**الهيئة الوطنية للمحامين**

**الفرع الجهوي للمحامين بتونس**

**محاضرة ختم التمرين**

**اجــــــــــراءات**

**ابطال قرارات الجلسات العامة**

**بالشركة خفية الاسم**

  **الاستاذة المحاضرة : زبيدة بلخيرية**

**الاستاذ المشرف : منذر بن منصور**

**السنة القضائية : 2012/2013**

**الاهــــــــــــــــداء**

 **الى والدتي و والدي**

**الى زوجي**

 **الى ابنتي و ابني**

**امتنـــان و عرفــــان بالجميـــــل**

 **للفقيد الاستاذ : محمد الطيب بلخيرية**

**و للفقيد : محمد الزين**

**رحمهما الله رحمة واسعة**

**الشكر الخاص للاساتذة :**

**الاستاذ : نذير بن عمو**

**الاستاذ : هشام الصافي**

 **الاستاذ : منذر بن منصور**

 **شكرا على حلمكم و علمكم الذي تكرمتم به**

**علي حتى توصلت الى هذه المرحلة**

**اجراءات ابطال قرارات الجلسات العامة**

**للشركة خفية الاسم**

**مقــــدمــــــة**

**الجزء الاول : نطاق الاجراءات المبطلة**

 **القسم الاول : الابطال لاسباب شكلية**

 **القسم الثاني : الابطال لاسباب موضوعية**

**الجزء الثاني : حدود الاجراءات المبطلة**

 **القسم الاول : امكانية تفادي الابطال**

 **القسم الثاني : التقادم**

**الخـــاتمــــة**

**المــقــدمــة**

الشركة خفية الاسم هذه "الأداة العجيبة للبرالية الحديثة"(1) تمثل الإطار الأمثل للنشاط الاقتصادي في إطار النظام الليبرالي نظرا لتنظيمها الدقيق أولا و انفتاحها أمام العموم و قدرتها على تجميع رؤوس أموال هامة ثانيا.

هذه الشركة خفية الاسم تمثل أيضا و بوضوح الصبغة المؤسساتية للشركة التجارية باعتبار تضاؤل أهمية الاعتبار الشخصي في إطارها و استلهام نظامها من التنظيم الحديث في الدولة الديمقراطية.

كل هذه الاعتبارات جعلت مشرع 1955 تم سنة 1959 بصدور المجلة التجارية يقتصر على وجوب تعيين مراقب حسابات على الشركة خفية الاسم و لكن و منذ ذلك الوقت عرف القانون التونسي عدة تحويرات و تغيرات تشريعية على امتداد سنوات عديدة(2) انبثقت عنها الصيغة التقليدية للشركة خفية الاسم و القائمة على مبدأ سيادة الجلسة العامة للشركاء التي تجمع كافة المساهمين دون استثناء.

و منذ ذلك الحين ما فتئ التشريع التونسي يدخل تعديلات كبيرة على القواعد المتعلقة بتسيير الشركات الخفية الاسم (3) ثم تمت صياغة جميع هذه الاحكام بتنقيحاتها و تعديلاتها في اطار مجلة الشركات التجارية لسنة 2000 و التي اتت بتوسيع نطاق الرقابة و أدخلت تجديدا جوهريا يتمثل في استحداث "الشركة الخفية الاسم ذات هيئة الإدارة الجمعية".

1. Georges Ripert : « Aspects Juridiques du capitalisme moderne » LGDJ Paris 1949.
2. انبثقت الشركات الخفية الاسم لاول مرة في تونس بمقتضى الامر العلي المؤرخ في 28 فيفير 1937 الموافق لــ 29 رمضان 1385 هـ المتعلق بشركات رءوس الاموال الذي تم تنقيحة عدة مرات حتى صدرت المجلة التجارية بمقتضى القانون عدد 129 لسنة 1959 المؤرخ في غرة اكتوبر 1959.
3. تنقيح 11 اوت 1985 الذي ادخل ثنائية التسيير بين المدير العام و رئيس مجلس الادارة

تنقيح 30 جوان 1982 قانون عدد 61 الذي شمل الفصول 83 و 84 و اضافة 84 مكرر

تنقيح 18 اوت 1988 قانون عدد 109

و لكن تعاقبت ايضا على هذه الوليدة الحديثة العديد من التعديلات (4) حتي انه في سنة 2006 تساءل احد الاساتذة : "ان كان تاثير الزمن في القوانين اصبح اكثر منه في العباد ؟ !  "(5).

هذا الطرح للمسيرة التاريخية للشركة الخفية الاسم ليس بالمجاني (6) لانه يمهد و يفسر لتعديل 16 مارس 2009 الذي جاء كتتويج لهذه التقلبات و " تدارك للوقت الضائع" (7) حيث شمل اكثر من خمسة و عشرين فصلا من فصول المجلة بموجب القانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 فكان اصلاحا باتم معنى الكلمة.

الذي يهمنا في خضم المحاور التي تم اعادة النظر فيها هو ما يتعلق اولا بنظام العمليات المبرمة بين الشركة و مسيريها باقرار " مبدا المعاملة العادلة" و الزام المساهمين بتجنب التضارب بين مصالحهم الشخصية و مصالح الشركة قدر الامكان.

1. تنقيح 6 ديسمبر 2001 قانون عدد 117

تنقيح 26 جانفي 2005 قانون عدد 12

تنقيح 27 جويلية 2005 قانون عدد 65

تنقيح 18 اكتوبر 2005 قانون عدد 96

تنقيح 27 ديسمبر 2007

تنقيح 5 جانفي 2009 قانون عدد 1

تنقيح 16 مارس 2009 قانون عدد 16

1. الاستاذ نذير بن عمو في محاضرة القاها في التقرير الختامي و التوصيات لملتقى مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005 تونس 3 و 4 فيفري 2006 نشر مركز الدراسات القانونية و القضائية صفحة 240
2. « celui qui ne veut rendre compte des trois milles ans qui l’ont précédé, qu’il reste à errer dans l’obscurité et vivre au jour le jour » profonde expression de GOEUTHE
3. Ahmed Ouerfelli : «  la varie réforme du droit des sociétés a bien eu lieu » Revue de la jurisprudence et de la législation, Juillet 2009 Spéciale Droit des Sociétés P9

لهذا السبب اقرت القوانين الحديثة مجموعة من المقتضيات و الاجراءات تعدل من الشطط الذي قد يحصل نتيجة استعمال مفرط من اصحاب النفوذ الفعلي في الشركة.

