

التوقف عن الدفع في الشركات التجارية

دورة دراسية

الخميس 10 افريل 2003

بمقر المعهد

البرنامج

- 9.00 - كلمة الإفتتاح
- السيد حسن بن فلاح
المدير العام للمعهد الأعلى للقضاء
- 9.10 - التقرير التمهيدي
- السيد أحمد الورفلي
القاضي الباحث بمركز الدراسات
القانونية والقضائية
بوزارة العدل وحقوق الانسان
- 9.40 - مفهوم التوقف عن الدفع
- الأستاذ توفيق بن نصر
أستاذ جامعي ومحام
- 10.00 - استراحة
- 10.15 - آثار التوقف عن الدفع
- السيدة كريمة شلاقو
القاضي بالمحكمة الابتدائية بقرمبالية
- 10.30 - تحديد تاريخ التوقف عن الدفع
- السيدة ايمان عبد الحق
استاذة جامعية
- 11.00 - نقاش
- 13.00 - نهاية الأشغال



الجمهورية التونسية
وزارة العدل وحقوق الإنسان
المعهد الأعلى للقضاء

دورة دراسية حول

التوقف عن الدفع

في قانون الإجراءات الجماعية

La cessation des paiements dans le droit des
procédures collectives

التقرير التمهيدي

أحمد الورفلي

قاض باحث ومدرّس جامعي

تونس، 10 أفريل 2003

مقدمة

يعدّ مفهوم التوقّف عن الدّفع المفهوم المركزي في قانون الإجراءات الجماعية. فطالما لم تبلغ المؤسسة هذا الوضع، فإنها غير معنية بهذا القانون. وقد ظهر هذا المفهوم كمفهوم قانوني تحت تأثير الإهتزازات التي شهدتها المجال الإقتصادي في العصر الحديث، وبذلك حل محل مفهوم "العسرة" و"الإعسار" الذي كان سائدا في العصور القديمة، والذي كان يتسم بشيء من الغموض والضبائية، بما يترك هامشا كبيرا من حرية الاجتهاد للقاضي أو للأمر عند تعامله مع هذه الوضعية، علاوة على عدم وجود تمييز واضح بين النظام الذي يخضع له التاجر والنظام الذي يخضع له غير التاجر.

وعلى عكس ذلك، فإن القانون الحديث يخص التجار بنظام متميز يقوم على فكرة مقتضاها أن عدم النجاح هو أحد المخاطر الطبيعية للنشاط التجاري ولبعث المؤسسات التجاري، وهو ما يوجب مراعاة هذا المعطى في التشريع المتعلق بهذا المجال. ولئن تميّزت التشريعات القديمة، ومنها المجلة التجارية الصادرة في 5 أكتوبر 1959، بكثير من التشدد في معاملة التاجر الفاشل، من منطلق أن الفشل لا يمكن أن ينجم إلا عن سوء نيته (mauvaise foi) أو عن سوء تدبيره وطيشه (maladresse)، فإن تعاقب الأزمات الاقتصادية بسبب احتدام المنافسة ووفرة الرّض ومحدودية الطّلب، بسبب أزمات الإفراط في الإنتاج، على غرار ما حصل سنة 1929، والطوارئ السياسية التي هزّت عالم الإقتصاد برمته، على غرار ما وقع إثر حرب العبور سنة 1973 وحرب الخليج الثانية (1990) والهجوم على نيويورك وواشنطن (11 سبتمبر 2001) وحرب الخليج الثالثة التي لا تزال رهاها دائرة الآن (2003)، كل ذلك جعل الجميع يقتنع بأن فشل مؤسسة اقتصادية تونسية قد يكون سببه حدث سياسي أو طارئ من بلد في أقاصي القارة الآسيوية لم يسبق لأي تونسي أن وطئ أرضه، وأن رجل الأعمال، مهما بلغت براعته وحده ذكائه وقدرته على التنبؤ أو الحساب بطريقة علمية، معرض إلى الفشل مثله في ذلك كمثل المغامر الطائش الذي لا يحسن التدبير والتقدير. وقد جاء إدراج مفهوم "إنقاذ المؤسسات" في بعض التشريعات الحديثة كتعبير من المشرعين عن وعيهم بجملة هذه المعطيات، فصدر في فرنسا القانون عدد 98 لسنة 1985 المؤرخ في 25 جانفي 1984، والمتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية. وفي سنة 1995، تم إصدار قانون مماثل في تونس، وهو القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أبريل 1995 والمتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية. وقد عرف هذا

القانون تنقيحاً وحيداً، يمكن القول إنه جاء بسرعة، بمقتضى القانون عدد 63 لسنة 1999 المؤرخ في 15 جويلية 1999، والذي شمل عديد فصوله وأحكامه، ومنح دوراً أكبر للجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية ولصندوق تنمية القدرة التنافسية وغيرهما من الهياكل الراجعة بالنظر إلى وزارة الصناعة.

أما القانون الفرنسي، فقد عرف تغييراً شكلياً على غاية من الأهمية، إذ أنه، وبعد نزعة تشييت النصوص، وقع الرجوع إلى فكرة التقنين والتجميع، فأرجعت الأحكام المتعلقة بإنقاذ المؤسسات الاقتصادية إلى المجلة التجارية، وكذلك شأن الأحكام المتعلقة بالشركات التجارية. فقد جاء المرسوم المؤرخ في 18 سبتمبر 2000 بإرجاع الأحكام المتعلقة بإنقاذ المؤسسات إلى المجلة التجارية الفرنسية.

وفي تونس، ظل القانون المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية مستقلاً بذاته، ولم يشأ المشرع أن يضعه جنب الأحكام المتعلقة ببقية الإجراءات الجماعية، والتي تتلخص حالياً في التفليس، والمدرجة في المجلة التجارية. وربما يحصل ذلك في مستقبل الأيام. من يدري ؟

ومهما يكن من أمر، فإن الإختلاق الجوهري بين القانونين التونسي والفرنسي لا يقتصر على هذا الجانب الشكلي، بل يهم بالأساس المؤسسات المنظمة في أحكام الإجراءات الجماعية. فالقانون الفرنسي قد استغنى عن إمكانية تفليس الذوات المعنوية، ولم يبق التفليس إلا بالنسبة إلى الأشخاص الطبيعيين، سواء تعلق الأمر بالشخص الطبيعي الذي يستغل مؤسسة فردية، أو الشخص الذي يعاقب بالتفليس الشخصي بحكم صفته كمسير وارتكابه لأخطاء في التصرف تبرر معاقبته.

ويلاحظ الفقه أن مفهوم التوقف عن الدفع هو مفهوم أساسي في هذه المادة، وأن تحديد تاريخه له أهمية بالغة، وذلك باعتبار أن فتح إجراءات الإنقاذ قبل أوانها من شأنه أن يضر بالمؤسسة إذ يززع سمعتها ومكانتها في السوق حال أنها ليست في حاجة إلى دخول بوابة الإجراءات الجماعية، مع ما في ذلك من خسارة لسمعتها وتراجع ثقة المتعاملين فيها. أما فتح هذه الإجراءات بعد أونه، فإنه يؤدي إلى تفويت فرصة الإنقاذ إذ أن الحالة تكون قد تدهورت والصعوبات تكون قد استفحلت إلى درجة يصعب تداركها.⁽¹⁾ فإجراءات الإنقاذ مثل كل الأدوية : تضر الجسم الصحيح ولا تنفع الجسم الذي بلغ ذروة الإعتلال.

على أن نجاعة إجراءات الإنقاذ ليست دائماً مضمونة، إذ أن إنطلاق الإجراءات يبقى دائماً رهين شجاعة مسيري المؤسسة وإقدامهم على طلب النجدة في الإبان. والغالب أن يأتي

(1) André JACQUEMONT : « Droit des entreprises en difficulté » ; éd. Litec, 2^{ème} édition, Paris 2002, p.50, n° 87-88.

نداء الإستغاثة متأخرا. فكم من مسير جعله خوفه من الفضيحة يصل إلى حالة ميؤوس منها ولا فكاك منها، وكم من مؤسسة كانت لها حظوظ واضحة وجدية للنجاة من صعوباتها، لكنها لم تتمكن من ذلك بسبب تراخي مسؤوليها وأملهم الزائف في معجزة تجعلهم "يقفزون" على واقعهم المرير. وكم من شركة عملاقة اندثرت لأن من لهم سلطة القرار فيها آمنوا أكثر من اللازم بمقولة : "هذا لا يمكن أن يحصل إلا للآخرين" (ça ne peut arriver qu'aux autres).

فالثقة في النفس أمر طيب، إلا أن الغرور أو المجازفة المبالغة فيها لا يمكن إلا أن تؤدي بصاحبها إلى ما لا تحمد عقباه.

ويمكن من خلال مجمل النصوص التشريعية التونسية أن نتبين أن أهم الإشكاليات التي يطرحها التوقف عن الدفع تتمثل في ما يلي :

1- أسباب التوقف عن الدفع.

2- صعوبات تحديد المفهوم،

3- صعوبات تحديد التاريخ،

4- تعدد الآثار وتنوعها.

أسباب التوقف عن الدفع

ينجم التوقف عن الدفع عن عوامل متعددة، يمكن تصنيفها صنفين : أسباب داخلية، وأسباب خارجية. فالأولى تعزى إلى المؤسسة وهيكلتها وكيفية تسييرها، بينما تعود الثانية إلى عوامل لا يد للمؤسسة فيها.

أولا : الأسباب الداخلية :

تتعلق الأسباب الداخلية أساسا بهيكل المؤسسة وبالمناخ الإجتماعي داخلها، وبكيفية تسييرها وإدارة شؤونها.

• هيكل المؤسسة :

قد يكون مصدر الإشكال هو الشكل القانوني، وخصوصا إذا كانت تتخذ شكل شركة أشخاص، إذ إن شفافية هذه الشركة تجعلها محلا لخلافات عديدة بسبب إطلاق يد كل واحد من الشركاء للتصرف باسم الشركة ما لم ينص العقد التأسيسي. كما قد تكون الصعوبات راجعة إلى ثقل الجهاز الإداري للشركة، وخصوصا إذا تضخم هيكل التسيير وتم وضع قيود عديدة على عملها. ويمكن أن ينجم الإشكال أيضا عن تداخل المهام بين المسيرين ووجوب استشارة هياكل لا تجتمع بصفة دورية أو بسهولة، مما يعطل اتخاذ القرارات. كما قد تنجم الصعوبة

عن غياب أساليب رقابة ناجعة على أعمال المسيرين أو تواطؤ جهاز الرقابة مع هيكل التسيير، بما يوجد أبوابا للتلاعب.

كما قد تتجر الصعوبات عن البيروقراطية المفرطة ووجود ستائر سميكة بين مختلف مصالح المؤسسة، وضرورة الرجوع إلى أعلى الهرم حتى بالنسبة إلى المسائل البسيطة. ومن أكثر الإشكالات تعقيدا، بطء وصول المعلومة إلى مركز القرار بسبب تهرؤ نظام التواصل داخل المؤسسة وتآكله، وغياب الشفافية، وكذلك غياب الهياكل المختصة في تحليل المعلومة وإبلاغ الإستنتاجات إلى أهل القرار.

• الجانب الإجتماعي داخل المؤسسة :

- يمكن أن تتجم الصعوبات عن أحد عدة أوضاع أو ظواهر، وخصوصا :
- عدم وضع الرجل المناسب في المناسب بتوزيع المهام والمسؤوليات بين الإطارات وأعوان التنفيذ بشكل عشوائي وغير عقلاني،
- عدم ضخ دماء جديدة في المؤسسة والإبقاء على إطار بشري متجمد ومتكلس لا يواكب التطورات، وعدم تحيين التكوين العلمي للأعوان وغياب الرسكلة،
- غياب الحوار بين هيكل التسيير والأجراء، مما يخلق جوا من التوتر وعدم الرضا، يؤدي إلى الرغبة في تخريب المؤسسة والإضرار بمكاسبها،
- عدم تلاؤم الأجور والإمتيازات مع قيمة المجهود في الإتجاهين. والمقصود هو إما منح الأجراء مستحقات وامتيازات تقل عن قيمة المجهود الذي يقدمونه، خصوصا إذا كان نظراؤهم في مؤسسات أخرى يحققون مداخيل أفضل، مما يؤدي إلى انفرط العقد، بهروب عديد الإطارات والأعوان الممتازين إلى مؤسسات أخرى، مما يؤدي إلى إفراغ المؤسسة من أفضل طاقاتها، وإما منح الأجراء مستحقات تزيد عن قيمة المجهود الذي يقدمونه، وهو إهدار لإمكانات المؤسسة، وتبذير يضر بها ولا يؤدي إلى تشجيع العملة على مزيد الإنتاج، بل يؤدي إن كان غير مدروس إلى بث روح التسبب والتهاون.

• كيفية إدارة المؤسسة والتصرف في شؤونها :

إلى جانب الإشكالات المتعلقة بمسالك اتخاذ القرار داخل المؤسسة وغياب الشفافية كما تم بسطه، فإن المؤسسة قد تشكو من غياب العقلانية أو النزاهة في التسيير. فقد يكون مسيروها مفتقرين إلى الحكمة أو إلى الحنكة في التسيير، مما يؤدي إلى انتهاج سياسة غير سليمة (maladroite). وأخطر من ذلك أن يكون المسيريون غير نزهاء، فيعتمدون أساليب غير نزيهة في التسيير، كأن يعمدوا إلى الإعتساف في استعمال أموال الشركة ومكاسبها، مما

يلحق بها أضرارا جسيمة، خاصة إن كانوا متواطئين مع هيكل الرقابة (مراقب الحسابات أو مجلس المراقبة).

ثانيا : الأسباب الخارجية :

من المعلوم أن عديد المؤسسات التونسية كانت تحقق نتائج ممتازة، ولم تكن تشكو أي صعوبات قبل فرض الحظر على الجماهيرية الليبية ثم الحصار على الجمهورية العراقية. كما أن عديد المؤسسات الأخرى تدهورت حالتها إثر انتشار ظاهرة التجارة الموازية والمساالك التجارية غير المنظمة والبعيدة عن أيادي إدارة الجباية. كما تتأثر المؤسسة بأحوال السوقين المالية والنقدية، وخصوصا عندما تكون نسب الفائدة مرتفعة، وعندما يعمد المقرضون إلى اتدعتماد نظم لاحتساب الفوائض تؤدي إلى ارهاق المدينين، لأسباب متعددة، إذ يؤدي ذلك إلى ثقل المديونية وعجز المؤسسة عن مجابعتها.

ويخلص من ذلك أن الأسباب الخارجية للصعوبات يمكن حوصلتها في ما يلي :

• الأزمات والحوادث السياسية الطارئة وغير المتوقعة :

وقد ذكرنا كمثال على ذلك حربي الخليج والحصار على الجماهيرية الليبية وما نجم عنهما من أضرار على المؤسسات التونسية.

• احتدام المنافسة بأشكالها ومختلف أساليبها على الصعيدين الداخلي والخارجي :

ذلك أنه إلى جانب المنافسة النزيهة، فإن المؤسسات التونسية تشكو من مزاحمة السوق الموازية، وهي مزاحمة تمس بقوانين السوق إذ أنها لا تكون على أساس المساواة، باعتبار أن السوق الموازية لا تخضع إلى الجباية، مما يجعل المتعامل فيها يستعمل "الإعفاء الجبائي" الفعلي كهامش ربحن وهو ما يتسنى للتاجر النظامي.

• تكلفة الإقتراض من السوق النقدية وصعوبات الولوج إلى السوق المالية :

ذلك أن ارتفاع نسب الفوائض البنكية يجعل المؤسسات تجابه صعوبات لا قبل لها بها، خصوصا في مرحلة انطلاق النشاط، إذ لا تكفيها مواردها لخلاص الفوائض، فبالك بأصل الدين، مع بقية الأعباء. وفي الحقيقة، فإن المؤسسات التونسية عانت كثيرا من هذه الإشكالية بسبب ارتفاع نسب الفوائض والتي شهدت تخفيضات متواصلة منذ أواسط التسعينات حتى الأيام الأخيرة- وخصوصا بسبب ضعف نسبة التمويل الذاتي. كما أن الولوج إلى السوق المالية أمر غير هين ولا يتسنى لجل المؤسسات بسبب صعوبة تحقيق شروطه، بما يجعل المؤسسة مضطرة إلى الإقتراض من السوق النقدية أو الضغط على أعبائها وبرامجها بشكل لا ييسر سيرها.

صعوبات تحديد المفهوم

إن أول إشكال يعترض القاضي عند تعاطيه مع الإجراءات الجماعية هو ذلك المتعلق بتحديد ما إذا كانت المؤسسة متوقفة عن الدفع أم لا. فهذا هو مفتاح الإجراءات الجماعية. ويمكن أن يفهم من مجمل التشريع التونسي واجتهادات الفقه والقضاء أنه قبلاً صدور قانون 17 أبريل 1995، كان التوقف عن الدفع يؤخذ على أنه الوضع الميؤوس منه والذي لا يرجى أن تتخلص المؤسسة منه إلا إن حصلت معجزة. فهو الوضع الذي لا يمكن أن يوجد أي حل مفيد لمجابهته وتدارك آثاره المدمرة على المؤسسة (situation irrémédiablement compromise). وهذا الوضع لا يمكن إلا أن يؤدي إلى الإفلاس، والذي يتمثل في وضع حد للوجود المادي والقانوني للمؤسسة من خلال تصفيتها وبيع أملاكها في إطار اتحاد الدائنين (l'union)، إلا إذا اتضح خلال إجراءات الفلسفة وجود إمكانية لإنقاذها ترضي الدائنين، فيبرم بشأنها صلح بسيط أو يتخلى الدائنون عن مستحققاتهم إما لعدم جدوى التتبع أو بتخلي المدين عن الأصول الراجعة له إلى بعضهم.

