اعتبرت فيه المحكمة أن حضور مراقب الحسابات بالجلسة العامة للمساهمين ليس ضرورياً وبالتالي فإن عدم استدعائه للحضور بها لا يعيب أعمال الجلسة العامة ولا يورثها البطلان ولو تم طلب ذلك من بعض المساهمين.

وقد تدارك المشرع هذا النقص في قانون تدعيم سلامة العلاقات المالية الذي أضاف إلى مجلة الشركات التجارية فصلاً 266 (مكرر) نص على أن «تقع وجوباً دعوة مراقب أو مراقبي حسابات الشركة للحضور في كل اجتماعات مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة وحياة الإدارة الجماعية المتعلقة بضبط القوائم المالية السنوية أو بالنظر في القوائم المالية الوسيطة وكذلك في كل الجلسات العامة».

(1) André KILESE : « Les pouvoirs du commissaire au sein de l'entreprise », in « L'organisation du pouvoir dans la société anonyme », actes de colloque, Liège 11 mars 2004, éd. Bruylant, Bruxelles 2004, p. 287.

(2) توفيق بن نصر: تعليق على قانون الشركات التجارية، ط. دار الميزان بسوسة، 1999، ص. 379.

2.3. أنواع التقارير التي يحضرها مراقب الحسابات

يحرر مراقب الحسابات تقريراً سنوياً يسمى التقرير العام، وهو يتضمن رأيه في القوائم المالية السنوية. غير أنه مطالب أيضاً بتحرير عدد من التقارير الخاصة في شأن بعض العمليات المخصصة.

أ. التقرير العام

يتضمن التقرير العام رأي مراقب الحسابات حول القوائم المالية السنوية. وينبغي أن يبين فيه المراقب ظروف إنجاز مهمته ومنهجية العمل التي توخاها وخاصة ما يتعلق باختيار العينات التي تسلط عليها التدقيق واستنتاجات المراقب حول نزاهة المحاسبة ومصداقيتها. وينبغي أن يتضمن التقرير رأياً صريحاً من مراقب الحسابات ولا يجوز أن يكون رأيه مضطرباً أو موارباً بحيث لا يفهم منه إن كان يشهد بنزاهة المحاسبة من عدمها. وفي صورة وجود تحفظات حول بعض العمليات أو الجوانب فإن عليه أن يصوغها أيضاً بكل وضوح وصراحة.

ب. التقرير الخاص

طُرحت الفقرة الفرعية 5 من الفقرة II من الفصل 200 من مجلة الشركات التجارية صعوبة في التأويل بمجرد صدور تنقيح 16 مارس 2009. فهذه الفقرة توجب على مراقب الحسابات التدقيق في الأجور والمنح والامتيازات التي يتقاضاها المديرون وخصوصاً بمناسبة إنهاء مهامهم أو تعديلها. فالنص في صيغته العربية قابل لأن يؤوّل على أنه لا يهم سوى الامتيازات والمنح والأجور المستحقة عند نهاية المهام ولا يمتد إلى الأجور والمنح والامتيازات العينية التي يتحصل عليها المدير بصفة دورية خلال قيامه بمهامه، بينما يؤدي في صيغته الفرنسية معنى واضحاً وهو شمول التدقيق لجميع المستحقات التي يتحصل عليها المدير مهما كان نوعها أو إطارها. وفي كل الأحوال، فإن الأجور والمستحقات المنصوص عليها بالفقرة المذكورة تخضع إلى تدقيق يكون موضوع تقرير خاص يحضره مراقب الحسابات ويعرض وجوباً على الجلسة العامة للمساهمين تحت طائلة بطلان أعمالها عملاً بالفقرة الأخيرة من الفصل 275 من مجلة الشركات التجارية. وقد توخت هيئة الخبراء المحاسبين

التأويل الواسع في «المذكرة التوجيهية» الصادرة عنها في 10 مارس 2010، والتي جاءت خلاصتها كما يلي:

Note d'orientation de l'Ordre des Experts Comptables de Tunisie (OECT), du 10 mars 2010, approuvant l'avis de la commission juridique de l'Ordre en date du 2 mars 2010:

« Conclusion. En application des dispositions du § 5 de l'article 200 du Code des Sociétés Commerciales, le Commissaire aux comptes d'une société est invité à présenter à l'assemblée générale des actionnaires un rapport spécial dont le contenu doit donner une description des obligations et engagements pris par la société elle-même ou par une société qu'elle contrôle au sens de l'article 461 du Code des Sociétés Commerciales au profit de ses dirigeants et ce, pour toutes les catégories de rétributions, à savoir :

- * Les éléments de leur rémunération ;
 - * Les indemnités ou avantages qui leur sont attribués ;
 - * Les indemnités ou avantages qui leur sont dus ;
 - * Les indemnités ou avantages auxquels ils pourraient avoir droit au titre de la cessation de leur fonction ;
 - * Les indemnités ou avantages auxquels ils pourraient avoir droit au titre de la modification de leurs fonctions.
- Il reste entendu que ce rapport spécial ne doit en aucun cas être motivé ».

والفقرة التي تثير التساؤل حول مغزاها ومرجعيتها القانونية هي الفقرة الأخيرة المتعلقة بعدم تعليل رأي مراقب الحسابات. فالعبارة المستعملة يمكن تأويلها على أنها لا توجب التعليل، كما قد تؤوّل على أنها تمنع التعليل. وفي الحالتين فإن هذه الفقرة تثير التساؤل حول سند هذه القاعدة، أو بالأحرى حول مضمون التقرير الخاص الذي يحضره مراقب الحسابات، خاصة أن المعطيات موضوع التدقيق يفترض أن لا ينشئها مراقب الحسابات بل تمدّه بها الشركة. وبمراجعة نموذج التقرير الخاص المرافق لقرار مجلس الهيئة، يتضح أنه يشير إلى أن مراقب الحسابات يخاطب المساهمين بالعبارة التالية:

« Notre responsabilité est de nous assurer du respect des procédures légales d'autorisation et d'approbation de ces conventions ou opérations

et de leur traduction correcte, *in fine*, dans les états financiers. Il ne nous appartient pas de rechercher spécifiquement et de façon étendue l'existence éventuelle de telles conventions ou opérations mais de vous communiquer, sur la base des informations qui nous ont été données et celles obtenues au travers de nos procédures d'audit, leurs caractéristiques et modalités essentielles, sans avoir à nous prononcer sur leur utilité et leur bien fondé. Il nous appartient d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion de ces conventions et la réalisation de ces opérations en vue de leur approbation ».

ولا شك أن مراقب الحسابات لا يبدى رأيا حول جدوى الأجور والمنح المستحقة ولا حول مبرراتها لكنه مطالب بأن يقدم للمساهمين معلومات مفيدة تيسر عليهم ممارسة ما لهم من الحقوق. وهو مطالب بالتدقيق في الأجور الجاري بها العمل بموجب اتفاقيات أبرمت قبل بدء تنفيذ قانون 16 مارس 2009، وليس في ذلك مساس بمبدأ عدم الرجعية لأن هذه الاتفاقيات مستمرة في الزمن وتنتج آثارها بالنسبة للمستقبل. ومن المهم مثلا أن يتضمن التقرير الخاص بإيضاحات حول الحجم الإجمالي للامتيازات التي تحصل عليها كل واحد من المسيرين سنويا والتطور التاريخي لهذه المكافآت والامتيازات ومقارنتها بتطور رقم المعاملات والأرباح وأعلى الأجور المدفوعة من قبل الشركة والحجم الإجمالي للأجور المدفوعة سنويا ومعدل الأجور وحتى نسب تطور مؤشر الأجور في الشركة بالنسبة للأجراء العاديين. وهذه المؤشرات الموضوعية التي يمكن التوصل إليها عبر عمليات حسابية تفيد المساهم في معرفة تكلفة المسيرين على الشركة وقياس مدى تناسبها مع النشاط والنتائج. ومن غير الضروري إلى أن يدرج مراقب الحسابات رأيه الخاص في هذه المسائل. فالأرقام تنطق بذاتها ومن شأنها أن تقود المساهم إلى التقييم السليم.

وقد اقترحت هيئة الخبراء المحاسبين بالبلاد التونسية أن يتضمن التقرير الخاص جدولا يلخص المستحقات الراجعة للمسيرين بحسب صنفها، مع تخصيص وادي لكل مسير على حدة بعد التذكير بالإجراءات التي بموجبها تم إبرام الاتفاق على استحقاق المسير لكل صنف من تلك المكافآت.

P.D.G. DGA.....						
	Charges de l'exercice	Passif au 31/12/N	Charges de l'exercice	Passif au 31/12/N	Charges de l'exercice	Passif au 31/12/N
Avantages à court terme	-	-	-	-	-	-
Avantages postérieurs à l'emploi	-	-	-	-	-	-
Autres avantages à long terme	-	-	-	-	-	-
Indemnités de fin de contrat de travail	-	-	-	-	-	-
Paiements en actions	-	-	-	-	-	-
TOTAL	-	-	-	-	-	-

ومن ناحية أخرى فقد أشار نموذج الجدول المشار إليه صراحة إلى الرئيس المدير العام والمدير العام المساعد، مع ترك فراغ يمكن مراقب الحسابات من إضافة كل مسير يتحصل على أي صنف من المكافآت. وهذا الأمر حتمي بما أن أعضاء مجلس الإدارة يتحصلون على الأقل على مكافآت الحضور.

ومعلوم أن مراقب الحسابات مطالب بأن يدمج الأجور والمنح المستحقة للمسيرين في تقريره العام أيضا باعتبار أنها تمثل صنفا من الأعباء التي تتحملها الشركة، وهو مطالب في إطار التقرير العام بالتحقق من مصداقية التسجيل المحاسبي لهذه المستحقات والمكافآت. أما التقرير الخاص فلا يهدف إلى إعطاء رأي حول نزاهة التسجيلات المحاسبية واحترامها للقواعد الشكلية للقيودات المحاسبية، بل إلى مساعدة المساهمين على تقييم تكلفة التسيير في الشركة ومدى احترام حقوق المساهم تبعاً لذلك.

وبموجب ذلك تحول تقرير مراقب الحسابات إلى نوع من الوثيقة المحاسبية ولو أن تحريرها يتطلب التدقيق في جميع المعطيات التي تمد بها الشركة بغاية

التوصل إلى تحديد مبلغ المكافآت أو قيمتها وتجميعها وتحويلها إلى معلومات تأليفية ذات دلالة. لكن يظل المساهم في حاجة إلى معطيات إضافية تمكنه من تكوين رأيه الخاص حول المسألة وتقييمها، وخاصة المقارنات الداخلية (ما تمثله أجور المسيرين بالمقارنة مع مجمل الأعباء الإجتماعية التي تتحملها الشركة، مقارنة مجمل المكافآت مع الأرباح الصافية ورقم المعاملات، تطور المكافآت والأجور عبر السنوات المحاسبية الأخيرة، مقارنة تطور الأجور مع تطور المؤشرات الخارجية كتطور الأجور في البلاد ومؤشر الأسعار...).

3.3. العنايات المهنية الخاصة المحمولة على مراقب الحسابات

استحدث القانون التونسي عنايات خصوصية غير منصوص عليها بالمعايير المهنية مما استوجب وضع معايير وطنية في الغرض. ومن هذه العنايات الخاصة: واجب إعلام النيابة العمومية بالجرائم التي يعلم بها مراقب الحسابات لدى قيامه بالتدقيق، وتوجيه سؤال كتابي للمسير حول وضعية الشركة في صورة ظهور بوادر على مرورها بصعوبات اقتصادية وإشعار لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية في صورة عدم جواب المسير أو استفحال الصعوبات وتحرير تقارير خاصة حول بعض الجوانب المحاسبية الخصوصية.

كما أضاف القانون عدد 59 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ديسمبر 2014 المتعلق بقانون المالية لسنة 2015 في فصله 19 أن مراقب الحسابات يمكن تكليفه بإجراء تدقيق جبائي لتمكين الشركة من استرجاع فائض الأداء دون الخضوع إلى مراقبة جبائية معمقة. وهذا الفصل كان محل اعتراض من قبل المستشارين الجبائين على أساس أنه مخالف للدستور وخارق لمبادئ تقسيم الأدوار بين المهن القانونية والمحاسبية، غير أن رئاسة الجمهورية لم تبين هذا المأخذ عند طعنها في دستورية بعض أحكام مشروع قانون المالية⁽¹⁾.

وتأتي هذه الالتزامات المهنية الخاصة كمكمل للمهمة المحاسبية التي يقوم بها مراقب الحسابات، وهي تخرج به عن دوره التقليدي وتجعله أكثر حضوراً في

(1) الأسعد الذواوي: «غواطر حول الأحكام غير الدستورية المضمنة بمشروع قانون المالية لسنة 2015»، موقع «نواة»: /غواطر-حول-الأحكام-غير-الدستورية - المضمّن http://nawaat.org/portail/2014/12/07، أنظر أيضاً: أحمد الورفلي: «في عدم دستورية الفصول 11 و12 و13 و28 من مشروع قانون المالية لسنة 2015»، الأغبار القانونية، فيفري 2015 (بعدد النشر).

مسائل الإدارة والتسيير، وهو عين التوجه العام الذي جاءت به مجلة الشركات التجارية، حيث ترفض النظر إلى مراقب الحسابات على أنه مجرد «تقني» مختص في شكليات مسك المحاسبة وتنطلق من معطيات واقعية تبين أن مراقب الحسابات يلعب دوراً أكثر أهمية في اتخاذ قرارات التسيير والخيارات الاقتصادية داخل الشركة.

4.3. مساعدو مراقب الحسابات

يجيز الفصل 268 من مجلة الشركات التجارية لمراقب الحسابات الاستعانة بمساعدين يكونون حاملين لشهادة الأستاذية. وقد لاحظ أحد الدارسين⁽²⁾ أن المشرع لم يبين نوع هذه الأستاذية والاختصاص الذي يكون لصاحبها، حتى يجوز له أن يساعد المراقب وأن يقوم بأعمال نيابة عنه أو إلى جانبه. وفي رأينا فإنه يكون من الوجيه تبني قراءة تجعل لهذا النص دلالة منطقية مرتبطة بغايات واضعها، الذين لا يمكن أن يكونوا قد قصدوا تمكين مراقب الحسابات من الاستعانة بأي شخص كان لمجرد حمله لشهادة عليا من صنف الأستاذية، بل إن المنطق يقتضي أن تكون لهذه الشهادة صلة وثيقة بميدان المحاسبة، ويتم تطبيق هذه القواعد تحت مسؤولية المراقب الشخصية. كما أن التحول من نظام تعليم عال يقوم على منظومة دراسة لمدة أربعة أعوام تختتم بالحصول على شهادة تسمى الأستاذية إلى نظام جديد وهو نظام «إمد» LMD (إجازة - ماجستير - دكتوراه) على أن تدوم دراسة مرحلة الإجازة على ثلاثة أعوام فقط، يطرح إشكالا يتعلق بتحديد الشهادة المشتركة في ظل هذا النظام الجديد في من يتولى مساعدة مراقب الحسابات. فالإجازة تساوي: باكالوريا + 3 في حين تساوي شهادة الماجستير: البكالوريا + 5 أو بالأحرى 4.5.

4. الأحكام الخاصة بمراقبة حسابات مؤسسات التوظيف الجماعي في الأوراق المالية

صدرت مجلة مؤسسات التوظيف الجماعي بمقتضى القانون عدد 83 لسنة 2001 المؤرخ في 24 جويلية 2001 وعوضت جملة من النصوص المتفرقة. وحسب هذه المجلة، توجد ثلاثة أصناف من مؤسسات التوظيف الجماعي

(1) F. DERBEL, *op. cit.*

organismes de placement collectif وهي: شركات الإستثمار ذات رأس المال المتغير -SICAV Sociétés d'Investissement à Capital Variable والصناديق المشتركة للتوظيف في الأوراق المالية والصناديق المشتركة للديون. وقد نص الفصل 20 من القانون المذكور على أنه «عند ختم كل سنة مالية، يتولى المتصرف إعداد جرد لمختلف عناصر موجودات الصندوق المشترك للتوظيف في الأوراق المالية ويعرض ذلك الجرد على مصادقة المودع لديه.

ويقوم المتصرف بإعداد القوائم المالية للصندوق المشترك للتوظيف في الأوراق المالية طبقا للتراتب المحاسبية الجاري بها العمل. ويحدد عند الإقتضاء الأموال المعدة للتوزيع المنصوص عليها بالفصل 27 من هذه المجلة وتاريخ توزيعها. ويعد تقريراً حول إدارة الصندوق خلال السنة المالية المتقضية.

ويراجع هذه الوثائق مراقب الحسابات ويصادق على صحتها ومصادقتها. وتوضع القوائم المالية وتقرير مراقب الحسابات وكذلك تقرير المتصرف على ذمة حاملي الحصص بالمقر الإجتماعي للمتصرف في أجل أقصاه ثلاثة أشهر من تاريخ ختم السنة المالية. وتودع نسخة من هذه الوثائق لدى هيئة السوق المالية. كما ترسل نسخة منها لكل من يطلبها من حاملي الحصص.

ويجب على المتصرف نشر ما تتألف منه موجودات الصندوق المشترك للتوظيف في الأوراق المالية بالنشرية الرسمية لهيئة السوق المالية في أجل أقصاه ثلاثة أشهر من تاريخ ختم السنة المالية.

ويعين مجلس إدارة المتصرف أو هيئة الإدارة الجماعية مراقب حسابات الصندوق المشترك للتوظيف في الأوراق المالية».

ويستوجب هذا الفصل ملاحظتين:

- أولاً: أن الفصل 20 المذكور يستعمل مصطلح «مصادقة» حال أن مراقب الحسابات من المفروض أن تقتصر مهمته على المراجعة والتدقيق ولا تشمل المصادقة. وهذا الخيار الاصطلاحي يبرره في الواقع استعمال مجلة الشركات التجارية التي صدرت قبل عام واحد لذلك المصطلح رغم عدم تماثيه مع حقيقة مهمة مراقب الحسابات حسب المعايير العالمية المستقرة والثابتة. غير أنه لا يمكن تأويل هذا النص بمعزل عن محيطه التشريعي وخصوصاً عن التشريع

المحاسبي ومجلة الشركات التجارية بعد تعديلاتها المتعاقبة وخصوصاً سنة 2005.

- ثانياً: خلافاً لما هو مقرر بمجلة الشركات التجارية، لا يقع تعيين مراقبي الحسابات من قبل المساهمين بل يتولاه هيكل التسيير المتمثل في مجلس الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية.

وقد منح الفصل 24 من نفس القانون لمراقب حسابات مؤسسة التوظيف الجماعي مهمة إضافية تتمثل في إعطاء رأي بشأن إمكانية تعليق عمليات إعادة شراء الأوراق المالية وعمليات إصدارها بصفة مؤقتة إذا اقتضت ذلك ظروف غير عادية أو إذا أملت مصلحة المساهمين أو حاملي الحصص.

ونص الفصل 51 من نفس القانون على أن مراقب حسابات مؤسسات التوظيف الجماعي يتم تعيينه من بين الخبراء المحاسبين المرسمين بجدول الخبراء المحاسبين للبلاد التونسية لمدة ثلاث سنوات. فلا يمكن تعيين مختص في الحسابة للقيام بهذه المهمة أياً كان حجم مؤسسة التوظيف الجماعي أو حجم معاملاتها.

وأوجب الفقرة الثانية من نفس الفصل 51 على مراقبي الحسابات أن يقوموا، علاوة على سائر واجباتهم القانونية والتعاقدية، بإعلام هيئة السوق المالية فوراً بكل عمل من شأنه أن يشكل خطراً على مصالح مؤسسات التوظيف الجماعي والمساهمين وحاملي الحصص، وتسليم تقرير عن المراقبة التي قاموا بها إلى هيئة السوق المالية وذلك خلال الستة أشهر الموالية لختم كل سنة مالية، وتوجيه نسخة من تقريرهم المخصص حسب الحالة للجلسة العامة لمؤسسة التوظيف الجماعي الخاضعة لرقابتهم أو للمتصرف فيها إلى هيئة السوق المالية.

وقد منحت الفقرة الثالثة من الفصل المذكور لهيئة السوق المالية صلاحية تأديب مراقب الحسابات كلما أخل بالالتزامات المنوطة بعهدته وذلك بأن تتخذ قراراً يقضي بحرمانه من ممارسة نشاطه لدى مؤسسات التوظيف الجماعي بصفة مؤقتة لمدة لا تتجاوز ثلاثة أعوام أو بصفة نهائية. ويتم إعلام مراقب الحسابات بهذا القرار بواسطة برقية أو توكس أو فاكس أو بأي وسيلة أخرى تترك أثراً كتابياً. ويمكن لمراقب الحسابات الذي سلطت عليه عقوبة تأديبية من نوع ما تقديم أن

يطعن في قرار هيئة السوق المالية أمام محكمة الاستئناف بتونس في ظرف عشرين يوما ابتداء من تاريخ إعلامه بالعقوبة. ورغم سكوت النص فالواضح أن الطعن بالتعقيب يقع أمام المحكمة الإدارية باعتبارها صاحبة الاختصاص في كتلة النزاعات bloc de compétence المتعلقة بالقرارات التأديبية المتخذة ضد ممارسي المهن الحرة المنظمة بنصوص تشريعية.

5. نهاية مهام مراقب الحسابات

تنتهي مهمة مراقب الحسابات بانتهاء المدة التي تم تعيينه لها. ولا عمل بشروط التمديد الضمني. فالمراقب يعين لمدة ثلاث (3) سنوات، وينهايتها يجب أن تتداول الجلسة العامة من جديد لتعيين بديل له. وإذا لم تتعقد الجلسة العامة أو أهملت التداول حول التعيين فلا يعد ذلك تمديدا ولا يجوز للمراقب السابق أن يواصل القيام بمهامه بصفة فعلية، بل يعتبر الأمر متعلقا بفراغ يجب من أجله اللجوء إلى القضاء الاستعجالي ليأذن إما بدعوة جلسة عامة بصفة استثنائية وإما بتعيين مراقب حسابات للشركة. وفي هذا يوجد اختلاف جوهري بين وضعية هياكل التسيير وهياكل الرقابة. فالشركة كالدولة لا يمكن أن تعيش حالة فراغ في هيكل التسيير بينما يمكنها أن تتحمل الفراغ في جهاز الرقابة لبعض الوقت.

ويجوز أيضا أن تتم تنحية مراقب الحسابات لعدم توفر الشروط القانونية فيه كوجود أحد أسباب التجريح فيه. ولم يبين المشرع النظام الإجرائي المنطبق في هذه الحالة، وهو ما يدعو إلى تطبيق أحكام الفصل 264 من مجلة الشركات التجارية الذي يجيز إعفاء⁽¹⁾ مراقب الحسابات بقرار من القاضي الاستعجالي «للسبب مشروع بطلب من :

- النيابة العمومية.

- مجلس الإدارة.

- مساهم أو عدة مساهمين حائزين على خمسة عشر بالمائة من رأس

مال الشركة على الأقل.

- هيئة السوق المالية بالنسبة إلى الشركات المساهمة العامة.

(1) وتشمل كلمة «إعفاء» العزل والتجريح (القدح) معا، ويقابلها في الانجليزية removal أي الإزاحة أو التنحية.

وعند الإعفاء يتم تعويض المراقب المعفى من قبل الجلسة العامة أو القاضي بحسب الحالات».

وقد أثارت إمكانية عزل مراقب الحسابات بقرار من الجلسة العامة كما كانت تبيحه المجلة التجارية قبل سنة 2000 بصفة ضمنية⁽²⁾ جدالا واسعا حول مدى احترام هذا العزل لاستقلالية مراقب الحسابات، خاصة أنه وراء جل قرارات الجلسة العامة يخفي المسير أو المسيرون، وبالتالي فإن المراقب مهدد بالإزاحة كلما لم تُرق طريقته أعضاء هيكل التسيير، مما يدفعه إلى محاباتهم ومجاملتهم، وبالتالي لا تتحقق الغاية من تعيينه⁽³⁾. وقد اعتبر بعض الفقهاء أن موقف المشرع التونسي جاء معتدلا، إذ أنه لم يسمح للجلسة العام بعزله إلا لسبب خطير⁽⁴⁾. ويسمح ذلك للقضاء بمراقبة مدى توفر هذا الشرط عند عزل مراقب الحسابات، غير أنه يعسر الإقرار للمحكمة بإمكانية إرجاع مراقب الحسابات إلى خطته، وإنما يجوز له فقط طلب التعويض عن الضرر الذي يلحقه من جراء العزل التعسفي، وهذا الضرر يساوي قيمة ما كان يُتوقع أن يحصل عليه من أجور صافية عمل عمل الفترة المتبقية، ما لم يثبت خلافه.

وبالنظر إلى وجهة انتقادات الفقه للتشريع السابق، لم تسمح مجلة الشركات التجارية للشركة بعزل مراقب الحسابات لأي سبب كان، سواء صدر القرار من هيكل التسيير أو حتى من الجلسة العامة بأي أغلبية كانت، بل جعل

(1) نص الفصل 83 في فقرته الرابعة على إمكانية عزل مراقب الحسابات في صورة تعذر مباشرته لمهامه أو امتناعه عن أدائها. واعتبر فقه القضاء أنه يحق للجلسة العامة أن تعفي مراقب الحسابات من مهامه بموجب قرار صادر عنها إذا ثبت وجود سبب خطير، مع إمكانية تسليط رقابة قضائية لاحقة على جدية السبب.

Taoufik BEN NASR : « Le contrôle du fonctionnement des sociétés anonymes », éditions 2000, Tunis 1994, p. 285 et ss., qui défend la compétence exclusive du juge en matière de révocation du commissaire pour préserver son indépendance.

(2) أنظر، رشيد تمر: «دور مراقب الحسابات في الشركات التجارية»، أعمال ملتقى دولي حول مجلة الشركات التجارية، تونس 5 و 6 أبريل 2001، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2002، ص. 249.

(3) Kamel AYARI : « Le référé et les sociétés commerciales à travers le code des sociétés commerciales », éd. CIFEDE, Tunis 2007, p. 81 et ss. L'auteur juge la position du législateur tunisien tempérée en permettant la révocation du commissaire aux comptes par l'assemblée générale en cas de faute grave, ainsi qu'au juge des référés.

ذلك بيد القضاء وحده، مع اعتبار الشركاء المساكين له 15% من رأس المال من ذوي الصفة لطلب العزل، وهو ما يعني منطقيا أن الشركة يمكنها أيضا طلب العزل القضائي بشرط إثبات التصويت على هذا الطلب في جلسة عامة وموافقة مساهمين يملكون 15% من رأس المال على الأقل عليه.

وتدخل في حالات الإعفاء لسبب مشروع حالة تخلف مراقب الحسابات عن القيام بمهمته أصلا وكذلك حالات سوء النية كثيوت تهمده التغطية على المسيرين والتغاضي عن إخلالات واضحة في مسك المحاسبة. كما تشمل أيضا صورة ثبوت التدخل في التصرف والتسيير.

كما تنتهي مهمة مراقب الحسابات حتما بوفاته وفقدانه أهليته وكذلك صور تسليط عقاب عليه من الهيئة المهنية التي ينتمي إليها تقتضي إما شطبه (محوه) تماما من جدول المهنة أو إيقافه عن مباشرتها لوقت معين.

وتظل مسألة إنهاء مهام مراقب الحسابات في صورة تفليس الشركة مثيرة للجدال. فالبعض يعتبر أن تنحية مراقب الحسابات من مهامه أمر بديهي لعدم الحاجة إليه في وجود عدة هياكل مراقبة، علاوة على أن أجوره تثقل كاهل الشركة حال أنها تكون في وضعية متدهورة تستدعي الإسراع بتصفيته لا بزيادة أعبائها. لكن على المستوى القانوني لا يوجد نص واحد يسمح بالقول بعزل مراقب الحسابات لمجرد تفليس الشركة، بل إن الفصل 264 من مجلة الشركات التجارية الذي أورد قائمة أسباب إنهاء مراقب الحسابات لم يتطرق مطلقا إلى هذه الصورة، ولا كذلك فعلت المجلة التجارية عند تناولها لتأجيل الحكم بالتفليس. كما أن منطق التفليس يقتضي تواصل الشخصية القانونية للشركة حتى انتهاء أعمال التصفية، مع تواصل مهام جميع هياكلها القانونية باستثناء هيكل التسيير (الذي يعتبر ضمينا المسؤول عن فشل الشركة) الذي تتم تنحيته وتعويضه بأمين الفلسة. أما باقي الهياكل فتظل مواصلة لمهامها، وعلى رأسها الجلسة العامة للشركاء. ومن جهة أخرى فإن القانون التونسي الحالي لا يتضمن نصا يقتضي فسخ جميع العقود الجارية التي تربط الشركة بالغير من مسديي خدمات وغيرهم، بل تعرض إلى بعض العقود الجارية كعقود الشغل وكراء العقارات وقرر تواصلها، بما يسمح بالقول إن مراقب الحسابات، بوصفه مرتبطا بالشركة بعقد إسداء خدمات مستمر لمدة ثلاثة أعوام، يواصل تنفيذ مهامه إلى

نهاية التصفية أو نهاية المدة التي عين لها، أيهما أسبق. ويجوز منطقيا أن تنتهي المحكمة المتعهد بالتفليس مهامه لسبب يتنافى مع استقلاليتيه مع تعويضه طالما ظلت معايير وجوبية تعيين مراقب حسابات قائمة.

6. مراقب الحسابات والقانون الجزائي

يتحمل مراقب الحسابات مسؤولية جزائية جسيمة خصوصا في صورة تهمده «المصادقة» على محاسبة يعلم بأنها غير آمنة وفائدة للنزاهة في نقل صورة عن وضع الشركة. وقد يفكر القاضي الجزائي في تطبيق أحكام أكثر شدة من أحكام مجلة الشركات التجارية وهي أحكام التدليس الواردة في المجلة الجزائية، انطلاقا من مبدأ تطبيق النص الأشد. كما قد يتم تتبع مراقب حسابات من أجل جريمة الرشوة إن تحققت شروطها وأركانها.

1.6. تجريم «المصادقة» على قوائم مالية غير آمنة

تمثل مهمة مراقب الحسابات في التحري حول مصداقية المحاسبة ونزاهتها (fiabilité) وجديتها (sincérité) وأمانتها في ترجمة الواقع المالي والاقتصادي للمؤسسة الخاضعة لتدقيقه. ومع أن مراقب الحسابات لا يقوم بمراجعة المحاسبة وبالتالي لا يشهد بصحتها (exactitude) ولا بمطابقتها الكلية لحقيقة وضع المؤسسة⁽¹⁾، فإن ذلك لا يمكن أن يشكل غطاء كافيا يبرر قيامه بالمصادقة على قوائم مالية تعطي صورة محرفة ومشوهة تشويها واضحا وفاضحا عن حالة المؤسسة.

ومن المعلوم أن مراقبة الحسابات تستند إلى فحص مجموعة من العينات échantillons من العمليات التي أنجزتها المؤسسة والتقييدات المحاسبية المتعلقة بها، وهو ما يتيح للمراقب الإشهاد بمصداقية المحاسبة من عدم ذلك من خلال فحصه لمدى مراقبة مدى احترام ماسك المحاسبة للمبادئ الشكلية والأصلية المؤطرة لعملية مسك المحاسبة، وخاصة مبادئ الأمانة والنزاهة وعدم تغيير طرق التقييد المحاسبي والرجوع إلى القيمة التاريخية ومبدأ عرض

(1) من الشراح من يعتقد أن دور مراقب الحسابات يتمثل في «تزكية المحاسبة» والإشهاد بصحتها، أنظر خصوصا: فتحي الميموني: «المسؤولية الجزائية لمراقب الحسابات»، مجلة «الخبير»، جانفي 2005، عدد خاص بقانون المالية لسنة 2006، ص. 6.

تدريجي. وكذلك الشأن إذا كانت لذلك الحريف أو المزود علاقات عائلية أو حتى صداقة ظاهرة مع أحد المسيرين.

وبناء على ما تقدم، اعتبر القضاء الفرنسي أن مراقب الحسابات يستوجب العقاب إذا أغفل الإشارة في تقريره إلى عمليات هامة ولافتة بطبيعتها للإنتباه كما هو شأن العقود المبرمة بين الشركة ومسيرها⁽¹⁾. فعلى الرغم من أن الأصل هو اعتبار أن السكوت لا يشكل جريمة، فإنه يكتسي هذا الوصف عندما يكون مقصودا وحيث يكون الشخص مطالبا بالإفصاح والبيان⁽²⁾ كما إذا تغافل مراقب الحسابات عن إبداء رأيه بشأن تقدير مشط لا يتناسب مطلقا مع القيمة الحقيقية لبعض الأموال في السوق أو إذا سلم بتقدير شخصي محض تم اعتماده عند تبادل سندات بين شركات تنتمي إلى تجمع شركات، بما سمح في النهاية بتوزيع أرباح وهمية⁽³⁾.

وفي القانون الإنكليزي مثلا، يوجب الفصل 237 من قانون الشركات لسنة 1889 *Companies Act* في فقرته (4) على المدقق *auditor* أن يتطرق في تقريره بشكل خاص إلى الأجور والمكافآت المدفوعة للمسيرين. ولا نخال القانون التونسي قائلا بخلاف ذلك، إذ أن منطق الأشياء والعرف المهني يوجب اعتبار المكافآت المدفوعة للمسيرين من «مناطق الخطر» التي يجب على مراقب الحسابات التحري حولها واعتمادها من بين العيّنات التي يخضعها لدراسته وتحليله. غير أن غياب نص صريح في القانون أو في النصوص الترتيبية ظل حتى إصلاح 16 مارس 2009 من الثغرات التشريعية والفعلية باعتبار أن المعلومة حول مكافآت المسيرين ظلت قليلة الشفافية ولا تُداول بين عدة أشخاص.

وقد أثارَت هذه المسألة لغطا كثيرا في صفوف المهتمين بشأن الشركات التجارية في تونس إثر تنقيح الفصل 200 من مجلة الشركات التجارية بموجب قانون 16 مارس 2009، باعتبار أن الفقرة الفرعية 5 من الفقرة II من الفصل

(1) Cour d'Appel de Paris, 3 mai 1975, *Bulletin du Conseil National des Commissaires aux comptes* 1975, n° 18, p.191.

(2) J.MESTRE, D. VELARDOCHIO et Ch. BLANCHARD-SEBASTIEN : « *Lamy sociétés commerciales* », éd. Lamy, Paris 2000, p.525, n° 1213.

(3) Cf. Ahmed OUERFELLI : « La distribution des dividendes fictifs ou, du mauvais usage des écritures comptables », *Revue de la jurisprudence et de la législation*, janvier 2001, p.17

المحاسبة في جزءين متناظرين... وعليه أن يبدي رأيا صريحا في ماذا إذا كانت المعلومات المعروضة مفيدة وموثوقا بها وقابلة للمقارنة والفهم⁽¹⁾. فعمله يقوم على القرائن أي استنتاج أمر مجهول من أمر معلوم لأنه يفترض أن نسبة الإختلال التي تعتري باقي التسجيلات المحاسبية هي نفسها التي عاينها من خلال فحص العيّنات التي أخضعها للتدقيق. وقد يُستنتج من ذلك أن مراقب الحسابات يمكنه أن يتفحص من كل مسؤولية حتى إذا «صادق» على محاسبة مخالفة للواقع وذلك بأن يدّعي أن العمليات التي اعترافا الإختلال والتي بسبب اختلالها كانت المحاسبة غير آمنة في تصوير وضع المؤسسة لم تكن من ضمن العيّنات التي تسلّط عليها عمله.

إلا أن الأمور ليست على هذا النحو، إذ أن مراقب الحسابات ليست له حرية مطلقة في اختيار العيّنات التي يراقبها، كما قد توجد ملاسبات تكشف عن تعمدته تأييد بيانات محاسبية غير صحيحة تتعلق بحالة المؤسسة. فمن ناحية أولى، يخضع اختيار العيّنات إلى معايير منطقية استقر عليها العرف المهني المشار إليه بالفصل 269 من مجلة الشركات التجارية، مقتضاها أنه يجب اعتماد العيّنات الأكثر دلالة وتنوع العيّنات لتشمل كافة أصناف العمليات الممكنة أو جلّها على الأقل، وأنه ينبغي في كل الأحوال تسليط الرقابة على «مناطق الخطر» (*zones de risque*) أي أنواع العمليات التي تتضمن قدرا كبيرا من المخاطرة بالنظر إلى طبيعتها أو حجمها أو هوية أطرافها.

ومن ناحية أخرى فإن مراقب الحسابات لا يقوم بعمله بمعزل عن باقي الأشخاص الذين يعينهم أمر الشركة. فيمكن أن يقع إعلامه بتجاوزات قام بها المسيرين من قبل أحد الشركاء أو الأعوان أو من قبل مسيرٍ إتخذ موقفا مناهضا لتصرفات أغلبية أعضاء هيكل التسيير. ومع أن مراقب الحسابات ليست له صلاحيات السلط العمومية كالشرطة وقضاء التحقيق فإنه مطالب بالتحري بدرجة معقولة حول مصداقية الوشايات والمعلومات التي تصله من الأشخاص المذكورين وغيرهم. وهو يستعين في ذلك بما له من خبرة ومعرفة علمية وحس، وعليه أن يكون أكثر تيقظا إذا لاحظ نزعات مثيرة للإنتباه كارتفاع نسق المبيعات أو الشراءات مع حريف أو مزود معين وتغير الأسعار بشكل مبالغ أو

(1) ISA 700, Sub-section 13(c), Section «Requirements. Forming an Opinion on the Financial Statements».

المذكور أصبحت تنص على إخضاع مكافآت المسيرين للتدقيق، وخصوصا المكافآت المستحقة بمناسبة إنهاء المهام أو تعديلها، مثلما تقدم شرحه. والرأي الراجح والأسلم هو أنه ينبغي عليه أن يخضع الأجور والمكافآت، سواء منها التي يتقاضاها المسير عند قيامه بمهامه بصفة طبيعية أو عند انتهاء مهامه أو تعديلها، إلى تدقيق مراقب الحسابات.

وقد اتفقت الآراء عامة على أن الصيغة التي يقدم بها مراقب الحسابات رأيه الإيجابي حول القوائم المالية ليست حاسمة في قيام الجريمة من عدم ذلك. فهي تقوم سواء أعطي هذا الرأي كتابة أو شفاهة، وسواء تم إبداءه للجلسة العامة للشركاء أو لأحد الشركاء منفردا أو لأحد المزودين. ولا يهم أيضا إن أعطي هذا الرأي في إطار رسمي أو غير رسمي⁽¹⁾. كما لا يعتد بالإطار أو المناسبة التي أبدي الرأي فيها. فيمكن أن ينشأ التجريم بسبب إبداء مراقب الحسابات رأيه حول قوائم مالية مجمعة لتجمع شركات بمناسبة إصدار قرض رقاعي دون الإشارة إلى انخفاض هام في رقم معاملات الشركة الفرعية وتجمع الشركات بكامله⁽²⁾.

2.6. زجر التخلف عن إعلام النيابة العمومية بالجرائم

تتمثل مهمة مراقب الحسابات في التدقيق في المحاسبة وكيفية مسكها⁽³⁾ وهو يتمتع في هذا الإطار بصلاحيات هامة للتحري حول حقيقة الكتابات المحاسبية ومدى مطابقتها للواقع. وتمتد صلاحية التحري إلى بقية الشركات المنتمية إلى نفس تجمع الشركات حين يتعلق الأمر بمراقبة حسابات شركة أم. غير أن القيام بهذه التحريات لا يصنف فقط ضمن الحقوق أو الصلاحيات بل هو واجب أيضا، إذ لا يمكن لمراقب الحسابات أن يتنازل عنه بعذر أو بغيره، ويعتبر مخرًا بالتزاماته القانونية إن لم يقوم به على النحو الذي يقتضيه العرف المهني والأعراف الدولية والمحلية وفي إطار قيامه بهذه المهام. ويمكن أن يكشف مراقب الحسابات أفعالا مخالفة للقانون يستوجب مرتكبوها عقوبات

(1) Ahmed OUFELLI : « La responsabilité pénale du commissaire aux comptes Aperçu général ; vision d'un juriste », L'expert n° 99, juin 2003, p.42.

(2) Cass. Crim. 2 avril 1990, Bull. Crim., n° 142, p. 377 ; Rev. de Juris. Com., 1992, p. 250, note DUMORTIER.

(3) أحمد الورفلي : « الرقابة في الشركة خفية الاسم »، ضمن أعمال ملتقى دولي حول فعلة الشركات التجارية، مرجع سابق الذكر.

جزائية عملا بالتشريعات الجاري بها العمل. وقد كان التوجه العالمي يقتضي أنه في هذه الصورة يجب على مدقق الحسابات أن يلفت نظر المسير لتصحيح الوضع فإن لم يفعل كان عليه أن يرفع الأمر إلى مجلس الإدارة أو الهيئة المسيرة الجماعية، فإن لم يقع تصحيح الوضع فإنه يقتصر على رفض المصادقة على المحاسبة. وليس للمدقق أن يعلم أي جهة خارج الشركة إلا برضاها⁽¹⁾. غير أنه بعد فضائح «إنرون» و«تيكو» و«وورلدكوم»، صدر في الولايات المتحدة الأمريكية قانون «ساريانس أوكسلي» سنة 2002 الذي دعم واجبات مراقب الحسابات بأن أوجب عليه رفع الأمر إلى هيئة التدقيق بالشركة *audit committee*، دون تخويله إعلام المستثمرين أو الشركاء أو النيابة العمومية. كما صدرت معايير مهنية جديدة مثل المعيار⁽²⁾ SAS No. 99 في نفس الاتجاه. وقد اعتبر المعلقون أن هذا الخيار سيجعل الشركة أقل تعاونًا مع مدققها دون أن يحقق القانون الجديد الفاعلية المطلوبة بما أن المعلومة حول الخروقات لن تخرج عن دائرة ضيقة ولا تصل إلى المساهمين أو إلى جهة عمومية خارج الشركة. وبالمقابل أحدث قانون «ساريانس أوكسلي» هيئة مشرفة على مهنة المدققين تتولى تسجيلهم ومراقبتهم وتأديبهم. كما منع على المراقب تقديم عدة أنواع من الخدمات إلى الشركة التي يقوم بتدقيقها مثل مسك المحاسبة أو بناء منظومات المحاسبة أو القيام بمهام تقييم أصول أو مراقبة المساهمات العينية أو غيرها، أو التسيير والإدارة أو التوسط والسمسة لحساب الشركة أو تقديم الاستشارات القانونية أو المحاسبية غير المرتبطة بالتدقيق أو أي أعمال أخرى يحددها مجلس الهيئة. وهي إجراءات اعتبرت كافية لتدعيم ضمانات عدم انحراف مراقب الحسابات عن مهمته، في حين أن أغلبها كان مكرسا في التشريع التونسي منذ سنوات طويلة. ويبقى من بين الفوارق الهامة بين القانون التونسي وهذا القانون الأمريكي أن التشريعات التونسية تبيح للشركة تكليف مراقب الحسابات بمهام تعاقدية أخرى مثل التدقيق الجبائي.

(1) Rule 301 of the AICPA (American Institute of Certified Public Accountants) Code of Professional Conduct (Confidential Client Information): «A member in public practice shall not disclose any confidential client information without the specific consent of the client». (AICPA, 1993, Section 301)

(2) Statement on Auditing Standards N°99, issued by the Auditing Standards Board of the American Institute of Certified Public Accountants (AICPA) in October 2002.

وفي ما يتعلق بالإعلام بالجرائم، فإن خيار القانون التونسي المتمثل في إلزام مراقب الحسابات بإعلام وكيل الجمهورية بالجرائم التي يعلم بها بمناسبة مباشرة مهمة التدقيق تم تكريسها في المجلة التجارية⁽¹⁾ ثم تواصل العمل به في ظل الفصل 271 من مجلة الشركات التجارية. وقد جاءت عبارات الفصل 271 المذكور واسعة فضفاضة ومثيرة لعدة إشكالات وصعوبات⁽²⁾، من أهمها ما يلي:

أ. النطاق الموضوعي لواجب الإعلام

هل يجب أن يتولى مراقب الحسابات الإعلام بكل الجرائم التي يبلغه العلم بها بمناسبة قيامه بمهامه ؟

قد يكشف مراقب الحسابات إخلالات بسيطة تقع تسويتها من قبل المسيرين، فيتراءى له أن لا يعلم بها لانتفاء الجدوى من الإعلام. كما قد يكشف أفعالا إجرامية لا علاقة لها بالمحاسبة ومسكها فيبدو له أن لا موجب للإعلام بها طالما أن مهمته مهمة محاسبية ولا تتمثل في القيام بدور شرطي الشركة، خاصة أن واجب الإعلام إنما هو من العناية المهنية التبعية أو الثانوية⁽³⁾.

وقد اعتبر مجلس هيئة الخبراء المحاسبين بالبلاد التونسية في المعيار عدد 10 الذي أصدره بشأن هذه المسألة أن مراقب الحسابات لا يلزم إلا بالإعلام بالإخلالات الهامة التي لم تقع تسويتها كما لا يعلم إلا بالجرائم المتصلة بمهمته المحاسبية دون غيرها. غير أن هذا التحليل الذي لا نشك في وجاهته على مستوى المنطق يبدو غير متناسب مع اتساع عبارة النص التشريعي، خاصة أن مراقب الحسابات لا يتمتع بصلاحيات تقدير ملاءمة التتبع من عدمها، لأن تقدير الملاءمة (opportunité) من خصائص النيابة العمومية وحدها.

(1) الفصل 85 من المجلة التجارية، فقرة خامسة.

(2) للدراسة مفصلة حول هذه الجريمة، يراجع : نبيل غرس الله : «إشكاليات حول جريمة عدم إعلام مراقب الحسابات وكيل الجمهورية بالجرائم في الشركات الخفية الاسم»، مجلة القضاء والتشريع، أبريل 2007، ص. 63. أنظر مثلا القرار التقيي الجزائي عدد 43539 الصادر بتاريخ 20 ماي 2009 (غير منشور) المتعلق بتتبع مراقب حسابات من أجل تعمد إعطاء وتأيد معلومات كاذبة عن مال الشركة وعدم إعلام وكيل الجمهورية بالجرائم التي وقع العلم له بها. وقد قضي فيها برفض تعقيب الوكيل العام شكلا فلم تناقش المحكمة أصل النزاع.

(3) Yiadh ELLOUMI : « La révélation des faits délictueux n'est qu'une diligence accessoire », L'Expert, n° 99, juin 2003, p.41.

ب. النطاق الشخصي لواجب الإعلام

هل يمتد واجب الإعلام إلى الجرائم التي يعلم بها مساعدو مراقب الحسابات؟ وهل يجب الإعلام بالجرائم المرتكبة من المسيرين فحسب أم يشمل ذلك الجرائم المرتكبة من الأجراء والأعوان ؟

على الرغم من أن جريمة عدم إعلام وكيل الجمهورية بالجرائم التي يبلغ العلم بها إلى مراقب الحسابات تخضع ككل الجرائم إلى مبدأ شخصية الجرائم والعقوبات المكرس بدستور غرة جوان 1959، فإننا نعتقد أن هذا المهني لا يمكنه مبدئيا التعلل بأنه لم يعلم شخصيا بالجريمة وأن من اكتشفها هو مساعده، إلا إذا تبين أن المساعد الذي علم بالجريمة لم يخبره بها. لكن إذا أغفل المساعد إعلام رئيسه في العمل فلا مجال لتطبيق الفصل 271 باعتبار أن التجريم لا يطاله لغياب السند القانوني ولا يطال مراقب الحسابات شخصيا لعدم علمه بالجريمة إذ لا يمكن اعتبار المساعد فاعلا أصليا (لغياب الركن الشرعي) ولا شريكا (لعدم وجود فاعل أصلي).

أما صفة مرتكب الجريمة التي يوجب القانون الإعلام بها فلا فرق فيها بين المسير والأجير وحتى غيرهما. فالفصل 271 لا يستثني أيًا منهم. فيكفي أن يعلم مراقب الحسابات بفعل إجرامي بمناسبة قيامه بمهامه حتى يتوجب عليه الإعلام.

ومن ناحية أخرى، لا يوجب القانون على مراقب الحسابات إعطاء وصف أو تكييف معين للجريمة التي يعلم بها. فهو يُعلم بالواقعة التي يبدو له أنها تكتسي وصفا جزائيا لا غير. لكن يطرح التساؤل حول مدى وجوب الإعلام إذا بدا للمراقب أن الجريمة شملها التقادم وانقرض حق المجتمعع في تتبع فاعليها. والرأي لدينا أن لا موجب لتتبع مراقب الحسابات من أجل عدم الإخبار بفعل لم يعد تتبع مرتكبه ممكنا.

3.6. المسؤولية الجزائية «العرضية»

يمكن أن تتكون من إخلال مراقب الحسابات بواجباته المهنية جرائم أخرى عدا تلك المنصوص عليها في مجلة الشركات التجارية كالجرائم الجبائية أو جريمة التخلف عن الإشعار بصعوبات المؤسسة الاقتصادية.

أ. المسؤولية الجزائية الجبائية

ينص الفصل 99 من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية على عقوبة بالسجن لمدة تتراوح بين 16 يوما وثلاثة أعوام والخطية من ألف دينار إلى خمسين ألف دينار علاوة على سحب رخصة العمل تسلط على وكلاء الأعمال والمستشارين الجبائيين والخبراء وكل الأشخاص الذين يتعاطون مهنة حرة لمسك المحاسبة أو المساعدة على مسكها إذا تعمدوا إعداد حسابات ووثائق محاسبة مغلوطة قصد التفتيش من أساس الأداء أو التفتيش من مبلغ الأداء ذاته أو ساعدوا على مسكها.

ولئن كان من غير الممكن تطبيق هذا النص على مراقب الحسابات بصفته فاعلا أصليا باعتبار أنه لا يقوم بمسك المحاسبة، فإنه يمكن تطبيقه عليه بوصفه شريكا على معنى الفصل 32 من المجلة الجزائية إذا تعمد التغطية على جريمة من نوع ما ذكر رغم علمه بعدم صحة المحاسبة وبأن المحاسب الذي مسكها تعتمد القيام بذلك لمساعدة المؤسسة على أعمال التهرب الجبائي. وفي هذه الحالة يعاقب المراقب بنفس العقوبة المقررة للفاعل الأصلي، بما في ذلك عقوبة «سحب رخصة العمل» التي كتب الفقه أنها لم تعد قابلة للتطبيق على حالها باعتبار أن مراقب الحسابات سواء كان خيرا محاسبا أو مختصا في الحسابة لا يباشر نشاطه بموجب رخصة بالمعنى الدقيق، بل بموجب ترسيمه بالجدول المناسب لدى الهيئة المهنية المختصة. فيتجه تأويل النص بالنسبة لهذا الصنف من الأشخاص على أن المقصود بالعقوبة هو المحو أو التشطيب من الجدول radiation du tableau.

ب. المسؤولية الجزائية عن التخلف عن الإشعار ببيانات صعوبات المؤسسة

تستوجب مهمة مراقبة الحسابات النظر في بعض جوانب التصرف والتسيير وعدم الإخفاء وراء الصبغة المحاسبية لمهمته الأصلية، وإلا تحمل المسؤولية الجزائية في صورة عدم مبادرته بالإشعار ببيانات صعوبات المؤسسة طبق الفصل 55 من القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أبريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية. وجدير بالملاحظة أن هذا التجريم طرح إشكالا دستوريا باعتبار أن مراقب الحسابات هو الوحيد المعرض لهذا

العقاب الجزائي من أجل هذه الجريمة في حين أن المسيرين والدائنين والأجراء ليسوا مهتمين بالعقاب الجزائي مع أن نفس القانون يحمل عليهم واجب الإشعار. ومع ذلك لم يعتبر المجلس الدستوري هذا النص مخالفا للدستور.

الشرع الثالث

اكتفت مجلة الشركات التجارية بالنسبة إلى الأوراق المالية بتجميع التشريع القائم والجاري به العمل، مع إدخال تعديلات طفيفة، تتمثل أساسا في إلغاء بعض أصناف «القيم المنقولة» التقليدية وخاصة منها حصص الأرباح أو حصص المؤسسين والأسهم ذات حق التصويت المضاعف. كما وُحِدت المجلة المصطلحات بأن اعتمدت مصطلح «الأوراق المالية» وتخلت بصفة نهائية عن مصطلح «القيم المنقولة».

وقد ظلت الأوراق المالية دون تعريف في التشريع التونسي رغم صدور عديد القوانين المتعلقة بها والتي اكتفت بالتعريف الوصفي المحض الذي لا يتعدى الجانب الشكلي... [و] يمكن تعريفها بأنها سندات قابلة للتداول، مدرجة أو قابلة للإدراج بالبورصة، وتخول حقوقا مماثلة [متساوية] بالنسبة إلى كل صنف من الأشخاص الذين قدموا المساهمات النقدية أو العينية اللازمة لتمويل شخص معنوي عام أو خاص⁽¹⁾.

الفقرة الأولى: الإططار العام

منذ سنة 2000، تقرر إلغاء الأوراق المالية التي تكون للحامل وتحويل جميع الأوراق المالية التي تصدرها الشركات بالبلاد التونسية إلى أوراق مالية اسمية. ويلاحظ أن مجلة الشركات التجارية لا تتضمن الأحكام المنطبقة على كافة الأوراق المالية، إذ ظلت أوراق مالية أخرى خاضعة لتشريعات خارج

(1) محمد العسكري: «الأوراق المالية في مجلة الشركات التجارية»، أعمال دورة تكوينية حول مجلة الشركات التجارية، تونس 11 و12 أبريل 2003، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2004، ص. 173.

المجلة وتسري عليها تشاريح خاصة. وقد ألغت مجلة الشركات بعض أصناف الأوراق المالية التي اعتبرت غير متماشية مع السياسة التشريعية الجديدة.

الفقرة الفرعية الأولى: وجوب أن تكون كافة الأوراق المالية اسمية: إلغاء الأوراق المالية التي تكون للحامل

خلافًا للتشريع السابق الذي كان يقر إمكانية أن تكون الأوراق المالية عموماً وخاصة منها الأسهم إما اسمية وإما لحاملها، فإن القانون عدد 35 لسنة 2000 المؤرخ في 21 مارس 2000 المتعلق بإرساء السندات غير المادية قد أقر أن جميع هذه السندات يجب أن تكون اسمية *nominatives* وألغى بالتالي صنف الأوراق المالية للحامل *au porteur*، وذلك في إطار ما تقرر من نزع الصبغة المادية عن هذه السندات⁽¹⁾. وقد أبقت مجلة الشركات التجارية على هذه القاعدة وأوجبت أن يقع قيد السندات في حسابات تمسكها الشركة التي تصدرها أو لدى وسيط لدى البورصة مرخص له، وأوجبت على الشركة المصدرة أن تفتح بمقرها الاجتماعي أو لدى وسيط مرخص له حساباً لكل مالك أوراق مالية. وتتولى الشركة مسك الحساب بنفسها إن لم تكن من شركات المساهمة العامة، فإن كانت من شركات المساهمة العامة، كان لها الخيار في مسكه بنفسها أو إيكال ذلك إلى وسيط لدى البورصة.

وتسجل بالحساب هوية مالك الأوراق المالية وعنوانه وعند الاقتضاء اسم من أحيل إليه حق الانتفاع بها وعنوانه مع بيان عدد الأوراق الراجعة له. وهذه الحسابات يمكن الإطلاع عليها من قبل كل من له صفة مالك لأوراق مالية صادرة عن نفس تلك الشركة. ويتولى ماسك الحساب تسليم شهادة إلى صاحب السندات في عدد الأوراق المالية التي يملكها. ويقع تجسيم نقل ملكية السندات بالتنصيص على ذلك بالحساب الذي كانت مسجلة به وبحساب المالك الجديد.

(1) في بعض الظروف الخاصة، أوجبت بعض البلدان أن تكون الأسهم اسمية للتحقق من هوية المساهمين وخاصة من جنسيتهم، خاصة بعد تأميم بعض الشركات الكبرى كما وقع في مصر حيث تمّ مثلاً تأميم قناة السويس سنة 1956، فوضع هذا القيد لمنع تسلل الأجانب إلى رأس مال تلك الشركات (نبيل بن عبد الله: «أسهم الشركات»، مجلة القضاء والتشريع، ديسمبر 1995 / رجب 1416، العدد 10، ص. 7 وما بعدها، وخاصة ص. 16).

الفقرة الفرعية الثانية: الأوراق المالية التي لا تنطبق عليها مجلة الشركات التجارية

الملاحظ أن مفهوم الأوراق المالية كما ورد في مجلة الشركات التجارية لا يشمل سوى السندات التي يتم إصدارها بصفة جماعية وبقيمة متساوية من قبل الشركات خفية الاسم. وهذا المفهوم أضيق من ذلك الوارد بمجلة المرافعات المدنية والتجارية، والذي يشمل أيضاً السندات القابلة للتداول في السوق النقدية، وخصوصاً شهادات الإيداع (*certificats de dépôt*) وشهادات الخزينة (*billets de trésorerie*) وورقاق الخزينة (*bons de trésor*).

فهذه السندات لا تسري عليها أحكام مجلة الشركات التجارية المتعلقة بالأوراق المالية، وإنما تخضع إلى النصوص الخاصة بها.

الفقرة الفرعية الثالثة: دور الإرادة التعاقدية في إحداث أصناف جديدة من الأوراق المالية

على عكس ما هو مقرر في عدد من القوانين المقارنة كالقانون الفرنسي والقانون الإنكليزي للشركات لسنة 2006، تقوم المنظومة التونسية على فكرة مركزية مقتضاها أن القانون هو الذي يحدث أصناف الأوراق المالية ويقرها. والأصل أنه لا يجوز للأطراف أن يحدثوا أصنافاً جديدة لم يأت بها القانون. ولا ينفي ذلك وجود هامش من الحرية التعاقدية في هذا المجال. فبعد إلغاء الأسهم ذات حق التصويت المضاعف⁽¹⁾ وحصص الأرباح وحصص التأسيس، أصبح الفصل 317 من مجلة الشركات التجارية ينص على إمكانية منح امتيازات خاصة لبعض أصناف المساهمين يضبطها العقد التأسيسي، وهو ما يطابق نظام «الأسهم الممتازة» *actions de préférence* في القانون الفرنسي.

وجدير بالملاحظة أن مفهوم «الأسهم الممتازة» أو «أسهم الامتياز» *preferred shares* مكرّس في القانون التونسي بشكل صريح بالنسبة للمنشآت والمؤسسات ذات المساهمات العمومية. فقد نص الفصل 33 ثانياً من القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في أول فيفري 1989 المتعلق بالمنشآت والمساهمات العمومية المضاف بموجب القانون عدد 102 لسنة 1994 المؤرخ في أول أوت

(1) أنظر أدناه.

1994 على أنه «يمكن بمقتضى أمر تحويل سهم عادي تمتلكه الدولة في رأس مال منشأة عمومية إلى سهم امتياز وذلك قبل عملية تؤدي إلى افتقاد الصبغة العمومية لهذه المنشأة»، وأضافت الفقرة الثانية من نفس الفصل أنه «يمكن أن يتضمن سهم الامتياز حسب ما يحدده الأمر كلا أو بعضا من الحقوق التالية:

1. تعيين ممثل أو ممثلين للدولة في مجلس الإدارة والجلسات العامة للمنشأة دون التمتع بحق الاقتراع.
2. المصادقة المسبقة من الوزير المكلف بمساهمات الدولة على تجاوز كل شخص بمفرده أو بالتحالف مع أشخاص آخرين حدود نسب المساهمات المنصوص عليها بالتشريع الجاري به العمل.
3. حق الاعتراض على القرارات التالية:

- اندماج الشركات وانفصالها (والمقصود انقسامها حسب مصطلحات مجلة الشركات التجارية).

- التصفية الإدارية للشركة.

- كل قرار يمكن أن ينجر عنه تغيير هيكل في طبيعة نشاط الشركة بما في ذلك بيع عنصر أو أكثر من مكونات الأصول يمكن أن يؤدي إلى مثل هذا التغيير (وهو ما سمته مجلة الشركات التجارية «الإحالة الجزئية للأصول»).

ونص الفصل ذاته على تجريد كل سهم يتم اقتناؤه دون الحصول على الموافقة المسبقة من الوزير المعني من حق الاقتراع ويجب على المشتري يبعه خلال ثلاثة أشهر وإلا وجب يبعه طبق إجراءات البيع بالبورصة رغم أنف المالك. كما ينص على بطلان قرارات الجلسات العامة التي تخالف باقي الموانع.

وتختلف هذه القواعد بصفة جوهرية عما كان مكرسا في المجلة التجارية وما جاء في قانون إعادة تنظيم السوق المالية ومجلة الشركات التجارية خاصة أنه النص الوحيد الذي يقر حرمان الشخص من ملكية أسهم اقتناها خلافا لقواعد تجاوز عتبات المساهمة.

ويمكن الاستلزام من هذه الأحكام عند صياغة بنود القوانين الأساسية للشركات خفية الاسم التي تعتمد إصدار أسهم ممتازة. غير أنه وفي غياب إطار تشريعي جاهز يحدد على وجه الخصوص نوع الامتيازات المخولة للمالكي هذه الأسهم وما يقابل هذه الامتيازات من الواجبات (كدفع منحة إصدار خصوصية) فإنه ينبغي التنبؤ عند صياغة البنود التعاقدية حتى لا تنص على أمور مستحكمة أو بنود باطلة، كما إذا تم نقل الفصل -33 ثانيا نقلا حرفيا مع إقرار جزاء البطلان عن مخالفة القواعد المقررة، حال أن التوجه الغالب في تونس هو أن البطلان لا يمكن أن يقرر إلا بموجب نص تشريعي وأنه لا يمكن إقراره بموجب شرط تعاقد.

الفقرة الفرعية الرابعة: أصناف الأوراق المالية التي ألغتها مجلة الشركات التجارية

ألغت مجلة الشركات التجارية بعض أصناف الأوراق المالية التي كانت منظمة في المجلة التجارية، وهي:

1. الأسهم ذات حق التصويت المضاعف (أو المتعدد) actions à droit de vote double (ou multiple)

وهي الأسهم التي تمنح حاملها حقا في التصويت يعادل ضعف ما تمثله بالنسبة إلى مجمل رأس المال. وقد ألغيت هذه النوعية من الأوراق المالية بصدر مجلة الشركات التجارية بحكم سكوت المجلة الجديدة عنها بعد أن كانت منظمة صراحة بالأحكام السابقة (المجلة التجارية وقانوني ستي 1992 و 1994 المتعلقين بإحداث أدوات مالية جديدة لتوظيف الإدخار).

2. حصص الأرباح أو حصص التأسيس parts de fondateur ou parts bénéficiaires

وهي سندات قابلة للتداول كانت تمنح إلى المؤسسين عرفانا من الشركة بما لهم من فضل في تأسيسها، وتخول لصاحبها الحصول على مناب من الأرباح يحدد بالعقد التأسيسي. وقد ألغتها مجلة الشركات التجارية بمقتضى الفصل 314 في صيغته المعدلة بقانون 27 جويلية 2005 الذي وضع أجلا أقصى لإتمام عملية الإلغاء وهو 31 ديسمبر 2008 وأحال إلى أمر تطبيقي في خصوص ضبط كيفية إجراء هذا الإلغاء، مع اشتراط أن تتوفر لدى الشركة احتياطات كافية للتعويض لمالكي الحصص عن إلغاء حصصهم أو لاستبدال الحصص بأسهم وبالتالي

الترفع في رأس مال الشركة أو استبدالها برفاق. ويلاحظ أن أحكام الفصل 3 من القانون عدد 92 لسنة 2000 المتعلقة بإصدار مجلة الشركات التجارية منعت إصدار حصص أرباح جديدة، مقتدية في ذلك بالقانون الفرنسي المؤرخ في 24 جويلية 1966 الذي زاد على ذلك بأن جعل من إصدار حصص أرباح أو حصص تأسيس جديدة جريمة من صنف الجحج، بما يؤكد أن منع الإصدار يهيم النظام العام.

وبعد تطبيق هذا القانون لبضعة سنوات تبين أن به نقائص تجعله مبتور الفاعلية أو متعلز التطبيق في بعض الحالات كما أن بعض الحلول الواردة به (تحويل الحصص إلى رفاع) غير ممكنة التطبيق فتم تعديله بشكل جوهرى في تعديل 16 مارس 2009.

1.2. الإطار العام لنظام إلغاء حصص الأرباح وحصص التأسيس

يتميز النظام الذي أقامه قانون 27 جويلية 2005 بأنه يقوم على الرجوع إلى رأي فني صادر عن خبير أو لجنة خبراء يتم تعيينهم بإجراءات شبيهة بإجراءات تعيين المحكمين كما وردت في مجلة التحكيم⁽¹⁾. ويمكن أن تتوقف الإجراءات في هذه المرحلة إذا وافق الأطراف على التقديرات التي تصدر عن الخبير. أما النظام الجديد الذي جاء به قانون 16 مارس 2009 فيتميز بأن المرور إلى التقاضي أصبح هو الأصل ما لم يقع اتفاق بين الأطراف في أي مرحلة من المراحل. كما مدد قانون 16 مارس 2009 الأجل الأقصى لإلغاء حصص التأسيس أو حصص الأرباح من 31 ديسمبر 2008 إلى 31 ديسمبر 2010.

وقد تأثر مشروع سنة 2005 بالقانون الفرنسي الذي كان يقتضي أن حل مشكلة حصص الأرباح يتم بصفة جماعية حيث يقع تفاوض غير مباشر بين الجلسة العامة الخاصة بالمالكي الحصص *assemblée générale spéciale des propriétaires de parts* وهيكل تسيير الشركة⁽²⁾. أما قانون سنة 2009 التونسي فحوّله إلى مشكل شخصي يقع فضه بالنسبة لكل مالك حصة على انفراد.

(1) يراجع خصوصا: أحمد الورفلي: «إلغاء حصص الأرباح أو حصص التأسيس»، أعمال ملتقى حول «مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005»، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2005، ص. 73.

(2) ينص القانون الفرنسي المؤرخ في 23 جانفي 1929 (الفصل 6) على ضرورة عقد ثلاثة جلسات عامة متتالية في صورة عدم تحقق النصاب القانوني.

وفي مطلق الأحوال فإن المشرع التونسي لم يخضع عملية إلغاء حصص الأرباح إلى نفس نظام منح الامتيازات الخاصة بالنظر إلى تباين العمليتين رغم أن بعض الفقهاء أشار إلى أنه يمكن إصدار حصص أرباح جديدة تحت غطاء منح امتياز خاص، لا سيما أن الامتياز الخاص هو في الغالب امتياز مالي⁽¹⁾ رغم أن فقه القضاء والفقه في فرنسا استقرا على التأكيد على التباين بينهما⁽²⁾.

وجدير بالملاحظة أن القانون الفرنسي لم يضع أي أجل أقصى للشركات لإلغاء حصص الأرباح وحصص التأسيس التي وقع إصدارها قبل صدور قانون 24 جويلية 1966، وذلك باعتبار أنه لا يوجد ما يضمن أن تتوفر لدى الشركات الاحتياطيات *réserves* اللازمة لخلاص مستحقيها أو استبدالها بأوراق مالية أخرى خلال الأجل الذي يقرره القانون. أما خيار القانون التونسي فتميز بأنه غير منطقي باعتبار أنه منح الشركات أجلا قصيرا قدره ثلاثة أعوام لإتمام عملية الإلغاء، وبالتالي فإن الشركة التي لا تتوفر لديها احتياطيات كافية وجدت نفسها بعد تاريخ 31 ديسمبر 2008 في وضع مخالف للقانون: فإما أن تلغي الحصص وترفع رأس مالها ترفيعا وهما باعتبار أنه لا يقابل أي زيادة حقيقية في مواردها المالية، وإما أن تبقي على الحصص فتكون مخالفة لأحكام الفصل 314 من مجلة الشركات التجارية.

2.2. النظام الجديد لإلغاء حصص الأرباح في ظل إصلاح 16 مارس

2009

نصت مجلة الشركات التجارية على إلغاء حصص الأرباح أو التأسيس مستقبلا. ونصت أيضا على أجل وهو 31 ديسمبر 2008 يتوجب على الشركات أن تقوم خلاله بإلغاء تلك الحصص السابقة بشرائها أو تحويلها إلى أسهم أو رفاع من المال الاحتياطي. ولكن هذا الفصل واجه صعوبات جمة في التطبيق باعتبار أن الشركات قد لا تملك مالا احتياطيا يمكنها من شراء تلك الحصص مما خلق

(1) Cf., par exemple, Sami FRIKHA: « La distribution des bénéfices sociaux, quoi de neuf ? », Actes du colloque organisé par le CEJJ sur : « Le Code des Sociétés Commerciales après les modifications de 2005 », fév. 2006, éd. CEJJ, Tunis 2006, p. 77.

(2) Cour d'Appel de Paris, 26 juin 1968, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* 1970, p. 158, et sur pourvoi: Cass. com. 16 déc. 1969, *Bull. Civ. IV*, n° 388; *Jurisclasser Périodique* 1970, II, 13367, note N. BERNARD; Dominique SCHMIDT: « Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes », *précité*, p. 104.

معضلة في التطبيق ولم تستطع عديد الشركات الإستجابة لمقتضيات القانون في الأجل المحدد. ولذا نص تعديل 16 مارس 2009 على حل لهذا الإشكال يتمثل في ما يلي:

أ. وضع أجل لمالك حصص الأرباح لممارسة حقوقه

على مالك الحصص أن يرفع دعوى للمحكمة في أجل لا يتجاوز 31 ديسمبر 2010 لتقدير قيمة الحصص وإلا سقط حقه. وهذا الأجل لا يقبل القطع ولا التعليق لأنه أجل سقوط كما أنه أجل إضافي مدد الأجل الأصلي الذي حدده قانون 27 جويلية 2005 والذي انتهى قبل صدور القانون الجديد فوق «إحياء» لحل مشكلة الشركات التي تعذر عليها أن تسوي أوضاعها بسبب عدم توفر احتياطات كافية أو بسبب عدم صدور النص التطبيقي المنصوص عليه بالفصل 314 قبل تعديله، والذي كان من المفروض أن يبين الإجراءات التي ينبغي تطبيقها. وهذا الإجراء يدفع المالكين للتحرك لتسوية الوضعية في أقرب الآجال لأنها آخر فرصة لتسوية الوضعية والحصول على تعويض.

ب. تعهد المحكمة بالتقدير

تتولى المحكمة التقدير بواسطة خبيرين ضمانا للموضوعية والعدالة في التقييم. وتفاديا لطول النزاعات التي قد تنشأ عن هذا التقدير من جهة وباعتبار أن التقدير مسألة فنية بحتة ولا تطرح إشكالات قانونية تبرر الطعن بالتعقيب، من جهة ثانية، نص قانون 16 مارس 2009 على أن حكم المحكمة لا يقبل سوى الطعن بالاستئناف. وبذلك احترم هذا القانون مبدأ التقاضي على درجتين المنصوص عليه بالفصل 108 من الدستور في حدوده الدنيا.

ج. الإبقاء على الخيار الممنوح للجلسة العامة

أوجب الفصل 314 جديد على مراقب حسابات الشركة أن يعد تقريرا خاصا في ظرف شهر من تلقيه نسخة من الحكم الذي صدر بناء على تقرير الخبيرين المكلفين بالتقدير. ولئن لم يبين النص مضمون تقرير مراقب الحسابات فالثابت أنه لا يتضمن إعادة تقدير للحصص لأن مراقب الحسابات ليس خبيرا عدليا، كما أن التقدير قام به الخبير وحددته المحكمة. فالمطلوب من مراقب الحسابات إنارة المساهمين حول كنه عملية الإلغاء ونتائجها وشروطها وحول ما يمكن أن تقرره

الجلسة العامة وشروط اتخاذ قرار في تحويل الحصص إلى أسهم (توفر احتياطي كاف) مع بيان ما يترتب عن كل خيار على المستويين القانوني والمالي. «وتقرر الجلسة العامة الخارقة للعادة بعد الاطلاع على الحكم القاضي بتقدير القيمة وعلى تقرير مراقب الحسابات، شراء حصص الأرباح أو التأسيس. ولها أن تقرر أيضا تحويلها إلى أسهم إذا توفرت لديها احتياطات تعادل على الأقل قيمة الأسهم التي يتم إصدارها، وذلك في أجل ستة أشهر من تاريخ إعلام الشركة بالحكم. ويكون قرار الجلسة العامة ملزما لجميع مالكي حصص الأرباح أو التأسيس.

وإذا قررت الجلسة العامة الخارقة للعادة شراء الحصص تدفع قيمة الحصص المستحقة لمالكها خلال أجل لا يتجاوز خمسة أعوام من تاريخ القرار. وإذا قررت تحويلها إلى أسهم يتم التحويل فورا»⁽¹⁾.

وبذلك تختار الجلسة العامة بين شراء الحصص أو تحويلها إلى أسهم في آجال محددة دون التنصيص على صيغة معينة للخلاص إذ تبقى الحرية للشركة في دفع المقابل من الاحتياطي أو بواسطة قروض أو غير ذلك من الصيغ التي تراها، إضفاء للمرونة على العملية.

د. حفظ حق مالك الحصص عند سكوت الجلسة العامة

عند عدم ممارسة الخيار من قبل الجلسة العامة في الأجل القانوني (6 أشهر من تاريخ إعلام الشركة بحكم المحكمة)، يعتبر ذلك اختيارا لشراء الحصص. وعليه، يمكن لمالك الحصص أن يرفع دعوى قضائية لإلزام الشركة بأداء القيمة المقدرة بموجب حكم المحكمة.

الفقرة الثانية، أصناف الأوراق المالية

يمكن تصنيف الأوراق المالية المنظمة في القانون التونسي الحالي بحسب زمن ظهورها، فتقسم إلى أوراق مالية تقليدية وأخرى مستحدثة. والأوراق المالية المستحدثة هي الأوراق المالية التي أنشأتها مجلة الشركات التجارية دون أن تكون موجودة من قبل في المجلة التجارية. وفي الحقيقة، فإن هذه السندات لم تكن استحداثا محضا، بل إنها كانت منظمة بأحكام قانون خاص ومستقل، وهو القانون عدد 107 لسنة 1992 المؤرخ في 16 نوفمبر 1992 المتعلق

(1) الفقرتان السابعة والثامنة جديدتان.

بإحداث أدوات مالية جديدة لتوظيف الإدخار، كما وقع اتمامه بالقانون عدد 118 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994. والتجديد الذي أتت به مجلة الشركات التجارية يتمثل في إدماج النصوص المنظمة لها في النص العام، أي المجلة. غير أن التقسيم المنهجي يقتضي تجميع أصناف الأوراق المالية بحسب صنف الحقوق التي تمنحها لأصحابها، فيتبين عندئذ أنها تشمل أوراقا مالية تمثل مساهمة في رأس مال الشركة مقابل أوراق مالية أخرى تمثل حق مديونية جماعية متساوية في ذمة الشركة.

الفقرة الفرعية الأولى: الأوراق المالية الممثلة لمساهمة في رأس المال

يتكون رأس مال الشركة خفية الاسم من مجموع المساهمات النقدية والعينية التي قدمها أصحابها في إطار مخاطرة مشتركة على أمل تقاسم الربح الذي يحصل من استغلالها في مشروع اقتصادي. وتصدر الشركة لفائدة هؤلاء الأشخاص سندات (لم تعد مجسمة في وثائق ورقية) تشهد بما لهم من الحق في مناب من الربح، ومثالها الأسهم. وقد تحتاج الشركة إلى تمويلات غير تقليدية (غير بنكية) من العموم دون إدخالهم في رأس المال ودون تحميلهم أي مخاطرة بأموالهم، فتجته إلى العموم وتقرح عليهم الإكتتاب في سندات تثبت حق مديونية متساوية، ومثالها الرقاع. وتسمى كافة السندات المشار إليها أوراقا مالية. على أنه يلاحظ أن النصوص التشريعية الصادرة حديثا أصبحت تمزج بين الأوراق المالية الممثلة لمساهمة في رأس المال وتلك الممثلة لحق المديونية. كما يلاحظ أن القانون المقارن ابتدع أصنافا جديدة من الأسهم. ففي اليابان مثلا استحدث الفصل 171-1 من قانون الشركات لسنة 2006 صنفا جديدا من الأسهم هي الأسهم التي يجوز للشركة إعادة شرائها *wholly callable shares*. وهي طريقة لتحقيق تقنية «squeeze out» والتخلص من الأقلية غير المرغوب فيها.

1. الأسهم (العادية أو التقليدية)

وهي السندات التي تمنح مالکها حقوقا مالية وحقوقا غير مالية (الحق في التصويت والإطلاع على وثائق الشركة والترشح لمناصب التسيير والمراقبة داخل الشركة) في نفس الوقت. فهي التي تمنح مالکها منابا من الربح يعادل نسبة ما تمثله من رأس المال، كما تمنحه حقوقا في التصويت في الجلسات العامة للمساهمين على قدر ما تمثله من رأس المال الجملي، إلى جانب الحقوق غير

المالية الأخرى، وخاصة منها حق الترشح لعضوية هياكل التسيير أو مجلس المراقبة بحسب الأحوال. ويقع تحديد قيمة السهم في القانون الأساسي للشركة، ولا تقل هذه القيمة الدنيا عن دينار واحد⁽¹⁾.

ومن أهم ميزات الأسهم قابليتها للتداول *négociabilité*. غير أنه بخلافًا لجانب من فقه القضاء السابق لسنة 2000⁽²⁾، أوضحت مجلة الشركات التجارية أن الشروط التعاقدية التي تحد من حرية التفويت في الأسهم لغير الشركاء تعدّ جائزة بشرط أن لا تجعل المساهم أسيرا لمساهمته وأن تمنحه الحق في أن يخرج من الشركة إما بالتفويت في أسهمه لمن يشاء أو للشخص الذي تعينه الشركة أو للشركة نفسها في أجل معقول ومقابل نفس الثمن الذي عرضه الشخص الأجنبي الراغب في شرائها⁽³⁾. وتعد هذه الشروط لاغية في صورة إدراج أسهم الشركة ببورصة الأوراق المالية وكذلك في صورة التنفيذ بالبورصة لعدم تحرير الشريك مساهمته⁽⁴⁾.

وتصنّف الأسهم بحسب حقوق المساهم المالك لها.

فالأسهم العادية هي التي تمنح مالکها الحقوق العادية وخاصة منها الحق في مناب من الأرباح يعادل نسبة ما له من رأس المال. أما الأسهم الممتازة *preferred shares / actions de préférence* فهي التي تمنح مالکها حقوقا

(1) خفض القانون عدد 12 لسنة 1995 المؤرخ في 26 جانفي 2005 هذه القيمة من خمسة دنانير إلى دينار واحد. واعتبر الفقه أن ذلك يكرس توجهها نحو إضفاء صبغة «شعبية» و«ديمقراطية» على السوق المالية. نور الدين بسرور: «التوجهات المعاصرة لقانون الأسواق المالية»، أعمال ندوة دراسية حول السوق المالية والتنمية الاقتصادية، تونس 30 أبريل 2008، نشر مركز البحوث والدراسات البرلمانية، ص. 41.

(2) محكمة التعقيب، قرار عدد 15279 بتاريخ 12 مارس 1987 (محمد ومن معه ضد عبد السلام وشركة «هيل ديار»)، نشرة محكمة التعقيب لسنة 1987، القسم المدني، ص. 190. يراجع خصوصا:

Youssef KNANI: «La clause de préemption et d'agrément, incertitude de la jurisprudence et insuffisance des textes», *Revue Tunisienne de Droit* 1992, p. 241, précité.

(3) الفصل 321 من مجلة الشركات التجارية.

(4) الفصل 321 من مجلة الشركات التجارية والفصل 22 من القانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية: «ينجر قانونا عن إدراج الأسهم بالبورصة تازل الشركة المصدرة عن بنود حق الأفضلية والمصادقة الواردة في نظامها الأساسي».

خاصة يمتاز بها دون غيره، كالحق في مناب من الربح يتجاوز منابه من رأس المال أو في عدد من الأصوات يتجاوز عدد الأسهم أو في الأولوية في استرجاع رأس المال. والغالب أن يقع إصدارها بمناسبة الترفيع في رأس المال بغاية تشجيع الجمهور على الإكتتاب⁽¹⁾. وجدير بالملاحظة أنه لا يمكن منح حقوق خاصة لمساهمين معينين بل تمنح الامتيازات الخاصة لصنف معين من الأسهم وبالتالي لمالكها⁽²⁾.

كما تنقسم الأسهم إلى أسهم رأس مال *actions de capital* وأسهم انتفاع (تمتع). وأسهم الإنتفاع *actions de jouissance* هي التي وقع تسديد قيمتها إلى المساهمين. ذلك أنه لئن كان الأصل هو عدم إرجاع قيمة الأسهم إلى الشركاء فإنه توجد حالات يجوز فيها ذلك كما إذا كانت الشركة تستغل موردا قابلا للتضروب كمنجم أو مقطع أو حق لزمة أو امتياز *concession* أو إشغال مؤقت لملك عمومي *occupation temporaire*، فتقوم بترجيع قيمة الأسهم خلال مدة الاستغلال. ويحتفظ أصحاب هذه الأسهم بصفقتهم كمساهمين مع ما يرتبط بها من حقوق⁽³⁾.

2. الأسهم ذات الأولوية في الربح دون حق اقتراع (ADP)

تم إحداث هذا الصنف من الأسهم بمقتضى قانون 17 نوفمبر 1994. وهي تتميز بأمرين، أولهما أنها لا تمنح صاحبها حق الاقتراع *sans droit de vote*، وثانيهما أنها تخول له أفضلية *priorité* في الحصول على حقوقه المالية وذلك باعتبار أن صاحب هذه الأسهم يحق له الحصول على ربح أولوي *dividende prioritaire* لا يقل عن نسبة مائوية من مبلغ رأس المال المدفوع من قبله دون أن يقل عن الربح المعد للتوزيع أول مرة *premier dividende*. ويقصد بالربح المعد للتوزيع أول مرة، الربح الصافي من جميع الأعباء والذي تقرر الجلسة العامة توزيعه خلال سنة مالية ما. والمقصود بذلك هو ضمان حق مالك الأسهم

ذات الأولوية في الربح في الحصول على مناب أدنى من الأرباح القابلة للتوزيع حتى ولو قررت الجلسة العامة العادية نقلة الأرباح *report* وعدم توزيعها كليا خلال سنة ما أو توزيع نسبة ضئيلة منها.

وبناء على ذلك فإن الربح الأولوي يقتطع من المرباح القابلة للتوزيع قبل أي توظيف آخر كتكوين الاحتياطي الحر *réserves libres*. فإذا كانت المرباح القابلة للتوزيع غير كافية لتغطية ما يستحقه مالكو الأسهم ذات الأولوية في الربح، فإنها توزع عليهم وحدهم وينقل حقهم في الباقي إلى السنة الموالية. أما في صورة توزيع أرباح على المساهمين العاديين تتجاوز قيمة الربح الأولوي، فإن أصحاب الأسهم ذات الأولوية يتحصلون على نسبة مساوية لهم.

وقد حرص المشرع على حفظ التوازن بين المصالح المالية والمصالح غير المالية للشركاء وذلك من خلال تحجير إصدار أسهم ذات أولوية في الربح دون حق اقتراع تتجاوز ثلث رأس مال الشركة الجملي. كما اشترط في الشركة التي تنوي إصدار مثل هذه الأسهم أن تكون قد حققت أرباحا خلال السنوات الثلاث السابقة أو قدمت ضمانا بنكيا. وقد كرس المشرع مبدأ حرية تداول هذا الصنف من الأسهم، ومنع الحد منه، بما يعني أن شروط الأفضلية والمصادقة تعد لاغية ولا عمل عليها إذا تعلق بمثل هذه السندات، وذلك باعتبار أن هذا الصنف من الشروط يهدف إلى حماية الشركة من الوقوع تحت تأثير أشخاص يخشاهم الشركاء، وهو خطر غير موجود طالما أن هذه الأسهم لا تخول لأصحابها حضور الجلسات العامة والتصويت فيها والترشح لعضوية هياكل التسيير.

وبالنظر إلى أن حذف حق التصويت بالنسبة إلى حاملي هذا الصنف من الأسهم يبرره تمكينهم من حقوق مالية تفضيلية، فإن تدهور نتائج الاستغلال الاقتصادي للشركة خلال مدة طويلة نسبيا (ستتان فأكثر) يبرر استرجاع مالكها لحق التصويت وجميع الحقوق غير المالية الأخرى. ويتواصل ذلك الوضع إلى أن تؤدي لهم الشركة المرباح المستحقة بكاملها. ولا تطرح هذه الفرضية إذا كانت الشركة متحصلة على ضمان بنكي، باعتبار أن المؤسسة البنكية تطالب بدفع الربح الأولوي إن عجزت الشركة عن تحقيقه، دون أن تكون لها إمكانية الرجوع بما دفعته على الشركة. غير أنه يمكن للبنك أن يقوم بدعوى المسؤولية على مسيري الشركة بشرط إثبات ارتكابهم لأخطاء فادحة في التسيير والتصرف.

(1) عزيز المكيلى: «شرح القانون التجاري» الجزء الرابع: «في الشركات التجارية»، ط. دار الثقافة، عمان 2002، ص. 235.

(2) الفقرة الأولى من الفصل 317 من مجلة الشركات التجارية.

(3) عزيز المكيلى، مرجع سابق، ص. 237.

3. الأوراق المالية المتولدة عن تفكيك الأسهم التقليدية، إما عند الإصدار أو بعده، وهي :

1.3. شهادات الاستثمار *certificats d'investissement*

تتمثل شهادات الاستثمار في أوراق مالية لا تمنح مالكيها سوى حقوقا مالية، فلا يتمتع بالحقوق غير المالية («السياسية»). غير أنه وخلافا لحامل الأسهم ذات الأولوية في الربح، لا يتمتع حامل شهادات الاستثمار بأي أولوية في الأرباح ولا بضمان في شأنها. ولا يشترط لإصدار هذه السندات أن تكون الشركة قد حققت نتائج إيجابية أو قد بلغت حجما أدنى.

وتساوي القيمة الاسمية لشهادة الاستثمار قيمة سهم عادي. ويتمتع حاملو شهادات الاستثمار علاوة على الحقوق المالية السالف ذكرها بحق الأفضلية في الاكتتاب في السندات الجديدة التي تتولى الشركة إصدارها في حدود ما يعادل نسبة حقوقهم، علاوة على الحق في الحصول على وثائق الشركة في نفس الظروف التي يحصل فيها المساهم العادي على نفس هذه الوثائق.

وحفظا للتوازن بين الحقوق المالية والحقوق غير المالية داخل الشركة فقد قرر القانون التونسي أنه لا يمكن لمجمل شهادات الاستثمار أن تمثل أكثر من ثلث رأس مال الشركة، كما لا يمكن لمجموع هذه الشهادات أن يمثل مع الأسهم ذات الأولوية في الربح أكثر من 49 ٪ من مجموع رأس مال الشركة. فينبغي أن يظل نصف رأس مال الشركة على الأقل ممثلا بأسهم تقليدية.

2.3. شهادات حق الاقتراع

تخول شهادة حق الاقتراع لمالكها بقية الحقوق التي يتمتع بها حامل الأسهم العادية بعد طرح الحقوق المالية، والتي يتمتع بها حامل شهادة الإستثمار كما تقدم القول. وعليه فإن مالك شهادة الاقتراع يتمتع بحق الاقتراع بمعناه الدقيق، كما يتمتع بالحقوق الأخرى المرتبطة به وخاصة منها حق الترشح لعضوية هيكل التسيير والإدارة والمراقبة الداخلية (مجلس المراقبة).

والملاحظ أنه إذا اجتمعت ملكية شهادة استثمار وشهادة حق اقتراع بيد شخص واحد فإن ذلك يؤدي إلى إعادة وحدة السهم ويتمتع الحامل بجميع حقوق المساهم العادي.

الفقرة الفرعية الثانية: الأوراق المالية الممثلة لدين جماعي في ذمة الشركة

تمثل الرقاع الصنف النموذجي للأوراق المالية الممثلة لديون جماعية في ذمة الشركة. وقد ظهرت أصناف جديدة تقترب من الرقاع بدرجات متفاوتة، في حين ما زال القانون المقارن يبدع في اختراع أصناف جديدة، تأقلموا مع احتياجات الأسواق وخيال المتعاملين فيها. وتسم المالية الإسلامية على وجه الخصوص بكثير من المرونة التي جعلتها من أكثر المنظومات حركية وحيوية بفضل مبدأ سلطان الإرادة الذي يتيح للأطراف اختراع الصيغ الشرعية (القانونية) المناسبة لمعاملاتهم وغاياتهم.

1. الرقاع

وهي السندات التي تمنح مالكيها حقوقا مالية فحسب، ولا تعرّضه إلى مخاطر الدخول في الشركة. فهي سندات دين عادي لا غير، تخول لمالكها الحق في استرجاع المبلغ الذي أقرضه إلى الشركة مع الفوائد المتفق عليها والمنصوص عليها في نشرة الإصدار. والرقاع صنفان :

1.1. الرقاع العادية

وهي التي تمنح مالكيها الحقوق المبيّنة سابقا لا غير، وتكون لصاحبها صفة الدائن إزاء الشركة، ولا تتغير هذه الصفة حتى تاريخ خلاصها نهائيا.

2.1. الرقاع القابلة للتحويل إلى أسهم *obligations convertibles en actions*

وقد تم تنظيمها لأول مرة سنة 1959. وهي رقاع تقرر الجلسة العامة إصدارها مع بيان أنه يحق لمالكها أن يختار في كل وقت تحويلها إلى أسهم. وقد منح المشرع حق اختيار التحويل إلى أسهم لمالك الرقعة بينما منح الجلسة العامة الخارقة للعادة للشركاء التي قررت إصدار القرض الرقاعي صلاحية ضبط الفترة التي يمكن خلالها أن يمارس حق التحويل. وفي صورة اختيار تحويل الرقعة إلى سهم، يجب على صاحبها إعلام الشركة بقراره بالطريقة التي يحددها عقد الإصدار مع احترام ما يقتضيه العقد المذكور في خصوص شروط التحويل وأساسه والفترات التي يمكن أن يقع فيها. ويقع التحويل على أساس سعر لا يمكن أن يقل عن القيمة الاسمية للأسهم التي ستسند إلى مالك الرقاع لقاء تحويل رقاعه.

2. سندات المساهمة

وهي سندات من نوع حديث، تخضع بشكل عام إلى القواعد المنطبقة على القروض الرقاعية، لكنها تمنح مالكها الحق في مناب من الأرباح، فتربط حقوق المالك بنتائج الاستغلال ونشاط الشركة، إلى جانب ما له من حق في الحصول على فائض يقع ضبطه في نشرة الإصدار ويصادق عليه حامل الرقعة ضمناً من خلال اكتابه أو اقتنائه لها.

الفقرة الثالثة: نظام الأوراق المالية

الفقرة الفرعية الأولى: إصدار الأوراق المالية وكتل الأوراق المالية

لا يمكن اتخاذ قرار في إصدار أوراق مالية إلا من قبل الجلسة العامة الخارقة للعادة. كما يمكن اتخاذ قرار من هذا النوع من قبل الجلسة العامة التأسيسية بالنسبة إلى بعض أصناف الأوراق المالية وخصوصاً الأسهم الممثلة لرأس المال الأصلي.

1. الاختصاص باتخاذ قرار الإصدار

يتم إصدار الأسهم عند إحداث الشركة بموجب العقد التأسيسي. وفي قائم حياة الشركة، يتخذ قرار إصدار الأسهم من قبل الجلسة العامة الخارقة للعادة للشركاء.

1.1. الاختصاص العادي للجلسة العامة الخارقة للعادة

بالنظر إلى أن تحديد مبلغ رأس المال يعود إلى الجلسة العامة الخارقة للعادة، فإن إصدار سندات تمثل رأس المال يختص به هذا الهيكل دون سواء. أما الأوراق المالية الممثلة لديون، فإن اختصاص الجلسة العامة الخارقة للعادة بإصدارها تبرره خطورتها على التوازنات المالية للشركة ومستقبلها. وعليه، فلا يمكن أن يقع إصدار أوراق مالية بمجرد قرار تتخذه الجلسة العامة العادية، إلا إذا اقتضى العقد التأسيسي ذلك. على أنه يلاحظ أنه يمكن للجلسة العامة الخارقة للعادة أن تقرر إصدار كتلة من الأوراق المالية مع تفويض هيكل التسيير (مجلس الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية) للقيام بعملية تنفيذ هذا القرار، بما في ذلك إمكانية إصدار الأوراق المالية المقرر إحداثها منجّمة على مراحل.

2.1. الاختصاص الاستثنائي للجلسة العامة التأسيسية

لا يمكن أن يقع تأسيس شركة خفية الاسم إلا إذا كان لها رأس مال. ويجب أن يكون رأس المال مساوياً للأدنى القانوني على الأقل. وعليه، فإن الجلسة العامة التأسيسية مطالبة بأن تصدر كتلة من الأسهم تساوي قيمتها الجمالية رأس المال المصرح به. ويمكن للجلسة العامة التأسيسية أن تقرر أيضاً إصدار أوراق مالية أخرى ممثلة لمساهمات في رأس المال، ما لم يشترط القانون لإصدارها أن تكون الشركة قد مارست نشاطاً لحقبة معينة وحققت نتائج من حجم معين. أما الأوراق المالية الممثلة لديون (الرقاع ونحوها)، فلا يمكن إصدارها من قبل الجلسة العامة التأسيسية.

2. دور سلط الرقابة

بالنظر إلى ما للأوراق المالية من مساس بحقوق الغير (المدّخرين والمقرضين)، فإن عملية إصدار الأوراق المالية لا يمكن أن تقع دون إجراء رقابة سابقة عليها للتحقق من توفر الشروط والضمانات القانونية اللازمة.

1.2. هيئة السوق المالية

تسهل هيئة السوق المالية على احترام الشروط القانونية لإصدار الأوراق المالية، وخاصة منها ما يتعلق بالشروط المتعلقة بنتائج الاستغلال المحققة خلال السنوات السابقة للسنة التي يقع خلالها الإصدار. كما تحرص على أن تكون الإشهارات الواقعة بمناسبة عملية الإصدار مطابقة لحقيقة وضع الشركة، وعلى احترام الشروط الشكلية والإجرائية للإصدار.

وتراقب هيئة السوق المالية على وجه الخصوص مضمون مشاريع نشرات الإصدار التي تصدر عن الشركات خفية الاسم بمناسبة إصدار أوراق مالية، وتؤشر عليها، ويمكنها أن تطلب تنقيح تنصيصات ومعلومات واردة بها أو إضافة معلومات أخرى. كما يمكنها طلب توضيحات أو تعليل. وتقرر رفض التأشير على النشرة إن لم تستجب الشركة إلى تلك الطلبات.

ونشير على وجه الخصوص إلى التطورات الهامة التي شهدتها قوانين السوق المالية في الولايات المتحدة من خلال قانون «دود فرانك» Dodd-Frank لسنة 2010 المتعلق بإصلاح بورصة نيويورك بغاية تغادي تكرار أزمة (2007-2008).

(1) يُنسب هذا النص إلى السيناتور «كريستوفر دود» وعضو مجلس النواب «بارني فرانك»، وكلاهما من الحزب الديمقراطي، وهما وراء فكرة هذا المشروع.

وقد ورد التعديل في وثيقة من 233 صفحة، جاء بها بالخصوص أنه ينبغي إحداث هيئة تكافئ بتحديد المؤسسات التي يهدد سقوطها الاقتصاد بكامله، حتى إذا تبين أن حجمها فاق سقفًا معينًا بما ينذر بالخطر، جاز اتخاذ قرار بتقسيمها أو تقسيم السوق. كما ينبغي تفادي مضاربة البنوك بكافة موجوداتها، بحيث لا يجوز لبنك ما أن يضارب لحسابه الخاص بأكثر من 3 بالمائة من أمواله الذاتية في الأسواق المتسمة بالمخاطرة كما ليس له أن يقوم بالتخلص من القروض العقارية عبر التسييد titrisation فيجب عليه أن يحتفظ بجزء من هذه المخاطرة في قوائمته المالية. كما أوجب على البنوك تكوين مدخرات كافية لتجاوز مثل هذه الرجأت. وعزز هذا القانون حماية المستهلك من خلال إحداث مكتب متخصص « Bureau of Consumer Financial Protection » يتمثل دوره في وضع القواعد التي من شأنها أن تحمي المستهلكين من الممارسات التعسفية في القطاعين البنكي والمالي وخصوصا إزاء بيع المنتجات العقارية عالية المخاطرة، وقروض الاستهلاك بفوائد مشطّة، وتدعيم حق المستهلك في المعلومة وخاصة عند اسناد القروض وإلزام البنك بالتحري حول قدرة المقترض على السداد... وفي صورة ظهور خطر انهيار إحدى المؤسسات المحددة من قبل مجلس هيئة التعديل يمكن اتخاذ عدة إجراءات، من تدعيم الأصول الذاتية إلى التفكيك.

ويجب على البنوك أن تهنيء «عجلة احتياطية» تستعملها في صورة انفلاق إحدى العجلات الأصلية، وذلك بإعداد «مخطط طوارئ» لصورة التفكيك السريع للبنك. ولا يحق للخرزينة الفيدرالية أن تسدد قروضا إلا للبنوك ذات الوضعية المالية السليمة في الظروف العادية. كما يجب ترك أثر يمكن من تقفي أثر كل العمليات والمعاملات المتعلقة بالمنتجات المالية المشتقة من منتجات أخرى produits dérivés وذلك عبر وجوبية تسجيل هذه العمليات لدى بورصة أو غرفة مقاصة، بما يمكن من معرفة هوية الأطراف لاحقا عند الاقتضاء.

2.2. مراقبة الحسابات

بما أن إصدار الأوراق المالية تقرره الجلسة العامة الخارقة للعادة، فإنه من المتحتم عرض مشاريع القرارات والوثائق المؤيدة لها، وخاصة منها القوائم المالية، على مراقبي الحسابات، باعتبار أن مراقب الحسابات مطالب قانونا بإعداد تقرير خاص كلما وجد اقتراح للترفع في رأس المال⁽¹⁾.

(1) الفصل 300 من مجلة الشركات التجارية.

3.2. مراقب الحصص العينية

في صورة إصدار أسهم ممثلة لمساهمات عينية، يجب أن يقع تعيين مراقب للحصص العينية من بين الخبراء العدليين المختصين من قبل رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها المقر الاجتماعي للشركة. ويتولى مراقب الحصص العينية تقويم الأعيان المقدمة من قبل المساهمين، سواء كانت متمثلة في منقول أو في عقار، ويرفع تقريره إلى الجلسة العامة التأسيسية أو الخارقة للعادة بحسب الحال. ورأيه لا يقيد المساهمين، إلا أن له دورا جوهريا في إعطائهم فكرة واضحة عن قيمة المساهمة العينية، وبالتالي الحقوق المالية التي ستسند إلى المساهم الذي قدمها.

والأصل أنه لا يصح الجمع بين مهمة مراقب حصص عينية ومهمة مراقب حسابات. وقد أصبح القانون الأمريكي يمنع هذا الجمع أيضا منذ سنة 2002.

الفقرة الفرعية الثانية: مسك حسابات ودفاتر الأوراق المالية

كرّس القانون عدد 35 لسنة 2000 المؤرخ في 21 مارس 2000 والمتعلق بإرساء السندات غير المادية لأول مرة قاعدة جوهريّة مفادها أن الأوراق المالية يجب أن تكون اسمية nominatives، وبذلك فقد تم حذف إمكانية أن تكون الأوراق المالية للحامل. وأرفق هذا الإجراء بحذف الطابع المادي للأوراق المالية، حيث لا يتم تجسيمها بوثيقة تسلم إلى المالك، بل يكتفى بتسجيلها بحساب خاص بها.

وقد أكدت مجلة الشركات هذا التوجه حيث أوجبت أن تكون جميع الأوراق المالية التي تصدرها الشركات خفية الاسم اسمية⁽¹⁾، وأن يقع تضمينها بحسابات يمسكها الشخص المعنوي الذي أصدرها أو وسيط مرخص له. ويدون بالحساب اسم المالك أو من له الحق على الورقة المالية وعنوانه مع بيان عدد الأوراق التي يملكها. ويجوز لكل مالك الإطلاع على ذلك الحساب. وتكون الأوراق المالية

(1) ظل الفصل 318 يتضمن إشارة غريبة إلى أن الأوراق المالية يمكن أن تتحول إلى أوراق للحامل إذ نص على أن «تظل الأسهم اسمية إلى أن يتم تحريرها بالكامل». وهذه العبارة مورثة عن المجلة التجارية القديمة وهي غير منسجمة مع أحكام قانون 21 مارس 2000 المتعلق بإرساء السندات غير المادية ولا مع الفصل 315 من نفس المجلة، ولذلك ألغيت هذه الفقرة بموجب أحكام الفصل 3 من القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009.

غير قابلة للتجزئة تجاه الشركة التي أصدرتها، ولو كانت قانونا على ملك أشخاص متعددين، كالورثة. فالسهم الواحد لا يمكن أن تمارس الحقوق المرتبطة به من قبل أكثر من شخص واحد ولو كانت ملكيته مشاعة بين عدة أشخاص. فإن تعدد مالكوه كان عليهم أن يوكلوا أحدهم لتمثيلهم في ممارسة حقوقهم وخاصة منها حق الحضور في الجلسات العامة والتصويت وكذلك الشأن في صورة القيام لدى القضاء.

غير أن الدعوى الفردية يمكن أن تقع ممارستها ضد المسيرين من قبل كل واحد من المالكين للشياخ ولو اشتركوا في ملكية سهم واحد فقط. ومبرر ذلك أن هذه الدعوى تقع فيها مواجهة المسيرين لا الشركة، كما أن طبيعتها تقتضي عدم اشتراط ممارستها من قبل جميع المالكين في شخص وكيل واحد. غير أن القيمة المالية الضعيفة للسهم (دينار واحد على أقل تقدير) قد تجعل كل هذا التحليل بلا جدوى. لكن إذا نص القانون الأساسي على قيمة اسمية مرتفعة (ولا وجود لحد أقصى لذلك) فقد تصبح للمسألة أهمية أكبر.

ومن جهة أخرى، أضاف القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس إلى مجلة الشركات التجارية فصلا 11 مكرر يوجب على الشركات مسك دفتر للأوراق المالية. وتسجل بهذا الدفتر المعطيات المتعلقة «بالسندات موضوعه وهوية مالكيها والعمليات التي أجريت عليها وما وظف عليها من الحقوق والتحملات».

الفقرة الفرعية الثالثة: ممارسة الحقوق المتصلة بالأوراق المالية

الأصل في الأمور أن الحقوق المتصلة بالأوراق المالية يمارسها المالك. وتشمل هذه الحقوق، الحقوق المالية المتمثلة في الحصول على مناب من الأرباح ومن فاضل التصفية، والحقوق غير المالية المتمثلة في ممارسة حق الحضور والتصويت في الجلسات العامة إن كان معترفا به قانونا أو تعاقديا للمالك، وحق الترشيح لمناصب التسيير وعضوية هيكل الرقابة.

غير أنه وفي إطار تصفية إرث الفساد الذي خلفه النظام المنهار يوم 14 جانفي 2011، تقدم المكلف العام بتزاعات الدولة بعدد من القضايا الرامية إلى نصب الائتمان على أملاك عدد من الأشخاص الذين لم تشملهم المصادرة بموجب أحكام المرسوم عدد 13 لسنة 2011 بما في ذلك ما لهم من المساهمات في

الشركات. كما تعهد القضاء الجزائي بعدد من القضايا المتعلقة بالفساد وغسل الأموال، فتم نصب مؤتمنين عدلين على أملاك عدد من المتهمين. ويعتبر الائتمان إجراء تحفظيا يتخذ طبق أحكام الفصل 73 من القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلق بمساندة المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسيل الأموال الذي ينص على أنه: «الرئيس المحكمة الابتدائية المختص ترايبا أن يأذن بإخضاع الذات المعنوية المشتبه في ارتباطها بأشخاص أو تنظيمات أو أنشطة لها علاقة بالجرائم المعنية بهذا القانون، أو التي خالفت قواعد التصرف الحذر أو القواعد المتعلقة بتمويلها أو بمسك حساباتها، إلى عملية تدقيق خارجي بواسطة خبير أو عدة خبراء مختصين، يتم تعيينهم بمقتضى إذن على العريضة، وذلك بناء على طلب من الوزير المكلف بالمالية»⁽¹⁾.

كما تم نصب الائتمان على أملاك الأشخاص المشمولين بالمصادرة المنصوص عليهم بملحق المرسوم عدد 13 لسنة 2011، وذلك في ظل عدم قدرة هيكل الدولة عن إدارة كل تلك الأملاك في ظروف ما بعد الثورة مباشرة، من جهة، ولضمان عدم إفلاها من جهة ثانية، ولحفظ الأموال التي لا تدخل قانونا في المصادرة من جهة أخرى. وتتمثل أهم مهام المؤتمنين العدلين في إحصاء الأملاك موضوع المصادرة ووضع اليد عليها ماديا أو تحديد أماكن وجودها على الأقل ثم اتخاذ الإجراءات اللازمة لحفظها ومنع نقلها ماديا أو تغيير وضعها القانوني بالبيع أو غيره.

(1) تراجع أيضا الفصول 72 مكرر و72 ثالثا و72 رابعا من نفس القانون (أضيفت بمقتضى الفصل 2 القانون عدد 65 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009) التي تجيز لوزارة المالية، «في إطار الوفاء بالتزامات تونس الدولية، وبعد أخذ رأي محافظ البنك المركزي، اتخاذ قرار في تجميد أموال الأشخاص أو التنظيمات الذين تبين للهيكل الأمنية المختصة ارتباطهم بالجرائم الإرهابية. ويشمل التجميد الأموال المنقولة، مادية كانت أو غير مادية، والعقارات، مهما كان وجه اكتسابها، والمداخل والمرايب الناتجة عنها والوثائق والصكوك، مادية كانت أو إلكترونية، المثبتة لملكيتها أو للحقوق المكتسبة عليها دون مساس بحقوق الغير حسن النية.

ويجب على المعنيين بتنفيذ قرار التجميد اتخاذ الإجراءات الضرورية لذلك فور نشره بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية والتصريح للوزير المكلف بالمالية بما يشهده من عمليات تجميد ومدة بكل المعلومات المفيدة لتنفيذ قراره».

ومن الناحية القانونية، يؤدي نصب الائتمان إلى رفع أيدي المساهمين المحكوم ضدهم عن التصرف في الأملاك موضوع الائتمان ووضعها تحت يد القاضي الذي اتخذ القرار، سواء كان قاضيا مدنيا أو جزائيا. ولئن كان من الواضح أن استخلاص مبلغ الأرباح الموزعة لا يمكن أن يقوم به إلا المؤتمن العدلي اعتبارا من تاريخ إعلام هياكل الشركة بالحكم أو القرار أو الإذن فإن حضور الجلسات العامة للمساهمين أصبح من المسائل المستشكلة في ظل هذا الوضع. فالتهم أو الشخص المحكوم ضده في دعوى نصب المؤتمن العدلي يظل مالكا للأسهم وهو متهم يتمتع بقرينة البراءة على الرغم من أن إقرار الائتمان يقوم على قرائن على تورط ذلك الشخص في الفساد ووجود علاقة وثيقة بينه وبين رموز النظام المنهار. غير أن تمكين هذا الشخص من حضور الجلسات العامة من شأنه أن يعطيه الفرصة للمساهمة في اتخاذ قرارات قد تؤدي بشكل أو بآخر إلى إفراغ إجراء الائتمان من مغزاه. ولذلك فالرأي الأرجح هو أن المؤتمن العدلي هو الذي ينبغي أن يحضر الجلسات العامة ويمارس حق التصويت. غير أنه لا يمكنه منطقيا أن يترشح لمنصب التسيير، لأنه لم يقع اختياره مؤتمنا عدليا لصفة ذاتية فيه بل للقيام على شؤون الغير مؤقتا وفي حدود الائتمان، كما لا يمكن وضع قرينة مطلقة على أنه يتمتع بالمؤهلات والكفاءة اللازمة لإدارة شؤون الشركات التجارية. فهو مكلف بإدارة ذمة مالية تابعة لشخص طبيعي لا بإدارة الشركات التجارية.

الفقرة الفرعية الرابعة: تداول الأوراق المالية

بعد أن تم تكريس الصيغة اللامادية للأوراق المالية *dématérialisation*، لم يعد من الممكن أن يقع تداولها بالتسليم اليدوي. وقد أوضح الفصل 315 من مجلة الشركات التجارية أن تداول الأوراق المالية يقع بتحويلها من حساب إلى حساب آخر. ويثبت إنتقال الملكية بتسجيل العملية في حساب الأوراق المالية المفتوح لدى الشركة المصدرة أو الوسيط المرخص له⁽¹⁾.

(1) أنظر مثلا: الطيب اللومي: «إحالة أسهم وحصص الشركات التجارية وتصفية الشركات من خلال القانون المتقح لأحكام مجلة الشركات التجارية عدد 65 لسنة 2005 المؤرخ في 27 جويلية 2005»، مجلة القضاء والتشريع، ديسمبر 2005، ص. 15. وكذلك: Mohamed Moncef CHEFFAI: « Les modalités de transfert de la propriété des valeurs mobilières », in « Mélanges en l'honneur de Habib Ayadi », éd. CPU, Tunis 2000, p. 369.

ولئن كان المبدأ هو أن الأوراق المالية يقع تداولها بكامل الحرية، إلا أنه توجد بعض القيود القانونية والاتفاقية التي تحد من حرية التداول الرضائي للأسهم.

فالأسهم الممثلة لحصص عينية لا يمكن أن يقع تداولها خلال العامين المواليين لإصدارها، وهي فترة تعتبر فترة «ضمان» يقع خلالها ضمان العيوب من قبل المساهم. وخارج هذه المدة، لا يكون المساهم ضامنا إلا بقدر ما يحمل على البائع من وجوب الضمان بحسب نوع العين ومقتضيات العقد. على أنه يلاحظ أنه في صورة اندماج الشركة المصدرة لهذه الأسهم مع شركة أخرى، لا يطالب المساهم باحترام فترة ضمان جديدة، بل تحتسب مدة الستين أو ما انقضى منها قبل الاندماج. ومنذ تعديل 5 جانفي 2009⁽¹⁾ أصبحت هذه القاعدة تنطبق أيضا على الأسهم التي تصدرها شركة أم أو شركة قابضة لقاء مساهمة بأسهم أو حصص عينية يقع الإسهام بها في تكوين الشركة الأم أو القابضة.

كما يمكن أن يقتضي العقد التأسيسي أن أعضاء مجلس الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية أو مجلس المراقبة مجبرون على عدم التفويت في عدد من الأسهم التي تسمى «أسهم الضمان» *actions de garantie* طالما وجدوا في هيكل التسيير. وقد كان هذا الواجب مكرسا بالقانون في الفصل 75 من المجلة التجارية لكن مجلة الشركات التجارية حذفته، فأصبح السؤال المطروح متعلقا بمدى جواز الحد من حرية التفويت في أسهم الميسرين بموجب شرط تعاقدية وتطبيق الأحكام الجديدة في الزمان.

قضت محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 10039 بتاريخ 14 فيفري 2005⁽²⁾ بصحة شروط تخصيص أسهم للضمان من قبل الميسرين مع توضيح أن هذا الضمان يزول إذا زالت صفة الميسر عن مالك الأسهم، وبالتالي فقد ألزمت الموعود له ببيع تلك الأسهم بإتمام البيع بعد أن ثبت أن الميسر فقد صفته تلك، ولو أنه وقع فتح تتبع جزائي ضده من أجل أمور لها علاقة بتسييره للشركة. وعللت المحكمة قضاءها كما يلي:

«بخصوص التفويت في أسهم الضمان :

(1) الفصل الوحيد من القانون عدد 1 لسنة 2009 المؤرخ في غرة جانفي 2009 الذي أضاف فقرة ثانية إلى الفصل 319 من مجلة الشركات التجارية.

(2) ورد بكتاب «مجلة الشركات التجارية معلق عليها» لأحمد الورفلي وكمال العياري، تونس 2006، ص. 1131.

حيث تمسك المستأنفون بأن عددا من أسهم كل من م... وع... هي أسهم ضمان غير قابلة للتداول طبقا للفصل 18 من القانون الأساسي للشركة.

وحيث ولئن تم إلغاء الفصل 75 من المجلة التجارية والمتعلق بأسهم الضمان بموجب القانون الصادر بتاريخ 3 نوفمبر 2002 والمتعلق بمجلة الشركات التجارية إلا أنه بالرجوع إلى أحكام هذه المجلة وخاصة منها الفصل 314 وما بعده الواردة بالفرع المتعلق بالأوراق المالية تبين أنه ولئن لم يقع تنظيم أسهم الضمان ولم تقع الإشارة إليها غير أن أحكام تلك المجلة بالمقابل لم تمنع إمكانية الاتفاق على الإبقاء عليها وتعين تبعا لذلك العمل بها وهي لذلك جائزة قانونا. وحيث اقتضى الفصل 18 من القانون الأساسي للمصرف ... أنه :

- 1 - يشترط في كل متصرف أن يكون مالكا لعدد من الأسهم لا يقل عن نسبة مائوية بقيمة 1,2 بالمائة من مجموع الأسهم المكونة لرأس المال طيلة مدة مهامه.
- 2 - تخصيص هذه الأسهم بأكملها لضمان أعمال المتصرفين وتكون الأسهم اسمية وغير قابلة للتفويت.

تسجل هذه الملاحظة بحساب المساهم.

وحيث وبموجب الاتفاق عليها صلب الفصل 18 المذكور فإن أسهم الضمان تكون قانونية ويمكن العمل بها. وحيث يؤخذ من الفصل المذكور أن الحصول على أسهم ضمان يكون مشروطا بأن يكون صاحبها متصرفا في الشركة المالكة للأسهم المذكورة أي كعضو من أعضاء مجلس إدارتها وأن يكون مالكا لما لا يقل عن 1,2 بالمائة من مجموع الأسهم المكونة لرأس المال الشركة المذكورة طيلة فترة مهامه بها وهي أسهم مرتبطة أساسا بأعمال التسيير باعتبارها تبقى ضمانا لما عسى أن يرتكبه أي عضو من أعضاء مجلس الإدارة من أخطاء.

وحيث لا نزاع بين الطرفين في انسحاب المستأنف ضدهما م... وع... وبالتالي فإن عملية تداول أسهم الضمان تصبح ممكنة خاصة أن ما نسبته لهما المستأنفون من سوء تصرف ورفع شكاوى للنيابة العمومية ضدهما لا دليل عليه بالملف فضلا على أن الدفع بأن الجلسة العامة قررت عدم إبراء ذمتها بقي مجردا عن الدليل.

وحيث تكون محكمة البداية قد أصابت المرمى لما اعتبرت أسهم الضمان قابلة للتداول وقضت بإلزام المستأنفين بشرائها واتجه تبعا لذلك إقرار الحكم الابتدائي في خصوص هذا الفرع من الدعوى.

كما طرحت المسألة نفسها على محكمة التعقيب فقضت بصحة شروط مسك أسهم ضمان⁽¹⁾ وتبعتها محكمة الاستئناف بصفاقس في قرارها المؤرخ في 15 جوان 2006 الصادر بناء الإحالة من محكمة التعقيب في قرارها المذكور⁽²⁾. وفي قرارها الصادر في نفس القضية بعد الطعن للمرة الثانية، اعتبرت محكمة التعقيب أن قبول إستقالة عضو مجلس الإدارة من قبل الجلسة العامة للمساهمين يعتبر إبراء للعضو المستقيل من كل مسؤولية وبالتالي يُرفع الضمان عن أسهمه أليا⁽³⁾.

وجدير بالملاحظة أنه رغم إلغاء أحكام المجلة التجارية المتعلقة بأسهم الضمان، ظل الفصل 2 من القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في أول فيفري 1989 المتعلق بالمساهمات والمنشآت العمومية يشير إلى هذا المفهوم إذ تنص الفقرة الثانية منه على أن ممثلي الدولة والجماعات العمومية المحلية والمؤسسات العمومية والشركات التي تملك الدولة رأس مالها كليا يعفون من ضرورة تقديم أي ضمان كما لا يجوز لهم أن يكونوا شخصا مساهمين في رأس المال. كما أعفى الدولة وسائر الجهات العمومية الأخرى من ضرورة تقديم مساهمات ضمان بعنوان ممثليها بمجالس إدارة المنشآت التي تساهم فيها. ولم ير المشرع موجبا لإلغاء الأحكام المذكورة عند إصدار مجلة الشركات التجارية لعدم وجود تضارب بينهما. وبالتالي فإن هذه الأحكام تظل نافذة بما فيها منع ممثلي الدولة وأشخاص القانون العام في مجالس الإدارة من أن يكونوا مساهمين شخصا في رأس مال الشركات التي يساهمون في تسييرها.

وفي كل الأحوال، لا يمكن أن يقع تداول الأسهم قبل تسجيل الشركة بالسجل التجاري. وفي صورة حل الشركة، يبقى للمساهمين الحق في التفويت في أسهمهم إلى ختم أعمال التصفية.

(1) محكمة التعقيب، قرار عدد 4497 بتاريخ 29 أوت 2005، غير منشور، ورد ذكره بكتاب *«Les sociétés commerciales»* لصالح الدين الملولي وسامي الفريخة (مرجع سابق، طبعة ثانية، تونس 2013، ص. 196-195).

(2) قرار عدد 15539، غير منشور، ورد بنفس المرجع السابق، ص. 171.

(3) قرار عدد 7757 بتاريخ 22 فيفري 2007، غير منشور، مذكور بنفس المرجع ونفس الصفحة.

1. البيع الرضائي

يتميز البيع لأحد المساهمين بعدم تقييده بقيود خاصة، بخلاف البيع لشخص أجنبي عن الشركة الذي يمكن تقييده بقيود تعاقدية رغم أن المبدأ في القانون هو أن التفويت في الأسهم يظل حراً ولو وقع للغير. غير أنه يلاحظ أن القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في أول فيفري 1898 المتعلق بالمساهمات والمنشآت العمومية نص على أحكام خاصة تتعلق بالتفويت في أسهم الشركات التي تقع إعادة هيكلتها بالتفويت في كتلة أسهم إلى من يرغب في شرائها عن طريق طلب عروض، إذ نصت الفقرة الثانية من الفصل 33 - رابعا من هذا القانون كما تمت إضافته بموجب القانون عدد 102 لسنة 1994 على أنه «يمكن أن ينص كراس الشروط المشار إليه أعلاه على أن كل عملية بيع للأسهم التي تكون جزءا من هذه الكتلة، يجب أن تحصل على الموافقة المسبقة من طرف الوزير المكلف بالخصوصية وذلك طيلة مدة زمنية يتم ضبطها في كراس الشروط ويجب هذا الأخير في ظرف شهر من تلقيه المطلب ويعتبر عدم جوابه في هذا الأجل موافقة على إتمام العملية». وضمانا لاحترام هذه القاعدة، أوجبت الفقرة الثالثة من الفصل 33 - رابعا المذكور أن تكون هذه الأسهم وأن تظل إسمية غير قابلة للتداول وأن يوضع عليها ختم يدل على عدم قابليتها للتداول مع ذكر مدة التحجير، مع اعتبار أن كل بيع يجري خلافا لهذا المنع لا يحتج به على الغير (لكنه لا يكون باطلا). وبعد نزع الصبغة المادية عن الأوراق المالية بموجب أحكام القانون عدد 35 لسنة 2000 المؤرخ في 21 مارس 2000 المتعلق بإرساء السندات غير المادية، يتم تعويض الختم بالتنصيص وجوبا بحساب الأسهم على أن الأسهم لا يجوز التفويت فيها للمدة المنصوص عليها بكراس الشروط.

فالحد من حرية التداول هنا له صبغة تعاقدية (لأنه وارد في كراس الشروط الذي يوقع عليه المشتري كشرط أولي للبيع) ومحدود في الزمن. وينبغي أن يكون هذا الحد الزمني معقولا وإلا اعتبر باطلا لمخالفته للفصلين 41 و 49 من الدستور لمساسه بحق الملكية.

1. البيع لفائدة أحد المساهمين

عدا حالات عدم إمكان التفويت بموجب الالتزام بالضمان بموجب شرط عقدي كما تقدم القول، لا يمكن أن يوجد قيد يحّد من حرية المساهم في التفويت في أسهمه لمساهم آخر. على أنه تجدر الإشارة إلى ما ورد في القانون عدد 117 لسنة 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية في خصوص تجاوز عتبات المساهمة، حيث ورد بالفصل 8 من هذا القانون أن كل شخص طبيعي أو معنوي توصل بمفرده أو بالتحالف إلى اكتساب أكثر من 1 من 20 (5 بالمائة) أو أكثر من عُشر أو خمس أو من ثلث أو من نصف أو من ثلثي رأس مال شركة مساهمة عامة وذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة ملزم قانونا بأن يصرح في ظرف 15 يوما من تجاوزه لعتبات المساهمة المشار إليها إلى الشركة المعنية وإلى هيئة السوق المالية وإلى بورصة الأوراق المالية بتونس بالعدد الجملي للأسهم وحقوق الاقتراع التي يملكها في تلك الشركة. كما يتم التصريح وجوبا بالتزول إلى ما دون العتبات المذكورة.

وفي صورة عدم التصريح طبق القانون، يحرم المساهم من حق الاقتراع المرتبط بالأسهم المكتسبة تجاوزا للعتبات القانونية للمساهمة وذلك في الجلسات العامة التي تنعقد خلال فترة السنوات الثلاث الموالية لتصحيح الوضع من قبل المعني بالأمر تلقائيا أو بعد إلزامه بذلك من قبل هيئة السوق المالية.

ويخلص من ذلك أن القانون التونسي لا يقرر بطلان عمليات التفويت التي تؤدي إلى تجاوز عتبات المساهمة، وإنما يفرض التصريح بذلك ضمانا للشفافية، ويقرر جزاءا للتخلف عن التصريح، وهو الحرمان من حق التصويت، دون تأثير على الحقوق الأخرى للمفوت له وخاصة منها الحق في الأرباح والحق في الإطلاع والتقاضى.

وتطرح بيع الأسهم إشكالية فرعية تتعلق بشرائتها الشكلية. فقد كان الفصل 3 من القانون عدد 13 لسنة 1969 المؤرخ في 28 فيفري 1969 المتعلق بإحداث بورصة القيم المنقولة يقتضي أن «جميع المعاملات الواقعة بكامل تراب الجمهورية والشاملة لقيم منقولة تعرض وجوبا على بورصة القيم المنقولة للمصادقة عليها» (الفقرة الأولى). وجاءت الصيغة الفرنسية لهذا النص كما يلي:

« Toutes les transactions effectuées sur l'ensemble du territoire de la République et portant sur des valeurs mobilières sont obligatoirement soumises à la Bourse des valeurs pour homologation ».

وتضيف الفقرة الثانية من نفس الفصل أن «المعاملات في القيم المنقولة الاسمية المسعرة يجب أن تقع بواسطة أعوان محرزين على رخصة في ذلك وقع تعيينهم حسب الشروط المعينة بالفصل 12 الآتي».

وقد اعتبرت محكمة التعقيب في قرار صادر بتاريخ 24 أبريل 2012 أن «عدم عرض الإحالة على البورصة لا يبطل الإحالة لأن العرض ليس شرطاً أولياً ومسبقاً للإحالة وإنما هو إجراء لاحق لعقد الإحالة يعرض على البورصة للمصادقة لا غير وهو تدخل في نفاذ الإحالة يستهدف وفق الفقرة الثانية من الفصل 3 مراقبة مدى مراعاة الإحالة لقواعد تكوين الشركات وسببها ولتفادي مظاهر الاحتكار التي قد تكسبها وليس من شأن عدم مراعاة العرض على المصادقة تبعاً لما ذكر بإبطال الإحالة»⁽¹⁾.

ويتعلق القرار بشخص اشترى عدداً من الأسهم في شركة خفية الاسم ولم يقع ترسيم الشراء بالبورصة فتولى البائع بيع نفس تلك الأسهم إلى امرأة أخرى حضرت الجلسات العامة وساهمت في اتخاذ القرارات في حين لم يقع الاعتراف للمشتري الأول بصفة المساهم ولم تقع دعوته لأي جلسة عامة فقام بدعوى في إبطال قرارات الجلسات العامة العادية والخارقة للعادة.

وقد اعتبرت محكمة التعقيب في هذا القرار أن صفة المساهم تكتسب بداية من تاريخ العقد لا من تاريخ العرض على البورصة. وتضيف المحكمة أن عملية الشراء صادقت عليها الجلسة العامة للمساهمين، وبالتالي فهي ملزمة للمساهم (البائع) وللشركة. وتؤكد المحكمة في تحليل القرار أنه «لا جدال في أن مقررات الجلسة العامة ملزمة للشركة والشركاء بالنظر لسيادة الجلسة العامة ولعلوية قراراتها. وعليه فإن إسنادها صفة المكتب المساهم للمعقب ضده تلزمها كذات معنوية وتلزم الشركاء طالما لم يقع إلغاؤها. وتترتب عنها للمساهم حقوق أولها إعلامه بمواعيد الجلسات العامة العادية والخارقة للعادة ليكون له دور فاعل في المناقشة والمصادقة أو الرفض في مختلف مشاريع القرارات المعروضة على الجلسة وهو حق أساسي متولد عن المساهمة بقطع النظر عن عدد الأسهم».

(1) الدائرة التجارية الرابعة، 24 أبريل 2012، قضية عدد 60461، بصدور النشر بنشرية محكمة التعقيب، القسم المدني لسنة 2012.

وجدير بالملاحظة أن العملية وقعت سنة 1979 أي في ظل القانون عدد 35 لسنة 1969 المؤرخ في 26 جوان 1969 والمتعلق بإصدار مجلة رصد الأموال، وقبل صدور القانون عدد 49 لسنة 1989 المؤرخ في 8 مارس 1989 المتعلق بالسوق المالية ثم القانون عدد 117 لسنة 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية. وهذا القانون كان ينص على وجوب عرض إحالة الأسهم على بورصة القيم المنقولة للمصادقة عليها وأن تكون الإحالة بواسطة وسيط مرخص له. وقد طبقت المحكمة القانون الجاري به العمل في زمن العقد، تماشياً مع المبادئ العامة لتنازع القوانين في الزمان.

2. البيع لأجنبي عن الشركة

خلافًا للبيع لفائدة أحد المساهمين، والذي يبقى دائماً حرّاً ولا يمكن تقييده بأي قيد، عدا القيود العامة التي تمنع المساهم من التفويت في أسهمه أو بعضها بصفة مطلقة ولأي شخص كان، يجوز وضع قيود على عملية التفويت للغير، وذلك ضماناً لعدم تسلل أشخاص غير مرغوب فيهم إلى الشركة وتمتعهم بحقوق مالية وغير مالية داخلها، خصوصاً إذا كانوا من المنافسين لها. ويمكن أن تدرج هذه القيود المسماة بشروط الأفضلية والمصادقة clauses de préemption et d'agrément في العقد التأسيسي للشركات ذات المساهمة الخصوصية. ويعد إدراج أسهم الشركة في بورصة الأوراق المالية تخلياً (تنازلاً) عن الشروط المذكورة.

ولا يمثل شرط الأفضلية والمصادقة تقييداً لحرية المساهم في الخروج من الشركة، بحيث لا يمكن أن يبقى أسيراً لمساهمته، وإنما يمثل تقييداً لحرية اختيار المشتري. ويتمثل مفعول هذه الشروط في تخويل الشركة حق الاعتراض على شخص المشتري، بما يجعلها ملزمة بأن تحضر مشترياً بديلاً يتولى اقتناء الأسهم المبيعة عوضاً عنه بنفس الثمن الذي بذله، مع ترجيح مصاريف البيع إلى المشتري الأصلي⁽¹⁾.

(1) Cf., Youssef KNANI: «La clause de préemption et d'agrément, incertitude de la jurisprudence et insuffisances des textes», *Revue Tunisienne de Droit* 1992, p. 241 ; Slaheddine MELLOULI et Sami FRIKHA : « Les sociétés commerciales », Tunis 2008, p. 301 et ss.

ويجب على المساهم الذي يرغب في التفتيت في أسهمه أن يتقدم إلى الشركة بطلب في الموافقة على المشتري، مع بيان أسماء المحال لهم وألقابهم وعدد الأسهم التي ستشملها الإحالة والسعر المعروض. وتحصل الموافقة إما صراحة وإما بعدم الإجابة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الطلب. وبذلك يعد السكوت موافقة لا رفضاً، عملاً بالقاعدة القائلة: "السكوت في موضع الكلام بيان". فإن لم توافق الشركة على المشتري، كان على هيكل التسيير خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الرفض أن يسعى في تقديم مشتر للأسهم من المساهمين أو غيرهم، أو من الشركة ذاتها بما يؤدي في هذه الصورة الأخيرة إلى تخفيض رأس مالها بما يعادل قيمة الأسهم. ويفهم من أحكام الفصل 321 من مجلة الشركات أن دفع الثمن إلى المشتري الأصلي يجب أن يقع خلال نفس أجل الثلاثة أشهر السابق ذكره إن كان سبق منه دفعه. وفي صورة عدم الاتفاق على ثمن التفتيت، يقع تعيينه بواسطة خبير يعين بحكم استعجالي من قبل رئيس المحكمة الكائن بدائرة نظرها مقر الشركة.

وتجدر الإشارة إلى أن الأوراق المالية التي تشملها شروط الأفضلية والمصادقة هي الأوراق المالية الممثلة لمساهمة في رأس المال (Les titres de capital). فلا عمل بها في خصوص الأوراق المالية التي لا تهمها شروط الأفضلية والمصادقة، وهي الأوراق المالية الممثلة لديون (سندات الدين Les titres de créance) كالرقاق، وكذلك الأوراق المالية الممثلة لحقوق مالية فقط كشهادات الإستثمار.

كما يلاحظ من جهة أخرى أنه إذا تم تداول الأسهم الصادرة عن شركة ذات مساهمة خصوصية عن طريق وسطاء لدى البورصة، يُحطّ أجل ممارسة حق الأفضلية إلى ثلاثين يوم عمل ببورصة الأوراق المالية. وفي صورة رفض المصادقة، يجب على الشركة إيجاد مشتر بديل أو شراء الأسهم بنفسها خلال أجل مماثل (ثلاثون يوم عمل لدى البورصة). ويتم البيع الجديد بنفس سعر المداولة الأولى.

وتجدر الإشارة إلى أن تداول الأوراق المالية يخضع إلى أحكام قانونية لا تنطبق على التعامل في غيرها من المنقولات والعقارات. فقد كانت مجلة الالتزامات والعقود تنظم بعض تقنيات التمويل ومنها بيع الثنيا la vente à la

reméré⁽¹⁾. غير أن هذه التقنية التعاقدية وقع إلغاؤها بموجب القانون عدد 1 لسنة 1958 المؤرخ في 28 جانفي 1958 لدى إحداث البنك المركزي التونسي وإحداث عملة تونسية (الدينار) وتنظيم السوق النقدية بتكريس آلية القرض بالفائض كتقنية تمويل أساسية. ومنذ ذلك التاريخ، منع القانون التونسي التعامل ببيع الثنيا.

وفي 25 جوان 2003 صدر القانون عدد 49 لسنة 2003 المتعلق بعمليات البيع مع التعهد بإعادة الشراء للأوراق المالية والأوراق التجارية الذي أجاز استعمال ملكية السندات المذكورة كضمان، إذ خول لمالك الأوراق المالية أن يبرم مع مؤسسة مالية عقدا يبيعها بمقتضاه ما يملكه من سندات على أن تتعهد المؤسسة المالية بأن تبيعه نفس تلك السندات بعد مدة متفق عليها وبشمن متفق عليه مسبقاً. وفي صورة عدم خلاص الثمن المذكور خلال الأجل المتفق عليه تصبح ملكية المؤسسة المالية لتلك السندات نهائية ويفقد مالكها الأصلي الحق في استرجاعها. فهو يبيع مؤقت ومعلق على نوع من الشرط الفاسخ يمكن بمقتضاه المالك من الحصول على السيولة لأمد معين. وعوض أن يوظف رهنا لفائدة الطرف الذي سيوفر له السيولة فهو ينقل إليه ملكية الأوراق المالية بشكل مؤقت في انتظار سداد ثمنها مع هامش ربح يدخل في ثمن إعادة البيع ويراعى فيه مبدأ منع الفوائض المشطّة intéréts excessifs. وقد استوحى المشرع التونسي هذه المنظومة من القانون الفرنسي عدد 1444 لسنة 1993 المؤرخ في 31 ديسمبر 1993 الذي أدمج في المجلة التجارية وخصوصاً بالفصل 432-12.L⁽²⁾. وتسمى العملية في الإصطلاح الفرنسي la pension livrée des titres، وتسمى «loans-for-shares» في الاصطلاح الانكليزي، وقد تم العمل بها مثلاً في عملية خصوصية قطاع النفط في روسيا⁽³⁾. وقد تم تنظيمها في فرنسا في نطاق اتفاقية إطارية بين المؤسسات البنكية سنة 1988 دخلت حيز التطبيق سنة 1990 قبل أن يقع سن القانون عدد 1444 لسنة 1993 السالف ذكره المتعلق بأحكام

(1) الفصول من 684 إلى 699.

(2) Hamadi ARRAID: «La pension livrée», *Revue de la Jurisprudence et de la Législation*, déc. 2007, p. 47.

(3) Cf. ¶ 1281 et seq of the Award rendered under the UNCITRAL Rules on 18 July 2014 (dispatched to the parties on 28 July 2014) and with the secretariat of the Permanent Court of Arbitration (The Hague), http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1599

مختلفة تتعلق بينك فرنسا وبالتأمين وبالأوراق المالية. وحسب هذا القانون فإن عملية الإلتئام مع التسليم هي أساسا عملية تتم بين البنوك تتجسم في اتفاقية (عقد) يتولى بمقتضاها أحد الأطراف ويسمى الأمر، بنقل ملكية سندات إلى شخص آخر، الذي يقبل ويتعهد كتابة بأن ينقل ملكية نفس تلك السندات في تاريخ يحدد في العقد سلفا إلى الأمر نفسه. وهي تقنية تلعب إما دور الضمان لفائدة «المقر» الذي سيعيد ملكية السندات إلى المحيل الأول مقابل ثمن يغطي ثمن الشراء مع الفوائض، وإما دور نقل الملكية إلى الغير المستفيد من العملية. وتختلف هذه العملية عن عدد من العمليات الأخرى المقاربة أو المشابهة لها بدرجات متفاوتة، وخاصة منها بيع الثنيا وحمل الأسهم وإعارة (أو عارية) الأسهم.