و ثانيا و هو المحور الذي له علاقة مباشرة بموضوعنا في تدعيم حق اقلية المساهمين في الاطلاع على وثائق و اوضاعها و الحق في التقاضي خاصة بالحط من نسبة راس المال التي يجب أن يمتلكها المساهم ليتمتع بمقتضيات حماية الأقلية.

الأصل في القرارات الجماعية داخل الشركة أن تتخذ بالأغلبية وهو تطبيق عادي لمبادئ الديمقراطية، حيث يفترض ان تنصاع الاقلية لما تقرره الاغلبية وفق قواعد الشفافية و حرية التعبير. غير ان هذا المبدا لا يؤدي في كل الاحول الى نتائج مقبولة.

ان الجلسات العامة في الشركات خفية الاسم تكون بمثابة القلب في جسد الانسان و نبضه هي القرارات المنبثقة عنها تدفع بالشركة الى الامام و مبدئيا الى مصلحتها.

الشركة خفية الاسم هي مسرح دائم لاغلبية مقررة فارضة و اقلية خاضعة رافضة و يمكن ان تمثل اجراءات ابطال قرارات الجلاسات العامة في الشركة خفية الاسم ركح هذا المسرح الحافلة بالاختلافات و المشاكسات و مابين المضر و النافع يكون دور القاضي فيتدخل و يصلح و يضمن الحقوق المتضاربة ة لن يكون دوره تقليديا فحسب "حماية الضعيف وردع الظالم القوي " بتطبيق القانون و فرض احترامه و انما سيكون له دورا عصريا متطورا حماية الضعيف لن تكون الا جسرا ليتمكن من حماية شخص اخر هو الشركة.

مصلحة الشركة هي الغاية الاخيرة و المبرر الوحيد لتدخل القاضي وهو بذلك لا ينتصب للابطال و يقرره الا اذا ثبت ان في ذلك تعزيز لمصلحة الشركة و ديمومتها. هذه المقتضيات الهامة و الخطيرة نتعرض اليها تباعا بالتعرض لمختلف الاجراءات المخولة لابطال قرارات الجلسات العامة للشركة خفية الاسم و التي تظهر حينا مقبلة على الابطال و حافزة له (جزء اول) و تظهر حينا اخر مدبرة عنه و مانعة له (جزء ثان) .

**الجزء الأول**

**نطاق الإجراءات المبطلة**

اختار المشرع التونسي في مجلة الشركات التجارية ان يحدد الشروط التي بتوفرها تكون أسبابا مخولة لإبطال القرارات النابعة عن الجلسات العامة بالشركات الخفية الاسم. و لحصر نطاق دائرة هذه الإجراءات المبطلة لابد من التعرض لها على قسمين ، أولهما متعلق بالإبطال لأسباب شكلية ، و ثانيهما بالإبطال لأسباب موضوعية.

**قسم أول : الإبطال لأسباب شكلية :**

اقر المشرع التونسي صراحة عدة صور للإبطال لخرق القانون و هي من بينها الفصول 275 و 277 و 287 و 300 و 313 من م ش ت.

هذه المقتضيات تتعلق معظمها بكيفية القيام بالجلسات العام للشركة خفية الاسم ضمانا لحد ادني من العدالة بين جميع المساهمين فالفصل 277 م ش ت يعتني بالأطراف المخول لها الاستدعاء للجلسات العامة ، و الفصل 278 م ش ت يعتني بالنصاب و الفضل 275 يبطل المصادقة على الموازنة و الحسابات إن لم تكن مسبوقة بتقديم تقارير المراقبين.

الفصل 287 م ش ت يبطل المداولات التي لا تطرح نسبة 5 % مدخرات قانونية و الفصول 300 و 313 م ش ت فصلان يعتنيان بالجلسة العامة الخارقة للعادة و امكانية ابطالها في صورة تقرير زيادة في راس المال دون احترام قواعد حذف حق الافضلية في الاكتتاب.

الفصل 174 م ش ت الذي يتحدث عن امكانية ابطال قرارات الجلسة العامة التاسيسية في صورة مخالفتها لمقتضياته.

ايضا صورة القرارات المصادقة على الاتفاقات الممنوعة على معني الفصل 200 م ش ت .

مجلة الشركات التجارية لم تحدد نظاما معينا لهذه الدعوى : **دعوى ابطال قرار جلسة عامة بشركة خفية الاسم لخرق القانون**. فنعود بذالك الى القانون العام.

هذه الدعوى يمكن ان يقوم بها اي مساهم تنطبق عليه شروط المساهمة يكون بتوفرها شرطي الصفة و المصلحة و المساهم هو كل شخص مالك لسهم او اكثر في شركة الاسهم (8). و السهم هو الورقة المالية التي تطرحها الشركة للتداول و التي تمثل الجزء من راس المال، و انطلاقا من هذه الملكية يصبح المساهم شريكا في هذه المؤسسة (9).

كل هذه الحالات سينتصب القاضي فيها ليقوم بدوره التقليدي لتطبيق القانون وهو ابطال كل مداولة تنطبق عليها صراحة مقتضيات هذه الفصول الخاصة، وهو لا يمثل في حقيقة الامر تدخلا خطيرا يعتمد فيه وجدانه لتصحيح "وجدان" اصحاب الشركة، فهو يبقى مجرد تطبيق لقانون واضح يحكم بابطال مقرر به عيب شكلي فيكون الاثبات مقتصرا على البحث في وثائق تقدم الى المحكمة تشوبها المعيبات المذكورة.