إلا أنه وبصدور قانون 17 أبريل 1995 أصبح المرور إلى الفلسفة يستوجب العبور بمعبر وجوبي واضطراري، وهو إجراءات الإنقاذ التي جاء بهات هذا القانون إلا في صورتين استثنائيتين جاء بهما الفصل 27 من القانون المذكور، وهو ما يعني حتماً أن المؤسسة التي تنتفع بإجراءات الإنقاذ يجب أن تكون في وضع أقل خطورة من الوضع المفضي إلى الإفلاس، إذ أنه لا يقع الحكم بالتفليس إلا بالنسبة إلى المؤسسة التي يتعذر إنقاذها. غير أن الفصل 18 من هذا القانون لا يبيح فتح إجراءات التسوية القضائية إلا إذا كانت المؤسسة المدينة متوقفة عن الدفع، وهو ما يوجب تمييز هذا المفهوم عن نظيره المكرس في إطار أحكام الإفلاس.

ولئن ذهبت بعض المحاكم إلى اعتبار أن التوقف عن الدفع على معنى الفصل 18 من قانون 17 أبريل 1995 هو الوضع الميؤوس منه، فإن من الجلي أن هذا الفهم لا يستقيم، إذ يؤدي إلى القول إن نفس الوضع يوجب في نفس الوقت فتح إجراءات التسوية وإجراءات التفليس، وهو ما حدا ببعض المحاكم والدوائر والفقهاء إلى القول بضرورة تمييز المفهومين.

والمنطلق الأساسي لهذا التمييز يتمثل في معطى منطقي. فالوضع الميؤوس منه هو وضع لا مخرج ولا فكاك منه، مهما كانت التوضيحات التي سيتحملها المتعاملون مع المؤسسة، وبالتالي فهو يفترض استحالة الإنقاذ. فلا جدوى إذا من فتح إجراءات التسوية إذا كانت المؤسسة قد بلغت هذا الوضع. ولئن كان الفصل 27 من قانون 17 أبريل 1995 يوجب

المروور بصفة أولية بإجراءات التسوية، فإن النتيجة الحتمية لذلك هي أن المؤسسة التي بلغت وضعها ميؤوساً منه يتم عرضها على إجراءات التسوية، ثم تختتم هذه الإجراءات لتعقبها حتماً إجراءات الفلسة، بعد أن تتحقق المحكمة من استحالة انقاذها.

ومعنى ذلك أن التوقف عن الدفع على معنى قانون 17 أبريل 1995 هو وضع صعب لا محالة، إذ أن القانون نفسه عنوانه "قانون يتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية". إلا أن هذه الصعوبات، والتي يفترض أن تكون على درجة من الجدية توجب اللجوء إلى هذه الإجراءات الخاصة والإبتعاد عن الشريعة العامة، والتي تخول للدائنين توشي سبيل التتبع الفردي والتنفيذ الفردي على أموال المدين منقولة كانت أم عقارية، هي في نفس الوقت صعوبات يمكن تجاوزها وإيجاد حل لها، وإلا لما أمكن انقاذ المؤسسة.

فهذه الصعوبات ليست صعوبات عابرة وبسيطة يمكن للمؤسسة تجاوزها باعتماد امكانياتها الفردية، وليست أيضاً صعوبات يستحيل تداركها أو درؤها، وإنما هي بين ذلك. فهي بالأساس صعوبة متمثلة في نقص السيولة ووسائل الدفع بشكل عام (الخزانة والحسابات البنكية وما إليهما)، يرجى أن تتمكن المؤسسة من الخروج منها إن أبدى الدائنون درجة من رحابة الصدر تجعلهم يقبلون ولو على مضض تمديد آجال الخلاص، وإن اقتضى الحال ذلك فالتضحية بجزء من مستحقاتهم، في سبيل انقاذ المؤسسة، وبالتالي الحفاظ على حظوظهم في استخلاص الباقي، علاوة على المحافظة على شريك اقتصادي، قد يكون حريفاً أو مزوداً هاماً أو حتى لا بديل له.

ويمكن بالتالي تعريف التوقف عن الدفع في إطار الفصل 17 من قانون 7 أبريل 1995 بأنه يتمثل في عدم كفاية الأصول القابلة للتصرف فيها حالاً أو على المدى القصير لمجابهة الديون الحالية والت طلب أصحابها خلاصها أو التي يحل أجل الوفاء بها على المدى القصير.

صعوبات تحديد التاريخ

إلى جانب صعوبة تحديد مفهوم التوقف عن الدفع، والناجم بنسبة هامة عن ازدواجيته، فإن القاضي تعترضه صعوبة تتعلق بإثبات تاريخ التوقف عن الدفع. ومرد أهمية هذه المسألة هو أن المشرع يضع قرينة على أن المدين الذي يصبح واعياً بتعرضه إلى صعوبات جدية وخطيرة يصبح شخصاً بلا بوصلة، يتصرف بكثير من الارتباك والتسرع، ولا يحسن التعامل مع المسائل، لأنه يخشى في نفس الوقت أن يفتضح أمره، وأن يفوت على نفسه فرصة الإنقاذ بعدم كشف وضعيته إلى دائنيه وإلى القضاء، علاوة على خشيته على منصبه الشخصي إن تعلق الأمر بمسير شركة، إذ أن الشركاء لن يكون لهم استعداد كبير للقبول ببقائه في منصبه.

كل ذلك إلى جانب خشيته من التعرض إلى العقوبات الجزائية المرتبطة بالتفليس، كالعقوبة المقررة في صورة التسبب في الإفلاس والإفلاس الإحتيالي.

كل هذه العوامل تجعل المدين يعتمد إلى الموارد والتستر على وضعه ومحاولة إيجاد حلول تلافيفية ترقيعية، كثيرا ما تتمثل في منح امتيازات غير معقولة إلى بعض الدائنين الذين يأمل أن يساعده بشكل أو بآخر أو بأن يتستروا على وضعيته بعد اكتشافهم لها، أو تتمثل في محاولة تهريب ما أمكن من أمواله لإبعادها عن أيادي الدائنين، بما يجعله يعتمد أساليب ملتوية لوضعها بعيدا عن أيدي غرمائه، كأن يحول ملكيتها إلى أفراد عائلته وغيرهم من الأشخاص الذين لهم مكانة خاصة لديه، كالأصدقاء والعشيق...

وحماية لمصالح الدائنين، يفترض المشرع أن العمليات التي يبرمها المدين في هذه المرحلة تعد عمليات مسترابة ومشكوك في نزاهتها أو في احترامها للمصالح الإعتيادية للمؤسسة. فسميت هذه الفترة فترة الريبة (Période suspecte). وقد وضع المشرع قرينة على أن العمليات التي تبرم خلال هذه الفترة مسترابة، ووضع آليات للدائنين لإبطالها، وجعل إبطال بعضها آليا ووجوبيا، بينما منح المحكمة سلطة هامة للإجتها في البقية، وخصوصا في أحكام الفصلين 463 و464 من المجلة التجارية في ما يتعلق بالتفليس، وكذلك الفصل 32 من قانون 17 أفريل في ما يتعلق بالتسوية القضائية.

وحتى يتسنى تطبيق هذه الأحكام، فإن القاضي مطالب بتحديد تاريخ بداية فترة الريبة، أي تاريخ التوقف عن الدفع. وستبرز الأستاذة إيمان عبد الحق أهمية هذه المسألة وما لها من وثيق الارتباط بمسألة الإثبات، وخصوص إثبات التوقف عن الدفع.

تعدد الآثار وتنوعها

تترتب عن التوقف عن الدفع آثار عديدة ومتنوعة بحسب الأحوال. وأول هذه الآثار هو تحميل المدين واجب المبادرة بالتوجه إلى الجهة المختصة لمعالجة الصعوبات التي تعترضه. وإلى جانب ذلك، فإن القانون يجيز فتح إجراءات التسوية القضائية والتفليس ولو دون طلب من المدين. كل ذلك إلى جانب إمكانية تسليط عقوبات وجزاءات مختلفة على المدين أو ممثله القانوني إن كان ذاتا معنوية عند الإقتضاء.

أولا : وجوب المبادرة بطلب افتتاح إجراءات جماعية :

ثانيا : إمكانية انطلاق الإجراءات الجماعية ولو دون

طلب من المدين :

التوقف عن الدفع

شروط تهديدي

أحمد الورفلي

ثالثا : إمكانية تسليط عقوبات على المدين أو ممثله

القانوني :

• العقوبات الجزائية :

• العقوبات التجارية :

- سحب الفلسة :

- إلزام المسير بسد العجز في موجودات الشركة التي يسيرها إن
ثبت ارتكابه لأخطاء في التصرف.

مفهوم التوقف عن الدّفع في قانون إنقاذ المؤسسات

توفيق بن نصر
أستاذ جامعي ومحام

المقدمة:

إنَّ لقانون التفليس جذور وأصول قديمة في التاريخ ترجع إلى العهد الروماني عندما كان المدين الذي أصبح غير ملي وغير قادر على الخلاص عرضة إلى «الانتقام» المسمَّى Venditio BONARUM والذي كان يتمثَّل في البيع الجماعي لأملك المطلوب للتمكَّن من خلاص الدائنين ن عائدات البيع¹.

وبعد مدَّة زمنيَّة وفي القرون الوسطى (Moyen Age) ظهر قانون التفليس تحت شكل آخر يسمَّى "Au sol la livre" وهو نظام مؤسَّس على برنامج جماعي يرمي إلى حماية مجموعة الدائنين التي تقوم سعيا إلى استخلاص ديونها فقط. وقد تواصلت هاته الاجراءات إلى حدَّ عام 1673 في فرنسا أين ظهر أوَّل تقنين مع أمر COLBERT الذي وضع إمكانية محاكمة التاجر بنظام خارق للعادة مواصلة لما جاء بأمر قديم يرجع إلى شارل 9 من عام 1560 . وكان ذلك يعني الحكم على المدين الذي لم يتولَّى خلاص ديونه بصفة خارقة للعادة وبصفة نهائيَّة Extraordinairement et capitalement².

وإلى حدَّ تاريخ صدور المجلَّة التجارية الفرنسية كانت اجراءات التفليس مؤسَّسة على غايات متعدِّدة وغير متناسقة وغير متكاملة الأهداف . وإذا أردنا سرد أهمَّها لقلنا أنَّها كانت ترمي إلى عقاب المدين وخلاص الدائنين.

ولابدَّ في هذا المجال من أن نلاحظ أنَّ هاته الاجراءات لم تكن مختصَّة بالتجَّار بل أنَّها كاذت تتعلَّق بجميع فئات المدينين وكانت تمثِّل اجراءات جماعيَّة تنفيذيَّة. ولم تكن اجراءات التنفيذ متعلِّقة بالتجَّار إلَّا بداية من تاريخ إصدار المجلَّة التجارية الفرنسية.

1) Terré : Droit de la faillite ou faillite du droit : Rev. Jurisp. Com. 1991, p. 2.

2) Hilaire : Introduction historique au droit commercial, P.U.F. 1986 , p. 4.

وهاته المفاهيم التي تجعل من التفليس عقابا وجزاءا للتاجر السيء هي التي تم اعتمادها من طرف المشرع في تاريخ سن المجلة التجارية في أكتوبر 1959. وهكذا كانت اجراءات التفليس تعد زجرا لعدم خلاص الديون حتى وإن كانت إمكانية إعادة الإعتبار جائزة تحت ظل القانون المذكور.

ولكن مع مرور الزمن وتوضيح الرؤية الاقتصادية الجديدة ومع ظهور حقائق اجتماعية أدنى قانون التفليس عجزه وقصر نظره بكونه قانونا مقتصرًا على حماية حقوق الدائنين وراميا إلى إقصاء المدين الذي أصبح غير قادر على خلاص ديونه. وبذلك كان لابد من تغيير القانون والتحرك في اتجاه النظام الاقتصادي الجديد اعتمادا على الفكرة القائلة بأن القضاء على مدين يعني إقصاء مؤسسة اقتصادية بأكملها³.

ومن هذا المنطلق وجب وضع قانون يراعي التفريق بين التاجر الحسن النية ولكن لم تخدمه الظروف والتاجر المتقاعس الذي أساء التصرف والذي لا يمكن إنقاذه ولا يمكن مساعدة مؤسسته على مواصلة العمل والقيام بنشاطها. ولابد من الرجوع إلى مقولة في نظري هامة ومن أحسن ما قرأت والتي جاء فيها

*"Quand des vagues plus gigantesques que les autres déferlent sur les navires et les engloutissent, souvent personne ne peut rien, les commandants de navires pas plus que les autres, ce serait la mer qu'il faudrait calmer"*⁴.

فالأمر إذن يتعلق بالاهتمام إلى أساس التفليس والاهتمام بأسبابه ومفاهيمه وما وراءياته وانطلاقا من هنا وفي ساعة أصبح فيها تعصير القانون التونسي وجعله مائلا مع قوانين البلاد الأوروبية التي دخل معها توني في علاقة شراكة متميزة أصدر المشرع التونسي قانون 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تم بصعوبة اقتصادية. والمتأمل في هذا القانون الذي عرف

3) Houin, Permanence de l'entreprise à travers la faillite , Aspects économiques de la faillite, Ed. Sirey, p. 140.

4) Paillusseau, Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté , Etudes offertes à Roger Houin, Dalloz 1985, p. 109 et suivantes.

تنقيحاً في جويلية 1999 يرى أننا نحن بعيدون على الجانب الزجري والتأديبي لقانون التفليس كـيفما جاء بالجلّة التجارية والنصوص التي تأسست عليها واستلهمت منها الكثير. ولا بدّ من أن نلاحظ أنّ التفليس كان مؤسساً على قاعدتين وهما الصلح الاحتياطي والتفليس اللذان كانت يرميان إلى تحصيل الخلاص فحسب ولا نجد في ظلّ القانون القديم أيّة إشارة إلى المؤسسة وكلّ ما كان هناك من وسائل انقاذ تتعلّق بإعادة الاعتبار إلى التاجر الذي يقوم بخلاص دائنيه بعد إعلان تفليسه.

وعبارة إعادة الاعتبار تذكرنا بأنّ التفليس عقوبة تسلّط على من لم يتمكّن من خلاص ديونه. فالاجراءات كانت نظام محاسبة خاصّة بين خواصّ ولا تتدخل السلطة إلّا من خلال وضع إطار قانوني تتمّ فيه هاته المبارزة. فالأمر كان يدور حول إمكانية خلاص الدائنين زيادة عن طول الاجراءات التي من شأنها أن جعلت إمكانية انقاذ المؤسسات صعبة إن لم نقل مستحيلة. ولذلك نصّ المشرّع مباشرة ضمن الفصل الأوّل من قانون 17 أفريل 1995 أنّ هذا القانون يرمي إلى انقاذ المؤسسة والإبقاء على مواطن الشغل فيها وخلاص دائنيها. إنّ قراءة صحيحة لهاته الأهداف والتي تعني أنّها لم تأتي بترتيب كان ولا بأولويّة يجعلنا نعلم أنّ المشرّع أعرض عن الأسس القديمة التي كانت تهتمّ بالخلاص فحسب⁵.

ولعلّ من أهمّ المؤسسات القانونية التي تميّزت بالبقاء وكتبت لها الحياة مطولاً هي مسألة التوقف عن الدفع. فالتأمّل في قانون 17 أفريل 1995 والقانون المنقّح له الصادر في 15 جويلية 1999 يرى أنّ شرطاً هاماً مازال قائماً وهو شرط التوقف عن الدفع الذي بقي المحور في اجراءات الإنقاذ. وهذا الشرط إن لم نقل مؤسّسة بأكملها هو شرط قديم وقد جاء منذ مجلّة Savary في عام 1673 كأساس لطلب التفليس. وكانت هاته المؤسسة معرّفة بمجرد إشارات أو مكونات منها انسحاب التاجر أو غلق محلاته أو أفعال أخرى تتعلّق برفض خلاص ديونه أو رفض خلاص التزاماته التجارية. ولكن من الواضح أنّ هاته الإشارات لا تعطي مفهوماً

5) Brunet : De la distinction de l'homme et de l'entreprise , Etudes Roblot, 1984, p. 471.

- Champaud : La situation des entreprises en difficultés, Problèmes de droit économique perturbant le droit privé, Rev. Jurisp. Com. 1976, p. 253.

حقيقياً للتوقف عن الدفع. وهو ما أدى بالمشرع الفرنسي إلى حذفها بموجب قانون 1838 من المجلة التجارية التي وضعت في عام 1807 وذلك إيماناً منه بصعوبة إعطاء تعريفاً مقبولاً لهاته المؤسسة. ولا بد من أن نلاحظ أنه منذ ذلك التاريخ أعطيت مسألة تعريف التوقف عن الدفع إلى أهل الفقه وأهل القضاء. لكنّ المشرع الفرنسي رأى في عام 1985 أن يعطي مفهوماً لم يرضى الفقهاء الذين انتقدوا هذا التدخّل والذين يرفضون وضع مفهوماً ضيقاً أو موسعاً مسبقاً⁶. وأمام هذه المواقف أصبح التساؤل مشروعاً هل من الممكن قبول تعدّد المفاهيم في مسألة هامة تمسّ بالاقتصاد وبالقانون بصفة مباشرة أم هل يمكن التصريح بجميع الأحوال التي لا تمثل توقفاً عن الدفع فقط⁷.

"Dire ce qu'elle n'est pas est plus facile".

إنّ المتأمل في قانون 17 أفريل 1995 المنقّح في جويلية 1999 بإمكانه أن يتساءل إجابة عن السؤال المطروح هل أنّ التوقف عن الدفع مجرد صعوبة (I) أو هل أنّ التوقف عن الدفع حالة ميؤوسة (II) ؟

6) Nanterme et Panceblanc : L'opportunité d'avoir conservé légalement la notion de cessation des paiements : G.P. 1986, Doc. 2, p. 661.

- Delesalle : Reflexions sur le fait générateur de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, Rev. Proc. Coll. 1987, n° 14.

7) Perochon et Bonhomme-Jean : Entreprises en difficultés, Instruments de crédit et de paiement, L.G.D.J. 2001, n° 114.

I - هل أن التوقف عن الدفع مجرد صعوبة :

المتأمل في قانون 17 أفريل 1995 المنقح بقانون 15 جويلية 1999 يلاحظ أن المفاهيم متعددة (أ) لكن التعريف على الصعيد القانوني منعدم (ب).