* فهي تختلف عن بيع الثنيا من حيث أن الفصل 684 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلقة ببيع الثنيا (قبل إلغائه سنة 1958) كان يعرف بيع الثنيا بأنه يتمثل في أن «يلتزم المشتري بعد إتمام البيع بأن يرد المبيع لبائعه عندما يرد له ثمنه. وهذا البيع جائز في المنقولات وغيرها»، بحيث تتمثل الميزة الأساسية لبيع الثنيا في وجود إمكانية فسخ البيع، التي تمنح بموجب القانون والعقد إلى البائع وحده، مع منح الحق في اتخاذ قرار الرجوع في البيع إلى البائع فقط، دون المشتري. أما على مستوى الآثار فإن الرجوع في البيع من جانب البائع يترتب عنه زوال البيع بأثر رجعي بينما يكون إرجاع المبيع إلى البائع الأصلي في الإلتئام مع التسليم (البيع مع التعد بإعادة الشراء) باتفاق الطرفين. ويكون هذا الاتفاق مزامنا لإبرام البيع ذاته. كما أن إعادة شراء المبيع من قبل البائع الأصلي لا تمثل فسخا للبيع الأول بل هو بيع ثان تترتب عنه جميع الآثار القانونية والمحاسبية والجباية للبيع⁽¹⁾.

* كما يتميز البيع مع التعهد بإعادة الشراء عن عمليات نقل / حمل الأسهم portage d'actions المنصوص عليها وعلى تعريفها بالفصل 56 من القانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 المتعلقة بإعادة تنظيم السوق المالية وذلك من حيث أن الفقه يعرف عملية حمل الأسهم بأنها اتفاقية يقبل بمقتضاها شخص يسمى الحامل بطلب من الطرف الآخر المسمى صاحب الأمر على أن يقع نقل ملكية تلك الأسهم بعد أجل متفق عليه إلى شخص

(1) Franck AUCKENTHALER: «Vente à réméré», in *Jurisclasser Sociétés Traité, Banque et Crédit*, fasc. 2122 (11, 1993), p. 13, n° 7 à 12.

آخر يعينه الطرفان منذ البداية ومقابل ثمن متفق منذ البداية⁽¹⁾. فهي تقترب من اتفاقيات الرديف (convention de croupier).

على أنه يلاحظ أن الفوارق تكاد تكون منعدمة في صورة إبرام عقد حمل أسهم يعين فيه البائع الأصلي نفسه كمشتري نهائي للسندات المتعاقد عليها. ومن ناحية أخرى يختلف البيع مع التعهد بإعادة الشراء عن إعارة الأسهم prêt de titres من حيث أن الإعارة غير ناقلة للملكية بخلاف الإلتئام مع التسليم والبيع عموما.

ويقتضي القانون الفرنسي أن عمليات الإلتئام مع التسليم لا يمكن أن تبرم إلا بين مؤسسات بنكية وفي خصوص الأسهم المدرجة بالبورصة فقط، بينما يمكن إبرام عقود حمل السندات بين كل الأشخاص. ويمكن أن يكون موضوعا لها كل سند قابل للتداول حسب ما يذهب إليه الفقه الفرنسي⁽²⁾.

2. البيع الجبري

يمكن أن يتم بيع أسهم جبرا عن مالكها إذا كان ذلك في إطار إجراءات تنفيذية أو إجراءات التنفيذ بالبورصة، أو جبرا عن المشتري في صورة تقديم عرض وجوبي للشراء بأمر من هيئة السوق المالية. وقد يرتكب الوسيط المكلف بإتمام عملية البيع خطأ تنشأ بموجبه مسؤوليته.

1.2. أوجه البيع الجبري

يمكن أن يقع البيع جبرا إما في إطار تنفيذ حكم قضائي أو في إطار إجراءات التنفيذ لدى البورصة لعدم تحرير المساهمات.

أ. البيع القضائي الواقع تنفيذا لحكم صادر بالأداء

يمكن أن يقع بيع أوراق مالية تنفيذا لحكم صادر بأداء مبلغ مالي لفائدة المحكوم له. ويقع البيع الجبري في هذه الحالة طبق أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية. وقد تم تنقيح الأحكام المتعلقة بالتنفيذ الجبري على الأوراق المالية بموجب القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 المتعلق

(1) Dictionnaire Joly, Opérations de portage, p. 10.

(2) Dictionnaire Joly, Op. cit., p. 12, n° 25.

بتنقيح بعض الفصول من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وإتمامها. وعملا بهذه الأحكام الجارية، يقع بيع الأوراق المالية طبق نفس الأحكام المنطبقة على بيع العقارات عدا ما ورد فيه نص خاص.

وبالنظر إلى الصيغة غير المادية للأوراق المالية ووجوب إدراجها بحسابات تمسكها الشركة التي تصدرها أو وسطاء مرخص لهم، فإنه لا يقع بيعها إلا بعد عقبتها توقيفا بين أيدي ماسك الحساب وصدر حكم قاض بصحة العقلة وصيرورته قابلا للتنفيذ. وتتبع في عملية البيع الصيغ المعمول بها في السوق التي يقع فيها تداولها عادة. فالأوراق المالية المدرجة ببورصة الأوراق المالية يتم بيعها وفق صيغ البيع بالبورصة. ويمكن أن يتولى العدل المنفذ بيع أسهم غير مدرجة بالبورصة وفق قواعد البيع بالبورصة إن رأى جدوى في ذلك.

ونشير إلى أنه في صورة رهن الأسهم من قبل صاحبها وحصوله على موافقة الشركة على ذلك الرهن، تعد هذه الموافقة تخليا من الشركة عن شرط الأفضلية في صورة البيع الجبري.

ب. البيع في إطار إجراءات التنفيذ بالبورصة

يتمثل التنفيذ لدى البورصة في البيع الجبري من قبل الشركة للأسهم التي تخلف مساهم أو مساهمون عن تحرير (دفع) قيمتها رغم حلول الأجل المقررة لذلك. ذلك أنه يمكن أن يقع الاكتفاء بتحرير ربع قيمة الأسهم عند إصدارها، على أن يقع تحرير الباقي خلال السنوات الخمس الموالية، إلا إذا قرر العقد التأسيسي خلاف ذلك. فإن لم يؤد أحد المساهمين ما عليه، جاز للشركة أن تتولى بيع أسهمه في البورصة لمن يرغب في اقتنائها. وفي هذه الحالة، يعد شرط الأفضلية والمصادقة إن كان مدرجا في العقد التأسيسي لاغيا، فيمكن بيع الأسهم إلى أي راغب في الشراء.

وقد اعتمدت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 18 فيفري 2010 تحت عدد 30672 أحكام التنفيذ لدى البورصة وخاصة منها قاعدة عدم جواز التمسك بشرط الأفضلية والمصادقة في قضية تتعلق ببيع اختياري لأسهم تم تحريرها من قبل صاحبها مع أن الأمر يتعلق بشركة غير مدرجة بالبورصة.⁽¹⁾

(1) قرار سابق الذكر.

ج. الشراء الوجوبي: وجوب تقديم عرض عمومي للشراء في صورة اقتناء كتلة أسهم تمنح صاحبها السيطرة على حقوق التصويت

يجيز قانون السوق المالية والترتيب العام لبورصة الأوراق المالية⁽¹⁾ لهيأة السوق المالية أن تأمر المساهم الذي يقوم بشراء كتلة هامة من أسهم شركة مساهمة عامة بأن يقدم عرضا عموميا لشراء باقي أسهم الشركة أو بأن يحافظ على السعر الذي اشترى به تلك الكتلة، وذلك لتفادي التأثير السلبي الذي قد ينجر عن سيطرة مساهمين جدد على أغلبية أسهم الشركة على وضعية أقلية المساهمين الذي قد يضطرون بعد ذلك إلى التفويت في أسهمهم بثمن بخس. ويهدف العرض العمومي الوجوبي للشراء إلى المحافظة على ثمن بيع الأسهم حتى يتسنى للأقلية بيع أسهمها بثمن مقارب للثمن الذي وقع اعتماده في شراء كتلة الأسهم المعنية.

وقد قضت محكمة الاستئناف بتونس في القضية عدد 10039، بتاريخ 14 فيفري 2005⁽²⁾، الصادر طعنا في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس «بخصوص الدفع المتعلق بمخالفة الفصل السابع من القانون عدد 117 لسنة المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 المتعلق بإعادة تنظيم للسوق المالية» بأن «مناقشة المستأنفين لقرار هيئة السوق المالية القاضي بإخضاعهم إلى عرض عمومي إجباري في غير محلها إذ سبق لهم الطعن في قرار هيئة السوق المالية عدد 7 بتاريخ 23 سبتمبر 2002 وأصدرت محكمة الاستئناف بتونس قرارها عدد 663 بتاريخ 1 جويلية 2003 والقاضي بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار القرار المطعون فيه وإجراء العمل به. كما أيدت محكمة التعقيب القرار السالف الذكر ضمن قرارها عدد 29262 بما يجعل مناقشة هذا المطعن قد اتصل بها القضاء عملا بالفصل 481 من م.إ.ع. الذي اقتضى أن ما أناطه القانون من النفاذ بأحكام المجالس التي لا رجوع فيها لا يتعلق إلا بما قضى به المجلس ولا يتمسك به إلا في خصوص موضوعه أو ما كان نتيجة ضرورية منه.

(1) الفصل 72 من الترتيب العام لبورصة الأوراق المالية Règlement général de la Bourse des Valeurs Mobilières de Tunis.

(2) قرار سابق الذكر.

(2) مذكور بكتاب «مجلة الشركات التجارية معلق عليها»، مرجع سابق، ص. 1125.

وحيث إن صحة قرار هيئة السوق المالية الثابت قضائيا بموجب حكم إنما تجد أساسها القانوني صلب مقتضيات الفصل 7 من قانون 14 نوفمبر 1994 الذي يخول لهيئة السوق المالية أن تلزم كل شخص تحصل بمفرده أو بالتحالف على أغلبية حقوق الاقتراع أن يقوم بعرض عمومي لشراء بقية أسهم الشركة وهو ينهض أساسا على رغبة تشريعية ملحة في حماية صغار المساهمين من سيطرة الأغلبية ويقائهم سجناء لهم.

- بخصوص الدفع المتعلق بمخالفة القرار عدد 7 والفصل 191 من م.إ.ع. :

حيث تمسك المستأنفون بكون القرار عدد 7 الصادر عن هيئة السوق المالية بهم «س...» بمفردها بالإضافة إلى أن الالتزام المترتب عن الدعوى قابل للقسمة.

وحيث إنه من الثابت بملف القضية ومن جميع البلاغات الصادرة عن هيئة السوق المالية والمكاتب الموجهة من الوسيط في البورصة شركة «م...» أن العرض العمومي للشراء المؤرخ في 2 أكتوبر 2002 قد صدر من شركة «س...» والمتحالفين معها بقية المستأنفين الآن والذي بموجبه عرضت شركة «س...» نفسها بورصتها تقود ذلك التحالف.

Identité de l'initiateur : la société s... agissant de concert avec un groupe d'actionnaires...

وحيث سبق لشركة «س...» أن عابت على القرار الصادر عن هيئة السوق المالية عدد 7 ما قضى بإلزامها بمفردها بتقديم عرض وجوبي للشراء فأكدت محكمة التعقيب في قرارها عدد 29262 بتاريخ 6 جويلية 2004 المذكور أعلاه أن جميع مقدمي العرض المكونين للتحالف متضامنون وذلك بقولها إن التحالف يقتضي حتما وجود تضامن قانوني بين متسببيه وهو في صورة الحال تضامن سلمي على معنى الفصل 174 من م.إ.ع. أوجبه مقتضيات الدعوى وأنه من نتائج هذا التضامن أن يصبح جميع المتحالفين مدينين بالتضامن بما يتيح مطالبة أحدهم بأداء كامل الالتزام دون أن يؤثر ذلك في العلاقة القانونية السائدة بينهم.

وحيث يتضح بذلك أن مسألة تضامن المستأنفين اتصل بها القضاء ولا مجال لمناقشتها خاصة أن تعليل محكمة التعقيب انبنى من جديد على استخلاص النتائج القانونية من التحالف وهو تعليل قانوني سليم.

- بخصوص الدفع المتعلق بعدم تطبيق الفصول 78 و79 من قرار وزير المالية المؤرخ في 13 فيفري 1997 والفصول 59 و61 من الأمر عدد 2478 لسنة 1995 المؤرخ في نوفمبر 1995:

حيث اقتضى الفصل 78 : «وتقدم الأوامر التي يستلمها أو يصدرها وسطاء البورصة وجوبا إلى السوق بدون تأخير وبدون مقاصة مسبقة ولا تجميع مسبق لأوامر الشراء وأوامر البيع التي تتعلق بورقة مالية معينة».

واقتضى الفصل 97 : «يقع تأريخ كل أمر باليوم والساعة والدقيقة بواسطة الساعة الالكترونية عند استلامه من طرف وسيط البورصة وتضبط الشروط التي يتم فيها هذا التأريخ بمقتضى قرار عام صادر عن هيئة السوق المالية».

واقتضى الفصل 68 : «يجب تحرير جميع أوامر البورصة سواء منها الصادرة عن الحريف أو تلك الصادرة بمبادرة من وسيط البورصة في نظيرين يحملان التاريخ والساعة الموضوعين بواسطة آلة التاريخ الكهربائية وموقعين من طرف الحريف ووسيط البورصة وتسلم نسخة للحريف ويحتفظ الوسيط بالنسخة الثانية».

وحيث وخلافا لما تمسك به المستأنفون فإن الشكليات المنصوص عليها بالفصول المشار إليها أعلاه المتعلقة بالتأشير على الترتيب العام لبورصة الأوراق المالية بتونس وللأمر المؤرخ في 1 نوفمبر 1995 المتعلق بضبط النظام الأساسي لوسطاء البورصة تهم العلاقة الرابطة بين وسيط البورصة وهيئة السوق المالية باعتباره يخضع إلى مراقبة مستمرة من طرف هيئة السوق المالية عملا بالفصل 23 من القانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 والمتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية وأنه إذا ما ثبت أن الأذن بالبيع المحررة من طرف الوسيط بالبورصة مخالفة للشكليات القانونية المطلوبة فإن مسؤولية هذا الأخير تبقى قائمة أمام الهيئة المذكورة باعتبارها تمارس سلطة تأديبية تجاه وسطاء البورصة عملا بالفصل 41 القانون المشار إليه أعلاه.

وحيث تمسك المستأنفون بعدم تقديم ما يفيد أن أمر البيع قابل للتداول في الآجال التي ضبطها العرض العمومي وأن الشهادات التي تقدم من طرف وسطاء البورصة لا يعتد بها قانونا باعتبارها يطغى عليها طابع المجاملة والمحابة.

حيث لا جدال أن أساس الدعوى في قضية الحال هو قرار هيئة السوق المالية عدد 7 الصادر بتاريخ 23 سبتمبر 2002 تطبيقا للفصل 7 من قانون 14 نوفمبر 1994 الذي جاء به أنه إذا تحصل شخص بمفرده أو بالتحالف على أغلبية حقوق الاقتراع في شركة مساهمة عامة يمكن لهيئة السوق المالية أن تأمره إما بالقيام بعرض عمومي للشراء وإما بالالتزام بضمان دفع السعر المسجل بالبورصة طبقا للشروط المحددة بالترتيب العام للبورصة.

وحيث لا جدال في كون قرار هيئة السوق المالية المشار إليه أعلاه قد اتصل به القضاء مثلما سلف بيانه.

وحيث أعرب المستأنفون صلب مكتوبهم المؤرخ في 2 أكتوبر 2002 عن التزامهم بمضمون قرار هيئة السوق المالية عدد 7 وتقدموا بواسطة الوسيط بالبورصة شركة «م...» بمشروع عرض عمومي لشراء بقية أسهم المصرف... حددوا بموجبه مدة صلاحية العرض من 1 نوفمبر 2002 إلى 15 نوفمبر 2002 بدخول الغاية مثلما يقتضيه الفصل 163 من قرار وزير المالية المؤرخ في 13 فيفري 1997 والمتعلق بالتأشير على الترتيب العام لبورصة الأوراق المالية بتونس الذي جاء به أنه «يلزم كل شخص طبيعي أو معنوي إذا توصل بمفرده أو بالتحالف إلى امتلاك عدد من الأوراق المالية من شأنها أن تمكنه من الحصول على أغلبية حقوق الاقتراع في شركة ... بإيداع مشروع عرض عمومي يهدف اقتناء ما تبقى من رأس المال...

وحيث أدرج مشروع العرض العمومي لشراء بقية أسهم المصرف ... والبالغ عددها 132921 وتم الإعلان عنه بالنشرة الصادرة عن هيئة السوق المالية بتاريخ 3 أكتوبر 2002 تحت عدد 1692.

وحيث أعربت شركة «س...» ومن معها لهيئة السوق المالية صلب مكتوبها المؤرخ في 28 أكتوبر 2002 عن عدم قدرتها على تنظيم عرض عمومي إجباري لشراء بقية الأسهم بسبب رفض البنوك تمويل العملية المذكورة.

وحيث أعلنت هيئة السوق المالية صلب النشرة الصادرة عنها بتاريخ 30 أكتوبر 2002 تحت عدد 1711 المساهمين في المصرف... عن تراجع شركة

«س...» ومن معها عن الإيفاء بتعهداتها ودعتهم إلى اللجوء إلى القضاء قصد جبرها على شراء بقية أسهمهم.

وحيث ولئن حدد المستأنفون مدة صلوحية عرضهم من 1 نوفمبر 2002 إلى 15 نوفمبر 2002 إلا أنه وبالنظر إلى كون مشروع العرض المقدم من طرفهم كان في إطار عرض عمومي إجباري للشراء تنفيذا لقرار هيئة السوق المالية المشار إليه أعلاه لذلك فإن بداية احتساب مدة صلوحيته تكون من تاريخ صدوره في 23 سبتمبر 2002 وإلى يوم 15 نوفمبر 2002 بدخول الغاية.

وحيث إن تحديد مدة صلوحية العرض على معنى أحكام الفصل 136 من قرار وزير المالية المؤرخ في 13 فيفري 1997 إنما يخص العروض العمومية الاختيارية دون العروض العمومية الإجبارية للشراء والتي بصدر قرار هيئة السوق المالية يتسنى للمساهمين الراغبين في بيع أسهمهم [تسليمها] للوسطاء المؤهلين لذلك لبيعها بما يجعل هذه المحكمة لا تنقيد ببداية سريان الأجل بتاريخ 23 سبتمبر 2002 وتعتبر أن الأوامر المعطاة من المساهمين للوسطاء بالبورصة لغاية المشاركة في العرض العمومي الإجباري للشراء إنطلاقا من صدور قرار هيئة السوق المالية الاعتبار وهو ما ارتأته محكمة البداية عن صواب.

وحيث وخلافا لما دفع به الطاعنون فإن الشهادت المسلمة من وسيط البورصة هي التي يعتد بها قانونا باعتبار هذا الأخير هو الذي يتلقى أوامر البيع عملا بالفصل 89 من قرار وزير المالية المؤرخ في 13 فيفري 1997 وأن التمسك بكونها لا تعدو أن تكون شهادات محاباة تطفئ عليها المجاملة مردود عليه باعتبار أن وسيط البورصة يخضع إلى مراقبة مستمرة من طرف هيئة السوق المالية عملا بالفصل 23 من القانون عدد 117 لسنة 1994 فضلا عن أن الشهادت التي قدمها لبعض المساهمين في المصرف... [و] على سبيل المثال المدعوع... تفيد أن أمر بيع أسهمه [وقع] خارج الأجل القانوني مما يدل على أن تلك الشهادت صحيحة لا يطفئ عليها طابع المحاباة.

وحيث وطالما ثبت من ملف القضية أن المستأنف ضدهم قدموا عرضهم في الأجل القانوني والمحدد من 23 سبتمبر 2002 إلى ... بدخول الغاية فإن محكمة البداية تكون قد أصابت المرمى فيما قضت به واتجه إقرار الحكم الابتدائي.

ويستتج من وقائع هذا القرار أن نكول مشتري الأسهم عن تقديم عرض عمومي للشراء *offre publique d'achat* يترتب عنه حق الأقلية في اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يلزمه بذلك ولو تعلل في نكوله بعدم استعداد البنوك لتمويل عملية الشراء. ومن المعلوم أن حياة السوق المالية ليس لها أن تتخذ أي إجراء لتجسيم البيع الجبري وخاصة لحمل الشخص المعني على دفع الثمن إذ تستوجب هذه العملية استصدار سند تنفيذي قضائي. وفي هذه الصورة ترغب المحكمة المدعى عليه على شراء الأسهم المتنازع فيها وتمكن البائعين من استخلاص الثمن جبرا بطرق التنفيذ المقررة للأحكام القاضية بأداء مال، وهو ما يعرض البائعين إلى صعوبات التنفيذ ومخاطر ظهور دائتين ذوي أولوية وتعلل خلاص الثمن، بما يصيرهم أمام خطر ضياع ملكية أسهمهم دون مقابل مالي حقيقي، وهو ما يجعلهم يفكرون مليا ويسترشدون حول حقيقة الوضع المالي لمن يريدون غصبه على شراء أسهمهم، قبل الإقدام على هذه الخطوة.

2. مسؤولية الوسيط بالبورصة في عملية بيع الأسهم

يعتبر الوسيط لدى البورصة وكلا عن الحريف الذي يكلفه بالتصرف في محفظة أوراقه المالية أو جزء منها إما بالبيع أو بالشراء أو بالمعاوضة. وهو وكيل محترف يقوم بنشاطه بمقابل، لكنه يتحمل لقاء ذلك مسؤولية مشددة باعتباره وكلا ماجورا من جهة ومهني محترفا من جهة أخرى. وهو ملزم بتنفيذ التعليمات القطعية التي يوجهها له الحريف، لكنه مطالب أيضا بإسداء النصح والإرشاد للحريف، ولذلك فإنه يكون مسؤولا إذا نفذ تعليمات الموكل دون أن يفيد بالنصيحة حول جدوى العملية التي يزمع إنجازها من الناحية الاقتصادية، كما عليه أن ينبه إلى الجوانب والصعوبات القانونية والإدارية التي تطرحها، وتبعاتها الجبائية.

أ. في من تحمل عليهم التزامات الوكيل

يمكن، بوجه عام، أن تنشأ مسؤولية الوسيط لدى البورصة عن أي خطأ في تنفيذ الوكالة المسندة إليه، سواء تعلق الأمر بمخالفة تعليمات قطعية من الموكل أو الإخلال بواجباته العامة كمحترف، كعدم إسداء النصح اللازم للحريف. ذلك أن الوسيط هو شخص محترف ويفترض فيه أن يكون عارفا بالقواعد الفنية المنظمة لنشاطه وكذلك بالجوانب القانونية للعمليات التي يتدخل بشأنها.

1. أ. في القانون التونسي

عرضت محكمة التعقيب التونسية لموضوع مسؤولية الوسيط لدى البورصة بمناسبة عملية بيع أسهم شركة خفية الاسم ذات مساهمة خصوصية أراد صاحبها إنجازها عبر البورصة ووجه في نفس الوقت أمرا للوسيط بالبورصة ببيع أسهمه ثم تحويل متحصل البيع إلى بنك هو مدين له بمبلغ من المال، لكن تبين بعد البيع أن العقد التأسيسي للشركة يتضمن شرط أفضلية ومصادقة، وقد تم إعلام الوسيط بتعذر إتمام العملية بسبب الشرط المذكور فأعلم الحريف بذلك ونصحه بإلغاء العملية وأفاده بأن الإلغاء يتطلب إنجاز بيع جديد من المشتري إلى المالك الأصلي (الحريف) فتم ذلك وقام الوسيط ببيع الأسهم إلى مالكها الأصلي بثمن أرفع من ثمن البيع الأول على أساس أنه ثمن السوق، كما وافاه بفاتورة العمولة المستحقة عن البيع الثاني (أو الإسترجاع *rétrocession*). وبعد أن تفتن الحريف إلى أنه قام في نهاية الأمر بدفع عمولتين إلى الوسيط كما أعاد شراء أسهمه بثمن أرفع من الثمن الذي باعها به على الرغم من أن الأمر تعلق بعملية إلغاء بيع، قام بدعوى في استرجاع العمولات وفارق الثمن مع غرم الضرر.

وتفصيل وقائع قرار 18 فيفري 2010 المذكور أن شركة المجمع البترولي للنقل قامت بدعوى أمام المحكمة الابتدائية بتونس بواسطة نائبها عارضة أنها تملك أسهما في شركة خفية الاسم وكلفت شركة م.ع.إس. ببيعها وتحويل مبلغ 250 ألف دينار بحساب المدعية لدى أحد البنوك وسلمت للمطلوبة أمرا ببيع أسهم بالبورصة مقابل التزامها بتحويل المبلغ المذكور حسب أمر تحويل غير قابل للرجوع مع إعفاء الوسيط من الالتزامات المتعلقة بالثمن إذ تمت عملية البيع لفائدة شركة س.بنك الدائنة للمدعية في الأصل وفي صورة وقوع عملية البيع لفائدة شخص آخر غير شركة س.بنك فإنه يتعين على الوسيط دفع مبلغ 750 ألف دينار للبنك المذكور... وتمت عملية بيع الأسهم لفائدة البنك بتاريخ 13 نوفمبر 1996 وتبين بعد إعلام محامي البنك المشتري للأسهم المذكورة أن العملية لاغية لمخالفتها القانون الأساسي للشركة المصدرة للأسهم وتبعاً لذلك قام الوسيط بإلغاء عملية بيع الأسهم بتاريخ 5 مارس 1997 حسب شهادة الفسخ الموجهة للشركة المذكورة... فقامت المدعى عليها بتحويل عمولات وساطة بمبلغ 11.885.384 دينار علما وأن العملية تمت بسعر 76.010 دينار للسهم

الواحد وأنه لتصحيح الوضع قام الوسيط بإعادة بيع الأسهم إلى مالكيها الأصلي ولكن بسعر 80.010 د. للسهم الواحد بعمولة وساطة لمدة العملية الأخيرة بقيمة 6.758.954 ديناراً... وبالتالي تكون المطلوبة قد ألحقت ضرراً مادياً فادحاً بالمدعية يتمثل في دفع مبلغ 48.667.338 ديناراً دون الفوائض مفصل كما يلي :

عمولة بيع لفائدة البنك بتاريخ 2 ديسمبر 1996 بمبلغ 11.885.384 ديناراً.

عمولة إرجاع للبائع الأصلي بمبلغ 6.785.954 ديناراً.

الفرق بين عملية البيع المبلغاة وعملية إعادة شراء الأسهم بتاريخ 20 جانفي 1997 بمبلغ 29.996.000 ديناراً. وتمسكت المدعية بأن الضرر المذكور نجم عن خطأ صادر عن المطلوبة لعدم التثبت في المعطيات المادية والقانونية المكونة للمناف عند القيام بعملية البيع وفي القانون الأساسي للشركة المصدرة للأسهم، ولعدم توخي الحذر من قبل الوسيط والتثبت من المعطيات الخاصة بالعملية.

وقد انتهت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 7 جويلية 2004⁽¹⁾ إلى نقض قرار محكمة الاستئناف بتونس الذي حكم لفائدة المدعية، فنشرت القضية مجدداً أمام محكمة الاستئناف بتونس التي قضت بتاريخ 17 جوان 2008 تحت عدد 64790/64791 لصالح المدعية. وفي 18 فيفري 2010 انتهت محكمة التعقيب إلى أن «مسؤولية وسيط البورصة تتمثل في النزاهة وفي تحقيق نتيجة من العمليات التي يقوم بها سواء عن طريق الشراء أو للبيع داخل السوق المالية»، واستندت في ذلك إلى قانون 14 نوفمبر 1994 الذي نص بفصله 59 على أن «وسطاء البورصة يكونون مسؤولين تجاه حلفائهم عن التسليم والوفاء بما يشترطون أو يبيعون داخل السوق». ثم خرجت المحكمة من تحليلها للمسألة بأن العملية كانت خاضعة لأحكام الفصل 18 من قانون إعادة تنظيم السوق المالية (الذي يتعلق في الواقع بعمليات التنفيذ بالبورصة L'exécution en bourse) الذي ينص على عدم معارضة مشتري الأسهم غير المدفوعة بالكامل بشروط الأفضلية والمصادقة المدرجة في العقود التأسيسية لشركات المساهمة العامة (في حين أن الأمر يتعلق بشركة مساهمة خصوصية) والذي يتماشى مع الفصل 22 من نفس القانون الذي ينص على أنه «ينجر قانوناً عن إدراج الأسهم

(1) قضية عدد 2563/2512، قرار غير منشور.

بالبورصة تنازل الشركة المصدرة عن بنود حق الأفضلية والمصادقة الواردة في نظامها الأساسي». وبذلك استتجت المحكمة أن شرط الأفضلية والمصادقة لم يكن نافذاً في صورة الحال لأن البيع تم بالبورصة وبالتالي فإن الوسيط اقتصر على تنفيذ تعليمات حريفة ولم يرتكب أي خطأ تقوم به مسؤوليته. فقضي لفائدته ابتدائياً واستئنافياً ووقع نقض القرار الاستئنافي دون مراجعة مبدأ مسؤولية الوسيط بالبورصة، ثم قضت محكمة الإحالة مجدداً لفائدة الحريف، لكن محكمة التعقيب قضت ببناء على الطعن للمرة الثانية بنقض الحكم الاستئنافي وصرحت بعدم سماع الدعوى بناء على أنه الوسيط اقتصر على تنفيذ تعليمات موكله وأن التزامه بتحقيق نتيجة المنصوص عليه بقانون 14 نوفمبر 1994 لم يقع خرقه مع أن عملية بيع الأسهم تم إلغاؤها بنصيحة منه بسبب رفض الشركة قبول المشتري التعاقد مستندة في ذلك إلى شرط الأفضلية والمصادقة في حين أن الفصل 321 من مجلة الشركات التجارية لا يمنح الشركة حق منع المساهم من بيع مساهمته بل يتيح لها حق رفض الشخص المقترح كمشتري بشرط تقديم مشتري بديل له في أجل ثلاثة أشهر وإلا جاز إتمام البيع للمشتري المقترح رغم أنفها. كما لم تر المحكمة وجهاً لمؤاخذه الوسيط مع أنه قام بفترة عمولة عن عملية البيع الأولى ثم تولى إعادة بيع الأسهم لصاحبها الأصلي بثمن أرفع من الثمن الذي باعها به مع فترة عمولة عن «البيع» الثاني.

وقد بينت المحكمة في هذا القرار أن «مسؤولية وسيط البورصة تتمثل في النزاهة وفي تحقيق نتيجة من العمليات التي يقوم بها سواء عن طريق الشراء أو البيع داخل السوق المالية»، كما أضافت أنه ملزم أيضاً بتنفيذ الأوامر الصادرة إليه من الحرفاء وبإشعار الحريف بحصول تنفيذها في ظرف لا يتجاوز الأربعة وعشرين ساعة. وحول كيفية تنفيذ أوامر الحريف، أكدت المحكمة أنه يتجه الحكم برفض الدعوى إذا كان الطلب يهدف إلى إلزام وسيط البورصة بتحمل نتائج التناقض بين أمر أول وأمر ثان صادرين عن الحريف، لا إلى تحميل وسيط البورصة مسؤولية الإخلال بواجب تحقيق نتيجة عملية البيع الأول⁽¹⁾.

وتضح من ذلك أن التزامات الوسيط لدى البورصة يمكن اختزالها في أمرين: - واجب عام وهو واجب النزاهة والأمانة والحياد الذي يوجب عليه التعامل بحرفية وموضوعية، ويتولد عنه التزام طبيعي بتنبه حريفة إلى ما يحيط

(1) محكمة التعقيب، قرار عدد 30672 بتاريخ 18 فيفري 2010، سابق الذكر.

22 من القانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية⁽¹⁾ غير منطبق على هذا النزاع، بل إن شرط الأفضلية والمصادقة يظل عاملا وناظرا ويؤدي إلى تحويل هيكل الشركة رفض المصادقة على المشتري الذي اختاره مالك الأسهم. غير أن شرط الأفضلية والمصادقة لا يؤدي إلى إلغاء عملية البيع بل إلى إحلال الشخص الذي تختاره الشركة محل المشتري التعاقدية الأصلي، على أن يقوم من تختاره الشركة بشراء الأسهم بضمن لا يقل عن الثمن الأصلي. وبالنظر إلى ذلك فإن الوسيط يكون قد ارتكب خطأ مهنيا فادحا بأن أقنع حريفة بإلغاء عملية بيع الأسهم حال أن الفصل 321 من مجلة الشركات التجارية لا ينص على ذلك مطلقا بل ينص على استبدال المشتري (substitution de contractant) لا غير. ومن ثمة يكون قبض عمولة عن عملية إعادة البيع وبيع الأسهم لصاحبها بضمن أرفع منشأ لمسؤوليته المدنية، خلافا لما انتهى إليه القرار التعقيبي.

فهذا القرار طبق أحكام الفصلين 18 و22 من قانون 14 نوفمبر 1994 مع أن أولهما يتعلق بالتنفيذ بالبورصة الذي لا علاقة له بالقضية ثانيهما يهم شركات المساهمة العامة (les sociétés faisant appel public à l'épargne) حال أن الشركة التي تم تداول أسهمها ليست من هذا الصنف، وبالتالي فإن الأمر لا يتعلق سوى ببيع أسهم شركة مساهمة خصوصية عن طريق البورصة باختيار الحريف، فيظل شرط الأفضلية والمصادقة فاعلا وبالتالي تحتفظ الشركة بحقها في رفض المشتري الذي اقترحه المساهم الراغب في بيع أسهمه. غير أنه يجدر التأكيد على أن حق الشركة في الرفض مقيد بمبدأ أساسي مقتضاه أنه لا يجوز أن يصبح المساهم أسير مساهمته، وذلك من منطلق احترام حق الملكية المكروس بالفصل 41 من الدستور الجديد (نظير الفصل 14 من دستور سنة 1959) باعتبار أن حق التفويت *abusus* هو أحد المكونات الطبيعية لحق الملكية. وبالتالي فإن كل شرط يمنع على المساهم الخروج من الشركة يكون باطلا، وإنما يجوز في شركات المساهمة الخصوصية أن يوضع شرط أفضلية ومصادقة clause de de preemption et d'agrément يحق بموجبه للشركة أو لأحد هيكلها رفض

بكل عملية، وهو ما يسمى فقها «واجب النصح والإرشاد». ويتدرج هذا الواجب موضوعيا بحسب مدى خبرة الحريف ومعرفة بأحوال السوق. وتوجد مؤشرات موضوعية على مدى معرفة الحريف بالسوق مثل تاريخ بدء العلاقة مع الوسيط بالبورصة أو حتى تصريح الحريف نفسه بأنه حديث عهد بالميدان أو أيضا تقديم أوامر تتضمن أخطاء أو ارتباكا بحيث يكون من الواضح أنها لا يمكن أن تصدر إلا عن مبتدئ قليل الخبرة والدراية. وفي هذه الصورة، يتكفف واجب الإرشاد ويتضاعف واجب النصح بالمقارنة مع التعامل مع عميل محترف له معرفة جيدة بالسوق المالية. ويعد هذا الالتزام التزاما ببذل عناية، غير أنه يعامل بكثير من التشدد باعتبار أن الوسيط لدى البورصة محترف في حين أن حرفاءه لا يفترض فيهم أن يكونوا محترفين. ويلاحظ أيضا أن بعض العقود المبرمة تنص صراحة على واجب النصح والإرشاد فيصبح الالتزام ذا مصدر تعاقدية مباشر؛

- واجب تنفيذ التعليمات والأوامر القطعية الصادرة من الحريف. وفي هذه الحالة يعتبر الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة طالما كانت التعليمات مطابقة للقانون وممكنة التنفيذ ماديا، أي من حيث الأجل ومن حيث إمكانية انجاز العملية. ولا يعفى الوسيط من البورصة من واجب تنفيذ الأوامر الصادرة إليه من الحريف إلا إذا كانت تلك التعليمات غير ممكنة التنفيذ إما بحكم القانون، كأن تكون الأوراق المالية المطلوب التصرف فيها محل عقلة أو إجراء قضائي يمنع التصرف فيها لسبب أو لغيره أو إذا لم يكن للحريف حق التصرف فيها أصلا كما إذا لم تكن على ملكه في الكل أو البعض، أو بحكم الواقع كما إذا صدر الأمر بالبيع أو بالشراء في ظرف زمني ضيق لا يسمح عمليا بتحقيقها أو إذا أمر الحريف الوسيط بشراء أسهم شركة محددة فلم يجد كمية مناسبة من الأسهم في السوق أو بالثمن المطلوب منه الشراء به. وفي ما عدا الحالات الاستثنائية، يحاسب الوسيط بالبورصة على النتيجة ويعد مسؤولا بمجرد ثبوت عدم تحققها.

وفي رأينا فإن القرار التعقيبي عدد 30672 المذكور أعلاه طبق نصا لا علاقة له بالنزاع، كما أخطأ في تطبيق أحكام تهم الشركات المدرجة بالبورصة وهي أهم أصناف شركات المساهمة العامة، حال أن الأمر يتعلق بشركة غير مدرجة بالبورصة وليست شركة ذات مساهمة عامة، وبالتالي فإن قاعدة الفصل

(1) ينص الفصل 22 من القانون المذكور على أنه «ينجز قاتونا عن إدراج الأسهم بالبورصة تنازل الشركة المصدرة عن حق الأفضلية والمصادقة الوارد في نظامها الأساسي». ويستعمل النص الفرنسي مصطلح «renonciation» الذي له معنى التنازل والتخلي.

الشخص المقترح من قبل المساهم بشرط أن تتعهد الشركة بتقديم مشتر بديل له في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر وإلا جاز للمساهم إتمام البيع لصاحبه. فالشركة ليس لها منع إتمام عملية البيع، وكانت النصيحة الصادرة من الوسيط بالبورصة خاطئة تماما لأنه أوهم الحريف بأن معارضة الشركة تمنعها من بيع أسهمها. فالوسيط أدخل دون شك بواجب النصيح والإرشاد المحمول عليه بوصفه مهنيا محترفا. ومعلوم أن المسؤولية المدنية للمهني المحترف responsabilité civile du professionnel هي من أصلها مسؤولية مشددة تقترب من المسؤولية عن خرق الالتزام بتحقيق نتيجة obligation de résultat ولو كان التزامه في أصله التزاما ببذل عناية obligation de moyen، كما أن المتدخلين في المجال المالي بوجه عام كالبنوك ونحوهم يتحملون التزاما قانونيا بالنصح والإرشاد (obligation de renseignement et de conseil)⁽¹⁾ ويعتبر هذا الالتزام التزاما تبعا بالنظر إلى التزاماتهم التعاقدية الأصلية، على الرغم من أن الحريف يظل حرا في ما يقرره بناء على ذلك النصيح، كما أن مسؤولية مسدي النصيحة لا تقوم بصفة آلية⁽²⁾.

وفي خصوص الالتزام المحمول على وسيط البورصة بضمان التسليم والوفاء بالنسبة للعمليات التي ينجزها داخل السوق، قضت محكمة الاستئناف بتونس في القضية عدد 10039، بتاريخ 14 فيفوي 2005⁽³⁾ بما يلي:

«بخصوص الدعوى الموجهة ضد شركة «م...» بوصفها وسيط بورصة : حيث اقتضى الفصل 59 من قانون 14 نوفمبر 1994 أنه يكون وسطاء البورصة مسؤولين تجاه حرفائهم عن التسليم والوفاء فيما يتعلق بما يشترون أو يبيعون داخل السوق وأضاف الفصل 31 من قرار وزير المالية المؤرخ في

(1) Hamadi BEN LAKHDAR RAID : « La responsabilité civile du banquier », éd. GLD, Tunis 2009, p. 112 et ss. ; Béchir BELHAJ YAHIA : « La responsabilité du banquier dispensateur du crédit », in *La responsabilité du banquier*, colloque organisé par le CEJJ et l'APBT au 18 fév. 1999, éd. CEJJ, Tunis 2000, p. 17 ; Houcine BEN SLIMA : « La bonne foi dans l'exécution des contrats », traduit en arabe par Mohamed BEN SALEM, imp. Dar El Wafa, Tunis 1993.

(2) Nîmes, 13 nov. 1963, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* 1964, p. 163, obs. BECQUE et CABRILLAC : La Cour a constaté que le conseil donné par le banquier à son client n'a été « accompagné soit d'injonction, soit de menaces » et a conclu qu'« un simple conseil n'engage pas la responsabilité de celui qui le donne, celui qui le reçoit restant libre de ne pas le suivre ».

(3) حكم مذكور بكتاب «مجلة الشركات التجارية معلق عليها»، مرجع سابق، ص. 1131.

13 فيفري 1997 أنه يودع مشروع العرض العمومي لدى هيئة السوق المالية من طرف وسيط بالبورصة أو أكثر يضمنون باسم المعارض أو المعارضين الطابع النهائي للتعهدات المأخوذة.

وحيث يؤخذ من الفصلين المذكورين أن مسؤولية وسيط البورصة بخصوص عدم إتمام البيع أو عدم دفع الثمن إنما تكون تجاه حريفة الذي كلفه بتلك العملية.

وحيث إن المستأنف ضدهم المحكوم لفائدتهم ليسوا بحرفاء «م...» المستأنف ضدها بما يجعل مسؤوليتها غير قائمة تجاههم الشيء الذي يجعل الدعوى الموجهة ضدها عديمة السند الواقعي والقانوني وتعين تبعا لذلك إقرار الحكم الابتدائي القاضي بعدم سماع الدعوى في شأنها.

وحيث إن طلب الفائض القانوني غير مؤسس قانونا طالما أن المبلغ المحكوم به لم ينشأ عن إخلال بالتزام بأداء دين حل أجله ولم يقع دفعه مما يتعين معه إقرار الحكم الابتدائي القاضي بعدم سماع الدعوى في شأنه.

وحيث إن إقحام المصرف ... في القضية لا ميرر له باعتبار أن الدعوى لم توجه ضده كمطلوب بإلزامه بتحسين الأوراق المالية تبعا لعملية نقل ملكية الأسهم فضلا عن أن عملية انتقال ملكية الأوراق المالية تسجل في بورصة الأوراق المالية بتونس التي تسلم شهادات تداول لوسيط [مرخص له] على تسجيل الإحالة سواء كان طرفا في الدعوى أو لم يكن طرفا فيها. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فقد سبق للمصرف أن أعلم العموم صلب النشرة [الرسمية] لهيئة السوق المالية المؤرخة في 12 ديسمبر 2002 تحت عدد 1739 والمضافة للملف بأنه فوض للوسيط في البورصة «م...» مسك الحسابات الخاصة عملا بالفصلين 1 و2 من الأمر عدد 2728 لسنة 2001 الصادر بتاريخ 20 ديسمبر 2001.

وحيث ينص الفصل الثاني من الأمر المشار إليه أعلاه -فقرة أولى أنه- على أنه في صورة تولي شركة مساهمة عامة تفويض وسيط لمسك الحسابات المنصوص عليها بالفصل الأول من هذا الأمر يتعين عليها نشر اسم الوسيط المرخص له المفوض وعنوانه بالنشرة الرسمية للسوق المالية كما يتعين عليها مد الوسيط بجميع البيانات المتعلقة بهوية كل صاحب حساب وبعده الأوراق المالية التي تملكها وصنفها. ... يتضح من خلال ما ذكر أن الدفتر الذي تدون فيه أسهم الشركات وكل ما يطرأ عليها من تغيير في حساب الشركاء هو بين يدي

الوسيط «م...» بما يجعل إقحام المصرف ... في القضية في غير محله وتعين تبعا لذلك حذف الفقرة الأخيرة من نص الحكم الابتدائي (والإذن للمصرف ... الراجعة له).

ولهذه الأسباب، قضت المحكمة بقبول الاستئنافين الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي وإجراء العمل به مع حذف الفقرة الأخيرة والإذن للمطلوب بتحيين حسابات الأوراق المالية تبعا لعملية نقل ملكية الأسهم المذكورة وفق ما يقتضيه الأمر عدد 2728 لسنة المؤرخ في 20 نوفمبر 2001 وتخصيص كل واحد من المساهمين بشهادة في عدد الأسهم الراجعة له. وفي قضية أخرى، كلف الحريف وسيطا لدى البورصة بتسليم أسهمه من البنك على أساس أن يقوم في ما بعد بالتصرف فيها بالبيع، غير أن البنك تأخر لسبب غير وجيه في التسليم لمدة تجاوزت العام تدهورت فيها قيمة الأسهم، فقضت المحكمة لصالح الحريف بتعويض عن ضرره المادي يعادل الفارق بين قيمة الأسهم في زمن الأمر بتسليم الأسهم وزمن تسليمها الفعلي من قبل البنك. إلا أن المدعي (صاحب الأسهم) نازع في عدم الحكم لفائدته بتعويض عن ضرره الأدبي وفي طريقة تحديد قيمة الضرر المادي. وقد أوضحت محكمة التعقيب⁽¹⁾ أن محكمة الأصل أصابت المرمى لما قضت لفائدة المدعي بتعويض عن «الضرر اللاحق [بالتاعن] يتمثل في تفويت الفرصة عليه لبيع الأسهم ولتداولها منذ شهر فيفري 1996 إلى 30 ماي 1997 وعند تقديرها للضرر اعتمدت على جملة الوثائق المطروقة بالملف بما فيها تقرير الاختبار لمقارنته مع الأسهم في التاريخين شهر فيفري 1996 وشهر ماي 1997 تاريخ تسليم الأسهم واعتمادا كذلك على إمكانية البيع من عدمها. وترتيا على ذلك فإن التقدير الذي توصلت إليه كان بناء على ما توفر لديها من معطيات ثابتة بالملف واعتبارا لما لها من سلطة تقديرية بوصفها محكمة موضوع».

وبالمقابل، رفضت محكمة التعقيب التعويض عن الضرر المعنوي على اعتبار «أن تأخر البنك عن تنفيذ التزامه بتسليم الأسهم لا ينجر عنه مس بالكرامة أو الشرف الذي من شأنه أن يسبب للطاعن أي ضرر أدبي قابل للتعويض».

(1) محكمة التعقيب، قرار عدد 4149 بتاريخ 30 جانفي 2001، نشرية محكمة التعقيب لسنة 2001، الجزء الثاني: مرافعات مدنية وتجارية، ص. 99.

وتأسس مسؤولية البنك في هذه الصورة على أحكام المسؤولية التعاقدية (الفصل 278 من مجلة الالتزامات والعقود) التي تجيز للمتعاقد المطالبة بغرم ضرره المتمثل في ما تكبده من الخسارة الفعلية وما فاته من الربح. وبالنسبة لدعوى الحال فإن المدعي طلب التعويض له عما فاته من الربح، فاقصرت المحكمة على الحكم له بما يعادل مقدار تقلص قيمة الأسهم بسبب تأخير البنك في تسليمها إليه، حال أن القانون يجيز للمتعاقد المطالبة بغرم ضرره المتمثل في ما كان بإمكانه أن يجنيه من الربح لو نفذ معاقده التزامه. وفي قضية الحال فإن الحريف لم يكن محمولا على المحافظة على أسهمه إلى تاريخ تسليمها إليه من قبل البنك، بل كان بإمكانه أن يفوت فيها منذ ظهور بوادر على تدهور قيمتها ثم المضاربة على أسهم أخرى تدر عليه ربحا، وبالتالي فإن الحكم له بالفارق بين قيمة الأسهم الأصلية وقيمتها في تاريخ التسليم إنما جبر الضرر الأصلي ولم يعوض له عما فاته من الربح.

فهذا التعويض منقوص ولا يغطي كامل الضرر. ويتطلب تحديد قيمة ما فات المتضرر من الربح الرجوع إلى معيار السلوك العادي للشخص المدرجة أسهمه ببورصة الأوراق المالية بتونس وتحديد نسبة تطور مؤشر بورصة تونس، فإن كان المؤشر عامة إيجابيا فإن المتضرر من حقه المطالبة بتعويض من مقدار تقلص قيمة أسهمه مع ما كان بإمكانه أن يجنيه من الربح لو قام بالمضاربة على أسهم أخرى وفق مؤشر أسعار البورصة. أما إذا شهد مؤشر البورصة TUNINDEX ركودا كليا فإن الحكم بالفارق فقط يكون في طريقه، لكن إذا تبين أن مؤشر البورصة شهد عموما تراجعا فإن على المحكمة أن تأخذ ذلك التقلص بعين الاعتبار في تحديد قيمة التعويض فتقضي للمدعي بفارق القيمة مع طرح نسبة تراجع مؤشر أسعار الأسهم في السوق المالية التونسية ما لم يثبت أن الحريف كان تعامله مع السوق المالية عرضيا واستثنائيا واقتصر على تلك المعاملة فقط، حيث ينبغي أن يقضى له بفارق القيمة فحسب على أساس أنه ليس مفترضا أن يشتري بضمن البيع أسهما أخرى.

2.1. في القانون المقارن

بالمقابل، في أواخر سنة 2008، هزت فرنسا قضية تحكيمية تتعلق بمسؤولية الوسيط لدى البورصة من أجل الإخلال بواجباته «الأخلاقية» التي تكتسي طابعا قانونيا، خاصة أن الأمر يتعلق بمجموعة من النزاعات بين «برنار

تايبي Bernard Tapie « وزوجته من جهة، ومجموعة من المؤسسات أهمها بنك «كريدتي ليونني» Crédit Lyonnais من جهة أخرى، صدرت فيها عدة أحكام قضائية، البعض منها لصالح «تايبي» والبعض ضده. غير أنه ولوضع حد نهائي للنزاع قبلت الدولة الفرنسية (الشريك الرئيسي في بنك «كريدتي ليونني») بالتحكيم في مجمل الخلافات وعينت هيئة تحكيم نظرت في كامل الخصومة وقضت لفائدة «تايبي» بتعويض قدره 485 مليون يورو. ولم يطعن البنك في هذا الحكم التحكيمي رغم أهمية المبلغ، مما أثار حفيظة عديد البرلمانين والصحافيين وجمعيات دافعي الضرائب قبل أن تقوم أقلية المساهمين في البنك ومجموعة شركاته بقضايا ضد المسيرين في المسؤولية بسبب قبولهم بالتحكيم وعدم طعنهم في حكم التحكيم. وتوسع الأمر إلى حد رفع دعاوى جزائية ضد المسيرين في الدولة، ومنهم وزيرة المالية في حكومة ساركوزي، كريستين لاكارد، التي عُينت في الأثناء مديرة لصندوق النقد الدولي على أساس أن الأمر يتعلق بـ «مسرحة تحكيمية» «simulacre d'arbitrage»، والتي تم توجيه التهمة إليها رسمياً mise en examen من قبل لجنة التحقيق لدى «محكمة العدل للجمهورية» Cour de justice de la République بتاريخ 26 أوت 2014⁽¹⁾.

(1) « Arbitrage Tapie: Christine Lagarde mise en examen pour «négligence» », <http://www.lefigaro.fr/flash-eco/2014/08/27/97002-20140827FILWWW00116-arbitrage-tapie-christine-lagarde-mise-en-examen-pour-negligence.php>; Laura LEQUETIER : « Arbitrage Tapie : Christine Lagarde mise en examen pour «négligence» », mercredi 27 août 2014 10:57, <http://www.franceinfo.fr/actu/economie/article/arbitrage-tapie-christine-lagarde-mise-en-examen-pour-negligence-556825>; « Lagarde: une météorique ascension assombrie par une affaire financière », <http://www.afp.com/fr/info/lagarde-une-meteorique-ascension-assombrie-par-une-affaire-financiere>

وتواجه «لاكارد» تهمة الإفراط في السلطة على أساس «الإهمال» عند الموافقة على التحكيم مع مجموعة «تايبي» سنة 2007 وعند التخلي عن إمكانية الطعن بالإبطال بعد صدور حكم التحكيم سنة 2008. وهذه التهمة موجبة لعقوبة بالسجن مدة سنة مع خطية بـ 15 ألف يورو. وشمل التبع أيضا برنار تايبي نفسه، والكاتب العام لرئاسة الجمهورية، وستيفان ريشار، مدير ديوان وزيرة الاقتصاد والمالية سنة 2007، الذي وجهت إليه تهمة التحيل ضمن عصابة منظمة، في حين أنه تمسك بأنه اقتصر على تنفيذ تعليمات الوزارة التي كانت على اطلاع كامل على جميع دقائق الملف التحكيمي.

أما ما يهمننا من هذه القضية فهو أن جانباً منها يهم مسؤولية الوسيط بالبورصة. ففي الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 30 سبتمبر 2005⁽¹⁾، قضت المحكمة بالزام وسيط لدى البورصة بالتعويض للحريف الذي كلفه بيع أسهمه بسبب خرقه لواجب النزاهة والأمانة والشفافية باعتبار أنه قام بشراء الأسهم المذكورة لحسابه الخاص ولم يعلم الحريف بأن تلك الأسهم ستباع بعد عامين بأكثر من ضعف ثمنها ولا بحقيقة هوية المشتري.

وتتمثل وقائع القضية في قيام برنار تايبي بتكوين شركة مفاوضة تسمى Groupe Bernard Tapie (SNC GBT ou GBT) مع شركاء آخرين وامتلك الشركة مساهمات في شركات أخرى أهمها شركة Bernard Tapie BTF Finance- التي تملك أغلبية رأس مال شركة BTF Gmbh Adidas وشركة عقارية. وفي سبتمبر 1990 و 1991 اشترى «تايبي» أغلبية رأس مال «أديداس».

ويتمحور النزاع حول عملية شراء «أديداس» ثم بيعها. فعلى إثر دخول تايبي غمار السياسة وتعيينه وزيرا سنة 1992، قرر بيع مساهمته في «أديداس». وقد قام تايبي ببيع 20 بالمائة من مساهمته إلى شركة «بورتلاند» ثم اتفق معها على أن يبيعها الباقي لكنها نكلت عن ذلك فوقع اتفاق على تخفيض الثمن. وفي الأثناء، تم بيع مساهمة شركة بورتلاند البالغة 20 بالمائة إلى شركة BTF بمساعدة بنك كريدتي ليونني. وفي 12 ديسمبر 1992 تم الاتفاق بين مجموعة تايبي وشركة SDBO على أن تتولى المتأخرة في الذكر التوسط في بيع 78 بالمائة من رأس مال أديداس وخلاص البنك. وفعلت في 12 فيفري 1993 بيع تلك المساهمة بواسطة من SDBO بثمان يتجاوز قليلا ملياري فرنك فرنسي، إلى مجموعة من الشركات ومنها شركة تخضع لنفوذ السيد Robert Louis-Dreyfus الذي أدرج لفائدته شرط يمكنه من أن يشتري رأس مال أديداس لاحقا بثمان يتجاوز 4 مليارات و 600 مليون فرنك (أكثر من ضعف الثمن الذي بيع به على يدي SDBO). وفعلت

(1) Cour d'Appel de Paris, 3^{ème} Chambre - Section B, arrêt du 30 septembre 2005- N° d'inscription au répertoire général: 96/12548 - Décision déferée à la Cour : Jugement du 23 Novembre 1994 - Tribunal de Grande Instance de Paris, Première Chambre, jugements des 7 novembre 1996 et 22 juin 1999 du Tribunal de commerce de Paris, 14^{ème} et 7^{ème} Chambres, *Crédit Lyonnais et autres c/ Société anonyme Compagnie Européenne de Distribution et de Pesage «C.E.D.P.», anciennement dénommée Bernard Tapie Finance, Bernard Tapie, son épouse et autres.*

اشترى دريفوس رأس مال أديداس بتمويل من بنك كريدي ليوني بالثمن المذكور سنة 1994.

وفي 22 ديسمبر 1994 أدرجت أديداس بالبورصة بمساندة مالية من بنك كريدي ليوني، وقدّرت قيمتها عندئذ بأكثر من 11 مليار فرنك.

قام تايبي بدعاوى ضد بنك كريدي ليوني وشركة SDBO التي توسطت في بيع الأسهم وشركة CLINVEST وهي من بين مشتري الأسهم. والملاحظ أن رسالة تكليف الوسيط لدى البورصة نصت على توكيل لبيع مساهمة تايبي لأي مشتر يعرضه البنك بالثمن المحدد في الرسالة. وفي رسالة لاحقة أوضح أن الوسيط حر في تقديم أي مشتر وأن وكالته مأجورة.

وقد قبل الوسيط التوكيل المذكور صراحة وكتابة. ولأحظت المحكمة إصرار الطرفين على تكيف علاقتهما بأنها وكالة، كما لاحظت أن لا وجود لوعده بالبيع لعدم وجود موعود له بالبيع، وأن الأمر يقتصر على توكيل. كما أن الأمر لا يتعلق بعقد مقاول أو إجارة على الخدمة أو الصنع، كما أكدت أن على الوكيل أن يتصرف بنزاهة وشفافية وإعلام موكله ومحاسبته وعليه أن يمتنع عن شراء ما وكل على بيعه بنفسه أو بواسطة الغير.

Le mandat, ainsi donné, emporte, pour le mandataire, l'obligation de loyauté, de transparence, d'information, de rendre compte et l'obligation visée à l'article 1596 du Code civil, sous forme d'interdiction pour le mandataire de se porter acquéreur lui-même ou par personne interposée, des biens qu'il est chargé de vendre.

مع أن المبدأ هو الإستقلال القانوني للشركات فإنه تبين أن الشركات الثلاثة التي ساهمت في العملية هي بنك كريدي ليوني بوصفه الشركة الأم و SDBO بوصفها وسيطاً لدى البورصة و CLINVEST بصفتها شركة استثمار وكلاهما شركتان فرعيتان خاضعتان لنفوذ الشركة الأم (كريدي ليوني) وتقوم كل واحدة منهما بدور خاص بها في إطار تقاسم الأدوار بين الشركات المنتمة إلى مجموعة كريدي ليوني وبموافقة الشركة الأم بالنظر إلى أهمية هذه العمليات، وإقرار من البنك.

وقد تبين أن القروض المسندة لشراء الأسهم صدرت عن بنك كريدي ليوني وشركة SDBO لفائدة CLINVEST التي يملك كريدي ليوني 100 بالمائة من رأس مالها.

وقد أوضح بنك كريدي ليوني أمام وسائل الإعلام ولجنة برلمانية أن البنك نفسه والشركتين التابعتين لمجموعته أنجزت العملية معاً، وأنها بالتالي ملزمة جميعاً بعقد الوكالة.

وإن نشوب النزاع، اعتبرت المحكمة أنه وقع خرق قاعدة منع الوكيل من شراء ما وُكِّل على بيعه، وأن ملكية المشتري CLINVEST لنسبة من رأس مال شركة أديداس لا يغير شيئاً ولو كان البائع على علم بذلك إذ لم يقع إعلامه بذلك. كما أن البنك اقتنى نسبة هامة من رأس مال أديداس وسعى إلى عدم الظهور في الصورة على أنه مسير لشركة أديداس. كما قام نفس البنك بتمويل عملية شراء نسبة أخرى من رأس مال أديداس من قبل شركات أخرى. وكيفت المحكمة هذه العملية على أنها عملية حمل أسهم portage d'actions.

وأوضحت المحكمة أنه كان على البنك أن يعلم الموكل -الذي هو أيضاً حريف مميز لدى البنك منذ سنة 1977 بوجود من يرغب في شراء الأسهم بعد أقل من عامين بثمان يفوق ضعف الثمن المطلوب من ذلك الموكل وبأن نفس ذلك البنك هو الذي سيمول عملية الشراء، وذلك من منطلق الالتزام القانوني بالإعلام والشفافية والنزاهة والحرص على الأخلاقيات البنكية وخصوصاً بالنسبة لبنك أعمال⁽¹⁾.

وأضافت أنه لا يمكن للمطلوبين التمسك بأن مقالا صدر في جريدة حول العملية يمثل إعلاماً للموكل خاصة أن المعلومات المنشورة لم تكن صحيحة. وأمام عدم إمكان إبطال عملية البيع لتعلق حق الغير بها باعتبار أن السيد Robert Louis-Dreyfus قام لاحقاً بشراء نفس الأسهم وأدرجها بالبورصة فإن من حق برنار تايبي أن يطالب بالتعويض عن ضرره. ولا عبرة بالبحث في ما إذا كان ثمن البيع عادلاً أم لا، خاصة أن السيد دريفوس تعهد في نفس الوقت بشرائها بعد عامين بأكثر من ضعف ذلك الثمن. كما تبين أن تحسن أحوال الشركة لا يعزى

(1) « L'obligation d'informer son mandataire, le devoir de loyauté et de transparence et le souci de la déontologie de toute banque en particulier d'affaires exigeaient de faire connaître à Monsieur Tapie, client bénéficiant d'une aide financière considérable et constante depuis 1977 d'une part, qu'un repreneur avait été contacté pour assurer le management d'Adidas, qu'il était éventuellement acheteur à un terme proche, deux ans au plus, pour un prix de 4 milliards 485 millions de francs, à comparer aux 2 milliards 85 millions de francs du mandat, et d'autre part, que le Crédit Lyonnais était prêt à financer l'opération, donc à continuer de prêter pour Adidas, aux conditions des prêts à recours limité ».

فقط إلى مهارة المشتري المذكور إذ أن السيدة تايي قامت بعدد من الإجراءات سنة 1993 أدت إلى تحسن واضح في أحوال أديداس. كما أن قيمة أديداس تستمدّها في جانب هام من اسمها وعلامتها التجارية.

واعتبرت المحكمة أن الضرر الذي لحق مجموعة تايي يتمثل في الفرق بين ثمن البيع لديرفوس والتمن الذي بيعت به الأسهم لفائدة كريدي ليوني. ويتمثل الضرر في تفويت فرصة تحقيق تلك الفائدة المالية. وقررت المحكمة تحيين تلك القيمة بالرجوع إلى مؤشرات الأسعار وقدّرت الضرر بـ 135 مليون يورو.

وبعد صدور عدة أحكام قضائية في عدة نزاعات قضائية متفرقة بين مجموعة تايي ومجموعة كريدي ليوني، وقع التوصل إلى الاتفاق بتاريخ 7 أكتوبر 2007 على فض جميع النزاعات بواسطة التحكيم، بما في ذلك تلك التي صدرت فيها أحكام قضائية، وهو ما يمثل تنازلاً عن التمسك باتصال القضاء، باعتباره لا يهتم النظام العام. وقد أصدرت هيئة التحكيم المترتبة من رئيسها بيار مازو والمحكمين جان دوني برودان وبيار استوب كمحكمين بتاريخ 7 جويلية 2008 حكماً تحكيمياً قضى لفائدة برنار تايي بتعويض قدره 485 مليون أورو. وقد قوّت البنك آجال الطعن بناء على اتفاق مع وزير المالية على ذلك⁽¹⁾.

ب. مبادلة الأوراق المالية

يقصد بمبادلة الأوراق المالية Swap عملية تبادل ملكية ورقتين ماليتين مع ما يتصل بهما من المنافع والمزايا⁽²⁾. ويمكن أن تسلط هذه العملية على أوراق مالية ذات طبيعة متباينة كمبادلة أسهم برقاع أو صكوك إسلامية أو غيرها. وتهدف عملية المبادلة إلى تحسين نضج الأوراق المالية المكونة لمحفظة أوراق مالية portfolio أو «جودتها» أو تحقيق استثمار.

وتعد عملية المبادلة بمثابة عقدي بيع متقابلين، أي وكأن كل طرف قد قام ببيع الأوراق المالية التابعة له واشترى أوراقاً مالية أخرى من نفس المعاهد، مع دفع الفارق أو الحصول على فارق القيمة بحسب الحالة. ومن هذا المنطلق فهي تخضع حتماً إلى النظام القانوني العام للمعاوضة كما ورد بالفصول من 718

(1) «الحكم التحكيمي في نزاع الوزير السابق برنار تايي» - مداخلة البروفسور توما كلاي أمام البرلمان الفرنسي، مجلة التحكيم، جانفي 2009، المجلد الأول، ص. 13.

(2) Farlex Financial Dictionary, <http://financial-dictionary.thefreedictionary.com/Swap>

إلى 725 من مجلة الالتزامات والعقود، التي تحيل إلى أحكام البيع في ما لم يرد فيه نص خاص بباب المعاوضة⁽¹⁾.

ويمكن أن تهدف العملية إلى تحقيق أرباح جبائية عبر تحمل خسارة بيع أوراق مالية تراجعت قيمتها منذ تاريخ شرائها⁽²⁾.

2. انتقال ملكية الأسهم بحكم القانون: الميراث والمصادرة

المصادرة مصدر استثنائي لكسب الملكية وهي تندرج في إطار ما ورد بالفصل 22 من مجلة الحقوق العينية الذي ينص على أن تكتسب الملكية بعدة أوجه منها القانون. ويشار إلى أنه بعد الاستقلال البلاد وسقوط النظام الملكي، صدر القانون عدد 2 لسنة 1957 المؤرخ في 29 جويلية 1957 المتعلق بأخذ أملاك أفراد العائلة المالكة ثم القانون عدد 13 لسنة 1957 المؤرخ في 17 أوت 1957 المتعلق بمصادرة المكاسب غير المشروعة الذي نظم إجراءات مصادرة الأموال الناتجة عن استغلال النفوذ من الموظفين أو الوزراء أو العائلة الحاكمة أو من تحمل نيابة انتخابية، والذي أحدث بموجبه لجان جهوية للمصادرة تتولى البحث في التجاوزات ورفع تقارير عنها إلى محكمة القضاء العليا⁽³⁾.

وأبرز مثال على إمكانية اعتماد المصادرة مصدراً لكسب الملكية ما نص عليه الفصل الأول من المرسوم عدد 13 لسنة 2011 المؤرخ في 23 مارس 2011 المتعلق بمصادرة أموال منقولة وعقارية والذي جاء به أن «تصادر لفائدة الدولة التونسية وفق الشروط المنصوص عليها بهذا المرسوم وفي تاريخ إصداره، جميع الأموال المنقولة والعقارية والحقوق المكتسبة بعد 7 نوفمبر 1987 والراجعة للرئيس السابق للجمهورية التونسية زين العابدين بن الحاج حمدة بن الحاج حسن بن علي وزوجته ليلي بنت محمد بن رحومة الطرابلسي وبقية الأشخاص المبيينين بالقائمة الملحقة بهذا المرسوم وغيرهم ممن قد يثبت حصولهم على أموال منقولة أو عقارية أو حقوق جراء علاقاتهم بأولئك الأشخاص.

(1) الفصل 724 من مجلة الالتزامات والعقود.

(2) Dictionary of Financial Terms. 2008 Lightbulb Press, Inc.

(3) أحدثت المحكمة العليا بموجب الأمر الصادر في 9 أفريل 1956.

لا تمس المصادرة المقررة بمقتضى هذا المرسوم من حقوق الدائنين في المطالبة بالوفاء بديونهم المترتبة قبل 14 جانفي 2011 على أن يتم ذلك وفق الإجراءات المحددة بأحكام هذا المرسوم».

ويمكن أن تكون المصادرة أيضا بموجب حكم قضائي، وهو الأصل، كما في صورة مكافحة الفساد أو غسل الأموال. ففي هذه الحالة يكون انتقال الملك بحكم القانون لكن تجسيم كلمة القانون والكشف عنها يتم بواسطة القاضي. ومعلوم أن المصادرة تكون إما بناء على حكم جزائي قاض بالإدانة أو حتى في مغيب حكم بالإدانة.

1.2. المصادرة المستندة إلى إدانة جزائية *Criminal Forfeiture*

المصادرة المستندة إلى الإدانة إجراء موجه ضد الشخص *in personam*. وهي مصادرة تدرج في إطار تطبيق القانون الجزائي العادي أو الكلاسيكي حيث تعد المصادرة عقوبة مالية مثلها مثل عقوبة الخطية. غير أن المصادرة تهدف إلى جبر الضرر أو إرجاع الحالة إلى أصلها. فالشخص الذي يثبت أنه كون ثروته من الفساد ينبغي أن يعود إلى حالته الأصلية السابقة للجريمة وهي حالة عدم امتلاك ذلك المال.

2.2. المصادرة غير المستندة إلى إدانة جزائية *Non-Conviction Based Forfeiture*

المصادرة غير المستندة إلى الإدانة إجراء موجه ضد المال *in rem*. ويوجه عام يعتبر الفقه أن هذا الإجراء يمكن اتخاذه إثر موازنة بين الاحتمالات بحيث يرجح أن يكون المال ثمرة نشاط غير مشروع واستعمال غير مشروع للسلطة والنفوذ لكن دون وجود حجب لا يرقى إليها الشك حول إدانة الشخص. فهي مصادرة «موضوعية» تنصرف إلى الذمة المالية أو بعض عناصرها لا إلى صاحبها⁽¹⁾.

ويقطع النظر عن هذا الإطار العام، تطرح المصادرة جملة من الإشكاليات القانونية المستعصية أحيانا.

(1) Theodore S. GREENBERG, Linda M. SAMUEL, Wingate GRANT and Larissa GRAY: «Stolen Asset Recovery. A good practice guide for non-conviction based asset forfeitures», The World Bank eds, Washington, 2009, p. 14.

فالفصل الأول من المرسوم عدد 13 لسنة 2011 المذكور ينص في الفرع الأخير من فقرته الأولى على أنه إلى جانب الأشخاص المذكورين في ملحق المرسوم وعددهم 114، تتم مصادرة أملاك كل شخص «غيرهم معن قد يثبت حصولهم على أموال منقولة أو عقارية أو حقوق جراء علاقتهم بأولئك الأشخاص».

فهل تتم مصادرة أملاك الأشخاص غير المذكورين بالفقرة الأولى بقرار من لجنة المصادرة المحدثة بموجب الفصل 3 من نفس المرسوم أم أن الأمر يستوجب استصدار حكم قضائي يتم فيه احترام حقوق الدفاع والتقاضي على درجتين وحق الطعن بالتعقيب؟

ومن جهة أخرى، متى قررت الدولة لأسباب متصلة بالفاعلية وحسن التصرف في الأملاك المصادرة على تنوعها أن تحيل ملكية الأسهم إلى إحدى الشركات التي تملك الدولة نفسها كامل رأس مالها كمجمع الكرامة أو صندوق الودائع والأمانات، فهل تعامل العملية كأى عملية بيع أخرى ويحق بالتالي لبائعي المساهمين الذين لم تشملهم المصادرة أن يمارسوا حق الأفضلية والمصادرة إن تضمن القانون الأساسي للشركة شرط أفضلية ومصادرة؟ وهل يحق للدولة أن تتمسك إزاء هذا الطلب بخصوصية مصدر الملكية أم بخصوصية الشركة المحال إليها والتي يرجع رأس مالها بالكامل إلى الدولة؟ وبعبارة أخرى، هل يحق للدولة أن تتمسك بنظرية اختلاط الذمة لتعتبر أن الشركة المحال إليها إنما هي امتداد للشخصية القانونية للدولة بحكم امتلاك الدولة لكامل رأس مالها؟

نرى أن الموافقة على هذا التحليل فيها كثير من المجازفة القانونية باعتبار أن الشركات التي تملك الدولة كامل رأس مالها تعد مع ذلك أشخاصا معنوية مستقلة قانونا. كما أنه في القانون الدولي الخاص، تتمسك الدول باستمرار باستقلالية شخصيتها القانونية عن الشخصية القانونية للشركات التي يكون كامل رأس مالها أو أغلبها ملكا للدولة وذلك للتفصي من الأحكام الصادرة ضد تلك الشركات أو خصوصا لمنع التنفيذ على أملاك تلك الشركات حين يكون الحكم صادرا ضد الدولة نفسها⁽¹⁾.

(1) تراجع خصوصا قضية «كرايتون» ضد قطر:

Cass. (fr.) 1^{er} civ., 6 juillet 2000, *Creighton c. Ministère des Finances de l'Etat du Qatar*, 127 *Journal du Droit International* (Clunet) 1054, 1055 (2000), note

الفقرة الفرعية الخامسة: حق الأفضلية في الاكتتاب

لا تنفي طبيعة الشركة خفية الاسم كشركة أموال يطغى فيها الاعتبار المالي على الاعتبار الشخصي إمكانية وضع قواعد خاصة هدفها الحفاظ على مراكز القرار داخلها وعدم فتح الأبواب أمام المزاحمين والغرياء (الأجانب) عن الشركة لاحتلال مواقع هامة داخلها دون رغبة أغلبية المساهمين في ذلك. ومن الأحكام المكرسة لذلك، القواعد المتعلقة بحق الأفضلية في الاكتتاب (droit préférentiel de souscription- DPS).

فقد اقتضى الفصل 296 من مجلة الشركات التجارية أنه في صورة ترفع رأس مال الشركة بإصدار أسهم نقدية، يكون لكل واحد من المساهمين القدامى حق أفضلية في الاكتتاب في الأسهم الجديدة على نسبة ما له من أسهم في رأس المال الموجود. وهذا الحق في الأفضلية يكون بذاته قابلاً للتداول إذا كان منفصلاً عن أسهم هي بنفسها قابلة للتداول. فهو في حد ذاته «ورقة مالية». أما إذا كان السهم الذي يرتبط به حق الأفضلية غير قابل للتداول، فإن حق الأفضلية يكون قابلاً للإحالة بنفس الشروط المقررة للسهم ذاته.

ويمكن لكل مساهم أن يتنازل بصفة فردية عن حقه في الأفضلية. وإذا لم يمارس أحد المساهمين أو بعضهم حقهم في الأفضلية فإن ذلك الحق يحال إلى بقية المساهمين، كل على قدر مساهمته في رأس المال ويقدر ما طلبه. وباستنفاد المساهمين لحقهم في الأفضلية في الاكتتاب، يفتح رأس المال أمام غير المساهمين للاكتتاب في الباقي. ويجوز للجلسة العامة التي تقرر زيادة رأس المال أن تحذف حق الأفضلية.

I. PINGEL-LENUZZA; *Jurisclasseur Périodique*, éd. G., Pt. II, n° 10512, p. 764 (2001), note Charles KAPLAN et G. CUNIBERTI; 2001 *Rev. Arb.* 114, note Philippe LEBOULANGER; 2001 *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* 410, observations Eric LOQUIN; 2000 *Bull. ASA* 605, 609 (note Emmanuel GAILLARD, *Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des Etats et organisations internationales*, at 471; 15(9) *Int'l Arb. Cf.*, Emmanuel GAILLARD: «Effectiveness of Arbitral Awards, State Immunity from Execution and Autonomy of State Entities. Three Incompatible Principles», in «state entities in international arbitration, iai series on International arbitration n° 4 (E. Gaillard and J. Younan eds., Juris Publishing, 2008), p. 179 et ss.

الفقرة الفرعية السادسة: تغيير طبيعة الأوراق المالية

لا يمكن تغيير طبيعة الأوراق المالية إلا في حالة استثنائية، وهي حالة الرقاع القابلة للتحويل إلى أسهم *obligations convertibles en actions*، والتي يمكن أن يقرر صاحبها تحويلها من سندات ديون إلى سندات رأس مال بشرط احترام الموجبات التي سبق بيانها، وبشرط أن ينص عقد الإصدار على إمكانية التحويل. ويقع هذا التحويل بإرادة حامل الرقاع وحده، وهو ما لا يشكل استثناء للطبيعة العقدية لعلاقة حامل الرقاع بالشركة، باعتبار أن الشركة قد أعطت موافقتها على عملية التحويل مسبقاً ومنذ البداية عند إصدار هذا الصنف من الرقاع، في إطار «إيجاب مفتوح».

لكن يجوز بوجه عام أن يقع الترفع في رأس المال بإدماج ديون فيه وتحويلها إلى مساهمات في رأس المال. وفي هذه الحالة تخضع العملية إلى الأحكام العامة لترفع رأس المال بمقاصة الديون. وتحتاج هذه العملية إلى قرار من الجلسة العامة الخارقة للعادة وموافقة فردية من كل واحد من مالكي الرقاع. ولا يحق للجلسة العامة للمساهمين ولا للجلسة العامة الخاصة بمالكي الرقاع أن تقرر عوضاً عن مالك الرقعة.

Les sociétés en commandite par actions

القسم الثالث

شركة المقارضة بالأسهم هي شركة أسهم، تتميز بمرونتها وجمعها بين خصائص الشركة خفية الاسم وشركة المفازضة في نفس الوقت. فهذه الشركة تتكون من مقارض بالعمل (*commandité*) على الأقل ومن ثلاث مقارضين بالمال على الأقل (*commanditaires*). ويخضع المقارض بالعمل إلى النظام القانوني للشريك المتضامن في شركات الأشخاص، حيث يجب أن تكون له أهلية ممارسة التجارة، وهو يعد تاجراً، وله وحده إمكانية تولي تسيير الشركة. وللمقارضين بالعمل أن يختاروا شخصاً من غيرهم يكون وكيلاً للشركة.

أما المقارضون بالمال (ويسمّون «مساهمين»)، فيخضعون إلى نفس الأحكام المتعلقة بالمساهمين في الشركات خفية الاسم، ولا يعدّون تجاراً، وليس لهم تولي مناصب التسيير في الشركة. فهم يساهمون بالمال في تكوين رأس مال الشركة، ولا يتمتعون إلا بحقوق مالية، وهو ما يفسّر تسميتهم

«مقارضين بالمال». ويتقاسم هذان الصنفان من الشركاء الأدوار داخل الشركة. فالمقارضون بالعمل يختارون المسيرين من بينهم، بينما يختار المقارضون بالمال أعضاء هيكل المراقبة من بينهم.

وقد غير القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الشركات التجارية جانبا من النظام القانوني المنطبق على الشركاء المقارضين بالعمل إذ ألغيت قاعدة التفليس الشخصي والآلي لكافة الشركاء المقارضين بالعمل بمجرد تفليس الشركة تبعا لإلغاء الفقرة الرابعة من الفصل 55 من مجلة الشركات التجارية المتعلقة بالشركاء في شركة المفاوضة.

وبشكل عام، تنطبق على شركة المقارضة بالأسهم كافة القواعد المنطبقة على الشركات خفية الاسم عدا ما ورد به نص خاص، كما هو شأن الأحكام الواردة بالفصول من 176 إلى 209 من مجلة الشركات التجارية.

الشرع الأول

رأس المال

على غرار الشركات خفية الاسم ذات المساهمة الخصوصية، لا يمكن أن يقل رأس مال شركة المقارضة بالأسهم عن خمسة آلاف دينار. ويجب أن يتم تحرير مساهمة المقارضين بالمال (المساهمين) حالاً عند الاكتتاب، خلافاً للمساهمين في الشركات خفية الاسم. أما مساهمة المقارضين بالعمل، فيمكن أن يقع تحريرها في كل حين، كما هو الحال بالنسبة إلى مساهمة الشريك في شركة المفاوضة، ما لم ينص العقد التأسيسي على خلاف ذلك.

الشرع الثاني

الادارة

لا يمكن للمقارضين بالمال أن يتولوا منصب تسيير في شركة مقارضة بالأسهم، وليس لهم التدخل في تسيير الشركة بشكل مباشر أو غير مباشر ولو كان ذلك بمقتضى توكيل من المسير الأصلي، وإلا اعتبروا مقارضين بالعمل

وجاز للغير أن يطالبهم بأداء ديون الشركة بوجه التضامن غير المحدود، وذلك في حدود ما نجم عن العمليات التي تدخل كل واحد منهم فيها.

فيمكن أن يعين إما مقارض أو مقارضون بالعمل وكلاء للشركة، كما يمكن أن يقع تعيين وكيل من غير الشركاء إن رأى المقارضون بالعمل ذلك.

وللوكيل أوسع السلطات لتمثيل الشركة والتعاقد في حقها وإلزامها، وليس للشركة أن تحتج على الغير بتجاوزه لصلاحياته حتى في وجود شروط تحد من سلطاته تم إشهارها طبق القانون. فلا يعارض الغير بهذه الشروط، كما لا يمكن أن يعارض بتجاوز الوكيل لموضوع الشركة، إلا إذا ثبت أن ذلك الغير كان على علم بالتجاوز أو أنه ما كان له أن يجهله بالنظر إلى ظروف الواقعة. وإذا تعدد الوكلاء، كانت لجميعهم نفس السلطات إلا إذا قرر العقد التأسيسي توزيع الصلاحيات وتجزئتها بينهم وتخصيص كل واحد أو طائفة منهم بإجراء بعض العمليات أو المعاملات دون الباقيين. ويؤاخذ الوكيل في صورة تجاوزه لصلاحياته المحددة بالقانون أو بالعقد التأسيسي، ولو أن ذلك الخرق لا يعارض به الغير حسن النية.

ويعدّ الوكيل نائبا عن الشركاء، فلهم عزله في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها بالعقد التأسيسي، كما يمكن عزله قضائيا لسبب شرعي. ويرفع طلب العزل إلى قاضي الأصل الذي ينظر فيه طبق إجراءات القضاء الاستعجالي. وفي صورة إبرام عقد بين الشركة ووكيل من وكلائها أو مؤسسة لأحد الوكلاء مساهمة في رأس مالها أو له منصب في هيكل تسييرها، تخضع هذه العملية إلى نفس الأحكام المنطبقة على العمليات المنجزة بين الشركات خفية الاسم ومسيرها كما نص عليها الفصل 200 من مجلة الشركات التجارية، أي إلى مبدأ المبادلة العادلة والتقسيم الثلاثي للعمليات المنجزة بين الشركة ومسيرها: عمليات ممنوعة / عمليات مؤطرة / عمليات حرة.

الشرع الثالث

المقارضة

تخضع أعمال الوكيل أو الوكلاء إلى رقابة مستمرة يباشرها مجلس يسمى «مجلس الرقابة» تميزا له عن مجلس المراقبة في الشركة خفية الاسم. ويتركب هذا المجلس من ثلاث مساهمين على الأقل لا يمكن أن يكونوا من المقارضين

بالعمل. ويتم التعيين بقرار من المقارضين بالمال وحدهم، دون المقارضين بالعمل. وفي غياب نص مخالف بالعقد التأسيسي، يتم التعيين بقرار يتخذه المقارضون بالمال الماسكون لنصف رأس مال الشركة على الأقل. ويمكن للعقد التأسيسي أن يشترط نسبة تقل عن النصف أو تتجاوزه بحسب توزيع رأس المال بين مجمل المقارضين بالمال ومجمل المقارضين بالعمل. كما يمكن اشتراط الحصول على موافقة عدد أدنى من الشركاء.

وينتولى المجلس إجراء مراقبة على تسيير الشركة، وله صلاحيات تستوعب رقابة مراقبي الحسابات، ولو أن أعضاءه ليست لهم نفس الكفاءة المهنية والصناعية، لكنها تتجاوزها لتشمل مراقبة الإدارة والتسيير. ويحرر المجلس تقريراً يرفعه إلى الجلسة العامة العادية، يضمته الإخلاطات التي لاحظها. وللمجلس أيضاً أن يدعو الجلسة العامة للشركاء إلى الانعقاد إن تخلف الوكلاء عن ذلك. ويراقب المجلس بشكل خاص العمليات التي تبرم بين الشركة ووكلائها إن لم تكن ممنوعة. ولا تمضي هذه الاتفاقات إلا بموافقة المجلس.

ولا يتحمل أعضاء مجلس الرقابة أدنى مسؤولية عن أعمال التسيير التي يتجزأ المسيريون إلا إذا شاركوا فيها شخصياً. كما يساءلون في صورة عدم إعلام الجلسة العامة بالاختلالات التي يكتشفونها، وكذلك في صورة ارتكابهم لخطأ في مباشرة مهامهم.

الشرع الرابع

الجلسة العامة العادية

تتولى الجلسة العامة العادية اتخاذ جميع القرارات التي تتعلق بالسير العادي لأمر الشركة ومنها تعيين مجلس الرقابة. وتستوجب جميع القرارات التي تتخذها الجلسات العامة بنوعها (عادية / خارقة للعادة) الموافقة الشخصية لجميع المقارضين بالعمل. وتستثنى من ذلك القرارات المتعلقة بالمصادقة على التسيير وعلى تعيين أعضاء مجلس الرقابة.

ولا يمكن تعديل العقد التأسيسي إلا بموافقة جميع المقارضين بالعمل، ما لم ينص العقد التأسيسي على خلاف ذلك. ويتم إشهار قرار ترفيع رأس مال الشركة الذي يتخذ في هذا الإطار بسعي من وكيل الشركة.

الشرع الخامس

التغيير في شكل الشركة

تجيز مجلة الشركات التجارية تغيير شكل شركة المقارضة بالأسهم إلى شركة خفية الاسم أو إلى شركة ذات مسؤولية محدودة. ويفهم من ذلك أنه لا يمكن تغيير شكلها لتتخذ شكلاً آخر عدا ما ذكر (شركة مقارضة بسيطة - شركة مفاوضة - شركة محاصة). فإن رغب الشركاء في التخلي عن شكل شركة المقارضة لاعتماد أحد هذه الأشكال المذكورة أخيراً، كان عليهم أن يحلوا شركة المقارضة بالأسهم وأن يصفوها، ثم تكوين شركة جديدة تتخذ ذلك الشكل.

ويتخذ قرار تغيير الشكل من قبل الجلسة العامة الخارقة للعادة، التي يشترط أن تجتمع بحضور جميع المقارضين بالعمل وأغلبية المقارضين بالمال. ويجب أن يحضى قرار تغيير الشكل بموافقة كل المقارضين بالعمل وأغلبية المقارضين بالمال، أي أن الأغلبية المشتركة تساوي على الأقل النصاب اللازم لانعقاد الجلسة العامة. وفي كل الأحوال، لا يمكن تغيير شكل الشركة قبل مضي سنتين على تأسيسها في ما عدا صورة وفاة أحد المقارضين بالعمل.

وفي رأينا يجوز تحويل هذه الشركة إلى شركة أشخاص بإجماع كافة الشركاء بنوعيهما. ذلك أن قاعدة الفصل 403 من مجلة الشركات التجارية (فقرة أولى) إنما الهدف منها حماية المقارضين بالمال الذين لا يمكن أن يتحولوا إلى شركاء متضامنين في أداء ديون الشركة إلا بموافقتهم. فإن أجمعوا على ذلك فلا يوجد ما يمنع من إتمامه خاصة أن فيه تدعيماً لحقوق الغير وخاصة الدائنين، لا انتقاص منها.

الشرع السادس

انحلال الشركة

تتحل شركة المقارضة بالأسهم في نفس صور انحلال الشركات خفية الاسم. ولا تتحل في صورة وفاة الشريك المقارض بالمال، حيث يحل ورثته محله ولو كانوا قسراً. أما في صورة وفاة مقارض بالعمل، فإن الأمر يختلف بحسب عدد المقارضين بالعمل في الشركة.

فإذا كان هناك شريك وحيد مقارض بالعمل وكان جميع ورثته قَصْرًا، تنحل الشركة بانتهاء أجل ستة أشهر من وفاته ما لم يقع تعويض الشريك المتوفى بشريك جديد مقارض بالعمل أو تغيير شكل الشركة.

وإذا نصّ العقد التأسيسي على استمرار الشركة رغم وفاة الشريك الوحيد المقارض بالعمل أو فقدته الأهلية أو تعذر مباشرته لمهامه، فإنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب من القاضي الاستعجالي بالمحكمة الابتدائية التي بها مقر الشركة تعيين مسيرٍ وقتي إلا إذا كان للشركة وكيل عدا الشريك الوحيد المقارض بالعمل المتوفى. وتقتصر مهام المسير الوقتي على القيام بالأعمال العاجلة وبأعمال الإدارة التي يستوجبها الحال.

وتكون مدة تعيين المسير الوقتي ثلاثة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة تنحل على إثرها الشركة ما لم يقع تغيير شكل الشركة أو تسمية شريك جديد مقارض بالعمل. ويمكن أن يقع الاعتراض على الحكم الصادر بالتعيين من قبل كل من له مصلحة. ويجب على المعارض أن يستدعي للجلسة طالب التعيين والمسير الوقتي. ويصدر الحكم الاعتراضي بعد سماع كافة الأطراف. ويقدر القاضي جدية طلب تعويض المسير الوقتي ويقرر في شأنه ما يرى فيه مصلحة الشركة. وإذا تعدد الشركاء المقارضون بالعمل، فالمبدأ أن وفاة أحدهم ينجر عنها انحلال الشركة، وتستثنى من ذلك الحالة التي ينص فيها العقد التأسيسي على استمرار الشركة مع وريثة المتوفى، حيث يكتسب هؤلاء صفة المقارضين بالمال بصفة آلية.

وفي صورة تفليس الشريك الوحيد المقارض بالعمل أو تحجير ممارسة التجارة عليه أو فقد أهليته أو انتقاصها، فإن الشركة تنحل، إلا إذا قرر بقية الشركاء استمرارها في ما بينهم وخدمهم، ويشترط لذلك إجماعهم. وفي هذه الحالة تتحول الشركة آليا إلى شركة ذات مسؤولية محدودة ما لم يقع الاتفاق على أن يتحول أحدهم إلى مقارض بالعمل وعلى أن يتحمل مسؤولية تسيير الشركة.

التسم الرابع

الشركات ذات رأس المال المتغير
Les sociétés à capital variable

خصّ القانون التونسي شركات الأسهم (الشركات خفية الاسم وشركات المقارضة بالأسهم) بأحكام وقواعد لا يمكن تطبيقها على بقية الشركات، ومنها

الأحكام المتعلقة بتغير رأس المال، حيث يمكن لهذه الشركات وحدها أن تكون ذات رأس مال متغير، أي أن يقلل رأس مالها الزيادة أو الحطّ دون لزوم الرجوع إلى الجلسة العامة الخارقة للعادة وتعديل العقد التأسيسي. ذلك أنه في صورة اختيار هذه الصيغة، يكون من الممكن ترفع رأس المال بواسطة دفعات متتابعة يقوم بها الشركاء أو بانضمام شركاء جدد، ويكون من الممكن تخفيضه باسترجاع شريك أو بعض الشركاء لقيمة أسهمهم أو لجزء منها.

الشرع الأول

يجب أن يقع بيان أدنى رأس المال في العقد التأسيسي، وهذا الأدنى لا يمكن أن يقل عن خمسة بالمائة (1/20) من رأس المال الأصلي. ولا يمكن لرأس المال الأصلي أن يتجاوز عشرة آلاف دينار، ويمكن أن تقع الزيادة فيه بمقتضى قرار تصدره الجلسة العامة العادية سنة بعد سنة بمبلغ لا يتجاوز عشرة آلاف دينار كل مرة.

الشرع الثاني

لكل واحد من الشركاء في الشركة ذات رأس المال المتغير ملكية خالصة لمناب من رأس المال وله حق الإنسحاب من الشركة دون لزوم الرجوع إلى تعقيدات إجراءات التخفيض في رأس المال المتبعة في الشركات الأخرى. ويجوز أيضا أن يقع إخراج كل شريك من هذه الشركة.

الفقرة الأولى، الحق في ملكية مناب من رأس المال

يتحصل كل شريك على عدد من الأسهم تعادل قيمتها مبلغ مساهمته في رأس المال. وهذه الأسهم تكون اسمية بالضرورة، ولا يمكن أن يقع التفويت فيها قبل التكوين النهائي للشركة. ويصبح التداول ممكنا بعد أن تسجل الأسهم في دفاتر الشركة. على أنه يمكن الحد من حرية تداولها بموجب شرط يدرج في

العقد التأسيسي يتضمن تخويل هيكل التسيير أو الجلسة العامة حق المعارضة في التفويت (شرط مصادقة)⁽¹⁾.

والأصل أن الشريك لا يمكن جبره على الزيادة في التزاماته أو على التخلي عن مساهمته في الشركة. ويترتب عن قاعدة عدم جواز حمل الشريك على زيادة التزاماته أنه لا يمكن مثلاً إجباره على تقديم مساهمات إضافية وخصوصاً عبر الزيادة في القيمة الاسمية للأسهم دون موافقته. وتستثنى من ذلك الصورة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 40 من القانون عدد 65 لسنة 2001 المؤرخ في 10 جويلية 2001 المتعلقة بمؤسسات القرض والذي يجيز لمحافظ البنك المركزي التونسي أن يدعو المساهمين الأساسيين في مؤسسة قرض كلما «اقتضى الوضع ذلك» إلى تقديم الدعم لتلك المؤسسة. وهذه القاعدة لا تهم شركات المقارضة لأن البنوك يجب أن تتخذ شكل شركات خفية الاسم دون غيره، ولا يمكن أن يكون رأس مالها متغيراً.

وجدير بالملاحظة أن القضاء الفرنسي يميز بين زيادة التزامات الشركاء، من جهة، والقرارات التي تؤدي إلى تقليص مصلحة الشركاء في البقاء في الشركة من جهة أخرى. ومن ثمة فإن القرارات التي تؤدي عملياً إلى تضائل مصلحة المساهم في البقاء في الشركة لا تخضع إلى شرط الإجماع، خلافاً للقرارات التي تفرض على المساهم التزامات جديدة⁽²⁾.

الفقرة الثانية، حق الانسحاب من الشركة

الأصل أن لكل شريك الانسحاب من الشركة في كل حين، إلا إذا نص العقد التأسيسي على خلافه. ولا حاجة إلى عقد جلسة عامة عند انسحاب أحد

(1) قرار تعقيبي عدد 62453 مؤرخ في 15 مارس 1999 نشرية محكمة التعقيب لعام 1999، الجزء الثاني، ص. 143: «إن مصادقة أعضاء مجلس الإدارة في جلسة عامة خارقة للعادة على تعيين المشتري لبعض أسهم الشركة خلافاً لما يقتضيه قانونها الأساسي يعتبر إجازة لاحقة على عملية الشراء والإجازة اللاحقة كالمصادقة السابقة».

(2) Cour de cassation (fr.), Chambre commerciale, financière et économique, arrêt n° 1068 du 26 octobre 2010 (09-71.404), *Mutuelle Optique mutualiste la Roussillonnaise c. Société Cooptimut, société anonyme et Société Visaudio, anciennement dénommée Cooptimut optique*, http://www.cour-decassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_financiere_economique_574/1068_26_17955.html

الشركاء، مع أن انسحابه يؤدي إلى التقيص من رأس المال. فالشركة من طبيعتها أن رأس مالها متغير.

غير أن موطن الغموض في النص الحالي هو أنه لا يبين ما إذا كان خروج الشركاء بحرّية يمكن أن يؤدي إلى نزول عدد الشركاء إلى ما دون الأدنى المقرر قانوناً بحسب نوع الشركة (7 شركاء في الشركة خفية الاسم و4 شركاء في شركات المقارضة بالأسهم)، أم أنه ينبغي أن يظل في كل الأحوال محترماً لتلك القواعد. وأول ما يلاحظ في هذا الشأن أن الشركة خفية الاسم نفسها يجوز بصفة استثنائية أن ينزل عدد الشركاء فيها إلى ما دون السبعة، فيكون لزاماً عليها أن تسوي الوضع في أجل محدد ولا جاز طلب حلّها، فكيف بالشركة ذات رأس المال المتغير التي تمثل أهم ميزات في حرية الشركاء في الخروج من الشركة دون قيود أو شكليات معقدة!

ويبقى الشريك المنسحب مطالباً ومسؤولاً إزاء الشركة وإزاء الغير في خصوص جميع الالتزامات القائمة عند انسحابه من الشركة، وذلك خلال السنوات الخمس الموالية للانسحاب، في حدود ما استرجعه من رأس المال. وتسري نفس القاعدة على الشريك الذي يقع إقصاؤه من الشركة.

الفقرة الثالثة، إمكانية إقصاء شريك من الشركة

يمكن أن يتضمن العقد التأسيسي شرطاً يتعلق بجواز إقصاء شريك أو شركاء من الشركة، بشرط الحصول على الأغلبية المشتركة لتنقيح القانون الأساسي للشركة. والإقصاء أو الإخراج من الشركة l'exclusion عقوبة مدنية يجوز للشركاء تطبيقها دون تعسف، وهي من التقنيات الحديثة التي تهدف إلى الحفاظ على الوثام داخل الشركة، وذلك بحث الشركاء على تجنب الشغب وإحداث البلبلة غير المبررة داخل الشركة، ولو أن القانون التونسي كرسها كقاعدة عامة بالفصل 1327 من مجلة الالتزامات والعقود وكقاعدة خاصة بالشركات ذات رأس المال المتغير مع أن الحاجة إليها تبرز بوضوح في الأصناف الأخرى وخاصة شركات الأموال.

وجدير بالذكر أن إخراج الشريك من الشركة هو حل أقصى يهدف إلى إنقاذ الشركة من الاندثار، وذلك في موازنة بين خطر انحلال الشركة بسبب سلوك أحد الشركاء، وبين خطر التعسف في إخراج شريك من شركة ساهم في إحداثها

أو تطورها والمساس بحق الملكية، ولذلك تشترط فيه شروط مشددة تتمحور حول تسببه بشكل ثابت قطعاً في خطر حل الشركة بسبب تعته أو تعسفه أو سوء نيته أو تقصيره الواضح في الوفاء بالتزام قانوني أو تعاقدى لا مراة فيه⁽¹⁾.

الجزء الثالث

كُتل الشركات

Les regroupements de sociétés

Companies groupings

(1) Comp. with subparagraph (1) of Section 102 of the Latvian Commercial Law (*Expulsion of a Member of a Partnership Pursuant to a Request of the Other Members of the Partnership*):

"(1) In cases, when the rights which, in accordance with the provisions of Section 98 of this Law, allow an action to be brought in court regarding the termination of the partnership have arisen for the members of a partnership, they may instead request the court to expel the member at fault from the partnership".

الباب الأول:

تجمع المصالح الاقتصادية

Le groupement d'intérêts économiques (GIE)

خلافا للاندماج الذي يمسّ بالوجود القانوني للشركات المعنية به، بحيث يؤدي إلى اندثار الشخصية القانونية لجميع الشركات المندمجة وذوبانها جميعا في شخص معنوي جديد، أو إبقاء واحدة منها فقط، فإن مصلحة المستثمرين في تلك الشركات قد تقتضي وضع صيغ للتقارب الاقتصادي بينها وتوحيد جهودها لتحقيق غاية معينة مع احتفاظ كل واحدة منها بكيانها القانوني الخاص وبمصالحها الاقتصادية والمالية الخاصة بها. وقد ظهر تجمع المصالح الاقتصادية كصيغة تعاقدية ميزتها المرونة والاستجابة لرغبة المستثمرين في التعاون دون فقدان الكيان القانوني الذي أنشؤوه لخدمة مصالحهم الجماعية، مع إمكانية وضع إطار لتعاون دائم أو مؤقت، دون أن تفقد الشركات المتمتعة إلى تجمع المصالح الاقتصادية شخصيتها القانونية الخاصة بها، ودون أن توجد بالضرورة علاقة هيمنة لإحدى الشركات على باقيها⁽¹⁾. واستجابة لنداء الفقه⁽²⁾، تم تنظيمه لأول مرة في مجلة الشركات التجارية.

ويقوم هذا التجمع على تقنية التعاقد، ويتميز بهيمنة مبدأ الحرية. وهو يقترب كثيرا من الشركة دون أن يمتزج بها حتى في الصورة التي يكون له فيها

تنشأ الشركة كائنا فريدا متفردا بالمقارنة مع بقية الكائنات القانونية، لكنها لا تخلو من "عائلة". فهي إما أن تكون صنيعة شخص طبيعي (منذ سنة 2000) أو عدد من الأشخاص الطبيعيين، وهو ما ينفي بالضرورة انتمائها إلى عائلة ما، وإما أن تكون صنيعة شخص معنوي يقرر إحداثها لأسباب تتعلق بالتمويل أو بصيغة إدارة مشروع معين، فتكون "متفرعة" عنه *affiliate company*، وتكون الشركة التي أحدثتها «أما لها». وإذا وجدت شركات أخرى شبيهة بها أحدثتها ذات الشركة «الأم» فهنّ أخوات شقيقات أو غير شقيقات بحسب الحال. فتبرز مجموعات الشركات كمائلة تحضر فيها مفاهيم قانون العائلة كالتضامن العائلي ورابطة النسب... فلا ينقصها إلا الأب... وذلك هو تجمع الشركات (الباب الثاني).

وقد تجتمع شركات على مصلحة معينة تقتضي منها التعاون لتحقيق أفضل نتيجة اقتصادية ممكنة من خلال تقاسم الأعباء والمصاريف، لكن في غياب «رابطة النسب» ودون نية التحول إلى عائلة واحدة. وذلك هو تجمع المصالح الاقتصادية (الباب الأول).

(1) Cf., par exemple: J.M.J. BOUSSARD RAVEL: «Groupements momentanés d'entreprises», thèse Paris II, 1991 ; M. BORYZEWICZ (sous la direction de): « Les groupements d'intérêt économique », éd. Puf, Paris 1972, Travaux et mémoires de la Faculté de Droit et de science politique d'Aix-Marseille, Centre d'études notariales ; F. LEMEUNIER : « Groupement d'intérêt économique (GIE), groupement européen d'intérêt économique (GEIE). Création. Gestion », 10è édition, Paris, Delmas 1999 ; C. RUBELLAN : « Les groupements d'employeurs », éd. Economica, Paris 1997.

(2) Youssef KNANI: «L'entreprise, l'Etat et le Droit: Réflexions sur les insuffisances du droit commercial tunisien», Revue Tunisienne de Droit, 1993, p. 79 et ss., spéc. p. 90.

تكوين تجمع المصالح الاقتصادية

يتم تكوين تجمع المصالح الاقتصادية من قبل شخصين أو أكثر بموجب عقد يتم اعتماده لإنجاز موجبات الإشهار القانوني.

القسم الأول

يمكن أن يكون أطراف عقد تأسيس تجمع المصالح الاقتصادية أشخاصا معنويين أو طبيعيين. ويمكن أن يكونوا من التجار أو من غيرهم، كالفلاحين⁽¹⁾. كما يمكن أن يكون أعضاؤه من أشخاص القانون العام أو الخاص على حد سواء. ويجوز تكوينه بين أشخاص يمارسون مهنة حرة، كالمحامين والبيطرة والأطباء والمهندسين والخبراء المحاسبين والصيدالة البيولوجيين وغيرهم. ويمكن بالتالي التساؤل عن مبرر إدراج أحكامه بمجلة الشركات التجارية، كما هو الشأن بالنسبة لشركات الأشخاص التي تكون مدنية أو تجارية بحسب موضوعها. كما يمكن تأسيسه من قبل أشخاص يمارسون مهنة تجارية خاضعة لنظام قانوني خاص بهم، كالصيادلة. ويمكن أن يكون أيضا إطارا للتعاون بين أصحاب مهنة متعددة لأنه ليس بشركة، كمحام وعدل منقذ وخبير محاسب، بشرط عدم خرق قواعد التخصص والحدود المرسومة قانونا بين هذه المهن.

وكنتيجة لارتباطه بنشاط أعضائه، يصطبغ تجمع المصالح الاقتصادية بطبيعة نشاط الأعضاء، فيكون تجاريا إذا كانوا تجارا، ويكون مدنيا إذا كانوا من غير التجار.

وقد تعرض القضاء التونسي إلى نزاع يتعلق بتجمعات مصالح اقتصادية قبل صدور مجلة التحكيم بموجب القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ

(1) إذا كان تجمع المصالح الاقتصادية مدنيا فإن النزاعات المتعلقة به تكون من اختصاص القضاء المدني. يراجع: مالك. الغزواني، مقال سابق الذكر، ص. 198.

رأس مال⁽²⁾. غير أنه إذا كان لتجمع المصالح الاقتصادية رأس مال خاص به وحقق أرباحا من جراء النشاط الذي يقوم به، فإنه يصبح أقرب ما يكون إلى شركات الأشخاص. ولعل هذا ما يفسر إخضاعه إلى النظام الجبائي لشركات الأشخاص⁽³⁾ كما يفسر وجود أحكامه في مجلة الشركات التجارية وإشهاره في السجل التجاري. ويمكن الفارق الأساسي مع الشركة في العنصر المعنوي المسمى فقها «*affectio cooperationis*» أي «روح التعاون»⁽⁴⁾.

ويهدف تجمع المصالح الاقتصادية إلى تسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائه أو تحسين نتائج ذلك النشاط وتنميتها. ويشمل ذلك على سبيل المثال الغرف التجارية المشتركة، والتي تهدف إلى مساعدة أعضائها على البحث عن آفاق تجارية وفرص شراكة في كلا البلدين المعنيين.

وهو يتكون من شخصين أو أكثر، يمكن أن يكون أحدهما أو كلاهما شركة تجارية، كما يمكن تكوينه حتى من قبل شخصين طبيعيين أو شخص طبيعي وشركة. ويجب أن يكون موضوعه متصلا بالنشاط الاقتصادي لأعضائه ولا يمكن إلا أن تكون له صبغة متصلة بذلك النشاط، وإلا فقد صفة تجمع المصالح الاقتصادية وعُدَّ شركة.

ويلاحظ أن الفصل 439 من مجلة الشركات التجارية تضمن في صيغته الأولى خطأ واضحا إذ نصّ على أنه يتكون من شخص أو أكثر، حال أنه من الواضح أن تجمعا لا يمكن تكوينه من شخص واحد⁽⁴⁾. وقد تم تدارك هذا الخطأ المادي في تعديل 27 جويلية 2005.

(1) مالك الغزواني: «تجمع المصالح الاقتصادية»، أعمال ملتقى دولي حول «مجلة الشركات التجارية»، تونس 5-6 أبريل 2001، ط. مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2002، ص. 210-181، وخصر ص. 186 وما يليها.

(2) Yves GUYON: «Droit des affaires», 10^e édition, Economica, Tome I, n° 111 et ss.; J. PELLERIN: «La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé», *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1981, p. 488 et ss., spéc. p. 493.

(3) Yves Guyon: «Groupement d'intérêt économique», *Répertoire Dalloz des Sociétés*, Tome III, n° 50.

(4) مالك الغزواني، مرجع سابق، ص. 202-201.

في 26 أبريل 1993 وقبل صدور مجلة الشركات التجارية، فاعتبر أن تجمع المصالح الاقتصادية له الشخصية القانونية وأنه يخضع للقانون الجنائي والقانون المحاسبي للبلاد التي تم تأسيسه فيها. فقد اعتبرت المحكمة الإدارية في قرار إستئنافي عدد 1082 بتاريخ 1 فيفري 1993⁽¹⁾ أن تجمع المصالح الاقتصادية يتمتع بالشخصية القانونية وله أهلية التعاقد ولو لم يوجد نص تشريعي يقر له بذلك، لكن تعاقد الدولة معه على التحكيم يكون باطلا إذا كان التحكيم داخليا. وجاء في قرارها ما يلي:

«من جهة الأصل:

عن المستند الأول: حيث إن النظر في صحة إشتراط التحكيم من عدمه الذي هو موضوع دعوى المستأنف ضده لدى محكمة البداية يدخل في اختصاص القضاء عامة عملا بأحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية وخاصة منها الفصل 40 والفصل 258 وما بعده... وحيث إنه بخصوص تعهد المحكمة الإدارية بالذات تجدر الملاحظة بأن اختصاص هذه المحكمة تبرره صبغة العقد الذي بالنظر إلى موضوعه -الذي هو إنجاز عمومي- يبقى عقدا إداريا بالأساس وما الشرط التحكيمي والحالة هذه إلا فرع من أصله، ضرورة أنه لولا ذلك العقد لما وجد الشرط التحكيمي الذي تصادق عليه الطرفان لحسم كل خلاف تكون له علاقة بتنفيذ العقد، وبهذا الاعتبار يغدو قاضي الشرط التحكيمي هو قاضي الأصل...

عن المستندين الثاني والثالث معا: حيث إستند المستأنف إلى كونه أدخل إلى البلاد التونسية آليات ومعدات جالبا إياها من فرنسا تحت نظام العبور المؤقت ليستخلص أن هذه العملية هي بمثابة حركة مكاسب وأموال عبر الحدود، الأمر الذي يسوغ معه إعتبار تخريج الصفقة المبرمة بين الطرفين مخرج العقد الدولي

(1) قضية مجمع «باك - قفاف» Groupement BEC-GTAF ضد وزارة التجهيز والإسكان نشر مبدؤه بالمجلة التونسية للإدارة العمومية (Revue Tunisienne de l'Administration Publique)، العدد 22، الثلاثية الرابعة، ص. 25. أنظر، أحمد الورفلي: «من فقه القضاء التونسي في ميدان التحكيم»، مجلة التحكيم (النسخة العربية)، العدد الأول، شباط/فيفري 2009، ص. 325 وكذلك الصيغة الانجليزية:

Ahmed OUERFELLI: «Tunisian Case Law», Journal of Arbitration, No. 1, February 2009, p. 455.

المخول فيه اللجوء إلى طريقة التحكيم خلافا لما نص عليه الفصلان 251 و260 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

وحيث إقتضاء بأحكام الاتفاقية الدولية المصادق عليها بالقانون المؤرخ في 10 أبريل 1967⁽¹⁾، لا يجوز للدولة الإلتجاء إلى التحكيم في العقود المبرمة من طرفها إلا متى توفرت فيها في ذات الوقت الصبغتان الدولية والتجارية.

لكن حيث اتضح من أوراق القضية أن مجمع باك-قفاف إنما هو مؤسسة تكونت بتونس خصيصا لتحقيق أغراض الصفقة المبرمة بين الدولة التونسية ممثلة في وزارة التجهيز وإن الشركتين المؤلف منهما ذلك المجمع هما شركتا «باك» الفرنسية و«قفاف» التونسية، وإن المجمع يحكم تكوينه بتونس وجنسية الطرف التونسي وكون الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها هي أهداف تونسية، فهو خاضع حتما للقانون التونسي ولقواعد الحسابية والحجاية التونسية، لذلك فالعقد ليس بالعقد الدولي وإنما هو عقد خاضع للقانون الداخلي التونسي خلافا لما تمسك به المستأنف.

وحيث إن هذا الإستنتاج يفني عن النظر فيما إذا كانت للعقد صبغة تجارية أم لا، طالما أن ركن الصبغة الدولية وركن تعلقه بالتجارة هما ركنان متلازمان إن إختل أحدهما يفقد العقد أحد شرطيه الضروريين معا، وبالتالي فإن اللجوء إلى التحكيم من قبل الدولة لا يكون في هذه الحالة جائزا. وحيث بات المستندان اللذان أثارهما المستأنف في هذا الشأن غير وجيهين وتعين بالتالي ردهما.

[قبول الاستئناف شكلا ورفضه أصلا].

والملاحظ أن نفس الحكم الاستئنافي الذي كان محل نظر المحكمة الإدارية في قرارها المذكور تم الطعن فيه لدى محكمة التعقيب (العدلية) فقضت فيه أيضا ببطلان الشرط التحكيمي⁽²⁾.

(1) اتفاقية الأمم المتحدة المؤرخة في 10 جوان 1958 الصادرة بنيويورك والمتعلقة بالإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

(2) محكمة التعقيب، قرار عدد 36039 بتاريخ 27 أكتوبر 1993، (قضية مجمع «باك - قفاف» Groupement BEC-GTAF ضد المكلف العام بتزاعات الدولة في حق وزارة التجهيز)، غير منشور.

فقد رأت المحكمة الإدارية في قرارها المذكور عكس ما ذهبت إليه محكمة تونس الابتدائية في قضية الشركة التونسية للكهرباء والغاز ضد انتربوز⁽¹⁾، فأقرت عدم جواز التحكيم في النزاعات الدولية التي تكون فيها الدولة وغيرها من الذوات المعنوية العمومية طرفاً، وذلك في قضية مجمع «باك-كتاف» ضد وزارة التجهيز، حيث بدأت المحكمة بإقرار اختصاصها للنظر في هذا النزاع، ثم نفت الصيغة الدولية عن التحكيم، لتنتهي إلى بطلان الشرط التحكيمي المدرج في العقد على أساس أنه عقد إداري مبرم في إطار ممارسة الدولة وظائفها السيادية بما يجعلها في وضع مميز عن وضع الخواص ويؤكد تفوقها عليهم بموجب الشروط غير المألوفة المدرجة في العقد، فلا يجوز أن تلجأ إلى التحكيم الذي يبنّي على المساواة بين أطرافه.

وفي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتونس، ذكرت المحكمة بأن «مجمع الشركات هو اجتماع مؤقت لشركات مستقلة قانونياً ومالياً من أجل توحيد مواردها ومهاراتها للقيام بمشروع معين أو لتوحيد قواها الشرائية». ثم اعتبرت المحكمة أن تجمع المصالح الاقتصادية (الذي سُمّي «المجمع») يخضع إلى القاعدة العامة في ما يخص الشركات والتي مقتضاها أن كل شركة ما عدا شركة المحاصة تتمتع بالشخصية المعنوية حتى يثبت إنقضاؤها لتؤكد من وراء ذلك أنه طالما ثبت أن تكوين تجمع المصالح الاقتصادية وقع إظهاره طبق القانون فإنه يحمل على المحافظة على شخصيته القانونية حتى يثبت خلافه، وبالتالي يحق لهذا «المجمع» أن يبرم اتفاقية تحكيم وأن يكون طرفاً في نزاع تحكيمي وأن يضمن بالإبطال في حكم التحكيم⁽²⁾.

(1) المحكمة الابتدائية بتونس، قضية الشركة التونسية للكهرباء والغاز ضد شركة انتربوز *STEG c. Entrepouse*، قضية عدد 1303، حكم ابتدائي بتاريخ 29 مارس 1976، منشور بالمجلة القانونية التونسية 1977، العدد 2، ص. 31، تعليق فاروق المشري، وكذلك: *Revue de l'Arbitrage*, 1976, p. 268, note F. MECHRI.

(2) قضية «فيروكوم»: محكمة الاستئناف بتونس، 19 ماي 2009، قضية عدد 69135، المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الفلاحة ضد مجمع فيروفيال-كومترا «فيروكوم». أنظر خصوصاً تعليق الأستاذ لطفي الشاذلي بمجلة التحكيم العالمية (لبنان)، العدد العاشر، سنة 2011، ص. 255، وكذلك:

Ahmed OUEFFELI : « *L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne* », op. cit., p. 173. ; Sami BOSTANI : « Réformer le système d'arbitrabilité des litiges en droit tunisien : pourquoi et comment ? », in *Actes du colloque organisé les 18 et 19 oct. 2012 par le Driman, sous dir. Sami BOSTANI et Ferhat HORCHANI*, éd.

ومع ذلك فإن الشخصية القانونية لتجمع المصالح الاقتصادية هي شخصية شفافة وتتجاوز شفافيتها ما تنسم به شركات الأشخاص باعتبار تبعيته حتى من حيث النشاط لنشاط أعضائه، مما جعل فقه القضاء الفرنسي ينفي عنه الحق في الملكية التجارية⁽¹⁾ قبل أن يعترف له بها المشرع الفرنسي في قانون 13 جوان 1989 ثم مجلة الشركات التجارية التونسية في فصلها 443.

القسم الثاني

يتم تكوين تجمع المصالح الاقتصادية بموجب عقد. ويرم هذا العقد بين الأشخاص أو الشركات التي تختاره صيغة للتعاون والتآزر بينها. ويجب تحرير كتب في شأنه، يتخذ إما شكل الكتب الخطي⁽²⁾ وإما صيغة الكتب الرسمي. وإذا تم تقديم مساهمة عينية في رأس ماله تشمل عقاراً مسجلاً، فإنه يجب تحرير الكتب بواسطة أحد محرري العقود العقارية، وهم : عدول الإشهاد والمحامون غير المتمرنين وحافظ الملكية العقارية. ويسمى هذا العقد «عقداً تأسيسياً»، وهو يتضمن وجوباً للبيانات التالية:

- تسمية تجمع المصالح الاقتصادية الواقع تكوينه،
- الاسم أو الاسم الجماعي للشركات والمؤسسات المتمية إليه والشكل القانوني لكل واحدة منها ومقراتها وعدد الترسيم بالسجل التجاري لما كان منها مرسماً به.

ويقترض أن ينص العقد التأسيسي على بيان الغرض من تجمع المصالح الاقتصادية وحقوق كل طرف فيه والتزاماته. ويمكن أن يتضمن إعفاء الأعضاء الجدد الذين ينضمون إليه من الديون السابقة لانضمامهم طبق ما جاء بالفصل

Latrach, Tunis 2013, p. 226 ; Walid BEN HAMDA : « Le contrôle de la validité de la convention d'arbitrage par le juge étatique : étude des solutions tunisiennes », in *Le juge et l'arbitrage, actes du colloque « 20^e anniversaire du Code tunisien de l'arbitrage »*, éd. Pedone, Paris 2014, p. 185 et ss., spéc. p. 198 et ss.

(1) *Cass. Civ. (fr.)*, 18 fév. 1975, *Dalloz* 1975, p. 366, note Yves GUYON.

(2) بما في ذلك الكتب الإلكتروني طبق أحكام القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية والفصل 493 مكرر من مجلة الالتزامات والعقود المضاف بموجب القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000.

446 من مجلة الشركات التجارية. وكما يقع إشهار العقد التأسيسي، فإن شرط الإعفاء المشار إليه يجب إشهاره بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية ويجريدين يوميتين صادرتين بالبلاد التونسية إحداهما على الأقل باللغة العربية. ويلاحظ أن حذف الإشهار بجريدين بموجب القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 يطرح إشكالا في خصوص مدى شموله تجميع المصالح الاقتصادية. ذلك أن الفصل 15 من مجلة الشركات التجارية المتضمن للقواعد العامة لإشهار التأسيس ورد في العنوان الثاني (تسجيل وإشهار الشركات) من الكتاب الأول (أحكام مشتركة بين مختلف أنواع الشركات التجارية) وهو ما يوحي بأنه لا ينطبق على تجميع المصالح الاقتصادية الذي لم يعتبره المشرع شركة. ومن ناحية أخرى فإن الفصل 446 من مجلة الشركات التجارية أحال في خصوص إشهار الإعفاء من الديون السابقة إلى أحكام الفصل 16 من نفس المجلة المتعلقة بإيداع عقود تأسيس الشركات وإشهارها والذي يستوعب أحكام الفصل 15 المتعلقة بالإشهار بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية ويجريدين والذي حذف منه الإشهار بجريدين بموجب تعديل 16 مارس 2009.

ويستتج من ذلك أن إشهار شرط الإعفاء من الديون السابقة يسري عليه الفصل 16 من مجلة الشركات التجارية الذي حذف منه الإشهار بجريدين منذ تعديل 16 مارس 2009. كما أن المنطق يقتضي أن لا يتم إشهار تجميع المصالح الاقتصادية بوسائل تتجاوز ما هو مقرر للشركات بوجه عام.

ولا يمكن أن يتضمن العقد التأسيسي قرار إصدار أوراق مالية قابلة للتداول بحرية، حتى لا يتحول تجميع المصالح الاقتصادية إلى شركة مساهمة.

ويبين العقد التأسيسي أيضا أوجه تسيير التجمع وممارسة السلطات داخله.

ترسيم تجميع المصالح الاقتصادية بالسجل

التجاري وإشهاره بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية

القسم الثالث

يميز القانون التونسي بين الترسيم والإشهار رغم ما ينطوي عليه الترسيم بالسجل التجاري من غاية إشهارية. ويتم ترسيم التجمع بالسجل التجاري. ولا تنشأ لتجميع المصالح الاقتصادية شخصية قانونية إلا من تاريخ ذلك الترسيم. وعلاوة على ذلك، يجب إشهار تكوينه بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية. أما الإشهار بجريدين يوميتين صادرتين بالبلاد التونسية إحداهما على الأقل باللغة

العربية المنصوص عليه بالفصل 15 من مجلة الشركات التجارية فقد وقع حذفه بموجب أحكام الفصل الأول من القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 الذي نفع الفصل 15 من مجلة الشركات التجارية والذي يحيل إليه الفصل 448 من نفس المجلة في معرض إحالته إلى الفصلين 3 و16 من نفس المجلة. كما تخضع لوجوب الإشهار الشروط المتضمنة إعفاء الأعضاء الجدد من الديون السابقة لانضمامهم إلى تجميع المصالح الاقتصادية.

كما يجب أن يتم التنصيص على عبارة «تجميع مصالح اقتصادية» أو العبارة المختصرة «ت.م.إ.» في جميع الوثائق والفواتير والرسائل والإعلانات والإشهارات المختلفة الصادرة عن التجمع إثر ذكر تسميته. وإذا كان تجميع المصالح الاقتصادية في حالة تصفية، فيجب أن تضاف عبارة «في وضع تصفية» إلى العبارة السالف ذكرها.

وقد أحيطت قواعد الإشهار بأحكام جزائية لمنع التحايل على الغير. فقد نص الفصل 455 من مجلة الشركات التجارية على عقاب بخطية تتراوح بين 300 و3.000 دينار لكل من يستعمل تسمية «تجميع مصالح اقتصادية» أو علامة «ت.م.إ.» استعمالا مخالفا للقانون وكذلك كل استعمال لـ «تعبير من شأنه إنشاء خلط مع تلك التسمية»، وهي عبارة فضفاضة لا تتماشى مع دقة النصوص الجزائية.

المبحث الثاني

سير أمور تجميع المصالح الاقتصادية

تشبه هيكلية تجميع المصالح الاقتصادية نسيجا هيكلية الشركة، إذ تتخذ القرارات التصيرية في إطار جمعية تقوم بدور مماثل لدور الجلسة العامة بينما يتم التسيير اليومي من قبل ممثل قانوني للتجمع بكامله. ولا تقوم هذه الهياكل مقام الهياكل الخاصة بكل شركة متممة إلى التجمع.

ويتم إتخاذ القرارات الجماعية داخل تجميع المصالح الاقتصادية من قبل مجموع الأعضاء الملتزمين في إطار جمعيتهم. أما تسييره فيسند إلى هيئة ذات تركيبة جماعية تسمى مجلس الإدارة.

التقسيم الأول

يتم اتخاذ القرارات الجماعية داخل تجمع المصالح الاقتصادية من قبل «جمعية أعضاء التجمع»، التي تعتبر الهيكل صاحب السيادة على غرار الجلسة العامة للشركاء في الشركات، وهي مؤهلة لاتخاذ جميع القرارات بما في ذلك إنهاء الوجود القانوني للتجمع. كما يمكن للجمعية أن تقرر التمديد في وجود تجمع المصالح الاقتصادية عند انتهاء الأمد الأصلي المنصوص عليه بعقد تأسيسه. ولا يميز القانون التونسي بين قرارات عادية وأخرى خارقة للعادة، فتخضع كل القرارات إلى نفس النظام القانوني.

وتضم الجمعية جميع الأعضاء دون استثناء، ولا يمكن أن يقصى أحد الأعضاء من حق المشاركة في أعمالها مهما كان حجمه الاقتصادي أو دوره داخل التجمع أو مساهمته في رأس المال إن كان للتجمع رأس مال. وللأعضاء الجدد حق الحضور والتصويت بداية من تاريخ انضمامهم. ويفقد العضو المنسحب حق الحضور والتصويت بداية من تاريخ انسحابه بقطع النظر عن الإشهارات التي قد تتخذ إثر ذلك.

ويتمتع كل عضو بصوت واحد بقطع النظر عن حجمه الاقتصادي أو مدى أهمية مساهمته في المشروع المشترك. على أنه يمكن أن ينص العقد التأسيسي على منح عضو أو أعضاء عددا من الأصوات يختلف عن العدد الممنوح للبقية، وخصوصا إن كان له رأس مال وكانت المساهمات متفاوتة.

على أن العضو يحرم من إمكانية التصويت على القرارات التي تهمة شخصيا، تناديا لتضارب المصالح.

ويطغى البعد التعاقداني على حياة تجمع المصالح الاقتصادية، ولذلك تتخذ الجمعية قراراتها بالإجماع، بما يعني أن النصاب والأغلبية المشترطين نسبتهما 100 بالمائة. ويمكن أن ينص العقد التأسيسي على أن تتخذ القرارات الجماعية بحضور نصاب معين يقل عن 100 بالمائة (أي أنه لا يكون بالإجماع)، أو بأغلبية تقل بدورها عن تلك النسبة. ويمكن أن يقتصر العمل بهذا النصاب المخفض أو الأغلبية المخفضة على بعض القرارات فقط دون غيرها من القرارات بحسب ما يختاره الأعضاء.

ويتم توزيع الأرباح المتولدة عن نشاط تجمع المصالح الاقتصادية إن نجم عنه تحقيق أرباح بالتساوي بينهم، ما لم يقتض العقد التأسيسي توزيعها على نسب مغايرة.

التقسيم الثاني

تتم إدارة شؤون تجمع المصالح الاقتصادية من قبل مجلس يسمى «مجلس الإدارة»، ويتمتع هذا المجلس بالصلاحيات التي يمنحها له العقد التأسيسي. فإن سكت العقد التأسيسي، كانت للمجلس جميع الصلاحيات اللازمة لحفظ المصالح الجماعية للأعضاء عدا الصلاحيات التي منحها القانون والعقد التأسيسي لجمعية الأعضاء. ويمكن أن يشترط في العقد التأسيسي توزيع الصلاحيات بين أعضاء مجلس الإدارة، بحيث لا تقع ممارستها بصفة جماعية. على أن الغير لا يمكن أن يتضرر من تجاوز المسيرين لصلاحياتهم. فالتجمع ملزم بكل عمل داخل في موضوعه تقع مباشرته بواسطة مجلس إدارته، بقطع النظر عن احترام المجلس لحدود سلطاته في العقد التأسيسي من عدم ذلك. وخلافا لصورة التجاوز البسيط للصلاحيات، يمكن لتجمع المصالح الاقتصادية التفصي من الأعمال غير الداخلة في موضوعه، والتي يُحمل الغير على العلم بخروجها عن موضوعه بحكم وجود الإشهارات القانونية، وليس للغير التمسك بعدم المعارضة على النحو المتقدم بالنسبة إلى الأعمال غير الداخلة في موضوع تجمع المصالح الاقتصادية والتي تتجاوز صلاحيات من باشرها.

ويطالب المسيرون بالتضامن بينهم بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بالغير من جراء تجاوزهم لصلاحياتهم أو خرقهم للأحكام القانونية أو العقدية وبصفة عامة عن أخطاء التصرف التي ثبتت نسبتها إليهم. ويمكن أن تقع تجزئة المسؤولية في صورة تعدد المسؤوليات المترتبة عن نفس الفعل وإمكانية تحديد نسبة ما ساهم به كل مسير في إيقاع الفعل الضار، فيتحمل كل واحد من المسيرين نتائج ما نجم عن فعله الخاص من أضرار. وفي هذه الحالة، تكون المسؤولية بالتضامن (*in solidum*) لا بالتضامن.

ويجب على مجلس الإدارة أن يمسك محاسبة مطابقة للتشريع المتعلقة بنظام المحاسبة للمؤسسات إذا كان لتجمع المصالح الاقتصادية موضوع تجاري. وتوضع الوثائق المحاسبية على ذمة جميع الأعضاء للإطلاع عليها عند الاقتضاء.

القسم الثالث

المصالح الاقتصادية للشركات والتسيير في اجتماع المصالح الاقتصادية للمراقبين والتصرف في

على غرار الشركات التجارية، يوجد في تجمع المصالح الاقتصادية هيكل مراقبة إلى جانب هيكل المداولة وهيكل التسيير، وذلك ليتابع كيفية إنجاز الهيكل الأخير لمهامه ويعلم جهاز المداولة (صاحب السيادة) بما يتوصل إليه من الأخطاء والمخالفات وخرق العقد التأسيسي عند الإقتضاء. وخلافا للشركات التجارية التي يتولى مهمة الرقابة فيها هيكل متكون من مهنيين لهم مهمة محاسبية بالأماس، فإن الرقابة في التجمع يتولاها هيكل يتركب من الأعضاء أو بعضهم، ولا تقتصر رقابته على الجانب المحاسبي، بل تنصرف أساسا إلى أعمال التصرف والتسيير وتقدير مدى جدواها وملاءمتها لخدمة المصالح الجماعية للأعضاء.

ويتم تعيين عضو واحد أو أكثر من قبل الجمعية العامة للأعضاء لممارسة أعمال الرقابة. ويسمى هذا العضو «مراقب التصرف». ولا يمكن أن يكون هذا المراقب من غير الأعضاء في التجمع ولا من أعضاء مجلس الإدارة، منعًا لتضارب المصالح. ويتم تحديد صلاحياته ومدة ممارسته لمهامه في العقد التأسيسي أو في قرار الجلسة العامة للأعضاء التي يتقرر فيها تعيينه.

المبحث الثالث

انحلال تجمع المصالح الاقتصادية

ينحل تجمع المصالح الاقتصادية في عدد من الحالات عددها القانون. وترتب عن الانحلال آثار تهم الأعضاء والغير في نفس الوقت.

القسم الأول

صور الانحلال

ينحل تجمع المصالح الاقتصادية في جملة من الصور التي تقترب من صور انحلال الشركات، وخصوصا شركات الأشخاص. وهذه الصور هي:

(1) حلول الأجل المنصوص عليه في العقد التأسيسي،

(2) تحقق موضوعه أو انقضائه،

(3) وفاة شخص طبيعي أو انحلال شخص معنوي عضو فيه. ويمكن تلافي الانحلال في هذه الصورة إذا نص العقد التأسيسي على استمراره بين الأعضاء الباقين أو مع ورثة العضو المتوفي إن كان شخصا طبيعيا، وكذلك الأمر إذا قرر بقية الأعضاء بالإجماع مواصلة النشاط،

(4) صدور قرار جماعي بإجماع الأعضاء يقضي بحله قبل تحقق الغرض منه وقبل حلول الأجل المنصوص عليه في العقد التأسيسي،

(5) صدور قرار قضائي قاض بحله بطلب ممن له مصلحة في ذلك، وخصوصا من أحد الأعضاء أو بعضهم،

(6) فقدان أحد الأعضاء لأهليته أو تفليسه أو بصدور حكم يمنعه من إدارة شركة أو التصرف فيها أو مراقبتها، ما لم ينص العقد التأسيسي على استمرار التجمع دون ذلك العضو ولم تقرر الجمعية العامة مثل ذلك.

كما يستتج من أحكام المجلة أنه يجوز للقاضي أن يحكم بحل تجمع المصالح الاقتصادية إذا أصبح أداة للتهرب الجبائي⁽¹⁾ أو لخرق قانون المنافسة⁽²⁾.

القسم الثاني

الانحلال وتجمع المصالح الاقتصادية

يترتب عن انحلال تجمع المصالح الاقتصادية وجوب استنفاض الأموال المكونة لرأس ماله إن كان له رأس مال، وتوزيع المتحصل من تصفيتها ومن تصفية توابع رأس المال، وخصوصا الاحتياطي الذي قد يكون تم تكوينه أو الأرباح غير الموزعة المتأتية من نشاطه. غير أن عملية التصفية قد تستغرق بعض الوقت. ولذلك فقد قرر المشرع أن الشخصية القانونية للتجمع تستمر في الوجود اعتباريا إلى تاريخ انتهاء أعمال التصفية، ولضرورة أعمال التصفية فحسب. وهذه القاعدة مماثلة لتلك المقررة في مجال انحلال الشركات، ويترتب عنها أن التجمع ليست له الأهلية في فترة التصفية إلا لإبرام العقود والمعاملات التي تساهم في حفظ أمواله ومكاسبه مؤقتا أو تيسر تصفيتها، أما الأعمال التي تدخل في باب تنمية النشاط، فلا أهلية له لإنجازها.

(1) J. De LEDOUX: «Contribution à l'étude des groupements d'intérêt économique», *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1969, pp. 1 et ss., spéc. p. 8.

(2) Jean-Pierre DUBOIS: «Les groupements d'intérêt économique et les règles de la concurrence en droit français et en droit européen», *Jurisqueur Périodique*, éd. G., 1969.1.2236.

وتتم تصفية تجمع المصالح الاقتصادية على النحو الذي تتم به تصفية الشركات مثلما تقدم بسطه في الأبواب السابقة وما سيأتي من الأبواب اللاحقة من هذا الكتاب.

وإذا أسفرت أعمال التصفية عن وجود فاضل إيجابي بعد خلاص جميع الديون بمختلف مراتبها وضمائنها وأجال حلولها، فإن الباقي تتم قسمته على الأعضاء على النسب المنصوص عليها بالنسبة إلى توزيع الأرباح. وإن لم يتضمن العقد التأسيسي شرطا خاصا في هذا الباب، تمت قسمة فاضل التصفية (boni de liquidation) بالتساوي بين الأعضاء.

مسؤولية الأعضاء والمسيرين

يتحمل أعضاء تجمع المصالح الاقتصادية مسؤولية «تجارية» في صورة إفلاس التجمع. كما يمكن أن يتعرض مسيره إلى عقوبات جزائية إذا ارتكبوا ما يستوجب ذلك. وإذا أحال أحد الأعضاء أجيره إلى التجمع فإن العلاقة الشغلية تظل قائمة مع المؤجر الأصلي⁽¹⁾. فالأمر يتعلق قانونا بوضع على الذمة لا إحالة عقد شغل.

القسم الأول

يقرب نظام مسؤولية أعضاء تجمع المصالح الاقتصادية من نظام مسؤولية الشركاء في شركات التضامن. غير أن المشرع أباح التنصيص في العقد التأسيسي على تحديد مسؤولية الأعضاء. ويلاحظ في هذا الصدد أن شروط تحديد المسؤولية معمول بها في عالم التطبيق، خصوصا بالنسبة للأعضاء غير المسيرين، مع اشتراط الإشهار الصريح بالإشارة الصريحة التي لا لبس فيها إلى تحديد المسؤولية وتعيين المنتفع به بوضوح. وفي بعض القوانين المقارنة، يشترط أن

(1) J. Guvénor: «Application du droit du travail et de la sécurité sociale au groupement d'intérêt économique», *Revue des Sociétés*, 1978, p. 61.

يتم تحديد المسؤولية بصفة فردية إزاء دائن معين بذاته أي في عقد خاص، بحيث لا يمكن التنصيص عليه في العقد التأسيسي كتحديد يسري على جميع الدائنين والتعاملين مع تجمع المصالح الاقتصادية⁽¹⁾.

وإذا تم افتتاح إجراءات جماعية ضد تجمع مصالح اقتصادية ذي موضوع تجاري، أي إجراءات تفتليس أو تسوية قضائية، فإن مبدأ تضامن أعضائه يؤول إلى سحب تلك الإجراءات وجوبا على كافة أعضائه⁽²⁾.

ويلاحظ أن هذه القاعدة جاء بها الفصل 459 من مجلة الشركات التجارية، وهو نص خاص لا يحيل صراحة ولا ضمنا إلى الفقرة الرابعة من الفصل 55 من مجلة الشركات التجارية، ومن ثمة تظل قاعدة سحب الإجراءات الجماعية آليا على كافة أعضاء تجمع المصالح الاقتصادية قائمة رغم إلغائها بالنسبة لشركات المفاوضات، مع أن المنطق يقتضي إلغاءها أيضا.

كما يمكن مطالبة الشركات الأعضاء بخلاص دين نشأ في ذمة إحداها متى اختلطت معاملاتها بشكل يحدث لبسا في أذهان الكافة ونشأت حالة ظاهرة appearance توحي موضوعيا بذلك⁽³⁾.