و تكون المحكمة المختصة عادة هي الدوائر التجارية التي تكون بدائرتها مقر الشركة او مقر فروعها او نيابتها الذين يهمهم الامر طبق الفصل 33 م م م ت.

هذا التدخل للقاضي سنلمس مدى خطورته في القسم الثاني من هذا الجزء.

1. المنجد في اللعة و الاعلام انظر ايضا المساهم في الشركة خفية الاسم للاستاذة اسماء النوري عن مجموعة الكتب القانونية لمعهد الدراسات العليا للنشر
2. A voir Reigne (P) et Delorme (T) : «  Réflexions sur la distinction de l’associé et de l’actionnaire »

**القسم الثاني : الإبطال لأسباب موضوعية**

تتنوع آليات التدخل القضائي بحسب الوضعيات و بحسب السند التشريعي و بوجه عام، يجد هذا التدخل سنده في مجلة الشركات التجارية ، و قد تساءل الفقه منذ عديد السنين عما إذا كان القاضي مؤهلا لتدخل في الشركات التجاري بغاية الحلول محل أجهزتها و هيئاتها القانونية و النهوض بالوظائف الموكولة إليها قانونيا و تعاقديا.

دعوى الفصل 290 م ش ت جاءت بمثابة الثورة الكوبرنيكية حيث تلتئم الجلسة العامة باحترام جميع القواعد الشكلية و يقام التصويت باحترام قواعد النصاب و تتخذ القرارات بالأغلبية القانونية ، و رغم كل هذه الاستقامة تفتح إمكانية الإبطال.

و يختص القضاء التجاري بهذه الدعوى بتركيبتها الخماسية و ترفع الى المحكمة الكائن بدائرتها مقر الشركة.

للقيام بهذه الدعوى لابد أن تثبت الصفة أولا و هي المساهمة في الشركة و امتلاك عشر رأس المال على الأقل (10) . وهو تحديد اختاره المشرع للقيام بالدعوى و الفصل 161 م ش ت يقضي بان لا يقل رأس مال الشركة عن خمسة آلاف دينار إن كانت شركة مساهمة خصوصية ولا يقل عن خمسين ألف دينار إن كانت شركة مساهمة عامة، و في كلتا الحالتين ينقسم رأس المال إلى أسهم لا تقل قيمة السهم عن الدينار الواحد.

و لقد طرحت مسالة تعريف راس المال امام المحكمة الابتدائية بالمنستير في حكمها عدد266 بتاريخ 27 افريل 1993 حيث كانت مجبرة على الاختيار بين المحتوى الاقتصادي و المالي و المفهوم القانوني لراس مال الشركة و النتيجة كانت اختيارها لهذا المفهوم الاخير حيث عادت الى القانون الاساسي لتحديد راس مال الشركة المراد حلها منتهية الى قول : "ان راس المال هو الذي يدرج في سائر وثائق الشركة و دفاترها".

1. Vincent (J) Rep. Procédure, Action N°35

Lobin (Y), Jurisclasseur, Procédure Civile, Fasc 129-3 N°56

و بالتالي فان تحديد هؤلاء يكون بمجرد عملية حسابية تجمع مساهمة المدعين و يجب ان يكون الحاصل مساويا على الاقل لعشر الرقم الموجود في العقد التاسيسي الدال على راس المال.

الشرط الثاني للقيام بدعوى الابطال هو المصلحة و بما ان الابطال نسبي فان صفة المدعي تكون قرينة على مصلحته (11) و تجدر الاشارة هنا ان الصفة لابد ان تثبت عند القيام بالدعوى و لا توجد اي مقتضيات تشترط توفر هذه الصفة عند اتخاذ القرار المراد إبطاله (12). و لا يفرق المشرع بين الإبطال لمخالفة العقد التأسيسي و الإبطال للمضرة بمصالح

الشركة و هذا حسب رأينا فيه شيء من اللاتوازن لأنه كان من الأجدر تمكين كل مساهم في الشركة في القيام بالإبطال لقرارات مخالفة العقد التأسيسي (13) .

كل ما في الأمر اختار المشرع المساهمين دون غيرهم لطلب الإبطال اعتبارا منه أنهم الأكثر اطلاعا على سير الشركة الداخلي (14).

و تصبح هذه الإجراءات بمثابة الجسر تنتقل عليه ملفات الاختلافات بين الأقلية و الأغلبية من رحاب الشركات إلى رحاب المحاكم التي ستشهد أدنى تفصيل في نشاط الشركة المجال الذي يعتبر من الحرمات.

1. « A qualité celui qui se prévaut d’un intérêt protégé par la Loi » Jurisclasseur, Giverdant : La qualité, condition de recevabilité de l’action en justice, D 1952 chronique 19.
2. Cass. Com. 4 juillet 1995, JCP. edit. E, 1995 N°46 observation A. Viandier
3. انظر مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في قانون الاعمال للاستاذة زببدة بلخيرية " تعليق على الفصل 290 م ش ت" 2003-2004
4. حتي ان تعديل 2007 لاول مرة حط من النسب التي تدعم حق الاعلام المستمر و اخذ النسخ من الوثائق الى خمسة في المائة في الشركة ذات المساهمة الخصوصية و ثلاث في المائة في الشركة ذات المساهمة العامة.

ايمانا من المشرع بهذه الخطورة كان لابد من توفير " الضمان القانوني" المستوجب، بما هو المبدا الاساسي لكل منظومة قانونية و توفيره يعتبر اولوية ثابتة تسبق حتى العدالة نفسها و التطور، فالضمان القانوني هو اخر ما يمكن ان يتنازل عنه المشرع لانه الركيزة الاساسية لكل عدالة و تطور (15).

من بين هذه الضمانات القانونية الاقرار بالامكانية للقاضي الاستعجالي ان يامر بتقديم كفالة بنكية لضمان الاضرار المحتمل الحاقها بالشركة تنقيصا بذلك من تداعيات الازمة التي يمكن ان تحدث في الشركة و العجز على تجاوزها.

