جامعة تونس المنار
كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس

القـــانون التجـــاري

الإجراءات الجماعية

دروس لطلبة السنة الاولى ماجستير قانون الاعمال

الاستاذ علـــي ننـــي

السنة الجامعية 2018-2019

قائمة في أهم المراجع

1)- باللغة العربية:

*مصطفى كمال طه، القانون التجاري-الاوراق التجارية-العقود التجارية-عمليات البنوك-الافلاس، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، 1986.(تجاري 157).

*عبدالمجيد الفاهم، الكامل في الاجراءات الجماعية. قانون انقاد المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية-التصفية-الافلاس، دار الميزان للنشر، تونس، 1999.

*منصف الكشو، نظام انقاد تامؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية-دراسة نظرية وتطبيقية، مجمع الاطرش للكتاب، الطبعة الثانية، 2019.

*الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة-الافلاس، منشورات بحر المتوسط و منشورات عويدات بيروت، 1986.

2)- باللغة الفرنسية:

* *MECHRI F., Leçons de droit commercial. Les procédures collectives : le concordat préventif et la faillite, Préface de Monsieur le doyen Jean Carbonnier, CERP, Tunis, 1994.*

* *MECHRI F., Droit des entreprises en difficultés économiques, Sud éditions, Tunis, 2008.*

* *KOLSI S., Le droit des entreprises en difficultés, La Maghrebine pour l'impression et la Publication du livre, Tunis, 2014.*

* *BRAHMI A., Le droit du redressement des entreprises en difficultés, Tunis, 2002.*

GUYON Y., Droit des affaires, tome 2. Entreprises en difficultés économiques-Redressement judiciaire-Faillite, Economica, 9ème éd., 2003.

* *SAINT-ALARY-HOUIN C., Droit des entreprises en difficultés, LGDJ, 9ème éd., 2014.*

مدخـــل عـــام

1.- تعتبر الاجراءات الجماعية من المواضيع التقليدية للقانون التجاري من حيث اهتمامها بتنظيم وضعية التاجر المتعثر الذي يواجه صعوبات في سداد ديونه وهي وان شهدت تطورا مستمرا في نظامها القانوني والياتها(I) بما يتماشى وتطور الوضع الاقتصادي فإنها تعتبر في ارتباط وثيق بنشأة القانون التجاري كفرع قانوني مستقل(II).

I) - نشأة القانون التجاري:

2.- على الرغم من قدم التجارة إذ تعود جذور النشاط التجاري الى مرحلة متقدمة تالية لظهور التبادل السلعي بين البشر إلا أن القانون التجاري كفرع قانوني مستقل نسبيا لم يظهر إلا في نهاية القرن السادس عشر ليتطور بعدها بسرعة موازية لسرعة التطور الاقتصادي و يستقر كفرع متميز بمؤسساته ومبادئه وقواعده المراعية لطبيعة النشاط التجاري التي يمكن حصرها في سرعة التعامل و الثقة اللازمة لتسهيل التداين والإئتمان.

نشأ القانون التجاري في الأساس استجابة لمتطلبات التجارة التي لم تجد في قواعد القانون المدني ما يناسب طبيعتها المتمثلة في السرعة المميزة للمعاملات و المرتبة لانتقال الثروة على عكس القانون المدني الذي يتسم بالتعامل المتأني المرتبط في الغالب بفكرة الثروة الثابتة. إلا أن هذا التمايز لا يلغي دور القانون المدني كشريعة عامة يقع اللجوء الى قواعدها عند غياب النص الخاص.

ولبيان خصوصية القانون التجاري المستمدة من خصوصية النشاط التجاري مقارنة بالأعمال المدنية يمكن الاستدلال بالأمثلة التالية:

* على عكس القانون المدني الذي يكرس نظاما متكاملا للإثبات تعتمد فيه وسائل اثبات طبق قواعد معينة لا يجوز الخروج عنها فإن القانون التجاري يقوم على مبدأ حرية الإثبات ما لم يحدد التشريع شكلا معينا لإثبات مسألة معينة. ويفهم من هذا المبدأ أن النشاط التجاري مبني على السرعة التي لا تسمح بالإعداد المتأني لوسائل الإثبات.
* على عكس القانون المدني الذي يكون فيه التضامن بين المدينين مرتبطا بسبق اشتراطه صراحة[1] فإن القانون التجاري يعتمد قاعدة مخالفة مفادها أن التضامن بين المدينين مفترض[2] وهو أمر يفسر بحماية الدين باعتماد آلية التضامن بما تمثله من تأمين شخصي للدائن.
* على عكس القانون المدني لا يترك التاجر المتعثر فريسة لدائنيه بل تعتمد إجراءات توصف بالجماعية تسعى لحماية مركز التاجر بالتوازي مع حماية الدائنين من خلال اعتماد نوع من المساواة بينهم بحيث لا يكون خلاص ديونهم مرتبطا فقط بسرعة الدائن في التنفيذ على ممتلكات مدينه بل في إطار منظم يتسم بالمساواة بين الدائنين.

3.- تتمثل خصوصية القانون التجاري في هذا المنحى المتعلق بتعثر المدين بوجود وضعيتين متقابلتين يكون في الاولى الدائن وحيدا في مواجهة مدينه يستخلص دينه في إطار إجراء فردي كالعقلة مثلا ولا يزاحمه أحد ويكون حظه في خلاص دينه مرتبطا بحرصه المترجم بسرعة أدائه فالوفاء رهين هذا الحرص وينطبق عليه القول بأن من أبطأ به حرصه لم يسرع به حقه.

---

[1] جاء بالفصل 174 م ا ع "التضامن بين المدينين لا يحمل عليهم بالظن وإنما يثبت بصريح العقد او القانون او بكونه من ضروريات القضية".
[2] نص الفصل 175 م ا ع على ان "يحصل التضامن قانونا فيما يلتزم به التجار لبعضهم في معاملات تجارية إلا إذا صرح العقد او القانون بخلافه".

أما الوضعية الثانية فتكون فيها الإجراءات جماعية يتقابل فيها مجموع الدائنين بمدينهم أو بالأحرى بما يملكه من أصول فيتساوون في الأعباء التي يتقاسمونها وكذلك في المنافع.
ولعل هذه الميزة الأخيرة للقانون التجاري والمتمثلة في الاستعاضة عن إجراءات التنفيذ الفردي على الدائن المتعثر بإجراءات جماعية كلما تعلق الأمر بتاجر تعد تطورا لافتا للتعاطي القانوني مع وضعية المدين المتعثر أدت الى بروز مفهومين متوازيين يتعلق الأول بالمدين المتعثر غير التاجر ويتعلق الثاني بالمدين المتعثر التاجر حيث يكون وضع الأول موصوفا بالإعسار بينما يطلق على الثاني صفة التوقف عن الدفع.
ويقصد بالمدين المتعثر المدين الذي أصبح في وضع لا يسمح له بالوفاء بديونه بالشكل المعتاد وهو ما يمكن أن يتطور الى عجز تام عن الوفاء بهذه الديون. وهو وصف عام يمكن أن ينصرف الى التاجر وغير التاجر ويقوم على فكرة وجود صعوبة في سداد الديون في مواعيدها وهي صعوبة قد تؤول الى توصيف قانوني مختلف هذه المرة باختلاف طبيعة الشخص تاجرا أم مدنيا فهي اعسار لغير التاجر وتوقف عن الدفع بالنسبة للتاجر قد يؤدي الى التفليس.
وعلى هذا الأساس سيكون التعثر منشئا لوضعية الصعوبة الاقتصادية بالنسبة للتاجر ويؤدي الى انطباق الإجراءات الجماعية بينما يبقى غير التاجر مهددا بالإجراءات الفردية التي يسعى من خلالها دائنوه الى استيفاء حقوقهم عن طريق التنفيذ على أمواله منفردين.

II) التطور التاريخي للإجراءات الجماعية:

4.- كانت حماية الدائن ولا تزال مطلبا رئيسيا تسعى كل الانظمة القانونية لتحقيقه مما يجعل الأصل البعيد للإجراءات الجماعية مرتبطا بتنظيم الاعسار المدني قبل أن ينفرد وضع التاجر لاحقا بنظام خاص به.
وقد اتسمت التشريعات القديمة بطابعها العقابي من خلال القسوة الشديدة تجاه المدين المتعثر تمثلت في التنكيل به ماديا ومعنويا قبل أن تستقر في التنفيذ على ذمته المالية دون شخصه.
وقد انتقلت هذه القسوة الى القانون التجاري في اطار الاجراءات الجماعية وأخذت شكلا تشهيريا امتد من القانون الروماني الى العصور الوسطى ثم في العصر الحالي بدأ توجه جديد أملته التطورات الاقتصادية.
في إطار دراسة مقارنة تنطلق من فكرة العائلات القانونية الكبرى فان القانون الروماني يعد العائلة القانونية التي يعود الفضل إليها في ظهور الجذور البعيدة للإجراءات الجماعية (1). اما دراسة المسألة في إطار عائلة التشريع الاسلامي فلا تخلو من أهمية بالنظر لتأثيرها المباشر وغير المباشر في التشريع التونسي (2) الى جانب الاستنارة بالحلول المعتمدة في عائلة القانون الانقلوسكسوني من خلال تنظيم الاجراءات الجماعية في القانون الامريكي (3).

1)- معالجة القانون الروماني لوضعية المدين المتعثر:

5.- تعتبر مقاربة القانون الروماني لوضعية المدين المتعثر مقاربة حامية للدائن وقاسية تجاه المدين وهي المقاربة التي أسست لاحقا لظهور الاجراءات الجماعية.
إن تفرد القانون التجاري بإجراءات جماعية لم يتحقق دون المرور بمراحل تطور عديدة بدأت في مرحلة أولى بتطور داخلي في إطار القانون المدني تلته مرحلة ثانية تمثلت في استقلال نسبي في القانون التجاري وفي مرحلة ثالثة انتقل هذا التطور الى داخل القانون التجاري نفسه .

6.- المرحلة الأولى: كان القانون الروماني القديم يتعامل مع المدين المتعثر بقسوة واضحة تمثلت في التنفيذ على شخصه من خلال تمكين الدائن من سجنه وعرضه في الأسواق لتمكين أقاربه من سداد ديونه أو استرقاقه وبيعه عبدا رقيقا.

ثم تطور القانون الروماني من مرحلة التنفيذ على شخص المدين الى التنفيذ على ممتلكاته ببيعها واستخلاص ديونه تفاديا لاسترقاقه.

وبالنظر لتأخر ظهور التفرقة بين المدين التاجر وغير التاجر التي تعود الى القرون الوسطى فإن القانون الروماني لم يقم على التفرقة بين المدين بالنظر لطبيعة نشاطه[3].

بتطور النشاط التجاري وظهور خصوصيته بدأت الاعراف التجارية في الظهور وبدأت بمؤسسات القانون التجاري في التشكل ومنها مسألة الديون المتعلقة بالمدين التاجر المتعثر فقد برزت في المدن الايطالية قوانين تنطبق في المعارض كمدن جنوة و فلورنسا والبندقية وهي أسواق دورية يتم فيها التبادل التجاري وتنطبق داخلها الأعراف التجارية التي تمثل النواة الأولى للقانون التجاري.

وقد اتسمت الأعراف التجارية المنطبقة على التاجر المتعثر بطابعها العقابي الموروث من القانون المدني إضافة الى التشهير بالتاجر المعسر فيتم تحطيم مقعده دلالة على إفلاسه وفقد الثقة فيه ومن هذا الاجراء ولد مصطلح الاعسار ثم تحدد الافلاس كلما تعلق الأمر بتاجر وبدأت بالظهور التفرقة بين المدين التاجر المدلس وغير المدلس التي بنى عليها القانون الجزائي لاحقا جرائم خاصة بالتسبب في الافلاس[4] وعومل المدين المتحايل خاصة بقسوة كبيرة بحرمانه من حريته ومن حقوقه المدنية وهو ما يكرس استمرار الطابع العقابي المتجذر منذ القانون الروماني القديم إذ تلازم التفليس بفكرة التدليس فكل مفلس هو بالضرورة مدلس[5].

7.- المرحلة الثانية: في الحقبة المعاصرة بدأت الاجراءات الجماعية تتجه الى قصرها على المجال التجاري فهي لا تنطبق إلا على المدين التاجر في مقابل الاعسار الذي يختص به المدين غير التاجر وأصبحت بذلك الاجراءات الجماعية خاصية من خاصيات القانون التجاري وميزة يتمتع بها التجار وقد ظهر هذا التوجه بوضوح في القانون الفرنسي ضمن إطار المجلة التجارية الصادرة سنة 1807 وتنقيحاتها المتلاحقة.

بدأ في هذا الاطار ظهور فكرة البحث عن أسباب التعثر وهو ما سيؤدي لاحقا الى التفرقة بين التفليس الناجم عن سوء الحظ وعدم التحوط والتفليس المترتب عن التدليس المرتب للعقوبات الأكثر قسوة.

8.- المرحلة الثالثة : كان للتطور الاقتصادي وضرورة المحافظة على المؤسسة الاقتصادية أثرا مباشرا في جعل التشريعات المقارنة تتخذ مقاربة جديدة تتخلى من خلالها على الطابع العقابي للإجراءات الجماعية وتسعى في المقابل الى مساعدة التاجر المتعثر كلما كانت هذه المساعدة ممكنة. وهو الأمر الذي اعتمده المشرع التونسي من خلال القانون المتعلق بإنقاذ المؤسسات المارة بصعوبات اقتصادية الصادر سنة 1995[6].

في إطار هذا التوجه الجديد بدأت بالظهور تسميات جديدة لهذا الفرع القانوني فقد تخلى جزء من الفقه على اصطلاح "الاجراءات الجماعية" واعتماد تسمية "قانون المؤسسات المارة بصعوبات اقتصادية".

إلا أن وجود مؤسسة التفليس التي كانت في السابق هي البارزة من خلال استعمال تسمية "قانون التفليس" جعلت العودة لمصطلح الاجراءات الجماعية أكثر تجانسا بحيث تحوي جزء يتعلق بإنقاذ المؤسسات المارة بصعوبات اقتصادية وجزء يتعلق بالتفليس وهذا الاختيار هو الذي اعتمده المشرع التونسي عند إعادة توحيد الاجراءات الجماعية وإرجاعها الى المجلة التجارية من خلال القانون عدد 36 لسنة 2016[7].

---

[3] LABASTIE-DAHDOUH Ch. et DAHDOUH H., Droit commercial, volume 1, éditions IORT, 2002, p. 41 et s.

جريمة التسبب في الافلاس التي نص عليها الفصل 290 من المجلة الجزائية "يعاقب بالسجن مدة عامين التاجر الذي صير نفسه معسرا بسبب تبذيره او بسبب مجازفته في مضاربات لا تدخل في دائرة عملياته الاعتيادية".

[5] HILAIRE J., Introduction historique au droit commercial, PUF, 1986, p. 312 n°191.

[6] القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 افريل 1995 المتعلق بانقاذ المؤسسات المارة بصعوبات اقتصادية

[7] القانون عدد 36 لسنة 2016 المؤرخ في 29 افريل 2016.

9.- استقى القانون التونسي تنظيمه لوضعية التاجر المتعثر من القانون الفرنسي وقد حوت المجلة التجارية الصادرة سنة 1959 كتابا مخصصا للإجراءات الجماعية وهو الكتاب الرابع المعنون "في الصلح الاحتياطي والتفليس" ويمتد على 185 فصلا (من الفصل 413 الى الفصل 596) وهو مستمد في غالبه من القانون الفرنسي خاصة فيما يتعلق بالتفليس ومن قوانين مقارنة اخرى بخصوص الصلح الاحتياطي[8].

في إطار انفتاح الاقتصاد التونسي ونزعته التحررية الجديدة برزت الى السطح ضرورة مراجعة منظومة الاجراءات الجماعية تماشيا مع منحاها الجديد في القانون المقارن وهو ما تم فعلا بإصدار قانون جديد سنة 1995 يتعلق بالمؤسسات الاقتصادية المارة بصعوبات اقتصادية وهو ما مثل انقسما في الاجراءات الجماعية بين جزء يتعلق بالإنقاذ والذي ينظمه قانون خاص خارج المجلة التجارية وجزء اخر يتعلق بالتفليس منظم ضمن المجلة التجارية.

تولد عن هذا الانقسام غياب التجانس بين النصوص القانونية المنظمة لحالة تعثر المدين الأمر الذي كان وراء اعادة التوحيد في إطار المجلة التجارية من خلال القانون عدد 36 لسنة 2016 الذي غير عنوان الكتاب الرابع ليصبح "في الاجراءات الجماعية".

10.- هذا التغيير لم يكن ليخفي تغيرا في الأوليات فبعد أن كان الوفاء بالدين هو الهدف الأساسي تدحرج الى مراتب متأخرة ليسبقه هدف اقتصادي واجتماعي متمثل في إنقاذ كل مؤسسة اقتصادية تستجيب لشروط معينة تجعل هذا الإنقاذ ممكنا.

ولعل التغير الحاصل في المفهوم العام للإجراءات الجماعية وإن لم يتخلى عن هدفه الاساسي الذي استمده من القانون المدني والمتمثل في حماية الدائن إلا أن هذه الحماية تحولت من مركز الأولوية الى مراكز أخرى دون أن يقع تغييبها.

فالإجراءات الجماعية بصفة عامة هي إجراءات تتميز عن القانون المدني بالنظر لمركزية الائتمان في الحياة التجارية فتسعى الى حماية الدائن وكذلك مساعدة المدين.

وقد بين أحد الفقهاء هذا الأمر من خلال قوله "تعتمد التجارة أساسا على الائتمان ويستوجب هذا الائتمان في حال تعثر التاجر اعتماد حماية أكثر نجاعة لمصالح دائنيه تختلف عن حماية الدائن المدني"[9].

فالإجراءات الجماعية المعاصرة وإن لم تستبعد حمايتها للدائن إلا أن أهدافا أخرى أصبحت ذات أولوية ومنها خاصة البحث عن السبل الممكنة لمواصلة المؤسسة الاقتصادية لنشاطها من خلال مساعدتها على تجاوز صعوباتها الاقتصادية.

11.- إن الإجراءات الجماعية في وضعها الحالي تعد متطورة بشكل كبير عما كانت عليه في السابق فقد تخلصت بشكل ظاهر من صبغتها العقابية المتسمة بالقسوة واتجهت نحو المساعدة على تجاوز حالة التعثر في منحى جديد يقوم على استبدال القسوة بالرحمة.

غير أن المتمعن في هذا التطور يلحظ بيسر أن التبدل الواضح لم يكن مبنيا على فكرة رئيسية متأصلة تسعى الى المساعدة بل هو منحى نفعي يسعى في حقيقة الأمر الى المحافظة على ديمومة المؤسسة الاقتصادية وعدم التساهل في اندثارها خدمة لأهداف اقتصادية واجتماعية عامة.

تعتبر الاجراءات الجماعية كيفما نظمها المشرع التونسي سواء ضمن المجلة التجارية أو بقانون خاص مستوحاة بشكل مباشر من القوانين الغربية وهو أمر يمكن أن يثير تساؤلا يتعلق بتنظيم التشريع الاسلامي لمسألة تعثر المدين ومسألة

---

[8] صباح رمضانة- قانون الانقاذ والقانون المقارن-مجلة القضاء والتشريع-جويلية 2002-عدد خاص.

[9] ESCARRA J., Cours de droit commercial, Sirey, 1952. L'auteur précise [n°1466] que « *Le commerce repose essentiellement sur le crédit et c'est le crédit qui exige qu'en cas de défaillance d'un commerçant, les intérêts de ses créanciers soient protégés d'une façon plus énergique que les intérêts des créanciers civils* ».

القسوة والرحمة به وما يمكن أن ترتب للتشريع التونسي من امكانيات تأصيله المتوازي بالنظم القانونية الحالية دون إغفال ربطه في مؤسساته بالتشريع الاسلامي.

2)- التشريع الاسلامي:

12.- لعل السؤال الذي يمكن أن يتبادر الى الاذهان يتمثل في معرفة إن كانت هذه السمة الجديدة للإجراءات الجماعية المتميزة بفكرة المساعدة والتي طوت سمة القسوة الملازمة لها طيلة قرون عديدة لم يكن للتشريع التونسي أن يستمدها إلا عن طريق التشريعات الغربية أم كان يمكن أن يكون متجانسا أكثر مع محيطه لو استمدها من التشريع الاسلامي الذي يتميز على التشريعات الغربية.

فالقول بأن التشريع الاسلامي في قرونه الأولى لم يعرف قانونا خاصا بالتجارة هو قول بعيد عن المنطق ضرورة أن نشأة الفروع القانونية هي نتيجة لتطور مناحي النشاط في المجتمعات فالقانون التجاري عموما لم يظهر كفرع مستقل إلا في القرن السادس عشر و يحسب للتشريع الإسلامي الإقرار الباكر بخصوصية النشاط التجاري وهي الخصوصية التي سيبنى عليها لاحقا فرع القانون التجاري.

بالرجوع الى التشريع الاسلامي والى مصدره الأول القرآن نجد للمسألة جذورا وحلولا متأصلة في بنيانه وردت في آيتين كريمتين من سورة البقرة تتعلق الاولى بخصوصية الاعمال التجارية وتتعلق الثانية بالحث على مساعدة المدين المتعثر.

فقد جاء بآية الدين (الاية 282 من سورة البقرة) أمر يقضي بإثبات الديون كتابة - "يا أيها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه" ثم استثنت الاية من هدا الالزام النشاط التجاري وما ينشا في محيطه من ديون قد يكون الالزام بإثباتها كتابة امرا مرهقا بل ومخالفا لمقتضيات العمل التجاري فجاء بالآية "إلا ان تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها".

في علاقة بمعاملة المدين المتعثر يتميز التشريع الاسلامي على التشريعات الغربية باستبعاده للمعاملة القاسية واستبدالها بالمساعدة والرحمة اللتان تمثلان سمتا متأصلا فيه بعيدا عن كونهما مرتبطان بفكرة النفعية المفسرة لاعتمادهما المتأخر في القوانين الغربية.