مسؤولية المسيرين الجزائية

القسم الثاني

اعتبر فقه القضاء الفرنسي أنه في حالة مخالفة القانون الجزائي، تحمل المسؤولية الجزائية على أعضاء تجمع المصالح الاقتصادية شخصا ولا تنصرف

(1) مشروع القانون المولد في المتعلق بتجمع المصالح الاقتصادية.

(2) لاحظ الفقيه القاضي مالك الغزواني أن الفصل 459 من مجلة الشركات التجارية الذي تضمن هذه القاعدة لا ينسجم مع الفصل 3 من القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أبريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية والذي ينص على أن ميدان تطبيق هذا القانون يشمل المؤسسات الحرفية والشركات التجارية التي تمارس نشاطا فلاحيا.

(3) قرار تعقيبي عدد 5135-5190-2005 مؤرخ في 3 فيفري 2006، ورد بكتاب «مجلة الشركات التجارية معلق عليها» لأحمد الورفلي وكمال العياري، مرجع سابق، ص. 45: «إن محكمة الحكم المتقدم لما اعتبرت وجود وحدة بين تلك الشركات تحتم مساءلتهم جميعا عن استعمال العلامة المقلدة لم تخرق أحكام الفصل 4 من مجلة الشركات التجارية لإمكانية [تكوين] تجمع المصالح الاقتصادية من أشخاص معنويين أو طبيعيين لتحقيق أهداف مشتركة».

إلى التجمع نفسه أو مسيريه⁽¹⁾. ومع ذلك فقد أقرت مجلة الشركات التجارية التونسية صورا تقوم فيها المسؤولية الجزائية لمسيري تجمع المصالح الاقتصادية أو مراقب التصرف أو لمن يتستر وراء هذا التجمع.

فيعاقب الإخلال بوجوب التنصيب على صفة تجمع المصالح الاقتصادية وعلى كونه في حالة تصفية بخطية تتراوح بين ثلاثمائة دينار وألف دينار. وتحمل المسؤولية الجزائية على مسيري تجمع المصالح الاقتصادية. ويمكن أن يعاقب مراقب التصرف من أجل المشاركة في هذه الجريمة إذا حُرِّض على ارتكابها أو سهله طبق أحكام الفصل 32 من المجلة الجزائية.

كما يعاقب بنفس العقوبة كل شخص يستعمل تسمية «تجمع مصالح اقتصادية» أو «ت.م.إ.». خلافا للقانون وكذلك كل من يستعمل عبارة أو علامة من شأنها إنشاء خلط مع تلك التسمية.

الباب الثاني:

تجمع الشركات

Le groupe de sociétés

خلافا لتجمع المصالح الاقتصادية الذي ينشأ بموجب عقد وتكون له شخصية قانونية خاصة به وقد يكون له رأس مال، وله هياكل تسيير خاصة به وجمعية عامة تمارس أعمال السيادة داخله، فإن تجمع الشركات يتميز بأنه ينشأ دون عقد بين أعضائه ولا يكتسب الشخصية القانونية مطلقا وليست له هياكل مداولة أو تسيير أو رقابة خاصة به. كما يتميز بوجود تركيز للقرار داخله بفضل علاقة الهيمنة التي تمارسها شركة تسمى الشركة الأم على بقية الشركات داخله. وهذه الهيمنة مردها مسك الشركة الأم لنسبة هامة من رأس مال الشركات الفرعية، بما يمكنها من السيطرة فعليا على عملية اتخاذ القرار داخل الشركات الفرعية ومن احتلال مراكز التسيير والإدارة داخلها، فتتمكن بذلك من تمرير القرارات والتوجهات التي تريدها دون حاجة إلى التقنية التعاقدية.

ولقيام تجمع الشركات آثار اقتصادية واجتماعية كبرى. ذلك أن القدرات المالية الكبرى لهذه التجمعات تمكنها من القيام باستثمارات ضخمة ويموارد ذاتية لا تثقل كاهلها بفوائض الديون بالنسب المعمول بها في السوق النقدية أو حتى في السوق المالية وغيرها من الأعباء المرتبطة بالتعامل مع الغير في إطار الاستغلال، وهو ما يعطيها الفرصة لتحقيق الأرباح في وقت قياسي، مما يؤدي إلى تحريك الدورة الاقتصادية.

كما أن تجمع الشركات يمكن من تنظيم أفضل وإعداد سياسة اقتصادية موحدة خاصة أن التنظيم والسياسة الاقتصادية الواضحة لها نتائج إيجابية على المردودية والإنتاج والأرباح.

ويتميز تجمع الشركة بديناميكيته الكبيرة، وهو ما سمح له بأن يصبح مركز ثقل الأنشطة الاقتصادية. ففي فرنسا، أظهرت دراسة أنجزت سنة 1999 أنه

(1) Tribunal de Police de Quimper, 17 juin 1970, *Revue des Sociétés*, 1970, p. 674, note J. Guyénot.

من بين 650 شركة مدرجة ببورصة باريس، تمثل الشركات المترنسة لتجمعات شركات نصف هذا الرقم، وهي تسيطر على 7000 شركة فرعية⁽¹⁾. وبالنسبة للشركات غير المدرجة بالبورصة، تنتمي 5 بالمائة من الشركات إلى تجمعات، كما أن ثلثي الشركات التي تشغل 100 عامل فأكثر تنتمي إلى تجمعات، وهي تشغل نحو 57 بالمائة من مجمل اليد العاملة في فرنسا (حوالي 8 مليون أجير) وتشغل أنشطتها نحو 60 بالمائة من القيمة المضافة⁽²⁾. كما أن ظاهرة تجمع الشركات أصبحت أكثر "شعبية" إذ امتدت من الشركات الكبرى إلى الشركات المتوسطة والصغيرة. أما في ألمانيا فإن دراسة ترجع إلى سنة 1993 أظهرت أن ثلاثة أرباع شركات الأسهم ونصف الشركات ذات المسؤولية المحدودة تنتمي إلى تجمعات شركات⁽³⁾. كما تطورت هيكلية تجمعات الشركات، من الصيغة التقليدية (شركة أم - شركة فرعية) إلى صيغ معقدة، حيث توجد تجمعات تنضوي تحتها تجمعات فرعية sous groupes.

ولئن أدمجت بعض البلدان تجمع الشركات صراحة ونظمتها بصفة متكاملة في قوانينها كالقانون الألماني والهولندي واللكسمبورغي، فإن دولاً أخرى لم تر ضرورة لذلك واكتفت بالتطرق إلى بعض الجوانب التي تخصه، كتتظيمه الجبائي والمحاسبي، كما هو الشأن بالنسبة لفرنسا. أما في القانون التونسي، فإن بعض النصوص المتفرقة كانت تشير إلى مفاهيم مثل الشركة الأم، دون وضع تنظيم شامل للمسألة⁽⁴⁾، ومنها مثلاً مجلة الأداء على القيمة المضافة التي تضمنت إشارة إلى مفهوم «الشركة الأم»، وكذلك القانون عدد 112 لسنة 1996 المؤرخ في 30 ديسمبر 1996 المتعلق بنظام المحاسبة للمؤسسات. وحتى عند إصدار مجلة الشركات التجارية في 3 نوفمبر 2000، لم تتضمن هذه المجلة أي نص

(1) Etude INSEE, n° 836, 2002. Cf., Vanessa DESOUTTER: «La responsabilité de la société mère vis-à-vis de sa filiale. Comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes», Thèse en Droit - Droit comparé Soutenue le 16 décembre 2011 En cotutelle avec l'Université d'Augsbourg - Allemagne, http://www.peterlang.com/download/extract/67565/extract_262426.pdf, p. 24.

(2) Etude INSEE, n° 36, février 2008.

(3) H. GORLING: «Die Verbreitung zwei- und mehrstufiger Unternehmensverbindungen», AG 1993, p. 538 et ss. Rapporté par Vanessa DESOUTTER, op. cit., p. 24.

(4) فرحات التومي: «من أجل إحداث إطار قانوني لعمليات التركيز وتجمع الشركات»، مجلة القضاء والتشريع، فيفري 1994، العدد 2، ص. 53.

يتعلق بتجمع الشركات، ولم يقع التطرق إليه بشكل مباشر إلا ضمن أحكام قانون المالية لسنة 2002 الذي وضع النظام الجبائي لتجميع النتائج، والذي يقتصر مجال تطبيقه على التجمعات التي تكون فيها الشركة الأم مدرجة ببورصة الأوراق المالية، وماسكة لـ 75 بالمائة على الأقل من رأس مال الشركات الفرعية المعنية في نظام تجميع النتائج⁽¹⁾.

وبالتوازي مع ذلك، ويتاريخ 6 ديسمبر 2001، صدر القانون عدد 117 لسنة 2001 المتعلق بإتمام مجلة الشركات التجارية، وهو القانون الذي اقتضى إضافة عنوان سادس إلى الكتاب الخامس من مجلة الشركات التجارية، يكون عنوانه: «تجمع الشركات»، ويتضمن الفصول من 461 إلى 479 من المجلة المذكورة. ويتضمن هذا العنوان تحديدا للنظام القانوني والمحاسبي لتجمع الشركات والأحكام الجزئية المرتبطة به.

وقد منح قانون إصدار الباب المذكور لتجمعات الشركات القائمة في تاريخ صدوره أجلاً قدره عامان لتسوية أوضاعها طبق أحكامه، وخاصة في ما يتعلق بالمساهمات المتبادلة، إلا أن قانون المالية لسنة 2005 مدد في ذلك الأجل إلى 31 ديسمبر 2005. ومن ناحية أخرى، واصلت السلط العمومية حرصها على التشجيع على هيكلية تجمعات الشركات. فبعد إقرار نظام جبائي لتجميع النتائج المحققة من قبل شركات التجمع، والذي أجاز لهذه الشركات تجميع نتائجها بشرط أن تكون الشركة الأم شركة خفية الاسم مدرجة ببورصة الأوراق المالية بتونس ومالكة لنسبة هامة جداً من رأس مال الشركات المعنية بتجميع النتائج، تضمن قانون المالية لسنة 2007 أيضاً إعفاء القيمة الزائدة المحققة من الإسهام بحصص (منايات) اجتماعية أو أسهم في رأس مال شركات التجمع في تكوين شركة أم أو شركة قابضة من الضريبة على القيمة الزائدة أو على أرباح الشركات بشرط أن يقع إدراج الشركة الأم أو القابضة الواقع تكوينها بالبورصة في أجل معين من تاريخ تكوينها. واستكمالاً لهذا المسار تم تعديل الفصل 319 من مجلة الشركات التجارية في 5 جانفي 2009 بتمكين المساهمين في تكوين

(1) تم في البداية ضبط هذه النسبة في مستوى أرفع من ذلك، حيث كانت تبلغ 95 بالمائة ووقع الحط منها إلى 75 بالمائة بعد أن لوحظ أن مجال تطبيق هذا النظام ضيق جداً لقلّة تجمعات الشركات المهيكلة والتي تملك فيها ذات معنوية (شركة أم) 95 بالمائة من رأس مال كافة الشركات الفرعية الخاضعة لنفوذه.

القسم الأول

لا يعني ارتباط المصالح بالضرورة أن تمارس جميع الشركات الأعضاء في التجمع نفس النشاط الاقتصادي أو أن تكون أنشطتها متقاربة أو متكاملة، خلافا لما اشترطه فقه القضاء الجزائري الفرنسي خصوصا في قضية *Les frères Willot*⁽¹⁾. فاختلاف الأنشطة التي تتعاطاها مجموعة من الشركات لا يحول دون قيام تجمع بينها.

القسم الثاني

يتمثل النفوذ الفعلي أو القانوني الذي تمارسه «الشركة الأم» على الشركات التابعة أساسا في سلطة «الرقابة» *contrôle* أو «السيطرة» التي تكون للشركة الأم على بقية الشركات المتتمة إلى التجمع. والمقصود بالرقابة هي مقدرة الشركة الأم على فرض اتخاذ القرارات التي تراها ملائمة داخل أجهزة المداولة والتسيير في الشركات الخاضعة لنفوذها ورقابتها، وذلك عبر امتلاكها لنسبة هامة من رأس مال تلك الشركات أو تمتعها بروابط متميزة معها، تمكنها من ممارسة سلطة القرار، أي سلطة تحديد استراتيجية عامة، ووضع سياسة وأهداف للإنتاج والتسويق والتنظيم وطرق التمويل، وشروط العمل، وتسمية الوكلاء أو أعضاء مجلس الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية أو حتى أعضاء مجلس المراقبة وعزلهم. وتمارس هذه الرقابة إما بصورة قانونية أو بصورة فعلية.

فالرقابة القانونية *contrôle de droit* تكون عبر امتلاك مباشر أو غير مباشر لجزء من رأس المال يمنح للشركة حقوق التصويت في الجمعيات العامة للشركات الأخرى أو بمقتضى اتفاق يتم إبرامه مع شركاء أو مساهمين آخرين.

(1) *Affaire Willot*, Appel Paris, 9^e chambre B, 29 mai 1986, *Gazette du Palais* 1986, 2^e semestre, jurisprudence, p. 495 et l'arrêt de la Cour de cassation à la p. 483. Voir, aussi, l'*Affaire Rozemblum*, Cass. Fr., Chambre criminelle, 4 fév. 1985, *Bull. crim.* 1985, n° 5 : « Pour être pris en considération, le groupe de sociétés doit avoir une politique élaborée pour l'ensemble du groupe » ; Trib. de Grande Instance de Mulhouse, 25 mars 1983, *Dalloz* 1984, p. 284. Cf., GAUTHIER et Bianca LAURET : « Droit pénal des affaires », p. 401. L'on citera aussi l'affaire *Galeries Lafayette* et l'affaire « *Schulumpf* ».

هذه الشركات الأم أو القابضة من التفويت في أسهمهم دون احترام أجل العامين المنصوص عليه بالفصل 318 من ذات المجلة إن كانت الأسهم أو الحصص التي ساهموا بها قد وقع إصدارها منذ عامين على الأقل.

المبحث الأول

تعريف تجمع الشركات

يقوم تجمع الشركات على المقومات التالية :

- 1- ارتباط مجموعة من الشركات فيما بينها بمقتضى مصالح مشتركة.
 - 2- وجود روابط رأس مال تتمثل في مسك إحدى الشركات لمساهمات في الشركات المتتمة إليه (أي تجمع الشركات) بشكل مباشر أو غير مباشر.
 - 5- احتفاظ كل واحدة من الشركات بشخصيتها القانونية⁽¹⁾.
- وبحكم هذه الخصائص، يتميز تجمع الشركات بهيمنة إحدى شركات التجمع وتسمى «الشركة الأم» على بقية الشركات الأخرى بما يصيرها في وضع تبعية، بحيث تخضع لنفوذ الشركة الأم ومراقبتها.
- وهذه الخصائص هي التي تميز تجمع الشركات عن اندماج الشركات وتجمع المصالح الاقتصادية. ففي تجمع الشركات تحتفظ جميع الشركات المتتمة بكيانها القانوني وبشخصيتها القانونية، فلا يُولد عن الترابط القائم بينها مهما كان نوعه بعث ذات معنوية جديدة. ذلك أن نظام التجمع هو حالة واقعية (*situation de fait*) تترتب عنها التزامات وقيود قانونية، كما أن تجمع الشركات يتشكل دون وجود نية الاشتراك خلافا لاندماج الشركات حيث تفقد الشركات المندمجة شخصيتها القانونية لصالح الشركة المتولدة عن الاندماج. كما أنه في صورة تكوين تجمع للمصالح الاقتصادية، تولد شخصية معنوية جديدة إلى جانب الكيان القانوني المستقل للشركات الباعثة لهذا التجمع.

(1) Barthélémy MERCADAL et Philippe JANIN : « Droit des affaires – Les sociétés commerciales », Mémento pratique, éd. Francis Lefebvre Paris 1990, n° 3335.

ويجب أن يكون هذا الاتفاق غير مخالف لمصلحة الشركة ويعيدنا عن التحايل وهضم حقوق المساهمين الآخرين، وخاصة منهم ذوي الأقلية.

أما الرقابة الفعلية *contrôle de fait* فهي تستند إلى معطيات أخرى واقعية مثل استخدام حقوق التصويت من خلال وجود توكيل على بياض، وتغيّب المساهمين بالجلسة العامة، والعلاقات الشخصية بين المديرين.

العلاقات بين الشركات

العلاقات بين الشركات المكونة لتجمع الشركات

تتمثل الروابط التي تجمع بين «الشركة الأم» ببقية شركات التجمع أساسا في روابط مالية (روابط رأس مال) تولد عنها بالضرورة تبعية الشركات الأعضاء في التجمع «للشركة الأم» التي تمارس عليها نفوذها ورقابتها. وهذه الروابط صنفان :

القسم الأول

المجموعة الأولى من الروابط هي تلك التي تربط الشركة الأم مع الشركات التابعة لها والتي تتجاوز 50% من رأس مالها.

وفي هذه الصورة، تعتبر الشركة الثانية الواقعة فيها المساهمة شركة فرعية (Une filiale) يجب تمييزها عن فروع الشركة (Les succursales). فالأولى تتمتع بشخصية قانونية وذمة مالية مستقلتين عن الشخصية القانونية للشركة الأم وعن ذمتها المالية لكنها تخضع إلى نفوذها «الخارجي»، في حين أن الفرع لا يملك كيانا قانونيا خاصا به⁽¹⁾.

(1) رغم عدم تمتعه بالشخصية القانونية فإن فرع الشركة يتمتع باستقلالية إجرائية إذ يميز الفصل 30 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية لمن يقاضي شركة أن يرفع دعواه أمام المحكمة التي يوجد بدلائرها مقر الفرع الذي تعامل معه.

القسم الثاني

ويتيح هذا النفوذ عن أحد المعطيات التالية :

- مساهمة الشركة الأم في رأس مال شركة من شركات التجمع بصورة فردية أو بالاتفاق مع شركاء آخرين، بما يجعلها ماسكة لأغلبية حقوق الاقتراع فيها. ويكون ذلك بامتلاك كل من الشركة الأم والشريك أو الشركاء المتحالفين معها لنسبة تفوق 50% من رأس مال الشركة المتمية إلى التجمع. ولا يشترط لقيام التحالف بالمعنى المذكور وجود اتفاق كتابي بل يثبت التحالف بكل وسيلة.

- تحكم الشركة الأم في القرارات التي تتخذ في إطار الجلسة العامة للشركاء في الشركة العضو في التجمع بمقتضى حقوق الاقتراع التي تتمتع بها بصفة فعلية. وهذا العنصر أيضا يثبت بكل وسيلة.

وتقوم قرينة قانونية بسيطة وقابلة للدحض⁽¹⁾ على وجود شركة ما تحت نفوذ / رقابة *contrôle* شركة أخرى في صورة مسك الثانية لأربعين بالمائة على الأقل من رأس مال الأولى، سواء كان ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر، دون اعتبار سندات رأس المال التي لا تمنح مالكيها حق اقتراع مثل الأسهم ذات الأولوية في الربح دون حق اقتراع، وشهادات الاستثمار، طالما أنها لا تمنح صاحبها نفوذا في هياكل اتخاذ القرار داخل الشركة. ويمكن دحض هذه القرينة بإقامة الحجة على وجود شريك آخر يملك بمفرده أو بالاتفاق مع شركاء آخرين نسبة تفوق تلك التي تملكها الشركة المعنية، وذلك باعتبار أن هذا الوضع يجعل الشركة خاضعة لنفوذ الشريك صاحب النسبة الأعلى من رأس المال، ويجعل الشركة الماسكة لـ 40 بالمائة من رأس المال في وضع الشريك ذي الأقلية (minoritaire) لا في وضع الشريك صاحب النفوذ. أما القرينة المستمدة من ملكية 50 أكثر من المائة من رأس المال فهي قرينة قاطعة على النفوذ / الرقابة لأنه لا يمكن أن يوجد شريك آخر يملك مساهمة أكبر من مساهمة الشركة المعنية.

(1) حسب الفصل 485 من مجلة الالتزامات والعقود فإن القرينة القانونية هي قرينة قاطعة بطبيعتها وإذا قامت فإنها تغني عن أي حجة أخرى، غير أن ذلك لا يمنع المشرع نفسه من وضع استثناءات لهذه القاعدة وذلك بوضع قرائن بسيطة يمكن دحضها كما هو شأن قرينة الرقابة بمجرد امتلاك 40 بالمائة من رأس مال شركة ما أو حقوق التصويت فيها.

وفي مطلق الأحوال، يشترط القانون التونسي لوجود تجمع شركات أن تكون الشركة الأم ماسكة لمساهمات في رأس مال جميع الشركات المتمتية إلى تجمع الشركات، ولا يهم في ذلك أن تكون المساهمة مباشرة أو غير مباشرة (بطريق التسلسل). وبهذا يكون القانون التونسي قد أقصى الصورة التي يكون فيها لشركة ما نفوذ فعلي على شركات أخرى لا تستمد من مسكها مساهمات في رأس المال، وإنما تستمد من أوضاع خاصة، كأن تكون هي المزود أو الحريف الوحيد لتلك الشركة، أو كوجود عقد تزويد انفرادي أو عقد استغلال تحت التسمية الأصلية (franchising)⁽¹⁾ بما يقيم علاقة ترابط اقتصادي بينهما. ففي هذه الأحوال، لا وجود قانونا لتجمع شركات، ولا تترتب التزامات خاصة على الشركتين كمسك حسابات مجمعة، ولا تنطبق الأحكام المتعلقة بالمسؤوليات المرتبطة بوجود تجمع الشركات.

وقد تعامل فقه القضاء التونسي مع تجمع الشركات كحقيقة اقتصادية واحدة، وبرز ذلك خصوصا من خلال أحكام صدرت في مادة التسوية القضائية، حيث ظهر للمحكمة أن ترابط الشركات المتمتية إلى نفس التجمع وترابط صعوباتها الاقتصادية يبرر البحث عن حلول إجمالية للصعوبات الاقتصادية التي يعاني منها تجمع الشركات بكامله. ففي مجموعة من القضايا المتعلقة بأربع شركات تنتمي إلى «مجمع ع» بصفاقس، أصدرت المحكمة الابتدائية بصفاقس أربعة أحكام قاضية بالمصادقة على برنامج إنقاذ إجمالي يتضمن عدة بنود تتضمن خصوصا مواصلة النشاط مع إحالة النفوذ ورأس المال في هذه المجمع إلى تجمع شركات آخر (ك.ب.) ومن معه، وذلك عن طريق الحط من رأس مال كل واحدة من الشركات المعنية بالتسوية ثم الترفيع فيه لسد العجز، واقتناء الأسهم من قبل المستثمر الجديد، والتفاوض مع الدائنين الذين تربطهم بهذه الشركات اتفاقيات بيع أسهم مع التعهد بإعادة الشراء حول نصف ديونهم وجدولة الباقي على 15 سنة، وتسوية ديون شركات المجمع فيما بينها طبقا للإجراءات المعمول بها، وهو ما يعني إجراء المقاصة بين هذه الديون لتطهير الوضعية المالية مع رفع التحجيرات التي كانت مدرجة في السجل التجاري ولدى هيئة السوق المالية⁽²⁾.

(1) القانون عدد 69 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 المتعلق بتجارة التوزيع، وخصوصا الباب الخامس منه المتعلق بفقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية franchise.
(2) المحكمة الابتدائية بصفاقس، القضايا عدد 180 و 181 و 182 و 183 و 184، التي



الشركة الأم

الشركة الأم هي الشركة التي تترأس تجمع الشركات وتلعب دورا محوريا في توحيد السياسات التجارية والمالية داخله بحكم ما لها من سيطرة على سلطة القرار بالنظر إلى نسبة مساهمتها في رأس المال أو تملكها لحقوق التصويت في مجمل الشركات المتمتية إلى تجمع الشركات.

الشركة الأم

يوجب القانون التونسي أن تتخذ الشركة الأم شكل شركة خفية الاسم، وذلك لما يوفره هذا النوع من الشركات التجارية من ضمانات في سير هياكلها (مجلس إدارة، جمعية عامة، مراقب حسابات) ولما لها من قدرة على جلب رؤوس أموال هامة.

غير أن المعطلة التي يثيرها الفصل 462 من مجلة الشركات التجارية هي أنه لا يوجب على الشركة التي تتوفر فيها معايير الشركة الأم أن تقوم بتغيير شكلها لتتحول إلى شركة خفية الاسم، ولا يضع أي آلية أو عقاب مدني أو جزائي لفرض ذلك، وهو ما يجعل فاعلية أحكام الفصل 462 الذي يقرر هذه القاعدة غير مضمونة. ومن ناحية ثانية فإن الشركات الأم التي لا تتوفر فيها الشرط الوارد به الفصل 462 ليست لها أي مصلحة في تغيير شكلها لتصبح شركات خفية الاسم طبق مقتضياته، باعتبار أن صفة الشركة الأم لا تمنح صاحبها أي امتياز، بل تحمله جملة من الالتزامات والواجبات وتعرضه إلى قائمة من القيود والتضيقات والعقوبات (وجوب مسك محاسبة مجمعة وتقرير تصرف التجمع والإشهار القانوني وحق الأقلية في الشركات الفرعية في الإطلاع على أوضاع الشركة الأم

صدرت فيها خمسة أحكام متطابقة في 20 ماي 2008، منشورة بدورية فقه القضاء التونسي 2013، منشورات مدرسة الدكتوراه بكلية الحقوق بصفاقس، 2013، ص. 327 وما يليها، تعليق سامي العيادي. وقد اعتبر المعلق أن هذا الحل مبتكر ويهدف إلى مواصلة نشاط شركات المجمع لكنه يخالف مبادئ الشفافية إذ أن الحل المعتمد هو في جوهره من قبيل الإحالة ولا يندرج ضمن صورة مواصلة المؤسسة لنشاطها، وهو ما كان يتطلب إشهار طلب عروض لضمان الشفافية والمنافسة لاختيار أفضل عرض.

التابعة للتجمع وتمارس عليها رقابتها، شأنها في ذلك شأن كل شركة أم. إلا أن خصوصيتها تكمن في نوعية النشاط الذي تمارسه، حيث إن موضوعها مالي وإداري بحت، يتمثل في مسك مساهمات في الشركات المتممة للتجمع بغية إدارتها وممارسة رقابة عليها وتنمية المقدرات الاقتصادية للشركات الأخرى، ولا يمكنها أن تمارس أي نشاط تجاري أو صناعي بصفة مباشرة. والأعمال التي تقوم بها الشركة القابضة لا تخلو من غاية تحقيق الربح، فأنشطة النصح والإستشارة التي تسديها إلى الشركات المتممة إلى التجمع تشكل أحد موارد دخلها إلى جانب ما تنتجه المساهمات المالية في الشركات الأخرى.

وعلى الشركة القابضة أن تشير إلى صفتها تلك في إظهاراتها القانونية وخصوصا بالسجل التجاري وبالأوراق الصادرة عنها، كما عليها أن تشهر بنفس الطريقة فقدانها لصفة الشركة القابضة. ويخضع تداول أسهم الشركة القابضة إلى نفس قواعد تداول أسهم الشركة الأم كما تقدم.

أما الشركة الأم التي لا تكون لها صفة الشركة القابضة فيمكنها أن تمارس أنشطة مختلفة (صناعية وتجارية ومالية). ويوصفها شركة أمّا فهي ترأس بقية الشركات المتممة للتجمع ولها سلطة مراقبتها في حدود ما تخوله لها حقوق الاقتراع التي تتمتع بها وما يبيحه لها القانون.

ومن هنا يبرز مرة أخرى أن صفة "شركة قابضة" لا تمنح الشركة أي امتياز، بل تضع على عاتقها التزامات وموانع، ومن ثمة فهي صفة غير مغرية وغير مفيدة. والأسلم أن عدم ممارسة نشاط تجاري أو صناعي لا تتأني من المنع المضمن بالقانون بل هي صفة موضوعية تستمد من معاينة خيار الشركة المتمثل في عدم ممارسة تلك الشركة لأنشطة تجارية أو صناعية واقتصارها على مسك المساهمات في الشركات الأخرى وإدارتها. وهي تزول أليا عند التخلي عن ذلك الخيار، فينبغي أن يتلى ذلك بإشهار زوال تلك الصفة وجوبا.

الشرع الأول

أنواع المساهمات بين شركات التجمع (مباشرة أو غير مباشرة) ونسبها

تختلف أنواع المساهمات بين شركات التجمع (مباشرة أو غير مباشرة) ونسبها (تساوي أو تقل عن 50 % من رأس المال أو أكثر من هذه النسبة) وكذلك كيفية

الترابط بينها (بسيطة أو متبادلة) ممّا ينجرّ عنه بروز أشكال مختلفة من التجمّعات التي تكون إمّا ذات شكل هرمي، وإما ذات شكل دائري وإما ذات شكل شعاعي⁽¹⁾.

الفقرة الأولى: الشكل الهرمي (La structure pyramidale)

وهي أن تكون الشركة الأم ماسكة لمساهمات مباشرة في شركات تابعة للتجمع كما يمكنها أن تملك مساهمات غير مباشرة في شركات أخرى بمعنى أن الشركات الفرعية المساهمة فيها الشركة الأم بنسب هامة في رأس مالها تكون بدورها مساهمة في شركات أخرى ممّا يجعلها بدورها تحت نفوذ وهيمنة الشركة الأم. ويمكن وصف هذا الشكل أيضا بالشكل "العنقودي" إذا تكون تجمع الشركات من تجمعات فرعية منضّدة، بعضها فوق بعض.

الفقرة الثانية: الشكل الشعاعي (La structure radiale)

وتتمثل العلاقة ضمن هذه الهيكلية في ارتباط جميع الشركات الفرعية «بالشركة الأم» بشكل مباشر، وذلك من خلال مسك الشركة الأم لمساهمات مباشرة في كل واحدة من الشركات الفرعية. وبذلك توجد الشركة الأم في مركز التجمع وتحيط بها الشركات الفرعية من كل جانب.

الفقرة الثالثة: الشكل الدائري (La structure circulaire)

وتتمثل صيغة هذه المساهمات في أن الشركة الأم تساهم في الشركة أو بقية الشركات بنسبة تؤمّن رقابتها عليها، وتساهم الشركة الوسيطة في شركة أخرى بنسبة تمكنها من مراقبتها أيضا. ومن ناحية أخرى، تساهم آخر شركة في السلسلة بدورها في الشركة الأم. وبذلك تكون المساهمة المسترسلة بين هذه الشركات قد انتهت بتأمين الشركة الأم لرقابتها على جميع الشركات المتممة إلى تجمع الشركات من خلال مساهمة إحدى الشركات الخاضعة لها بطريقة غير مباشرة في رأس مالها.

(1) Cf., par exemple, Vanessa DESOUTTER: «La responsabilité de la société mère vis-à-vis de sa filiale. Comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes», Thèse en Droit - Droit comparé Soutenue le 16 décembre 2011 En cotutelle avec l'Université d'Augsbourg - Allemagne, http://www.peterlang.com/download/extract/67565/extract_262426.pdf, p. 30.

الشرع الثاني

تتمثل الفرضية التي سيقع التطرق إليها وتحليل جوانبها القانونية في ما يلي في أن شركة ما تساهم في رأس مال شركة ثابتة، فيما تكون هذه الشركة الثانية بدورها مساهمة في رأس مال الشركة الأولى في الذكر. وتطرح هذه الوضعية إشكالا اقتصاديا وقانونيا بما أن هذه الوضعية تؤدي عمليا إلى تضخيم مفتعل للذمم المالية للشركتين بمساهمات تلغي إحداها الأخرى بمفعول المقاصة. فالشركة الأولى «دائنة» للثانية بمساهماتها في رأس مالها، والعكس بالعكس. ولذلك حرص المشرع على وضع سقف لما هو جدائر من المساهمات المتبادلة مع إلزام الشركات التي تكون في وضعية مخالفة بتسوية أوضاعها في آجال معقولة. فقد قُيدت مجلة الشركات التجارية المساهمات المتبادلة بجملة من القيود المتمثلة أساسا في:

- تحجير تبادل المساهمات التي يكون الهدف منها تضخيم مفتعل للذمم المالية للشركات المعنية⁽¹⁾. فقد منع الفصل 464 من المجلة صراحة أن يكون الهدف من تجمع الشركات هو تحقيق غاية غير مشروعة مضرّة بالاقتصاد الوطني، وذكر على سبيل المثال التوصل إلى وضع احتكاري للأسواق كالحّد من حرية المنافسة، والتهرب من الضرائب، وتنضاف إلى ذلك غاية غير مشروعة أخرى وهي غاية مغالطة الغير فيما يتعلّق بالوضع الحقيقي للمؤسسة وصحة موجوداتها، من خلال مساهمات متبادلة بين شركتين، تؤدي إلى إنشاء وضع ظاهري يوحي بأن لكل واحدة منهما موارد ذاتية هامة، حال أن هذه الموارد وهمية وتلغي إحداها الأخرى بطريق المقاصة.

- تحجير المساهمات المتبادلة التي يكون الهدف منها تعطيل السير القانوني لأجهزة إدارة الشركات وحرمان الشركاء من إمكانية ممارسة حقوقهم المشروعة بفعالية، كأن تؤدي المساهمات المتبادلة إلى تثبيت مسير الشركات المعنية في مناصبهم بشكل دائم وجعل عزلهم مستحيلا (verrouillage) بفعل ما لهم من نفوذ مشترك في الشركة الأم والشركات التابعة.

(1) Jean CATTARUZZA: «Spécificités du Code des sociétés appliqué aux groupes de sociétés», article précité, spec. p. 119 et ss.

الفقرة الأولى: منع المساهمات التي تتجاوز حدّا معيّنا بين شركتي أسهم ليس لشركة أسهم أن تساهم في شركة أخرى من نفس النوع إذا كانت هذه الأخيرة تمتلك في الأولى مساهمات تفوق نسبتها 10 ٪ من رأس المال. وهذا الاتجاه يكرس مبدأ منع التضخيم المفتعل لرأس المال، كما أن هذه النسبة تكفل للشركات مرونة التصرف وعدم إعاقة نشاطها وسياساتها الاقتصادية دون أن يترتب عن حرية تصرفها مساس بالشفافية والنزاهة في معاملاتها.

وعلى هذا الأساس، فإنه إذا ما تجاوزت مساهمة الشركة المستهدفة بالمساهمة نسبة 10 ٪ فإن مساهمة الشركة الأخرى تصبح ممنوعة. فمساهمة الشركة الثانية في رأس مال الأولى (التي لها مساهمة تفوق 10 بالمائة من رأس مال الثانية) تكون شرعية طالما لم تتجاوز مساهمة الأولى نسبة 10 ٪. ومختصر القول أن المساهمات المتبادلة بين شركات الأسهم والتي لا تتجاوز 10 ٪ من الجانبيين مباحة.

* ويمكن تصحيح المساهمات غير القانونية بالاتفاق بين الأطراف، والذي يقتضي تنازل إحدى الشركتين بالخطّ من نسبة مساهمتها في الأخرى. وفي صورة عدم التوصل إلى اتفاق فإن الشركة التي تمتلك النسبة الأقل من الأسهم في رأس المال تكون ملزمة بالتفويت فيها في أجل أقصاه عام من تاريخ المساهمة المحجّرة بقطع النظر عن تاريخ اقتناء المساهمة إن كانت سابقة لاقتناء الشركة الأخرى لمساهماتها أم لاحقة له. وإذا كانت نسبة مساهمة الشركتين متساوية فعليهما التخفيض في مساهماتهما كل من جهتها إلى نسبة 10 ٪.

* وقد حدد أجل التسوية بستين حسب ما جاء في قانون الإصدار. غير أنه ومراعاة لمتطلبات عملية التسوية بالنسبة لتجمعات الشركات ذات البنية المعقدة، وقع التمديد في أجل التسوية بستين إضافيتين بموجب الفصل 41 من القانون عدد 90 لسنة 2004 المؤرخ في 31 ديسمبر 2004 المتعلق بقانون المالية لسنة 2005.⁽¹⁾

(1) يتعلق الأمر في الواقع بنص لا علاقة له بميزانية الدولة (ويصنف فقها كأحد «فرسان الميزانية» cavalier budgétaire) وكان من المفروض أن يقر المجلس الدستوري عدم جواز إدراجه في قانون المالية عملا بأحكام الفصل 28 من دستور سنة 1959 والفصلين 1 و2 من القانون الأساسي للميزانية (قانون عدد 53 لسنة 1967 مؤرخ في 8 ديسمبر 1967). غير أن المجلس الدستوري لم يعتمد هذا التحليل في رأيه عدد ق م 2004-43 المؤرخ في 5 نوفمبر 2004

* كما يجب على الشركة المتجاوزة إعلام الأخرى بالتجاوز في أجل لا يتعدى الخمسة عشر يوما وذلك حتى يمكن عرض الموضوع على هيكل الإدارة لكلا الشركتين وتنظيم محاسبة الشركتين المرتبطة بأعمالهما السنوية ومراعاة للمدة التي يجب فيها إعداد التقرير السنوي. ويعتبر عدم الإعلام جريمة موجبة للزجر كما سيأتي بيانه.

الفقرة الثانية، منع المساهمات التي تتجاوز حدا معيناً بين شركة أسهم وشركة من نوع آخر

إذا كانت شركة أسهم تساهم في شركة من نوع آخر (غير ذات أسهم) بنسبة تفوق 10 ٪ من رأس مالها فإن هذه الأخيرة لا يمكنها مطلقاً امتلاك أي سهم في الشركة الأولى. وفي صورة مخالفة ذلك فعليها تسوية الوضعية في ظرف سنة من تاريخ الاقتناء، وذلك بالتفويت في أسهمها، ولو كانت مساهمتها ضئيلة.

وفي صورة امتلاك شركة أسهم لنسبة تساوي أو تقل عن 10 ٪ من رأس مال شركة غير شركة أسهم فإن على الثانية أن لا تساهم في الأولى بنسبة تفوق 10 ٪. فالشركة الثانية لا يمنع عليها قانوناً أن تساهم في رأس مال شركة الأسهم، بل يجب أن تكون مساهمتها أقل من نسبة 10 ٪ أو معادلة لها. وفي صورة تجاوز الشركة (غير ذات الأسهم) لنسبة 10 ٪ من أسهم شركة الأسهم، فإنها تضحى ملزمة بالتفويت فيما زاد عن تلك النسبة.

كما تُحرم الشركة المتجاوزة من حق التصويت المرتبط بالأسهم المعنية بالتحجير.

الفقرة الثالثة، أجل تسوية وضعية الشركات التي لها مساهمات متبادلة
لدى إصدار القانون المؤرخ في 6 ديسمبر 2001، مُنحت الشركات التي لها مساهمات متبادلة مخالفة لأحكامه أجلاً قدره عامان لتسوية أوضاعها

ولم يثر هذه المسألة رغم أنه أقر عدم دستورية أحكام أخرى لذات السبب المذكور أعلاه. وفي الحقيقة فقد تضمن الفصل 41 من قانون المالية لسنة 2005 فقرتين، تتعلق الأولى بتمديد أجل تسوية وضعية المساهمات المتبادلة وهو يخرج موضوعاً عن قانون المالية (وهو بذلك غير دستوري شكلاً) وفقرة ثانية تتعلق بالنظام الجبائي للقيمة الزائدة المحققة من التفويت في الأسهم في إطار تسوية الوضعية، وهو مطابق للدستور.

طبق مقتضياته، وهو ما أدى بالعديد من الشركات إلى المسارعة بالتفويت في مساهماتها، مما أدى إلى نتيجتين:

- على المستوى الفردي، وجدت هذه الشركات نفسها مطالبة بدفع الضريبة بعنوان القيمة الزائدة المحققة عند التفويت في مساهماتها، وهي مبالغ مرتفعة بالنسبة لبعض الوضعيات مما تسبب في تكلفة جبائية مرتفعة أضرت بالاستقرار المالي للعديد الشركات.

- على المستوى الكلي، أدى قصرُ هذا الأجل إلى وجود وفرة كبيرة في الأسهم والحصص المعروضة للبيع داخل البورصة أو خارجها مقابل عدم وجود طلب مساوٍ أو مواز لها، مما أدى إلى انخفاض هام في مؤشر البورصة وأضر بالسوق المالية ضرراً تواصلت آثاره بضعة سنوات.

وقد تظننت السلط العمومية إلى هذا الوضع الناجم عن التسرع في وضع الأحكام الإنتقالية المرتبطة بإقرار نظام تجمع الشركات فصدر قانون المالية لسنة 2005 المؤرخ في 31 ديسمبر 2004 الذي رَفَع فصله 41 أجل التسوية إلى 31 ديسمبر 2005.

الفقرة الرابعة، منع احتساب المساهمات الراجعة إلى شركة فرعية عند التصويت على القرارات في الجلسات العامة للشركة الأم

حتى لا تتمكن الشركة المهيمنة (الأم) من التصويت في الجلسات العامة الخاصة بها بطريقة غير مباشرة، بواسطة حقوق التصويت التي تملكها فيها الشركات الفرعية -الخاضعة بالضرورة إلى هيمنتها-، فقد منع القانون احتساب الأسهم وحقوق التصويت التي تمتلكها شركة أو شركات فرعية خاضعة لرقابة الشركة الأم في الحصول على الأغلبية بالجلسات العامة للشركة الأم.

الغاية الرابعة

منع إنشاء تجمع الشركات لأهداف مخالفة للقانون

تعتمد بعض تجمعات الشركات إلى التحايل على القانون اعتماداً على تعدد شركاتها، بهدف التهرب من الأداءات على المرائب وذلك بالقيام بعمليات مختلفة يترتب عنها تقليص حجم المرائب الخاضعة للأداءات أو التمتع بإعفاءات لا حق

لها فيها. وقد يعتمد تجمع الشركات للتستر على ممارسات احتكارية، حيث تنقسم شركة ما إلى مجموعة شركات تقوم بنفس النشاط بهدف احتكار السوق، فتبدو في الظاهر أنها شركات متنافسة إلا أنها في الواقع تمثل مجرد اقتطاعات مصطنعة لشركة واحدة تظهر للعموم بمظهر الشركة الأم وتقوم بنفس النشاط.

وقد حُجرت مجلة الشركات التجارية قيام تجمع الشركات لتحقيق أهداف مخالفة للأحكام التشريعية مثل التهرب من الضرائب أو الإخلال بقواعد المنافسة.

على أن القانون التونسي لم يتطرق إلى حالة المساهمات الدائرية ولم يضع أحكاماً تمكن من الحد من المساهمات المتبادلة في إطارها، في حين أنها تنطوي على مساهمات متبادلة غير مباشرة.

المعلومات المتعلقة بالشركات

باعتبار ما قد يثيره وجود مجموعة من الشركات المترابطة من التباس في أذهان الغير يمكن استغلاله للحصول على منافع غير مشروعة، حرص المشرع على أن توفر الشركات المعنية معلومات كافية لمن يهمهم أمرها وذلك خصوصاً عبر آليات الإشهار القانوني (القسم الأول) ووجوب مسك محاسبة مجمعة (القسم الثاني) ووجوب إعلام الشركاء في مختلف الشركات المنتمية إلى تجمع الشركات (القسم الثالث).

القسم الأول

إلى جانب خضوع الشركة المنتمية لتجمع الشركات لواجبات النشر بالسجل التجاري وفق التشريع الجاري به العمل فإن مجلة الشركات التجارية قد حملتها واجبات إشهار إضافية تحقق جدية تأسيس هذا النوع من الشركات وإعلام الغير عن حقيقة وضع الشركة التي يتعامل معها. كما يخضع إلى هذا التنصيص كل تعديل يطرأ على المعلومات الميَّنة في ما سبق، لما في ذلك من ضمانات للغير.

فإضافة إلى التنصيص بالسجل التجاري على انتماء كل شركة معينة إلى تجمع الشركات، فقد أوجب الفصل 470 على كل شركة منتمية إلى تجمع شركات القيام بواجب الإشهار والنشر من خلال إدراج التنصيصات التالية بالسجل التجاري:

- 1- ذكر تجمع الشركات الذي تنتمي إليه الشركة،
- 2- التنصيص على «الشركة الأم» أو القابضة التي تمارس نفوذاً عليها،
- 3- التنصيص على انتهاء انتمائها إلى تجمع الشركات متى حصل ذلك،
- 4- التنصيص على أنها شركة قابضة إن كانت لها هذه الصفة⁽¹⁾،
- 5- التنصيص على فقدانها لصفة الشركة القابضة إن زالت عنها هذه الصفة بحكم ممارستها لأنشطة أخرى عدا مجرد مسك المساهمات وإدارتها.

وإذا كان مقر الشركة الأم موجوداً خارج البلاد التونسية، فإن أحكام القانون التونسي لا يمكن أن تنطبق عليها عملاً بالمبدأ الوارد بالفصل 10 من مجلة الشركات التجارية، والذي قصر تطبيق القانون التونسي على الشركات التي توجد مقراتها بالبلاد التونسية. غير أن خضوع الشركة الأم (بما في ذلك الشركة القابضة) إلى قانون أجنبي بحكم وجود مقرها بالخارج لا يعني بقية الشركات المنتمية إلى تجمع الشركات الذي تراقبه تلك الشركة من واجبات الإشهار المرتبطة بصفاتها كشركات منتمية إلى تجمع شركات. فقد أوجبت الفقرة الأخيرة من الفصل 470 من مجلة الشركات على الشركة الفرعية إدراج البيانات المدرجة بالفقرتين الأولى والثانية من الفصل 470 لإشهار حالتها للعموم. وينبغي على وجه الخصوص أن يعلم الكافة بأن تلك الشركة تخضع إلى نفوذ شركة أم مقرها بالخارج، مع ذكر هوية تلك الشركة الأم وجنسيتها وما يكفي من المعطيات للتعريف بها. وكذلك الشأن إذا كانت الشركة الأم في تونس والشركات الفرعية في الخارج. ويُحمل واجب مسك المحاسبة المجمعة في هذه الحالة على الشركة الفرعية المستقرة بتونس والتي تكون لها صفة الشركة الأم بالنسبة للشركات الفرعية الأخرى الموجودة بتونس.

(1) إلى حدود سنة 2012، أعلنت 35 شركة مدرجة بيورصة الأوراق المالية أنها تتحكم في تجمع شركات. أنظر: «التقرير السنوي لميعة السوق المالية. 2012»، ص. 32. تقرير منشور على الموقع الرسمي www.cmf.org.tn

القسم الثاني

القوائم المالية المجمعة

من أهم الاستباعات القانونية لقيام تجمع الشركات وجوب مسك محاسبة مجمعة (قوائم مالية مجمعة) تعكس نتيجة مجموع الشركات المتمتعة إليه، وتبرز بشكل واضح. الإصحح الوضع المالي والاقتصادي للمجموعة. ولذلك، فقد أوجبت مجلة الشركات التجارية - على غرار التشريعات المقارنة - على الشركة الأم مسك قوائم مالية مجمعة états financiers consolidés تكون صورة صادقة للوضعية المالية التي يعيشها التجمع إلى جانب إعداد الحسابات السنوية الخاصة بتلك الشركة الأم والشركات الفرعية. وتشتمل هذه الحسابات المجمعة أساسا على موازنة مجمعة وعلى بقية الوثائق المحاسبية المجمعة الأخرى، وهي تضمن حماية حقوق المساهمين في الشركة الأم وخاصة منها الحق في إعلامهم بالأوضاع المالية لكل شركة في المجموعة. ويتم مسك المحاسبة المجمعة طبقا لأحكام الفصل 21 من القانون عدد 112 لسنة 1996 المؤرخ في 30 ديسمبر 1996 المتعلق بنظام المحاسبة للمؤسسات وللمعايير المحاسبية المتخذة لتطبيقه.

القسم الثالث

واجب إعلام الشركات

الشرع الأول

الإعلام بمناسبة الجلسة العامة للشركة الأم

فرض الفصل 472 من مجلة الشركات التجارية على الشركة الأم إحالة الحسابات المجمعة مع تقرير عن نشاط تجمع الشركات وتقرير يتعلق بالتصرف داخله على كُتْل الشركاء قبل شهر من انعقاد الجلسة العامة للشركاء حتى يتسنى لهم الإطلاع عليه والتثبت من مصداقيته ومطابقته للواقع على ضوء تقرير مراقب حسابات الشركة الأم الذي يتولى في نفس الوقت تدقيق المحاسبة المجمعة، وذلك قصد المصادقة.

كما أنه ومراعاة لكون الحق في الإطلاع على الوضع المالي لتجمع الشركات غير مقصور على الشركاء في الشركة الأم، إذ أنه قد يهتم الشركاء في بقية الشركات المتمتعة إلى التجمع، كما يهتم الغير الذي يتعامل مع إحدى شركات التجمع أو

ينوي التعامل معها، فقد اقتضى الفصل 472 من مجلة الشركات التجارية أن القوائم المالية المجمعة يجب نشرها بإحدى الصحف اليومية التونسية الصادرة باللغة العربية وذلك خلال الشهر الموالي لتاريخ المصادقة عليها من قبل الشركاء في الشركة الأم. ولم يقع حذف هذا الواجب رغم أن قانون 16 مارس 2009 تخلى عن وجوب الإشهار بالصحف بالنسبة لأغلب الإجراءات المتعلقة بالشركات التجارية.

الشرع الثاني

إلى جانب القوائم المالية المجمعة، يجب على الشركة الأم أن تعد تقرير تصرف rapport de gestion لمجمل التجمع الذي ترأسه، وهي وثيقة غير محاسبية، إلا أنها تستند إلى المعطيات المحاسبية وتأتي لشرحها وتوضيحها وبيان الجوانب المتعلقة بسير أمور تجمع الشركات، مع تبرير السياسة المالية المتبعة وبيان جدواها والغاية من اتباعها، وهي معطيات لا تبرزها القوائم المالية. وتمثل البيانات الوجوبية التي يجب أن يتضمنها التقرير المتعلقة بتصرف التجمع في:

- وضعية كُتْل الشركات المشمولة بالقوائم المالية المجمعة.
- التطور المتوقع لوضعية التجمع في المستقبل القريب والمتوسط.
- مختلف النشاطات في مجال البحوث والتنمية والاستثمار وغيرها المتعلقة بتجمع الشركات.
- الأحداث الهامة التي طرأت بين تاريخ توقيف الحسابات المجمعة والتاريخ الذي أعدت فيه.
- التحويرات المدخلة على المساهمات الحاصلة بالشركات المجمعة.

الشرع الثالث

منحت مجلة الشركات التجارية لمراقب حسابات الشركة الأم صلاحيات واسعة تتمثل في تدقيق القوائم المالية لتجمع الشركات وتمتد إلى إجراء التحريات لدى الشركات الفرعية والشركات الأخرى الخاضعة لنفوذ الشركة

الأم، دون منحه حق إجراء مراقبة على تقارير مراقبي حسابات الشركات المتتمية إلى التجمع، ودون أن ينفي ذلك حقه في الإطلاع على تلك التقارير، خصوصا وأنه لا يجوز له أن يصادق على القوائم المالية المجمعة إلا بعد الإطلاع على تقارير مراقبي حسابات الشركات المكونة لتجمع الشركات جميعا، بما في ذلك تلك التي تكون مقراتها خارج البلاد التونسية إن كان القانون الأجنبي الذي تخضع إليه يوجب خضوع محاسبتها إلى تدقيق مراقب حسابات. ولمراقب الحسابات حق إجراء جميع التحريات اللازمة للتأكد من جدية ما تضمنته القوائم المالية الخاضعة لرقابته من معطيات، كما عليه مراقبة الحسابات والتحقق من المعلومات التي تضمنتها تقارير مجالس الإدارة في حسابات الشركات المتتمية للتجمع ومصادقته عليها تكون تحت مسؤوليته.

النظم الرابع : العمليات المالية بين الشركات الأعضاء في التجمع

أرست مجلة الشركات استثناء لمبدأ انفراد مؤسسات القرض بحق القيام بالعمليات المالية المتمثلة في إسناد القروض أو السلفة أو التسبقة على الحساب الجاري أو الكفالة مهما كانت طبيعة هذه العمليات أو مدتها والذي جاء به قانون 10 جويلية 2001 المتعلق بمؤسسات القرض. فقد خولت المجلة للشركة الأم القيام بعمليات تمويل لفائدة الشركات التابعة لها بصورة مباشرة أو غير مباشرة. فللشركة الأم أن تقوم بعملية مالية بالمفهوم المتقدم مع شركة أخرى لها فيها مساهمة مباشرة أو غير مباشرة تفوق نصف رأس مالها وتكون خاضعة لنفوذها.

ويجنب السماح للشركة الأم أو لشركات التجمع بمنح القروض في ما بينها مؤونة الالتجاء إلى مؤسسات القرض وما يترتب عنه من تعقيدات إجرائية، كما يوقر لها كلفة الفوائض الموقفة عادة على القروض، حيث يفترض أن الشركة الأم أو الشركة الأخرى المتتمية معها إلى نفس تجمع الشركات لن تطلبها بفوائض مساوية لتلك المعمول بها في السوق النقدية.

وقد جاء في قرار جبائي صادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 21 أكتوبر 2009 أنه: «في خصوص الفوائض الموقفة على المبالغ الممنوحة لشركات المجمع فإنه ظهر من خلال الاختبار أن المبلغ الذي منحه المستأنفة لفائدة شركات المجمع ليس في إطار معاملة تجارية وليس دينا مطلوبا ناشئا عن معاملة تجارية وبالتالي لا تنطبق عليه أحكام الفصل 1096 من مجلة الالتزامات

والعقود. وحيث ثبت أن الشركات التي تمتعت بمنح الأموال حسب القانون الأساسي للمستأنفة ليست شركات M والسيد رشاد وشركة Gel وشركة A هي شركات مساهمة في رأس مال المستأنفة وتبعا لأحكام الفصل 48 فقرة سابعة من مجلة الضريبة (على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات) والفصل 30 من نفس المجلة فإن المبالغ الممنوحة بها لا تستوجب توظيف 8 بالمائة نسبة فوائض على أصل المبلغ ... (الحط من المبالغ الموقفة»⁽¹⁾).

وأقل ما يمكن أن يقال عن المقطع المنشور من هذا القرار أنه غامض وتعليله غير بَيِّن، وإنما يمكن أن يفهم منه أن المحكمة تعتبر أن الأمر لا يتعلق بعملية قرض بين شركات تنتمي إلى نفس تجمع الشركات ومع ذلك لا ينطبق عليها الفصل 48 من مجلة الضريبة الذي يضع قرينة على أن كل عملية إقراض بين شركات تجارية تخضع إلى فائض نسبته لا تقل عن 8 بالمائة، وهو دخل يخضع للاداء ولو تخلت عنه الشركة المقرضة تلقائيا بناء على نظرية "أعمال عدم التصرف" - acte de non-disposition التي هي من صور أعمال التصرف غير العادية - acte anormal de gestion⁽²⁾.

الشرع الأول

الشرع الأول : الأعمال المالية بين الشركات

خشية من أن تتحول هذه العمليات إلى غطاء لأعمال تحويل للأرباح والمداخل بطريقة ملتوية، فقد اشترط المشرع للقيام بها اجتماع الشروط التالية :

- 1- أن تكون العملية عادية أي أن تجرى بشروط لا تختلف بصفة جوهرية عن شروط إنجاز نفس الصنف من العمليات المالية في السوق النقدية،
- 2- أن لا تنجر عنها صعوبات اقتصادية للطرف الذي قام بها، وهو ما يقتضي أيضا أن لا تكون العملية مجانية أو بمقابل زهيد، وأن لا تتجاوز طاقة الشركة التي تقوم بها،

(1) محكمة الاستئناف بتونس، قرار جبائي عدد 47933 بتاريخ 21 أكتوبر 2009، الأخبار القانونية، جانفي 2010، العدد 83/82، ص. 12.

(2) أحمد الورفلي: «أعمال التصرف غير العادية في فقه قضاء الدائرة الجبائية بالمحكمة الابتدائية بتونس» ضمن كتاب «دراسات في القانون الجبائي II»، نشر مجمع الأعرش للكتاب المختص، تونس 2007، ص. 73.

3- أن تكون العملية مبررة بالحاجة الفعلية للشركة المعنية بها (المقترضة) وأن لا تكون ناتجة عن اعتبارات جبائية، أي أن لا تهدف إلى تحويل الأرباح للتفصي من الأداءات وخاصة منها الضريبة على الشركات،

4- أن يكون للعملية مقابل فعلي أو متوقع بالنسبة إلى الشركة التي قامت بها، كأن يكون الهدف منها هو الحفاظ على شركة تعتبر أهم مزود أو أهم حريف للشركة التي قامت بها،

5- أن لا تهدف العملية إلى تحقيق أغراض شخصية للمسييرين القانونيين أو الفعليين للشركة المعنية بها.

فصحة العمليات المالية تقتضي أن يكون المراد هو تحقيق نفع مشترك للمجموعة. ومهما كان نوع المقابل الفعلي المحدد كشرط لإجراء عملية التمويل، فإنه لا يمكن أن يكون بحال مجحفاً في حق الشركة المقترضة.

الشيء الثاني

المستطاع استغلال ما لهم من صلاحيات التمثيل والتسيير والإدارة لتحقيق منافع ذاتية وكذلك الشأن إذا كان لأكثر من شركة عضو بالتجمع نفس المسييرين إذ يخشى في هذه الحالة التهاون بمصلحة إحداها لفائدة الشركة الأخرى.

ووضع الفصل 475 منظومة رقابة في الحالات التي تكون مدعاة للخشية بأن أوكل مراقبة الاتفاقات المبرمة للجلسة العامة للشركة الأم للمصادقة عليها بعد إخضاعها لترخيص مسبق من مجلس إدارة الشركة الأم وتقرير خاص من مراقب الحسابات.

كما تخضع الشركة الأم إلى قيود عند إبرام عقود مع إحدى شركات التجمع كي لا تستغل علاقة النفوذ والهيمنة وتبرم اتفاقات لها تأثير سلبي على الشركة الخاضعة لنفوذها وتؤول إلى نقل المرباح إليها بطرق ملتوية أو إسداء خدمات بمقابل مشط.

إلا أن هذه الرقابة يجب أن لا تشكل قيداً يحد من حرية التعامل ويعوق السياسة التجارية والتنظيمية للتجمع في الحالات التي لا يتطلب فيها الأمر ذلك. وبناء عليه، اقتضى الفصل 475 بفقرته الثانية أن لا لزوم لإجراءات المراقبة إذا كان الاتفاق قد أبرم بشروط عادية وكان مندرجاً في إطار عملية جارية.

ولا يمكن بحال أن تنقلب مصلحة تجمع الشركات إلى عصا سحرية ينقلب بها ما هو غير عادي إلى تصرف عادي. فمصلحة تجمع الشركات ينبغي أن تؤخذ بعين الاعتبار، لكن لا يمكن أن تمحو المصلحة الفردية لكل شركة. وتهدف هذه القاعدة إلى حماية أقلية الشركاء في الشركات الفرعية الذين يمكن أن تقع التضحية بمصالحهم لفائدة الأغلبية التي تسيطر على الشركة الأم. ولهذا السبب أوجب القانون البلجيكي الصادر في 2 أوت 2002 مثلاً أن يقع إعلام الشركاء في الشركات الفرعية على وجه الخصوص بكل العمليات والوضعيات التي تنطوي على تضارب مصالح داخل تجمع الشركات. فيجب إعلامهم مثلاً بكل اتفاقية تتعلق مثلاً بالتمويل المشترك أو التموين المشترك (approvisionnement) ويتطابق القانون البلجيكي مع قواعد منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE المتعلقة بالإدارة الرشيدة الصادرة سنة 2004 والتي أكدت على واجب الوفاء والتزاه من جانب المسييرين إزاء الشركات التي يسيرونها، فاقتضت أن:

Le devoir de loyauté « est également fondamental pour les administrateurs qui travaillent au sein d'un groupe de sociétés : même lorsqu'une société est contrôlée par une autre société, le devoir de loyauté des administrateurs est en effet un devoir vis-à-vis de la société et de tous ses actionnaires, et non vis-à-vis de la société qui contrôle le groupe »⁽¹⁾.

ويستخلص من ذلك أن مسير الشركة الفرعية مطالب بأن يحرص على تجنب التضارب بين مصالحه الشخصية ومصالح الشركة التي يسيرها، وهو واجب عام يستمد من أحكام الفصل 200 جديد من مجلة الشركات التجارية كما أعيدت صياغته بموجب تعديل 16 مارس 2009 ومن أحكام الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود بالنسبة لسائر الشركات. وهو مطالب علاوة على ذلك بالحرص على أن لا يترك الشركة الأم تهيمن على الشركة الفرعية إلى

(1) T. TILQUIN : « La gouvernance d'entreprise et les groupes de sociétés », in Le droit des affaires en évolution. Les relations intra-groupe, actes de colloque, éd. Bruylant - Kluwer, Bruxelles, 2004, p. 57 et ss., spéc. p. 76-77.

درجة تجعل الإستقلال القانوني الذي تتمتع به الشركة الفرعية استقلالا وهيبا. لكن عليه من جهة أخرى أن يعمل على المحافظة على تناسق سياسة التجمع.

التمويل والتجارة

حماية أصحاب الحقوق المتصلة بالشركة

أصبحت القوانين الحديثة تجمع المهتمين بشأن الشركة تحت تسمية جامعة يمكن ترجمتها على أصنها تعادل «ذوي الشأن» أو «أصحاب المصالح» *stakeholders*. ويضم هذا المفهوم إلى جانب الشركاء، الدائنين والعمالية والمزودين والحرفاء وإدارة الجباية والإدارات العمومية الأخرى...

التقسيم الأول

تمثل حماية دائني الشركات المتتمية إلى تجمع الشركات هاجسا في كل دول العالم بسبب تعمّد بعض التجمّعات جعل بعض شركاتها كستار لأنشطة الشركات الأخرى حيث تعتمد على للتدائن وإبرام الصفقات لفائدة شركات أخرى في التجمع، فيكون المستفيد الحقيقي غير الشركة المدينة، وهذا ما يسمح بالتفصي من أداء الديون مع التضحية بالشركة المدينة التي تكون في الغالب شركة وهمية أو صغيرة الحجم أو لا ممتلكات لها.

ويؤدي إقرار مبدأ الاستقلال القانوني للشركات المتتمية إلى تجمع شركات إلى الإقرار باستقلالية ذممها المالية، أي أن معاملات إحداها مع الغير لا تترتب عنها نتائج على الذمم المالية للبقية.

وينجم عن ذلك أن دائني إحدى الشركات المتتمية إلى التجمع لا يمكنهم المطالبة بديونهم إلا من الشركة المدينة لهم. إلا أن مصلحة الغير الذي يتعامل مع تلك الشركة عن حسن نية تقتضي تمكينه من حماية قانونية ناجعة. ولهذا السبب، واستثناء لقاعدة استقلالية الذمم المالية للشركات المتتمية إلى تجمع الشركات، وفي صورة توفر معطيات معينة تكشف عنها العلاقة بين الشركة الأم والشركات

الفرعية، يمكن مطالبة الشركة الأم أو إحدى الشركات الفرعية بتسديد ديونها. ويكون ذلك :

- 1- إذا أثبت الدائن أن شركة من الشركات المتتمية إلى تجمع الشركات (وهي الشركة المدعى عليها في دعوى المطالبة) تصرفت بما من شأنه إيهام الغير بأنها مساهمة في تعهدات الشركة المدينة المتتمية إلى تجمع الشركات،
- 2- أو عندما تكون الشركة الأم أو إحدى الشركات المتتمية إلى تجمع الشركات قد تدخلت عن قصد في نشاط الشركة المدينة في معاملاتها مع الغير، بما من شأنه خلق حالة من تشابك المصالح والمراكز القانونية يجيز للغير معاملة الشركتين على أنهما متضامتان في تعهداتهما إزاءه⁽¹⁾.

وقد استند فقه القضاء التحكيمي إلى المبادئ المبينة أعلاه، في غياب نصوص مماثلة للفصل 474 من مجلة الشركات التجارية التونسية، فأجازت عدة أحكام تحكيمية مدّ الشرط التحكيمي الذي تبرمه إحدى الشركات الفرعية إلى الشركة الأم في ظروف خاصة تقوم فيها حالة الظاهر *l'apparence* المرتبطة بمبدأ حسن النية أو تدخل الشركة الأم في عملية إبرام الشرط التحكيمي⁽²⁾. وقد أشارت

(1) Youssef KNANI: «La situation de la société mère envers les créanciers de sa filiale», actes de session de formation sur «Le Code des sociétés commerciales», Tunis 11-12 avril 2003, éd. CEJJ, Tunis 2004, p. 9.

المحكمة الابتدائية بأريانة، حكم ابتدائي شغلي، عدد 17733 / 2001 بتاريخ 13 فيفري 2002، ورد بكتاب «مجلة الشركات التجارية معلق عليها»، مرجع سابق، ص. 44: «...إن إستقلالية الذوات المعنوية بعضها عن بعض لا يمكن أن يشكل بأي حال سببا للإضرار بمصلحة الأجير والمس من امتيازاته المكتسبة وحقوقه المشروعة طالما أن تلك الإستقلالية لم تنعكس على الصعيد الواقعي وإنما أفرزت على العكس من ذلك تدخلا بينها في الحقوق والواجبات وفي سير الهياكل والأجهزة المكلفة بتسيير نشاطها وعليها هي وحدها أن تتحمل تبعات هذا التدخل. ...تري المحكمة بناء على ذلك وإعتقادا على مالها من سلطة في التقدير أن قرار الطرد يجب أن تحمل تبعاته على المطلوبين مما مادامتا متداخلتين سويا في العلاقة الشغلية القائمة مع المدعية».

(2) Sentence CCI, affaire n° 1434 rendue en 1975, *Journal du Droit International (Clunet)* 1976, p. 978, note Yves DERAIS (ensemble de contrats faisant référence tantôt aux « sociétés X, Y du groupe A », tantôt au « Groupe A » ou à « l'organisation A », permettant au contractant de s'en tenir à l'idée « conforme à l'esprit des contrats, comme à la réalité économique, que le groupe A, ni son président, ni telle ou telle des sociétés membres de ce groupe ne peuvent s'abriter derrière la rédaction de telle clause particulière... dans un litige qui concerne directement le groupe A ». Cette impossibilité disparaît s'il est établi

وفي المقابل، رفضت أحكام تحكيمية أخرى هذا التوسع⁽¹⁾. وفي تونس، تمثلت الوقائع التي عرضت على محكمة الاستئناف بتونس في قرارها الصادر في 26 جانفي 2010 في أن شركة تنتمي إلى تجمع شركات إيطالي حصلت على قرض من شركة تنتمي إلى تجمع شركات آخر وقدمت لذلك ضمنا (كفالة) صادرة عن شركة أخرى تنتمي معها إلى نفس تجمع الشركات، وأدرج في العقدين شرطا تحكيم. ولدى نشوب النزاع قامت الشركة المقرضة بمعية الشركة الأم التي تملك 100 بالمائة من رأس مالها بتعيين محكم واحد عنهما وطلبتا من الشركة المدينة وضامنها تعيين محكم من جهتهما، فتخلفتا عن ذلك. ولدى طلب التعيين من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس، رفض الطلب بناء على أن العقد المتضمن للشرط التحكيمي المعروض عليه مبرم بين الشركة المقرضة والشركة المقرضة لا غير، وبالتالي لا يجوز القيام من الشركة الثانية وضد الشركة الضامنة، فوقع القيام من جديد من قبل شركة واحدة ضد شركة واحدة وقضي لصالح الطلب وتم تشكيل هيئة التحكيم، لكن بعد ذلك تداخلت الشركة الأم في النزاع وقامت بإدخال الشركة الضامنة في النزاع. ولدى إصدار حكم التحكيم، قضت هيئة التحكيم باعتبار تدخل الشركة الأم من قبيل التزيد ويرفض مطلب إدخال الشركة الضامنة. وبذلك اعتبرت هيئة التحكيم ضمينا أن الشرط التحكيمي لا يمتد إلى الشركات الأخرى المتممة إلى تجمع الشركات، رغم أنها سمحت للشركة الدخيلة وللشركة المدخلة جبرا بأن تكونا طرفا في الإجراءات ولم تصدر منذ البداية حكما جزئيا يصرح بعدم صحة التدخل والإدخال، ثم إنها قضت بإلزام الشركة المطلوبة الأصلية والشركة الثانية - الضامنة - التي تم إدخالها في النزاع بأداء مبلغ القرض بالتضامن بينهما، وهو تناقض في الحكم التحكيمي، الذي بني في هذا الجانب على مد الأحكام التعاقدية المبرمة في إطار تجمع شركات إلى شركة غير موقعة بسبب تدخلها في إبرام المعاملة وتنفيذها. ومع ذلك لم تبطل محكمة الاستئناف بتونس هذا الحكم، وكان ذلك لسبب شكلي إذ أن طلب الإبطال لم يصدر عن الشركة التي

(1) Sentence CCI dans l'affaire n° 7155 rendue en 1993, *Journal du Droit International (Clunet)*, 1996, p. 1037, note J.J.-A. ; sentence CCI dans l'affaire n° 4402 rendue en 1983, *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. IX, 1984, p. 138.

محكمة الاستئناف بباريس في أحد قراراتها إلى أن الهيئة التحكيمية «استندت إلى مفهوم تجمع الشركات الذي لا يمكن إنكار وجوده كأحد أعراف التجارة الدولية»، مبتعدة في ذلك عن الرجوع إلى أي تشريع وطني⁽²⁾. وكذلك شأن فقهاء القضاء السويسري⁽²⁾.

« dans un cas donné, par celui qui s'en prévaut, qu'une interprétation formaliste s'impose et correspond à la volonté réelle des parties, interprétée de bonne foi, et à l'esprit de l'opération » ; Appel Paris, 30 novembre 1988, *Revue de l'Arbitrage* 1989, note P.-Y. TSCHANZ. Cf., Olivier CAPRASSE : « L'arbitrage et les groupes de sociétés », in *L'arbitrage dans la vie des sociétés*, éd. Bruylant, Bruxelles 1999, p. 169.

(1) Affaire *Dow Chemical c. Sté Isover-Saint-Gobain*, sentence intérimaire CCI n° 4131 rendue en 1982, *Journal du Droit International (Clunet)* 1983, p. 899, obs. Yves DERAIS - Appel Paris 21 octobre 1983, *Revue de l'Arbitrage*, p. 98, note CHAPPELLE.

(2) Tribunal Fédéral Suisse, 19 Août 2008 - Ire Cour de droit civil : « 4.1.1 ... Une convention d'arbitrage incluse dans un contrat ne lie, en principe, que les cocontractants... »

4.1.2 Conformément au principe de la relativité des obligations issues d'un contrat et de l'indépendance juridique des personnes morales, le droit suisse pose des conditions strictes à l'extension de la convention d'arbitrage à un tiers qui n'y est pas désigné.

Selon la recourante, ces conditions seraient réalisées en l'espèce, Z... s'étant immiscée dans l'exécution du Contrat et ayant ainsi adhéré à la convention d'arbitrage par son comportement. A l'en croire, Z... serait intervenue activement dans les négociations entre les parties au Contrat portant sur l'exécution des obligations à charge de Y... Dès lors, la clause arbitrale lui serait opposable.

En argumentant de la sorte, la recourante fait fi des constatations souveraines du Tribunal arbitral, dont il appert que Z... ne s'est pas immiscée de manière significative dans l'exécution du Contrat. Effectivement, les quelques interventions mises en évidence dans la sentence attaquée, en particulier celle du dénommé A..., étaient sans commune mesure avec le comportement adopté par le tiers auquel la convention d'arbitrage a été étendue dans la cause ayant donné lieu à l'arrêt publié aux ATF 129 III 727. Il n'y a donc pas, en l'occurrence, de quoi justifier la soumission de Z... à la clause arbitrale insérée dans le Contrat.

Que Z... ait été considérée par les arbitres comme la société mère de Y... n'autorise pas une autre conclusion. Aussi bien, sauf circonstances exceptionnelles n'existant pas ici, le contrôle d'une personne juridique par une autre ne constitue pas un élément suffisant pour renverser la présomption que seule la personne ayant souscrit la convention d'arbitrage est liée par celle-ci ».

تم إدخالها في النزاع والتي حرمت من حق تعيين محكم عنها وبالتالي حرمت من معاملة متساوية مع بقية أطراف النزاع وخصوصا المدعية في الأصل⁽¹⁾.

وفي قضية أخرى، قامت شركتان تنتميان إلى تجمع شركات تونسي ببيع أسهم في شركتين تنتميان إلى نفس تجمع الشركات إلى شركتين تنتميان إلى تجمع شركات إيطالي وأدرج شرط تحكيمي في العقد المبرم بين الشخص الطبيعي المترس لتجمع الشركات التونسي والشركة الإيطالية المشتري. غير أن الشركتين الباعيتين لم تقوما بعد قبض ثمن البيع بإحالة الأسهم ولا بتطهير الأصول التابعة للشركات المبيعة أسهما مما عليها من التحملات (رهون)، فقامت المشتريتان بدعوى تحكيمية ضد الشركتين الباعيتين والشخص الطبيعي المترس لتجمع الشركات الذي تنتميان إليه، وطلبنا سحب الشرط التحكيمي على جميع المطلوبين بناء على أن الأمر يتعلق بعملية اقتصادية واحدة مبرمة بين مجموعة إيطالية ومجموعة تونسية، فقضت هيئة التحكيم بسحب الشرط التحكيمي على الشركات الدخيلة وفسخ اتفاقيتي بيع الأسهم.

وقد طعن الشركتان المحكوم عليهما في ذلك الحكم ونازعنا في توسيع الشرط التحكيمي ولاحظنا أن استقلالية الشركات المكونة لتجمع الشركات طبق الفصل 461 من مجلة الشركات التجارية تمنع هذا التوسع كما أن الأمر لا يتعلق بتجمع شركات أصلا لأنه يشترط في التجمع اتحاد المصالح وتكامل الأنشطة الاقتصادية والسياسات التجارية التي تمارسها شركات التجمع. وأكدت الشركتان الطاعتان علاوة على ذلك أنهما لم تتدخلتا في عملية إبرام اتفاقيتي البيع والشرط التحكيمي ولا في تنفيذهما. غير أن محكمة الاستئناف بتونس لم تتمكن من النظر في الموضوع وتسليط رقابتها على عملية مد الشرط التحكيمي بما أنها رفضت الطعن شكلا لوقوعه خارج الأجل القانوني⁽²⁾. فكانت هذه فرصة

(1) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 92116 بتاريخ 26 جانفي 2010، شركة السياحة الصحراوية «صحراء تور» ضد شركة هوريزون هولدايز وشركة ألييتور س ب أ وشركة رانت هرتال، غير منشور. أنظر حول هذا القرار: Ahmed Ouerfelli: « L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne », op. cit., p. 266.

(2) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 84115 بتاريخ 17 نوفمبر 2009، شركة البلفدير للنفط والتعريب وشركة وراقة البلفدير ضد شركة ب.ف.س. اتوتراسبورتي وشركة أوروكار ون.ب.غ. والشركة المتوسطة للوساطة والخزن والشركة المغاربية للنقل المثلج، غير منشور. مذكور بكتاب « L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne » السالف ذكره، ص. 265.

ضائعة لمعرفة موقف المحكمة من مسألة تعريف تجمع الشركات وما إن كانت تعتبر أنه يوجد تجمع شركات إذا كان هناك شخص طبيعي يترأس مجموعة من الشركات ويملك الأغلبية من رأس مال كل واحدة منها، أي ما يسمى فقها «تجمعا شخصيا» *groupe personnel*. وكذلك الشأن بالنسبة لمسألة وجود ترابط بين نشاط شركات التجمع وما إن كان شرطا لازما للقول بوجود تجمع شركات، خاصة أن فقه القضاء الجزائري والجزائري الفرنسي اعتمد هذا الشرط، خلافاً للفصل 461 من مجلة الشركات التجارية التونسية، ومسألة مد الالتزامات غير المالية داخل تجمع الشركات مع أن الفصل 476 لا يشير إلا إلى الالتزامات بدفع مبالغ مالية.

وفي أحدث قرار لها في هذا الموضوع، اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس أن «استقلال الذمم المالية للشركات المكونة للتجمع وانفراد كل واحدة منها بشخصية معنوية بذاتها لا يجب أن يحجب وحدة الواقع الاقتصادي لتلك الشركات وخضوعها لسلطة موحدة تشرف على إرساء الخيارات المتبعة من طرف كل شركة فيما يتعلق بالتصرف والإدارة والتسيير» وأن «وجود تجمع شركات في حد ذاته لا يؤدي بالضرورة وفي كل الأحوال إلى وضع قاعدة عامة مفادها إخضاع جميع الشركات المنتمية للتجمع المذكور لموجبات الشرط التحكيمي المضمن بالعقد وإن كانت لم تُمض عليه لاسيما أن توسيع مجال انطباق الشرط التحكيمي لا يمكن أن يتم بصفة آلية».

ولتفسير مصدر الإشكال القانوني المطروح ودرجة تعقيد النزاع، تضيف المحكمة التعليل التالي: «أفرز تشعب المعاملات التجارية من جهة (لاسيما على الصعيد الدولي)، وتشابك العلاقات الاقتصادية من جهة أخرى، وتعدد الأطراف المتدخلة في «العملية الاقتصادية» من جهة ثالثة، واقعا عمليا يتمثل في أن يتم تحرير عدة عقود تجارية بمناسبة معاملة واحدة أو تحرير عقد واحد تتجاوز فيه الالتزامات والصلاحيات حدود المتعاقدين لتمتد إلى غيرهما من الأطراف وذلك بالنظر للوحدة الاقتصادية ولتداخل المصالح الموجودة بينها»، مؤكدة أن «نظرية تجمع الشركات لا تبرر لوحدها توسيع الشرط التحكيمي وهي تمكّن فحسب من افتراض معرفة الشركات المنتمية للتجمع التي لم تمض على العقد بوجود مثل ذلك الشرط» وأن «توسيع الشرط التحكيمي أو تضيقه

يجب أن يؤسس على دراسة الوضعيات القانونية للشركات المعنية وتفحص نشاطها وبيان مدى علمها بوجود وبمضمون الشرط التحكيمي من عدمه⁽¹⁾. وأكثر ما يسترعي الانتباه في هذا التعليل هو ما أكدته المحكمة من وضع قرينة على أن الشركات المتمتعة إلى تجمع شركات تعلم جميعا بالعقود التي تبرمها باقي الشركات ومنها الشروط التحكيمية وهو ما يعني أن شركة تنتمي إلى تجمع شركات لا يمكنها أن تنكر أو أن تنفي علمها بمعاملة أبرمتها شركة أخرى متمتعة إلى ذات التجمع إلا إذا قدمت الدليل على أنها لم تكن عالمة بها ولم يكن بإمكانها أن تعلم بها.

ولا شك أن هذا القول المرسل على عواهنه ينطوي على مخاطر كبيرة على الشركات المتمتعة إلى تجمعات الشركات في حين أن هذه القرينة لا يمكن أن تصح إلا على الشركة الأم في علاقتها بإحدى الشركات الفرعية وذلك بشرط أن تكون للشركة الأم صفة المسير في تلك الشركة الفرعية. أما في غير ذلك من الصور فإن مجرد الانتماء إلى تجمع لا تقوم به مثل هذه القرينة إذ أن الشركة «الأخت» مثلا لا يحق لها التدخل في شؤون الشركة الأخت الأخرى. ويصح ذلك حتما على الشركة الفرعية التي ليس لها أن تعلم بما تبرمه الشركة الأم من عقود ومعاملات، بل إن الشركة الأم متى لم تكن لها صفة المسير في الشركة الفرعية فإنها تتمتع بحق الاطلاع على وثائق الشركة الأم بصفتها شريكا، غير أن هذا الحق لا يرقى إلى مرتبة الواجب الذي ينبغي القيام به تحت طائلة المسؤولية، ومن ثمة فإن قرينة العلم بكل ما تبرمه الشركة الفرعية منازع فيها في جلّ الصور. وفي مطلق الأحوال فإن التسليم بانطباق القرينة على الشركة الأم في علاقتها بالشركات الفرعية لا يؤدي إلى الإقرار بسريراتها على جميع الصور الأخرى ويتجه لذلك حصر القرينة في مجال انطباقها الموضوعي كما تقدم.

(1) محكمة الاستئناف بتونس، قرار صادر بتاريخ 8 مارس 2011، قضية عدد 14752 (شركة سفنسكا سيلولوزا أكتيولاجات Svenska Cellulosa Aktiebolaget SCA-publ ضد كل من: 1- شركة أوليس الجزائر «Ulysse Algérie» و-2 شركة أوليس ترايدينغ كومباني «Ulysse Trading Company» و-3 شركة سانسيللا «Sancella» و-4 شركة سانسيللا الجزائر «Sancella Algérie» و-5 شركة سانسيللا التجارية «Sancella Trading Company»). أنظر: أحمد الورفلي: «إدخال الغير في النزاع التحكيمي. تعليق على قرار محكمة الاستئناف بتونس الصادر بتاريخ 8 مارس 2011»، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني عشر، أكتوبر 2011، ص. 315 وما يليها.

الشرع الأول

«الشرع الأول» هو الشرع الذي يحدد اختصاصات المحاكم في النزاعات التجارية.

قد يعلم شخص لم يشمل النزاع الأصلي بوجود الخصومة فيبادر بالتدخل فيها. والأصل في الأمور أن هذا الغير ليس له أن يتدخل في الخصومة إلا بعد استئذان المحكمة أو هيئة التحكيم المتعده. ذلك أن التدخل فيه مساس بمبدأ استقرار النزاع المدني، الذي يشمل الجانب الموضوعي (موضوع النزاع) والشخصي (أطراف الخصومة). وكذلك شأن الإدخال، وهو أن يطلب أحد الأطراف (وغالبا ما يكون المدعى عليه) ضم شخص إلى دائرة النزاع سواء كان ذلك لمساندة أحد الأطراف (تدخل انضمامي) أو لمخاصمته أو لمخاصمة كافة الأطراف (تدخل اختصامي). وبالنسبة للتحكيم، يفترض كل ذلك أن يكون الطرف الراغب في التدخل أو المطلوب إدخاله مشمولا باتفاقية التحكيم.

الفقرة الأولى: التمييز بين الطرف والغير

لا بد من التأكيد على أن صفة «الغير» أو صفة «الطرف» إنما هي صفة متحولة. فالشخص الواحد يكون طرفا في علاقة قانونية ما، لكنه «غير» بالنسبة لغيرها. وصفة الطرف في عقد أو رابطة قانونية أخرى لا تعني بالضرورة أن يكون الشخص طرفا في النزاعات المتعلقة به. ذلك أن العقد أو الرابطة القانونية قد تجمع عدة أطراف، ثم ينشب نزاع بين البعض منهم فقط. وفي هذه الحالة يقع شرح بين صفة الطرف في الرابطة الموضوعية وصفة الطرف في الإجراءات القضائية.

وتقع هذه الأمور أيضا في التحكيم، حيث يمكن أن يربط العقد بين أطراف متعددين في حين يقتصر المدعي على مقاضاة بعضهم فحسب، فيطرح بذلك إشكال يتعلق بتحديد الصيغ القانونية لإدخال باقي المعنيين أو تدخلهم طوعا في الخصومة.

ومن الثوابت في مجال التحكيم أن التحكيم لا يمكن أن يشمل إلا من كان طرفا في اتفاقية التحكيم، وليس للمحكم أن يتعهد بنزاع يشمل أشخاصا غير مرتبطين بهذه الاتفاقية. فإن كانت الاتفاقية المذكورة مفقودة كليا فعليه التصريح

بعدم اختصاصه ورفض الدعوى، مع مراعاة قاعدة عدم جواز التناقض لغاية الإضرار بالغير المعبر عنها بالفصل 50 من مجلة التحكيم القاتل: «يعتبر متنازلاً عن حقه في الدفع كل طرف - مع علمه بمخالفة شرط من شروط التحكيم أو نص من نصوص هذا الباب التي يجوز للأطراف التمسك بها - يستمر في إجراءات التحكيم دون أن يبادر إلى الدفع حالاً أو خلال الأجل إن سبق تعيينه».

ومدلول ذلك أنه إذا رفعت دعوى تحكيمية ضد شخص لم يكن طرفاً في اتفاقية التحكيم فسكت عن ذلك الخلل ولم يتمسك بعدم اختصاص هيئة التحكيم منذ البداية وقبل الخوض في أصل النزاع فإنه يُحمل على أنه تنازل عن ذلك الدفع وقبل باختصاص هيئة التحكيم، فيكون ذلك بمثابة المصادقة اللاحقة على اتفاقية التحكيم⁽¹⁾.

وتطرح صفة الغير مسألة قانونية معقدة تتعلق بتحديد معيار التمييز بين الطرف في التعاقد وغيره. ومعلوم أن صفة الغير بالنظر إلى طابعها «الحرفائي» وغموض نطاقها كانت محل دراسات عديدة من قبل الفقهاء، وخصوصاً بالنسبة للأشخاص الذين لهم مصلحة مرتبطة بالعقد دون أن يكونوا قد وقعوا عليه. ذلك أن الفقه استنبط مفهوم «الغير ذي المصلحة» tiers intéressé الذي له مركز بين مركز الطرف ومركز الغير، كما اخترع مفهوم «الطرف غير الموقع على العقد» partie non-signataire.

وأبرز مجال طرحت فيه مسألة مَدَّ extension الشرط التحكيمي إلى «الأطراف غير الموقعة» على الشرط التحكيمي هو مجال تجتمع الشركات. فهذا «الكائن الفعلي» universalité de fait الفاقد للشخصية القانونية ذو الأذرع الطويلة والمتشابكة لا يمكن أن يكون بذاته طرفاً في اتفاقية تحكيم أو غيرها، لكن الشركات المنتمية إليه ترتبط فيما بينها بعلاقات وروابط متشابكة تجعل ما تبرمه إحداها أحياناً يسري إلى الأخرى، سواء بانتفاع الشركة الأخرى بشمرة العقد أو بظهورها بمظهر المساهم في مسار إيرامه أو في عملية تنفيذه. وبشكل عام فإن نظرية الظاهر هي السند الرئيسي لهذا المدّ أو الامتداد.

(1) عبر الفصل 6 من مجلة التحكيم عن ذلك بأن نصّ في فقرته الثانية على ما يلي: «وتعتبر الاتفاقية ثابتة بكتب إذا وردت... في تبادل ملحوظات الدعوى وملحوظات الدفاع التي يدعي فيها أحد الأطراف وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر».

وانطلقت محكمة الاستئناف بتونس في قضية «سانسيلا»⁽¹⁾ في تحليل الجانب القانوني من المسألة بالتذكير بالمبادئ القانونية التي استنبطها المشروع والفقه والقضاء في هذا المجال، وهي على وجه الخصوص:

- أن استقلال الذمم المالية للشركات المكونة لتجمع شركات وانفراد كل واحدة منها بشخصية قانونية منفصلة لا ينفي وحدة الواقع الاقتصادي لتلك الشركات وخضوعها لسلطة موحدة تشرف على إرساء الخيارات المتبعة من طرف كل شركة فيما يتعلق بالتصرف والإدارة والتسيير⁽²⁾.
- أن وجود تجمع شركات لا يؤدي أكلياً إلى إقرار قاعدة عامة مفادها إخضاع جميع الشركات المنتمية للتجمع المذكور إلى مقتضيات الشرط التحكيمي المضمن بالعقد حتى إن لم توقع عليه.
- أن تشابك العلاقات الاقتصادية الدولية وتعدد الأطراف المتدخلة في العمليات الاقتصادية أفرز عادات تجارية تتمثل في تحرير عدة عقود تجارية بمناسبة معاملة واحدة أو تحرير عقد واحد تتجاوز فيه الالتزامات حدود المتعاقدين المباشرين لتمتد إلى غيرهما من الأطراف.
- أن نظرية تجمع الشركات لا تبرر بنفسها توسيع الشرط التحكيمي وإنما تستمد منها قرينة على معرفة الشركات المنتمية للتجمع التي لم تمض على العقد بوجود مثل ذلك الشرط [وقبولها به].
- أن توسيع الشرط التحكيمي أو تضييقه يجب أن يؤسس على دراسة الوضعيات القانونية للشركات المعنية حالة بحالة وتفحص نشاطها وبيان مدى علمها بوجود وبمضمون الشرط التحكيمي من عدمه. فالأمر لا يتعلق بحلّ مبدئي عام، بل بحلّ فردي casuistique لحالة يتبين فيها وجود ما يدل على أن الشركة المراد مَدَّ الشرط التحكيمي إليها ينبغي منطقياً أن تكون ملزمة به على أساس تعاقدية مع مراعاة مبدأ استقلالية الشخصية القانونية لكل الشركات المنتمية إلى تجمع شركات.

(1) محكمة الاستئناف بتونس الصادر بتاريخ 8 مارس 2011، قضية عدد 14752، قرار سابق الذكر.

(2) الفصل 461 من مجلة الشركات التجارية.

غير أن المحكمة اعتبرت أنه بالنسبة للقضية الحالية، ينبغي اعتبار الشرط التحكيمي ملزماً للشركات غير الموقعة عليه وذلك انطلاقاً من أنه «يتبين بالإطلاع على مفاوضات الملف ولا سيما المراسلات المتبادلة بين نائبة شركتي «أوليس ترايدنت كومباني» وشركة «أوليس الجزائر» من جهة ونائب شركة «سانسيلا» من جهة أخرى حول مشروع عقد التوزيع، أن ذلك المشروع تضمن عدة أطراف من بينها شركة «سفنسكا سليلوزا أكتيولاجات» طالبة الإبطال و... إن العدول عن ذكر كل الشركات المتتمة لمجمع «أوليس ترايدنت كومباني» صلب النسخة النهائية لعقد التوزيع المذكور لا يؤدي بالضرورة إلى العدول عن جعل التزامات كل من الطرفين المتعاقدين تمتد إلى الشركات المتتمة للمجمعين لا سيما وقد ثبت أن الشركة طالبة الإبطال ساهمت خلال مرحلة ما قبل التعاقد وأثناء المفاوضات التي أدت إلى إبرام العقد في تحديد مضمونه وضبط الصلاحيات المخولة لطرفي العقد والالتزامات المحمولة عليهما».

وجدير بالذكر أن محكمة الاستئناف بتونس سبق لها أن نظرت في قضية تتعلق بمد الشرط التحكيمي إلى الشركات المتتمة إلى تجمع شركات بمناسبة قضية تتعلق ببيع حصص في رأس مال شركتين تنتميان إلى تجمع (أ) لفائدة شركتين تنتميان إلى تجمع شركات (ب) فقدمت تعريفاً لتجمع الشركات يقوم على معيار النفوذ القانوني أو الفعلي الذي يمارسه شخص قانوني على شركة ما، ويشمل حتى صورة تجمع الشركات الذي لا تتأهله شركة أم أو شركة قابضة *société mère ou holding* بل يرأسه شخص طبيعي والمسمى بالتجمع الشخصي *groupe personnel*. وانتهت المحكمة في هذه القضية إلى أن الشرط التحكيمي يسري على كافة الشركات المتتمة إلى تجمع الشركات وحتى على الشخص الطبيعي الذي يملك أغلبية رأس مال هذه الشركات⁽¹⁾.

كما يلاحظ أن فقه القضاء السويسري على سبيل المثال اعتبر أنه إذا صيغ الشرط التحكيمي بشكل يسمح بشمول الشركات الفرعية *filiales* فإن الشركة التي تصبح شركة فرعية أثناء سير القضية التحكيمية (إثر بيع أسهم أو حصص في

(1) Aff. n° 84115, *Sté Belvédère d'Emballage et de Bobinage SAEB et sté Papeterie du Belvédère c./ sté BFC Autotransport, Sté Eurocar, N.B.G., Sté Méditerranéenne de Trading et d'Entreposage SMTE et Sté Maghrébine de Transport Frigorifique SMTF*, rapporté et commenté par Ahmed QUERFELLI : « L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne », op. cit., p. 265.

رأس المال أو زيادة رأس المال) تصبح آلياً مشمولة بالشرط التحكيمي⁽¹⁾. وفي هذه الحالة فإن الشركة الفرعية يقع ضمنها إلى الخصومة التحكيمية الجارية.

ومن التطبيقات السابقة لقواعد مجلة الشركات التجارية المتعلقة بتجمع الشركات، القرار التعقيبي المدني عدد 7732 المؤرخ في 30 مارس 2006⁽²⁾ المتعلق بشرط تحكيمي مدرج بعقد كراء محل مبرم بين شركة مالكة لعقار تجاري والشركة المتسوعة الخاضعة لنفوذ شركة أخرى تملك أغلبية رأس مالها، فأوضحت محكمة التعقيب أن الشرط التحكيمي لا يلزم الشركة الأم : «حيث اعتبرت محكمة الدرجة الثانية أن الطاعة حالياً ملزمة بكتب الاتفاق المبرم بين المعقب ضدها وشركة أسترو توريزم وذلك باعتبارها مالكة لأغلبية أسهم المعقب حول شروط استغلال المكوى الذي في تصرف هذه الأخيرة... إن هذا التعليل فيه خرق لمبدأ الأثر النسبي للعقود الوارد بالفصل 240 من مجلة الالتزامات والعقود وخلافاً لما ذهب إليه محكمة القرار المتقدم فإنه طالما لم تكن الطاعة طرفاً في كتب الاتفاق المشار إليه فإنه لا يمكن مجابته بها وإلزامها لتنفيذ ما ورد به من شروط واتفاقات التي لا تلزم إلا طرفيه... إضافة إلى ما ذكر فإن قضاء محكمة الموضوع قد خرق كذلك أحكام الفصل 4 من مجلة الشركات التجارية باعتباره خلط بين شخصية الشركة المتسوعة وشخصية الشركة التي أبرمت الاتفاق مع المالكة بحجة أنها مالكة لأغلبية أسهمها والحال أن المشرع قد فرق بين شخصية الشركة والشريك وأكد على استقلالية كل واحد منهما». فالشرط التحكيمي لا يلزم سوى أطرافه وبالتالي فإن الشركة المالكة لأغلبية رأس مال الشركة المتسوعة ليست ملزمة بمقتضياته.

(1) Tribunal Fédéral Suisse, 22 janvier 2008, http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=22.01.2008_4A_244/2007.

(2) قرار منشور بنشرية محكمة التعقيب لسنة 2006، القسم المدني، مرافعات مدنية وتجارية، ص. 25 ومنشور أيضاً بمجلة القضاء والشريع ماي 2006، ص. 159، تعليق أحمد الورفلي. يراجع، أحمد الورفلي: «الوجيز في قانون الشركات التجارية»، ط. مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الثانية، تونس 2010، ص. 378-383.

الشرع الثاني

الشرع الثاني
الشرع الثاني
الشرع الثاني

يؤدي إقرار مبدأ الاستقلال القانوني للشركات المتممة إلى تجمع شركات إلى الإقرار باستقلالية ذممها المالية، أي أن معاملات إحداها مع الغير لا تترتب عنها نتائج على الذمة المالية للبقية. وينجم عن ذلك أن دائتي إحدى الشركات المتممة إلى التجمع لا يمكنهم المطالبة بديونهم إلا من الشركة المدينة لهم. إلا أن مصلحة الغير الذي يتعامل مع تلك الشركة عن حسن نية تقتضي تمكنه من حماية قانونية ناجعة. ولهذا السبب، واستثناء لقاعدة استقلالية الذمم المالية للشركات المتممة إلى تجمع الشركات، وفي صورة توفر معطيات مقنعة تكشف عنها العلاقة بين الشركة الأم والشركات الفرعية، يمكن مطالبة الشركة الأم أو إحدى الشركات الفرعية بتسديد ديونها أو الوفاء بسائر التزاماتها القانونية والتعاقدية، الموضوعية منها والإجرائية. ويكون ذلك:

1. إذا أثبت الدائن أن شركة من الشركات المتممة إلى تجمع الشركات تصرفت بما من شأنه إيهام الغير بأنها مساهمة في تعهدات الشركة المدينة المتممة إلى تجمع الشركات، وخصوصا إذا ظهر ما يحمل على الاعتقاد بأنها إنما قصدت المغالطة fraude.
2. أو عندما تكون الشركة الأم أو إحدى الشركات المتممة إلى تجمع الشركات قد تدخلت عن قصد في نشاط الشركة المدينة في معاملاتها مع الغير، بما من شأنه خلق حالة من تشابك المصالح والمراكز القانونية يجيز للغير معاملة الشريكين على أنهما متضامتان في تعهداتهما إزاءه⁽¹⁾.

وقد استند فقه القضاء التحكيمي إلى المبادئ المبينة أعلاه، في غياب نصوص مماثلة للفصل 474 من مجلة الشركات التجارية، فأجازت عدة أحكام

(1) Youssef KNANI: «La situation de la société mère envers les créanciers de sa filiale», actes de session de formation sur «Le Code des sociétés commerciales», Tunis 11-12 avril 2003, éd. CEJI, Tunis, 2004, p. 9.

المحكمة الابتدائية بأريانة، حكم ابتدائي شغلي، عدد 17733/2001 بتاريخ 13 فيفري 2002، ورد بكتاب «مجلة الشركات التجارية معلق عليها»، مرجع سابق، ص. 44.

تحكيمية مدّ الشرط التحكيمي الذي تبرمه إحدى الشركات الفرعية إلى الشركة الأم في ظروف خاصة تقوم فيها حالة الظاهر l'apparence المرتبطة بمبدأ حسن النية أو بناء على سلوك الشركة الأم بتدخلها في حياة العقد، تفاوضا وإبراما وتنفيذا⁽¹⁾. وقد أشارت محكمة الاستئناف بباريس في أحد قراراتها إلى أن الهيئة التحكيمية «استندت إلى مفهوم تجمع الشركات الذي لا يمكن إنكار وجوده كأحد أعراف التجارة الدولية»، مبتعدة في ذلك عن الرجوع إلى أي تشريع وطني⁽²⁾.

وكذلك شأن فقه القضاء السويسري. فقد أكدت المحكمة الفيدرالية السويسرية أن صفة شركة ما كشركة أم لشركة أخرى لا تكفي بذاتها لمدّ التزامات الشركة الفرعية إليها⁽³⁾. وفي المقابل، رفضت أحكام تحكيمية أخرى هذا التوسع⁽⁴⁾ مستندة في الغالب إلى عدم توفر شروطه. لكن يعسر الحديث عن توجه رافض تماما للتوسع.

وظلت المسألة محل تجاذب. ففي قضية واحدة طرحت حديثا أمام المحاكم الفرنسية والانكليزية، ذهبت محاكم هذين البلدين مذاهب شتى. فالمحاكم الفرنسية حين نظرت في قضية تتعلق بمنح الصيغة التنفيذية لحكم تحكيمي صادر عن غرفة التجارة الدولية في باريس في قضية «دلة» أقرت بامتداد الشرط التحكيمي الموقع عليه من مؤسسة trust مملوكة من قبل دولة باكستان إلى الدولة المهيمنة على المؤسسة، وذلك بالنظر إلى ما لها من نفوذ فعلي على تلك الشركة، خاصة أنها شاركت في المفاوضات التي أدت إلى إبرام العقد وفي

(1) Sentence CCI, affaire n° 1434 rendue en 1975, *Journal du Droit International (Clunet)* 1976, p. 978, note Yves DERAÏNS ; Appel Paris, 30 novembre 1988, *Revue de l'Arbitrage* 1989, note P.-Y. TSCHANZ. Cf., Olivier CAPRASSE: «L'arbitrage et les groupes de sociétés», in *L'arbitrage dans la vie des sociétés*, éd. Bruylant, Bruxelles 1999, p. 169.

(2) Affaire Dow Chemical c. Sté Isover-Saint-Gobain, sentence intérimaire CCI n° 4131 rendue en 1982, *Journal du Droit International (Clunet)* 1983, p. 899, obs. Yves DERAÏNS.

(3) Tribunal Fédéral Suisse, 19 Août 2008- Ire Cour de droit civil, précité, § 4.1.1 et 4.1.2.

(4) Sentence CCI dans l'affaire n° 7155 rendue en 1993, *Journal du Droit International (Clunet)*, 1996, p. 1037, note J.J.-A. ; sentence CCI dans l'affaire n° 4402 rendue en 1983, *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. IX, 1984, p. 138.

وفي كل ذلك دليل على تباين القراءات وتأرجح فقه القضاء بين التوسع والتضييق حتى عند تطبيق نفس القانون⁽¹⁾ كما هو الشأن في هذه القضية. ويبدو لنا موقف محكمة الاستئناف بتونس من هذه المسألة متسقا مع التوجه العالمي وخصوصا في فقه القضاء المستقر في البلدان ذات التجارب النموذجية، والقائم على فكرة عدم التقيد بالشكليات والتحقق من وجود إرادة حقيقية للالتزام بالشرط التحكيمي من قبل من لم يوقع عليه. لكن الإشكال يطرح حول ما إذا كانت هذه الإرادة تبرر إدخال هذا «الغير» في الخصومة التحكيمية في كل وقت⁽²⁾.

ومن ناحية أخرى يلاحظ أن فقه القضاء غالبا ما يعتبر أن رسالة التظمين *comfort letter / lettre d'intention ou de patronage* التي تصدر في أحيان كثيرة عن الشركة الأم لطمأننة المتعاملين مع الشركة الفرعية يمكن أن تكيف على أنها كفالة أو تأمين شخصي بوجه عام وبالتالي تلزم الشركة الأم عند الإقتضاء بأداء ديون الشركة الفرعية حين تمر بصعوبات اقتصادية ومالية حادة. ويعدد الفقه أهم أصناف رسائل الطمأننة فيذكر خصوصا الرسائل التي تتضمن أحد الأمور التالية:

- الإشارة إلى أن الشركة الأم على علم بالمعاملة التي تبرم بين الشركة الفرعية والغير والتأكيد على ثقتها في الشركة الفرعية؛

Journal du Droit International (Clunet) 1985, p. 129, note Bethold GOLDMAN. *Contra*, Appel Amsterdam, 12 janv. 1984 (même affaire), *Revue de l'Arbitrage* 1986, p. 101. Cf., Patrick RAMBAUD : « L'affaire des Pyramides : suite et fin », *Annuaire français de droit international*, Tome XXXIX, p. 567.

(1) Cf., Elie KLEIMAN and Julie SPINELLI (*Freshfields Bruckhaus Deringer*) : « Dallah: one test, two different findings », http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=11cc3a38-e17b-47f1-b8f7-cede75cd177b&utm_source=ilo+newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=arbitration+newsletter&utm_content=newsletter+2011-06-30, posted on June 30 2011.

اعتبرت المحكمة الانكليزية أن القانون الفرنسي هو المنطبق على اتفاقية التحكيم وبالتالي على مسألة تحديد أطراف اتفاقية التحكيم، فيما اعتبرت محكمة الاستئناف بباريس أن حل هذه المسألة يكون على أساس ما أسسته «مبادئ التجارة الدولية المعبرة عن مقتضيات العدالة وحسن النية»: «principes généraux et usages transnationaux traduisant les exigences fondamentales de justice du commerce international et au concept de 'bonne foi' dans la conduite des affaires».

(2) أحمد الورفلي، تعليق على قرار «سانسلا» سابق الذكر.

صياغته وتنفيذه، وفي ظل وجود شرط يقتضي إمكانية إحالة العقد إلى الدولة ولو دون موافقة الشركة المعاقدة، وبعد إنهاء وجود المؤسسة المعنية بقرار من الدولة بموجب مرسوم⁽¹⁾. أما المحاكم الانكليزية فقد اعتبرت لدى نظرها في ذات الموضوع أن الشرط التحكيمي قاصر على أطرافه ولا يمتد إلى الغير بما في ذلك الدولة التي لها السيطرة على سلطة القرار في المؤسسة المتعاقدة⁽²⁾. والواضح أن المحكمة العليا الانكليزية واصلت على المنهج الذي يعتبر أن التحكيم طريقة «استثنائية» لفض النزاعات وينبغي أن يقوم على التزام واضح باللجوء إليه دون القضاء الرسمي، وأن مد الشرط التحكيمي إلى الغير ينبغي أن يكون محل دراسة متأنية ومتبصرة خاصة إذا كان الأمر يتعلق بدولة لا بشركة تجارية، مواصلة في ذلك على النهج الذي انتهجته محكمة الاستئناف بباريس منذ سنة 1984 في ما يتعلق بقضية «هضبة الأهرام»⁽³⁾.

(1) Cour d'Appel de Paris, 17 fév. 2011, *Gouvernement du Pakistan – Ministère des affaires religieuses c/ Société Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*, 09/28533 consolidé par 09/28535 et 09/28541. Cf., Edouard BERTRAND : « Dallah - l'émergence de la théorie de l'alter ego en droit français », http://avocats.fr/space/edouard.bertrand/content/6-11-dallah---l-emergence-de-la-theorie-de-l-alter-ego-en-droit-francais--the-emergence-of-the-alter-ego-doctrine-in-french-law_4AA7332E-BA2B-4F59-B921-CA2997051BF2, le 02/03/11.

ويتماشى هذا الحل مع التعديل الأخير المدخل على قانون التحكيم الفرنسي والذي بدأ نفاذه قبل هذا القرار بنحو شهر واحد.

(2) *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company vs. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2010] UKSC 46, 3 nov. 2010, *International Journal of Arab Arbitration*, vol. 2, No. 4, 2010, p. 268. Decision confirming Court of Appeal's decision of 20 July 2009 [2009] EWCA civ 755, *International Journal of Arab Arbitration*, vol. 2, No. 4, 2010, p. 226.

Cf., Melanie WILLEMS and Markus ESLY : *Dallah v. Pakistan- French Courts Uphold the Award*, *The Arbitrator*, March 2011, Issue 5, p. 3 ; Ali MALEK and Christopher HARRIS : « A pilgrimage to Paris : Dallah vs Pakistan », *International Journal of Arab Arbitration*, vol. 2, No. 4, 2010, p. 15.

(3) *Aff. Plateau des Pyramides : Southern Pacific Properties (SPP) et SPP Middle East c. Egypte*, Cour d'appel de Paris, 12 juillet 1984, *Journal du Droit International (Clunet)* 1985, p. 129, note Bethold GOLDMAN, dans lequel la cour avait annulé une sentence ayant étendu une clause d'arbitrage à l'Etat égyptien. La Cour avait jugé que le fait pour l'Etat égyptien d'avoir inscrit la mention « approved, agreed and ratified by the Minister of Tourism » au bas d'un accord signé par un organisme public égyptien ne suffisait pas à rendre l'Etat égyptien partie à cet accord. Confirmé par Cass. Com., 6 janv. 1987,

- التصريح بسياسات تجمع الشركات بوجه عام والتأكيد على نسبة مساهمة الشركة الأم في رأس مال الشركة الفرعية؛

- التعهد بمراقبة تسيير الشركة الفرعية (الحرص على مطابقتها لسياسة المجموعة - توزيع الأرباح...)

- التعهد بالمحافظة على ملكية نسبة معينة من رأس مال الشركة الفرعية وعدم التفويت فيه إلا بشروط محددة وخاصة منها إعلام معاهد الشركة الفرعية أو خلاص قرض. وتبرز من ذلك ملامح النظام القانوني المنطبق على ما يسمى "الشريك المرجعي" *actionnaire de référence* وهو الشريك الذي يعطي اللون العام أو التوجه العام لسياسات الشركة، وهو مصدر ثقة الجمهور فيها باعتبار أنه يلتزم خصوصاً بعدم التفريط في مساهمته أو التخفيض منها إلى ما دون حدّ معين لمدة طويلة، مهما كان حجم الصعوبات التي ستعترض الشركة خاصة في مرحلة انطلاق النشاط؛

- التعهد بالمحافظة على جودة الهيكلة المالية للشركة الفرعية (نسب الأموال الذاتية، نسبة المديونية...) بوسائل محددة أو غير محددة (ترفع رأس المال، ربط الديون...)

- التعهد بتوفير الوسائل التي تمكن الشركة الفرعية من الوسائل الضرورية لاحترام التزاماتها وتعهداتها...⁽¹⁾.

لكن الحرج يكون قائماً إذا لم تتوفر خصائص الضمان في الخطاب الصادر عن الشركة الأم، إذ يجد المحكم أو القاضي نفسه مضطراً إلى اعتبار أن تعهد الشركة الأم لا يتجاوز التعهد الأخلاقي الذي لا يمكن ترجمته إلى إلزام قانوني مما يترفع عنه أي إلزامية واقعية. وكذلك الشأن إذا صدرت هذه الرسائل عن الدولة لطمانة معاقدي شركة تملك الدولة مساهمة في رأس مالها.

القسم الثاني

حماية الأقلية في الشركات الفرعية

يحصل أن تتعسف الأغلبية على حقوق أقلية الشركاء نظراً لما تمتلكه من نفوذ فعلي أو قانوني داخل هياكل المداولة وهيمنتها الفعلية على هياكل التسيير وحتى

(1) Laurent Du JARDIN: «Sûretés intragroupe: quelques spécificités de la lettre de patronage», in *Le droit des affaires en évolution - Les relations intragroupes*, éd. Bruylant-Kluwer, Bruxelles 2004, p. 194.

هياكل المراقبة. وقد جاءت مجلة الشركات بتمكين الأقلية في إحدى الشركات الفرعية من حق القيام في حق الشركة بدعوى قضائية ضد الشركاء الذين يمثلون الأغلبية في الشركة الأم على شرط أن لا تقل مساهمات أقلية الشركاء عن 10 % من رأس مال الشركة الفرعية أو الشركة المنتمية إلى تجمع الشركات وذلك في صورة اتخاذ قرارات تمس بمصالح الشركة الفرعية وتهدف إلى خدمة مصالح الأغلبية على حساب الحقوق المشروعة للأقلية.

وتستند هذه الدعوى على المبادئ العامة المنطبقة على النزاعات بين مجموعات الشركاء، إذ أن الأغلبية في الشركة الأم تهيمن بشكل غير مباشر على سلطة القرار في الشركة الفرعية، باعتبار أن قدرتها على فرض القرارات في الشركة الأم تؤدي أيضاً إلى تحويلها فرض القرارات التي تخدم مصالحها في الشركة الفرعية بما أن هذه الشركة لا تصنف كشركة فرعية إلا إذا كانت الشركة الأخرى تمتلك أكثر من 50 في المائة من رأس مالها أو حقوق التصويت فيها. لذلك تعد الدعوى المتحدث عنها في هذه الفقرة بمثابة الدعوى غير المباشرة *action indirecte*. وهي تقوم على مبادئ المسؤولية الشخصية إذ أن الفعل الضار صادر في الحقيقة عن الشركاء المالكين لأغلبية حقوق التصويت في الشركة الأم، أكثر من كونه صادراً عن الشركة الأم كشخص معنوي. وربما كان مبنى هذه الدعوى أيضاً هو أن الشركة الأم كشخص معنوي لا يمكن أن يُنسب إليها الفعل الضار، رجوعاً إلى النظرية التقليدية القائلة إن الشخص المعنوي هو مجرد افتراض قانوني لا يمكن أن يُنسب له أي خطأ أو مخالفة للقانون.

القسم الثالث سحب الإجراءات الجماعية داخل تجمع الشركات

لئن كان المبدأ هو عدم تأثير خضوع إحدى شركات التجمع للإجراءات الجماعية (التسوية القضائية المنظمة بالقانون المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية المؤرخ في 17 أبريل 1995، والتفليس كما تنظمه المجلة التجارية) على الوضع القانوني لبقية الشركات المنتمية معها إلى نفس التجمع، فإنه ينبغي أن تُستثنى من ذلك صورة التوسع في التفليس أو سحب الفلسة أو *extension de la faillite ou du règlement judiciaire* (دون التسوية القضائية التي شُرعت لمصلحة المدين وحده، فلا يمكن سحبها على غيره)، وذلك إما بسبب صورية الشركات الفرعية التي لا تعدو أن تكون مجرد

واجهة، أو بسبب وحدة (اختلاط) عناصر الذمة المالية بين الشركتين، كأن تكون لهما محاسبة واحدة وأن تخضعا إلى إدارة واحدة مع خلط في خزيتي الشركتين واستعمال أموال أي واحدة منهما على حدّ السواء لتحقيق أهداف أي شركة منهما دون تمييز.

كما أن فكرة توسيع الإفلاس يمكن أن تقوم على فكرة مجازاة التحيل إذا ما ثبت أن الشركة بُعثت لمغالطة الغير والتحيل على دائني الشركة الأم والاستيلاء على حقوقهم. ويكون ذلك خصوصا عبر إحداث شركة أولى تقوم بنشاط يجعلها تحصل على أموال من الغير في شكل قروض أو بيع نسبية، ثم بعث شركة ثانية تقوم بفوترة خدمات أو بضائع إلى الشركة الأولى بشمن مرتفع بحيث تمتصّ جميع مواردها المالية وتؤدي إفلاسها فلا يجد دائنو الشركة الأولى مالا يقتضون منه ديونهم.

وتُسحب الفلسفة كذلك على الشركة المتمتية إلى تجمع الشركات التي تعسف في استغلال أموال الشركة موضوع إجراءات التسوية أو التفليس.

وإذا تسبب المسكرون القانونيون أو الفعليون لبقية الشركات المتمتية إلى تجمع الشركات في تفليس الشركة فيمكن سحب إجراءات الفلسفة عليهم طبق أحكام الفصل 478 من مجلة الشركات التجارية الذي يعد نصّا خاصا، وقد اقتصر على شرط تسبب المسكرين في تفليس الشركة دون باقي الشروط الواردة بالفصل 596 من المجلة التجارية (النص العام)، وخصوصا شرط صورة الشركة المفلسة.

القسم الرابع

الأحكام الجزائية

قد يتحول تجمع الشركات إلى أداة للتلاعب وتحقيق أغراض مخالفة للقوانين ومنافية للمصالح المشروعة للغير ولاقتصاد البلاد، ومخلّة بنزاهة المعاملات الدولية، كتحقيق عمليات وهمية وزائفة أو تبييض أموال متأتية من الجريمة الدولية وتحقيق مزايا غير مشروعة. وفي هذه الحالة، يتم تطبيق الأحكام العامة للجريمة الاقتصادية كما وردت بالمجلة الجزائية أو بغيرها من النصوص وخاصة منها أحكام مجلة الإجراءات الجزائية المتعلقة بتكريس الاختصاص الكوني

المحدد للقضاء التونسي في المادة الجزائية⁽¹⁾، وقواعد القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسيل الأموال.

على أنه تم وضع أحكام زجرية خاصة بتجمع الشركات، ضمانا لنجاعة الأحكام المتعلقة بالمساهمات المتبادلة وضبط حدود لها لمنع التضخيم المفتعل لرأس المال. فقد نصت مجلة الشركات التجارية على عقوبة مالية قدرها خمسة آلاف دينار تسلط على مسيري الشركات المعنية في صورة تعمدهم الإبقاء على مساهمات تفوق النسب المسموح بها قانونا وعدم التخفيض فيها أو التخلي عنها في الأجل القانوني لتسوية الوضعية. كما تسلط نفس العقوبة على مسيري الشركة الأم الذين لا يضعون القوائم المالية المجمعة وتقرير التصرف وتقرير مراقب الحسابات على ذمة الشركاء قبل شهر من عقد الجلسة العامة، أو يتخلفون عن نشر القوائم المالية المجمعة طبق القانون بعد المصادقة عليها. ويلاحظ أن نفس هذا الواجب أسبغت عليه حماية جزائية بموجب قانون 16 مارس 2009 في إطار الشركات خفية الاسم بقطع النظر عن انتمائها إلى تجمع شركات من عدم ذلك. ومن ناحية أخرى فقد سُحب نفس العقاب على مسيري الشركات القابضة في صورة عدم إشهار فقدان الشركة (القابضة) لصفحتها كشركة قابضة بحكم ممارستها لأنشطة أخرى عدا مسك المساهمات في الشركات الأخرى وإدارتها.

(1) الفصل 305 وما يليه من مجلة الإجراءات الجزائية.

الجزء الرابع

الأحداث الهامة
في حياة الشركة

Les évènements importants
dans la vie de la société

على غرار الشخص الطبيعي، تطرأ في حياة الشركة أحداث هامة قد يكون لها تأثير إيجابي على أوضاعها كما يمكن أن تكون لها آثار سلبية أو مدمرة. وأخطرها على الإطلاق ما يكون من الحدة بحيث يؤدي إلى اضمحلال الشركة من الوجود، وهو ما يرتبط في أغلب الأحيان بفشل المشروع الاقتصادي الذي بنيت عليه، وهو فشل قد لا يعزى إلى أسباب اقتصادية، لا سيما إذا كان مرده هو تفاقم نزعة الأنانية وظهور نزاعات وخلافا تتعلق بكيفية تقاسم الثمار الاقتصادية للمشروع أو بتقاسم السلطة داخل الشركة.

كما يمكن أن تكون هذه الأحداث غير مؤثرة على الوضع الاقتصادي والمالي وإنما تمس بهيكل الشركة من الناحية القانونية، كما هو الشأن مثلا في صورة تغيير شكلها القانوني أو اندماجها مع شركة أخرى أو انقسامها. ويمكن بوجه عام تقسيم هذه الأحداث إلى أحداث منية للوجود القانوني والفعلية للشركة (الباب الثاني) وأحداث غير منية لها (الباب الأول).

الباب الأول:

الأحداث غير المنهية لوجود الشركة

Les événements ne mettant pas fin à l'existence de la société

من سنن الحياة التغير وعدم الجمود. وقد يكون التغير سلبيا أو إيجابيا. ولا غرو أن المعنى الأصلي للتغير هو التكدّر والفساد⁽¹⁾.

ومن أهم الأحداث الهامة التي لا تنتهي بها حياة الشركة لكنها تدخل عليها تغييرات هامة، تعديل رأس مالها زيادة أو نقصا (المبحث الأول) وإحالة كتل المراقبة/ النفوذ فيها (المبحث الثاني) والإحالة الكلية أو الجزئية لأصولها (المبحث الثالث) وإدراج أسهمها بالبورصة (المبحث الرابع) وتغيير شكلها (المبحث الخامس).

المبحث الأول

تعديل رأس المال

يمكن أن يكون تغيير رأس المال بالزيادة أو الانتقاص. ويخضع كلا التغيرين إلى مبادئ مشتركة، غير أن خطورة آثار التخفيض من رأس المال على حقوق الغير جعلت المشرع يحيطه بضمانات أكبر.

المبدأ الثاني: الثبات لرأس المال

القسم الأول

يتكون رأس المال من المساهمات النقدية والعينية التي يقدمها المساهمون عند تكوين الشركة، أما المساهمات بالعمل فلا تدخل فيه. على أنه ولئن كان المشرع يكرس مبدأ ثبات رأس المال principe de fixité du capital من خلال إقرار عقوبات جزائية تطال المسيرين في صورة تخفيضه بطرق ملتوية وخاصة منها

(1) لسان العرب لابن منظور.

توزيع الأرباح الوهمية، فإن ذلك لم يمنعه من إقرار إمكانية تغيير مقداره زيادة أو نقصانا بصفة نظامية، مع احترام موجبات إجرائية هدفها حماية الغير، وخاصة منهم الدائنين، بالدرجة الأولى، والمساهمين بالدرجة الثانية.

ويشارك كل من قرار ترفيع رأس المال وقرار التخفيض منه في أن الجهة المختصة باتخاذهما هي الجلسة العامة الخارقة للعادة دون غيرها من هيكل الشركة إلا في صور استثنائية ذكرت حصرا في القانون، كما يجب إظهارهما للعموم طبق الإجراءات العامة للإشهار المنصوص عليها بالفصلين 15 و 16 من مجلة الشركات التجارية. فيجوز أن تقرر الجلسة العامة الخارقة للعادة تفويض صلاحية اتخاذ قرار الترفيع في رأس المال إلى مجلس الإدارة أو إلى هيئة الإدارة الجماعية، بخلاف قرار التخفيض الذي لا تفويض فيه. وقد يكون الترفيع بقرار أحادي من مالك رقاع قابلة للتحويل إلى أسهم.

غير أنه إذا تقرر الترفيع بالزيادة في القيمة الاسمية لسندات سابقة الإصدار، فإنه لا يقع الاكتفاء بالأغلبية العادية المشتركة لصحة قرارات الجلسات العامة الخارقة للعادة، بل يشترط إجماع المساهمين، لما في هذا القرار من زيادة في التزامات المساهمين قد لا يرضونها. وتستثنى من هذه القاعدة صورة ترفيع رأس المال بإدماج احتياطي أو أرباح أو مكافآت إصدار في رأس المال، حيث لا يؤدي ترفيع رأس المال إلى مطالبة المساهمين بدفع مبالغ جديدة، فيقع العمل بقاعدة الأغلبية، ولا يشترط الإجماع.

القسم الثاني

مختلف الذات تعديل رأس المال

الشرع الأول

خصوصية ترفيع رأس المال

يحصل الترفيع إما بإصدار سندات جديدة ممثلة لرأس المال وإما بالترفيع في قيمة الأسهم أو الحصص الموجودة، على أن تؤدي العملية في كل الأحوال إلى زيادة الموارد الذاتية الدائمة للشركة. ويتم الدفع نقدا أو عينا أو بالمقاصة بين الديون وخصوصا بإدماج الاحتياطي أو ديون الشركاء على الشركة أو مكافآت الإصدار أو باستبدال رقاع بأسهم إن كانت الرقاع قابلة للتحويل إلى أسهم.

وتنطبق أحكام التأسيس على عمليات الترفيع في رأس المال وخصوصا في ما يتعلق بالمساهمات وتحريرها⁽¹⁾.

وتخضع المساهمة العينية في الترفيع في رأس المال إلى قواعد خاصة تقتضيها خصوصية المساهمة، باعتبار أنها تعرض الشركة والغير إلى مخاطر إضافية في صورة ظهور عيب أو حتى إشكال في ملكية العين موضوع المساهمة أو إفراط في تقدير قيمتها، مما يستوجب ضمان موضوعية عملية التقدير. وعلاوة على وجوب اللجوء إلى مراقب حصص عينية على غرار ما يقع عند التأسيس إذا تجاوزت قيمة المساهمة العينية 3000 دينار، أوضح فقه القضاء التونسي أن «الجمعية العامة المدعوة للنظر في تقويم الحصص العينية أو إياحة الزيادة في رأس المال لا تكون مؤلفة وفق القانون ولا يكون اجتماع المداولة صحيحا إلا إذا حضرها عدد من المساهمين. على أن رأس مال الشركة الذي يجب أن يكون ممثلا عند النظر في ذلك التقويم لا يشمل الأسهم التي يملكها الأشخاص الذين قدموا حصصا عينية. لذلك لا تكون الشركة مكونة بصفة نهائية بعد قرار الترفيع إلا بعد الموافقة على الحصص المقدمة»⁽²⁾.

ولا يجوز الترفيع في رأس المال إلا إذا كان رأس المال قد تم تحريره كليا، وإلا بطل قرار الترفيع⁽³⁾.

(1) محكمة التعقيب، قرار عدد 19416 مؤرخ في 14 جوان 1989، المجلة القانونية التونسية 1990، ص. 288: «لا خطأ في تأويل الفصول 49 و 51 و 52 و 54 من المجلة التجارية من طرف محكمة الموضوع فيما ذهبت إليه ما دام يصح القياس (في كثير من الحالات) في اكتساب الأسهم نتيجة للزيادة في رأس المال على الاكتساب عند تكوين الشركة لأنه لا وجود لطريقة أخرى غير الطريقة المقيس عليها لتحقيق الزيادة في رأس المال».

(2) قرار تعقيبي عدد 70561 مؤرخ في 1/4/1999 نشرية محكمة التعقيب لعام 1999، الجزء 2، ص. 139.

(3) رفعت أمام المحكمة الابتدائية ببنزرت دعوى في إبطال قرار الترفيع في رأس مال شركة خفية الاسم تعمل في القطاع الطبي بسبب عدم تحرير رأس المال الأصلي ورسمت تحت عدد 14207 وقضي فيها بتاريخ 9 فيفري 1999 (غير منشور) بالإبطال رغم تمسك محامي المدعى عليهم بأن طالبي الإبطال كانوا على علم بالإبطال المذكور وصادفوا عليه فليس لهم أن يسمروا في ما تم من جهتهم. وقد قضت محكمة الاستئناف ببنزرت بإقرار الحكم المذكور (قرار عدد 414 بتاريخ 30 أكتوبر 2000، غير منشور)، وأقرت محكمة التعقيب هذا الحكم بقرارها عدد 9037 المؤرخ في 9 جانفي 2002، واعتبرت أن إشارة القرار الاستئنافي إلى وجود إخلال آخر يتمثل في عدم تحرير تقرير من قبل مجلس الإدارة وتقرير مراقب الحسابات قبل المداولة تعد من قبيل التزبد.

وفي غياب قرار مخالف من الجلسة العامة الخارقة للعادة، يتمتع المساهمون بحق في الأولوية في الاكتتاب على قدر الأسهم التي يملكونها، إن كان الترفيع بإصدار أسهم نقدية. ولا أفضلية في الاكتتاب إن كان الترفيع بواسطة تقديم مساهمات عينية. ويعتبر حق الأفضلية حقا ماليا يمكن تداوله والتفريط فيه إن كان منفصلا عن أسهم هي بدورها قابلة للتداول. فإن لم يمارس أحد المساهمين حقه ولم يكتب نسبة من الأسهم التي له الأفضلية في اكتسابها، تم توزيع الأسهم الباقية على المساهمين الذين اكتسبوا أسهما يفوق عددها ما لهم الأفضلية في اكتسابه على نسبة ما لهم من حق أفضلية.

وإذا لم يقع اكتتاب كافة الأسهم المعروضة رغم انقضاء آجال ممارسة حقوق الأفضلية في الاكتتاب، جاز للشركة الاقتصار على الأسهم المكتتبة، والتقليص من مبلغ الترفيع إلى ذلك الحد، على أن لا يقل مبلغ الترفيع النهائي عن ثلاثة أرباع المبلغ المقرر من قبل الجلسة العامة في البداية. كما يمكن أن تقع إعادة توزيع الأسهم التي لم يتم اكتسابها على المساهمين، أو عرضها على العموم كليا أو جزئيا إن قبلت الجلسة العامة الخارقة للعادة بذلك. فإن لم يحصل كل ذلك، وبلغت الأسهم المكتتبة ثلاثة أرباع الأسهم المقرر إصدارها، يجوز للجلسة العامة للمساهمين حصر الزيادة في ما وقع اكتتابه.

وإذا تم اكتتاب 95 بالمائة على الأقل من مبلغ الزيادة يجوز لهيكل التسيير أن يقرر الإقتصار على ما وقع اكتتابه فعليا دون الرجوع إلى الجلسة العامة. ولا يقع عندئذ إلغاء الزيادة، بل يتم التخلي عن باقي مبلغ الترفيع.

ويجب أن يُمنح المساهمون والعموم مهلة لاكتتاب الأسهم الجديدة لا تقل عن خمسة عشر يوما اعتبارا من تاريخ الإعلان عن فتح الاكتتاب بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية. ويتم الاكتتاب بالإمضاء على بطاقة اكتتاب bulletin de souscription تتضمن نفس البيانات المشترطة قانونا في بطاقات الاكتتاب التي يقع إصدارها عند التأسيس. ويقع تقديم بطاقات الاكتتاب إلى المؤسسة البنكية المعنية في قرار الترفيع، ويتم تحرير (دفع) المبلغ الواجب تحريره بين يدي تلك المؤسسة البنكية، والتي تسلم المكتب مقابل ذلك شهادة اكتتاب ودفع تذكر بها عدد الأسهم المكتتبة وقيمة المبلغ المدفوع. أما في صورة الترفيع في رأس المال بالمقاصة بين ديون المكتب على الشركة وقيمة المبلغ المكتتبت، فيثبت الاكتتاب والدفع بشهادة صادرة عن مجلس الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية يصادق عليها

مراقب الحسابات. ولا موجب في الحالتين للرجوع إلى قابض المالية لتسليم شهادات في الإكتتاب والدفع.

وفي صورة الترفيع في رأس المال بواسطة مساهمات عينية، فإن الجلسة العامة التي قررت الترفيع تعين مراقبا أو عدة مراقبين للحصص العينية يحررون تقريرا يتضمن تقديرا لقيمة المساهمات العينية. وتصادق الجلسة العامة على ذلك التقرير وتقرر التصريح بإتمام عملية الترفيع على ضوئه. فإن رأت الجلسة العامة أنه من المتجه الخط من تقديرات المراقبين، فليس لها أن تصرح بإتمام الترفيع إلا إذا صادق صاحب المساهمة العينية صراحة على ذلك التخفيض، وذلك تطبيقا لقواعد الإيجاب والقبول. ويجب أن يتم تحرير المساهمات العينية حينما عند الاكتتاب، ولا يمكن بأي حال من الأحوال تأجيل تحريرها أو تقييدها، خلافا للمساهمات النقدية التي يمكن الإقتصار على تحرير ربعها (25 بالمائة) مع تحرير الباقي خلال خمسة أعوام ما لم تقرر الجلسة العامة الخارقة للعادة أن يتم تحرير نسبة أكبر من ذلك أو اختصار أجل تحرير الباقي.

وقد تطرح عملية الترفيع في رأس المال إشكاليات غير متوقعة كتراجع هيكل التسيير عن إتمام الزيادة لسبب غير تعذر الحصول على الإكتتابات الكافية خلال المدة القانونية. وقد قررت محكمة الاستئناف بتونس بمناسبة قضية من هذا القبيل أن «تراجع مجلس إدارة الشركة في قراره بالزيادة في رأس مال الشركة وحرمان بقية الشركاء من حقوق شرائهم للرقاع»⁽¹⁾ بموجب تلك الزيادة يوجب وضع الرقاع⁽²⁾ تحت الحراسة القضائية حتى تقول محكمة الموضوع كلمتها النهائية في الأصل⁽³⁾.

وجدير بالملاحظة أنه يجوز أن تقرر الجلسة العامة زيادة إجمالية في رأس المال مع ترك الحرية للمسيرين لتجسيم الترفيع على أساط أو مراحل خلال مدة معينة لا تتجاوز خمسة أعوام.

(1) والصواب: «لأسهم».

(2) والصواب: «لأسهم».

(3) حكم استئنافي عدد 352 مؤرخ في 27 مارس 1986، مجلة القضاء والتشريع عدد 3 لعام 1989، ص. 89.

الفرع الثاني

تخفيض رأس المال

تقرر الجلسة العامة الخارقة للعادة تخفيض رأس المال، وتعين مقداره، وتحدد الإجراءات التي ستتبع في ذلك، وأجل إتمام ذلك. ويمكن أن يقع التخفيض إما بالخط من قيمة الأسهم الموجودة أو بالتقصير من عدد الأسهم ذاتها. وقد استحدث قانون الشركات الياباني لسنة 2006 صنفًا جديدًا من الأسهم وهي الأسهم القابلة للإسترجاع، وهي تقنية قانونية تمكن من التخفيض من رأس المال عند الإقتضاء دون حاجة إلى الرجوع إلى الجلسة العامة الخارقة للعادة، التي تعطي بمناسبة إصدار قرار إصدار تلك الأسهم وكالة للمسيرين للخط من رأس المال في حدود قيمة تلك الأسهم. وهذه المرونة هي نظير المرونة في ترفيع رأس المال بقرار من المسيرين بناء على تفويض مسبق من الجلسة العامة للمساهمين.

وإذا كان موجب التخفيض هو إعادة التوازن بين رأس المال والأصول الحقيقية للشركة (استيعاب خسائر)، فإن الشركة لا تسدّد شيئًا إلى الشركاء، وهو الشأن أيضًا إن قررت الشركة التخلي عن أسهم وقع اكتسابها ولم يقع تحريرها بعد، وذلك خلافاً للصورة التخفيض لعدم حاجة الشركة إلى جزء من الأصول والموارد المالية المتوفرة لديها، حيث يقع ترجيع مبالغ أو أعيان إلى المساهمين على قدر نسبة ما لكل واحد منهم من مساهمة في رأس المال. فيقسم عليهم المبلغ الممثل للتخفيض في رأس المال أو ترجع لهم الأعيان الزائدة عن الحاجة مع تطبيق مبدأ النقل المشروط للملكية، أي أن ترجع لكل شريك الأعيان التي ساهم بها في التأسيس أو في زيادة رأس المال إن كانت موجودة على حالتها.

ولا يمكن التخفيض في رأس مال الشركة خفية الاسم إلى ما يقل عن الأدنى القانوني إلا إذا تم تغيير شكل الشركة أو تم اتخاذ قرار في ترفيع رأس المال إلى ما يفوق ذلك الأدنى، في نفس الوقت الذي تقرر فيه التخفيض، وهو ما يسمى لدى الفقه بضربة الأكورديون.

فلا يمكن أن يكون التخفيض في رأس المال طريقة ملتوية للإلتفاف على القواعد المتعلقة بتحديد رأس مال أدنى للشركات خفية الاسم. وعليه، لا يمكن أن يقع تخفيض رأس مال الشركة خفية الاسم إلى ما دون الأدنى القانوني المقدر بخمسة آلاف دينار بالنسبة للشركات ذات المساهمة الخصوصية وبعشرة أمثال

ذلك بالنسبة للشركات ذات المساهمة العامة (50.000 دينار)، مع مراعاة القواعد الخاصة بأنواع خاصة من الشركات كشركات التأمين والبنوك وكذلك شركات التجارة الدولية التي يشترط لتأسيسها رأس مال يفوق ذلك بكثير.

غير أن هذا المنع يزول إذا ما قررت الجلسة العامة في نفس الوقت تغيير شكل الشركة وتحويلها إلى صنف آخر، حيث يجب احترام القواعد المتعلقة بالشكل الجديد ومنها ما يتعلق برأس المال الأدنى. ويجب أيضًا احترام القواعد المتعلقة بتحرير المساهمات في إطار الشكل القانوني الجديد، وخصوصًا قاعدة وجوب تحرير كامل المساهمات فورًا بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة.

الفرع الثالث

التخفيض المتزامن مع الترفيع: تقنية «ضربة الأكورديون»

مصطلح «ضربة الأكورديون» coup d'accordéon هو مصطلح فقهي يطلق على عملية مزدوجة تتمثل في تخفيض رأس المال والزيادة فيه في نفس الوقت. فقد تحقق الشركة خسائر تصير معها موجوداتها / أصولها الصافية actif net أقل من مبلغ رأس مالها، ويرى الشركاء أن من الضروري تقديم مساهمات جديدة لتدعيم الموارد الذاتية للشركة لتمكينها من الإنطلاق من جديد، بما يستوجب القيام بعملية مزدوجة:

* ففي «مرحلة» أولى، يقع التخفيض في رأس المال ليصبح مساويًا لقيمة الأصول الصافية، بحيث تصبح كل من الحقيقة القانونية والحقيقة الاقتصادية في تطابق.

* وفي «مرحلة» ثانية، يقع الترفيع في رأس المال إلى الحد الذي يقرره الشركاء، والذي ينبغي أن لا يقل عن الأدنى القانوني.

وما يميز هذه العملية هو أن عمليتي التخفيض والترفيع تكونان متزامنتين، فتقرران في نفس الجلسة العامة الخارقة للعادة.