الضرر المحتمل يجب ان يمس بحقوق شرعية – جدية و ثابتة- و لا يمكن ان يمس بحقوق وهمية مفترضة و كل طلب لتدخل القضاء المستعجل هو مبدئيا قرينة على وجود نزاع جدي مرده مصلحة لابد للقاضي التثبت منها قبل كل شيء. فهو يقوم بدور وقائي للتقليص من الاضرار المحتملة الوقوع فتكون الكفالة البنكية افضل التامينات في ميدان تترجم كل عناصره بالمال.

و ميدان جبر الضرر ليس بالميدان المزدهر في فقه القضاء التونسي لكن في خضم هذه التطورات يبقى القاضي المقدر الوحيد لهذه الاضرار المحتملة بتحديد قيمة الكفالة التي ستكون لصالح الشركة و ليست لصالح القائمين بالدعوى.

و تبقى الاشكالية حول من سيدفع هذه الكفالة ؟.

مبدئيا الاشخاص اصحاب الاغلبية المتخذة للقرار مصدر الاضرار هم المطالبون بتامين هذه الكفالة لكن وحب التفريق هنا بين الاغلبية السياسية صاحبة القرار و المسيرة للشركة فعليا و الاغلبية الحسابية وهي اغلبية التامت بمناسبة الجلسة العامة و قامت بالتصويت دون دراية اكيدة بالعواقب.

1. Carbonnier (J) : Flexible droit. Texte pour une sociologie du droit sans rigueur.

2 edt. LGDJ. Paris 1971 P119

الأغلبية المسيرة صاحبة الإشراف يمكن ان تكون واضحة خاصة في الشركات ذات الطابع العائلي (16)، إما تحديدها في الشركات المفتوحة ليست بالأمر السهل و بالتالي لابد من البحث عن معيار موضوعي لتحديد من سيقدم هذه الكفالة البنكية.

هذا المعيار يمكن أن يتمثل في البحث عن الأشخاص الذين كانت لهم فائدة في اتخاذ هذا القرار المراد إبطاله و المسؤولية تكون في هذه الحالة بالتضامن (17).

و في المقابل تجدر الإشارة انه تسنى للمحكمة الابتدائية ان تنظر في مسالة المدعى عليهم بمناسبة دعوى يتلخص موضوعها في طلب بطلان قرارات لجلسة عامة خارقة للعادة على أساس الفصل 290 م ش ، أين رفضت الدعوى معللة رفضها كما يلي : " .....وحيث كان على المدعية توجيه دعواها مباشرة ضد الشركة أو ضد المدعى عليه بوصفه رئيسا مديرا عاما ليس يوصفه قد ترأس الجلسة العامة الخارقة للعادة(....) المراد إبطال مقرراتها...." !!! (18)

في خضم كل هذه التجاذبات يبقى دائما القاضي هو القائد الأوحد للتوفيق بنها حسب الحالة و الظروف المعروضة عليه.

و في صورة الحكم بالبطلان (19) يصبح القرار و كأنه لم يكن فتعاد الحالة إلى ما كانت عليه (20).

1. سالم قربوج : " المؤسسة العائلية الواقع و التحديات" مجلة الملاحظ ديسمبر 2004

« Ces héritiers qui doivent inventer l’avenir » le Figaro Economique du 29-10-2003

1. « In Sodium » qui unit en principe les co-auteurs du préjudice en poursuivant chacun pour tous »Schmidt (D)
2. حكم تجاري صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت عدد 1085 مؤرخ في 11 جانفي 2003 غير منشور انظر ملحق عدد 1
3. منذ الحكم بالبطلان تترتب أثار موحدة أن كان الأبطال نسبيا أو مطلقا
4. « statut quo ante »

 و من المسلم به قانونا أن الحكم بالإبطال لا يمس بحقوق الغير و المكتسبة عن حسن نية لان القرار صادر باسم الشركة كذات معنوية و ليس باسم الأغلبية و بالتالي يمكن لهذا الغير ان يطلب جبر المضرة و يعتمد في ذلك على نظرية الظاهر التي تصمن حقوق الغير (21).

من جهة أخرى هذا الإبطال يمكن أن يمثل بعض القصور في تحقيق الأهداف المنشودة وذلك خاصة في بعض الفرضيات المعينة.

فلنتصور مثلا أن القرار المتخذ موضوعه عدم توزيع المرابيح و تخصيصها كمدخرات اختيارية و ثبت التعسف في ذلك. السؤال هو هل أن الإبطال سيحل مشكلة عدم توزيع الأرباح؟ ألا يمكن للأغلبية بعد هذا الإبطال اتخاذ قرار آخر في عدم التوزيع و هكذا دواليك؟ الإجابة هي أن الإبطال لا يمكنه ان يستوعب هذا المأزق. ولكن لنأخذ المسالة بمنطق آخر ألا يكون هذا الإبطال كفيلا بان يردع هذه الأغلبية و يعيدها إلى الصواب بحيث أنها إذا ما اتخذت في قرار ثان – على التوالي بعد الأبطال- عدم توزيع المرابيح تكون بذلك أقامت دليلا قاطعا على تعسفها و تحديها و عدم مراعاتها لهذه الأقلية، و من هنا يكون الجزاء في صورة القيام بدعوة موالية أكثر صرامة من الإبطال و الحلول في هذا المجال متعددة أخفها مقتضيات الفصل 1288 م ا ع بحيث يتخذ القضاء قرار توزيع المرابيح (22)

فالإبطال بالإضافة إلى كونه عقاب يمثل أيضا رادعا لكل أغلبية مقررة أرادت اتخاذ قرار معيب مخل لمبدا المسواة بين المساهمين لانها ستعلم ان قرارها سيؤول الى العدم و بالتالي سيفتر عزمهم. من ناحية اخرى امكانية تلافي الابطال و مدة التقادم المختصرة تجعل من هذه الاجراءات المبطلة صعبة النجاح و هو ما يقودنا الى القسم الثاني من هذه المحاضرة اين نبحث فيها عن حدود هذه الاجراءات المبطلة.