إن اعتماد النص القراني حماية الدين من خلال الالزام بإثباته كتابة كمبدأ عام في محيط يتميز بالأمية وإردافه باستثناء متعلق بالنشاط التجاري لا يخلو من اعجاز قانوني واضح المعالم يتعلق بمسائل ثلاث

- مركزية الدين في كل النظم القانونية المرتب لضرورة حمايته القانونية .
- مركزية الاثبات المانع لكثير من المنازعات المرتب لتبوئه مكانة لا تخلو من اهمية.
- خصوصية النشاط التجاري المتميز بالسرعة والثقة التي تبيح اسقاط مبدأ الاثبات كتابة

أما في خصوص معاملة المدين المتعثر فإن التشريع الاسلامي كان سباقا في اعتماد الرحمة والمساعدة دون تمييز بين التاجر وغير التاجر و ذلك من خلال الانظار وهو إعطاء مهلة للمدين مع الحث على التوسعة عليه من خلال التنازل فقد جاء بالآية 280 من سورة البقرة "وإن كان ذو عسرة فنظرة لميسرة وإن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون".

إن التخلي عن القسوة على المدين التاجر المتعثر واستبدالها بالمساعدة والرحمة التي لم يهتدي لها التشريع الغربي إلا أخيرا تحت وطأة متطلبات النشاط الاقتصادي والمحافظة قدر الامكان على المؤسسة الاقتصادية مثلت منحا متأصلا في التشريع الاسلامي من خلال ما جاء بمصدره الأول وزادت تأصلا من خلال اجتهاد الفقهاء الذين أقروا أن من مصارف الزكاة الممكنة أداء الدين على المدين المثقل بالديون.

3)- التشريع الامريكي:

13.- يعتبر النظر في تجربة الولايات المتحدة الامريكية في ما يتعلق بالإجراءات الجماعية مهما على أكثر من مستوى فهي أولا النظام الاقتصادي الاكثر نجاحا وانفتاحا على فكرة الحرية الاقتصادية ثم هي تجربة يمكن أن يكون لتاريخ الولايات المتحدة أثر في بنيانها وهي مفيدة أيضا كقانون مقارن ثبت تقدمه في مجال القوانين المتعلقة بالحياة التجارية والاقتصادية.

كانت البداية باستخدام نظام الاجراءات الجماعية الانكليزي الذي كان واقعا تحت تأثير الاتجاه العقابي للإجراءات الجماعية الموروث من القانون الروماني.

ثم بدأ التغيير يتجه نحو منحى جديد يأخذ في اعتباره طبيعة البلاد كدولة هجرة ولشعبها الباحث عن النجاح والمسكون بفكرة المغامرة. هذه العوامل مجتمعة ستكون وراء ولادة قانون للإجراءات الجماعية متميز سيكون ملهما بحلوله للنظام الحالي المعتمد في أغلب الدول بدأ من أوروبا وانتهاء بالدول السائرة في طريق النمو.

والملاحظ أن القانون التونسي الذي يبدو لكثيرين كنسخة من القانون الفرنسي المتطور في مجال الاجراءات الجماعية كان قادرا على الاخذ مباشرة من القانون الامريكي بالنظر الى أن فرنسا في حد ذاتها واقعة تحت التأثير المباشر للقانون الامريكي[10].

بعد استقلالها سعت الولايات المتحدة الامريكية الى انشاء نظام قانوني متعلق بالإجراءات الجماعية متمايز عن النظام الموروث عن القانون الانكليزي ويسمح بدفع المبادرة الاقتصادية ومتفاديا لمساوئ الازمات المالية التي كانت وراء التنقيحات العديدة لقانون التفليس المعتمد سنة 1800[11].

تواصلت التنقيحات وكان اخرها التنقيح الاخير سنة 1978 الذي ابتعد بصفة واضحة عن الفكرة التقليدية وسعى للسماح بإعادة هيكلة المؤسسة الاقتصادية والسماح لها بالعودة اكثر قوة بعد تجاوز مشاكلها في اطار برنامج انقاذ يكون للمدين فيه الدور الرئيسي.

ويعتبر قانون سنة 1978 الاكثر نجاعة في العالم فهو يهدف الى المساواة بين الدائنين وحفظ حقوقهم والسماح للمؤسسة الاقتصادية بالاستمرار في نشاطها وتمكين المدين حسن النية من انطلاقة جديدة فالقانون يحقق توازنا بين حقوق الاطراف باختلافها لغاية تحقيق النجاعة الاقتصادية.

******

14.- إن دراسة الإجراءات الجماعية تقتضي قبل الدخول في تفاصيلها البدأ بإبراز مفهومها المركزي المتمثل في الصعوبة الاقتصادية (**المبحث الاول**) ليتم بعد ذلك تحديد مجال انطباقها (**المبحث الثاني**) والمحكمة المختصة بالنظر فيها (**المبحث الثالث**).

---

[10] STQNKIEZICW MURPHY Sophie, L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficultés. Vers un rapprochement des droits ? Thèse, Université de Strasbourg, 2011.

[11] Bankrupcy Act de 1800.

المبحث الأول

مفهوم الصعوبة الاقتصادية

15.- يعتبر مفهوم الصعوبة الاقتصادية مفهوما مركزيا في الاجراءات الجماعية بالنظر الى أن الخضوع الى اجراءاته مرتبط بحالة تعثر المدين المتمثلة في صعوبة أدائه لديونه بطريقة معتادة والمتولدة من صعوبات اقتصادية تعترض نشاطه وتحول بينه وبين الوفاء بديونه في أجالها.

ولعل العنوان المعتمد من قبل المشرع والمتعلق بإنقاذ المؤسسات المارة بصعوبات اقتصادية يوحي بحصر هذه الاجراءات بوجود حالة من الصعوبة الاقتصادية تقتضي المساعدة لتجاوزها أو المرور للتفليس عند استحالة الانقاذ.

وبالنظر لتعدد الاجراءات المنظمة في اطار الاجراءات الجماعية فإن الصعوبة الاقتصادية وإن كانت شرطا لازما لانطباق هذا القانون إلا أن التدرج في اجراءاته يقتضي التدرج في حدة الصعوبة الاقتصادية ويحتم وجود معيار محدد لهذا التدرج.

فإذا كانت أحد الاجراءات المعتمدة تدخل ضمن الوقاية فإن الصعوبة الاقتصادية في هذه الحالة تكون متوقعة مما يقتضي أنها لم تطفو بعد على السطح إلا أن عدم أخذ الإحتياطات اللازمة سيؤدي حتما لظهورها.

أما المرحلة العلاجية فتقتضي أن الصعوبة الاقتصادية أصبحت واقعا ملموسا من خلال الاضطرابات والعسر المسجل في الوفاء بالديون عند حلول أجلها إلا أن هذه الصعوبات الاقتصادية تختلف شدتها من خلال معيار التوقف عن الدفع.

فالتوقف عن الدفع سيكون محددا لدرجة الصعوبة الاقتصادية وشدتها وإمكانية الانقاذ من عدمه.

الى جانب الصعوبة الاقتصادية ينبغي الاحاطة بمجال انطباق قانون الاجراءات الجماعية من خلال تحديد الأشخاص الخاضعين له.

المبحث الثاني

مجال انطباق الاجراءات الجماعية

16.- إذا كانت الصعوبة الاقتصادية معيارا محددا لانطباق الاجراءات الجماعية على المدين المتعثر فقد حدد القانون قائمة المعنيين بهذه الاجراءات (**فقرة اولى**) مستبعدا في الان نفسه طيفا اخر من المدينين (**فقرة ثانية**).

الفقرة الأولى- الأشخاص المعنيون بالإجراءات الجماعية:

17.- تنطبق الاجراءات الجماعية على التجار بدرجة أولى (1) إلا أن التطورات الاقتصادية وتأثيرها المباشر على التشريع أدى بالمشرع الى التوسع في قائمة الخاضعين للإجراءات الجماعية لتشمل انشطة أخرى (2).كما أن المشرع اعتمد شرطا جامعا لكل المعنيين بالإجراءات الجماعية يتمثل في ضرورة خضوعهم للنظام الضريبي الحقيقي (3).

1)- التاجر الطرف الاصلي الخاضع للإجراءات الجماعية:

18.- بالرجوع الى الصياغة الاصلية للمجلة التجارية فيما يتعلق بالخاضعين للإجراءات الجماعية يتبين تناسقها مع ما ورد بفصلها الأول الذي حدد مجال إنطباقها على الأعمال التجارية وعلى التجار فقد حددت المجلة التجارية أول الخاضعين للإجراءات الجماعية وهم التجار كيفما عرفهم الفصل الثاني منها.
وبذلك يكون كل شخص سواء كان طبيعيا أو داتا معنوية يتعاطى الأعمال التجارية بطبيعتها على سبيل الاحتراف خاضعا لمقتضيات القانون المنظم للإجراءات الجماعية
ويكون التاجر المنتفع بالإجراءات الجماعية بالضرورة تاجرا قانونيا أي مؤديا لما حمله عليه القانون من التزامات كالتسجيل بالسجل التجاري. أما التاجر الفعلي فيحرم من ميزات الاجراءات الجماعية ويتطبق عليه في المقابل جانبها العقابي المتمثل في التفليس.
فقد ورد بالصيغة الاصلية للفصل 413 من المجلة التجارية المتعلق بالصلح الاحتياطي[12] وكذلك الفصل 445 المتعلق بالتفليس[13] انطباقها حصريا على التاجر دون غيره[14].

2)- توسيع قائمة المنتفعين بالإجراءات الجماعية:

19.- في تطور واضح لمجال تطبيق الاجراءات الجماعية المخصص للتجار دون غيرهم في إطار القانون التجاري التقليدي اعتمد المشرع توسعا في علاقة بالأشخاص المنتفعين بالإجراءات الجماعية وهو توجه يوحي بتطور في اتجاه الخروج من فكرة النشاط التجاري الى فكرة أوسع وهي النشاط الاقتصادي. وعلى هذا الاساس يفهم ادراج مصطلح المؤسسة الاقتصادية بدل مصطلح التاجر أو الشركة التجارية. وقد شمل هذا التوسع النشاط الحرفي (ا) والنشاط الفلاحي والصيد البحري الممارس في إطار شركة تجارية بشكلها (ب).

ا)- الحرفيين:

20.- منذ إصدار القانون المتعلق بإنقاذ المؤسسات المارة بصعوبات اقتصادية وسع المشرع في مجال إنطباق الاجراءات الخاصة به الى النشاط الحرفي فقد جاء بالفصل الثالث من القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 افريل 1995 "ينتفع بهذا النظام كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاطى نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا"[15].
وقد جاء تعريف النشاط الحرفي ضمن القانون عدد 15 لسنة 2005 المتعلق بالقطاع الحرفي[16] الذي جاء بفصله الثاني "يشمل قطاع الحرف حسب مفهوم هذا القانون أنشطة الحرف الصغرى والصناعات التقليدية التي تمارس من قبل حرفي أو في إطار مؤسسة حرفية حسب التعريف الوارد بالفصلين 12 و 16 من هذا القانون بصفة رئيسية ومستمرة على وجه الاحتراف أو بحكم العادة للتحصيل منها على ربح".

---

12 جاء بالفصل 413 في صيغته القديمة "كل تاجر يمكن له قبل التوقف عن دفع ديونه او في العشرين يوما الموالية ان يطلب من المحكمة التي بدائرتها مركزه الرئيسي احضار دائنيه ليعرض عليهم تسوية على نحو الصلح الاحتياطي".

13 جاء بالفصل 445 المتعلق بالتفليس "... ويعتبر في حالة افلاس كل تاجر توقف عن دفع ديونه".

14 MECHRI F., Leçons de droit commercial. Les procédures collectives : Le concordat préventif et la faillite, Tunis, CPU, 1994, p. 9.

15 قانون انقاذ المؤسسات المارة بصعوبات اقتصادية-الرائد الرسمي عدد 33 بتاريخ 25 افريل 1995 ص 792.

16 القانون عدد 15 لسنة 2005 المؤرخ في 16 فيفري 2005- الرائد الرسمي عدد 14 بتاريخ 18 فيفري 2005 ص 436. جاء هذا القانون منقحا للقانون عدد 106 لسنة 1983 بتاريخ 03 ديسمبر 1983 المتعلق بالقانون الاساسي للحرفيين.

وقد جاء بالفصل 4 من نفس القانون "يعتبر حرفيا حسب مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي مستقل بذاته يمارس لحسابه الخاص نشاطا حرفيا على معنى الفصل 2 أعلاه".
الى جانب الحرفي عرف الفصل 5 المؤسسة الحرفية فهي "..كل شخص معنوي يمارس النشاط الحرفي على معنى الفصل 2 من هذا القانون في شكل تعاضدية أو شركة وفقا لأحكام مجلة الشركات التجارية.
ولا تعتبر مؤسسة حرفية بالنسبة الى أنشطة الحرف الصغرى كل مؤسسة تتخذ شكل شركة خفية الاسم".
وقد جاء بالفصل 12 من القانون المشار إليه تعريف الحرف الصغرى بكونها "...أنشطة الانتاج أو التحويل أو الاصلاح أو إسداء الخدمات التي تعتمد أساسا على العمل اليدوي".
بالنظر للتحديد القانوني للمركز القانوني للحرفي سواء كان فردا او مؤسسة فإنه يخضع للإجراءات الجماعية ويقترب بذلك نظامه القانوني من نظام التاجر[17].

ب)- النشاط الفلاحي:

21.- في خطوة توسيعية ثانية اعتمد المشرع بسط مجال انطباق قانون إنقاذ المؤسسات المارة بصعوبات اقتصادية ليشمل النشاط الفلاحي والصيد البحري الممارس في إطار شركات تجارية بالشكل وقد جاء هذا التوسيع بمقتضى القانون عدد 63 لسنة 1999 المنقح لقانون 17 افريل 1995 وذلك بإعادة صياغة الفصل الثالث منه مدرجا النشاط الفلاحي فأضيح الفصل 3 جديد من القانون ينص على "ينتفع بهذا النظام كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للضريبة حسب النظام الحقيقي يتعاطى نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا كما ينتفع بهذا النظام الشركات التجارية التي تتعاطى نشاطا فلاحيا أو نشاطا في ميدان الصيد البحري "[18].
ان توسيع مجال انطباق الاجراءات الجماعية لتشمل النشاط الفلاحي لم يكن متكاملا اذ اتسم بالمزج بين مفهومي المؤسسة الاقتصادية والشركة التجارية. فالمؤسسة الاقتصادية الفلاحية لا تكون مشمولة بالاجراءات الجماعية الا في حال اكتسابها لصفتها التجارية بالشكل فالمؤسسة الاقتصادية الفلاحية لا تخضع للاجراءات الجماعية من طريق طبيعة نشاطها بل على اثر اكتسابها لصفة الشركة التجارية بالشكل كيفما حدد ذلك الفصل 4 من مجلة الشركات التجارية الذي اعتبر الشركة خفية الاسم والشركة ذات المسؤولية المحدودة شركات تجارية بشكلها بقطع النظر عن موضوعها.

3)- الشرط المتعلق بالنظام الضريبي:

22.- إلى جانب تعداد الاشخاص الخاضعين للإجراءات الجماعية أقر المشرع شرطا لازما يتمثل في الخضوع للنظام الضريبي الحقيقي.
بالنظر لوجود نظامين ضريبيين هما النظام الحقيقي والنظام التقديري فإن إدراج هذا الشرط يقصي آليا كل شخص اختار النظام الضريبي التقديري.
ويطرح هذا الشرط بعض الاشكاليات تتعلق بشرعيته ونجاعته.
على مستوى الشرعية يمكن القول أن الرأي القائل بعدم قبول فكرة تسليط جزاء الحرمان من الاجراءات الجماعية على كل شخص اختار النظام الضريبي التقديري لا يستقيم طالما كان الاختيار قانونيا ومسموح به. فالتاجر الذي يختار النظام التقديري لا يعد متهربا من الضريبة بمجرد ممارسة هذا الاختيار ولا يجوز منطقيا حرمانه من الانتفاع بالإجراءات الجماعية. فالمشرع إذا كان راغبا في الحد من التهرب الضريبي وواعيا بأن النظام التقديري يستعمل خارج

[17] KHALED S., Manuel de droit commercial. Actes de commerce. Commerçants. Fonds de commerce. Baux commerciaux, Préface du Professeur Nabila MEZGHANI, Maison du livre, 2015, p. 65 et s.
[18] الرائد الرسمي عدد57 بتاريخ 16 جويلية 1999 ص 1343.

النطاق المعد له ما عليه إلا مراجعة اختياراته التشريعية في مجال النظام الضريبي فلا يعقل أن يجبر أحدا على اختيار نظام معين أو أن يرتب جزاء لكل من اختار نظاما أقره القانون.

أما على مستوى النجاعة فان هذا الشرط لن يكون حافزا للانخراط في النظام الحقيقي للضريبة بل على العكس من ذلك سوف لن يترتب عنه سوى حرمان طائفة هامة من المنتفعين بالإجراءات الجماعية بسبب خيارهم وهو ما يعد مخالفا لمبدأ المساواة ولغاية المشرع المعلنة في اطار نظام مساعدة المؤسسات الاقتصادية المتعثرة والتي تكون الصغيرة منها الاحق بهذه المساعدة وهي في الغالب منخرطة في النظام الضريبي التقديري.

الفقرة الثانية- الأشخاص المقصيين:

23.- الى جانب الاشخاص الخاضعين للإجراءات الجماعية فقد حدد القانون جملة من الاشخاص غير المعنيين اصلا بانطباق هذه الاجراءات عليهم فقد حدد الفصل 416 من المجلة التجارية في فقرته الاخيرة استثناء يتعلق بالمؤسسات العمومية (1) كما جاء بالقانون المنظم للنشاط البنكي استثناء يتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية (2).

1)- المؤسسات العمومية:

24.- جاء بالفقرة الثانية من الفصل 416 من المجلة التجارية "ويستثنى من أحكام هذا القانون المؤسسات والمنشآت العمومية على معنى القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في غرة فيفري 1989 المتعلق بالمساهمات والمؤسسات والمنشآت العمومية".

وقد جاء بالفصل 8 من القانون المذكور "تعتبر منشآت عمومية :

- المؤسسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية
- الشركات التي تمتلك الدولة رأس مالها كليا
- الشركات التي تمتلك الدولة أو الجماعات العمومية المحلية أو المؤسسات العمومية أو الشركات التي تمتلك الدولة رأس مالها كليا أكثر من 50 في المائة من رأس مالها كل بمفرده أو بالاشتراك.

وتعتبر مساهمات عمومية مساهمات الدولة أو الجماعات العمومية المحلية أو المؤسسات العمومية أو الشركات التي تمتلك الدولة رأس مالها كليا".

ويعود عدم اخضاع هذه المؤسسات للإجراءات الجماعية لوجود ضمانة الدولة بخصوص ديونها ولتمتع هذه المؤسسات بمظلة سيادة الدولة وارتباط نشاطها في الغالب بالمصلحة العامة مما يستبعد اخضاعها لاجراء التفليس.

2)- المؤسسات البنكية والمالية:

25.- جاء بالفصل 99 من القانون عدد 48 لسنة 2016 المؤرخ في 11 جويلية 2016 المتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية "لا تنطبق أحكام القانون العام في مجال معالجة الصعوبات والإنقاذ على البنوك والمؤسسات المالية المرخص لها في إطار هذا القانون".

ويقصد بالقانون العام في مجال الصعوبات والإنقاذ الاجراءات الجماعية كيفما نظمها المشرع بالمجلة التجارية بمقتضى القانون عدد 36 لسنة 2016.

فالبنوك والمؤسسات المالية تخضع في حال الصعوبات الاقتصادية لنظام خاص حدده القانون المنظم للبنوك والمؤسسات المالية في إطار العنوان السابع منه تحت عنوان "في معالجة وضعية البنوك والمؤسسات المالية التي تشكو صعوبات" الذي يمتد من الفصل 99 الى الفصل 148.

ويعود تخصيص البنوك والمؤسسات المالية بقواعد خاصة في حال تعرضها للصعوبات الاقتصادية لمكانة هذه المؤسسات في الاقتصاد ولدورها المحوري المتعلق بالتمويل ولنشاطها الشبيه الى حد كبير بنشاط المرافق العامة على الرغم من طبيعتها كشركات تجارية تسعى لتحقيق الربح.

المبحث الثالث

المحكمة المختصة بالنظر في الاجراءات الجماعية

26.- حدد الفصل 414 من المجلة التجارية المحكمة المختصة بالنظر في الاجراءات الجماعية وهي المحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقر المدين (الفقرة الاولى) ويمتد نظر المحكمة الى الدعاوى المرتبطة بهذه الاجراءات (الفقرة الثانية) ويستثنى من ذلك دعاوى التبتيت العقاري والبيع الجبري للأصول التجارية (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى اختصاص المحكمة الابتدائية:

27.- تختص المحكمة الابتدائية التي بدائرتها المدين بالنظر في الاجراءات الجماعية بكل مراحلها سواء المتعلقة بإجراءات الانقاذ أو تلك المتعلقة بالتفليس. ويتقاسم الاختصاص جهتان مختلفتان الاولى هي رئيس المحكمة الابتدائية (1) والثانية هي المحكمة بتركيبتها المجلسية (2).

1)-إختصاص رئيس المحكمة الابتدائية:

28.- يختص رئيس المحكمة الابتدائية بجملة من المسائل المتعلقة بالاجراءات الجماعية بمختلف مراحلها فهو المختص بتلقي الاشعار في مرحلة الاشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية كما يختص باستدعاء المسير في إطار دعوته لاتخاذ الاجراءات المناسبة لتفادي الصعوبات الاقتصادية التي ثبتت بوادرها من خلال الاشعار بها.

ويختص رئيس المحكمة الابتدائية في إطار التسوية الرضائية بالمسائل التالية :

- تلقي المطلب الانتفاع بالتسوية الرضائية
- فتح الاجراءات وتسمية المصالح
- الاذن بتعليق اجراءات التنفيذ إذا تأكد له وجود ما يبرر ذلك.
- يصادق على الاتفاق الحاصل بين المدين ودائنيه.

كما يختص في إطار التسوية القضائية بالمسائل التالية:

- تلقي مطلب الانتفاع بالتسوية القضائية
- يأذن بانطلاق الاجراءات وله رفض المطلب
- يفتتح فترة المراقبة ويعين المتصرف القضائي والقاضي المراقب

أما في طور التفليس فيتقلص اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية إذ يكون للمحكمة بتركيبتها المجلسية الدور الاهم.

2)- اختصاص المحكمة الابتدائية:

29.- تختص المحكمة الابتدائية بجملة من المسائل في إطار الاجراءات الجماعية. ويكون الاختصاص منعقدا للدائرة التجارية بالمحكمة الابتدائية بتركيبتها الخماسية طبق ما ورد بالفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التي جاء بفقرته السادسة "وتكون الدائرة المذكورة من رئيس وقاضيين بالإضافة الى التاجرين عند النظر في النزاعات المتعلقة بتكوين الشركات أو تسييرها أو حلها أو تصفيتها والمتعلقة بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية أو تفليسها".