كما تتميز هذه العملية بأنه يجوز فيها استثنائًا أن يقع الخط من رأس المال إلى ما دون الأدنى القانوني، بشرط أن يقع الترفيع فيه فورًا إلى ما لا يقل عن الأدنى القانوني. وقد اعتبر القضاء الفرنسي أنه لا يوجد ما يمنع التخفيض في

الوسيط في القانون

إحالة كتل المراقبة / النفوذ

أصبح مصطلح *Acquisition* شائع الاستعمال اليوم، وذلك بسبب كثرة العمليات التي تؤدي إلى تغيير ملكية رأس مال شركة أو جزء هام منه من شخص أو مجموعة أشخاص إلى أشخاص آخرين، وخصوصا إذا كان للعملية بعد عابر للحدود. ويرجع ذلك إلى حركة الإنفتاح الاقتصادي وعولمة الاقتصاد المعاصر، وهو أحد أهم أسرار قوته وضعفه في ذات الوقت.

وفي التطبيق الحديث وتحت تأثير الفكر القانوني الأنقرو أمريكي، تم تكريس ثنائية «إندماج/اقتناء» (*Mergers and acquisition*) *M&A* على أساس أنهما تقنيتان من طبيعة واحدة وتخضعان إلى منطق عام مشترك. ويشمل مصطلح «الاقتناء» كل الصيغ القانونية التي تؤدي بشخص طبيعي أو معنوي أو مجموعة متحدة المصالح إلى السيطرة على شركة تجارية، سواء تعلق الأمر بإحالة كتلة نفوذ أو بإحالة جزئية للأصول أو أيضا بانقسام جزئي. ويُطرح لذلك السبب موضوع التفرقة بين هذه المفاهيم، وهو أمر عسير في ظل غموض النصوص التشريعية في كثير من البلدان مثل تونس وفرنسا⁽¹⁾، حيث نجد بالفصل 16 من مجلة الشركات التجارية التونسية مصطلح «المساهمة الجزئية أو الكلية للأصول» *apport partiel d'actif* والذي ورد دون تعريف ودون أن تتضمن الأحكام اللاحقة ملامح أي نظام قانوني واضح المعالم يمكن تطبيقها عليها.

وقد نظم المشرع التونسي أهم جوانب هذه العمليات لضمان درجة عالية من الشفافية ومنع الانحرافات، مع توجه واضح نحو التخلي عن التعامل مع هذه المسألة من منطلقات قومية أو سياسية. وغالبا ما تؤدي هذه العملية إلى تغيير عميق في هيكل رأس المال، إلا أنه ليس ضروريا أن تنتهي إلى امتلاك شخص جديد كامل رأس مال الشركة المستهدفة.

(1) Cf., Yves GUYON : « Droit des affaires », Tome I : « Droit commercial général et sociétés », éd. Economica, Paris 1996, 9è édition, p. 663 (n° 638).

رأس المال في هذه الحالة إلى الصفر، بشرط الترفع فيه في نفس الوقت إلى ما لا يقل عن الأدنى القانوني⁽¹⁾.

الفرع الرابع

مبدأ رأس المال وحماية حقوق الدائنين

يقع إشهار قرار تخفيض رأس المال طبق الإجراءات العامة للإشهار، في أجل ثلاثين يوما من تاريخ اتخاذه. ويحق للدائني الشركة الذين نشأت ديونهم قبل الإشهار أن يعترضوا على قرار التخفيض حتى تمنحهم الشركة ضمانات كافية للخلاص وذلك في أجل شهر من تاريخ الإشهار. ويُرفض هذا الاعتراض إن كانت لهم ضمانات كافية. فإن تبين أن الضمانات غير كافية، جاز للمحكمة الإذن للشركة بتقديم ضمانات جديدة، وإلا قضت بحلول أجل خلاص الديون فوراً. ويتطلب البت في هذه النزاعات الاطلاع على الحجم الإجمالي لمديونية الشركة بما في ذلك ما عليها من ديون عمومية (ديون جبائية ومستحقات صناديق الضمان الاجتماعي والمعالي المستحقة للمؤسسات العمومية كديوان التطهير وغيره) وضبط مراتب الديون لمعرفة حظوظ الدائنين في الخلاص. ويفترض أن تقدم الشركة مؤشرات حول مستقبلها تتعلق بآفاق تطور نشاطها وما يعترضها من صعوبات لاستخلاص ما لها من مستحقات لدى الغير ودراسة لواقع السوق الذي تنشط فيه، وهذه الأمور تحتاج تقديم تقارير صادرة عن هيئات مستقلة وخبراء مختصين، على الأقل في حدود أجل خلاص دين المعترض. ولا يحق للدائنين الاعتراض على التخفيض إن كان مبرره هو استيعاب خسائر حاصلة أو إذا كان الهدف هو تكوين احتياطي قانوني، أي في الأحوال التي لا يؤدي فيها التخفيض إلى إرجاع مساهمات إلى الشركاء.

ويعاقب مسيرو الشركة بخفية يتراوح مبلغها بين مائة وعشرين ديناراً وألفي دينار في صورة مخالفة الأحكام المتعلقة بالترفع في رأس المال أو تخفيضه. فإن كانت مخالفة تلك الأحكام تهدف إلى حرمان المساهمين أو البعض منهم من حقوقهم في الشركة فإن العقوبة تكون بالسجن من عام إلى خمسة أعوام.

(1) Cass. Com. (fr.), 10 oct. 2000, *Demenois c. Société des Entreprises Demenois et compagnie*, Droit des sociétés, n° 2, 01/02/2001, pp. 10-12, Commentaire n° 20.

النظم الأولى: النظام المالي لإحالة كتلة الأسهم (كتلة التصويت)

لا توجد في مجلة الشركات التجارية أحكام كثيرة تنظم عملية إحالة كتلة مراقبة / نفوذ bloc de contrôle أي إحالة عدد من الأسهم يجعل المحال إليه قادرا على السيطرة على سلطة القرار داخل هيكل الشركة⁽¹⁾، وإنما تم تنظيم أهم جوانب هذه المسألة في القانون المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية والترتيب العام لبورصة الأوراق المالية بتونس المؤشر عليه بموجب قرار وزير المالية المؤرخ في 13 فيفري 1997 المنقح في 9 سبتمبر 1999.

ويعتبر قانون الشركات أن إحالة كتلة أسهم أو حصص لا تأثير لها على الكيان القانوني للشركة وعلى تواصل شخصيتها القانونية ولو أن القانون الجبائي يميل أحيانا إلى تكييفها على أنها إحالة غير مباشرة للأصل التجاري وأحيانا أخرى كإحالة عقارات إذا كانت الشركة مالكة لعقارات وكانت صفة الشريك تمنح صاحبها سلطة مباشرة على العقارات موضوع الشركة.

وقد أخضع الترتيب العام لبورصة الأوراق المالية عمليات اقتناء كتل النفوذ إلى أحكام إجرائية تهدف إلى ضمان الشفافية وحفظ حقوق المساهمين ذوي الأقلية والثقة العامة في الساحة المالية التونسية. فقد أوجب الفصل 166 منه على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يرغبون بمفردهم أو بطريق التحالف في اقتناء كتل الأوراق المالية التي تمكنهم من الحصول على أغلبية حقوق الإقتراع في الشركة ذات المساهمة العامة أن يوجهوا طلبا في ذلك إلى هيئة السوق المالية. ويحق للهيئة أن ترخص في العملية. وفي هذه الحالة تأمر الطالب أو الطالبين بتقديم عرض عمومي للشراء (Offre Publique d'Achat (OPA أو الخضوع إلى إجراء ضمان دفع السعر المسجل بالبورصة procédure de maintien de cours بحسب الحالة، بالنظر إلى مصلحة باقي المساهمين⁽²⁾. وتدوم فترة ضمان السعر المسجل بالبورصة لمدة لا تقل عن 15 حصة بورصة⁽³⁾ séances de bourse. ويشمل الالتزام بالإقتناء أسهم المساهمين المالكين لما لا يفوق 5 بالمائة من

(1) Cf., «Transmission d'entreprise», collection Les guides de gestion RF, éd. Groupe Revue Fiduciaire, Paris 2006, p. 202 et ss., n° 687 et ss.

(2) الفصل 167 من الترتيب العام لبورصة الأوراق المالية.

(3) الفصل 169 من الترتيب العام لبورصة الأوراق المالية.

رأس المال والتي تعرض خلال تلك الفترة للبيع. وترفق هذه العملية بإشهار يتمثل في بلاغ تنشره هيئة السوق المالية بنشرتها يشير إلى هوية مقتني كتلة النفوذ والنسبة المئوية التي توصل إلى الحصول عليها وشروط تنفيذ الإجراء والتاريخ الذي يمكن فيه للمساهمين المعنيين تقديم أوراقهم المالية للبيع⁽⁴⁾.

ويشار إلى وجود قاعدة إجرائية خاصة بهذه الحالة وردت بالفصل 277 من مجلة الشركات التجارية، حيث أجازت للمساهمين المالكين لأغلبية رأس مال الشركة خفية الاسم إثر عملية عرض عمومي للبيع أو للمبادلة أو بعد إحالة كتلة مراقبة أن تقوم بنفسها وبصفة مباشرة بدعوة الجلسة العامة للإنعقاد. وواضح أن المراد هو تحويل أصحاب الأغلبية الجديدة إدخال التغييرات التي يرونها على هيكل الشركة وخاصة هيكل تسييرها، وذلك بدعوة الجلسة العامة العادية للنظر في تغيير أعضاء مجلس الإدارة أو هيئة الإدارة الجماعية ضمانا للإنسجام داخل الشركة⁽⁵⁾. ولا تحتاج الأغلبية الجديدة في هذه الحالة إلى المرور عبر المسيرين المباشرين لمهام التسيير للدعوة إلى الجلسة العامة أو لتحديد جدول أعمالها، كما لا تحتاج إلى استئذان القضاء لمباشرة صلاحية الدعوة إلى عقد الجلسة العامة بنفسها.

وبالنسبة لقانون السوق المالية فإن تجاوز عتبات المساهمة يعد حدثا هاما في حياة الشركة يستوجب التصريح به في ظرف 15 يوما من وقوعه⁽⁶⁾. وهذه العتبات هي نصف العُشر أو العُشر أو الخمُس أو الثلث أو النصف أو الثلثان (5 و10 و20 و33.33 و50 و66.66 بالمائة) من رأس المال. ولئن لم يقرّر القانون بطلان عمليات شراء الأسهم في الشركات المدرجة التي تؤدي إلى تجاوز عتبات المساهمة دون إعلام هيئة السوق المالية فإنه قرر لها جزاء مختلفا يتمثل في حرمان الأسهم التي يتم امتلاكها بصفة مخالفة للقانون من الحقوق المرتبطة بها وخصوصا حق التصويت في الجلسات العامة وذلك لمدة 3 سنوات⁽⁷⁾. ومن

(1) الفصل 170 من الترتيب العام لبورصة الأوراق المالية.

(2) أحمد الورفلي وكمال العياري: «مجلة الشركات التجارية معلق عليها»، مرجع سابق، ص. 877 وما يليها.

(3) الفصل 8 من القانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية.

(4) الفصل 15 من القانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية.

ثمة لا يعارض باقي المساهمين والغير بآثار عملية اقتناء الأسهم، ولا يترتب عنها سوى استحقاق الأرباح المرتبطة بالأسهم موضوع الشراء فحسب.

النسب الثاني: إحالة الأسهم وضمان ديون الشركة

تطرح إحالة الأسهم إشكالا خاصا حين يتعلق الأمر بإحالة كتلة مراقبة هامة ويطلب المشتري ضمانا لديون الشركة من قبل البائع *garantie du passif*. وغالبا ما يُطلب ذلك من المساهم الذي يكون في ذات الوقت مسيرا للشركة، باعتباره العارف بحقيقة أحوال الشركة، ما ظهر منها وما خفي، أو من المساهم المرجعي. فالمشتري قد يخشى من ظهور ديون لا علم له بها ولم تقع الإشارة إليها في القوائم المالية للشركة، فيطلب من المشتري أن يتعهد بتحملها شخصيا في صورة ظهورها. ويمكن أن يضع العقد شروطا إجرائية لتفعيل شروط ضمان الديون/ الخصوم، كاشتراط التنسيق مع الضامن من قبل المشتري أو الشركة قبل التصدي للمطالبة الصادرة عن الغير *obligation de concertation*.

وفي عديد الأحيان، تتضمن هذه العقود شروطا تحكيمية، تسند أحيانا إلى المحكمين صلاحية الحكم طبق قواعد والإنصاف في صورة وقوع نزاع بين طرفي العقد. وقد قضت محكمة التعقيب الفرنسية بنقض حكم محكمة الاستئناف التي أبطلت حكم تحكيم قضى بسقوط حق المشتري في التسلسك بضمان الديون بسبب عدم احترامه واجب التنسيق، مبررة ذلك بعدم استناد الحكم المطعون فيه إلى الإنصاف رغم تكليف المحكمة بالقضاء وفقه⁽¹⁾. ويحيلنا هذا القرار إلى

(1) Cour de Cassation, Première chambre civile, 12 décembre 2008, pourvoi n° 07-19.915, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 2008, I, n°284.

ويلاحظ أن فقه القضاء الفرنسي أصبح كثير التردد في خصوص تحديد كيفية البرهنة من قبل المحكم على احترامه لواجب الحكم طبق قواعد العدل والإنصاف *ex aequo et bono* حيث اعتبر أحيانا أنه يكفي أن يشير المحكم إلى ذلك في الحكم، بينما ذهبت قرارات أخرى إلى أن الحكم وفق العدل والإنصاف يستتج من مخالفة القرار لما هو مقرر في قواعد القانون الوضعي/ الرسمي (Cass. Ire civ., 28 nov. 2007, pourvoi n° 06-). *M. X... c. M. Y...*, *Bull. civ. I*, n° 369 16.835، وهو توجه «غريب» انتقده جانب هام من الفقه. أنظر:

Dalloz 2008.AJ.26, obs. X. DELPECH ; *Petites Affiches* 2008, n° 60-61, p. 14, note L. JAEGER ; *Dalloz* 2008. Panorama, p. 187, obs. Thomas CLAY.

إشكال عام يتعلق بصلاحيات المحكم المصالح وما إن كان مخولا لأن يقضي طبق القانون إذا اعتبره موافقا للإنصاف. وفي رأينا فإن اشتراط الحكم طبق قواعد الإنصاف على معنى الفصلين 14 و 73 من مجلة التحكيم لا يبنني على قرينة مخالفة القانون الوضعي للإنصاف، كما أنه من غير المعقول اعتبار أن المحكم لا يمكنه البرهنة على احترامه لإدارة الأطراف الرامية إلى تكليفه بالحكم طبق قواعد العدل والإنصاف إلا بإصدار حكم مناقض لما يقتضيه القانون الوضعي⁽¹⁾. فهذا الشرط يحرم المحكم من وجوب تطبيق القانون، ولا يفرض عليه خلاف ذلك.

ويوجه عام تخضع شروط ضمان الديون إلى ضوابط تعاقدية وللمبدأ سلطان الإرادة باعتبارها تمثل استثناء لمبدأ تحديد مسؤولية المساهم في الشركة خفية الاسم وللمبدأ عدم حمل ديون الشركة على مسيرها والفصل بين الذمم المالية.

المبحث الثالث

الإحالة الكلية والجزئية للأصول

Apport total ou partiel d'actif

تمثل الإحالة الكلية والجزئية للأصول «لغزا» يعسر حله. فهذان المفهومان الجديدان ظهرا في المجال الجبائي⁽²⁾، ثم قُذِفَ بهما في مجلة الشركات في موضعين متفرقين دون أي بيان أو توضيح للنظام القانوني المنطبق عليهما، وهو ما يجعل مستعملي مجلة الشركات التجارية في حيرة من أمرهم: أيعتبرون أن الأمر يتعلق بمجرد لغو كلام لا معنى له، أم يستنبطون لهما نظاما قانونيا «فقهيًا» *prétorien* دون ضمان انضباط فقه القضاء حوله؟ وفي هذه الحالة، ما هي المرجعية التي يتجه الاستناد إليها لرسم ملامح هذا النظام القانوني، خاصة أن القوانين الأوروبية التي تنظم هذين المسألتين في معظمها تقتصر على التطرق إلى

(1) Thomas CLAY : note sous Cass. Ire civ., 28 nov. 2007, précité, *Dalloz* 2008. Panorama, p. 187 ; Ahmed OUEFFELI : « *L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne* », éd. Latrach-LGDJ, Tunis-Paris 2010, préface Sami Bostanji, p. 101.

(2) Régis Foy : « *Apport partiel d'actif* », *Répertoire des sociétés (Encyclopédie Dalloz)*, oct. 1997, p. 2 § 1.

الإحالة الجزئية للأصول، ولو أن هذه العملية لا تختلف في شيء عن الإندماج الجزئي أو عن الإنقسام الجزئي⁽¹⁾؟ أما الإحالة الكلية للأصول فهي صيغة من صيغ الإندماج بالإستيعاب.

فقد تعرّض المشرع التونسي بعجالة إلى إحالة الأصول في موضعين وهما: الفصل 16 المتعلق بالإشهار والذي أوجب أشهار الإحالة الكلية أو الجزئية للأصول، والفصل 321 المتعلق بالشركة خفية الاسم، حيث تعرض إلى الإحالة الجزئية للأصول فحسب، ولم يذكر الإحالة الكلية أو المساهمة الكلية. وظلت هذه العملية دون إطار قانوني واضح، بما يجيز الرجوع إلى القانون وفقه القضاء الأجنبي. فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بباريس أن أجل تقادم دعاوى بطلان الإندماج والإنقسام والذي وقع النزول به من ثلاث سنوات إلى ستة أشهر فقط ينطبق على الإحالة الجزئية للأصول باعتبار أن المشرع أدرج هذه العملية في الباب المتعلق بالإندماج والإنقسام⁽²⁾.

ويختلط مفهوم الإحالة الجزئية للأصول بكل المفاهيم المجاورة له باعتبار أنها جميعا من تقنيات إعادة الهيكلة. وهو مرتبط أيضا بمفهوم تجمع الشركات، خاصة أن تجمع الشركات ينشأ في الغالب عن عمليات إحالة جزئية للأصول لإحداث شركات فرعية تمسكها الشركة «الأم» تحت نفوذها، تختص كل واحدة منها بنشاط من الأنشطة⁽³⁾.

(1) Slaheddine MELLOULI et Sami FRIKHA (« Les sociétés commerciales », op. cit., p. 444, § 1389) assimilent, de façon absolue, l'apport partiel d'actif à la scission.

(2) Cour d'appel de Paris, 1^{ère} chambre G, 19 septembre 2001, Marret c. Société Champagne Giesler, *Le Dalloz, Cahier Droit des affaires*, n° 38, 1^{er} novembre 2001, pp. 3121-3122 : « L'apport partiel d'actif ayant été effectué sous le régime des scissions et fusions, la prescription de six mois substituée, par la loi n°88-17 du 5 janvier 1988, à la prescription triennale à laquelle se trouvait auparavant soumise l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission, est applicable. Faute de démontrer que l'opération a été décidée contrairement à l'intérêt social, dans l'unique dessein de favoriser des membres de la majorité au détriment de la minorité, l'associé minoritaire, l'actionnaire doit être débouté de sa demande en nullité de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire ».

(3) Régis FOY : « Apport partiel d'actif », op.cit., p. 1, § 2.

كما أنه وعلى الرغم من الضبابية المحيطة بهذا المفهوم والتباسه بكل المفاهيم الأخرى المجاورة له⁽¹⁾، أوضح القضاء الفرنسي أنه لا يجوز الحديث عن إحالة جزئية للأصول إلا إذا تعلق الأمر بفرع مستقل من فروع النشاط⁽²⁾. فالأمر لا يتعلق بمجرد مساهمة عينية بمجموعة من المنقولات أو العقارات التي لا يجمع بينها رابط⁽³⁾، بل يتعلق بالمساهمة بوحدة اقتصادية متكاملة، كأن تكون لدى الشركات عدة مصانع أو محلات تجارية، فتقرر الانقسام الجزئي بحيث تُحدث شركة جديدة تتولى بمفردها إدارة أحد هذه المصانع أو المحلات أو الأصول التجارية.

وتخضع عمليات الإحالة الجزئية للأصول إلى نظام الإنقسام الجزئي أو إلى نظام الإندماج الجزئي، فيترتب عنها انتقال ملكية بعض الأعيان التي كانت على ملك الشركة المُحيلة / المساهمة إلى شركة أخرى لقاء الحصول على عدد من الأسهم أو الحصص الإجتماعية الممثلة لمناب من رأس مال الشركة الثانية. و يترتب عن هذه العملية ترفيع رأس مال الشركة «المستفيدة» من العملية بما يعادل قيمة الأصول المحالة. وقد نظر المشرع الإحالة الجزئية للأصول بالإنقسام من حيث قابلية تداول الأسهم العينية التي تصدرها الشركة «المستفيدة» لقاء الأعيان التي آلت إليها ملكيتها، فاعتبر قانون 5 جانفي 2009 أنه إذا كانت الأسهم العينية التي أصدرتها الشركة المحيلة قد أصبحت قابلة للتداول بحرية قبل عملية الإحالة فإن الأسهم التي تصدرها الشركة المحال إليها لقاء الأصول المحالة تكون بدورها قابلة للتداول بحرية دون وجوب احترام مدة الضمان المقدرة بعامين.

ويعتبر الشراح أن الإحالة الجزئية للأصول بما أنها تتمثل في نهاية الأمر في عملية مساهمة عينية فهي تعتبر من أعمال التصرف acte de gestion وبالتالي فهي داخلة في صلاحيات هيكل التسيير ولا موجب للرجوع في شأنها إلى الجلسة العامة للشركاء للترخيص المسبق، وهو أمر مؤسف بما أن هذه العملية

(1) Yves GUYON : « Droit des affaires ». Tome I : « Droit commercial général et sociétés », éd. Economica, Paris 1996, p. 663, n° 638 ; « Les apports partiels d'actif », *Mélanges Jeantin*, p. 237.

(2) Cass. Com., 30 octobre 1989, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1990, p. 52, note REINHARD.

(3) Dominique VIDAL : « Droit des sociétés », éd. LGDJ, Paris 2006, 5^e édition, p. 194, § 395.

تطوي على مخاطر كبرى على مستقبل الشركة وحقوق الشركاء⁽¹⁾. غير أنها تخضع وجوبا إلى موقفة الجلسة العامة الخارقة للعادة إذا نص العقد التأسيسي أو قرار من الجلسة العامة على ذلك أو إذا كان من شأنها أن تؤدي إلى تغيير موضوع الشركة⁽²⁾. وفي هذه الصور فهي تخضعا أيضا إلى الإشهارات القانونية بما يوفر حماية للدائنين علاوة على حماية حقوق الشركاء.

والإشكال الذي لا يجيب عنه القانون التونسي هو المتعلق بآثار الإحالة الجزئية للأصول على حقوق الغير وخصوصا دائتي الشركة: فهل تحال مع هذه الأصول نسبة معادلة من الخصوم (الديون) أم تبقى الديون جميعا في ذمة الشركة المحيلة؟ وفي هذه الصورة يطرح التساؤل عن كيفية حماية حقوق الدائنين، خاصة أن قواعد الاندماج والانقسام لا تضيحي بحقوق الدائنين على هذا النحو بل تقر قاعدة التناسب بين الأصول المحالة وما يقابلها من ديون. فالإشهار في ذاته ليس آلية حماية بل هو الشرط الأولي للحماية. فالدائن الذي يعلم عن طريق الإشهار أو بوسائله الخاصة بأن العناصر الإيجابية للذمة المالية للشركة المدينة له actifs تمت إحالة جزء منها إلى شركة أخرى يهّمه أن يمنحه القانون الحق في المطالبة بدينه بضمان كافة عناصر الذمة المالية الأصلية، أي أن تكون الشركة المستفيدة من الإحالة متضامنة مع الشركة المحيلة في أداء دينه، كما قد يطالب بالتصريح بحلول أجل خلاص دينه *déchéance du terme*.

ويعتبر فقه القضاء الفرنسي أن الإحالة الجزئية للأصول متى تحققت شرائطها فإنه يترتب عنها انتقال جزئي للذمة المالية، أصولا وخصوما، إلى جانب العقود المرتبطة بقرع النشاط المعني بالإحالة، بما تتضمنه من حقوق والتزامات⁽³⁾.

كما يطرح إشكال بخصوص بطلان الإحالة الجزئية للأصول: فهل يخضع إلى نفس قواعد بطلان الاندماج والانقسام أم إلى قواعد بطلان العقود بوجه عام؟

(1) Yves GUYON : « Droit des affaires ». Tome I : « Droit commercial général et sociétés », éd. Economica, Paris 1996, p. 663, n° 638 ; « Les apports partiels d'actif », *Mélanges Jeantin*, p. 237.

(2) Réponse Ministérielle (fr.), 11 sept. 1989, *Revue des Sociétés*, 1989, p. 767; Yves GUYON : « Droit des affaires », Tome I, précité, p. 664, n° 638.1.

(3) Cass. Com. (fr.), 16 février 1988, *Bull. Civ. IV*, n° 69, p. 48 ; *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1988, p. 639, note Yves REINHARD.

وتكتسي هذه المسألة أهمية خاصة بالنظر إلى مسار تطور قانون الشركات نحو تضيق صور بطلان الاندماج واختصار أجل القيام بدعوى البطلان. إن سكوت نصوص مجلة الشركات التجارية عن هذه المسائل قد يدفع القاضي إلى البحث عن حلول منطقية ومعقولة تتمثل بالخصوص في إعادة تكيف العملية *requalification* بأن يعتبرها أحيانا من قبيل الانقسام وأحيانا أخرى من قبيل الاندماج، وهو ما يوفر للدائن حماية معقولة عبر حق المطالبة بالخلاص الفوري للديون أو بتوفير ضمان إضافية للخلاص، والامتياز فوق الممتاز *super-super privilège* الممنوح للدائنين القدامى، علاوة على تضيق صور البطلان.

الاندماج والاندماج

L'introduction en bourse الإدراج بالبورصة

ظهرت الأسواق المالية في العصر الحديث كأسواق لرؤوس الأموال على المدى الطويل وأسلوب جديد في التمويل يقوم على تقنية التمويل المباشر التي تعوض التمويل البنكي⁽¹⁾. فهي تقوم على قاعدة التخلي عن الوساطة بين البنك ومصدر التمويل الأصلي *désintermédiation*، أي المذخر⁽²⁾.

القسم الأول

أحدثت «بورصة القيم المنقولة» بتونس سنة 1969 لكنها لم تشهد أي نشاط يذكر فتم تجديد التشريع المتعلق بها سنة 1989 حيث انطلقت البورصة التونسية فعليا. وفي 14 نوفمبر 1994، تمت إعادة تنظيم السوق المالية بموجب القانون

(1) شاكر عطاء الله: «الأسواق المالية في العالم: النشأة والوظائف والتطور»، أعمال ندوة دراسية حول السوق المالية والتنمية الاقتصادية، تونس 30 أبريل 2008، نشر مركز البحوث والدراسات البرلمانية، ص. 18. ويشير الكاتب إلى أن نشأة البورصة تعود إلى سنة 1339 بمليّة بروج البلجيكية على يد شخص يدعى Van der Bursen.

(2) نور الدين بسرور: «التوجهات المعاصرة لقانون الأسواق المالية»، أعمال ندوة دراسية حول السوق المالية والتنمية الاقتصادية، مرجع سابق، ص. 41.

عدد 117 لسنة 1994. وفي إطار تطبيق أحكام هذا القانون صدر الترتيب العام لبورصة الأوراق المالية بتونس الذي اشترط بفصله 35 لإدراج أسهم لشركة ما بالبورصة ما يلي :

- أن تكون الشركة قد نشرت قوائمها المالية خلال الستين الأخيرتين وبشرط أن تكون هذه القوائم المالية قد خضعت لتدقيق مراقب حسابات. ويمكن للبورصة منح استثناء للشركات التي لم يمض على إحداثها أكثر من ستين.

- أن تكون الشركة قد حققت أرباحا خلال الستين الماليين السابقتين. ولا يشترط في الشركة التي تطلب إدراج أوراقها المالية بالسوق وفق إجراء القيد المباشر تبعا لعملية ترفيع في رأس المال بين العموم تحقيق أرباح.

- أن تقدم الشركة المعنية تقريرا في تقويم أصولها من إعداد خبير محاسب لا يكون مراقب حسابات الشركة، أو خبير تقبله هيئة السوق المالية.

- أن يكون لدى الشركة دليل لإجراءات للتنظيم والتصرف ونشر المعلومات المالية (manuel de procédure).

- أن يكون لدى الشركة هيكل مراقبة داخلية (كمجلس مراقبة أو لجنة دائمة للتدقيق...). ويجب أن يبدى مراقب الحسابات رأيه في نظام الرقابة الداخلية ومدى نجاعته.

- أن يكون لدى الشركة هيكل لمراقبة التصرف.

- أن تكون أسهم الشركة التي بحوزة العموم موزعة على 200 مساهم على الأقل في تاريخ التقييد وأن لا يملك كل واحد منهم أكثر من 0,5 بالمائة من رأس المال⁽¹⁾، وأن لا يملك المستثمرون المؤسسيون investisseurs institutionnels فرادى أكثر من 5% من رأس المال⁽²⁾.

(1) الفصول من 36 إلى 39 من الترتيب العام لبورصة الأوراق المالية المؤشر عليه بقرار وزير المالية المؤرخ في 13 فيفري 1997 والمتفق بقرار وزير المالية المؤرخ في 9 سبتمبر 1999 وقراره المؤرخ في 24 سبتمبر 2005 وقراره المؤرخ في 24 سبتمبر 2007 وقراره المؤرخ في 15 أبريل 2008.

(2) يقصد بالمساهمين المؤسسيين، مؤسسات التوظيف الجماعي ومؤسسات القرض وشركات التأمين وشركات الاستثمار ذات رأس مال قار وذات رأس مال تنمية وصناديق التقاعد.

وينبغي أن تشمل عملية الإدراج ما لا يقل عن عُشر الأسهم أو عددا لا يقل عن مائتي ألف (200.000) سهم⁽¹⁾.

القسم الثاني

الإدراج بالسوق البديلة

تم إحداث السوق البديلة marché alternatif الموجهة إلى المؤسسات الصغرى والمتوسطة التي تشكل أهم مكون للنسيج الاقتصادي التونسي، وذلك بإضفاء درجة من المرونة على معايير الإدراج الأصلية (الحجم - النضج - الأداء المتميز السابق - التنظيم...) ⁽²⁾. وقد بدأت هذه السوق في العمل يوم 31 ديسمبر 2007. والشروط الخاصة بالإدراج بهذه السوق البديلة هي الآتية:

- توزيع 10 بالمائة من رأس مال الشركة أو مليون دينار لدى العموم.

- توزيع الأسهم على 100 مساهم على الأقل أو 5 مساهمين لهم طابع مؤسسي.

- لا تشترط المردودية السابقة عن الإدراج لكن لا بد من أن تكون للمؤسسة آفاق واعدة. وفي هذا تتمتع البورصة بسلطة تقديرية واسعة تعتمد في ممارستها على المؤشرات الموضوعية المتعلقة بالشركة والسوق والترقيم المسند من قبل وكالات التقييم المختصة (Rating) وغير ذلك من المعطيات التي من شأنها المساعدة على استشراف مستقبل المؤسسة.

- يشترط وجود درجة عالية من التنظيم داخل المؤسسة (دليل إجراءات - هيكل رقابة داخلية - مراقبة التصرف).

- إصدار القوائم المالية المصادق عليها من قبل مراقبي الحسابات للستين الأخيرتين وتقديم الحسابات التقديرية للسنوات الخمسة الموالية.

- تقديم تقرير التقييم وإصدار نشرية معتمدة من قبل هيئة السوق المالية.

(1) الفصل 40 من قانون 14 نوفمبر 1994.

(2) زينب قلوز: «واقع السوق المالية التونسية وآفاقها المستقبلية»، أعمال ندوة دراسية حول السوق المالية والتنمية الاقتصادية، مرجع سابق، ص. 69 وما بعدها.

ويقصد بالمساهمين المؤسسيين مؤسسات التوظيف الجماعي ومؤسسات القرض وشركات التأمين وشركات الاستثمار ذات رأس مال قار وذات رأس مال تنمية وصناديق التقاعد.

- تعيين راعي سوق *listing sponsor* لمصاحب المؤسسة في عملية الإدراج على أن يكون ضامنا لوفاء المؤسسة بالتزاماتها المتعلقة خصوصا بالإفصاح المالي⁽¹⁾. ولا يضمن هذا الشخص تحقيق الشركة للأرباح المتوقعة المعلن عنها في الحسابات التقديرية المذكورة آنفا.

التسم الثالث: أحداث الإدراج الشركات القابضة بالبورصة

جاء قانون 5 جانفي 2009 بأحكام جديدة تهدف إلى تيسير تكوين شركات أم أو شركات قابضة في إطار سعي السلط العمومية إلى إقناع تجمعات الشركات بأن تهيكّل بطريقة أكثر نظاما تجعل على رأس كل تجمع شركات شركة أمّا، عوضا عن أن يترأسها شخص طبيعي. وقد رفع القانون المذكور حاجزا جعل الأحكام الجبائية الهادفة إلى تيسير إعادة الهيكلة أكثر إنصافا، بما صيرّ عملية الإدراج ممكنة وبسّطة وغير مكلفة جبائيا.

الفرع الأول

فصل 5: تنقيح 5 جانفي 2009

تميز أغلبية تجمعات الشركات في تونس بأنها تجمعات عائلية، وفي الغالب فهي تجمعات فعلية *groupes de fait* يكون فيها التفوذ على الشركات التابعة للتجمع بيد شخص طبيعي لا بيد شركة مترسدة (شركة أم). وبغاية حث الشركات التي تكون في هذا الوضع على تحسين شفافية أوضاعها وإعادة هيكلتها القانونية، جاء قانون المالية لسنة 2007 بحوافز جبائية يتمتع بها الأشخاص الذين يسهمون بالأسهم أو الحصص التي بأيديهم في تكوين شركات أم أو شركات قابضة يتم إدراجها بالبورصة خلال السنة الموالية لسنة الإسهام. فيتكون رأس مال هذه الشركة من مساهمات عينية يقدمها هؤلاء الشركاء. غير أنه يظهر في هذا الطور إشكال يتعلق بقابلية تداول الأسهم التي أصدرتها الشركة القابضة لفائدة المساهمين مقابل مساهماتهم العينية عملا بأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 318 من مجلة الشركات التجارية (الذي يمنع تداول الأسهم العينية لمدة عامين من تاريخ التأسيس النهائي للشركة): فهل يجوز تداول الأسهم العينية المذكورة

(1) زينب قلوبز، مرجع سابق، ص. 76-75.

منذ إصدارها، بناء على أن صورة الإدراج بالبورصة تمثل استثناء لهذه القاعدة، أو على الأقل استثناء يتعلق بصورة الإسهام بأسهم وحصص فقط، أو اعتبار أن الفصل 31 من قانون المالية لسنة 2007⁽¹⁾ جاء باستثناء أو بنسخ ضمني لقاعدة الفقرة الأخيرة من الفصل 318 من مجلة الشركات التجارية، خاصة أن العملية تتمثل محاسبيا واقتصاديا في تحويل الأسهم التي يملكها المساهم من شركة معزولة إلى ملكية أسهم في الشركة الأم أو القابضة كما هو الشأن في صورة المساهمة الجزئية بالأصول على معنى الفصل 319 من مجلة الشركات التجارية والتي يجيز فيها القانون تداول الأسهم الجديدة فوراً إذا كانت المساهمة بأسهم تم إصدارها منذ سنتين على الأقل؟

نص الفصل 27 من الترتيب العام لبورصة الأوراق المالية *Règlement Général de la BVMT* على ما يلي: «يسحب طلب الإدراج على كل الأوراق المالية المصدرة من الصنف موضوع الطلب». وقد استتجت هيئة السوق المالية من ذلك أن الإدراج ينبغي أن يشمل كافة أسهم الشركة وبالتالي أن قابلية التداول ينبغي أن تشمل جميع الأسهم دون استثناء، فلا يمكن أن تستثنى منها الأسهم الممثلة لمساهمات عينية.

وينص الفصل 318 من مجلة الشركات التجارية⁽²⁾ على أن «يكون مالكو الأسهم والمحال لهم والمتداولون لها والمكتوبون بها ملزمين بالتضامن فيما بينهم بدفع قيمتها.

وكل مكتب أو مساهم يحيل السند الذي يملكه يبقى ضامنا مدة عامين من تاريخ الإحالة، للوفاء بما لم يحل أجل دفعه من باقي قيمة السند.

ولا تكون الأسهم الممثلة لحصص عينية قابلة للتداول إلا بعد مضي عامين على استكمال التأسيس القانوني للشركة ويجب خلال هذه المدة أن يقوم

(1) الفصل 31 من القانون عدد 85 لسنة 2006 المؤرخ في 25 ديسمبر 2006 المتعلق بقانون المالية لسنة 2007.

(2) ألغى القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 الفقرة الأولى من الفصل 318 من مجلة الشركات التجارية التي كانت تنص على ما يلي: «تظل الأسهم اسمية إلى أن يتم تحريرها كلها»، باعتبار أن جميع الأسهم دون استثناء يجب أن تكون إسمية، وبالتالي فقد فقدت هذه الفقرة كل معنى.

(1) الفصل 31 من القانون عدد 85 لسنة 2006 المؤرخ في 25 ديسمبر 2006 المتعلق بقانون المالية 2007.

المديرون بالتنصيص على نوعها في تاريخ تكوين الشركة أو الزيادة في رأس المال⁽¹⁾.

وقد طرحت الفقرة الأخيرة من هذا الفصل إشكالا في تأويلها يتعلق بصورة تكوين شركة أم أو شركة قابضة بواسطة مساهمات تتمثل جميعها في أسهم يملكها الشركاء في شركات أخرى، وخصوصا إذا كانت الأسهم موضوع المساهمة قابلة للتداول بحرية بعد استيفاء أجل العامين على إصدارها طبق الفصل 318، حيث يكون الحد من حرية تداولها غير مبرر من ناحيتين المنطقية والاقتصادية، وهو ما اهتدى إليه المشرع في صورتي الاندماج بالاستيعاب والإحالة الكلية أو الجزئية للأصول، إذ نص الفصل 319 من مجلة الشركات التجارية على أنه: «في حالة اندماج شركة في أخرى بطريقة الاستيعاب أو إنشاء شركة جديدة تضم شركة أو عدة شركات كانت قائمة، أو في حالة مساهمة شركة في أخرى بما لها من جزء من عناصر أصولها فإن المنع من تداول الأسهم لا يكون نافذا على الأسهم العينية المسندة إلى شركة مساهمة كانت قائمة منذ عامين عند حصول الاندماج أو تقديم الحصة وكانت فيها الأسهم سابقا قابلة للتداول».

ومقابل غياب نص واضح في القانون التونسي، يعرف الفقه الفرنسي الإحالة الجزئية للأصول بأنها مساهمة في شركة بفرع / جزء مستقل من النشاط تقوم به شركة في رأس مال شركة أخرى⁽²⁾.

وقد جاء القانون عدد 85 لسنة 2006 المؤرخ في 25 ديسمبر 2006 المتعلق بقانون المالية لسنة 2007 في فصله 31 بإضافة فقرة إلى الفصل 11 من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات تقتضي أن القيمة الزائدة المتأتية من الإسهام في رأس مال شركة أم أو شركة قابضة يتم طرحها من قاعدة الضريبة على الدخل أو على الشركات (إعفاء جبائي) بشرط أن تقوم الشركة الأم أو القابضة التي تم إحداثها بإدراج أسهمها في بورصة الأوراق المالية خلال العام الموالي للتأسيس.

وقد اعتبر بعض الشارحين أن إصدار هذا النص يترتب عنه تعطيل تطبيق الفقرة الأخيرة من الفصل 318 من مجلة الشركات التجارية على صورة الفصل 31 من قانون المالية لسنة 2007 على أساس أن الأمر يتعلق بنص خاص يطبق

(1) Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY : « Droit des sociétés », éd. Litec Droit 2001, p. 563, n° 1760.

بوجه الاستثناء أو حتى طبق نظرية النسخ الجزئي للقوانين، خاصة أن النص الجديد أكثر تلاؤما مع المنطق الاقتصادي ومتطلبات تنمية السوق المالية في تونس.

غير أن العائق الذي منع اعتماد هذه القراءة هو أن الإسهام في تكوين شركة بتقديم أسهم أو حصص اجتماعية في شركة قائمة لا يعد من قبيل المساهمات التقدية *apports en numéraire* بل هي مساهمة عينية *apports en nature* تتمثل في منقول غير مادي⁽¹⁾. ومن ثمة فإن تطبيق الفصل 318 من مجلة الشركات التجارية حتمي.

كما أن الفصل 319 من مجلة الشركات التجارية لم يكن من الممكن تطبيقه باعتبار أنه يتعلق بصورة الإحالة الجزئية للأصول *apport partiel d'actif* من قبل شركة إلى شركة أخرى وبالتالي فلا يمكن أن يشمل صورة المساهمة التي يقوم بها شخص طبيعي في شركة جديدة كما لا يمكن أن ينطبق على صورة المساهمة بأسهم أو حصص إذ أنها لا تمثل فرعا مستقلا من النشاط⁽²⁾. فالمساهمة بالأسهم هي عملية مساهمة *apport* عادية لا غير.

وفي ما يتعلق بالعلاقة بين الفصل 31 من قانون المالية لسنة 2007 والفصل 318 من مجلة الشركات التجارية فإن النصين مختلفان من حيث الطبيعة وميدان التطبيق، إذ يتعلق أحدهما بامتياز جبائي بينما يتعلق الثاني بالنظام القانوني لعمليات إصدار أسهم جديدة مقابل مساهمات عينية مهما كان نوعها. فلا يمكن أن يكون أحدهما ناسخا للآخر⁽³⁾.

كما أن القول بأن الفصل 31 من قانون المالية لسنة 2007 نسخ سابقه جزئيا إنما يكون صحيحا فقط في صورة تعذر التوفيق بينهما وبالتالي استحالة تطبيق

(1) الفصل 15 من مجلة الحقوق العينية والفصل 314 من مجلة الشركات التجارية.

(2) M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, p. 563.

(3) أوضحت محكمة التعقيب في قرار صادر عن دوائرها المجتمعة بتاريخ 26 ماي 1962 تحت عدد 1540 - مجلة القضاء والتشريع 1962، ص. 573 أن نسخ القوانين يقتضي اتحاد طبيعة النص المنسوخ مع النص الناسخ، فلا يمكن للنص العام أن ينسخ النص الخاص ولا العكس. كما لا يمكن لنصين يهتمان ميدانين متباينين أن ينسخ أحدهما الآخر. أنظر: محمد كمال شرف الدين: «قانون مدني. النظرية العامة. الأشخاص. إثبات الحقوق»، ط. المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس 2002، ص. 86 ما يليها (عدد 73 وما بعده).

الفصل 31 المذكور دون خرق الفصل 318 من مجلة الشركات التجارية ففي هذه الحالة يكون النسخ بالتضاد أو التعارض، إذ يُحمل المشرع عندئذ على أنه تخلى عن النظام القانوني القديم واستبدله بالنظام الجديد ولو لم يصريح النص بذلك.

غير أن تطبيق أحكام الفصل 31 من قانون المالية لسنة 2007 لم يكن يستوجب حتما مخالفة أحكام الفصل 318 من مجلة الشركات التجارية باعتبار أنه لم يوجب أن يكون تأسيس الشركة القابضة بواسطة مساهمات عينية بأسهم وحصص فحسب، إذ يمكن أن يتم تقديم مساهمات نقدية إلى جانب المساهمات العينية، وبالتالي فلا يوجد في الفصل 31 ما يدل على أن الأسهم والحصص في الشركات المتفرقة تمثل الصيغة الوحيدة للمساهمة في رأس مال الشركة القابضة أو الأم. فيمكن أن يقتصر الحد من حرية التداول على الأسهم العينية، على أن تكون الأسهم النقدية actions de numéraire قابلة للتداول بكل حرية منذ تاريخ إصدارها.

كما أن القول بأن القانون الجبائي تضمن استثناء للفصل 318 يتعلق بصورة الإسهام في تكوين شركة أم أو شركة قابضة بأسهم أو حصص اجتماعية فقط لا ينبغي على أي سند قانوني، لأن النص الجديد إما أن يكون قد وضع استثناء عاما بالنسبة لكل المساهمات العينية التي يتم تقديمها عند تكوين شركات أم أو قابضة طبق الفصل 31 من قانون المالية لسنة 2006 (وعندها ينبغي تطبيقه على المساهمات العينية الأخرى من عقارات ومنقولات، فتكون الأسهم العينية التي يتم إصدارها بعنوانها قابلة للتداول فورا منذ إصدارها) وإما أن لا يكون متضمنا لأي استثناء لأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 318 من مجلة الشركات التجارية (وهو ما تدل عليه عبارة الفصل 31 المذكور)، وبالتالي فإن الفصل 318 يظل ساري المفعول على جميع المساهمات العينية في جميع الشركات الخفية الاسم، سواء كانت شركات أم، أو شركات قابضة، أو شركات «معزولة».

ويلاحظ الدارس أيضا أن قانون إعادة تنظيم السوق المالية لا يوجب أن يتم إدراج كافة أسهم الشركات التي تطلب الإدراج بالبورصة، بل يمكن أن يتم ذلك بصفة جزئية، ويمكن عندئذ أن يقتصر الإدراج على الأسهم الممثلة لمساهمات عينية، أما الأسهم الممثلة لمساهمات نقدية فيمكن تأجيل إدراجها إلى نهاية أمد تقييد التداول أو إدراجها مع تأجيل قابليتها للتداول.

والفصل 318 من مجلة الشركات التجارية يهتم النظام العام باعتبار أنه مجعول لتيسير القيام على المساهم صاحب المساهمة العينية بدعوى الضمان في صورة ثبوت عدم ملكيته للمال الذي قدمه كمساهمة في رأس المال أو في صورة ما إذا اتضح أن القيمة التي أسندت لذلك المال تقل بدرجة محسوسة عن قيمته الحقيقية. ذلك أن المساهم بحصة عينية ضامن بنفس الكيفية التي يضمن بها البائع⁽¹⁾.

وما يدعم صيغة هذا النص كنص يهتم النظام العام هو أنه محاط بعقوبة جزائية ورد بها الفصل 187 من مجلة الشركات التجارية الذي يعاقب من يفوت في أسهم قبل انتهاء أمد منع التفويت فيها بخطة من 1.000 إلى 10.000 دينار.

وجدير بالإشارة أنه لا يوجد تعارض جوهري بين قابلية السهم للتداول والحد من هذه الحرية لغرض معين وفي حدود معينة. فقد كان الفصل 48 من المجلة التجارية ينص على أن الشركة خفية الاسم هي شركة أموال يجسم رأس مالها في أسهم قابلة للتداول، واعتبر جانب من فقه القضاء قبل صدور قانون إعادة تنظيم السوق المالية في 14 نوفمبر 1994 ومجلة الشركات التجارية في 3 نوفمبر سنة 2000 أن قابلية الأسهم للتداول négociabilité خاصة جوهريّة تميز الشركة خفية الاسم وبالتالي فهي تهم النظام العام مما ترتب عنه اعتبار أن شروط الأفضلية والمصادقة clauses de préemption et d'agrément التي تدرج في العقود التأسيسية باطلة لمخالفتها للنظام العام. غير أن قانون إعادة تنظيم السوق المالية المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 نص على أن شروط الأفضلية والمصادقة تعتبر لاغية منذ تاريخ إدراج أسهم الشركة في البورصة، مما يدل على أنها قبل ذلك الإدراج صحيحة وناظفة، بما يؤكد أن قابلية التداول ليست من النظام العام ويجوز وضع قواعد تخالفها. وقد أكدت مجلة الشركات التجارية صحة هذا التحليل بأن أقرت تطبيق شروط الأفضلية والمصادقة⁽²⁾، وزاد المشرع في تأكيد ذلك بأن وضع نظاما خاصا لعقلة الأسهم في الشركات خفية الاسم التي تتضمن قوانينها الأساسية شروط أفضلية ومصادقة⁽³⁾.

(1) الفصل 6 من مجلة الشركات التجارية.

(2) الفصل 321 من مجلة الشركات التجارية.

(3) الفصل 409 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية كما تم تنقيحه بموجب القانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002. والملاحظ أن الفصل المذكور كان يقر صحة شروط الأفضلية والمصادقة حتى قبل تعديله. حول فلسفة هذا القانون يراجع شرح

وقياسا على ما تقدم فإن تقييد حرية التداول بموجب نص قانوني⁽¹⁾ لا يعد مخالفا للنظام العام ولا للمنطق الأساسي لقانون الشركات والسوق المالية. كما لا يمكن اعتبار أن هذا التقييد مخالف للفصلين 41 و49 من الدستور الجديد. ذلك أنه ولئن أقر الفصل 41 مبدأ ضمان حق الملكية فإن الفصل 49 أباح الحد من هذا الحق بشكل لا ينال من جوهره ويشترط أن يكون هذا التقييد مبررا. وإن التقييد بموجب شرط الأفضلية والمصادقة لم تقرره السلطة العامة بل يقرره الشركاء في ما بينهم ولمصلحة يرتزونها وبشروط معقولة. فلا توجد مخالفة للدستور إلا إذا كان هناك منع مطلق من التفويت أو إذا كان الشرط التعاقدي يقتضي أن لا يتم التفويت إلا إذا رضى باقي الشركاء بالبيع وبالبائع ودون وجود امكانية للتفويت إلى الغير في صورة عدم شراء الأسهم من قبل من يرضاه باقي الشركاء.

ولا يجوز القياس على الفصل 319 من مجلة الشركات التجارية المتعلقة بصورة اندماج شركات بالاستيعاب أو بالإحالة الجزئية للأصول باعتبار أن النص المذكور يمثل استثناء من أحكام الفصل 318 وبالتالي فلا يمكن التوسع فيه ولا القياس عليه.

ومن جهة أخرى ففي صورة إدراج الأسهم في البورصة وقيام المساهمين بالتفويت فيها رغم المنع الذي كان واردا بالفصل 318 من مجلة الشركات التجارية فإن اعتبار أن النص يهيم النظام العام يؤدي إلى القول ببطان البيع التي تقع رغما عن المنع وأن البطان يمكن طلبه من أي طرف بما في ذلك البائع أو المشتري الذي «ندم» على العملية إن تبين له أن الثمن غير ملائم. وبالتالي فإن الخطر المتأتي من تطبيق هذا النص يتمثل في إدخال اضطراب خطير على المعاملات التي يمكن أن تقع على أسهم الشركة القابضة في البورصة.

ويمكن تأسيس البطان على أحكام الفصل 539 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه إذا صرح القانون بالنهي عن أمر معين كان إتيانه باطلا لا يترتب عنه شيء. والنهي في هذه الحالة صريح لا لبس فيه بل ورد في إطار نص جزائي وهو الفصل 187 من مجلة الشركات التجارية.

أسبابه، وكذلك: رضا خماسم: «التوجهات الحديثة للنظام القضائي في تونس»، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 2003، ص. 116-119.
(1) الفقرة الأخيرة من الفصل 318.

ومن ناحية أخرى فإن القاعدة المقررة بالفصل 278 من القانون الفرنسي المذكور ارتبطت بفكرة تيسير القيام على المساهم الذي قدم المساهمة العينية في وقت كانت فيه الأسهم إما اسمية actions nominatives أو للحامل actions au porteur، وبالتالي فقد كان من الممكن أن تصدر أسهم عينية للحامل وبعد تداولها يتعذر التعرف على مالكيها الأصلي فيتعطل القيام عليه بدعوى الضمان إن تبين وجود منازعة في الاستحقاق أو في الحيابة والانتفاع. أما بعد أن أصبحت كافة الأسهم اسمية⁽¹⁾ فالقاعدة يصعب تبريرها، إذ أن معرفة المالكين المتتابعين للسهم تكون ممكنة، ولو أنه يعسر الرجوع إلى أصل الملكية بسبب قاعدة اعتبار الأسهم من المثليات fongibilité des actions.

الشرع الثاني

يطلق الفقه الحديث على قاعدة منع تداول الأسهم لفترة زمنية ما، مصطلح «lock-up». وفي القانون المقارن، ظل القانون الفرنسي يكرس قاعدة منع تداول الأسهم العينية لمدة عامين من تاريخ إصدارها بالفصل 278 من قانون 24 جويلية 1966 المتعلق بالشركات التجارية. لكن بعد إدماج أحكام هذا القانون في المجلة التجارية تم التخلي عن هذه القاعدة وأصبحت كافة الأسهم قابلة للتداول بحرية منذ إصدارها دون حاجة إلى انتظار مرور «فترة اختبار». أما الفصل 279 من قانون 1966 المذكور فكان يتعلق بصورتي الاندماج والإحالة الجزئية للأصول على غرار ما جاء بالفصل 319 من مجلة الشركات التجارية التونسية. ويجوز أغلب القوانين إدراج شروط تعاقدية تقتضي منع تداول الأسهم لمدة محدودة، وتعتبر غير منافية لحق الملكية المحمي بالدستور طالما تم القبول بها طوعا وطالما كانت مدة المنع من التداول محدودة بمدة معقولة وغير مفرطة الطول. وتهدف هذه الشروط إلى طمأنة المكتسبين إلى أن الشركة محل ثقة من قبل المساهمين الرئيسيين، وذلك باعتبار أنهم يمتنون إراديا عن بيع أسهمهم لمدة من الزمن. كما قد تهدف هذه الشروط إلى ضمان استقرار أسهم الشركة لفترة زمنية stabilisation وخاصة بعد إدراج الأسهم بالبورصة⁽²⁾.

(1) الفصل 307 من مجلة الشركات التجارية.

(2) Dmitri BOREIKO and Stefano LOMBARDO: «Lockup Clauses in Italian IPOs».

وتطرح هذه الشروط إشكالات تقنية بعد تجاوز الاشكال المبدئي المتعلق بالحماية الدستورية لحق الملكية. فهل أنها مستوجبة النشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبالسجل التجاري؟ وماذا يترتب عن هذا النشر: هل ينجر عنه بطلان كل تفويت يقع خلال فترة الامتناع عن التفويت أم عدم الاحتجاج به على الشركة؟ وهل يحق للشركة أو للوسيط المرخص له أو لإدارة السجل التجاري أو لماسك حساب الأسهم الامتناع عن إدراج حقوق المشتري؟

بالرجوع إلى الفصل 3 من مجلة الشركات التجارية، تعد هذه الشروط من قبيل اتفاقيات الشركاء *pacte d'actionnaires* التي نص الفصل 3 المذكور على صحتها والزاميتها لأطرافها. وينجر عن هذه الالتزامية منطقياً جواز الاحتجاج بها على الغير، ومن ثمة يمكن مجابهة الغير بهذا الشرط إذا أقدم على شراء الأسهم رغم علمه بالشرط. وبالرجوع إلى الفصلين 15 و 16 من مجلة الشركات التجارية فإن منطوق واجب الإشهار بالرائد الرسمي هو القانون الأساسي للشركة، وهو تعبير يذهب بعيداً في تكريس واجب النشر إذ لا يمكن أن يتم نشر نص العقد التأسيسي كاملاً، وفي التطبيق يتم الاقتصار على نشر البيانات التقليدية التي تتضمنها كافة العقود التأسيسية والمنصوص عليها بالفصل 11 من القانون عدد 44 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 المتعلق بالسجل التجاري مثلاً وقع تنقيحه بموجب القانون عدد 15 لسنة 2010 المؤرخ في 14 أفريل 2010⁽¹⁾، علاوة على البيانات المنصوص عليها بالفصل 16 عند وقوع إحدى العمليات الهامة في حياة الشركة، والتي لا تشمل شروط عدم التفويت. وبالنظر إلى هذا التطبيق فإن الغير لا يمكن الاحتجاج عليه بشروط عدم التفويت ما لم يقع إشهارها وبشرط أن يشمل النشر البيانات الكافية المتعلقة بالشركاء المعنيين ونوع الأسهم المقصودة ومدة الامتناع عن التفويت. وفي صورة النزاع في مدى علم المشتري بهذه القيود لا يحق للشركة أن تنتصب قاضياً بل عليها أن تدرج حقوق المشتري بشكل احتياطي مع ترك الكلمة للفصل للقضاء.

9.

(1) Sami FRIKHA et Slaheddine MELLOULI: «Les sociétés commerciales», op. cit., Tunis 2013, pp. 62-63.

وتشير الدراسات الاقتصادية إلى أن هذه الصيغة التعاقدية تكاثر العمل بها في العشريتين الأخيرتين في الولايات المتحدة وأن شرط عدم التفويت في الأسهم يرافقه في الأغلب شرط التعويض «*breakup fee*» or «*termination fee*» الذي يقتضي التعويض التقدي للطرف الخاسر في العملية أو شرط خيار شراء أسهم الشركة المعنية بثمان منخفض بالنسبة للطرف الذي تلحقه خسارة من جراء إعمال هذا الشرط. ويلاحظ الدارسون أن أغلب مثل هذه الشروط يتم إدراجها بمناسبة العروض العمومية للبيع وعادة ما تنص على مدة منع التفويت قدرها 180 يوماً. وقد أجريت دراسة على عينة تشمل 2529 شركة بين سنتي 1988 و 1997 تبين منها أن أغلب الحالات شهدت فيها نهاية فترة منع التداول تدرج قيمة الأسهم وأغلبها في شركات التكنولوجيا المتطورة⁽²⁾.

ويشمل الالتزام بعدم التفويت الالتزام أيضاً بعدم رهن الأسهم أو إعطائها كضمان لخلاص دين. والعلة في ذلك أن إعطاء الأسهم كتوثقة يترتب عنه أن الدائن إن لم يتم خلاصه فيقوم ببيعها لاستيفاء حقه، ولا يمكن معارضته أو معارضة المبتدئ له بشرط منع التفويت أو تقييده. وبذلك يتحقق عكس المراد منها وهو بقاء الأسهم بأيدي المكتتب. كما لا يجوز إعطاء خيار شراء للغير بشأن تلك الأسهم. وينبغي أيضاً الامتناع عن إعطاء وعد بالبيع لمدة تقل عن مدة المنع من التفويت.

وفي القانون السعودي، تقتضي المادة 100 من قانون تراتيب الشركات أن الأسهم التي يتم إصدارها لقاء مساهمات عينية لا يجوز التفويت فيها من قبل المكتتب خلال السنتين الماليتين اللاحقتين لتاريخ ترميم الشركة، على أن لا تقل كل سنة مالية عن 12 شهراً.

وفي القانون الإيطالي تم الاقتداء بالملحق عدد III، النقطة 7.3. التوصية الصادرة عن مجلس أوروبا تحت عدد 809/2004 (*Prospectus Regulation*) التي تنص على وجوب إشهار هذه الشروط وصفات أطرافها ومضمون الشرط والاستثناءات ومدتها⁽²⁾.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1909270, August 2011, pp. 2-3.

(1) Daniel J. BRADLEY, Bradford D. JORDAN, Ivan C. ROTEN, and Ha-Chin Yi: «Venture Capital And Ipo Lockup Expiration: An Empirical Analysis», http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=238714

(2) Dmitri BOREIKO and Stefano LOMBARDO: «Lockup Clauses in Italian IPOs», http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1909270, August 2011, p.

النوع الثالث

(1) (2) (3) (4) (5) (6) (7) (8) (9) (10) (11) (12) (13) (14) (15) (16) (17) (18) (19) (20) (21) (22) (23) (24) (25) (26) (27) (28) (29) (30) (31) (32) (33) (34) (35) (36) (37) (38) (39) (40) (41) (42) (43) (44) (45) (46) (47) (48) (49) (50) (51) (52) (53) (54) (55) (56) (57) (58) (59) (60) (61) (62) (63) (64) (65) (66) (67) (68) (69) (70) (71) (72) (73) (74) (75) (76) (77) (78) (79) (80) (81) (82) (83) (84) (85) (86) (87) (88) (89) (90) (91) (92) (93) (94) (95) (96) (97) (98) (99) (100)

أمام عدم مواكبة الفصل 319 من مجلة الشركات التجارية لأهداف السياسة التشريعية المعبر عنها من خلال الأحكام الجبائية التي ورد بها قانون المالية لسنة 2007، قدمت الحكومة⁽¹⁾ مشروع قانون يتعلق بإضافة فقرة إلى الفصل 319 من مجلة الشركات كما يلي:

«ولا يكون المنع من تداول الأسهم نافذا كذلك على أسهم الشركة الأم أو الشركة القابضة التي آلت إليها الأسهم أو الحصص تبعا لعملية إسهم في إطار عمليات إعادة هيكلة مؤسسات ترمي إلى إدراجها ببورصة الأوراق المالية بتونس».

وقد صادق مجلس النواب والمستشارين على هذا التعديل بموجب القانون عدد 1 لسنة 2009 المؤرخ في 5 جانفي 2009. وبذلك أصبح الحد من تداول الأسهم غير منطبق على صور الأسهم التي يتم إصدارها إثر عمليات الاندماج والمساهمة الجزئية بالأصول وتكوين شركة أم أو شركة قابضة، وذلك بشرط أن تكون أسهم الشركة المعنية بالعملية أو حصصها بحسب الحال قد استوفت مدة «التريص» أو «الاختبار» المقدرة بعامين.

وبالتالي لم يُلغِ المشرع التونسي شرط مرور عامين على إصدار الأسهم قبل السماح بتداولها على غرار ما فعلت تشريعات أوروبية كالقانون الفرنسي، بل رجع بهذا الشرط إلى الحصص أو الأسهم موضوع المساهمة العينية، والتي ينبغي أن تكون قد استوفت مدة تحجير التداول على مستوى الشركة التي كانت فيها للمساهم مساهمة قبل أن يحولها إلى الشركة الأم.

(1) قدمت الحكومة مشروع القانون في صياغة أولى فأبدى المجلس الدستوري بشأنه الرأي عدد 56-2008 المؤرخ في 15 أكتوبر 2008 الذي اعتبر فيه أن النص المقترح ليس فيه ما يتنافى مع الدستور، لكن رئيس الجمهورية طلب خلال أجل ختم القوانين ونشرها إدخال تعديل جزئي على النص يتمثل في إضافة لفظ «حصص» إلى النص المقترح، فأصدر المجلس رأيا ثانيا تحت عدد 71-2008 بتاريخ 30 ديسمبر 2008 اعتبر فيه أن المشروع غير مخالف للدستور.

وحسب رأينا، ينبغي تأويل هذا النص على أنه يعني أيضا أنه إذا مضى جزء من مدة العامين المشترطين قبل عملية الاندماج أو الإحالة الجزئية للأصول أو تكوين الشركة الأم أو القابضة فإنه يؤخذ بالاعتبار وتظل الأسهم غير قابلة للتداول خلال المدة المتبقية من العامين فحسب.

الأحداث الهامة

نقل مقر الشركة عبر الحدود

Le transfert transfrontalier du siège social

أصبحت الذوات المعنوية اليوم في حراك متواصل لا يمكن محاصرته أو تتبعه بسهولة. وتهدف هذه العمليات بوجه عام إلى الإقتراب من مصادر المواد الأولية أو اليد العاملة الرخيصة أو المختصة أو قليلة المشاكل (خصوصا الإضرابات) أو الإقتراب من الأسواق، أو بكل بساطة البحث عن «نسيم جبائي» paradis fiscal أو... الهروب من دانيها! وقد زاد في احتدام الظاهرة تنافس الدول على إيجاد حوافز مغرية للمستثمرين الأجانب، منها المشروع والأخلاقي ومنها اللاأخلاقي، كالتساهل في تطبيق قواعد حماية البيئة أو في توفير حماية معقولة للأجراء أو حتى لأبسط حقوقهم الإنسانية (تشغيل النساء والأطفال ليلا، ظروف عمل غير لائقة، والاستغلال الجنسي...).

وبالنسبة لقانون الشركات، يطرح نقل مقر الشركة إشكالا قانونيا جوهريا وهو الآتي: هل يجوز نقل مقر شركة من بلاد إلى أخرى دون وضع آليات تضمن خلاص جميع دائئها؟ فمن الناحية النظرية، لا توجد طريقة تضمن حقوق الدائنين (الخواص والعموميين وخاصة إدارة الجبائية وصناديق الضمان الاجتماعي والتأمين) أكثر من تطبيق إجراءات حل الشركة، التي تؤدي خصوصا إلى رفع يد المسيرين عن التفويت في الأصول وتكليف شخص بحصر كافة الأصول وتحويلها إلى نقود وخلاص جميع الدائنين منها ثم تسليم الباقي إلى الشركاء. ويتتهي هذا الحل إلى القول بمنع نقل مقر الشركة عبر الحدود، إذ أن حل الشركة يعني إعلان وفاتها قبل مغادرتها البلاد.

لكن هذا الحل تعترضه صعوبات قانونية ومنطقية. فالقانون التونسي مثلاً لم يذكر صراحة أنه يمنع نقل مقر شركة إلى الخارج ولم يوجب تصفيته قبل زحيلها، كما لم ينظم كيفية انتقال شركة من دولة أخرى إلى إقليم الدولة التونسية، شأنه في ذلك شأن أغلب التشريعات الأجنبية.

وقد لاحظ الفقه أن نقل مقر شركة من بلاد إلى أخرى يؤدي حتماً إلى تغيير جنسيتها⁽¹⁾، مع أنه يوجد اختلاف كبير حول تواصل وجودها القانوني. فالفقهاء «هاميل» و«لاقارد» و«جوقري» يؤكدون أن «هجرة» الشركة تعني نهايتها⁽²⁾. غير أن غالب الفقه الحديث يستند إلى نظرية الشخصية الحقيقية للشركة ليؤكد عدم زوالها⁽³⁾.

وقد تمسكت الدولة التونسية بهذا الرأي في نزاع تحكيمي نشر أمام المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار CIRDI نشب بينها وبين شركة المجموعة العربية للأعمال ABCI، حيث تبين للدولة التونسية أنه بعد صدور حكم تحكيمي جزئي في 18 فيفري 2011 في ما يتعلق بالاختصاص، قامت الشركة المدعية من جديد بنقل مقرها من جزر الأنتيل التابعة للعرش الهولندي Les Antilles Néerlandaises إلى منطقة جبل طارق الخاضعة للسيادة البريطانية، فطلبت الدولة الحكم برفض الدعوى بناءً على أن الشركة المدعية اضمحلت من الوجود بحكم نقل مقرها من بلد إلى آخر وعدم وجود نص في قانون بلد المقر الجديد ينص على تواصل وجود الشركة التي تنقل مقرها إليها من دولة أخرى⁽⁴⁾.

(1) Jean-Baptiste RACINE et Fabrice SIRJANEN: «Droit du commerce international», éd. Dalloz, Cours, Paris 2007, pp. 104-105 et ss. (n° 167 et ss.).

(2) J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET: «Traité de droit commercial», Dalloz, tome I, n° 429, p. 518. Voir l'arrêt de la chambre civile de la Cour de Cassation française du 24 nov. 1894, Dalloz Périodique 1895.I. p. 57, note THALLER. Contra, Cass. belge, 12 nov. 1965, Journal du Droit International (Clunet) 1966, p. 140, note ABRAHAM; Revue Critique de Droit International Privé 1967, p. 510, note Yvon LOUSSOUARN.

(3) Yvon LOUSSOUARN et Jean-Denis BREDIN: «Droit du commerce international», Sirey 1969, n° 273, p. 293; Jean-Marc MOUSSERON, Jacques RAYNARD, Régis FABRE et Jean-Luc PIERRE: «Droit du commerce international. Droit international de l'entreprise», éd. Litec, Paris 2000, 2è édition, p. 28 et ss., n° 47 et ss.

(4) أصدرت هيئة التحكيم المتعده بالقضية التحكيمية عدد ARB/04/12 في ظل المركز

وفي الحقيقة فإنه يعسر القول بجواز نقل مقر الشركة من بلد إلى آخر دون أن يترتب عن ذلك انحلالها، خاصة أن التشريعات بوجه عام لا تضع ضوابط لعملية بهذه الخطوة، في حين أن عمليات أقل خطورة كالتخفيض من رأس المال أو تغيير شكل الشركة محاطة بضمانات كبيرة حفظاً لحقوق الغير وخصوصاً لحقوق الدائنين والأجراء والمعاقد. فبقطع النظر عن الحجة المستمدة من تغيير جنسية الشركة كأثر حتمي لنقل المقر عبر الحدود، وهو ما يمكن أن يؤثر على حقوقها والتزاماتها والحماية التي تتمتع بها خصوصاً في ظل الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار، نلاحظ أن التشريعات الوطنية لا توفر نفس درجة الحماية لحقوق الدائنين ولا تقرر نفس الترتيب للديون في صورة الاستخلاص الجبري، وهو ما يعني أن المدين يمكنه بسهولة أن يضر بحقوق أحد الدائنين عبر نقل مقره من بلاد إلى أخرى، فينقله من مرتبة إلى أخرى، وبالتالي يدعم حظوظه في استخلاص دينه أو يقلصها، خاصة إذا ظهرت بوادر على تراجع مردودية النشاط. من ذلك مثلاً أن بعض القوانين يجعل الأفضلية المطلقة في استخلاص الديون للدائن المرتهن، ويضعه قبل الدائن الممتاز⁽¹⁾، في حين أن قوانين أخرى كالقوانين الأوروبية ذات المرجعية الرومانية-الجرمانية والقوانين

الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار CIRDI/ICSID حكمها في خصوص هذا الطلب الشكلي في 5 سبتمبر 2014 واقتصرت على التذكير بقرارها الصادر في شأن الاختصاص في 18 فيفري 2011 واعتبار أن ما قضى به يظل عاملاً بالنسبة للاعتراض الجديد على التعهد بالقضية، وذلك بالنظر إلى أن جنسية الشركة المدعية تحدد في تاريخ التراضي على التحكيم، وأن نقل المقر عبر الحدود لا تأثير له على هذا الأمر طالما أنه جد بتاريخ لاحق للتعاقد على التحكيم. وأيدت هيئة التحكيم موقف المدعية في اعتبارها أن نقل المقر لا أثر له على الاختصاص ولا على الوجود القانوني للشركة المدعية، وهو رأي يخلط بين أمرين متمايزين تمام التمايز وهما اختصاص هيئة التحكيم من حيث الأشخاص compétence ratione personae من جهة وتواصل الوجود القانونية للشركة بعد نقل مقرها عبر الحدود من جهة أخرى.

(1) ومن القوانين التي تمنح الأفضلية الكاملة للدائن المرتهن، القانون الصيني المتعلق بإفلاس المؤسسات الصادر في 27 أوت 2006 الذي دخل حيز النفاذ في 1 جوان 2007 والذي نص في فصله 132 على أولوية الدائن المرتهن على الأجراء بالنسبة للديون الناشئة بعد صدور القانون. أنظر:

XiaoJun HUA: "Evolution of Bankruptcy law in China", in "Best practices for bankruptcy law in China: Leading lawyers on Interpreting New Legislation, Representing Distressed Companies, and communicating with Debtors and Creditors", Apstore Books eds, Boston, Oct. 2008, p.12.

الإسلامية تضع الدائن صاحب الإمتياز المدعم قبل جميع الدائنين بمن في ذلك الخزينة العامة للدولة بصفتها صاحبة دين موثق بامتياز عام.

وينطبق التحليل المقدم أعلاه أيضا على صورة نقل مقر الشركة من بلاد إلى أخرى تتميز بنظام قضائي مغاير وخصوصا بظروف مغايرة لتنفيذ الأحكام القضائية، وخصوصا بالانتقال إلى بلاد تتميز بوجود صعوبات كبيرة لتنفيذ الأحكام⁽¹⁾، سواء كانت صعوبات قانونية أو واقعية، مما يهدد مصالح الدائنين والمعاقدین بوجه عام، وخاصة المقرضين، لاسيما أصحاب القروض الرقاعية. كما أن نقل المقر من بلاد إلى أخرى يمس حتما بحقوق العملة، خاصة أن القوانين التي توفر حماية معقولة للأجراء بوجه عام تقتضي أن نقل العامل من مكان عمل إلى مكان بعيد عنه بمسافة كبيرة يكتسي في الحقيقة صبغة العقوبة التأديبية المقنعة أو حتى الفسخ الأحادي لعقد الشغل إذا أصبح من المتعذر على العامل إنجاز الشغل في ظروف معقولة من حيث القدرة على التنقل والتكلفة وحتى إمكانية النفاذ إلى بلد المقر الجديد بسبب صعوبات الحصول على تأشيرة دخول. ففي هذه الصور، يكون المؤجر قد مَسَّ بالتوازن التعاقدية الأصلي بشكل فادح وبذلك يكون مسؤولا عن فسخ عقد الشغل.

ومن جهة أخرى فإن نقل مقر الشركة من بلد إلى آخر قد يترتب عنه تغيير جوهري في النظام القانوني المنطبق عليها أو حتى ضرورة تغيير شكلها القانوني إذا كان قانون دولة المقر الجديد لا يعترف بالصنف القانوني الذي كانت تنتمي إليه في بلد المقر الأصلي. ومثاله أن تنتقل شركة خفية الاسم مبسطة ذات شريك وحيد SASU من فرنسا إلى تونس في حين أن تونس لا تعترف بهذا الشكل القانوني إطلاقا، فيترتب عن ذلك وجوب تغيير الشكل القانوني لاعتماد أحد الأشكال القانونية المعترف بها في تونس. وفي هذه الصورة فإن تغيير الشكل القانوني يترتب عنه مساس خطير أحيانا بحقوق الدائنين كما إذا ارتبط الشكل الجديد بتحديد مسؤولية الشركاء خلافا للشكل القديم.

ومتى علمنا أن القوانين بشكل عام تضع ضوابط متعددة لتغيير شكل الشركة مع بقائها في نفس المحيط القانوني والاقتصادي أي دون نقل المقر إلى بلاد أخرى، على غرار منح الدائنين حق استخلاص ديونهم فوراً أو طلب الحصول

(1) تعتمد بئة *Doing Business* معيار سهولة تنفيذ الأحكام القضائية من بين معايير تقييم مناخ الأعمال في مختلف البلدان.

على ضمانات جديدة فإنه يعسر التسليم بقاعدة حرية انتقال مقر الشركة عبر الحدود ما لم تضع التشريعات الوطنية ضوابط لذلك، سواء كانت مضمنة في قانون دولة المقر القديم أو في قانون دولة المقر الجديد. ونرى أنه من المستحسن إصدار اتفاقية دولية أو قانون نموذجي عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي *CNUDCI / UNCITRAL* في الغرض.

وجدير بالذكر أن هذه المسألة تشهد اهتماما متزايدا في الفضاء الاقتصادي والقانوني الأوروبي. ففي فرنسا مثلا، أضاف قانون المالية لسنة 2005 إلى المجلة العامة للاداءات فصلا 2.221 ينص على أن نقل مقر الشركة بين بلدان الاتحاد الأوروبي لا يعد في نظر القانون الجبائي من قبيل إنهاء النشاط أو الانحلال، وبالتالي أصبحت هذه العملية «محايدة» جبائيا. أما بين فرنسا وبلد آخر من خارج الاتحاد الأوروبي فالمسألة ليست محسومة بكل وضوح لكن المنطق يقتضي توزيع الاختصاص التشريعي بين قانون بلد المقر الأصلي (الذي ينطبق على قرار نقل المقر وشروطه وآثاره الجبائية تجاه بلد ذلك المقر) وقانون بلد المقر الجديد، الذي يحكم مسألة تواصل الشخصية القانونية للشركة من عدمها، ومقتضيات تعديل القانون الأساسي والتسجيل بالسجلات العمومية وغيرها من قواعد الإشهار والقواعد التي توجب وجود شريك محلي مع الشريك الأجنبي والأحكام الجبائية المنطبقة على عملية الانتقال أو إحداث الشركات بحسب الحالة.

ومن ناحية أخرى أبرمت فرنسا بعض الاتفاقيات مع دول أخرى تقتضي المحافظة على الشخصية القانونية للشركات التي تنتقل بين إقليميهما. أما بالنسبة لتونس فلا نعرف اتفاقيات من هذا النوع.

وبوجه عام تتفق التشريعات المقارنة على اشتراط إجماع الشركاء لنقل المقر، وهو ما يعني نصا قدره 100 بالمائة وأغلبية قدرها 100 بالمائة. فيكفي أن يعارض أحد الشركاء حتى يصبح حل الشركة متحتما ولو لم يكن القانون المنطبق في بلد المقر يوجب حل الشركة بسبب انتقال مقرها. ذلك أن نقل المقر يجعل ممارسة الشريك لحقوقه أكثر صعوبة كما يؤدي إلى إدخال تعديلات جوهرية على حقوق الشركاء والتزاماتهم، فلا يمكن أن يُفرض ولو على الشركاء أصحاب الأقلية.

ويمكن الجزم بأن نقل مقر شركة إلى تونس إن كان جائزا يستوجب القيام بإجراءات الإشهار المنصوص عليها بالفصلين 15 و 16 من مجلة الشركات

التجارية وبالقانون المؤرخ في 2 ماي 1995 المتعلق بالسجل التجاري، وهو ما يعادل عمليا القيام بإجراءات تأسيس جديدة، خاصة أن الأمر قد يستوجب تعديل العقد التأسيسي لملاءمته مع القانون التونسي كما إذا كان للشركة شكل قانوني غير معترف به في القانون التونسي مثل شركة خفية الاسم مبسطة SAS أو إذا كان شكلها القانوني لا يتماشى مع الشكل الذي يشترطه القانون التونسي بالنظر إلى نشاطها (كما إذا كانت مؤسسة بنكية أو مؤسسة تأمين ليس لها شكل شركة خفية الاسم). كما يترتب عنه تغيير جنسية الشركة ومراجعة رأس مالها عند الاقتضاء.

وجدير بالملاحظة أن فقه قضاء محكمة العدل الأوروبية الخاص بنقل مقر الشركة داخل الفضاء الأوربي أي بين دول أعضاء في الاتحاد الأوروبي لم يمانع في أن يتضمن قانون دولة عضو، ما يمنع شركة ما من تغيير مقرها، ولو أن الاجتهاد يعمي نحو التخلي عن هذا الاستثناء⁽¹⁾.

الطريق السادس

تغيير شكل الشركة La transformation de société

يتمثل تغيير شكل الشركة في تحولها من شكل قانوني إلى آخر بمقتضى قرار تتخذه الجلسة العامة الخارقة للعادة (أو القاضي في صور استثنائية)، ما لم يحد القانون من إمكانية هذا التغيير. ولا يترتب عن تغيير الشكل فقدان الشخصية القانونية للشركة، بل تتواصل نفس الشخصية القانونية تحت الشكل الجديد⁽²⁾. والأصل في الأمور أن تغيير الشكل يتم بمحض إرادة الشركاء. غير أنه بالنسبة إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة، يصبح تغيير الشكل إلزاميا في

(1) Alexia AUTENNE et Edouard-Jean NAVEZ: « Cartesio — les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités », http://www.academia.edu/1965915/Cartesio-Les_contours_incertaines_de_la_mobilite_transfrontaliere_des_societes_revisites

(2) البشير بن الحاج يحيى: « تغيير شكل الشركة »، أعمال دورة تكوينية حول «مجلة الشركات التجارية»، تونس 11-12 أبريل 2003، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2004، ص. 93.

صورة تجاوز عدد الشركاء فيها الخمسين، إلا إذا وقع تخفيض عددهم إلى ما دون ذلك خلال عام من حصول ذلك التجاوز.

وفي إطار القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أبريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، يقتضي الفصل 39 أنه يمكن للمتصرف القضائي الذي يتم تعيينه في فترة المراقبة أن يقترح في برنامج الإنقاذ تغيير الشكل القانوني للمؤسسة أو الترفيع في رأس مالها، ويقتضي الفصل 40 أن المحكمة تصادق على برنامج الإنقاذ إن اقتنعت بوجاهته. ونتيجة لذلك، ومتى قررت المحكمة مواصلة المؤسسة لنشاطها، يقتضي الفصل 44 من نفس القانون أنه إذا تضمن برنامج الإنقاذ إدخال تغيير على النظام الأساسي (العقد التأسيسي) للمؤسسة، فإن المحكمة تعطي وكالة لمراقب تنفيذ برنامج الإنقاذ وتحدد له أجلا لدعوة الجلسة العامة المختصة لإحداث ذلك التغيير. ويمكن أن يقتضي إنقاذ المؤسسة تغيير شكلها طبق ما تقدم وذلك إذا كان المرغوب هو منحها شكلا يتسم بالمرونة أو يسمح بانضمام عدد هام من الشركاء الجدد. وقد يقتضي الإنقاذ إقصاء بعض الشركاء من شركة خفية الاسم، بما يؤدي إلى حصرها في الباقيين، الذين يقل عددهم عن العدد القانوني الأدنى (7)، فيصبح تغيير شكلها متحتما ما لم يتقرر في نفس الوقت ادخال مساهمين جدد.

ففي هذه الأحوال، يقع تغيير الشكل طبق ما تقرر في الفصل 44 المذكور مع مراعاة أحكام مجلة الشركات التجارية المتعلقة بتغيير الشكل. ويكون هذا التغيير وجوبيا بما أنه نابع من حكم قضائي. فإن صوتت أغلبية الشركاء ضد مشروع قرار تغيير الشركة، فإن الحل الذي يقتضيه المنطق هو أن يقع تعيين وكيل قضائي يحضر الجلسة العامة عوضا عن الأغلبية الراضية ليصوت بما فيه مصلحة الشركة، أو يقع إصدار حكم يقوم مقام قرار الجلسة العامة وفق ما قرره فقه القضاء المقارن في وضعيات مشابهة.

القسم الأول

شروط تغيير الشكل

يشترط القانون التونسي أن يقع التغيير من شكل معترف به في مجلة الشركات التجارية إلى شكل آخر من الأشكال المبينة بنفس المجلة. غير أن الفصل 433 وضع قيدين على حرية تغيير الشكل حيث منع على شركة المحاصة

تغيير شكلها، كما لم يجز للشركة خفية الاسم إلا أن تتحول إلى شركة مقارضة بالأسهم أو شركة ذات مسؤولية محدودة. وكذلك شأن شركة المقارضة بالأسهم التي لا يمكنها أن تتحول إلا إلى شركة ذات مسؤولية محدودة أو خفية الاسم. وبالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة فإنه يجوز لها أن تتغير لتتخذ أي شكل قانوني عدا شكل شركة المحاصة.

ويتبين من ذلك أن المشرع يعامل شركة المحاصة على أنها ليست بشركة، فلا يسمح لها أن تتحول إلى شكل آخر ولا يسمح للشركات الأخرى أن تتحول إليها.

ويستخلص مما سبق أنه إذا كان القانون يمنع تغيير الشكل مطلقاً أو يمنعه على وجه معين، يكون حل الشركة وجوبياً ويمكن عندئذ تبني الشكل الجديد في إطار شركة جديدة، مع ما يستتبع ذلك من آثار جباية بالأساس ومن استنضاض لمال الشركة بيع مكاسبها وخلص كافة دائتيها من مال التصفية وتوزيع الباقي على الشركاء.

والأصل أنه لا يشترط مرور أمد معين على تكوين الشركة حتى يجوز تغيير شكلها. وتستثنى من ذلك الشركة خفية الاسم التي يجب أن يكون قد مضى على تكوينها عامان على الأقل. وكذلك شأن شركة المقارضة بالأسهم في ما عدا حالة وفاة أحد الشركاء المقارضين بالعمل.

القسم الثاني

يتخذ قرار تغيير الشكل من قبل الجلسة العامة الخارقة للعادة، وذلك على ضوء مشروع قرار يقع إعداده من قبل هيكل تسيير الشركة الذي يشرح فيه أسباب القرار المقترح والأهداف المرجوة منه والشكل الذي سينتق عنه. ويجب أن يرفق هذا المشروع بتقرير خاص يعده مراقب الحسابات إن وجد.

ويخضع هذا القرار إلى شروط النصاب والأغلبية المقررة للجلسات الخارقة للعادة بحسب نوع الشركة. وبالنسبة إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة يشترط إجماع الشركاء حتى يتسنى تغيير شكلها إلى شركة مقارضة أو شركة مقارضة، بينما يكفي توفر أغلبية بسيطة من الشركاء الذين يمثلون نصف رأس المال إذا تجاوز رأس مالها مائة ألف دينار. وعلة ذلك أن تحويل

الشركة من شركة ذات مسؤولية محدودة إلى شركة مقارضة أو شركة مقارضة يؤدي إلى زيادة التزامات كل الشركاء أو فريق منهم، باعتبار أن الشكل الجديد يكون فيه الشركاء المعنويون ملزمين بديون الشركة بالتضامن غير المحدود ولا تقف مسؤوليتهم عند حدود مساهماتهم في رأس المال.

ويجب أن يقع إشهار العقد التأسيسي المتولد عن عملية تغيير الشكل بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبجريدتين يوميتين صادرتين بالبلاد التونسية إحداها باللغة العربية وذلك في ظرف شهر من تاريخ ترسيم محضر مداولة الجلسة العامة الخارقة للعادة بالسجل التجاري. ويلاحظ أن قانون 16 مارس 2009 لم يحذف وجوب الإشهار بجريدتين بالنسبة لعمليات تغيير الشكل واقتصر على تقليص إجراءات إشهار عمليات التأسيس فلا يمكن القياس عليه.

القسم الثالث

لا يترتب عن تغيير الشكل فقدان الشخصية القانونية للشركة، وتبقى الالتزامات والحقوق التي كانت لها أو عليها قبل تغيير الشكل قائمة، كما يبقى الشركاء ملزمين بديونها بنفس الصفة التي كانوا عليها قبل تغيير الشكل. فلا يؤثر هذا التغيير إلا على الحقوق والالتزامات والعمليات التي تجرى بعده. فالدائن الذي أقرض الشركة قبل تغيير شكلها يحتفظ بحقه في مطالبة كافة الشركاء بأداء دينه بالتضامن إذا كانت في الأصل شركة مقارضة أو مقارضة.

على أنه إذا كان الشكل الجديد يمنح للغير ضمانات إضافية فإن الدائن يستفيد منها ولو كان حقه أو دينه ناشئاً قبل ذلك. ومثاله اتخاذ الشركة شكلاً جديداً يكون معه الشركاء متضامنين في أداء ديون الشركة، كأن تتحول إلى شركة مقارضة، فيحق لدائن الشركة أن يطالب الشركاء بأداء دينه بالتضامن ولو كان دينه قد نشأ بموجب عمل قانوني أو واقعة قانونية جددت قبل تغيير الشكل.

الباب الثاني:

الأحداث المنهية لوجود الشركة

Les événements mettant fin à l'existence
de la société

النهاية ...))

مسألة وجودية أرقت الإنسان منذ الأزل وجعلت منه فيلسوفا رغم أنه، منذ مقتل هابيل على يد أخيه قابيل. والشخص المعنوي، من حيث هو مرآة الشخص الطبيعي، يتماهى به في أحواله ومراحل وجوده، وأحيانا في أهوائه وتقلباته. يولد ككل الكائنات في ظروف متباينة، قد تكون بسيرة مكلفة بالزغاريد وتبادل التهاني، وقد تكون عسيرة، تحتاج أحيانا إلى توليد قيصري. وقد تأتي بها الطبيعة نتيجة نزوة عابرة أو دون إرادة أطرافها. وبعد عمر قد يطول وقد يقصر بحسب إرادة من أحدثه، يأتي يوم تطرح فيه مسألة النهاية. والنهايات في التاريخ الإنساني هي نقاط انطلاق جديدة، إما للشخص نفسه حين تنتهي مرحلة من حياته لتبدأ مرحلة جديدة، وإما لغيره ممن يواصلون من بعده، فتؤول إليهم حقوقه والتزاماته عدا ما كان منها لصيقا بذاته.

ولا يشذ الشخص المعنوي عن هذا المنطق إلا في ما يتعلق بالحقوق اللصيقة بالشخصية، فهو شخص يفتقر إلى الحياة الشخصية، فجميع حقوقه مالية، حتى وإن تعلق الأمر بالضرر المعنوي الذي اعترف له به القضاء بعد لأي، حيث لا ينشأ للشركة إلا الحق في التعويض. ويمكن لهذا الشخص أن «يفقد ملامحه» فيظهر بمظهر الشخص الجديد بسبب وقوع عملية تؤثر على كيانه دون مساس بوجوده القانوني. ففي هذه الحالة، يمتزج التواصل بالقطيعة (القسم الأول). أما في بعض الصور الأخرى، فتنتهي الشركة كشخص قانوني وككيان اقتصادي أي كمؤسسة اقتصادية، فتندثر كلياً من الوجود (القسم الثاني).

العمليات التجارية

نهاية الشركة دون نهاية المؤسسة:
جدلية القطيعة والتواصل

يمكن أن تنتهي الشركة ككيان قانوني مع أن المؤسسة الاقتصادية تظل قائمة، فتواصل تحت هوية جديدة أو تتغير عناصر هويتها تغيراً جوهرياً يتجاوز القشور كتغيير التسمية الاجتماعية أو نقل المقر. وفي هذه الحالة، يكون الشخص المعنوي الجديد الذي يخلف سابقه في وضع الخلف العام الذي يواصل سلفه *continuateur*. وتثير هذه المسألة جملة من المسائل الفرعية المتعلقة بإعادة هيكلية الشركات ونظرية الخلافة العامة بوجه عام (القسم الأول) ومسألة اندماج الشركات وانقسامها (القسم الثاني) ونظام إحالة المؤسسة في قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية (القسم الثالث).

القسم الأول

يستعمل مصطلح «إعادة الهيكلة» في عدة معانٍ تلتقي كافة في أنه يقع تغيير تركيبة الهياكل الداخلية للشركة وتوزيع الأدوار والمهام والصلاحيات بينها. ولا تستعمل مجلة الشركات التجارية هذا المصطلح، وإنما اخترناه ليكون جامعاً لعدة تقنيات قانونية تجتمع في أهم آثارها، وهي خصوصاً تواصل الشخصية القانونية للشركة واستمرارية حقوقها والتزاماتها، مع إدخال تعديلات جوهريّة على تنظيمها الداخلي. ونلاحظ أن عديد القوانين المقارنة تستعمل مصطلح «إعادة الهيكلة» *Restructuration* أو المصطلحات المرادفة له للدلالة على عملية إعادة تنظيم الشركات *Reorganization* إثر مرورها بصعوبات اقتصادية حادة استوجبت تدخل مجموعة الدائنين أو القاضي لإعادة ترتيب البيت الداخلي حتى تنطلق الشركة على أسس جديدة تضمن تسوية أوضاعها الاقتصادية والمالية وتجاوز صعوباتها.

الشرع الأول

ينص الفصل 240 من مجلة الالتزامات والعقود على أن العقد لا يلزم سوى عاقله ولا ينجر منه للغير نفع ولا ضرر. وبالمقابل فإن العقد يسري إلى الخلف العام للمتعاقد، فيؤول إليهم ما ينشأ عنه من حقوق ومن التزامات. وعلى عكس ما قد يتبادر إلى الأذهان فإن صفة الخلف العام لا تثبت لورثة الشخص الطبيعي عند وفاته فحسب، بل تنطبق أيضاً على الذوات المعنوية في صورة إعادة هيكلتها.

وبالرجوع إلى النظام القانوني لعمليات تغيير شكل الشركات واندماجها وانقسامها، يتبين أن البعض منها ينتهي إلى انتقال جملة الحقوق والالتزامات التي كانت للشركة إلى ذات معنوية أخرى، بخلاف البعض الآخر. أما عمليات التصفية فإنها تؤول إلى انقراض الشخصية القانونية للشركة دون خلافة، وإنما يتحمل الشركاء شخصياً ما بقي غير خالص من ديونها إن كانوا ملزمين بها على وجه التضامن غير المحدود، كما هو شأن الشركاء في شركات المفوضة أو المقارضين بالعمل.

تغيير شكل الشركة لا يؤدي إلى أي أثر تجديدي *effet novatoire* بل تعتبر الشركة في شكلها الجديد مواصلة للشركة السابقة، فلا يصح أصلاً الحديث عن خلافة عامة، وذلك بخلاف صورتَي الاندماج والانقسام حيث يظهر شخص قانوني جديد على أنقاض شخص قانوني قديم أو يتفرع الشخص الواحد إلى شخصين أو يذوب شخص قانوني في شخص آخر.

الشرع الثاني

يتميز العصر الحديث بنزوع الشركات نحو التكتل وتجميع وسائلها المالية والبشرية لمجابهة منافسة تزداد شراسة وقوة وأيضاً لإنجاز المشاريع التي تعجز الشركات الصغرى عن إنجازها. وتعتبر عمليات اندماج الشركات وتكوين تجمعات المصالح الاقتصادية وتجمعات الشركات تجسماً لهذا التوجه، وكذلك شأن الغالب من عمليات تغيير الشكل. إلا أنه يحصل أيضاً أن تنقسم

شركة واحدة وتتكون من جزء ذلك شركات عديدة لأسباب يراها الشركاء وجيهة أو حتى بقرار قضائي في بعض الصور.

وقد بين المشرع في الفصل 409 من مجلة الشركات التجارية الغايات التي يجب أن تهدف عملية إعادة هيكلة الشركات إلى تحقيقها أو إلى تحقيق إحداها على الأقل، ومنع أن تكون الغاية منها غير مشروعة، وخص بالذكر صورتين وهما: التهرب من الأداءات والضرائب والإخلال بقواعد المنافسة. أما الأهداف الجائزة فهي الآتية :

- مساهمة المتغيرات الاقتصادية على الصعيدين الداخلي والخارجي.
- توفير رأس مال يساعد على مزيد الاستثمار والتشغيل والإنتاج.
- تطوير أساليب العمل والتوزيع.
- الحصول على التقنية الجديدة وتحسين جودة المنتج.
- كسب قدرة أكبر على التصدير والمنافسة.
- دعم الثقة في المؤسسة لدى الأطراف المتعاملة معها.
- خلق مواطن التشغيل وتدعيمها.

وفي رأينا فإن هذا النص لا موجب لوجوده ولا جدوى منه، وهو أقرب إلى النص الفقهي أو شرح الأسباب منه إلى النص التشريعي لأن وضع قائمة في الأسباب الجائزة يوحي بأن ما عداها غير جائز، حال أنه كان بإمكان المشرع أن يقتصر على قائمة الأسباب غير الجائزة، فتتطبق عندئذ القاعدة القائلة بأن الأصل في الأمور الإباحة وأن ما لم يُمنع فهو جائز. فهل يعقل مثلاً أن يتم إبطال اندماج بين شركتين لأسباب شخصية (تقارب شخصي بين المساهمين الرئيسيين في الشركتين أو العائلتين المالكتين لرأس مال شركتين) أو الانقسام الواقع إثر طلاق الشريكين الذين كانا متزوجين قبل ذلك ؟

ويشترط في عمليات إعادة هيكلة الشركات (عدا تكوين تجمع شركات) أن يكون قد تم تحرير رأس مال كل واحدة من الشركات المعنية بها، فتبطل هذه العمليات إذا أنجزت قبل تحرير كامل رأس مال جميع الشركات المعنية. ويمكن أن يُكتفى بالعلان الجزئي إن شملت العملية أكثر من شركتين وكان من الممكن أن تقوم العملية قانوناً بإقصاء الشركة التي لا يتوفر فيها هذا الشرط. ويعاقب كل من يتعمد تقديم معلومات خاطئة أو مضللة، لها تأثير على إتمام عملية الاندماج أو الانقسام أو تغيير الشكل، بالسجن لمدة تتراوح بين

عام وخمسة أعوام وبخطية من ألف إلى عشرة آلاف دينار أو بإحدى العقوبتين فقط. ونلاحظ أن التجريم بني على تحديد فضفاض للركن المادي للجريمة، وخصوصاً في ما يتعلق بتحديد مدى أهمية المعلومات المضللة على قرار الاندماج أو الانقسام أو تغيير الشكل، لاسيما أن النص التشريعي لم يحدد الأشخاص الذين قُدمت إليهم المعلومات المضللة، فيمكن أن يشمل ذلك الأشخاص الذين تم إقناعهم بالمشاركة في العملية وخصوصاً الشركاء في الشركات المعنية بهذه العمليات، أو الذين ينص القانون أو اتفاق الأطراف على الرجوع إليهم من قبل الشركاء قبل اتخاذ قرار من قبيل ما ذكر كمراقبي الحسابات أو مراقبي الحصص العينية أو المحامين والمستشارين الجبائين وغيرهم. وقد أقر المشرع لهذه الجريمة عقاباً معادلاً لعقاب جريمة التحيل، وذلك من منطلق أن العملية تنطوي على خداع على معنى الفصل 291 وما يليه من المجلة الجزائية. غير أنه يلاحظ أن مقدار العقاب المالي لا يتدرج بحسب قيمة الضرر المالي الحاصل عن الجريمة، وبذلك يظل المشرع التونسي وفياً لتقاليد في مجال التجريم إذ يقتصر في الغالب على عقوبات مالية تتمثل في مبالغ ثابتة تقف عند سقف معين ولا تتجاوزها مهما كانت جسامة الضرر الناجم عن الفعل الإجرامي، أو حجم الاستفادة المالية التي حققها الفاعل. ولا شك أن حرص المشرع على مواصلة انتهاج هذه الطريقة في التجريم وضبط العقوبات سيتدعم خاصة بعد تمسك بعض أعضاء المجلس الوطني التأسيسي عند مناقشة مشروع القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ماي 2014 المتعلق بالانتخابات والاستفتاء، بأن ضبط العقوبات المالية على أساس نسبة من قيمة الفائدة المالية أو المبلغ الذي تسلمت عليه الجريمة مخالف للدستور. وفي رأينا فإن الدفع بعدم دستورية مثل هذه النصوص غير وجيه، إذ أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المقرر بالفصل 65 من دستور 27 جانفي 2014 لم يرد بعبارة مكبلة إلى هذا الحد. فقد نص الفصل 65 من الدستور الجديد على أن «تتخذ شكل قوانين عادية النصوص المتعلقة بـ:

... ضبط الجنايات والجنح والعقوبات المنطبقة عليها وكذلك المخالفات المستوجبة لعقوبة سالبة للحرية».

فهذا النص جاء أكثر مرونة من الفصل 34 من دستور غرة جوان 1959 بأن حصر مبدأ الشرعية في الجنح والجنايات والمخالفات الموجبة لعقاب

سالب للحرية، وبذلك منح السلطة الترتيبية جانباً من صلاحية التشريع في مجال المخالفات، كما أن تفويض السلطة التشريعية ضبط العقوبات المنطبقة على هذه الجريمة لم يرتبط بتقييد لصلاحية المشرع في تحديد كيفية ضبط العقوبات بشرط أن لا تكون عشوائية أو مجحفة أو غير قابلة للتحديد المسبق، بما يخالف أحكام الفصل 65 من الدستور والفصل 28 منه الذي يقر وجوب أن تكون العقوبات بنص قانوني سابق الوضع. ونتوقع أن تؤكد المحكمة الدستورية صحة هذه القراءة « المرنّة ».

وتسلط نفس العقوبات البدنية والمالية المشار إليها أعلاه على كل من يحقق إحدى العمليات المذكورة للحصول على مركز مهيم بالسوق الداخلية من شأنه تعطيل السير الطبيعي لقواعد المنافسة أو منعه.

الاندماج والشركات وانقسامها Les fusions et scissions de sociétés

القسم الثاني

خلافًا لتغيير الشكل الذي لا يهم سوى شركة واحدة، فإن الانقسام والاندماج يهتمان شخصين معنويين على الأقل. ذلك أن الأمر يتمثل إما في ضم شركتين لتتكون منهما شركة واحدة، أو في تجزئة شركة واحدة لتتكون منها شركتان فأكثر. وتتميز هذان العمليتان بوحدهما الجوهرية، وتخضعان في مجملهما إلى نفس الأحكام عدا ما تقتضيه الطبيعة الخاصة لكل واحدة منهما، باعتبار أن الانقسام هو عملية اندماج عكسية.

ويعتبر الفقه أن الانقسام والاندماج من حالات الإحالة الكلية للذمة المالية transmission universelle حيث تنتقل الذمة المالية بجميع عناصرها الإيجابية والسلبية من شخص إلى آخر. والصورة التقليدية للإحالة الكلية هي صورة انتقال التركة إلى الورثة بموجب وفاة المورث، لكن القانون التجاري شهد ميلاد تقنية ذات مفعول مماثل⁽¹⁾. وتلتقي هذان العمليتان في أنه يترتب عنهما انحلال دون تصفية، بخلاف عمليات أخرى لا يترتب عنها الانحلال أصلاً (تغيير الشكل) أو تتلو فيها التصفية الإنحلال (حل الشركة أو فسخها - إبطال الشركة)⁽²⁾.

(1) Jacques GHESTIN, Marc BILLIAU et Grégoire LOISEAU: «Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes», (dir. Jacques GHESTIN) éd. LGDJ, Paris 2005, p. 433 et ss. (n° 390 et ss.).

(2) J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, op. cit., p. 439, n° 393.

الشرع الأول

الاندماج والشركات

Les fusions et scissions de sociétés

يتمثل الاندماج في اتحاد شركتين أو أكثر وضم وسائلهما المالية والمادية والبشرية لتتكون من جراء ذلك شركة واحدة تستوعب الذمم المالية للشركات المندمجة بعناصرها الإيجابية (الأصول) والسلبية (الخصوم)⁽¹⁾. ويمكن أن يتم الاندماج إما بتكوين ذات معنوية جديدة تستوعب الشركات المعنية التي تذوب جميعاً فيها، كما يمكن أن يتم باستيعاب شركة لشركة أخرى أو لعدة شركات قائمة.

ولا يستوجب الاندماج تصفية الشركات المعنية به. ويتكون رأس مال الشركة الجديدة من مجموع قيمة الأصول الصافية للشركات المندمجة. أما في صورة الاستيعاب، فإن الشركة المستوعبة يتم ترفيع رأس مالها بما يعادل قيمة الأصول الصافية للشركات التي يتم استيعابها. ويقصد بالأصول الصافية الفارق بين مجموع الأصول ومجموع الخصوم.

الفقرة الأولى: شروط الاندماج

لا يشترط القانون في الاندماج أن يكون لجميع الشركات المعنية نفس الشكل القانوني، لكنه، بالمقابل، يشترط أن تتخذ الشركة التي تنشأ عنه شكل شركة أموال (شركة خفية الاسم أو مقارضة بالأسم أو ذات مسؤولية محدودة). وعليه، فإذا تم الاندماج باستيعاب شركة لشركات أخرى، وكانت الشركة المستوعبة من صنف شركات الأشخاص، وجب أن يتم في نفس الوقت تغيير شكلها لتتحول إلى أحد الأشكال السالف ذكرها.

(1) محكمة الاستئناف بتونس، دائرة وكيل الرئيس الأول برئاسة السيد أحمد الجندوبي، قرار عدد 52676 مؤرخ في 1/16-1999 مجلة القضاء والنشر عدد 9 لعام 2001، ص. 279: «إن اندماج شركتين هو عملية تعاقدية مركبة تبتدئ عادة بإبرام اتفاق مبدئي على ذلك بين مسيري الشركتين ثم تتجسم بإتخاذ الجلسة العامة الاستثنائية للشركة المقرر إدماجها قراراً في قبول الاندماج في الشركة الأخرى وإتخاذ الجلسة العامة الاستثنائية للشركة المراد الاندماج فيها قراراً في قبول إدماج الشركة الأخرى فيها».

وفي صورة اندماج بين شركات تونسية وشركات أجنبية فإنه يشترط لصحة الاندماج أن تكون أغلبية رأس المال في الشركة المستوعبة أو الشركة المنبثقة عن الاندماج بيد أشخاص طبيعيين أو معنويين تونسيين⁽¹⁾.

وقد سكت المشرع التونسي عن مسألة اندماج ذوات معنوية من طبيعة مختلفة كاندماج شركة مع جمعية. ويعتقد الفقه أن هذه العملية غير جائزة بالنظر إلى الاختلاف الكلي في الغايات والأهداف، خاصة أنها قد تكون طريقة ملتوية للإلتفاف على منع إسناد الأموال المشتركة إلى أعضاء الجمعية عبر استيعاب جمعية من قبل شركة⁽²⁾. وبالنسبة للقانون التونسي، يضاف إلى ذلك أن هذا الاندماج يمكن أن يكون سبيلا لتجاوز الشروط المتعلقة بتكوين الجمعيات كما جاء بها المرسوم عدد 88 لسنة 2011 المؤرخ في 24 سبتمبر 2011 المتعلق بتنظيم الجمعيات.

وقد جاء القانون المتعلق بمؤسسات القرض بأحكام خاصة بهذا القطاع الحساس، فاقضى الفصل 10 أن عمليات اندماج مؤسسات القرض تخضع إلى وجوب الترخيص من وزير المالية بعد أخذ رأي محافظ البنك المركزي التونسي. ولم يبين هذا الفصل أن مؤسسات القرض لا يمكن أن تندمج إلا مع مؤسسات مماثلة لها تمارس نفس النشاط.

وبإمكان الشركات التي تكون في حالة تصفية الاندماج مع شركات أخرى بشرط عدم الشروع في تقسيم أصولها بين الشركاء إبان الاندماج. فإن تمّ الشروع في قسمة الأصول بين الشركاء، كان ذلك إيذانا بقرب انتهاء التصفية واقترب الشخصية القانونية من الإضمحلال، بما يتعذر معه دمجها مع شركات أخرى، خصوصا وأن قسمة فاضل التصفية بين الشركاء لا تتم إلا بعد خلاص جميع الديون وبيع جميع الأملاك المتبقية ما لم يتم التوصل إلى تقسيم الأعيان الباقية. أما الشركات الخاضعة لإجراءات إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية فلها الاندماج مع شركات أخرى وذلك بعد حصولها على إذن قضائي

(1) مقابل حرص المشرع التونسي على جنسية الشركة المتولدة عن الاندماج، تحرص التشريعات الأوروبية منذ سنة 2005، وخصوصا القانون الفرنسي منذ تعديل المجلة التجارية بموجب القانون عدد 649 لسنة 2008 المؤرخ في 3 جويلية 2008، على حماية الأجراء في صورة الاندماج العابر للحدود.

(2) Cf., J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU: «Le régime des créances et des dettes», op. cit., p. 445, n° 398.

في إطار ما جاء بالقانون عدد 34 لسنة 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية. ويتطلب إعطاء هذا الإذن التأكد من جدوى الاندماج لإنقاذ المؤسسة ومواصلة نشاطها.

وتحتاج الشركة ذات المساهمة العامة من جهتها إلى الحصول على ترخيص من هيئة السوق المالية لتحقيق اندماجها مع شركات أخرى وإلا عدّ اندماجها باطلا.

وقد اعتبرت هيئة السوق المالية أنه لا يوجد ما يمنع اندماج شركة ذات مساهمة عامة مع شركة غير ذات مساهمة عامة غير أنها أكدت أنه ينبغي لصحة هذه العملية الحصول على ترخيص هيئة السوق المالية، سواء كانت شركة المساهمة العامة هي المستوعبة أم العكس. وإذا كانت الشركة ذات المساهمة العامة مصنفة كذلك بحكم إصدارها لقرض رقاعي فإن الشركة المستوعبة ينبغي في كل الأحوال أن تكون شركة ذات مساهمة عامة وتحمل كافة الالتزامات بالاقتضاح التي ينص عليها القانون⁽¹⁾.

وبالنسبة للشركات المدنية التي لا تنطبق عليها أحكام مجلة الشركات التجارية، الرأي لدينا أنه لا يوجد ما يمنع اندماجها، غير أن هذا الاندماج لا يخضع لأحكام قانونية محددة بل يخضع إلى إرادة الأطراف طبق النظرية العامة للعقود. وكذلك شأن الاندماج بين شركة مدنية وشركة تجارية، والذي يخضع لأحكام مجلة الشركات التجارية.

وبالمقابل، نص الفصل 4-1844.L من المجلة المدنية الفرنسية على أحكام عامة تتعلق بالاندماج، وهي تنطبق بالدرجة الأولى على الشركات المدنية، ويعتبرها الفقه الصيغة «البسيطة أو «البدائية» rudimentaire للاندماج⁽²⁾.

(1) Conseil du Marché Financier, Prise de position, citée dans sont Rapport annuel 2003, pp. 116-117, publié sur http://www.cmf.org.tn/pdf/publication_cmf/rapp_ann/cmf03_fr_rapp.pdf. Cité par Slaheddine MELLOULI et Sami FRIKHA : « Les sociétés commerciales », éd. La Maison du Livre, Tunis 2013, 2è édition, p. 435.

(2) Dominique VIDAL: « Droit des sociétés », éd. LGDJ, Paris 2006, 5è édition, p. 188, § 383.

الفقرة الثانية، إجراءات الاندماج

ينهم من الفصل 413 (فقرة أولى) من مجلة الشركات التجارية أن الاندماج ينبغي أن يكون مسبقاً بدراسة يجريها هيكل التسيير لواقع الشركة وآفاقها المستقبلية وللآثار المتوقعة لعملية الاندماج. وقد اعتبر القضاء الأمريكي في قضية تتعلق باستيعاب شركة «ليوندل» من قبل شركة «بازل» Basell أن من واجب المصيرين دراسة السوق market test بشكل مستفيض للتحقق من جدوى عملية الاندماج ومن أن سعر المبادلة parité d'échange هو أفضل سعر يمكن الحصول عليه. كما ينبغي على هيكل التسيير أن يأخذ الوقت الكافي لدراسة مختلف الجوانب المتعلقة بالعملية وأن يستشير أهل الاختصاص وخاصة المختصين في الأمور المالية والقانونية، وأن يتجنب التسرع. كما على مجلس الإدارة أن لا يركن إلى رأي الرئيس التنفيذي (Chief Executive Officer - CEO) إذ ينبغي عليه أن يتابع العملية والمفاوضات الجارية مع الشركة الراغبة في الاستيعاب وأن يظل على علم بمختلف تطوراتها. فإذا كان المصيرين مستقلين وليست لهم مصلحة في العملية فإن مجرد السهو أو عدم التنبه لا تنشأ عنه مسؤوليتهم الشخصية بخلاف ما إذا كانت لهم مصلحة شخصية فيها، حيث يحمل عليهم عبء الإثبات.

ويلزم الفصل 418 من مجلة الشركات التجارية كل شركة معنية بالاندماج بأن تضع على ذمة الشركاء قبل انعقاد الجلسة الخارقة للمعادة بشهرين الوثائق التالية :

- مشروع الاندماج أو الاستيعاب. ولئن لم يبين المشرع المقصود به فمن الواضح أن المقصود هو تقرير يحorre هيكل التسيير لبيان ظروف الاندماج والغايات العملية المرجوة منه وظروفه وتأثيره على حقوق الشركاء من حيث المردودية المالية ومن حيث التأثير على سلطة القرار في الشركة بعد الاندماج؛
- تقرير مراقب المساهمات (العينية)،
- تقرير مراقب الحسابات إذا كان للشركة مراقب أو مراقبون لحساباتها،
- تقرير التصرف للثلاث سنوات الأخيرة،
- تقارير مجالس الإدارة أو محاضر الجلسات العامة للمساهمين بالنسبة إلى الشركات غير الشركة خفية الاسم لكل شركة معنية بالاندماج،

- القوائم المالية اللازمة لإعلام الشركاء. وينبغي للغرض أن توضع على ذمة الشركاء القوائم المالية للسنوات الأخيرة حتى يتسنى للشريك متابعة تطور وضع الشركة،

- مشروع العقد التأسيسي للشركة الجديدة أو النص الكامل للتحويلات المزمع إدخالها على العقد التأسيسي إذا كانت العملية المراد القيام بها عملية استيعاب،

- العقد التأسيسي لكل واحدة من الشركات التي تشارك في الاندماج،

- عقد الاندماج أو الاستيعاب،

- أسماء المديرين أو مسيري الشركات التي تشارك في الاندماج وألقابهم وجنسية كل واحد منهم. وكذلك الأمر بالنسبة إلى الشركة الجديدة أو المستوعبة.

غير أنه تمت مراعاة بعض الحالات الخاصة، وخصوصاً الحالة التي تكون فيها جميع أسهم الشركة التي سيقع استيعابها أو حصصها ملكاً للشركة المستوعبة، حيث رأى المشرع أن لا جدوى من إدراج البيانات المشار إليها، وأنه يكفي إدراج البيانات التي يعتبرها المصيرين أساسية وأن من المستحسن تذكير الشركاء بها، باعتبار أن الشريك الوحيد (الشركة المستوعبة) يفترض أن يكون على علم بجميع تلك المعلومات بحكم ماله من حق النفاذ إلى جميع المعطيات ووثائق الشركة. ونلاحظ أن هذه الفرضية لا تتحقق إلا بصفة استثنائية باعتبار أن القانون التونسي لا يجيز تكوين شركة شخص واحد من قبل ذات معنوية. وعليه، لا تتحقق هذه الفرضية إلا إذا اجتمعت كافة الأسهم أو الحصص بيد شركة واحدة بصفة عرضية أو في إطار استعداد شركة لاستيعاب أخرى. وبالنظر إلى ما تقدم، فإن المشرع يعني هذه الشركات أيضاً من إعداد التقارير الخاصة بالتصرف وتقارير مراقبي الحسابات ومراقبي الحصص العينية.

ويلاحظ أن القانون الفرنسي منذ تعديل 3 جويلية 2008 ينص على صورة أخرى يتم فيها الإعفاء من إعداد تقرير مراقب الاندماج commissaire à la fusion وهي صورة موافقة جميع الشركاء في كافة الشركات المعنية بالاندماج، وقد اشترط الفصل I-10-236.L. من المجلة التجارية أن تحصل هذه الموافقة قبل بداية الأجل المقرر قانوناً لوجوب إيداع تقرير المراقب، حتى لا يتحول الأمر

إلى طريقة ملتوية لتلافي البطلان الناجم عن عدم إيداعه. واستثنى من إمكانية الإعفاء صورة وجود مساهمات عينية أو امتيازات خاصة.

وبالنسبة للأموال (منقولات أو عقارات) المتأتية من رأس مال الشركات المعنية بالاندماج، فإنه يتم في الأحوال العادية تقديرها من قبل مراقب حصص عينية وفق الإجراءات المعمول بها في تقويم الحصص العينية في الصنف الذي تنتمي إليه الشركة المتولدة عن الاندماج. فإذا كانت مثلاً من صنف الشركات خفية الاسم، وجب تعيين مراقب للحصص العينية بقرار قضائي من بين الخبراء المدلين المختصين.

وبعد إعداد هذه الوثائق والمشاريع، ينبغي أن تنعقد جلسة عامة خارقة للعادة في كلا الشركتين المعنيتين بالاندماج. فالاندماج ليس قراراً أحادي الجانب وهي مسألة مصيرية لا يمكن أن يقرها هيكل التسيير وحده، بل يجب أن يوافق عليها الهيكل ذو السيادة في الشركة طبق أحكام الفصل 429 من مجلة الشركات التجارية. وقد أوضحت محكمة التعقيب في قرار صادر بتاريخ 13 نوفمبر 2008 ما يلي: «تمسكت المعقبة بملكيته لعقار التداعي، ولإثبات ذلك قدمت جملة من المؤيدات تمثلت في عقد إحالة ومحاضر جلسات بموجبه تم إدماج الشركة المعقبة ضدها في الشركة المعقبة وأن هذه الأخيرة أصبحت هي المالكة الوحيدة للعقار موضوع التداعي. [و] من المعلوم أن عملية الإندماج والإحالة بالنسبة للشركات التجارية لا تكون صحيحة وثابتة إلا إذا توفرت فيها الشروط الواردة بالفصل 411 وما بعده من مجلة الشركات التجارية ولذلك جاءت الوثائق المقدمة من المعقبة لدى محكمة الموضوع لا تقوم حجة قانونية على وقوع تلك العملية وهو ما اهتمت إليه محكمة القرار المنتقد عندما اعتبرت أنه لا شيء يفيد صدور قرارات عن الجلسة العامة العادية⁽¹⁾ أو الخارقة للعادة للشركة المعقبة ضدها تقضي بإحالتها واندماجها بالشركة المعقبة أو صدور أحكام قضائية في الغرض. ذلك أن القيام بإجراءات الإشهار والإيداع وحدها مثلما تمسكت به المعقبة لا يكفي لإثبات عملية الإندماج والإحالة... إضافة إلى أن محضر جلسة

(1) نلاحظ أن قرار محكمة التعقيب يشير إلى إمكانية إجراء الاندماج بموجب قرار صادر عن الجلسة العامة العادية، وهو أمر لا يصح قانوناً.

[مجلس] إدارة المعقبة ضدها لم يتضمن أي تنصيب على حل الشركة وإدماجها بالشركة المعقبة⁽²⁾.

الفقرة الثالثة: مسؤولية المسيرين في صورة وقوع أخطاء تقديرية في عملية الاندماج

ضبط فقه القضاء المقارن عدداً من الخطوط التوجيهية التي ينبغي على مسيري الشركات المعنية بمشروع اندماج توخيها لتجنب الإضرار بالشركاء في الشركات المعنية وخصوصاً عبر المساس بحقوقهم ومصالحهم المالية. ويمكن اعتبار واجب الحذر والتحري الالتزام المركزي المحمول على المسير في هذا الإطار. وكل إهمال في دراسة بنود عملية الاندماج وخصوصاً ما يتعلق بوضع الشركاء في الشركات المعنية في إطار الشركة الجديدة يعتبر فعلاً ضاراً يمكن للشركاء القيام على أساسه بدعوى المسؤولية.

ففي قرار «ليوندل I» اعتبرت محكمة دالوير التجارية أن مجرد السهو أو الإهمال يتشكل به خطأ في التسيير خاصة إذا كان يدل على إهمال جلي وواضح، وأن مجرد الحرص على الظهور بمظهر المسير المعتبري بأمور الشركة لا يكفي. ويمكن الاستدلال على الإهمال من توافر أعضاء مجلس الإدارة على الرئيس التنفيذي وتركه يتفاوض مع الشركة المستوعبة والإقتصار على المشاركة في المرحلة الأخيرة التي كانت احتفالية بالأساس واقتصار المجلس على دراسة عملية بهذا الحجم في جلسة لم تستغرق سوى 45 دقيقة⁽²⁾. وفي قضية «ليوندل II»، اعتبرت المحكمة أن عدم تقييد مجلس الإدارة بالواجب المشار إليه يشكل خرقاً لواجب الوفاء والأمانة *duty of loyalty* تجاه الشركة، بما تنشأ به مسؤولية المسيرين تجاه الشركة. أما في قضية «ليوندل III» فقد طلبت مجموعة من المساهمين تغريم المسيرين لفائدتها بسبب إخلالهم بواجب الأمانة والنزاهة والصراحة وتغليب مصالحهم الفردية على مصالح الشركة عند التفويت فيها.

وقد عدلت المحكمة العليا بدالوير في قرارها الصادر 25 مارس 2009 موقفها بالمقارنة مع فقه قضاء «ليوندل I» بأن حصرت مسؤولية المسيرين في

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 30474 بتاريخ 13 نوفمبر 2008، الأخبار القانونية، مبادئ القرارات، ص. 29.

(2) Ryan v. Lyondell Chemical Company, Delaware Chancery Court, July 29, 2008, case No. 3176-VCN.

صورة التفويت في المؤسسة نقدا في صورة ثبوت سوء نيتهم، وذلك في صورة اتخاذ قرار نهائي بالتفويت في المؤسسة دون معارضة أو دعوة إلى التريث من قبل المسير المقام عليه، مع توضيح أنه لا توجد إجراءات معينة أو مضبوطة مسبقا ينبغي إتباعها بل يتم تقييم تصرف المسيرين حالة بحالة بالنظر إلى وقائع كل نازلة على حدة⁽¹⁾.

وبذلك ضبط هذا القرار بعض «الخطوط التوجيهية الأساسية» *guidelines* لتعامل المسيرين مع أمور الشركة، تتمثل في ما يلي:

- * ضرورة الحرص على الحصول على المعلومة حول معاملات الشركة (كعمليات التفويت في المؤسسة) وتوفيرها *stay informed*.
 - * تجنب التواكل وعدم ترك الصلاحيات الفعلية لشخص واحد ولو كان الرئيس المدير العام أو الرئيس التنفيذي للشركة.
 - * الحصول على أقصى عدد ممكن من العروض التنافسية لشراء المؤسسة أو كتلة النفوذ.
 - * تجنب التسرع في اتخاذ القرار.
 - * إبقاء أثر كتابي لمشاريع العقود والقرارات والمداولات، يمكن الرجوع إليه لاحقا.
 - * الحصول على ضمانات إضافية وعدم الإقتصار على الضمانات المقررة آليا بحكم القانون.
 - * الحصول بانتظام على مشورة المختصين وخصوصا رجال القانون وعدم الاتكال على القناعات الشخصية.
- فعدم مراعاة واجب الحرص والتثبت لا يتشكل منه بصفة آلية خرق لواجب حسن النية والتزاه في التسيير ولا تقوم مسؤولية المسيرين إلا في صورة تجاهلهم لواجباتهم قصدا وعن وعي وإدراك. فلا تتوفر عناصر مسؤولية مجلس الإدارة إذا تبين أنه قام بالتفويت في المؤسسة في إطار عملية اندماج بناء على نصائح صادرة من المستشارين الماليين والقانونيين للشركة وطالما أن ظروف الواقعة تبرز أن

(1) Delaware Supreme Court, *Ryan v. Lyondell Chemical Company*, March 25, 2009, [http://courts.delaware.gov/opinions/\(lkdzqemfekuursqvnsrxyr45\)/download.aspx?ID=119350](http://courts.delaware.gov/opinions/(lkdzqemfekuursqvnsrxyr45)/download.aspx?ID=119350).

المسيرين لم يكن بإمكانهم أن يتوقعوا إمكانية بيع المؤسسة بثمن أفضل من الثمن المعروف بالنظر إلى قيمة الشركة الاقتصادية وأفاقها.

وتقدر مسؤولية المسيرين عن الأخطاء التقديرية المرتبكة بمناسبة عملية الاندماج حالة بحالة، بالرجوع إلى المعيار العام، وهو معيار المسير النزيه ورب البيت الحريص والمعتني بأموره. وتراعي المحاكم بوجه خاص قيمة المعاملة وما فات الشركاء من الربح بسبب الإهمال، ومدى وجود مؤشرات على تواطؤ المسيرين أو تواكلهم أو إبطائهم أو تسرعهم المفرط في اتخاذ القرارات، أو تقديم مصالحهم الشخصية على مصالح المساهمين، بما يجعل الإهمال معادلا للعد من حيث الخطورة.

الفقرة الرابعة، آثار الاندماج

خلافا للتصفية، لا يترتب عن الاندماج انقطاع الوجود القانونية للشخص المعنوي، بل يعتبر متواصلا في صيغة أو لباس قانوني وواقع اقتصادي ومالي جديد. ومع ذلك، فقد حرص المشرع بالخصوص على وضع آليات حماية فعالة لحقوق الغير وخاصة منهم الدائنين.

الفقرة الفرعية الأولى: مبدأ تواصل الشخصية القانونية

يترتب عن الاندماج تواصل الشخصية القانونية للشركة، وبالتالي تتحمل الشركة المستوعبة أو المحدثنة بموجب الاندماج المسؤولية عن الالتزامات السابقة للاندماج. وقد اعتبر القضاء الفرنسي أن هذه الشركة تتحمل المسؤولية الجزائية عن الأفعال المخالفة للقانون الجزائي المرتكبة من قب الشركة المشمولة بالاندماج، وذلك بالنظر إلى المبدأ العام للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في القانون الفرنسي⁽¹⁾. وبالمقابل لا تنتقل المسؤولية الجزائية المحمولة على مسيري الشركات المندمجة إلى المسيرين الجدد عملا بمبدأ شخصية الجرائم والعقوبات.

(1) Cass. Crim., 20 juin 2000, *Revue des Sociétés* 2001, p. 851, note I. URBAIN-PARÉLANI ; *Droit des Affaires*, 2001, p. 853, note H. MATSOPOULOU ; *Bulletin Joly*, 2001, p. p. 40, note C. MASCALA ; Cass. Crim., 14 octobre 2003, *Revue des Sociétés* 2004, p. 161, note Bernard BOULOC. Cf., Dominique VIDAL : « *Droit des sociétés* », précité, p. 191, § 391.

الفقرة الفرعية الثانية: حماية حقوق الغير في الاندماج

أوضحت محكمة التعقيب أن أهم آثار الاندماج هو أن « الشركة المندمجة [تتصهر] في الشركة المندمج فيها وتزول شخصيتها المعنوية وتصبح بالتالي الشركة المندمج فيها هي المسؤولة عن ديون الشركة المدمجة وعن علاقاتها التعاقدية»⁽¹⁾.

وتبرز حماية حقوق الغير في عملية الاندماج من خلال إقرار محافظة الدائنين على حقوقهم وعلى الضمانات المحيطة بها، وكذلك من خلال إشهار الاندماج والضمانات الجديدة التي يقع تكوينها، ومن خلال إقرار حق الدائنين في الاعتراض على الاندماج. وفي بعض القوانين المقارنة كالقانون الألماني يجب أيضا إعلام لجنة العمال دون إبطاء، وإن لم توجد هذه اللجنة فإعلام العمال شخصيا بالإعلان عن نية الاندماج مع مدهم بالوثيقة التي تشرح مشروع الاندماج أو مشروع اقتناء كتلة نفوذ في الشركة. ويحق للجنة تقديم ملحوظات كتابية يجب نشرها مع تقرير مجلس الإدارة المعلن حول العملية.

1. مبدأ المحافظة على الحقوق والضمانات السابقة للاندماج

تقر مجلة الشركات التجارية صراحة قاعدة محافظة الدائنين على حقوقهم تجاه الشركات المندمجة المدينة لهم وانتقال الديون والضمانات الموثقة لها إلى الشركة المحدث أو المستوعبة.

ولا يمكن معارضة الدائنين بالاندماج للتفصي من خلاص الديون السابقة له. فالدائن، ولئن لم يكن له الحق في منع إتمام عملية الاندماج، فإن له الحق في التمسك بالحالة السابقة له واعتبار الاندماج كأن لم يكن بالنسبة إلى حقوقه، وبالتالي تتبّع تنفيذ الأحكام الصادرة لفائدته بأداء مبالغ مالية على عناصر الذمة المالية للشركة التي كانت مدينة له بقطع النظر عن مالها بعد الاندماج. ولا تتأثر حقوقه بظهور دائنين آخرين سواء كانوا دائنين للشركات الأخرى التي شملها الاندماج أو الشركة التي تولدت عنه. فهو يحتفظ بمرتبه بين الدائنين القدامى، الذين يتمتعون بوضع قانوني مميز، ويحافظون على جميع التأمينات والضمانات المرتبطة بديونهم.

(1) قرار تعقيبي عدد 23407 مؤرخ في 21 ماي - 2003 نشرية محكمة التعقيب لعام 2003، القسم المدني، الجزء الثاني، ص. 231.

غير أن خلط الذمم المالية للشركات المندمجة يؤدي إلى تعذر فرز المنقولات المثلية التي كانت على ملكها أو ملك بعضها وما تكسبه الشركة في كيانها الجديد، وبالتالي لا يمكن أن تتحقق هذه الأولوية إلا من خلال منح الدائن القديم أفضلية عامة على الدائنين الجدد بوجه عام ودون تمييز.

وبموجب ذلك يتمتع دائنو الشركات المندمجة إزاء الدائنين اللاحقين بحق الأفضلية عن ديونهم الناشئة قبل الاندماج سواء كانت تلك الديون عادية أو ممتازة. والمراد بهذه القاعدة التي جاء بها الفصل 420 من مجلة الشركات التجارية في فقرته الأخيرة هو إحداث مرتبة ممتازة للدائنين القدامى، على عكس ما جاء به الفصل 37 من قانون 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية من إحداث «حق أولوية» priorité لفائدة الدائنين الجدد الذين تنشأ ديونهم بعد انطلاق فترة المراقبة.

وبموجب هذه «الأولوية» أو «الأفضلية»، يكون الدائنون من طبقتين: طبقة أولى تضم الدائنين القدامى بمختلف مراتبهم، وطبقة ثانية تضم الدائنين الجدد بمختلف مراتبهم. وعليه، فإن الدائن القديم مقدّم من حيث المرتبة على الدائن الجديد ولو كان الدين الجديد موثقا بامتياز مدعّم أو بامتياز خاص. ولا يتأخر الدائنون القدامى إلى مرتبة ثانية بالنسبة إلى الدائنين الجدد إلا في صورة تمتع الشركة المتولدة عن الاندماج بإجراءات تسوية قضائية وبالنسبة إلى الدائنين الذين تكون ديونهم ضرورية لمواصلة المؤسسة لنشاطها. وجدير بالملاحظة أن أحكام الاندماج كما وردت في مجلة الشركات التجارية لا تتضمن أي استثناء من قاعدة أولوية الدائنين القدامى، ولو تعلق الأمر بديون العملة أو غيرهم من أصحاب الامتيازات الخاصة أو الامتيازات المدعّمة.

وإذا كانت ديون شركة مندمجة موثقة بكفالة فإن على الكفيل الإعراب صراحة عن إرادته في إحالة كفالته لصالح الشركة المحدث أو المستوعبة أو عدم إحالتها، بعد أن يدعى إلى ذلك بوجه قانوني. فإن رفض مواصلة منح كفالته، فإنه لا يمكن حمله على ذلك، وينقضي التزامه بالضمان تبعا لذلك. وتسري هذه القواعد أيضا على الكفيل العيني (معير الرهن caution réelle). وفي هذه الحالة، يحق للدائنين أن يطالبوا بتأمينات بديلة، وإلا جاز لهم التمسك بطلب خلاص ديونهم حيناً ولو كانت العقود التي نشأت بمقتضاها تمنحهم أجالا أطول من ذلك.

وعلة ذلك أن الكفيل يخاطر بماله وله حق الرجوع على الشركة المكفولة إذا ألزم بأداء الدين. فإذا كانت الشركة المتولدة عن الاندماج أقل ملاءة solvabilité من الشركة المكفولة (المندمجة) فإن حظوظه في استرجاع ما قد يدفعه بموجب الكفالة تنقلص. ولذلك أجاز له المشرع تقادي إئصال كامله أو تقلص ضماناته بأن أباح له التملص من الكفالة في صورة الاندماج. ولذلك ينبغي اعلامه بالاندماج، ويعد سكوته قبولا لا رفضا.

وتطرح هذه الأحكام إشكالا إجرائيا، يتعلق بكيفية إعلام الدائن الكفيل بالاندماج: فهل يكفي أن يتم الإشهار بالطرق القانونية حتى تنطبق عليه قرينة علم الكافة بما يتم إشهاره، أم أنه ينبغي أن يتم إعلامه بصفة فردية؟ ومن هو الطرف المطالب بإعلامه بالاندماج ومطالبته بإبداء موقفه؟

إذا كان واجب الإعلام محمولا على المدين المكفول فإنه لا يمكنه أن يجهل هذا الواجب أو يتجاهله، وإنما يمكنه أن يسهو أو أن يتخلف عن إتمام هذا الإجراء، فيظل الوضع ضبابيا ويظل الكفيل في وضع غامض. لكن الشركة المدينة هي الطرف الوحيد الذي يعلم حتما بالاندماج ولا يمكنه أن يكون جاهلا به باعتباره أحد أطرافه. وبالمقابل فإن الطرف الذي له مصلحة في إعلام الكفيل هو الدائن، الذي يهمه أن يعرف ما إذا كان الكفيل سيواصل التعهد بخلاص الدين أم أنه يفضل التحلل منه، فيسعى عندئذ إلى الحصول على ضمان بديل أو المطالبة بخلاص دينه. وفي غياب إلزام قانوني للشركات بإعلام كافة دائنيها بصفة فردية بقرار الاندماج، تظل حقوق الدائن المستفيد بالكفالة في مهبط ريح رغبات الشركات المندمجة وألاعيب مسيرتها إن لم يكونوا أحسن النية.

أما عقود الشغل المبرمة بين الشركات المندمجة وعملتها (وطاراتها) فتنتقل إلى الشركة المحدث أو المستوعبة، وكذلك الشأن بالنسبة لعقود الإيجار. ويحافظ الأجراء، تبعا لذلك، على نفس الامتيازات والحقوق التي كانت لهم قبل الاندماج. فلا يمكن مثلا الحط من تصنيفهم المهني ولو كان ذلك تحت غطاء إعادة تنظيم الإطار البشري للشركة المتولدة عن الاندماج.

2. حق الدائنين في الاعتراض على الاندماج

مكن الفصل 419 من مجلة الشركات التجارية دائني الشركات المندمجة من الاعتراض على الاندماج وذلك في أجل ثلاثين يوما بداية من إشهار مشروع

الاندماج المصادق عليه. ولرئيس الدائرة التجارية أو رئيس المحكمة الابتدائية أن يقضي إما بالخلاص الفوري للدائنين أو بإعطائهم الضمانات اللازمة أو برفض اعتراضهم إذا لم يكن مبررا قانونا. ويقدر القاضي مدى وجود تهديد جدي لحقوق الدائنين من عدم ذلك من خلال ما يقدم إليه من حجج حول حالة الشركة المعنية بالاندماج وما آل إليه الوضع بعد الاندماج وحجم المديونية العامة للشركة المستوعبة أو المتأية من الاندماج وطبيعة الديون وآجال حلولها والآفاق الاقتصادية للشركة بعد الاندماج، والأغلب أن يستعين في ذلك بأراء الخبراء، ويقرر إلزام الشركة المعنية بأن تقدم لهم ضمانات جديدة بحسب ما يتبين من ملاسبات الحال وقدرة الشركة على تدعيم الضمانات المتوفرة. فيمكنه مثلا أن يلزم الشركة بتقديم كفيل ملى (غير معسر solvable) أو ضمان عند أول طلب أو حتى بتأمين مبلغ ما أو إيداعه تحت يد الغير تحسبا لكل خطر، خصوصا بالنسبة إلى الديون التي اقتربت مواعيد حلولها. فإن رأى أنه توجد تهديدات جدية وأن الوضع المالي للشركة المتولدة عن الاندماج سيكون هشاً وضعيفا، ولم يقع تقديم الضمانات، جاز له أن يأمر الشركة بخلاص جميع الديون السابقة في الحال. كما يمكنه أن يرفض طلب الخلاص أو إضافة الضمانات إذا تبين له أن الشركة الجديدة في وضع مالي مريح لا ينذر بأي خطر جدي⁽¹⁾.

ويقع إشهار الضمانات المقترحة من قبل رئيس الدائرة التجارية أو رئيس المحكمة الابتدائية إذا قبلها الدائنون، وذلك بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبصحيفتين يوميتين إحداهما باللغة العربية.

ويحق لمالكى شهادات الاستثمار وسندات المساهمة وأصحاب الرقاع الاعتراض على الاندماج، بوصفهم دائنين. إلا أنه لا يمكنهم الاعتراض على الاندماج بصفة فردية في صورة مصادقة الجلسة الخاصة لمالكى شهادات الاستثمار أو أصحاب الرقاع وجلسة أصحاب سندات المساهمة على الاندماج، وذلك بالنظر إلى الصبغة الجماعية لديونهم ومصالحهم.