1. Trouillet (M.R.) « l’abus de droit de la majorité dans les sociétés commerciales » Revue Juridique
2. 1288 م ا ع "...فان كان كل من الرايين اثباتا يغرض الامر على المحكمة لتامر بما هو اصلح للشركة "

**الجزء الثاني**

**حدود الإجراءات المبطلة**

**قسم أول : إمكانية تفادي الإبطال :**

مهما كان سبب الإبطال سواء كان خرقا للقانون أو تعسفا كانت دائما هناك إمكانية لتفاديه ففي الفصول الخاصة وردت في معظمها هذه الإمكانية و على سبيل المثال نذكر الفصل 277 م ش ت الذي ورد في فقرته الأخيرة "... و كل جلسة تدعى لحلاف الصيغ المبنية سابقا يمكن إبطالها. غير أن دعوى البطلان لا تقبل إذا كان جميع المساهمين حاضرين أصالة أو عن طريق من يمثلهم ".

و في صورة الفصل 290 م ش ت يكون عبء الاثبات الموكول للمساهمين المالكين لعشر راس مال الشركة حاجزا في بعض الاحيان للتوصل لهذا الابطال لانه مقتضيات استثنائية يتدخل بمقتضاها القاضي في شؤون الشركة فان هذا العبء سيختلف وزنه باختلاف مع من ستكون مصلحة الشركة.

و حتي يتمكن المدعي من التوصل الى اقناع القاضي بالابطال لابد له من تحمل هذا العبء و الاثبات يكون بجميع الوسائل بما في ذلك القرار نفسه او كل عمل خارجي عنه يكون سابقا او لاحقا له و الفصل 284 م ش ت يدعم هذا التمشي باقرار حق المساهمين في الاطلاع على وثائق الشركة الخفية الاسم ايضا اوجب الفصل 280 م ش ت على المسييرين ان يضعوا على ذمة المساهمين الوثائق اللازمة لتمكينهم من اتخاذ قراراتهم و هم على بينة من الامرو ابداء رايهم في ادارة و سير اعمال الشركة ة هي مقاضيات تتكامل و الفصل 275 م ش ت الذي اقر ببطلان المداولات المصادقة على القوائم المالية ان لم تكن مسبوقة بتقديم تقارير موضحة و ايضا مقتضيات الفصل 276 م ش ت.

 يمكن ايضا اعتماد محضر الجلسة التي اتخذ فيها القرار المنتقد و لكن بما ان الاغلبية هي التي تحرر المحاضر فانه ليس من المعقول ان تترك هذه الاخيرة اي دليل ضدها في هذه الوثيقة، و كما قال شميدت :" فان التجاوزات الاكثر خطورة لن تكتب ابدا في دفاتر الشركة" فيجب تكملة ما ورد بين اسطر الدفاتر بتحليل معمق لسياسة المسيرين.

هذا التحليل يتطلب معرفة جامعة بميدان الاقتصاد و الاموال و كيفية تسيير الشركات و هنا ياتي دور "الاختبار" و الذي تنظمه الفصول 101 الى 113 م م م ت و ايضا الفصل 290 مكرر م ش ت و الذي جاء فيه انه يمكن لشريك او عدة شركاء يمثلون عشر راس مال الشركة على الاقل ان يطلبوا من القاضي الاستعجالي تعيين خبير او مجموعة خبراء يعهد لهم بتقديم تقرير حول عملية او عدة عمليات تصرف.......

و يتمثل الاختبار في التصرف في " تحقيق" حول جدوى عملية ما او وجاهتها او يختلف اختلاف كلي عن التدقيق الذي يجريه مراقب الحسابات، فالخبير في التصرف لا يكتفي بالوثائق المحاسبية بل يبحث عن معطيات خارجها كمعطيات السوق التي تنشط فيه المؤسسة و الظروف التي حفت بالعملية المسترابة ايضا البحث في الاطار البشري بما هو الصلات و الروابط الني تجمع المسير بالطرف الاخر المتعاقد معه ان كانت العملية تعاقدية.

و يعد طرح الاسئلة الكتابية على معنى الفصل 284 مكرر م ش ت المدخل الطبيعي لطلب الاختبار في التصرف و في صورة الجواب الغير المقنع من طرف المسير او تخلفه عن الجواب اصلا جاز اللجوء الى القضاء و الاختبار.

و ليس للقاضي ان يجتهد في تحديد صفة طالب الاختبار اذا اشترط المشرع ان يكون مالكا لعشر راس المال على الاقل(23).

1. المحكمة الابتدائية بتونس، حكم استعجالي صادر بتاريخ 7-7-2003 عدد8979 غير منشور مذكور بكتاب مجلة الشركات التجارية معلق عليها لاحمد الورفلي و كمال العياري تونس 2006 ص 432 " ...لئن جاز الفصل 139 م ش ت اللجوء الى القاضي الاستهجالي لتعيين خبير فانه اشترط في ذلك ان يكون الطالب ممثلا لعشر راس مال الشركة و ان يكون مناط الطلب تقديم تقرير حول عملية او عدة عمليات تصرف .. و ان الطلب في قضية الحال و لئن كان صادرا عن من له الصفة فانه كان مخالفا من حيث لمقتضيات الفصل المذكور لشموله الاطلاع على حسابات الشركة منذ تاسيسها الى تاريخ القيام و ضبط املاكها لتحديد الارباح الراجعة للطالب... ان طلبا على تلك الشاكلة يخرج عن مناط نظر قضاء العجلة "

الاختبار الذي جاء به الفصل 290 مكرر م ش ت يعنى باعمال التصرف و قد اوضح القضاء الفرنسي ان الاختبار في التصرف لا يمكن تطبيقه بالنسبة للقرارات التي تتخذها الجلسات العامة بما هي هيكل مداولة و ليست هيكل ادارة و تصرف (24)، و لكن التطبق القضائي التونسي اظهر بعض الليونة في التعامل مع طلبات تعيين خبراء في التصرف و ذلك من منطلق ان " الاذن لا يعدو كونه وسيلة تحفظية وقتية كلف بمقتضاها خبير بمراجعة حسابات الشركة للسنة المالية 2001-2002 و ليس من ضرر يلحق الشركة المذكورة من ذلك ما دام القول الفصل في النزاع يكون عند الاقتضاء بتوخي طريق التقاضي الخاضع لنظام المواجهة بين الخصوم" (25).