أ - تعدد المفاهيم :

إن تعدد المفاهيم يعني في هذا الصدد كثرة المؤسسات القانونية التي تثير التساؤلات حول مقوماتها ومكوناتها وبعبارة أخرى أصبحنا نلاحظ وجود مؤسسات تبدو متقاربة بدون، أن نجد من أول وهلة مبرر لوجودها. فإن كان الفصل 18 من قانون 17 أفريل 1995 ينص على أنه تنتفع بالتسوية القضائية كل مؤسسة توقفت عن دفع ديونها فإن الفصل 9 جديد من نفس القانون يؤكد أنه يمكن لكل مؤسسة قبل التوقف عن الدفع أن تقدم بواسطة مسيرها مطلباً في التسوية القضائية. ويتجلى هكذا أن المسألة تعقدت نوعاً ما إذ ظهرت إلى جانب مؤسسة أو حالة التوقف عن الدفع حالة أخرى وهي حالة قبل التوقف عن الدفع. فما معنى ذلك يا ترى ؟

ما من شك وأن اعتبار وضع التوقف عن الدفع هو نفس حالة التوقف عن الدفع يعد خطأ فادح ، ذلك أن كل من الحالتين تتعلق بمرحلة من حياة المؤسسة لكن تبقى صعوبة تعريف مؤسسة قبل التوقف عن الدفع قائمة . ومحاولة للجواب عن السؤال المطروح يمكن القول أن قبل التوقف عن الدفع يعني الصعوبة التي تمر بها المؤسسة . وإذا رجعنا إلى قانون 17 أفريل نرى أن المشرع خص بهذا القانون المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية لكن بدون أن يعطي أي تعريف للصعوبة المذكورة. وحتى وإن تعرض المشرع في المرسوم عدد 98-413 المؤرخ في 18 ديسمبر 1998 المنقح في 15 نوفمبر 1999 والمتعلق بإعداد الشهادت التي يمكن لمصالح وزارة الصناعة إعطاؤها والتي من بينها شهادة تثبت حالة المؤسسة التي

تمرّ بصعوبات اقتصادية فإنّه لا وجود لأيّ تعريف للصّعوبة الاقتصادية في حدّ ذاتها.

وبالرّجوع إلى أحكام الفصل 5 من قانون الإنقاذ نرى أنّ المشرّع يتحدّث عن الأعمال التي «تهدّد استمرار نشاط المؤسسة» وهي عبارات كرّرها الفصل 6 من نفس القانون. ويبدو من الصّعب أن نعتبر أنّ هاته الأعمال التي أتت مطلقة أنّها تعين على تعريف مرحلة قبل التوقّف عن الدّفع بل إنّ مكانها في القانون تجعلها تنطبق أيضا على التوقّف عن الدّفع نظرا أنّ الفصلان 5 و6 يأتيان في الباب الثّاني من القانون تحت عنوان الإشهار ببوادر الصّعوبات الإقتصادية.

أظنّ أنّ فترة قبل التوقّف عن الدّفع تعني هنا الصّعوبة التي تعترض المؤسسة والتي تتمّ من اخلالات في مردوديتها الاقتصادية وقد قال البعض أنّ هاته الحالة تظهر بعدم إمكانية المؤسسة لتحقيق الأرباح وعدم قدرتها حينئذ على تمويل نفسها بصفة مباشرة وفعالة⁸. وبالرّغم من هاته المحاولة فإنّه من الصّعب على الصّعيد العملي أن نفرق بين قبل التوقّف عن الدّفع وحالة التوقّف عن الدّفع، لأنّ الصّعوبة من الممكن أن تكون مؤقتة كما بالإمكان أن تكون حادة وأن تؤدي إلى التوقّف النهائي أو أن تكون الأزمة حادة ولكن لا تصل إلى درجة تجعل المؤسسة عاجزة تماما. وهذا التدرّج هو الذي يجعلنا نقول أنّه كان من المحبذ لو تدخل المشرّع بوضع علامات لإنارة الباحث وخاصة رجل القضاء لأنّ الصّعوبة الأخرى تتمثّل في الحاجز أو الحدّ الذي من الممكن وضعه بين ما قبل التوقّف عن الدّفع والتوقّف التام عن الدّفع. وقد رأى البعض أنّ قبل التوقّف عن الدّفع يعني أنّه من المحتمل أن تصل المؤسسة إلى التوقّف وإن كان هذا التوقّف محتملا أو منتظرا فإنّه لا يمكن أن يكون حالا⁹.

8) Koeing : Entreprises en difficultés, des symptômes aux remèdes, Rev.Fr. de Gestion , Janvier /Février 1985, p. 23.

- Paillusseau : Qu'est ce qu'une entreprise en difficulté ? Rev. Jur. Com. 1975, p. 259.

9) Rouger : Le règlement amiable par accord entre débiteurs et créanciers et le règlement amiable judiciaire par redressement ou liquidation", Petites affiches, 12 Janvier 1994, p. 28.

فالمتمائل في هذا الرأي يرى وأن عدم التوقف عن الدفع يرمي إلى تأجيل التوقف عن الدفع فقط وهو حل غير مقبول بالمرّة. وهذه الصعوبات هي التي جعلت تدخل المشرع الفرنسي منذ سنة 1984 و1994 محبّذا. وقد جاء في القانون الفرنسي أنه يمكن طلب التسوية الرضائية المؤسسات التي تحتاج إلى تمويل لتسديد حاجياتها أو المؤسسة التي تمرّ بصعوبة قانونية أو اقتصادية أو مالية.

وإنّه من المتحمّم في هذا المستوى الإشارة إلى أن الحدود غير واضحة على صعيد القانون نفسه وعلى صعيد التصوّرات. فلقد جاء في الفصل 17 المنقّح بقانون 15 جويلية 1999 أنه إذا تعدّر التوصل إلى اتفاق بين المدين ودائنيه فإنّ رئيس المحكمة يأذن بفتح إجراءات التسوية القضائية. وهذا يجبر إلى طرح سؤال قائل هل أن عدم التوقف عن الدفع يصير توقفا عن الدفع بمجرد رفض الدائنين التسوية الرضائية ؟ فهل أن مجرد صعوبة من الممكن أن تكون ظرفية تنقلب إلى وضع مالي حادّ بمجرد رفض الدائنين التسوية الرضائية ؟

إنّ هذا الحلّ طبعا لا يشجّع ولا يعين على الإنقاذ لأنّ رفض التسوية الرضائية لا يعني أي شيء وبإمكان المدين أن يواصل نشاطه وأن يحاول إيجاد الحلول خارج إطار قانون الإنقاذ ولا يمكن حسب رأينا أن تنقلب التسوية بصفة آلية من رضائية إلى قضائية بمجرد رفض الدائنين أو بعضهم فقط في أغلب الأحيان.

ب - انعدام التعريف على الصعيد التشريعي :

لقد تبين أن المفاهيم متعدّدة كما أنّ هذا التعدّد يتعلّق بمواطن مختلفة في القانون الجديد وهو الأمر الذي يجعل مهمّة الباحث من أجل إعطاء مفهوم تصبح صعبة مع تشعب القوانين الحديثة التي تعنى بانقاذ المؤسسات . ولا بدّ في هذا السياق من أن نعود قليلا إلى الماضي لكي نتمكّن من التقدّم . فبالرجوع إلى الفصل 413 من المجلة التجارية وهو أحد الفصول التي أُلغيت

مفهوم التوقف عن الدفع في قانون إنقاذ المؤسسات

بموجب قانون 17 أفريل 1995 نرى أنه كان ينص على أن لكل مدين قبل أن يتوقف عن الدفع أن يطلب إجراء صلح احتياطي مع دائنيه وقد نص الفصل 445 من نفس المجلة على أنه كل تاجر توقف عن الدفع من الممكن التصريح بتفليس.

لكن رفض المشرع التونسي إعطاء أي تعريف لمسألة قبل التوقف عن الدفع وكذلك بالنسبة لحالة التوقف عن الدفع. وبقي الأمر مطروحا على صعيد الفقه وفقه القضاء لتقديم مفهوم لهاته المؤسسة القانونية. فرأينا أن المؤسسة لم تعرف الاستقرار إلا بعد زحاحا من الزمن سواء كان ذلك على صعيد الفقه أو على صعيد فقه القضاء وتأرجحت المحاكم بين الصعوبة الحادة والحالة الميؤوسة وبين اتسام التوقف عن الدفع بالوضعية القانونية والحالة الواقعية¹⁰.

ورغم الصعوبات التي اتضحت في السابق ورغم التجربة التي مرت بها المؤسسة القديمة رأى المشرع أن لا يعطي مفهوما للتوقف عن الدفع ولا حتى للحالات التي تقترب منها. لذلك يتساءل المتأمل عن تأخر المشرع عن التدخل لإعطاء مفهوم موحدا على مستوى التشريع.

ومن أول وهلة فإن التدخل المنشود يركز أساسا على الدور الذي تلعبه مؤسسة التوقف عن الدفع أو حتى مؤسسة قبل التوقف عن الدفع. فهما أساسيتان لفتح إجراءات التسوية القضائية والتسوية الرضائية كما أن التوقف عن الدفع من شأنه أن يساهم في تحديد فترة الريبة. وللتوقف عن الدفع خاصية أو وظيفة أخرى فهي تعيين على معرفة ما إن كان مسير المؤسسة حريصا في إدارة مؤسسته وتحديد مسؤولياته. فإن قام بتقديم مطلب التسوية بسرعة وقبل تفاقم مشاكل وأوضاع المؤسسة فإنه لا يتحمل أية مسؤولية وإن غض النظر فإن تفاقم الخسائر وتراكم الديون من شأنها أن تؤدي إلى انعدام وجود الحلول لانقاذ المؤسسة والحفاظة عليها وعلى مواطن الشغل فيها. وفي هاته الحالة أي إذا تأخر ممثل المؤسسة فهو يتحمل تبعة ذلك وبالإمكان مطالبته بخلاص العجز أو حتى سحب

(10) حكم ابتدائي عدد 1153 اعد صادر في 16 جانفي 1962 ، م.ق.ت. 1962 عدد 2، صفحة 51.

- تعقيب عدد 3919 اعد صادر في 10 مارس 1982 ، ن.م.ت. 1982، ج 2، صفحة 146.

مفهوم التوقف عن الدّفع في قانون إنقاذ المؤسسات

الفلسفة عليه في صورة ما إذا كانت المؤسسة شركة تجارية لها شكل الشركة المحدودة المسؤولية أو خفية الاسم.

ونظرا لأهمية مؤسسة التوقف عن الدّفع وجب طرح السؤال المتعلّق بوجود تدخّل المشرّع لإعطاء تعريفًا واضحًا وموحّدًا لهاته المؤسسة. وقبل الجواب فإنّه لابدّ من طرح الإشكالية التالية : هل أنّ التوقف عن الدّفع حالة واقعية أم هل أنّها وضعية قانونية ؟

إذا كانت حالة التوقف عن الدّفع مسألة واقعية فإنّنا نقرّ بأنّها تتعلّق بالوقائع وهي بذلك تأخذ وجوه عديدة ولا يمكن تحديدها وهو ما يوجب إعطاء الحرية التقديرية الكاملة لقضاة الأصل لكي يققوا على تكييفها وتبيان مفهومها بصفة مدقّقة حسب ما هو معروض عليهم وحسب الأحوال . وفي هاته الصورة فلا مجال لتعريف تشريعي. أمّا إذا اعتقدنا أنّ التوقف عن الدّفع هي حالة قانونية فإنّ تدخّل المشرّع ليس محبّبًا فقط بل إنّهُ مطلوب لتوحيد المفاهيم وتمكين رجال القانون بما في ذلك رجال القضاء من الحلول اعتمادا على معطيات التعريف الذي ننتظره من المشرّع .

ومن الواضح أنّنا بين أمرين أولهما مرونة فقه القضاء التي تمكّن القاضي من التّعامل مع المؤسسات القانونية وتطبيقها بجعلها متماشية مع الحالات المطروحة عليه واتّخاذ المواقف اللاّزمة وثانيهما صلاية القانون الذي من شأنه أن يفقد القاضي حرية التصرف وتقديم الأجوبة الملائمة حسب الأوضاع المحيطة بكلّ مؤسسة توقّفت عن الدّفع.

ثمّ ومن ناحية أخرى فلا بدّ من أن نلاحظ أنّ المشرّع سكت أيضا عن تحديد زمن ووقت تقييم التوقف عن الدّفع . فهل أنّ ذلك يكون عند تقديم المطلب أو عند صدور الحكم الذي يرفض مطلب التسوية أو يقضي بالتفليس ؟ ثمّ وهل يمكن للمحكمة إصدار حكم بالتفليس عندما يتبيّن لها أثناء نشر القضية أنّه لا يمكن الانقاذ وأنّ التوقف عن دفع الديون ثابت تجاه المؤسسة ؟ هذه التساؤلات توجب

ملاحظة أولية وهي أنه مع قانون 17 أفريل 1995 المنقح في 15 جويلية 1995 الذي يرمي إلى إنقاذ المؤسسات نرى وأن التوقف عن الدفع حالتين على الأقل.

توقف عن الدفع يرمي إلى وجود حلّ للإنقاذ وتوقف عن الدفع يهدف إلى إقصاء المؤسسة التي لا جدوى من بقائها. لذلك وجب تحديد الوقت الذي يمكن للمحكمة عنده قول ما إذا كانت المؤسسة الطالبة أو المطلوبة قد توقفت عن الدفع.

تقدّمت شركة سياحية بمطلب في التسوية الرضائية تمّ الحكم برفضه والإذن بفتح إجراءات التسوية القضائية وتعيين قاضيا مراقبا وتكليف خبير لتقصي حقيقة الوضع الاقتصادي والمالي للمؤسسة وتقدير أصولها وتقييم ديونها.

وبعد أن أرجع الخبير تقريره صرّحت المحكمة الابتدائية بتونس في حكمها الصادر بتاريخ 15 جويلية 2002 تحت ع204د أنه « اقتضى الفصل 27 من القانون ع34د لسنة 1995 أنه في حال ثبوت توقف المؤسسة عن دفع ديونها فإن المحكمة تصرّح بذلك ولها أن تصادق على برنامج التسوية المقترح أو تقرير فتح فترة مراقبة كلما تبين لها وجود إمكانية لإعداد برنامج تسوية بمواصلة نشاطها أو بإحالتها على الغير كما لها إن انعدمت التسوية التصريح بتفليس المدين أو بتصفية المؤسسة فيما عدى ذلك ... »¹¹.

وأضافت المحكمة المذكورة أن فترة المراقبة ليست بفترة أو إجراء مفروض على المحكمة فهو « إجراء إختيارياً بالنسبة للمحكمة لا تلجأ إليه إلا إذا لم يتمكن القاضي المراقب من وضع برنامج التسوية بانتهاء الفترة التمهيديّة... »، وأمام هذا أكّدت المحكمة أن غاق محلّ النشاط الأساسي للمؤسسة الذي هو نزل في فضيّة الحال واصرار الدائنين على عدم إعانة المؤسسة من شأنه أن يجعل مواصلة التحقيق في الملفّ خاصّة فتح فترة المراقبة « مضيعة للوقت وإمعانا في الإضرار بمصالح الدائنين » طالما كان الهدف من التسوية القضائية هو تحقيق الموازنة بين مصالح كلّ الأطراف وانتهت الحكمة إلى كونه لا « مبرّر للتّضحية بمصالح الدائنين

(11) حكم ابتدائي ع204د صادر في 15 جويلية 2002 ، ابتدائية تونس، غير منشور .

لفائدة مصلحة المؤسسة طالبة التسوية رغم ثبوت توقفها عن النشاط كتوقفها عن الدفع». وقضت تبعا لذلك بتفليس المؤسسة.

وأمام هذا الموقف استأنفت طالبة التسوية الحكم الابتدائي متمسكة بكون المحكمة كانت ملزمة باتباع جميع الإجراءات والمراحل التي جاء بها قانون الإنقاذ وذلك يعني أن المحكمة مطالبة بعد فتح الفترة التمهيدية بفتح فترة المراقبة وأن لا تقضي إلا بعد الانتهاء من المرحلة المذكورة.

إلا أن محكمة الاستئناف بتونس وفي قرارها ع94364 عدد الصادر في 4 ديسمبر 2002 قضت بنقض الحكم الابتدائي وذلك لأسباب أخرى وهي عدم عرض برنامج التسوية على لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية وعدم سماع المدين بحجرة الشورى عملا بأحكام الفصلين 25 و26 من قانون 17 أفريل 1995¹².

واعتمادا على ذلك فإنه يتضح أن محكمة الاستئناف لم تأخذ بعين الاعتبار الدفوعات التي تقدمت بها الخصيصة والتي ترى أنه من الواجب على المحكمة أن تتقرب مرور القضية بجميع المراحل لكي تصرّح بتوقف المدين أو عدم توقفه عن الدفع. وبذلك فإن المحكمة بإمكانها أن تقضي بالتوقف عن الدفع دون انتظار استكمال جميع الإجراءات التي جاءت بقانون الإنقاذ. ونحن نرى أنه حل مقبول من الناحية القانونية والواقعية. فإذا كان التوقف عن الدفع شرط من الواجب إثبات توفره لتقديم المطلب فإنه إذا كانت المؤسسة دخلت في مرحلة اقتصادية ميؤوس منها فإنه لا فائدة من زيادة الانتظار إذ تبين انعدام الجدوى وفقدان امكانيات الإنقاذ.

في الواقع فإن المسألة تطرح نقاشا قانونيا هاما وذلك لأن هناك من الفقهاء من يرى أن المحكمة لا يمكنها أن تصرّح بالتوقف عن الدفع الذي يتأسس عليه قرار التفليس لأن قانون الإنقاذ يحتوي على مراحل متسلسلة، وإذا مرّت الإجراءات من الفترة التمهيدية فذلك يعني أنه لا بدّ من فتح فترة المراقبة

(12) محكمة الاستئناف بتونس : قرار ع94364 عدد صادر في 4 ديسمبر 2002، غير منشور.

وبالتّالي وبما أنّ فترة المراقبة تأتي بعد الفترة التمهيديّة فإنّه لا يمكن والحالة تلك اعتماد الفصل 27 من قانون 17 أفريل 1995 لأنّ ذلك يعتبر رجوعاً إلى الوراء . وقد جاء على لسان السيّد عادل ابراهيمي أنّ «التفليس في القانون التونسي هو قرار يمكن للمحكمة أن تتّخذه في آخر المرحلة التمهيديّة غير أنّه لا يمكن السّير خطوة إلى الوراء متى صدر قرار في اقتتاح فترة المراقبة بالتّصريح بتفليس المؤسسة إذ يجب أن تتوّج هذه المرحلة ببرنامج إنقاذ يهدف إلى مواصلة سير نشاط الشركة أو إحالتها للغير»¹³.