(1) ميروك بن موسى: «حق الاعتراض على قرارات اندماج الشركات التجارية وانقسامها»، أعمال دورة تكوينية حول «مجلة الشركات التجارية»، تونس 12-11 أبريل 2003، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2004، ص. 103.

3. حق الغير في طلب إبطال الإندماج أو التمسك بعدم الإحتجاج به عليه الأصل في القانون أن يمنح القانون الغير الأجنبي عن العقد أو التصرف القانوني بوجه عام الحق في التمسك بعدم مواجهته به إذا كان مبرما في ظروف تدعو إلى الإعتقاد بأنه أبرم لغاية التحايل على حقوق ذلك الغير أو -في غياب نية التحايل- إذا كانت له آثار خطيرة على حقوق ذلك الغير بحيث تهدد بضياها إن أنتج العقد آثاره العادية التي بحث عنها أطرافه، كنقل الملكية ونحوه. ويترب عن عدم الإحتجاج أو عدم المعارضة inopposabilité بقاء العقد نافذا وفاعلا بين أطرافه دون أن يتمكن أي من أطرافه من مجابهة الغير به، فيحق لذلك الغير عندئذ أن يتصرف وكأن العقد لم يوجد أبدا.

غير أن القانون يبيح للغير في بعض الحالات أن يذهب إلى أبعد من ذلك بأن يطلب إبطال العقد annulation ومحوه من الوجود كليا، سواء في ما بين أطرافه أو تجاه الغير. من ذلك أن مجلة الشركات التجارية أباحت لدائن إحدى الشركات المعنية بالإندماج أن يطلب في بعض الصور الحكم ببطالان عملية الإندماج. فقد نص الفصل 425 من مجلة الشركات التجارية على أنه «يمكن ممارسة دعوى بطلان الإندماج من كل شخص طبيعي أو معنوي له مصلحة في ذلك ومن الوزراء المعنيين بشأن الشركات التجارية وتسقط الدعوى بمضي ثلاث سنوات بداية من تاريخ ترسيم الشركة الجديدة بالسجل التجاري أو بداية من التاريخ الذي أصبح فيه الاستيعاب نهائيا وفي كل الحالات بداية من إشهار الإندماج وفق الفصل 16 من هذه المجلة.

ولا يمكن التصريح ببطالان الإندماج إلا للأسباب التالية :

- بطلان مداولة الجلسة التي قررت عملية الإندماج.

- انعدام الإشهار.

- عدم احترام أحكام هذه المجلة والأحكام التشريعية أو الترتيبية الخاصة.

وللمحكمة المتعده بالنظر أن تأذن ولو من تلقاء نفسها بتلافي البطلان ولها أن تمنح أجلا قدره شهران لتسوية الوضعية إن كانت قابلة لذلك ويحكم وجوبا بالإبطال إذا انقضى الأجل ولم تتم التسوية.

وفي الحالة الأخيرة يجب أن يتم إشهار قرار المحكمة الذي أصبح نهائيا بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية ويجريدين يوميتين إحداهما باللغة العربية وفق أحكام الفصل 16 من هذه المجلة.

ولا ينسحب إبطال الاندماج على العقود والالتزامات التي أنشأتها الشركة المحدث أو المستوعبة من تاريخ انبعاثها إلى تاريخ الحكم بإبطالها، وتبقى الشركات المندمجة ومسيرها ملزمين بالتضامن فيما بينهم بالديون والالتزامات المترتبة عنها.

وإذا حكم ببطالان الاندماج فإن الأضرار اللاحقة بالغير أو الشركاء أو الدائنين يتحملها بالتضامن المتسببون في البطلان».

وتبرز دراسة أحكام الإندماج خصوصية الإندماج في صورة ملكية الشركة المستوعبة لكامل رأس مال الشركة محل الاستيعاب. فالفصل 424 من مجلة الشركات التجارية يعفي من بعض الإجراءات عند اندماج شركة مع شركة أخرى يكون رأس مالها بكامله ملكا للشركة المستوعبة. غير أنه يجب في كل الحالات إعداد مشروع إندماج يعرض على الجلسة العامة في كلا الشركتين المعنيتين، وذلك لتوفير معلومات دنيا للشركاء في كل شركة وللإعداد لقراري الجلستين العامتين المعنيتين. فإن لم يقع إعداد مشروع إندماج فإن إجراءات الإندماج تكون مختلة.

غير أن الإشكال يتعلق بمدى جواز تمسك الغير بهذا الإختلال. وقد قضت محكمة الاستئناف بتونس في قضية جبائية بأنه:

«بخصوص منازعة الشركة في عنصر التوظيف المأخوذ من الخسارة غير المبررة على أساس أن الإدارة اطلعت على عقود شراء الأسهم بين الشركة والمساهمين بالشركة التي تم دمجها وسلمت بأن القيمة الحقيقية للشركة التي تم دمجها هي 120.000.000 د وأن هذا شامل لجميع مكتسبات الشركة التي وقع دمجها بما في ذلك التجهيزات والبضائع والأصول التجارية إن وجدت، وبالتالي فإن توظيف الضريبة حول الفارق بين ثمن جميع الأسهم للشركة المدمجة والقيمة التي تم اعتمادها عند الدمج والبالغة 30 ألف دينار ثم تقييم الأصل التجاري تكون الإدارة قد وظفت ثمن الأصل التجاري مرتين.

وخلافا لما ذهبت إليه الشركة بهذا الخصوص فإنه من الثابت أنها المالك لجميع الأسهم بالشركة الواقع دمجها وأنها لم تقم بتحديد القيمة الحقيقية لهذه الأسهم على أساس الأصول الصافية للشركة المدمجة ولم تحترم شروط الإندماج المنصوص عليها بالفصلين 409 و418 من مجلة الشركات التجارية

وأهمها إعداد مشروع الاندماج بعد تقييم أصول الشركات المندمجة على أساس قيمتها الحقيقية وإنه طالما أن الشركة المخالفة هي التي حددت ثمن الأسهم فإن ما ذهبت إليه الإدارة من إدماج لهذه الخسارة باعتبارها غير مبررة في طريقه واتجه إقرار الحكم الابتدائي في هذا الخصوص.

بخصوص منازعة الشركة في إعادة تقييم الأصل التجاري بصفة منفصلة وتوظيف الأداء على القيمة الزائدة العقارية عنه فإنه وخلافا لما ذهبت إليه المستأنفة وطالما أنها لم تحترم الشروط القانونية للاندماج المنصوص عليه أعلاه فإن ما ذهبت إليه الإدارة من تقييم لقيمة السهم على حدة وقيمة الأصل التجاري على حدة ليس فيه أي نوع من ازدواج ضريبي⁽¹⁾.

ويلاحظ في شأن هذا القرار ما يلي:

-أولا: أن إختلال الاندماج لا يمكن التمسك به من أحد الأطراف أو من الغير إلا إذا ترتب عنه البطلان. ومعلوم أن البطلان لا يقرر إلا إذا خلا العمل القانوني من ركن من أركانه أو إذا نص القانون على بطلانه في صورة محددة.

-ثانيا: أن البطلان نوعان: نسبي ومطلق. فالبطلان المطلق يجوز التمسك به من أي كان، بينما لا يمكن التمسك بالبطلان النسبي إلا من الطرف الذي قرره القانون لمصلحته. ففي صورة الغبن مثلا لا يمكن التمسك بالبطلان إلا من قبل الطرف المغبون، فلا يحق للطرف المستفيد من الغبن ولا للغير (الذي ليس طرفا في العقد أصلا) التمسك به.

-ثالثا: أن إدارة الجباية هي غير أجنبي عن عملية الاندماج فلا يحق لها التمسك ببطلان عملية الاندماج إلا إذا اعتراها خلل يهيم النظام العام.

-رابعا: أن المشرع خول التمسك بالبطلان لكل شخص طبيعي أو معنوي له مصلحة في ذلك و«للوزراء المعنيين بشأن الشركات التجارية» (الفصل 425)، وهي عبارة فضفاضة وغير بيّنة الملامح باعتبار أنه لا يوجد وزير معني بشأن الشركات التجارية، ولا توجد «سلطة إشراف» أو وزارة قطاعية بالمعنى المألوف بالنسبة للشركات التجارية، باعتبار أنه لا يمكن اعتبار أن وزير العدل

(1) قرار استئنافي جبائي صادر عن محكمة الاستئناف بتونس عدد 60088 بتاريخ 12 مارس 2008، مجلة الأخبار القانونية، عدد 57/56، نوفمبر 2008، ص. 10. ونلاحظ أن مصطلح «ازدواج ضريبي» ورد في غير محله، وإنما المراد هو أنه لا وجود لمساس بمبدأ العدالة الجبائية لمدم وجود إلتزام جبائي مضاعف.

أو وزير التجارة مشرفان على أمور الشركات التجارية. غير أنه يفهم بربط أحكام هذا الفصل بالفصل 409 أن وزير المالية يحق له التمسك ببطلان الاندماج إذا أثبت أنه أنجز لغايات جبائية. ومعلوم أن الاندماج تكون له آثار جبائية هامة إذا وقع بين شركة حققت أرباحا هامة وأخرى لها خسائر هامة، إذ يؤدي إلى ابتلاع أرباح شركة بخسائر أخرى، وبالتالي التفصي من دفع الأداءات. فوزير المالية أو مصالح الجباية لا يحق لهما التمسك ببطلان الاندماج إلا بإثبات أن الغاية الرئيسية من الاندماج تتمثل في التهرب من الأداءات كما تقدم شرحه. أما التمسك بخلل إجرائي فهو غير كاف بذاته للدلالة على المقاصد الجبائية للعملية، وبالتالي لا يفتح باب طلب التصريح بالبطلان لإدارة الجباية، سواء كان ذلك بوجه الدعوى أو بوجه الدفع بالبطلان.

وفي هذا الصدد يلاحظ الفقه أن نسبة كبيرة من عمليات الاندماج يؤدي إلى مثل هذه النتيجة، ولا يعتبرها غاية غير مشروعة. بل أكثر من ذلك فقد أصدر الاتحاد الأوروبي توصية بتاريخ 23 جويلية 1990 بهدف وضع نظام جبائي مخفف للشركات التي تُقرر الاندماج إذا كانت لها قيمة زائدة «كامنة» plus-values latentes ذات بال. غير أن هذه الأحكام التي تم إدخالها في القوانين الوطنية طبق الإجراءات الدستورية الداخلية تكون أقل فائدة بالنسبة للشركات التي لها خسائر منقولة من السنوات المالية السابقة⁽²⁾.

-خامسا: أن المشرع قرر بطلان الاندماج في صورة محددة وردت بالفصل 425 من مجلة الشركات التجارية، وهذا لا يعني أن جميع الأطراف المذكورين بالفقرة الأولى من الفصل 425 المذكور يمكنهم التمسك بجميع صور البطلان بصفة آلية، بل يجب على كل واحد منهم إثبات أن له مصلحة شرعية في طلب البطلان بناء على ذلك السند وفق ما اشترطه الفصل 425 في فقرته الأولى والفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية. فوزير المالية ومصالح الجباية الراجعة لإشرافه من حقهما التمسك ببطلان الاندماج الواقع لغايات التهرب الجبائي لكن لا مصلحة شرعية له في التمسك ببطلانه لمخالفة قانون المنافسة مثلا. والعكس بالنسبة لوزير التجارة.

(1) Dominique VIDAL : « Droit des sociétés », op. cit., p. 189, § 387.

4. إشهار الاندماج

يعتبر الإشهار إجراءً حائثاً بما أنه يهدف إلى تعريف الغير بأحوال الشركة وما يطرأ عليها من تغيير. وتعتبر حماية الغير إحدى الأولويات الكبرى لقانون الشركات بوجه عام، وهي تهدف خصوصاً إلى منع التلاعب بحقوق الدائنين الحاليين والمحتملين والمتعاملين مع الشركة والأجراء⁽¹⁾. وقد جاء بالفصل 423 من مجلة الشركات التجارية أن الاندماج يعفى من الإشهار الخاص بالأصل التجاري، بحيث يقع الاكتفاء بالإشهار المنصوص عليه بالفصل 16 من نفس المجلة، وهو المتعلق بإشهار عملية الاندماج في ذاتها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية خلال الشهر الموالي لترسيمها بالسجل التجاري. وبذلك يعتبر المشرع أنه إذا كانت إحدى الشركات المعنية بالاندماج مالكة لأصل تجاري أو أكثر، فإن إشهار عملية الاندماج يغني عن الإشهارات الخاصة بالعمليات المتعلقة بالأصل التجاري كما نصت عليها المجلة التجارية. ويعتبر المشرع بالتالي أن المعطيات التي يوفرها الإشهار المنصوص عليه بمجلة الشركات التجارية كافية لإرشاد الغير وخصوصاً الدائنين وأصحاب الحقوق العينية على الأصل التجاري أو المرتبطة به (وحتى المساهمين) حول حقيقة ما تغير في وضعية الشركة تعادل أو تفوق ما يتوفر من معلومات ومن إمكانية النفاذ إلى تلك المعلومات لكافة الأشخاص المذكورين دون استثناء. ويفسر ذلك خصوصاً بأن عملية الإشهار تقتضي أيضاً إيداع العقود لدى إدارة السجل التجاري وهو ما يتيح لكل معني أن يطلع عليها إن كانت له صفة تبرر ذلك.

ويجب أيضاً أن يقع إشهار الضمانات والتأمينات الجديدة التي تعطى للدائنين القدامى بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبصحيفتين يوميتين صادرتين بالبلاد التونسية إحداهما باللغة العربية. كما يجب أن يتم إشهار التأمينات العينية الجديدة طبق الإجراءات والصيغ الخاصة بها بحسب نوعها. فالرهون العقارية يجب أن ترسم بدفتر الملكية العقارية، والرهون الموظفة على الأصول التجارية يجب أن يتم إشهارها بسجل الرهون والامتيازات على البطاقات الرمادية للعربات البرية ذات المحرك يقع إشهارها بسجلات إدارة النقل البري.

(1) يراجع الفصل 44 من الاتفاقية المتعلقة بتسيير الاتحاد الأوروبي الذي يوجب على السلطة التشريعية الأوروبية أن تراعي عند سنّ النصوص المتعلقة بالشركات مقتضيات التنسيق لتحقيق التوازن بين الضمانات الممنوحة في الدول الأعضاء لحماية حقوق الشركاء والغير.

الفقرة الخامسة: جزاء عدم احترام موجبات الاندماج

بالنظر إلى الصبغة العقدية لعملية الاندماج، فإن الجزء الطبيعي الذي يمكن أن يترتب عن الإخلال بالموجبات القانونية المتوجب احترامها يتمثل في البطلان.

الفقرة الفرعية الأولى: حق طلب التصريح بالبطلان

تخضع دعوى بطلان الاندماج إلى الأحكام العامة لدعاوى البطلان، عدا ما ورد به نص خاص بمجلة الشركات التجارية. وباعتبار أن بطلان الاندماج يمكن أن ينجم عن خلل يمس بحقوق خاصة بأشخاص معينين، كما يمكن أن يمس بالنظام العام الاقتصادي، فقد خول الفصل 425 من مجلة الشركات التجارية حق طلب التصريح بالبطلان لـ:

- كل شخص طبيعي أو معنوي له مصلحة في ذلك،
- الوزراء المعنيين بشأن الشركات التجارية، وخصوصاً الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتجارة والوزير المكلف بالصناعة، كل في مجال اختصاصه. ومنطقياً لا يمكن للوزير أن يتدخل إلا في المسائل التي تهم المصلحة العامة، وهي مناط مصلحته في القيام. فلا يعقل مثلاً أن يطلب الوزير المكلف بالتجارة التصريح ببطلان عملية اندماج أو انقسام بسبب عدم توفر النصاب أو الأغلبية اللازمين لاتخاذ قرار الجلسة العامة، باعتبار أن الحماية هنا تهم الشركاء، وإنما يجوز له طلب البطلان كلما مست العملية بالنظام العام الاقتصادي كالتأثير غير المشروع على قواعد المنافسة التزهية.

الفقرة الفرعية الثانية: تقادم دعوى البطلان

يسقط حق طلب التصريح بالبطلان بمضي ثلاث سنوات من تاريخ ترسيم الشركة الجديدة بالسجل التجاري أو بداية من التاريخ الذي أصبح فيه الاستيعاب نهائياً، وفي كل الأحوال بداية من إتمام أعمال الإشهار وفقاً للفصل 16 من مجلة الشركات التجارية⁽¹⁾ وهو أجل طويل بالمقارنة مع ما تفرقه القوانين الحديثة

(1) توخت التشريعات الأوروبية توجهاً عاماً نحو الحد من إمكانية إبطال اندماج الشركات. فعملاً بالترتيب Règlement الأوروبي عدد 2005/56/CE المؤرخ في 26 أكتوبر 2005، تم تعديل الفصل 31-33 L. من المجلة التجارية الفرنسية فأصبحت فقرته الثانية تنص على ما يلي: « La nullité d'une fusion transfrontalière ne peut pas être prononcée après la prise d'effet de l'opération »

التي نزلت بهذا الأجل إلى ستة أشهر⁽¹⁾. وتنقضى دعوى البطلان بتسوية الوضعية طالما لم يقع الحسم في القضية، في ما عدا صورة عدم مشروعية سبب العملية حيث يكون البطلان من صنف البطلان المطلق الذي يختلف الفقهاء حول كونه لا يتقادم مطلقا أو يتقادم بالأجل الطويل المقرر بالفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود وقدره 15 عاما.

الفقرة الفرعية الثالثة: حالات البطلان

يمكن تصنيف أسباب البطلان إلى صنفين :

1. الصنف الأول من حالات البطلان : بطلان مداولة الجلسة العامة لاختلال النصاب والأغلبية

ويتعلق الأمر بالمبطلات الشكلية أي ما يتعلق بالشروط الشكلية لانعقاد الجلسة العامة، وتحديدًا عدم توفر النصاب والأغلبية اللازمين بحكم القانون أو العقد التأسيسي لاتخاذ القرارات الخارقة للعادة وخاصة منها قرار الاندماج، وغياب الإشهار القانوني للاندماج أو اختلاله، وكذلك صورة عدم احترام الأحكام القانونية المنظمة للاندماج كما وردت في مجلة الشركات التجارية، كعدم إتمام الإجراءات التحضيرية وخاصة منها إعداد الوثائق اللازمة لإنارة الشركاء ودعوتهم طبق القانون لحضور الجلسة العامة التي ستعقد في المصادقة على مشروع الاندماج.

وبطلان المقرر في هذه الأحوال هو بطلان نسبي لا يهم النظام العام، لأن الضرر المترتب عنه محدود، وهو يهم أشخاصا محددين، ولذلك خول القانون للمحكمة أن تمنح أجلا لتداركه وتلافي سببه على أن لا يتجاوز هذا الأجل شهرين من تاريخ الحكم التحضيري الذي يقرر التصحيح، وذلك بشرط أن يتعلق الأمر بخلل قابل للتدارك. ويمضي الأجل المذكور، يصبح الحكم بالبطلان متحتمًا إن لم تقع التسوية. ويقع إشهار الحكم القاضي بالبطلان بنفس الصيغ التي تم بها إشهار الاندماج احترامًا لمبدأ توازي الصيغ والأشكال.

على أن أثر هذا البطلان لا يمتد إلى العقود والمعاملات التي أبرمتها الشركة المتولدة عن الاندماج خلال فترة وجودها، وتبقى الشركات المشاركة في عملية الاندماج ومسيريها ملزمين بالتضامن بينهم في أداء ما نجم عنها من ديون

(1) الفصل 6-235 L. من المجلة التجارية الفرنسية.

والالتزامات. كما يتحمل المسيرون الذين تسببوا في البطلان التزاما بالتعويض لكل من لحقه ضرر من جراء البطلان، من الشركاء ومن الغير.

2. الصنف الثاني من حالات البطلان : البطلان لعدم مشروعية السبب

يشمل الصنف الثاني من صور البطلان حالة واحدة، هي حالة البطلان لعدم مشروعية السبب، وذلك إذا أدى الاندماج إلى خرق قواعد المنافسة التزيهية، بأن نشأ عنه اتفاق غير مشروع أو تركيز أفقي أو عمودي أو خلق موقع هيمنة في السوق. وتخضع دعوى البطلان إلى أحكام قانون 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار. والملاحظ أن مجلة الشركات التجارية لم تصرح ببطلان الاندماج إن أنجز لغاية التهرب من الأداءات والضرائب. ويفهم مع ذلك أن هذا الاندماج يكون بدوره باطلا لعدم مشروعية سببه، وذلك عملا بأحكام الفصلين 67 و325 من مجلة الالتزامات والعقود. ويكون المسيرون في هذه الحالة مسؤولين بالتضامن مع الشركة وتحملون المسؤولية بصفة شخصية⁽¹⁾.

ويقضي القانون الألماني أنه إذا إنجر عن الاندماج امتلاك أحد المساهمين أو مجموعة متحالفة من بينهم لنسبة 95 % من رأس مال الشركة المتولدة عن الاندماج، يحق لهذه الأغلبية أن تجبر الأقلية المالكة للباقي على أن تبيعها أسهمها (squeeze out). وهذا ما لا نجد له نظيرا في القانون التونسي، احترامًا لحق الملكية.

الشرع الثاني

انقسام الشركات

La scission des sociétés / Split of companies

على عكس الاندماج، فإن الانقسام مبدؤه شركة واحدة ومنتهاه شركتان فأكثر. فهو الرحيل من الوحدة إلى التعدد، حال أن الاندماج ارتدادًا من التعدد إلى الوحدة. فالانقسام هو تفكيك ذات معنوية واحدة إلى عدة ذوات معنوية لتحقيق إحدى الغايات المنصوص عليها بالفصل 409 من مجلة الشركات

(1) Marc HENZELIN: «La responsabilité solidaire de l'entreprise et du dirigeant d'entreprise en droit des cartels et de la concurrence déloyale», in «La responsabilité pénale du fait d'autrui», Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, Lausanne 2002, p. 173-206.

التجارية. ونظرا إلى هذا التماثل في الجوهر، فإن الانقسام يخضع إلى القواعد المنظمة للاندماج عدا ما ورد به نص خاص.

ولست مجلة الشركات التجارية أول نص تشريعي يشير إلى مفهوم "الانقسام" فقد سبقها إلى ذلك مثلا القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في أول فيفري 1989 المتعلق بالمساهمات والمنشآت العمومية الذي خصص العنوان الثالث منه لإعادة هيكلة المنشآت ذات المساهمات العمومية وأشار إلى المفهوم باستعمال مصطلح آخر وهو «الانفصال»، كما أشار إلى مفهوم مجاور له وهو «التفويت في عنصر من مكونات الأصول» الذي سمته مجلة الشركات التجارية «الإحالة الجزئية للأصول»، وأشار أيضا إلى مفهوم الاندماج وسمّاه «الضم»⁽¹⁾. فقد نص الفصل 24 من هذا القانون على إحداث لجنة تطهير وإعادة هيكلة المنشآت ذات المساهمات العمومية، التي تتمثل دورها في إيداء الرأي بخصوص عمليات إعادة الهيكلة الآتي بيانها:

- التفويت أو تبادل الأسهم أو السندات التي تملكها الدولة؛

- اندماج أو ضم أو انفصال المنشآت التي تملك الدولة فيها مساهمة مباشرة في رأس مالها.

- التفويت في كل عنصر من مكونات الأصول من شأنه أن يستعمل كوحدة استغلال مستقلة في منشأة تملك الدولة فيها مساهمة مباشرة في رأس مالها.

ويحصل الانقسام بواسطة تقاسم عناصر الذمة المالية للشركة المنقسمة بين الشركات الوليدة. فالانقسام هو عملية تقاسم أموال أو ذمم مالية، وليس بالضرورة انفصال أشخاص، فيمكن أن تتولد عنه شركتان أو أكثر بنفس الشركاء الأصليين في كافة الشركات الوليدة، فيكون عندها صيغة لإعادة تنظيم النشاط. وقد يكون الانقسام بإحداث شركات جديدة مع تفرق الشركاء الأصليين بينها.

ويمكن أن يكون الانقسام كلياً، فيؤدي إلى اندثار الشركة الأصلية، كما يمكن أن يكون جزئياً، فيؤدي إلى بقائها مع إحداث شركة أو شركات أخرى

(1) أنظر أيضا الفصل 33 من نفس القانون الذي يتحدث عن «الانفصال» و«التفويت في مكونات الأصول التي يمكن استعمالها كوحدة استغلال مستقلة» cession d'éléments d'actifs susceptibles de constituer une unité d'exploitation autonome و«الضم». وأنظر أيضا الفصل 33-ثانيا المضاف بموجب تنقيح أول أوت 1994 بموجب القانون عدد 102 لسنة 1994.

إلى جانبها. وفي هذه الصورة يتماهى الانقسام مع الإحالة الجزئية للأصول ومع عمليات المساهمة العينية في الشركات.

ولا تقبل الانقسام سوى شركات الأموال، أي الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات الأسهم. فلا يمكن أن يشمل الانقسام شركة من شركات الأشخاص. ومؤدى ذلك أن شركة الأشخاص يجب عليها أن تقوم أولا بعملية تغيير الشكل أو التصفية قبل أن تندمج مع غيرها. غير أن غموض الإطار القانوني للمساهمة الجزئية بالأصول قد يفتح الباب أمام تجاوز هذا الحاجز باللجوء إلى هذه التقنية القانونية للوصول إلى نفس النتيجة.

ويجب أن يكون قد وقع تحرير كامل رأس مال الشركة قبل انقسامها. لكن إذا لم يكن رأس المال محررا بالكامل، يمكن للشركاء عقد جلسة عامة خارقة للعادة يتم فيها تخفيض رأس المال ليعادل المبلغ المحرر ثم اتخاذ قرار ثان بانقسام الشركة.

الفقرة الأولى: إجراءات الانقسام

الأصل في الانقسام أن يكون قرارا إراديا تصدره هيكل الشركة لأسباب يراها الشركاء وجيهة وخصوصا لتطوير النشاط أو لمجابهة ظرف ما، وخصوصا إما لوضع حد لنزاعات وخصومات، أو بنية التحول من نظام الشركة الواحدة إلى نظام تجمع الشركات بإحداث شركة أو شركات فرعية filialisation (الفقرة الفرعية الأولى). غير أنه وبالنظر إلى تنامي الممارسات المخلة بالمنافسة والتي تؤول إلى السيطرة على بعض الأسواق من قبل بعض الشركات ذات السياسات التجارية الشرسة، اعتبر القضاء الأمريكي على وجه الخصوص أنه يدخل في اختصاصه وضع حد لنزاعات الهيمنة على الأسواق من خلال الحكم بانسقام الشركات المعنية (الفقرة الفرعية الثانية).

الفقرة الفرعية الأولى: الانقسام الطوعي

على غرار الاندماج، يسبق عملية الانقسام عدد من الإجراءات التحضيرية. وتبدأ هذه الأعمال التحضيرية بإعداد تصور أولي لعملية الانقسام وكيفية تجسيمها، يقع عرضه على هيئة التسيير (مجلس إدارة، هيئة إدارة جماعية)، ثم يتم على ضوءه تكليف مراقب الحسابات -الذي يصبح في هذا الإطار مراقب مساهمات عينية- بإعداد تقرير يتضمن تقديرا للعناصر الأصول والخصوم المكونة

للدَّعة المالية للشركة، تحت مسؤوليته الخاصة. وإثر ذلك، يتولى المديرون إعداد مشروع قرار في الانقسام، يتضمن وجوب البيانات والعناصر التالية:

- الأسباب الداعية إلى الانقسام، والأهداف الاقتصادية والاجتماعية والمالية والتقنية التي يرجى تحقيقها من وراء الانقسام،
- الاسم التجاري والمقر والشكل القانوني وجنسية كل واحدة من الشركات التي ستولد عن الانقسام،
- أسماء المديرين الذين سيتولون إدارة الشركات التي ستولد عن الانقسام،

- قيمة الأصول والخصوم التي ستحال إلى كل واحدة من الشركات التي ستنشأ عن الانقسام مع بيان طريقة تقديرها،

- ضبط نسب الحصص أو الأسهم التي ترجع إلى الشركة إذا كان الانقسام جزئياً أو التي ترجع للشركاء إذا كان الانقسام كلياً،

- تحديد نسب المبادلة، أي عدد الحصص أو الأسهم الجديدة المقابلة لكل سهم أو حصة في الشركة المنقسمة، مع بيان الطريقة التي اعتمدت لضبط نسب المبادلة *parités d'échange* وأسباب اختيارها دون غيرها؛

- قوائم في توزيع العملة على الشركات التي ستنشأ عن الانقسام. ومن المفروض أن تقع مراجعة الهياكل الممثلة للعملة قبل ضبط هذه القوائم رغم أن مجلة الشركات التجارية لا تنص على ذلك.

ويتولى مديرو الشركة إثر ذلك دعوة الجلسة العامة الخارقة للعادة للانقسام، مع تمكين الشركاء من الإطلاع مسبقاً على تقرير مراقب الحسابات. كما تتضمن الدعوة لحضور الجلسة العامة بياناً للغرض من عقدتها ومشاريع القرارات المتخذة.

ولدى نظرها في مشاريع القرارات المعروضة عليها، تنظر الجلسة العامة في تقرير مراقب المساهمات العينية وتقرر المصادقة على التقديرات الواردة به أو رفضها أو تعديلها. ويقع النظر في هذه التقديرات بعد أن تقرر الجلسة العامة مبدأ المصادقة على قرار الانقسام في حد ذاته. فإن قررت الانقسام ورفضت تقديرات المراقب، وجب تعيين مراقب جديد للحصص العينية ووجب عقد جلسة ثانية للمصادقة على التقرير الجديد.

الفقرة الفرعية الثانية: الانقسام القسري (القهري)

مثلت قضية «مايكروسوفت» *Microsoft* حدثاً مميزاً في تاريخ قوانين المنافسة، حيث أصدر القضاء الأمريكي حكماً ابتدائياً يقضي بانقسام الشركة لمنع سيطرتها الكلية على سوق البرمجيات المعلوماتية، غير أن هذا الحكم وقع نقضه في الاستئناف قبل أن يتم إبرام صلح بين الإدارة (9 ولايات أمريكية) والشركة⁽¹⁾. وقد استند القاضي «جاكسون» إلى فقه قضاء قضية «ستاندرد أويل» التي تمثل الحالة المرجعية في هذا المجال، حيث أصدرت المحكمة العليا سنة 1911 حكماً يقضي بحل شركة ستاندرد أويل البترولية التي يهيمن عليها رجل الأعمال «جون روكفيلر»، وذلك بالنظر إلى ممارساتها الاحتكارية في مجال تجارة النفط المصفى، وبالتبعية في مجال النفط الخام⁽²⁾. واعتبر القاضي جاكسون في قضية «مايكروسوفت» أن الشركة «غير جدية بالثقة». وأنها «منظمة بشكل يجعلها لا

(1) حكم بتاريخ 7 جوان 2000، صادر عن القاضي «توماس بنفيلد جاكسون» بناء على دعوى رفعتها وزارة العدل الأمريكية من أجل التعسف في استعمال وضيعة هيمنة بالسوق وتعطيل حرية المنافسة والمساس بمصلحة المستهلكين، وذلك بعد أن أصدرت الشركة منتجها التقليدي *Microsoft Office* مع إضافة محرك البحث على الإنترنت *Internet Explorer* كأحد مكوناته، حيث اعتبر القاضي أنه يجب على الشركة أن تفصل هذا المكون الجديد عن المنتج التقليدي.

United States v. Microsoft Corporation 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001): "Most harmful of all is the message that Microsoft's actions have conveyed to every enterprise with the potential to innovate in the computer industry. Through its conduct toward Netscape, IBM, Compaq, Intel, and others, Microsoft has demonstrated that it will use its prodigious market power and immense profits to harm any firm that insists on pursuing initiatives that could intensify competition against one of Microsoft's core products. In hurting such companies and stifling innovation deters investment in technologies and businesses that exhibit the potential to threaten Microsoft. The ultimate result is that some innovations that would truly benefit consumers never occur for the sole reason that they do not coincide with Microsoft's self-interest".

لكن في 12 نوفمبر 2002، تم نقض هذا الحكم من قبل محكمة الاستئناف بدائرة كولومبيا بالاجماع رغم معارضة خروقات لقانون المنافسة، مع إلزام الشركة بتعيين «مدوب الامثال» *compliance officer* الذي يمثل دوره في متابعة تنفيذ الحكم والتحقق من مدى احترام الشركة له في خصوص الاحتياطات الواجب اتخاذها حتى تصبح ممارساتها التجارية مطابقة لقانون المنافسة (قضية عدد 98-1232 CKK، منشور بـ: <http://www.justice.gov/atr/cases/f200400/200457.pdf>).

(2) *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States: U.S. Supreme Court, 15 May 1911, 221 U.S. 1 (1911), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/*

الفقرة الثانية، حماية الغير في إطار الانقسام

أفرز التطبيق في مختلف البلدان العالم مخاطر مشتركة، وأهمها على الإطلاق استعمال الانقسام كتقنية للتحويل على حقوق الدائنين وذلك عبر قسمة الذمة المالية للشركة بين شركتين فأكثر، على أن يحال إلى إحداها جزء يسير من الأصول أو أصول في حالة مادية أو قانونية متدهورة، مقابل جزء هام من الديون، وهو ما يضعف حظوظ الدائن في استخلاص دينه من الشركة المتولدة عن الانقسام إذا لم يقع إقرار مبدل التضامن أو وحدة الذمة المالية للشركة الأصلية في حدود ما يجب لخلاص الديون السابقة للانقسام.

فتفي اليابان مثلا، جابه فقه القضاء عدة إشكاليات في ما يتعلق بحماية الدائنين في صورة الانقسام، فسمح للدائن بالقيام بدعاوى للتصدي للأعمال التحيلية بما في ذلك حق طلب إبطالها أو استبعاد آثارها بناء على أحكام الفصل 424 من القانون المدني⁽¹⁾. ثم تدخل المشرع فعذل قانون الشركات في 20 جوان 2014 بأحكام تدخل حيز التنفيذ في غرة أبريل 2015، وهذا التعديل يشمل عدة جوانب منها تدعيم حماية دائني الشركة المنقسمة، وذلك بإقرار حق الدائنين في استخلاص ديونهم السابقة للانقسام من الشركات المتولدة عن الانقسام في حدود قيمة الأصول المحالة إليها بموجب الانقسام، بشرط أن تكون الشركة المنقسمة على علم بإمكانية الإضرار بدائنيها بسبب الانقسام. كما وسع هذا القانون من حق الدائنين المجهولين لدى الشركة المنقسمة في المطالبة بخلاص ديونهم من الشركة المنقسمة والشركات الجديدة المتولدة عن الانقسام.

وبوجه عام، تتجسم حماية الغير في إطار الانقسام في إقرار مبدل احتفاظ الدائنين بنفس الحقوق والضمانات التي كانت لهم قبل الانقسام، وذلك بالنظر

(1) The NewCo case: the Supreme Court of Japan, 12 October 2012: «In case of the incorporation-type company split, the creditors who may not raise an objection to the company split (under the Companies Act) because the splitting company's obligation regarding their claims is not transferred to the corporation incorporated through company split may rescind the incorporation-type company split through exercising the right to rescind fraudulent act. Thus, to the extent it is necessary to preserve its claim, the effect of transfer of the rights to the corporation incorporated through company split can be negated». -See: Rika SATO: «When is a company split a fraudulent act?», <http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=fa8b5e25-d2a8-4bc7-a040-b9c157249268>, December 21 2012.

تقبل فكرة أنها مخالفة للقانون وأنه أصبح من المتعين تبعا لذلك فرض "معالجة ميكليّة" *structural remedy* لهذه الوضعية، وهو القضاء بانقسامها الإلزامي.

وفي سنة 2014، وقع القيام بإجراءات رسمية في أوروبا بهدف فرض انقسام شركة «قول» *Google* لإيقاف سيطرتها الكلية على سوق محركات البحث. فقد أصدر البرلمان الأوروبي بتاريخ 27 نوفمبر 2014 توصية إلى المفوضية الأوروبية لاتخاذ القرارات اللازمة لضمان حسن تطبيق قواعد المنافسة في السوق التجارية المرتبطة بمحركات البحث⁽¹⁾. ومع أن هذه التوصية لم تذكر شركة «قول» بالاسم فإن ملاسبات طرح القضية والتصويت بالبرلمان الأوروبي تؤكد دون ريب أن هذه الشركة هي المعنية وأن جوهر التوصية هو أن يتم فصل أنشطة الاقتصادية عن الشركة التي تعرض خدمات محرك البحث «قول». ويهدف هذا التصويت إلى إلزام الشركة بفصل الإشهار عبر الانترنت عن محرك البحث⁽²⁾، وذلك بالنظر إلى أهمية سوق محركات البحث باعتبار أن أرباحها يمكن أن تصل إلى 260 مليار مع إحداث 3 ملايين موطن شغل في أوروبا حسب ما ورد في دياجة التوصية. وبالنظر إلى غياب الصبغة التشريعية عن هذا التصويت فإن أثره الوحيد يتمثل في الضغط على المفوضية الأوروبية حتى تتخذ الإجراءات اللازمة لتجسيماها.

(1) Résolution du Parlement européen du 27 novembre 2014 sur le renforcement des droits des consommateurs au sein du marché unique numérique (20142973/(RSP)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-20140++0071-DOC+XML+V0//FR&language=FR>: « Le Parlement européen, ...9. insiste sur la nécessité de garantir des conditions égales aux entreprises actives sur le marché unique numérique de manière à leur permettre de soutenir la concurrence; invite dès lors la Commission à faire appliquer correctement les règles de concurrence de l'Union afin de prévenir une concentration excessive du marché et l'abus de position dominante, et à surveiller la concurrence en ce qui concerne les contenus et les services groupés; ... 16. invite, en outre, la Commission à prendre rapidement les mesures qui s'imposent pour examiner les solutions envisageables afin de parvenir à une structure de recherche sur l'internet qui soit ouverte, équilibrée et équitable ».

(2) «Le Parlement Européen vote une résolution pour le démantèlement de Google», Publié par GUILLAUME BELFIORE le jeudi 27 novembre 2014, <http://proclubic.com/technologie-et-politique/actualite-741773-parlement-europeen-vote-scission-google.html>

إلى ما قرره الفصل 431 من مجلة الشركات التجارية من تضامن الشركات المتولدة عن الانقسام في أداء الديون السابقة له، بحيث تُضمّ ذممها المالية لتشكل ضمانا عاما للدائن. ويشمل هذا التضامن الديون التي حلت في تاريخ الانقسام ولم يقع خلاصها، وتلك التي لم تحل بعد. وتستمر هذه المسؤولية التضامنية إلى تاريخ إشهار الانقسام طبق القانون، احتراما لنظرية الظاهر وحماية لحسن النية وحثا للشركات على أن تكون أوضاعها شفافة من خلال اتمام موجبات الإشهار.

وقد طرحت مسألة التضامن وأوجه حماية حقوق الدائن في صورة الانقسام أمام محكمة التعقيب في قضية تتعلق بشركة عقارية كانت موضوع انقسام جزئي آل إلى إحداث شركة جديدة إلى جانب الشركة الأصلية. ولما كانت الشركة المنقسمة قد أسندت رهنا على بعض عقاراتها إلى مؤسسة بنكية فقد أبرم معها البنك بعد الانقسام كتابا تضمن أن البنك يقر بأنه على علم بعملية الانقسام. ولذلك فقد وقّعت الشركة المتولدة عن الانقسام لفائدته على كفالة تضامنية، ضمنت بها خلاص ديون الشركة المنقسمة، مع التصييص على عدم حصول أي تجديد novation لبند عقد القرض الأصلي الموثق برهن. وبعد الانقسام، استصدر البنك حكما بالأداء ضد الشركة المنقسمة ضرب بموجه عقلة على عقار كان على ملكها ثم آل بموجب الانقسام إلى الشركة المتولدة عن الانقسام الجزئي دون أن يتم إدراج انتقال الملكية بالسجل العقاري، فاعترضت الشركة المتولدة عن الانقسام على حكم التثبيت العقاري طالبة إبطاله بناء على أنه تسلط على عقار ليس على ملك المدين المبت عنه، وأن البنك يعلم بانتقال الملكية إلى غير المدين وصادق على ذلك وأسند قرضا جديدا إلى الشركة المنقسمة تحصل لقاءه على رهن اختياري. كما اعتبرت الشركة المتولدة عن الانقسام أن الفصل 431 من مجلة الشركات التجارية لم ينص إطلاقا على تضامن الشركة المنقسمة والشركة المستفيدة من الانقسام في الأداء تجاه الدائنين بل نص صراحة على أن الشركات المستفيدة تبقى متضامنة في الأداء في ما بينها.

وقد استندت محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 25 ديسمبر 2010 إلى أن انتقال الملكية لفائدة الشركة المتولدة عن الانقسام الجزئي لم يقع إدراجه بالسجل العقاري وبالتالي لا يمكن الاحتجاج به على الغير، وتجاهلت المطعن المتعلق بعدم خضوع الرسم العقاري إلى مبدأ المفعول المنشئ للتسجيل. ومن

جهة أخرى فقد استندت خصوصا إلى أحكام الرهن التي تمنح الدائن المرتهن حق تتبع العقار في أي يد كان إلى حين استيفاء دينه، بالقول: «إن خروج ملكية العقار المسجل المرهون من يد المدينة المقترضة الرهانة بأي صيغة كانت حتى وإن كان بموجب انقسامها الجزئي واستفادة المعقبة منه وحلول هذه الأخيرة محل المدينة الأصلية بأي وجه كان في ما أنشأ عقدا القرض الموثقين بالرهنيين المرسمين من التزامات حتى وإن كان ذلك بعلم الدائن المرتهن لا يمكن أن يقف حائلا دون حق هذا الأخير في استيفاء دينه من ذلك العقار، إذ اقتضى الفصل 280 من مجلة الحقوق العينية أنه للدائنين الذين رسم رهنهم على عقار أن يتبعوه أيا كانت اليد التي انتقل إليها للمحاصصة بديونهم بحسب درجة ترسيماتهم»⁽¹⁾.

ويعتبر هذا القرار ضمنا أن تضامن الشركات المشمولة بالانقسام يعني أيضا أنه يجوز للدائن استصدار حكم قضائي ضد إحداها ثم تنفيذه ضد البقية. وينبغي هذا التحليل على فكرة ضمنية مفادها أن المدينين المتضامنين يمثل بعضهم بعضا، وهو افتراض قانوني غير موقوف، إذ أن الوكالة لا تفترض، ومن ثمة لا يمكن إقامة قرينة على وحدة المصالح ووسائل الدفاع المتوفرة لدى جميع المدينين وعلى قدرة المقام عليه على الدفاع على الباقيين على الوجه الأكمل.

وبالمقابل، تولت المدينة الأصلية في نفس النزاع الطعن في ذات الحكم بالتبثيت أمام محكمة التعقيب التي أصدرت بتاريخ 4 أبريل 2013 القرار عدد 81240 الذي قضى بالنقض والإحالة على أساس عدم وجود تضامن بين الشركة المنقسمة والشركة المستفيدة من الانقسام بعد إحالة الدين إلى الشركة المستفيدة وقبول الدائن المرتهن بهذه الإحالة وعدم اعتراضه على قرار الانقسام في الأجل القانونية وتعامله مع الشركة الجديدة⁽²⁾، فتمهدت دائرة البيوعات العقارية بالمحكمة الابتدائية بتونس مجددا بالموضوع في إطار القضية عدد 5998 التي قضت فيها بتاريخ 27 جوان 2013 بإبطال العقلة العقارية على أساس أن التضامن

(1) محكمة التعقيب، الدائرة المدنية السادسة، 25 ديسمبر 2010، قضية عدد 2010.458989، شركة البعث العقاري «إيمان الفردوس» ضد البنك التجاري التونسي والشركة التونسية للبنك والمكلف العام بتزاعات الدولة (في حق الملك العمومي للطرق) وشركة البعث العقاري «إيمان»، غير منشور.

(2) غير منشور.

الذي يتحدث عنه الفصل 432 من مجلة الشركات التجارية يقتصر على الشركات المستفيدة من الانقسام *sociétés bénéficiaires de la scission* في حين أن الشركة المنقسمة (الأصلية) لا تعد شركة مستفيدة من الانقسام «ضرورة أنها تحول جزءا من نشاطها إلى الشركة أو الشركات المستفيدة مع ما يتبعه من أصول وخصوم لتحصل في المقابل على حصص...». كما لاحظت المحكمة أن الفصل 432 من مجلة الشركات التجارية ينص على أن تبقى الشركة المنقسمة ملزمة تجاه دائيتها إلى غاية اتمام إجراءات الإشهار المتعلقة بالانقسام. «أما في صورة الحال فقد تمت إجراءات الانقسام، فلا وجه لاعتبار الشركة المنقسمة ملزمة بالديون المحالة إلى الشركة المستفيدة». واستدللت المحكمة على صواب تحليلها بأحكام الفصل 419 من مجلة الشركات التجارية الذي مكن الدائن من الاعتراض على عملية الانقسام لحماية حقوقه وطلب ضمانات جديدة، مع تخويل المحكمة صلاحية الإذن بالخلاص الفوري إن كان هناك خطر ملم بحقوق الدائن المعارض أو إلزام الشركة المنقسمة بأن توفر له ضمانات جديدة، حال أن البنك المعني لم يعترض على عملية الانقسام ولم يطلب ضمانات جديدة⁽¹⁾.

والرأي لدينا أن هذا الحكم جانب الصواب ولم يراع معطى قانونيا جوهريا وهو أن الفصل 419 من مجلة الشركات التجارية ولتن حوّل للغير الاعتراض على عملية الانقسام على غرار ما هو مقرر في أحكام الاندماج، فإن الاعتراض لا يؤدي إلى عرقلة عملية الانقسام أو منع حصولها⁽²⁾. وإنما يهدف الاعتراض إلى طلب الخلاص الفوري أو طلب الحصول على ضمانات جديدة. ويلاحظ خصوصا أن المشرع لم يستعمل مصطلح «تأمينات جديدة» *nouvelles sûretés* بل تحدث عن ضمانات، وهو مصطلح شامل يغطي كل الآليات القانونية التي تدعم حظوظ الدائن في الخلاص ولو لم يتعلق الأمر بتأمينات شخصية (كفالة أو نحوها) أو عينية (رهن أو امتياز)، وذلك بالنظر إلى تنوع الأنشطة الاقتصادية للشركات وتنوع العلاقات القائمة بين الدائنين والشركة المنقسمة. فالشركة المنقسمة يمكن أن تكون أصولها ضعيفة إذا كانت تمارس نشاطا خديما لا يعتمد على العقارات أو المعدات بل يعتمد على مهارة

(1) غير منشور.

(2) مبروك بن موسى: «حق الاعتراض على قرارات اندماج الشركات التجارية وانقسامها»، مرجع سابق الذكر.

أعوانها وسمعتهم وبراعتهم في إنجاز الخدمات المطلوبة. كما أن الدائن يمكن أن لا يكون لديه أي تأمين شخصي أو عيني، وبالتالي فهو يتمتع بالضمان العام، كدائن عادي لا غير، فيجوز له عندئذ أن يطلب أي نوع من الضمانات للتقليص من خطر عدم خلاص دينه. وقد يتمثل الضمان في الحصول على تأمين *assurance* أو إيداع مبلغ مالي لدى الغير أو ضمان عند أول طلب أو غير ذلك من الضمانات الأخرى التي تخرج عن المفهوم التقليدي للتأمينات، مثل تدعيم آليات الحوكمة والرقابة في الشركة أو حتى منح الدائن خيار شراء جزء من رأس مال الشركة أو الإقرار له بحق النفاذ إلى الوثائق المالية والمحاسبية للشركة أو تولي منصب عضو مستقل بمجلس الإدارة أو بإحدى هيئات الرقابة، أو تعويض مسير ما بغيره... وكل هذه الصيغ وغيرها لا يسعها نص تشريعي معين، وهي تتعلق بالصور التي يعتبر فيها الدائن (وتوافقه المحكمة) أن ضمان الخلاص لا يتمثل في الحصول على حق عيني على بعض ممتلكات الشركة بل يتمثل في توفير مناخ ملائم لازدهار الشركة مع ضمان إمكانية استخلاص الدين من نتائج ذلك الازدهار.

ويوازن القاضي بين مصلحة الدائن في ضمان حقوقه ومصلحة الشركة في ممارسة نشاطها بحرية وعدم تكييفها بقيود مجحفة، وبالتالي فهو لن يستجيب إلى جميع الطلبات المقدمة إليه للحصول على ضمانات جديدة أو للخلاص الفوري، بل ينظر فيها واحدة بواحدة بحسب ظروف الحال. وإذا لم يعترض الدائن على عملية الانقسام فمعنى ذلك أنه يعتبر أن التضامن بين الشركات المعنية بالانقسام كاف لضمان حقوقه.

ومن الناحية الاقتصادية، ينبغي التذكير بأن الدائن عندما أقرض مالا للشركة أو باعها نسيئة فإنما كان ذلك على أساس الضمان العام الذي يتمتع به على كافة أصولها، إلى جانب التأمينات العينية التي ربما تحصل عليها على بعض الأصول المخصصة (رهون ونحوها)، وإن الانقسام فيه حتما انتقاص من الضمان العام وأحيانا يكون فيه انتقاص من وعاء الضمان الخاص أو حتى إفراغ له إذا ما أدى إلى إبعاد الأصول المحالة إلى الشركة الجديدة المتولدة عن الانقسام الجزئي عن أيدي دائني الشركة المنقسمة (الأصلية)، وهو أمر غير مبرر منطقيا واقتصاديا وأخلاقيا. ولا يمكن اعتبار سكوت الدائن موافقة على حذف التأمينات العينية التي حرص على الحصول عليها قبل الانقسام، لأن

ذلك يقيم قرينة على التنازل عن الحق حال أن التنازل عن الحق لا يُفترض، ولا يمكن استنتاجه من مجرد السكوت، كما أنه أمر خطير إذ يمسّ التحايل على حقوق الدائنين بتهريب أموال الشركة المدينة عنهم عبر تقنية الانقسام الجزئي، خاصة أنه من الصعب أن تواضب كافة الشركات الدائنة على الإطلاع المدقق والمستمر دون توان على الرائد الرسمي للجمهورية التونسية أو غيره من وسائل الإشهار القانوني لعمليات إعادة هيكلة الشركات.

وبالنسبة لعبارة الفصل 432 من مجلة الشركات التجارية الذي ينص في فقرته الثانية على أن تبقى الشركة المنقسمة ملزمة تجاه دائنيها إلى غاية اتمام إجراءات الإشهار المتعلقة بالانقسام فإن مدلولها لا ينبغي أن ينصرف إلى أكثر من المقصود، فلا يمكن أن يتعلق الأمر بحد زمني للتضامن تزول حالة التضامن بانتهائه، بل المقصود هو أن كل الديون التي تنشأ إلى تاريخ إنجاز الإشهار القانوني يشملها التضامن، ويظل التضامن قائما إلى خلاص تلك الديون أو إلى حين التنازل عنه من قبل الدائن.

ويتخذ مدلول الاعتراض مغزى خاصا بالنسبة للعملة بوجه عام. فالمشرع يشير إلى أن مشروع الانقسام يحدد قائمات العملة الذين سيتم توجيههم إلى كل واحدة من الشركات المتولدة عن الانقسام. غير أن هذه الإمكانية المتاحة لأصحاب القرار في الشركة يقابلها حق العمال في الدفاع عن مصالحهم الفردية إزاء قرارات هيكلي التسيير والمداولة في الشركة. فالأجير في وضعية تعاقدية وليس في وضعية نظامية عمودية أو ترتيبية situation statutaire، فيمكنه أن ينازع في قرار توجيهه إلى إحدى الشركات المتولدة عن الانقسام دون غيرها، وذلك إذا كان في هذا القرار ما يمس بضمانات حصوله على مستحقاته المالية في المستقبل، أو مساس جوهرى بظروف العمل كالنقلة من منطقة إلى أخرى، أو المساس بحقوقه بشكل غير مباشر كأن تكون الشركة المنقسمة خاضعة إلى اتفاقية مشتركة قطاعية تمنح الأجراء امتيازات هامة، في حين أن الشركة الجديدة المتولدة عن الانقسام والتي يراد توجيه العامل المعترض إليها تخضع إلى اتفاقية مشتركة أخرى تنص على امتيازات أدنى من تلك المذكورة أعلاه أو تمارس نشاطا لا تخضع بموجبه إلى أي اتفاقية مشتركة قطاعية. ففي هذه الأحوال يحق للأجير الاعتراض، لا على قرار الانقسام في حد ذاته، بل على آثاره عليه هو شخصا. فيحق لذلك الأجير أن يطلب من المحكمة إلغاء قرار توجيهه للعمل

في شركة من الشركات المتولدة عن الانقسام دون غيرها، أو أن يطلب إلزام الشركة المؤجرة الجديدة بأن تواصل تمتيعه بنفس الامتيازات التي كانت له قبل الانقسام بقطع النظر عن أحكام الاتفاقية المشتركة القطاعية الخاصة بالنشاط الجديد. وليس للمحكمة أن تحل محل هياكل التسيير في الشركة في إعادة التوجيه، بل يقتصر حكمها على الإلغاء أو الإبطال. وفي هذه الحدود، تكون الدعوى من أنظار الدائرة التجارية. لكن إذا كانت الدعوى تهدف إلى اعتبار أن قرار الشركة يعد طردا مقنعا أو خطأ غير مشروع من الحقوق والامتيازات فإن قاضي الشغل هو المختص.

ومن ناحية ثانية، فإن حماية الغير تقتضي وجوب إشهار عملية الانقسام. ويتم هذا الإشهار بنشر إعلان بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية خلال الشهر الموالي لتاريخ انعقاد الجلسة العامة التي قرّرت الانقسام، وكذلك بجريدين يوميتين صادرتين بالبلاد التونسية إحداها على الأقل باللغة العربية.

ولا تتمتع الديون التي تنشأ بعد إشهار الانقسام بالضمان المتمثل في تضامن الشركات المستفيدة من الانقسام، فلا يحق للدائن الجديد سوى أن يطالب الشركة التي تعامل معها، وليس له أن يطالب الشركات الأخرى بأداء دينه إلا إذا وجدت حالة من حالات التضامن التعاقدية أو التضامن بحكم القانون وفق ما ورد في أحكام الفصل 174 وما يليه من مجلة الالتزامات والعقود.

إحالة المؤسسة في قانون إنقاذ المؤسسات التي

تمر بصعوبات اقتصادية
La cession de l'entreprise

القسم الثالث

أربعة أشياء لا يُستقل فليها:

النار والمرض والعدو والمدين

عبد الله بن المقفع

كلىة ودمنة

نشر دار القدس، تونس، ص. 272

يتعلق الإشكال هنا بتحديد كيفية تطبيق أحكام إحالة المؤسسات على

معنى أحكام الفصل 47 (جديد) وما يليه من القانون عدد 34 لسنة 1995 المتعلق

بإحالة المؤسسات التي تمرّ بصعوبات اقتصادية حين يتعلق الأمر بشركة: فهل تتمّ إحالة الذات المعنوية، وفي هذه الصورة ما هي الصيغة القانونية للإحالة؟ أم تتمّ إحالة الأصول دون تأثير على الشركة المدينة كشخص معنوي؟

لقد ظلّ قانون 17 أبريل 1995 على غموضه في خصوص هذه المسألة بما سمح للمحاكم بأن تختلف في اجتهاداتها وتفتح المجال أمام تردد المشرع نفسه في معاملة هذه المسألة على أصعدة أخرى وخصوصا الصعيد الجبائي.

من الوجهة التذكير بأن قانون إنقاذ المؤسسات المشار إليه يقوم على مبدأ منح المحكمة إمكانية تبني أحد عدة حلول لإنقاذ المؤسسات «القابلة للحياة» viables، وهي:

(1)- الإذن بمواصلة المؤسسة لنشاطها مع إدخال التعديلات التي يقتضيها الحال لتسوية أوضاعها وإعادة جدولة الديون والحط منها والترفيغ في رأس المال والتفويت في بعض وحدات الإنتاج ومراجعة امتيازات العملة والمسيرين...

(2)- إحالة المؤسسة (بيعها) إلى الغير الذي يقدم أفضل عرض يضمن مواصلة نشاطها والحفاظ على مواطن الشغل فيها وخلاص أكبر قسط ممكن من ديونها.

(3)- كراء المؤسسة أو إعطاؤها للغير في إطار وكالة حرة، وذلك حتى يتمكن المبتكري من تشغيلها وتسوية أوضاعها وإعادتها إلى الدورة الاقتصادية في أفضل حال. ففي عديد الأحكام، اعتبرت المحاكم التونسية أن إحالة المؤسسة ينبغي أن تتمثل في إحالة الأسهم، بما يضمن انتقال ملكية الشخص المعنوي إلى المحال إليه. ويقوم التحليل الذي تبني عليه هذه الأحكام على اعتبار أن مفهومي الشركة والمؤسسة متمازجان بحيث إن إحالة المؤسسة تفيد إحالة الشخص المعنوي⁽¹⁾.

(1) أنظر خصوصا: المحكمة الابتدائية بصفافس، 21 جويلية 2009، قضية عدد 200، ومحكمة الاستئناف بصفافس، 5 ديسمبر 2011، قضية عدد 35359، قضية تسوية قضائية تتعلق بشركة «ليترواشمان» Les Trois Chemins، «حولية فقه القضاء التونسي»، منشورات مدرسة الدكتور بلكية الحقوق بصفافس، 2013، ص. 304 وما يليها، تعليق سامي العيادي: «ملاحظات على أحكام وقرارات متعلقة بإنقاذ المؤسسات التي تشكو صعوبات اقتصادية»، المرجع المذكور، ص. 326-320. وتحدث المحكمتان عن «إحالة الشركة».

أما التوجه الثاني فيعتبر أن إحالة المؤسسة إنما تهم الأصول دون الأسهم الممثلة لرأس المال. فالمدين الذي تحال أملاكه هي الشركة كشخص معنوي، في حين أن إحالة الأسهم هي تفويت جبري في أموال منقولة على ملك الشركاء حال أنهم مختلفون عن المدين المطلوب إحالة أمواله، فيكون في إحالة الأسهم حال أن المدين هو الشركة إفراط في السلطة ومخالفة للفصل 14 من دستور غرة جوان 1959⁽¹⁾، ولو أن الأسهم تفقد كل قيمة اقتصادية عندما تتم إحالة جميع أصول الشركة.

وأيا كان الأمر، يترتب عن إحالة المؤسسة مفعول تطهيري Effet purgatoire (assainissement)، بمعنى أنه لا يمكن للدائن أن يطالب المحال إليه (المشتري) بخلاص الديون التي كانت على المؤسسة قبل الإحالة، وإنما يتحاصص الدائنون ثمن الإحالة، وذلك مع مراعاة ما لكل طائفة منهم من أسباب التفضيل على الباقيين، من رهون وامتيازات، ولا تتغير مراتب الدائنين بموجب الإحالة، وإنما يتقدم الدائنون الجدد الذين نشأت ديونهم في فترة المراقبة في المرتبة على كافة الدائنين القدامى الذين نشأت ديونهم قبل فترة

(1) اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس في قرار استعجالي صادر بتاريخ 5 فيفري 2013 تحت عدد 43429 (إبراهيم ومن معه ضد شركة رتال تور، غير منشور)، أن حرية التنقل المنصوص عليها بالفصل 10 من دستور 1959 تعد من الحقوق التي تتميز بأنها «غير قابلة بطبيعتها للإلغاء». وبالتالي يظل هذا الحق قائما رغم أنه تم إنهاء العمل بالدستور الذي أقره بموجب أحكام الفقرة الأولى من الفصل 27 من القانون التأسيسي عدد 6 لسنة 2011 المؤرخ في 16 ديسمبر 2011 المتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية: «يقر المجلس الوطني التأسيسي ما تم من تعليق العمل بدستور الأول من جوان 1959 ويقرر إنهاء العمل به بصدر هذا القانون التأسيسي».

ولم يتضمن القانون التأسيسي أحكاما تتعلق بالحقوق والحريات الأساسية ومنها ما يتعلق بحماية حق الملكية. ومع ذلك قررت محكمة الاستئناف بتونس في القرار الاستعجالي الصادر بتاريخ 5 فيفري 2013 تحت عدد 43429 أن إلغاء الدستور لا تسقط به أحكامه المتعلقة بالحقوق والحريات. ولا يمكن الاستناد إلى الفقرة الثانية من الفصل 27 من القانون التأسيسي المذكور التي نصها: «ينتهي العمل بكل القوانين التي تتعارض مع هذا القانون التأسيسي وبالمرسوم عدد 14 لسنة 2011 المؤرخ في 23 مارس 2011 المتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية وتبقى النصوص القانونية التي لا تتعارض مع هذا القانون التأسيسي سارية المفعول». ويعود ذلك حسب المحكمة إلى أن دستور سنة 1959 ليس بقانون على معنى الفقرة الثانية من الفصل 27. وبذلك يعتبر ضمان حق الملكية قائما حتى في غياب دستور يقره.

وفي ظل الدستور الجديد، تم ضمان حق الملكية بموجب الفصل 41.

المراقبة، بحكم ما لهم من حق أولوية منصوص عليه بالفصل 34 (جديد) من قانون 17 أبريل 1995، وذلك بشرط أن تكون للديون الجديدة علاقة ضرورية بمواصلة المؤسسة لنشاطها. فالمفعول التطهيري للإحالة يهم جميع الدائنين، ولا تستثنى منه أي مجموعة منهم، إذ أن جميع الدائنين يفقدون حقهم في استخلاص ما بقي غير خالص من ديونهم بعد تقاسم ثمن الإحالة، إلا إذا وجد ضامنون أو متضامنون أو شركاء في الدين *codébiteurs*، حيث يحتفظ الدائن بحقه في تتبع من له رابطة معه من ضمنهم عملا بالفصل 49 من قانون 17 أبريل 1995. ووضع الإدارة الجبائية في إطار الإحالة هي وضعية عادية لا تختلف عن وضعية أي دائن آخر، وهي تحتفظ بامتيازاتها، ولا تفقدها لمجرد وقوع الإحالة. فكيف يمكن تطبيق المفعول التطهيري في صورة إحالة أسهم الشركة إلى المحال إليه ؟

لا شك أن هذا التساؤل هو الذي يُظهر وعن التحليل القائل بإحالة أسهم الشركة لأنه يؤدي إلى منح الفصل 49 من قانون 17 أبريل 1995 معنى غير منطقي. وينص الفصل 49 المذكور في فقرته الأولى على أنه «خلافاً للفصل 292 من مجلة الحقوق العينية، تطهر المؤسسة عند بيعها من جميع الديون والترسيمات السابقة بما فيها الممتازة وتنتقل ملكية المؤسسة إلى المحال له بمجرد وفاته بجميع التزاماته ودفعه كامل الثمن ويحجز محصول البيع لفائدة الدائنين. ولهم حق المطالبة الفردية ضد المدين والضامين والمتضامين معه فيما تبقى من ديونهم».

فإذا أحييت الشركة مطهرة من الديون فإن ذلك يعني أنه لا يمكن بحال من الأحوال التفكير في إمكانية الرجوع عليها في وقت لاحق لاستخلاص الديون التي لم يف ثمن الإحالة بخلاصها. كما يصعب منطقياً تبرير التطهير المقرر بالفصل 49 من نفس القانون: فالشخص المعنوي يتواصل على حاله مع تغير هوية الشركاء أو بعضهم. فهل يكفي تغيير بعض الشركاء حتى تزول عن الشخص المعنوي بعض التزاماته أو يُطهر منها ؟

إن المعنى المنطقي الوحيد الذي يمكن الإقرار به للفصل 49 (فقرة أولى) هو أن الإحالة تطال المؤسسة كعناصر أصول *actifs* فقط، والتي تحال مطهرة من كل دين، أما الديون فيتم خلاصها من ثمن الإحالة ويشملها التطهير في خصوص الجزء غير الخالص فلا يجوز تتبع تلك الأصول بين أيدي المحال إليه

ومن يؤول إليه الحق منه. وفي هذه الحالة تظل الشركة قائمة كذات معنوية، ولا يبقى في ذمتها المالية شيء من الأصول (إذ تنتقل جميعاً إلى المحال إليه) بينما تبقى ذمتها عامرة بما بقي غير خالص من الديون (الخصوم *passifs*)، ويحتفظ الشركاء فيها بصفاتهم كشركاء ويظل مسيروها في مواقعهم، وإنما تنخفض قيمة أسهمهم أو حصصهم إلى الصفر باعتبار عدم وجود أصول، وتصبح بذلك «صدقة فارغة» *coquille vide*. فإن اختار الشركاء حلّها، ذهبت ربحها وأضحت أثراً بعد عين، فيتم ختم تصفيتها بسرعة باعتبار عدم وجود أصول وتعدّر خلاص الديون، وإن عنّ لهم أن يعيدوها إلى الحياة وجب عليهم تخفيض رأس مالها إلى الصفر ثم الترفيع فيه إلى الحد الذي يرونه والإنطلاق بها من جديد. وفي هذه الحالة يحق لكل دائن أن يطالب الشركة (التي تتواصل دون تغيير في شخصيتها القانونية) باعتبارها مدينة له بما ظل غير خالص من دينه طبق أحكام الفصل 49، الذي يظهر ما له من معنى منطقي باعتماد هذا التحليل دون سواء.

فمن الواضح الجلي أن التحليل القائل بأن إحالة المؤسسة تتمثل في إحالة أسهم لا يمكن أن يستقيم مطلقاً لعدم تماثيه مع مبادئ قانون الشركات ومنطقه، إذ أن قانون الشركات يقوم على الإقرار للشركة بوجود قانوني مستقل عن ذات الشريك وهويته. وينطبق ذلك حتى على شركات الأشخاص، والتي تحتفظ بكيانها القانوني في صورة خروج بعض الشركاء وتغيرهم بغيرهم، أيا كان إطار ذلك الخروج (بيع حصص - هبة حصص - ميراث...).

وفي صورة اعتبار أن إحالة المؤسسة تتمثل في إحالة أسهم أو حصص فإن تطبيق الفصل 50 من قانون 17 أبريل 1995 يصبح مقتضراً على الشخص الطبيعي، حيث تتم إحالة أصول المؤسسة التابعة له إلى الغير فيما يبقى عليه التزام أخلاقي وقانوني بدفع ما بقي غير خالص من الديون بعد توزيع ثمن الإحالة على الدائنين إن تحسنت حاله (*retour à meilleure fortune*)⁽¹⁾. ونرى أن هذا الحل فيه مجافاة لمبدأ المساواة المقرر بالفصل 21 من دستور 27 جانفي 2014، ولو أن هذا النص تمت صياغته بشكل مبتور إذ لا يشير إلا إلى المساواة بين المواطنين ولا يتطرق إلى الأشخاص المعنويين والأجانب، الذين يعينهم هذا المبدأ أيضاً، خلافاً للفصول 10 و12 و15. وهذا المساس بالمساواة مُضَرّ بمصالح الدائنين لا بالشركة.

(1) قارن مع الفصل 546 من المجلة التجارية في خصوص المفلس.

ونشير من جهة أخرى إلى أن المحاكم اجتهدت بعدة أوجه في الهندسة المالية لعمليات إعادة الهيكلة في إطار قانون إنقاذ المؤسسات. ففي قضية تتعلق بتسوية قضائية لمجموعة من الشركات المتممة إلى تجمع شركات «ع»، أقرت المحكمة الابتدائية بصفاقس برنامج إنقاذ يقتضي مواصلة الشركات المعنية لنشاطها مع الترفيع في رأس مالها، فقررت التخفيض في رأس المال الأصلي إلى ما يعادل قيمة الأصول الصافية ثم الترفيع فيه بواسطة اكتتابات جديدة لصالح مجمع «ك.ب»⁽¹⁾.

وقد انتقد الفقه هذا الحل من زاوية قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية باعتبار أنه استحدث حلاً جديداً لا ينص عليه قانون 17 أفريل 1995 يتمثل في مواصلة النشاط بواسطة مستثمر جديد حال أن الأمر يتعلق في الواقع بإحالة مؤسسة دون احترام الموجبات الشكلية للإحالة والمقررة حماية للدائنين⁽²⁾. أما من وجهة نظر قانون الشركات التجارية فهذه التقنية لا غبار عليها.

المبحث الثاني

الوجه الثاني: نهاية الشركة - المؤسسة

حتمية النهاية

قد تقتزن نهاية الشركة كشخص قانوني بنهاية وجودها الفعلي ككيان اقتصادي، فتندثر كلياً من الوجود وتوظف أموالها لخلاص الدائنين، بحيث تكون تلك هي الفرصة الأخيرة لجميع الدائنين لاستخلاص ديونهم، مما يستوجب إقرار مبدأ المساواة بينهم ومنع بعضهم من الإنفراد باستخلاص مستحقاتهم دون الباقين. ولهذا السبب فإن الإجراءات التي سيأتي بيانها تعتمد مبدأ العلانية

(1) سامي العيادي، الحولية السابق ذكرها، نفس المرجع، ص. 333-334.

(2) المحكمة الابتدائية بصفاقس، 20 ماي 2008، القضية عدد 181 (شركة القافلة للتوزيع)، والقضية عدد 182 (شركة فلاسكو برانت) والقضية عدد 183 (شركة معمل الجنوب للكسكي) والقضية عدد 184 (الشركة التونسية للإنتاج الغذائي)، أوردها سامي العيادي بالحولية السابق ذكرها، نفس المرجع، ص. 327-330، وتعليقه عليها، ص. 331-334.

(1) قارن مع الفصل 546 من المجلة التجارية في خصوص المفلس.

والإشهار (الشفافية) لتبليغ المعلومة إلى الكافة، كما ترفع أيدي المسيرين عن إتمام عمليات التصفية وتوكل إلى غيرهم ممن يقوم نيابة عن مجموعة الدائنين باستنضاض الأصول وتوظيف ثمنها في خلاص مجموع الدائنين مع مراعاة مراتبهم القانونية وأسباب تفضيل بعضهم على بعض.

القسم الأول

La dissolution de la société حل الشركة

يلاحظ بعض الدارسين أنه يوجد نزوع لدى المشرع التونسي نحو تيسير إحداث الشركات مقابل تعسير إندثارها وضمحلالاتها، وفي ذلك تأثر واضح بما ورد في أرجوزة ابن عاصم الأندلسي حيث يقول الأستاذ كمال شرف الدين عن حل الشركة:

في انحلال الشركة قاعدتان فاعلمهما يا ذا البيان

في بقائها لا انحلالها تيسير وفي استنضاضها إن وقع تعسير⁽¹⁾

والحكمة من ذلك أن عسر التصفية يمكن أن يمنح فرصة للشركاء لإيجاد حل ينتهي به موجب التصفية فتعود الشركة إلى الحياة. غير أن الاقتصاد الحديث أفرز واقعا جديدا وهو أن حل الشركة وتصفيتها ينبغي أن تكون أيضا عملية سريعة لأن التصفية البطيئة تتطلب مصاريف كبيرة ويتضرر منها الدائنون أيما ضرر، فلا يستفيد منها إلا محترفو التصفية. أما سرعة التصفية فهي تسمح للشركاء بالتخلص من مشروع لم يعد مجديا والمرور إلى مرحلة جديدة من حياتهم⁽²⁾. فإن ظهر لهم بعد ذلك أن نفس المشروع أصبح من جديد مربحا فإن سهولة تأسيس المؤسسات وإحداثها والتقليص المستمر من تكاليف التأسيس والوقت المستوجب لذلك يجعل إعادة بعثها إلى الوجود أقل تكلفة من الإبقاء عليها دون نشاط أو في حالة احتضار لوقت طويل.

(1) محمد كمال شرف الدين: «انحلال الشركات التجارية»، أعمال ملتقى دولي حول مجلة الشركات التجارية، تونس 5-6 أفريل 2001، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2002، ص. 246.

(2) يعد هذا المعيار أحد المعيير التي تعتمد بها *Doing Business* لتقييم مناخ الأعمال في بلدان العالم.

ومن الناحية القانونية، تنحل الشركة إما بحلول الأجل الذي أنشئت في حدوده، والذي يفترض أن لا يتجاوز تسعا وتسعين سنة، ما لم يتم تمديده صراحة أو ضمنا⁽¹⁾، أو بنهاية نشاطها وتحقق الغرض من تكوينها، أو بهلاك المال المشترك⁽²⁾ أو بقرار من الشركاء يقتضي حلها قبل الإبان⁽³⁾، أو ب وفاة أحد الشركاء في شركات الأشخاص التي يطغى عليها الاعتبار الشخصي، أو بقرار قضائي في

(1) قرار تعقيبي عدد 49422 مؤرخ في 14 ماي 1997 - نشرة محكمة التعقيب لعام 1997، الجزء الثاني، ص. 78: «إن عقد الشركة الفلاحية يخضع لأحكام الفصل 1321 مدني وبذلك فإنه يقع إنهاء مدته بإرادة أحد الطرفين وتبعاً لذلك فإن محكمة الحكم المتقدم لما اعتبر الدعوى في الخروج لانتهاء المدة عوضاً عن الخروج لعدم الصفة لم تكن قد أفرطت في السلطة. ذلك أن المعقب ضده بقيامه بالدعوى قد أعرب عن رغبته في إنهاء مدة الشركة... تبعاً لما ورد بالفصل 1324 مدني فإن المحكمة لما تجاوزت الدفع القائل بأن الطاعن كان حياً الأرض لخدمتها وزرعها وبذلك فيها مصاريف وأن المطالبة بالخروج جاءت في وقت غير مناسب في حين أن ذلك الدفع يعد جدياً لما له تأثير على وجه الفصل ضرورة أن الشركة انطلقت في البداية لمدة ستين ثم تجدد العقد عاماً عاماً وبذلك أصبح لمدة غير محددة وحيث لا يمكن أن ينتهي إلا بعد إشعار الشريك برغبة المالك في إنهاؤها على معنى الفصل 1324 المذكور» - قرار استئنافي عدد 49198 مؤرخ في 17 فيفري 1998 - مجلة القضاء والتشريع عدد 9 لعام 2001، ص. 239: «إن المشرع وضع بالفصل 1321 من م.أ.ع. قرينة قانونية مفادها أن الأطراف في عقد الشركة الذين يواصلون العمل بالشركة بعد حلول الأجل المتفق عليه لانتهائها يكونون قد اتفقوا ضمناً على تجديد الشركة لمدة عام واحد فتجدد المدة كل عام ابتداء من التاريخ المقابل لتاريخ انتهاء مدتها الأصلية».

(2) تتميز الصور التي ينتهي فيها وجود الشركة بنهاية الأمد الذي تم تكوينها في حدوده أو بتحقيق الغرض من تأسيسها أو بهلاك الشيء المشترك بأنها لا تحتاج إلى صدور قرار في حل الشركة، إذ هي تنحل آلياً، بخلاف الصور الأخرى التي ينبغي أن يصدر فيها قرار في حلها إما عن الشركاء المجتمعين في إطار جلسة عامة خارقة للعادة وإما عن القضاء. غير أن الانحلال الآلي لا ينبغي وجوب تعيين مصفّ والقيام بإجراءات التصفية، إذ يمكن أن يكون للشركة دائنون فيجب أن تقع حمايتهم.

(3) يعتبر الفقه أن حل الشركة بإرادة الشركاء يعتبر صورة من صورة الإقالة. أنظر: محمد المالقي: «محاضرات في شرح القانون المدني التونسي»، ط. مركز النشر الجامعي، الطبعة الثانية، تونس 2003، ص. 333، في باب «الإقالة أو الفسخ الرضائي»: «وحالة انحلال العقد (dissolution) الذي يفيد انصرام أجل إبرام العقد أو فسخه. فالشركة مثلا تنحل بانحلال رابطة المشاركة». أنظر أيضاً:

Imed LARIBI : « Regards sur « al-igala », ou le mutus dissensus », *Revue Tunisienne de Droit* 1999, p. 21.

حلها، إما لوجود نزاع قوي بين الشركاء⁽¹⁾ أو لتراكم خسائرها بما يتجاوز نصف رأس مالها. كما تنحل الشركات باجتماع كامل رأس المال بيد أحد الشركاء، ما لم تقم بتسوية أوضاعها في أجل قدره عام، إما بظهور شركاء جدد يعودون بها إلى العدد الأدنى، وإما بتحويلها إلى شركة شخص واحد ذات مسؤولية محدودة، طبق إجراءات اتخاذ قرارات تغيير الشكل.

وتستثنى من ذلك شركات الأشخاص والشركة ذات المسؤولية المحدودة، التي تتحول آلياً إلى شركة شخص واحد ذات مسؤولية محدودة، دون حاجة إلى أي إجراء كعقد جلسة عامة⁽²⁾. غير أن إجراءات الإشهار مستوجبة في جميع الأحوال بما في ذلك صورة التغيير الآلي بحكم القانون.

كما يمكن أن تنجرّ نهاية وجود الشركة عن بطلان العقد التأسيسي. وقد ينتج هذا البطلان عن أحد الإخلالات المؤدية إلى بطلان العقود بوجه عام طبق أحكام الفصل 325 وما يليه من مجلة الالتزامات والعقود كعيب في الرضا أو عدم مشروعية السبب أو المحل. وقد ينجر أيضاً عن سبب خاص، كما هو الشأن في صورة عدم الحصول على ترخيص إداري يوجب القانون الحصول عليه⁽³⁾.

ويلاحظ أن فقه القضاء يتعامل بكثير من الحذر مع حالة الشركات التي تكون في حالة «شبات» *société en sommeil* حيث لا يتسرع في اعتبارها منحلة، وخصوصاً إذا كان موضوعها قابلاً للتحقيق. من ذلك أنه إذا قام أحد الشركاء طالباً التصريح بحل شركة بناء على أنها فوتت في الأصل التجاري الذي كانت تمارس نشاطها في إطاره وتوقفت بالتالي عن النشاط، ورغم أنه لم يقع اتخاذ قرار رسمي في اعتبارها في حالة شبات، وقضت محكمة الاستئناف

(1) أقرت محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 26183 الصادر في 18 ماي 1966 أنه «لا يستثنى الحكم بحل شركة من الشركات على أساس الفصل 1323 من مجلة الالتزامات والعقود إلا إذا كانت الأسباب الداعية لذلك من الأسباب المعنوية الوجيهة التي تكتسي صبغة خطرة جداً وكان من نتائجها تعطيل سير الشركة بما من شأنه [أن يجعلها] في طريق التدهور والإفلاس بدلاً من أن تكون في طريق النمو والازدهار». قرار منشور بمجلة القضاء والتشريع، 1966، ص. 342.

(2) الفصل 23 من مجلة الشركات التجارية.

(3) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 26582 بتاريخ 18 ماي 1966، محمد وعلي ضد فيليكس، سابق الذكر، مجلة القضاء والتشريع، 1967، ص. 346.

وينص الفصل 16 من نفس القانون على إمكانية اتخاذ وزير المالية قرارا في حل مؤسسة القرض التي يتقرر سحب الترخيص منها. وفي هذه الصورة يتعلق الأمر بفسخ إداري لعقد الشركة. فيمارس وزير المالية صلاحيات ذات طبيعة قضائية. وخلافا للقواعد العامة المقررة بمجلتي الالتزامات والعقود والشركات التجارية، يتولى وزير المالية أيضا تعيين المصفي بناء على اقتراح من محافظ البنك المركزي التونسي. ويتم اختيار المصفي من بين الخبراء المحاسبين المرسمين بجدول حياة الخبراء المحاسبين بالبلاد التونسية دون أن يشترط أن يكونوا مرسمين بقائمة المصفين التي تمسكها وزارة العدل. وضمنا للحياد والموضوعية وتفاديا لتضارب المصالح، لا يجوز أن يكون المصفي من بين المساهمين أو ممن لهم علاقة مهنية معهم. كما يحدد وزير المالية أجور المصفي ولا يتم الرجوع في ذلك إلى القضاء خلافا لمصفي الشركات العادية. ويرفع المصفي تقريراً في أعماله إلى محافظ البنك المركزي مرة كل ثلاثة أشهر⁽¹⁾.

ويجب أن تضاف إلى تسمية الشركة الخاضعة لإجراءات التصفية عبارة «شركة في حالة تصفية» لتفادي إيقاع الغير في الغلط، وذلك اعتباراً من تاريخ اتخاذ قرار حلّها. ولا يُحتج على الغير بتلك الصفة إلا إذا تم الإشهار في السجل التجاري والرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

ويترب عن اتخاذ قرار بحل الشركة زوال الصفة عن هياكل التسيير والإدارة للقيام بجميع ما يدخل في أعمال التسيير والإدارة وخاصة تمثيل الشركة في التعاقد والتقاضي. ذلك أن «ممثل الشركة التي هي في حالة تصفية هو مصفيها والقيام عليها يكون في شخصه»⁽²⁾.

générale du contrat», in *Regards sur le formalisme en droit privé*, actes de colloque, Tunis 9-10-11 déc. 2004, éd. Fac. de Droit et Sc. Polit. de Tunis, 2007, p. 21.

(1) الفصل 19، فقرة أخيرة من القانون عدد 65 لسنة 2001 المؤرخ في 10 جويلية 2001 المتعلق بمؤسسات القرض.

(2) قرار تعقيبي عدد 67448 مؤرخ في 7 جويلية 1998 نشرية محكمة التعقيب لعام 1998، القسم المدني، الجزء الثاني، ص. 415.

لصالح الدعوى بعد أن عاينت أن الشركة أصبحت تحقق خسائر بسبب بقائها قيد الوجود، معتبرة أن وجودها أصبح مصطنعاً وأن موضوعها قد تم تحقيقه، فإن محكمة التعقيب تكون محقة في نقض هذا الحكم إذا لم يتضمن الحكم ما يبين أن موضوع الشركة قد تم تحقيقه واستيفاءه⁽¹⁾. ويلاحظ أن مثل هذه القضايا كثيراً ما يقوم بها أصحاب الأقلية الذين يعتبرون أن بقاء الشركة قائمة «قانوناً» رغم توقفها عن النشاط يلحق بهم ضرراً ينبغي وضع حد له بالتصريح بانحلالها، غير أن القضاء الفرنسي يبدو مستقراً على رفض مثل هذه الطلبات ما لم يثبت تحقق الغرض من إحداث الشركة⁽²⁾.

وتتميز مؤسسات القرض بأحكام خاصة بتصفيتها إذ يتمتع وزير المالية بصلاحيات خاصة لحلها وتعيين مصفيها. فقد نص الفصل 14 من القانون عدد 65 لسنة 2001 المؤرخ في 10 جويلية 2001 المتعلق بمؤسسات القرض في فقرته الأخيرة على أنه يمكن للبنك المركزي التونسي بعد سماع ممثل المؤسسة المعنية أن يقترح على وزير المالية تصفية كل مؤسسة تمارس العمليات البنكية دون ترخيص *agrément* وتعيين مصفٍ لها. والواقع أن قرار الحل المبني على معاناة غياب الترخيص إنما هو قرار في البطلان. فقد بين الفقيه «جان كاربونييه» Jean Carbonnier أن غياب الرخصة الإدارية في العقود التي يوجب فيها القانون الحصول على رخصة إدارية لمباشرة معاملة تعاقدية ما، يعتبر به العقد فاقدًا لركن من أركانه فيكون باطلاً أو بالأحرى منعداً. ومعلوم أن من أسباب تصفية الشركات بطلانها. فالفصل 14 من قانون 10 جويلية 2001 يقيم نظاماً خاصاً للإبطال الإداري لبعض العقود⁽³⁾.

(1) Cass. Com. (fr.), 20 nov. 2012, *Dalloz* 2012. 2799; *Revue des sociétés* 2013, p. 283. Cf., Yves CHAPUT : « Absence de dissolution d'une société en inactivité a l'objet statutaire réalisable. Note sous cour de cassation (com.) 20 novembre 2012, f-p+b, n° 11-27.835, *fournier c/ portal* », *Revue des sociétés* 2013, p. 283 et ss.

(2) Trib. Com. Paris 22 juin 1959, *Granade c. sté X*, *Journal des Sociétés* 1959. 193 ; *Gazette du Palais*, 1959. 11. 222, « un coup de Granade dans les banques » selon le Canard enchaîné de l'époque.

(3) Thèse de Jean CARBONNIER in : « *Droit civil* », Tome 4 : « *Les obligations* », éd. Puf, Themis Droit privé, Paris 1995, 19^e édition, p. 156, n° 89-90. Thèse réfutée par HÉRON. Cf., Jacques GHESTIN : « *Traité de droit civil. La formation du contrat* », sous la direction de J. GHESTIN, éd. LGDJ, 3^e édition, Paris 1993, p. 432 et ss., n° 467 et ss. ; Mohamed MAHFOUDH : « *Formalisme et théorie*

الشرع الأول

الإنحلال الناتج عن التفليس أو الإحالة

المبدأ أن التفليس لا يترتب عنه انحلال الشركة ما لم يتفق الشركاء على حلها بعد إفراغ ذمتها المالية من كل محتوى.

الفقرة الأولى: مبدأ عدم الإنحلال

لم تنص المجلة التجارية على وجوب حل الشركة المفلسة، فتظل شخصيتها القانونية قائمة بعد الحكم بتفليسها، كما هو شأن الشخص الطبيعي. فالفلسفة تؤدي فقط إلى ضرب عقلة قانونية جماعية⁽¹⁾ على أموال المدين المفلس سواء كان شخصا طبيعيا أو شركة، ثم بيعها لخلاص ديونه. وتمكن قاعدة عدم انحلال الشركة المفلسة بصفة آلية من تطبيق شرط خلاص الديون بعد تحسن حالة المدين clause de retour à meilleure fortune باعتبار أن الشركة يمكنها قانونا أن تستأنف نشاطها إن قام الشركاء بـ«إحيائها» بالترفع في رأس مالها بعد ختم التصفية.

غير أن الغالب في الأمور أن تنتهي إجراءات التفليس بحل الشركة إن وقع المرور إلى طور اتحاد الدائنين (l'union des créanciers) التصفية العدلية. فإن أفرغت الذمة المالية للشركة، تكون عملية التصفية «صورية» وتقتصر على مجرد معاينة عدم وجود أصول قابلة للتصفية.

(1) تنص الفقرة قبل الأخيرة من الفصل 453 من المجلة التجارية على أن «يقضي حكم التفليس بتوظيف رهن عقاري لفائدة جماعة الدائنين». وفي رأينا فإن هذا النص ينطوي على خطأين واختيار سيء. فالأمر لا يمكن أن يتعلق برهن وإلا كان مؤداه تحويل كل الدائنين المضطربين في جماعة الدائنين la masse des créanciers وهم الدائنون العاديون والدائنون ذوو الامتيازات العامة إلى دائنين مرتين، بما يعني الحط من رتبة الدائن الممتاز، كما أن الدائنين يحتاجون إلى تجميد مال المفلس بضرب عقلة جماعية عليه لا إلى رهن، وهو رهن قانوني لا قضائي، لأن الحكم ليس منشئا judgement constitutif لهذا الحق بل ينشأ آليا عن القانون فيقتصر الحكم على التصريح به وكشفه judgement déclaratif. وخيار المشرع غير موفق لأن الدائنين يحتاجون إلى عقلة على كافة مكاسب المفلس لا على عقاراته فحسب.

الفقرة الثانية: إمكانية الرجوع على المسيرين لمطالبتهم بأداء ديون الشركة المفلسة

الغالب في الأمور أنه إذا أفلست شركة يلتفت الجميع إلى المسيرين ويفترض الكثيرون أن الإفلاس لم ينتج إلا عن تقصير أو سوء تدبير أو سوء نية منهم⁽¹⁾، فيتهمونهم بكل سوء. ولذلك كتب عبد الله بن المقفع: «وجدت الرجل إذا افتقر آتهم من كان له مؤتمنا وأساء به الظن من كان يظن به حسنا. فإذا أذنب غيره كان هو للتهمة موضعاً»⁽²⁾.

واستثناء من مبدأ استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمم المالية للشركاء، يجيز القانون التجاري للمحكمة في صور مخصوصة أن تحمل ديون الشركة التي يقضى بتفليسها أو بعضها على مسيرها، مع ترتيب آثار شخصية على المسيرين أو دون ذلك.

الفقرة الثالثة: إلزام المسيرين بسد العجز في موجودات الشركة

La condamnation au comblement du passif social

ويتمثل الأمر في إصدار حكم يطلب من أمين الفلسة يلزم المسير الذي لم يثبت عدم ارتكابه أخطاء في التصرف بأن يؤدي ما لم تف أموال الشركة المحكوم بإفلاسها بخلاصه أو جانبها منها، بحيث تستعمل عناصر ذمته المالية الخاصة لسد العجز في موجودات الشركة. ويلاحظ في هذه الحالة وجود قاعدة خطيرة تقتضي حمل عبء الإثبات على المسير، الذي يجب عليه للتفصي من المسؤولية أن يثبت أمرا سلبيا وهو عدم ارتكابه أخطاء في التصرف. ويمكن للمسير دحض القرينة بإثبات أنه بذل من العناية والنشاط ما يفترض أن يبذله الوكيل المتبصر والمسير التزيه. ولا يعفى من ذلك بسبب صعوبة الإثبات.

(1) يراجع مثلا: (المرحوم) محمد العربي هاشم: «آثار إفلاس الشركة على مسيرها»، مجموعة دراسات لذكرى الحارث مزبودات، نشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، تونس 1994، ص. 135.

(2) عبد الله بن المقفع: «كيلة ودمنة»، نشر دار القدس بتونس، ص. 227. وربما أمكن أن ندرج في ذلك ما قضت به محكمة استئناف Rouen الفرنسية من أن مسير الشركة يكون مرتكبا لخطأ في التصرف متى أقدم على تأسيس شركة دون التأكد من توفر رأس مال كاف لضمان سيرها الطبيعي ولم يتخذ أي إجراء لتفادي نقص التمويل. قرار بتاريخ 20 نوفمبر 1983 وكذلك تعقيب فرنسي، 19 مارس 1966 و23 نوفمبر 1999. يراجع، عامر بورورو: «رأس المال كضمان عام لدائني الشركة»، مرجع سابق، ص. 143.

غير أن المحكمة تراعي ظروف الحال لتقرر بحسب الحالة إما إعفاء كلياً من المسؤولية أو تحميله جزءاً من العجز فقط.

وقد جاء الفصل الأول من القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 المتعلق بتفقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الشركات التجارية بإعادة صياغة الفصول 121 و 214 و 254 من مجلة الشركات التجارية المتعلقة بدعوى سد العجز في الشركات ذات المسؤولية المحدودة والشركات خفية الاسم ذات مجلس الإدارة والشركات خفية الاسم ذات هيئة الإدارة الجماعية ومجلس المراقبة، فنص الفصل 254 على أنه: «إذا أظهرت التسوية القضائية أو التفليس عجزاً في الأصول يمكن للمحكمة بطلب من المتصرف القضائي أو أمين الفلسة أو من أحد الدائنين أن تقرر أن ديون الشركة يتحملها كلياً أو جزئياً رئيس هيئة الإدارة الجماعية أو أعضاؤها أو المدير العام الوحيد أو كل مسير فعلي آخر وبالتضامن فيما بينهم أو دونه إلى حد المبلغ الذي تعينه المحكمة. ولها أن تحجر على المحكوم عليه مباشرة تسيير الشركات أو مباشرة نشاط تجاري لمدة يحددها الحكم.

ولا يعفى الأشخاص المذكورون من المسؤولية إلا إذا أثبتوا أنهم بذلوا في إدارة الشركة من النشاط والعناية ما يبذله صاحب المؤسسة المتبصر والوكيل النزيه. وتسقط الدعوى بمضي ثلاث سنوات من تاريخ حكم التسوية القضائية أو الحكم بالتفليس». ولا يختلف الفصلان 121 و 214 عن الفصل 254 إلا في تعداد أصناف المسيرين المعرضين لدعوى سد العجز. ويجمع بين هذه الفصول كافة أنها منحت كل دائن الحق في القيام بهذه الدعوى إلى جانب أمين الفلسة، كما وحدت أجل تقادمها وقواعد الإثبات وإقرار مسؤولية كل من المسير القانوني والمسير الفعلي كما تقدم شرحه.

الشرع الثاني

سحب الفلسة على مسيري الشركة L'extension de la faillite aux dirigeants sociaux

من الناحية الموضوعية، يتمثل سحب الفلسة في جزء أقصى يتمثل في اعتبار الفلسة مشتركة بين المسير والشركة. ولا يُقضى بهذا العقاب الصارم إلا

بتظافر جملة من العناصر التي ينبغي أن تتوفر جميعاً وهي حسب الفصل 596 من المجلة التجارية:

- أن يثبت أن المسير القانوني أو الفعلي تصرف في أموال الشركة كما يتصرف في أمواله الخاصة. ويقتضي ذلك اختلاط عناصر ذمته المالية بعناصر الذمة المالية للشركة⁽¹⁾.

- أن يبين أنه قام فعلياً بأعمال تجارية لمنفعته الخاصة.

- أن يبين أنه تستر بالشركة لإخفاء تصرفاته.

ويتبين من ذلك أن الخطأ ليس سندا ضرورياً ولا كافياً لهذه الدعوى⁽²⁾. وقد أوضحت محكمة الاستئناف بتونس في قرار «كوتريلو كس» أن تصرف المسير في أموال الشركة وقيامه بأعمال تجارية هي التي تمثل شروطاً لسحب الفلسة⁽³⁾.

وبينت محكمة التعقيب في قرار حديث أن «تفعيل أحكام الفصل [596] من المجلة التجارية يخضع إلى قواعد أساسية ونظام قانوني. فمن جهة قواعده الأساسية فهو لا يتأسس على عدم القدرة على الدفع وغلط المخازن والقرار كما هو [الشأن] في التفليس وإنما على خطأ المسير بوجه عام في إدارة شؤون المؤسسة وقد يتجاوزوه إلى تعمد المسير التخفي وراء الشركة وشكلها وظاهرها لإبرام اتفاقات وعقود وإتمام تصرفات لا تستهدف النهوض بالمؤسسة وإنما لتحقيق مآرب خاصة ومنافع ذاتية تصب في المصالح المالية للمسير لا غير. ولذلك يعد إجراء سحب الفلسة بمثابة الجزاء المدني لكل شخص يتخفى بالشكل الظاهري الشركة لقضاء مآرب خاصة بما يلحق ضرراً بالنظام الاقتصادي وبمبادئ الثقة في المعاملات التجارية. ولذلك يعتبر سحب الفلسة بمثابة الضمان للدائنين الذين لحقهم ضرر من مخادعة المسير»⁽⁴⁾.

(1) Farouk MECHRI: «Droit des entreprises en difficultés économiques», éd. Sud Editions, Tunis 2008, p. 193.

(2) Appel Paris, 14 juin 1956, *Gazette du Palais* 1956, n° 14 du 15 novembre 1956; Appel Bordeaux, 13 juin 1955, *Revue des Sociétés*, 1959, p. 169.

(3) محكمة الاستئناف بتونس، قرار 4، *Cotrilux*، 4 أبريل 1984، قضية عدد 57053، قرار غير منشور، ذكره فاروق المشري في كتابه المذكور أعلاه، ص. 195.

(4) محكمة التعقيب، الدائرة التجارية الرابعة، قرار بتاريخ 17 جانفي 2012، قضية عدد 60808، شركة م. د. ر. ضد: 1 م. ش. - 2 شركة ع. ا. د. في شخص مصفيها السيد ب. ي. بتونس، بصدد النشر بنشرية محكمة العقيب لسنة 2012، القسم المدني.

ويمكن أن يفهم من جميع ذلك أن سحب الفلسة إنما ينطبق في الواقع على صورة الشركة الوهمية التي يستتر بها شخص لممارسة التجارة فعليا لحسابه الشخصي. فهي في الحقيقة مؤسسة فردية لها شخصية قانونية وهمية تستعمل كغطاء لأعمال المسير.

وتقرر المحكمة اعتبار الفلسة مشتركة بين الشركة والمسير بحيث يعتبر دائر الشركة دائنين شخصيين للمسير علاوة على دائنيه الخاصين فيتقاسمون أمواله لاستيفاء ما لهم عليه وعلى الشركة من الديون والمستحقات.

ومن الناحية الإجرائية، بينت محكمة التعقيب في قرار صادر بتاريخ 17 جانفي 2012 أن سحب الفلسة يخضع إلى ضوابط إجرائية لا يجوز تجاهلها. ف«لا يجوز للمحكمة أن تصرح بسحب الفلسة على مسير الشركة من تلقاء نفسها دون أي طلب صريح سواء من أمين الفلسة في شكل دعوى مستقلة لاحقة للفلسة أو من الدائنين الذين يرغبون في تتبع مكاسب المسير الذي تغطي بالشركة للإضرار بهم أو من كليهما معا أو بطلب من النيابة العمومية بمناسبة النظر في دعوى التفليس باعتبارها حاضرة في دعوى التفليس أو حتى من الدائن الذي أثار الدعوى، ودون استدعائه»⁽¹⁾.

وتتمثل وقائع النزاع في هذه القضية في استصدار أمر بالدفع من قبل شركة ضد شركة أخرى، وبعد أن صار الأمر بالدفع باتا لعدم استئنائه رغم الإعلام به، توجه عدل تنفيذ إلى مقر الشركة المدينة ش.ع.ا.د. فتبين أنها توقفت عن النشاط واضمحلت تماما فطلبت الشركة الدائنة التصريح بتفليسها فقضت محكمة البداية في القضية عدد 324 بتاريخ 17 ديسمبر 2003 بإعلان إفلاس الشركة المذكورة وسحب هذه الفلسة على الممثل القانوني للشركة المفلسة. وإثر ذلك اعترض وكيل الشركة على حكم التفليس على أساس أنه صدر في مغيبه وأضر بحقوقه، غير أن المحكمة قضت برفض اعتراضه شكلا. وفي الاستئناف، صدر القرار الإستئنافي عدد 3956 الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس بتاريخ 30 جوان 2010 قاضيا بنقض الحكم الابتدائي المطعون فيه والقضاء من جديد بقبول اعتراض المستأنف شكلا وفي الأصل برفع الفلسة عن الوكيل، فطعن في الشركة المدعية في الأصل لدى التعقيب، حيث برهنت محكمة التعقيب

(1) قرار بتاريخ 17 جانفي 2012، قضية عدد 60808، سالف الذكر.

على حرصها على أهم مبادئ قانون الإجراءات وهو مبدأ المواجهة وحق الدفاع الذي في غيابه يتعذر تحقيق العدالة.

وبينت المحكمة في هذا القرار أن الفصل 596 من المجلة التجارية ذو مجال انطباق عام فينطبق على جميع الشركات. ويتجلى الرابط بين الجانب الموضوعي والجانب الإجرائي لدعوى سحب الفلسة من خلال تحليل محكمة التعقيب لقرارها المذكور، إذ جاء به أنه «يجب ثبوت أن المسير محل المساءلة قد استغل الشركة ومكاسبها وأموالها لمصالحه الخاصة وجعل من أعمالها وتصرفاتها واتفاقاتها ستارا يتخفى وراءه لتحقيق مآرب خاصة. وفي غياب هذه الشروط لا يمكن قبول دعوى سحب الفلسة على المسير أو التصريح بها من طرف المحكمة من تلقاء نفسها مثلما هو جائز لها في أحكام التفليس على معنى الفصل 449 من المجلة التجارية- فقرة أخيرة».

فتوفر شروط تفليس الشركة أو حدة الصعوبات التي يجدها الدائنون لاستخلاص ديونهم لا تكفي لتبرير سحب الفلسة على المسير بل يجب إثبات ارتكابه لأخطاء فادحة تصل تقريبا حد التحيل، ومن ثمة فلا مناص من استدعائه أمام المحكمة لسماع أقواله وردوده ولإثبات وجود هذه الأساليب التضليلية بمحضه وعلى مسمع منه. وفي مطلق الأحوال، لا يمكن التفكير مطلقا في القيام بدعوى سحب الفلسة بمعزل عن دعوى التفليس الأصلية أو قبلها. ف«الأصل أن يكون هناك طلب صريح مترام مع دعوى التفليس أو لاحق لها في طلب سحب الفلسة ولا يجوز بالتالي للمحكمة أن تصرح به من تلقاء نفسها»⁽¹⁾.

القسم الثاني

ينجر عن انحلال الشركة بأي وجه كان تصفيته واستنضاض أموالها، باستثناء صورة الانحلال الناجم عن الاندماج أو عن الانقسام الكلي. وللمصفي مهمتان تتمثلان في تحقيق الأصول وخلاص الديون ثم توزيع فاضل التصفية على الشركاء. وعلى المصفي إنجاز جملة من الأعمال خلال أجل القانوني.

(1) قرار بتاريخ 17 جانفي 2012، قضية عدد 60808، سالف الذكر.

الفرع الأول

يترتب عن الانحلال تصفية الشركة وتوزيع ما يتبقى من أموال التصفية بعد خلاص كافة الديون على الشركاء مع مراعاة مراتب الدائنين وما لبعضهم من أسباب التفضيل على البعض الآخر⁽¹⁾. ولأجل ذلك، يقع تعيين مصف -أو عدة مصفين- للشركة من بين الشركاء أو الشخص الذي يختارونه بقرار الإمكان، وإن تعذر ذلك فإنه يقع تعيينه من غيرهم. وتختص الجلسة العامة للشركاء بتعيين المصفي، كما يمكن أن يتم تعيينه بموجب إذن على عريضة يصدره رئيس المحكمة الابتدائية الراجع لها مقر الشركة بالنظر، ويقع تحديد مكافآته من قبل من عيّنه⁽²⁾. ويجوز لجهة التعيين عزله بنفس صيغة التعيين، ولا يمكن اللجوء إلى القاضي الاستعجالي لإبطال قرار العزل ولو بدعوى التعسف⁽³⁾.

وعلى غرار ما هو مقرر في أحكام الإفلاس فإن هياكل الشركة تواصل القيام بمهامها العادية ولا يتأثر إلا هيكل التسيير حيث يتم تعويضه بالمصفي⁽⁴⁾.

(1) محكمة الاستئناف بتونس، قرار مدني عدد 27366 بتاريخ 28 فيفري 6196، مجلة القضاء والتشريع، 1967، ص. 379: «الحكم بفسخ الشركة هي مرحلة أولى يلزم أن يتبعها الحكم بتصفية حساب الشركة وذلك قبل النظر في بقية الفروع المترتبة عن الفسخ». (2) قرار تعقيبي عدد 43353 مؤرخ في 12 نوفمبر 1996- نشرة محكمة التعقيب لعام 1996، الجزء الأول، ص. 213: «إن كلمة مصاريف تصفية تعني أجرة المصفي إذ كان على المعقب أن يضمن بالعقد أجره بكامل الصراحة والوضوح وطريقة الاستخلاص والنسبة المائوية، أما الجلسات العامة فقد أبرزت ما كان يتمتع به أعضاء مجلس الإدارة وعلى رأسهم الرئيس من منحة تحمل المسؤولية وحضور الجلسات ومصاريف التنقل». (3) جاء بالحكم الاستعجالي الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية ببنزرت بتاريخ 2 ديسمبر 2009 تحت عدد 15900 (غير منشور) أنه «إذا كان لمصفي الشركة حق تمثيلها لدى القضاء إلا أن هياكلها التسييرية التي عيّنته تظل فاعلة تبعاً لاستمرار شخصيتها المعنوية أثناء التصفية تطبيقاً لأحكام الفصل 29 من مجلة الشركات التجارية. فلها حق الاعتقاد تلقائياً في إطار جلساتها العامة وتقييم تصرفات المصفي ومساءلته عن أخطائه إن وجدت أو أن تصادق على حساباته المقدمة وإعطائه إبراء التصرف، ويمثل ما لها من صلاحيات تمديد مهامها لها أيضاً نفوذ إنهاءها قبل أوانها وتعويضه بغيره كما هو الشأن في وقائع الحال. وتبقى مسألة تقدير الإعتراف في عزله خارجة عن دائرة اختصاص القضاء الاستعجالي ولا تنهض لوحدها مبرراً لإبطال محضر جلسة الشركاء». (4) الحكم الاستعجالي الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية ببنزرت بتاريخ 2 ديسمبر 2009 تحت عدد 15900 (غير منشور) سالف الذكر: «إذا كان لمصفي الشركة حق تمثيلها لدى

والمصفي هو الممثل القانوني للشركة، وتتمثل مهمته في حصر عناصر الأصول والديون المحمولة على الشركة بالتعاون مع الميسرين القدامى والأجراء، وبيع الأصول وخلاص الديون الثابتة بحسب رتب أربابها مع التحاوص عند تساوي الرتب، والتي يحل أجل خلاصها قانوناً بمجرد اتخاذ قرار الحل، ثم توزيع ما يبقى بعد ذلك على الشركاء، كل على حسب منابه من رأس المال، وذلك بعد نهاية أجل المعارضة المخولة للغير، والمحدد بتسعين يوماً من تاريخ إشهار قرار توزيع فاضل التصفية بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبصحيفتين يوميتين إحداهما باللغة العربية. وفي صورة الاعتراض، يعرض الأمر على القاضي الاستعجالي، ويعلق التوزيع حتى صدور الحكم في الاعتراض. وفي صورة قبول الاعتراض يتم تعديل جدول التوزيع إما بإضافة دائن جديد أو بإضافة دين جديد أو تعديل مبلغ دين أو حذف دين أو دائن أو تغيير مرتبة دائن.

ومن المستحسن أن تُسند إلى كل شريك الأموال التي كان ساهم بها في رأس مال الشركة عند تكوينها أو الترفيع في رأس مالها، عملاً بنظرية النقل المشروط للملكية *la mutation conditionnelle de la propriété*، على أن ذلك يبقى اختياريًا، وليس في القانون ما يمنع على الشركاء أو المحكمة أن يسندوا إلى شريك أعياناً كان ساهم بها شريك آخر عند التأسيس.

ونشير إلى إشكالية فرعية تتعلق بسير أعمال التصفية تبعاً للإفلاس، وهي مسألة إحالة الحقوق المتنازع فيها. وهذه المسألة من المسائل التقليدية في الفقه الإسلامي، حيث لا يجوز أن تُحال الحقوق التي تكون محل نزاع. غير أن الإمام المازري أفتى بأنه إذا كانت الشركة في فندق وتوفي الشريكان الأصليان وخلفهما ورثتهما أو من آل إليه الحقّ منهما وتعطل استغلال الفندق وغاب عنه الإصلاح فأصبح مهتداً بالانهيار، وطالما «ثبت أنه إن لم يبادر إلى إصلاحه تهدم، وامتنع الشركاء من إصلاحه، فالقول قول من دعا إلى النداء عليه، والبيع إذا كان الخصام يؤدي إلى هلاكه وهلاك مال الشركاء، وهو من باب إضاعة المال ومن الضروريات المبيحة لبيعه...»⁽¹⁾.

القضاء إلا أن هياكلها التسييرية التي عيّنته تظل فاعلة تبعاً لاستمرار شخصيتها المعنوية أثناء التصفية.

(1) «فتاوى المازري»، تقديم وجمع وتحقيق الطاهر المعموري، ط. الدار التونسية للنشر، تونس 1994، ص. 267.

الشرع الثاني

المصفي هو الممثل القانوني للشركة في فترة التصفية. غير أن هذه العبارة العامة لا تكفي لحل جميع الاشكاليات المحيطة بضبط نطاق صلاحياته، بالمقارنة مع صلاحيات الجلسة العامة للشركاء، وخصوصا في مواجهة هيكل التسيير الأصلي أي مجلس الإدارة بالنسبة للشركات خفية الاسم.

الفقرة الأولى: دعوة الجلسة العامة للانعقاد

طرح مسألة صلاحيات المصفي على فقه القضاء في جملة من المسائل المختلفة حيث أكدت المحاكم أن المصفي هو الذي يدعو الجلسة العامة للشركاء لانعقاد كما هو شأن المسير «العادي». وفي القضية موضوع الحكم الاستعجالي الصادر عن رئيس محكمة بنزرت الابتدائية في 2 ديسمبر 2009 اعتبر القاضي أن الجلسة العامة للشركاء يمكن أن تجتمع «تلقائيا»⁽¹⁾ وهو ما يطرح التساؤل حول مدلول هذه العبارة. فوقائع القضية تتعلق بجلسة عامة «خارقة للعادة»⁽²⁾؟ للشركاء انعقدت دون أن تتم دعوتها من قبل المصفي وقررت عزل المصفي وتعيينه بغيره ثم وقع إعلام المصفي المعزول بالقرار المذكور بواسطة عدل منفذ فقام بدعوى في إبطال محضر الجلسة العامة التي قررت العزل، متمسكا بالخصوص بأن العزل كان تعسفيا. ومع أن الجلسة العامة المذكورة التأم في 10 جوان 2009 فإنه تم تأسيسها على أحكام الفصل 127 من مجلة الشركات التجارية في صيغتها الأصلية رغم أنه تم تعديلها بموجب أحكام القانون عدد 65 لسنة 2005 المؤرخ في 27 جويلية 2005، شأنها شأن الفقرة الأخيرة من الفصل 128 التي كانت تقر نفس القاعدة⁽³⁾.

ويقطع النظر عن هذه المسألة فإن ما يثير الإنتباه هو ما ورد من إشارة في الحكم إلى أن الجلسة العامة انعقدت «تلقائيا». فما هو مدلول هذه العبارة وما مدى صحة القول بجواز انعقاد جلسة عامة «تلقائيا». فبالنسبة للسؤال الأول،

(1) قضية عدد 15900، حكم غير منشور، سابق الذكر.

(2) يراجع: أحمد الورفلي وكمال العياري: «مجلة الشركات التجارية ملحق عليها»، مرجع سابق الذكر، ص. 396 وما يليها.

من الواضح أن المقصود هو أن الجلسة العامة انعقدت دون أن تتم دعوتها من قبل المصفي. وينتهي هذا الحكم إلى إقرار أن صدور الدعوة عن المصفي غير لازم. فمن غيره يمكنه القيام بذلك وضبط مكان عقد الجلسة العامة وتاريخه؟ إن كان المقصود بذلك هو المسير السابق للشركة فهذا المسير انتهت مهمته وزالت صفته بمجرد صدور قرار الجلسة العامة أو الحكم القاضي بالتصفية⁽⁴⁾، وإن كان ذلك صادرا عن أحد الشركاء دون صفة معينة فهذا يعيدنا إلى التساؤل الأصلي عن صحة إجراءات عقد الجلسات العامة بوجه عام، قبل التصفية وأثناءها: فهل أن حضور كافة الشركاء بالجلسة العامة يزيل عنها كل بطلان كما ورد بالفقرة الأخيرة من الفصل 127 من مجلة الشركات التجارية؟

الرأي عندنا أنه خلافا للدعوى القضائية التي أقر فقه القضاء بشأنها أنه يجب أن يتم فيها استدعاء الخصم لدى المحكمة بواسطة عدل منفذ وإلا عدت الخصومة غير منعقدة قانونا ولو حضر الخصم، فإن الجلسات العامة للشركاء لا يمكن تنظيمها بجلسات المحاكم. فإن حضرها كافة الشركاء ولم ينازع أحد في صحة إجراءات انعقادها عُدَّ انعقادها قانونا ولو شابه أي خلل إجرائي، وبالتالي لا يحق للمصفي أو للمسير غير الشريك أن يتمسك ببطلان إجراءات انعقادها أصلا. وقد أصاب الحكم المشار إليه حين انتهى إلى هذه النتيجة.

الفقرة الثانية: التحكيم

. يتعلق القرار الصادر عن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 1 بتاريخ 31 مارس 1994⁽²⁾، بتحديد صلاحيات المصفي في مجال التحكيم. وتتمثل وقائعه في إبرام اتفاقية تحكيم تتعلق بالتصرف في شركة، وقد وقع نصب مديرين قضائيين على الشركة المطلوبة التي هي بدورها أحد الشركاء، فقامت مجموعة من الشركاء أمام الرئيس الأول وعرضت أنها عيّنت محكما عنها وهي تطلب تعيين محكم عن المطلوبين بوصفهم المديرين القضائيين للشركة،

(1) وهو ما وقع في القضية موضوع الحكم الاستعجالي المذكور.

(2) قرار غير منشور. وهو يكتسي أهمية تاريخية إذ أنه أول قرار يصدر بعد تنظيم كيفية التعامل مع قضايا التحكيم إثر دخول مجلة التحكيم حيز التنفيذ في نوفمبر 1993، ولهذا فهو يحمل العدد 11. يراجع أحمد الورفلي: «التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن»، ط. مجمع الأطرش لتوزيع الكتاب المختص، تونس 2006، ص. 365 وما يليها.

إلا أنه تبين أن المحكم المذكور إعتذر عن قبول المهمة. و«بعد الإطلاع على الوثائق المظروقة بالملف، وخاصة على الفصل 24... من القانون الأساسي للشركة... والرسالتين مضمونتي الوصول... والمتضمنتين مطالبة المديرين القضائيين لشركة... بتعيين حكم من جهتهما ليتولى بمعية المحكم المعين من طرف الطالبين تعيين محكم ثالث والبت في الخلافات الناشئة بين الطرفين طبقا لمقتضيات الفصل 24 من القانون الأساسي»، قرر القاضي تعيين أحد الأساتذة الجامعيين محكما ثانيا عن المدعى عليهما بصفتها ممثلين لشركة... «ليتولى بمعية محكم المدعين الأستاذ... إتمام تكوين الهيئة التحكيمية والنظر في النزاع الحاصل بين الطرفين المتعلق بالتصرف في شركة... منذ نشأتها وفي التزامات الشركة نفسها والشركاء وتصفياتها [؟] وإصدار حكم تحكيم بشأن ذلك».

ويبدو من خلال مضمون القرار أن الشركة الواقع النزاع بشأنها تأتست قل صدور مجلة التحكيم، وتضمن قانونها الأساسي شرطا تحكيميا، وهذا الشرط كان صحيحا، سواء طبقنا عليه النص القديم، الذي يفترض أن يكون هو المنطبق عملا بأحكام الفصل الثالث من القانون عدد 42 لسنة 1993 الذي صدرت بمقتضاه مجلة التحكيم، أو الفصل 7 من مجلة التحكيم. إلا أن الإشكال المطروح يتعلق بتطبيق الفصل 1341 من مجلة الالتزامات والعقود، والذي إقتضى أن «ليس للمكلف بالتصفية الصلح ولا التحكيم...» ويحدد نطاق هذا المنع.

فمن جهة أولى، نتساءل عما إذا كان الفصل 7 من مجلة التحكيم قد نسخ الأحكام السابقة له والمتعلقة بموانع التحكيم جميعا، أم لا. فنلاحظ من جهة أولى أن المشرع لم يصرح بنسخ النصوص المتفرقة، والموجودة بمجلة الالتزامات والعقود وبمجلة التجارة البحرية، بل صرح بإلغاء «أحكام الفصول من 258 إلى 284 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الواقع إدراجها بمقتضى القانون عدد 130 لسنة 1959 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959»، ولم يشر إلى ما عدا ذلك من الأحكام، ومن ثمة فإن الأحكام الجديدة لا تمت بصحة اتفاقيات التحكيم التي إنبرمت صحيحة في ظل التشريع القديم، أي أنه إذا أبرمت اتفاقية تحكيم قبل دخول مجلة التحكيم حيز النفاذ وكانت مستوفية لشروط صحتها في ظل النص القديم، فإنه لا يمكن التصريح ببطالانها حتى ولو جاء النص الجديد بشروط جديدة غير متوفرة فيها ومن شأنها أن تؤدي إلى التصريح ببطالانها (أي

اتفاقية التحكيم) لو وقع تطبيق النص الجديد عليها. لكن النص الجديد لا يصحح الاتفاقيات التي نشأت باطلا قبله⁽¹⁾.

ويتضح من ذلك أن الفصل 3 من القانون عدد 42 لسنة 1993 لم يلغ النصوص السابقة له والمدرجة بمجلة الالتزامات والعقود ومنها الفصل 1341 المتعلق بالمصفي ولا الفصل 1120 المتعلق بالوكيل بشكل عام، وسواء كان المدعى عليهم في القضية مصفيين أم مؤتمنين عدلين مكلفين بإدارة شؤون الشركة إلى تاريخ إنتهاء بعض المشاكل المتعلقة بإدارتها، فإن الفصلين 1341 و1120 يمتنعان عليهما «التحكيم».

لكن يجب التساؤل عن المقصود بمنع «التحكيم» على معنى الفصلين المذكورين: هل أن المقصود هو منع الوكلاء والمصفيين من إبرام اتفاقيات تحكيم جديدة، أم قصد به منعهما من المشاركة في إجراءات التحكيم التي سبق التعاقد عليها من قبل الشركة قبل التصفية أو من قبل الموكل ؟

إن القول بأن المصفي ليس له المشاركة في إجراءات تحكيم سبق للشركة محل التصفية الاتفاق عليها يعني أنه ليس له المساهمة في تعيين محكم لإتمام حياة التحكيم كما ليس له تقديم ما للشركة من وسائل الدفاع أمام هيئة التحكيم. وبما أنه لا يمكن اعتبار هذا الشرط التحكيمي باطلا أو عديم الأثر أو غير قابل للتنفيذ فالنتيجة الحتمية لهذا السلوك السلبي هي لجوء الطرف الآخر إلى القضاء أو إلى مؤسسة تحكيم أو إلى الجهة المتفق عليها (Autorité de nomination) لتعيين محكم عوضا عن الشركة (أو قيام محكم المدعي بمهمة محكم وحيد إذا كان القانون الإجرائي المنطبق هو القانون الإنكليزي أو القانون الهولندي أو قانون مماثل لهما)، ثم صدور حكم ضد الشركة دون تلقي ما لها من جواب ووسائل دفاع. كما يؤدي ذلك إلى إستحالة رفع الشركة أمرها إلى القضاء، حيث إنه لا يمكنها رفع الأمر إلى المحكمين لوجود هذا «المنع». أما إن رُفِع الأمر إلى القضاء العدلي فإن مآل الدعوى هو الرفض إذا تمسك الطرف الآخر بوجود اتفاقية التحكيم لرد الدعوى.

(1) Ahmed OUFELLI : « Chronique de jurisprudence tunisienne en matière d'arbitrage », Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage, 2000, n°2, p. 258.

وأمام عدم منطقية هذا التأويل، فإنه من المحتمي تأويل الفصلين 1120 و1341 من مجلة الالتزامات والعقود على أنّ المقصود منهما هو منع الوكيل والمصفي من إبرام اتفاقية تحكيم جديدة. أما إذا كانت اتفاقية التحكيم سابقة الوجود، فإنّ لهما المساهمة في إجراءات التحكيم بدءاً بالمساهمة في تعيين المحكمين، وإنهاء بتقديم أوجه الدفاع أو مؤيدات الدعوى وأسانيداً بحسب الأحوال. وعليه فإنّ القرار عدد 1 المشار إليه قد طبق الفصل 1341 من مجلة الالتزامات والعقود تطبيقاً لا شائبة تشويه.

ومن جهة أخرى، اعتبر القضاء الفرنسي أنّ المصفي لا يمثل الشركة في الدعاوى الجزائية التي ترفع ضدها في شأن أفعال سابقة للتصفية⁽¹⁾. فينبغي عندئذ تعيين وكيل قضائي خاص يتولى الدفاع عن الشركة وتمثيلها أمام القاضي الجزائي. ويرجع هذا الحل إلى النظرية العامة للوكالة القضائية الخاصة وإلى الخشية من أن يصدر الحكم الجزائي ضد المصفي بصفته الممثل القانوني للشركة فيجد نفسه مهدداً بتنفيذ حكم جزائي لا دخل له فيه.

الشرع الثالث

الحلول الجزائية

يترتب عن حل الشركة حلول جميع ديونها *déchéance du terme*. ويتبع عن ذلك أن يتولى المصفي تحقيق الأصول عبر بيع المنقولات والعقارات الراجعة

(1) Cass. Crim. 10 févr. 2010, n° 08-87357, Note Eva MOULAL BASSILANA, http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/86/26/88/pdf/crim_10_fa_v_2010.pdf: « Une cour d'appel a méconnu les articles L. 622-9 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 et 706-43 du code de procédure pénale en jugeant recevables les poursuites pénales exercées à l'encontre d'une société en liquidation judiciaire représentée par le liquidateur judiciaire. »

Selon la Cour de cassation, en application du premier de ces textes, le liquidateur judiciaire désigné par le tribunal de commerce lors du placement en liquidation judiciaire de la personne morale, ne représente le débiteur que pour les actions à caractère patrimonial.

En vertu du second de ces textes, lorsque l'action publique est exercée à l'encontre de la personne morale en liquidation judiciaire, il doit lui être désigné aussi un mandataire de justice pour la représenter ».

للشركة واستخلاص ما لها من ديون على الغير، ثم استعمال متحصل جميع ذلك لخلاص الدائنين⁽¹⁾ وتوزيع فاضل التصفية على الشركاء، قبل الإعلان عن ختم التصفية.

ولا يجري التوزيع إلا بعد نشر إعلان في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية وجريدتين يوميتين إحداهما باللغة العربية وفوات أجل الاعتراض على لائحة التوزيع. ويلاحظ أن المشرع أبقى على النشر بجريدتين بالنسبة لهذا الإجراء بالذات في حين حذفه بالنسبة لأغلب العمليات والقرارات المتعلقة بالشركات التجارية بموجب قانون 16 مارس 2009، بما جعل الفقه يتساءل عن الحكمة من هذا الخيار وما إن كان الأمر متعلقاً بسهو تشريعي⁽²⁾. والرأي لدينا أن المشرع اختار الإبقاء على هذا الإجراء على الرغم من إدراكه لمحدودية الجدوى منه، وذلك بالنظر إلى خطورة العملية باعتبار أنها آخر فرصة للدائنين لاستخلاص ديونهم، مما يستوجب توسيع دائرة الإشهارات لتغطي أوسع طائفة ممكنة من الوسائل والفضاءات، إذ أن الكثير من الدائنين يعلم بالتصفية عن طريق الصدفة، خاصة إن لم تكن له علاقة مستمرة مع الشركة. وقد يعتمد المسكرون إلى إخفاء المعلومة عن بعض الدائنين لتفضيل البعض الآخر. وقد راعى المشرع واقع المؤسسات الاقتصادية سنة 2009، ولولا ذلك لأقر وجوب الإشهار في الموقع الإلكتروني «الرسمي» للشركة على غرار القانون الانكليزي. غير أن قلة الشركات التي تمتلك مواقع إلكترونية وعدم وجود آلية قانونية لترسيم الموقع الرسمي وإعلام الموموم به، علاوة على ظهور تقنيات مستشكلة مثل صفحات الفيسبوك facebook التي تستعمل بكثرة للإشهار التجاري، جعل المشرع يترث في تأطير هذه المسألة. ونعتقد أنه بعد مضي أكثر من خمسة أعوام على تنقيح 16 مارس 2009، أن الأوان لإعادة النظر في مسألة الإشهارات القانونية ومراعاة الواقع التكنولوجي والتجاري الجديد في البلاد.

(1) Abdelmajid ABOUDA: «Les effets de la dissolution de la société commerciale sur les droits des créanciers», in *La Passion du Droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Mohamed Larbi Hachem*, éd. Fac. de Droit et des Sc. Polit. de Tunis, 2006, p. 561.

(2) Slaheddine MELLOULI et Sami FRIKHA: «Les sociétés commerciales», op. cit., 2è édition, Tunis 2013, p. 88.

ويتم توزيع متحصل التصفية على الدائنين حسب مرتبهم. فإن كانوا من مراتب متعددة وجب على المصفي أن يعد جدولاً يرتبهم فيه في مراتب مترافقة منضّدة، فيضع في المقدمة أصحاب حق الأولوية ثم أصحاب الامتيازات الممتازة ثم أصحاب الامتيازات الخاصة في حدود قيمة الأعيان التي يتسلط عليها كل امتياز خاص ثم أصحاب الامتيازات العامة ثم أصحاب الرهون حسب مراتبهم إن تعددت ثم الدائنين العاديين. وإن وجد صاحب حق حبس فإنه يصنف قبل الدائن المرتهن أو في نفس مرتبة الدائن ذي الامتياز الخاص في حدود قيمة المال المحبوس⁽¹⁾.

وجدير بالذكر أن المساهمات العينية تنتقل ملكيتها إلى الشركة عند إحداثها أو الترفيع في رأس مالها، غير أن هذا الانتقال يعتبر في نظر فقهاء القانون الجبائي «مؤقتاً» وينتهي مفعوله عند حل الشركة، وهو ما يعبر عنه فقهاً بـ«انتقال الملكية المشروط» *mutation conditionnelle de la propriété*، ويعتبره الفقهاء من أشكال تجاوز الشخصية القانونية على الرغم من الإقرار بوجودها⁽²⁾. لأنه يهتك ستر الشخصية المعنوية ويجتاز سجنها⁽³⁾ فيعامل الشركة كشكل من

(1) حول إشكاليات ترتيب الدائن الحابس، أنظر مثلاً: البشير المنوبي الفرشيشي: «خواطر حول تصدق قانون التأمينات بعد تدوينه سنة 1906» من «كتاب مائوية مجلة الالتزامات والعقود» أعمال ملتقى، ط. مركز النشر الجامعي، تونس 2006، ص. 461 وما يليها. وكذلك: رابحة الغندري بوطار: «حق حبس العقار»، من مؤلف جماعي بعنوان: «بحوث في التأمينات العينية والشخصية»، تونس 1999، ص. 165، وكذلك
Ajmi BEL HAJ HAMMOUDA: «Le droit de rétention dans le code des obligations et des contrats», *Revue Tunisienne de Droit* 1976, n° 2, pp. 46 et ss.

(2) Maurice COZIAN: «Images fiscales: transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés», in *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, 4ème édition, Litec, Paris 2000, p. 271; MEYER-LAUZEN, «La notion fiscale de personnalité morale en Droit français», *Droit fiscal* 1966, n° 31-36 doct. et n° 37, doct.; C.FREYRIA: «De la pensée de Pothier à la transparence fiscale. La théorie défunte de la mutation conditionnelle de l'apport en société», in *Etudes à la mémoire du Professeur Emile Giraud*, Annales de la Faculté de droit et de sciences économiques de Lille, 1976, p. 171.

(3) Hélène PAERELS: «Le dépassement de la personnalité morale. Contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal français», thèse, Université de Lille 2, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, 2008, http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/37/09/23/PDF/These_HPAerels.pdf, p. 8.

وتشير المؤلفة إلى أن هذه النظرية تعزى أساساً إلى فقهاء القانون الجبائي الذين يرتبون عنها أن

أشكال الوضع على الذمة أو العارية أو الإيجار أو نحو ذلك. ويعبر عن ذلك ببساطة بالشفافية الجبائية للشخص المعنوي *transparence fiscale*. فإن تم خلاص كافة الديون وبقيت الأعيان موضوع المساهمة العينية فإن من قدمها كمساهمة أولى باسترجاع ملكيتها مقن عداها.

وقد أوضح فقه القضاء التونسي أنه «لا يجوز الحكم باسترداد الحصص العينية التي يساهم بها أحد الشركاء رغم ثبوت بطلان الشركة ذات المسؤولية المحدودة وذلك في صورة ما إذا برزت إلى حيز الوجود ومارست نشاطها مدة من الزمن وينتج عنه عندئذ الإذن بتصفيتها باعتبارها شركة فعلية»⁽²⁾. وهذا الحكم لا يتنافى مع نظرية الانتقال المشروط للملكية، لكنه يوضح أن لا توزيع على الشركاء قبل استنضاض الديون.

ويتضح من ذلك أنه يوجد استثناء وحيد وهو المتعلق بالشركة التي يتم حلها مباشرة بعد تكوينها دون أن تنشأ ديون في ذمتها المالية ودون أن تتعرض أصولها إلى أي تغيير، حيث يؤدي البطلان إلى إرجاع المساهمات لمن قدمها دون تغيير وتطبق نظرية انتقال الملكية المشروط بحذافيرها.

معالم التسجيل لا تكون مستوجبة إلا في تاريخ التصفية، وذلك في صورة إسناد بعض الأعيان إلى غير من قدمها كمساهمة عينية. ص. 8. وتعتبر المؤلفة أنه لا يمكن تطبيق هذه النظرية إلا بالنسبة للمساهمة الخالصة *apport à titre pur et simple* لأعيان مخصصة ومنتزة كالعقارات والأصول التجارية، فلا تسري على المثليات مثلاً، كما لا تسري على المساهمة بعوض *apport à titre onéreux*، وهي التي يتحصل بموجبها الشريك على حق مخصص كتمهيد الشركة بخلاص دين محمول على المساهم أو فاضل حساب مدين، حيث تُنظر هذه المساهمة بالبيع. راجع ص. 9.

(1) Hélène PAERELS: «Le dépassement de la personnalité morale...», *op. cit.*, p. 34 et ss.

وتشير المؤلفة إلى أن هذه النظرية تعزى أساساً إلى فقهاء القانون الجبائي الذين يرتبون عنها أن معالم التسجيل لا تكون مستوجبة إلا في تاريخ التصفية، وذلك في صورة إسناد بعض الأعيان إلى غير من قدمها كمساهمة عينية. ص. 8. وتعتبر المؤلفة أنه لا يمكن تطبيق هذه النظرية إلا بالنسبة للمساهمة الخالصة *apport à titre pur et simple* لأعيان مخصصة ومنتزة كالعقارات والأصول التجارية، فلا تسري على المثليات مثلاً، كما لا تسري على المساهمة بعوض *apport à titre onéreux*، وهي التي يتحصل بموجبها الشريك على حق مخصص كتمهيد الشركة بخلاص دين محمول على المساهم أو فاضل حساب مدين، حيث تُنظر هذه المساهمة بالبيع. راجع ص. 9.

(2) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 26582 بتاريخ 18 ماي 1966 سابق الذكر.

إلا أنه يلاحظ أن هذا الخيار يجعل الشركة تُحرم من الامتيازات الجبائية في مجال معاليم التسجيل، والمرتبطة بالانتقال المشروط للملكية، إلا إذا تم تأجيل خلاص معاليم التسجيل إلى مرحلة التصفية، وهو أمر لا يبدو القانون التونسي أخذاً به.

وفي إطار منع الاستفادة غير المشروعة من وضعيات تضارب المصالح، منع المشرع على المصفي أن يقتني أملاك الشركة لخاصة نفسه أو لفائدة أشخاص له بهم علاقة دموية أو مصالح وطيده⁽¹⁾. كما منع عليه أن يبرم صلحا أو أن يحيل مجمل الأصول صبرة واحدة⁽²⁾ أو أن يساهم بها في شركة أخرى إلا بإذن من الجلسة العامة للشركاء⁽³⁾. وهو يخضع طوال مدة عمله إلى تدقيق مراقبي الحسابات. وهو مسؤول إزاء الشركاء وإزاء الغير عن أخطائه الشخصية وعن فعل الأشخاص الذين يستعين بهم أو يكلفهم ببعض الأعمال.

وعلى المصفي أن يدعو الجلسة العامة للشركاء خلال الأشهر الثلاثة الموالية للشروع في عمله ليعرض عليها برنامج التصفية، وإلا تم تعيين وكيل قضائي للغرض. كما عليه دعوتها للانعقاد عند الانتهاء من مهمته وذلك للنظر في نتائج التصفية والتصويت على المصادقة على الحساب النهائي، بعد تمكينهم من الإطلاع على الوثائق اللازمة لذلك. فإن لم تحصل المصادقة جاز لكل معني، بما في ذلك المصفي، اللجوء إلى القضاء للغرض. ومصلحته في ذلك واضحة، وهي إبراء ذمته. ويخضع قرار المصادقة وختم التصفية إلى نفس موجبات الإشهار بالسجل التجاري والرائد الرسمي.

(1) الفصل 564 من مجلة الالتزامات والعقود.

(2) من الواضح أنه يُمنع على المصفي القيام بعملية مساهمة كلية بأصول الشركة الخاضعة للتصفية. لكن هل يجوز أن يقوم بمساهمة جزئية بالأصول *apport partiel d'actif*؟

الراجع أن قصد المشرع هو منع الصيغتين، خوفاً من أن يتم الاجحاف بحقوق الدائنين، خاصة أن إحالة مجموعة من الأصول صبرة واحدة يتعدى معها إيجاد حل لمعضلة توزيع المتحصل على دائنين متعددين يتمتع كل واحد منهم بتأمين عيني على عين بذاتها، كان يكون أحدهم مرتبنا على مال معين والآخر صاحب حق حبس على عين أخرى.

(3) الفصل 34 من مجلة الشركات التجارية. ويمتد الإعلان حتى إلى البيع لفائدة أحد عمال المصفي ولكل شخص معنوي تكون للمصفي فيه مصلحة مباشرة أو غير مباشرة، وهذا الإعلان أوسع بكثير مما هو مقرر بمجلة الالتزامات والعقود.

الضرب الرابع

وضع القانون سقفا زمنيا محددا لإنجاز مهمة المصفي وسمح بتمديداتها غير أنه لم يتطرق إلى فرضية وجود عوائق موضوعية تمنع المصفي من اتمام الأعمال اللازمة لإنجاز التصفية وختمها في الأجل القانوني.

الفقرة الأولى، مبدأ ختم التصفية خلال ثلاثة أعوام

المدة الأصلية لمهام المصفي هي عام وإن لم تنته التصفية خلال ذلك الأجل فإن عليه تقديم تقرير في الغرض يشرح فيه أسباب ذلك، ويمكن تمديد مدة عمله بقرار من الجلسة العامة أو بحكم استعجالي. وفي صورة عدم الانتهاء من التصفية خلال السنة الثانية يمكن طلب التمديد فيها من جديد بقرار من القاضي الاستعجالي لمدة سنة واحدة، فتكون المدة القصوى ثلاثة أعوام.

ولدى انتهاء مهمته، يودع المصفي الوثائق والدفاتر التي تهم الشركة بكتابة المحكمة التابع لها مقر الشركة أو بمكان موثوق به يحدده القاضي ما لم تحدد له أغلبية الشركاء مكانا أو طريقة خاصة لإيداعها. ويقع حفظ هذه الوثائق لمدة ثلاث سنوات على الأقل. وإثر ختم التصفية بصفة نهائية، يتولى المصفي إشهار ذلك بالسجل التجاري ثم بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبصحيفتين يوميتين إحداهما باللغة العربية. وهنا أيضا يلاحظ أن المشرع لم يبلغ الإشهار بالصحف اليومية رغم أن تعديل 16 مارس 2006 ألغاه بالنسبة لأغلب الإجراءات المتعلقة بالشركات.