و يعتبر القضاء التونسي ان عدم حضور المسيرين المطلوبين امام القضاء الاستعجالي للرد على طلب التعيين قرينة قوية على وجود اخلالات في التسيير و التصرف تستوجب التحري في شانها بواسطة خبير و هو ما ذهب اليه الحكم الاستعجالي الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس (26) " ....حيث لم يحضر المطلوبون و لم يقدموا بالتالي ما يفيد عقد الجلسات العامة و اجراء الحسابات و اطلاع كل الشركاء عليها و تحديد ما على الشركة و ما لها ..........وحيث خول الفصل 139 م ش ت للشريك او عد شركاء يمثلون عشر راس المال من تسمية خبير لفحص عملية التصرف (....) و اصبح المطلب هكذا في طريقه و اتجه الحكم لصالحه"

كما ان ظهور ما يوحي بوجود استبداد في التصرف يبرر الاذن بتكليف الخبير وهو ما قرره الحكم الاستعجالي الصادر عن المحكمة الابتدائية باريانة بتاريخ 22-3-2003 " اوجب الفصل 20 من القانون الاساسي للشركة على الوكيل ابلاغ الشركاء بالوضعية

1. M. Cozian et A. Viandier P173 N°461. Cass. Com.12 Janvier 1993 Jurisclasseur périodique edt E1993 note A. Viandier
2. المحكمة الابتدائية بتونس حكم استعجالي عدد 11597 صادر بتاريخ 2-10-2003 مذكور بكتاب مجلة الشركات التجارية معلق عليها الانف الذكر.
3. حكم عدد91007 لسنة 2001 غير منشور مذكور بنفس المصدر الانف الذكر ص 431

المالية للشركة الامر الذي لم يفعله ...فضلا عن ذلك فان الفصل 139 م ش ت خول الطلب من القاضي الاستعجالي تعيين خبير .....ان الشرط الوحيد الوارد بهذا الفصل هو تمثيل عشر راس مال الشركة..... و بتوفر هذا الشرط قضت المحكمة الابتدائية استعجاليا بتعيين خبيرة... للاطلاع على دفاتر الشركة .... و تحديد ارباحها انطلاقا من سنة 1995 و تقدير مناب المدعي فيها" (27) .

و هذا الحكم ياكد التوجه الغالب في التطبيق القضاء التونسي الذي لا يقصر الاختبار على عملية محددة بل ياذن به بشان مدة تمتد عالبا على عدة اعوام و هو مت يؤكج وعي القاضي التونسي بدرجة الشفافية الموجودة فعليا في عديد الشركات التونسية حتى ازاء الشركاء نفسهم.....فكيف بالغير؟

و يلاحظ ايضا ان القانون التونسي يقتضي رفع طلب الاختبار الى القاضي الاستعجالي و هو رئيس المحكمة الابتدائية او من ينوبه بينما يقتضي نظيره الفرنسي بان يرفع هذا المطلب الى رئيس المحكمة التجارية.

و لاشك ان القاضي يحتاج مزيدا من الوقت للاقتناع باختلاف الاختبار في التصرف على معنى الفصلين 139 و 290 مكرر و الاختبار القضائي العادي المنصوص عليه بـ م م م ت.

كما يحتاج الى حجج اكثر قوة تقنعه بجدوى الاذن في اطار معزول باختبار يتناول بعض العمليات المحددة قبل ان تتبين ضرورة الاذن باختبار اشمل منه بعد نشر قضية في الاصل.

و الواقع ان تساؤلات القاضي المطبق للنصوص لا تخلو من المنطق خاصة و ان نظام الاختبار في التصرف اضيق مجالا من الاختبار العادي حال انه بالنسبة للطالب لا يوجد فرق بينهما الا في النص القانوني الذي يستند اليه المطلب.

1. قرار صادر تحت عدد 19745 في 22-03-2003 غير منشور و موجود بنفس المصدر المذكور انفا ص 431.

و لو نحا القضاء منحى التضييق في مجال الاختبار لا عمل المتقاضون إلى تقديم مطالبهم دون تحديد المرجع التشريعي الذي يستندون إليه فيكون عندئذ على القاضي أن يجتهد بنفسه لتحديد سند الاذن و بالتالي تحديد نطاق الاختبار.

و يتميز الاختبار في التصرف في الشركة خفية الاسم بأنه يقتضي توزيع نسخ من تقرير الخبير على كافة الأشخاص و الأطراف المعنية بما في ذلك هيئة السوق المالية بالنسبة لشركات المساهمة العامة كما انه يوضع على ذمة الشركاء مع سائر الوثائق بمناسبة اول جلسة عامة موالية.

و تجدر الاشارة في هذا الصدد ان محكمة التعقيب ارتات ما يلي : " و حيث خلافا لما جاء بدفوعاتهم فان المحكمة لا تتقيد براي الخبير المنتدب في الدعوى للتقدير بل لها ان تطرحه و تقضي بناءا على ادلة اخرى مقدمة اليها متي وجدت فيها ما يكفي لاقامة قضائها" (28)

وهي حيثية وجيهة لتطبيقها الفصل 112 م م م ت الذي ينص على ان راي الخبير لا يقيد المحكمة.