إنّ هذا الموقف يعني أنّ المحكمة ما إن فتحت الفترة التمهيديّة من الواجب أن تفتح فترة المراقبة وعليها مهما كان الطرف إيجاد الحلول لإنقاذ المؤسسة وهذا لعمري أمر لا يقبله المنطق إذ تجبر المحكمة على تتبّع جميع المراحل في كلّ الحالات وهو ما يسبّب مضيعة لحقوق جميع الأطراف حتى وإن اعتبرنا أنّ هذه المراحل وهاته الاجراءات تتعلّق بالنّظام العام¹⁴.

ولقد رأينا في فقه القضاء المقارن محكمة تقضي بفتح اجراءات الانقاذ والحال أنّ الشركة لم تتوقّف بعد عن الدّفع وإنّما رأت المحكمة أنّ التوقّف عن الدّفع أت لا محالة في وقت لاحق. وأسست المحكمة قرارها المذكور على روح القانون المتعلّق بالإنقاذ¹⁵.

فإنّه من التّحتّم التّعامل مع هاته المؤسسات بكلّ مرونة فإن رأت المحكمة أنّه لا فائدة ترجى من الانتظار عندما تكون الرّؤية واضحة وأنّ حالة المؤسسة لا تنبأ بالخير. وزيادة على ذلك فإنّه من المتّجه أن نلاحظ أنّ هناك حالات تسمّى بحالات التلبّس وهي خاصّة حالة الفصل 450 من المجلّة التجارية الذي لم يقع إلغاؤه بموجب قانون 17 أفريل 1995 ، وهي حالة انقطاع التّاجر عن نشاطه وهذا

13) Brahmi (A.), Le droit du redressement des entreprises en difficultés économiques, Editions Orbis, Tunis 2002, p. 130.

14) محكمة الاستئناف، بتونس ، قرار عدد 86112د صادر في 11 جويلية 2002 - غير منشور .

15) Tribunal de Com. de Lille, 5 Mai 1987, Petites Affiches, 1987, n° 67, p. 33.

ما حصل فعلا في حكم المحكمة الابتدائية بتونس ع204دد إذ صرّحت المحكمة أنّ النّزل كان مغلقا ولم يكن فيه أيّ نشاط يجعل البحث عن مواصلة إجراءات الانقاذ متحتّما. وأبقى المشرّع كذلك على حالة الفصل 449 من المجلة التجارية وهي صورة غلق المحلّ من طرف التّاجر ممّا يجعل المحكمة محقّة في إصدار حكم بالتّفليس من تلقاء نفسها ويمكن الدائنين من رفع « الأمر للمحكمة المنعقدة بحجرة الشورى بدون حاجة لاستدعاء الخصوم ».

II - التوقف عن الدّفع ليس بحالة ميؤوسة :

إنّ اعتبار التوقف عن الدّفع حالة ميؤوسة من الواجب استبعاده لسببين إثنيين . أولهما اقتصادي (أ) وثانيهما يتعلّق بمكوّنات التوقف عن الدّفع في مفهومه الجديد (ب).

أ - استبعاد حالة اليأس لسبب اقتصادي :

لقد نصّ الفصل 18 من قانون 17 أفريل 1995 الذي لم يقع تنقيحه بقانون 15 جويلية 1999 على أنّه يمكن لكلّ مؤسسة توقّفت عن الدّفع أن تتقدّم بمطلب في التّسوية القضائية. والسؤال المطروح هنا يتعلّق بإعطاء تعريف للتوقف عن الدّفع الذي يجيز طلب التّسوية القضائية .

إنّ الجواب يفرض أن نعود إلى الفصل الأوّل من قانون 17 أفريل 1995 الذي نصّ على أنّ القانون المذكور يهدف إلى إنقاذ المؤسسات الاقتصادية وذلك بتمكينها من مواصلة نشاطها والحفاظ على مواطن الشغل فيها وخلاص دائنيها . وبذلك فإنّه لا يمكن البتّة الوصول إلى أيّ هدف من هاته الأهداف إذا اعتبرنا أنّ التوقف عن الدّفع هو حالة مالية واقتصادية تعبّر عن وضعيّة ميؤوسة نهائيا أو حتى متقدّمة في الاحباط بالنسبة للمؤسسة .

مفهوم التوقف عن الدفع في قانون إنقاذ المؤسسات

في هذا المجال لابد من القول أن شرط التوقف عن الدفع قديم في قانون التفليس وكان لو مفهومًا ماديًا (Matériel)¹⁶. وهذا يعني أن الدور الذي كان له يدور حول إعطاء الإنذار لصاحب المؤسسة أو ممثلها. لذلك كان التوقف عن الدفع أساسيًا لافتتاح إجراءات التفليس وتحديد تاريخه وتحديد مسؤولية المسير إن كان تقدم في الإبان بطلب تفليس مؤسسة أو تأخر أو أخفى ذلك التاريخ وذلك الوضع. ولما كانت طبيعة التوقف عن الدفع مادية فإنه كان من الواجب أن تكون شيئًا ظاهرًا وملموسًا. بعني أنه لا يضر إن كان المدين التاجر يستعمل وسائل غير شرعية لمواصلة نشاطه التجاري¹⁷. وعلى هذا الأساس كان التجار يخفون حقيقة أحوالهم المالية ويأتجون إلى الإقتراض المفرط ويورطون دائنيهم والبنوك اللذين أسعفوه عن حسن نية في العديد من المرات. وعندما يقع التفتن إلى اللجوء إلى الوسائل الغير شرعية فإنه عادة ما يكون ذلك في وقت متأخر ولا يبقى للقضاء إلا معاناة ذاك وتأخير تاريخ التوقف عن الدفع لا غير.

وفي ذلك السياق كان فقه القضاء المقارن خاصة يوجب أن يظهر التاجر للعيان في موقف واضح في عدم قدرته على خلاص ديونه وقد ساد هذا الرأي في العشرينات والثلاثينات وتواصل إلى حد تاريخ تنقيح القانون الفرنسي¹⁸. وإن هذه النظرة المادية لمؤسسة التوقف عن الدفع أظهرت مساوئ ومخاطر جمة إذ أن الحالة المادية السيئة غالبًا ما يسكت عليها صاحبها ويخفيها إلى حد تلاشي المؤسسة وذوبانها بصفة تجعل انقاذها وخلاص دائنيها أمرا مستحيلًا مع تداعي أوضاعها. وهاته المخاطر هي التي أدت على ما يبدو بالمشرع الفرنسي إلى التدخل

16) Argenson et Toujas : Règlement judiciaire, Liquidation de biens et faillite, Librairies techniques, 1973, p. 180.

17) Nanterme et Panceblanc : L'opportunité d'avoir conservé légalement la notion de cessation des paiements , G.P. 1986, Doc. 2, p. 661.

18) Cass. Req. : 1er Février 1927, G.P. 1927, 1. p. 569.

- Paris : 7 Février 1925, D.P. 1926, 2. p. 2, Note Lacour.

- Colmar : 16 Février 1935, G.P. 1935, 1. p. 725.

بموجب قانون 25 جانفي 1985 وإعطاء تعريف للتوقف عن الدفع¹⁹.

وفي الواقع فإنّ المشرّع الفرنسي كرّس المفهوم الذي وضعتة محكمة التعقيب الفرنسية منذ قرارها الصادر في 17 فيفري 1978²⁰. وبعد تغيير طفيف في موقف محكمة التعقيب الذي ساد منذ ذلك التاريخ رأى المشرّع الفرنسي أنّ التوقف عن الدفع يقوم عندما يكون التاجر أو بصفة عامة المدين غير قادر على أن يواجه ديونه بما لديه من المكاسب المتوفرة.

"C'est l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible".

ورغم ما أثّره تدخّل المشرّع الفرنسي من جدل فإنّ أغلب الفقهاء رأى أنّ هذا التدخّل ويمثّل رغبة من المشرّع الفرنسي في إعطاء صبغة تشريعية وقانونية لمفهوم التوقف عن الدفع لما لهاته المؤسسة من آثار اقتصادية جمية لوجودها في مادة لها اتصال بالمال والأعمال²¹.

لكن رغم شبه الإجماع هذا فإنّه لنا أن نتساءل عن جدوى تدخّل المشرّع الفرنسي لإعطاء مفهوم قانوني لمادة تعرف بالتطور ولا يمكن بالتالي حصرها في الحقيقة. إنّ أهمية المادة هي التي تعطي معنى ومغزى لتدخّل المشرّع في فرنسا. واعتمادا على ذلك صحّ القول بأنّ وضع هذا التعريف إنّما ينم عن تطور المفاهيم إذ أنّه من قانون التخليص صرنا اليوم نتحدّث عن قانون المؤسسات التي تمرّ بصعوبات اقتصادية. لذلك لم تعد لمؤسسة التوقف عن الدفع تعريفا أو طبيعة مالية بل أنّها أصبحت ذات طابع وظيفي. وهذه الطبيعة الخصوصية تمثّل الأهمية التي يوليها المشرّع اليوم للمؤسسة بوصفها نواة استثمار ومركز صنع الأموال والأعمال. وقد قال أحد رجال القانون أنّ المؤسسة اليوم لها علاقة متينة بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي ولذلك وجب على السّلط إعطائها الأهمية اللازمة

19) J.C. May : La cessation des paiements , Petites affiches, 10 octobre 1985, p. 12.

20) Cass. Com. 14 Février 1978, Bull. civ. 1978, n° 66.

21) Chaput : Droit des entreprises en difficultés et faillite personnelle, P.U.F. 1996, n° 255.

لحمايتها والنهوض بها²².

ولعلّ من أهمّ ما يمكن أن يقدمه هذه المفهوم هو أنّه يسمح بأن يتقدّم المدين بصفة مبكرة لدائنيه وأن لا ينتظر حتى تقف أعماله ونشاطه وأن تتلف أمواله بصفة نهائية وبذلك يصبح انقاذ المؤسسة أمر ممكنا إذ أنّها لا تزال تعمل وتنشط ولم تندثر بعد. لكنّ السؤال المطروح هو لماذا لم يتبنّى المشرّع في سنة 1995 التعريف الذي أتى في فقه القضاء والفقه والقانون الفرنسي الذين سبقوه ؟ وما هو موقف المحاكم التونسية ؟

لقد أتيحت الفرصة لمحكمة التعقيب في القضية التي عرفت بقضية شركة الأثاث التقليدي بالقيروان بأن تقول كلمتها في المسألة²³.

طعن ممثل الشركة المذكورة في قرار صادر عن المحكمة الابتدائية بالقيروان القاضي بانعدام امكانيات التسوية القضائية والتصريح بتفليس الشركة واعتبارها قد توقفت عن الدفع . ومن أهمّ المطاعن التي تأسس عليها مطلب التعقيب سوء تقدير تعريف التوقف عن الدفع. وأكدت المعقبة في شخص ممثلها القانون أنّه ولئن عرفت صعوبة في خلاص ديونها فإنّها لم تصل إلى الحد الأقصى الذي يتمثل في العجز المالي المطلق كيفما وقع التعريف به في قانون التفليس . فبالنسبة للشركة المذكورة فإنّ التوقف عن الدفع في مادة التسوية القضائية لا يمكن أن تكون الحالة الميؤوسة وطلبت اعتمادا على ذلك الرجوع إلى الفقه والقضاء الفرنسيين اللذان سبقا التجربة واعتماد مفهوم آخر للتوقف عن الدفع في هاته المادة.

وجوابا على ذلك رأّت محكمة التعقيب أنّ « مقصد المشرّع من عبارة التوقف عن الدفع الواردة بالفصل 18 المذكور هو عجزها عن مجابهة ديونها

22) Paillusseau et Bonhomme, op. cit.

- Cadic : Détermination du profil financier de l'entreprise en cessation des paiements. Journal des agrées, 1984, p. 201.

23) قرار تعقيبي ع72500د مؤرخ في 14 جويلية 1999، غير منشور.

الثابتة والحالة بما يتوفّر لديها من إمكانيات ، وهو ما أقرّه المشرّع الفرنسي في القانون المؤرّخ في 25 جانفي 1985 والمنقّح بقانون 10 جوان 1994 على أن توقّف المؤسسة على الدّفع يكون في خصوص الدّيون الحالة والغير المتنازع في وجودها ومقدارها».

في الواقع لم يكن هذا القرار الأوّل الذي اتّخذته محكمة التعقيب في خصوص هاته المادة. فلقد سبق أن طرحت عليها الإشكالية وأجابت عليها في قرارها الصّادر بتاريخ 26 ماي 1999²⁴. وفي هذا القرار صرّحت محكمة التعقيب أن التوقف عن الدّفع هو الاستحالة بالنسبة للمدين لمواجهة ديونه بما لديه من المكاسب . المتمعّن في هذين القرارين يرى بصفة لا تدعو مجالا للشك أن محكمة التعقيب ترفض مفهوم التوقف عن الدّفع المؤسّس على الوضعية المالية الميؤوس منها وتضع مكوّنات جديدة لهاته المؤسّسة وهي الدّيون الحالة والمكاسب الموجودة أو المتوفّرة.

ب - استبعاد حالة اليأس من خلال مكوّنات المؤسّسة :

لقد صرّحت محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 26 ماي 1999 تحت ع71108دد أن التوقف عن الدّفع الذي جاء بالفصل 18 من قانون 17 أفريل 1995 يتمثّل في عجز المؤسّسة المدينة على مواجهة ديونها الثابتة والتي حلّ أجلها بما هو متوفّر بين أيديها من الإمكانيات.

ويتّضح من خلال هذا أنّه لا بدّ من الملاحظة بأنّ محكمة التّعقيب وضعت مكوّنات جديدة لمؤسّسة التوقف عن الدّفع وهي العجز على مواجهة الدّيون بما هو متوفّر من إمكانيات، للخلاص. ولنكون أكثر دقّة فإنّه من المتّجه أن تعلن أن الدّيون المتحدّث عنها هي الدّيون الحالة وأنّ الإمكانيات المتوفّرة تشمل في المكاسب التي تمتلكها المؤسّسة والتي يمكن لها من خلالها مجابهة الدّيون المذكورة.

24 (قرار تعقببي ع71108دد مؤرّخ في 26 ماي 1999 ، منشور بالجلة القانونية التونسية.

بيدو من أول وهلة أن هاته المفاهيم بسيطة وفي متناول الجميع فهمها والتعامل معها. ذلك أنه من السهل الإحاطة بها. فإن الدين هو كل ما للمدين من التزامات نحو دائنيه. ولكن ما لم يتأكد من خلال فقه القضاء الذي لدينا في بلادنا هي طبيعة الدين فهل أن عدم قدرة المدين على خلاص ديونه مهما كان نوعها وأساسها تجعله عرضة للتوقف عن الدفع على معنى قانون الإنقاذ الجديد، وبعبارة أخرى هل أن عدم خلاص دين شخصي ومدني من شأنه أن يبرر القيام ضد المدين بإجراءات التوبة القضائية مثلا وهل يمكن للمدين أن يطلب التسوية الرضائية في خصوص دين غير تجاري ؟

في ظل القانين القديم كان هناك اضطرابا في أول الأمر حول طبيعة الدين. فبالرجوع إلى فقه القضاء نلاحظ أن المحاكم كانت تقبل طلب القيام بتفليس المدين مهما كانت طبيعة الدين. وقد صرحت المحكمة الابتدائية بتونس أنه يجوز الحكم بالتفليس في صورة «وجود دين مدني أو تجاري ثابت...»²⁵.

لكن المتأمل في هذا الموقف يرى أن المحاكم كانت تشترط في نفس الوقت إثبات صفة التاجر عند المدين. وهذا الشرط كان مفروضا من خلال أحكام الفصلين 413 و445 من المجلة التجارية. وهو ما أدى إلى التساؤل حول جدوى وقيمة الأحكام التي لا تفرق بين الدين المتأتي من نشاط التاجر والدين الذي لا علاقة له بالأعمال التجارية. وأمام ذلك غيرت المحاكم اتجاهها ونذكر على سبيل المثال القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس الذي جاء فيه أن «عدم الوفاء بدين من قبل المدين لا يبرر طلب تفليسه إذ لا بد من التفريق في هذا الصدد بين عدم الوفاء بالدين الذي قد يكون ناتجا عن أسباب شخصية وبين العجز عن الدفع الذي لم يتحقق»²⁶ ويمكن أن نفهم من خلال هذا القرار أن الأسباب الشخصية هي تلك التي لا تتعلق بأعمال التجارة ونشاط المدين.

25 (حكم ابتدائي عدد 790 صادر في 15 أكتوبر 1963 ، م.ق.ت. 1964، ص 26.

في نفس الاتجاه : ابتدائي عدد 6714 صادر في 29 جويلية 1972، غير منشور.

26 (قرار استئنائي عدد 75689 صادر في 2 ديسمبر 1987، مجلة القضاء والتشريع لسنة 1993،

مفهوم التوقف عن الدفع في قانون إنقاذ المؤسسات

وإنّ هذا الرأى من الممكن تأكيده بالشّرط الأساسي الوارد في القانون القديم الذي يتعلّق بصفة التاجر فلا يمكن طلب تفليس غير التاجر ولذلك كان الرأى سائداً أنّه لا يمكن تأسيس طلب التفليس إلّا إذا كان الدّين تجارياً.

ولكن هل أنّ هذا الموقف لا يزال مؤسساً وهل يمكن مواصلة الدّفاع عنه في ظلّ القانون الجديد أي قانون انقاذ المؤسسات ؟

لقد كان من السائد في الفقه وفقه القضاء التونسي والمقارن ومنذ زمن بعيد أنّ مؤسسة التفليس كانت خاصّة بالقانون التجاري وبالتجّار . ولذلك فإنّ المحاكم كانت تعتبر أنّه لا يمكن الاعتماد على توقّف المدين عن الدّفع إلّا إذا كان الدين متعلّقاً بنشاطه التجاري. فإنّ عدم خلاص دين مدني لا يمكن أن يؤدّي إلى اعتبار التّاجر متوقّفاً عن الدّفع إلّا إذا أثبت الطالب أنّ المدين لم يقدّم إلى جانب ذلك بخلاص ديونه التجارية²⁷.