فتنظر المحكمة مثلا في دعوى فسخ الاتفاق الحاصل بين المدين ودائنيه في إطار التسوية الرضائية كما تبت المحكمة في برنامج الانقاذ في إطار التسوية القضائية وتصدر حكم التفليس وحكم ختم الفلسة وحكم سحب الفلسة.

الى جانب هذه المسائل المتعلقة مباشرة بالإجراءات الجماعية تختص المحكمة الابتدائية أيضا بالدعاوى المرتبطة بهذه الاجراءات.

الفقرة الثانية- الدعاوى المرتبطة بالإجراءات الجماعية:

30 .- تختص المحكمة الابتدائية بالنظر في الدعاوى المرتبطة بالإجراءات الجماعية.

وتعتبر دعاوى مرتبطة بالإجراءات الجماعية تلك التي يكون أساسها الوضعية القانونية المترتبة عن الصعوبة القانونية المؤدية الى انطباق الاجراءات الجماعية بكل مراحلها.

ومن هذه الدعاوى يمكن الاشارة الى الدعوى المتعلقة بإبطال بعض أعمال المدين سواء في طور التسوية القضائية أو التفليس وكذلك دعوى الرد.

الفقرة الثالثة- الدعاوى المستثناة:

31.- الى جانب اختصاص المحكمة الابتدائية بدائرتها التجارية بالإجراءات الجماعية والى جانب اختصاص نفس الدائرة بالدعاوى المرتبطة بالإجراءات الجماعية فإن المشرع استثنى نوعين من الدعاوى الاولى دعوى التبتيت العقاري والثانية دعوى البيع الجبري للأصول التجارية .

ويمكن تفسير هذا الاستثناء باستقلال الدعويين بإجراءات خاصة بها ضمن تنظيمهما في إطار خصوصية العقار وخصوصية الاصل التجاري.

****

32.- تنقسم الاجراءات الجماعية كيفما بين دلك الفصل 413 من المجلة التجارية الى قسمين رئيسيين يتعلق الاول منهما باجراءات الانقاذ (الجزء الاول) ويتعلق الثاني باجراءات التفليس (الجزء الثاني).

الجـــزء الأول

إجراءات الانقاذ

33.- تعتبر إجراءات الانقاذ المكون الاول للإجراءات الجماعية ويقوم على فكرة رئيسية مفادها أنه طالما كان الانقاذ ممكنا فإن الاولوية تعطى له وهو ما يبدو جليا من خلال مقتضيات الفقرة الاولى من الفصل 415 من المجلة التجارية الذي جاء فيها "يهدف نظام الانقاذ الى مساعدة المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية على مواصلة نشاطها والمحافظة على مواطن الشغل فيها والوفاء بديونها".

وقد جاء بالفقرة الثانية من نفس الفصل تحديد الاجراءات المتبعة في إطار الانقاذ وتنقسم الى ثلاثة إجراءات هي الاشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية (**الفصل الاول**) التسوية الرضائية (**الفصل الثاني**) والتسوية القضائية (**الفصل الثالث**).

الفصل الأول

الاشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية

34.- تتميز مرحلة الاشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية بكونها مرحلة وقائية تستمد وجودها من فكرة التوقي من ظهور الصعوبات الاقتصادية عبر معالجتها في مهدها بمجرد ظهور بوادرها الاولى قبل أن تستفحل وتشكل مخاطرا قد يصعب تداركها.

وطالما كان عنوان هذه المرحلة هو الوقاية فإن أهم الوسائل المعتمدة في إطارها تتعلق أساسا بالمعلومة التي ستساعد على اكتشاف بوادر الصعوبة الاقتصادية[19].

ولعل في التسمية المعتمدة من خلال لفظ "الإشعار" ما يكفي للدلالة على مكانة المعلومة كوسيلة رئيسية ذات أهمية بالغة في هذا المجال.

وطالما كان الامر على هذه الشاكلة فإن هذه المرحلة تتميز بغياب ظاهر للصعوبة الاقتصادية بل يقتصر الامر على بعض بوادر ظهورها لاحقا إذا لم يقم المدين بأي اجراء لتلافيها فهي إذا صعوبة كامنة تختمر بوادرها وتنبئ بالظهور مما يقتضي الاسراع بتلافي استفحالها وتكون الوقاية على هذا الاساس مبنية على معلومة يقع الاشعار بها لجهة معينة ليدلي بها بعدها للمدين وحثه على اتخاذ ما يلزم من تدابير وقائية وتصحيحية.

بناء على مكانة المعلومة في هذه المرحلة فقد حدد المشرع الجهة المخولة بتلقي الاشعار (**المبحث الاول**) والأشخاص الملزمين قانونا بالقيام بالإشعار (**المبحث الثاني**) والإجراء المتبع على إثر ذلك (**المبحث الثالث**).

المبحث الأول

الجهة المخولة بتلقى الاشعار

35.- بالنظر الى مكانة الاشعار كآلية معتمدة في إطار التوقي من الصعوبات الاقتصادية كان من الضروري إنشاء جهة مختصة توجه إليها الاشعارات لتقوم بدراسة جديتها ومن ثم إخطار الجهات المختصة بها للقيام بما يتوجب القيام به لتلافي الصعوبات الاقتصادية.

هذه الجهة المختصة هي لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية (**الفقرةالاولى**) التي أوكل لها المشرع وظائف معينة في إطار إجراءات الانقاذ (**الفقرة الثانية**).

---

[19] REZGUI S., La prévention: la notification des signes précurseurs de difficultés économiques, RTD, 1996, p. 143.
GUYON Y., L'information prévisionnelle, JCP ed. E, I.14608.

الفقرة الأولى- لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية:

36- جاء بالفصل 418 من المجلة التجارية "تحدث لجنة تسمى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية". وتعد هذه اللجنة نظريا جهة مختصة تساهم مساهمة مباشرة وفعالة في إنجاح مسار إجراءات الانقاذ بكامل مراحلها فهي الجهة التي ستكون همزة الوصل بين المؤسسة الاقتصادية والجهة القضائية المتعهدة بالإجراءات.

أوكل المشرع للسلطة التنفيذية (الحكومة) مهمة تحديد سلطة الاشراف على اللجنة وتركيبتها وطرق عملها.

وصدر في هذا الاطار الامر الحكومي عدد 1356 لسنة 2017 المؤرخ في 13 ديسمبر 2017 المتعلق بضبط تركيبة وطرق عمل لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية وتحديد سلطة الاشراف عليها[20].

وجاء بالفصل 2 من الامر المشار إليه أن سلطة الاشراف على اللجنة هي الوزارة المكلفة بالصناعة وأن تركيبتها حسب الفصل 3 تضم رئيسها وزير الصناعة أو من يمثله الى جانب أربعة عشر عضوا يمثلون رئاسة الحكومة ووزارات كل من العدل والمالية والصناعة والتجارة والتنمية والفلاحة والشؤون الاجتماعية والسياحة والاتصالات والتكوين المهني وممثل عن كل من البنك المركزي واتحاد الصناعة والتجارة واتحاد الفلاحين.

ويؤخذ على هذه التركيبة طبيعتها الادارية البحتة التي تنعكس على نجاعة عملها إذ كان أكثر جدوى أن تتركب اللجنة من شخصيات مستقلة معترف بكفاءتها بعيدا عن بيروقراطية الاجهزة الادارية وطرق تسمية ممثليها وهو أمر لا يمكن إلا أن ينعكس على الوظيفة الموكولة لهذه اللجنة.

الفقرة الثانية- وظائف لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية:

37- تقوم اللجنة بدور مهم في إطار إجراءات الانقاذ عموما[21] وفي طور الاشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية على وجه الخصوص.

ويتمحور دور اللجنة في القيام بجمع المعلومات المتعلقة بالمؤسسات الاقتصادية بصفة عامة والمارة منها بالصعوبات الاقتصادية بصفة خاصة من خلال إنشائها لمرصد وطني لتجميع وتحليل وتبادل المعلومات الخاصة التي تمر بصعوبات اقتصادية.

ويمثل هذا المرصد شبكة معلومات تحقق من خلالها اللجنة دور تجميع لهذه المعلومات ثم تحليل هذه المعلومات وتبادلها مع الاطراف المعنية التي يكون على رأسها رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها المؤسسة الاقتصادية المعنية.

ويمكن وصف دور اللجنة بدور الوساطة بين مشعريها بالمعلومات وبين من ستوجه لهم هذه المعلومات إلا أنها وساطة فعالة من حيث أن اللجنة إضافة الى دورها في تحليل المعلومات الواقع تلقيها فإنها أيضا يمكن أن تجمع بنفسها معطيات تتعلق بالمؤسسة المعنية.

ولعل أهمية الدور التحليلي للمعلومات التي تتلقاها أو تجمعها اللجنة يبرز بوضوح من خلال وجود نوعين من الاشعار الموجه من اللجنة الى رئيس المحكمة الابتدائية أما الاول فيتعلق بوضعية المؤسسة الاقتصادية التي بلغت خسائرها ثلث رأس مالها وأما الثانية فتتعلق بوجود وضعيات أو أعمال تهدد استمرار نشاط المؤسسة. في الوضعيتين تكون اللجنة ملزمة بإعلام رئيس المحكمة الابتدائية إلا أن اللجنة لا تملك سلطة تقديرية في الوضعية المتعلقة بالخسائر التي بلغت ثلث رأس المال بينما يكون الاعلام في الحالة الثانية المتعلقة بما يهدد نشاط المؤسسة إعلاما ناتجا عن تحليل للمعلومات أوصل اللجنة الى النتيجة المؤدية الى ضرورة إعلام رئيس المحكمة الابتدائية.

---

[20] الرائد الرسمي عدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 2017 ص 4482.

[21] سيتبين هذا الدور لاحقا عند استعراض اجراءات الانقاذ الاخرى كالتسوية الرضائية والتسوية القضائية

الا ان الرجوع الى مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 14 من الامر الحكومي عدد 463 لسنة 2018 بتاريخ 31 ماي 2018 المتعلق بضبط معايير الاشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية واجراءاته[22] يمكن ان يستنتج ان اللجنة ملزمة في كل الاحوال باحالة ملف الاشعار الى رئيس المحكمة.

هدا الاستنتاج يتعارض مع ما جاء بالفقرة الاخيرة من الفصل 13 المتعلق بتحديد الاشعار الغير مؤسس والدي لا يمكن ان يكون موضوع احالة الى رئيس المحكمة شانه شان الاشعار غير الجدي او قليل التاثير على نشاط المؤسسة والدي يستوجب الاعتراف للجنة بسلطة تقديرية تتناسب مع كفاءة اداءها.

وسواء كان الامر يتعلق بإعلام تمتلك فيه اللجنة سلطة التقدير أم لا فإنه يتم في كل الاحوال بناء على تقرير معلل يقدم لرئيس المحكمة التي بدائرتها مقر المؤسسة الاقتصادية المعنية.

إن دور اللجنة المتمثل في تجميع وتحليل المعلومات يحيلنا وجوبا على الجهات المحمولة قانونا بمدها بهذه المعلومات.

المبحث الثاني

الاشخاص المحمول عليهم واجب الاشعار

38.- لتحقيق الغرض من مرحلة الاشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية كإجراء وقائي ضمن اجراءات الانقاذ وبالنظر للدور المحوري للمعلومة في هذا الاطار فقد حدد المشرع الاشخاص الملزمين بالإشعار.

و إذا كان من البديهي أن الاشخاص المعنيين بالإشعار يجب أن يكونوا في علاقة مباشرة بالمؤسسة الاقتصادية فإن جدية مساهمتهم في الاشعار لن تكون دوما مضمونة مما يبرز التوسع في قائمة المشعرين فهم موزعون بين أشخاص من داخل المؤسسة الاقتصادية (**الفقرة الاولى**) وآخرين من خارجها (**الفقرة الثانية**) الى جانب طرف يعتبر بين الوضعيتين وهو مراقب الحسابات (**الفقرة الثالثة**).

الفقرة الأولى الاشعار الصادر من داخل المؤسسة:

39.- يمكن أن يكون الاشعار صادرا من داخل المؤسسة الاقتصادية ذاتها وهو أمر معقول إذ يفترض في هذا الاشعار الجدية والنجاعة لصدوره من داخل المؤسسة. ويتم هذا الاشعار من جهتين مختلفتين مسير المؤسسة أو صاحبها (1) والشركاء (2).

1)-المسير أو صاحب المؤسسة:

40.- جاء بالفقرة الاولى من الفصل 419 من المجلة التجارية "يتعين على المسير أو صاحب المؤسسة اشعار لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية ببوادر الصعوبات الاقتصادية التي تمر بها المؤسسة والتي قد تؤدي في صورة تواصلها الى التوقف عن الدفع".

ما يمكن ملاحظته في هذا النوع من الاشعار هو طبيعته النظرية جدا فالمسير عادة ما يكون مكابرا وغير قابل لفكرة الاعتراف بإخفاقه في التسيير فهو لا يقبل حقيقة الصعوبات الاقتصادية وقد برزت على السطح فكيف له أن يشعر بها وهي ما زالت في طور البوادر.

---

[22] الرائد الرسمي عدد 46 بتاريخ 08 جوان 2018 ص 2087.

2)-الشركاء:

41.- حددت الفقرة الثانية من الفصل 419 الشركاء كجهة ثانية مخول لها القيام بالإشعار.
على خلاف المسير أو صاحب المؤسسة قد يكون للشركاء مصلحة واضحة في التوقي من الصعوبات الاقتصادية من خلال الانخراط في الاشعار بموادرها متى ظهرت فالشركاء حريصون على مصلحتهم من خلال تحقق مصلحة المؤسسة.
في المقابل يمكن القول أن هذا الاشعار لا يخص غير المؤسسات الاقتصادية التي اتخذت شكل الشركة التجارية وهو ما يبدو جليا من خلال تقسيم المشرع لشروط الاشعار باعتماد عتبة امتلاك جزء من رأس المال لنوع من الشركات ضمانا لجدية الاشعار وعدم الاضرار بمصلحة المؤسسة باستعماله بطريقة غير منضبطة كما أنه لم يعتمد هذه العتبة بالنسبة لشركات الاشخاص بالنظر لطبيعة الشركاء في هذه الشركات إذ هم مسؤولون مسؤولية أكبر بديون الشركة.
وعلى هذا الاساس حدد المشرع الاشعار بعتبة امتلاك 5 في المائة بالنسبة للشركة خفية الاسم أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة وترك الاشعار حرا بالنسبة للشركاء في شركات الاشخاص.

الفقرة الثانية- الاشعار الصادر من خارج المؤسسة:

42.- يكون الاشعار في هذه الحالة من أطراف خارجية عن الشركة وقد اختار المشرع إلزام أشخاص عموميين بذلك (1) قبل التوسع لاحقا للمؤسسات المالية (2) ضمانا للاستجابة لواجب الاشعار.

1)-الاشخاص العموميون:

43.- حدد المشرع جهات أربعة في علاقة مباشرة مع كل مؤسسة اقتصادية و كلفها بمد اللجنة بإشعار كلما تبين أن المدين بدأ في مواجهة بعض بوادر الصعوبات الاقتصادية هي :
- تفقدية الشغل.
- الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.
- مصالح المحاسبة العمومية والاستخلاص.
- مصالح المراقبة الجبائية.
فالمؤسسة الاقتصادية صغيرة كانت أم كبيرة هي بالضرورة في علاقة مع هذه المؤسسات العمومية مما يجعل جدوى الاشعار الصادر منها كبيرا ويكون أساسا كلما تأخرت المؤسسة عن دفع ديونها تجاه هذه المؤسسات العمومية أو بوجود مؤشرات لتعكر المناخ الاجتماعي الذي تكون تفقدية الشغل أول العالمين به والذي يكون في الغالب سابقا لظهور صعوبات اقتصادية كامنة.

2)-المؤسسات المالية:

44.- يقصد بالمؤسسات المالية البنك بدرجة اولى والمؤسسات المالية الاخرى كشركات الايجار المالي وغيرها.
بالنسبة للبنوك فهي تعد أهم المؤسسات المالية القادرة بحكم طبيعة نشاطها بإمكانيات اكتشاف بوادر الصعوبات الاقتصادية فكل المعاملات المالية للمؤسسة الاقتصادية تمر بحساباتها الممسوكة من البنوك المخولة بحكم خبرتها في قراءة ما يمكن أن تخفيه بعض المعاملات من بوادر صعوبات اقتصادية كاكتشاف سحب سندات مجاملة أو الاستعمال غير المناسب للتمويلات وغيرها.

وتعتبر مسألة استجابة البنك للمساهمة في الاشعار مسألة ذات أهمية بالغة إذ عادة ما يتحصن البنك بالسر المهني أو يحاول التغطية على حرفائه في إطارما يفرضه التنافس بين البنوك مما ينزع عن هذا المصدر جانبا كبيرا من أهميته.

الفقرة الثالثة- مراقب الحسابات:

45- خص المشرع مراقب الحسابات بالفصل 420 من المجلة التجارية وهو ما يقوم دليلا على أهمية هذا المصدر للإشعار لا فقط من حيث ما يتمتع به من تكوين يسمح لها باكتشاف بوادر الصعوبات الاقتصادية بيسر بل أيضا من حيث ما توفره وظيفته من فرص مهمة للإطلاع على أدق خصائص نشاط المؤسسة الاقتصادية.
إلا أن هذا النوع من الاشعار يفقد جزء من أهميته إذ لا يمكن أن يكون معتمدا إلا في المؤسسات الاقتصادية التي لها شكل الشركة التجارية والتي تكون ملزمة قانونا بتعيين مراقب حسابات وهو ما يفسر استعمال المشرع لمصطلحات تتعلق بالشركات التجارية وبصفة أدق بالشركة خفية الاسم.
وبالنظر لأهمية هذا المصدر ولضرورة عدم التسرع في إثارة شبهات قد تنعكس سلبا على نشاط الشركة فقد نظم المشرع الاشعار المحمول على مراقب الحسابات بطريقة دقيقة تتسم بوجود ثلاث مراحل متتالية. يكون في اخرها فقط توجيه الاشعار للجهات المسؤولة.
فعند ملاحظة مراقب الحسابات لأمر ملفت للانتباه يمثل حسب رأية خللا قد يكون سببا لظهور صعوبات اقتصادية يكون على مراقب الحسابات التدرج حسب المراحل التالية:
المرحلة الأولى عليه البدء بالاستفسار الكتابي من مسير المؤسسة الاقتصادية عن كل ما يلاحظه بمناسبة قيامه بمهامه من معطيات أو أعمال تهدد استمرار نشاط المؤسسة.
يكون المسير ملزما بالإجابة في أجل ثمانية أيام.
إذا كان جواب المسير مقنعا من خلال إزالة اللبس فإن مراقب الحسابات يكتفي بهذا الحد.
أما إذا امتنع المسير عن الجواب أو كان جوابه غير مقنع فإن لمراقب الحسابات المرور الى المرحلة الثانية.
المرحلة الثانية- يعرض مراقب الحسابات الامر على مجلس الادارة أو مجلس المراقبة ويمكن له عند التأكد دعوة المساهمين الى عقد جلسة عامة للتداول في المسألة.
يجب أن تتم الدعوة لأي من الجهات المذكورة في ظرف شهر من تاريخ تلقي الجواب من المسير أو من انقضاء أجل الرد في حال امتنع المسير من الجواب عن الاستفسار خلال الثمانية أيام الممنوحة له.
إذا حصل مراقب الحسابات على رد مقنع فإن الأمر ينتهي عند هذا الحد أما إذا كان الرد غير مقنع فإنه يمر الى المرحلة الثالثة.
المرحلة الثالثة- عندما يكون الرد غير مقنع واستمرت نفس المخاطر فإن مراقب الحسابات ملزم برفع تقرير كتابي الى رئيس المحكمة الابتدائية ويوجه نسخة منه الى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية وذلك في أجل شهر من تاريخ إتمام الاجراءات السالفة الذكر.
عند تلقي الاشعار من مراقب الحسابات أو من لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية فإن رئيس المحكمة الابتدائية ملزم بتفعيل الاشعار تجاه المدين.
ولتأكيد أهمية الاشعار الذي يتولاه مراقب الحسابات فقد رتب على عدم القيام به جريمة يعاقب بمقتضاها مراقب الحسابات وهي الجريمة التي أقرها الفصل 594 من المجلة التجارية حين نص على أنه "يعاقب مراقب الحسابات بنفس العقوبة المالية المنصوص عليها بالفصل المتقدم إذا لم يقم بالإشعار مع علمه بالصعوبات التي تمر بها المؤسسة". وتتمثل العقوبة المالية في خطية من ألف الى عشرة آلاف دينار.

المبحث الثالث

تفعيـل الاشعـار

46- عند تلقي الاشعار من الجهات المخولة بإبلاغه الى رئيس المحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقر المؤسسة الاقتصادية يقوم رئيس المحكمة الابتدائية باستدعاء المسير أو صاحب المؤسسة (فقرة اولى) لغاية حثه على اتخاذ إجراءات معينة (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى إستدعاء المسير أو صاحب المؤسسة:

47- عند حصول العلم بوجود مؤشرات جدية عن وجود بوادر الصعوبات الاقتصادية يقوم رئيس المحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقر المؤسسة الاقتصادية المعنية باستدعاء مسيرها أو صاحبها بأي وسيلة تترك أثرا كتابيا ليعلمه بفحوى الاشعار وما يمثله من جدية وجود مخاطر تتربص بالمؤسسة وتستوجب تحركا من جانبه.
ويمكن لرئيس المحكمة الابتدائية لغاية التأكد من فحوى الاشعار أن يستدعي كل من يرى فائدة في سماعه للوقوف على جدية الاشعار وضرورة استتباعه بدعوة المسير. ويكون بالضرورة صاحب الاشعار معنيا بدرجة اولى بالاستدعاء ليبين لرئيس المحكمة معطيات تؤكد جدية الوضع وحالة التأكد.

الفقرة الثانية- إتخاذ التدابير:

48- عند استدعاء المسير أو صاحب المؤسسة يقوم رئيس المحكمة الابتدائية بمطالبته ببيان التدابير التي يعتزم اتخاذها لتفادي الصعوبات الاقتصادية وهو ما يقتضي إعلام المسير بفحوى الاشعار وجدية ما خلص إليه من تأكد التدخل.
ويضرب رئيس المحكمة للمسير أجلا يمتد لشهر يقع بعدها تقييم الاجراءات التي اتخذها والتي تؤدي إما الى تلافي الوضعية ووأد الصعوبة الاقتصادية في مهدها أو فشل الاجراءات المؤدي الى الظهور الفعلي للصعوبة الاقتصادية وما يرتبه من اتخاذ اجراءات أخرى بعد طي مرحلة الاشعار.
ويعلم رئيس المحكمة الابتدائية في كل الاحوال لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية بمآل الاشعار والإجراء المتخذ.