الاختبار لن يكون هو الاخر قاطعا في التمكين من الابطال، المشرع اراد هذه الصعوبة في الاثبات (29) حتى يتمكن القاضي باكثر عدد ممكن من المستندات و الدفوعات و اعطائه فرصة اكبر لتقدير مصلحة الشركة في الابطال من عدمه. و كما قال احد الاساتذة "فان نظرية التعسف تشكل خطرا على سلامة تسيير الشركات الخفية الاسم لانه يخشى ان يعطل تدخل المحاكم سيرها فلا بد ان يقع الحذر من طرف المحاكم عند تطبيق هذه النظرية"(30)

1. قرار محكمة التعقيب عدد 2751 مؤرخ في 8 نوفمبر 2000 غير منشور انظر الملحق عدد2
2. نظرا لقرائن حسن النية بالاضافة الى استثنائية اجراءات الابطال
3. يوسف الكناني " اسباب بطلان الترفيع في راس مال الشركة خفية الاسم" مجلة المحاماة 1989 عدد 2 و 3 ص 136

و هنا تظهر المسؤولية الكبيرة الموكولة من قبل المشرع للقاضي فاخذ يزوده بالوسائل الكفيلة للقيام بهذا الدور من ذلك استعمال مصطلحات ذات المفهوم المطاط و الواسع تتركب من عناصر غير محددة قانونا تمكن القاضي من مساحة للاجتهاد و تقدير الوقائع حسب الحالات المطروحة عليه.

من ذلك مفهوم "مصالح الشركة" لما له من ابعاد تطبيقية فهو البوصلة الموجهة و المفهوم اللين الذي يضعه على ذمة القاضي ليراقب الشركات مما يضفي نوعا من القاعدة الاخلاقية او المعنوية على قانون يعتمد على قواعد تعطي وسائل و اساليب لا تعنى كثيرا بالاهداف و الغايات. المشرع اعطى للقاضي إمكانية رسمية للدخول الى الشركة و لكن لم يعطه اكثر من ذلك فياتي دوره في الاجتهاد من جهة و دور الفقهاء في وضع المعايير الموضوعية من جهة أخرى حتى لا يبقى الوجدان فحسب المقرر لمصير المداولات المطلوب إبطالها (31)

و من سلط القاضي المخولة من قبل المشرع ان يعين من تلقاء نفسه أجلا للتصحيح و هذه الإمكانية لا تكون ملزمة له بمعنى انه لا يمكن طلب نقض الحكم من قبل المدعى عليهم لأنه لم يعين أجلا صلبه.

ما يجدر التساؤل عنه في هذا الموضوع :

هل أن القاضي مطالب بإيقاف الدعوى بمجرد ان يتم استدعاء جلسة عامة لتصحيح القرار المنتقد؟

لا وجود لأي مقتضيات واضحة تنص على مثل هذا الإلزام وحتى الفصل 179 م ش ت الناص على مثل هذه الفرضية لم يتعرض إلى هذه المسالة.

يمكن استخلاص الجواب بنعم من روح قانون الشركات حيث ان التصحيح في هذا المجال هدفه تلافي البطلان و ما يترتب عن ذلك من نتائج وخيمة على استقرار نشاط الشركة .

بالإضافة إلى كون إيقاف الدعوى لا يضر في شيء بحقوق المدعين لان هؤلاء هدفهم من القيام يتمثل في تلافي تطبيق قرار يخالف العقد التأسيسي او يضر بمصلحة الشركة فاذا مازالت المصرة تحقق الهدف.

1. مثلا : معيار غياب المقابل الاني و الواضح للقرار المتخذ من قبل الجلسة.

 معيار الخطر المحدق بالشركة

هذا التصحيح يعتبر في القانون المدني طريقة استثنائية اما في قانون الشركات فهو وارد لكنه يتطلب بعض الشروط :

1. وجوب احترام مبدأ توازي الاشكال، فالجلسة العامة هي المؤهلة الوحيدة لتلاقي الابطال بالتصحيح
2. يجب ان تكون الجلسة المنتصبة للتصحيح خالية من العيوب التي تبطلها هي الاخرى
3. التصحيح يجب ان يكون محترما لبعض الاجال فاما ان يكون قبل تقديم الدعوى او قبل يوم الحكم في الاصل ابتدائيا.

فاذا ما اقيمت الدعوى فان انقراضها لا يكون ممكنا الا اذا لم تبت المحكمة بعد في الموضوع في الدرجة الاولى من النقاضي فمحكمة الاستئناف لا يمكنها ايقاف النظر رغم اجراءات التصحيح تحسبا لامكانية التحيل من قبل الاغلبية المتعسفة بالتفصي من جبر المضرة التي اقتضتها محكمة البداية.

اثار هذا التصحيح هو صحة القرار في نظر الجميع صحة تامة و من ذلك الحين لا يمكن طلب الابطال او الدفع بالبطلان و حتى ان المساهمين الغائبين في الجلسة العامة الثانية لا يمكنهم طلب ابطال القرارات الصادرة عن الجلسة العامة الاولى (32)

و اخيرا تحمل المصاريف القانونية على المدعى عليه في صورة تلافي البطلان بعد القيام بالدعوى.

هذا الحذر التشريعي من الابطال يتعزز بوضعه اجالا استثنائية لتقادم دعوى الابطال.

1. Ghestin (J) : « tout ce passe comme si l’acte était refait. Cette réfection a un effet retro actif en validant la délibération antérieure qui était annulable. » le contrat LGDJ 1988

**القسم الثاني : التقادم**

يمتاز تنطيم دعوى الابطال بالحذر الشديد خوفا من سوء استعمالها لتصبح هي نفسها ادات للتعسف و ذلك بالتنكيل و مشاكسة الاغلبية المقررة في الشركة و ما ينتج من بلبلة في استقرار ننشاطها و تشويه لسمعتها.