وخلافاً لهذا الاتجاه فلقد ذهب المشرّع الفرنسي منذ قانون 1967 وبالتحديد في الفصل 2 إلى اعتبار أنّ عدم قيام التاجر بخلاص ديونه تجارية كانت أم مدنية تبيح للدائن طلب افتتاح الاجراءات الجماعية ضده.

ولقد أعجب هذا الموقف رجال الفقه في فرنسا وذهبت المحاكم إلى تطبيقه منذ ذلك الحين بدون اشكالات تذكر²⁸. فإذا كان الموقف واضحاً في القانون المقارن فما عسانا أن نقول في إطار القانون الجديد ؟ خلافاً للمشرّع الفرنسي فإنّ القانون التونسي لم يوضّح ولم يفصح بصفة صريحة على طبيعة الدّيون التي من الممكن أن تؤدّي إلى افتتاح اجراءات التسوية الرضائية أو القضائية .

27) Cass. Req : 2 Décembre 1868, 169. 1. p. 129.

- 7 Novembre 1905. D. 1905. 1. p. 528.

- 13 Février 1940. D.C. 1941, p. 11.

28) Delmas : Le non-paiement des dettes civiles et la cessation des paiements ; R.D.C. 1970, p. 641.

- Cass. Com. : 9 Octobre 1972, J.C.P. 1972. 4. p. 258. 22 Juin 1993. D. 1993, Som. p. 366.

المالية للمؤسسة المعنية وهو حلّ من شأنه أن يجعل الدائنين والمحاكم على بينة تامة عند محاولة إيجاد الحلول للمؤسسة التي تخضع لاجراءات الإنقاذ . ونظن أن المشرع قصد هذا المنحى عندما أكد في الفصل 4 مكرّر من قانون 15 جويلية 1999 على أن مطلب المؤسسات التي تمرّ بصعوبات والتي تريد الانتفاع بقانون الإنقاذ لا بدّ من أن تحتوي على الوثائق التي تبين ما للمدين « ما عليه من الديون مع تحديد أسماء الدائنين والمدينين ومقرّاتهم ». فلم يقدّم المشرع باستثناء ولا تفريق بين حالات الديون الحالية والديون الغير مطالب بها³⁰.

ومن مقومات هذا التعريف الجديد للتوقف عن الدفع مسألة الممتلكات أو امكانيات المؤسسة لمواجهة ديونها حسبما جاء بقرار محكمة التعقيب الصادر بتاريخ 14 جويلية 1999 الذي أشرنا إليه أعلاه . ولكن لم تعرّف محكمة التعقيب هذا الشرط . فالسؤال هنا يحوم حول معرف ما إن كانت الإمكانيات تتمثل في الأملاك والمكاسب أم هل أنها تعني القدرة على الخلاص للخروج من الأزمة المالية بالنسبة للمؤسسة المدينة .

بالرجوع إلى القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس ع69197دد بموجب إحالة من محكمة التعقيب نرى أن هاته المحكمة اعتبرت أن المكاسب الموجودة والمتوفرة محصورة في الأموال التي يمكن للمؤسسة التصرف فيها حالاً مثل سيولة الصناديق وفواضل الحسابات الجارية الدائنة لدى لبنوك³¹ . والمتأمل في هذا الموقف يرى أن المحكمة المذكورة لم تتبنّى موقف محكمة التعقيب في قرارها الصادر في 26 ماي 1999 الذي أحالت بموجبه ملف القضية عليها. هذا لأن محكمة التعقيب رأت أنه لتقييم الوضع المالي لكل مؤسسة وللوقوف عن توقفها عن الدفع من عدمه فلا بدّ من الرجوع إلى ممتلكاتها ومكاسبها ولذلك فإنّه

30) لقد أكدت محكمة التعقيب في قرارها ع72500دد الصادر في 14 جويلية 1999 أنه لا تعتبر ديون ثابتة وحالة تلك التي لازالت على نظر من القضاء.

31) Guenot : Qu'entend -on aujourd'hui par cessation des paiements dans les procédures collectives de règlement du passif, G.P. 1983, p. 46 et suivantes.
- Martineau - Bourguimand : La cessation des paiements , notion fonctionnelle, R.T.D. 2002 , n° 2, p. 255.

يجب اعتماد ما يملكه المدين من أصول ثابتة مثل العقارات والأحوال التجارية وغيرها.

فما هو يا ترى الموقف الصحيح من الحل الذي اعتمدته محكمة التعقيب ؟

بالرجوع إلى الفقه المقارن نرى وأن الممتلكات الموجودة أو التي هي على ذمة المدين هي التي من الممكن التصرف فيها حالاً وبصفة سريعة مثل الأموال والأوراق التجارية والأوراق المالية³². واعتماداً على هذا فإن الحل الذي أقرته محكمة الاستئناف هو الأقرب إلى المنطق لأن مسألة المكاسب أو الممتلكات التي على ذمة المؤسسة المدينة لا بد من أن تعني في نفس الوقت سرعة التصرف من طرف المدين. لذلك نرى أن المحكمة الابتدائية بتونس صرحت في حكمها الصادر تحت ع204 عدد بتاريخ 15 جويلية 2002 أن التوقف عن الدفع « هو عدم قدرة المؤسسة على مجابهة ديونها الحالية والتي طلبها الدائنون انطلاقاً من موجوداتها المتوفرة والسائلة والقابلة للإنجاز كأموال بالخزينة أو الحسابات البنكية التي يمكن للمؤسسة تسخيرها حالاً لخلاص ديونها »³³. وأضافت المحكمة أن « الأصول المجمدة مثل العقارات والأصول التجارية للمؤسسة مهما بلغت قيمتها فهي لا تعتبر من الأصول الحالية ضرورة أن تسخيرها للحصول على أموال سائلة قد يستغرق وقتاً من الزمن لا يتماشى مع ضرورة الإسراع في التدخل لانقاذ المؤسسة... ».

ومن هنا يتجه أن نلاحظ أن العبرة ليست بالممتلكات والمكاسب المرصودة بل بما يمكن للمؤسسة أن تواجه به توا ومباشرة الديون التي عليها وهو مفهوم آخر للتوقف عن الدفع ، وبذلك يمكن الحكم بتفليس مؤسسة لها من المكاسب العقارية والأصول التجارية ما فيه الكفاية ولكنها لا تستطيع مواجهة دائنيها في وقت سريع.

32) Calendini : Cessation des paiements et rupture définitive du crédit : Petites affiches, 16 Nov. 1990, p. 18.

Dans le même sens :

- Aix en Provence : 16 Avril 1985, D. 1987, Somm. p. 389.

33) حكم ابتدائي ع204 عدد صادر في 15 جويلية 2002، غير منشور.

آثار التوقف عن الدفع في الشركات التجارية

إعداد : كريمة شلاقو

قاضي بالمعكمة الابتدائية بقر بالية

10 أبريل 2003

آثار التوقف عن الدفع في الشركات التجارية

بعد تعريف التوقف عن الدفع من قبل السادة المحاضرين و تمييزه عن مجرد الصعوبات الاقتصادية سنواصل

في هذه الدراسة بيان اثار التوقف عن الدفع في الشركات التجارية.

لقد ظل التوقف عن الدفع دائما يؤدي إلى افتتاح الإجراءات الجماعية و تفليس المتوقف عن الدفع في حالة عدم نجاح الصلح بنوعيه الاحتياطي و البسيط و لكن هدف المشرع الذي كان يرمي إلى تحقيقه من وراء تلك الإجراءات تغير ضرورة أنه كان و لمدة طويلة مركزا على حماية الدائنين و إقصاء التاجر من الدورة الاقتصادية طالما ثبت أنه عاجزا عن خلاص ديونه و بلغ حالة ميؤوس منها عن طريق إفلاسه

و لكن لم يعد التاجر الشخص الطبيعي ذو الأعمال المحدودة هو الأساس في النظام الاقتصادي. و الذي لا يتضرر من إفلاسه سوى دائنه بل أصبحت المؤسسات الاقتصادية من أهمها الشركات التجارية محور ذلك النظام. و يكون بالتالي في اghيار أية شركة و عدم قدرتها على الصمود تأثير على عدد كبير من الشركات المتعاملة معها.

و من هنا أصبح هدف المشرع من خلال نظريته إلى الإجراءات الجماعية هو حماية الشركات كخليفة ضمن النسيج الاقتصادي مع مساعدتها قدر الامكان على تجاوز توقفها عن دفع ديونها. من ذلك أنه أصبح ينظر إلى الشركات التجارية " لا كمدينة أو مخططة بل كمريضة في حاجة إلى العلاج الناجع حتى تستعيد الثقة و بالتالي تستعيد دورها في تنمية ثروة البلاد (1) و بالتالي فقد أصبح توقف الشركة عن الدفع يؤدي في البداية إلى السعي إلى انقاذها و يجعل حماية الدائنين هدف يتقهقر إلى مرحلة متأخرة عن مرحلة حماية الشركة بعد أن كان الغاية الاساسية في إطار الإجراءات الجماعية التقليدية.

و هو روح ما جاء به قانون الانقاذ عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 15 جويلية 1999 الذي سبق اجراءات التسوية القضائية على إجراءات التفليس في حال توقف المؤسسة عن دفع ديونها. و هو ينطبق على الشركات التجارية تطبيقا للفصل الثالث منه إضافة إلى أن القانون عدد 117 لسنة 2001 المتعلق بتجمع الشركات التجارية نص على إمكانية سحب إجراءات التسوية و الافلاس التي تفتتح ضد الشركات المنتمية إلى تجمع الشركات على بقية الشركات المنتمية إلى ذلك التجمع في الصور التي حددها النص

إضافة إلى أحكام التفليس تبدأ بها إجراءات تنفيذ معقدة ثم إن " حماية الدائنين لم تعد مرتبطة بخلاص ديونهم عن طريق الفلسفة ضرورة أن أغلبية الفلسات تحتم لعدم كفاية أموال المدين" (2)

واحداث قانون الانقاذ جاء نتيجة لظهور تحديات جديدة فرضت على المشرع في ظل نظام اقتصادي جديد يفترض الاندماج في اتفاقية القات (GAT) علاوة على امضاء تونس لاتفاقية شراكة مع الاتحاد الأوروبي و التي من شأنها أن تسرع من نسق المنافسة و الذي سيعرض الشركات إلى صعوبات اقتصادية تصبح السبب الرئيسي لتوقفها عن دفع ديونها ثم أن حماية الدائنين تكون بمواصلة الشركة لنشاطه و جدولته الديون الراجعة لهم و تركيز علاقة جديدة بين الشركة و دائنيها طالما أتيحت لها فرصة للنهوض.

و من هذا المنطلق فإن توقف الشركات التجارية عن الدفع قد يؤدي في البداية إلى محاولة إنقاذها و ذلك بفتح إجراءات التسوية القضائية مع استبعاد تفليس الشركة. إذا توفرت بعض الشروط و بعض الظروف (I) هو ما سيتطرق إليه من خلال الجزء الأول من دراستنا أو قد يؤول إلى إقصاء الشركة التجارية من النسيج الاقتصادي في حالة تعذر إنقاذها (II) وهو ما سيتناوله في الجزء الثاني من هذه الدراسة.

الجزء الأول: التوقف عن الدفع يفضى إلى افتتاح إجراءات التسوية القضائية

سبق القول في المقدمة أن الغاية من إحداث قانون لانقاذ بالنسبة للشركة كمؤسسة اقتصادية هو حمايتها و مساعدتها على النهوض من كبوتها المتمثلة في توقفها عن الدفع من خلال تمتيعها بمؤسسة التسوية القضائية.

هذا القانون قد أعطى أهمية أكبر لدور القاضي و جعله الضامن الاساسي لتحقيق تلك الغاية و " منحه نفوذا إيجابيا أساسه القانون" دون التغافل عن دور المؤسسات التي يتصل عملها بعمل المحاكم.

و هي مؤسسات مختصة تمثل بالاساس في لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية. و التي لها دور أساسي إلى جانب القضاء في مساعدة الشركات التجارية التي تعاني من صعوبات اقتصادية وصلت إلى حد التوقف عن الدفع من خلال تمتيعها بالحلول المقترحة ضمن مؤسسة التسوية القضائية.

1) مراحل التسوية القضائية:

أ- الفقرة التمهيدية:

تنطلق تلك الفترة بمجرد تقديم مطلب في الانتفاع بإجراءات التسوية القضائية وحرصا من المشرع على تحقيق الغاية من مؤسسة التسوية القضائية، وسع من قاعدة الاشخاص الذين بإمكانهم تقديم مطلب لافتتاح تلك الاجراءات فزيادة على مسيري تلك الشركات مكن المشرع كل دائن تعذر عليه استخلاص حقه (المقرر بحكم بات) بطرق التنفيذ الفردية من تقديم مطلب في ذلك حسب منطوق الفصل 19 من قانون الانقاذ. طالما كانت الشركة المدينة متوقفة عن دفع ديونها و تقديم مطلب التسوية القضائية من قبل ممثل الشركة التي سجلت توقفها عن الدفع إجباري و ضروري قبل اللجوء إلى تقديم تصريح لطلب الحكم بتفليس الشركة طبقا للفصل 54 من

قانون الانقاذ الذي سبق إجراءات التسوية القضائية وجوبا إجراءات التفليس و في كل الأحوال لا يمكن افتتاح إجراءات التسوية القضائية إلا بطلب من الأشخاص المنصوص عليهم صلب الفصل 19 من قانون الانقاذ مع ضرورة احترام الشروط المنصوص عليها صلب الفصل 20 منه حتى في الصورة التي يأذن فيها رئيس المحكمة بانطلاق إجراءات التسوية القضائية من تلقاء نفسه عند الحكم برفض التسوية الرضائية.

و إثر تقديم المطلب يتولى رئيس المحكمة طلب رأي لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية مع ضرورة إعلام المدین إذا لم يكن المطلب صادرا منه ليتولى بيان الحالة المادية و الاقتصادية للشركة و إعلام النيابة العمومية و لرئيس المحكمة إحالة المطالب إلى المحكمة لتجاوز الفترة التمهيدية لعدم جدواها.

فإذا تبين لرئيس المحكمة أن الطالب وجیه أي جدي و صائب و ذو صحة يعتمد السبب القانوني الذي يحويه فيرتقي به إلى مستوى الدعوى القضائية محترما الشروط الاجرائية و الموضوعية لتقدمه و تبين من رأي لجنة متابعة المؤسسات أي إمكانية الانقاذ متوفرة. يأذن بافتتاح التسوية القضائية و يتولى تعيين قاض مراقب و خبير في المحاسبة لتقصي حقيقة الوضع الاقتصادي و المالي للشركة و الأسباب الحقيقية لوصولها لمرحلة التوقف عن الدفع و إمكانية مساعدتها. و يتولى الخبير في اجل شهر من تعيينه إعداد تقرير ينهيه إلى القاضي المراقب الذي يكون قد جمع المعلومات الضرورية عن الشركة و إمكانية إنقاذها سواءا من لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية أو من أي جهة أخرى. كما يتولى حصر قائمة الدائنين (وهي مهمة صعبة نظرا لكون قانون الانقاذ و على خلاف قانون الافلاس لا يفرض على الدائنين التصريح بديونهم) و يتولى تعيين ممثلا أو ممثلين عنهم ترفع إليه ملاحظات الدائنين و هذه الفترة التمهيدية لها عديد الخصائص بالرغم من كون ميسر الشركة يبقى على رأس المؤسسة و لا يمكن إزاحته حيث يمكن لرئيس المحكمة أن يتخذ قرارا بإيقاف إجراءات التقاضي و التنفيذ الرامية لاستخلاص ديون سابق لتاريخ فتح التسوية القضائية حسب الفصل 19 من قانون الانقاذ.

و إثر انقضاء هذه الفترة يتولى القاضي المراقب تحرير برنامج تسوية يعرض على لجنة متابعة المؤسسة ثم يتولى تحرير تقرير يرفعه إلى حجرة الشورى و التي إذا ثبت لها أن إمكانية الانقاذ متوفرة قد تتخذ قرارا بالمصادقة على برنامج الانقاذ المقترح من قبل القاضي المراقب طبق الفصل 25 و في هذه الحالة يتم تنفيذه طبق شروط و آجال محددة و تحت مراقبة المحكمة و إذا رأت المحكمة أن برنامج الانقاذ المقترح غير ملائم لحالة الشركة فإنها تفتح فترة مراقبة لإعداد برنامج إنقاذ جديد(هذا مع عدم السهو على إمكانية رفض مطلب التسوية و إحالة الشركة إلى التفليس.)

ب- خضوع الشركة المتوقفة عن الدفع لفترة مراقبة

قد تقرر المحكمة فتح فترة مراقبة إذا ثبت لديها أن حالة الشركة المتوقفة عن الدفع لم تبلغ بعد حالة اليأس. و ان البرنامج الذي سبق إعداده خلال الفترة التمهيديّة لم يكن ملائما ففي هذه الحالة تتولى المحكمة تكليف أهلى الخبرة لإعداد برنامج لانقاذ تلك الشركة و خلال تلك الفترة يمكن أن يعهد تسيير المؤسسة إلى متصرف قضائي كما يمكن الإبقاء على مسير الشركة مع إخضاعه لرقابة ذلك المتصرف أو أن يكون تسيير الشركة بصفة مشتركة بين مدير الشركة و المتصرف القضائي. عملا بالفصل 29 من قانون الانقاذ مع ما تثيره حالات التصرف المشتركة من إشكالات عملية.

و إذا قررت المحكمة إبعاد مسير الشركة فإنها تحجر عليه التفويت في أسهمه أو حصصه أو رهنها دون إذن منها كما جاء بالفصل 31 من قانون الانقاذ إضافة إلى إمكانية إبطال بعض أعمال مسير الشركة طبقا للفصل 32 من قانون الانقاذ خاصة القرارات التي من شأنها أن تؤثر على الدائنين بتميز دائن على آخر أو التي من شأنها عرقلة تنفيذ برنامج الانقاذ الذي سيعده المتصرف القضائي.