الفصل الثاني

التسوية الرضائية

49- يعتبر الدخول تحت طائلة اجراء التسوية الرضائية دليلا على المرور من وضعية الصعوبة الكامنة المميزة لمرحلة الاشعار الى وضعية الصعوبة الحقيقية التي بدأت تأثر في السير الطبيعي للمؤسسة والتي تستوجب تبعا لذلك وسائل علاجية لتلافي استفحالها.

وعلى الرغم من تحقق المرور من طور الوقاية الى طور العلاج فإن الصعوبة التي تميز مرحلة التسوية الرضائية هي من جنس الصعوبات التي وإن كانت تؤثر مباشرة على قدرة المدين على الوفاء بديونه في أجالها إلا أنها لم تبلغ درجة من الشدة تحول بينه وبين تحقيق هذا الوفاء.

فالعجز عن الوفاء يحقق التوقف عن الدفع الذي يعتبر درجة من شدة الصعوبة الاقتصادية لا تسمح بمعالجتها في إطار التسوية الرضائية الامر الذي يجعل غياب التوقف عن الدفع شرطا رئيسيا للانتفاع بإجراءات التسوية الرضائية.

وتتميز مرحلة التسوية الرضائية بقيامها على أساس آلية معينة تتمثل في إبرام اتفاق بين المدين ودائنيه يسمح للمؤسسة بمواصلة نشاطها وهو ما أكده الفصل 422 من المجلة التجارية الذي جاء فيه "تهدف التسوية الرضائية الى إبرام اتفاق بين المؤسسة التي تمر بصعوبات اقتصادية ولم تتوقف عن الدفع ودائنها بما يضمن استمرارية نشاطها".

يتبين من صياغة هذا الفصل أن التسوية الرضائية تحقق المساعدة عن طريق الاتفاق بين المدين ودائنيه و أن هذا الاتفاق يهدف الى تحقيق نتيجة وحيدة مأمولة وهي ضمان استمرار نشاط المؤسسة الاقتصادية.

فالاتفاق يمثل المخرج الرئيسي لمرحلة التسوية الرضائية بما يسمح به من إجراءات تساعد المدين على تجاوز صعوباته ومواصلة نشاطه.

وطالما كان الامر كذلك فإن مآل التسوية الرضائية مرتبط بالاتفاق (**المبحث الثالث**) وأن مضمون هذا الاتفاق (**المبحث الثاني**) يتم تحديده في إطار تعهد المحكمة بإجراء التسوية الرضائية (**المبحث الاول**).

المبحث الأول

التعهد بمطلب التسوية الرضائية

50- للانتفاع بإجراءات التسوية الرضائية تتعهد المحكمة الابتدائية التي بدائرتها المؤسسة الاقتصادية بالطلب. وقد حدد القانون الجهات المخولة بتقديم طلب الانتفاع بالتسوية الرضائية (**الفقرة الأولى**) كما حدد الشروط الواجب توفرها في الطلب (**الفقرة الثانية**) ليتم على ضوء ذلك اتخاذ القرار من الجهة القضائية المتعهدة (**الفقرة الثالثة**).

وفي صورة قبول الطلب تتولى الجهة القضائية المختصة اتخاذ اجراءات مصاحبة غايتها المساعدة في إنجاح الاجراء (**الفقرة الرابعة**).

الفقرة الأولى- تقديم المطلب:

51- باعتبار أن التسوية الرضائية تصنف ضمن الحلول التي يمكن أن تتيح للمؤسسة التي تمر بصعوبات اقتصادية مخرجا من مشاكلها فقد خول المشرع مسير المؤسسة أو صاحبها بطلب الانتفاع بإجراءاتها من خلال تقديم مطلب الى رئيس المحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقر المؤسسة الاقتصادية.

ويشترط الفصل 423 أن يكون هذا المطلب مرفقا بالوثائق الواردة بالفصل 417 من المجلة التجارية المتمثلة في :

- اسم المؤسسة طالبة التسوية أو تسميتها الاجتماعية ومقرها واسم من يمثلها قانونا ولقبه وعنوانه الشخصي ورقم بطاقة تعريفه الوطنية مع ذكر معرفها الجبائي وعدد ترسيمها بالسجل التجاري مع مضمون منه وعدد انخراطها بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.
- نشاط المؤسسة.
- أسباب طلب التسوية وطبيعة الصعوبات ومصدرها وانعكاساتها المستقبلية المحتملة على ديمومة المؤسسة من حيث التوازن المالي والحفاظ على مواطن الشغل.
- عدد مواطن الشغل وقائمة اسمية في العملة.
- بيان الاجور والمستحقات غير الخالصة والامتيازات الراجعة لكل عامل.
- موازنات الثلاث سنوات الاخيرة وما يتبعها من جداول محاسبية.
- جرد في أملاك المدين ومساهماته.
- بيان ما للمؤسسة وما عليها من الديون والسندات المثبتة لها مع تحديد أسماء الدائنين والمدينين ومقراتهم.
- التأمينات العينية والشخصية المقدمة من المدين أو المسير أو ضامنيه.
- تقرير مراقب الحسابات بعنوان الثلاث سنوات الاخيرة وذلك إن تعلق الامر بشركة تجارية خاضعة لوجوب تعيين مراقب حسابات أو تم تعيينه طبق أحكام الفصلين 124 و 125 من المجلة التجارية.
- جدول الاستغلال المستقبلي للثلاث سنوات القادمة.
- نسخة من بطاقة اسناد المعرف الجبائي.

الفقرة الثانية- شروط الانتفاع بالتسوية الرضائية:

52- للانتفاع بإجراءات التسوية الرضائية يجب أن تتوفر في صاحب الطلب جملة من الشروط تتعلق باندراجه ضمن قائمة المشمولين بإجراءات الانقاذ وتقديم طلب مستوفي للمتطلبات الشكلية الى جانب شرط يتعلق بطبيعة الصعوبة الاقتصادية المتمثلة في عدم بلوغ المدين مرحلة التوقف عن الدفع. ويمكن تقسيم هذه الشروط الى شروط ذاتية (1) وأخرى موضوعية (2).

1)- الشروط الذاتية:

53- تتعلق الشروط الذاتية بخضوع طالب التسوية لإجراءات الانقاذ كيفما حددها الفصل 416 من المجلة التجارية أي أن يكون تاجرا أو حرفيا أو متعاطيا للنشاط الفلاحي أو الصيد البحري في إطار شركة تجارية بالشكل ويشترط أيضا أن يكون صاحب الطلب خاضعا للضريبة حسب النظام الحقيقي.

كما أن الطلب يجب أن يقدم ممن ذكر بالفصل 423 أي مسير المؤسسة أو صاحبها مرفقا بالوثائق المحددة بالفصل 417 من المجلة التجارية.

و إذا كان الرفض يكون مصير كل طلب وارد من كل شخص خارج القائمة المحددة بالفصل 416 من المجلة التجارية فإن الطلب يرفض أيضا إذا لم يستجب لمقتضيات الفصل 417 من المجلة التجارية والمتعلق بالوثائق المرفقة بالطلب غير أن هذا الرفض لا يتم إذا بين صاحب الطلب وجود السبب الجدي كاستحالة الحصول على أحد الوثائق المطلوبة أو تأخر الحصول عليها.

و إذا كانت مخالفة الفصل 416 من المجلة التجارية تؤدي الى بطلان غير قابل للتلافي فإن البطلان المؤسس على مخالفة مقتضيات الفصل 417 من المجلة التجارية لا يحول دون إمكانية تقديم لمطلب جديد.

2)- الشرط الموضوعي:

54.- يتعلق الشرط الموضوعي بطبيعة أو درجة الصعوبة الاقتصادية إذ يجب أن لا تكون قد وصلت الى مرحلة التوقف عن الدفع.

ويعد مفهوم التوقف عن الدفع من المفاهيم المركزية في مادة الاجراءات الجماعية بعنصريها المتمثلين في الانقاذ و التفليس وهو الامر الذي يؤكد ضرورة تعريفها تعريفا دقيقا يبعد كل شك بشأنها[23].

على الرغم من هذه الاهمية البالغة لمفهوم التوقف عن الدفع فإن المشرع التونسي عند تنظيمه للإجراءات الجماعية صلب المجلة التجارية سنة 1959 لم يعرفه بل أن هذا التعريف كان غائبا حتى في النسخة الاصلية لقانون الانقاذ الصادر سنة 1995.

إلا أن ملاحظة التضارب الكبير بين محاكم الاصل وحتى محكمة التعقيب كان السبب في اعتماد تعريف تشريعي يتماشى والطبيعة المهمة لهذا المفهوم وهو ما تم في تنقيح قانون الانقاذ بإدراج فقرة جديدة بفصله 18 تتولى تعريف التوقف عن الدفع. وقد حافظ المشرع على نفس التعريف عند إعادة توحيده للإجراءات الجماعية صلب المجلة التجارية بمقتضى القانون عدد 36 لسنة 2016 من خلال ما ورد بالفقرة الثانية للفصل 434 من المجلة التجارية الذي جاء به "وتعد متوقفة عن الدفع على معنى هذا العنوان كل مؤسسة تكون غير قادرة على مجابهة الديون التي حل أجلها بما هو موجود لديها من سيولة ومن موجودات قابلة للصرف على المدى القصير".

للوقوف على المعنى الدقيق للتوقف عن الدفع يجب تفريقه في مرحلة أولى عن المفاهيم المشابهة له (أ) قبل الخوض في عناصره (ب).

أ)- التوقف عن الدفع والمفاهيم المشابهة:

53.- يتجه تفريق التوقف عن الدفع عن المفاهيم المشابهة والقريبة منه كالاضطراب الظرفي أو الاعسار المدني.

يختلف التوقف عن الدفع عن الاضطراب الظرفي من حيث أن حالة الاضطراب الظرفي هي حالة من الصعوبة قابلة للتجاوز يكون فيها المدين قادرا على الوفاء بديونه لكن بصعوبة شديدة ظرفية ناجمة عن واقع ذاتي أو موضوعي سريعا ما يمكن تجاوزه بينما يكون التوقف عن الدفع أمرا مستمرا في الزمن يجعل المدين غير قادر تماما عن الوفاء بديونه الي حل أجلها بما لديه من موجودات سائلة أو قابلة للتحويل الى سيولة في الأمد القصير.

وعلى هذا الاساس يمكن القول أن كل مؤسسة اقتصادية معرضة الى حالة الاضطراب الظرفي إلا أن هذا الاضطراب لا يتحول الى توقف عن الدفع إلا إذا أصبح مرادفا للعجز السابق توصيفه.

---

[23] KHARROUBI Kh., Cessation de paiements et ouverture des procédures collectives. Contribution à l'étude de la notion de cessation de paiements, Thèse, Paris II, 1984.
KHARROUBI Kh., La notion de cessation de paiements en proie aux réformes du droit des procédures collectives, RTD, 2001, p. 309.

يختلف التوقف عن الدفع أيضا عن حالة الاعسار المدني الذي يكون متحققا إذا كانت أصول المدين غير قادرة على مجابهة ديونه بقطع النظر على مدى درجة سيولة الاصول من ناحية أو حلول أجل الديون من ناحية أخرى وهي حالة مختلفة عن التوقف عن الدفع من حيث أن درجة السيولة بالنسبة للأصول أو الاجال بالنسبة للديون هي من عناصر مفهوم التوقف عن الدفع.

فالإعسار المدني مرتبط بفكرة انعدام أي مال يمكن للدائن التنفيذ عليه وهي وضعية يمكن أن تثار في إطار الدعوى البليانية التي تشترط إعسار المدين فقد جاء بأحد القرارات التعقيبية أنه "لا جدال في كون الدعوى البليانية ترمي الى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه شريطة أن يكون الدين ثابتا مستحق الاداء وسابقا عن ذلك التصرف والذي يرمي من ورائه المدين المعسر افتقارا للإضرار بدائنه غشا وتدليسا"[24].

كما جاء بقرار أخر "أجمع فقهاء القانون على أن يكون المبيع أخر ما في ذمة المدين من مكاسب يمكن التنفيذ عليها إذ أن الفصل 306 م ا ع لم ينزع الاهلية عن المدين البائع بل أجاز إبطال عقوده التي يحررها بتواطئ مع المشتري للإضرار بالدائن ولا يتسنى التحقق من ذلك إلا عند انعدام المكاسب الاخرى للمدين ذلك أن المراد بإعسار المدين هو المؤدي إلى افتقاره المرتبط ارتباطا عضويا بانعدام أي مكاسب أخرى كافية لسداد ما عليه"[25].

فالإعسار المدني مرتبط بخلو ذمة المدين من أي مكاسب إذ"يتضح أنه طالما وجدت أشياء يمكن إجراء عقلة عليها بغرض تسديد الدين فإن المدين لا يجوز اعتباره معسرا ولا جدوى من إبطال عقوده والإضرار بمن تعاقد معه فيكون بذلك الاعسار هو الحالة المادية التي تجعل المدين غير قادر على تسديد ديونه بعد أن فوت في كل ما تحتويه ذمته من مال كان يكفي لخلاص دينه"[26].

ب)- عناصر التوقف عن الدفع:

56.- انطلاقا من التعريف الوارد بالفقرة الثانية من الفصل 434 من المجلة التجارية يتبين أن مفهوم التوقف عن الدفع يقوم على مصطلحات محاسبية تنطلق من تحديد عناصر موازنة المؤسسة الاقتصادية وترتيبها ترتيبا يبين قيمة هذه المصطلحات في تحديد التوقف عن الدفع.

فعلم المحاسبة الذي يعتبر الموازنة هي صورة في وقت معين للوضعية المالية للمؤسسة يقوم على تحيد عناصرها الايجابية المتمثلة في الاصول المملوكة للمؤسسة وعناصرها السلبية المتمثلة في الديون المحمولة على المؤسسة بمعيارين مختلفين يتعلق الاول بدرجة السيولة ويتعلق الثاني بآجال دفع الديون.

فالأصول ترتب ترتيبا تصاعديا لدرجة سيولتها فتكون الاصول الثابتة المتمثلة في العقارات والآلات المكونة في الغالب لأدوات الانتاج أقل الاصول سيولة ولذلك توضع على رأس الاصول في الموازنة.

في المقابل تكون الاصول السائلة المتمثلة في النقود والأرصدة البنكية والسندات القابلة للتحويل الى سيولة في الامد القصير كالأوراق التجارية في أسفل قائمة الاصول لأنها الاكثر سيولة.

وتكون الاصول الاخرى التي يتطلب تحويلها الى سيولة وقتا أقل من الاصول الثابتة وأطول من الاصول السائلة من قبيل الاصول المتغيرة كالسلع والمواد الاولية وغيرها.

أما الديون فترتب بحسب درجة أجالها فتكون الديون البعيدة الاجل على رأس القائمة ومن ضمنها رأس المال الممثل للدين الابعد أجلا أي الذي لا يؤدى إلا عند اندثار الشركة بالتصفية وهو دين الشركاء تجاه الشركة.

وتلي الديون الطويلة الامد الديون المتوسطة الاجل (بين سنة الى ثلاث سنوات).

أما الديون الحالة أو التي ستحل قريبا فهي الديون قصيرة الاجل والتي تكون في أسفل قائمة الديون.

---

[24] القرار التعقيبي المدني عدد 25366 بتاريخ 07 افريل 2009 نشرية محكمة التعقيب لسنة 2009 ج 1 ص 171.
[25] القرار التعقيبي المدني عدد 16927 بتاريخ 04 مارس 2008 نشرية محكمة التعقيب لسنة 2008 ج 1 ص 173.
[26] صلاح الدين الملولي- القضاء والتشريع اكتوبر 1987 – ص 19.

على ضوء التقسيم السابق يمكن القول أن مفهوم التوقف عن الدفع بدأ بالتوضح إذ أن الامر يتعلق بالنسبة للديون التي حل أجلها أو سيحل قريبا دون اعتبار للديون المتوسطة الاجل أو البعيدة الاجل وبالنسبة للأصول بما هو سائل منها أو قابل للتحويل الى سيولة في الامد القريب.

الفقرة الثالثة- قرار رئيس المحكمة الابتدائية:

57- عند تعهد رئيس المحكمة الابتدائية بالطلب المتعلق بالاستفادة من اجراءات التسوية الرضائية يقوم بمراقبة توفر الشروط السالف ذكرها المتعلقة بأحقية المؤسسة بالخضوع لإجراء التسوية الرضائية من خلال نشاطها التجاري أو الحرفي أو الفلاحي الممارس في اطار شركة تجارية بالشكل وخضوعها للنظام الحقيقي للضريبة واستيفاء الطلب لموجباته الشكلية من خلال تقديم الوثائق المطلوبة. كما يراقب رئيس المحكمة الابتدائية توفر شرط الصعوبة الاقتصادية من خلال عدم توقفها على الدفع.
بتوفر الشروط مجتمعة يأذن رئيس المحكمة بافتتاح اجراءات التسوية الرضائية وله أن يرفض الطلب كلما تخلف شرط من الشروط المطلوبة.
ولتحقيق الظروف الملائمة لنجاح اجراء الانقاذ يتولى رئيس المحكمة الابتدائية المتعهدة بالطلب اتخاذ جملة من القرارات المصاحبة والميسرة لانجاح التسوية الرضائية.

الفقرة الرابعة- القرارات المصاحبة:

58- عند اقرار فتح اجراءات التسوية الرضائية التي يفترض أن تنتهي بالاتفاق بين المدين ودائنيه على تسهيلات من شأنها أن تضمن مواصلة المؤسسة لنشاطها وباعتبار أن الوصول الى هذا الحل يستوجب اتخاذ اجراءات مصاحبة تساعد على توفير عناصر النجاح فان رئيس المحكمة الابتدائية مخول قانونا باتخاذ هذه الاجراءات التي تتمثل في تعيين مصالح (1) الى جانب اجراءات مساعدة أخرى تسهل عملية الانقاذ (2).

1)- تعيين المصالح :

59- بالتوازي مع الإذن بافتتاح إجراءات التسوية الرضائية يقوم رئيس المحكمة الابتدائية بتعيين مصالح يعهد له مهمة المساعدة على الوصول الى اتفاق بين المدين ودائنيه.
ويعتبر تعيين المصالح من صميم الاجراءات المصاحبة الساعية الى تسهيل الوصول الى اتفاق بالنظر لتضارب مصالح طرفي الاتفاق مما يجعل الوصول الى توافق أمرا عسيرا.
فالمدين في حاجة الى مساعدة حقيقية تقتضي تضحيات من قبل الدائنين أما الدائنون وهم في الغالب تجار فلهم ارتباطاتهم ولن يكون من السهل اقناعهم بالتنازلات المتعلقة بديونهم مما يعطي لتسمية المصالح أهمية قصوى بالنظر لضرورة الوصول الى اتفاق وبالنظر لصعوبة ذلك.
إن أهمية وظيفة المصالح ودوره الاساسي في تحقيق الاتفاق يجعل منه شخصية محورية في انجاح هذه المرحلة مما يسمح بافتراض إيلاء المشرع لهذا الصنف من المتدخلين في الاجراءات الجماعية العناية اللازمة بخصوص كفاءتهم وحياديتهم إلا أن الواقع على خلاف ذلك وهو ما يجعل النص القانوني وان اتسم بالكمال فإن تنزيله على أرض الواقع قد يفقده الفاعلية والنجاعة لعدم الاحتياط لمسائل تبدو بسيطة ظاهريا وهي في الواقع على درجة بالغة من الاهمية.
وقد اكتفى المشرع بالإشارة الى امكانية تعهيد لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية بمهمة المصالح إذا وافق المدين على ذلك. فاللجنة وإن كانت نظريا بحكم موقعها لا تخلو من مؤهلات تسمح لها بالقيام بدور المصالح فإن تعهيدها يبقى

من قبيل الامكانية ولا يمكن تصور قدرتها على القيام بهذا الدور في كل الاجراءات كما أن اشتراط المشرع لموافقة المدين لتعيين اللجنة لا يبدو مبنيا على أساس مقبول خاصة إذا علمنا أن أجرة المصالح محمولة على المدين وتكون بدون مقابل في حال كانت اللجنة هي المصالح مما يجعل للمدين مصلحة مادية ظاهرة في تعيينها.

ويمكن للمدين من خلال ما جاء بالفقرة الاخيرة من الفصل 424 من المجلة التجارية أن يطلب في أجل الثمانية أيام التالية لتعيين المصالح تعويضه لسبب جدي. ويتم هذا التعويض بإذن من رئيس المحكمة الابتدائية.

وقد أكد الفصل 425 على طبيعة دور المصالح إذ جاء بفقرته الاولى "يتولى المصالح التوفيق بين المدين ودائنيه خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة اشهر قابلة للتمديد بشهر واحد بقرار من رئيس المحكمة".

ولتحقيق هذه المهمة فقد اكدت الفقرة الثانية من نفس الفصل على امكانية طلب معلومات عن حالة المؤسسة من المسير أو صاحبها أو من أي إدارة أو مؤسسة عمومية أو مالية أو من لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية.

كما جاء بالفقرة الاخيرة من الفصل المذكور الزام المصالح بموافاة رئيس المحكمة كل شهر بتقرير حول تقدم أعماله وملاحظاته على سير مهمته.

وعلى الرغم من أهمية دور المصالح فإن خلق مناخ مساعد لمؤسسة لتجاوز صعوباتها أمر مهم وهو ما سمح به المشرع من خلال اجراءات يمكن لرئيس المحكمة أن يتخذها إذا رأى مصلحة فيها.

2)- الاجراءات المساعدة:

60.- لتحقيق أكبر قدر ممكن من الضمانات المؤدية لإنجاح مرحلة التسوية الرضائية أقر المشرع إجراءات يمكن لرئيس المحكمة اتخاذها يكون من شأنها المساعدة على الوصول الى حل الانقاذ. ومن هذه الاجراءات :

- طلب المعلومات عن حالة المؤسسة من كل جهة ممكنة وإبلاغ المصالح بها.
- طلب إجراء تشخيص لحالة المؤسسة من قبل لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية وإحالة نتائجه للمصالح.
- إمكانية الإذن بتعليق إجراءات التنفيذ الرامية الى استخلاص دين سابق لتاريخ فتح التسوية الرضائية إذا تبين له أن في أدائه تعكيرا لوضع المؤسسة وعرقلة لإمكانية إنقاذها.
- إمكانية الاذن بتعليق اجراءات التنفيذ الرامية الى استرجاع منقولات أو عقارات إذا تبين أنها ضرورية لنشاط المؤسسة المدينة.
- إمكانية تعليق إجراءات التنفيذ في حق الكفيل أو الضامن أو المدين المتضامن.
- الإذن بتعليق إجراءات تنفيذ حكم متعلق بمستحقات عامل إذا لم يكن من شأن التنفيذ أن يؤدي الى منع إنقاذ المؤسسة مع استثناء المبالغ غير القابلة للحجز من مستحقات العملة.