الفقرة الثانية، وضعيات يتعذر فيها عمليا وقانونيا ختم التصفية

تطرح مسألة ضبط مدة التصفية بحكم القانون صعوبات تعسر معالجتها تتعلق بوجود وضعيات يتعذر فيها عمليا وقانونيا ختم التصفية في غياب أي خطأ من جانب المصفي، وهي الآتية:

الفقرة الفرعية الأولى: وجود تعقيدات قانونية تتعلق بملكية أصول الشركة

فإذا كانت الشركة تدعي ملكية عقار أو منقول وكان ذلك المال محل نزاع قضائي لم يتم حسمه خلال مدة التصفية فإن المصفي لا يمكنه أن يختم التصفية

باعتبار أن التصفية تتمثل حسب ما يدل عليه معناها اللغوي في تحويل عقارات الشركة ومنقولاتها إلى نقود (liquide) حتى يتسنى استعمالها لخلاص الديون أو توزيع فاضل التصفية على الشركاء. فإن لم تثبت الحالة الإستحقاقية فإن المصفي لا يمكنه أن يتصرف في تلك الأموال بأي وجه، كما ليس له التنازل عن تلك الأموال أو التخلي عن المطالبة باستحقاقها وإلا قامت مسؤوليته. وكثيرا ما يتعلق الأمر بعقارات، وخصوصا العقارات المسجلة، خصوصا في صورة الرسم المجمع، أو بالنسبة للعقارات غير المسجلة، وكذلك الشأن إذا كانت الشركة تدعي أنها دائنة لشخص بدين ناشئ عن عقد أو عن مسؤولية تكميلية وكان ذلك الدين محل نزاع قضائي لم يُفصل بعد بوجه بات.

الفقرة الفرعية الثانية: وجود رهون موظفة على بعض الأعيان المملوكة من الشركة

في هذا الإطار، يُطرح التساؤل عن كيفية إنجاز عملية التصفية في صورة وجود رهون موظفة على بعض المنقولات أو العقارات الراجعة للشركة. وقد اعتبر بعض الآراء أن الحل يتمثل في تعليق أعمال التصفية وتعيين متصرف قضائي يتولى بيع الأموال المثقلة برهون وتوزيع ثمنها طبق الإجراءات الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية قبل استئناف إجراءات التصفية. غير أن هذا الرأي لا يستقيم إذ لا وجود لأي نص تشريعي يقتضي تعليق إجراءات التصفية في مثل هذه الحالة أو غيرها. كما أن منطق التصفية هو ذات منطق الإجراءات الجماعية، إذ يقوم على فكرة أساسية مفادها أنه إذا كانت الذمة المالية للمدين بصدد الاستنضاض النهائي فإن الدائنين يتمتعون جميعا بفرصة أخيرة لاستخلاص ديونهم مما يستوجب بالتالي اعتماد إجراء «جماعي» يتميز بالإشهارات الواسعة الرامية إلى دعوة كافة الدائنين إلى التصريح بديونهم واستخلاصها بصفة جماعية مع مراعاة مراتبهم القانونية.

فإذا كانت بعض الأموال مثقلة برهون فإن المصفي مطالب بأن يقوم ببيعها مع تخصيص ثمنها لخلاص الدائنين حسب أولوياتهم مع مراعاة الإجراءات الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية، إذ أن التصفية، شأنها شأن الإجراءات الجماعية «التقليدية»، تُنظر قانونا بعقل جماعية. فلا يحق للدائن تعطيلها بدعوى أنه متمتع بسبب تفضيل قانوني لصفته كدائن مرتهن ونحوه، وإنما يحق له أن يعترض على الثمن لاستخلاص دينه منه.

الفقرة الفرعية الثالثة: وجود ديون لفائدة الشركة على الغير لم يحل أجل استخلاصها

وذلك في صورة إقراض شخص أو البيع له نسيئة لأجل طويل، كما هو الشأن بالنسبة لبعض الشركات التي تمنح قروضا لعمالها أو تبني لفائدتهم مساكن وتبيعها لهم على أساس أن يقوموا بالخلاص في آجال متسعة لكن تتم تصفيتهما في الأثناء. ومعلوم أن انحلال الذات المعنوية أو وفاة الدائن لا يسقط بهما الأجل *déchéance du terme* بالنسبة للمدين، فيبقى مطالبا بأداء الدين في آجاله الأصلية. وفي هذه الحالة لا يحق للمصفي أن يطالب المدينين بخلاص الدين أو باقي أقساطه قبل حلول الأجل التعاقدية، كما لا موجب لأن يتنازل عن هذه الديون خاصة إن كانت هامة، ويكون الأمر أكثر تأكدا إن لم يقع خلاص جميع الديون عند انتهاء الأجل القانوني للتصفية، فيكون عليه أن يواصل مهمته حتى يتم استخلاص كافة الديون وخلاص الديون التي على الشركة من قيمتها. وهكذا لا تجد المحكمة مناصا من تجاهل الأجل القانوني الأقصى وترك المصفي يواصل مهامه دون غطاء قانوني. ويمكن أن يطرح ذلك إشكالا قانونيا في خصوص الصفة القانونية للمصفي في صورة قيامه بدعوى لاستخلاص ديون الشركة على الغير خارج الأجل القانوني الأقصى، إذ قد يعارضه المدين بانتفاء الصفة. ويستحسن لهذا السبب أن تقرر المحكمة تمديد وكالة المصفي بقرار صريح لا بمجرد الإكتفاء بتمديد ضمني عبر تجاهل الأجل القانوني.

الفقرة الفرعية الرابعة: وجود ديون لفائدة الشركة على الغير يتطلب استخلاصها مصاريف هامة ومشقة تتجاوز ما يرجى تحصيله منها

فلئن كانت أحكام مجلة الشركات التجارية غير واضحة في خصوص مدى إمكانية التفويت في الديون للغير سواء تعلق الأمر بشركة استخلاص ديون أو غيرها، فإنه يمكن الجزم بجواز ذلك بعد الحصول على إذن من المحكمة أو من الجلسة العامة للشركاء. والأمر على خلاف ذلك بالنسبة لإمكانية شطب هذه الديون. فقد لا يجد المصفي من يرتضي شراء ديون المؤسسة أصلا، كما يتضح له أن استخلاصها يتطلب وقتا طويلا ومصاريف هامة تستوعب ما يمكن تحصيله منها، بحيث لا يمكن خلاص أي دائن منها. ففي هذه الحالة

يجوز في تقديرنا شطب هذه الديون والتخلي عن المطالبة بها بشرط مصادقة القاضي على هذا القرار.

الفقرة الفرعية الخامسة: وجود ديون على الشركة لم يتم خلاصها

فعدم خلاص كافة الديون لا يمنع المصفي من ختم التصفية وذلك إذا قام بتصفية كامل الأصول. فالقاعدة أن أموال الشركة المدينة ضمان لدائتيها، فإن تم استنضاض هذه الأموال بالكامل فلا معنى لتواصل أعمال التصفية. وإذا رام بعض الدائنين أو حتى المساهمين القيام على المسيرين بدعوى المسؤولية فإن هذه الدعوى تخرج عن إطار التصفية ولا تعطل المصفي عن ختم التصفية.

الشرع الخامس

يتحمل المصفي مسؤولية جزائية مشددة في عدة صور صنفها الفقه⁽¹⁾ كما يلي:

- مسؤولية جزائية ناجمة عن إخلالات إجرائية وفنية، وتشمل ما يترتب عن الإخلالات الفنية وما ينجم عن عدم احترام القواعد الفنية للتصفية. ويشمل هذا الصنف: صورة عدم القيام بإشهار قرار تسميته وتصفية الشركة أو في صورة عدم دعوة الشركاء للتصويت على القرارات السالف التعرض إليها.

- أما الجرائم الأكثر خطورة فهي المتعلقة بتجاوز السلطة والاستيلاءات، ومنها ما هو منصوص عليه بمجلة الشركات التجارية ومنها ما هو منصوص عليه بنصوص أخرى كالمجلة الجزائية. فمجلة الشركات التجارية تؤاخذ المصفي في صورة عدم تأمين ما يتبقى من الأموال مما هو راجع إلى دائنين أو شركاء لم يتقدموا لطلبه، وكذلك في صورة الإعتساف في استعمال سمعة الشركة أو أموالها لغايات ذاتية أو لفائدة شركة أخرى له فيها مصالح مباشرة. كما يعاقب

(1) فتحي الميموني: «المسؤولية الجزائية لمصفي الشركة»، ملتقى حول مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005، تونس 3 و4 فيفري 2006، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2006، ص. 185. ويلاحظ المؤلف أن مجلة الشركات التجارية تتضمن تجريما مضاعفا لبعض الأفعال، مع أن تعديل 27 جويلية 2005 عمل على حذف صور التجريم المزدوج.

أيضا في صورة إحالة أصول الشركة أو جزء منها دون احترام الموجبات القانونية وخصوصا بخرق قواعد الشفافية والمنافسة عبر إبرام عقود بيع مراكنة، بما لا يضمن بيعها بأفضل ثمن ممكن ويفسح الباب أمام التلاعب والفساد أو التهاون. كل ذلك إلى جانب العقوبات الأشد المنصوص عليها بنصوص تشريعية أخرى، وخصوصا بالمجلة الجزائية، وخاصة منها أحكام الفصل 297 من المجلة الجزائية المتعلقة بزجر جريمة خيانة الأمانة الموصوفة، وذلك بحكم ما للمصفي من صفة الوكيل أو الوكيل القضائي.

الجزء الخامس

فضّ نزاعات الشركات

**La résolution des différends
relatifs aux sociétés**

***The settlement of company
disputes***

الباب الأول:

الآليات الوقائية

أجازت مجلة الشركات التجارية خصوصاً بعد تعديل سنة 2007 اللجوء إلى الاختبار في التصرف لغاية التحقق من أعمال التصرف ومدى موافقتها لمصالح الشركة (المبحث الأول). غير أن القانون التونسي ما زال يجهل تقنيات اعتمادها جل التشريعات الحديثة خصوصاً في بلدان أوروبا - لا سيما الانقلاوساكسونية - تتمثل في تمكين الأغلبية من إخراج الأقلية من الشركة في بعض الظروف الخاصة، بينما اعتمد مؤخراً آلية جديدة تخول الأقلية الخروج من الشركة وإن لم تكن الأغلبية راضية بذلك (المبحث الثاني).

المبحث الثاني

الاختبار في التصرف أو اختبار الأقلية

L'expertise de gestion ou expertise de minorité

على عكس القانون الفرنسي الذي أقر حق أقلية المساهمين في الشركة خفية الاسم في اللجوء إلى القضاء لطلب تعيين خبير في التصرف لفحص عملية أو جملة من العمليات المحددة التي يعتقد الطالب أو الطالبون أنها غير مطابقة لمصلحة الشركة، ثم وسع مجال العمل بهذه الآلية إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة، بدأ القانون التونسي بإقرار تقنية الاختبار في التصرف في الشركة ذات المسؤولية المحدودة (2000) ثم وسع العمل بها إلى الشركة خفية الاسم (2007).

القسم الأول

القسم الأول

تساءل بعض الفقهاء في تونس إن لم تكن مجلة الشركات التجارية في واقع الأمر عدة مجلات، حررت كل واحدة منها على حدة ثم وقع تجميعها في وعاء

لا أحد يمكنه أن يتنبأ بالوقت أو السبب الذي يمكن أن تندلع به النزاعات بين الشركاء. فالأمر مرتبط بعوامل ببيكولوجية أكثر من ارتباطه بعوامل موضوعية. كما لا يمكن لأحد أن يتنبأ بالإطار الذي تنشأ فيه هذه النزاعات ولا بالمسائل التي ترتبط بها أو بتأثيرها أو تؤثر فيها. فقد تنشأ نزاعات الشركات في إطار خلاف حول كيفية إدارة الشركة أو بمناسبة قفل السنة المالية أو عند النظر في نقل المقر أو شراء عقار أو متقول جديد أو عجز الشركة عن خلاص دين محمول عليها أو تعرضها إلى حكم جزائي من أجل مخالفة اقتصادية أو بيئية أو إلى حكم بالتعويض لفائدة الغير عن ضرر ألحقته به. كما قد تنشأ أيضاً في إطار خلاف حول تصفية شركة، ويمكن ثور بمناسبتها نقاشات حول تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص⁽¹⁾...

ومرور الشركة بصعوبات اقتصادية قد يكون عامل وحدة وتأزر بين الشركاء، بينما يمكن أن يقود تحسن الأوضاع وتكاثر الأرباح إلى تيقظ روح الأنانية لديهم. ومهما يكن من أمر فإن القوانين الحديثة لم تعد مبنية على افتراض أن التعايش بين الشركاء يمكن أن يطول بصفة ذاتية، إذ وضعت آليات تهدف إلى الوقاية من النزاعات أو من استفحالها عن طريق إخراج بعض الشركاء من الشركة دون نزاع (الباب الأول). فإن لم يتسن ذلك فقد أقرت آليات تنازعية أو صدامية، أكتها القضاء الرسمي أو التحكيم (الباب الثاني).

(1) يراجع مثلاً القرار عدد 31115 الصادر عن الدائرة الثامنة لمحكمة التعقيب بتاريخ 5 ماي 2009 (منشور بمجلة الأخبار القانونية، العدد 70/71، جوان 2009، ص. 34) المتعلق بتصفية شركة تتضمن أسهماً في شركة مدرجة بالبورصة، حيث تمسك الخال بأن ابتي الهالك خرجنا من الملة الإسلامية بسبب زواج إحداهما من فرنسي غير مسلم ومخادنة الأخرى لرجل concubinage في غياب علاقة زوجية بما يمنعها من الإرث عملاً بقاعدة «لا توارث بين أهل ملتين». وقد اعتبرت المحكمة أن اختلاف الدين ليس مانعاً للإرث لأنه لم يُذكر صراحة بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية. وقد لقي هذا القرار مساندة من جانب من الفقه، حيث اعتبر عثمان بن فضل أنه يكرس مبدأ المساواة بين المساهمين الذي هو أحد ثوابت قانون الشركات ومسلماته غير القابلة للخرق (dogme infrangible) ومكرس بالفصل 81 فقرة أولى من ترتيب حياة السوق المالية. يراجع:

Othman BEN FADHEL : « Le droit tunisien entre le sacré et le profane. Commentaire de l'arrêt n° 31115/2008 du 5 mai 2009 », Infos Juridiques, janvier 2010, n° 82/83, pp. 30-31.

واحد. عند الإنتهاء من العمل. والواقع أن وجود الفصل 139 في باب الشركات ذات المسؤولية المحدودة مقابل غياب نظير له في باب الشركة خفية الاسم لا يمكن إلا أن يؤكد هذا الإعتقاد. إلا أن هذا التساؤل لم تعد له سوى أهمية نظرية منذ أن تم توسيع العمل بألية الاختبار في التصرف إلى شركات الأسهم بموجب أحكام قانون حفز المبادرة الاقتصادية الصادر في 27 ديسمبر 2007 الذي أضاف فصلا 290 مكرر إلى مجلة الشركات التجارية، ينص على أنه «يمكن لشريك أو عدة شركاء يمثلون عُشر رأس مال الشركة على الأقل إما فرديا أو جماعيا أن يطلبوا من القاضي الاستعجالي تعيين خبير أو مجموعة خبراء يعهد لهم بتقديم تقرير حول عملية أو عدة عمليات تصرف.

ويتولى الخبير تبليغ نسخة من تقرير الاختبار إلى الطالب وإلى الوكيل، وعند الاقتضاء إلى مراقب الحسابات. ويرفق بتقرير مراقب الحسابات ويتم تبليغه إلى الشركاء قبل انعقاد الجلسة العامة العادية وذلك بالشروط المنصوص عليها بالفصل 130 من هذه المجلة».

وقد وقع نقل جل هذه الأحكام في الفصل 290 مكرر الذي أضاف إليه عدة آليات تكرر مزيدا من الشفافية في تبليغ المعلومة المضمنة في تقرير الخبير إلى أكبر عدد ممكن من الأشخاص المعنيين.

الفرع الأول

كيفية اختبار في الشركة

يتمثل الاختبار في التصرف في «تحقيق» inspection حول جدوى عملية ما أو وجاهتها أو مدى مطابقتها لمصلحة الشركة. فهو يختلف اختلافا كليا عن التدقيق الذي يجريه مراقب الحسابات، والذي يقتصر على رقابة على وثائق المحاسبة. فالخبير في التصرف يستند حتما إلى الوثائق المحاسبية لكنه لا يكفي بها، بل يجب عليه أن يبحث عن معطيات من خارج الوثائق المحاسبية، وخاصة منها معطيات السوق الذي تنشط فيه المؤسسة، كما يجب عليه أن يبحث في الجانب التاريخي للمسألة، أي أن يدرس المعطيات والظروف التي حققت بالعملية المسترابة وما تلاها من التطورات والأعمال، إلى جانب البحث في الإطار البشري، أي الصلات والروابط التي تجمع المسير الذي يباشر العمليات بالطرف الآخر المتعاقد معه إن كانت عملية تعاقدية.

ويلاحظ أن الفصل 4-820 L من المجلة التجارية الفرنسية ينص على عقوبات جزائية تصل إلى حدود السجن مدة خمس سنوات وخطية بمبلغ 75 ألف يورو بالنسبة لكل مسير أو غيره من أعوان الشركة يتعمد تعطيل أعمال الخبير أو يرفض مده بالوثائق اللازمة لإنجاز مهمته، فيما لم تتضمن مجلة الشركات التجارية التونسية أحكاما مماثلة⁽¹⁾ واقتصرت على تجريم عرقلة أعمال مراقب الحسابات كما لم تنظر خبير التصرف بمراقب الحسابات. ومن ناحية أخرى فإن طرح الأسئلة الكتابية يعد المدخل الطبيعي لطلب الاختبار في التصرف⁽²⁾. فالأقلية المالكة لنسبة من رأس المال لها أن توجه أسئلة كتابية للمسير، فإن قدم جوابا غير مقنع أو تخلف عن الجواب أصلا جاز اللجوء إلى القضاء.

وليس للقاضي أن يجتهد في تحديد صفة طالب الاختبار إذ اشترط المشرع أن يكون مالكا ل عُشر رأس المال على الأقل⁽³⁾. أما في القانون الفرنسي فيجوز طلبه ممن يملك 5 بالمائة فقط من رأس المال. وقد مضى المشرع التونسي في طريق الحذر في تحديد نسبة رأس المال المشتركة للقيام بطلب الاختبار في التصرف، لكن آن الأوان اليوم للالتحاق بالمعايير الدولية التي تضع نسبة لا تتجاوز 5 بالمائة أو تقل عنها.

(1) أحمد الورفلي وكمال العياري: «مجلة الشركات التجارية - معلق عليها»، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2007، ص. 431.

(2) Maurice COZIAN, Florence DEBOISSY et Alain VIANDIER: «Droit des sociétés», op. cit., p. 173, n° 460.

(3) المحكمة الابتدائية بتونس، حكم استعجالي صادر بتاريخ 7 جويلية 2003، عدد 8979، غير منشور - مذكور بكتاب «مجلة الشركات التجارية معلق عليها» لأحمد الورفلي وكمال العياري، تونس 2006، ص. 432: «لتن أجاز الفصل 139 من مجلة الشركات التجارية اللجوء إلى القاضي الاستعجالي لتعيين خبير أو مجموعة خبراء، فإنه اشترط لذلك أن يكون الطالب ممثلا لعشر رأس مال الشركة على الأقل وأن يكون مناط الطلب تقديم تقرير حول عملية أو عدة عمليات تصرف. ... إن الطلب في قضية الحال ولئن كان صادرا عن له الصفة فإنه كان مخالفا من حيث موضوعه لمقتضيات الفصل المذكور لشموله الإطلاع على حسابات الشركة منذ تأسيسها إلى تاريخ القيام وضبط أملاكها وحصرها لتحديد الأرباح الراجعة للطالب من مداخيل الشركة، ... إن طلبا على تلك الشاكلة يخرج عن مناط نظر قضاء المجلة».

الشرع الثاني

من أول القواعد التي تُستمد من الفصل 139 مكرر أن العمليات التي يمكن طلب التدقيق في شأنها هي أعمال التصرف *actes de gestion*. وقد أوضح القضاء الفرنسي أن الاختبار في التصرف لا يمكن تطبيقه بالنسبة للقرارات التي تتخذها الجلسة العامة، التي هي هيكل مداولة وليست هيكل إدارة وتصرف⁽¹⁾.
ويلاحظ أن التطبيق القضائي التونسي أظهر بعض الليونة في التعامل مع طلبات تعيين خبراء في التصرف، وذلك من منطلق أن «الإذن لا يعدو كونه وسيلة تحفظية وقتية كلف بمقتضاها خبير بمراجعة حسابات الشركة للسنة المالية 2001-2002 وليس من ضرر يلحق الشركة المذكورة من ذلك ما دام القول الفصل في النزاع يكون عند الاقتضاء بتوخي طريق التقاضي الخاضع لنظام المواجهة بين الخصوم»⁽²⁾.

كما أن القضاء التونسي يعتبر عدم حضور الممثلين أمام القضاء الاستعجالي للرد على طلب التعيين قرينة قوية على وجود إخلالات في التسيير والتصرف تستوجب التحري في شأنها بواسطة خبير. ففي الحكم الاستعجالي الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 15 أكتوبر 2001⁽³⁾ ورد أنه: «حيث لم يحضر المطلوبون ولم يقدموا بالتالي ما يفيد عقد الجلسات العامة وإجراء

(1) Maurice COZIAN, Florence DEBOISSY et Alain VIANDIER, *op. cit.*, p. 173, n° 461. La jurisprudence a néanmoins étendu le contrôle de l'expert de gestion aux opérations qui rentrent dans la compétence des dirigeants mais qui nécessitent l'approbation de l'assemblée générale, tels les apports partiels d'actif : cass. com. 12 janv. 1993, *Juriscasseur Périodique*, éd. E, 1993, II.415, note Alain VIANDIER. La Cour d'Appel de Versailles en a jugé de même pour les conventions réglementées qui doivent être approuvées par l'assemblée : Versailles, 27 fév. 1997, *Bulletin Joly* 1988, p. 543, note Paul LE CANNU et J. MENUJOU.

(2) المحكمة الابتدائية بتونس، حكم استعجالي عدد 11597 صادر بتاريخ 2 أكتوبر 2003، غير منشور، مذكور بكتاب «مجلة الشركات التجارية معلق عليها» لأحمد الورفلي وكمال العياري، تونس 2006، ص. 432، خلافا للحكم الصادر عنها في 7 جويلية 2003 السابق ذكره.

(3) حكم عدد 91007-2001، غير منشور، مذكور بكتاب «مجلة الشركات التجارية معلق عليها» لأحمد الورفلي وكمال العياري، تونس 2006، ص. 431.

الحسابات وإطلاع كل الشركاء عليها وتحديث ما على الشركة وما لها وما أنجزته من صفقات وما حققته من أرباح إلى غير ذلك. وحيث خول الفصل 139 من قانون الشركات المؤرخ في 2000-11-3 للشريك أو لعدة شركاء يمثلون عشر رأس مال الشركة المطلوبة تسمية خبير أو مجموعة خبراء [لفحص] عملية أو عدة عمليات تصرف. ... أصبح المطلب هكذا في طريقه واتجه الحكم لصالحه».

كما أن ظهور ما يوحي بوجود استبداد في التصرف يبرر الإذن بتكليف الخبير، وهو ما قرره الحكم الاستعجالي الصادر عن المحكمة الابتدائية بأريانة بتاريخ 22 مارس 2003: «أوجب الفصل 20 من القانون الأساسي للشركة على الوكيل إبلاغ الشركاء بالموازنات والوضعية المالية للشركة الأمر الذي لم يفعله الوكيل ولم يثبت أنه تولى القيام به. ... فضلا عن ذلك فإن الفصل 139 من مجلة الشركات التجارية خول لكل شريك يمثل عشر رأس مال الشركة على الأقل أن يطلب من القاضي الاستعجالي تعيين خبير يعهد له بتقديم تقرير حول عملية أو عدة عمليات تصرف، و... إن الشرط الوحيد الوارد بهذا الفصل وهو تمثيل عشر رأس مال الشركة متوفر في المدعي... ولهذه الأسباب، قضت المحكمة ابتدائيا استعجاليا بتعيين الخبيرة ... للإطلاع على دفاتر الشركة التجارية... وتحديد أرباحها انطلاقا من سنة 1991 وتقدير مناب المدعي فيها»⁽¹⁾. وهذا الحكم يؤكد التوجه الغالب في التطبيق القضائي التونسي الذي لا يقصر الاختبار على عملية أو عمليات محددة بل يأذن به بشأن مدة تمتد غالبا على عدة أعوام، وهو ما يؤكد وعي القاضي التونسي بدرجة الشفافية الموجودة فعليا في عديد الشركات التونسية حتى إزاء الشركاء... فكيف بالغير ! لكنه يتنافى من جهة أخرى مع التوجه العالمي نحو رفض الإجراءات التي تندرج في خانة «رحلات صيد السمك *fishing expedition*»، أي الطلب العشوائي الذي قد يقع على ما يفيد أو على ما لا فائدة منه.

ويلاحظ أيضا أن القانون التونسي يقتضي أن طلب الاختبار يرفع إلى القاضي الاستعجالي أي إلى رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه بينما يقتضي القانون الفرنسي أنه يرفع إلى رئيس المحكمة التجارية.

(1) قرار صادر تحت عدد 19745 في 22 مارس 2003، غير منشور. مذكور بكتاب «مجلة الشركات التجارية معلق عليها» لأحمد الورفلي وكمال العياري، تونس 2006، ص. 431.

الفصل الثاني: الاختبار في الشركة خفية الاسم

في ظل غياب نص خاص يقر إمكانية طلب اختبار في التصرف، لم يكن بإمكان أقلية الشركاء في الشركة خفية الاسم الراغبين في فحص عملية أو مجموعة من العمليات التي قام بها المسيرون بواسطة خبير مختص سوى اللجوء إلى أحكام الفصل 201. أو الفصل 213 من مجلة المرافعات المدنية، أي إلى إجراءات القضاء المستعجل أو إجراءات الإذن على العريضة، لطلب تعيين خبير قضائي طبق الإجراءات المألوفة لتعيين الخبراء في مختلف المجالات. كما كان بإمكان الشريك أن يقوم بدعوى مدنية في مسؤولية الميسرين (ولو أن سند هذه الدعوى ظل غامضا بالنسبة للدعوى الفردية حتى إقرارها بموجب القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 المتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الشركات التجارية) يطلب في إطارها تكليف خبير بالتحري حول عملية أو عمليات محددة أو حول فترة معينة. غير أن الإشكال يتمثل في أنه في صورة قيامه بدعوى فإنه لا يملك في جل الأحيان ما يكفي من المعطيات لتحديد طلباته في حين أن قيمة الطلب تحدد عدة أمور أهمها على الإطلاق الاختصاص الحكمي. وقد اعتبرت بعض المحاكم أنه إذا لم تكن لدى المدعي المعطيات التي تمكنه من ضبط طلباته قبل القيام تعد الدعوى غير مقدرة وتقع بالتالي في اختصاص المحكمة الابتدائية. وطالما أن الدعاوى المتعلقة بالشركات التجارية تدخل جميعا في اختصاص الدوائر التجارية فإن تحديد مقدار الطلب لا تكون له أهمية في هذا المجال سواء اعتبرت الدعوى مقدرة أو غير مقدرة.

وقد جاءت مجلة الشركات التجارية بإقرار إمكانية طلب اختبار في التصرف في إطار الشركات ذات المسؤولية المحدودة. وتسري هذه القاعدة الآلية على شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة. وفي 27 ديسمبر 2007 تم توسيع العمل بهذا النظام ليشمل أيضا الشركات خفية الاسم⁽¹⁾. وعملا بأحكام الفصل 391 من مجلة الشركات التجارية، تسري هذه الأحكام على شركات

المقارضة بالأسهم. ولم تبقى خارج ميدان تطبيق هذه الآلية سوى شركات الأشخاص بأنواعها بما فيها شركة المقارضة البسيطة.

ومع أن النص الجديد جاء كسابقه محددا مجال الاختبار في جملة من العمليات المحددة فإنه يبدو أن القضاء التونسي يصرّ على جعله أداة لمراقبة جودة التصرف والتسيير وبالتالي أداة لمراجعة فترات طويلة من حياة الشركة، كما وقع في الإذن الصادر عن محكمة أريانة الابتدائية بأريانة في 19745 بتاريخ 23 مارس 2002 في شأن شركة ذات مسؤولية محدودة⁽²⁾. ولا شك أن القاضي يحتاج مزيدا من الوقت للإقتناع باختلاف الاختبار في التصرف على معنى الفصلين 139 و 290 مكرر من مجلة الشركات التجارية والاختبار القضائي العادي المنصوص عليه بمجلة المرافعات المدنية، كما يحتاج إلى حجج أكثر قوة تقنعه بجدوى الإذن في إطار معزول باختبار يتناول بعض العمليات المحددة قبل أن تتبين ضرورة الإذن باختبار أشمل منه بعد نشر قضية في الأصل. والواقع أن تساؤلات القاضي المطبق للنصوص لا تخلو من المنطق، خاصة أن نظام الاختبار في التصرف أضيق من مجال الاختبار العادي حال أنه بالنسبة للطلاب لا يوجد فرق بينهما إلا في النص القانوني الذي يستند إليه في تحرير المطلب. ولو نحا القضاء منحى التضييق في مجال الاختبار في التصرف لعمد المتقاضون إلى تقديم مطالبهم دون تحديد المرجع التشريعي الذي يستندون إليه، فيكون عندئذ على القاضي أن يجتهد بنفسه لتحديد سند الإذن وبالتالي لتحديد صنف الاختبار المطلوب الإذن به.

ويتميز الاختبار في التصرف في الشركة خفية الاسم بدرجة من الشفافية تتجاوز ما هو مقرر في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، بما أنه يقتضي توزيع نسخ من تقرير الخبير على كافة الأشخاص والأطراف المعنيين بما في ذلك هيئة السوق المالية بالنسبة لشركات المساهمة العامة. كما يوضع التقرير على ذمة الشركاء مع سائر الوثائق بمناسبة أول جلسة عامة موالية. والرأي لدينا أنه ينبغي تعميم هذه الإجراءات (عدا ما يهم هيئة السوق المالية) على الشركات ذات المسؤولية المحدودة.

(1) ذكره كمال العياري في مقاله السالف ذكره.

(1) يراجع حول هذا التوسع وصداه لدى الفقه التونسي: Kamel AYARI: « Le gouvernement d'entreprise: une gestion efficace », *Infos Juridiques*, mars 2009, n° 64/65, p. 16.

خروج الأقلية من الشركة

تنص أغلبية القوانين الحديثة المتعلقة بالشركات على آلية قانونية لإخراج الأقلية من الشركة قبل وفود النزاعات مع الأغلبية المالكة لنسبة هامة من رأس المال. ويلاحظ أن الأطراف أصبحوا يلجؤون إلى تقنيات تعاقدية في إطار ما يسمى باتفاقيات الشركاء *shareholders' agreements/pactes d'actionnaires* لتنظيم إخراج أحد الأطراف من الشركة في صورة بداية توتر الوضع.

التم الأول

ظل القانون التونسي يتجاهل إمكانية إخراج الأقلية بسعي من الأغلبية خارج إطار الفصل 1327 من مجلة الالتزامات والعقود بينما كرس في قانون إعادة تنظيم السوق المالية ثم في تنقيح مجلة الشركات التجارية في 16 مارس 2009 حق الأقلية في الخروج من الشركة وإلزام الأشخاص الذين يكتسبون سيطرة كاسحة على الشركة بشراء مساهمتهم.

الشرع الأول

يتمثل *squeeze out* أو ما قد تصبح ترجمته بـ«العصر» في إخراج الأقلية من الشركة ولو رغما عنها بغاية تفادي نزاعات قادمة بينها وبين الأغلبية⁽¹⁾. ويكون ذلك إثر اكتساب شخص أو مجموعة من الأشخاص المتحالفين ملكية نسبة هامة من رأس المال وخصوصا في صورة الاندماج، حددت في بعض القوانين بـ95 بالمائة بينما حددتها المادة 979 من قانون الشركات الانكليزي

(1) يراجع خصوصا: كمال المياري: «حق الأقلية في الخروج من الشركة»، مجلة القضاء والتشريع، جويلية 2009، عدد خاص «قانون شركات»، ص. 25.

لسنة 2006 بتسعين بالمائة فحسب⁽²⁾. وفي قوانين أخرى، يمكن اللجوء إلى هذه التقنية أيضا في صورة ترفيع رأس المال بما يؤدي إلى مزيد إضعاف الأقلية، وحتى في صورة تغيير مقر الشركة إلى بلد آخر وصورة بيع أكثر من 50 بالمائة من أصول الشركة بما يؤدي فعليا إلى تغيير موضوعها الاجتماعي أو إبرام اتفاق بين الشركة ودائنيها يقتضي إعادة هيكله رأس مالها تحت رقابة القضاء⁽³⁾. وفي القانون السويسري، يتم التمييز بين فرضية إخراج الأقلية إثر عملية اندماج *squeeze-out merger* حيث يشترط امتلاك الأغلبية لـ90 بالمائة من رأس المال، وصورة إخراج الأقلية إثر عرض عمومي (للبيع أو الشراء أو المبادلة) *squeeze-out following a public offer*، حيث تُشترط أغلبية 98 بالمائة من حقوق التصويت.

فالأمر لا يتعلق بأغلبية عادية بل بأغلبية معززة أو ساحقة *supermajority of shareholders*. وهذا الشخص (أو المجموعة) قد يزعه وجود بعض المساهمين الذين لا ينسجم معهم، بما ينذر بنشوب خلافات حول كيفية إدارة الشركة وتسييرها يترتب عنه تحول الشركة إلى حلبة صراعات لا طائل من ورائها، وهو ما يبرر تخويل كل واحد من الطرفين التخلص من الثاني، وذلك بشراء أسهم الأقلية من قبل الأغلبية في كلا الحالتين.

ويحصر أغلب القوانين هذه التقنية القانونية في الشركات المدرجة بالبورصة *listed companies*. ومثال ذلك قانون «الوير» في الولايات المتحدة الأمريكية وأغلب القوانين الأوروبية⁽³⁾. ويتحدث الفقه عن تقنية مجاورة يسميها «التجميد» *freeze-out* وتتمثل في تعطيل ممارسة الأقلية لحق التصويت لمنع عرقلة اتخاذ القرارات في الجلسة العامة⁽⁴⁾.

(1) Sarah HOLMES, Nigel DEALY and Jonathan GIBSON: «A practical Guide to the Companies Act 2006- A guide for busy directors and company secretaries», CCH eds., London 2008, p. A2009, at A2.4.5.

(2) الفصول من 170 إلى 179 من قانون الشركات التجارية للجزر العذراء البريطانية BVI.

(3) Feliksas MILIUTIS: «Fair Price in Squeeze-Out Transaction», *Societal Studies*. 2013, 5(2): 769-792 ; <http://www.uni-tuebingen.de/dgf/program/CPaper137.pdf>

لكن في بلدان أخرى مثل تاوان، يتم العمل بهذه التقنية في شركات المساهمة الخصوصية أيضا.

(4) VENTORUZZO, M: «Freeze-Outs: Transcontinental Analysis and Reform

هذا الاعتراض تم تجاوزه إذ اعتُبر النص دستوريا كلما وفر للأقلية ضمانات معقولة للحصول على تعويض مناسب. كما أن وجود تقنية *sell out* الآتي ذكرها ينشئ توازنا بين حقوق الطرفين، حيث إن الأقلية بإمكانها أيضا غضب الأغلبية على شراء أسهمها ولو لم تكن ترغب في ذلك.

كما أعرض البعض الآخر عن هذه التقنية على اعتبار أنها تؤدي إلى عكس ما تقوم عليه التشريعات الحديثة التي تنادي بتدعيم حماية الأقلية، حيث اعتبروا أن هذه التقنية القانونية تشجع الأغلبية الجشعة على الإستيلاء على أملاك الأقلية كلما لاحظت أن أمور الشركة في تحسن ملحوظ.

ومن ناحية أخرى فقد تبين فقه القضاء في بعض البلدان مثل تاوان حول مفهوم الثمن العادل *fair price* الذي يجب تطبيقه إذا لم تقبل الأقلية الثمن المعروض عليها في إطار عملية اندماج مع إخراج الأقلية، حيث اعتبر بعض القضاة أن الثمن العادل هو ذات الثمن الذي يبيع به أسهم الأغلبية، فيما اعتبر قضاة آخرون أن الأغلبية لها الحق في بيع أسهمها بثمن أعلى من ثمن أسهم الأقلية باعتبار ما لها من الرقابة على الشركة ودورها في ازدهارها.

وفي غياب نص تشريعي تونسي يكرس تقنية *squeeze out*، يجوز التساؤل عما إذا كان من الممكن تكريسها تعاقديا، أي عن مدى صحة الشروط التعاقدية التي تسمح للأغلبية بإخراج الأقلية من الشركة إذا توفرت شروط معينة كاجتماع نسبة كبيرة من رأس المال بيد شريك أو بعض الشركاء المتحالفين. والرأي عندنا أن هذه الشروط تكون جائزة إذا منحت الأقلية ضمانات كافية تجعلها غير ماسة بجوهر حق الملكية وتجعل ممارسة هذا الحق غير تعسفية وتضع آلية لحصول الأقلية على ثمن عادل.

وقد حصرت بعض التشريعات هذه الآلية في الشركات المدرجة بالبورصة كما تقدم. غير أن خيار قصر هذه الآلية على الشركات المدرجة بالبورصة لا يحل الإشكالات الدستورية. فهذه التقنية إما أن تكون دستورية من أصلها وإما أن تكون مخالفة للدستور بصفة عامة وإجمالية في جميع أصناف الشركات.

ومن ناحية أخرى فإن خيار اعتماد هذه الآلية القانونية في الشركات غير المدرجة ببورصة الأوراق المالية يطرح إشكالا فنيا يتعلق بكيفية تحديد ثمن البيع. فلئن كان من الممكن تحديد قيمة معقولة *reasonable* في صورة الشركة

وينص القانون الألماني لسنة 2002 على أن قرار إخراج الأقلية من الشركة بمبادرة من الأغلبية لا يمكن أن يتقرر إلا في إطار جلسة عامة للمساهمين، وهو ما يعني حتما تخويل الأقلية القيام بدعوى في إبطال قرار الجلسة العامة بسبب تعسف الأغلبية *abus de majorité*.

وتميل بعض التشريعات إلى الإبقاء على صيغة توافقية ولو مصطنعة لهذه العملية وذلك عبر تمكين الأقلية من المعارضة في طلب إخراجها من الشركة أو الاعتراض على الثمن المعروض، وذلك في أجل معين من تقديم عرض الشراء إليها، فإن لم تبد اعتراضا أو رفضا عد ذلك قبولا. غير أن جل التشريعات، وإن كانت تقر مبدأ التعويض أو الثمن العادل⁽¹⁾، فهي لا تضع إجراءات أو ضوابط دقيقة لتحديد الثمن العادل للتقويت في الأسهم أو إلغائها⁽²⁾. وفي كثير من الأحيان تعتبر المحاكم أن الثمن العادل يُضبط حالة بحالة، مع ما في هذه الطريقة من مخاطر نظرا إلى غياب ضوابط واضحة⁽³⁾.

وقد طرحت هذه الآلية إشكالا دستوريا، وطرحت المسألة للنقاش في ألمانيا مثلا حيث اعتبر البعض أنها تؤدي إلى انتزاع أملاك الأقلية للمصلحة الخاصة، وهو ما يتنافى مع حرمة حق الملكية الذي تضمنه كافة الدساتير الأوروبية اليوم (كما يضمنه الفصل 41 من الدستور التونسي الجديد). غير أن

Proposals», *Virginia Journal of International Law*. 2010, 50(4): 842-917, 842. See the *Gabhart v. Gabhart* case: 267 Ind. 370, 370 N.E.2d 345, 353 (1977).

(1) European Parliament and Council Directive of 21-04-2004, No. 2004/25/EC, on Takeover Bids. *OJ L* 2004, 142: 12-23, Art. 15(5): «Member States shall ensure that a fair price is guaranteed.»

(2) ينطبق ذلك خصوصا على ألمانيا ودالوير وكندا وبلجيكا وفرنسا والمملكة المتحدة وهولندا. أنظر خصوصا:

C. VAN DER ELST and L. VAN DEN STEEN: «Balancing the Interests of Minority and Majority Shareholders: A Comparative Analysis of Squeeze-out and Sell-out Rights», *European Company and Financial Law Review (ECFR)* 4/2009, p. 391-439 ; C. HUNTER and K. POTTER: «Legal and Practical Issues for Business Valuation in Shareholders Agreements and Minority Shareholder Rights». Paper presented to the Canadian Institute of Chartered Business Valuators Calgary Chapter on October 1997, http://www.macleodidixon.com/documents/Business_Valuation_in_Shareholders_Agreements_and_Minority_Shareholder_Rights.pdf, p. 8.

(3) Donald E. SCHLYER: «'Fair Value' Determinations in Corporate «Freeze-Outs» and in Security and Exchange Act Suits: Weinberger, Other, and Better Methods», *Valparaiso University Law Review*, Vol. 19, No. 2 [1985], Art. 6, esp. p. 522.

المدرجة أسهمها ببورصة الأوراق المالية بالرجوع إلى متوسط ثمن السوق في المدة المتقدمة عن العرض، أو بالرجوع إلى الثمن الذي اشترت به الأغلبية أسهم باقي الشركاء في صورة العرض العمومي للبيع - *offre publique de vente* OPV، فإن غياب سوق خاصة بأسهم الشركات غير المدرجة يجعل تحديد قيمة مرجعية أمرا متعذرا في أغلب الأحيان. وفي هذه الحالة لا يبقى بد من الرجوع إلى أحكام الفصل 579 من مجلة الالتزامات والعقود القائل نصه: «تعيين الثمن الذي انعقد عليه البيع لازم فلا يصح «بعث أو اشتريت بما يعينه فلان أو يمثل ما اشترى به فلان» إلا إذا كان الثمن معلوما للمتعاقدين وقت البيع وقد يصح الإعتماد على ما هو معين بقائمة السوق أو بتعريف معينة أو على متوسط أسعار السوق إذا كان ثمن المبيع لا يتغير فإن كان متغيرا حُمل المتعاقدان على أنهما اعتمدا متوسط الثمن الواقع».

غير أن البيع في صورة الحال ليس بالبيع الرضائي، بل هو بيع جبري مستند إلى حكم القانون، وتحل فيه إرادة المشرع محل إرادة المشتري. وقد لاحظ الفقه أن القانون التونسي أقر عدة استثناءات لمبدأ تحديد الثمن من قبل أطراف عقد البيع، كما هو الشأن في صورة ممارسة حق الأولوية في الشراء والإنترع للمصلحة العامة⁽¹⁾ علاوة على صورة تمليك الجار بجزء من ملك جاره في صورة التجاوز اليسير إلى أرض الغير⁽²⁾. ويسري نفس المنطق على البيع المجري في صورة خروج الأقلية أو إخراجها من الشركة، فيمكن تحديد الثمن بواسطة المحكمة التي تستعين في ذلك بأهل الخبرة⁽³⁾ أو بواسطة جهة يتفق الأطراف على تعيينها. وقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للور الشخص الذي يتدخل في هذه الحالة لتحديد الثمن: فهل يعد محكما أم خبيراً؟

يسمى الفقه عملية تحديد قيمة أسهم أو حصص في إطار بيع جبري «*règlement de parts ou d'actions*»، ويميل الفقه الغربي إلى اعتبار أن تدخل الغير لمجرد تحديد الثمن لا يعد تحكما، إذ أن التحكيم يقتضي وجود نزاع قانوني *différend d'ordre juridique* فلا يشمل النزاع في مسائل مادية أو

فنية كتحديد ثمن شيء. ويبنى الفقه على ذلك التفرقة بين التحكيم وما يسمى بـ«الاختبار النهائي/القاطع»⁽¹⁾ *expertise irrévocable*.

ويقصد بالاختبار النهائي / القاطع الصورة التي يتفق فيها الأطراف على اللجوء إلى رأي خبير لا يقدم تقديرات، مع الاتفاق مسبقا على أن يكون رأيه نهائيا وحاسما للنزاع وعلى أن يتقيد الخصوم به. ويقر جانب من الفقه الفرنسي لهذه الصيغة صفة الاختبار، وآتبعه فقه القضاء التونسي في بعض القرارات، وخاصة منها قرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 51967 الصادر بتاريخ 26 ماي 1998⁽²⁾ الصادر في شأن استئناف أمر بالدفع، حيث تبين للمحكمة أن سند الأمر بالدفع يتمثل في عملية تعاقدية تتعلق بتجهيز نزل، وقد تضمن عقد التوريد بندا جاء فيه أنه في صورة وقوع خلاف، يتم اللجوء إلى تكليف لجنة تتكون من ثلاثة خبراء، يتولون إيداء رأيهم في الموضوع، ويحررون تقريرا مشتركا في أجل محدد بالعقد، «وتعهد الطرفان بتنفيذ ما انتهت إليه اللجنة في أجل أقصاه كذا وذلك بخلق الحساب بعد تصفيته ودفع كل منها لما يتخلد بذمته.. وهذا الاتفاق نهائي لا رجعة فيه وهو قابل للتنفيذ حال إمضائه ودون قيد ولا شرط ولا زيادة ولا نقصان». وقد نشب الخلاف فعلا، وتعهدت «لجنة الخبراء» بالموضوع ونظرت فيه وانتهت إلى إقرار مديونية أحد الطرفين للآخر، واستصدر الطرف الذي جاء «التقرير» لصالحه على ضوء ذلك أمرا بالدفع في شأن المبلغ الذي قرره اللجنة بعد أن رفض الطرف الآخر الدفع طوعا، فاستأنفه المأمور بالدفع وطلب النقض لعدة أسباب.

وقد تمسك الطرف المحكوم عليه بأن الرأي الصادر عن اللجنة، ولئن وُصف بكونه صلحا، فإنه في الحقيقة يتمثل في اختبار، إذ أن العنصر الأساسي في الصلح، وهو التنازل عن شيء من الحقوق أو المطالب، مفقود في الوقائع المعروضة، فاعتبرت المحكمة أن الأمر إنما يتعلق بمأمورية «مصالحة ودية توفيقية» وترجمت المحكمة نفسها هذه العبارة بأنها نظير للمصطلح الفرنسي

(1) يراجع، أحمد الورفلي: «التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن»، ط. مجمع الأعرش لتوزيع الكتاب المختص، تونس 2006، ص. 136 وما يليها. أنظر أيضا: Sébastien BESSON et Jean-François POUDRET: «*Droit comparé de l'arbitrage international*», éd. Bruylant-LGDJ-Schulthess, 2002, p. 12 et ss, n° 14 et ss.

(2) قرار منشور بمجلة القضاء والتشريع، ماي 1999 (عدد خاص بالتحكيم)، ص. 425، مع ملحوظات باللغة الفرنسية.

(1) نذير بن عتو: «العقود الخاصة - البيع والمعاوضة»، ط. مجد ومركز النشر الجامعي،

تونس-بيروت 2008، ص. 135، عدد 144.

(2) الفصل 36 من مجلة الحقوق العينية.

(3) نذير بن عتو، مرجع سابق، نفس الموضوع.

(conciliation). وخلصت إثر ذلك إلى أنه يتجه تطبيق الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود والمبدأ المضمّن به، وهو مبدأ إلزامية العقود (*Pacta sunt servanda*)، أي أنها رفضت حتى تكييف العملية بأنها اختبار، نهائيا كان أم غير نهائي.

وحرّى بالبيان أن فقه القضاء الفرنسي نفسه قد وجد صعوبة في التعامل مع التقنية المسماة بالاختبار النهائي. فقد عرضت هذه المسألة على محكمة الاستئناف بباريس، فقررت بتاريخ 6 أبريل 1995⁽¹⁾ أن المحكّم ليس مقيدا برأي الخبير حتى في إطار الاختبار النهائي، وأن «هيئة التحكيم قد أصابت المرمى لما اعتبرت أنه في صورة الاختبار النهائي، يدمج تقرير الاختبار في العقد وتكون له نفس قيمته»، وفقرت طبقا لعقد المهمة أن «معاينة الخبير ليس لها من أثر إلا وضع قرائن بسيطة على مطابقة البضاعة المسلمة للشروط والمواصفات طالما تبين أن الطرفين قد اتفقا لاحقا بعد المواجهة بينهما على تعديل العقد لظهور عيوب».

وقد علق الفقيه «إيريك لوكان» على هذا القرار ملاحظا أنه جاء ثريا بالعبر، إذ أنه يسهم بالخصوص في تمييز الاختبار النهائي عن التحكيم، وذلك بإقرار مفهوم الاختبار النهائي الذي بين قرار 6 أبريل 1995 المذكور أنه يتمثل في إسناد مهمة للغير تتمثل في ضبط وضعية واقعية/ فعلية مرة وإلى الأبد، بحيث لا يمكن المنازعة في تقديرات الخبير لاحقا، سواء كان ذلك بين الأطراف أو إزاء المحكّم أو أمام هيئات القضاء إن تم اللجوء إليها لاحقا⁽²⁾. ويتميز الاختبار النهائي عن التحكيم، بما في ذلك التحكيم في النوعية (*arbitrage de qualité*) من حيث أن الخبير ليس مكلفا بمهمة تنازعية، ولا يفصل نزاعا ولكنه يقدم تقديرات خارج الإطار التنازعي، بينما يتولى «محكم النوعية» النظر في الجانب الفني (المعاينة والتقدير)، ثم يرتب على ذلك الآثار القانونية التي يستوجبها الأمر. ويبقى للقاضي أن يرتب الآثار القانونية على تلك التقديرات. كما يعتبر «لوكان» أن الاختبار النهائي يتميز عن الاختبار العادي من حيث أن له صبغة نهائية وملزمة

(1) Cour d'Appel de Paris, première chambre, section C, 6 avril 1995, Société Thyssen Stahlunion GmbH c/ Société Maaden General Foreign Trade Organization For Metal & Building Materials, Journal de Droit International (Clunet) 1995, 4, p. 971 et ss., note Eric LOQUIN.

(2) يراجع، حول هذا المفهوم، وتميزه عن التحكيم: Charles JARROSSON: « La notion d'arbitrage », éd. LGDJ, 1987, (n° 253).

في خصوص موضوع الخلاف. فلا يمكن أن تتم المنازعة في تلك التقديرات ولا الرجوع فيها حتى أمام القضاء، تجسّما لما التزم به الأطراف أنفسهم. وأقر «جاروسون» بصعوبة التمييز بين هذه المفاهيم الثلاثة: التحكيم والتحكيم في النوعية والاختبار النهائي، مؤكدا أن ظروف كل حالة من شأنها أن تساعد على التوصل إلى التكييف الصحيح. وبالنسبة إلى الحالة التي نظرت فيها محكمة الاستئناف بباريس في القضية المذكورة، فقد تبين أن الأطراف أجروا اختبارا لاحقا مع احترام مبدأ المواجهة، وذلك لإعادة النظر في المسائل المنظورة في إطار الاختبار الأول، وهو ما يؤكد أن المهمة الأولى ليست سوى اختبارا وأن الطرفين قد نقضا الشرط المتعلق بصيغته النهائية⁽¹⁾.

وتميز القانون الألماني بأنه يقر تقنية قانونية مختلطة تسمى «expertise-arbitrage» تتمثل في تدخل شخص أجنبي عن النزاع لتحديد أحد العناصر المتنازع فيها، وحتى لإتمام عنصر منقوص من عملية تعاقدية. ولئن كان الفقه التقليدي في تلك البلاد يعتبر أن الغير لا يتدخل في هذا الإطار لإصدار حكم، بل يندمج رأيه في التقنية التعاقدية فيعتبر من عناصر الرضا بالتعاقد في جانب كل واحد من المتعاقدين، فإن الفقه الحديث مثل *Habscheid* يقرب رأي الخبير من الحكم، في حين يعتبر الفقيه السويسري *Guldener* أن الأمر يتعلق باتفاقية إجرائية تتعلق بالإثبات تمنح الصبغة النهائية للاختبار.

وفي سنة 1991 صدر عن المحكمة الفيدرالية السويسرية قرار اعتبرت فيه أن الرأي الصادر عن لجنة تشكلت من خبراء لتحديد ثمن بيع حصص في شركة يعد قرارا تحكيميا، واستندت في ذلك إلى أن اللجنة نظرت إلى جانب المسائل «المادية» أو «الواقعية» في مسائل قانونية جزئية⁽²⁾.

وفي رأينا فإن القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس سنة 1998، شأنه شأن الآراء الفقهية التي دعمته، لم يقفل باب النقاش في هذه المسألة بصفة نهائية. ذلك أن التشريع التونسي لا يعرف مفهوم «الاختبار النهائي»، كما لا

(1) حول صعوبات تكييف «الاختبار النهائي»، يراجع أيضا:

Philippe FOUCHARD: Note sous Cass. (fr), 2^{ème} chambre civile, 20 octobre 1993, Revue de l'Arbitrage 1994, n° 3, p. 532.

(2) Recueil officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral (ATF) - (Lausanne) - 117 Ia 365 ; Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage 1992, p. 268 ; La Semaine Juridique (Genève) 1992, p. 329.

يعترف في إطار التعاقد إلا بتقنية الوكالة، التي يتولى فيها شخص مكلف تعاقدًا بنيابة شخص آخر إبرام عقد أو إجراء معاملة بالشروط التي يحددها الموكل. ولا يكون للوكيل هامش كبير من الاجتهاد إلا في حدود ما يقتضيه الأمر الموكل عليه، بحيث إن الميزة الأساسية للتوكيل هي أن إرادة الموكل هي التي تطفئ على إرادة الوكيل وتوجهها لا العكس. فالوكيل لا يفرض شيئاً على موكله، ولو كان ذلك في إطار ما يسمى بالوكالة ذات المصلحة المشتركة (mandat d'intérêt commun). ومن ناحية أخرى، فإنه لا يصح القول إن الصيغة الفنية للرأي الصادر عن الغير المختار من قبل الأطراف هي التي تبرر نفي صفة القرار القضائي عنه. ذلك أنه لا يمكن أن تنفي الصيغة القضائية عن الرأي الذي تصدره إحدى محاكم الدولة في شأن نزاع إذا كان موضوع الخلاف الحقيقي يقتصر على جانب فني فحسب. من ذلك مثلاً أنه يمكن في بعض الحالات اللجوء إلى القاضي لتعيين ثمن بضاعة أو أسهم في شركة أو معين كراء لعدم حصول التعيين المباشر من قبل الأطراف، ويكون الأطراف متفقين على جميع التفاصيل القانونية، كما إذا وجد شرط يجيز للأغلبية في صور معينة شراء أسهم الأقلية. فالرأي الصادر عن المحكمة لا يمكن أن يوصف إلا بكونه حكماً، لا بالاختيار، مع أنه لا يفصل إلا في مسألة فنية، ولو استند في ذلك إلى محض رأي أهل الخبرة. فالمعيار الحقيقي للفرقة بين التحكيم وغيره من التقنيات التعاقدية المعتمدة في إطار فض النزاعات هو معيار الطبيعة القضائية للمهمة⁽¹⁾.

وتكمن أهمية البحث في الطبيعة القانونية للمهمة الموكولة للغير المكلف بتحديد ثمن الأسهم في صورة اقتناء الأغلبية لأسهم الأقلية بموجب شرط تعاقدى أو بحكم القانون في تحديد النظام القانوني الذي يخضع إليه هذا الرأي. فإن عُدَّ اختباراً فإنه ينبغي لمن كان بيده تقرير اختبار أن يلجأ إلى القضاء أو التحكيم للحصول على حكم يقضي بإلزام الأغلبية بالثمن المضمن به، أما إذا عُدَّ حكماً تحكيمياً فإنه يتم طلب إكسائه بالصيغة التنفيذية طبق الإجراءات المقررة

(1) V°, *Revue de l'arbitrage* 1991, p. 501: Informations sur le séminaire organisé par l'institut du droit et des pratiques des affaires internationales à Paris le 12 Avril 1991, ayant pour thème: « arbitrage et expertise »; Antoine Kassis: « Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international ». Tome 1: « Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel », p. 13 et ss.; Bruno OPPERT: « Arbitrage Juridictionnel et arbitrage contractuel: à propos d'une jurisprudence récente », *Revue de l'arbitrage*, 1977, p. 315.

بمجلة التحكيم، مع ما في ذلك من تقييد لصلاحيات قاضي التنفيذ التي تقتصر على الرقابة الشكلية ولا تسمح له بمراجعة مضمون ما قرره المحكم.

الفرع الثاني

البيع الإجباري

شروط البيع الإجباري للشركات المساهمة

خلافًا للصورة الأولى، تقع المبادرة في هذه الحالة من الأقلية التي تحسن بالإنزعاج والقلق من المستقبل بعد دخول أغلبية جديدة إلى الشركة، سواء كان ذلك بعد ترفيع رأس المال أو الاندماج أو عرض عمومي للشراء أو للبيع أو للمبادلة، بما ينذر بتغير توازنات تعود بها أصحاب المساهمة المحدودة في رأس المال. فيجوز للأقلية في هذه الصورة أن ترغم الأغلبية على أن تشتري منها أسهمها بثمان السوق.

وقد كرست الترتيب المنطقية على الشركات المدرجة ببورصة الأوراق المالية آلية الشراء الوجوبي *sell out* بالفصل 172 من الترتيب العام لبورصة الأوراق المالية بتونس الذي ينص على ما يلي:

«إذا توصل شخص طبيعي أو معنوي أو مجموعة من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين العاملين بالتحالف إلى الحصول على نسبة 95 بالمائة على الأقل من حقوق الإقتراع في شركة مدرجة بالبورصة أو متداولة بالسوق الموازية فإنه يمكن لكل حامل للأوراق المالية لتلك الشركة والتي تخول حق الإقتراع أن يطلب من هيئة السوق المالية أن تطالب ذلك المساهم أو المجموعة ذات الأغلبية بإبداء مشروع عرض عمومي للسحب.

بعد القيام بالتحريات الضرورية تبث هيئة السوق المالية في المطلب المقدم لها وإذا صرحت بقبوله فإنها تشعر المساهم أو المجموعة ذات الأغلبية بذلك وتأذن لهم بالقيام بعرض عمومي للسحب.

تنظر هيئة السوق المالية في قابلية مشروع العرض العمومي للسحب وإذا صرحت بقبوله فإنها تنشر بلاغ افتتاحه».

وقد بينت محكمة الاستئناف بتونس في نزاع يتعلق بالشراء الإجباري أن الأمر يتعلق بـ«تتمة للعرض العمومي ونتيجة حتمية له... إن أعمال العرض

العمومي الإجباري من قبل المشرع واتخاذ هيئة السوق المالية في شأنه القرار عدد 7 المؤرخ في 23/9/2002 كان يهدف إلى حماية صغار المساهمين من هيمنة الأغلبية والحيولة دون الانفراد بالقرار واحتكار السلطة داخل شركة مساهمة عامة بحيث سخرت لهيئة السوق المالية آلية التدخل الفوري عبر أمر وإلزام مكتسب أغلبية حقوق الاقتراع لتقديم عرض عمومي لشراء بقية الأسهم بالسعر المتداول منطلقا، وبذلك يتحرر بقية المساهمين من وضع الاحتباس الذي ألفوا أنفسهم فيه إما ببيع أسهمهم والخلاص من حالة الاحتباس تلك أو البقاء عن اختيار وإرادة حرة. ... إن الهدف من القيام بقضية الحال هو تحرير المستأنف ضدهم بوصفهم يمثلون الأقلية من هيمنة الأغلبية الذين كونوا تحالفا للامتياز والانفراد بالتصرف والتسيير⁽¹⁾.

غير أن التجايد الذي جاء به الفصل الثاني من القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 يتمثل في تكريس هذه الآلية في الشركات غير المدرجة بالبورصة، وبشكل أدق في شركات المساهمة الخصوصية. وقد جاء الفصل 290 ثالثا من مجلة الشركات التجارية المضاف بموجب القانون المذكور ناصا على ما يلي: «يمكن أن يعرض المساهم أو المساهمون المالكون لنسبة لا تتجاوز خمسة (5) بالمائة من رأس مال الشركة ذات المساهمة الخصوصية الخروج من الشركة وإلزام المساهم المالك لباقي رأس المال بمفرده أو بطريق التحالف، بشراء مساهماتهم بثمن يحدد بواسطة اختبار مجرى بإذن من رئيس المحكمة الكائن بدائرتها مقر الشركة. وفي صورة عدم موافقة المساهم المالك لباقي رأس المال بمفرده أو بطريق التحالف على الثمن المعروض خلال شهر من تاريخ الإعلام بتقرير الخبير، يتم تحديد الثمن عن طريق المحكمة المختصة التي تقرر تحديد قيمة الأسهم وتقضي بأداء مبلغها.

وتستثنى من ذلك شركات المساهمة العامة التي تبقى خاضعة للتشريع الجاري به العمل».

ويلتقي النصان في ضبط نسبة رأس المال المشتركة، كما يشتركان مع آلية شراء أسهم الأقلية برغبة من الأغلبية في أنه يتم الرجوع إلى الاختبار لتحديد القيمة العادلة، ولو أنه لا توجد مؤشرات تسمح بتحديد ما يمكن أن يُعتبر قيمة عادلة،

(1) محكمة الاستئناف بتونس، القضية عدد 10039، تاريخ الحكم 14/2/2005، مذكور بكتاب «مجلة الشركات التجارية معلق عليها»، مرجع سابق، ص. 1131.

وخصوصا ما إن كانت القيمة العادلة هي التي اشترت بها الأغلبية مساهماتها أو قيمة المعادلة التي اعتمدت في الاندماج، أم أنه ينبغي التفريق بحسب القيمة الحقيقية المفترضة في السوق باعتبار أن الثمن يتأثر بحجم المساهمة وقيمتها في سلطة القرار داخل الشركة. كما لا يتضمن النص بيانا كافيا حول مدى وجوب اعتماد الخبير لمتوسط ثمن السوق في الفترة السابقة للعرض، والمدة المعتمدة في هذه الصورة.

التقسيم الثاني

The buy or sell clauses

في البلدان التي لم تعتمد تقنيات إخراج الأقلية من الشركة، وكذلك في البلدان التي اعتمدتها، ظلت الإرادة التعاقدية تلعب دورا هاما في الوقاية من نزاعات الشركات. فحتى في بلدان كإنجلترا وفرنسا، تحتفظ الشروط التعاقدية المسماة *buy or sell clauses* بأهمية بالغة خاصة في الصور التي لا تتوفر فيها شروط تطبيق النظام القانوني. فالشروط التعاقدية المشار إليها تنطبق خصوصا في صورة تساوي مساهمة شريكين (50 بالمائة من رأس المال لكل واحد منهما) حيث لا يصح الحديث عن أقلية أو أغلبية أصلا. فتنصّ الاتفاقات الموازية للعقد التأسيسي على أنه إذا ظهرت بوادر خلاف (يقدرها كل طرف بصفة ذاتية دون لزوم ظهور مؤشرات موضوعية) يمكن لكل واحد منهما أن يقدم للثاني عرضا لشراء مساهمته أو بيع مساهمته للآخر. فيكون الخطاب للطرف الثاني بصيغة «إشتر مساهمتي أو بعني مساهمتك» أو «بعني مساهمتك أو اشتر مساهمتي». ويمكن تنظيم شروط عملية الشراء (آجال التصريح بقبول العرض، تحديد الثمن) بكل حرية دون مساس بالحقوق الأساسية للشريك، أي دون أن تتحول العملية إلى انتزاع دون تعويض عادل.

والإشكالات الرئيسية اللذان تدور حولهما كافة التقنيات السابقة هما المتعلقان بالسند الدستوري للعملية وما إن كانت مخالفة للحق في الملكية، وكيفية تحديد القيمة العادلة. وفي جل الأحيان يكون الرجوع إلى الاختبار حتميا، ولو أنه من المعجذ التفكير في وضع خطوط إرشادية *guidance* للخبير تعينه على تحديد القيمة العادلة حسب الفرضيات الممكنة.

الباب الثاني:

الآليات الإختصاصية / التنازعية

يتجه البحث في مرحلة أولى في وضعية الشركة أمام القضاء «المدني» (المبحث الأول) فيما نبحت في المبحث الثاني في موضوع القضاء الجزائي وتعامله مع الشركة كذات معنوية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الشركة أمام القضاء «المدني»

تنظر الدوائر التجارية المحدثة منذ 2 ماي 1995 بعدد من المحاكم الابتدائية في النزاعات المتعلقة بالشركات التجارية، حيث يُعتبر النزاع تجاريا بطبيعته. لكن يمكن أيضا أن تطرح هذه النزاعات على التحكيم.

القسم الأول

توجد آليات متنوعة لتدخل القضاء لإنهاء الخصومات المتصلة بالشركات التجارية، طوّرها التطبيق والتشريع معا. غير أن استعمال هذه الآليات يظل رهين اختصاص المحكمة بالنظر في النزاع المرفوع إليها.

الفرع الأول

اختصاص الدوائر التجارية في النزاعات المتعلقة بالشركات

ينقسم الاختصاص عامة إلى حكمي (الفقرة الأولى) ونزائي أو جغرافي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاختصاص الحكمي

قبل إحداث الدوائر التجارية بموجب القانون عدد 43 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995، اعتبرت محكمة التعقيب أن «تحديد مرجع النظر الحكمي في نزاع يتعلق بشركة يحدّد مقدار رأس مالها»⁽¹⁾. والسؤال المطروح حالياً يتعلق بمدى الحاجة إلى هذا الحل بعد إحداث الدوائر التجارية. ويعيدنا ذلك إلى النقاش المتعلق بنطاق اختصاص الدائرة التجارية وما إن كان شاملاً لجميع النزاعات التجارية مهما كانت قيمة النزاع أم أنه يقتصر على ما تختص به المحكمة الابتدائية بموجب المعايير العامة للاختصاص المطبقة على النزاعات ذات الطبيعة التجارية⁽²⁾، بحيث تكون الدائرة التجارية بالمحكمة الابتدائية مختصة بالنظر في النزاعات المتعلقة بالشركة كلما تجاوزت قيمة النزاع سبعة آلاف دينار، بينما تختص محكمة الناحية بما دون ذلك⁽³⁾.

لقد استقر العمل لدى المحاكم على اعتبار أن اختصاص الدوائر التجارية في النزاعات المتعلقة بالشركات كما هو الشأن بالنسبة لقضايا التسوية الرضائية والقضائية اختصاص مطلق لا يُنظر فيه إلى قيمة النزاع أو مقدار رأس المال أو حجم المديونية. وهذا الاجتهاد منطقي ويتماشى مع خيارات المشرع، ولو أنه يطرح إشكالا في ما يتعلق بالمحاكم التي لم تُحدث بها دوائر تجارية بحيث يقع النظر في القضايا التجارية من قبل الدوائر المدنية العادية، فهل يقع عندها الرجوع إلى المعايير المعتادة للاختصاص الحكمي وخصوصا معيار قيمة الطلب، أم يظل الاختصاص راجعا للدائرة المدنية التي تقوم مقام الدائرة التجارية في مالها من صلاحيات وفي حدود نفس الاختصاص؟

وقد اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس أن النزاعات المتعلقة بالشركات التجارية تعد نزاعات تجارية بقطع النظر عن توفر صفة التاجر في أطراف النزاع. ففي قضية رفعت إلى الدائرة التجارية بالمحكمة الابتدائية بتونس، تمسك المدعى

(1) قرار تعقيبي عدد 27040 مؤرخ في 18 أكتوبر نشرية محكمة التعقيب سنة 1990 ص 131.

(2) عبد الرزوف بن الشيخ: «اختصاص الدوائر التجارية»، مجلة القضاء والتشريع، جانفي 1998، ص. 13.

(3) حول هذا الجدل، يراجع خصوصا، نور الدين الغزواني: «التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية. الأحكام العامة والاختصاص»، ط. أوريس، تونس 1996، ص. 327 وما بعدها.

عليهم في الأصل (المستأنفون) بعدم اختصاص الدائرة التجارية حكما بالبت في النزاع اعتبارا إلى كون المستأنف ضدهم ليسوا تجارا وأن المعاملة موضع النزاع لا تكتسي صبغة تجارية، فوقع عرض الملف على النيابة العمومية تطبيقا لأحكام الفصل 251 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية فطلبت تطبيق القانون، واعتبرت محكمة الاستئناف أن حكم البداية انتهى إلى تحليل قانوني سليم لما اعتبر الدعوى داخلة في اختصاص الدائرة التجارية، وذلك استنادا إلى أن الفصل 40 فقرة 7 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية اقتضى أن تكون الدائرة التجارية متربة من رئيس وقاضيين بالإضافة إلى التاجر المشار إليهما بالفقرة السابقة عند النظر في النزاعات المتعلقة بتكوين الشركات أو تسييرها أو حلها أو تصفيتها وأن «النزاع الحالي المتمثل في الشراء الإجباري الذي هو تمة للعرض العمومي ونتيجة حتمية له ... إن الهدف من القيام بقضية الحال هو تحرير المستأنف ضدهم بوصفهم يمثلون الأقلية من هيمنة الأغلبية الذين كونوا تحالفا للامتياز والانفراد بالتصرف والتسيير وهو نزاع بين الشركاء [يخضع لأحكام] الفصل 40 من م.م.م.ت. وهو ما ذهب إليه محكمة البداية عن صواب»⁽¹⁾.

ويعيد هذا الحكم إلى الأذهان التساؤل حول مدى لزوم اجتماع شرطي الطبيعة التجارية للنزاع وصفة أطرافه كتجار. فقد جاء في شرح أسباب قانون 2 ماي 1995 المحدث للدوائر التجارية أن المشروع عرّف الدعاوى التجارية «بأنها المتعلقة بالتجار فيما يخص نشاطهم التجاري وبذلك استبعدت التصرفات والأعمال المزدوجة وهي التي تنشأ بين التاجر وغير التاجر وكذلك النزاعات التي تحدث بين التجار خارج أنشطتهم التجارية»⁽²⁾. أما الفقه فلاحظ أن المشرع سعى إلى تضيق اختصاص الدائرة التجارية حتى لا تصبح دائرة خاصة بالتجار، فقرن معيار صفة الأطراف كتجار بمعيار طبيعة النزاع التجارية⁽³⁾. وبذلك اعتمد المشرع التونسي «في تمييز النزاعات التجارية عن النزاعات المدنية على العنصر الشخصي بما أنه اشترط لاعتبار النزاع تجاريا وجوب أن يكون طرفا

(1) محكمة الاستئناف بتونس، القضية عدد 10039، حكم سابق الذكر، بتاريخ 14/2/2005.

(2) الرائد الرسمي لمداولات مجلس النواب، 25 أبريل 1994، ص. 45.

(3) محمد الصالح السبيري: «تطور القضاء التجاري في تونس»، مجلة القضاء والتشريع، جانفي 1988، عدد خاص، ص. 66.

العلاقة تاجرين، وعليه فلو كان النزاع بين تاجر وإنسان آخر لا يمارس التجارة فلا اختصاص للقضاء المدني وهو الأصل⁽¹⁾.

ويتمشى الحل المكرس في الفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية مع ما نص عليه الفصل 2-631 من المجلة التجارية الفرنسية والذي اقتضى أن المحاكم التجارية تنظر في أربعة أصناف من النزاعات منها «النزاعات بين الشركاء في شركات التجارة». وقد أوضح الفقه أن هذا الاختصاص يشمل الدعاوى التي يرفعها الشريك ضد الشركة⁽²⁾. وأوضح الفقه الفرنسي أن الدعاوى المتعلقة بالشركات المهنية التي تمارس مهنة حرة (شركات المحاماة وشركات الأطباء والخبراء المحاسبين...) تظل من الاختصاص المطلق للقضاء المدني ولا تدخل في اختصاص القضاء التجاري نظرا للطبيعة المدنية البحتة التي يكتسبها النشاط بقطع النظر عن الغلاف القانوني الذي يعطى لكيفية ممارسته⁽³⁾. وبالنسبة للنزاعات بين الشركاء بشأن عمليات إحالة الأسهم وبيعها، فهي نزاعات «عادية» تطبق عليها المعايير العادية للاختصاص باعتبار أنها ليست نزاعات بين الشركاء ولا نزاعات تتعلق بالشركة ولا نزاعات بين الشركاء والشركة، بل هي نزاعات عادية تتعلق ببيع منقولات، فتكون إما مدنية أو تجارية بحسب إطار العملية وصفة أطرافها. وتستثنى من ذلك عمليات بيع كتل النفوذ التي لها بالضرورة تأثير جوهري على الشركة نفسها فلا تعد مقتصرة على أطرافها وبالتالي تتركز معايير الاختصاص حول الشركة لا حول أطراف النزاع المباشرين⁽⁴⁾.

(1) مصطفى صخري: «المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجائية. دراسة نظرية وتطبيقية في القانون التونسي والقانون المقارن»، ط. أوريس، تونس، 2001، ص. 287. وتبنى نفس الرأي الفقيه نور الدين الغزواني: «التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية. الأحكام العامة والاختصاص»، تونس، 1996، ص. 337.

(2) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD: « Procédure civile », éd. Dalloz, Précis Dalloz Droit privé, Paris 1999, 25^e édition, p. 307, n° 286.

(3) Loïc CADIET: « Droit judiciaire privé », éd. Litec, Paris 2000, p. 217, n° 501; B. BA DADIANG: « La commercialité aménagée des sociétés d'exercice libéral », *Gazette du Palais*, 24-25 mars 2000, p.2.

(4) Cass. Com. (fr.), 11 juillet 1988, *Gazette du Palais* 1989, sommaires, p. 162, obs. GUINCHARD et MOUSSA; *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Economique* 1989, p. 250, obs. CHAMPAUD. Cf., D. PLANTAMP: « Le critère de la cession de contrôle (essai de synthèse jurisprudentielle) », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Economique* 1999, n. 4.

الفقرة الثانية، الاختصاص الترابي

ينص الفصل 33 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية على أن «الدعاوى الموجهة على الجمعيات وعلى الشركات والخلافات المتعلقة بتصفيتها أو قسمة مكاسبها والخلافات الواقعة بين الشركاء أو مديري الشركة والشركاء ترفع للمحكمة التي بدانرتها مقر الجمعية أو الشركة أو مقر فروعهما أو نيابتهما للذين يهمهما الأمر».

وأوضحت محكمة التعقيب أنه «طالما كان المبلغ إليهم شركاء في الشركة المدعى عليها ويباشرون نشاطهم المتعلق بها بمقرها فهذا المقر يعتبر مقرا أصليا لهم بالنسبة لمعاملاتهم التي تهتم هذه الشركة مع المطعون ضده تطبيقا لأحكام الفقرة الأولى من الفصل 7 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية⁽¹⁾. والواضح أن هذا الحل لا يمكن تعميمه ولا يمكن أن ينطبق إلا على الشركاء في شركات الأشخاص أو على الشريك الذي يكون في نفس الوقت مسيرا للشركة أو أجيرا لديها، وبالتالي يمارس نشاطه فيها. أما الشريك غير المسير في شركات الأموال والشركات ذات المسؤولية المحدودة والذي تقتصر صلتة بالشركة على الإسهام في رأس المال فلا يمكن اعتبار مقر الشركة مقرا له، وبالتالي لا يصح القيام عليه أمام المحكمة الكائن بدانرتها مقر الشركة».

وقد عرض على المحكمة الابتدائية بتونس نزاع ناشئ عن شراء كتلة نفوذ في شركة من قبل مجموعة من المساهمين وروغبة الأقلية في التفويت في أسهمها بسبب ذلك التغيير فاعتبرت أن الأمر يتعلق بنزاع بين الشركاء بسبب الشركة وبالتالي تنطبق عليه قواعد الاختصاص الترابي المنصوص عليها بالفصل 33 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، ويثبت محكمة الاستئناف بتونس لدى نظرها في ذات القضية أنه «ولئن كان إقحام المصروف... في القضية لا مبرر له باعتباره لم تسلط عليه الدعوى وبالتالي لا يعد مطلوبا على معنى الفصل 30 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية إلا أنه بالرجوع للقانون الأساسي لشركة المصروف... وخاصة الفصل 47 منه نجده ينص على أن جميع النزاعات التي يمكن أن تثار أثناء وجود الشركة أو بعد حلها إما بين المساهمين والشركة وإما بين

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 41146 بتاريخ 25 سبتمبر 1996، نشرة محكمة التعقيب لسنة 1996، القسم المدني، الجزء الأول، ص. 198.

المشتركين أنفسهم والمتعلقة بقضايا الشركة تقدم للمحاكم التي يوجد بداثرتها المقر الاجتماعي للشركة».

وتضيف المحكمة أنه طالما ثبت من مظهرات الملف أن النزاع الحالي هو نزاع بين شركاء في شركة المصرف... إذ على إثر تجسيم العرض العمومي للشراء الذي آل إلى حصول المستأنفين على أغلبية حقوق الاقتراع المتمثلة في كتلة النفوذ والذي يترتب عنه التزام قانوني يقضي بجبرهم على شراء أسهم الأقلية التي أصبحت مقيدة بقرارات المالكين لأغلبية حقوق الاقتراع خاصة فيما يتعلق بتغيير هياكل الشركة وفرض نمط جديد للتسيير وبالتالي فرض هيمنتهم على تلك الأقلية التي لم يعد بإمكانها اتخاذ أي قرار في تسيير الشركة، بحيث أن النزاع يتمثل أساسا في نزاع بين الشركاء الماسكين لأغلبية حقوق الاقتراع من جهة والشركاء الذين يمثلون الأقلية من جهة ثانية، إذ يطلب هؤلاء الآخرون من الشركاء المتحالفين والماسكين لكتلة النفوذ شراء أسهمهم... وطالما ثبت أن النزاع بين الشركاء متعلق أساسا بقضايا الشركة فإن الاختصاص الترابي ينعقد تطبيقا لأحكام الفصل 47 المشار إليه أعلاه لفائدة المحكمة التي يوجد بداثرتها المقر الاجتماعي للمصرف... والكائن بصفاقس بما يجعل الدفع بعدم الاختصاص الترابي لمحكمة صفاقس الابتدائية مردودا عليه. و... إن القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الفرنسية Versailles بتاريخ 25 مارس 1999 المحتج به من طرف نائب المستأنفين لا ينطبق على النزاع الحالي باعتباره يتعلق بإبطال بيع أسهم لعب في الرضا ولا يتعلق بالتالي بنزاع بين الشركاء بهم قضايا الشركة مثلثة هو الشأن في قضية الحال»⁽¹⁾.

وهكذا ميزت المحكمة بين الدعوى التي يكون موضوعها الشركة نفسها وما للشركاء فيها من الحقوق والدعوى التي يكون موضوعها حقا خاصا بالشركاء كحق ملكية الأسهم، والتي يمكن أن تكون موضوع نزاع مدني عادي لا يتعلق بالشركة بل بحق الملكية، ولا يهم حقوقا للشركة على الشركاء أو المسيرين أو عليها، بل بحقوق لشريك على شخص آخر أو العكس. وهذا الصنف من الدعاوى يخضع إلى قواعد الاختصاص العادية، فيكون من أنظار الدائرة التجارية إن كان الأطراف تجارا، ويرفع إلى محكمة مقر المطلوب لا إلى محكمة مقر الشركة.

(1) محكمة الاستئناف بتونس، القضية عدد 10039، حكم بتاريخ 14/2/2005، سابق الذكر.

ويقوم تطبيق الفصل 33 على تحديد مقر الشركة. وفي بعض القضايا تتمسك الشركة بأنها غيرت مقرها أو بأن مقرها غير موجود في المكان الذي تم استدعاؤها منه. ويظهر القضاء التونسي حذرا خاصا من استعمال هذه الحجة لمرقلة إجراءات التقاضي دون وجه، ولذلك يميل إلى ردها كلما ظهر أنها غير جدية. ففي القرار التعقيبي الصادر بتاريخ 11 ماي 2001، اعتبرت محكمة التعقيب أن «إدلاء الطاعنة لأول مرة لدى التعقيب بما يفيد أن المقر الاجتماعي كائن في غير العنوان الواقع استدعاؤها منه لا يفيد أن المقر الذي تم فيه التبليغ ليس مقر المعقبة طبق الفصلين 7 و 33 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وإن القانون لا يفرض تبليغ الاستدعاءات إلى المقر الاجتماعي بل يمكن تبليغها إلى مقر فرع المعني بالأمر الذي يعمل به المعقب طالما أن إدارة البريد لم تنص على أنه تعلن إبلاغه لها لكونها غير معروفة بل وقع إبلاغها التنبيه إلا أنها لم تكلف من يتولى استلامه»⁽¹⁾.

الشرع الثاني

القانون رقم 17 أفريل 1995

يمنح قانون 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية إمكانيات عديدة للمحكمة للتدخل في الشركات التي تمر بصعوبات لغاية تمكينها من تجاوز صعوباتها، وهذه الآليات تختلف عن تلك المقررة خارج إطار إجراءات الإنقاذ والتي لا يتدخل فيها النظام العام بنفس الكثافة.

الفقرة الأولى: خارج إطار قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية

تتنوع آليات التدخل القضائي بحسب الوضعيات وبحسب السند التشريعي. وبوجه عام، يجد هذا التدخل سنده في مجلة الشركات التجارية ومجلة

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 6889 بتاريخ 11 ماي 2001، نشرة محكمة التعقيب 2001، الجزء الأول، ص. 362. وفي القرار التعقيبي عدد 8799 الصادر في 22 مارس 2005 (نشرة محكمة التعقيب لسنة 2005، القسم المدني، ص. 241) اعتبرت محكمة التعقيب أن المرجع الوحيد في تحديد مقر الشركة يتمثل في الرجوع إلى الوثائق الرسمية المستمدة من السجل التجاري والإشهار بالرائد الرسمي ولا مجال للسعي إلى تحديده من خلال القرائن.

الالتزامات والعقود. وقد تساءل الفقه منذ عديد السنين عما إذا كان القاضي مؤهلا لأن يتدخل في الشركات التجارية بغاية الحلول محل أجهزتها وهيئاتها القانونية والنهوض بالوظائف الموكولة إليها قانونيا وتعاقديا. وعلاوة على ما في التدخل بهذه الصيغة وهذه الغاية من مساوئ مردها أن القاضي لا يمكن أن تكون له المؤهلات اللازمة لتسيير الشركات حتى ولو استعان في ذلك بالخبراء، باعتبار أن التسيير ليس علما صحيحا فهو أيضا موهبة واستعدادات نفسية وإلمام بظروف موضوعية وذاتية لا تتسنى للقاضي إلا نادرا، فإن تدخل القاضي للحلول محل هيكل الشركة يفتر أيضا إلى سند قانوني يبيحه. فتدخل القاضي لا يمكن أن يجعل منه «مسير شركات» ولا مسيرا بديلا، بل هو يحتفظ بدوره المتمثل في رفع حاجز أو عرقلة تعوق أحد هيكل الشركة على النهوض بدوره على النحو الأكمل. ولا يمكنه أن ينتهي إلى خلاف هذه النتيجة ولو عن طريق تعيين «وكيل قضائي» أو «مسير قضائي».

وهذا القرار يؤكد هذا التوجه، حيث اقتصر على تعيين متصرف وقتي ذي مهمة محدودة تتمثل في التحضير لاجتماع الهيكل المختص قانونا لإجراء التعيين اللازم لعودة سير أمور الشركة إلى مساره الطبيعي⁽¹⁾.

الفقرة الفرعية الأولى: في النزاعات بين الشركاء والمسيرين

أغلب نزاعات الشركات هي التي تنشأ بين شريك أو عدة شركاء، من جهة، والمسيرين من جهة ثانية، وتلحق بها بالتبعية النزاعات بين الشركاء ومراقبي الحسابات، إذا اعتبر الشريك الغاضب أن مراقب الحسابات لم ينجز مهمته الرقابية على النحو الكامل الذي يمكن الشركاء من معرفة حقيقة أحوال الشركة. ويمكن أن تهدف دعاوى الشركاء ضد المسيرين إلى التحقق من أمر معين أو فحص عملية بذاتها من قبل خبير [1] أو إلى عزل مسير أو مسيرين أو مراقبي الحسابات [2] أو إلى تعيين متصرف قضائي على الشركة [3] أو الحصول على تعويض نقدي عن ضرر لحق بالمدعي [4].

(1) محكمة الاستئناف بتونس، القضية عدد 10039، حكم بتاريخ 2005/2/14، سابق الذكر.

1. الاختبار (العادي)

تتعلق أغلبية النزاعات داخل الشركة بأمر متصلة بالثقة في مصداقية المسيرين. ففي عديد الأحيان، يشك أحد الشركاء في أن المسيرين يستغلون نفوذهم لتحقيق مكاسب على حساب الشركة، وهو ما يدعو إلى طلب فحص حسابات الشركة والتدقيق فيها والحكم بإلزام المسير المخطئ بإرجاع ما استولى عليه بوجه غير شرعي والتعويض عن الضرر اللاحق بالشركة كذات معنوية وبالمدعي بصفته شريكا.

وكثيرا ما تعترض الصعوبات جمّة في جمع المعلومات حول الشركة. ففي عديد الأحيان يتمتع المسير عن تمكين الخبير من وثائق الشركة أو يخفيها أو يخفي جانباً منها عنه. ومتى أحس المسير بأن الخبير لا يجد دعماً كافياً من السلطة القضائية فقد يصل به الأمر إلى منع الخبير من دخول مقرات الشركة أصلاً. ففي التحكيم موضوع القضية عدد 32-31 التي قضت فيها محكمة الاستئناف بتونس في 12 جانفي 1999، أوضحت المحكمة ما يلي:

«في مدى صحة ما ينسب الطالب لهيأة التحكيم من عدم الحياد: ففي خصوص التعامل مع طلبات الخصوم بمكيالين مختلفين، كما هو شأن طلبة إعادة الاختبارات المأذون بها، تلاحظ المحكمة أن الطلب الأول قدمه المدعي بعد أن لاحظ أن الخبير الأول لم يعتمد وثائق الشركة، واكتفى بالتنظير مع شركات مشابهة، وأسس استنتاجاته على التخمين، فكان من المنطقي قبوله، أما الطلب الثاني، فقدمه المدعي عليه متعللاً بأن الخبير لم يعتمد المؤيدات الأصلية وبأنه لم يطلع على جميع المؤيدات اللازمة بعد أن كان هو منعه من دخول المصنع، والحال أنه يتضح من الاطلاع على تقرير الاختبار أن الخبير استصدر إذناً على العريضة تمكن بمقتضاه من الاطلاع على التصاريح الجبائية والحسابات البنكية للشركة، فكان عمله مؤسسا على وثائق ومؤيدات، لا على تخمينات واستنتاجات، وكان نقص المؤيدات -إن ثبت- ناتجا عن فعل من طلب عدم اعتماد الاختبار، فكان من حق هيأة التحكيم النظر في وجهة طلب إعادة الاختبار على ضوء ما يتضح لها من نقائص وما يستبين لها من جدية استعداد المدعي عليه لتمكينه مما بحوزته من المؤيدات، فلما رأت أن المؤيدات المؤسس عليها الاختبار كافية وأن لا جدوى من إعادته، فقد رفضت الطلب، ولم يكن في ذلك تحامل على المدعي عليه، خصوصا أن طلبه لم يقدم في نفس الظروف التي قدم فيها مطلب خصمه،

ولم تحف نفس المعطيات بكلا المطلبين كما سبق شرحه، فكان من الطبيعي أن يختلف ماكهما⁽¹⁾.

ويستتج من هذا القرار أنه يراعى في تقدير القيمة الإثباتية لما يضمّنه الخبير في تقريره ما كان بإمكانه موضوعيا التوصل إليه من الحجج والأدلة ومن وثائق الشركة على وجه الخصوص، وأن على القضاء العمومي والخاص أن يعملوا بالمبدأ القائل: «ما يصدر عن الشخص لا يكون حجة له»⁽²⁾، وهو ما يترجم بمبدأ عدم جواز استفادة الشخص من خطئه/دناؤه أو *the estoppel principle*. فالشخص الذي يحول دون الخبير والإطلاع على وثائق الشركة ليس له أن يتمسك بصفة متأخرة بأن لديه وثائق لم يعتمد عليها الاختبار، وهو عقاب له على سوء نيته، كما فيه حث للأطراف على المسارعة بتقديم مؤيداتهم وحججهم إلى المحكمة والخبراء الذين تستعين بهم دون إبطاء غير مبرر.

2. عزل المسيرين ومراقبي الحسابات

يجوز للمحكمة بطلب من بعض المساهمين أن تقرر تنحية المسيرين أو مراقبي الحسابات من مناصبهم إذا تبين لها أن وجودهم فيها مخالف للقانون كعضو مجلس إدارة تبين أنه حكم عليه من أجل جريمة لها علاقة بالشركات أو مراقب حسابات اتضح أنه أصبح في حالة عدم تلاؤم أو فقد أحد مقومات استقلاليته بنشأة علاقة قرابة أو تبعية بينه وبين أحد الأطراف الفاعلة في الشركة، أو أصبح وجوده منافيا لمصلحة الشركة ومضرا بها (كثبوت إخلالات كبيرة في القيام بالمهام أو تقاعس عن النهوض بها أو التصرف في أموال الشركة بما يتخالف مع مصالحها الثابتة).

وقد أجاز الفصل 264 من مجلة الشركات التجارية «للقاضي الاستعجالي إعفاء مراقب أو مراقبي الحسابات المعيّنين لسبب مشروع بطلب من :

- النيابة العمومية.

(1) محكمة الاستئناف بتونس، قضية عدد 32-31، قرار برفض الإبطال بتاريخ 12 جانفي 1999، مجلة القضاء والتشريع، ماي 1999، عدد خاص «تحكيم»، ص. 292. يراجع مثلا:

Ahmed OUERFELLI : « Chronique de jurisprudence tunisienne en matière d'arbitrage », Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage (Bull. ASA), 2000, n° 2, p. 257.

(2) الفصل 548 من مجلة الالتزامات والعقود.

- مجلس الإدارة⁽¹⁾.

- مساهم أو عدة مساهمين حائزين على خمسة عشر بالمائة من رأس مال الشركة على الأقل.

- هيئة السوق المالية بالنسبة إلى الشركات [ذات] المساهمة العامة.

وبذلك يكرس هذا النص ضمانا هاما لاستقلالية مراقب الحسابات وهو مبدأ عدم قابليته للعزل بقرار من المساهمين أو من المسيرين مهما كان النصاب أو الأغلبية المتوفران.

واقترضت الفقرة الثانية من نفس الفصل أن تعيين مراقب حسابات بديل يمكن أن يتم بقرار من الجلسة العامة أو القاضي بحسب الحالات، وهو ما يفهم منه أن المشرع يكرس قاعدة توازي الصيغ والأشكال مع احترام المبادئ الأصلية. فالقاضي الاستعجالي الذي يعزل مراقب الحسابات لا يتولى مباشرة تعيين البديل بل ينبغي الرجوع أولا إلى الجلسة العامة للقيام بالتعيين طبق الفصل 261 من نفس المجلة، فإن تقاعست عن ذلك يقع الرجوع مجددا إلى القاضي الاستعجالي⁽²⁾.

ويلاحظ أن المشرع منح الاختصاص في مجال العزل والإستبدال للقاضي الاستعجالي ولم يعتبرها من النزاعات الماسة بالأصل. فهو قضاء استعجالي ينص خاص ولا موجب للرجوع بشأنه إلى معايير الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية طالما أن المشرع يفترض عنصري التأكد وعدم المساس بالأصل معا⁽³⁾ دون حاجة إلى الرجوع إلى خصوصيات القضية.

ويتماشى تعامل المشرع التونسي مع إجراءات تعيين مراقب الحسابات وعزله مع موقفه من مسائل مشابهة كتعيين المحكمين وعزلهم حيث اعتبر هذه المسائل استعجالية بطبيعتها وأبعد القاضي عن النظر في مدى توفر معايير الفصل

(1) والأمثلة في ما يخص هيئة الإدارة الجماعية.

(2) أحمد الورفلي وكمال العياري: «مجلة الشركات التجارية معلق عليها»، مرجع سابق، ص. 794.

(3) رشيد الصباغ: «دور القاضي الاستعجالي في الشركات التجارية»، أعمال دورة تكوينية حول مجلة الشركات التجارية، تونس 11 و 12 أفريل 2003، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2004، ص. 227. أنظر أيضا:

Kamel AYARI : « Le référé et les sociétés commerciales à travers le code des sociétés commerciales », éd. CIFEDE, Tunis 2007, p. 81 et ss.

201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، رغم موقف جانب من فقه القضاء الذي ظل مناوئا لهذا التوجه⁽¹⁾.

3. تعيين متصرف قضائي

لا توجد في قانون الشركات أحكام واضحة تتعلق بتعيين المتصرفين القضائيين، غير أن ذلك لم يمنع فقه القضاء من إرساء بعض الحلول والمبادئ التي من أهمها أن الأصل هو أن تدار الشركة بواسطة هيكلها القانونية وأن القاضي لا يمكن أن يتحول إلى بديل عن الهيكل القانوني، مباشرة أو بواسطة من يعينهم للغرض. غير أنه يمكن أن تقتضي الضرورة اتخاذ إجراءات وقائية وتحفظية لحماية الحقوق بصفة مؤقتة *interim measures of protection*. ففي بعض القضايا، قررت المحاكم تكليف شخص معين بإدارة شؤون شركة بصفة مؤقتة وتحت رقابة القضاء بحيث يجب عليه الرجوع إلى القضاء عند اتخاذ القرارات الهامة.

فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 33174 بتاريخ 16 مارس 1996⁽²⁾ أن «استقالة الرئيس المدير العام القديم وتنصيب آخر جديد بطرق غير مطابقة للقانون يجعل الشركة دون رئيس مجلس إدارة ويبرر هذا الوضع تدخل قاضي العجلة لتعيين شخص محايد وغريب عن الشركة للمبادرة بالدعوة إلى التّام جمعية عامة خارقة للعادة إذ أن هذا الهيكل هو الوحيد الذي خول له القانون انتخاب مجلس إدارة الذي بدوره سيتنخب رئيس مجلس إدارة يتولى إدارة الشركة وتسييرها ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يُعهد بالقيام بهذا الدور إلى غير من كان منتخبا من الجمعية العامة. ولذلك فإن المدة التي ستخول للهيكل الوقي المعين من طرف المحكمة للدعوة إلى جمعية عامة لا يمكن أن تفوق ثلاثة أشهر ضرورة أن الجمعية العامة لا يمكن لها أن تلتئم إلا عند توفر عدة شروط ويمكن أن يستدعي ذلك ردحا من الزمن للنشر وإعادة النشر بالرائد الرسمي ويأخذى الجرائد اليومية عملا بأحكام الفصل 99 من المجلة التجارية⁽³⁾»

(1) أحمد الورفلي: «التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن»، نشر مجمع الأطرش لتوزيع الكتاب المختص، تونس 2006، ص. 546.

(2) مذكور بكتاب «مجلة الشركات التجارية معلق عليها» لأحمد الورفلي وكمال العياري، مرجع سابق، ص. 874.

(3) نظير الفصل 276 من مجلة الشركات التجارية الحالية.

[و] تكون محكمة البداية عندما قضت [برفض تعيين مؤتمن قضائي] قد جانبت الصواب وأخطأت في تطبيق القانون وتعين تبعا لذلك نقض الحكم الصادر عنها بقبول الاستئناف أصلا والقضاء من جديد بقصر مهمة الحارس القضائي على الدعوة إلى عقد جلسة عامة خارقة للعادة قصد انتخاب مجلس الإدارة خلال فترة لا تتجاوز ثلاثة أشهر طبق الإجراءات القانونية المنصوص عليها بالفصل 99 من المجلة التجارية وعلى أن يواصل السهر على تسيير الشركة بالتعاون مع الرئيس المدير العام الحالي ومشاركته وإنهاء مهام الحارس القضائي بمجرد القيام بما عهد به له.

وقد أكد القضاء التونسي على أن تعيين متصرف قضائي يظل أمرا استثنائيا لا يمكن اللجوء إليه إذا واصلت هيكل الشركة القيام بمهامها ولو بطريقة ربما تقبل النقد⁽⁴⁾.

4. التعويض النقدي

يتعلق الأمر بصور التنازع بين الأقلية والأغلبية إذا تعسفت إحداها على الأخرى وأضررت بمصالح الشركة، كما يشمل أيضا صورة تحقق ضرر لحق الشركاء من جراء أخطاء في التصرف ارتكبها المديرون.

وبالنسبة للمديرين، يطبق القانون التونسي المبدأ التعويضي *principe indemnitare* المنصوص عليه بالفصل 278 من مجلة الالتزامات والعقود بحذفه في غياب نص خاص، فيحكم على المسير المخطئ بتعويض يساوي

(1) قرار تعقيبي عدد 1284 مؤرخ في 10 ماي - 2000 نشرة محكمة التعقيب لعام 2000، الجزء الثاني، ص. 261: «طالما ثبت من الإطلاع على أوراق الملف أن هيكل الشركة مضطلة بمهامها الموكولة لها بصفة طبيعية من التّام للجلسات العامة العادية السنوية واجتماع مجلس الإدارة وإعداد مراقب الحسابات لتقاريره الدورية حول التصرف وتدقيق الحسابات فإن الخلاف بين الشركاء لا يبرر تدخل القضاء لنصب الإلتزام على هيكل الشركة ويبقى اللجوء للقضاء كحل أقصى متى استحال على هيكل الشركة الإضطلاع بمهامها كاستحالة عقد الجلسة العامة واستحالة أخذ القرار لإنعدام وجود أغلبية. وفي كل الأحوال فإن مهنة القضاء تبقى مؤقتة ومقصورة على إعادة تحريك دواليب الشركة والسعي لإزالة العوامل التي أدت إلى تجميد القرار فيها... [و] ما أثير من طرف المعقب ضدهم من إستبداد المدير العام للشركة بالتصرف وإيثاره لمصلحة شركة ثانية على مصلحة الشركة الأولى والتبعات الجزائية المثارة ضده لا تخول للقاضي الإستجالي اللجوء إلى ضرب الإلتزام إذ أن تلك المسائل هي من الأمور الجوهرية التي تتطلب أبحاثا واستقرارات معمقة تخرج عن نطاق القضاء المستعجل».

قيمة الضرر، ويمكن للمحكمة أن تجعل في التعويض تفاوتاً بحسب كون الخطأ عمدياً أو غير عمدي. وقد أضيف إلى هذا النص العام سند نصي خاص في قانون الشركات التجارية وهو الفصل 220 من مجلة الشركات التجارية بعد تنقيحه بموجب القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 الذي تقتضي الفترة الخامسة منه أن المحكمة «تقضي... بإلزام المسير القانوني أو الفعلي برّد ما أخذه من مال الشركة مع الأرباح الحاصلة له من استعمالها لخاصة نفسه، ويبقى الحق للشركاء في مطالبة بما فوق ذلك من الخسائر».

وأياً تكن القراءة التي تعطى للفصل 278 من مجلة الالتزامات والعقود من كونه يجيز للمحكمة أن تحكم بتعويض يتجاوز قيمة الضرر إذا كان الخطأ عمدياً أو بتعويض يقل عن قيمة الضرر إذا كان الخطأ غير عمدي، فإن قانون الشركات التونسي قبل تعديله في 16 مارس 2009 لم يكن يصل إلى ما أقرته بعض القوانين الأنقلاوساكسونية من الحكم على المسير في كل الحالات بأن يرجع إلى خزائن الشركة كافة المنافع التي جناها من توظيف أموالها التي استولى عليها خلال مباشرته لمهامه. فهذا الحل يؤدي إلى منع تحقيق أي فائدة للمسير الذي استولى على أموال الشركة، إذ يحرمه من جميع ما كسبه بتوظيفه لها، علاوة على الحكم عليه بالتعويض، وهو حل ردي أقصى، كان مكروفاً فقط بالفصل 1276 من مجلة الالتزامات والعقود الذي كان يتعلق بمسؤولية الشريك في الشركة التقليدية ولم يكن من الممكن تطبيقه على المسير خاصة إن لم تكن له صفة الشريك في الشركة. وقد تم تكريسه بالقانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 فزال العائق المذكور وأصبح القانون التونسي مطابقاً لما يعد أفضل الممارسات العالمية في هذا الميدان.

الفقرة الفرعية الثانية: في النزاعات بين الشركاء

1. تعيين وكيل قضائي عن طرف معين

نص الفصل 277 من مجلة الشركات التجارية على هذه الإمكانية صراحة فأباح لأقلية المساهمين أن تطلب من القضاء تعيين وكيل قضائي يتولى دعوة الجلسة العامة للإنعقاد إن تخلف المسير عن ذلك عمداً منهم أو عجزاً ولم يتم مراقب الحسابات به. غير أنه يجدر التساؤل عما إذا كان من الجائز التفكير في هذا الحل في غياب نص خاص. والصورة التي طرح فيها هذا التساؤل بالحاح تتعلق بدعوى تعسف الأقلية *abus de minorité* حيث تقوم أغلبية الشركاء ضد

الأقلية التي تملك إمكانية منع تمرير القرارات في الجلسات العامة *minorité de blocage* طالبة إيجاد حلّ يمكن من اتخاذ قرار جماعي في الجلسة العامة يخدم مصالح الشركة تعذر اتخاذها طبق الإجراءات الاعتيادية، لتعمد الأقلية الاعتراض عليه لسبب غير مشروع كالمعارضة في زيادة رأس المال بغاية الحفاظ على نسبة ما تملكه تلك الأقلية في رأس المال. وقد اعتبر القضاء الفرنسي في بعض القرارات أن الحل يكمن في تعيين وكيل قضائي خاص *mandataire ad hoc* يحضر الجلسة العامة عوضاً عن الأقلية ويصوت في الإتجاه الذي يخدم مصلحة الشركة⁽¹⁾. وهذا الحل اعتبره جانب هام من الفقه في فرنسا وبلجيكا محققاً للفاعلية ومكرساً لنظرية الحكم القائم مقام العمل القانوني، ولو أن محكمة التعقيب الفرنسية ذهبت إلى أبعد منه في قرار «فيتاما» حيث تركت الباب مفتوحاً بقولها إنه «عدا إمكانية الحكم بالتعويض، توجد حلول أخرى تسمح بمراعاة مصلحة الشركة»⁽²⁾.

(1) Arrêt Vitama : Cass. Com., 14 janv. 1992, Revue des Sociétés 1992, p. 44, note Philippe MERLE; Bulletin Joly 1992, p. 273, n° 81, note Paul LE CANNU; Jurisclasseur Périodique 1992, éd. E., p. 301, note Alain VIANDIER; Droit des Sociétés 1992, n° 55, note Hervé LE NABASQUE; Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1992, p. 636, n° 2, note Yves REINHARD. Cf., Philippe MERLE: «Sociétés commerciales», op. cit., loc. cit.

(2) Arrêt Flandin : Cass. com. (fr) 9 mars 1993, Les Petites Affiches, 24 mars 1993, n° 36, p. 12, note P.M. : « En statuant ainsi, alors que le juge ne pouvait se substituer aux organes sociaux légalement compétents et qu'il lui était possible de désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Cf., Philippe MERLE: «Droit commercial. Sociétés commerciales», éd. Dalloz, Précis Dalloz, 15^e édition, Paris 2011, pp. 724-725 (n° 581). Dans d'autres pays, comme le Luxembourg, la doctrine constate l'absence de jurisprudence et estime que l'abus de minorité est difficilement sanctionnable par les tribunaux, si ce n'est moyennant la condamnation des minoritaires au paiement de dommages intérêts. Cf., Marc LEVINGER : « Les minorités en droit des affaires. Rapport luxembourgeois », in Annales du Droit luxembourgeois, 2005, pp. 197 et ss., spéc. pp. 625-626 ; Pawel HERMELINSKI : « Sanctions de l'abus de majorité et minorité en droit luxembourgeois », in Comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg - Kluwer- ACE 2013/7, p. 10. Contra, Olivier CAPRASSE et R. AYDOGU : « Les conflits entre actionnaires, prévention et résolution », Bruxelles 2010, p. 234.

2. إخراج شريك من الشركة

ينص الفصل 1327 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه: «إذا انحلت الشركة في الصورة المبينة في الفصل 1323⁽¹⁾ أو بسبب التحجير أو التفليس لأحد الشركاء أو وفاته أو فقدته أو عدم أهلية الوارث فللشركاء الباقين الإستمرا على الشركة فيما بينهم على أن يطلبوا من المجلس حكما بخروج الشريك الذي كان سببا في انحلال الشركة أو من قام مقامه ويحكم لهم المجلس بذلك.

والشريك المحكوم عليه بالخروج أو وريثة المتوفي أو غيرهم ممن قام مقام الشريك المتوفي أو المحجور عليه أو المفقود أو المفلس لهم الحق في طلب مناب الشريك من رأس المال والأرباح إلى يوم الحكم بخروجه من الشركة. ولا حق لهم بعد تاريخ الحكم في الأرباح أو الخسائر إلا إذا كانت ناتجة ضرورة عن عمل تقدم على تاريخ خروج الشريك بأحد الأسباب المذكورة وليس لهم طلب ما يستحقونه مما ذكر إلا في الوقت المعين لتوزيع الأموال بعقد الشركة».

ويجدر التساؤل بصفة عابرة عما إذا كانت في الاستثناء الوارد في آخر هذا النص حجة على أن المشرع يعتبر الأرباح غللا مدنية تكتسب يوما بيوم، مما يبرر منح الشريك الحق في أرباح الجزء من السنة الذي كانت فيه الحصص أو الأسهم بيده حتى تاريخ خروجه من الشركة طوعا منه بالبيع ونحوه أو كرها⁽²⁾.

وفي ما يتعلق بمضمون النص، نلاحظ أن المشرع أقر إخراج الشريك من الشركة كعقاب له على إخلاله بروح التعايش وما تقتضيه الرغبة في الاشتراك *affectio societatis* وذلك من خلال تسببه عمدا في حل الشركة، سواء كان ذلك بسبب نزاع قوي بينه وبين باقي الشركاء أو تخلفه عن القيام بما التزم به وخاصة

(1) حل الشركة لسبب معتبر كنزاع قوي بين الشركاء أو عجز بعضهم عن القيام بما التزم به.

(2) أثبت مسألة الطبيعة القانونية للأرباح وما إن كانت غللا مدنية *fruits civils* أم لا بمناسبة نزاع بين بائع أسهم ومشتريها حيث اعتبر البائع أنه له الحق في أرباح جزء السنة المالية التي باع خلالها أسهمه حتى تاريخ البيع. وقد اعتبر محكمة التعقيب الفرنسية أن الغلال تكتسب يوما بيوم (Civ. 21 octobre 1931, *Dalloz Périodique* 1933.I.p. 100, note) واثبتتها في ذلك محكمة الاستئناف بياريس (Appel Paris, 23 novembre 1979, *Bulletin Joly* 1990, p. 1042, parag. 337) وأثبتتها في ذلك محكمة الاستئناف بياريس (Appel Paris, 15 novembre 1976, *Juriscasseur Périodique* 1979.II.29129, note Esveque). - خلافا لهذا الرأي: Esveque. أنظر: أحمد الورفلي: «توزيع أرباح الشركات التجارية»، مرجع سابق، ص. 13-22، عدد 22 ما يليه.

تحرير مساهمته في رأس المال، وهو ما يجعل القاضي بين خيارى حل الشركة أو إنقاذها من هذا المصير الأسود بطرد الشريك الذي تسبب سلوكه في تفاقم خطر حلها. ويتضح من ذلك أن العنصر المادي المشترك هو أن يصدر عن الشريك سلوك من شأنه أن يهدد تواصل الشركة، وذلك إما بقيامه بأمر يمنعه القانون أو بتخلفه عن القيام بما يتعين عليه فعله، عن قصد وإدراك. ويتطلب ذلك حتما أن يكون سلوك الشريك المعني بالأمر غير مشروع، لأنه لا يمكن تسليط هذا العقاب الصارم على من يمارس حقه دون تعسف. ففي صورة وجود نزاع بين شريكين لا يقضي القاضي بإخراج أحدهما بصفة عشوائية بل يسلط هذا الجزاء على من تسبب في النزاع بتعته أو لجأته أو مخالفته لالتزاماته. فالظالم أولى بالحمل عليه.

ومن ناحية أخرى يشترط الفصل 1327 أن يكون الفعل غير المشروع صادرا عن شريك أو عمن يقوم مقامه. وهذه الفرضية لا تهم صورة الشريك الذي يرتكب أخطاء مهددة لوجود الشركة بل تهم الصور الأخرى (التحجير *l'interdiction* أو تفليس أحد الشركاء أو وفاته أو فقدته أو عدم أهلية الوارث) والتي تنطبق في الواقع على الشركات المدنية وشركات الأشخاص ولا يمكن تطبيقها على شركات الأموال التي لا تتأثر بأي طارئ يهم أحد الشركاء ولا يمس الشركة بذاتها.

ومن حيث الآثار، يشترط أن يكون سلوك هذا الشخص منذرا بانحلال الشركة أو بتفليسها، سواء تعلق الأمر بتحقيقها خسائر تبرر طلب حلها، أي خسارة تتجاوز ثلاثة أرباع أموالها الذاتية، أو بتدهور وضعها المالي والاقتصادي بشكل يجعلها تدخل في صعوبات يستحيل تداركها وخصوصا إذا كان سبب العجز هو تخلف أحد الشركاء عن دفع مساهمته. ولا بد من الإشارة هنا إلى أن الصيغة التي استعملها الفصل 1327 تقوم على المبالغة أو التجويز. فإن وقع حل الشركة فعلا فإن إخراج الشريك منها يصبح قرارا لا معنى له ولا فائدة منه. وكذلك إذا أفلسَت الشركة، إذ أن الإفلاس يعني حتما أن القاضي اقتنع تمام الاقتناع بأن الشركة لا مستقبل لها وبالتالي يجب وضع حد لنشاطها. فالمقصود في الواقع هو أن يكون سلوك الشريك المعني مهددا بالوصول إلى إحدى هذين التيجتين، وأن تظهر مؤشرات جدية على أن الشركة توشك أن تبلغ إحداهما،

مما يجعل القاضي يقر طرد الشريك من الشركة كإجراء عقابي للمعني للأمر ووقائي للشركة.

ويمكن حوصلة أسباب إخراج الشريك من الشركة طبقاً لأحكام الفصل 1327 من مجلة الالتزامات والعقود في ما يلي:

1.2. صورة التخلف عن دفع المساهمات في رأس المال في إبانها

ولئن كانت هذه الفرضية لا تثير إشكالا بالنسبة لشركات الأموال باعتبار أن تحرير المساهمة يكون حينها في الشركات ذات المسؤولية المحدودة وفي أجل قدره خمسة أعوام في الشركات خفية الاسم، فإنه أمر مستشكل في شركات الأشخاص. ويمكن الجزم قطعاً بأنه إذا نص القانون الأساسي للشركة على أجل أو آجال معينة فهي واجبة الاتباع حتماً ولها قيمة الشرط التعاقدي بوجه عام. وكذلك إذا صدر قرار جماعي لاحق يقضي بضغط أجل. لكن إذا لم يضبط القانون الأساسي أجلاً فالعمل بالعرف وبمقتضيات الحال. فإذا مرت الشركة بظرف مالي صعب وكان هناك شريك تخلف عن دفع مساهمته خلافاً للباقيين فلا شك أن إخراجها من الشركة يفرض نفسه، سواء كان تخلفه ناجماً عن تقاعس وتقصير أو عن عجز. فالضائقة المالية التي يمر بها أحد الشركاء لا يمكن أن تبرر بقاءه في الشركة وتسيبه في إفلاسها أو توقفها عن النشاط.

أما في الشركات خفية الاسم بوجه خاص فقد نص الفصل 298 من مجلة الشركات التجارية والفصل 18 من القانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 17 نوفمبر 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية على آلية التنفيذ بالبورصة *l'exécution en bourse* التي تتمثل في بيع أسهم المكتسب الذي يتخلف عن دفع مساهماته بالبورصة لاستيفاء قيمة المساهمات غير المدفوعة من ثمنها⁽¹⁾.

(1) الفصل 18 من قانون إعادة تنظيم السوق المالية: «يمكن لشركات المساهمة العامة، في صورة عدم استجابة المساهمين لطلب دفع رأس المال غير المدفوع، وبعد استيفاء الإجراءات القانونية والترتيبية وتلك المنصوص عليها بالنظام الأساسي للشركة، استخلاص الأموال المستحقة، عن طريق بيع الأسهم غير المدفوعة بالكامل الراجعة للمساهمين المتقاعس ولو بناء على نسخ منها وذلك دون اللجوء إلى التقاضي. ويتم البيع بالبورصة تحت مسؤولية المساهم المتقاعس وعلى عهده.

وعلى الشركة التي تلجأ إلى هذا الإجراء أن تثبت أن الدعوة لدفع رأس المال المتبقي أو لدفع جزء منه قد تمت بصفة صريحة وبدون لبس، وأن المساهم لم يستجب لهذه الدعوة. ويقع إعلام المساهمين بالدعوة لدفع بقية رأس المال غير المدفوع أو لجزء منه عن طريق

2.2. كثرة الخصومات غير المبررة

ويشترط أن تكون هذه الخصومات كثيرة ومتواترة وفاقدة بشكل جلي وواضح للجدية، بما يعرقل نشاط الشركة ويعطل أجهزتها ويجعل مسيرها مركزين على الخصام عوض البحث عن آفاق تطوير الشركة.

3.2. الاستيلاء على أموال الشركة

ويستوي في ذلك أن يكون الشريك المستولي مستيراً قانونياً أو فعلياً أم لا.

وفي بعض الشركات تدرج شروط تهدف إلى تيسير تجاوز الخلافات بين الشركاء وذلك بتمكين شريك أو مجموعة من الشركاء من الخيار بين شراء مناب البقية أو بيع منابهم *buy or sell clauses* مثلما تقدم القول أعلاه.

ففي القانون الفرنسي، ينص الفصل 235-6 L. من المجلة التجارية على أنه إذا كانت الشركة مهددة بالبطلان بسبب عيب في رضا أحد الشركاء المؤسسين أو عدم أهليته، يتم شراء حصصه وليس له أن يعترض على ذلك. وحسب الفصل 631-19 من المجلة التجارية يمكن للمحكمة أن تقضي كل مسير يعرقل وجوده إنقاذ الشركة. وبم الرجوع في تحديد قيمة الحصص المسترجعة إلى آراء الخبراء. أما الفصل 231-6 L. فيمنح الاختصاص بإخراج أحد الشركاء من شركة أموال إلى الجلسة العامة، وهو خيار غير مفاجئ، يجعل الجلسة العامة هيكلًا تأديبياً داخل الشركة، تمارس صلاحيتها هذه تحت رقابة القضاء، كما هو شأن المؤجر إزاء أجرائه. ويوضح الفصل 227-19 L. أن الشروط المتعلقة بإخراج شريك من الشركة يجب أن يتم إتخاذها بالإجماع. وقد بينت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المبدئي الصادر في 8 مارس 2005⁽¹⁾ أن شروط إقصاء الشريك لا تكون صحيحة إلا إذا كانت موافقة لمصلحة الشركة ونصت على الحق في التعويض. وأضاف قرار صادر عن الدائرة التجارية نفسها أن هذا الشرط لا يصح

الصحافة أو أية وسائل أخرى. ولا يعد المساهم غير مستجيب لطلب دفع رأس المال غير المدفوع إلا بعد انقضاء الأجل المحدد له برسالة إنذار مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ. لا يمكن معارضة مشتري الأسهم غير المدفوعة بالكامل بالبورصة استناداً إلى أحكام هذا الفصل بنود حق الأفضلية والمصادقة المنصوص عليها بالنظم الأساسية لشركات المساهمة العامة.

(1) Cass. Com., 8 mars 2005, pourvoi n° 02-17.692, Bulletin 2005 IV, n° 47, p. 52 ; <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007051185&fastReqId=376814376&fastPos=1>

إلا إذا كان قرار الإخراج من الشركة جماعياً⁽¹⁾ وأن الشريك المعني له الحق في التصويت في الجلسة العامة التي تتخذ القرار بما يضمن له حق الدفاع وإلا عد القرار والشرط باطلين⁽²⁾. أما قرار 20 مارس 2012 فقد تطرق إلى خصوصية شركات الأشخاص حيث يمكن لوكيل الشركة أن يتخذ قرار إخراج شريك من الشركة إذا كان القرار مبنيًا على اعتبارات موضوعية كما إذا فقد المعني بالأمر صفته كأجير لدى إحدى شركات تجمع الشركات الذي له مساهمة في إحدى الشركات الأعضاء به⁽³⁾.

أما من الناحية التقنية فإن إخراج الشريك من الشركة يمكن أن يتجسم بإحدى طريقتين: فإما أن تشتري الشركة حصصه أو أسهمه وتقوم بالغائها والحط من رأس المال، وإما أن تطرحها للبيع لأحد الشركاء أو للغير، الذي يدفع ثمنها ويتمتع أيضاً بدفع المتخللات بعنوان قيمة المساهمة المكتسبة للشركة في آجالها أو فوراً.

3. إبطال القرارات التعسفية

يهم هذا الحل صورة قيام أقلية الشركاء بدعوى في تعسف الأغلبية طبق الفصل 290 من مجلة الشركات التجارية. ويكفي للحصول على حكم في هذا المعنى أن تثبت الأقلية المالكة لعشر رأس المال (بعد أن كانت 20 بالمائة) أن القرار موضوع الدعوى إنما تم إتخاذهُ لتحقيق مصالح أنانية للأغلبية وأنه لا يخدم مصالح الشركة أو أن فيه تحايلاً على قانون الشركات. ومثاله أن تقرر الأغلبية عدم توزيع أرباح الشركة لسنوات طويلة بدعوى تدعيم الأموال الذاتية للشركة⁽⁴⁾ حال أن عليها في هذه الحالة أن تقترح الترفيع في رأس المال⁽⁵⁾.

(1) Cass. Com., arrêt n° 1164 du 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-16.537, http://www.courdecassation.fr/jurisprudenc...rret_10862.html.

(2) Deux arrêts du 9 juillet 2013, pourvois n° 11-27.235 et 12-21.238, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027702336&fastReqId=263684330&fastPos=1>.

(3) Cass. Com., 20 mars 2012, pourvoi n° 10-27340, *Bulletin* 2012, IV, n° 61 ; <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025566394&fastReqId=504769569&fastPos=1>.

(4) إدوارد عيد: «الشركات التجارية. الشركات المساهمة»، ط. مطبعة النجوى، بيروت 1970، ص. 308.

(5) *Affaire SARL Les établissements Longtois et Peters c/ Roizot* : Cass. (fr), 22 avril 1976, *Recueil Dalloz* 1977, jurisprudence, p. 4, note Jean-Claude

وقد سبق أن عرضت نزاعات تتعلق بتعسف الأغلبية على القضاء التونسي في ظل المجلة التجارية فاتخذت المحكمة الابتدائية بتونس موقفاً محافظاً واعتبرت أن الجمعية العامة تتخذ قراراتها المتعلقة بتوزيع الأرباح بكامل الحرية ولا دخل للقضاء في ذلك⁽¹⁾. أما في فرنسا فقد قام فقه القضاء ببناء نظرية تعسف الأغلبية تدريجياً منذ أواسط القرن العشرين لكن الإشكال أصبح ملحاً بعد أزمة 1973 الناجمة عن حرب العوور (6 أكتوبر 1973) وأزمة النفط التي ارتبطت بها، حيث انخفضت احتياطات الشركات من جراء التضخم المالي⁽²⁾. وقد أدى ذلك إلى صراعات بين أصحاب الأغلبية الراغبين في عدم توزيع أرباح الشركات حتى تدعم أموالها الذاتية لمواجهة الصعوبات الاقتصادية التي ضربت الأسواق الأوروبية بسبب ارتفاع ثمن الطاقة، في حين سارع صغار المساهمين إلى طلب توزيع الأرباح حتى يضمنوا على الأقل قبض منابهم من الربح. وبعد تردد استمر لبضعة أعوام، اعتبر جانب من فقه القضاء الفرنسي في بعض الأحكام أنه يمكن تجاوز تعسف الأقلية بإصدار حكم قضائي يقوم مقام قرار الجلسة العامة.

4. إصدار حكم يقوم مقام القرار الجماعي

تحمس لفكرة إصدار حكم يقوم مقام قرار الجلسة العامة الذي تعذر اتخاذه بسبب معارضة أقلية متعسفة محرر مشروع قانون 1966 الفرنسي، الأستاذ Pleven الذي أدرج في المشروع النص التالي:

Art. 448, alinéa 1^{er} du projet de la loi du 24 juillet 1966: « Lorsqu'un associé ou actionnaire ou un groupe d'associés ou d'actionnaires fait abusivement obstacle à l'adoption par les assemblées ordinaires ou extraordinaires de mesures conformes à l'intérêt social, le tribunal pourra rendre exécutoires les résolutions soumises à l'assemblée en l'absence des conditions nécessaires de leur validité ».

BOUSQUET. Voir aussi : cass. 18 avril 1961, affaire *Etablissement Picard* (relatif au report des bénéfices pour raisons fiscales, jugé non abusif car conforme à l'intérêt social) ; Appel Paris, 1^{er} ch., 28 fév. 1959, *Gazette du Palais* 1959.1, p. 254 (en principe, les bénéfices doivent être distribués et ne peuvent être affectés pour la constitution de réserves).

(1) حكم بتاريخ 30 جويلية 1973، قضية عدد 134، مجلة القضاء والتشريع 1974، ص. 70.

(2) *Dictionnaire Joly SARL, sociétés de personnes et SA*, Série A, 5^e édition, 9 n. p. 48 et ss.

غير أن هذا النص لم يقع اعتماده بعد تدخل وزير العدل آنذاك، الذي عبر عن خشيته من قيام «حكومة قضاة» داخل الشركات⁽¹⁾. كما تجنب محررو مجلة الشركات التجارية التونسية الخوض في هذه المسألة وفضلوا تركها لفقهاء القضاء، وربما كان سكوتهم علامة رفض لهذا الحل، ولو أن فقه القضاء التونسي استقر على جواز إصدار حكم يقوم مقام عقد البيع العقاري في صورة إبرام وعد بالبيع ثم نكول الواعد عن إتمام البيع، في غياب نص تشريعي يجيز ذلك، وعلى الرغم من أن هذا الحل قد لا يتماشى مع أحكام الفصل 14 من دستور سنة 1959⁽²⁾ خاصة أنه يقوم على تحويل التزام شخصي إلى التزام عيني. فلا يمكن أن يكفي سكوت المجلة عن هذه المسألة للدلالة على عدم وجاهة هذا الحل، خاصة أن الحلول الأخرى ومنها على سبيل المثال تعيين وكيل قضائي عن الأقلية تفقر بدورها إلى سند تشريعي كما أنها تتميز بالتعقيد غير المجدي إذ لا تزول إلا إلى زيادة الأعباء على الشركة بسبب اضطرابها إلى الدعوة إلى عقد جلسة عامة جديدة يحضرها الوكيل القضائي الذي سيكون حضوره شكليا لا غير باعتبار أنه سيقصر على التصويت في الاتجاه الذي رسمته له المحكمة مسبقا، بحيث تكون الجلسة العامة المعادة بمثابة مسرحية تراجيدية باهتة يعرف الجميع خاتمته مسبقا.

الفقرة الفرعية الثالثة: في الدعاوى الرامية إلى إنهاء وجود الشركة

يتعلق الأمر إما بدعاوى إبطال الشركة أو بالدعاوى الرامية إلى حلها أو فسخا. وتعيينا هذه التصنيفات إلى التصنيفات الأصلية في قانون العقود.

1. إبطال الشركة

إبطال الشركة حدث استثنائي ومباغت في حياة كافة الشركات. فمن شهد تكوين شركة لا يتصور أن يأتي يوم تندثر فيه بسبب بطلان العقد المنشئ لها. ذلك أن فكرة «الشركة المؤسسة» متغلغلة في أذهان الجميع. غير أن ذلك لا ينفي الصبغة العقدية التي تصطبغ بها الشركة. وقد كان لزاما على المشرع أن يختار بين إخضاع بطلان الشركات إلى القواعد العامة للبطلان وتخصيصها بقواعد خاصة. فالقوانين الأوروبية بوجه عام تميل إلى إقرار صور محدودة وأجال مختصرة للقيام بطلب إبطال الشركة. أما القانون التونسي فأقر آجالا معتدلة وأقر إمكانية التصحيح

(1) Journal Officiel de l'Assemblée Nationale, 12 juin 1965, p. 2031.

(2) نظير الفصل 41 من دستور سنة 2014.

في عدد من الصور، غير أنه لم يتطرق إلى بعض الحالات التي يمكن فيها تأسيس البطلان على أحكام القانون العامة، كالبطلان لعدم مشروعية سبب الشركة أو موضوعها. ففي هذه الأحوال، يطرح من جديد التساؤل حول قابلية دعوى البطلان للتقدم من عدم ذلك. فلئن كان من المؤكد أن الدفع بالتقادم لا يسقط⁽¹⁾ فإن دعوى الإبطال كانت موضوع نظريتين، تعتبر أو لاها أن البطلان المطلق لا يتقادم، وتعتبر الثانية أنها تتقادم بمضي الأجل العام لسقوط الدعاوى المدنية وهو خمسة عشر عاما⁽²⁾. لكن الشركة تتميز بأنها ليست مجرد عقد بل هي مؤسسة قائمة على عقد، يتواصل وجودها في الزمن، فإن كان موضوعها غير جائز فإن الخلل المتفثل في مخالفة النظام العام بظل مستمرا في الزمن ولا يمكن الحديث عن تقادمه. فالشركة التي يتم تكوينها للتجارة في المخدرات أو في البشر أو التهريب أو غير ذلك من الأنشطة الإجرامية يمكن إبطالها في كل وقت طالما ظلت قائمة في الواقع.

وفي مطلق الأحوال فإن القاضي يمنح الشركة فرصة لتصحيح البطلان إن وجد نص صريح يبيح ذلك. وحتى في غياب نص فإن زوال سبب البطلان قبل صدور الحكم تزول به المصلحة من القيام فينتج القضاء برفض الدعوى، حتى إذا كان موجب البطلان قائما يوم رفع الدعوى⁽³⁾. وأكثر من ذلك فإن القاضي يمكنه أن يقضي بناء على طلب من أحد الأطراف بتعيين وكيل قضائي يتولى إتمام إجراءات إشهار تكوين الشركة لتلافي التصريح ببطلانها من أجل الإخلال بقواعد الاشهار⁽⁴⁾.

ويلاحظ خصوصا توجه القوانين الأوروبية نحو التقليل من حالات بطلان عقود الشركات بالنظر إلى تشابك مصالح عديد الشركاء خاصة في الشركات المفتوحة للعموم، مما أدى إلى إقرار عدم إبطال عقد الشركة من أجل أحد عيوب الرضا إلا بشرط أن يمس ذلك العيب رضا كافة المؤسسين، وهو شرط يكاد يكون مستحيل التحقق، كما إذا تعلق الأمر بنقص الأهلية أو الإكراه.

(1) الفصل 335 من مجلة الالتزامات والعقود.

(2) الفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود.

(3) عبد الله هلاي: «التصحيح في مجلة الشركات التجارية»، أعمال دورة تكوينية حول «مجلة الشركات التجارية»، تونس 11-12 أبريل 2003، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2004، ص. 15. أنظر أيضا، محمد الدجمي: «القضاء الاستعجالي بين

سرعة الفصل وتوفير الضمانات»، مجلة القضاء والتشريع، جويلية 1991، ص. 17.

(4) حسن عز الدين دياب: «القانون الجزائري للاستثمار»، مرجع سابق، ص. 448.

2. حل الشركة أو فسخها قضائيا

يتميز مصطلح «الإنحلال» عن الفسخ من حيث أنه أوسع مدلولاً ومجالاً. فالإنحلال dissolution يتمثل في انفصام رابطة الشراكة بين أطراف عقد الشركة بأي وجه ولاي سبب قانوني، فيشمل حل الشركة طبق أحكام الفصل 21 من مجلة الشركات التجارية، كما يشمل أيضا البطلان. ويتم فسخ الشركة بقرار قضائي في الأحوال المقررة بوجه عام كجزاء للإخلال بالالتزامات التعاقدية أو لانقضاء موضوعها أو ثبوت استحالة تحققه. وأهم الأسباب التي تفسخ بها الشركة حل الشركة لوجود أسباب معتبرة ووجيهة تكسب صبغة خطيرة جداً ويكون من نتائجها تعطيل سير دواليب الشركة بما من شأنه أن يجعلها في طريق التدهور والإفلاس بدلا من أن تكون في طريق النمو والإزدهار. من ذلك تبادل الشكايات والقضايا المنشورة بين الشركاء مما تصبح معه وضعية الشركة مهددة تهديداً جدّياً بسبب انعدام الثقة بينهم وفقدان نية الإشتراك والثقة في سلامة تسييرها والمحافظة على مصالحها⁽¹⁾.

وقد بينت محكمة التعقيب في نفس القرار أنّ «حالات انحلال الشركة ذات المسؤولية المحدودة المنصوص عليها بالفصل 176 من المجلة التجارية جاءت على سبيل الذكر لا الحصر فلا مانع حينئذ من الرجوع إلى القواعد العامة الواردة بالفصل 1323 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلقة بإمكانية فسخ الشركة في حالة وجود نزاع جدّي وجوهري بين الشركاء يهدّد دواليبها. ومسألة تقدير جدية النزاع موكولة إلى مطلق اجتهاد محكمة الأصل»⁽²⁾.

ويتمثل دور القاضي في مثل هذه الأحوال في تقصي السبب الحقيقي للخلاف الناشئ بين الأطراف ومحاولة التوصل إلى حله بالحسنى، في إطار الإجراءات الصلحية التي أقرها الفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، فإن تعذر ذلك فله أن ينظر في إمكانية إخراج أحد الشركاء من الشركة إن كان من شأن ذلك أن ينهي الخلاف ويعيد حياة الشركة إلى مسارها الطبيعي.

ويقع أن يسعى أحد الأطراف في تعيين مؤتمن عدلي على الشركة خلال نظر المحكمة في دعوى الفسخ أو الحل. غير أن فقه القضاء التونسي يبدي عامة

(1) قرار تعقيبي عدد 4216 مؤرخ في 1/12/2001- مجلة القضاء والتشريع عدد 10 لعام 2001، ص. 131.

(2) قرار تعقيبي عدد 4216 مؤرخ في 1/12/2001- سابق الذكر.

تخوفه من هذه الآلية ويميل إلى رفض تعيين مؤتمن عدلي⁽¹⁾ باعتبار أن إدخال هذا الجسم الغريب إلى الشركة من شأنه تعقيد الوضعية وتدعيم الشكوك المتبادلة بين الأطراف، كما أن المؤتمن يجد نفسه بين ضغوطات وأتهامات وتجاذبات مستمرة من أطراف الخصومة، علاوة على تكلفة هذا الإجراء باعتبار أن عمل المؤتمن ليس مجانياً، بل يتقاضى أجوراً يرتفع مقدارها كلما طالت مدة النزاع وتشعبت أطواره وتعاضمت المصالح المالية المحيطة به.

الفقرة الثانية: في إطار قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية

يغلب أن يكون من أهم أسباب الصعوبات التي تمر بها مؤسسة اقتصادية سوء تدبير مسيرها أو سوء نيتهم، وقد تعزى الصعوبات أيضاً إلى عجزهم الموضوعي، كتقدم المسير الرئيسي في السن وعدم وجود من يمكنه تعويضه في مهامه. ففي جميع هذه الأحيان، يجيز القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أبريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية للمحكمة أن تقرر تكليف المتصرف القضائي بمساعدة المسير على تسيير الشركة أو حتى بتعويضه، علاوة على مهمته العادية المتمثلة في مراقبة أعمال التسيير.

الفقرة الفرعية الأولى: الدور الأصلي الموكول للمتصرف القضائي: مراقبة أعمال المسير

يقتضي الفصل 19 (جديد) من القانون المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية أن رئيس المحكمة الذي يتلقى مطلب تسوية قضائية ويتحرى بشأن جديته ويتبين له أن المؤسسة ليست في إحدى حالات التفليس الآلي ولا هي معاطلة في دفع ديونها، يقرّر فتح فترة مراقبة période d'observation لغاية التحقق من حظوظ إنقاذ المؤسسة بإحدى ثلاثة آليات (مواصلة المؤسسة لنشاطها مع إدخال بعض التعديلات الجزئية على وضعها لإعادة جدولة الديون

(1) قرار تعقيبي عدد 1006 مؤرخ في 6/30/2000- نشرة محكمة التعقيب لعام 2000، القسم المدني، الجزء الثاني، ص. 304: «إن وجود نزاع جدّي بين الطرفين حول التصرف في الشركة لا يحوّل سوى المطالبة بفسخ الشركة واستفراض أموالها ولا يحوّل المطالبة بوضع مؤتمن عدلي يتولّى مواصلة تسييرها والتصرف في أموالها إلى حين فصل النزاع بين الطرفين لأن ذلك يستوجب ترخيصاً مسبقاً من الإدارة للمؤتمن العدلي المطلوب تكليفه من المحكمة وهو ما يخرج عن ولاية القضاء عموماً والقضاء الاستعجالي خصوصاً».

أو الحطّ منها أو تخفيض مواطن الشغل أو ترفيع رأس المال...، أو إحالة المؤسسة إلى الغير أو إعطاؤها للغير في إطار عقد كراء أو وكالة حرة). ويعين رئيس المحكمة متصرفا قضائيا تمثل مهمته الأساسية في مراقبة المسير ورفع تقرير بشأن كيفية إدارته للمؤسسة إلى القاضي المراقب الذي يعتمد في الرأي الذي يبديه بشأن حظوظ إنقاذ المؤسسة.

وتطرح في هذا الإطار مسألة فرعية تتعلق بعلاقة المتصرف القضائي بهياكل المراقبة الأخرى. فيتجه توضيح أن مرور الشركة بصعوبات اقتصادية ودخولها تحت مظلة قانون 17 أفريل 1995 لا يعفيها من وجوب المحافظة على هياكل المراقبة (مجلس المراقبة - مجلس الرقابة - مراقب الحسابات - اللجنة الدائمة للتدقيق) وتجديد وكالة أعضائها كما لا تتوقف بموجبه الجلسة العامة والشركاء بصفة فردية عن ممارسة ما لهم من صلاحيات الرقابة والإطلاع على أحوال الشركة طبق أحكام الفصلين 11 و 284 والفصل 274 وما يليه من مجلة الشركات التجارية. بل الواقع أن الكثير من الشركات إنما تقع في صعوبات اقتصادية بسبب تخلف هياكل الرقابة عن النهوض بدورها أو غيابها أصلا.

ولا يوجد ما يمنع المتصرف القضائي من التنسيق في قيامه بمهامه مع هياكل الرقابة الموجودة بموجب أحكام قانون الشركات التجارية، غير أن المشكل يتعلق بغياب نص يمنحه صلاحيات واضحة للتحري أو الإطلاع على وثائق الشركة في إطار قيامه بمهامه، خلافا لمراقب الحسابات الذي نص الفصل 266 من مجلة الشركات على منحه صلاحية إجراء جميع عمليات المراقبة والفحص التي يراها ضرورية (الفقرة الثالثة) ومكّنه من الحصول على كل الوثائق التي يعتبرها ضرورية لمباشرة مهامه وخاصة منها العقود والدفاتر ومستندات المحاسبة وسجلات المحاضر والجداول البنكية (الفقرة الرابعة)، ومدّ صلاحية التحري التي يتمتع بها إلى الشركات الرئيسية والفرعية (الفقرة الخامسة) وحتى إلى الغير وخصوصا المتعاملين مع الشركة بعد الحصول على إذن قضائي في ذلك (الفقرة السادسة)، كما منح نفس الصلاحية لمساعد المراقب الحسابات⁽¹⁾.