علاوة على القيود المفروضة على المدين بمناسبة فترة المراقبة فإن قيودا فرضت على الدائنين بمجرد قبول مطلب التسوية القضائية و هي قيود استثنائية تفرض على الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل ذلك القبول و

تتمثل هذه القيود في تعطيل التبعات الفردية المتعلقة بالديون سواء العادية أو الممتازة و توقف سريان الفوائض حتى لا تزيد من إثقال كاهل الشركة و عدم حلول بقية الاقساط مقابل ذلك منع المشرع الدائنين من تعليق آجال السقوط حماية لهم حسب ما نص عليه الفصل 34 من قانون الانقاذ.

كما ألزم المشرع الدائنين ترسيم ديونهم حتى يتمكنوا من المشاركة بها في المحاصصة مع بقية الدائنين اما الديون الناشئة بعد افتتاح فترة المراقبة فإنها تتمتع بالاولوية في الخلاص إذا كانت في علاقة مباشرة و ضرورية لمواصلة الشركة لنشاطها.

و خلال فترة المراقبة تبقى المحكمة بصفة مبدئية على العقود الجارية عملا بالفصل 38 من قانون الانقاذ غير ان مواصلة العمل بصفة آلية قد يسبب ضررا للشركة لذلك حوّل القانون لمن يتولى تسيير الشركة التخلص من العقود المرهقة لها و الغير ضرورية لمواصلة النشاط باستثناء عقود الشغل التي لا يمكن التخلص منها عملا بالفقرة الثانية من الفصل 38 من قانون الانقاذ.

و تنتهي فترة المراقبة باعداد برنامج انقاذ و هو في الحقيقة الهدف الحقيقي من فتح تلك الفترة و قد لا يختلف هذا البرنامج في محتواه عن البرنامج الذي سبق إعداده من القاضي المراقب خلال الفترة التمهيدي و لكنه أخذ حيزا زمنيا أكبر مكن من الاطلاع بصفة أدق على الوضعية الحقيقية للشركة.

و إثر انتهاء تلك المدة يتولى المتصرف القضائي تحرير برنامج تسوية يعرضه بصفة وجوبية على لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية لبدء الرأي فيه إضافة إلى اخذ رأي ممثل الدائنين و اخذ رأي الدائنين شخصيا حول الطرح من ديونهم و أخذ رأي تفقدية الشغل إذا تضمن البرنامج إنهاء عقود الشغل أو تخفيض الاجور و الامتيازات و يتضمن البرنامج المقدم حلالا " مفصّل عنها معلومات تقديرية مالية مبينة بالقيمة النقدية عبر قوائم مالية بغاية الامانة و اسلوب الحياد تكون قابلة للمقارنة في الزمان لتكون منتجة بغاية الوضوح للرأي الفني المفضي على الحلول السليمة (3).

فيمكن له تقسيط الديون مع تحديد نظام الدفع أو اقتراح تعديل شكل الشركة أو الترفيع من رأس مالها الجماعي أو تغيير الاطار المسير أو تعديله أو حذف بعض مواطن الشغل مع بيان وجاهة ذلك الاختيار.

و يتم عرض البرنامج على المحكمة للمصادقة عليه أو تعديله أو رده فإن اخذت به فهو يحرز على القوة الإلزامية تجاه كل الاطراف و تتخذ المحكمة قرار إثر المفاوضة السرية بحجرة الشورى و بمحضر النيابة العمومية و يعتبر صدور الحكم بالمصادقة على برنامج الانقاذ النهائية القانونية لفترة المراقبة و يتضمن الحكم البت في برنامج الانقاذ و تحديد مدته و تعيين قاضي مراقب لتنفيذه.

2) الحلول المقترحة لانقاذ الشركة:

لقد تأسس قانون الانقاذ على اعتماد حلول تفاضلية لانقاذ الشركات المتوقفة عن الدفع و ذلك بأن جعل النهوض بالمؤسسة و مواصلة نشاطها هو الغاية الأولى و الأساسية من ذلك البرنامج (فقرة أولى) و في صورة عدم تحقيقها يقع اللجوء إلى الاحالة اجزئية مع مواصلة النشاط.

أ- المبدأ استمرار الشركة على تنفيذ التزاماتها:

لانقاذ المؤسسة فإنه يتعين تماديها في تنفيذ التزاماتها التعاقدية الضرورية لاستمرارها على الانتاج و تحقيق الدخل و يستوجب ذلك توفر القدرة الكافية اقتصاديا و ماليا على الاستمرار .

و لتحقيق ذلك الهدف كان من الضروري اتخاذ إجراءات معطلة للتنفيذ. كالتى وقع اتخاذها صلب الفترة التمهيدية و إجراءات هادفة إلى الغاء الالتزامات حسب الفصل 32 من قانون الانقاذ مع إمكانية انهاء العمل بالعقود التي تربط الشركة بالغير عملا بالفصل 38 من قانون الانقاذ.

و استمرار الشركة في تنفيذ التزاماتها يقتضي تطهير الشركة من ديونها مع المحافظة على مواطن الشغل فيها و لا يمكن تحقيق هذا الهدف إلا باتباع إجراءات معينة.

فقد تصدر المحكمة حكمها بالزام الشركة بخلاص بعض الديون بصفة حالة و هي الديون التي لا تقبل التأجيل و التي أحرزت صبغة الامتياز العام على مكتسبات الشركة و التي نص عليها الفصل 199 من مجلة الحقوق العينية و الفصول 564 و 566 من المجلة التجارية و التي تكتسي صبغة متأكدة تبرر الاسراع بخلاصها.

كما يمكن للمحكمة أن تعجل بخلاص بعض الديون و لو لم تكتسب الامتياز العام و هي الديون التي لا يتجاوز مجموعها نسبة 5 % من جملة ديون الشركة.

و قد تتخذ المحكمة قرارا بتقسيط الديون و ذلك إذا تمسك الدائن بطلب خلاص دينه باكملة صيرة واحدة فتوجد المحكمة أداءه و ذلك بوجه التقسيط و يمثل القسط الواحد ما يمكن أن توفره الشركة من ربح صافي بعد طرح كل المصاريف و الاجور فتخصص برمته للوفاء بديونها

و عندها تأذن المحكمة عند القضاء بالتسوية بدفع القسط الواحد محاصا بين كافة الدائنين كل حسب نسبة دينه إلى حين الوفاء بالديون متزامنة و للمحكمة أن تمنح للشركة فترة إمهال قبل انطلاق الأقساط كما انها تبسط مراقبتها على الفوائض لمنع الفوائض المشطية.

قد يقترح المتصرف القضائي الترفيع في رأس مال الشركة و إذا صادقت المحكمة على ذلك يسعى مراقب التنفيذ بعد اطلاع الشركاء على التقارير المالية إلى إتمامه و على خلاف القاعدة العامة التي تمنح أجل محددا لتحقيق الزيادة فإن الترفيع في رأس المال بغاية الانقاذ يتم حالا أو في أقصر الآجال و بحرص من مراقب التنفيذ كما يمكن أن يتطلب الانقاذ تغير الشكل القانوني للمؤسسة مع مراعاة القواعد الخاصة بكل شركة.

كما قد يقتضي تغير الاطار العامل بالشركة و ذلك بانتداب أهل الكفاءة في التسيير خاصة في ميدان المحاسبة أو بعزل مسير الشركة إذا ثبت أن سوء تصرفه كان السبب المؤدي إلى التوقف عن الدفع دائما مع احترام القواعد الخاصة بكل شركة اما التخلي عن العملة فيكون بعد إعمال قواعد التفاضل بينهم و من الاحسن أن تتولى

تفقدية الشغل التفاوض مع نقابة العمال حول قواعد التفاضل الواجب إعمالها و إفادة المحكمة بالعمال الذين من الاحسن الاستغناء عنهم.

2- مواصلة الشركة لنشاطها مع الإحالة الجزئية

لقد نص الفصل 41 من قانون الانقاذ على أن المؤسسة يمكنها أن تواصل النشاط مع بيع أو إحالة بعض الممتلكات أو النشاطات الفرعية و تكون الإحالة جزئية إما بإحالة بعض ممتلكات الشركة أو بإحالة المنفعة في شكل وكالة حرة location gérance .

وقد أجاز القانون التفويت في بعض ممتلكات الشركة كحل من حلول قانون الانقاذ لما يوفره من سيولة تساعد الشركة على تجاوز صعوباتها المالية و تتعلق تلك الإحالة ببعض الممتلكات منقولات أو عقارات خارجة عن نطاق استعملها . و حل التفويت يكون من الحلول المتممة لحلول أخرى يقتضيها إنقاذ المؤسسة باستمرارها على نشاطها. و طالما كانت الإحالة تشكل إنقاصا من بعض رأس المال و التي كانت تشكل مساهمات الشركاء، فإنها تخضع لموافقة الشركاء كما تخضع لوجوب الاشهار وفقا للقواعد الخاصة بكل تفويت، من إعلام الدائنين و سائر المتعاملين.

و تنتج الإحالة الجزئية آثارا لا تخرج في مجملها عن الآثار العامة المستمدة من أحكام البيع خاصة نقل الملكية كما تؤثر الإحالة على علاقة الشركة بدائنيها إذ تساهم في خلاص نسبة من الديون و بهذا لو كانت ذات الامتياز المدعم التي تقبل التعجيل بحكم قضائي.

كما حول قانون الانقاذ كراء الشركة أو إسنادها في نطاق وكالة حرة و هما حالتان تخصان إحالة المنفعة دون إحالة الملك و مبناهما اتفاق ممثل الشركة مع المتسوغ على الاستغلال لمدة محددة و بمقابل مالي معين يتقرر بمصادقة القضاء إنقاذا للشركة و طالما لم يحدد قانون الانقاذ أحكاما خاصة بكراء الشركة في نطاق التسوية

القضائية فإنه يقع تطبيق أحكام كراء الأصل التجاري المبينة بالمحلة و الأحكام الخاصة بالكراء من محلة الالتزامات و العقود.

و يشترط في المتسوغ أن يكون ذا قدرة و كفاءة ، تاجرا ، ليضمن استمرار الشركة. و لم يستبعد المشرع أن يكون المتسوغ من أقرباء الشركاء أو المسيرين.

كما أنه من الضروري أن يتولى المتسوغ تسيير الشركة بصفة مستقلة، و إذا كانت المتسوعة ذات معنوية تمارس نشاطا مماثلا فإنه ينبغي أن لا يؤول الكراء إلى وسيلة لممارسة الاحتكار.

و يشترط أن يكون مقدار التسويغ كافيا لخلاص ديون الشركة و إلا تعذر على المحكمة المصادقة عليه. و تفترض الوكالة الاستمرار على العقود الضرورية و محافظة المتسوغ على التزامات الشركة تجاه معاقديها كما يصبح مطالبا بالوفاء بجميع الالتزامات المحمولة على الشركة.

ج- إنقاذ الشركة بإحالتها للغير:

الإحالة إجراء يهدف إلى نقل أموال الشركة بحكم قضائي إلى الغير برضائه مقابل تطهيرها من ديونها(4)

و لقد نص الفصل 47 من قانون الانقاذ على ذلك الحل الذي يعكس نظرة المشرع إلى الشركة كوحدة إنتاج يجب المحافظة عليها فلا يهم من هو مالكيها أو مسيرها بقدر ما يهم المحافظة عليها خاصة و أن الفصل 52 من قانون الانقاذ اعتبر أن إحالة الشركة هي إعادة هيكلة و تجدر الإشارة إلى أن الإحالة قد ينتج عنها استيعاب الشركة المحال لها للشركة المحالة فلا يعد لها وجودا في الواقع إلا من خلال الشركة المحال لها التي قد تغير اسمها الاجتماعي و تحتويها احتواء كاملا .

و يشترك هذا الحل مع حل الانقاذ بمواصلة النشاط في عنصرين يتمثلان في أن كلا الحلين سيؤديان إلى استمرار نشاط الشركة و المحافظة على مواطن الشغل فيها. و هو حل يأتي وجوبا في حالة فشل حل الانقاذ بمواصلة النشاط، أو إذا اقترح المتصرف القضائي الانقاذ بالاحالة دون الحلول الاخرى.

و الاحالة تقتضي من المحكمة الاذن بذلك صلب حكم تصدره بمحجة الشورى و يقع إشهاره و انتظار العروض التي سيقع تقديمها للمحكمة و التي يجب أن يقع اختيار أفضلها. و ذلك بالاعتماد على معيارين يتمثل الأول في أن يكون العرض ضامنا لاستمرار أكثر عدد ممكن من مواطن الشغل و أن يكون الثمن المقترح كافيا لتغطية ديون الشركة و يشترط في العروض أن لا تكون مقدمة من المسيرين في الشركة موضوع الاحالة بصفة منفردة لتحويلها لشركة شخص واحد إذا كان ذلك ممكنا أو بصفته شريك في شركة اخرى تتقدم بالعرض .

كما امتد ذلك التحجير المنصوص عليه صلب الفصل 50 من قانون الانقاذ إلى قرين المسير و أصوله و فروعه و أقاربه إلى الدرجة الثانية و أصهاره و ذلك ضروري لمنع المسير من الاستفادة مباشرة أو غير مباشرة من خطئه الذي أدى إلى إحالة الشركة و ما قد ينتج عنه من ضرر للدائنين ضرورة أن الاحالة تظهر الشركة من كل الديون و التحجير المذكور بالفصل 50 يمتد إلى المشرفين على برنامج إنقاذ الشركة .

و تتمثل آثار الإحالة بالنسبة للمحيل بإلزامه بالتخلي عن الشركة أو الاطلاع على احوالها كما يلتزم بعدم منافسة المحال اليه و بعدم تعطيل اجراءات الاحالة والا كان موضوع تتبعات عدلية عملا بالفصل 55 من القانون .

و تتمثل التزامات المحال اليه و اجب دفع الثمن و وفائه بجميع التزاماته لمراقب التنفيذ حسب الفصل 46 من قانون الانقاذ كما يلتزم بالتمادي على تنفيذ ما تضمنته العقود الضرورية لاستمرار المؤسسة و التي يحددها عادة منطق حكم الإحالة .

و ثمن الإحالة يوزع على الدائنين حسب الفصل 49 طبقا لقواعد التوزيع كما تضمن هذا الفصل حماية للدائنين الذين لم يستوفوا جميع ديونهم حيث نحل لهم القيام ضد المدين و الضامين و المتضامين معه أي الرجوع إلى الاجراءات الفردية.

هذا الفصل يمكن فهمه في اطار شركات الاشخاص والتي يكون فيها الشركاء مسؤولين شخصيا عن ديون الشركة كشركة المفاوضة والمحاصة والمقارضين بالمال في شركة المقارضة البسيطة غير أنه يثير اشكالات في حالة الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات الاسهم حيث لا يكون الشركاء مسؤولون الا في حدود أنصبتهم.

الجزء الثاني - التوقف عن الدفع يؤدي إلى زوال الشركة

يمكن تعريف الافلاس بأنه نظام جماعي لتصفية اموال التاجر (الشركة التجارية) الذي توقف عن دفع ديونه في مواعيد حلولها و قسمة المتحصل منها على دائنيه قسمة عادلة.

نظرا لخطورة الافلاس و ما يترتب عنه من اضمحلال الشركة بعد استنضاض أموالها و خلاص الدائنين و إزاحتها من الدورة الاقتصادية فإنه لا يجوز توقيعه إلا على الشركات التجارية الميؤوس منها.

في مطلق الأحوال و على غرار عديد التشريعات المقارنة (5) حاول المشرع التونسي تفادي اللجوء مباشرة إلى تفليس الشركات التي تعاني من التوقف عن الدفع غير أن التفليس يكون آليا في بعض الحالات التي سيقع التطرق إليها لاحقا دون المرور بمؤسسة التسوية القضائية.

و حسب احكام التفليس يجوز تفليس الشركات التجارية طالما اكتست صفة التاجر.(6)

و لهذا المبدأ إستثناءات تتعلق بشركة المحاصصة طالما كانت هذه الشركة غير متمتعة بالشخصية المعنوية و بالتالي فإنه لا يجوز الحكم بتفليسها و إنما يجوز إفلاس الشريك المحاص الذي يمارس التجارة باسمه الخاص اما الشريك الذي لم يتعاقد مع الغير فإنه لا يمكن إفلاسه (7)

و في هذا الإطار يجب الإشارة أن تفليس إحدى الشركات التجارية المنتمية إلى تجمع شركات قد ينسحب على الشركات الاخرى المنتمية إلى ذلك التجمع عملا بالفصل 478 من القانون عدد 117 لسنة 201

المؤرخ في 2001/12/06 .

إضافة إلى أن افتتاح الاجراءات الجماعية ضد تجمع المصالح الاقتصادية ذي الموضوع التجاري الذي توقف عن الدفع ينتج افتتاح تلك الاجراءات بصفة تلقائية تجاه الاعضاء التجار بذلك التجمع سواء الاعضاء الأشخاص الطبيعيين أو الاعضاء الذوات المعنوية.

و قد اقتضى قانون الاجراءات الجماعية قبل سن قانون إنقاذ المؤسسات تمكين التاجر المتوقف عن الدفع من فرصة للتدارك من خلال تمكينه من مؤسسة الصلح الاحتياطي و مع سن ذلك القانون نص المشرع على إلغاء الفصول 413 إلى 444 من المجلة التجارية المتعلقة بالصلح الاحتياطي طالما أحدثت مؤسستي التسوية الرضائية و القضائية التي يجب المرور بها قبل تفليس الشركة.(8)

غير أنه إذا ثبت ان وضعية الشركة منهارة و ميؤوس منها فإنه لا مفر حينئذ من إخراجها من النسيج الاقتصادي . و بالتالي فإن إفلاس الشركات التجارية يكون بصفة مباشرة أو غير مباشرة بعد فشل التسوية القضائية (أ) إلا أن الآثار متشابهة في كلتا الحالتين(ب)

1) صور إفلاس الشركات التجارية:

أ) حالات التفليس المباشرة للشركات التجارية:

رغم حرص المشرع على إنقاذ الشركات التجارية المتوقفة عن دفع ديونها من خلال تمكينها من المرور بمؤسسة التسوية اقضائية ضل الواقع يفرض إقصاء الشركة بدون المرور بتلك المؤسسة فيتم تفليس الشركة بصفة مباشرة.