كل هذه الاجراءات تهدف أساسا الى تمكين المؤسسة من تجميع كل مقومات الانقاذ والوصول الى انجاز الاتفاق في ظروف تسمح بتحقيق الغاية المرجوة منه.

المبحث الثاني

مضمون التسوية الرضائية

61 .- يسعى إجراء التسوية الرضائية الى إنقاذ المؤسسة المارة بصعوبات اقتصادية من خلال آلية الاتفاق التي ستسمح للمؤسسة بمواصلة نشاطها بتجاوز الصعوبات التي واجهتها. ويطرح هذا الاتفاق جملة من التساؤلات تتعلق أساسا بمرحلة إعداده (الفقرة الأولى) ونفاذه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى- مرحلة إعداد الاتفاق:

62- تتميز مرحلة إعداد الاتفاق بقيمتها المحددة لنجاح الاجراء برمته ويتحدد نظامها من خلال معرفة أطراف الاتفاق (1) قبل الخوض في مضمونه (2).

1)- أطراف الاتفاق:

63- بالرجوع الى الهدف المرسوم لمرحلة التسوية الرضائية كيفما حدده الفصل 422 من المجلة التجارية يتبين أن الاتفاق كآلية للانقاذ يتم بين طرفين رئيسين هما المؤسسة المارة بصعوبات اقتصادية أو المدين من ناحية ودائنيه من ناحية أخرى.

ولا غرابة في ذلك طالما كان الاتفاق يسعى الى إنقاذ المدين من خلال ما يمكن أن يقدمه له دائنوه من مساعدة يكون موضوعها الديون التي نشأت بين الطرفين.

2)- مضمون الاتفاق :

64- إذا كان الهدف الرئيسي لاتفاق التسوية الرضائية ضمان استمرارية نشاط المؤسسة أي انقاذها من خلال تجاوز الصعوبات الاقتصادية التي تواجهها فإن مضمون هذا الاتفاق سيكون بالضرورة متعلقا بكل ما من شأنه أن يسمح للمدين بالتقاط أنفاسه واستعادة السير الطبيعي للمؤسسة من خلال ما يقدمه له دائنوه من عون ومساعدة.

وقد أعطى الفصل 428 من المجلة التجارية الحرية الكاملة للأطراف في تحديد بنود الاتفاق دون قيد أو شرط إلا أنه اعطى أمثلة على ما يمكن أن يكون من ضمن وسائل المساعدة من تنازلات من الدائنين تأخذ ثلاث أشكال رئيسية هي :

- جدولة الديون.
- الحط من الديون.
- ايقاف سريان الفوائض.

الملاحظ أن هذه الاوجه من المساعدة تتعلق كلها بالدين وهو أمر طبيعي طالما أن الوفاء بهذه الديون في مواعيدها هو المظهر الخارجي الذي تجلت من خلاله الصعوبة الاقتصادية مما يقتضي أن معالجتها لا تتم بدون اتخاذ إجراءات تخفف مما تسببه من ضيق للمدين. هذه المعالجة تتم بالمساعدة المتمثلة في تنازلات يقدمها الدائنون من شأنها أن تسمح باستعادة التوازن المفقود.

ويفهم من صياغة الفصل 428 أن الحرية المطلقة الممنوحة للأطراف تجعل الوسائل المشار إليها وإن كانت هي الاساسية في كل عملية إنقاذ في إطار اتفاق التسوية الرضائية إلا أنها على سبيل الذكر لا الحصر مما يسمح باعتماد وسائل أخرى تؤدي نفس النتيجة.

على هذا الاساس تكون كل وسيلة متفق عليها مقبولة شرط ثبوت نجاعتها في تحقيق هدف الاتفاق طالما سمح المشرع للأطراف بحرية مطلقة في صياغة مضمون الاتفاق.

فلا مانع مثلا من اشتراط الدائنين لمساهمة الدائن بالترفيع في رأس المال أو الاتفاق على تحويل الديون الى مساهمة في رأس المال وهي حلول اعتمدها المشرع في إطار التسوية القضائية ولا مانع من اعتمادها في اتفاق التسوية الرضائية إذا استجابت لشرطي الاتفاق عليها ومساهمتها الايجابية في الانقاذ.

إن اتفاق التسوية الرضائية وإن كان مبنيا بالأساس على أطرافه الرئيسية المتمثلة في المدين من جهة والدائنين من جهة اخرى إلا أن خصوصيته لا تغيب عن المتفحص لطبيعته القانونية فهو وإن كان عقدا إلا أنه يتميز بتداخل أطراف خارجية في إعداده وفي نفاذه فالمصالح يساهم في إعداده والقاضي يأذن بنفاذه من خلال آلية المصادقة عليه.

الفقرة الثانية- مرحلة نفاذ الاتفاق:

65.- عند إنجاز اتفاق التسوية الرضائية بين أطرافه الرئيسية بمساعدة من المصالح يكون في حاجة الى إجراء المصادقة عليه من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة ليدخل حيز النفاذ (1) بعد إشهاره (2). ويمكن أن يعتري تنفيذه خلل متأت من عدم التزام المدين بفحواه مما يفتح إمكانية فسخه (3).

1)- المصادقة على الاتفاق :

66.- يتولى رئيس المحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقر المؤسسة المنتفعة بالتسوية الرضائية المصادقة على الاتفاق الحاصل بين المدين ودائنيه. فالاتفاق لا يلزم أطرافه ولا يصبح نافذا بمجرد التقاء إرادتهما بل يجب لذلك حصول مصادقة القاضي عليه.

وتكون مصادقة القاضي وجوبية أو اختيارية بحسب الحال مما يعني أن رئيس المحكمة الابتدائية لا يمتلك سلطة تقديرية في حال المصادقة الوجوبية ويسترجع هذه السلطة في حال المصادقة الاختيارية.

تكون المصادقة وجوبية إذا شمل الاتفاق كل الدائنين وهي حالة تبدو نظرية طالما كان تحققها مقتصرا على وضعيات يكون فيها عدد الدائنين محدودا جدا مما يسمح بالوصول الى انخراطهم في الاتفاق. وتكون المصادقة اختيارية إذا شمل الاتفاق دائنين تمثل ديونهم أو تفوق ثلثي مجموع الديون ويفهم من ذلك أن المصادقة غير مطروحة أصلا إذا لم يحز الاتفاق على انخراط دائنين يمثلون أكثر من ثلثي الديون.

ولاستكمال عناصر المساعدة التي يمكن لرئيس المحكمة أن يمنحها للمدين فقد مكنه في حال المصادقة الاختيارية بالإذن بجدولة بقية الديون لفترة لا تتجاوز مدة الاتفاق دون أن تتعدى الثلاث سنوات في كل الاحوال[27]

2)- إشهار الاتفاق :

67.- على إثر مصادقة رئيس المحكمة الابتدائية على الاتفاق الممضى بين المدين ودائنيه يصبح نافذا وخاضعا لموجبات الاشهار. ويتم هذا الاشهار بإيداعه بكتابة المحكمة التي تتولى ادراجه بالسجل التجاري وتعلم لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية بمضمونه.

ويترتب عن نفاذ الاتفاق بالنسبة للدائنين المشمولين به تعليق إجراءات التنفيذ الفردي بخصوص الديون الناشئة قبل إبرامه أو استرجاع منقولات أو عقارات بسبب عدم أداء دين وذلك كامل مدة الاتفاق.

ويلتزم كل طرف تجاه الاخر بمضمون الاتفاق ويترتب عن كل اخلال من طرف المدين امكانية فسخ الاتفاق.

27

تستثني الفقرة الثالثة من الفصل 428 من المجلة التجارية من الجدولة الديون التالية:

- الديون المنصوص عليها بالفصلين 541 و 571 من المجلة التجارية.
- الديون المنصوص عليها بالفصل 199 من مجلة الحقوق العينية باستثناء فقرته الرابعة.
- الديون الصغيرة في حدود 5 في المائة من مجمل الديون والتي لا تتجاوز كل واحد منها 0.5 في المائة من اجمال الديون.

3)- فسخ الاتفاق :

68.-يكون فسخ الاتفاق جزاء لعدم تنفيذه خاصة من طرف المدين في حال عدم التزامه بمضمون الاتفاق من أجال دفع جديدة (ا) ويمكن أن ينتج الفسخ أيضا نتيجة فقدان شرط أساسي من شروط الانتفاع بالتسوية الرضائية (ب).

ا)- الفسخ المترتب عن إخلال المدين بالتزاماته:

69.- جاء بالفصل 430 من المجلة التجارية "إذا أخل المدين بتعهداته المترتبة عن اتفاق التسوية الرضائية تجاه أحد دائنيه يمكن لكل من له مصلحة أن يطلب من المحكمة فسخ الاتفاق...".
تبدو من خلال هذا النص أن دعوى الفسخ ما هي إلا تطبيق دقيق للمبادئ الاساسية للالتزامات العقدية وهي دعوى يفترض أن يرفعها الدائن المتضرر من اخلال المدين بتعهداته تجاهه إلا أن صياغة النص تسمح بالتوسع في قائمة القائمين بالدعوى لتشمل كل من له مصلحة وهي صياغة تسمح مثلا للدائن الذي لم يتضرر بعد من اخلال المدين بتعهداته ضده لكنه أخل بها ضد غيره فيمكن له القيام على أساس مصلحته كمتضرر محتمل.
وتتميز هذه الدعوى على المستوى الاجرائي بأنها من اختصاص المحكمة بهيئتها الحكمية أي الدائرة التجارية بتركيبتها الموسعة كما تتميز أيضا بكونها تخضع لإجراءات القضاء الاستعجالي كما ورد بالفقرة الاخيرة للفصل 430 من المجلة التجارية.
ويترتب عن قبول دعوى الفسخ إنهاء الاتفاق وسقوط الاجال الممنوحة ضمنه وإرجاع الاطراف الى الحالة التي كانوا عليها مع اعتبار ما وقع سداده من ديونهم.
ويعتبر فسخ الاتفاق فشلا للتسوية الرضائية إذ يمكن أن يفتح على إجراءات أكثر صرامة بالنسبة للمدين.
إلا أن هذا الفسخ الذي يمكن وصفه بالمبدئي لخضوعه لقواعد الالتزامات العقدية يمكن أن يترتب أيضا في حال غياب شرط أساسي للانتفاع بالتسوية الرضائية.

ب)- الفسخ المترتب عن فقدان شرط الانتفاع بالتسوية الرضائية:

70.- باعتبار أن من الشروط الجوهرية للإنتفاع بالتسوية الرضائية الشرط المتعلق بطبيعة الصعوبة الاقتصادية الذي يقتضي أن لا تكون المؤسسة قد توقفت عن دفع ديونها فإن كل ثبوت لهذه الحالة أثناء تنفيذ الاتفاق تؤدي الى فسخه.
فقد جاء بالفصل 431 من المجلة التجارية أنه في حال صدور قرار بفتح إجراءات التسوية القضائية أو حكم بالتفليس يفسخ اتفاق التسوية الرضائية وجوبا.
وإذا كان صدور قرار فتح التسوية القضائية أو حكم التفليس لا يتم إلا بعد معاينة التوقف عن الدفع كشرط أصلي فإن التساؤل يجوز في الحالات التي يمكن أن يثبت فيها التوقف عن الدفع في غياب أي قرار بفتح إجراءات التسوية القضائية أو التفليس.
هذه الحالة تعتبر خارج مقتضيات النص رغم وجوب شمولها بوجوب الفسخ مما يجعل إعادة كتابة النص بطريقة تشمل كل إثبات لواقعة التوقف عن الدفع هي المرتبة للفسخ بقطع النظر عن طريقة الاثبات.
في كل الاحوال يعتبر الفسخ المترتب عن غياب شرط التسوية الرضائية فسخا مفروضا على القاضي فهو لا يملك في شأنه سلطة تقديرية على خلاف الفسخ المترتب عن إخلال المدين بالتزاماته.

ويترتب عن الفسخ استرجاع الدائنين لكامل حقوقهم السابقة عدى ما تحصلوا عليه من مبالغ تنفيذا للاتفاق الواقع فسخه.

المبحث الثالث

مآلات التسوية الرضائية

71.- يعد افتتاح إجراءات التسوية الرضائية وتعيين المصالح محكوما بغاية الوصول إلى إتفاق من شأنه أن يحقق للمؤسسة مطلب مواصلة نشاطها بتجاوز صعوباتها الاقتصادية.
وتكون مآلات هذا الاجراء متراوحة بين النجاح (**الفقرة الاولى**) والفشل (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى - مآلات النجاح:

72.- يكون مآل التسوية الرضائية النجاح في صورة الوصول الى اتفاق سمح للمدين بتجاوز صعوباته الاقتصادية والعودة الى نسق نشاطه العادي. ويعتبر هذا المآل نجاحا للسياسة التشريعية في مجال الاجراءات الجماعية إذ تمكنت هذه الاجراءات من معالجة مشكلة الصعوبات الاقتصادية بالآليات المعتمدة وحافظت لا فقط على المؤسسة كوحدة اقتصادية بل على مواطن الشغل فيها وعلى حقوق الدائنين أيضا.
غير أن الامر لا يكون دوما على هذه الشاكلة إذ يمكن أن يكون الاجراء مؤديا الى فشل في الانقاذ في إطار التسوية الرضائية.

الفقرة الثانية- مآلات الفشل:

73.- يمكن أن يكون فشل إجراءات التسوية الرضائية سابقا لإعداد الاتفاق أو لاحقا له.
يكون الفشل سابقا لإعداد الاتفاق إذا لم يتوصل الاطراف الى إبرام اتفاق في الاجل المحدد قانونا أو في حال تقاعس المدين عن الحضور لدى المصالح بعد التنبيه عليه وهو وما يقوم دليلا على عدم جديته وغياب حرصه على الانتفاع بإجراءات التسوية الرضائية التي قدم طلبا للحصول عليها.
يكون الفشل لاحقا لإبرام الاتفاق في حال تم فسخه للأسباب السالف ذكرها.
وسواء كان الفشل سابقا أو لاحقا لإبرام الاتفاق فإن على المصالح أو المدين أو الدائن أو كل من له مصلحة أن يبادر حسب مقتضيات الفصل 432 من المجلة التجارية بإعلام رئيس المحكمة الابتدائية بذلك.
ويتخذ رئيس المحكمة الابتدائية عند بلوغ العلم له بذلك الاجراءات التالية :
- إذا كان الفشل سابقا لإعداد الاتفاق فانه ينهي أعمال المصالح وينهي اجراءات التسوية الرضائية.
- إذا كان الفشل لاحقا لإبرام الاتفاق فانه يستدعي المدين لسماعه ويمكنه أن يفتتح إجراءات التسوية القضائية إذا تبين له توفر شروطها من خلال أوراق الملف.
وفي كل الاحوال يعلم رئيس المحكمة الابتدائية كلا من المدين والدائنين ولجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية.

الفصل الثالث

التسـوية القضائيـة

74.- تمثل التسوية القضائية إجراء للإنقاذ يتم اللجوء له عند بلوغ الصعوبة الاقتصادية التي تواجهها المؤسسة الاقتصادية درجة التوقف عن الدفع. ويقوم إجراء التسوية القضائية على آلية محددة تتمثل في برنامج للإنقاذ يقترح أحد حلول الانقاذ المعتمدة.

ويكون إجراء التسوية القضائية على هذا الاساس قائما على تعهد المحكمة بالطلب (المبحث الاول) المؤدي الى إعداد برنامج الانقاذ (المبحث الثاني) و المتضمن لحلول الانقاذ (المبحث الثالث).

المبحث الأول

التعهد بطلب التسوية القضائية

75.- تتعهد المحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقر المدين بفتح إجراءات التسوية القضائية ويتم ذلك عبر التحقق من توفر شروط الانتفاع بهذا الاجراء (فقرة اولى) ومعرفة الاشخاص المخولين بتقديمه (فقرة ثانية) والقرار القضائي الصادر في شأنه (فقرة ثالثة).

الفقرة الأولى- شروط الانتفاع بالتسوية القضائية:

76.- للانتفاع بإجراءات التسوية القضائية يجب توفر شرط يتعلق بطبيعة الصعوبة الاقتصادية (1) كما يوجب القانون تقديم جملة من الوثائق تتعلق بالمؤسسة (2).

1)- الشرط المتعلق بالصعوبة الاقتصادية :

77.- جاء بالفصل 434 من المجلة التجارية أن انتفاع المؤسسة الاقتصادية بإجراءات التسوية القضائية مشروط بمعاينة توقفها عن دفع ديونها طبق التعريف الوارد بالفقرة الثانية من نفس الفصل.

فالتوقف عن الدفع وإن كان مفهوما موحدا في كامل الاجراءات الجماعية إلا أن توصيفه فيما يتعلق بإمكانية الإنقاذ من عدمه هو الذي يحدد خضوع المؤسسة إما لإجراءات التسوية القضائية أو التفليس.

فحالة التوقف عن الدفع المؤدية لافتتاح التسوية القضائية يجب أن تسمح بإمكانية الانقاذ مما يعني أن ملاحظة عدم إمكانية الانقاذ هي الحالة الميؤوس منها المؤدية الى إجراء التفليس.

2)- الشرط المتعلق بمكونات المطلب :

78.- من خلال مقتضيات الفصل 435 من المجلة التجارية يتم الانتفاع بإجراءات التسوية القضائية على إثر تقديم مطلب الى رئيس المحكمة الابتدائية وفق احكام الفصل 417 من نفس المجلة.
وقد سبق ذكر جملة الوثائق الواجب إرفاقها بالمطلب وتتعلق أساسا بمعلومات تتعلق بالمدين ودائنيه.
وتختلف التسوية القضائية عن التسوية الرضائية باشتراط وثائق اضافية مرتبطة بطبيعة الاجراء جاء ذكرها بالفقرة الثالثة والرابعة من الفصل 435 من المجلة التجارية وهي :
- إدلاء المدين ببرنامج الانقاذ المقترح وقائمة اسمية لأهم الحرفاء والمزودين وقائمة في أسماء المسيرين وأجرة كل واحد منهم وامتيازاته. ويكون الادلاء بهذه الوثائق عند تقديم الطلب من المدين أو المسير أو صاحب المؤسسة أما إذا كان تقديم المطلب من غيره فعلى المدين الادلاء بها في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ إعلامه بتقديم المطلب.
- إذا تم تقديم الطلب من أحد الدائنين أو الشركاء يجب الادلاء باسم الطالب ولقبه وتسميته الاجتماعية عند الاقتضاء وعدد ترسيمه بالسجل التجاري وشكله القانوني إن كان شركة ومقره مع ذكر معرفه الجبائي وأسباب الطلب مع ما لديه من مؤيدات تفيد توقف المؤسسة عن الدفع.

الفقرة الثانية- الاشخاص المخولين بتقديم مطلب الانتفاع بالتسوية القضائية:

79.- حدد المشرع الاطراف الذين يمكن لهم تقديم طلب الانتفاع بإجراءات التسوية القضائية وهم كيفما جاء بالفصل 435 من المجلة التجارية المدين (1) و الشريك (2) و الدائن (3).

1)- الطلب المقدم من المدين :

80.- واقعيا يكون المدين هو أول الاطراف المفترض فيها تقديم طلب الانتفاع بالتسوية القضائية بالنظر لما يمكن أن يحققه هذا الاجراء من امكانية انقاذ لوضعه الاقتصادي المتردي وهو ما يفسر وجود المدين على رأس قائمة الاطراف المخول لهم تقديم الطلب. وقد فرق المشرع بخصوص المدين بين طبيعة المؤسسة الاقتصادية إن كانت مؤسسة فردية أو شركة تجارية.
- إذا كان المدين مؤسسة فردية فإن صاحبها هو المخول بتقديم المطلب.
- إذا كانت المؤسسة الاقتصادية شركة تجارية يفرق المشرع بين وضعية الشركة خفية الاسم وغيرها من أشكال الشركات الاخرى فيكون في غير الشركة خفية الاسم المسير أي وكيل الشركة هو المخول بتقديم الطلب أما إذا كانت الشركة خفية الاسم فيفرق المشرع بين طريقة إدارتها.
- إذا كانت الشركة تدار بمجلس إدارة (نمط الادارة التقليدي) فيكون المخول بتقديم الطلب الرئيس المدير العام أو المدير العام للشركة أو اغلبية اعضاء مجلس الادارة.
- إذا كانت الشركة تدار بهيأة إدارة جماعية (نمط الادارة الجديد) يكون المخول بتقديم الطلب رئيس هيأة الادارة الجماعية أو المدير العام الوحيد أو اغلبية أعضاء هيئة الادارة الجماعية.

2)- الطلب المقدم من الشريك :

81.- يمكن للشريك أن يقدم طلب الانتفاع بالتسوية القضائية وتكون مصلحته في ذلك ثابتة إذ أن الطلب يكون غالبا محققا لمصلحة الشركة ومن ورائها مصلحة الشركاء.

وقد فرق المشرع بين وضعية الشركاء باختلاف أشكال الشركات التجارية بالنظر أساسا لمسؤوليتهم بديون الشركة.
فإذا كان الشريك في شركة الشخص الواحد مخولا بتقديم الطلب لجمعه لصفتي المسير والشريك فإن المشرع اعتمد تفرقة بخصوص نسبة امتلاك رأس المال بالنسبة للشركة خفية الاسم والشركة ذات المسؤولية المحدودة وبقية الشركات على النحو التالي-

- الشريك والشركاء المساكين لنسبة خمسة في المائة من رأس المال في الشركة خفية الاسم والشركة ذات المسؤولية المحدودة.
- الشريك بقطع النظر عن نسبة رأس المال بالنسبة لانواع الشركات الاخرى.

ويفهم من التفرقة السابقة بخصوص نسبة امتلاك رأس المال أنها مؤسسة على النظام القانوني للشريك فيما يتعلق بمسؤوليته بديون الشركة فاشترط المشرع نسبة دنيا في حال تحديد مسؤولية الشريك واستبعد هذه النسبة في حال كان الشريك مسؤولا بالتضامن بكل ديون الشركة فمصلحته إذا كان شريكا في شركة أشخاص هي بالضرورة أكبر من مصلحة الشريك في الشركة خفية الاسم أو ذات المسؤولية المحدودة.