غير أن غياب مثل هذا النص لا يمكن أن يستدل منه على تحديد حقوق التحري والاستقصاء التي يتمتع بها المتصرف القضائي، إلا أنه لا يمكن تطبيق أحكام الفصل 267 المذكور على مساعديه، وهو ما يعني أن مهمته تكتسي طابعا

(1) الفصل 267 من مجلة الشركات التجارية.

شخصيا مبالغا فيه، كما هو الشأن بالنسبة للخبير العدلي الذي لم يمنحه القانون إمكانية الاستعانة بشخص آخر في أعماله، وهو ما جعل الخبراء والمتصرفين القضائيين في حرج عند الاستعانة بأعوانهم ومساعدتهم في القيام بمأمورياتهم. ولا شك أن من الأفضل أن يتدخل المشرع ليقر إمكانية استعانة مساعدي القضاء بوجه عام بمساعدين، مع ضبط شروط معينة فيهم، كما هو الشأن حاليا بالنسبة للعدل المنفذ وأيضا لمراقب الحسابات.

الفقرة الفرعية الثانية: الدور الإضافي للمتصرف القضائي: مشاركة المسير في التسيير أو الحلول محلّه

حسب الفصل 26 من قانون 17 أفريل 1995، يمكن للمحكمة أن تقرّ تكليف المتصرف القضائي بمهام تتجاوز مجرد مراقبة المسير وإعداد برنامج إنقاذ، وتماشى مع مدلول تسميته («متصرف» administrateur). ويمكن في هذه الحالة أن يقع الاختيار بين صيغتين:

1. إمكانية تكليف المتصرف القضائي بمهمة مشاركة المسير الأصلي في إبرام أنواع معينة من العمليات والعقود

يمكن أن يقع تكليف المتصرف القضائي بمهمة مشاركة المسير الأصلي في إبرام أنواع معينة من العمليات والعقود، بحيث لا يصح العقد إلا إذا وقع عليه كلاهما. وحماية للغير، ينبغي أن يقع إشهار هذا القرار حتى يعلم كل من يتعامل مع الشركة بأن لا أحد من الإثنين بإمكانه أن يبرم العقود المذكورة بمفرده. وقد قصد المشرع على وجه الخصوص الإمضاء على الشيكات والأوراق التجارية، باعتبار ما لها من الخطورة، كما قصد أيضا بيع الأصول الهامة التي على ملك الشركة (العقارات والأصول التجارية).

2. إمكانية تكليف المتصرف القضائي بمباشرة التسيير بانفراده

يمكن للمحكمة أيضا أن تقرر استبعاد المسير من تسيير المؤسسة كليا وتكليف المتصرف القضائي بمباشرة التسيير بانفراده. وفي هذه الحالة تتقل جميع صلاحيات الإدارة والتسيير إلى المتصرف القضائي. ولم يبين المشرع كيفية تطبيق هذا الحل بالنسبة للشركات خفية الاسم: فهل تقرر المحكمة تنحية مجلس الإدارة بكامله وتكليف المتصرف القضائي بدور مسير وحيد للشركة، أم تقرر تنحية الرئيس المدير العام أو المدير العام فحسب، مع إخلال المتصرف

القضائي محله. وفي الصورة الأخيرة فإن التساؤل الذي يطرح يتعلق بكيفية سير أعمال المجلس: فهل يتواصل العمل بقواعد النصاب والأغلبية المقررة بمجلة الشركات التجارية أم أن المجلس يتحول إلى مجرد هيكل استشاري يدي مجرد رأي غير ملزم قبل اتخاذ القرارات الهامة من قبل المتصرف القضائي؟

الرأي لدينا أن الحل يكمن في وضوح الحكم القضائي. فغموض النص التشريعي يجيز للمحكمة أن تقرر ما تراه ملائما بحسب الظرف. فإن بدا لها أن الخلل راجع إلى تقصير مجلس الإدارة بأكمله في النهوض بمهام التسيير فلها أن تكلف المتصرف القضائي بتعويض المجلس برمته، أما إذا كان مرد الخلل هو استبداد الرئيس المدير العام أو المدير العام فإن دور المتصرف القضائي يفترض أن يقتصر على تعويضه. فإن وقع خلاف بين المتصرف القضائي وأغلبية أعضاء المجلس فإن المتصرف يمكنه أن يرفع الأمر إلى المحكمة لتتخذ القرار الأنسب لتجاوز الإشكال، بما في ذلك تمكين المتصرف القضائي من اتخاذ القرار الذي تعتبره المحكمة ملائما لمصالح الشركة رغما عن معارضة أغلبية أعضاء المجلس. وفي غياب ذلك، تنطبق قواعد الأغلبية كما هو الشأن في غياب إجراءات جماعية.

والأصل أن تكلف المحكمة المتصرف القضائي بتعويض الرئيس المدير العام أو المدير العام فحسب، بما أن وظيفة مجلس الإدارة تمثل أساسا في الرقابة. ولا شك أن الشركة تزداد حاجتها إلى الرقابة متى استفحلت صعوباتها ودخل «الغير» إلى أجهزة تسييرها.

القسم الثاني

يعتبر التحكيم اليوم من آليات الإدارة الرشيدة⁽¹⁾، وقد أصبحت بعض الأسواق

(1) James H. CARTER: «Arbitration and Corporate Governance: Publicly Held Companies», OECD Experts Group Meeting on Dispute Resolution and Corporate Governance, Vienna, Wednesday 25th June 2003, www.oecd.org/dataoecd/2/62/3860479.pdf - Michael HUWANG: «The Prospects for Arbitration and Alternative Dispute Resolution. Supplement to Programme Statement for Corporate Governance and Arbitration of Company-Law Disputes», OECD 6th Asian Roundtable on Corporate Governance, «Implementation and Enforcement in Corporate Governance». Theme III, session 1: «The Prospect for Arbitration and Alternative Dispute Resolution», Seoul, Korea 2-3 November 2004, www.oecd.org/dataoecd/42/34/33962683.pdf.

المالية تعتبر إدراج شرط تحكيمي في عقود تأسيس الشركات شرطا للإستجابة لطلب إدراج أوراقها المالية في البورصة⁽¹⁾. وفي القانون التونسي، جاء الفصل 7 من مجلة التحكيم بقاعدة عامة تمنع التحكيم في النزاعات التي لها مساس بالنظام العام بينما نص الفصل 16 الوارد في باب التحكيم الداخلي على جواز التحكيم في النزاعات بين الشركاء بشأن الشركة، وسكت الباب المتعلق بالتحكيم الدولي عن هذه المسألة كلياً.

الشرع الأول

التحكيم في المنازعات المتعلقة بالشركة

يمكن تقسيم النزاعات المتعلقة بالشركة إلى قسمين: نزاعات بين الشركاء أو بين الشركاء من جهة والمسيرين من جهة أخرى - من جهة - ونزاعات بين الشركاء والغير وخصوصا الدولة في صورة تأميم الشركة - من جهة أخرى -.

الفقرة الأولى: مدى جواز التحكيم في المنازعات المتعلقة بالشركة

يقتضي الفصل 16 من مجلة التحكيم (التحكيم الداخلي) أنه: «مع مراعاة أحكام الفصل 7 من هذه المجلة يجوز الاتفاق على التحكيم في كل نزاع معين موجود، كما يجوز اشتراط شرط تحكيمي فيما قد ينشأ من النزاعات المتعلقة بالالتزامات والمبادلات المدنية والتجارية والنزاعات بين الشركاء في شأن الشركة».

وتمثل هذا الفصل في نقل حرفي للفصل 258 القديم من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، وهو يتعلق في نفس الوقت باتفاقية التحكيم بشكليها (الشرط التحكيمي والاتفاق على التحكيم) وينطاق التحكيم وموضوعه، تفسري عليه أحكام الفصول 2 و3 و4 وخصوصا الفصل 7 الذي نصّه:

(1) في سنة 2004، قررت لجنة تسيير البورصة البرازيلية BOVESPA أنه يشترط وجود شرط تحكيمي حتى تقبل الشركات في البورصة. وقد استجابت 113 شركة لهذا الشرط في حدود سنة 2007. أنظر خاصة:

Sergio BERMUDEZ and Fabiano ROBALINHO CAVALCANTI: « Arbitration of Corporate Disputes », *The Arbitration Review of The Americas* 2008, Section 2: Country Overviews, <http://www.globalarbitrationreview.com/handbooks/4/sections/8/chapters/54/brazil>

«لا يجوز التحكيم :

أولاً- في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

ثانياً- في النزاعات المتعلقة بالجنسية.

ثالثاً- في النزاعات المتعلقة بالحالة الشخصية باستثناء الخلافات المالية الناشئة عنها.

رابعاً- في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

خامساً- في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية اقتصادية كانت أو تجارية أو مالية وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة».

وما يمكن التساؤل بشأنه هو التحكيم في النزاعات بين الشركاء في ما يتعلق بالشركة. فالنص يتحدث فقط عن جواز إبرام شرط تحكيمي بشأنها، ويتجاهل إمكانية إبرام اتفاق على التحكيم بعد نشوب النزاع compromis. فهل يعني ذلك بطلان الاتفاق على التحكيم في مثل هذه المسائل ؟

يلاحظ بصفة أولية وجود توجه عام نحو تفضيل الحلول الملائمة للتحكيم⁽¹⁾ كما أن الفصل 16 من مجلة التحكيم لا يحيل إلى الفصل 7، وهو ما يوحي بأن المشرع قصد أن جميع النزاعات المتعلقة بالشركة يمكن اللجوء بشأنها إلى التحكيم، دون تحديد أو حصر، وهو ما يتجافى مبدئياً مع ما لاحظته الفقه من أن قانون الشركات هو عامة من القوانين ذات التطبيق الضروري⁽²⁾ -المسماة أيضاً بقوانين الأمن والبوليس Lois de police ou lois d'application immédiate-، خاصة أن الفصل 10 من مجلة الشركات التجارية يقتضي أن الشركات التي يوجد مقرها بالبلاد التونسية تخضع لأحكام القانون التونسي، بما يدل على عدم جواز تطبيق قانون أجنبي في هذا المجال.

وقد استقر غالب الفقه على أن المحكم يجوز له النظر في المسائل الخاضعة لأحكام قواعد الأمن والبوليس⁽³⁾. ويصح ذلك بشكل خاص على النزاعات

(1) Bernard HONATIAU : « L'arbitrabilité et la favor arbitrandum : Un réexamen » in *Clunet (Journal de Droit International)* 1994, p. 899.

(2) الفصل 38 من مجلة القانون الدولي الخاص.

(3) Malek GHAZOUANI : « L'arbitre du commerce international et les lois de police », mémoire de DEA en droit des affaires, Faculté des Sciences Juridiques,

المتعلقة بالشركات⁽¹⁾، وحتى على مجالات أخرى معروفة تقليدياً بانغلاقها ورفضها للتحكيم، كقانون المنافسة، حيث يميل الفقه وفقه القضاء، تحت تأثير فقه القضاء الأمريكي، إلى قبول اللجوء إلى التحكيم في منازعات تتعلق بالمنافسة⁽²⁾.

ويمكن الجزم بأن الفصل 16 لا يمنع إبرام اتفاق على التحكيم compromis في شأن منازعات الشركات، لأنه من البديهي أن ما يجوز فيه إبرام شرط تحكيمي clause compromissoire يجوز فيه أيضاً إبرام اتفاق على التحكيم، باعتبار أنه بعد نشوب النزاع، تزول كل خشية من وقوع الضغط على إرادة أحد الأطراف وجبره على القبول بما لا يرضاه، ويصبح كل طرف قادراً فعلياً على التصرف في حقوقه، وهو ما جعل الاتفاق على التحكيم أوسع مجالاً من الشرط التحكيمي⁽³⁾.

ومن المحقق أنه قبل إصدار مجلة التحكيم سنة 1993، كان المشرع التونسي يتبنى موقفاً حذراً من التحكيم حيث يميل إلى إعتبره نظيراً للصلح وأن فيه نوعاً من التنازل عن الحقوق، أو على الأقل تنازلاً عن ضمانات وحماية يكفلهما اللجوء إلى القضاء الرسمي. وفي هذا الإطار يقتضي الفصل 1120 من مجلة الالتزامات والعقود أن «الوكيل المفوض مهما أطلقت يده ليس له أن يفعل ما يأتي إلا بنص صريح: وهو توجيه اليمين القاطعة للنزاع، والإقرار لدى حاكم، والمدافعة في أصل الدعوى، وقبول حكم أو الإسقاط فيه والصلح والتحكيم والإبراء من دين وتقويت عقار... كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه»، بحيث يعتبر المشرع أن اللجوء إلى التحكيم ليس مجرد عمل من أعمال الإدارة

Politiques et Sociales de Tunis (Tunis II), 1998-1999; du même auteur : « L'applicabilité des lois de police par l'arbitre », *Revue de la Jurisprudence et de la Législation*, avril 2001, p. 9.

(1) Daniel COHEN : « Arbitrage et société », thèse, éd. LGDJ, Bibliothèque des thèses, tome 229, p. 97 et ss, où l'auteur parle du « rejet de l'arbitrage par l'ordre juridique sociétaire » ; Olivier CAPRASSE : « Les sociétés et l'arbitrage », éd. Bruylant, Delta et LGDJ, Bruxelles 2002, p. 33 et ss.

(2) Jaouida GUIGA : « L'arbitrabilité dans le domaine du droit de la concurrence (première approche) », in actes du colloque sur « L'arbitrage à l'ère de la mondialisation », colloque du 24 avril 1998, éd. CEJJ, Tunis 1998, p. 87 ; Pierre CORTESS : « L'arbitrabilité dans le domaine du droit de la concurrence (deuxième approche) », *op. cit.*, p. 97.

(3) يراجع ما ورد في كتابي «كوهن» و«كابراس» المذكورين، وأحكام الفصل 162 من مجلة التجارة البحرية.

العادية (Acte d'administration courante) بل هو عمل من الأعمال الخطيرة التي تحتاج إجازة خاصة من صاحب الشأن. وكذلك شأن الفصل 1341 من نفس المبحث الذي يقتضى أن «ليس للمكلف بالتصفية الصلح ولا التحكيم ولا التسليم في توثقة إلا بعد دفع الدين أو أخذ توثقة أخرى تساويها ولا أن يبيع صبرة واحدة ما كلف بتصفيته ولا التبرّع ولا الشروع في معاملات جديدة إلا بإذن خاص أو بقدر ما لزم لإتمام الأعمال الجارية. فإن خالف فعليه ضمان ما عقده من المعاملات. وإذا تعدّد المكلفون طولبوا بالخيار».

فالمشرّع يضع التحكيم والتبرّع والتسليم في التوثقة (التأمين/ الضمان sûreté) والإذعان الطوعي للأحكام في نفس المرتبة، ويقرّ لها جميعا نفس الحكم⁽¹⁾.

والسؤال الذي يطرح في هذا المجال يتعلّق بمآل هذه الأحكام بعد صدور مجلة التحكيم، حيث جاء الفصل 7 منها بضبط قائمة المجالات التي لا يجوز فيها الصلح، فهل يمكن القول إن هذه المسائل لا يجوز فيها التحكيم لمساس النزاعات المتعلقة بها بالنظام العام، أم يتجه القول بعدم جواز التحكيم فيها طالما أن الصلح فيها غير جائز؟ أم يتجه القول بتقديم النصّ الخاص على النصّ العام، خصوصا أن محكمة التعقيب كانت إعتبرت في قرارها الصادر في 26 ماي 1962⁽²⁾ أن النصوص الخاصة لا تنسخ نسخا ضمّنيّا إلا بنصّ خاصّ مثلها، وأن النصّ العام لا ينسخ بالنصّ الخاص، إلا إذا صرح بذلك؟

بالنسبة للوكيل والمصفي، المنصوص عليهما بمجلة الالتزامات والعقود، من الجلي أن منع التحكيم عليهما ما زال قائما طالما أن المشرّع منع عليهما الصلح أيضا، وأن الفصل 7 من مجلة التحكيم يقتضى أن لا تحكيم حيث منع المشرّع الصلح، وإن منع الصلح هنا ليس مطلقا، بل هو مرتبط بشخص معيّن منع عليه المشرّع اللجوء إلى الصلح والتحكيم بحكم صفته، وهو المصفي، فيظل المنع قائما بعد صدور مجلة التحكيم.

(1) قارن مع الفصل 162 من مجلة التجارة البحرية (1962) الذي ينصّ على أن «يعتبر اشتراط التحكيم لاغيا في عقود نقل المسافرين بحرا، وفي بقية عقود النقل بحرا لا يمكن أن يتضمن اشتراط التحكيم إعطاء المحكّمين صفة المحكّمين المصالحين» (الفقرة الثانية منه)، والفصل 365 الذي يعتبر أن «الشرط الذي يتضمن إعطاء المحكّمين صفة المحكّمين المصالحين يعتبر لاغيا» (يتعلّق هذا الفصل بالتأمين على البضائع المراد نقلها عبر البحر).

(2) قرار الدوائر المجتمعة، عدد 1450، منشور بمجلة القضاء والتشريع، 1962، ص. 537.

وقد كتب محمد بن القاضي عياض في كتاب «مذاهب الحكماء في نوازل الأحكام»⁽¹⁾ ما يلي: «سؤال عما لا يحكم فيه إلا القضاة خاصة: سئل أبي رضي الله عنه عن قاض قدّمه قائد البلدة ولم يقّمه الأمير، قام عنده رجل له زوجة محجور عليها فأردا أن يبطل إيصاء الوصيّ المقدم عليها، هل لهذا الحاكم المذكور أن ينظر في ذلك أم لا، فأجاب أمّا نظر القضاة المقدمين في مثل هذا فقد نصّ أنتمنا أنه لا ينظر في الإيصاء والتقديم والتريد والتسفيه والقسمة على الأيتام والنظر في أموالهم وأموال الغيب والحبس المعقّب والأنساب والوصايا إلا القضاة خاصة دون سائر المظالم والرّد والتركة وغيرها وإن كانوا مقدّمين من قبل الأئمة...».

وهذا نلاحظ أن فكرة تخصيص أحد أجهزة القضاء بنوع من المنازعات التي تعتبر على درجة خاصة من الأهمية أو الخطورة وحظر التدخّل في ذلك على جميع من عداها (بما في ذلك المحكّمين) ليست فكرة جديدة، وتجد جذورها في النظام القضائي الإسلامي.

على أنه يلاحظ أن التشريعات الحديثة، ورغم اتّساع مفهوم النظام العام بشكل واضح خلال القرن العشرين، تفتّنت إلى أن بعض المجالات المشمولة بقواعد النظام العام أو بالقواعد ذات التطبيق الضروري (Lois d'application immédiate) والمسماة أيضا بقواعد الأمن والبوليس (Lois de police) تحتاج إلى التحكيم أكثر من حاجتها إلى القضاء العمومي. ويتعلّق الأمر بميدان الاستثمار بشكل عام، حيث إن جلّ دول العالم ترغب في إستجلاب الإستثمارات الأجنبية لتنشيط اقتصادها، إلا أن المستثمر الأجنبي يخشى من تحييز قضاء الدولة المضيفة (Etat-hôte) في صورة وقوع نزاع مع تلك الدولة، ومحاباته لدولته، وهو ما يجعل المستثمرين الأجانب يحجمون عن توظيف أموالهم وإمكانيّاتهم ومعارفهم العلمية في تلك البلاد إن لم توافق دولتها على اللجوء إلى التحكيم متى وقع بينهما نزاع حول ظروف عمل المستثمر، وبشكل خاصّ حول النظام الجبائي ونظام الضمان الاجتماعي والتأمين ضدّ تعرض العملة إلى حوادث الشغل والأمراض المهنية، وحول ما تعهّد المستثمر بإنجازه من إستثمارات وتشغيل لليد العاملة ونقل التكنولوجيا. ومن المؤكّد أن مادتي الجباية والقانون الإجتماعي (Droit social) أي كلّ ما يتعلّق بالإطار القانوني للشغل يهتمّ النظام

(1) ألفه القاضي عياض وولده محمد، ط. دار الغرب الإسلامي، بيروت 1990، ص. 35.

العالم، بالمعنى الذي يقصده الفصل 7 من مجلة التحكيم، والذي يشمل المبادئ التي تسودها القوانين المسماة بقواعد الأمن والبوليس. فلو طبقنا الفصل 7 على اتفاقيات التحكيم التي تبرمها الدولة التونسية مع المستثمرين وخاصة منهم الأبناب، لإنهينا إلى بطلانها جميعا وإلى القول بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في هذا الميدان. وإنما جاءت نصوص أخرى بتعديل ما اقتضاه الفصل 7 تضييقا أو توسعا، وسنأخذ دون شك الفصل 16 من مجلة التحكيم، والذي لا يمكن أن يفهم منه أن جميع ما يتعلق بالشركة يقبل التحكيم دون استثناء، لكن لا شك أنه يقر مجالا للتحكيم أرحب مما ضبطه الفصل 7.

الفقرة الثانية، نطاق المفعول الملزم للشرط التحكيمي المدرج في العقد التأسيسي للشركة

يتعلق الأمر بالإجابة عن السؤال التالي: هل تعدّ الشركة ملزمة بالشرط التحكيمي المدرج في عقدها التأسيسي؟⁽¹⁾

تطرقت محكمة التعقيب في قرارها عدد 4349 / 3549 الصادر في 24 أبريل 2001⁽²⁾ إلى مسألة الرضا الصادر عن الذوات المعنوية، وتحديدًا الشركات التجارية، فاعتبرت أن الشرط التحكيمي المدرج بعقد الشركة يلزم الشركة وبالتالي فإن الالتزامات الواردة بعقد التأسيس تنصرف آليا إلى الذوات المعنوية (الشركة). فـ«الشركة ملزمة بعقد تكوينها وبالشرط التحكيمي المضمن به والذي كان تجسيدا لإرادة طرفيها عند إنشائها وقد اعتمد التحكيم طريقة لفصل كل النزاعات التي تمس حقوق المدعي في الشركة وبذلك فإن الشرط التحكيمي يشمل الشركة وإن المحاضر المتبادلة بين الطرفين تدل مثلما ذهبنا إلى ذلك محكمة الاستئناف عن صواب على أن الشركة المذكورة كانت طرفا في إجراءات التحكيم في إطار الفصل 85 [9] من العقد التأسيسي للشركة. وقد اقتضى الفصل 5 من مجلة الالتزامات والعقود أن الذوات المعنوية لا تعبر عن إرادتها إلا بواسطة ممثلها القانوني.

(1) أنظر خصوصا: أحمد الورفلي: «التحكيم الدولي...»، مرجع سابق، ص. 365 وما يليها.
(2) مجلة القضاء والتشريع، أبريل 2002 (عدد خاص بالتحكيم)، ص. 167 (نقض القرار عدد 31-32 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 12 جانفي 1999، مجلة القضاء والتشريع، ماي 1999، عدد خاص بالتحكيم، ص. 292.

وحيث ثبت من أوراق الملف أن المعقب هو الممثل القانوني لشركة الاسمنت المصنع بالجنوب وهو يتمتع بهذه الصفة بسلطة كاملة في النيابة عنها في جميع الأحوال ما لم ينص عقد التأسيس على خلافه وهو الوحيد الذي يتعامل في حق الشركة ويديرها مباشرة عملا بالفصل الرابع من القانون الأساسي لها. و... إن ما ذهب إليه المعقب من وجوب احترام أحكام الفصل 1120 من مجلة الالتزامات والعقود في غير طريقه ضرورة أن هذا النص يتعلق بالوكالة بصفة عامة ولا يمكن تطبيقه على الذوات المعنوية وخاصة منها الشركات التجارية التي تخضع لأحكام المجلة التجارية إذ ينص الفصل 159 من المجلة التجارية على أنه يدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة وكيل يتمتع بسلطة كاملة في النيابة عنها في جميع الأحوال ما لم ينص عقد التأسيس على خلافه، مما يجعل الفصل 1120 من مجلة الالتزامات والعقود لا ينسحب على قضية الحال. وبناء على ما تقدم فإن نسبة التجاوز لأحكام الفصل 6 من مجلة التحكيم والفصل 1120 من مجلة الالتزامات والعقود لا ينهض حجة لقبول الطعن ضرورة أن تعليل الحكم في هذا المجال ورد مستمدا مما له أصل ثابت بالأوراق إضافة إلى إعتاده على حكم القانون لما اعتبر أن المعقبة مشمولة باتفاقية التحكيم وهي ممثلة فيها وتنسحب عليها باعتماد أحكام الفصل 159 وما بعده من المجلة التجارية وهو نص خاص يقدم في الاعتبار على النص العام الوارد في باب الوكالة مما يصير المطعن المثار في هذا المجال قاصرا عن الدليل المبرر له وتعين تبعا لذلك رده.

ويكرس القرار التعيبي المذكور فكرة مقتضاها أن الشركة ملزمة بعقدها التأسيسي. فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس في القرار عدد 31-32 ثم محكمة التعقيب في قرارها عدد 4349 سالف الذكر أن بنود عقد الشركة تلزم الشركة. ورغم أن هذا الحل يبدو بديها، فإنه يطرح إشكالا على المستوى المبدي باعتبار أن القاعدة كما جاءت بالفصل 241 من مجلة الالتزامات والعقود هي أن «العقد لا يلزم إلا عاقيه ولا ينجر منه للغير نفع ولا ضرر». فكيف يصح اعتبار الشركة طرفا في عقد أبرم قبل تأسيسها؟

فعقد الشركة يبرم قبل وجود الشركة، لأن الشركة لا تظهر إلى الوجود إلا بفضل هذا العقد وبعد إستيفائه لشروطه وإتمام الإجراءات اللاحقة لإبرامه. وقد دعمت مجلة الشركات التجارية هذا التحليل بأن قررت في فصلها الرابع أن:

«نشأ عن كل شركة تجارية شخصية معنوية مستقلة عن شخصية كل شريك فيها وذلك بداية من تاريخ ترسيم الشركة بالسجل التجاري، باستثناء شركة المحاصة. على أن تغيير شكل الشركة أو التمديد في مدتها لا يترتب عنهما إنشاء شخصية معنوية جديدة...»

ومعلوم أن ترسيم الشركة في السجل التجاري يتطلب بصفة أولية تسجيل العقد لدى القباضة المالية ثم القيام بالإجراءات الإشرافية خلال الشهر الموالي لإتمام إجراءات التأسيس، التي تختلف من شركة إلى أخرى وتكون أكثر تعقيدا متى تعلق الأمر بشركة خفية الاسم (الفصل 14 من مجلة الشركات التجارية).

فبعد الشركة يرم قبل إتمام جميع هذه الإجراءات وقبل نشأة الشخصية القانونية للشركة. فهل يعقل قانونا أن تكون الشركة طرفا في عقد والحال أن شخصيتها القانونية لم تنشأ بعد، ولم تزل جنينية؟

اختلفت الآراء حول هذه المسألة، حيث اعتبر بعض الشراح أن الأمر يتعلق باشتراط لمصلحة الغير (stipulation pour autrui) (إن كانت في الشرط مصلحة) وتعهد عن الغير (Promesse de porte fort) (إن كان في الأمر التزام)، بينما اعتبر البعض الآخر أن للشركة التي تكون بصدد التكوين شخصية قانونية جنينية، وأن الأعمال المبرمة لفائدتها تنصرف آثارها إليها (أي إلى الشركة) عملا بالفصل 171 من مجلة الشركات التجارية الذي ينص على أن «يوضع بالمقر الاجتماعي للشركة وعلى ذمة المساهمين جرد في جملة الأعمال المنجزة لحساب الشركة من قبل المؤسس أو المؤسسين وذلك في أجل خمسة عشر يوما على الأقل قبل تاريخ انعقاد الجلسة العامة التأسيسية الأولى. ويبت الاجتماع المذكور في مسألة تبني الشركة للتعهدات السابقة المتخذة من قبل المؤسسين».

غير أن الفصل 171 المذكور لا يهتم سوى الشركات خفية الاسم، كما أنه يجعل للجلسة العامة التأسيسية الخيار في تبني reprise التعهدات التي اتخذها المؤسسون لحساب الشركة من عدم ذلك. فيمكنهم رفضها، وعندئذ تبقى في ذمة من باشرها من المؤسسين ولا تلزم الشركة. فالانتقال ليس آليا وليس هو الأصل.

ويبدو مع ذلك أن فقه القضاء سائر نحو الاستقرار على اعتبار أن الشرط التحكيمي المدرج في عقد الشركة يلزم الشركة المؤسّسة بموجب ذلك العقد.

غير أن هذا التوجه يخالف ما قرره فقه القضاء المقارن كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية وكذلك في الأردن حيث قررت محكمة التمييز أن «لا تعتبر إجازة التحكيم من قبل الشركاء بعد صدور الحكم الاستئنافي وبعد تقديم لائحة التمييز لأن التحكيم باطل ابتداء لصدوره ممن لا يملكه بسبب أنه وقع بتاريخ لم تكن فيه الشركة قائمة»⁽¹⁾.

الفقرة الثالثة: تمثيل الشركة في النزاع التحكيمي

يعود تمثيل الشركة إلى الممثل القانوني، أي الوكيل أو الرئيس المبدري العام أو المدير العام أو رئيس هيئة الإدارة الجماعية بحسب الحال، إلا أنه يتجه تصويب ما ورد في القرار التعقيبي عدد 4349/3549 بشأن الفصل 159 من المجلة التجارية. فلئن كانت محكمة التعقيب على صواب في الرجوع إلى أحكام المجلة التجارية المتعلقة بالشركات التجارية رغم إلغائها بموجب القانون عدد 93 لسنة 2000 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000 المتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية، باعتبار أن المجلة التجارية كانت هي المنطبقة في تاريخ الوقائع المتنازع عليها، فإن تلك الأحكام تظل منطبقة على الوضعيات التي حصلت أو نشأت في ظلها.

إلا أن محكمة التعقيب إستندت في قرارها المذكور أعلاه إلى الفصل 159 من المجلة التجارية المتعلقة بصلاحيات وكيل الشركة ذات المسؤولية المحدودة، حال أنه يتبين بالرجوع إلى وقائع القضية أن عقد الشركة موضوع النزاع لم يتضمن بيان الشكل القانوني للشركة. ولئن اعتقدت هيئة التحكيم وطالب الإبطال ومحكمة التعقيب أنه في غياب بيان شكل الشركة في العقد يجب تطبيق أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فإن هذا الرأي غير وجيه إطلاقا، إذ أن الشركة الأنموذج (prototype ou standard) إنما هي شركة المفاوضة لا الشركة ذات المسؤولية المحدودة، لأن التضامن مفترض في المادة التجارية ما لم يثبت خلافه⁽²⁾، وشركة المفاوضة هي شركة التضامن المثالية، حتى إن التشريعات الشريفة تطلق عليها تسمية «شركة التضامن». غير أن هذا

(1) تمييز حقوق رقم 64/350 سنة 1965 صفحة 448، ذكره أيمن محمد أحمد المومني في كتابه «التحكيم بين القضاء والقانون»، ط. دار الثقافة، عمان، ص. 37.

(2) الفصل 175 من مجلة الالتزامات والعقود: «يحصل التضامن قانونا في ما يلتزم به التجار لبعضهم في نازلة تجارية إلا إذا صرح العقد أو القانون بخلافه».

الحل ليس له تأثير على وجه الفصل في القضية، ويظل الحل الذي قرره محكمة التعقيب وجهاً.

الشرع الثاني

وضع المشرّع التونسي عديد النصوص المكرّمة لجواز التحكيم في نزاعات الاستثمارات التي تنشأ بين الدولة التونسية والمستثمرين، وخاصة منهم الأجانب، أي إذا كانت للعلاقة مع المستثمر صبغة دولية بحكم جنسية مُعاقَد الدولة، بخلاف النزاعات مع المستثمرين التونسيين والتي منع فيها المشرع التحكيم إلا في حالات إستثنائية جداً. وأهم هذه النصوص على الإطلاق الفصل 67 من مجلة تشجيع الإستثمارات⁽¹⁾. كما أبرمت تونس على غرار العديد من الدول الأخرى اتفاقيات كونية وإقليمية وثنائية تتعلق بالتحكيم في نزاعات الإستثمار. وتجتمع هذه النصوص كافة على إقرار حق المستثمر الأجنبي في الحماية إزاء الإنتزاع والتأميم العشوائيين لأملكه. وتنتهج هذه الاتفاقيات منهج التوسيع في تعريف التأميم والإجراءات المشابهة له.

الفقرة الأولى: صيغة التأميم وتأثيرها على التحكيم

أصبحت الاتفاقيات الحديثة توسع هذا المفهوم ليشمل ما أصبح يسمى الإنتزاع غير المباشر والذي يتمثل في إتخاذ إجراءات عامة (غير فردية) في شكل قوانين أو ترايب أو غيرها لكنها تكون بالغة القسوة والشدة وخالية من التبرير المنطقي المستساغ بما يدل على أن الغاية الحقيقية منها إنما تتمثل في الاستحواذ على أملك مستثمر بذاته أو مستثمري بلد ما، خاصة إذا كانت معايير تطبيق تلك الإجراءات -على عموميتها وغياب الصبغة التمييزية ظاهرياً- لا تنطبق في الواقع إلا على أولئك الرعايا⁽²⁾. أما الإجراءات التمييزية التي تطال مواطني بلد ما دون

(1) يراجع: أحمد الورقلي: «التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن»، ط. مجمع الأطرش لتوزيع الكتاب المختص، تونس 2006، ص. 797 وما يليها.

(2) Cf., par exemple, Charles LEBEN : « La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, ouvrage collectif, éd. Anthemis et LGDJ, Paris 2006, p. 163.

غيرهم فإنها تُكَيّف كإنتزاع أو كصورة من صور المساس بمبدأ المعاملة الوطنية *traitement national*. ومن أوجه الإنتزاع غير المباشر أن تصدر الدولة قانوناً جبايياً يسلط أدايات على الأرباح أو -أخطر من ذلك- على رأس المال تبلغ حدّاً غير مألوفاً ومفاجئاً لأكثر الناس تشاؤماً، كأن يتم الترفيع في الضريبة على الأرباح من 30 بالمائة إلى 80 بالمائة أو أكثر، بحيث تشمل نسبة مجحفة من الدخل المحقق، أو أن يقع بغتة إحداث ضريبة سنوية على رأس المال يمكنها أن تبتلع رأس مال الشركة في ظرف سنوات وجيزة. وكذلك الشأن إذا أحدثت معالم أو أدايات أو مكوس أو إتاوات مجحفة على عمليات تحويل المبالغ من الدولة إلى الخارج، بحيث يصبح التحويل عملية مكلفة بشكل مبالغ فيه.

فحرية الدولة في تغيير قوانينها واتخاذ الإجراءات التي تحقق سياستها التنموية لا تتنافى مع الحق في درجة معقولة من الأمان القانوني *sécurité juridique* الذي ينبغي الإقرار به للأفراد، من أشخاص طبيعيين وشركات. غير أن الإشكال الكبير الذي يطرح عندها يتعلق بضبط حدود حرية الدولة وسيادتها التشريعية والتنظيمية.

ومن الناحية التقنية، يمكن أن يقع تأميم الشركات بطريقتين:

- فإما أن يقع تأميم أصول الشركة وأملكها. وفي هذه الصورة يُفترض أن يعود حق القيام بدعاوى التعويض إلى الشركة في شخص من يمثلها قانوناً باعتبار أن الشركة تبقى ككيان قانوني مستقل عن الدولة القائمة بالتأميم وتظل ملكية رأس مالها وتسييرها بأيدي نفس الأشخاص، وتعرض إلى فعل يتنافى مع حق الملكية المعترف لها به بموجب المواثيق والاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية.

- وإما أن يقع تأميم الأسهم أو الحصص الممثلة لرأس مال الشركة، ويعود حق القيام في هذه الصورة إلى المساهمين أو الشركاء باعتبارهم متضررين مباشرة وبصفة شخصية من الإجراءات، خاصة أن الشركة نفسها تقع في هذه الصورة تحت سيطرة الدولة القائمة بالتأميم فلا يُتصور منها القيام ضد تلكم الدولة. كما أنها متضررة من الإنتزاع إذ لا يطاق أصولها.

ويلاحظ أن حركة التأميم شهدت صعوداً واضحاً في أواسط القرن العشرين عند استقلال المستعمرات السابقة، ومن أشهرها عملية تأميم قناة السويس سنة

1956، والتي أعقبتها العدوان الثلاثي على مصر لإثباتها عن هذا الإجراء. غير أن الحماس الذي أخذ الدول المستقلة حديثاً في تلك المرحلة سرعان ما فتر وأعقبته فترة من «الهدوء» قبل أن تغلب الصورة وتصبح الدول هي الساعية في جلب الاستثمارات الأجنبية وخصوصة المؤسسات العمومية والقومية لفائدتها، بما في ذلك الشركات التي مثل تأميمها حدثاً وطنياً في تاريخ حركات التحرر الوطني، فأنحسرت بذلك حركة التأميم بشكل واضح. بل إن بداية القرن الحالي شهدت انقلاباً أكثر غرابة، إذ أن الأزمة المالية العالمية التي ضربت العالم الغربي منذ نهايات سنة 2007 واستفحلت في أواخر سنة 2008 أدت بالدولة الأمريكية، رائدة الليبرالية، إلى التدخل خصوصاً في القطاع البنكي لدعمه وتقادي انهياره. وأمام ضعف نتائج الإجراءات المتخذة، أصبحت عدة أصوات تنادي بتأميم القطاع البنكي أو على الأقل ثلاثة من أهم البنوك الأمريكية⁽¹⁾ عبر اقتناء كامل مساهمات الشركاء أو نسب هامة منها. غير أن هذه العملية، علاوة على تكلفتها الكبيرة بالنسبة للخزينة الأمريكية وما تستوجبه لاحقاً من تدخل الدولة لإدارة المؤسسات البنكية وتسييرها مع ما في ذلك من مخاطر وتعقيدات، أدت المناداة بها إلى تخوف كبير من العواقب، باعتبار أن هذا التأميم سيؤدي إلى ضعف الثقة في البنوك الأخرى بما يؤدي إلى انهيار قيمة أسهمها وقد يعجل بإفلاسها. وهكذا يتبين أن عمليات التأميم أصبحت اليوم تطرح إشكالات مختلفة عما كان مطروحاً منذ نصف قرن، إذ أصبح اليوم من الممكن أن يقوم بعض الأشخاص بدعوى في مسؤولية الدولة لأنها قامت بتأميم شركة أخرى غير شركتهم. فبعد أن كان المساهم يتظلم من تعرضه إلى التأميم، يمكن أن تجده غداً يتظلم من عدم تعرضه إلى التأميم !!! فسبحان مغير الأحوال.

وبالنسبة لصور التأميم، يلجأ الشركاء في الشركة المعنية إلى القيام بدعوى فردية ضد الدولة القائمة بالتأميم حتى في صورة قيام مسيري الشركة بدعوى الشركة action sociale. ويعتبر فقه قضاء المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار بواشنطن CIRD/ICSID أن الشريك يتمتع بالصفة والمصلحة المشروعة في التقاضي وبالتالي يحق له القيام ضد الدولة التي تسببت له في ضرر غير مباشر عبر القيام بفعل تسبب في انخفاض قيمة أسهمه وتراجع منابه

(1) وهي: JP Morgan Chase – Bank of America – Citigroup.

من الأرباح. ويسري ذلك على الشريك صاحب الأقلية بشرط إثبات أنه لحقه ضرر خاص منفصل عن الضرر الذي لحق الشركة⁽²⁾.

الفقرة الثانية: حق الشريك في رفع الدعاوى الفردية ضد الدولة القائمة بالتأميم

بيّن فقه قضاء المركز الدولي أنه يجوز للشريك الأجنبي في شركة خاضعة للقانون الأرجنتيني société de droit argentin أن يقوم بدعوى أمام المركز بدعوى ضد الأرجنتين، وذلك بناء على جنسيته الخاصة ويقطع النظر عن جنسية الشركة، وذلك باعتبار أن له صفة خاصة به للتقاضي دفاعاً عن حقوقه الفردية، وأن له المصلحة المشروعة التي تخوله القيام قضائياً⁽³⁾. ورغم تمسك الأرجنتين بأن المساهم ليس له أن يقوم بدعوى فردية ضد الغير (الدولة) باعتبار أن حق التقاضي يرجع إلى الشركة كما أنه إذا قررت الشركة التصالح مع الدولة فإن الشريك ليس له أن يعترض على هذا القرار إلا داخل هيكل الشركة (الجلسة العامة للشركاء) لا تجاه الطرف الآخر الذي لا تربطه صلة بذلك الشريك، وهو كنه مفهوم الشخصية القانونية للشركة⁽⁴⁾، غير أن هيئة التحكيم أجابته بأن الشريك لا يستمد حقه في القيام من القانون المحلي بل يستمدّها من القانون الدولي الذي

(1) Emmanuel GAILLARD: «La jurisprudence du CIRDI», éd. Pedone, Paris 2004, p. 792 et ss., spéc. pp.810-814.

(2) Affaire CIRDI n° ARB/01/8, Gas Transmission Company (CMS) c. Argentine, Décision sur la compétence du 17 juillet 2003, International Legal Materials 788 (2003) ; traduite, rapportée et commentée par Emmanuel GAILLARD in: «La jurisprudence du CIRDI», éd. Pedone, Paris 2004, p. 792 et ss.

(3) منذ سنة 2001 واندلاع أزمتها الاقتصادية والمالية وتواتر القضايا ضدها، تمسكت الأرجنتين باستمرار بهذا الدفع في أكثر من 24 قضية أمام المركز، لكن تم رفض هذا الدفع في جميع القضايا. أنظر مثلاً:

Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/1, Decision on Jurisdiction (Aug. 16, 2012), ¶ 91.

ويوجه عام، يراجع خصوصاً:

Julie A. MAUPIN: «Public and Private in International Investment Law: An Integrated System Approach», 54(2) Virginia Journal Of Int'l Law 2014.

بحمي حقوقه الخاصة كمستثمر وأن اتفاقيات حماية الاستثمار تمنح الشريك الأجنبي حق القيام بدعاوى مباشرة على الدولة⁽¹⁾، باعتبار صفته كمستثمر⁽²⁾.

وفي الواقع فإن الإشكال يتأتى من أن العديد من القوانين لا يسمح للشركات الأجنبية بأن تنجز استثماراتها مباشرة في البلد المضيف ويوجب عليها بالتالي إحداث شركة محلية خاضعة لقانون الدولة المضيف. وبهذه الطريقة، لا يحق للشركة كشخص معنوي أن تقوم أمام المركز باعتبار أنها لا تحمل جنسية أجنبية (ولو كانت لا تحمل جنسية البلد المضيف أيضا). ولذلك توسع فقه القضاء في المسألة وأجاز للمساهمين القيام بأنفسهم بدعاوى تحكيمية لحماية استثماراتهم بناء على أن الحل العكسي يحرم العديد من المستثمرين من حماية فعالة لحقوقهم⁽³⁾.

غير أن التحليل المبني على مصدر القاعدة القانونية المنطبقة أي انباء حق القيام على القانون الدولي يتعد عن حقيقة النقاش حول جوهر مفهوم الشخصية المعنوية إذ يجيب عن الإشكال المطروح بحجة لا علاقة لها به، وهو يُدخل اضطرابا كبيرا على قواعد سير الشركات وعلاقتها بالغير وعلاقة الشركاء بالغير، إذ يجعل من الشخصية القانونية ستارا شفافا يمكن لأي مساهم لمجرد كونه أجنبيا أن ينفذ منه خلافا لغيره من المساهمين، ويجعله قادرا على القيام بدعوى الشركة والحصول على تعويض عن ضرر لحق بالشركة، في حين أن الشركة نفسها يمكنها القيام بدعوى باسمها كشخص معنوي لطلب التعويض عن الضرر الذي لحقها والذي حصل المساهم الأجنبي على تعويض عن جزء منه في حدود نسبة منابه من رأس المال. ويمكن بهذا الشكل أن يؤدي تمييز الشريك الأجنبي إلى

(1) Affaire CIRDI n° ARB/01/8, CMS c. Argentine, Décision sur la compétence, précitée. Cf., Emmanuel GAILLARD in: «La jurisprudence du CIRDI», éd. Pedone, Paris 2004, p. 798.

(2) Voir la sentence CIRDI dans l'affaire Antoine Goetz et autres c. République du Burundi, 10 fév. 1999 (Affaire Goetz), citée par GAILLARD, op. cit., p. 802.

(3) Christoph SCHREUER : «The Dynamic Evolution of the ICSID System», in: Hofmann, Rainer & Tams, Christian (eds.), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID)- Taking Stock After 40 Years*, Baden-Baden 2007, p. 130., esp. pp. 22-23. Cf., Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on jurisdiction, January 25, 2000, Spanish Original, 2 ICSID Review—Foreign Investment Law Journal 2000; 40 International Legal Materials 1129 (2001).

تمكين الشركة والمساهم من الحصول على تعويض مضاعف عن نفس الضرر، خرقا للمبدأ التعويضي الذي يقتضي أن التعويض ينبغي أن يكون مساويا للضرر، كل الضرر ولا شيء غير الضرر، سواء تم قبض مبلغ التعويض من قبل الشركة نفسها أو من قبل المدعي.

كما يؤدي هذا التوجه إلى تعريض الدولة إلى دعاوى متعددة يرفعها كل شريك على حدة بحسب جنسيته والاتفاقيات التي تربط بلاده بالدولة المضيفة للاستثمار، أمام هيئات تحكيم أو محاكم مختلفة بحسب ما تنص عليه هذه الاتفاقيات، مما يؤدي إلى حصول كل واحد منهم على مناب من التعويض الذي تستحقه الشركة، ووفق قواعد مختلفة لاحتساب التعويض. ولما كان الأمر متعلقا بدعوى الشركة فإن التعويض المحكوم به للشريك يؤول إلى خزانة الشركة ولا يتم دفعه للمدعي مباشرة، وهو أمر لا يجيزه القانون الداخلي إلا بشروط دقيقة وفي حدود دعاوى المسؤولية التي تُرفع ضد المسيرين فقط.

وقد بين مناصرو هذا التوجه أن مبرر فتح هذا الباب هو أن الشريك الأجنبي، خاصة إن كان من أصحاب الأقلية، لا يملك سلطة القرار داخل الشركة لمقاضاة الدولة، وبالتالي ينبغي أن يُسمح له بالتقاضي بنفسه. غير أن هذه الحجة تقلب على أصحابها إذا ثبت أن الشركة بادرت بالقيام ضد الدولة وفق ما تقتضيه القوانين والاتفاقيات الدولية النافذة بحسب الحالة. كما أن المبرر المنطقي الذي يقوم عليه هذا الحل يتنفي إذا كانت أغلبية رأس مال الشركة بيد أجنبي، بحيث لا يخشى من «تواطئهم» مع الدولة المضيفة أو خشيتهم منها بما يمنعهم من التقاضي. ولا يمكن في نظرنا وضع قرينة على أن القيام بدعوى التعويض من قبل الشركة وباسمها فاقد للجديّة سواء رُفعت الدولة أمام محاكم الدولة المدعى عليها أم أمام محاكم دولة أخرى أم أمام هيئة تحكيم أخرى عدا المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار. فالأسلم أن لا يقبل المركز التعهد بدعوى الشركة التي يرفعها أحد المساهمين إلا إذا ثبت تقاعس الشركة عن القيام بنفس الدعوى بصفتها شخصا معنويا يحجب كافة الشركاء، وبشرط أن توجد مؤشرات جديّة على أن هذا التقاعس يعزى إلى الخشية من رد فعل الدولة المعنية أو بحكم ما لها من نفوذ قانوني أو فعلي داخل الشركة. أما إذا كان التقاعس ناجما عن الإهمال أو سوء التدبير فهو لا يبرر للشريك إخراج رأسه من وراء ستار الشركة ليتحول إلى مسير «فعلي» للشركة ويحل محل أجهزةتها القانونية في التقاضي، إذ ينبغي عليه

في هذه الحالة أن يقوم بدعواه ضد مسيري الشركة لتقاعسهم غير المبرر، لا أن يقوم ضد الغير الذي تسبب للشركة في الضرر.

ولغاية عقلته تبعات هذا التمشي الذي وصفه الفقه بـ«التوسع السخي»⁽¹⁾ والذي تعقدت بسببه الأمور باعتبار أنه فتح الباب أيضا أمام أصحاب المساهمات غير المباشرة للقيام ضد الدولة المضيفة للاستثمار⁽²⁾، يجدر التساؤل إن كان من الضروري اشتراط أن يثبت الشريك الذي يقوم بدعوى التعويض ضد الدولة بسبب تأميم ممتلكات الشركة أنه لحقه ضرر شخصي من جراء التأميم أو الانتزاع، وذلك حتى لا يتحصل على تعويض مضاعف: مرة بقيامه مباشرة بدعوى ضد الشركة، ومرة ثانية عند حصول الشركة على تعويض عن نفس الضرر وتوزيع المتحصل من الدعوى ضمن الأرباح⁽³⁾.

ومن جهة أخرى، فقد أقرت بعض هيئات التحكيم الحق لمواطني الدول أن يقوموا ضد دولهم لمجرد تسجيل شركاتهم في دول أخرى⁽⁴⁾. ففي قضية «طوكيوس ضد أوكرانيا»، قام مواطنون أوكرانيون بإحداث شركة يتأني رأس مالها بالكامل من أوكرانيا وسجلوها في ليتوانيا، ثم قامت الشركة بدعوى ضد أوكرانيا فتقرر قبولها رغم أن البروفسور «بروسبير وايل»، عضو هيئة التحكيم، عارض في هذا التحليل⁽⁵⁾. كما نلاحظ أن بعض الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية ميثاق الطاقة *Energy Charter Treaty* تنص صراحة على منع مواطني الدولة من الالتفاف على اختصاص محاكم بلدانهم بمثل هذه الطريقة.

(1) Christoph SCHREUER : «The Dynamic Evolution of the ICSID System», *op. cit.*, pp. 24.

(2) Gabriel BOTTINI: «Indirect Claims Under The ICSID Convention», 29 *Journal of Int'l Law* 563 (2014).

(3) Cf., E.GAILLARD, *op. cit.*, p. 814; Gabriel BOTTINI: «Indirect Claims under the ICSID Convention», 29 *Journal of Int'l Law* 563 (2014); <http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol29/iss3/2>;

(4) Cf., *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, ¶ 1-4, 14-71 (Apr. 29, 2004), 20 *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal (FILJ)* 205 (2005);

(5) *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion of Prosper Weil (Apr. 29, 2004), 20 *ICSID Review—FILJ* 245 (2005). See, also, *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/5, Award (Dec. 19, 2008).

ومن ناحية أخرى فإن التأميم قد يتمثل بالنسبة لبعض الدول في انتزاع ملكية الأسهم وأخذ ملكيتها من أصحابها، بحيث تظل الشركة في حد ذاتها كشخص معنوي قائمة. وفي هذه الصورة تتواصل الشخصية القانونية للشركة وتتواصل التزاماتها وينشأ الحق في التأميم للمساهمين بصفاتهم الشخصية ولا يطرح أي إشكال في خصوص ثبوت الصفة القانونية في جانبهم. وإنما ظهرت الحاجة إلى التوسع في الصفة للتقاضي بالنسبة لفرضية مصادرة أملاك الشركة حيث تم السماح للمساهمين بالقيام أمام المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار بواشنطن بناء على تعريف الاستثمار في جل اتفاقيات حماية الاستثمار حيث تنص في الغالب على أن ملكية الأسهم والسندات الممثلة لحقوق في الشركات تعتبر من الاستثمارات.

أما أشهر عملية تأميم في تاريخ العالم العربي فهي عملية تأميم قناة السويس بموجب القرار الذي اتخذه الرئيس المصري جمال عبد الناصر بالقانون رقم 258 بتاريخ 26 جويلية 1956 المتعلق «بتأميم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية»⁽¹⁾.

وجدير بالذكر أن الفرنسي فرديناند دي ليسبس اتفق مع الخديوي (حاكم مصر) سنة 1849 على أن يقوم بحفر قناة يربط بين البحر الأبيض المتوسط والبحر الأحمر، على أن تتمتع الشركة التي سيحدثها للفرص بحق استغلال هذا القناة في إطار عقد لزمة *Concession*. وأنجز هذا المشروع في عقد الخديوي سعيد، وتم إبرام عقد اللزمة الصادر بموجب فرمان في 5 جانفي 1856، لمدة 99 سنة بداية من تاريخ انتهاء الأشغال، وتضمن 12 بنداً تضمن حق الشركة في الاستغلال. وتضمن الاتفاقيات الموازية حقوق الشركة على تجهيزاتها ومعدات وأشغالها⁽²⁾. وفي سنة 1856 أيضاً، تم الشروع في تكوين شركة خفية الاسم،

(1) Georges SCHELLE: «La nationalisation du Canal de Suez et le droit international», *Annuaire français de droit international*, 1956, Vol. 2, n°2, pp. 3-19.

ويحاول الكاتب في هذا المقال البرهنة على عدم مشروعية قرار التأميم من وجهة نظر القانون الدولي لمخالفته لمبدأ اللزمة وللحقوق الدولية.

(2) الفصل 2 من اتفاقية القسطنطينية المبرمة في 29 أكتوبر 1888 بين ملك بريطانيا العظمى وإيرلندا وإمبراطور الهند وإمبراطور ألمانيا وملك بروسيا وإمبراطور النمسا وملك بوهيميا وملك هنغاريا وملك إسبانيا وباسم الملكة الوصية على المملكة ورئيس جمهورية فرنسا وملك إيطاليا وملك هولندا ودوق لوكسمبرج وإمبراطور الدول الروسية والسلطنة العثمانية، المتعلقة بوضع نظام نهائي لضمان حرية جميع الدول في استعمال قناة

وهي «الشركة العالمية للقنال البحري بالسويس» Compagnie Universelle du Canal Maritime de Suez وهي شركة خاضعة للقانون المصري ومقرها بمصر في حين يوجد مقرها الإداري بباريس⁽¹⁾، أنشئت لنفس مدة عقد اللزمة. وقد طرحت أسهمها للاكتتاب العام في فرنسا سنة 1858، بقيمة 500 فرنك للسهم الواحد، وتم تشكيل مجلس إدارة لها يضم ممثلين عن الجنسيات المعنية بالشركة⁽²⁾.

ومع أن عقد تأسيس الشركة تمت المصادقة عليه من قبل نائب الملك فقد نص على أن الشركة تخضع إلى مبادئ القوانين الفرنسية المتعلقة بالشركات خفية الاسم التي يتم الترخيص في إحداثها من قبل الحكومة الفرنسية. وينص الفصل 74 من العقد التأسيسي للشركة على أن النزاعات بين الشركاء يتم فضها بطريق التحكيم مع إمكانية الطعن في أحكام التحكيم بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف بباريس.

وقد تطورت هيكل رأس مال الشركة لتتوزع في وسط خمسينات القرن العشرين بين أشخاص خواص منهم نسبة كبيرة من الفرنسيين والانقليز وجنسيات أخرى، إلى جانب الدولة البريطانية التي كانت تملك نحو نصف الأسهم، والدولة الفرنسية التي كانت تملك نسبة هامة أيضا⁽³⁾.

وفي 26 جويلية سنة 1956 وبعد رفض الولايات المتحدة الأمريكية تمويل مشروع السد العالي قرر الرئيس المصري جمال عبد الناصر تأميم القناة والتعويض للمساهمين في الشركة على أن يتم استغلال ريع القناة في تمويل مشروع السد العالي.

وتتمثل عملية «التأميم» حسب المادة الأولى من القانون رقم 258 لسنة 1956 في تأميم «الشركة العالمية لقناة السويس البحرية شركة مساهمة مصرية، وينتقل إلى الدولة جميع ما لها من أموال وحقوق وما عليها من التزامات،

السويس في كل وقت وفي تكميل نظام المرور في القناة المذكورة المقرر بمقتضى فرمان الصادر من الباب العالي بتاريخ 22 فبراير سنة 1866 (2 ذي القعدة سنة 1282) والمؤيد للشروط التي منحها سمو الخديوي».

(1) الفصل 73 من القانون الأساسي للشركة.

(2) الفصل 24 من القانون الأساسي للشركة.

(3) Cf., Roger PINTO : « L'affaire de Suez. Problèmes juridiques », *Annuaire Français de Droit International*, 1956, Vol. 2, n° 2, pp. 20-45, spéc. p. 23 § 5.

وتحل جميع الهيئات واللجان القائمة حاليا على إدارتها، ويعوض المساهمون وحصة حصص التأسيس عما يملكونه من أسهم وحصص بقيمتها، مقدرة بحسب سعر الاقفال السابق على تاريخ العمل بهذا القانون في بورصة الأوراق المالية بباريس، ويتم دفع هذا التعويض بعد اتمام استلام الدولة لجميع أموال وممتلكات الشركة المؤتممة».

فهي حسب ظاهر العبارة عملية تأميم لمكاسب الشركة مع التعويض لمالكها وفق قيمة حددها القرار، ولم تكن عملية مصادرة كما يعتقد بعض المؤرخين لأن الدولة المصرية التزمت آليا وإراديا بمبادرة منها عبر أحكام القانون بالتعويض لمالكي الأسهم (لا للشركة) عن قيمة أسهمهم بحسب قيمتها في السوق وذلك بالرجوع إلى قيمة تداولها في أقرب تاريخ وهو تاريخ الاقفال السابق لتاريخ العمل بقانون التأميم في بورصة الأوراق المالية بباريس حيث كانت الشركة مدرجة.

وقد نصت المادة الثالثة من القرار على ضمانات لفاعلية قرار التأميم، فجاء بها أن «تجمد أموال الشركة المؤتممة وحقوقها في جمهورية مصر وفي الخارج، ويحظر علي البنوك والهيئات والأفراد التصرف في تلك الأموال بأي وجه من الوجوه، أو صرف أي مبالغ أو أداء أية متطلبات أو مستحقات عليها إلا بقرار من الهيئة المنصوص عليها في المادة الثانية»⁽¹⁾.

ونتيجة لذلك، أقرت المادة 4 حقا وواجبا على الدولة المصرية. ذلك أنه تقرر أن «تحتفظ الهيئة (المكلفة بتسيير القناة بعد التأميم) بجميع موظفي الشركة المؤتممة ومستخدميها وعمالها الحاليين، وعليهم الاستمرار في أداء أعمالهم، ولا يجوز لأي منهم ترك عمله أو التخلي عنه بأي وجه من الوجوه، أو لأي سبب من الأسباب، إلا بإذن من الهيئة المنصوص عليها في المادة الثانية».

وفي الحقيقة فإن مضمون القرار يؤكد أن الأمر يتعلق بتأميم الأسهم لا بتأميم أملاك الشركة. وقد اعتبر الفقه أنه على الرغم من عبارة القانون التي تشير إلى تأميم كافة أملاك الشركة وحقوقها وإحالة ديونها إلى الهيئة المحددة للغرض

(1) المادة 5: «كل مخالفة لأحكام المادة الثالثة يعاقب مرتكبها بالسجن والغرامة توازي ثلاثة أمثال قيمة المال موضوع المخالفة، وكل مخالفة لأحكام المادة الرابعة يعاقب مرتكبها بالسجن، فضلا عن حرمانه من أي حق في المكافأة أو المعاش أو التعويض».

والملاحقة بوزارة التجارة، فإن هذا القرار يعادل إحالة إلزامية للأسهم⁽¹⁾. ونتيجة لذلك أقر قرار التأميم مبدأ تواصل الالتزامات والحقوق الراجعة للشركة تجاه الغير وخاصة منهم الأجراء، الذين احتفظوا قانونا بوضعهم في الشركة ولم يقع فصلهم، ولم يقع الإذن لهم بمغادرة العمل. وهو أمر يعسر قبوله قانونا لو أن الأمر يتعلق بتأميم أملاك الشركة فحسب.

وقد اعتبر الفقه أن تأميم أملاك الشركة بما أنه يعادل إحالة إلزامية لأسهم الشركاء إلى الدولة المصرية فإنه يعتبر من قبيل الأفعال التي أضرت بالمساهمين شخصيا وبالتالي يخرج الاختصاص القضائي للنظر في النزاعات المرتبطة بالتأميم عن اختصاص القضاء المصري من الناحيتين الموضوعية والشخصية⁽²⁾. ولغاية تطويق آثار هذا القانون، أقر الفقه الفرنسي بمشروعية قرار التأميم في ذاته، لكن اعتبر نفس الفقهاء أن هذا القانون لا أثر له خارج التراب المصري⁽³⁾. وتم تكييف التأميم بأنه عملية انتزاع شاملة لمؤسسة، بما يتيح للشركاء حق طلب التعويض لهم حسب قيمة المؤسسة ولا يقتصر التعويض لهم على قيمة أسهمهم. وبالتالي فقد اعتبروا أن القانون رقم 358 فيه جانب من المصادرة باعتبار أنه أغفل جزءا من التعويض، إذ اقتصر على التعويض عن قيمة الأسهم ولم يراع الفارق بين قيمة الأسهم وقيمة المؤسسة⁽⁴⁾.

كما تشير إلى القرارات الليبية المتعلقة بتأميم الشركات البترولية، والتي نشأت عنها نزاعات تحكيمية شهيرة تسمى «تحكيم التأميمات الليبية» وهي ثلاثة قضايا تهم شركات «بريتش بتروليوم» و«ليامكو» و«تكساكو».

ففي 19 جانفي من سنة 1977، أصدر المحكم الفرنسي «رينيه جان ديوي» René Jean Dupuy قرارا في نزاع نشب بين حكومة الجماهيرية الليبية والشركة البترولية «تكساكو كالازياتيك» (Texaco Overseas Petroleum Co & Asiatic Oil Co) جاء به أن المحكم يستبعد القانون الليبي، وذلك باعتبار «أن جميع نقاط النزاع تؤدي حتما إلى حل آخر، وهو المتمثل في اعتبار التحكيم

(1) Sur cette subtilité, voir, Roger PINTO, *op. cit.*, p. 24 et ss.

(2) Cf., Roger PINTO, *op. cit.*, p. 25, § 10.

(3) Cf., Roger PINTO, *op. cit.*, loc. cit.

(4) Roger PINTO, *op. cit.*, p. 25, § 11.

الحالي خاضعا مباشرة إلى قواعد القانون الدولي⁽¹⁾. وقد أشار المحكم في هذا القرار إلى تحكيم «أرامكو» معلنا تبنيه له وللحل الذي انتهى إليه. وما شذ الابتاه في هذا القرار هو أنه لم يطبق «قواعد القانون الدولي» على أصل النزاع فحسب، بل جاء به أن المحكم قد طبق هذه القواعد على إجراءات البت في النزاع أيضا. وسمح هذا القول للفقهاء بالتساؤل عن مدى جديته، ومدى صحة القول بوجود قانون دولي يتضمن هذا الكم من القواعد الأصلية والإجرائية القادرة على تغطية جميع أوجه النزاعات، وله حلول لإشكالات لا تحلها قوانين دول برمتها.

واعتبر جانب من الفقه أن هذه المقولة فاقدة للجديّة في حين ارتأى جانب الآخر أن الأمر يتعلق بمنظومة قانونية بصدد التشكل التدريجي بفضل فقه القضاء التحكيمي⁽²⁾.

ونذكر كذلك عمليات تأميم أملاك البلجيكيين في الكنفو، حيث إنه عند استقلال الكنفو، تم إبرام اتفاقيات لتسوية الوضعيات السابقة ومنها ما يتعلق بالشركات التي للبلجيكيين مساهمات فيها، حيث تم عقد اتفاقيات تخص نقل ملكيتها باستثناء قائمة من الشركات المعروفة بالقائمة عدد 6 التي ظلت وضعيتها مستشكلة حتى تقرر تسوية أوضاعها بطريقة أحادية، فقرر رئيس الجمهورية حل بعض هذه الشركات وتعويضها بمؤسسات جديدة، ونقل ملكية أملاك شركة أخرى (تمثل في مساهمات في شركات أخرى) إلى الدولة، ووضع حد

(1) «All the elements of this case support of the adoption of a second solution, which is to consider this arbitration as being directly governed by international law»; sentence *TEXACO overseas vs Libya*, *International Legal Materials*, vol. 17, janv. 1978, p. 3-37; *Journal de Droit International*, 1977, p. 350 à 389. En doctrine, voir: Sadok BELAID: «De quelques problèmes posés par la sentence *TEXACO*», in «*Les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international*», colloque international, Tunis 2, 3 et 4 novembre 1981, éd. CERP 1982, p. 149 et ss.; Brigitte STERN: «Trois arbitrages, un même problème, trois solutions - les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international», *Revue de l'Arbitrage*, 1980, n° 1, p. 2 et ss.

(2) Patrick RAMBAUD: «Arbitrage, concession et nationalisation — quelques observations sur la sentence BP», *Annuaire français de droit international*, 1981, Vol. 27, n° 27, pp. 222-230; Brigitte STERN: «Trois arbitrages, un même problème, trois solutions. Les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international», *Revue de l'arbitrage*, 1980, n° 1, janvier 1980, p. 43

للمساهمات المتبادلة بين شركة النقل البلجيكية «صايبنا» وشركة النقل الجوي الكونغولية مع مصادرة أملاك شركة «صايبنا» في الكونغو⁽¹⁾.

المبحث الثاني: الشركة والمصادرة

المصادرة إجراء استثنائي يتمثل في نقل ملكية أشياء منقولة أو عقارية من صاحبها إلى الدولة قصرا ودون مقابل. وهي تقوم بالضرورة على فكرة العقوبة حتى ولو أن بعض الأنظمة القانونية اخترعت مفهوم «المصادرة المدنية» كالقانون الإيطالي⁽²⁾. وفي صورة إقرار المصادرة بموجب قانون أو نص تشريعي ذي قيمة مماثلة للمراسيم، تعتبر المصادرة نقلا للملكية بحكم القانون على معنى الفصل 22 من مجلة الحقوق العينية. ويمكن أن تتسلط المصادرة على أملاك الأجانب وخصوصا بعد إخراج قوة استعمارية من بلاد ما، فتسمى «تأمينا» خاصة إذا تم نقل الملكية إلى الدولة. وقد وقع اللجوء إلى المصادرة بعد استقلال البلاد التونسية في 20 مارس 1956⁽³⁾ ثم بعد ثورة 14 جانفي 2011 بصدر المرسوم عدد 13 لسنة 2011 المؤرخ في 23 مارس 2011 المنقح بموجب المرسوم عدد 47 لسنة 2011 المؤرخ في 31 ماي 2011. وشملت المصادرة المقررة سنة 2011 عدة

(1) Michel VERWILGHEN: « Les Principaux Aspects Juridiques de la Nationalisation de l'Union Minière du Haut-Katanga. Faits et Documents », in *Revue Belge de Droit International* 1970-1, p. 105.

(2) Cass. Crim. (fr), 13 nov. 2003, *Biaggio X et Luci Y, ép. X*, pourvoi n° 03-80.371, *Gazette du Palais*, 4 mai 2004, n° 125, p. 7.

ويصلح هذا القرار بالإذن بتنفيذ قرار محكمة ميلانو القاضي بمصادرة أملاك الطاعنين وخاصة منها عقار كان يفرسا. حيث تم التسليم بحرق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية وبروتوكولها الإضافي لسنة 1952.

(3) القانون عدد 2 لسنة 1957 المؤرخ في 29 جويلية 1957 المتعلق بأخذ جميع الأملاك المنقولة والعقارية لمحمد الأمين باي وزوجته وأولاده وأحفاده وأزواج أبنائه وأزواج بناته، والقانون عدد 13 لسنة 1959 المؤرخ في 17 أوت 1957 والمتعلق بمصادرة المكاسب الغير المشروعة، والقانون رقم 27 لسنة 1959 المؤرخ في 26 رجب 1378 (5 فيفري 1959) المتعلق بإصدار مكاسب، ثم القانونان عدد 136 وعدد 137 لسنة 1959 والقانون عدد 34 لسنة 1969. ويلاحظ أنه بموجب القانون عدد 140 لسنة 1959 المؤرخ في 22 أكتوبر 1959 تم إلغاء القانون عدد 2 لسنة 1957.

أصناف من الممتلكات الراجعة إلى قائمة من الأشخاص عددهم 114 إلى جانب إمكانية مصادرة أملاك غيرهم إن ثبت أنهم استفادوا من علاقاتهم بالأشخاص المشمولين بالقائمة، ومن هذه الممتلكات المساهمات في الشركات.

وخلافا للتأميم أو الانتزاع العادي، تتسم المصادرة خصوصا بقيامها على قرينة فساد مصدر الملكية، مما يجعل منها إجراء عقابيا يؤول إلى نقل الملكية دون تعويض.

القسم الأول

تبعاً لإجراء المصادرة وإحداث لجنة وطنية لاسترجاع الأموال المهرية إلى الخارج، صدر المرسوم عدد 68 لسنة 2011 المؤرخ في 14 جويلية 2011 المتعلق بإحداث لجنة وطنية للتصرف في الأموال والممتلكات المعنية بالمصادرة أو الإسترجاع لفائدة الدولة الذي نص الفصل الفصل 2 منه على أن مهام لجنة التصرف المحدثة بموجب نفس المرسوم (الفصل الأول) تتمثل «خاصة في ما يلي:

- اتخاذ جميع الإجراءات المتعلقة بالحقوق والالتزامات المرتبطة بالأوراق المالية والحصص والسندات المعنية بالمصادرة أو الإسترجاع،
- التصرف في محفظة الأوراق المالية والحقوق المرتبطة بها والحصص والسندات والممتلكات العقارية والمنقولة المعنية بالمصادرة والإسترجاع،
- اتخاذ الإجراءات المستوجبة المتعلقة بالعقود الجارية وخاصة لضمان مواصلة تنفيذها،
- اتخاذ التدابير اللازمة لضمان المحافظة على السير العادي للشركات ذات المساهمات المعنية بالمصادرة أو الإسترجاع».

ومن الناحية الإجرائية، «تعرض قرارات لجنة التصرف المتعلقة بالتفويت وإعادة الهيكلة على الوزير الأول للمصادقة».

ورخص الفصل 10 من ذات المرسوم «لوزير المالية بناء على رأي لجنة التصرف وبعد مصادقة الوزير الأول في التفويت كلياً أو جزئياً في محفظة الأوراق المالية والحقوق المرتبطة بها والحصص والسندات والممتلكات العقارية

والمنقولة المشار إليها بالفصل الأول من هذا المرسوم مع مراعاة مبادئ المنافسة وتكافؤ الفرص والشفافية.

وأوجب الفصل 10 في فقرته الثانية على لجنة التصرف أن تضبط إجراءات التفويت بمقتضى أدلة يتم نشرها. ويفهم من ذلك أنه ينبغي على هذه اللجنة وضع قواعد إجرائية خاصة بالتفويت في كل نوع من المنقولات والعقارات بحسب ما لها من الخصوصية، مقتدية في ذلك بأحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية التي تفرد بعض أصناف الأموال بأحكام إجرائية خاصة عند بيعها بالمزايدة العلنية، ومنها الأسهم وحصص الشركات.

وفي ما يتعلق بهياكل التسيير، تتولى لجنة التصرف تعيين ممثلين عن الدولة في الجلسات العامة في الشركات ذات المساهمات المعنية بالمصادرة أو الإسترجاع ومتصرفين ممثلين للدولة في هياكل التصرف والتسيير بالشركات ذات المساهمات المباشرة وغير المباشرة المعنية بالمصادرة أو الإسترجاع في حدود نسب المساهمات التي تمت مصادرتها أو استرجاعها. وقد تم تجميع سلطة قرار تعيين أعضاء هيئات التسيير لدى اللجنة لتجنب بعثرة سلطة القرار مع ما يستتبع ذلك من مساوئ كان يتم إسناد عدة مهام تسيير لعدد محدود من الأشخاص مما يقلل من الفاعلية ويهدد بخطر تضارب المصالح أو حتى الفساد، أو أيضا خطر تضارب المصالح بتكليف نفس الشخص بتسيير شركات ذات مصالح متعارضة.

وعملا بالمبادئ العامة لمسؤولية الدولة عن أفعال موظفيها، تتحمل الدولة المسؤولية المدنية التي تنجم عن مباشرة ممثليها لنشاطهم بهياكل التصرف والتسيير لهذه الشركات⁽¹⁾. غير أن تحمل المسؤولية المدنية لا ينفي تحمل الشخص الطبيعي المسؤولية المدنية شخصيا في صورة قيامه بعمل منفصل عن وظيفته المستندة إليه كمسير للشركة acte détachable. كما أنه في صورة الخطأ القادح، تحتفظ الدولة بحق الرجوع على ذلك الشخص بعد أداء التعويض لمن تضرر من خطئه.

(1) الفصل 11 من المرسوم.

التقسيم الثاني

أحدث بموجب أحكام الفصل 12 من المرسوم حساب خاص يسمى «صندوق الأموال والممتلكات المصادرة أو المسترجعة لفائدة الدولة»، يعتمد كآلية للتعامل مع «شركاء» المؤسسة، حيث تُنزل به المقايض المتأتية من التصرف في الأموال والممتلكات موضوع المصادرة أو الإسترجاع وتصرف منه الدفعات المستوجبة والمرتبطة بالأموال والمساهمات والممتلكات العقارية والمنقولة المعنية بالمصادرة أو الإسترجاع. وتتأني موارد هذا الصندوق من :

- الأموال المعنية بالمصادرة والمودعة بالحسابات البنكية وغيرها من الحسابات والسيولة.
 - محصول عمليات التفويت في الأملاك العقارية والمنقولة والمساهمات المصادرة أو المسترجعة لفائدة الدولة.
 - محصول الأوراق المالية والحصص والسندات والحقوق المرتبطة بها والمعنية بالمصادرة أو الإسترجاع.
 - الأموال المسترجعة من الخارج.
 - محصول البيع المنصوص عليه بالفصل 10 (جديد) من مرسوم المصادرة.
 - وكل الأموال المرتبطة بالممتلكات المعنية بالمصادرة أو الإسترجاع⁽¹⁾.
- ويقصد بالأموال المرتبطة بالممتلكات المعنية بالمصادرة على معنى المطبة الأخيرة، الغلة والبقايا والمصاريف، وخاصة منها الأرباح والفوائض الموظفة عليها والتي تؤول إلى الدولة بصفة منطقية باعتبارها شريكا أو دائنا أو مالك ورقة مالية.

أما عن أوجه توظيف الأموال الموجودة لدى الصندوق، فقد أوضح الفصل 14 من نفس المرسوم أنها «تستعمل لتغطية النفقات المتعلقة بالعمليات المستوجبة والمرتبطة بالأموال والأملاك المنقولة والعقارية والمساهمات المعنية بالمصادرة أو الإسترجاع وخاصة منها العمليات المتعلقة بالإيفاء بالتزامات وبممارسة الحقوق الناشئة عن العقود الجارية وغيرها من الأعمال القانونية».

(1) الفصل 13 من المرسوم عدد 68 لسنة 2011.

وبذلك فإن دور لجنة التصرف لا يقتصر على مجرد مسك المساهمات التي تزول إلى الدولة بموجب مرسوم المصادرة أو بعد استرجاعها من مالكيها إن كانت موجودة في دولة أجنبية طبق الإجراءات القانونية المنصوص عليها في القانون الدولي وقانون الدولة المعنية، بما يقضيه ذلك من تفويت أو رهن أو غيره، إلى جانب استخلاص الغلال المدنية (الأرباح)، بل يدخل في صلاحياتها أيضا اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتسوية الصعوبات المالية والاقتصادية والاجتماعية التي تعترض تلك الشركات، بما في ذلك الترفيع في رأس المال أو ضخ مبالغ مالية في إطار حساب جابر للشركاء أو حتى إسناد دعم أو مساعدات مالية إذا كانت هناك صعوبات قانونية تبرر ذلك، كأن تعترض أغلبية المساهمين على ترفيع رأس المال لأسباب وجيهة وأن توجد عراقيل تمنع ضخ الأموال في إطار الحساب الجاري للشركاء.

وينبغي التأكيد على أن إحداث هذا الصندوق وتحديد صلاحياته ومجالات تدخله على النحو السالف بسطه لا ينبغي أن الأصل هو أن الشركة تظل خاضعة إلى قواعد القانون التجاري التي تقوم على الفصل بين الشخصية القانونية للشركة والشخصية القانونية للشركاء، بحيث إن الأصل هو أن يتم خلاص مستحقات الدائنين والعمال من أموال الشركة لا من أموال الشركاء (ومنهم الصندوق في حق الدولة) شخصا.

وتبعا لذلك، ينبغي التنبيه إلى أن القرارات المتعلقة بخلاص مستحقات الدائنين من أموال الصندوق ينبغي أن تراعى فيها مقتضيات قانون الشركات والتشريع المتعلق بالتصرف في المال العام في نفس الوقت، بما ذلك أحكام الفصل 96 من المجلة الجزائية الذي ينص على أن «يعاقب بالسجن مدة عشرة أعوام وبخفية تساوي قيمة المنفعة المتحصلة عليها أو المضرة الحاصلة للإدارة الموظف العمومي أو شبهه وكل مدير أو عضو أو مستخدم بإحدى الجماعات العمومية المحلية أو الجمعيات ذات المصلحة القومية أو بإحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية أو الشركات التي تساهم الدولة في رأس مالها بصفة مباشرة أو غير مباشرة بنصيب ما أو الشركات التابعة إلى الجماعات العمومية المحلية، مكلف بمقتضى وظيفه ببيع أو صنع أو شراء أو إدارة أو حفظ أي مكاسب، استغل صفته لاستخلاص فائدة لا وجه لها لنفسه

أو لغيره أو للإضرار بالإدارة أو خالف الترتيب المنطبقة على تلك العمليات لتحقيق الفائدة أو إلحاق الضرر المشار إليهما.

فلا يجوز للدولة أن تقدم مساعدة مالية لشركة تمر بصعوبات على إثر مصادرة مساهمات راجعة لأحد الشركاء دون مقابل في حين يتخلف باقي الشركاء عن تقديم المساعدة لتلك الشركة، إذ أن مصلحة الشركة لا تغطي على المصالح الشخصية للشركاء، ولا يمكن إجبار أحد الشركاء على أن يتحمل بمفرده وزر الصعوبات التي تمر بها الشركة. فإذا كانت الشركة تمر بصعوبات حادة، فالأصل أن تقترح الدولة الترفيع في رأس مالها، على أن تستعمل جزءا من الأموال الموجودة في الصندوق المشار إليه بالفصل 13 من المرسوم لتحقيق هذه الزيادة والاكتمال فيها باسم الدولة. وإذا رفض باقي المساهمين هذا الترفيع لحماية مصالحهم الشخصية أو لعدم ثقتهم في مستقبل الشركة بعد خروج المساهم الذي كان نفوذه الاجتماعي والسياسي ووجاهته أحد أسباب نجاحها، فعلى الدولة أن تقوم أمام المحاكم المختصة لطلب استصدار قرار جماعي (مداولة جلسة عامة خارقة للعادة) يقضي بالترفيع في رأس المال، لا أن تجازف بتقديم مساعدة مالية للشركة بدعوى إنقاذها، بما ينتهي إلى استفادة المساهمين الآخرين من تضحية مالية تتحملها الدولة (وبالتالي المجموعة الوطنية) وحدها، مع ما في ذلك من خرق لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة المقرر بالدستور. ولا ينبغي ذلك إمكانية تحمل الدولة لهذا الوزر إذا كانت المصلحة من تقديم الدعم المالي مؤكدة وكانت حالة الشركة تستوجب دعما عاجلا، لإنقاذ مواطن الشغل أو لضمان اتمام تنفيذ صفقة هامة ومصيرية، وبعد التحقق من عدم وجود صيغة أخرى تضمن تحقيق نفس النتيجة بذات الفاعلية. وفي مطلق الأحوال فإن روح النص تقتضي أن الصندوق يمكنه في الحالات المستعجلة أن يؤدي الديون المحمولة على الشركة أو جانبها منها على أن يكون ذلك من قبيل الحلول محل المدين بحكم القانون substitution de débiteur وبشرط أن يحتفظ من أدى الدين بحقه في الرجوع على المدين الأصلي بما آذاه عنه.

ويطرح الفصل 14 السالف استعراض مضمونه تساؤلا حول كيفية استخلاص الدائنين لديونهم وإن كان للدائن الحق في التوجه إلى هذا الصندوق عوضا عن الشركة. فهل يعد صندوق ضمان أو ما شاكل ذلك أم أن موارده مخصصة لأموال أخرى؟

من الناحية الإجرائية، يُفترض أن الأصل في الأمور هو أن يتوجه الدائن إلى الشركة نفسها قبل التوجه إلى الصندوق. ويمكن استنتاج هذا الحل من منطق قانون الشركات نفسه. ففي صورة وجود دائن لشركة مفاوضة، فإن تضامن الشركاء مع الشركة في أداء الديون لا ينفي أن الدائن ينبغي أن يتوجه في مرحلة أولى إلى الشركة نفسها كشخص معنوي وأن لا يمر إلى مطالبة الشركاء بأداء دينه إلا بعد أن تتخلف الشركة عن الأداء⁽¹⁾. فإن كان هذا هو شأن الشركات ذات الشخصية القانونية الشفافة المتميزة بتضامن الشركاء فيها، فمن باب أولى أن تنطبق نفس القاعدة على الشركات الأخرى التي يكون فيها الشركاء (بمن فيهم الدولة) غير متضامين في الأداء، خاصة أن الفصل 13 من المرسوم لم يكرس قاعدة تضامن الدولة مع الشركة في أداء جميع ديونها، بل منح الدولة (الصندوق) دورا احتياطيا، بحيث لا يقع الرجوع إليه إلا في صورة عجز الشركة عن أداء الديون بمالها الخاص. والدليل على ذلك أن المشرع لم يوجب على الصندوق خلاص كل الديون دون تحديد بل إن الصندوق يتصرف في حدود الموارد الموجودة لديه، مع أنه لا يتمتع بالشخصية القانونية وبالتالي تمتزج ذمته المالية بالذمة المالية للدولة.

التسم الثالث

يمكن أن تتعرض الشركة التي تقع مصادرة جانب من أسهمها أو حصصها إلى صعوبات اقتصادية ومالية حادة، بما يستوجب التفكير في عرضها على الإجراءات الجماعية *procédures collectives* لاستخلاص الديون. وقد بينت التجربة أن الكثير من الشركات التي كانت للأشخاص المستهدفين بالمصادرة مساهمات فيها كانت تسم بالهشاشة الاقتصادية، وخاصة شركات الخدمات التي كانت تقوم أساسا على استغلال النفوذ والوجاهة من قبل هؤلاء الأشخاص، حيث انهيار عدد منها بصفة كلية ولا رجعة فيها بمجرد فرار المعني بالأمر أو إيداعه السجن أو حتى خروج الملك من يده بموجب المصادرة.

(1) الفقرة الأولى من الفصل 55 من مجلة الشركات التجارية.

ويلاحظ الدارس أن المصادرة طرحت في الواقع إشكالات كبيرة في علاقة بتطبيق قوانين الإجراءات الجماعية، منها ما يعود أساسا إلى الخلط الواقع في أذهان الكثيرين بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي. فالكثيرون اعتادوا بالعبارة الرائجة التي تفيد أن شخصا ما «يملك شركة» أو شركات. ومتى استقر ذلك في الأذهان فإن صدور قانون أو مرسوم يقتضي مصادرة أملاك ذلك الشخص سيعني لدى هؤلاء أن الشركة تعرضت بدورها إلى المصادرة، وهو ما يؤدي إلى سوء التعامل مع الآثار القانونية لقرار المصادرة.

وينبغي هنا التذكير مجددا بأن الشخص لا يمكن أن يكون مالكا لشركة بل يملك مساهمة في شركة يتم تمثيلها عبر ملكيته لعدد من الأسهم والحصص الاجتماعية. فإن خرجت ملكية تلك الأسهم أو الحصص من يده بأي وجه كان فإن الشخص المعنوي يظل قائما وتستمر شخصيته القانونية على حالها، ولو أن المجتمع (الاقتصادي خصوصا) يولي أهمية كبيرة لهوية الشريك صاحب الأغلبية و/أو المسير للشركة لما في الأذهان من مزج بينهما.

ويعزى الخلط الاصطلاحي المشار إليه إلى ضبابية التفرقة بين الشخص والمال في بعض الأذهان. فالشركة شخص قانوني (معنوي) وبالتالي لا يمكن أن يملكه شخص آخر، حتى ولو امتلك كامل الحصص أو الأسهم الممثلة لرأس مالها، في حين أن الأسهم هي مال منقول حسب الفصل 15 من مجلة الحقوق العينية وبالتالي يمكن امتلاكها والتصرف فيها.

ومتى استقر ذلك فإن المرسوم عدد 13 لسنة 2011 يضحى يسير التطبيق. ففي صورة امتلاك الشخص المتعرض للمصادرة لمؤسسة فردية فإن ملكيتها تؤول بكاملها إلى الدولة، أما إذا كان الشخص مالكا لمساهمات في شركة فإن تلك المساهمة هي التي تصبح ملكا للدولة فتصبح شريكا أو مساهما في الشركة على قدر نسبة ما للمعني بالمصادرة في رأس المال. ولئن كان المرسوم قد سكت عن مآل هياكل التسيير فإنه من الواضح أن صفة المسير ليست ملتصقة بصفة الشريك، وهو ما يعني أن الشخص المتعرض للمصادرة يظل نظريا في منصب التسيير، ولذلك ينبغي على الدولة ممثلة في شخص المكلف العام بتزاعات الدولة أن تقوم بسرعة بدعوى قضائية لطلب تعيين متصرف قضائي أو وكيل قضائي يتولى

مباشرة أعمال التسيير عوضاً عن ذلك الشخص⁽¹⁾. كما ينبغي على الوزارة المعنية أن تبادر بالقيام بما يتعين للدعوة إلى عقد جلسة عامة خارقة للعادة لغاية النظر في تجديد تركيبة هيكل التسيير وذلك لإزاحة الشخص المتعرض للمصادرة عن خطة التسيير، خاصة بعد فقدانه لملكية الحصص أو الأسهم، وتعيين هيكل تسيير جديد يراعي الواقع الجديد لتركيب رأس المال وخاصة نسبة ما آكل إلى الدولة من الأسهم أو الحصص.

وقد حرص المشرع على تجنب تغيير الطبيعة القانونية للشركات التي تقع مصادرة أسهم بعض المساهمين فيها، متجنباً بذلك مزالق سياسة التأميم التي انتهجتها بعض البلدان في أواسط القرن الماضي، حيث نص الفصل 9 من المرسوم عدد 68 لسنة 2011 المؤرخ في 14 جويلية 2011 المتعلق بإحداث لجنة وطنية للتصرف في الأموال والممتلكات المعنية بالمصادرة أو الإسترجاع لفائدة الدولة على أن الشركات المعنية بمصادرة جزء من رأس مالها لا تخضع لأحكام القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في غرة فيفري 1989 المتعلق بالمساهمات والمنشآت العمومية. فهذه الشركات تظل خاضعة للقانون التجاري وخصوصاً لأحكام مجلة الشركات التجارية من حيث التسيير والهيكل واتخاذ القرارات في الجلسة العامة وفي هيكل التسيير، كما تظل معرضة إلى الإجراءات الجماعية التقليدية أي إجراءات التسوية القضائية والتفليس طبق ما ينص عليه القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية والمجلة التجارية ولا ينطبق عليها التشريع المتعلق بإعادة هيكلة المؤسسات والمنشآت العمومية وخصوصاً العنوانين الثالث من القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في أول فيفري 1989 المتعلق بالمساهمات والمنشآت العمومية وفقاً تم تنقيحه وإتمامه بالنصوص اللاحقة.

وقد أصدرت محكمة التعقيب قراراً في 23 أكتوبر 2012 يتميز بأنه على غاية الوضوح والمنهجية، في ما يتعلق بتحديد الجهة التي تقرر كيفية معالجة الصعوبات التي اعترضت شركة «سوفوماك» بعد مصادرة 51 بالمائة من أسهمها التي كانت على ملك نعيمة بن علي، شقيقة رئيس الجمهورية الأسبق زين العابدين

(1) وجدت الدولة صعوبة كبيرة في إسقاط صفة المسير عن بعض الأشخاص الذين تعرّضوا للمصادرة لأسباب مختلفة منها الإجرائي ومنها الموضوعي واضطربت الاجتهادات القضائية بسبب غموض الرؤية أحياناً.

بن علي، والتي وردت ضمن القائمة الملحقة بالمرسوم عدد 13 لسنة 2011 المتعلق بمصادرة مكاسب منقولة وعقارية. فقد تدهورت حالة هذه الشركة حتى أضحت لا تشغل سوى عاملاً واحداً وتم بالتوازي تعيين مؤتمن عدلي على أملاك الشركة المذكورة، بما فيها المساهمة موضوع المصادرة. ولدى طرح موضوع احتداد الصعوبات التي تجابهها الشركة، تمسك نائبها بأنه توجد حظوظ لإنقاذها بعد أن وقع إبرام عقدي استثمار مع مؤسسة بولونية وأخرى جزائرية كما زعم أنه توجد قضية منشورة لدى المحاكم الأردنية بعد إسقاط مبلغ مالي هام من قبل الشريك العراقي. غير أن المحكمة عاينت تفاقم مديونية الشركة وضعف مواردها وتدهور قيمة الأصل التجاري وتسريع العملة. وبالتوازي صدر حكم قضائي بتعيين مؤتمن عدلي على كافة أملاك الشركة بما في ذلك مساهمتها في الشركة.

وجاء بالقرار التعقيبي المذكور أنه عملاً بأحكام الفصل 9 من المرسوم عدد 68 لسنة 2011 المذكور، «تبقى [شركة «سوفوماك»] خاضعة في نظامها إلى أحكام مجلة الشركات التجارية والقانون التجاري وإلى الأحكام المتعلقة بشكلها ونظامها»⁽¹⁾. وتذكر المحكمة بأحكام المراسيم المتعلقة بالمصادرة وإحداث اللجنة الوطنية للتصرف في الأموال موضوع الاسترجاع أو المصادرة لتنتهي إلى أن الأحكام المذكورة «تمضي... عند المصادرة الكلية للأملاك لأنها راجعة بصفة تامة إلى الشخص الذي صودرت أملاكه، وهي الحالة التي يكون فيها التصرف والمتابعة وتقرير المآل يرجع للجنة التصرف المحدثة بموجب المرسوم عدد 68 المذكور أعلاه. أما إذا كانت الشركة ترجع في بعضها إلى الشخص الذي صودرت أملاكه وفي البعض الآخر إلى أطراف أخرى، كما هو الشأن في الشركة الطاعنة، إذ لا تتعدى الأملاك المصادرة حدود 51 بالمائة، فإن لجنة التصرف لا

(1) محكمة التعقيب، الدائرة المدنية الرابعة، قضية عدد 2012.72742، شركة سوفوماك والمتنازع أ.خ. بوصفه مؤتمناً عدلياً على كافة أملاك الشريك نعيمة بن علي المقارية والمنقولة ضد شركة الطرق التقني وبنك تونس العربي الدولي والشركة التونسية للبنك والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي والشركة المالية لاستخلاص الديون والخير العدلي ع.ب. بصفته أميناً لفلسة شركة سوفوماك وشركة كمون إخوان. قرار منشور بـ«حولية فقه القضاء التونسي»، نشر كلية الحقوق بصفافس، 2013، ص. 279-291. أنظر أيضاً قرار محكمة الاستئناف بصفافس الصادر بتاريخ 23 جانفي 2012 في القضية عدد 4139، منشور بنفس الحولية، ص. 291-292، مع تعليق لسامي العيادي: «ملاحظات على أحكام وقرارات متعلقة بإنقاذ المؤسسات التي تشكو صعوبات اقتصادية»، ص. 295-303.

يمكنها أن تقرر مآل الشركة بإعادة الهيكلة أو التصفية دون مراعاة لباقي الشركاء، وإن كانوا أقلية، ولا يمكنها أن تتزع اختصاص النظر في مآلها عن القضاء الذي يبقى مختصا في تقرير مآلها بالانقضاء أو التفليس على معنى أحكام القانون عدد 34 لسنة 1995. وزيادة عن أحكام هذا القانون عندما حدد مجال انطباقه بالفصلين 1 و 3 وورد بصفة مطلقة أنه ينطبق على جميع المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، دون استثناء تلك التي تملك الدولة أسهما فيها، ويبقى على إطلاقه دون قيد أو استثناء⁽¹⁾، إذ جاء بالفصل 3 قول المشرع: «ينتفع بهذا النظام كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للضريبة حسب النظام الحقيقي يتعاطى نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا»، ولم يشترط المشرع سوى النشاط التجاري والانضواء في النظام الجبائي الحقيقي، طالما أنها لا تخضع لأحكام القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في غرة فيفري 1989 المتعلق بالمنشآت العمومية، خلافا لما أثاره المؤتمن العدلي الطاعن في القضية 72742، وما أثاره المعقب ضده السادس، وطالما أنها شركة تجارية، وطالما أنها خاضعة للنظام الحقيقي، ولا يمضي عليها القانون عدد 9 المذكور. وعليه فإن المحكمة [الاستئنافية] وإن أخطأت في التسيب فإنها قد أحسنت اختيار النظام القانوني الذي ينطبق على الشركة الطاعنة...

ثم تزيد المحكمة في الإيضاح فتقول إن «الطاعنة... هي شركة ذات مسؤولية محدودة وهي تجارية بشكلها... وعليه فهي تخضع لقوانين التجارة وأصولها العرفية عملا بالفقرة 3 من الفصل 7 [من مجلة الشركات التجارية]... إن امتلاك الدولة بموجب المصادرة لأسهم من الشركة الطاعنة لا يمحو عنها شكلها كشركة ذات مسؤولية محدودة ولا يمنع تطبيق أحكام قوانين التجارة عليها. فالدولة عندما استصدرت [والأصح صادرت] مكاسب مكاسب الشريكة نعيمة بن علي في دعوى الحال أصبحت تملك 51 بالمائة من أسهم الشركة، أما باقي الأسهم فقد بقيت في ذمة أصحابها، وتعدّ الدولة تبعا لذلك مساهمة في شركة تجارية، ولا تضافى على هذه الأخيرة الصبغة العمومية ولا تعتبر خاضعة لأحكام القانون

(1) اعتمدت محكمة التعقيب في هذا القرار نفس موقف القضاء الفرنسي الذي يعتبر أن كل شخص معنوي يمارس نشاطا تجاريا ينطبق عليه نظام انقضاء المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية ولو كانت الدولة مالكة لجزء من رأس ماله. وقد تم إعداد مشروع قانون يتعلق بتنقيح القانون عدد 34 لسنة 1995 بين سنتي 2007 و 2010، تضمن من بين المسائل المطروحة للتنقيح إقرار مثل هذا الحل في النص التشريعي صراحة.

عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في 1 فيفري 1989، هذا من جهة، ومن أخرى فإن المرسوم عدد 68 لسنة 2011 بفصله التاسع أقصى تفعيل أحكام قانون 1989 على الشركات المصادرة⁽²⁾ بما يعني أنها وإن كانت ملك الدولة⁽³⁾ فإنها لا تخضع لنظام تطهير المؤسسات العمومية وتبقى خاضعة لأحكام القوانين التجارية ومنها القانون عدد 34 لسنة 1995 المتعلق بالانقضاء المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية.

وبالمناسبة، نقضت محكمة التعقيب قرار محكمة الاستئناف بصفاقس عدد 41391 في ما انتهى إليه من اعتبار أن المصادرة تكتسي صبغة وقتية، إذ أكدت أن المصادرة تتمثل في «نزع الشيء من صاحبه بقوة عقابا له»، وهي تعني نقل ملكية أموال إلى الدولة دون مقابل، وأن المصادرة تعد بمثابة العقاب التكميلي ومبررها أن الأشخاص المستهدفين بها اكتسبوا بطريقة غير مشروعة من خلال ارتكابهم لبعض الجرائم أو بالاستيلاء على ملك المجموعة الوطنية، بحيث تهدف المصادرة إلى «إعادة الأموال التي سُلبت من مال المجموعة الوطنية إلى خزانة الدولة»، مينة خصوصا أنه لا يمكن اعتبار المصادرة من قبيل وضع اليد الوقتي على أملاك أولئك الأشخاص. وتؤكد المحكمة أيضا أن «المصادرة لا توقف نشاط الشركات المصادرة بل إنها تواصل نشاطها رغبة من المشرع في التوفيق بين مبادئ الثورة في استرجاع ما تم اغتصابه وسلبه وبين ما تتطلبه المكاسب المصادرة خاصة بشأن الشركات والمنشآت فأحال إدارتها إلى جهة إدارية مختصة وهي لجنة المصادرة⁽⁴⁾».

(1) نلاحظ هنا أن المصطلح المستعمل من قبل محكمة التعقيب نفسها [شركة مصادرة] يدل إما على أنها وقعت في السهولة باستعمال مصطلح «صحفي» غير دقيق، أو على أنها هي نفسها وقعت في مزالق الخلط. ونفس الخطأ وقع فيه المعلق (ص. 295)، حين تحدث عن إمكانية مصادرة «شركات برمتها».

(2) إن استعمال عبارة تفيد أن الشركة على ملك الدولة يدل هذه المرة على خلط خطير في المفاهيم يتجاوز مجرد عدم التدقيق في المصطلحات. ويظهر أن هذا الخلط خارج عن سياق القرار في مجمله والذي انطلق من مفاهيم واضحة، وربما تسرب في مرحلة تلخيص الحكم. والأرجح أن العبارة تقصد المساهمة لا الشركة.

(3) ص. 286. وهنا أيضا يتضمن القرار خطأ قانونيا، إذ أن لجنة المصادرة هي لجنة متخصصة في القيام بالإجراءات اللازمة لنقل ملكية الأموال الراجعة للأشخاص المستهدفين بالمصادرة إلى الدولة، أما لجنة التصرف في الأموال التي تتم مصادرتها أو استرجاعها فهي لجنة مختلفة، يتمثل اختصاصها في اتخاذ القرارات المتعلقة بمآل تلك الأموال، أي التصفية فيها أو الاحتفاظ بها واستغلالها في أنشطة الدولة بما في ذلك الكراء، مع ما يتطلبه

وبينت المحكمة من وراء ذلك أنه «باعتبار أن المؤمن العدلي تمت تسميته لإدارة الأسهم التي كانت تملكها المرأة نعيمة بن علي والتي أصبحت ملكا للدولة فإنه يصبح مكلفا بالإدارة في حدود تلك الأسهم بعد أن أصبحت على ملك الدولة إلى حين تقرير مالها ولا تمتد صلاحياته إلى باقي الأسهم وقدرها 49 بالمائة، التي تبقى في ذمة مالكيها».

وفي الراقع، ينبغي التمييز بين أمرين: فالقاضي المدني والقاضي الجزائي بإمكانهما تعيين مؤتمن عدلي على أملاك الشخص الطبيعي المتعرض إلى المصادرة وذلك بغاية جردها من ناحية وحفظها من جهة أخرى، وتحديد ما هو مشمول بالمصادرة من غيره. وهذا القرار ميزته أنه يقيم وضعا وقتيا لأنه لا ينقل الملكية بل يتضمن تدابير تحفظية وتمهيدية لما سيأتي لاحقا، في حين أن قرار المصادرة ينقل الملكية إلى الدولة بشكل نهائي وغير قابل للرجوع فيه خاصة مع عدم إقرار أي حق في الطعن للأشخاص المعنيين بالمصادرة. وقد صدرت عدة قرارات بنصب الائتمان العدلي بموجب أحكام تشريعية سابقة لصدر مرسوم المصادرة، وخصوصا بموجب الأحكام الجزائية المتعلقة بمكافحة غسيل الأموال كما نص عليها قانون 10 ديسمبر 2003. والمصادرة قررها القانون (المرسوم) وكلف لجنة المصادرة بتجسيمها بمناسبة حصر أملاك الشخص المعني بها، حيث تصدر لجنة المصادرة قرارا كاشفا *acte déclaratif* للحق الذي نشأ لفائدة الدولة بحكم القانون.

الأمور المالية

الشركة أمام القضاء الجزائي

في العصور القديمة، لم يكن القانون يعترف بالشخصية القانونية إلا للشخص الطبيعي. وأكثر من ذلك، فإن صفا من البشر، وهم العبيد، لم يكن متمتعاً بالشخصية القانونية، حيث كان العبد أو الأمة (الجارية) يعتبران من صنف المنقولات الداخلة في التعامل الاقتصادي، يباع وشراء ورهن ومعاوضة... ولم

ذلك من تخصيص البعض منها للوزارات القطاعية أو لباقي هيئات الدولة ومؤسساتها كرئاسة الدولة أو المجلس الوطني التأسيسي أو غيرها، طبقاً للقواعد المتعلقة بالتصرف في ملك الدولة.

يمنع ذلك إقرار إمكانية تسليط العقوبات على العبيد في ظل جل قوانين الدول التي عرفت نظام العبودية. بل أكثر من ذلك أيضا، فقد كانت بعض القوانين القديمة تجيز أيضا معاقبة الأشياء، فتقر إمكانية معاقبة حيوان الحق ضررا بالغير، أو إمكانية تحطيم حجارة أصابت أحد المارة بالأذى...

وفي العصور الوسيطة⁽¹⁾، تخلت التشريعات الأوروبية، «متبعة» في ذلك الشريعة الإسلامية، عن مواخلة الأشياء وأصناف الأشخاص الطبيعيين الذين لا يمكن منطقيا تحميلهم مسؤولية أفعالهم (كالمجانين وفاقدي العقل)، واقتصرت المواخلة على الأدميين المميزين.

وقد ابتعدت التشريعات الحديثة عن هذا النظام غير المنسجم، وتبنت منطقا أكثر تناسقا، بعد إلغاء العبودية، بأن أقرت الشخصية القانونية لكل البشر، أي الأشخاص الطبيعيين، وأحدثت صفا جديدا من الأشخاص، وهي الأشخاص المعنوية، التي تدرجت نحو أوضاع مماثلة لأوضاع الأشخاص الطبيعيين، حتى من ناحية إمكانية التعرض إلى العقوبات الجزائية. فقد نص مرسوم «كولبير» لسنة 1670 في فرنسا على عقاب مختلف الذوات المعنوية المشاركة في أعمال الشغب والتمرد بعقوبات مختلفة تتماشى مع طبيعتها يمكن أن تمثل في الخطايا والمصادرات والحرمان من الامتيازات وحتى هدم الجدران⁽²⁾.

على أن ذلك يستوجب بيان كيفية تطبيق العقوبات الجزائية على هذا الصنف الجديد من الأشخاص.

(1) مع الاحتراز في خصوص مدلول مصطلح «العصور الوسيطة» أو «القرون الوسطى» (*moyen âge / middle ages*) بالنسبة إلى أوروبا والبلاد الإسلامية، حيث إنه، بالنسبة إلى أوروبا، يشير إلى عصور مظلمة، بينما لا يؤدي مدلولها ماثلا بالنسبة إلى البلاد الإسلامية، ويفضل جل المختصين تجنبه.

(2) Article 31 de l'Ordonnance de Colbert: « Le procès sera fait aux communautés des villes, bourgs et villages, corps et compagnies, qui auront commis quelque rébellion, violence ou autre crime ». Cf., Georges LEVASSEUR : « La responsabilité pénale des sociétés commerciales en droit positif français actuel et dans les projets de réforme envisagés », conférence dactylographiée faite dans le cadre du colloque « Droit criminel et sociétés commerciales », organisé à Tunis par l'Association Tunisienne de Droit Pénal du 2 au 4 mai 1985, p. 3, n° 5, citée par Faouzi BELKNANI : « La responsabilité pénale des personnes morales », in *Mouvements du droit contemporain. Mélanges offerts au Professeur Sassi Ben Halima*, éd. CPU, Tunis 2005, p. 483 et ss.

النظم الأولى

يقتضي الفصل 28 من دستور 27 جانفي 2014 أن العقوبة شخصية ولا تكون إلا بمقتضى نصّ من قانون سابق الوضع. وقد استنتج الفقه من ذلك أن مبدأ شخصية العقوبة (personnalité de la peine) يقتضي أن العقوبات الجزائية لا يمكن أن تشمل سوى الأشخاص الطبيعيين، وأن طبيعة الشخص المعنوي كشخص افتراضي / حكومي / اعتباري ⁽¹⁾ personne virtuelle تقتضي أنه لا يمكن تسليط عقوبات جزائية عليه، باعتبار أنه يمثل مجرد افتراض قانوني (une fiction légale)، وأن القانون المدني والقانون الخاص بشكل عام بإمكانه التعامل مع الافتراضات أو الحيل القانونية ⁽²⁾، لأنه قانون يقوم على درجة من «الإصطناع المنطقي» (l'artifice logique ou le juridisme) بخلاف القانون الجزائي الذي لا يعترف إلا بالحقائق، خصوصا وأنّ منطقته مختلف عن منطق القانون المدني ⁽³⁾. فالمسؤولية المدنية يمكن تحميلها لشخص معنوي أو لشخص طبيعي

(1) يستعمل جانب كبير من الفقه العربي مصطلح «الشخص الاعتباري» من منطلق أن لا وجود لشخص حقيقي، وإنما الأمر يتعلق بمجموعة أموال ومصالح مجتمعة تكون في حكم الشخص، أو منبهة كشخص في نظر القانون لا غير، وهو ما يتماشى مع مقولة بعض فقهاء القانون الجبائي الذين يزعمون أن القانون الخاص يعتمد عن الحقيقة والواقع ويتعامل مع «الأوهام» ومع واقع يختلف لنفسه لا يطابق الحقيقة الواقعية، كما هو شأن تعامله مع ذوات لا وجود لها في الواقع وهي الذوات المعنوية.

(2) يراجع خصوصا : محمد الشرفي وعلي المزغني : «أحكام الحقوق»، ط. دار الجنوب، تونس 1995، ص. 258 وما يليها.

(3) كان الفقيه «بلانيول» ينكر تماما وجود ذوات معنوية. وقد اعتبر أن الذات المعنوية إنما هي شكل من أشكال الملكية الجماعية (propriété collective) أي الشيوع، في عصر لم تبرز فيه إلى الوجود من الذوات المعنوية سوى الشركات، ولم تكن توجد فيه الجمعيات وغيرها من الأشخاص المعنوية غير التاجرة. أنظر :

PLANOL : « *Traité de droit civil* », tome 1, 1^{ère} édition, Litec, n° 3016 ; Pierre GUIHO : « *Cours de droit civil* », volume 1 : « *Introduction générale* », éd. L'Hermès, Paris 1984, 2^{ème} édition, p. 285 et ss., n° 335.

أما «صافيني» SAVIGNY، فقد دافع عن الفكرة القائلة إن الذات المعنوية ليست سوى افتراضا وخيالا قانونيا، وهي شخصية اصطناعية مفتعلة. وأما نظرية الشخصية الحقيقية، فيرجع الفضل في إنشائها إلى الفقيه الفرنسي : «ميكو» الممتعي إلى ما يسمى بمدرسة «نانسي». أنظر :

MICHOUD : « *La théorie de la personnalité morale et son application au droit*

على حدّ السواء، لأنّ مبناها هو التعويض وضمان حقوق المتضرّر. والمعتبر في المادّة المدنية هو وجود ذمّة مالية يمكن تحميلها الدّرك والرّجوع على عناصرها لاستخلاص الحقوق لصالح أربابها واقتضاؤها ولو كان ذلك غصبا عن إرادة المدين. أما المسؤولية الجزائية، فمبناها الرّدع والرّجر، والرّدع لا يمكن أن يكون غير الأثر النفسي الذي تحدّثه العقوبة في كيان المتعرّض إليها، بحيث لا يُتّظر أن تحدث العقوبة الجزائية أي أثر في نفس ذات معنوية ليس لها أي وجود حقيقي أو فعلي.

غير أن هذه النظرة إلى المسؤولية الجزائية للذّات المعنوية قد تغيّرت منذ أن برهن الفقهاء على أنّ الذّات المعنوية ليست وهما محضا، وأنها إنّما تمثّل كيانا فعليّا وحقيقيا، يمكن تجسيمه في «أعضاء/ هياكل» (des organes)، إذ أن الشركة على وجه الخصوص لها هياكل تجسّم وجودها وإرادتها ⁽¹⁾، وهي : هيكل / جهاز المداولة (organe délibérant) وهيكل التسيير والإدارة (organe de gestion et de direction) وهيكل المراقبة (organe de contrôle) عند الإقتضاء. ويعادل مجموع هذه الهياكل ما للشخص الطبيعي من أعضاء، وليس من المستبعد أن يكون مخترع هذه النظرية قد قصد قياس أجهزة الذّات المعنوية على الجهاز النفسي للشخص الطبيعي كما تصوّره وحلّه عالم النفس الألماني، مؤسس مدرسة التحليل النفسي la psychanalyse «سيغموند فرويد» (Sigmund Freud)، والقائم على ثلاثية : الأنا، والأنا الأعلى، والهو (le moi, le surmoi, et le ça).

وفي ما يتعلق بالغاية من العقوبة الجزائية، يلاحظ فقهاء القانون الجزائي أن الذّات المعنوية قد تكون محلّ تعسف (abus de personne morale) من قبل

français », 1^{ère} édition, 1906-1909, 2^{ème} édition par Louis TROTABAS, 1932 ; Gérard CORNU : « *Droit civil- Introduction, les personnes, les biens* », éd. Montchrestien, Paris 1994, (Domat Droit privé) 7^{ème} édition, p. 269 et ss., n° 731 et ss., où il parle du « phénomène » des personnes morales, devenues une véritable « population ».

(1) Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et François DEBOISSY : « *Droit des sociétés* », éd. Litec, Paris 2001, quatorzième édition, p. 83 et ss, n° 221 et ss.

من يسترون بها، حتى تصبح أداة للجريمة، وتصبح بالتبعية مجرماً، فيتجه تسليط العقوبة عليها بذاتها⁽¹⁾.

وهما يكن من أمر، فإن المشرع التونسي لم يكرس المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي كمبدأ عام، وإنما قررها في مجالات مخصوصة، وجميعها من مواد القانون الجزائي الاقتصادي. ويختلف القانون التونسي في ذلك عن القانون الفرنسي الذي كرس مبدأ عاماً للمسؤولية الجزائية للذوات المعنوية عند تعديله للمجلة الجزائية الجديدة سنة 1986.

فقد أثبتت في البداية احترازا حول مدى تماشي إقرار مسؤولية الذات المعنوية مع مبدأ شخصية الجرائم والعقوبات وما إن كانت تكريسا لمسؤولية جزائية عن فعل الغير (responsabilité pénale du fait d'autrui). وقد أعد وزير العدل حافظ الأختام في فرنسا «روبير بادينتر» Robert Badinter شرحاً لأسباب القانون المقترح جاء به على وجه الخصوص ما يلي : «إن الحصانة الحالية للذوات المعنوية تصدنا خاصة بالنظر إلى حجم الوسائل التي تتمتع بها، والتي تجعلها مصدراً لأضرار جسيمة تلحق الصحة العامة والمحيط والنظام العام الاقتصادي والتشريع الاجتماعي. وعلاوة على ذلك، فإن القرار الذي يكون مصدراً للضرر تتخذه هياكل الذات المعنوية (الشركة) ذاتها والتي تحدد السياسة الصناعية والتجارية والاجتماعية للمؤسسة...

وستزول قرينة المسؤولية الجزائية التي يرزح تحتها اليوم مسيرى الذوات المعنوية في ما يتعلق بالجرائم التي يجهلون أحيانا وجودها، وبذلك يتم احترام المبدأ الأساسي الذي يقتضي أنه في المادة الجزائية، لا يتحمل الشخص سوى تبعات أفعاله الخاصة».

وقد بين الفقه أن التوجه القضائي السابق الذي كان يعتبر أن المسؤولية ينحمله المسيرى يبرره كون إقرار المسؤولية الجزائية للذوات المعنوية يتحملها في أحيان كثيرة أشخاص لا يد لهم فيها وليست لهم الوسائل الكافية لمنعها أو للتصدي لفاعلاها، كالمساهمين في الشركة الذين يتحملون العقوبات المسطرة على الشركة بشكل غير مباشر، باعتبار أن العقوبات المالية تؤخذ من أموال

(1) Mohamed Hédi LAKHOUA : « L'accès au droit de la Personne Morale «Personne Immorale» », in *La passion du Droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Mohamed Larbi Hachem*, précité, p. 31.

الشركة وتقتص من منابهم من الأرباح، حال أنهم لا يتمتعون بأي وسيلة لمنع وقوع الجريمة⁽²⁾.

كما يستند الموقف الراض للمسؤولية الجزائية للذوات المعنوية إلى النظرية العقدية للشركة (conception contractuelle) التي ترجع إلى جذور رومانية، حيث تعتبر الشركة عقدا منشأ للحقوق والالتزامات⁽³⁾، فلا يمكن أن يؤخذ العقد مطلقاً، لأنه ليس بالشخص القانوني الذي يمكن مواخذته. وقد ظل القانون التونسي أخذاً بالنظرية العقدية للشركة منذ إصدار مجلة الالتزامات والعقود بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 15 ديسمبر 1906، حيث تعرض إلى الشركة في الكتاب الثاني المتعلق بالعقود الخاصة، وقسمها صنفين : شركة العقد (وهي الشركة بالمعنى المتداول حالياً، ومنها الشركة التجارية)، وشركة الملك، وهي الملكية الشائعة (الفصل 1226)، والتي أخرجت أحكامها من هذه المجلة سنة 1965 وأدرجت بمجلة الحقوق العينية. وقد عرفت الشركة بالفصل 1249 من مجلة الالتزامات والعقود بأنها «تعاقد اثنين أو أكثر على خلط أموالهم وأعمالهم أو أحدهما فقط بقصد الإشتراك فيما يتحصل من ربحها»⁽⁴⁾.

غير أن النظرية التعاقدية لم تصمد أمام التيار الجديد الذي يعتبر الشركة مؤسسة (institution) تخضع إلى القانون وإلى العقد التأسيسي، بما يمكن معه القول إن المصالح والحقوق الخاصة التي تتكون من أجلها الشركة ترتبط بشكل دائم بالغاية التي تم من أجلها تأسيسها، كما أن حقوق الأطراف والغير تخضع بشكل أساسي إلى القانون، ويخضع سير أمور الشركة إلى قاعدة الأغلبية لا إلى مبدأ الإجماع بالنسبة إلى جل الشركات، كما أن المسيرين لا يعدّون وكلاء للشركاء، بل يمثلون هيكلاً من هياكل الشركة هدفهم هو تحقيق الأهداف المشتركة للشركاء⁽⁵⁾.

(1) Jean LARGUIER : « Droit pénal des affaires », éd. Arman Colin, Paris 1992, p.44.

(2) Georges RIPERT et René ROBLLOT : « Traité de droit commercial », vol. I : « Commerçants, actes de commerce, entreprise commerciale, fonds de commerce, sociétés commerciales », éd. LGDJ, Paris 1996, 16^{ème} édition, par Michel GERMAIN, p. 516 et ss., n° 670 et ss.

(3) أنظر التحاليل السابقة في خصوص التفرقة بين الشركة والقراض وتأسيس القراض أو المضاربة في الفقه الإسلامي.

(4) G. RIPERT et R. ROBLLOT, *op. cit.*, p. 517.

إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي لم يجد أي حرج في قبول مبدأ المسؤولية الجزائية للذوات المعنوية، حيث جاء في الرأي الصادر عنه في 30 جويلية 1982 ما يلي :

« Il n'existe aucun principe de valeur constitutionnelle s'opposant à ce qu'une amende puisse être infligée à une personne morale ».

وقد أكد وزير العدل الفرنسي وحافظ الأختام، «بيار ميهانييري» Pierre Mehaignerie سنة 1993 أن إقرار المسؤولية الجزائية للذوات المعنوية لا يمكن أن يكون ستارا أو غطاء يتستر وراءه المسؤولون بصفة شخصية عن الجريمة. ففي كثير من الأحيان، يتم تتبع مسير أو مسيرين مع الذات المعنوية المشمولة بالتتبع⁽¹⁾.

وتمت صياغة الفصل 12-2 من المجلة الجنائية الفرنسية الجديدة كما يلي: «الذوات المعنوية، عدا الدولة، مسؤولة جزائيا حسب التصنيفات الواردة بالفصول من 121-4 إلى 121-7 وفي الحالات المنصوص عليها بالقانون والتراتب، عن الجرائم المرتكبة لحسابها، عن طريق هياكلها وممثلها.

على أن الجماعات العمومية الترابية وتجمعاتها لا تكون مسؤولة جزائيا إلا عن الجرائم المرتكبة في إطار ممارسة أنشطة يمكن أن تكون موضوعا لإحالة مرفق عام».

وليس القانون الفرنسي هو الوحيد الذي يكرّس المساءلة الجزائية للذوات المعنوية، بل سبقته إلى ذلك تشريعات أخرى، كما أتبعته تشريعات بلدان أخرى، مثل اللكسمبورغ التي سنت قانونا جديدا في 3 مارس 2010 أضيف بموجب الفصل 34(1) إلى المجلة الجنائية الذي ينص على أن الشخص المعنوي يمكن أن يتحمل المسؤولية الجزائية «إذا ارتكبت جريمة أو فعل ضار باسمه وفي مصلحته بواسطة أحد هياكله القانونية أو بواسطة واحد من مسيريه أو أكثر.

ولا تنفي مسؤولية الشخص المعنوي الجزائية مسؤولية الأشخاص الطبيعيين الذين باشروا الفعل الإجرامي أو كانوا شركاء فيه».

(1) يراجع حول مجمل هذه المسألة والآراء الرسمية والفقهية المتعلقة بها :

Jean-Paul ANTONA, Philippe COLIN et François LENGART : « La responsabilité pénale des cadres et des dirigeants dans le monde des affaires », éd. Dalloz, Paris 1996, p. 21 et ss., n° 60 et ss.

وبذلك يكرّس هذا القانون مبدأ مراكمة المسؤولية الجزائية *principle of accumulation of criminal liabilities* الذي يعني أنه يمكن مواخذة أكثر من شخص واحد من أجل نفس الجريمة.

وقد اعتبر فقه القضاء في اللكسمبورغ أن تفويض الصلاحيات من قبل مسيري الشخص المعنوي لا يعفيهم من المسؤولية الجزائية، مع توضيح أن تفويض السلطة يفترض أن يكون معفيا من العقاب لكن يشترط فيه احترام جملة من الموجبات وهي أن يبرهن المسير على أنه قدم ما يكفي من التعليمات للمفوض إليه لضمان عدم ارتكابه أخطاء كما أنه كان متيقظا وقام بمراقبة كيفية انجاز المهام من قبل المفوض إليه. كما لا يمكن لمن فوض صلاحياته أن يدفع المسؤولية إلا إذا برهن على أنه حرص على اختيار شخص يتمتع بالكفاءة والاختصاص لممارسة المهمة التي وقع تفويضها إليه. فالمسير يظل هو «السلطة العليا» في الشركة، وعليه واجب الحرس والتيقظ والتنبه، ومن باب أولى وأحرى أن يكون مسؤولا إذا كان على علم بالأفعال الصادرة عن المفوض إليه أو باختلال سلوكه أو شخصيته بوجه عام⁽¹⁾.

وتتمثل العقوبات التي يمكن تسليطها على الشخص المعنوي في الخطايا والمصادرة والحرمان من المشاركة في الصفقات العمومية وحتى الحل. ويعتبر بعض الباحثين أن تكريس المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي يعد خطوة واضحة في اتجاه تعصير القانون الجزائي لمواكبة احتياجات التجارة العصرية⁽²⁾.

أما التشريع التونسي فقد ظل على موقفه المتمثل في عدم وضع مبدأ عام في هذه المسألة والإقتصار على تجريم الأفعال المنسوبة إلى الذات المعنوية في مجالات مخصوصة كما تقدم، كالجرائم الماسة بالبيئة، والجرائم المصرفية وجرائم الأسعار والمنافسة وأضيفت إليها الجرائم الجنائية، وكذلك شأن الجرائم المتعلقة بالجوازات ووثائق السفر⁽³⁾.

(1) François KREMER: «Criminal Liability of Directors and Legal Entities», InternationalLawOffice, 14September2010, http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Detail.aspx?g=afefcb5-e915-4b6a-9b87-f7e2b5031c3f&utm_source=ILO+Newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=Litigation+Newsletter&utm_content=Newsletter+2010-09-14

(2) F.KREMER, op. cit.

(3) الفقرة الثانية من الفصل 51 من القانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 المؤرخ في 3 فيفري 2004 المنقح والمعدل لقانون 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات ووثائق السفر.

أما مجلة الشركات التجارية فلم تتطرق إلى المسؤولية الجزائية التي يمكن حملها على الشركة لأن الجرائم التي نصت عليها إنما هي من صنف الجرائم المنسوبة إلى الميسرين شخصيا، كتعمد توزيع أرباح وهمية أو مسك محاسبة مخالفة للواقع أو عدم مسك دفاتر... وفي أغلب الأحيان تظل آثار هذه الجرائم داخل أسوار الشركة فيطال ضررها الشركاء دون الغير، أي أنها جرائم «داخلية» بخلاف الجرائم المنصوص عليها بتشريعات أخرى كالتشريعات البيئية والاقتصادية التي تتمثل في أفعال تضر بالغير.

وتبدر الإشارة إلى أن سكوت النصوص التشريعية حدا بفقهاء القضاء التونسي إلى تكريس حل يتمثل في حمل المسؤولية على المسير أو حتى على أعوان الشركة وأجرائها وذلك بالنسبة «لأخطائهم الشخصية التي ارتكبوها سواء في التنظيم أو التسيير أو المراقبة والإختيار وكانت سببا ولو بطريق غير مباشر في الفعل المنتج المرتب لتلك المسؤولية»⁽¹⁾.

القسم الثاني

سقتصر في هذا السياق على التركيز على المسؤولية الجزائية للشركة كما كرستها مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية، مع أن القانون التوسين كرس هذه المسؤولية في عدة مجالات أخرى كقانون الصرف والديوانة والأسعار والمنافسة...

الشرع الأول

يقتضي الفصل 107 من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية أن: «تطبق العقوبات البدنية المنصوص عليها بالفصول 92 و94 و97 و98 و99 و101 من

(1) قرار تعقيبي جزائي صادر عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 7 جانفي 1983 تحت عدد 4233، «قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1961-1992»، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 1996، ص. 730، وكذلك بمجلة القضاء والتشريع، جويلية 2009، عدد خاص «قانون شركات»، ص. 66، تعليق حافظ العيادي. أنظر خصوصا: Ajmi BELHAJ HAMMOUDA : « Jusqu'ou peut-on aller dans l'anthropomorphisme de la personne morale en droit pénal ? », Revue Tunisienne de Droit 1995, p. 11.

هذه المجلة بالنسبة إلى الذات المعنوية بصفة شخصية على رؤسائها أو وكلائها أو مديريها أو على كل شخص له صفة لتمثيل الذات المعنوية وثبتت مسؤوليته في الأعمال المرتكبة».

ويستثير هذا النص جملة من الملاحظات والإستنتاجات، منها خصوصا أن الفصل 107 يكرس مبدأ تحميل الذات المعنوية المسؤولية الجزائية عن الأفعال المحظورة والمرتكبة باسمها وفي إطار ممارستها لنشاطها، بدليل أن الفصل 107 جاء بقاعدة استثنائية تتمثل في حمل العقاب البدني على المسير بصفة شخصية، بما يدل على أن المبدأ هو حمل العقاب عامة، والعقاب المالي على وجه الخصوص، على الذات المعنوية المرتكبة للفعل الإجرامي.

الشرع الثاني

إن التبع الجزائي يقام ضد الشخص المعنوي المنسوب إليه الفعل الإجرامي، وإن المسير لا يتم تبعه إلا بوصفه «عضوا / هيكلا» (organe) من أعضاء الشخص المعنوي، فتستخلص الخطايا من عناصر الذمة المالية للشركة، وهو ما يمثل عقابا رادعا، لأن أخذ الخطية من مال شركة مثلا يؤدي إلى التقليل من الأرباح التي تحققها تلك الشركة، وهو ما ينعكس حتما على مناب كل واحد من الشركاء في الربح القابل للتوزيع، بما يمس حتما بالشركاء، الذين هم في النهاية «أصحاب» المؤسسة وهم من أنشئت الشركة لخدمة مصالحهم الاقتصادية. فينصرف العقاب إلى «لب» الذات المعنوية وإلى الأشخاص الذين يتحكمون حقيقة في مصيرها والذين استفادوا حقيقة من الفعل الإجرامي وربما حرّضوا عليه أو أوجدوا الظروف الملائمة لارتكابه من قبل المسير، فيمكنهم أن يقرروا في إطار جلستهم العامة عزل المسير المخطئ الذي باشر الفعل الإجرامي، أو الحد من صلاحياته. فإن لم يفعلوا، كان ذلك مؤذنا بتواصل السلوك الإجرامي للشركة، مجسدة في نفس المسير، وحق بالتالي تسليط مزيد من العقوبات على الشركة، وبالأخيرة على الشركاء بشكل غير مباشر. وعلى الرغم من الاعتراض القائل بأن هذا العقاب المالي يتسلط أيضا على الشركاء أصحاب الأقلية الذين لم يوافقوا على القرار محل التجريم أو عارضوا فيه أو تغيّبوا عن الجلسات العامة التي تقرر

فيها القيام بهذا الفعل وبالتالي لم يكن لهم علم به أصلا، فإن تحميل المسؤولية المالية للشركة (وبالتالي لجميع الشركاء دون ميز) يقوم على نظرية تحمّل التبعة، ومبدأ «العُثم بالغُرم». فهذا الشريك يستفيد من الأفعال المخالفة للقانون إن لم يتم التفطن إليها أو لم يقع أي تتبع جزائي بشأنها، كما يستفيد من نتائجها المالية التي تتجاوز مقدار العقوبة المالية، ومن ثمة فمن الأولى أن يتحمل التبعات السلبية أيضا بمعنية الآخرين.

- إن تسليط العقاب البدني عن الجرائم المبينة بالفصل 107 على المسير بصفة شخصية يعني أن التتبع الجزائي يقام ضد الذات المعنوية مثلما تقدم. فكيف تسلط العقوبة إثر ذلك على المسير شخصيا؟

إن من واجب النيابة العمومية عند إقامة التتبع من أجل جريمة من نوع ما ذكر بالفصل 107 أن تبحث عن هوية المسير الذي تبتغي تسليط العقاب الجزائي عليه، فإذا تبين أن من باشر الفعل الإجرامي هو مسير ما، وأن هذا المسير تم عزله، فإن ذلك لا يبيح لها إحالة الشركة «في شخص ممثلها القانوني» هكذا (دون تحديد هويته) على القضاء الجزائي، بل يجب أن تذكر في قرار الإحالة هوية المسير المعني بالأمر، إسما ولقبًا وصفة، وذلك لسببين :

أولا : لأن المسير معرض إلى عقاب جزائي يمكن تسليطه عليه شخصيا، فتقتضي المبادئ الأساسية للإجراءات تمكينه من ممارسة حق الدفاع، فينتج تحديد هويته ثم استدعاؤه طبق القانون للحضور بجلوسات المحاكمة ليبيدي أوجه دفاعه ويقدم حججه وبراهينه.

ثانيا: لتفادي الإشكالات التنفيذية، حيث إن الحكم الذي يصدر بإدانة ذات معنوية محمّلا العقوبة البدنية على «ممثلها القانوني» هو حتما حكم يطرح إشكالا تنفيذيا مباشرة وبشكل آلي. فالجهة المكلفة بالتنفيذ ستجد مباشرة إشكالا في تحديد هوية هذا الشخص. والأصل أنه ليس من شأن الجهة الأمنية أو القباضة المالية المكلفة بالتنفيذ أن تحدد عنصرا جوهريا من عناصر الحكم وهو الشخص المطلوب التنفيذ عليه.

- إن المسير قد يكون شخصا معنويا. فكيف تسلط عليه العقوبة في هذه الحالة؟

جوابا عن هذا الإشكال، يقتضي الفصل 191 من مجلة الشركات التجارية، والمتعلق بالشركة خفية الاسم ذات مجلس الإدارة (الشكل التقليدي)، أنه:

«يمكن تسمية شخص معنوي عضوا بمجلس الإدارة. ويجب عليه أن يعين بمناسبة تسميته ممثلا دائما يخضع لنفس الشروط والالتزامات ويتحمل نفس المسؤوليات المدنية والجزائية كما لو كان عضو مجلس إدارة بصفته الشخصية، مع بقاء الشخص المعنوي المعين له مسؤولا بالتضامن معه.

وإذا فقد ممثل الشخص المعنوي صفته لأي سبب كان فإن ذلك الشخص المعنوي مطالب في نفس الوقت بتعويضه».

أما في ما يتعلق بالشركة خفية الاسم ذات حياة الإدارة الجماعية، فقد اقتضى الفصل 225 من نفس المجلة في فقرته الثانية أنه: «يمكن أن تتركب حياة الإدارة الجماعية من فرد أو عدة أفراد لا يتجاوزون الخمسة ويجب أن يكونوا أشخاصا طبيعيين». وعليه، فإن الإشكال مطروح، وخاصة حول كيفية تطبيق قاعدة التضامن حين يتعلق الأمر بعقاب جزائي. والقاعدة أن التضامن يسري على الالتزامات المالية كافة، فتكون الشركة متضامنة في الأداء مع الممثل الدائم الذي اختارته، على أن يكون لكل واحد منهما حق الرجوع على الآخر بما دفعه عوضا عنه. والأصل أن الممثل الدائم هو الذي له حق الرجوع على الشركة إن كان اقتصر على تنفيذ تعليماتها، ولا رجوع له إن شارك في القرار محل التتبع الجزائي دون إذن أو دون وجود تعليمات في ذلك. ويفترض في الحكم الجزائي أن يفصل في هذه المسائل أيضا بكامل الدقة والوضوح لتجنب تركها لمرحلة التنفيذ حيث يمكن أن يتم تحريف الحكم تحت غطاء الاجتهاد في التنفيذ.

القسم الثالث

إن المسؤولية المنصوص عليها بالفصل 107 ليست مسؤولية آلية، فلا يتحملها مسير الذات المعنوية بشكل آلي، بل يتحملها ممثل الذات المعنوية «الذي ثبتت مسؤوليته في الأعمال المرتكبة»⁽¹⁾. ومبدئيا، يشمل هذا الحكم

(1) وكان وضع هذا الشرط الصريح جاء استجابة لانتقادات الفقه لأولى الأحكام القضائية التونسية التي كرست المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، أي قرار «خليج القردة»: قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب بتاريخ 7 جانفي 1982، نشرة محكمة التعقيب، القسم الجزائي، ص. 75 - وقرار «البتروال الأزرق»، تعقيب جزائي عدد 8485 بتاريخ 29 ديسمبر 1982. أنظر:

Soukeina BOURAOUI : Rapport introductif au colloque « Droit criminel et sociétés commerciales », organisé à Tunis par l'Association Tunisienne de Droit Pénal du

المسير القانوني / النظامي (dirigeant de droit) كما يفترض أن يشمل المسير الفعلي / الواقعي (dirigeant de fait)، بشرط أن يكون مباشراً المسؤولية التسيير زمن وقوع الفعل الإجرامي -ولا عبء بتغييره بعد ذلك وبوجه التغيير، إن كان باستقالة أو بانتهاء مدة الولاية أو بالعزل- وأن يكون قد ساهم في وقوعه.

- إن النص المذكور لم يجعل المسؤولية الجزائية شاملة لجميع «هاكل» الذات المعنوية، ولم يجعلها شاملة حتى لكافة المسيرين، بل قصرها على «من له صفة لتمثيل» الذات المعنوية، والمقصود حتماً هو من له الصفة لتمثيل الذات المعنوية في التعاقد والتقاضي، طالبة أو مطلوبة، أي من له الصفة لمباشرة «أعمال التصرف الخارجي» (actes des gestion externe) فقط⁽¹⁾، دون الأشخاص الذين يسهمون في التسيير من غير أن يكون لهم الحق في التعامل مع الغير باسم الشركة. فيفترض أن المسير الذي لا يمكنه تمثيل الذات المعنوية إزاء الغير، في المعاملات الرضائية التعاقدية وفي الخصام والتقاضي، لا يمكن تحميله المسؤولية الوارد بها الفصل 107 من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية بصفة فاعل أصلي، دون أن يمنع ذلك مؤاخذه كشريك طبق أحكام الفصل 32 من المجلة الجبائية إذا ساهم في إيقاع الفعل الإجرامي بوسيلة من الوسائل الواردة بالنص المذكور.

2 au 4 mai 1985.

(1) حول «أعمال التصرف الداخلي» و«أعمال التصرف الخارجي»، يراجع مثلاً : M. COZIAN, A. VIANDIER ET F. DEBOISSY, *op. cit.*, p. 126 et ss., n° 354 et ss.

خاتمة الكتاب

يشهد قانون الشركات اليوم ثورة جديدة أدت إلى إتحاء تدريجي للفروق بين مختلف أصناف الشركات، إذ أصبحنا اليوم على مشارف نظام يقر بوجود «شركة» ذات ملامح واحدة تتمثل بالأساس في تحديد مسؤولية الشركاء في حدود مساهماتهم وتقبل فيه كافة أنواع المساهمات بما في ذلك المساهمة بالعمل، ودون اشتراط رأس مال أدنى، ودون اشتراط عدد معين من الشركاء، مع إخضاع هذه الشركة إلى تدقيق *audit* يجريه مهني محترف يسمى مراقب الحسابات أو نحو ذلك. ولم يبق من فرق جوهري إلا بين الشريكتين ذات المساهمة العامة *public companies* والشركات «المغلقة» *private companies*.

كما يشهد تركيزاً على حماية المدخرين من تعسف كبار المساهمين والمسيرين عبر جملة من القواعد والمحاذير المتعددة الهادفة إلى ضمان قدر أقصى من الشفافية والتزاهة في مباشرة أمور الشركات، ولو أن الأزمة المالية العالمية التي تعصف باقتصاديات مختلف البلدان منذ بدايات القرن الواحد والعشرين وخصوصاً منذ صيف سنة 2008 أثبتت أن قواعد الحوكمة *Corporate governance rules* لم تغير شيئاً، بل إن المفارقة الكبرى تتمثل في ظهور خور المنظومة الليبرالية في عصر روج فيه الكثيرون لأنموذج جديد في التسيير يقوم على ضمان حسن الإدارة والتسيير من خلال جملة من القواعد والقيود والآليات والهياكل الداخلية⁽¹⁾.