و ذلك في صورة رفض مطلب التسوية القضائية المقدم عملا بالفصل 27 من قانون الانقاذ و كذلك إذا ثبت للمحكمة أن الشركة لم تتوقف عن دفع ديونها و أن الطلب المقدم ليس له غاية سوى مماطلة الدائنين ، أو إذا ثبت لرئيس المحكمة أن المطلب غير جدي عملا بالفصل 22 من القانون. أو في صورة تبين للمحكمة أنه لا توجد

إمكانية لانقاز الشركة و هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 27 أي بلوغ الشركة " حالة ميؤوس منها لا يمكن إصلاحها بالمرّة" و بها تنتهي حياة الشركة التجارية تفاديا لاحاق الضرر بالدورة الاقتصادية.

كما ان تفليس الشركة بصفة مباشرة يكون في الحالات المنصوص عليها صلب الفصلين 449 و 593 من المجلة التجارية، حيث اقتضى الفصل 449 أنه " في الحالات المتأكدة كما لو أغلق التاجر مخازنه و لاذ بالفرار أو أتلّف جزءا مهما من ماله" يمكن للمحكمة التي رفع إليها الامر أن تصدر حكما بالتفليس من تلقاء نفسها، حيث تقتضي حماية الدائنين تدخّل المحكمة لاتخاذ الاجراءات الاحتياطية لصيانة حقوقهم بتعيين حارس قضائي على الشركة و وضع الاختام ثم التصريح بإفلاسها إذا ثبت أن هذه الوسائل غير كافية و ثبت توقف التاجر أو الشركة عن الدفع و في الواقع فإن الفصل 449 المذكور بقي ساري المفعول حتى في نطاق قانون الانقاز ضرورة أنه لا يمكن تحقيق غاية هذا الاخير و هو حماية الشركة كمؤسسة اقتصادية تعرضت إلى التوقف عن الدفع و عبرت عن رغبتها في الخروج منها طالما أن الفرار دليل عن سوء نية مسير الشركة و بالتالي عن عدم استعداده للتعاون بما يجعل محاولة اللجوء إلى الانقاز عديمة الجدوى.

و نص الفصل 593 المذكور " على إمكانية تقديم مصفي الشركة التي سجلت دخولها مرحلة التصفية مطلباً في استصدار حكم بالتفليس " . و هو المؤهل الوحيد لتقديم ذلك المطلب طالما أصبح الممثل القانوني الوحيد للشركة و في هذه الحالة (أي دخول الشركة مرحلة التصفية) فإن التصريح بإفلاسها يكون مباشرة بدون اللجوء إلى إجراءات التسوية القضائية، إذا ثبت توفر التوقف عن الدفع قبل التصفية أو أثنائها و ذلك تطبيقاً للفصل 54 من قانون الانقاز.

ب) التفليس الغير مباشر:

أن التصريح بتفليس الشركة قد يكون بسبب فشل التسوية القضائية بعد تعذر مواصلة النشاط و تعذر
إحالتها للغير حسب ما نص عليه الفصل 46 من قانون الانقاذ أو في حالة عدم وفاء المدين و عدم تقيده بتنفيذ
برنامج الانقاذ المصادق عليه بصفة تلقائية : من دفع أقساط الديون

و في هذه الحالة يمكن للدائن إجباره على ذلك بالتنفيذ على مكاسبه كما يمكنه المطالبة بإبطال برنامج
الانقاذ إذا بلغ دينه أكثر من 15% من جملة الديون.

كما أن طلب الابطال في هذه الصورة (صورة عدم الوفاء بالالتزامات) يمكن أن يرفع من مراقب التنفيذ
أو حتى من قبل وكيل الجمهورية طالما كان برنامج الانقاذ و قانون الانقاذ عموما يهتم المصلحة العامة.

و في هذه الحالة تقضي المحكمة بإعادة فتح التسوية القضائية بإحالة الشركة للغير ، و إذا تعذرت تلك
الإحالة تقضي بتفليسها.

و لا يعني الحكم بإعادة فتح التسوية القضائية الإذن بفتح تسوية جديدة مثلما هو الامر بالنسبة للقانون
الفرنسي بل إعادة النظر في المطلب الأول من الحـد الذي وصل إليه قبل المصادقة على برنامج الانقاذ، بإعداد
برنامج جديد أوجب المشرع أن يكون يرمي إلى إحالة المؤسسة للغير و ليس لإمكانية مواصلة نشاطها باعتبار أن
هذا الحل قد فشل فلا يمكن العودة إليه و يترتب عن ذلك امتداد فترة المراقبة لمدة ثانية و إعداد برنامج الانقاذ
بالاحالة للغير التي تضمن استمرار الشركة في نشاطها مع تغيير مالكيها (9)

و تنتج الاجراءات المتخذة بمناسبة برنامج الانقاذ الذي بدأ في تنفيذه قبل اتخاذ المحكمة قرارها آثارها
القانونية لأن إبطال العمل بالبرنامج ليس له أثر رجعي من ذلك أن الأقساط التي دفعها المدين للدائنين بمناسبة تنفيذ
ذلك البرنامج لا يمكن استرجاعها .

و في كل الاحوال إذا صدر حكم بتفليس الشركة التجارية فإنه يقع تطبيق الإجراءات المنصوص عليها
صلب المجلة التجارية و تحديدا العنوان الثاني من الكتاب الرابع أي الفصول 445 من المجلة التجارية و ما يليها

(2) آثار تفليس الشركة التجارية :

ما من شك أن آثار تفليس الشركات متعددة و متشابهة تعجز هذه الدراسة المختصرة من الاتيان على
جميع جوانبه. غير أن الخوض في آثار التوقف عن الدفع في الشركات التجارية يقتضي الخوض في تلك الآثار و
تبتدأ هذه الآثار منذ تاريخ صدور الحكم بتفليس الشركة الذي يجب إظهاره بتعليقه من قبل كاتب المحكمة في
رحاب المحكمة الصادر عنها و باب المركز الرئيس للشركة المفلسة و بالرائد الرسمي للبلاد التونسية و الجرائد
اليومية من قبل أمين الفلسة.

و يترتب عن الحكم بالتفليس بالنسبة للشركة ما قد يترتب عنه بالنسبة للتاجر الفرد إلا أنه قد يترتب آثارا
خاصة بها.

أ- الآثار العامة :

يترتب عن الحكم بالتفليس رفع يد الشركة عن مكاسبها حسب الفصل 457 من المجلة التجارية بداية
من تاريخ الحكم كرفع يد المسير مع إمكانية مراجعة تصرفاته السابقة عن ذلك الحكم و يتعلق رفع اليد بالأعمال
القانونية التي تضر بجماعة الدائنين سواء كانت أعمال إدارة أو تصرف أو دعاوى لدى القضاء.

و قد يقتضي الأمر بإبطال تصرفات مسير الشركة التي يكون قد قام بها في حالة اضطراب شركة و ذلك
لاخفاء الواقع المتردي حسب الفصلين 462 و 463 من المجلة التجارية.

من ذلك التبرعات و التفويطات و دفع ديون لم يحن اجلها و الوفاء بالديون الحالة بطريقة غير عادية، أي
دفع ديون نقدية حل اجلها بغير نقود أو كمبيالات أو سندات للامر أو شيكات أو توظيف رهن عقاري على

مكاسب بسبب دين سابق عليه . و حالات الابطال المشار إليها صلب الفصل 462 من المحلة التجارية هي حالات وردت على سبيل الحصر بالتالي لا يمكن التوسع فيها أو القياس عليها و ينتج عن بطلان تلك التصرفات عدم نفاذها في حق جماعة الدائنين . و لكن هذه التصرفات يصعب تصور حصولها في صورة مرور الشركة بمرحلة التسوية القضائية قبل تفليسها تلك الفترة تقتضي تعيين متصرف قضائي تتراوح مهمته بين مراقبة المسير و تعويض هذا الاخير في تسيير الشركة. بما يجعل من المستحيل على ذلك المسير القيام بتصرفات مريبة تتطلب الابطال خاصة مع خضوع المتصرف القضائي نفسه لمراقبة القضاء. غير أن الفصلين 462 و 463 المذكوران يضلان فاعلان في حالة المرور لإعلان إفلاس الشركة دون المرور لإجراءات التسوية القضائية.

و إضافة للآثار الناتجة عن الحكم بالتفليس بالنسبة للشركة تسجل آثار بالنسبة للدائنين حيث يهدف نظام الافلاس بالأساس إلى ضمان حق الدائنين في خلاص ديونهم. و لتحقيق ذلك وضع المشرع عدة خطوات لاتباعها من ذلك تكوين جماعة الدائنين التي تتكون من الدائنين العاديين و أصحاب الامتياز العام الذين نشأت ديونهم قبل الحكم بالتفليس و لا تشمل الدائنين المرهنين و أصحاب الامتياز الخاص. غير أنه يمكن للصنفين الاخيرين الانضمام في حالة كانت الاموال الموظفة عليها رهنهم وامتيازهم غير كافية . و يتولى أمين الفلسة تمثيل جماعة الدائنين التي أصبحت ذاتا معنوية مستقلة، و هو ما يؤول بالضرورة إلى تعطيل التبعات الفردية من قبل الدائنين باستثناء الدائنين المتمتعين بامتياز خاص على عقار أو منقول حيث يمكن لهم مباشرة التبعات الفردية على الاموال الموظفة عليها امتيازهم. و هنا يكمن الفرق بين الافلاس و إجراءات التسوية القضائية التي يتساوى فيها جميع الدائنين(10)

كما يترتب عن الحكم بالتفليس وقف فوائض الديون الغير موثقة بامتياز خاص أو بضمان عقار أو منقول حسب الفصل 460 من المحلة التجارية كما يترتب عنه صيرورة جميع الديون حالة و مستحقة الدفع علاوة على وجوب توظيف رهن عقاري لفائدة جماعة الدائنين يتولى أمين الفلسة إشهاره عملا بالفصل 453 من المحلة التجارية ، و في ذلك حماية للدائنين أكثر من الحماية الممنوحة للدائن الفرد .

ب- آثار التفليس بالنسبة للشركاء و المسيرين

يمكن لامين الفلسة أن يجبر الشركاء على إكمال دفع حصصهم في رأس المال إذا تعلق الامر بشركات الأسهم و لو قبل حلول الاجل المعين بالقانون الأساسي حسب الفصل 595 من المجلة التجارية و هذا الأثر يظل مجرد إمكانية مفتوحة امام أمين الفلسة و الذي قد يقرر اللجوء إليه في حال رأى ضرورة لذلك.

كما اقتضى الفصل 592 من المجلة التجارية أنه " إذا حكم بتفليس شركة تضم شركاء مسؤولين على وجه التضامن بديون الشركة فإن الحكم بالتفليس تنسحب نتائجه على هؤلاء الشركاء أنفسهم " و هذا الفصل ينطبق على الشركاء في شركات المفاوضة و الشركاء المقارضين بالعمل في شركات المقارضة أو حتى المقارض بالمال الذي تسامح في إدراج اسمه ضمن الاسم الجماعي.

كما رتب المشرع آثاراً على مسيري الشركات في حالة إفلاس الشركة لا تخرج عن نطاق الاحكام الخاصة بالشركاء المسؤولين على وجه التضامن بالنسبة لمسيري شركات المفاوضة و شركات المقارضة البسيطة، أما في نطاق الشركات ذات المسؤولية المحدودة و الشركات خفية الاسم و شركات الاسهم عموماً فإن الحكم بالتفليس لا يترتب عنه تحميل المسيرين جزءاً من ديون الشركة إلا إذا ثبتت مسؤوليتهم عن الحالة التي وصلت إليها الشركة كالاهمال في الادارة و سوء التصرف أو ارتكاب جريمة تسيير أو تحيل أو خيانة أو تسبب في الافلاس.

و علاوة على ذلك فإن إفلاس الشركة قد يؤدي إلى التصريح بكون الافلاس مشتركاً بينها و بين كل شخص التجأ إلى التستر بها لاختفاء تصرفاته و قام بمنفعته الخاصة بأعمال تجارية و تصرف بالفعل في مكاسب الشركة كما لو كانت مكاسبه الخاصة عملاً بالفصل 596 من المجلة التجارية.

و في هذه الحالة تكون جماعة الدائنين جماعة واحدة بالنسبة للشركة و المسير الواقع تفليسهم و في كل الاحوال فإن الحكم بالتفليس يؤدي إلى وضع الشركة تحت يد أمين فلسة، و قد تنتهي الفلسة بإبرام الصلح

البسيط مع جماعة الدائنين مع ضرورة الترخيص في ذلك من القاضي المراقب ثم المصادقة عليه من المحكمة ذات النظر. أو إلى قيام اتحاد الدائنين أي اجتماع الدائنين في كتلة واحدة منظمة تهدف إلى بيع أموال الشركة و توزيع ثمنها على الدائنين سواء الدائنين العاديين أو ذوي الرهون و الامتيازات الخاصة أو العامة و في هذه الحالة تنحل الشركة و تزول و في مجمل الاحوال يصعب تصورتحقق صورة الفصل 430 من المجلة التجارية الذي تحدث عن امكانية الاستمرار في استغلال تجارة المفلس ضرورة أن الحكم بالتفليس يعني انعدام وجود امكانية لانقاذ الشركة المتوقفة عن الدفع بمواصلتها نشاطها أو حتى بإحالتها للغير إلا أن إمكانية الفصل 430 تظل قائمة على المستوى القانوني.

و هكذا تبين أن آثار توقف الشركات عن دفع ديونها يختلف باختلاف الظروف المحيطة بالشركة غير أنه لا تخرج في مطلق الأحوال عن الرغبة التي عبر عنها المشرع في محاولة إنقاذها قبل اقصائها من النسيج الاقتصادي.

(1)البشير الفرشيشي: إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية. ملتقى ديسمبر 1995.

2) La protection des créanciers de la faillite (Imen Abdelhak) D.E.A. droit
privé

(3)الرئيس محمد الهادي دعلول: الصعوبات الاقتصادية و إنقاذ المؤسسات بواسطة التسوية القضائية

(4) نفس المرجع

(5) القانون الفرنسي عدد 475-94 المؤرخ في 10/06/1994

(6)عبد الحميد الشواربي: الافلاس ص262

(7)الرئيس جويذة قيققة: الشركات التجارية بين تأزم أوضاعها و انفراجها

(8)توفيق بن نصر: تعليق على قانون الشركات التجارية ص586

(9)عبد المجيد الفاهم: الكامل في الاجراءات الجماعية ص139

(10) الفصل 19 من قانون انقاذ المؤسسات الاقتصادية.

LA CONSTATATION DE L'ÉTAT DE CESSATION DES PAIEMENTS : LA DATE ET LA PREUVE

Imen ABDELHAK

Assistante à la faculté de droit de Tunis

Introduction :

Une première réflexion sur la date de la cessation des paiements nous amène à prendre l'initiative de la recherche d'un moment précis à partir duquel l'entreprise devient défaillante, c'est-à-dire le moment à partir duquel celle-ci ne « peut plus redresser sa situation par ses propres ressources tant humaines que financières »¹. L'intérêt d'une telle recherche est en réalité double : en effet, la constatation de l'état de cessation des paiements et de son point de départ permet d'une part de mesurer l'ampleur et la gravité de la situation de difficulté économique de l'entreprise et donc de vérifier les moyens utilisés par le dirigeant afin de maintenir, souvent artificiellement, et ce le plus longtemps possible en vie son entreprise², d'où la possibilité d'envisager des sanctions à son encontre, mais aussi et surtout, cette constatation permettra aux créanciers cette fois-ci d'assurer un meilleur paiement de leurs créances par la remise en cause de certains actes qui leur sont nuisibles à travers les inopposabilités et les nullités de la période suspecte prévues au sein des articles 32 et 56 de la loi n° 95-34 du 17 Avril 1995.

Il ne faut en effet pas oublier que pendant longtemps, le paiement des créanciers d'un commerçant défaillant était « le prix de la course » comme ceci est le cas en matière civile³, puisque le premier arrivé était le premier payé, et que pour éviter l'anarchie, l'injustice et l'inégalité de tels procédés il a fallu organiser des procédures dites collectives qui permettent d'assurer un paiement proportionnel des créances au profit de tous les créanciers au prorata de leur dû. Par ailleurs, la fixation de la date de la cessation des paiements dépend étroitement du contenu même de cette notion. En effet, le paradoxe réside dans le fait qu'une notion trop « rigide de l'état de cessation des paiements peut retarder l'intervention des tribunaux alors qu'une décision opportune sauverait l'entreprise »⁴. Mais d'un autre côté aussi, l'utilisation par le législateur ou la jurisprudence d'une formule vague risque de susciter des

\ précipitations irréfléchies causant un préjudice à l'entreprise qui ne serait pas véritablement en état de cessation des paiements que seul le règlement amiable, en sa qualité de procédure préventive, peut permettre d'éviter⁵. L'apparition du droit du redressement des entreprises en difficulté après un long règne sans partage de la faillite en la matière⁶, imprime un caractère particulier à la question de la constatation de l'état de cessation des paiements puisque d'une procédure sanctionnatrice et par voie de conséquence toujours déclenchée trop tard⁷, qui confond entre l'homme et l'entreprise en leur réservant le même sort, nous sommes passés à une procédure incitative qui essaye d'intervenir suffisamment tôt dans le but avoué dès les premiers articles de la loi de permettre de sauver les entreprises en difficulté économique⁸.

Cette volonté de sauvetage a pris écho dans une procédure qui se veut rapide à travers la fixation de délais d'intervention courts des juges et des organes de la procédure, mais aussi rigoureuse à travers la remise en cause de certains actes accomplis par le débiteur qui peuvent révéler un état de cessation des paiements déguisé à travers l'utilisation de moyens ruineux ou frauduleux.

De telles preuves ne sont pas faciles à dégager d'autant plus que le plus souvent, il faudra remonter dans le temps, c'est-à-dire avant l'ouverture de la procédure de règlement judiciaire afin de vérifier l'existence de tels actes et de tels agissements par le débiteur, agissements révélateurs non seulement d'une mauvaise gestion de sa part, mais bien souvent aussi de fraude.

A cet effet en pratique, le jugement n'intervient jamais le jour même où le débiteur a cessé ses paiements car entre les deux dates s'écoule un certain intervalle pendant lequel le débiteur aux abois est particulièrement tenté de recouvrir à des «expédients ruineux»⁹.

Pour cette raison, la faillite remontait à la date de cessation des paiements dans le régime du code de 1807 en France, et le jugement n'était pas réputé rétroagir car il était déclaratif. Depuis la réforme de 1838, la faillite ne date que du jour du jugement mais une période suspecte court de la date de la cessation des paiements jusqu'au jour du jugement.

La loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation des entreprises en difficulté en France décide que la date de cessation des paiements ne peut être antérieure de plus de 18 mois au prononcé du jugement¹⁰. Cette même disposition existe dans notre code de commerce précisément à l'article 452 dans les dispositions consacrées à la faillite¹¹. Toutefois, la loi du 17 Avril 1995 sur le redressement des entreprises en difficulté s'est tue sur la durée de cette période d'autant plus qu'elle n'a pas repris à son compte dans les dispositions diverses l'article ci-haut cité¹².

Mais le législateur de 1995 a pris la peine de préciser au sein de l'article 27 nouveau que le tribunal déclare l'état de cessation des paiements et fixe son point de départ, et en cas de silence, la date de dépôt de la demande de règlement judiciaire sera retenue. Il appartient donc au tribunal décidant l'ouverture de la procédure collective de constater cet état. La jurisprudence française a décidé que le tribunal qui ouvrirait une telle procédure sans faire cette constatation commettrait un excès de pouvoir rendant recevable et fondé un appel-nullité¹³. Cette cessation des paiements doit donc être non seulement datée (I), mais aussi prouvée (II).

I- LA DATE DE LA CESSATION DES PAIEMENTS :

Comme cela a déjà été annoncé précédemment le tribunal apprécie l'état de cessation des paiements au jour où il statue et non pas le jour de l'assignation (A). Mais cet état de cessation des paiements peut être antérieur à la période d'ouverture de la procédure de règlement judiciaire, d'où la nécessité d'un jugement de report de cette date (B).

A- La fixation de la date de cessation des paiements

Aux termes de l'article 27 nouveau de la loi du 17 Avril 1995 telle que modifiée par la loi n° 99-63 du juillet 1999 : « ...si l'entreprise est en état de cessation des paiements, le tribunal déclare cet état et fixe son point de départ, et, en cas de silence sur cette date, la date de dépôt de la demande du règlement judiciaire sera retenue... »¹⁴.

En théorie, le débiteur sera en état de cessation des paiements dès qu'il sera dans « l'impossibilité de faire face par son actif disponible au passif exigible »¹⁵. Toutefois, la fixation chronologique de cet événement est soumise à des influences de fait de droit.

En fait, la cessation des paiements pourra être à « éclipses ». Tel jour, le débiteur ne pourra pas payer, en aura les moyens le lendemain¹⁶. Si ces « éclipses » sont régulières, le redressement judiciaire pourra être écarté. Ainsi, la date à laquelle les juges se prononceront ne sera pas indifférente. La cour de cassation française a ainsi affirmé à plusieurs reprises que la cessation des paiements devrait être appréciée par une cour d'appel à la date de l'arrêt et non à celle du jugement attaqué¹⁷. La situation n'est donc pas déterminée au jour de la demande mais au jour où la juridiction statue. C'est ainsi par exemple qu'une facilité de caisse accordée par une banque entre le jugement d'ouverture et l'arrêt d'appel oblige la cour d'appel à constater l'absence de cessation des paiements et à réformer sa décision¹⁸. Toutefois, l'art 27 nouveau de la loi du 17 Avril 1995 précitée fixe la date de cessation des paiements en cas de silence du tribunal à la date de la demande de règlement judiciaire. Cette position risque de rendre quelque peu artificiel le contenu de la cessation des paiements¹⁹. A cette fin, la cour de cassation française a toujours décidé que le choix de la date de la cessation des paiements par le tribunal doit être dûment motivé²⁰. De plus, la date choisie doit tenir compte d'un éventuel précédent jugement passé en force de chose jugée et disant que le débiteur n'était pas, à ce moment, en état de cessation des paiements²¹. Cette fixation à un jour précis est en réalité très délicate, voire parfois arbitraire, les paiements ayant pu être interrompus avant d'être repris pour une période plus ou moins longue. C'est la raison pour laquelle le tribunal peut, au cours de la procédure, modifier la date initiale, et notamment la reporter en arrière. Ceci n'a malheureusement été prévu que dans les seules dispositions de la faillite.

B- Le report de la date de cessation des paiements

Mieux informé en cours de procédure, le tribunal a la faculté de reporter la date de cessation des paiements une ou plusieurs fois. Toutefois, pour des raisons de sécurité juridique et parce que la cessation des paiements ouvre le piège des inopposabilités de la période suspecte²², l'article 452 du code de commerce précise que ce report ne peut-être antérieur à plus de dix huit mois à la date du jugement déclaratif de faillite²³.

Le tribunal se prononce d'office ou à la demande du juge-commissaire, ou même de créanciers agissant individuellement²⁴. Contrairement à cela, l'article 9 de la loi française du 25 janvier 1985 refuse une telle possibilité à un créancier seul, le représentant des créanciers uniquement, à côté de l'administrateur, du liquidateur, et du procureur de la république pouvant accéder à une telle demande²⁵. Par ailleurs, la demande de modification de la date doit être présentée au tribunal avant l'expiration d'un délai de 10 jours suivant l'admission des créances et leur contestation²⁶. Comme en cours de procédure, le comportement du débiteur sera mieux connu, le report de la date étant souvent motivé par l'emploi de moyens frauduleux ou ruineux pour faire face au passif.

Le silence du législateur du 17 Avril 1995 sur la possibilité de report de la date de la cessation des paiements nous semble être un oubli d'autant plus que ce même législateur a repris, pour les appliquer au règlement judiciaire, les dispositions de la faillite contenues dans les articles 446, 448, 450, 451 et notamment les articles 462 et 463 du code de commerce²⁷. Or, les deux dernières dispositions sont celles-là même qui portent sur les inopposabilités de la période suspecte dont l'application est étroitement liée au délai de 18 mois maximum prévu dans le précédent article 452 du code de commerce, délai au delà duquel le tribunal ne peut remonter pour sanctionner certains actes commis par le débiteur pendant cette période dite suspecte²⁸.

D'un autre côté, le législateur de 1995 a prévu dans l'article 32 de la loi, la nullité de certaines décisions ou actes du dirigeant de l'entreprise pouvant porter préjudice aux intérêts de celle-ci, si ces décisions ou ces actes se situent

dans une période allant de la date de cessation de paiement à la saisine du tribunal, et cela sans préciser à aucun moment, et dans aucune autre disposition, une limite dans le temps de ces actions en nullité.

Nous pensons que pour des raisons de sécurité juridique évidente, le même délai de 18 mois qui existe à l'article 452 du code de commerce devrait être repris pour les besoins de l'application des nullités de l'article 32 en question. La fixation de la durée de cessation de paiement étant étroitement liée et influencée par les modes de preuve de cet état, il conviendrait de se pencher sur les modalités d'établissement de cette preuve.

II- LA PREUVE DE L'ÉTAT DE CESSATION DES PAIEMENTS :

La cessation des paiements doit être prouvée par celui qui demande l'ouverture de la procédure collective. Cette preuve est libre et elle résultera le plus souvent d'un faisceau d'indices (A). Toutefois, dans certains cas exceptionnels, le tribunal pourra ouvrir la procédure collective sans attendre la preuve de l'état de cessation (B).

A- Les indices constitutifs de l'état de cessation des paiements

Les éléments de preuve pourront être administrés soit par le débiteur (a), c'est le cas le plus fréquent, soit par les créanciers (b).

a- La preuve ne soulève pas de difficulté lorsque c'est le débiteur qui « dépose son bilan » par une déclaration au greffe du tribunal de son état de cessation de paiement²⁹. Cette déclaration se fera sous forme d'aveu accompagné de la production de pièces comptables et notamment de sa situation de trésorerie³⁰. En vertu des dispositions de l'article 20 nouveau de la loi de 1995, la demande d'ouverture de la procédure de règlement judiciaire devra comporter, outre les documents permettant d'identifier le débiteur, tout ce qui « atteste de la cessation des paiements ».

Le juge pourra être convaincu, la plupart du temps, de l'existence de cet état. Toutefois, et dans le cadre de la période préliminaire, il pourra désigner un

expert comptable ou un bureau d'études afin d'établir un diagnostic sur la véritable situation économique et financière de l'entreprise³¹.

b- Les créanciers, quant à eux, pourront établir la preuve du non paiement de leurs créances en s'appuyant soit sur des correspondances demandant des reports, soit sur des protêts d'effets de commerce, ou des chèques sans provision, des saisies restées sans lendemain, ou encore des refus de crédit³², ou la fermeture de magasin, et en général tout autre indice ou tout «clignotant»³³ qui révélerait l'importance du passif exigible³⁴. Il revient au tribunal d'établir si « l'apparence rejoint la réalité juridique »³⁵ d'une cessation des paiements. La cour de cassation conserve son contrôle sur la notion de cessation des paiements³⁶, les faits dont elle résulte sont laissés à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Le juge n'est pourtant pas toujours tenu de constater la preuve de l'état de cessation des paiements avant l'ouverture d'une procédure de règlement judiciaire.

B- Les cas de dispense de preuve de l'état de cessation des paiements :

Ces cas sont exceptionnels et en tant que tels, ils sont prévus limitativement par le législateur, ces situations manquent en réalité de cohérence par rapport au nouvel esprit des procédures collectives qui préconise, l'accord le plus large possible du bénéfice du redressement aux entreprises en difficulté, mais elle permettent de sanctionner certains comportements que la menace d'ouverture d'une procédure de règlement judiciaire permet d'éviter :

- 1- C'est ainsi que dans le cadre de l'ouverture d'une procédure de règlement amiable, lorsque le conciliateur constate dans son rapport l'impossibilité de conclure un accord à l'amiable, le président du tribunal ordonne l'ouverture de la procédure de règlement judiciaire et ce sans qu'il soit a priori nécessaire d'établir l'état de cessation des paiements³⁷.

- 2- De même, et parce que d'une certaine manière l'entreprise et son dirigeant ont déjà eu leur chance, la résolution du plan de continuation pour cause d'inexécution de ses engagements par le débiteur, le tribunal après avoir envisagé l'opportunité de cette résolution, décide la réouverture du règlement judiciaire, soit pour permettre la cession de l'entreprise, soit encore pour prononcer la faillite ou la liquidation de l'entreprise³⁸.
- 3- Enfin, et en cas de faillite d'une société, le dirigeant de celle-ci peut se voir déclarer personnellement en faillite sans avoir besoin de constater son état de cessation des paiements et ce lorsque celui-ci a utilisé l'entreprise dans son propre intérêt et qu'il s'avère l'existence d'une confusion de patrimoines³⁹.

CONCLUSION

En dehors de ces quelques hypothèses, la jurisprudence n'a de cesse d'affirmer et d'insister sur la nécessité de voir déclarer et constater l'état de cessation avant d'ouvrir toute procédure de règlement judiciaire. Toutefois, une opinion a critiqué avec force le conservatisme du législateur d'après laquelle il serait préférable, en accord avec la volonté du législateur à travers la réforme, de déclencher le redressement sans attendre la constatation de l'état de cessation des paiements. Mais il semble dangereux pour la sécurité des transactions commerciales de permettre à un débiteur d'obtenir une sorte de moratoire qui suspendrait le paiement de ses dettes alors qu'il n'est pas encore en état de cessation des paiements⁴⁰. Toutefois, et malgré l'évolution d'un droit des procédures collectives exceptionnellement favorable au débiteur, la quasi totalité des entreprises en difficulté ne déclarent leur état de cessation des paiements que lorsqu'il leur est impossible de trouver une autre alternative, de sorte que souvent l'issue ne peut plus être que la faillite ou la liquidation. Cette conclusion est peut être un peu hâtive, mais elle justifie bien aujourd'hui l'intervention des autorités judiciaires et administratives dans la gestion des entreprises. Cette gestion ne peut prendre certes qu'un caractère exceptionnel,

car elle constitue une atteinte à la liberté d'entreprendre. Mais il ne faut pas oublier, en contrepartie, que la procédure de redressement judiciaire procure, du point de vue financier, des avantages considérables à l'entreprise qui sont obtenus au détriment des créanciers comme le gel des dettes antérieures à l'état de cessation des paiements notamment pendant la période d'observation, le remboursement, souvent partiel, et sur plusieurs années du passif. Tout ces éléments renforcent l'idée que seules les entreprises défaillantes et non pas simplement en difficulté peuvent bénéficier de ces procédures exceptionnelles ce qui montre toute l'importance de la constatation des véritables difficultés de l'entreprise, difficultés qui « ne pourraient laisser passif qu'un législateur absolument libéral ou résolument fataliste qui n'existe pas, s'il a jamais existé »⁴¹.

Avril 2003

¹ - François Bonnet : La cessation des paiements. Approche financière de la loi sur les faillites, groupe Revue Fiduciaire, 2000, p. 23.

² - Sur les conséquences de l'utilisation de moyens frauduleux ou ruineux par le dirigeant voir André Jacquemont : Droit des entreprises en difficulté juriscasseur Manuels, Litec, 2^{ème} édition 2002, p. 53 et s.

³ - Pour une image anecdotique de ce procédé voir : Honoré de Balzac dans « Grandeur et décadence des césar Birotteau », Paris, Imprimerie de Chaix, Editions R. Simon, 1974, p. 174, « Heureux le négociant qui se glisse par la fenêtre, par le toit, par les caves, par 1 trou qui prend un sac et grossit sa part ».

⁴ - Yves Chaput : Droit de redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises, PUF, 2^{ème} édition, 1987, p. 48 et s.

⁵ - Dans le sens d'un appel à la simplification du contenu de la notion voir Arrêt cour d'appel de Tunis n° 69.197 du 6/10/2000, inédit.

⁶ - Depuis la loi n° 95-35 du 17 Avril 1995, Jort n° 33 du 25 Avril 1995, p. 792.

⁷ - Ce qui n'est pas étranger au contenu de l'état de cessation des paiements dans la faillite, « situation désespérée, situation irrémédiablement compromise, ou situation sans issue ».

⁸ - Article 1^{er} de la loi du 17 avril 1995.

⁹ - Ripert Roblot : Philippe Delebecque / Michel Germain : Traité de droit commercial, Tome 2, LGDJ, 16^{ème} édition, 2000, p. 871 et s.

¹⁰ - Article 9 Alinéa 1^{er} Loi n° 85-98 du 25 Janvier 1985 Relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises.

¹¹ -

¹² - Voir article 56 de la loi qui reprend les articles 514-446-448-450-451-462 et 463 du code de commerce pour les appliquer au règlement judiciaire sans reprendre l'article 452.

¹³ - Cass. com. 6 Mars 2001, Act. Pr. Coll. 2001, 9, n° 118.

¹⁴ - Article 27 nouveau al 1^{er}, section 1, période préliminaire.

¹⁵ - C'est la définition de l'état de cessation des paiements retenue par le législateur français dans l'article 3 de la loi du 25 janvier 1985. La jurisprudence tunisienne a aussi consacré cette définition dans un arrêt de la cour d'appel n° 69197 du 6 octobre 2000, inédit.

¹⁶ - Yves Chaput, op. cit.

¹⁷ - Com. 9 Mai 1987, Rev. Proc. Col. 1987, n° 4, p. 29, obs Didier.

¹⁸ - Cassation commerciale 14 Novembre.2000, Actualité des procédures collectives, 2001-1, n° 1.

-
- ¹⁹ - Sur le contenu de cette notion voir : Khélifa Kharroubi : La notion de cessation des paiements en proie aux réformes du droit des procédures collectives, RJL , Mars 1999, p. 9.
- ²⁰ - Cassation commerciale 13 décembre 1960, Revue trimestrielle de droit commercial 1961, p. 437.
- ²¹ - Cassation commerciale 20 juin 1995, Bulletin Civil IV, 1995, n° 182.
- ²² - Sur le contenu et les règles régissant la période suspecte voir : Mohsen Enneifer : La période suspecte, Mémoire de D.E.S , Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1976-1977.
- ²³ - L'article 452 du code de commerce prévoit que : «
- ²⁴ - V. L'al.2 de l'article 452 du code de commerce.
- ²⁵ - V. dans ce sens Philiphes Merle, Revue trim. dr. com. 1991, p. 455.
- ²⁶ - Article 452 al 3 c. com. Qui renvoie à l'article 501 du code de commerce. Les délais sont différents en droit Français. V. dans ce sens Michel Jeantin, Paul le Cannu : Droit commercial, instrument de paiement et de crédit, Entreprise en difficulté. Précis Dalloz, 5^{ème} édition, 1999, p. 385 et s.
- ²⁷ - V. article 56 de la loi du 17 Avril 1995.
- ²⁸ - Un seul « dépassement » est prévu dans le cas des inopposabilités de droit de l'article 462 c. com où l'on peut rajouter 20 jours à l'époque de la cessation des paiements telle que fixée par le tribunal.
- ²⁹ - Voir les articles 447-448, du code de commerce.
- ³⁰ - André Jacquemont : Droit des entreprises en difficulté, juriscasseur manuels Litec, 2^{ème} édition 2002, p. 57 et s.
- ³¹ - Article 22 nouveau de la loi du 17 Avril 1995.
- ³² - Voir dans ce sens : Michel Jeantin, Droit Commercial Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté, 3^{ème} édition, Précis Dalloz 1992, p. 323 et s.
- ³³ - Y. Chaput, op. cit., p. 52.
- ³⁴ - Sur la balance actif disponible et passif exigible voir Laurence grégoire. Le dépôt de bilan. LGDJ, Droit Privé, 1997.
- ³⁵ - Y Chaput op. cit., p. 53.
- ³⁶ - Voir dans ce sens, l'arrêt de la cour de cassation n° 71108 du 26 Mai 1999 inédit qui a retenu, dans l'un de ses attendus que « ...la vérification de l'existence des conditions d'application de la loi relative au redressement demeure de la compétence de la cour... ».
- ³⁷ - Article 17 de la loi du 17 Avril 1995 tel que modifié par la loi du 15 juillet 1999.
- ³⁸ - Article 46 al 4 de la loi du 17 Avril 1995.
- ³⁹ - Article 596 du code de commerce.
- ⁴⁰ - Ripert Roblot, Philippe Delebecque : Michel Germain, op. cit. p. 856 et s.
- ⁴¹ - Françoise Perochon : Entreprise en difficulté, instruments de crédit et de paiement, LGDJ 1992.