3)- الطلب المقدم من الدائن :

82.- مكن المشرع أيضا الدائن من طلب فتح اجراءات التسوية القضائية لمدينه واشترط لذلك أن يكون الدائن قد تعذر عليه استخلاص دينه بطرق التنفيذ الفردية.
يمكن أن يطرح سؤال يتعلق بمصلحة الدائن في طلب إخضاع مدينه الى إجراءات التسوية القضائية.
والحقيقة أن للدائن مصلحة واضحة في ذلك وهي مصلحة يحققها قانون الاجراءات الجماعية وتتمثل في فرض مساواة بينه وبين غيره من الدائنين في إطار هذه الاجراءات.
فالدائن الذي كان ضحية توقف المدين عن دفع ديونه يخشى أن يؤدي عدم خضوع مدينه للإجراءات الجماعية الى ضياع حقوقه إذا لم تتحقق المساواة بينه وبين غيره من الدائنين.

الفقرة الثالثة- القرار المتعلق بطلب الانتفاع بالتسوية القضائية:

83.- عند تعهده بطلب فتح إجراءات التسوية القضائية يصدر رئيس المحكمة الابتدائية قرارا في شأنه يتعلق بقبوله أو رفضه بعد معاينة توفر الشروط المطلوبة من عدمه.
ويكون رفض المطلب متعلقا بالاساس بطبيعة الصعوبة الاقتصادية التي يمكن أن تكون أقل شدة مما يستوجبه إجراء التسوية القضائية وهي حالة عدم تحقق التوقف عن الدفع أو أكثر شدة مما يحتمله إجراء التسوية القضائية وهي حالة التوقف عن الدفع مع استحالة الانقاذ.
فالإجراء المناسب لهاتين الحالتين لا يتمثل في التسوية القضائية بل هو التسوية الرضائية في الحالة الاولى والتفليس في الثانية.
في صورة معاينة رئيس المحكمة الابتدائية لاجتماع كافة الشروط القانونية فإنه يأذن بافتتاح إجراءات التسوية القضائية فقد جاء بالفقرة الاولى من الفصل 436 من المجلة التجارية انه "إذا تبين أن طلب التسوية القضائية جدي يأذن رئيس المحكمة الابتدائية بانطلاق إجراءات التسوية القضائية وله أن يقرر رفض المطلب بمقتضى قرار معلل".
عند قبوله لمطلب التسوية القضائية وإذنه بافتتاح إجراءاتها يقرر رئيس المحكمة فتح فترة مراقبة كإجراء من شانه أن يسمح بإعداد برنامج الانقاذ (2) ويكون هذا الاجراء غير ذي جدوى في حالات معينة (1).

1)- الحل المباشر :

84.- يمكن في حالات معينة أن يأخذ إجراء التسوية القضائية مسارا مخالفا للمسار العادي باختصار الاجراءات دون الحاجة الى فتح فترة مراقبة لوضوح الرؤية المتعلقة بوسيلة الانقاذ.
يكون الامر على هذه الشاكلة في الحالة التي أشارت لها الفقرة الثانية من الفصل 436 من المجلة التجارية والمتمثلة في قناعة رئيس المحكمة أن الحل الوحيد المتاح لإنقاذ المؤسسة هو إحالتها للغير.
بالنظر الى أن الوصول الى هذه النتيجة يقتضي في الغالب تدقيقا في وضع المؤسسة فقد جاء بالفقرة الاخيرة من الفصل 436 التنصيص على الامكانية المتاحة لرئيس المحكمة لطلب معلومات عن حالة المؤسسة من المدين أو من أي إدارة أو مؤسسة عمومية أو مالية أو من لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية.
ويفهم من الاشارة الى هذه الامكانية أن اعتماد المرور المباشر لحل الاحالة دون الحاجة لفتح فترة مراقبة يجب أن يكون ناتجا عن دراسة مستفيضة لواقع المؤسسة الاقتصادي وهو ما كان يستوجب من المشرع الاشارة الى امكانية لجوء رئيس المحكمة الى تشخيص وضع المؤسسة من قبل خبراء يمكن لهم الجزم باعتماد المرور الى الاحالة رأسا مما يسمح لرئيس المحكمة أن يسند قراره على أسس متينة بعيدا عن السلطة التقديرية المجردة. فالاعتماد على آلية الاسترشاد لا تعد ضمانة كافية أمام الاثار المهمة المترتبة عن القرار لان التشخيص هو الضمانة الكافية التي يمكن أن تخلص الى النتيجة التي مفادها أن الاحالة هي الحل الوحيد لانقاذ المؤسسة.
ويمكن لهذه الضمانة أن تسند ضمانة إقرار المشرع صلاحية اتخاذ القرار للمحكمة بتركيبتها المجلسية وليس لرئيسها منفردا وهو ما أكده الفصل 437 من المجلة التجارية الذي بين أن للمحكمة بعد دراستها للملف المحال إليها من رئيسها أن تتخذ أحد القرارات التالية :
- تأذن المحكمة بإحالة المؤسسة للغير وفق الاجراءات المتعلقة بهذا الحل ودون المرور بفترة مراقبة إذا تبين لها أن هذه الاحالة هي الحل الوحيد للإنقاذ.
- تأذن المحكمة بالتفليس إذا توفرت شروطه المتمثلة في معاينة أن حالة التوقف عن الدفع تتعلق بوضعية ميؤوس منها لا امكانية للإنقاذ فيها.
- تأذن المحكمة بإيقاف إجراءات التسوية القضائية إذا تبين لها أن المؤسسة لم تعد متوقفة عن دفع ديونها بما يعني من تحسن وضعها الاقتصادي وتجاوزها لدرجة الحرج المرتب لوجودها خارج دائرة التسوية القضائية المبنية على وجود حالة التوقف عن الدفع.
تكون كل أحكام المحكمة المتعلقة بالتسوية القضائية واجبة الاشهار بالوسائل التالية :
- إشهار يقوم به المتصرف القضائي على نفقة المدين وفي أجل عشرة أيام من صدور الاحكام بترسيمها في السجل التجاري ونشر مضمونها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.
- إحالة نسخة منها الى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية.

2)- إفتتاح فترة مراقبة :

85.- في غير الحالات التي يكون فيها الحل واضحا ولا يستوجب المرور بفترة مراقبة يقتضي السير العادي لإجراء التسوية القضائية وما يتطلبه من إعداد جيد لبرنامج الانقاذ المرور بفترة يتم خلالها الوقوف على حقيقة وضع المؤسسة لتحديد البرنامج المناسب لإنقاذها هذه الفترة هي فترة المراقبة التي أقر الفصل 439 من المجلة التجارية افتتاحها من طرف رئيس المحكمة المتعهد بطلب التسوية القضائية لمدة لا تتجاوز تسعة أشهر قابلة للتمديد مرة واحدة لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر.

للوصول الى اقتراح برنامج من شأنه أن يشمل حلولا مادية لمساعدة المؤسسة يتولى رئيس المحكمة تسمية الاشخاص القائمين بمهمة إعداد برنامج الانقاذ وهما المتصرف القضائي والقاضي المراقب.

المبحث الثاني

برنامج الانقـــاذ

86- يعتبر إعداد برنامج الانقاذ المهمة الرئيسية التي من أجلها تم افتتاح فترة المراقبة ويضطلع المتصرف القضائي بدور رئيسي في هذا الصدد (**الفقرة الاولى**) بالتعاون مع القاضي المراقب (**الفقرة الثانية**) من خلال مضمون يحدد آليات وحلول الانقاذ (**الفقرة الثالثة**). ولا يمكن أن يتم بلوغ هدف مساعدة المؤسسة التي تعترضها صعوبات اقتصادية في إطار التسوية القضائية دون إقرار جملة من الإجراءات المساعدة لتحقيق الانقاذ (**الفقرة الرابعة**).

الفقرة الاولى- المتصرف القضائي:

87- يعتبر المتصرف القضائي الطرف الرئيسي في فترة المراقبة وذلك بالنظر لدوره (2) وما يقتضيه من شروط تتعلق بشخصه (1) وما يترتب عن أهمية هذا الدور من خضوعه لنظام قانوني (3).

1)- الشروط المتعلقة بالمتصرف القضائي:

88- يعتبر المتصرف القضائي من زمرة الخبراء الذين تلجأ لهم السلطة القضائية لمساعدتها على تحقيق العدالة بصفة عامة وبالنظر لأهمية الدور الموكول للمتصرف القضائي وارتباط نجاح هذا الاجراء بشخصه فقد أكد المشرع على الاقل على مسألة حياديته من خلال اشتراط غياب أي علاقة تربطه بالمدين بصفة مباشرة أو غير مباشرة فقد جاء بالفصل 440 من المجلة التجارية "لا يجوز أن يعين متصرفا قضائيا قرين المدين أو أحد أصوله أو فروعه أو أقاربه أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة أو من كان أجيرا لديه خلال السنوات الخمس السابقة لافتتاح اجراءات التسوية أو أحد دائنيه أو مراقب حساباته.

كما لا يجوز أن يعين المتصرف القضائي من بين الاشخاص الذين تربطهم علاقات من نوع ما تقدم بوكيل الشركة أو مديرها العام أو رئيسها المدير العام أو أحد أعضاء مجلس إدارتها أو أحد أعضاء هيئة إدارتها الجماعية أو مديرها العام الوحيد أو أحد أعضاء مجلس مراقبتها أو بالشريك المتضامن أو بكل شريك".

على الرغم من أهمية الحيادية التي يجب أن تتوفر في المتصرف القضائي إلا أن الكفاءة التي تعد الضمانة المهمة لم يولها المشرع أهمية تذكر وهو نفس الامر بالنسبة لكل الاشخاص المرتبطين بالإجراءات الجماعية كالمصالح في التسوية الرضائية وأمين الفلسة في التفليس ويعد هذا السهو غير مبرر بالنظر لما لهذه الاطراف من دور محوري وأساسي لانجاح الاجراءات الجماعية وتحقيق القدر الاكبر من أهدافها وهو ما سيتجلى بالنسبة لاجراءات التسوية القضائية من خلال الدور الموكول للمتصرف القضائي.

2)- الدور الموكول للمتصرف القضائي:

89- يتولى المتصرف بالأساس إعداد برنامج الانقاذ وعرضه على القاضي المراقب. وعلى الرغم من أهمية هذا الدور فإن تحقيقه يتطلب من المتصرف القضائي القيام بجملة من الاعمال يمكن تصنيفها الى أعمال تتعلق

بالإحاطة بالوضعية الاقتصادية للمدين (ا) وأعمال تتعلق بالتصرف في المؤسسة (ب) وأخرى تتعلق بإعداد برنامج الانقاذ (ج).

ا)- الاعمال المتعلقة بالإحاطة بوضعية المؤسسة الاقتصادية :

90.- لإعداد برنامج الانقاذ يتوجب على المتصرف القضائي الاحاطة الدقيقة بالوضع الاقتصادي للمؤسسة حتى يكون قادرا على تحديد برنامج الانقاذ المناسب لها.

وإذا كانت الفقرة الاخيرة من الفصل 442 من المجلة التجارية توجب على المتصرف القضائي "أن يقدم الى رئيس المحكمة تقريرا أوليا بعد مضي شهرين عن تعيينه يبين فيه حقيقة الوضع الاقتصادي والمالي والاجتماعي للمؤسسة" فإن الاشارة الى ما يستلزم القيام بهذه كان يتحتم الاشارة الصريحة إليها .

إن الاعداد الجيد لبرنامج الانقاذ يقتضي من المتصرف القضائي الاحاطة الدقيقة بالوضع الاقتصادي للمؤسسة وهو الامر الذي كان يحتم التأكيد على ما يساعد المتصرف القضائي في ذلك من تيسير حصوله على المعلومات من كل الجهات الممكنة واستعانته بتشخيص دقيق يفيده في تحديد الحلول المناسبة للمؤسسة.

ب)- الاعمال المتعلقة بالتصرف في المؤسسة :

91.- تدخل المؤسسة الخاضعة للإجراءات التسوية القضائية في مجال يتسم بتغليب جانب المصلحة العامة على جانب المصلحة الخاصة ويتجلى ذلك بكل وضوح في ما يتعلق بالتصرف فيها فالمؤسسة الاقتصادية تكون عادة ملك لأصحابها يسيرونها بحرية مطلقة في إطار احترام مقتضيات القانون ولا سلطان عليهم في ذلك وهو تعبير صريح لمبدأ الحرية الاقتصادية في جانبه المتعلق بالحرية في التسيير.

إلا أن هذه الحرية يمكن أن تخضع الى تقييد بمجرد دخول المؤسسة تحت طائلة الاجراءات الجماعية بالنظر لضرورة تغليب المصلحة العامة.

فالمؤسسة الخاضعة لإجراءات التسوية القضائية يمكن أن تكون أحد أسباب صعوباتها متأتية من غياب كفاءة مسيريها مما يقتضي المبادرة الى إشراك المتصرف القضائي في عملية التصرف والتسيير.

وتأخذ هذه المشاركة صورا ثلاث مختلفة باختلاف درجة عدم كفاءة المسير فهي في أدناها مساعدة وفي أقصاها حلول المتصرف القضائي محل المسير وبينهما الرقابة على أعمال المسير وهي صور يجب على رئيس المحكمة الابتدائية أن يحددها بكل وضوح.

- المساعدة : يمكن أن يكون تدخل المتصرف القضائي في التصرف في شكل مساعدة للمسير ويتم ذلك عن طريق الاستشارة أو النصح.

- الرقابة : يمكن أن يكون تدخل المتصرف القضائي أكثر جدية وذلك من خلال الرقابة على أعمال المسير أو بعضها من خلال آلية الامضاء المزدوج لأعمال يحددها رئيس المحكمة.

- الحلول : يمكن في الحالات القصوى التي يثبت فيها لرئيس المحكمة سوء تصرف المسير وأثره المباشر على المشاكل الاقتصادية التي تواجهها المؤسسة أن يأذن بقرار معلل بتكليف المتصرف القضائي بإدارة المؤسسة كليا أو جزئيا بمساعدة المدين أو بدونها.

وإذا كانت مشاركة المتصرف القضائي في التسيير تكون بالرقابة أو بالحلول فإن القرار الصادر في شأنها يدرج بالسجل التجاري وينشر بالرائد الرسمي حتى يكون معلوما من جميع المتعاملين مع المؤسسة.

ج)- الاعمال المتعلقة بإعداد برنامج الانقاذ :

92.- يقوم المتصرف القضائي بجملة من الاعمال تتعلق مباشرة بإعداد برنامج الانقاذ ومنها :
- جرد مكاسب المؤسسة بحضور صاحبها أو مسيرها وإيداع الجرد بكتابة المحكمة.
- حصر قائمة الدائنين تحت إشراف القاضي المراقب.
- دراسة برنامج الانقاذ المقدم من المدين وتعديله عند الاقتضاء.
وتتمثل مهمة تحديد قائمة الدائنين من المهام بالغة الاهمية بالنظر لما قد يطلب منهم من مساعدة مدرجة في إطار برنامج الانقاذ.
وقد حدد المشرع بالفصل 445 من المجلة التجارية أجال ترسيم الديون فأوجب على الدائنين اصحاب الديون السابقة لافتتاح إجراءات التسوية القضائية التأكد من ترسيمها خلال ثلاثين يوما من تاريخ نشر قرار افتتاح التسوية القضائية بالرائد الرسمي ويرتفع هذا الاجل الى ستين يوما بالنسبة للدائنين القاطنين خارج التراب التونسي.
ولا يسجل أي دين بعد هذه الاجال إلا بإذن من حجرة الشورى و في كل الاحوال لا يسجل دين بعد مرور سنة من تاريخ النشر بالرائد الرسمي.
ويقتضي هذا الاجراء مبادرة الدائنين بترسيم ديونهم لدى المتصرف القضائي والإدلاء بما يثبت وجودها.
وقد استثنى المشرع الديون العمومية التي خصها بآجال مستقلة فمكن من ترسيمها خارج أجل الستة مع مراعاة أن يتم ذلك في أجل الشهرين من تاريخ ضبط مقدارها.
وقد رتبت الفقرة قبل الاخيرة من الفصل 445 من المجلة التجارية جزاء لمخالفة هذه الاجال يتمثل في حرمان الدائن من المشاركة في توزيع الاموال في إطار تنفيذ برنامج الانقاذ.
وتكون المحكمة مختصة بالمصادقة على تقييد الديون الثابتة وتقرر قفل جدول الديون ولها أن تأذن بتقييد بعض الديون قيدا احتياطيا إذا كانت محل منازعة في أصلها أو في مقدارها وكانت هنالك مؤيدات ترجح ثبوتها وترفض قيد كل دين غير مدعم بإثباتات.

3)- النظام القانوني للمتصرف القضائي :

93.- بالنظر لأهمية دوره في مجال التسوية القضائية فقد حدد المشرع للمتصرف القضائي جملة من القواعد تشكل جزء مهما من نظامه القانوني فهو في حالات معينة يكون مقيد الاهلية (أ) ويكون في أخرى خاضعا للمسائلة (ب).

أ)- تقييد أهلية المتصرف القضائي :

94.- يعتبر المتصرف القضائي في وضع خاص بالنسبة للمؤسسة التي عين لإعداد برنامج إنقاذها إذ هو على علم بأدق أسرارها وإمكانياتها ونقاط قوتها وضعفها.
هذه الوضعية قد تكون منشأة لتضارب واضح للمصالح فبعض العمليات المتعلقة بالمؤسسة ومنها إحالتها للغير أو إحالة بعض ممتلكاتها تستوجب اتخاذ تدابير وقائية تتعلق بالمتصرف القضائي.
تفاديا لهذا التضارب الممكن فقد أقر المشرع بالفقرة الاخيرة من الفصل 462 أن المتصرف القضائي يخضع لمقتضيات الفصلين 566 و 570 من مجلة الالتزامات والعقود[28] وهما فصلان يتعلقان بتقييد أهلية بعض الاشخاص بحكم علاقتهم بالأشياء موضوع الاحالة أو البيع فالفصل 566. من مجلة الالتزامات والعقود ينص على أن "أعضاء المجالس

[28] يشمل التقييد ايضا المصالح في التسوية الرضائية ومراقب التنفيذ في التسوية القضائية

الحكمية وكتاب المحاكم والمحامون ووكلاء الخصام ليس لهم أن يكسبوا بالشراء أو بالإحالة شيئا من الحقوق المتنازع فيها لدى المحاكم التي يباشرون بها وظيفتهم سواء كان الشراء والإحالة باسمهم أو باسم غيرهم.
فالبيع باطل والحكم بالبطلان يقع بالطلب ممن له مصلحة فيه أو بغير طلب".
أما الفصل 570 فيتعلق بمن ينزلون منزلة السماسرة الممنوعين من شراء الاموال المأمورين ببيعها أو تقويمها فقد جاء به أن "أزواج الاشخاص المذكورين بالفصل 566 والفصل 567 والفصل 568 والفصل 569 وأولادهم وإن كانوا رشداء يعتبرون واسطة في الحالات المبينة في الفصول المذكورة".
بناء على هذا التحديد فإن المتصرف القضائي محجر عليه التقدم بصفة مباشرة أو غير مباشرة بعرض في إطار شراء المؤسسة الاقتصادية تنفيذا لقرار الاحالة المقرر كحل لانقاذ المؤسسة ويكون على هذا الاساس مقيد الاهلية تقييدا محددا بما ورد بالفصل 462 من المجلة التجارية.

ب)- مسؤولية المتصرف القضائي :

95.- يمكن أن تثار مسؤولية المتصرف القضائي في إطار قيامه بمهامه وتكون هذه المسؤولية مدنية أو جزائية.
تكون المسؤولية مدنية في إطار الدعوى المقررة بالفصل 587 من المجلة التجارية والتي يمكن أن توقع ضد المتصرف القضائي أثناء سير إجراءات التسوية القضائية أو خلال الثلاثة سنوات الموالية لختمها.
تخضع هذه الدعوى ضرورة الى قواعد المسؤولية التقصيرية ويمكن أن يرفعها كل من له مصلحة ويمكن أن يكون المدين أو الدائنون الثابت تضررهم من أخطاء المتصرف القضائي المرتكبة أثناء قيامه بمهامه.
أما المسؤولية الجزائية فقد قررها الفصل 596 من المجلة التجارية وتتعلق بجريمة الخيانة في إدارة الاموال التي بعهدة المتصرف القضائي وتسلط عليه العقوبة المحددة بالفقرة الثانية من الفصل 297 من المجلة الجزائية[29] وبخطية تساوي قيمة ما يحكم بترجيعه على أن لا تقل في كل الحالات عن خمسة آلاف دينار.

الفقرة الثانية- القاضي المراقب:

96.- بالنظر لأهمية إجراء التسوية القضائية من حيث اعتباره الفرصة الاخيرة في إجراءات الانقاذ وبالنظر لتعقد مساره المرتبط بشدة الصعوبة الاقتصادية فقد اعتمد المشرع على الوجود المباشر للقضاء والملازم للإجراءات والمتمثل في شخص القاضي المراقب الذي يتولى رئيس المحكمة تعيينه عند افتتاح فترة المراقبة ليكون الى جانب المتصرف القضائي الطرف المساعد للوصول الى اعداد واقتراح برنامج الانقاذ.
ويعتبر القاضي المراقب على هذا الاساس حلقة الربط وهمزة الوصل بين المحكمة والإجراءات بجميع مكوناتها وعلى رأسها المتصرف القضائي.
ويتولى القاضي المراقب عديد المهام تتعلق بالمساعدة في اعداد برنامج الانقاذ (1) الى جانب دوره في حل المنازعات التي يمكن أن تنشأ في محيط الاجراءات (2) وتقديمه لبرنامج الانقاذ الى المحكمة (3).

1)- الاعمال المتعلقة بإعداد برنامج الانقاذ :

97.- يساعد القاضي المراقب في إعداد برنامج الانقاذ ومن ذلك ما ورد بالفصل 444 من المجلة التجارية الذي ألزمه حال تعيينه بالاتصال بلجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية وبأي جهة أخرى لطلب المعلومات عن المدين وإمكانية إنقاذه.

---

[29] يكون العقاب بالسجن مدة عشرة اعوام.