فالمشرع بالاضافة لو ضعه شروطا صارمة للابطال نجده ينص على اجل استثنائيا مختصر للتقاضي. فمبدئيا لا تسمع الدعاوى بعد 15 سنة (33) لكن افرد المشرع صلب الفصول 403 و 404 م ا ع بعض الصور التي تسقط الدعوى بمضي عام واحد نظرا لخصوصية ميدانها الذي لا يتحمل النسق البطيء في الاجراءات.

و اتباعا لنفس المنطق افرد المشرع دعوى الابطال لاجل استثنائي يتمثل في عام واحد يحتسب بالابام بمعنى 365 يومالا يحتسب فيه اليوم الذي اتخذ فيه القرار و اليوم الاخير للاجل لابد له ان ينتهي حتى تعتبر السنة منقضية (34) .

و لكن هذا الاجل القصير يتسبب في عيب كبير هو خاص بميدان تعسف الاغلبية فحيث ان القرار المنتقد عند اتخاذه يكون في اول وهلة خاليا من العيوب و ظهور المضرة فيه يتطلب ربما لشيء من الوفت فهل يمكن احتساب نقطة انطلاق الاجل عوض تاريخ اتخاذ القرار تاريخ العلم بالعيب .

هذا التساءل مرفوض لانه لا يمكن تصور ان كل المالكين لعشر راس المال قد تفطنوا كلهم في نفس اللحظة !

هذه الاستحالة تجعل من وضع اجل محدد واضح متى يبدا و متى ينتهي امرض ائب لا يقبل النقد.

تظهر ايضا اشكالية ظهور التزامات و قرارات في تنفيذ القرار الاصل الصادر عن الجلسة العامة و المهدد بالابطال. هذه القرارات المتفرعة و المنفذة الا تجعل لدعوى الابطال عدة نقاط انطلاق؟

1. 402 م ا ع
2. انظر الفصول 401 و 403 و 404 م ا ع

هنا يمكن التفرقة بين نقطة بداية اجل التقادم و فتح باب امكانية القيام بدعوى في الابطال.(35).

و لكن في صورة المخالفة التي تنتج اثارا فورية فان هذين الوقتين يمكن ان يتوحدا و هو ما اعتبره المشرع في دعوى الحال باعتماده يوم تاريخ القرار بما هو اتخاذه من قبل الجلسة العامة.

و تجدر الاشارة في النهاية ان حق مرور الزمن لا يقوم بنفسه في سقوط المطالبة بل يقوم به من له مصلحة فيه و ليس للقاضي ان يستند عليه من تلقاء نفسه حتى يقوم به المدعى عليه (36) .

1. في القانون الجزائي هذه التفرقة جائزة و تكون اوضح في صورة الجرائم المستمرة مثلا يمكن ان يسلط عقاب عن الجريمة في غضون الايقاف و لكن التقادم لا يبدا جريانه الا اليوم الذي ينتهي فيه امتلاك المسروق.
2. 385 م ا ع

**الخــــــــاتمـــــة :**

هذه هي اجراءات ابطال قرارات الجلسات العامة بالشركة خفية الاسم. المشرع يقر بالامكانية و لكنه في نفس الوقت يضع عدة عراقيل لها فهو شجاع في التمكين و حذر في التطبيق.

حتي اننا نشك للحظة ان المشرع التونسي وضع هذه المقتضيات لا لشيء الا لردع الاغلبية عن خروجها عن الصراط المستقيم فمجرد التنصيص عليها هو كفيل بالمحافظة على حسن اتخاذ القرارات في الجلسات العامة دون الوصول فعلا الى الابطال.

و كاني بهذه المقتضيات المبطلة ذلك الرجل الوهمي "الفزاعة" الذي يصنعه الفلاح و يضعه وسط ارضه لابعاد الطيور عن زراعته.

و لكن هذا الشك يبقى فقط للحظة و يحل محله اليقين، يقين بان المشرع التونسي هو مشرع اولويته المحافظة على مصالح الشركة و ديمومتها. و هو بالتالي لا يمكنه باي حال من الاحوال ان يضع مقتضيات تضمن هذه الاولوية تكون قي نقس الوقت السهولة في استعمالها تهديدا لها و كانه قد اتعظ باحدى عبر « La Fontaine » المعروفة بلغته الفرنسية : « le trop d’attention qu’on a pour un danger fait souvent qu’on y tombe »

و يبقى تقدير القاضي الضامن الوحيد لتحقيق التوازن بين هذه الاجراءات المقبلة على الابطال و الاخرى المدبرة عنه.

و يبقى القاضي في كفة مصلحة الشركة فان كانت هذه المصلحة مع الاقلية كان معها و ان كانت مع الاغلبية كان معها.

**مراجع البحث :**

* **مجلة الشركات التجارية الصادرة في 2012 م ش ت**
* **مجلة المرافعات المدنية و التجارية م م م ت**
* **مجلة الالتزامات و العقود م ا ع**

**المقالات :**

* **مجموعة من مقالات القاضي الاستاذ محمد الورفلي :**
* **نصف قرن من مضمون الشركات في تونس : "مجلة القضاء و التشريع مارس 2006"عدد خاص بخمسينية الاستقلال ص 139**
* **الرقابة في الشركات خفية الاسم "اعمال ملتقى دولي حول مجلة الشركات التجارية تونس 3 و 4 افريل 2001 نشر مركز الدراسات القانونية و القضائية تونس 2002 ص 123**
* **نذير بم عمو و عصام الاحمر :**

**"التقرير الختامي و التوصيات "**

**ملتقى مجلة الشركات التجارية بعد تعديلات 2005 – تونس 3 و 4 فيفري 2006 – نشر مركز الدراسات القانونية و القضائية تونس 2006-2481**

* **سالم الفتوي : اليات الرقابة في الشركات خفية الاسم مجلة القضاء و التشريع اكتوبر 2008 ص 73**
* **رشيد الصباغ : دور القضاء في ادارة الشركات " محاضرة القيت في اطار ملتقى مركز تونس للمصالحة و التحكيم حول الجديد في قانون الشركات التجارية تونس 26 و 27 جانفي 2001 غير منشور.**