ولا شك أن أزمة الشركة المعاصرة من أزمة الاقتصاد العالمي اليوم أو العكس. ولا شك أيضاً أن حل إحدى المعظلتين تنحل به الثانية حتماً.

والأكيد أن الإهتمام الخاص الذي تلقاه تقنيات التمويل والتعامل الإسلامية في العصر الحديث بفضل الطفرة المالية في بلدان الخليج العربي والناجمة عن فائض ثمن تصدير المحروقات من شأنه أن يحث الباحثين على الرجوع إلى

(1) Voir, notamment, les actes du colloque sur «L'adaptation du droit des sociétés aux nouveaux besoins de l'entreprise», organisé par la filière francophone de l'Université Libanaise, 4-5 déc. 2003, éd. Bruylant-Dalta-LGDJ 2006.

التقنيات القديمة كالمضاربة والمراوكة أو الإرتواك والعنان ونحوها، والتي لا تحتاج بالضرورة إلى استحداث إطار تشريعي جديد بل إلى إحياء الإطار القديم والنش في تفاصيله وخباياه وتفعيله عبر اعتماده في العقود.

ومن ناحية أخرى فإن القانون التونسي يظل في حاجة إلى تجديدات هامة تجعله أكثر قدرة على الاستجابة لحاجيات المتعاملين.

فالشريك اليوم قد يكون شخصا جدياً يهمه أن يربح مع الآخرين، وقد يكون «ذنباً لأخيه الإنسان» يترىص بالآخرين أو يحسداهم على ما حققوه من ثراء بفضل أهمية مساهماتهم في الشركة، فيسعى إلى إحداث بلبلة وحتى إلى التسبب في حل الشركة.

ومع أن القانون التونسي كرس قاعدة عامة بالفصل 1327 من مجلة الالتزامات والعقود وقاعدة خاصة بالشركات ذات رأس المال المتغير (الفصل 407 من مجلة الشركات التجارية) تقتضي كلاهما إمكانية إخراج الشريك «المزعج» من الشركة، فإن المتعاملين كثيراً ما احتاجوا إلى هذه التقنية في أشكال الشركات الأخرى مما جعلهم يدرجون في العقود شروطاً تعاقدية من نوع «buy or sell clauses» التي تجعل الشريك مطالباً في صورة ظهور تصدع، إما ببيع مساهمته أو بشراء مساهمة الآخرين (وهي شروط عادة ما تدرج في عقود الشركات التي فيها مساهمون متساوون في رأس المال) أو شروط «compulsory redemption clauses»، والتي تصلح لإخراج الأقلية من الشركة إن رغبت الأغلبية في ذلك أو أيضاً لتمكين الأقلية من الخروج من الشركة «دون ضجة» إذا وجد أفرادها أن الأوضاع داخل الشركة لم تعد تلائمهم، دون حاجة للجوء إلى المحاكم وإثبات وجود تعسف أو نحوه على شاكلة ما يقتضيه الفصل 1327 من مجلة الالتزامات والعقود.

ويشار أيضاً إلى مواصلة القانون التونسي تجاهل مسألة مشاركة العمال في نتائج الشركة. فخلافاً لجل القوانين الأوروبية، ما زال القانون التونسي خالياً من نص ينظم كيفية منح الأجراء قسماً من الأرباح ومن الدخول إلى الشركة، وإنما نص الفصل 1250 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه يجوز أن يتمثل الأجر الممنوح للعامل أو الوكيل في جزء منه في مناب من الربح. واقتصر المشرع على بيان أن المناب من الربح ينبغي في كل الأحوال أن يضاف إلى جزء نقدي لا يمكن بحال أن يقل عن الأجر الأدنى المضمون. أما النصوص

الخاصة فتقتصر على نص جبائي يهيم منح الأجراء خيار الإكتساب *stock option* في رأس مال الشركات الناشطة في قطاعات الإعلامية. أما في القانون المقارن فنشير مثلاً إلى القانون الفرنسي الذي خصص نظاماً مدققاً لهذه المسألة، كما نشير إلى القانون الانكليزي الجديد الصادر في شهر نوفمبر 2006. فقد نص هذا القانون على صيغ ما سمي *employee incentive share plans*⁽¹⁾.

كما ظل القانون التونسي متمسكاً حتى الآن بنظرته المتشددة لشركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة وخصوصاً في ما يتعلق بإقراره وجوب أن يتم تسيير هذه الشركة من قبل الشريك الوحيد الذي ينبغي أن يكون شخصاً طبيعياً، في حين أن بعض القوانين الأجنبية يجيز أن يكون الشخص المعنوي مالكا لرأس مال شخص معنوي آخر، كما لا توجد قوانين كثيرة تمنع تسيير هذه الشركة من قبل شخص مختلف عن الشريك الوحيد.

وعلى غرار جل القوانين المتوسطة وحتى غير المتوسطة، واصل التشريع التونسي سكوته عن بعض المسائل التي يرجع حلها بالضرورة إلى فقه القضاء إن طرحت يوماً، ومنها مثلاً مسألة تعسف الأقلية أو تعسف الشركاء المتساوين في المساهمة (*abus de minorité ou d'égalité*)⁽²⁾، فاقصر على الحل الأقصى المتمثل في إمكانية طلب إخراج الشريك المتعسف من الشركة ولم يتطرق إلى الحلول «الظرفية» التي تحافظ على الشركة وتمكّن من تجاوز التعطيل الناجم عن تعذر اتخاذ القرار اللازم بسبب معارضة الشركاء المتعسفين، مكتفياً بمعاينة تخبّط المحاكم في بعض البلدان كفرنسا بين التفكير في تعيين وكيل قضائي عن الطرف المتعسف ليحضر عوضاً عنه جلسة عامة جديدة تدعى للغرض، وإلزام الطرف المتعسف بالتعويض النقدي، وإصدار حكم قضائي يقوم مقام القرار الجماعي الذي يفترض أن تتخذه الجلسة العامة⁽³⁾.

(1) See, notably, Marc BOSTON, Cynthia CHAN and others, under direction of Sarah HOLMES, Nigel DELAY and Jonathan GIBSON: «A Practical Guide to the Companies Act 2006 – A Guide for Busy Directors and Company Secretaries», ed. PriceWaterHouse Coopers, London 2008, p. 10001, at 10.1 et seq.

(2) Voir, par exemple, Dominique SCHMIDT: «Les conflits d'intérêts dans les sociétés», éd. Joly-Delta, Paris 2004.

(3) Cf., Jacques MESTRE: obs. sous Com. 6 juin 1990, SARL Huber c/ Consorts Lamps, Com. mars 1993, Flandin c/ SARL Alarme Service, in Les Grands Arrêts du Droit des Affaires, éd. Dalloz 1995, p. 497 et ss.

كما أن الموقف المتحفظ الذي كان قانوننا يتبناه تجاه اتفاقات الشركاء الموازية للعقد التأسيسي *pactes d'associés* خصوصاً في الشركات خفية الاسم أقام إلى حدود 16 مارس 2009 فجوة بين القانون التونسي وعديد القوانين الأوروبية. فالتص السابق للفصل 3 (فقرة 3) من مجلة الشركة استبعد كل حجة بين الشركاء لمعارضة ما تضمنه عقد الشركة، في حين امتد الإقصاء في الصيغة الفرنسية إلى كل اتفاق «خارج» عقد الشركة (*entre les associés*) *aucun moyen de preuve n'est admis contre et outre le contenu de l'acte de société*. وقد أدخل اختلاف الصيغة العربية عن الصيغة الفرنسية الإرتباك على قرارات المسيرين وعمل مستشاريهم القانونيين حتى صدور تعديل 16 مارس 2009.

ومن المواضيع الأخرى التي يختلف فيها القانون التونسي عن القوانين الأجنبية مسألة الأوراق المالية. فالقانون التونسي اختار منذ سنتي 1992 و1994 تنوع الأدوات المالية *instruments financiers* بغاية تحريك الإدخار في الأوراق المالية وتنوع مصادر تمويل المؤسسة وإنهاء سيطرة البنوك على هذا الجانب من الحياة الاقتصادية، فأحدث لذلك أدوات مالية مرنة، البعض منها يتميز بصبغته الوسط (الهجينة *hybride*) بين سندات رأس المال وسندات الديون. واقتصرت مجلة الشركات التجارية على إدماج النصوص الصادرة قبل سنة 2000 في أحكامها. غير أن القوانين الأوروبية خطت منذ ذلك العهد خطوة إضافية تتمثل في إقرار حرية الشركات في إحداث أصناف جديدة من الأوراق المالية، بما دعم دور سلطان الإرادة في مجال الشركات التجارية. أما القانون التونسي فأحكامه في هذا الشأن غير صريحة بدرجة كافية ولا تكفي للإقرار بهذه الحرية.

كما يشار إلى غياب مبدأ عام للتصحيح *régularisation* في مجلة الشركات التجارية⁽¹⁾، والذي ولئن كان مبرراً في جانب منه باعتبار أن بعض الإخلالات لا تقبل التصحيح أصلاً كما هو الشأن بالنسبة لبطلان موضوع الشركة أو سببها، فإنه لا يمكن أن يفسر غياب نظام قانوني عام تستثنى منه الحالات التي لا يجوز فيها التصحيح. وترجع خطورة هذه المسألة إلى أن فقه القضاء يطبق

(1) عبد الله هلال: «التصحيح في مجلة الشركات التجارية»، مرجع سابق، ص. 15.

في الغالب قاعدة أن «ما بني على باطل فهو باطل»، بما يهدد بإبطال جميع ما يلحق العمل الباطل من أعمال وعقود ومعاملات⁽²⁾. فبطلان تصويت أحد المساهمين في جلسة عامة يمكن أن يؤدي إلى بطلان قرارات الجلسة العامة. وإذا قررت هذه الجلسة العامة تعيين مسير للشركة فإن بطلان ما بني على باطل يعني إبطال جميع العقود التي أبرمها المسير المذكور في حق الشركة والقرارات التي اتخذها كطرد عامل أو فسخ عقد أو رفع دعوى أو غير ذلك من الأعمال⁽³⁾. وهذا البطلان يهدد استقرار المعاملات بشكل كبير، فينبغي الحد منه إلى أقصى حد ممكن.

وقد اقترح الفقه عدة حلول تلخص إجمالاً في وضع حواجز أمام دعوى البطلان والحد من آثار البطلان وآليات مباشرة تتمثل في الاتفاقات الفردية الرامية إلى التصحيح والتصحيح في إطار قرار جماعي تتخذه الجلسة العامة للشركاء.

ولا يفوتنا كذلك التنبيه من جديد إلى غموض المغزى من سكوت مشرع سنة 2000 عن الدعوى الفردية *l'action individuelle* التي كان الفصل 78 من المجلة التجارية قبل ذلك يجيز القيام بها لكل مساهم في شركة خفية الاسم. فعلى الرغم من أن الفقه والقضاء الفرنسيين اعتبرا أن هذه الدعوى مؤسسة على الأحكام العامة للمسؤولية المدنية بما ينفي الحاجة إلى نص خاص في قانون الشركات، فإن إلغاء النص التشريعي الذي كان سندها الصريح ربما فهم على أنه إلغاء للدعوى ذاتها، وهو أمر لا يتماشى مع السياسة التشريعية الهادفة إلى تدعيم ضمانات المستثمرين والتصدي للتعسف في استعمال السلطة والنفوذ داخل الشركة. وحتى إرجاع هذه الدعوى في 16 مارس 2009 فإنه لا يحل الإشكال من أساسه إذ لم يمنع من طرح الإشكال من زاوية تنازع القوانين (وغياب القوانين) في الزمان بالنسبة للوقائع التي جرت بين سنتي 2000 و2009.

(1) Paul LE CANNU: «La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés», in *Mélanges Pierre Bézard. Le juge et le droit de l'économie*, éd. Petites Affiches-Montchrestien, Paris 2002, p. 113.

(2) *Affaire Houzel c/ SA Vermandoise de Sucrierie*, Cass. Com. (fr.), 6 mai 1974, *Dalloz* 1975, p. 102, note Yves GUYON; *Jurisclasseur Périodique* 1975, II, 18000, note BERNARD; *Revue des Sociétés* 1975, p. 81, note J.H., *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* 1973, p. 565, obs. Roger HOUIN.

ومن ناحية أخرى فإن كثافة الرجوع إلى القضاء في مختلف مراحل حياة الشركة⁽¹⁾ وصولاً إلى مرحلة مرورها بصعوبات اقتصادية جديّة تستوجب حلولاً تتجاوز الإعتبارات القانونية الصرفة تطرح التساؤل حول فاعلية هذا النظام وقدرته على الاستجابة لاحتياجات الاقتصاد التونسي لوقت طويل. فالقاضي يظلّ مهماً تغير الزمن وتغيرت النظرة إلى دوره داخل المجتمع مكلفاً بقول كلمة القانون في النزاعات التي تطرح عليه، أما تكليفه بالبحث في حلول براغماتية عملية لصعوبات اقتصادية أو «غير قانونية» *difficultés extra-juridiques* فهو أمر لا نخاله إلا استثنائياً اقتضاء ظرف اقتصادي عالمي متحوّل تميز بضبابية الرؤية خصوصاً بعد مخاض فترة التردد بين النظامين الليبرالي والإشتراكي، ولا تتصور أنه سيصمد لزمّن طويل⁽²⁾. فكم من مرحلة تاريخية كُلف فيها القاضي

(1) يلاحظ بوجه خاص وجود تركيز كبير على دور القاضي الاستعمالي. أنظر: رشيد الصباغ: «دور القاضي في إدارة الشركات»، محاضرة أقيمت في إطار ملتقى نظمه مركز تونس للمصالحة والتحكيم حول «الجديد في قانون الشركات التجارية»، تونس 26-27 جانفي 2001، غير منشورة. وقد أحصى الكاتب نحو 40 حالة تدخل فيها القضاء الاستعمالي بنص صريح (8 حالات تدخل بصيغة الإذن على العريضة و25 حالة تدخل بإجراءات القضاء المستعجل وحالتين يتم فيهما النظر «وفق الإجراءات الاستعمالية») مقابل 8 حالات فقط في المجلة التجارية لسنة 1959. وتراجع أيضاً محاضرته التي ألقاها في إطار الدورة التكوينية التي نظمها مركز الدراسات القانونية والقضائية حول «مجلة الشركات التجارية»، مرجع سابق، ص. 227. وقد أحصى أحد الباحثين أكثر من تسعين مرة ذكرت فيها كلمة «قاضي» أو «محكمة» في أكثر من ثمانين فصلاً من فصول المجلة. أنظر: حسن عز الدين دياب: «القانون الجزائري للاستثمار»، مرجع سابق، ص. 448. أنظر أيضاً مداخلة القاضي عبد الله هلال بنون: «دور القاضي في الشركات التجارية»، ملتقى دولي حول مجلة الشركات التجارية، تونس، 5-6 أفريل 2000، ط. مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2002، ص. 67. وأنظر أيضاً:

Kamel AYARI : « *Le référé et les sociétés commerciales à travers le Cde des Sociétés Commerciales* », éd. CIFEDE, Tunis 2007 ; du même auteur : « *Le juge des référés et les sociétés commerciales* », actes de colloque sur « *Le Code des sociétés commerciales suite aux modifications de 2005* », Tunis 3-4 fév. 2005, éd. CEJJ, Tunis 2006, p. 41.

(2) دافع جانب من الفقه عن الرأي المكسي واعتبر أن القانون التونسي ظل على جموده ولم يخط الخطوة الضرورية نحو التخلي عن اعتبار دور القاضي مقتصرًا على كلمة القانون. أنظر:

Kamel AYARI : « *La gouvernance d'entreprise : une gestion efficace* », *Infos Juridiques*, mars 2009, p. 16.

بأمور تتجاوز حقيقة دوره⁽¹⁾، لكن لم تلبث الأور أن عادت إلى أصلها: اقتصار القاضي على تطبيق قاعدة عامة سابقة الوجود تسمى القاعدة القانونية دون البحث عن حلول «ظرفية» فردية لبعض الوضعيات مهما كانت درجة تعقيدها وحاجة المجتمع إلى حلّها.

كما لا نرى بأساً من التنبيه إلى أن القانون التونسي لم يشر إلى الوسائل البديلة لفض النزاعات المتعلقة بالشركات، وأهمّل بذلك التحكيم كوسيلة فضلى لفض المنازعات التجارية بوجه عام. فمجلة الشركات التجارية -على غرار مجلة الالتزامات والعقود الصادرة قبلها بنحو قرن- اقتصرّت على فصل وحيد يتعرض إلى التحكيم بصيغة النفي والنهي، وهو الفصل 32 الذي حظر على المصنّف «التحكيم». وعلاوة على ما في هذا النص من غموض فإنه يخالف توجهها عاماً في القانون المقارن⁽²⁾ وحتى فقه القضاء التونسي السابق⁽³⁾ فإنه يقر إمكانية اللجوء إلى التحكيم، على الأقل حين تكون اتفاقية التحكيم مبرمة قبل بدء أعمال التصفية. بل أكثر من ذلك فإن الفصل 32 نفسه يضيّق على التحكيم أكثر من تضييقه على الصلح، في حين أن الصلح فيه تنازل عن الحقوق⁽⁴⁾ بخلاف التحكيم الذي يقوم على التمسك بالحقوق والدفاع عنه أمام

(1) وقد في بعض مراحل تاريخ تونس الحسنية أن كُلف بعض القضاة في جهة منزل بوزلفة بجباية أموال الدولة، فعلق أحد الشعراء على ذلك متندراً بقوله :

يا منزلي خوذ الفلوس بزايد في الصبح قاضي وفي العشي قايد

(والقايد بإضافة نقطة فوق القاف هو نظير الوالي في النظام الحالي).

(2) Cf., Olivier CAPRASSE: « *Les sociétés et l'arbitrage* », éd. Bruylant, Bruxelles 2002, p. 228 et ss. ; Daniel COHEN : « *Arbitrage et société* », éd. Dalloz, Paris 1992.

(3) يراجع القرار عدد 1 الصادر عن الرئيس الأول السابق لمحكمة الاستئناف بتونس، المرحوم عبد الوهاب بن عامر، في القضية التحكيمية عدد 1 لسنة 1996 في نزاع يتعلق بتعيين هيئة تحكيم تنظر في النزاعات المتعلقة بتصفية شركة (قرار سابق الذكر، غير منشور)، والذي أذن فيه بتعيين محكم ثالث لإتمام تركيبة هيئة تحكيم مكلفة بالنظر في تصفية شركة. يراجع: أحمد الورفلي: «التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن»، ط. مجمع الأعرش لتوزيع الكتاب المختص، تونس 2006، ص. 483 وما يليها، وكذلك: Ahmed OUEFFELI : « *L'interdiction au liquidateur de compromettre ou l'éternel couple arbitrage-transaction* », *Revue Libanaise de l'Arbitrage Arabe et International*, n° 22, p. 12.

(4) الفصل 1458 من مجلة الالتزامات والعقود.

هياة قضائية خاصة. فالصلح جائز حسب الفصل 32 نفسه (فقرة أخيرة) بشرط الحصول على إذن صريح من هياكل المداولة بالشركة أو حتى من القاضي.

ومما يثير الدهشة أن قانون الشركات التونسي متأثر إلى حد بعيد بالقانون الفرنسي الذي ظل يقر التحكيم الإلزامي في النزاعات المتعلقة بالشركات لزمن طويل، ولو أنه تخلّى عن هذا التحكيم الوجوبي منذ سنة 1856 وانقلب إلى إقرار مبدأ المنع ثم تخلّى عنه بدوره وترك الحرية للأطراف في اختيار آلية فض النزاعات دون تحديد أو تقييد.

ومع أن الفصل 16 من مجلة التحكيم جاء بصيغة مرنة وليبرالية في ما يتعلق بالتحكيم في نزاعات الشركاء بشأن الشركة، فإن إدراجه في باب التحكيم الداخلي يجعل ميدانه محدودا وليس من المؤكد أنه يجوز تطبيقه على إطلاقه في مجال التحكيم الدولي، كما أن وجود الفصل 7 من نفس المجلة (الذي يمنع التحكيم في جميع النزاعات التي لها مساس بالنظام العام) من شأنه كبح جماحه، خاصة أنه من أساسه لا يتجاوز النزاعات بين الشركاء إلى غيرها من النزاعات المتعلقة بالشركة كالنزاعات بين الشركاء والمسيرين.

ومقابل تواصل الموقف «السليبي» للقانون التونسي، يشهد العالم الحديث مخاضا كبيرا سببه أن المعايير الدولية أصبحت تميل إلى اعتبار التحكيم وسيلة من وسائل تحقيق الحكم الرشيد *corporate governance* في الشركات⁽¹⁾. ففي البرازيل، أصبح إدراج شرط تحكيمي في عقد الشركة من مقومات انضوائها تحت لوائها تحت تيار الحوكمة، ولذلك فإن الشركات التي أدرجت أسهمها بالبورصة منذ سنة 2004 امتثلت إجماليا لهذه القاعدة⁽²⁾.

(1) James H. CARTER: «Arbitration and Corporate Governance: Publicly Held Companies», in OECD and UNCITRAL Experts Group Meeting on Dispute Resolution and Corporate Governance, Vienna 25 June 2003, www.oecd.org/dataoecd/23/17/14894780.pdf; Michael HWANG: «Implementation and Enforcement in Corporate Governance», The OECD 6th Roundtable on Corporate Governance, Theme III- Session 1: «The prospect for Arbitration and Alternative Dispute Resolution, Seoul, Korea 2-3 November 2004, www.oecd.org/dataoecd/42/34/33962683.pdf.

(2) Sergio BERMUDEZ, Fabiano ROBALINHO CAVALCANTI: «Brazil. Arbitration of Corporate Disputes», *the arbitration review of the americas* 2008, <http://www.globalarbitrationreview.com/handbooks/4/sections/8/chapters/54/brazil>.

ويشار إلى أن قانون الشركات لسنة 1850 نص بفصله 294 على وجوب اللجوء إلى

وفي هولندا، يوجد توجه نحو تدعيم المرونة في قانون الشركات. وقد تم تنقيح قانون الشركات محدودة المسؤولية بموجب قانون وقعت المصادقة عليه في 12 جوان 2012 سماه المعلقون «*The Flex BV Act*» بعد خمسة أعوام من تقديم المشروع إلى الغرفة البرلمانية السفلى. وألغى التعديل رأس المال الأدنى ودعم حرية الشركاء في صياغة القواعد المتعلقة بهياكل الشركة ذات المسؤولية المحدودة *BV* وإدارتها وعلاقة الشركة بالشركاء وفي ما بين الشركاء، بما في ذلك إلغاء اشتراط الشهادة البنيكية أو تقرير المدقق في خصوص وجود المساهمات النقدية والعينية وقيمتها، وإجازة تحرير الحصص بعلمة أجنبية، وإلغاء حق الدائنين في الاعتراض على قرار الحط من رأس المال خلال الشهرين المواليين لاتخاذ. وحذف هذا القانون قاعدة وجوب تحديد رأس المال في العقد التأسيسي ووجوب تحرير عشرين بالمائة من رأس المال عند التأسيس وقاعدة وجوب تحرير الباقي خلال خمسة أعوام، وترك جميع ذلك لإرادة الشركاء الحرة، وتخلّى عن قاعدة تأطير الاتفاقات المبرمة بين الشركة ومؤسساتها خلال السنتين الموالتين للتأسيس أو تحجيرها، وعن قاعدة تحجير الاتفاقات المبرمة بين الشركة والغير لتمكينه من مساعدة مالية لشراء أسهم الشركة، وعن القواعد التي كانت تحجر شراء الشركة لأسهمها، وعن الشروط الشكلية للحط من رأس المال. كما دعم قانون سنة 2012 المرونة في توزيع أرباح الشركات والاحتياطات مع تعزيز مسؤولية المتفعين

التحكيم في النزاعات بين الشركاء خلال فترة حياة الشركة أو بمناسبة حلها أو تصفيتها، غير أن المحاكم البرازيلية اعتبرت الشرط التحكيمي المدرج في العقد التأسيسي غير ملزم إذ أنه ينزع الاختصاص من «القاضي الطبيعي» أي قاضي الدولة، وهو توجه يتماشى مع منطلق القرن العشرين حيث اشترطت عدة أنظمة أن يضاف إلى الشرط التحكيمي *clause compromissoire* اتفاق لاحق على التحكيم *compromis*. وقد جاء القانون عدد 1350 لسنة 1966 بإلغاء التحكيم الوجوبي وأقر التحكيم الاختياري عوضا عنه. ثم صدر قانون التحكيم لسنة 1996 الذي استوحى جل أحكامه من القانون النموذجي لليونسفال UNCITRAL لسنة 1985، فأصدرت بورصة برازيليا سنة 2000 نظاما جديدا أوصى بتضمين شرط تحكيمي في عقود الشركات التي تطلب إدراج أسهمها بالبورصة. وفي سنة 2001 صدر القانون عدد 10/303/01 المتعلق بالشركات الذي نص بفصله 109 (فقرة 3) على ما يلي:

The corporation's by-laws may establish that any disputes between the shareholders and the corporation, or between the majority shareholders and the minority shareholders may be resolved by arbitration under the terms specified by it.

من التوزيع والمسيرين خاصة في صورة إفلاس الشركة خلال السنة الموالية للتوزيع إن ثبت سوء نيّتهم. كما أجاز هذا التعديل التنصيص في عقد الشركة ذات المسؤولية المحدودة على حرية تداول الحصص وأجاز أيضا التنصيص على تحجير كل تداول للحصص لمدة معينة في العقد التأسيسي *lock-up clause*، وأباح التنصيص في العقد التأسيسي على إمكانية إلزام الشركاء بإسناد قرض إلى الشركة أو تزويدها بالسلع، كما فسح المجال أمام الشركاء لاختيار نظام فض النزاعات بحرية⁽¹⁾. كما أدخل تعديل سنة 2012 كثيرا من المرونة على نظام إخراج الشريك من الشريك والنزاعات المرتبطة بذلك. فيمكن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم أو إلى غرفة المؤسسات لدى محكمة الاستئناف بأمستردام. وإذا قضت المحكمة بإخراج شريك من الشركة فإنها تأذن في نفس الحكم بتعيين خبير لتقدير قيمة مساهمته تجنباً لإهدار الوقت. ويشمل الطعن وجوباً قرار الإخراج وقرار تعيين القيمة معاً. وتعفى المحكمة من تعيين خبير إذا توفر لديها من المعطيات ما يكفي لتقدير القيمة بنفسها كما إذا اتفق الأطراف على الثمن أو على معايير يسيرة التطبيق. كما يحق للشريك القيام بدعوى ضد الشركة أو ضد أحد الشركاء أو بعضهم إذا كان له سبب وجيه لطلب الخروج من الشركة *exit proceedings*، مع طلب مراعاة تدهور قيمة أسهمه بسبب تصرفات المدعى عليه. وفي صورة اتفاق الشركاء على خروج شريك من الشركة ولم يتفقوا على الثمن، يجوز للمحكمة تعيين خبير للغرض بمجرد إذن على عريضة.

ويمكن القول إن قانون سنة 2012 ألغى «قانون الشركات» بمفهومه المؤلفه وعوّض قيوده وتحجيرات بمجموعة حريات، مع تدعيم قواعد المسؤولية، فأصبح قانون الشركات قائماً على حرية المبالدة وتحمل التبعات. ويمكن القول أيضاً إن القانون التونسي يحتاج إلى جرعة مماثلة من المرونة، وإن كنا نتخوف بوضوح من بلغ نفس الدرجة من الحرية واستبعاد القيود والمحاذير في محيط اقتصادي يتسم بكثير من التردد وظهور ممارسات

(1) Marianne DE WAARD-PRELLER, Geert RAAUMAKERS, Marc ANKER, Wijnand BOSSENBROEK and Ruud SMITS : « Simplification and flexibilisation of rules governing Dutch BVs », http://www.newsletter-nautadutilh.com/EN/xzine/corporate/simplification_and_flexibilisation_of_rules_governing_dutch_bvs/vereenvoudiging_en_flexibilisering_nederlands_bv-recht_2012stand_van_zaken_flex-b_v_29/simplification_and_flexibilisation_of_rules_governing_dutch_bvs.html?cid=4&xzine_id=4729&aid=13405.

غير سليمة ترتبط في جانب منها على الأقل باضطرابات المراحل الانتقالية اللاحقة للثورات.

يتّضح من تجربة إصدار مجلة الشركات التجارية أن خيارات المشرع التونسي كانت صائبة في العديد من جوانبها، وخصوصاً في ما تعلق بقواعد الرقابة على حسابات الشركات، حيث تبعت تشريعات أجنبية في خيار فرض مراقبة الحسابات على الشركات التي تبلغ حجماً معيناً يقاس من خلال تظافر بعض المعايير الموضوعية ذات الدلالة، وعدم التعويل في ذلك على اختيارات الأطراف أو مقتضيات السوق، وإقرار رقابة هيكل عمومي (لجنة المراقبة بوزارة المالية) على المهن المؤهلة لممارسة الرقابة على الحسابات.

كما أن خيار اعتماد التعريف الموضوعي لمقر الشركة وعدم الإعراف بـ«المقر-علبة البريد» *siège-boite aux lettres* سمح بتفادي تكرار الشركات الوهمية التي تقتصر على عنوان خيالي لا يمكن من خلاله القيام بأي إجراء لحماية أي صنف من الدائنين والمتعاملين والتي ربما أمكن لبعض أصحاب النوايا الخبيثة استعمالها في أنشطة مريبة أو في تبييض الأموال القذرة وغسلها. كما كان القانون التونسي أسبق من عديد التشريعات الأوروبية⁽¹⁾ في إقرار بعض القواعد المصرية مثل قاعدة إلغاء الأوراق المالية للحامل *au porteur* وإقرار وجوبية أن تكون كافة الأوراق المالية على غرار الحصص الاجتماعية-اسمية ويتم تداولها اعتبارياً لا يدوياً، وذلك بالتدوين في حساب يمسه وسيط مختص أو الشركة المصدرة للسندات المذكورة. ومعلوم أن هذا النظام يهدف إلى تحقيق حزمة من الأهداف منها تدعيم الشفافية والتوقي من الأنشطة غير المشروعة ومن غسل الأموال.

ومن ناحية أخرى فإن التسرع في إصدار التشريعات وتغيير شكلها أو موقعها وتبويبها من شأنه أن يتسبب في إشكاليات عويصة للمتعاملين مع النص التشريعي تستوجب من المشرع قضاء السنوات الطوال في التعديل والإصلاح⁽²⁾

(1) كالقانون البلجيكي سنة 2000.

(2) حمادي بن الأخضر الرائد: «الجديد في قانون الشركات التجارية في ضوء القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009»، مجلة القضاء والشريع، ماي 2009، ص. 105.

و«التجميل» لتدارك التشوهات⁽¹⁾ التي لا يخلو منها نص تشريعي خاصة إن كان ذا حجم معتبر. كما أن عدم التحري حول الاستباعات الاقتصادية لبعض التشريعات (والمفارقة أنها تشريعات اقتصادية) - كما هو شأن الأحكام المتعلقة بالمساهمات المتبادلة - قد يؤدي إلى آثار «هامشية» قد يصعب تداركها أو قد يتطلب علاجها وقتاً ومجهوداً يتجاوزان بكثير المجهود الذي تطلبه وضع النص الأصلي نفسه.

كما تبرز من حين لآخر مسائل جانبية أو عارضة كمسألة عدم التنسيق بين مقتضيات قانون الشركات والقوانين الأخرى التي لها صلة به كالقانون الجبائي، مما يؤدي أحيانا إلى فقدان إصلاحات متخذة في أحد المجالين جدواها. فالتجديدات التي قد يأتي بها قانون الشركات تكون لها فائدة محدودة جدا إن لم تدرس التكلفة الجبائية للآليات المستحدثة بدقة وتعمق، كما قد تعطل أحكام قانون الشركات بعض الإصلاحات الجبائية وتترع عنها كل جدوى.

فقانون الشركات التجارية قانون أفقي له تأثير على مختلف شرائح المجتمع وكافة القطاعات الاقتصادية، تتطلب صياغته وتعديلاته أن يتم توسيع الاستشارة بشأنه على أوسع نطاق، حذر المزالق الكثيرة المحيطة به. وهو بالضرورة قانون متحرك غايته البحث عن الصيغة الأكثر ملاءمة لنجاح الأعمال وأصحابها مع ضمان حقوق المحيطين بالشركة وخصوصا الدائنين والشركاء (المستثمرين) المحتملين. وهو ككل القوانين عمل بشري يحتمل النقص والخطأ ويحتاج باستمرار إلى العزائم الصادقة لتطويره، كما يحتاج دائما إلى ملكة استماع ممتازة. والله الموفق وإليه أنيب. فإن أحسنت وأصبت فمن الله سبحانه وتعالى وإن أخطأت فمَنّي ومن الشيطان. والحمد لله من قبل ومن بعد.

حرّر فقير ربه تعالى أحمد الورفلي صيغة الطبعة الثالثة من هذا الكتاب بأريانة في يوم السبت، 17 جانفي عام 2015 ميلادية.

(1) العبارة للأستاذ نفيّر بن عتو: التقرير الختامي لملتقى «مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005»، تونس 3-4 فيفري 2006، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2006، ص. 240.

قائمة المراجع

المراجع العامة

باللغة العربية

- إدوارد عيد: «الشركات التجارية. الشركات المساهمة»، ط. مطبعة النجوى، بيروت 1970.
- أحمد الورفلي: «الوجيز في قانون الشركات التجارية»، ط. مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الثانية، تونس 2010.
- أحمد الورفلي: «التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن»، ط. مجمع الأطرش لتوزيع الكتاب المختص، تونس 2006.
- أحمد الورفلي: «توزيع أرباح الشركات التجارية»، ط. المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية 2006.
- أحمد محمد المشهداني: «شركات العقود في التشريع الإسلامي»، نشر المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية 2005.
- أحمد الورفلي وكمال العياري: مجلة الشركات التجارية - معلق عليها، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2007.
- أيمن محمد أحمد المومني: «التحكيم بين القضاء والقانون»، ط. دار الثقافة، عمان.
- الإمام المازري: «فتاوى المازري»، تقديم وجمع وتحقيق الطاهر المعموري، ط. الدار التونسية للنشر، تونس 1994.
- حسن عز الدين دياب: «القانون الجزائي للاستثمار. دراسة مقارنة»، ط. مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2011.
- عبدالله الأحدي: «البيع»، ط. دار الوفاء بتونس، 1997.
- عبد الله بن المقفع: «كيلة ودمنة»، ط. دار القدس، تونس.
- عبد الرحمن بن خلدون: «كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر في أيام العرب والعجم والبربر ومن عاصرهم من ذوي السلطان الأكبر. المقدمة»، ط. دار القلم، بيروت 1989.

- عماد عيش: «نجاحة الكفالة. قراءة في تبعية التزام الكفيل»، نشر مركز النشر الجامعي، تونس 2010.
- عزيز العكيلي: «شرح القانون التجاري» الجزء الرابع: «في الشركات التجارية»، ط. دار الثقافة، عمان 2002.
- عصام الأحمر: «الدعوى الشغلية من خلال مجلة الشغل وفقه القضاء»، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، طبعة ثانية، تونس 2008.
- علي المحجوبي: «انتصاب الحياة الفرنسية بتونس»، ط. سراس، تونس 2006، الطبعة الثالثة.
- مبروك بن موسى: شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، تونس 2003.
- محمد سكحال المجاجي: «أحكام الشركات في الفقه الإسلامي المالكي»، ط. المكتب الإسلامي، بيروت 2001.
- محمد بوزغينة: «حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية (1857-1965)»، نشر مركز النشر الجامعي، تونس 2003.
- محمد كمال شرف الدين: «قانون مدني. النظرية العامة. الأشخاص. إثبات الحقوق»، ط. المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس 2002.
- محمد المالقي: «محاضرات في شرح القانون المدني التونسي»، ط. مركز النشر الجامعي، الطبعة الثانية، تونس 2003.
- محمد الشرقي وعلي المزغني: «أحكام الحقوق»، ط. دار الجنوب، تونس 1995.
- محمد كمال شرف الدين: «قانون مدني. النظرية العامة - الأشخاص - إثبات الحقوق»، نشر المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس 2002.
- مصطفى صخري: «المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجبائية. دراسة نظرية وتطبيقية في القانون التونسي والقانون المقارن»، ط. أوريس، تونس 2001.
- مصطفى كمال طه: «الشركات التجارية - الأحكام العامة في الشركات، شركات الأشخاص، شركات الأموال، أنواع خاصة من الشركات»، ط. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
- نذير بن عمو: «العقود الخاصة - البيع والمعاوضة»، ط. مجد ومركز النشر الجامعي، تونس-بيروت 2008.

- نور الدين الغزواني: «التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية. الأحكام العامة والاختصاص»، ط. أوريس، تونس 1996.
- سيد بن عبد الله بن حسين التيدي: «الفقه الشافعي الميسر بطريقة السؤال والجواب»، ط. دار الفضيلة، القاهرة، 2007.
- فوزي عطوي: «الشركات التجارية في القوانين الوضعية والشرعية الإسلامية»، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2005، الطبعة الأولى.
- فاروق إبراهيم جاسم: «حقوق المساهم في الشركة المساهمة»، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2008، الطبعة الأولى.
- رضا خاخم: «الجمعيات في تونس. دراسة حول الجوانب القانونية للنشاط الجمعياتي»، تونس 1999.
- رضا خاخم: «التوجهات الحديثة للنظام القضائي في تونس»، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2003.
- الشيباني بنبليث: «فصول في تاريخ الأوقاف في تونس من منتصف القرن التاسع عشر إلى 1914»، ط. مكتبة علاء الدين، صفاقس، 2003.
- توفيق بن نصر: «تعليق على قانون الشركات التجارية»، نشر دار الميزان، سوسة، 1996.

باللغة الفرنسية

- Achille BERDAH: «Les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée», éd. La Caravelle, Tunis 1955.
- Ali MEZGHANI: «Commentaires du Code de Droit International Privé», éd. CPU, Tunis 2002.
- Amel AOUI-MRAD: «Droit des entreprises publiques», éd. CPU, Tunis, 2009.
- Amel MAMLOUK: «Le capital social, gage des créanciers», thèse de doctorat, Faculté de sciences juridiques, politiques et sociales Tunis III, 1998-1999.
- Ahmed OUFELLI: «L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne», éd. GLD-LGDJ, Tunis-Paris, 2010.
- Annie MEDINA: «Abus des biens sociaux. Prévention. Détection. Poursuite», Dalloz, Paris 2001.

- Gérard CORNU : « *Droit civil- Introduction, les personnes, les biens* », éd. Montchrestien, Paris 1994, (Domat Droit privé) 7^{ème} édition.
- Georges RIPERT et René ROBLOT : « *Traité de droit commercial* », vol. I : « *Commerçants, actes de commerce, entreprise commerciale, fonds de commerce, sociétés commerciales* », éd. LGDJ, Paris 1996, 16^{ème} édition, par Michel GERMAIN.
- G. SOUSI : « *L'intérêt social dans le droit français des sociétés* », Thèse, Lyon III, 1974
- Gilbert HANARD : « *Droit romain* ». Tome 1- « *Notions de base. Concept de droit. Sujets de droit* », publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1997.
- Hamadi BEN LAKHDHAR RAID : « *La responsabilité civile du banquier* », éd. GLD, Tunis 2009,
- Houcine BEN SLIMA : « *La bonne foi dans l'exécution des contrats* », traduit en arabe par Mohamed BEN SALEM, imp. Dar El Wafa, Tunis 1993.
- H. BARDET, A. CHARVERIAT, B. GOUTHIÈRE et Ph. JANIN : « *Les holdings. Guide juridique et fiscal* », éd. Francis Lefebvre, Paris 1991.
- Irina PARACHKÉVOVA : « *Le pouvoir de l'investisseur professionnel dans la société cotée* », éd. LGDJ, Paris 2005.
- Jacques MESTRE, D. VELARDOCCIO et Ch. BLANCHARD-SEBASTIEN : « *Lamy sociétés commerciales* », éd. Lamy, Paris 2000.
- Jean SPREUTELS, Françoise ROGGEN, Emmanuel ROGER FRANCE : « *Droit pénal des affaires* », éd. Bruylant, Bruxelles 2005.
- Jean SCHMIDT « *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale* », tome I, par Roger HOUIN et Bernard BOULOC, éd. Sirey, Paris 1976, 2^è édition.
- Jean-François RYCK : « *Droit des sociétés interarabes conjointes* », éd. Publisud, Paris 1991.
- J.M.J. BOUSSARD RAVEL : « *Groupements momentanés d'entreprises* », thèse Paris II, 1991
- Jean LARGUIER : « *Droit pénal des affaires* », éd. Arman Colin, Paris 1992.

- Antoine KASSIS : « *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international* ». Tome 1 : « *Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel* ».
- Barthélémy MERCADAL et Philippe JANIN : « *Droit des affaires – Les sociétés commerciales* », *Mémento pratique*, éd. Francis Lefebvre Paris 1990, n° 3335.
- Charles JARROSSON : « *La notion d'arbitrage* », éd. LGDJ, 1987.
- Christine-Labastie DAHDOUH et Habib DAHDOUH : « *Droit commercial. Volume II : Entreprises sociétaires. Tome I : Règles communes* », éd. IHE, Tunis 2003.
- Christine-Labastie DAHDOUH et Habib DAHDOUH : « *Droit commercial* », vol. 2 : « *Entreprises sociétaires* », tome I : « *Règles communes* », éd. IHE Editions, Tunis 2003.
- Christine LABASTIE- DAHDOUH et Habib DAHDOUH : « *Droit commercial* », vol. 2 : « *Entreprises sociétaires et groupements privés* », Tome 2 : « *Règles particulières* », éd. IHE, 1^è édition, Tunis 2007.
- C. RUBELLAN : « *Les groupements d'employeurs* », éd. Economica, Paris 1997.
- Daniel COHEN : « *Arbitrage et société* », thèse, éd. LGDJ, Bibliothèque des thèses, tome 229.
- Dominique SCHMIDT : « *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* », éd. Joly, Paris 2004.
- Dominique VIDAL : « *Droit des sociétés* », éd. LGDJ, Paris 2006, 5^è édition.
- Emmanuel GAILLARD : « *La jurisprudence du CIRDI* », éd. Pedone, Paris 2004.
- F. LEMEUNIER : « *Groupement d'intérêt économique (GIE), groupement européen d'intérêt économique (GEIE). Création. Gestion* », 10^è édition, Paris, Delmas 1999
- France GUIRAMAND et Alain HERAUD : « *Droit des sociétés* », éd. Dunod, Paris 2003, 10^è édition.
- Georges RIPERT : « *Aspects juridiques du capitalisme moderne* », éd. LGDJ, 1^è édition, Paris 1946.

- Michel FERMONT : « *Droit allemand des affaires. Droit des biens et des obligations. Droit commercial et du travail* », éd. Montchrestien, Paris 2001.
- Michel JEANTIN et Paul LE CANNU : « *Droit commercial. Entreprises en difficulté* », éd. Dalloz, Précis Droit privé, Paris 2007, 7^e édition.
- MICHOU : « *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français* », 1^{ère} édition, 1906-1909, 2^{ème} édition par Louis TROTABAS, 1932.
- Mohamed HAMMOUDA : « *Le transport passif des obligations. Essai d'une théorie juridique* », éd. CPU, Tunis 2005, p. 30.
- Muriel AZENCOT : « *Le transfert international de siège social* », thèse, Université Ponthéon-Assas, Paris 2011, <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/ae00c60b-a69a-48d8-9776-91e046e3e67e>
- M. BORYZEWICZ (sous la direction de) : « *Les groupements d'intérêt économique* », éd. Puf, Paris 1972, Travaux et mémoires de la Faculté de Droit et de science politique d'Aix-Marseille, Centre d'études notariales
- Olivier CAPRASSE : « *Les sociétés et l'arbitrage* », éd. Bruylant, Delta et LGDJ, Bruxelles 2002.
- Pascale HINAUT-HAMENDE et Gilberte RAUCQ : « *Les sociétés anonymes* », tome 1 : « *La constitution de la société* », Ed. Larcier, Bruxelles 1996.
- Paulette BAUVERT et Nicole SIRET : « *Droit des sociétés et autres groupements* », éd. ESKA, Paris 1999.
- Philippe Merle : « *Droit commercial. Sociétés commerciales* », éd. Dalloz, Paris 2011, 15^e édition (Précis Dalloz)
- Pierre GAUTHIER et Bianca LAURET : « *Droit pénal des affaires* », éd. Economica, Paris 1996/97.
- Pierre GUIHO : « *Cours de droit civil* », volume 1 : « *Introduction générale* », éd. L'Hermès, Paris 1984, 2^{ème} édition.
- Slaheddine MELLOULI et Sami FRIKHA : « *Les sociétés commerciales* », éd. La Maison du Livre, Tunis 2013, 2^e édition.

- Jean-Paul ANTONA, Philippe COLIN et François LENGART : « *La responsabilité pénale des cadres et des dirigeants dans le monde des affaires* », éd. Dalloz, Paris 1996.
- Jean-Baptiste RACINE et Fabrice SIRIANEN : « *Droit du commerce international* », éd. Dalloz, Cours, Paris 2007.
- Joseph HAMEL, Gaston LAGARDE et Alain JAUFFRET : « *Traité de droit commercial* », tome I, Dalloz, Paris 1980.
- Jean-Marc MOUSSERON, Jacques RAYNARD, Régis FABRE et Jean-Luc PIERRE : « *Droit du commerce international. Droit international de l'entreprise* », éd. Litec, Paris 2000, 2^e édition.
- Jacques GHESTIN, Marc BILLIAU et Grégoire LOISEAU : « *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes* », (dir. Jacques GHESTIN) éd. LGDJ, Paris 2005.
- Jean CARBONNIER : « *Droit civil* », Tome 4 : « *Les obligations* », éd. Puf, Themis Droit privé, Paris 1995, 19^e édition.
- Jean VINCENT et Serge GUINCHARD : « *Procédure civile* », éd. Dalloz, Précis Dalloz Droit privé, Paris 1999, 25^e édition.
- Kamel AYARI : « *Le référé et les sociétés commerciales à travers le code des sociétés commerciales* », éd. CIFEDE, Tunis 2007.
- Léon Julliot DE LA MORANDIERE : « *Droit civil* », tome I, Précis Dalloz, Paris 1958.
- Loïc CADIET : « *Droit judiciaire privé* », éd. Litec, Paris 2000.
- Marcel PLANIOL : « *Traité de droit civil* », tome I, 8^e édition, Litec, Paris 1920.
- Marie-Hélène RENAUT : « *Histoire du droit des affaires* », éd. Ellipses, Mise au point, Paris, 2006
- Maurice COZIAN : « *Les grands principes de la fiscalité des entreprises* », éd. Litec, Paris 1986, 2^e édition, p. 126 : « Doc. 9 : Le principe de la liberté d'affectation comptable ».
- Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY : « *Droit des sociétés* », éd. Litec, 14^e édition, Paris 2001.
- Michel BOHL et Daniel ALVERA : « *SCI. Sociétés civiles immobilières. Création. Gestion. Evolution* », éd. Delmas, Paris 2004, 9^e édition.

- *Dictionnaire Joly SARL, sociétés de personnes et SA*, Série A, 5^e édition, 9 n.
- Institut Arabe des Chefs d'Entreprises (IACE) - *Guide de Bonnes Pratiques de Gouvernance des Entreprises Tunisiennes*, 2008.
- « *La gouvernance d'entreprise : Dimensions culturelle, économique et sociale* », actes du 5^e colloque international de l'ITEC, en partenariat avec la FIDEF, Tunis 13 et 14 mai 2005, éd. ITEC, Tunis.
- « *Le statut des actionnaires (S.A., S.P.R.L., S.C.): Questions spéciales* », ouvrage collectif, publié par Olivier CAPRASSE, éd. Larcier, Bruxelles 2006.
- Dossier spécial au *Journal Spécial des Sociétés*, sous la direction de C. LESUEUR, dossier 12/04.
- « *Transmission d'entreprise* », collection Les guides de gestion RF, éd. Groupe Revue Fiduciaire, Paris 2006.

الأنطروحات والمذكرات

باللغة العربية

- آسيا الدريسي: «اللجنة الدائمة للتدقيق والرقابة في الشركة خفية الاسم»، رسالة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء، 2007-2008 (الفوج الثامن عشر).

باللغة الفرنسية

- Mohamed BAG-BAG : « *De la déclaration de volonté source d'obligations dans le Code des Obligations et des Contrats- Essai d'une théorie générale* », Thèse, Tunis 1994.

- Taoufik BEN NASR : « *Le contrôle du fonctionnement des sociétés anonymes* », éditions 2000, Tunis 1994, p. 285.
- Valérie PIRONON: « *Les joint ventures. Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale* », éd. Dalloz, Paris 2004, préface Philippe Fouchard.
- Yves GUYON : « *Droit des affaires* », Tome I : « *Droit commercial général et sociétés* », éd. Economica, Paris 1996, 9^e édition.
- Yves Guyon: « *Droit des affaires* », Tome I: « *Droit commercial général et sociétés* », 12^e édition, éd. Economica, Paris 2003.
- Yvon LOUSSOUARN et Jean-Denis BREDIN: « *Droit du commerce international* », Sirey 1969.
- Yves GUYON: « *Traité des contrats. Les sociétés – Aménagements statutaires et conventions entre associés* », sous la direction de Jacques GHESTIN, éd. LGDJ, Paris 1995, 2^e édition.

باللغة الانكليزية

- Alan J. DIGNAM and David ALLEN: « *Company Law and the Human Rights Act 1998* », (July 12, 2000), Butterworths, 2000. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1839459>
- Marc BOSTON, Cynthia CHAN and others, under direction of Sarah HOLMES, Nigel DELAY and Jonathan GIBSON: « *A Practical Guide to the Companies Act 2006 – A Guide for Busy Directors and Company Secretaries* », ed. PriceWaterHouse Coopers, London 2008, p. 10001, at 10.1 et seq.
- Theodore S. GREENBERG, Linda M. SAMUEL, Wingate GRANT and Larissa GRAY: « *Stolen Asset Recovery. A good practice guide for non-conviction based asset forfeiture* », The World Bank eds, Washington, 2009.
- Sarah HOLMES, Nigel DEALY and Jonathan GIBSON: « *A practical Guide to the Companies Act 2006- A guide for busy directors and company secretaries* », CCH eds., London 2008.

مؤلفات جماعية

- Actes du colloque sur « *L'adaptation du droit des sociétés aux nouveaux besoins de l'entreprise* », organisé par la filière francophone de l'Université Libanaise, 4-5 déc. 2003, éd. Bruylant-Dalta-LGDJ 2006.

المقالات والتعليق والدراسات

باللغة العربية

- آزر زين العابدين: «دعوى الغير تجاه مسيري الشركات التجارية». ملتقى مركز تونس للمصالحة والتحكيم سنة 2001، غير منشورة.
- الأسعد الذوايدي: «خواطر حول الاحكام غير الدستورية المضمنة بمشروع قانون المالية لسنة 2015»، موقع «نواة»: /خواطر-حول-الاحكام-غير-الدستورية-المضمم /http://nawaat.org/portail/2014/12/07/.
- أحمد العويني: «تدعيم شفافية المعاملات المالية في الشركات التجارية بعد تعديلات 16 مارس 2009»، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2009، عدد خاص بافتتاح السنة القضائية، ص. 397.
- أحمد الورفلي: «إلغاء حصص الأرباح أو حصص التأسيس»، أعمال ملتقى حول «مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005»، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2005، ص. 73.
- أحمد الورفلي: «الرقابة في الشركات خفية الاسم»، أعمال ملتقى دولي حول «مجلة الشركات التجارية»، تونس 3 و 4 أبريل 2001، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2002، ص. 123.
- أحمد الورفلي: «في عدم دستورية الفصول 11 و 12 و 13 و 28 من مشروع قانون المالية لسنة 2015»، الأخبار القانونية، فيفري 2015 (بصدد النشر).
- أحمد الورفلي: «نصف قرن من قانون الشركات في تونس»، مجلة القضاء والتشريع، مارس 2006، عدد خاص بخمسينية الاستقلال، ص. 139.
- أحمد الورفلي: «هل يخضع كراء العقارات ذات الاستعمال التجاري إلى الأداء على القيمة المضافة؟»، ضمن كتاب «دراسات في القانون الجبائي II»، نشر مجمع الأطرش لتوزيع الكتاب المختص، تونس 2007، ص. 205.
- أحمد الورفلي: «الوعد بالبيع العقاري لا يخضع إلى التسجيل بالمعلوم النسبي»، دراسات في القانون الجبائي II، نشر مجمع الأطرش، تونس 2007، ص. 201.

- أحمد الورفلي: «تدارك البطلان في مجلة الالتزامات والعقود»، مجلة القضاء والتشريع، فيفري 1999، ص. 99.
- أحمد الورفلي: «المدخرات في التشريع الجبائي»، ضمن كتاب «دراسات في القانون الجبائي II»، نشر مجمع الأطرش، تونس 2007، ص. 91.
- أحمد الورفلي: «هاجس الشفافية وسلامة العلاقات المالية»، مجلة القضاء والتشريع، جوان 2007، ص. 35.
- أحمد الورفلي: «من فقه القضاء التونسي في ميدان التحكيم»، مجلة التحكيم (النسخة العربية)، العدد الأول، شباط/فيفري 2009، ص. 325.
- أحمد الورفلي: «أعمال التصرف غير العادية في فقه قضاء الدائرة الجبائية بالمحكمة الابتدائية بتونس» ضمن كتاب «دراسات في القانون الجبائي II»، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2007، ص. 73.
- أحمد الورفلي: «إدخال الغير في النزاع التحكيمي. تعليق على قرار محكمة الاستئناف بتونس الصادر بتاريخ 8 مارس 2011»، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني عشر، أكتوبر 2011، ص. 315 وما يليها.
- إيمان منصوري: «قراءة في القانون المتعلق بإجراءات تأسيس الشركات عن بعد»، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2007، ص. 17.
- البشير بن الحاج يحيى: «تغيير شكل الشركة»، أعمال دورة تكوينية حول «مجلة الشركات التجارية»، تونس 12-11 أبريل 2003، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2004، ص. 93.
- البشير التكري: كلمة الاختتام للملتقى ماثوية مجلة الالتزامات والعقود، منشورة بكتاب ماثوية مجلة الالتزامات والعقود 2006-1906، نشر مركز النشر الجامعي، تونس 2006، الجزء العربي، ص. 9.
- البشير المنوبي القرشي: «خواطر حول تصدع قانون التأمينات بعد تدوينه سنة 1906» من «كتاب ماثوية مجلة الإلتزامات والعقود» أعمال ملتقى، ط. مركز النشر الجامعي، تونس 2006، ص. 461 وما يليها.

- زينب قلّوز: «واقع السوق المالية التونسية وآفاقها المستقبلية»، أعمال ندوة دراسية حول السوق المالية والتنمية الاقتصادية، تونس 30 أبريل 2008، نشر مركز البحوث والدراسات البرلمانية، ص. 69.
- حمادي بن الأخضر الرائد: «الجديد في قانون الشركات التجارية في ضوء القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009»، مجلة القضاء والتشريع، ماي 2009، ص. 105.
- حمادي بن الأخضر الرائد: «مجلة الالتزامات والعقود والقانون التجاري»، كتاب ماثوية مجلة الالتزامات والعقود 2006-1906، نشر مركز النشر الجامعي، تونس 2006، ص. 541.
- الطيب اللومي: «إحالة أسهم وحصص الشركات التجارية وتصفية الشركات من خلال القانون المنقح لأحكام مجلة الشركات التجارية عدد 65 لسنة 2005 المؤرخ في 27 جويلية 2005»، مجلة القضاء والتشريع، ديسمبر 2005، ص. 15.
- يوسف الكتاني: «الجديد في حقوق الشريك»، أعمال ملتقى حول «الجديد في قانون الشركات التجارية»، تنظيم مركز تونس للمصالحة والتحكيم، تونس 26-27 جانفي 2001.
- كمال العياري: «حق الأقلية في الخروج من الشركة»، مجلة القضاء والتشريع، جويلية 2009، عدد خاص «قانون شركات»، ص. 25.
- ماجدة بن جعفر: «تعدد الشركاء في الشركات التجارية وتجميع المصالح الاقتصادية»، أعمال ملتقى «مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005»، تونس 3 و 4 فيفري 2006، ط. مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2006، ص. 41.
- مبروك بن موسى: «حق الاعتراض على قرارات اندماج الشركات التجارية وانقسامها»، أعمال دورة تكوينية حول «مجلة الشركات التجارية»، تونس - 11 12 أبريل 2003، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2004، ص. 103.

- مالك الغزواني: «تجمع المصالح الاقتصادية»، أعمال ملتقى دولي حول «مجلة الشركات التجارية»، تونس 5-6 أبريل 2001، ط. مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2002، ص. 210-181.
- محمد العسكري: «الأوراق المالية في مجلة الشركات التجارية»، أعمال دورة تكوينية حول مجلة الشركات التجارية، تونس 11 و 12 أبريل 2003، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2004، ص. 173.
- محمد اللجمي: «القضاء الاستعجالي بين سرعة الفصل وتوفير الضمانات»، مجلة القضاء والتشريع، جويلية 1991، ص. 17.
- (المرحوم) محمد العربي هاشم: «آثار إفلاس الشركة على مسيرتها»، مجموعة دراسات لذكرى الحارث مزبودات، نشر كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، تونس 1994، ص. 135.
- محمد الصالح السبري: «تطور القضاء التجاري في تونس»، مجلة القضاء والتشريع، جانفي 1988، عدد خاص، ص. 66.
- تعليق سامي العيادي: «ملاحظات على أحكام وقرارات متعلقة بإنقاذ المؤسسات التي تشكو صعوبات اقتصادية»، حولية فقه القضاء التونسي، منشورات مدرسة الدكتوراه بكلية الحقوق بصفاقس، 2013، ص. 326-320.
- محمد كمال شرف الدين: «انحلال الشركات التجارية»، أعمال ملتقى دولي حول مجلة الشركات التجارية، تونس 5-6 أبريل 2001، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2002، ص. 246.
- محمد العربي هاشم: التقرير التمهيدي للملتقى «الجديد في قانون الشركات التجارية»، تنظيم مركز تونس للمصالحة والتحكيم، تونس 26-27 جانفي 2001، غير منشور.
- مالك الغزواني: «تجمع المصالح الاقتصادية»، ملتقى «مجلة الشركات التجارية»، تونس 5-6 أبريل 2001، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2002، ص. 181.
- محمد كمال شرف الدين: «انحلال الشركات التجارية»، أعمال ملتقى حول «مجلة الشركات التجارية»، 5 و 6 أبريل 2001، نشر مركز الدراسات القانونية

- والقضائية، تونس 2002، ص. 233، وكذلك ضمن أعمال دورة تكوينية حول «مجلة الشركات التجارية»، تونس 1 و12 أبريل 2003، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2004، ص. 365.
- نبيل بن عائشة: «القانون المنطبق على الشركة»، أعمال ملتقى حول «مجلة الشركات التجارية»، تونس 11-12 أبريل 2003، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2004، ص. 63.
- نبيل بن عبد الله: «أسهم الشركات»، مجلة القضاء والتشريع، ديسمبر 1995/ رجب 1416، العدد 10، ص. 7 وما بعدها.
- نبيل غرس الله: «إشكاليات حول جريمة عدم إعلام مراقب الحسابات وكيل الجمهورية بالجرائم في الشركات الخفية الاسم»، مجلة القضاء والتشريع، أبريل 2007، ص. 63.
- نور الدين بسرور: «التوجهات المعاصرة لقانون الأسواق المالية»، أعمال ندوة دراسية حول السوق المالية والتنمية الاقتصادية، تونس 30 أبريل 2008، نشر مركز البحوث والدراسات البرلمانية، ص. 41.
- نور الدين بسرور: «التوجهات المعاصرة لقانون الأسواق المالية»، أعمال ندوة دراسية حول السوق المالية والتنمية الاقتصادية، تونس 30 أبريل 2008، نشر مركز البحوث والدراسات البرلمانية، ص. 41.
- نبيل تمر: «ضمان سلامة العلاقات المالية»، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2008، ص. 161.
- نزار صاغية: «المنظمات الحقوقية وخصخصة انتهاكات حقوق الإنسان»، المفكرة القانونية، العدد 13، جانفي 2014، ص. 2-3.
- نذير بن عمو: التقرير الختامي للملتقى «مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005»، تونس 3-4 فيفري 2006، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2006، ص. 240.
- نذير بن عمو وعصام الأحمر: «التقرير الختامي والتوصيات»، ملتقى «مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005»، تونس 3-4 فيفري 2006، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2006، ص. 240.

- سامي فريجة: «تحديث تشريع الشركات المدنية»، مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، مؤلف جماعي تحت إشراف محمد كمال شرف الدين، ط. مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014، ص. 383 وما يليها.
- الساسي بن حليمة وحسن عز الدين دياب: «تطور مفهوم المسؤولية الجزائية للذات المعنوية في فقه القضاء»، ضمن أعمال ملتقى حول: «نصف قرن من فقه القضاء الجزائي»، جلدنوبة 25-26 نوفمبر 2010، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2011، ص. 385 وما يليها.
- سالم الفتوي: «آليات الرقابة في الشركات خفية الاسم»، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2008، ص. 73.
- عامر بورورو: «رأس المال كضمان عام لدائتي الشركة»، أعمال ملتقى حول «مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005»، تونس 3-4 فيفري 2006، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2006، ص. 123.
- عبد الله هلاي: «دور القاضي في الشركات التجارية»، ملتقى دولي حول مجلة الشركات التجارية، تونس، 5-6 أبريل 2000، ط. مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2002، ص. 67.
- عبد الله هلاي: «التصحيح في مجلة الشركات التجارية»، أعمال دورة تكوينية حول «مجلة الشركات التجارية»، تونس 11-12 أبريل 2003، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2004، ص. 15.
- عبد المنعم كيوة: «المبادئ العامة لحماية الغير في مجلة الشركات التجارية»، ملتقى نظمه مركز تونس للمصالحة والتحكيم سنة 2001، غير منشورة.
- عبد الحميد الأحذب: «الحكم التحكيمي في نزاع الوزير السابق برنار تاي»- مداخلة البروفسور توما كلاي أمام البرلمان الفرنسي، مجلة التحكيم، جانفي 2009، العدد الأول، ص. 13.
- عبد الرؤوف بن الشيخ: «اختصاص الدوائر التجارية»، مجلة القضاء والتشريع، جانفي 1998، ص. 13.
- علي نني: «مفهوم حسن الإدارة من خلال قانون تدعيم سلامة العلاقات المالية»، مجلة القضاء والتشريع، ديسمبر 2007، ص. 13.

- علاء مروة: «المفكرة تسأل المنظمات الحقوقية: ضحايا الشركات التجارية، من ينصفهم؟ وكيف؟»، المفكرة القانونية، العدد 13، جانفي 2014، ص. 6. ملف بعنوان: «حين تنتهك الشركات حقوق الانسان. من يتكلم، من يرى، ومن يسمع؟».
- عماد بن عبد الحميد الدرويش: «شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة»، محاضرة افتتاح السنة القضائية 2002/2003، منشورة بمجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2003.
- فرحات التومي: «من أجل إحداث إطار قانوني لعمليات التركيز وتجميع الشركات»، مجلة القضاء والتشريع، فيفري 1994، العدد 2، ص. 53.
- فريد القتيبي: «نظام اتفاقيات الشركاء»، مجلة القضاء والتشريع، جويلية 2009، عدد خاص «قانون شركات»، ص. 17.
- فتحي الميموني: «المسؤولية الجزائية لمراقب الحسابات»، مجلة «الخبر»، جانفي 2005، عدد خاص بقانون المالية لسنة 2006، ص. 6.
- فتحي الميموني: «المسؤولية الجزائية لمصفي الشركة»، ملتقى حول مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005، تونس 3 و4 فيفري 2006، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2006، ص. 185.
- رشيد تمر: «دور مراقب الحسابات في الشركات التجارية»، أعمال ملتقى دولي حول مجلة الشركات التجارية، تونس 5 و6 أفريل 2001، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2002، ص. 249.
- رشيد الصباغ: «دور القاضي في إدارة الشركات التجارية»، محاضرة أقيمت في إطار ملتقى «الجديد في قانون الشركات التجارية»، تونس 26 و27 فيفري 2001.
- رابحة الغندري بوطار: «حق حبس العقار»، من مؤلف جماعي بعنوان: «بحوث في التأمينات العينية والشخصية»، تونس 1999، ص. 165.
- رشيد الصباغ: «دور القاضي الاستعجالي في الشركات التجارية»، أعمال دورة تكوينية حول مجلة الشركات التجارية، تونس 11 و12 أفريل 2003، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2004، ص. 227.

- شاكِر عطاء الله: «الأسواق المالية في العالم: النشأة والوظائف والتطور»، أعمال ندوة دراسية حول السوق المالية والتنمية الاقتصادية، تونس 30 أفريل 2008، نشر مركز البحوث والدراسات البرلمانية، ص. 18.
- ثريا الداهش: «الشفافية في الشركات التجارية»، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2009، عدد خاص بافتتاح السنة القضائية، ص. 357.

باللغة الفرنسية

- Abdelmajid ABOUDA: «Les effets de la dissolution de la société commerciale sur les droits des créanciers», in *La Passion du Droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Mohamed Larbi Hachem*, éd. Fac. de Droit et des Sc. Polit. de Tunis, 2006, p. 561.
- Abdessattar KHOULDI: «Les sociétés faisant appel public à l'épargne», *Revue de la Jurisprudence et de la Législation* 1987, n° 6, p. 7.
- Adel KAANICHE: «Réflexion sur le Code des Sociétés Commerciales», *Réalités*, n° 15 du 21 mars 2001, p. 28.
- Afra LAKHZOURI: «La civilisation arabo-musulmane et gouvernance d'entreprise», in «*La gouvernance d'entreprise : Dimensions culturelle, économique et sociale*», actes du 5^e colloque international de l'ITEC, en partenariat avec la FIDEF, Tunis 13 et 14 mai 2005, éd. ITEC, Tunis, p. 33 et ss.
- Ahlem ELBARHOUMI: «Le sort des conventions réglementées conclues sans l'autorisation préalable du conseil d'administration», *Revue de la Jurisprudence et de la Législation*, mai 2009, p. 65.
- Ahmed OUEFFELI: «La distribution des dividendes fictifs ou, du mauvais usage des écritures comptables», *Revue de la jurisprudence et de la législation*, janvier 2001, p. 17.
- Ahmed OUEFFELI: «La responsabilité pénale du commissaire aux comptes Aperçu général ; vision d'un juriste», *L'expert* n° 99, juin 2003, p. 42.
- Ahmed OUEFFELI: «La vraie réforme du droit des sociétés a bien eu lieu», *Revue de la Jurisprudence et de la Législation*, juillet 2009, spécial «*Droit des sociétés*», p. 9.

- Amel MAMLOUK : « La séparation entre le directoire et le conseil de surveillance », in « *La passion du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Mohamed Larbi Hachem* », éd. CPU, Tunis 2006, p. 785.
- André TUNC : « L'effacement des organes légaux de la société anonyme », *Recueil Dalloz* 1952, chronique, p. 73
- André KILESE : « Les pouvoirs du commissaire au sein de l'entreprise », in « *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme* », actes de colloque, Liège 11 mars 2004, éd. Bruylant, Bruxelles 2004, p. 287.
- Annie MEDINA : « *Abus de biens sociaux. Prévention – détection – poursuite* », éd. Dalloz, Dalloz référence, Paris 2001.
- Antonio GAMBARO : « Le droit des sociétés italien face au modèle américain », in *Droit global. La globalisation du droit des affaires : mythe ou réalité ?*, éd. Panthéon Assas, 2001/2, Paris 2002, p. 21.
- Berthold GOLDMAN : « Frontières du Droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du Droit* 1964, p. 177.
- Béchir BELHAJ YAHIA : « La responsabilité du banquier dispensateur du crédit », in *La responsabilité du banquier*, colloque organisé par le CEJJ et l'APBT au 18 fév. 1999, éd. CEJJ, Tunis 2000, p. 17
- Béchir BELHAJ-YAHIA : « Les assemblées d'actionnaires », in *Du nouveau en droit des sociétés commerciales*, colloque CCAT, Tunis 26-27 janvier 2001, inédit.
- Béchir BELHAJ YAHIA : « La constitution de la société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne », actes de colloque sur *Le Code des Sociétés Commerciales suite aux amendements de 2005*, CEJJ 2006, *op. cit.*, p. 13.
- Bernard HONATIAU : « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : Un réexamen » in *Clunet (Journal de Droit International)* 1994, p. 899.
- Brigitte STERN : « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions. Les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international », *Revue de l'arbitrage*, 1980, n° 1, janvier 1980, p. 43.
- BOUILLOUX : « La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation », *Revue des Sociétés*, 1994, p. 313.

- Ahmed OUEFFELLI : « La protection des actionnaires minoritaires en droit tunisien des sociétés », *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, Vol. 13, 2006-2007, Brill eds., p. 107.
- Ahmed OUEFFELLI : « Le nouveau concept d'entrepreneur avisé et de dirigeant loyal, un outil efficace de gestion ? », *Revue Tunisienne de Droit* 2007, *op. cit.*
- Ahmed Oueffelli : « Chronique de jurisprudence tunisienne en matière d'arbitrage », Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage, 2000, n°2, p. 258.
- Ahmed OUEFFELLI : « Le concept d'entrepreneur avisé et de dirigeant loyal, un outil efficace de prévention ? », *Revue Tunisienne de Droit* 2007, p. 463.
- Ahmed OUEFFELLI : « L'interdiction au liquidateur de compromettre ou l'éternel couple arbitrage-transaction », *Revue Libanaise de l'Arbitrage Arabe et International*, n° 22, p. 12.
- Ahmed OUEFFELLI : « Le régime des contrats internationaux », communication donnée dans le cadre de la journée d'études organisées par le laboratoire de recherches DRIMAN, Fac. de Droit et de Sc. Polit. de Tunis, 4 mars 2009 sur le thème : « *Dix ans d'application judiciaire du Code de Droit International Privé* ».
- Ajmi BELHAJ HAMMOUDA : « Jusqu'où peut-on aller dans l'anthropomorphisme de la personne morale en droit pénal ? », *Revue Tunisienne de Droit* 1995, p. 11.
- Ajmi BEL HAJ HAMMOUDA : « Le droit de rétention dans le code des obligations et des contrats », *Revue Tunisienne de Droit* 1976, n° 2, pp. 46 et ss.
- Akram AZOURI : « Hors du droit des sociétés. Quelle alternative à la réforme sociétaire ? », in « *L'adaptation du droit des sociétés aux nouveaux besoins de l'entreprise* », actes de colloque, Beyrouth 4-5 déc. 2003, éd. Bruylant-Delta-LGDJ, Beyrouth 2006, p. 90.
- Alain VIANDIER : « Le droit des sociétés de demain », *Jurisclasseur Périodique*, 2000, Aperçus rapides, p. 3, n° 12.
- Alexia AUTENNE et Edouard-Jean NAVEZ : « Cartesio — les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités », https://www.academia.edu/1965915/Cartesio-Les_contours_incertaines_de_la_mobilite%C3%A9_transfrontali%C3%A8re_des_soci%C3%A9t%C3%A9s_revisit%C3%A9s

- Faouzi BELKNANI: « La responsabilité pénale des personnes morales », in *Mouvements du droit contemporain. Mélanges offerts au Professeur Sassi Ben Halima*, éd. CPU, Tunis 2005, p. 483.
- Farouk MECHRI: « *Droit des entreprises en difficultés économiques* », éd. Sud Editions, Tunis 2008, p. 193.
- Fayçal DERBAL: « Le commissariat aux comptes dans le cadre de la nouvelle législation des sociétés commerciales : Apports et limites », communication donnée dans le cadre du colloque sur « *Le nouveau code des sociétés commerciales* », organisé par le Centre de Conciliation et d'Arbitrage de Tunis (CCAT), les 26 et 27 janvier 2001, inédite.
- Fayçal DERBEL: « Synthèses des travaux et conclusions » (du séminaire organisé par le CEJJ et l'IACE le 8 mai 2009 sur « *Le nouveau droit des sociétés après la réforme du 16 mars 2009* », *Revue de la Jurisprudence et de la Législation*, juillet 2009, spécial « *Droit des Sociétés* », p. 103.
- Florence ROUSSEL: « Gouvernement d'entreprise: réglementation *ex lege* ou autorégulation? *Compulsory regulation* ou *self-regulation*? », in *Corporate Governance. Transparency and Investors' Protection in Listed Companies*, Bruylant eds., Brussels 2005, pp. 7-9 ;
- Franck AUCKENTHALER: « Vente à réméré », in *Jurisclasser Sociétés Traité, Banque et Crédit*, fasc. 2122 (11, 1993), p. 13, n° 7 à 12.
- Georges LEVASSEUR: « La responsabilité pénale des sociétés commerciales en droit positif français actuel et dans les projets de réforme envisagés », conférence dactylographiée faite dans le cadre du colloque « *Droit criminel et sociétés commerciales* », organisé à Tunis par l'Association Tunisienne de Droit Pénal du 2 au 4 mai 1985, p. 3, n° 5.
- Georges SCELLE: « La nationalisation du Canal de Suez et le droit international », *Annuaire français de droit international*, 1956, Vol. 2, n°2, pp. 3-19.
- Hamadi ARRAID: « La pension livrée », *Revue de la Jurisprudence et de la Législation*, déc. 2007, p. 47.
- Hélène PAERELS: « *Le dépassement de la personnalité morale. Contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes*

- Bruno OPPETIT: « Arbitrage Juridictionnel et arbitrage contractuel: à propos d'une jurisprudence récente », *Revue de l'arbitrage*, 1977, p. 315.
- B. BA DADJANG: « La commercialité aménagée des sociétés d'exercice libéral », *Gazette du Palais*, 24-25 mars 2000, p.2.
- Charles PEUGNET et Rafaella BARICHELLO: « Notes sur l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne « *Vale Epitesi* » du 12 juillet 2012 », http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/diplome_M2OFIS/Master_OFIS_2012-2013/Articles_Revue_Sorbonne_OFIS/Vale_Epitesi.pdf
- Charles LEBEN: « La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, ouvrage collectif, éd. Anthemis et LGDJ, Paris 2006, p. 163.
- C. JAUFFRET-SPINOSI: « Les assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes, réalité ou fiction ? », *Etudes Rodière*, Paris 1982, p. 125.
- C.FREYRIA: « De la pensée de Pothier à la transparence fiscale. La théorie défunte de la mutation conditionnelle de l'apport en société », in *Etudes à la mémoire du Professeur Emile Giraud*, Annales de la Faculté de droit et de sciences économiques de Lille, 1976, p. 171.
- Dominique SCHMIDT: « De l'intérêt social », *Revue de Droit Bancaire et de la Bourse*, n° 50, juillet-août 1995, p. 130 et ss.
- D. PLANTAMP: « Le critère de la cession de contrôle (essai de synthèse jurisprudentielle) », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Economique* 1999, n. 4.
- Edouard BERTRAND: « Dallah - l'émergence de la théorie de l'*alter ego* en droit français », http://avocats.fr/space/edouard.bertrand/content/6-11-dallah---l-emergence-de-la-theorie-de-l-alter-ego-en-droit-francais--the-emergence-of-the-alter-ego-doctrine-in-french-law_4A47332E-BA2B-4F59-B921-CA2997051BF2, le 02/03/11.
- Emmanuel GAILLARD, *Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des Etats et organisations internationales*, at 471; 15(9) *Int'l Arb.*, note under Cass. (fr.) le civ., 6 juillet 2000, *Creighton c. Ministère des Finances de l'Etat du Qatar*, note

- J.PELLERIN: «La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé», *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1981, p. 488 et ss.; spéc. p. 493.
- J. GUYENOT: «Application du droit du travail et de la sécurité sociale au groupement d'intérêt économique», *Revue des Sociétés*, 1978, p. 61.
- Kamel AYARI: «Le gouvernement d'entreprise: une gestion efficace», *Infos Juridiques*, mars 2009, n° 64/65, p. 16.
- Kamel AYARI: «Le juge des référés et les sociétés commerciales», actes de colloque sur «Le Code des sociétés commerciales suite aux modifications de 2005», Tunis 3-4 fév. 2005, éd. CEJJ, Tunis 2006, p. 41.
- Kamel AYARI: «Le gouvernement d'entreprise en droit tunisien», *Infos Juridiques*, n° 62/63, février 2009, p. 22.
- Kamel AYARI: «La gouvernance d'entreprise: une gestion efficace», *Infos Juridiques*, mars 2009, p. 16.
- Kedar BHATIA: «Court clarifies director and officer liability in mergers and acquisitions transactions», <http://www.cover4directors.com/court-clarifies-director-officer-liability-mergers-acquisitions-ma-transactions/> - Posted on June 13, 2014.
- Laura LEQUERTIER: «Arbitrage Tapie: Christine Lagarde mise en examen pour «négligence»», mercredi 27 août 2014 10:57, <http://www.franceinfo.fr/actu/economie/article/arbitrage-tapie-christine-lagarde-mise-en-examen-pour-negligence-556825>;
- Laurent DU JARDIN: «Sûretés intragroupe: quelques spécificités de la lettre de patronage», in *Le droit des affaires en évolution – Les relations intragroupes*, éd. Bruylant-Kluwer, Bruxelles 2004, p. 194.
- Malek GHAZOUANI: «L'arbitre du commerce international et les lois de police», mémoire de DEA en droit des affaires, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis (Tunis II), 1998-1999.
- Malek GHAZOUANI: «L'applicabilité des lois de police par l'arbitre», *Revue de la Jurisprudence et de la Législation*, avril 2001, p. 9.
- Marianne DE WAARD-PRELLER, Geert RAAIJMAKERS, Marc ANKER, Wijnand BOSSENBROEK and Ruud SMITS: «Simplification

- morales en droit privé et droit fiscal français*», thèse, Université de Lille 2, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, 2008, http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/37/09/23/PDF/These_HPAerels.pdf, p. 8.
- Héron. Cf., Jacques GHESTIN: «*Traité de droit civil. La formation du contrat*», sous la direction de J. GHESTIN, éd. LGDJ, 3^e édition, Paris 1993.
- Imed LARIBI: «Regards sur «*al-iqala*», ou le mutus dissensus», *Revue Tunisienne de Droit* 1999, p. 21.
- Jacques MESTRE: obs. sous Com. 6 juin 1990, *SARL Huber c/ Consorts Lamps*, Com. mars 1993, *Flandin c/ SARL Alarme Service*, in *Les Grands Arrêts du Droit des Affaires*, éd. Dalloz 1995, p. 497 et ss.
- Jaouida GUIGA: «L'arbitrabilité dans le domaine du droit de la concurrence (première approche)», in actes du colloque sur «*L'arbitrage à l'ère de la mondialisation*», colloque du 24 avril 1998, éd. CEJJ, Tunis 1998, p. 87.
- Jean CARBONNIER: «La part du droit dans l'angoisse contemporaine», *L'encyclopédie française. Le monde en devenir*, tome XX, 1959, in «*Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*», éd. LGDJ, Paris 2001, 10^e édition, p. 201 et ss.
- Jean CATTARUZZA: «Spécificités du Code des sociétés appliqué aux groupes de sociétés», in *Le droit des affaires en évolution. Les relations intragroupe*, éd. Bruylant-Kluwer, Bruxelles 2004, p. 103.
- Jean-Pierre DUBOIS: «Les groupements d'intérêt économique et les règles de la concurrence en droit français et en droit européen», *Jurisclasseur Périodique*, éd. G., 1969.I.2236.
- Jérôme VERMEYLEN: «Arrêt «*VALE Épitési*»: la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit?», *Journal de Droit Européen*, 2012, p. 276
- Julie A. MAUPIN: «Public and Private in International Investment Law: An Integrated Systems Approach», 54(2) *Virginia Journal Of Int'l Law* 2014.
- J. DE LEDOUX: «Contribution à l'étude des groupements d'intérêt économique», *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1969, p. 1 et ss.

- Mohamed Hédi LAKHOUA : « L'accès au droit de la Personne Morale «Personne Immorale» », in *La passion du Droit - Mélanges offerts au Professeur Mohamed Larbi Hachem*, éd. Faculté de Droit et de Sc. Polit. de Tunis, Tunis 2006, p. 31.
- Mohamed GHERMAZI: «La contractualisation dans le Code des Sociétés Commerciales», *Infos Juridiques*, n° 138/139, aout 2012, pp. 32 et ss.
- Mohamed Kamel CHARFEDDINE: «Code des obligations et des contrats: esquisse d'une évaluation de l'oeuvre», in *Livre du centenaire du Code des obligations et des contrats 1906-2006*, éd. CPU, Tunis 2006, p. 675 ;
- Mohamed Kamel CHARFEDDINE: «Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du Code tunisien des obligations et des contrats», *Revue internationale de droit comparé*, 1996, vol. 48, n° 2, pp. 421-442.
- Mohamed Larbi HACHEM et Farouk MECHRU: «Droit aux vacances et vacances du droit: l'évolution du droit autorise-t-elle l'introduction de la multipropriété?», *Revue Tunisienne de Droit*, 1983, p. 543.
- Mohamed Hédi LAKHOUA : « L'accès au droit de la Personne Morale «Personne Immorale» », in *La passion du Droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Mohamed Larbi Hachem*, p. 31.
- Mohamed KOSSENTINI : « Chronique de jurisprudence commerciale », in *Annuaire de la jurisprudence tunisienne 2013*, publié par l'Ecole Doctorale de la Faculté de Droit de Sfax, 2013, p.33 et ss., spéc. pp. 41-46.
- Mohamed Naceur LOUED: «Pour une répression pénale spécifique aux sociétés», in *Annales des Sciences Juridiques*, revue publiée par la Fac. des Sc. Juri., Eco. et de Gestion de Jendouba, 2007, p. 9.
- Mohamed Moncef CHEFFAI : « Les modalités de transfert de la propriété des valeurs mobilières », in « *Mélanges en l'honneur de Habib Ayadi* », éd. CPU, Tunis 2000, p. 369.
- Mohamed KOSSENTINI : « Chronique de jurisprudence commerciale », in *Annuaire de la jurisprudence tunisienne 2013*, éd. Ecole Doctorale de la Faculté de Droit de Sfax, 2013, pp. 33 et ss..

- and flexibilisation of rules governing Dutch BVs», http://www.newsletter-nautadutilh.com/EN/xzine/corporate/simplification_and_flexibilisation_of_rules_governing_dutch_bvs/vereenvoudiging_en_flexibiliseren_nederlands_bv-recht_%28stand_van_zaken_flex-b_v_%29/simplification_and_flexibilisation_of_rules_governing_dutch_bvs.html?cid=4&xzine_id=4729&aid=13405.
- Marc LEVINGER : « Les minorités en droit des affaires. Rapport luxembourgeois », in *Annales du Droit luxembourgeois*, 2005, pp. 197 et ss.
- Marc HENZELIN: «La responsabilité solidaire de l'entreprise et du dirigeant d'entreprise en droit des cartels et de la concurrence déloyale», in « *La responsabilité pénale du fait d'autrui* », Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, Lausanne 2002, p. 173-206.
- Maurice COZIAN : « Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés », in *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, 4ème édition, Litec, Paris 2000, p. 271
- MEYER-LAUZEN, « La notion fiscale de personnalité morale en Droit français », *Droit fiscal* 1966, n° 31-36 doct. et n° 37, doct.
- Melanie WILLEMS and Markus ESLY : *Dallah v. Pakistan- French Courts Uphold the Award*, *The Arbiter*, March 2011, Issue 5, p. 3
- Michael HUWANG: «The Prospects for Arbitration and Alternative Dispute Resolution. Supplement to Programme Statement for Corporate Governance and Arbitration of Company-Law Disputes», OECD 6th Asian Roundtable on Corporate Governance, «Implementation and Enforcement in Corporate Governance». Theme III, session 1: «The Prospect for Arbitration and Alternative Dispute Resolution», Seoul, Korea 2-3 November 2004, www.oecd.org/dataoecd/42/34/33962683.pdf.
- Michel VERWILGHEN: « Les Principaux Aspects Juridiques de la Nationalisation de l'Union Minière du Haut-Katanga. Faits et Documents », in *Revue Belge de Droit International* 1970-1, p. 105.
- Michel VASSEUR : « L'entreprise et l'argent », *Dalloz* 1982, chronique, XXI, p. 13 ;

- Pierre CORTESS : « L'arbitrabilité dans le domaine du droit de la concurrence (deuxième approche) », *op. cit.*, p. 97.
- Paul LE CANNU : « Rémunération des dirigeants des sociétés anonymes et contrôle des conventions », *Bulletin Joly* 1996, p. 162
- Régis FOY : « Apport partiel d'actif », *Répertoire des sociétés (Encyclopédie Dalloz)*, oct. 1997.
- Roger PINTO : « L'affaire de Suez. Problèmes juridiques », *Annuaire Français de Droit International*, 1956, Vol. 2, n° 2, pp. 20-45.
- Roger-Louis CAZALET : « Genèse et évolution de la gouvernance d'entreprise », in « *La gouvernance d'entreprise : Dimensions culturelle, économique et sociale* », colloque ITEC, précité, p. 19 et ss.
- Sami FRIKHA : « La distribution des bénéfices sociaux », in *Le Code des sociétés commerciales suite aux modifications de 2005*, actes de colloque, Tunis 3-4 fév. 2006, éd. CEJJ, Tunis 2006, p. 77 et ss., spéc. p. 88.
- Sadok MARZOUK : « La constitution de la société anonyme dans le Code des sociétés commerciales », *Actualités Juridiques Tunisiennes*, 2002, n° 15, p. 61 et ss., spéc. p. 67.
- Sami BOSTANJI : « Confrontation des sources du droit privé : le Code des Obligations et des Contrats à l'épreuve des législations spéciales », in *Livre du centenaire du Code des Obligations et des Contrats 1906-2006*, éd. CPU, Tunis 2006, p. 536.
- Sami BOSTANJI : « Réformer le système d'arbitrabilité des litiges en droit tunisien : pourquoi et comment ? », in *Actes du colloque organisé les 18 et 19 oct. 2012 par le Driman, sous dir. Sami BOSTANJI et Ferhat HORCHANI*, éd. Latrach, Tunis 2013, p. 226
- Sadok BELAID : « De quelques problèmes posés par la sentence TEXACO », in « *Les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international* », colloque international, Tunis 2, 3 et 4 novembre 1981, éd. CERP 1982, p. 149.
- Sébastien BESSON et Jean-François POUDRET : « *Droit comparé de l'arbitrage international* », éd. Bruylant-LGDJ-Schulthess, 2002.
- Sergio BERMUDEZ, Fabiano ROBALINHO CAVALCANTI : « Brazil. Arbitration of Corporate Disputes », *the arbitration review of*

- Mohamed MAHFOUDH : « Formalisme et théorie générale du contrat », in *Regards sur le formalisme en droit privé*, actes de colloque, Tunis 9-10-11 déc. 2004, éd. Fac. de Droit et Sc. Polit. de Tunis, 2007, p. 21.
- Mohamed Hédi LAKHOUA : « L'accès au droit de la Personne Morale « Personne Immorale » », in *La passion du Droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Mohamed Larbi Hachem*, précité, p. 31.
- Nizar MANNAI : « L'actionnaire investisseur », *Infos Juridiques*, n° 182/183, juillet-août 2014, pp. 10-15.
- Néjib SFAYHI : « *Guide pour l'utilisation des Normes Internationales d'Audit dans l'Audit des Petites et Moyennes Entreprises* », http://www.ifac.org/sites/default/files/downloads/TRADUCTION_ISA_GUIDE.pdf.
- Olivier CAPRASSE : « L'arbitrage et les groupes de sociétés », in *L'arbitrage dans la vie des sociétés*, éd. Bruylant, Bruxelles 1999, p. 169.
- Oualid GADHOUM : « L'objet social », *Etudes Juridiques*, 2006, n° 13, p. 31 et ss., spéc. p. 61 et ss.
- Othman BEN FADHEL : « Le droit tunisien entre le sacré et le profane. Commentaire de l'arrêt n° 31115/2008 du 5 mai 2009 », *Infos Juridiques*, janvier 2010, n° 82/83, pp. 30-31.
- Olivier CAPRASSE et R. AYDOGDU : « *Les conflits entre actionnaires, prévention et résolution* », Bruxelles 2010, p. 234.
- Patrick RAMBAUD : « L'affaire des Pyramides : suite et fin », *Annuaire français de droit international*, Tome XXXIX, p. 567.
- Paul LE CANNU : « La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés », in *Mélanges Pierre Bézard. Le juge et le droit de l'économie*, éd. Petites Affiches-Montchrestien, Paris 2002, p. 113.
- Pawel Hermelinski : « Sanctions de l'abus de majorité et minorité en droit luxembourgeois », in *Comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg - Kluwer- ACE 2013/7*, p. 10.
- Patrick RAMBAUD : « Arbitrage, concession et nationalisation — quelques observations sur la sentence BP », *Annuaire français de droit international*, 1981, Vol. 27, n° 27, pp. 222-230.

- Youssef KNANI : « La clause de préemption et d'agrément, incertitude de la jurisprudence et insuffisance des textes », *Revue Tunisienne de Droit* 1992, p. 241.
- Youssef KNANI: «Le champ d'application du droit du travail», *Revue Tunisienne de Droit* 1983, p. 594.
- Youssef KNANI: «La situation de la société mère envers les créanciers de sa filiale», actes de session de formation sur «*Le Code des sociétés commerciales*», Tunis 11-12 avril 2003, éd. CEJJ, Tunis 2004, p. 9.
- Youssef KNANI: « Les conventions entre la société anonyme et ses dirigeants », in *Le Code des sociétés commerciales suite aux modifications de 2005*, actes de colloque organisé par le CEJJ les 3-4 février 2006, éd. CEJJ, Tunis 2006, partie en langue française, p. 13.
- Youssef Knani: « Les conventions entre la société anonyme et ses dirigeants à la lumière de la loi du 16 mars 2009 », *Revue de la Jurisprudence et de la Législation*, juillet 2009, spécial « *Droit des sociétés* », p. 57 et ss., spéc. pp. 66-67.
- Youssef KNANI: «L'entreprise, l'Etat et le Droit: Réflexions sur les insuffisances du droit commercial tunisien», *Revue Tunisienne de Droit*, 1993, p. 79 et ss., spéc. p. 90.
- Yves GUYON: «Groupement d'intérêt économique», *Répertoire Dalloz des Sociétés*, Tome III, n° 50.
- Yves GUYON : « Les apports partiels d'actif », *Mélanges Jeantin*, p. 237.
- Yves CHAPUT : « Absence de dissolution d'une société en inactivité a l'objet statutaire réalisable. Note sous cour de cassation (com.) 20 novembre 2012, f-p+b, n° 11-27.835, *fournier c/ portal* », *Revue des sociétés* 2013, p. 283.

باللغة الانكليزية

- Ahmed OUERFELLI : « Tunisian Case Law », *Journal of Arbitration*, No. 1, February 2009, p. 455.
- Ahmed OUERFELLI: «The Protection of Minority Shareholders Under The Law On The Economic Initiative», *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law (YIMEL)*, 2006-2007, p. 107.

- the americas* 2008, <http://www.globalarbitrationreview.com/handbooks/4/sections/8/chapters/54/brazil>.
- Soukeina BOURAOUI : Rapport introductif au colloque « *Droit criminel et sociétés commerciales* », organisé à Tunis par l'Association Tunisienne de Droit Pénal du 2 au 4 mai 1985.
- T. BOEDTS: « La loi programme du 27 décembre 2004. Nouvelles règles relatives à la convocation de l'assemblée générale dans les SA et SPRL et aux obligations de publicité pour les sociétés ayant la personnalité juridique », *R.D.C.*, 2005/3, p. 304, n°6.
- Taoufik BEN NASR: « Nullité de la société pour défaut de libération par un associé de son apport en numéraire », *Infos Juridiques*, n° 60/61, Janvier 2009, pp. 28-30.
- T. TILQUIN : « *La gouvernance d'entreprise et les groupes de sociétés* », in *Le droit des affaires en évolution. Les relations intra-groupe*, actes de colloque, éd. Bruylant - Kluwer, Bruxelles, 2004, p. 57 et ss..
- Vanessa DESOUTTER: «La responsabilité de la société mère vis-à-vis de sa filiale. Comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes», Thèse en Droit - Droit comparé Soutenue le 16 décembre 2011 En cotutelle avec l'Université d'Augsbourg - Allemagne, http://www.peterlang.com/download/extract/67565/extract_262426.pdf, p. 24.
- VENTORUZZO, M: «Freeze-Outs: Transcontinental Analysis and Reform Proposals», *Virginia Journal of International Law*. 2010, 50(4): 842-917, 842. See the *Gabhart v. Gabhart case*: 267 Ind. 370, 370 N.E.2d 345, 353 (1977).
- Walid BEN HAMIDA : « Le contrôle de la validité de la convention d'arbitrage par le juge étatique : étude des solutions tunisiennes », in *Le juge et l'arbitrage*, actes du colloque « *20è anniversaire du Code tunisien de l'arbitrage* », éd. Pedone, Paris 2014, p. 185 et ss.
- Yadh ELLOUMI: «La gouvernance d'entreprise et le commissariat aux comptes», in « *Le Code des sociétés commerciales suite aux amendements de 2005* », actes de colloque organisé par le CEJJ les 3 et 4 fév. 2005, éd. CEJJ, Tunis 2006, p. 115.
- Yadh ELLOUMI : « La révélation des faits délictueux n'est qu'une diligence accessoire », *L'Expert*, n° 99, juin 2003, p.41.

- Donald E. SCHLYER: « 'Fair Value' Determinations in Corporate «Freeze-Outs» and in Security and Exchange Act Suits: Weinberger, Other, and Better Methods », *Valparaiso University Law Review*, Vol. 19, No. 2 [1985], Art. 6, esp. p. 522.
- Elie KLEIMAN and Julie SPINELLI (*Freshfields Bruckhaus Deringer*): « Dallah: one test, two different findings », http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=11cc3a38-e17b-47f1-b8f7-cede75cd177b&utm_source=ilo+newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=arbitration+newsletter&utm_content=newsletter+2011-06-30, posted on June 30 2011.
- Emmanuel GAILLARD: « Effectiveness of Arbitral Awards, State Immunity from Execution and Autonomy of State Entities. Three Incompatible Principles », in « *state entities in international arbitration, iai series on international arbitration n° 4* (E. GAILLARD and J. YOUNAN eds., Juris Publishing, 2008), p. 179 et ss.
- Feliksas MILIUTIS: « Fair Price in Squeeze-Out Transaction », *Societal Studies*, 2013, 5(2): 769-792 ; <http://www.uni-tuebingen.de/dgf/program/CPaper137.pdf>
- François KREMER: « Criminal Liability of Directors and Legal Entities », International Law Office, 14 September 2010, http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Detail.aspx?g=afefcbd5-e915-4b6a-9b87-f7e2b5031c3f&utm_source=ILO+Newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=Litigation+Newsletter&utm_content=Newsletter+2010-09-14
- Gabriel BOTTINI: « Indirect Claims Under The ICSID Convention », 29 *Journal of Int'l Law* 563 (2014), <http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol29/iss3/2>;
- Henning E ASHEIM & Lars TORMODSGARD : « Liability of Directors of Companies in Difficulty », <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Detail.aspx?g=476aa077-830b-41c8-9e27-24693c687917>
- James H. CARTER: « Arbitration and Corporate Governance: Publicly Held Companies », OECD Experts Group Meeting on *Dispute Resolution and Corporate Governance*, Vienna, Wednesday 25th June 2003, www.oecd.org/dataoecd/2/62/3860479.pdf

- Ali MALEK and Christopher HARRIS : « A pilgrimage to Paris : Dallah vs Pakistan », *International Journal of Arab Arbitration*, vol. 2, No. 4, 2010, p. 15.
- Christoph SCHREUER : « The Dynamic Evolution of the ICSID System », in: Hofmann, Rainer & Tams, Christian (eds.), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID)- Taking Stock After 40 Years*, Baden-Baden 2007, p. 130., esp. pp. 22-23.
- C. VAN DER ELST and L VAN DEN STEEN.: « Balancing the Interests of Minority and Majority Shareholders: A Comparative Analysis of Squeeze-out and Sell-out Rights », *European Company and Financial Law Review (ECFR)* 4/2009, p. 391-439
- C.HUNTER and K.POTTER: « Legal and Practical Issues for Business Valuation in Shareholders Agreements and Minority Shareholder Rights ». Paper presented to the Canadian Institute of Chartered Business Valuators Calgary Chapter on October 1997, http://www.macleoddixon.com/documents/Business_Valuation_in_Shareholders_Agreements_and_Minority_Shareholder_Rights.pdf, p. 8.
- Daniel LUCIEN BOHR and Herbert WOHLMANN: « Top five governance principles for the corporate legal function », <http://www.ethic-intelligence.com/experts/318-is-there-a-need-for-good-governance-in-the-corporate-legal-function> [19.07.2013 10:59:57]
- Daniel J. BRADLEY, Bradford D. JORDAN, Ivan C. ROTEN, and Ha-Chin YI: « Venture Capital And Ipo Lockup Expiration: An Empirical Analysis », http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=238714
- Daniela GENTZSCH : « Objective Arbitrability of Company Law Disputes », www.uni-kiel.de/eastlaw/ws0102/Semarbeiten/Gentsch%20
- Dmitri BOREIKO and Stefano LOMBARDO: « Lockup Clauses in Italian IPOs », http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1909270, August 2011, pp. 2-3.
- Dimitris TSIBANOULIS: « General Introduction », in *Corporate Governance. Transparency and Investors' Protection in Listed Companies*, Bruylant eds., Brussels 2005, pp. 7-9.

باللغة الفرنسية

- « Arbitrage Tapie: Christine Lagarde mise en examen pour «négligence» », <http://www.lefigaro.fr/flash-eco/2014/08/27/97002-20140827FILWWW00116-arbitrage-tapie-christine-lagarde-mise-en-examen-pour-negligence.php>
- «Doing Business 2014. Comprendre les réglementations pour les petites et moyennes entreprises. Comparaison des réglementations s'appliquant aux entreprises locales dans 189 économies», publication phare du Groupe de la Banque Mondiale, World Bank eds, 2013.
- http://www.ecgi.org/codes/documents/rapport_bouton.pdf.
- « Lagarde: une météorique ascension assombrie par une affaire financière », <http://www.afp.com/fr/info/lagarde-une-meteorique-ascension-assombrie-par-une-affaire-financiere>
- « La moitié des entreprises contourneraient l'esprit de l'initiative Minder », <http://www.rts.ch/info/economie/6205170-la-moitie-des-entreprises-contourneraient-l-esprit-de-l-initiative-minder.html>, publié le 08.10.2014 à 17:30
- « La structure familiale du capital des entreprises pose un défi à l'amélioration de la gouvernance d'entreprises en Tunisie », <http://83.244.133.244/accueil.asp?page=accueil&selection=0#>
- « La Tunisie améliore son classement, mais... », in *Eco Journal*, vendredi 16 oct. 2009, p. 7 (Actualité).
- « Le nombre de sociétés cotées sur la Bourse de Tunis devrait atteindre 75 sociétés d'ici fin 2013 », http://www.ilboursa.com/marches/le-nombre-de-societes-cotees-sur-la-bourse-de-tunis-devrait-atteindre-75-societes-d-ici-fin-2013_1724
- « Le nombre stable par rapport à l'année précédente. Un peu plus de la moitié de ces créations sont le fait des auto-entrepreneurs », http://lexpansion.lexpress.fr/economie/pres-de-550-000-entreprises-creees-en-rance-en-2012_368360.html; http://lexpansion.lexpress.fr/economie/pres-de-550-000-entreprises-creees-en-rance-en-2012_368360.html#mt41G8EtPOSYHmAM.99
- http://www.parliament.nz/en-nz/pb/debates/debates/50HansD_20130702_00000028/companies-and-limited-partnerships-amendment-bill-%E2%80%94-second.

- Lucy CRAYMER : « New Zealand Moves to Tighten Company Laws », <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424127887323844804578526462549720622>, June 5, 2013 3:03 a.m. ET
- Michaela HINNER : « Objective Arbitrability of Public Law Disputes In Russian and German law ».
- Pereira SARAGGA LEAL OLIVEIRA : « Can Shareholders' Resolutions Be Annulled By Arbitral Tribunals? », *International Law Office*, 19 November 2009, [Http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Detail.aspx?G=F7e91cd5-Aeac-432a-A2b7-Cfb5ed387cf5](http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Detail.aspx?G=F7e91cd5-Aeac-432a-A2b7-Cfb5ed387cf5).
- Piotr SZWEDO : «Case Comment: Former) Yukos v. Russian Federation before the Permanent Court of Arbitration», *Journal of International Cooperation Studies*, Vol.18, No.2 (2010.10), http://www.research.kobe-u.ac.jp/gsics-publication/jics/szwedo_18-2.pdf
- Sergio BERMUDEZ and Fabiano ROBALINHO CAVALCANTI : « Arbitration of Corporate Disputes », *The Arbitration Review of The Americas* 2008, Section 2: Country Overviews, <http://www.globalarbitrationreview.com/handbooks/4/sections/8/chapters/54/brazil>
- V. R. ROMANO: «Empowering Investors: A market Approach to Securities Regulation», 107, *Yale Law Journal*, 2359 (1998).
- Xiaojun HUA: "Evolution of Bankruptcy law in China", in "Best practices for bankruptcy law in China: Leading lawyers on Interpreting New Legislation, Representing Distressed Companies, and communicating with Debtors and Creditors", Apstore Books eds, Boston, Oct. 2008.

تقارير وأدلة

باللغة العربية

- « دليل مجلة الشركات التجارية », نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2005.
- « مسؤولية الشركات عن احترام حقوق الشركات. دليل تفسيري », نشر الأمم المتحدة، مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، نيويورك وجنيف، 2012.
- « التقرير السنوي لهيئة السوق المالية. 2012 », ص. 32. تقرير منشور على الموقع الرسمي www.cmf.org.tn

- Minister for economic development, <http://www.med.govt.nz/business/business-law/pdf-docs-library/current-business-law-work/companies-act-changes/Cabinet%20Paper-NZ%20Company%20Registration%20Process.pdf>
- http://www.parliament.nz/en-nz/pb/debates/debates/50HansD_20130702_00000028/companies-and-limited-partnerships-amendment-bill-%E2%80%9494-second.
 - http://www.sivg.ch/data/uploads/publikationen/sivg-publikationen/franzoesisch/isade-position_initiative-1_-12_f.pdf
 - «Strengthening New Zealand's Resistance to Organised Crime. An all-of-Government Response», Ministry of Justice of New Zealand, August 2011, http://www.justice.govt.nz/publications/global-publications/s/strengthening-new-zealands-resistance-to-organised-crime/strengthening-new-zealands-resistance-to-organised-crime/at_download/file
 - The Arab World Competitiveness Report 2013 http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf
 - «The New Companies Ordinance», http://www.cr.gov.hk/en/publications/docs/052010_EN_part3-e.pdf.
 - «The Global Competitiveness Index 2012-2013», http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf.
 - www.webforum.org/pdf/Global_Competitiveness_Reports/Profiles/Tunisia.pdf.
 - www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2014-15.

وثائق مرجعية أخرى

- *Projet Préliminaire du Code Civil et Commercial Tunisien*, soumis à la Commission de Codification des Lois tunisiennes, David Santillana, Imprimerie Générale, J. Picard et Cie, 1899.

- « Principaux résultats de l'enquête Compétitivité 2011 », rapport publié par l'ITCEQ en janvier 2012, http://www.ieq.nat.tn/upload/files/dernieres_publications/Rapport%20enquête%202011.pdf.
- « Rapport Fitch Rating. Gouvernance d'entreprise : satisfaction pour les grandes réformes juridiques », *L'Expert*, http://www.lexpertjournal.com/details-Rapport_de_Fitch_rating-2883.html
- « Tunisie : 75 sociétés cotées en bourse, fin décembre 2013 », <http://www.africanmanager.com/149361.html> publié au 4-04-2013
- « Tunisie, Bourse de Tunis : Objectif, 85 sociétés cotées en 2014 », <http://directinfo.webmanagercenter.com/2014/01/01/tunisie-71-societes-cotees-a-la-bourse-de-tunis-objectif-85-en-2014/>, posté le 1er janvier 2014.

باللغة الانكليزية

- <http://aat.lv/latvia-as-a-holding-company-location/>
- <http://www.bridgewest.eu/company-formation-latvia>
- http://www.deloitte.com/view/en_GB/uk/industries/sportsbusinessgroup/press-release/d039400401a17210VgnVCM100000ba42f00aRCRD.htm
- «Doing Business 2015. Going Beyond Efficiency», World Bank eds, 2015.
- «Doing Business 2013. Smarter Regulations for Small and Medium-Size Enterprises», World Bank eds, 2013.
- <http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/new-zealand>.
- <http://www.doingbusiness.org/EconomyRankings>.
- «Doing Business 2007. How to Reform?», World Bank eds., Washington 2007.
- http://www.ecgi.org/codes/documents/rapport_bouton.pdf.
- <http://www.heritage.org/index/country/tunisia>
- «Investor-state Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking», UNCTAD publications, New York and Geneva, 2007.
- «New Zeland Company Registration Process», File No. M/007/AL/004/014, proposals made by the Office of the

الفهرس

مدخل عام

مقدمة

1. في أن الشركة مسألة نفسية وثقافية قبل أن تكون مسألة مالية واقتصادية . 13
2. الامتدادات الأفقية لقانون الشركات التجارية..... 17
- 1.2. قانون الشركات والقانون الدستوري..... 17
- 2.2. قانون الشركات وحقوق الإنسان 18
3. بدايات قانون الشركات في تونس 20
4. علاقة قانون الشركات التجارية بالقانون المدني..... 28
5. صدور مجلة الشركات التجارية..... 30
- 1.5. أوجه التجديد في مجلة الشركات التجارية..... 31
- 2.5. مكانة الإرادة التعاقدية في مجلة الشركات التجارية 32
- 3.5. التطور النسبي لثنائية نماذج حوكمة الشركات التجارية 34
- 4.5. تعاقب التعديلات 35
- 1.4.5. التعديلات الجزئية الأولى 36
- 2.4.5. تعديل 16 مارس 2009: تدارك الوقت الضائع 37
6. عولمة قانون الشركات 42
- 1.6. مظاهر عولمة قانون الشركات: الشركات العابرة للحدود..... 43
- 2.6. تداخل المحيط الدولي مع القانون الداخلي 45
7. المحيط المحلي: مجال تطبيق مجلة الشركات التجارية 58
- 1.7. مجال تطبيق مجلة الشركات التجارية من حيث الموضوع 58
- 2.7. تطبيق مجلة الشركات التجارية في الزمان 61
- 3.7. القانون المنطبق على الشركة (تنازع القوانين في المكان وحالة الأجانب) .. 65
8. المسؤولية المجتمعية للشركة 68
9. مضامين الكتاب 69

الجزء الأول:

القواعد المشتركة بين كافة الشركات

الباب الأول

التصنيفات الكبرى في قانون الشركات

- المبحث الأول، التمييز بين الشركة والمفاهيم المجاورة..... 75
- القسم الأول: الشركة والصيغ التعاقدية التقليدية المشابهة 75
- الفرع الأول: الشركة والجمعية: بين المصلحة العامة ومصلحة المجموعة..... 78
- الفرع الثاني: الشركة وعقد الشغل 82
- الفرع الثالث: الشركة والتناوب أو المهاية 83
- الفرع الرابع: الشركة وعقد القرض 84
- الفرع الخامس: الشركة والمؤسسة 85
- القسم الثاني: الشركة وصيغ الشراكة الأخرى..... 86
- الفرع الأول: الشركة والقراض 86
- الفرع الثاني: الشركة والمؤسسة المشتركة 88
- الفرع الثالث: الشركة وتجمع المصالح الاقتصادية 89
- الفرع الرابع: الشركة وتجمع الشركات 90
- الفرع الخامس: الشركة وصيغ الشراكة المستحدثة 90
- المبحث الثاني، التمييز بين الشركة المدنية والشركة التجارية 91

الباب الثاني:

عقد الشركة

- المبحث الأول، الشروط المتعلقة بأطراف عقد الشركة (الشركاء) 100
- القسم الأول: في من يمنع عليهم القانون إبرام عقد شركة في ما بينهم 100
- القسم الثاني: تعدد الشركاء 101
- المبحث الثاني، الشروط المتعلقة بالشركة ذاتها 102
- القسم الأول: سبب عقد الشركة 103
- القسم الثاني: مدة الشركة 103

- القسم الثالث: شكل عقد الشركة 104
- الفرع الأول: اشتراط الكتب لإنجاز موجبات الاشهار 104
- الفرع الثاني: عقد الشركة والاتفاقات الموازية 105

الباب الثالث:

مصادر تمويل الشركة

- المبحث الأول، رأس المال. تكوين رأس المال، المساهمات 111
- القسم الأول: اجتماع رأس المال 112
- الفرع الأول: بالنسبة لعموم الشركات 112
- الفرع الثاني: بالنسبة لمؤسسات القرض 116
- القسم الثاني: الشروط التعاقدية المقيدة للترفع في رأس المال 118
- المبحث الثاني: تواع رأس المال، الضرر الاحتياطي 119
- القسم الأول: الاحتياطي القانوني 119
- القسم الثاني: الاحتياطيات الإضافية 119
- القسم الثالث: الاحتياطي الحر 120
- المبحث الثالث، مصادر التمويل المكمل لرأس المال الإقتراض 120
- القسم الأول: الإقتراض البنكي 120
- القسم الثاني: الإقتراض من السوق المالية 121
- القسم الثالث: الإقتراض من الشركاء: الحساب الجاري للشركاء 124

الباب الرابع:

حماية المعنيين بأمر الشركة،

- المبحث الأول، إشهار تكوين الشركة 127
- القسم الأول: وجوب القيام بإجراءات التأسيس والإشهارات القانونية 129
- القسم الثاني: تيسير بعث الشركات عن بعد (عبر الإنترنت) 131
- القسم الثالث: نشأة الشخصية القانونية للشركة عند استكمال إجراءات الإشهار 132

- الفرع الأول: أهمية الوجوب (إمكانية اكتساب الحقوق المالية) 133
- الفرع الثاني: التمثيل القانوني للشركة 135
- الفرع الثالث: التسمية الاجتماعية 137
- الفرع الرابع: مقر الشركة 139
- المبحث الثاني: تدعيم الحق في المعلومة حول الشركة 143
- القسم الأول: بالنسبة لحق الإطلاع المستمر 144
- الفرع الأول: الإطلاع على دفتر الخاص بهوية المسيرين 145
- الفرع الثاني: الإطلاع على دفتر الحصص أو الأوراق المالية 145
- القسم الثاني: في ما يتعلق بحق الإطلاع الظرفي 147
- المبحث الثالث: الحماية القانونية للشريك 147
- القسم الأول: حماية الشريك داخل الشركة 148
- القسم الثاني: حماية الشريك من فعل الغير 150
- المبحث الرابع: مراقبة إدارة الشركة وتسييرها 152

الباب الخامس:

جنسية الشركة

- المبحث الأول: شروط اكتساب الجنسية التونسية بالنسبة للشركات 155
- المبحث الثاني: أهمية الجنسية في تطبيق اتفاقيات حماية الاستثمار الأجنبي 157

الباب السادس:

القانون الجبائي وقانون الشركات

- المبحث الأول: ترائع أهمية العمل الجبائي في اختيار شكل الشركة 161
- المبحث الثاني: تواصل أهمية العمل الجبائي في عمليات إعادة
هيكلية الشركات 163
- القسم الأول: النظام الجبائي المنطبق على إحداث شركة قابضة تدرج
بالبورصة 163
- القسم الثاني: عدم مواكبة قانون الشركات للقانون الجبائي 164

الجزء الثاني:

هيكلية المؤسسة

الباب الأول:

تقسيمات الشركات في الفقه الإسلامي

- المبحث الأول: الشروط العامة 167
- القسم الأول: العاقدان 168
- القسم الثاني: الصيغة الدالة على الإذن في التصرف 168
- القسم الثالث: المعلن 168
- المبحث الثاني: أسام الشركات عند نقضاء اللام 168
- القسم الأول: الأولى: شركة الوجوه 168
- القسم الثاني: شركة الأموال 169
- الفرع الأول: شركة المفاوضة 169
- الفرع الثاني: شركة العنان 169
- الفرع الثالث: شركة المضاربة 170
- القسم الثالث: شركة الأبدان: وتسمى أيضا شركة العمل أو شركة الصنائع 171

الباب الثاني:

تقسيمات الشركات في القانون الوضعي التونسي الحديث

- المبحث الأول: الصنف الأول الشركات ذات المخاطرة غير المحدودة
شركات الأشخاص 174
- القسم الأول: شركة المفاوضة 175
- الفرع الأول: تكوين شركة المفاوضة 176
- الفرع الثاني: حقوق الشركاء في شركة المفاوضة وواجباتهم 176
- الفرع الثالث: آثار إفلاس شركة المفاوضة على الشركاء 177
- الفرع الرابع: تسيير شركة المفاوضة 178
- الفقرة الأولى: وكيل الشركة 178
- الفقرة الثانية: أجور وكيل شركة المفاوضة في عين القانون الجبائي 179

الفرع الخامس: انحلال شركة المقارضة	179
القسم الثاني: شركة المحاصة	180
الفرع الأول: ميزات شركة المحاصة	180
الفرع الثاني: تسيير شركة المحاصة	181
الفرع الثالث: حقوق الشركاء في شركة المحاصة والتزاماتهم	182
الفرع الرابع: حل شركة المحاصة	182
القسم الثالث: شركة المقارضة البسيطة	183
الفرع الأول: مميزات شركة المقارضة البسيطة	183
الفرع الثاني: تسمية شركة المقارضة البسيطة	184
الفرع الثالث: تسيير شركة المقارضة البسيطة	184
الفرع الرابع: القرارات الجماعية في شركة المقارضة البسيطة	185
الفرع الخامس: الخروج من شركة المقارضة البسيطة	185
المبحث الثاني، الصنف الثاني، الشركات ذات المخاطرة المحدودة	185
القسم الأول: الشركات ذات المسؤولية المحدودة	186
الفرع الأول: الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ذات الشركاء المتعددين)	186
الفقرة الأولى: عقد الشركة	187
الفقرة الفرعية الأولى: البيانات المتعلقة بالشركة	187
1- التسمية الاجتماعية	187
2- رأس المال، مع بيان المؤسسة البنكية أو المالية المؤهلة لأن تودع لديها	
المبالغ المكتبة	187
3- المقر	188
4- موضوع الشركة	188
5- مدة الشركة	188
6- توزيع المساهمات المالية والعينية	188
7- تاريخ قفل الموازنة (ختم السنة المحاسبية)	188
الفقرة الفرعية الثانية: البيانات المتعلقة بالأشخاص الرئيسيين في الشركة	189
1- الهوية الكاملة لكل واحد من الشركاء	189
2- هوية الوكيل أو الوكلاء	189
الفقرة الثانية: تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة	189

الفقرة الفرعية الأولى: عدد الشركاء	189
الفقرة الفرعية الثانية: موضوع الشركة (نشاط الشركة)	190
الفقرة الفرعية الثالثة: توثيق عقد الشركة	190
الفقرة الفرعية الرابعة: رأس المال والمساهمات	190
1. التصور الأصلي (2000)	191
2. تجديد قانون حفز المبادرة الاقتصادية	191
1.2. حذف رأس المال الأدنى المستوجب لتأسيس شركة ذات مسؤولية	
محدودة والساح بالمساهمة بالعمل	191
2.2. المساهمة بالعمل	194
3. المساهمات العينية وكيفية تقديرها	194
4. تحرير رأس المال	196
الفقرة الثالثة: بطلان الشركة ذات المسؤولية المحدودة	196
الفقرة الرابعة: نظام حصص الشركة ذات المسؤولية المحدودة	198
الفقرة الخامسة: تسيير الشركة ذات المسؤولية المحدودة	200
الفقرة الفرعية الأولى: قواعد التعيين والعزل	200
الفقرة الفرعية الثانية: نظام المعاملات المبرمة بين الشركة ووكيلها	201
1. العمليات المنوعة	201
2. العمليات المقيدة	202
الفقرة الفرعية الثالثة: مسؤولية الوكلاء	202
1. دعوى المسؤولية المدنية	203
2. المسؤولية الجزائية	207
الفقرة الفرعية الرابعة: عزل الوكيل	209
الفقرة السادسة: الرقابة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة	210
الفقرة الفرعية الأولى: مراقبة حسابات الشركة ذات المسؤولية المحدودة	210
الفقرة الفرعية الثانية: مراقبة التصرف	212
الفقرة السابعة: هيكل المداولة: الجلسة العامة للشركاء	213
الفقرة الفرعية الأولى: قواعد التمام تختلف أنواع الجلسات العامة للشركاء	214
1. موجبات الدعوة إلى الجلسات العامة	214
2. الجلسة العامة العادية	216
3. الجلسة العامة الخارقة للعادة	217

- 1.3. ترفع رأس المال 220
- أ- الاختصاص باتخاذ قرار الترفع في رأس المال 220
- ب- الأفضلية في الاكتاب 220
- ج- هل يجوز اشتراط منحة إصدار عند الترفع في رأس المال؟ 221
- د- تحرير المساهمات عند الترفع في رأس المال 222
- 1.4. تخفيض رأس المال 224
- الفقرة الفرعية الثانية: القواعد المتعلقة بأرباح الشركة وتوزيعها 225
1. مآل الأرباح 225
2. منع شروط الأسد 225
3. احتساب الربح القابل للتوزيع 225
- 1.3. الأعباء القابلة للطرح لغاية تحديد الربح الصافي 227
- أ. الأعباء العامة 227
- ب. الإستهلاكات 227
- ج. المدخرات 228
- 2.3. مدى جواز توزيع تسبقات من الأرباح 228
- 3.3. طرح الاحتياطيات قبل توزيع الربح 229
- الفقرة الثامنة: انحلال الشركة ذات المسؤولية المحدودة 229
- الفقرة التاسعة: تغيير شكل الشركة ذات المسؤولية المحدودة 230
- الفرع الثاني: شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة 230
- الفقرة الأولى: تكوين شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة 231
- الفقرة الثانية: التحجيرات 232
- الفقرة الثالثة: سير أمور شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة 232
- الفقرة الرابعة: نظام حصص شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة 233
- الفقرة الخامسة: انحلال شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة 233
- الفقرة السادسة: المسؤولية الجزائية للشريك الوحيد 234
- القسم الثاني: الشركة خفية الاسم 234
- تقديم عام 234
- الفرع الأول: القواعد المشتركة بين مختلف أصناف الشركات خفية الاسم 235

- الفقرة الأولى: معيزات الشركة خفية الاسم 235
- الفقرة الفرعية الأولى: عدد الشركاء 235
- الفقرة الفرعية الثانية: مقدار رأس المال 235
- الفقرة الفرعية الثالثة: إمكانية التوجه إلى العموم عبر السوق المالية 237
- الفقرة الفرعية الرابعة: تحديد مسؤولية الشركاء 238
- الفقرة الثانية: تأسيس الشركة خفية الاسم 238
- الفقرة الفرعية الأولى: قواعد التأسيس المشتركة بين مختلف الشركات خفية الاسم 239
1. الإجراءات الخاصة بتأسيس الشركة خفية الاسم 239
- 1.1. إعداد مشروع قانون أساسي 239
- 2.1. إصدار نشرة موجهة إلى العموم (نشرة الإصدار) 240
- 3.1. وضع بطاقات الاكتاب على ذمة الراغبين في الاكتاب 241
- 4.1. تحرير الربع على الأقل من المساهمات 242
- 5.1. سحب الأموال المتأتية من الإكتابات 242
- 6.1. التصريح بالاكتاب والدفع 243
- 7.1. إيداع نظير من مشروع العقد التأسيسي 244
- 8.1. عقد الجلسة العامة التأسيسية 244
- 9.1. خصوصية إجراءات التأسيس في صورة وجود مساهمات عينية 248
2. جزاء الإخلال بقواعد تأسيس الشركات خفية الاسم 248
- 1.2. مسؤولية المؤسسين 248
- 2.2. بطلان الشركة 248
- الفقرة الفرعية الثانية: القواعد الخاصة بتأسيس شركات المساهمة 248
- الخصوصية 248
- الفرع الثاني: هياكل الشركة خفية الاسم 251
- الفقرة الأولى: هيكل المداولة: الجلسات العامة للمساهمين 252
- الفقرة الفرعية الأولى: تصنيفات الجلسات العامة 252
1. الجلسات العامة العادية 252
2. الجلسة العامة الخارقة للعادة 252
- الفقرة الفرعية الثانية: القرارات الجماعية في الشركة خفية الاسم 253
1. دعوة الجلسات العامة للمساهمين 254

- 1.1. دعوة الجلسة العامة للالتزام من قبل هيكل التسيير 255
- 2.1. دور مراقب الحسابات في دعوة الجلسة العامة للالتزام 258
- 3.1. دعوة الجلسة العامة بمبادرة من بعض المساهمين 260
- 4.1. إجراءات الدعوة لحضور الجلسة العامة 261
2. تدعيم حماية الأقلية بموجب إصلاحات 2007 و 2009 262
- 1.2. حق الأقلية في الإطلاع على وثائق الشركة 263
- أ. وضع قائمة المساهمين مع القوائم المالية وتقرير التصرف ومشاريع القرارات المقترحة على ذمة المساهمين قبل الجلسة العامة 263
- ب. حق الإعلام المستمر: تدعيم حق أخذ النسخ من الوثائق 264
- 2.2. حق الأقلية في طلب إبطال القرارات الجماعية التعسفية 265
- 3.2. حق الأقلية في طلب إجراء اختبار في التصرف لفحص بعض العمليات المسترابة 269
- 4.2. حق الأقلية في مقاضاة مسيري الشركة 270
- 5.2. حق الأقلية في طلب تعيين وكيل قضائي لدعوة الجلسة العامة للانعقاد 271
- 6.2. حق طرح الأسئلة الكتابية على المسيرين 272
- 7.2. حق الأقلية في الخروج من الشركة 273
- الفقرة الثانية: إدارة الشركة خفية الاسم 274
- الفقرة الفرعية الأولى: الشركة خفية الاسم ذات مجلس الإدارة 275
1. النظام التقليدي لإدارة الشركة خفية الاسم ذات مجلس الإدارة 275
- 1.1. عضوية مجلس الإدارة 275
- أ. في من لا يجوز أن يكونوا أعضاء بمجلس الإدارة 275
- ب. مدة عضوية مجلس الإدارة 280
- ج. التصاب وبالأغلبية للآزمان لانعقاد جلسات مجلس الإدارة 283
- د. رئاسة مجلس الإدارة 284
- د.1. انتخاب الرئيس المدير العام 284
- د.2. إمكانية تعيين رئيس مدير عام مساعد أو عدة مساعدين 288
- 2.1. صلاحيات أعضاء مجلس الإدارة وواجباتهم 288
- أ. منع أعضاء مجلس الإدارة من إبرام بعض أنواع العقود مع الشركة 291

- أ.1. تطور صياغة الفصل 200 من مجلة الشركات التجارية: مسار المنحنيات اللولبية 291
- أ.1.1. في ظل الفصل 200 من مجلة الشركات التجارية في صيغته الأصلية 292
- أ.2.1. تعديل الفصل 200 في 27 جويلية 2005 293
- أ.3.1. تعديل الفصل 200 مجددا بموجب القانون عدد 16 لسنة 2009 293
- أ.2. أصناف العمليات الممنوعة في ظل الصيغة النهائية للفصل 200 295
- ب. العمليات الخاضعة لإجراءات الرقابة الثلاثية (السابقة والمزامنة واللاحقة) 298
- ج. إعادة تأطير بعض العمليات المبرمة بين الشركة والغير 304
- ج.1. العمليات المتعلقة بالأصل التجاري 304
- ج.2. الاقتراض الهام الذي يُعقد لفائدة الشركة 304
- ج.3. بيع العقارات 305
- ج.4. ضمان ديون الغير 305
- د. الحرية المبدئية في إبرام العمليات «العادية والجارية» (العمليات الحرة) 306
- 2.2. مكافآت أعضاء مجلس الإدارة 307
- 3.2. مسؤولية أعضاء هيكل الإدارة 311
- أ. المسؤولية المدنية لأعضاء هيكل الإدارة 311
- أ.1. الخطوط التوجيهية الأساسية 312
- أ.2. إمكانية إثارة دعوى المسؤولية ضد المسيرين من قبل الجلسة العامة 315
- أ.3. تدعيم حماية أقلية المساهمين 315
- أ.4. حق المساهم في القيام بالدعوى الفردية 317
- أ.5. المسؤولية الخاصة بالرئيس المدير العام 319
- أ.6. تجديد تعديل 16 مارس 2009 في ما يتعلق بإثبات أخطاء التصرف 323
- أ.7. تجديد تعديل 16 مارس 2009 على المستوى الإجرائي 324
- ب. المسؤولية الجزائية لهيكل الإدارة 325
2. النظام المستحدث لإدارة الشركة خفية الاسم ذات مجلس الإدارة:
- خيار الفصل بين رئاسة المجلس والإدارة العامة للشركة 330
- الفقرة الفرعية الثانية: الشركة خفية الاسم ذات هيئة الإدارة الجماعية ومجلس المراقبة 332

1. هيئة الإدارة الجماعية 333
2. هياكل الرقابة الداخلية : مجلس المراقبة 335
- 1.2. عضوية مجلس المراقبة 337
- 2.2. تعيين أعضاء مجلس المراقبة 338
- 3.2. تركيبة مجلس المراقبة 338
- 4.2. مهام مجلس المراقبة 339
- 5.2. النصاب والأغلبية 339
- 6.2. مكافآت أعضاء مجلس المراقبة 339
- 7.2. مدة وكالة أعضاء مجلس المراقبة 340
- 8.2. مسؤولية أعضاء مجلس المراقبة 340
- أ. المسؤولية المدنية 340
- ب. المؤاخذة الجزائية 341
3. نظام الاتفاقيات المبرمة بين الشركة وأعضاء هيئة الإدارة الجماعية أو أعضاء مجلس المراقبة، والخاضعة للمراقبة الخاصة 342
- 1.3. التصنيف الثلاثي للعمليات المبرمة بين الشركة ومسيرها 343
- 2.3. إطار تعديل سنة 2009 343
- الفقرة الثالثة: الرقابة في الشركة خفية الاسم 344
- الفقرة الفرعية الأولى: الرقابة الدأخية على التصرف. اللجنة الدائمة للتدقيق 345
1. مهام اللجنة الدائمة للتدقيق 345
2. تركيبة اللجنة الدائمة للتدقيق 346
3. مكافأة أعضاء اللجنة الدائمة للرقابة 348
- الفقرة الفرعية الثانية: مراقبة المحاسبة 348
1. تدعيم دور مراقب الحسابات في مجلة الشركات التجارية 350
- 1.1. الشركة خفية الاسم خاضعة لمراقبة الحسابات بحكم شكلها 351
- 2.1. تعيين مراقب الحسابات 355
- أ. الاختصاص بتعيين مراقب الحسابات 355
- ب. تحديد عدد مراقبي الحسابات من قبل سلطة التعيين 356
- ج. مراقبة الحسابات في طور التأسيس (؟) 358
2. مدة وكالة مراقبي الحسابات 358

3. إنجاز مهام مراقبة الحسابات 360
- 1.3. طبيعة المهمة المستندة إلى مراقب الحسابات 360
- 2.3. أنواع التقارير التي يحررها مراقب الحسابات 366
- أ. التقرير العام 366
- ب. التقرير الخاص 366
- 3.3. العناية المهنية الخاصة المحمولة على مراقب الحسابات 370
- 4.3. مساعدو مراقب الحسابات 371
4. الأحكام الخاصة بمراقبة حسابات مؤسسات التوظيف الجماعي في الأوراق المالية 371
5. نهاية مهام مراقب الحسابات 374
6. مراقب الحسابات والقانون الجزائي 377
- 1.6. تجريم «المصادقة» على قوائم مالية غير آمنة 377
- 2.6. زجر التخلف عن إعلام النيابة العمومية بالجرائم 380
- أ. النطاق الموضوعي لواجب الإعلام 382
- ب. النطاق الشخصي لواجب الإعلام 383
- 3.6. المسؤولية الجزائية «العرضية» 383
- أ. المسؤولية الجزائية الجبائية 384
- ب. المسؤولية الجزائية عن التخلف عن الإشعار بيوادر صعوبات المؤسسة 384
- الفرع الثالث: الأوراق المالية 385
- الفقرة الأولى: الإطار العام 385
- الفقرة الفرعية الأولى: وجوب أن تكون كافة الأوراق المالية اسمية: إلغاء الأوراق المالية التي تكون للحامل 386
- الفقرة الفرعية الثانية: الأوراق المالية التي لا تنطبق عليها مجلة الشركات التجارية 387
- الفقرة الفرعية الثالثة: دور الإرادة التعاقدية في إحداث أصناف جديدة من الأوراق المالية 387
- الفقرة الفرعية الرابعة: أصناف الأوراق المالية التي ألغتها مجلة الشركات التجارية 389
1. الأسهم ذات حق التصويت المضاعف (أو المتعدد) 389
2. حصص الأرباح أو حصص التأسيس 389

- 1.2. الإطار العام لنظام إلغاء حصص الأرباح وحصص التأسيس 390
- 2.2. النظام الجديد لإلغاء حصص الأرباح في ظل إصلاح 16 مارس 2006 391
- أ. وضع أجل للمالك حصص الأرباح لممارسة حقوقه 392
- ب. تعهد المحكمة بالتقدير 392
- ج. الإبقاء على الخيار الممنوح للجلسة العامة 392
- د. حفظ حق مالك الحصص عند سكوت الجلسة العامة 393
- الفقرة الثانية: أصناف الأوراق المالية 393
- الفقرة الفرعية الأولى: الأوراق المالية الممثلة لمساهمة في رأس المال 394
1. الأسهم (العادية أو التقليدية) 394
2. الأسهم ذات الأولوية في الربح دون حق اقتراع 396
3. الأوراق المالية المتولدة عن تفكيك الأسهم التقليدية 398
- 1.3. شهادات الاستثمار 398
- 2.3. شهادات حق الاقتراع 398
- الفقرة الفرعية الثانية: الأوراق المالية الممثلة لدين جماعي في ذمة الشركة 399
1. الرقاع 399
- 1.1. الرقاع العادية 399
- 2.1. الرقاع القابلة للتحويل إلى أسهم 399
2. سندات المساهمة 400
- الفقرة الثالثة: نظام الأوراق المالية 400
- الفقرة الفرعية الأولى: إصدار الأوراق المالية وكتل الأوراق المالية 400
1. الاختصاص باتخاذ قرار الإصدار 400
- 1.1. الاختصاص العادي للجلسة العامة الخارقة للعادة 400
- 2.1. الاختصاص الاستثنائي للجلسة العامة التأسيسية 401
2. دور سلط الرقابة 401
- 1.2. هيئة السوق المالية 401
- 2.2. مراقب الحسابات 402
- 3.2. مراقب الحصص العينية 403
- الفقرة الفرعية الثانية: مسك حسابات ودفاتر الأوراق المالية 403
- الفقرة الفرعية الثالثة: ممارسة الحقوق المتصلة بالأوراق المالية 404

- الفقرة الفرعية الرابعة: تداول الأوراق المالية 406
1. البيع الرضائي 410
- 1.1. البيع لفائدة أحد المساهمين 411
- 2.1. البيع لأجنبي عن الشركة 413
2. البيع الجبري 417
- 1.2. أوجه البيع الجبري 417
- أ. البيع القضائي الواقع تنفيذاً لحكم صادر بالأداء 417
- ب. البيع في إطار إجراءات التنفيذ بالبورصة 418
- ج. الشراء الوجوبي: وجوب تقديم عرض عمومي للشراء في صورة اقتناء كتلة أسهم تمنح صاحبها السيطرة على حقوق التصويت 419
- 2.2. مسؤولية الوسيط بالبورصة في عملية بيع الأسهم 424
- أ. في من تحمل عليهم التزامات الوكيل 424
- 1.1. في القانون التونسي 425
- 2.1. في القانون المقارن 433
- ب. مبادلة الأوراق المالية 438
2. انتقال ملكية الأسهم بحكم القانون: الميراث والمصادرة 439
- 1.2. المصادرة المستندة إلى إدانة جزائية 440
- 2.2. المصادرة غير المستندة إلى إدانة 440
- الفقرة الفرعية الخامسة: حق الأفضلية في الاكتتاب 442
- الفقرة الفرعية السادسة: تغيير طبيعة الأوراق المالية 443
- القسم الثالث: شركة المقارضة بالأسهم 443
- الفرع الأول: رأس المال 444
- الفرع الثاني: إدارة الشركة 444
- الفرع الثالث: مراقبة شركة المقارضة بالأسهم 445
- الفرع الرابع: الجلسات العامة 446
- الفرع الخامس: تغيير شكل الشركة 447
- الفرع السادس: انحلال الشركة 447
- القسم الرابع: الشركات ذات رأس المال المتغير 448
- الفرع الأول: مبلغ رأس المال 449

الفقرة الثانية: نطاق المفعول الملزم للشرط التحكيمي المدرج في العقد	
التأسيسي للشركة.....	686
الفقرة الثالثة: تمثيل الشركة في النزاع التحكيمي.....	689
الفرع الثاني: التحكيم في نزاعات تأمين الشركات (النزاعات مع «الغير»).....	690
الفقرة الأولى: صيغة التأمين وتأثيرها على التحكيم.....	690
الفقرة الثانية: حق الشريك في رفع الدعاوى الفردية ضد الدولة القائمة	
بالتأمين.....	693
المبحث الثاني: الشركة والمصادرة.....	702
القسم الأول: التصرف في الأسهم والحصص موضوع المصادرة.....	703
القسم الثاني: حدود مسؤولية الدولة تجاه دائني الشركة التي تتم مصادرة	
جزء من رأس مالها.....	705
القسم الثالث: التعامل مع الصعوبات الاقتصادية التي تعترض الشركة بعد	
مصادرة جزء من رأس مالها.....	708
المبحث الثالث: الشركة أمام القضاء الجزائري.....	714
القسم الأول: عدم تكريس المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي كمبدأ	
عام في القانون التونسي.....	716
القسم الثاني: تكريس المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في المادة	
الجبائية.....	722
الفرع الأول: قاعدة الفصل 107 من مجلة الحقوق والجراءات الجبائية.....	722
الفرع الثاني: حمل المسؤولية الجزائية على مسير الشركة الذي ثبتت مسؤولية	
عن الفعل الإجرامي.....	723
القسم الثالث: المسؤولية الجزائية للمسير الفعلي / الواقعي.....	725
خاتمة الكتاب	
قائمة المراجع.....	739
الفهرس المفصل.....	775