وعلى أهمية هذه الخطوة فإن المشرع أغفل الاشارة الى ضرورة مد المتصرف القضائي بهذه المعلومات كما لم ينسج على منوال التسوية الرضائية بالسعي لتذليل كل الصعوبات التي تعترض المتصرف القضائي للحصول على المعلومات التي قد تساعده على حسن إعداد برنامج الانقاذ.
كما يشرف القاضي المراقب على إعداد قائمة الدائنين التي يتولاها المتصرف القضائي.

2)- الاعمال المتعلقة بحل المنازعات:

98.- بالنظر لتضارب وتشابك المصالح ولتداخل أطراف أجنبية على المؤسسة و صلتها بالمتصرف القضائي وما لهذا الاخير من صلاحيات واسعة فإن حدوث منازعات بين هذه الاطراف أمر لا مفر منه.
أوكل المشرع للقاضي المراقب جزء مهما من هذه المنازعات المتعلقة أساسا بالمتصرف القضائي (ا) وما يترتب عن هذه المنازعات من واجب إحاطة المحكمة بها (ب).

ا)- في علاقة بالمتصرف القضائي:

99.- حددت الفقرة الاولى من الفصل 441 من المجلة التجارية أن كل شك من أعمال المتصرف القضائي ترفع الى القاضي المراقب الذي يبت فيها في أجل ثلاثة أيام.
ويمكن أن يصدر هذا التشكي إما من المدين أو من الدائنين في علاقة بما للمتصرف القضائي من مهام.
ويمكن لهذه التشكيات أن تؤدي الى تقديم اقتراح بتعويض المتصرف القضائي إذا ثبت للقاضي المراقب من خلالها دوره السلبي وغير الناجع في علاقة بمهامه. ويمكن أن تستجيب المحكمة لمقترح التعويض وذلك بعد سماع المتصرف القضائي وفي هذه الحالة عليه أن يقدم لمعوضه حساباته والأعمال التي أنجزها بمحضر القاضي المراقب وبعد إعلام المدين.
وتختص المحكمة بالنظر في الشكايات التي لم يبت فيها القاضي المراقب في الاجال المحدد له إذ يمكن للقائمين بها رفعها لها وعليها أن تبت فيها في أجل سبعة أيام من تاريخ تلقيها.
وبحسب ما جاء بالفقرة الاولى من الفصل 443 من المجلة التجارية يختص القاضي المراقب أيضا بالبت في الخلافات المتعلقة بدور المتصرف القضائي في التسيير وما ينتج عن هذا الدور من اختلاف بينه وبين المسير وهي خلافات لا يستبعد حدوثها خاصة عندما يتولى المتصرف القضائي دور الرقابة على المسير أو الحلول محله في التسيير.

ب)- في علاقة بالمحكمة:

100.- يتولى القاضي المراقب رفع تقرير في جميع المنازعات التي قد تنشأ أثناء التسوية القضائية الى المحكمة[30] كما عليه أن يرفع تقريرا الى وكيل الجمهورية فور حصول علمه بوجود اختلاسات أو غيرها من الافعال المكونة لجرائم تتعلق بتسيير المؤسسة ويتشارك في هذه المهمة مع رئيس المحكمة والمحكمة بهيأتها الحكمية[31]

[30] الفقرة الاخيرة من الفصل 444 من المجلة التجارية.
[31] الفقرة الاولى من الفصل 448 من المجلة التجارية.

3)- تقديم برنامج الانقاذ الى المحكمة :

101.- عند انتهاء المتصرف القضائي من إعداد برنامج الانقاذ يقوم على الفور بعرضه على القاضي المراقب دون أن يتجاوز في كل الاحوال الاجل المحدد لفترة المراقبة.

ويتولى القاضي المراقب حالما يتوصل بالبرنامج تحرير تقرير في شأنه يتناول فيه جدوى ما شمله من حلول ويرفع التقرير الى المحكمة في أجل لا يتجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ استلامه من المتصرف القضائي.

وتجدر ملاحظة أن صياغة الفصل 452 من المجلة التجارية في فقرته الاخيرة إضافة الى ما ورد من اشتراط إدلاء المدين ببرنامج انقاذ ضمن الملف المتعلق بطلب التسوية القضائية قد يوحي للبعض بأن المدين هو من يعد برنامج الانقاذ والحقيقة أن هذا الايحاء بعيد عن الواقع لسببين وجيهين أحدهما ذاتي والاخر موضوعي.

أما السبب الذاتي ويتعلق بالمدين اذ لو كان قادرا على صياغة برنامج انقاذ كامل غير قابل للزيادة أو النقصان بحيث يقدم على حالته للمحكمة ما كانت مؤسسته لتقع في ما وقعت فيه من صعوبات اقتصادية. وإذ افترضنا أن سبب هذه الصعوبات قد يكون خارجا عن إرادة المسير وغير مرتبط بدرجة كفاءته مما يقلل من حجة عدم قدرته على صياغة برنامج إنقاذ جدي قابل للتنفيذ فإن سببا أخر لا يقل أهمية قد يجعل مقترحه بالضرورة قابلا للمراجعة وهو أن المدين سيكون في الغالب باحثا عن مصلحته من خلال التوسع في طلب التضحيات من دائنيه وهي مقترحات لن تحوز في الغالب على موافقتهم كما صاغها المدين.

أما السبب الموضوعي فيتعلق بأن اشتراط الادلاء ببرنامج انقاذ ضمن الوثائق المكونة لمطلب التسوية القضائية ما هو إلا شرط للتحقق من جدية المدين أولا وللسماح للمتصرف القضائي للانطلاق في عمله من مقترح المدين ثانيا وذلك للاستئناس برأيه دون التقيد به.

فالمتصرف القضائي ما دام مخولا قانونا بتعديل مقترح المدين فالتعديل في حد ذاته هو المعتبر في نهاية المطاف إذ هو بالضرورة مؤد لتغيير محتوى المقترح الاول فينسب بالتالي إعداد برنامج الانقاذ لصاحب سلطة التعديل لا لصاحب سلطة الاقتراح.

أما في التطبيق العملي فعادة ما يكون برنامج الانقاذ النهائي نسخة مغايرة تماما لبرنامج الانقاذ المقترح من المدين بالنظر للتعديلات العديدة التي أدخلت عليه مما يسمح بالقول أن المعد لبرنامج الانقاذ هو فعليا المتصرف القضائي وليس للمدين إلا تقديم مقترح لا غير يكون منطلقا لعمل المتصرف القضائي.

الفقرة الثالثة- محتوى برنامج الانقاذ:

102.- يعتبر برنامج الانقاذ تتويجا لمرحلة فترة المراقبة ويمثل عرضه على المحكمة للبت فيه مقدمة للبدء في تنفيذه. ويتضمن برنامج الانقاذ اقتراح حل من الحلول الممكنة يتم تنفيذه عبر آليات ووسائل تتناسب مع وضع المؤسسة وطبيعة الحل المقترح وهي وسائل عددها الفصل 452 من المجلة التجارية وتسعى جميعها لتمكين المؤسسة من تجاوز صعوباتها الاقتصادية فمنها ما هو في علاقة بالدائنين (1) ومنها ما هو في علاقة بالمؤسسة (2) وكذلك عقود الشغل (3).

1)- آليات برنامج الانقاذ المتعلقة بالدائنين :

103.- أشار الفصل 452 من المجلة التجارية في معرض تناوله لوسائل الانقاذ الممكن اعتمادها في برنامج الانقاذ للآليات المتعلقة بالدائنين والمتمثلة أساسا بما يمكن أن يقدموه من مساعدة للمؤسسة تأخذ شكل تنازلات متعلقة بديونهم.

وعلى غرار ما يمكن أن يقدموه في إطار التسوية الرضائية فإن التنازلات التي يمكن للدائنين تقديمها للمؤسسة يمكن أن تتعلق بما يلي :

- إعادة جدولة الديون بما يسمح للمؤسسة من استرداد نسق نشاطها من خلال إرجاء أجال الديون المستحقة لآجال جديدة.

- التخفيض من أصل الديون. ولا يجبر الدائنون على التنازل دون رضاهم بل يتم بعد التشاور مع من يمثلهم ويؤخذ وجوبا برأيهم بخصوص التنازل المتعلق بالطرح من أصل الدين.

- التخفيض من الفوائض.

كما يمكن أن يقترح برنامج الانقاذ إعطاء الدائنين إمكانية تغيير ديونهم الى مساهمة في رأس مال الشركة وهو إجراء من شأنه أن يسمح باستبعاد هذه الديون من قائمة الديون الحالة إذ ستصبح جزء من رأس المال أي الدين الأبعد أجلا والذي لا يمكن خلاصه إلا عند تصفية الشركة.

وعلى الرغم من الفائدة العملية الواضحة لهذا الاجراء على مستوى التخفيف من ضغوط المديونية إلا أنه يعتبر نوعا من إدخال شركاء جدد بدون أخذ رأي الشركاء الحاليين وهو أمر قد يبدو مخالفا لمبادئ قانون الشركات التجارية خاصة إذا تعلق الامر بشركات الاشخاص المتميزة بطابعها المبني على الاعتبار الشخصي.

ومن جملة الضوابط التي حددها المشرع في إطار هذه الالية ما ورد بالفقرة الثالثة من الفصل 457 من المجلة التجارية والمتمثل في :

- وجوب أن يكون الدين مرسما بجدول الديون دون منازعة مما يستبعد الديون المقيدة احتياطيا.

- أن يكون الدين من الديون التي حل أجلها.

- أن يتعلق الاكتتاب في رأس المال بكل الدين أو بجزء منه.

-إذا كان الدين لم يحل أجله فلا يستفيد الدائن من هذه الامكانية إلا إذا تنازل عن جزء من دينه تحدده المحكمة دون أن يقل عن مبلغ الفوائض المتفق عليها بين الدائن والمدين عن الجزء الذي لم يحل أجله بعد.

وبالنظر للطبيعة الاستثنائية لهذه الآلية فقد أكدت الفقرة الاخيرة من الفصل 457 أن تحويل الديون الى مساهمة في رأس المال لا يتوقف على موافقة الشركاء.

2)- آليات برنامج الانقاذ المتعلقة بالمؤسسة :

104.- من الآليات الممكن اعتمادها تغيير الشكل القانوني للمؤسسة (ا) أو الزيادة في رأس مالها(ب) كما يمكن أيضا التفويت في بعض الممتلكات (ج).

ا)- تغيير الشكل القانوني للمؤسسة :

105.- إذا تبين من خلال التشخيص الدقيق لحالة المؤسسة أن أحد أهم العوائق هو شكلها القانوني فإن تغييره يكون وسيلة من وسائل الحل المعتمد. ويكون الامر في الأغلب متعلقا بالمؤسسة الاقتصادية التي تأخذ شكل شركة تجارية ذلك أن تنوع أشكال الشركات التجارية مبني على تعدد الحاجيات ومتناسب في الغالب مع طبيعة النشاط وطبيعة العلاقة بين الشركاء.

فالشركة التجارية قد يكون اختيار شكلها القانوني غير مناسب منذ البدء لطبيعة نشاطها أو أن اوضاعها تغيرت وصيرت شكلها غير مناسب لواقعها الحالي وهو أمر يرتب في كلتا الحالتين عائقا من العوائق التي يمكن أن تسبب مشاكل للمؤسسة و مصدرا لاحقا لصعوبتها الاقتصادية.

فالشركة التجارية التي اتخذت شكل شركة خفية الاسم يمكن أن يتبين أن أحد أسباب صعوباتها الاقتصادية متأت من عدم تناسب نشاطها وإمكانيات تطوره مع شكلها القانوني فيكون بذلك اقتراح تغيير شكلها الى ما يناسب وضعها حلا معقولا.

كما أن الشركة التي اختارت شكل شركة مفاوضة مثلا يمكن أن يتبين لاحقا أن طبيعة نشاطها وإمكانيات تطويره المستقبلية بالنظر للسوق يصطدم بشكلها غير المناسب مما يبرر تغيير هذا الشكل الذي ثبت أنه يمثل قيدا لها وجب التحلل منه.

وبالنظر الى أن اتخاذ آلية تغيير الشكل القانوني تستوجب إجراءات معينة تمر بالضرورة من خلال تغيير القانون التأسيسي فإن القانون قد خول مراقب التنفيذ بالقيام بهذه الاجراءات وهو نفس التخويل إذا تعلق الامر بآلية الترفيع في رأس المال.

ب)- الزيادة في رأس مال المؤسسة :

106.- يمكن لبرنامج الانقاذ أن يعتمد وسيلة أخرى تساهم في تحقيق الانقاذ تتعلق بالزيادة في رأس المال.

هذه الوسيلة تبدو منطقية بالنظر الى أن انقاذ المؤسسة إذا كان يقتضي أن يطلب من الغير المساهمة فيه من دائنين وإجراء أساسا فالأولى أن يطلب من الشركاء أن يعطوا المثال بإبداء الرغبة بل بالمساهمة الفعلية في تحقيق شروط الانقاذ من خلال توفير سيولة مباشرة تأخذ شكل زيادة في رأس المال.

هذه الزيادة تتميز باستبعاد بعض القواعد القانونية الممكنة في حال الترفيع في رأس المال كإمكانية الاقتصار على تحرير جزء من المبلغ المكتتب. فهذه الآلية تقوم على التوفير العاجل للسيولة مما يقتضي وجوب تحرير كامل المبلغ المكتتب حينا.

ج)- التفويت في بعض ممتلكات المؤسسة :

107.- يمكن للمتصرف القضائي أن يعتمد وسائل غير التي ذكرها الفصل 452 ومن ذلك التفويت في بعض ممتلكات المؤسسة لتوفير السيولة أو للتخفيف من أعباء كانت تستلزمها هذه الممتلكات أو الخسائر التي تتكبدها بعض فروع النشاط.

وتعد هذه الاحالة مختلفة عن إحالة المؤسسة صبرة واحدة إذ هي آلية في إطار حل من حلول الانقاذ على عكس إحالة المؤسسة برمتها بما هو حل مستقل بذاته.

3)- آليات برنامج الانقاذ المتعلقة بعقود الشغل :

108.- يمكن للمتصرف القضائي أن يقترح إنهاء بعض عقود الشغل أو أن يقترح التخفيض في الاجور أو الامتيازات الممنوحة للإجراء.

ويمكن الالتجاء الى هذه الآلية إذا ثبتت جدواها في تحقيق الانقاذ استئناسا بموقع المحافظة على مواطن الشغل ضمن أولويات إجراءات الانقاذ إذ يتقدم عليه هدف مواصلة النشاط ويتأخر عليه هدف سداد الديون.

في حال رأى المتصرف القضائي جدية آلية التخفيف من الاعباء المترتبة عن عقود الشغل سواء بإنهاء بعضها أو التنقيص من الاجور أو الامتيازات فإنه ملزم بإعلام تفقدية الشغل وانتظار ثلاثين يوما مخصصة للمساعي الصلحية وذلك قبل إحالة البرنامج على القاضي المراقب.

وقد حددت الفقرة الاخيرة من الفصل 453 من المجلة التجارية الطبيعة القانونية لإنهاء عقود الشغل في إطار برنامج الانقاذ إذ تعتبر واقعة لأسباب اقتصادية.

الفقرة الرابعة- الاجراءات المساعدة خلال فترة المراقبة:

109.- خلال كامل فترة المراقبة وقبل الوصول الى اعتماد برنامج الانقاذ المتضمن لحلول الانقاذ لا يمكن تغافل إمكانية تدهور الحالة الاقتصادية للمؤسسة بقدر قد يجعل برنامج الانقاذ بدون معنى لوصوله متأخرا بعد أن استفحلت الصعوبة الاقتصادية وأدت شدتها للخروج من منطق الانقاذ أصلا والولوج في مرحلة الفلسة.
وللتوقي من هذه المخاطر الجدية وجب اتخاذ جملة من الاجراءات المصاحبة التي تكون في شكل مساعدة تضمن استمرار نشاط المؤسسة خلال فترة المراقبة وعدم تفاقم صعوباتها الاقتصادية.
وتتعلق هذه الاجراءات أساسا بالمحافظة على السير الطبيعي للمؤسسة بقدر الامكان من خلال إجراءات تلزم الدائنين (1) وأخرى تمنع بعض التصرفات عن المدين (2) دون إغفال إجراءات تتعلق بالعقود التي تربط المؤسسة بالغير(3).

1)- إجراءات تتعلق بالدائنين:

110.- للسماح للمؤسسة بمواصلة نشاطها بشكل يضمن انقاذها أقر الفصل 449 من المجلة التجارية تعطيل إجراءات معينة كان للدائن القيام بها وذلك طيلة فترة المراقبة.
ويتبين من التنصيص على أن هذا التعطيل لا يتعلق إلا بفترة المراقبة ارتباطه بفكرة السماح بالمحافظة على السير الطبيعي للمؤسسة في انتظار تحديد برنامج الانقاذ فهو تعطيل يرفع بمجرد انتهاء فترة المراقبة.
اكدت محكمة التعقيب في هذا الاطار على وظيفة منع العمل التنفيذي وارتباطه بتوفير ضمانان انجاح عملية الانقاذ فخلصت الى "أن منع العمل التنفيذي يتعلق أساسا بتوفير الضمانات والاسباب لتمكين المؤسسة من برنامج انقاذ واخضاع جميع دائنيها للجدولة التي يقتضيها ولا دخل لاجتهاد المحكمة في وجاهة هذا الاجراء أو منع تطبيقه او الطعن فيه"[32].
ويشمل إجراء التعطيل الاعمال التالية :
- كل عمل تنفيذ يرمي الى استخلاص دين سابق لفترة المراقبة.
- كل عمل تنفيذ يرمي الى استرجاع منقولات أو عقارات بسبب عدم أداء دين.
- توقيف سريان جميع الفوائض وغرامات التأخير.
- تعليق أجال السقوط.
الى جانب هذه الاجراءات المترتبة قانونا في حق الدائن كأثر مباشر لفتح فترة المراقبة مكن المشرع رئيس المحكمة من إقرار تعليق إجراءات التنفيذ في حق الكفيل أو الضامن أو المدين بالتضامن.
ويحرم المدين من هذه الاجراءات المساعدة إذا لم يقم بتقديم الوثائق المطلوبة منه بعد إعلامه في حال قدم مطلب التسوية القضائية من غيره ويزول هذا الحرمان بقرار من رئيس المحكمة بعد معاينة استيفاء الشروط القانونية.
ومن القرارات المصاحبة أيضا والميسرة لاستمرار المؤسسة في نشاطها :
- عدم إمكانية تنفيذ حكم متعلق بمستحقات عامل إلا بإذن من رئيس المحكمة عدى المبالغ غير القابلة للحجز. ويمتنع رئيس المحكمة عن الاذن كلما تبين له أن التنفيذ قد يفاقم وضع المؤسسة ويمنع الانقاذ.
- لا يترتب عن عدم خلاص قسط من أقساط دين حلول بقية الاقساط.

---

[32] قرار تعقيبي مدني عدد 31384 بتاريخ 23 أفريل 2009- نشرية محكمة التعقيب لسنة 2009 ج 1 ص 273.

- تعلق إجراءات العقل المضروبة على أموال المؤسسة وتودع ملفاتها بكتابة المحكمة ويرفع التعليق آليا في صورة الحكم برفض طلب التسوية القضائية. وترفع العقل آليا في صورة الحكم بمواصلة النشاط أو بإحالة المؤسسة أو بكرائها أو بإعطائها في وكالة حرة.

3)- تحجيرات تتعلق بالمدين :

111.- للمحافظة على حظوظ الانقاذ وما قد يترتب من أعمال المدين من مساس باستمرارية نشاط المؤسسة فقد حجر القانون على المدين القيام ببعض الاعمال لما لها من خطورة تتعلق بتبديد أصولها ولغلبة الظن بالمحاباة فيها مما يخرق أساسا من أسس الاجراءات الجماعية المتمثل في المساواة بين الدائنين. ويبدأ التحجير من تاريخ التوقف عن الدفع وهو تحجير رتب المشرع عن مخالفته بطلان الاعمال وهي :

- التبرعات والتفويتات دون عوض باستثناء الهدايا الزهيدة المعتادة.
- كل وفاء بديون لم يحل أجلها.
- كل أداء بعوض عيني من الملتزم به أو كل وفاء بديون نقدية حل أجلها بغير نقود أو كمبيالات أو سندات لأمر أو شيكات أو أذون بالتحويل أو بطاقات بنكية أو بأي وسيلة خلاص أخرى معتمدة مع مراعاة ما اكتسبه الغير حسن النية.
- توظيف رهن عقاري وترتيب توثقة لضمان دين سابق عليه.

وتسقط دعوى البطلان بمضي سنتين من تاريخ حكم التسوية.

ويمكن للمحكمة إضافة الى التحجيرات السابقة أن تبطل كل دفع أخر للوفاء بدين حل أجله وكل عمل بعوض بعد التوقف عن الدفع إذا كان الغير عالما بتوقف المدين عن دفع ديونه.

3)- إجراءات تتعلق بالعقود :

112.- تمثل العقود التي تربط المدين مع الغير أهمية بالغة متعلقة بإمكانية المحافظة على نسق نشاط يسمح بالإنقاذ فهي قد تكون لازمة لمواصلة الانقاذ إذا كانت متعلقة بنشاط المؤسسة بصفة مباشرة كعقود التزويد كما يمكن أن تكون معيقة للإنقاذ إذا كانت متعلقة بتكاليف لا علاقة لها بشكل مباشر وضروري بنشاط المؤسسة.

وتحقيقا لأوفر حظوظ الاستمرار في النشاط فقد سمح القانون بالتدخل في الارادة التعاقدية بإلزام مواصلة التعاقد (أ) أو فرض إنهاء عقود سارية المفعول صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية (ب).

أ)- الالزام بمواصلة بعض العقود :

113.- قد تكون بعض العقود التي تربط المؤسسة ببعض مزوديها أو حرفائها على غاية من الاهمية لمواصلة نشاطها كأن تكون مع مزود رئيسي بالمواد الاولية أو بالخدمات الاساسية وتكون أجال انتهائها قريبة أو قد لا يرغب الدائن في مواصلتها بالنظر لعلمه بوضعية المؤسسة المتردية وما قد يترتب عنها بالنسبة لديونه إن هو واصل التعامل معها في إطار التعاقد السابق.

في هذه الوضعية يتدخل قانون الاجراءات الجماعية ويغلب مصلحة المؤسسة وضرورة إنقاذها على مبادئ الحرية التعاقدية فيلزم الدائن بمواصلة التعاقد مع المؤسسة بالنظر لاهمية العقد الذي يربطه معها بهدف إنقاذها.

فقد جاء بمطلع الفصل 451 من المجلة التجارية "بقطع النظر عن كل شرط مخالف يستمر العمل بالعقود التي تربط المؤسسة بالغير من حرفاء ومزودين وغيرهم..."

وبالنظر للطابع الاستثنائي لهذا الاجراء الذي يعد تدخلا مباشرا في الحرية التعاقدية يتحتم أن يقتصر تطبيقه على العقود التي يتأكد في المساس باستمرارها ضرر بالغ على امكانية الانقاذ.

ب)- الالزام بإنهاء بعض العقود:

114.- قد يكون لبعض لعقود التي أبرمتها المؤسسة في حال يسرها فائدة لا تذكر في علاقة بنشاطها وقد تمثل إلتزامات مرهقة لها ومؤثرة سلبا على إمكانية إنقاذها.
هذه العقود التي ما زالت سارية وملزمة للمؤسسة يمكن إنهاؤها إذا ثبت يقينا للمتصرف القضائي أو المدين تأثيرها الجدي على إمكانيات الانقاذ.
في هذا الصدد جاء بالفصل 441 من المجلة التجارية "...ويمكن للمحكمة إنهاء العمل بها بطلب من المتصرف القضائي أو المدين إذا كانت غير ضرورية لمواصلة نشاط المؤسسة ولم يكن في قطعها ضرر فادح للمعاقد...".
هذه العقود التي يمكن إنهاؤها بتوفر عنصري غياب طابعها الضروري لمواصلة نشاط المؤسسة وغياب الضرر الفادح للغير المعاقد تنتهي دون أن يرتب إنهاؤها أي حق في القيام بالخسارة من طرف الغير بالنظر للطبيعة القانونية للإنهاء.

المبحث الثالث
حلول الانقـــاذ

115.- من خلال برنامج الانقاذ يتحدد الحل المعتمد لإنقاذ المؤسسة المارة بصعوبات اقتصادية وهي حلول تكون الاولوية فيها لمواصلة النشاط (فقرة اولى) وإن تعذر هذا الحل فيمكن اعتماد الحلول الاخرى (فقرة ثانية). ويتقرر بع اتمام التنفيذ المآل النهائي لاجراء التسوية القضائية (فقرة ثالثة).

الفقرة الاولى- مواصلة المؤسسة لنشاطها (الحل ذو الاولوية):

116.- يعتبر الحل القاضي بمواصلة النشاط حلا ذو أولوية مطلقة بالنظر لتحقيقه الهدف الاساسي للانقاذ المتمثل في المحافظة على المؤسسة في إطارها الاصلي مع القبول ببعض التضحيات المتعلقة بمواطن الشغل وبالديون. بالنظر لأولويته المطلقة فلا يمكن للقاضي المرور لغيره من الحلول إلا متى ثبت عدم إمكانيته.
تقرر المحكمة مواصلة النشاط على ضوء برنامج الانقاذ المقدم وعلى تقرير المتصرف القضائي وفق ما جاء بالفقرة الاولى من الفصل 455 من المجلة التجارية "تقضي المحكمة بمواصلة المؤسسة لنشاطها استنادا الى تقرير المتصرف القضائي عندما تكون هناك إمكانيات جدية لمواصلة النشاط مع الاحتفاظ بكل أو بعض مواطن الشغل وخلاص الديون ويمكن أن تكون مواصلة النشاط مصحوبة ببيع أو احالة بعض الممتلكات أو النشاطات الفرعية للمؤسسة".
ولا يعتمد برنامج مواصلة النشاط إلا بمراعاة شروط تتعلق بالدائنين (1) وعند اعتماده تعين المحكمة مراقبا لتنفيذه ويمكن أن يعين المتصرف القضائي مراقبا للتنفيذ.
أثناء تنفيذ الحل المتمثل في مواصلة النشاط تحدد سلطات المدين من خلال منعه من القيام ببعض الاعمال (2) و يمكن أن يتحدد مآل البرنامج بالنظر للمعطيات الجديدة التي ترافق تنفيذه (3).

1) – شروط الموافقة على برنامج مواصلة النشاط المتعلقة بالدائنين:

117.- من شروط الموافقة على برنامج مواصلة النشاط من قبل المحكمة تلك التي حددها الفصل 456 من المجلة التجارية والمتعلقة بالدائنين إذ يشترط موافقة من تمثل ديونهم نصف إجمالي الديون ويجب على المحكمة إضافة الى ذلك التحقق من أن البرنامج يراعي مصلحة جميع الدائنين وهو ما يعطي لهدف خلاص الدائنين مكانة حتى وإن تأخر عن بقية الاهداف فلا يقبل مثلا البرنامج الذي يحقق مواصلة النشاط دون مراعاة مصلحة الدائنين.
كما أقر الفصل 456 من المجلة التجارية في فقرته الثالثة أن الحط من أصل الدين لا يتم إلا برضاء الدائن فلا يجبر على ذلك كما أن جدولة الديون لا يمكن أن تتجاوز مدة السبع سنوات إلا إذا وافق الدائن على ذلك.
ويفهم من صياغة هذا الفصل أننا إزاء قاعدتين مختلفتين الاولى آمرة وهي المتعلقة بضرورة رضاء الدائن بالحط من دينه أما الثانية فهي مكملة إذ يسمح بتجاوز حد السبع سنوات المتعلق بأمد الجدولة إذا رضي به الدائن.
كما استثنى المشرع من آلية الجدولة أنواعا من الديون وهي المبالغ المشار إليها بالفصلين 541 و 571 من المجلة التجارية وبالفصل 199 من مجلة الحقوق العينية باستثناء فقرته الرابعة كما يمكن أن تستثنى الديون الصغيرة في حدود خمسة في المائة من إجمالي الديون دون أن يتجاوز كل دين منها نسبة نصف في المائة من إجمالي الديون.

2) – تحديد سلطات المدين:

118.- إلى جانب الاليات التي يمكن للحل المتمثل في مواصلة المؤسسة لنشاطها اعتمادها حدد المشرع سلطات المدين بأن حجر عليه بعض الاعمال التي يمكن أن تؤدي الى تعطيل أو إفشال عملية الانقاذ.
ويعتبر هذا التحجير من قبيل الاحتياط من أي تجاوزات من طرف المدين ويتعلق أساسا بالممتلكات المهمة للمؤسسة والمرتبطة بوسائل الانتاج فيها وذلك من خلال اشتراط الحصول على إذن مسبق من المحكمة للقيام بهذه الاعمال فقد جاء بالفقرة الثالثة من الفصل 455 من المجلة التجارية أنه لا يجوز للمدين خلال فترة تنفيذ برنامج مواصلة النشاط و دون الحصول على إذن من المحكمة
- أن يفوت في الاصول الثابتة المسجلة في موازنة المؤسسة.
- أن يرهن الاصول الثابتة المسجلة في موازنة المؤسسة
كما أضافت الفقرة الرابعة من نفس الفصل أنه لرئيس المحكمة أن يتوسع في دائرة المنع لتشمل أصولا أخرى غير التي حددها المشرع في الفقرة الثالثة ويشمل هذا المنع بالضرورة الأصول غير الثابتة.
وتتعلق الاصول الثابتة بالأموال العقارية أو المنقولة الاقل سيولة في الموازنة كالعقارات حكمية كانت أم طبيعية وبعض المنقولات كالأصول التجارية أو براءات الاختراع وغيرها مما يمثل الجزء الاعلى في الموازنة.
أما الاصول غير الثابتة فهي الاصول المتحولة كالسلع والأدوات والمواد الاولية وسندات الدين والأوراق التجارية والأوراق المالية وغيرها.
وعلى هذا الاساس يكون المنع مباشرا كلما تعلق الامر بالأصول الثابتة وممكنا كلما تعلق الامر بالأصول غير الثابتة إذ يمكن مثلا لرئيس المحكمة أن يقرر أن بيع المساهمات التي تملكها المؤسسة ممنوعا إلابإذن من المحكمة ويتعلق الامر بالأسهم و الاوراق المالية المكونة لمحفظة الاستثمارات التي يمكن أن تكون جزء من أصول المؤسسة.
ويكون المنع واجب الاشهار من طرف مراقب التنفيذ بالرائد الرسمي وبالسجل التجاري وبرسوم الملكية وبالسجلات العمومية الاخرى.
ويترتب عن قيام المدين بهذه الاعمال الممنوعة دون حصوله على إذن من المحكمة بطلانها في إطار دعوى قضائية تتقادم بأجل ثلاث سنوات من تاريخ القيام بالعمل أو من تاريخ ترسيمه عند الاقتضاء.

3) - مآل برنامج الانقاذ:

119.- ينشأ عن برنامج الانقاذ جملة من الالتزامات على الاطراف المرتبطة به وخاصة المدين والدائنين مما يحتم على كل طرف الوفاء بما التزم به.

غير أن الواقع العملي قد يفشئ وضعيات يكون فيها المدين مخلا بتعهداته إزاء دائنيه (أ) كما يمكن للإطار الموضوعي الذي يتنزل فيه البرنامج أن يتبدل بشكل جدي (ب).

أ) - إخلال المدين بتعهداته :

120.- في حال أخل المدين بما التزم به في إطار برنامج الانقاذ تجاه دائنيه أقر الفصل 458 من المجلة التجارية للدائن الحق في إجبار المدين على الوفاء بالطرق القانونية باستثناء تلك المتعلقة بالأعمال المحجرة على المدين بالفقرتين 3 و4 من الفصل 455.

ولا يسمح للدائن القيام بفسخ العقد سند الدين وله القيام بطلب إبطال برنامج الانقاذ إذا كان مقدار دينه يمثل على الاقل 15 في المائة من إجمالي الديون.

ويمكن لوكيل الجمهورية ولمراقب التنفيذ القيام أيضا برفع دعوى إبطال برنامج الانقاذ. وهو الحل الذي اكدته محكمة التعقيب في قرارها عدد 9007 بتاريخ 06 فيفري 2014 الذي جاء فيه "إن التزام طالب التسوية ببرنامج الانقاذ وتنفيذها طبق برنامج الانقاذ مسالة أولية وجوبية لا تتعلق بمصلحة الدائنين فقط وإنما بالنظام العام الاقتصادي ولذلك يجوز لوكيل الجمهورية كطرف يحمي المصالح العامة أن يطلب من تلقاء نفسه إبطال برنامج الانقاذ إذا لم يقع تنفيذه ويتعلق ايضا بالمصداقية المفروضة لدى طالب التسوية في تقيده بتنفيذ برنامج الانقاذ تحت متابعة مراقب التنفيذ الذي خوله القانون عند الاخلال بالبرنامج القيام قضائيا في طلب إبطاله وعليه فإن تنفيذ البرنامج المصادق عليه مسألة الزامية وتحمي عدة مصالح مثلما ذكر ولا يمكن التغاضي عنها إلا إذا وجدت الاسباب المبررة كالقوة القاهرة التي لا تؤخذ على الظن وإنما من اليقين"[33].

كما جاء في قرار أخر أن إبطال برنامج الانقاذ يكون مبررا حتى في حال خلاص بعض الديون دون البعض الاخر إذ يمكن للدائن الذي لم يقع خلاصه أن يطلب إبطال برنامج الانقاذ[34].

في حال قررت المحكمة ابطال برنامج الانقاذ فإن قرارها ينتج أثارا مهمة تجاه المدين ودائنيه.

بالنسبة للدائنين ينتهي أثر التنازل المقدم للمدين عن جزء من ديونهم ويعود الوضع الى ما كان عليه قبل إعداد برنامج الانقاذ.

بالنسبة للمدين وبالنظر لعدم إمكانية تنفيذ حل مواصلة النشاط طالما وقع الحكم ببطلان البرنامج فإن المحكمة تقر حلولا أخرى للإنقاذ إذا تبين لها استمرار إمكانية الانقاذ وتقرر التفليس إن توفرت شروطه.

في حال تم اعتماد حل اخر للإنقاذ حددت الفقرة الاخيرة من الفصل 458 من المجلة التجارية أن الحل هو إحالة المؤسسة للغير.

ويفهم من الصياغة أن الاحالة هي الحل الوحيد مما يطرح مسالة اقصاء الحلول الاخرى التي يمكن أن تكون أكثر تناسبا مع وضعية المؤسسة.

---

[33] مذكور في عصام الاحمر- الجديد في فقه القضاء 2017- مجمع الاطرش للكتاب- 2017- ص 314.

[34] قرار تعقيبي مدني عدد 67 468 بتاريخ 17 افريل 2012 – مرجع سابق ص 314.

ب) - تبدل الاطار العام لبرنامج الانقاذ:

121.- يمكن أن يتزامن تنفيذ برنامج مواصلة النشاط مع تغير هام للظرف الاقتصادي العام بشكل يؤثر بصفة جوهرية وملموسة على قدرة المؤسسة على تنفيذ برنامج الانقاذ كارتفاع مشط في أسعار مادة أولية أساسية تستعملها المؤسسة (البترول مثلا) أو غلق للحدود حرم المؤسسة من أسواق خارجية سواء للتزود بالمواد الاولية أو لبيع منتجاتها أو ازمة مالية حادة أثرت على مصادر التمويل وكلفتها.

في هذه الحالة يعتبر العنصر الموضوعي الخارج عن إرادة المدين هو المتسبب في أوضاع جديدة يستوجب الاخذ بها لآثارها المباشرة على قدرة المؤسسة الوفاء بتعهداتها المضمنة ببرنامج الانقاذ مما يستدعي الحديث عن تغيير وتعديل ضروري لبرنامج الانقاذ على ضوء المعطيات الجديدة.

في هذه الحالة أقر الفصل 459 من المجلة التجارية أنه للمحكمة بطلب من المدين أو النيابة العمومية أو الدائنين الذين تمثل ديونهم نسبة 15 في المائة من اجمالي الديون أن تعدل برنامج الانقاذ بعد موافقة الدائنين الذين تمثل ديونهم نصف إجمالي الديون على الاقل.

ويفهم من ذلك أن هذا التغيير سيترتب عنه بالضرورة تنازلات جديدة يقدمها الدائنون للمدين كما يمكن أن يشمل الامر زيادة في رأس المال أو تفويتا في بعض الممتلكات لغاية تجاوز تداعيات الظروف المستجدة.

الفقرة الثانية- الحلول الاخرى:

122.- عند استحالة تحقيق الحل المفضل المتمثل في مواصلة النشاط يمكن الالتجاء الى حلول أخرى تحقق أهداف الإنقاذ وإن كان ذلك بكيفية أقل. ومن هذه الحلول إحالة المؤسسة للغير (1) أو كراؤها (2) أو كراؤها كراء مشفوعا بإحالتها (3) أو إعطاؤها في إطار وكالة حرة (4).

1) - إحالة المؤسسة:

123.- عند تعذر الحل المتمثل في مواصلة المؤسسة لنشاطها يمكن للمحكمة أن تقر حلولا أخرى ومن بينها إحالة المؤسسة للغير.

ويتم إقرار حل الاحالة كما جاء بالفصل 461 من المجلة التجارية بحكم تحضيري تصدره المحكمة إثر تلقيها لبرنامج الانقاذ.

وقد حدد الفصل 461 أن إحالة المؤسسة للغير تستوجب شرطا سلبيا وآخر إيجابي.

أما الشرط السلبي فيتمثل في ثبوت تعذر مواصلة المؤسسة لنشاطها طبق أحكام القسم الثالث المتعلق بمواصلة المؤسسة لنشاطها (الفصول من 455 الى 459).

أما الشرط الايجابي فيتمثل في ثبوت أن في الاحالة ضمان لاستمرار نشاط المؤسسة والاحتفاظ بكل أو بعض مواطن الشغل فيها وخلاص ديونها.

وتتم الاحالة حسب إجراءات معينة تتعلق بإعدادها (أ) و اختيار العرض الانسب (ب) وتنفيذه (ج).

أ) – إجراءات إعداد الاحالة:

124.- يترتب عن إصدار المحكمة حكما تحضيريا بالإحالة البدء بالإعداد للإحالة من خلال جملة من الاجراءات تتمثل في :

- تحديد المحكمة للآجال التي يتعين تقديم العروض المتعلقة بالإحالة.
- تحديد المحكمة للشروط المتعلقة بجدية العروض والتي على أصحاب العروض الالتزام بها.
- إعداد كراس الشروط من قبل المتصرف القضائي تحت إشراف القاضي المراقب.
- وضع كراس الشروط على ذمة الراغبين في تقديم العروض مع تحديد مصاريف الحصول على نسخة منه.
- إشهار المتصرف القضائي للإذن بافتتاح أجال تلقي العروض بالرائد الرسمي وبجريدتين يوميتين إحداهما صادرة باللغة العربية وبكل وسيلة أخرى تأذن بها المحكمة وذلك في أجل عشرون يوما التالية لاتخاذ الإذن.

يتولى المتصرف القضائي قبول العروض ويقدمها للمحكمة لتقرر في شأنها. وقد اشترط الفصل 462 من المجلة التجارية على صاحب العرض أن يبين عناصر عرضه التي يجب أن تشمل أساسا :

- الثمن المعروض خاليا من الاداءات والمعاليم.
- بيان طرق التمويل المعتمدة والضمانات المقدمة.
- بيان عدد مواطن الشغل التي يلتزم بالمحافظة عليها.
- بيان برنامجه المتعلق بالاستثمارات التي يعتزم القيام بها لتطوير نشاط المؤسسة.

ب) – إختيار العرض :

125.- عند تلقي العروض يقوم المتصرف القضائي بتقديمها للمحكمة مع كل ما يمكن أن يساعد المحكمة على اختيار العرض المناسب.

ويمكن في هذا الاطار أن يقوم المتصرف القضائي بإعداد جداول تسمح بمقارنة العروض كما يمكنه أن يبدي رأيه في أنسب العروض وهي مسائل تدخل بطبعها في ما حدده المشرع من عناصر من شأنها أن تساعد المحكمة على تقدير جدية العروض واختيار الانسب منها.

على ضوء العروض المقدمة وما صاحبها من معلومات تقضي المحكمة في أجل عشرين يوما من تلقيها للعروض و بحضور النيابة العمومية بقبول العرض الذي يحقق أكثر من غيره استمرار مواطن الشغل وتغطية الديون.

وتتمتع المحكمة بسلطة واسعة في تقدير العرض المناسب حسب الضوابط القانونية إذ يمكنها مثلا أن تستبعد العرض الذي قدم أعلى ثمن بعرض أخر قدم ضمانات أحسن في الابقاء على مواطن الشغل وفي فرص تطوير المؤسسة استنادا على أن الحل المعتمد يجب أن يحقق أهداف الانقاذ بترتيبها فإن كان العرض الاعلى ثمنا يضمن حقوق الدائنين إلا أنه قد يكون سيئا بخصوص مواطن الشغل أو امكانيات تطوير المؤسسة مما يبرر استبعاده لصالح عرض أقل ثمنا وأجدى لموافقته الترتيب المعتمد لأهداف الانقاذ.

ج) – إجراءات تنفيذ الاحالة :

126.- على إثر اختيار العرض الانسب يبدأ العمل على تنفيذه ويتولى في هذا الصدد مراقب التنفيذ إعلام صاحب العرض المختار لإتمام إجراءات الاحالة في أسرع الاجال دون أن يتجاوز ذلك الشهر من تاريخ اختيار العرض.

وتتمثل أولى عمليات التنفيذ تلك المتعلقة بدفع ثمن الاحالة طبق ما جاء بكراس الشروط وفي صورة عدم التقيد بالالتزام يعتبر المحال إليه ناكلا.

والنكول كما عرفته محكمة التعقيب "هو السعي في التنصل من الالتزام بدون وجه شرعي يبرره وذلك إما بالتصدي قصديا والامتناع عن تنفيذ ما تعهد به في الاجل الاتفاقي أو بالتقاعس عن القيام بما يلزم لتنفيذ واجبه"[35].

ويرتب النكول أثرين يتعلق الاول بالناكل ويتعلق الثاني بالمؤسسة.

---

[35] قرار تعقيبي مدني عدد 30579 بتاريخ 28 سبتمبر 2009 – نشرية محكمة التعقيب لسنة 2009 – ج 1 ص 219.

بالنسبة للناكل جاء بالفقرة الاخيرة من الفصل 463 من المجلة التجارية التنصيص على تحميله بغرم الضرر المترتب عن نكوله وبحرمانه من استرجاع المبالغ التي سبقها أو أمنها. وتكون هذه المبالغ مع غرم الضرر مضافة الى الاموال المخصصة لخلاص الدائنين.

أما بالنسبة للأثر المتعلق بالمؤسسة فيتمثل في القيام بإجراءات جديدة لطلب العروض إلا أنه يمكن للمحكمة اختيار عرض من العروض السابقة دون اللجوء الى طلب عروض جديدة.

وإذا كان بإمكان المحكمة أن تطلب من مقدمي العروض تحسين عروضهم قبل اتخاذ القرار باختيار أحسنها طبق ما جاء بالفقرة الثانية من الفصل 463 من المجلة التجارية فإن طلب تحسين العروض يكون ممكنا بل مطلوبا إذا قررت المحكمة في حال النكول عدم اللجوء الى إجراءات جديدة والاكتفاء بالعروض السابقة.

ويتميز تنفيذ الاحالة ببعض الخصوصيات التي تندرج في إطار حماية التنفيذ من كل ما يهدد استمراره وذلك من خلال منع المحال له من طلب فسخ الاحالة لوجود عيوب خفية أو إبطالها لعيوب في الرضا. ويعد هذا الحل المعتمد بالفقرة الاخيرة من الفصل 463 استثناء للإمكانيات المتاحة للمحال له (المشتري) في عقد البيع الذي يمكن له طلب فسخ البيع لوجود عيوب خفية بالمبيع أو طلب إبطال البيع لثبوت تعيب الرضا.

أما على الجانب الاخر فإن للإحالة مفعولا تطهيريا متعلقا بجميع الديون والترسيمات السابقة فقد جاء بالفقرة الاولى للفصل 464 من المجلة التجارية أنه "خلافا لمقتضيات الفصل 292 من مجلة الحقوق العينية تطهر المؤسسة عند بيعها من جميع الديون والترسيمات السابقة بما فيها الممتازة وتنتقل ملكيتها الى المحال له بمجرد وفائه بجميع التزاماته ودفعه كامل الثمن ويحجز محصول البيع لفائدة الدائنين".

ويتمثل هذا الاثر في جعل انتقال الملكية مرتبطا بالوفاء بكل الالتزامات وعلى رأسها دفع كامل الثمن وتنتقل هذه الملكية مطهرة من جميع التحملات السابقة إذ أن الثمن المدفوع هو الذي سيكون البدل من حيث الضمانة بالنسبة للدائنين الذين سيتحاصصونه بينهم طبق قواعد التوزيع والترتيب.

كما ينتج أثر أخر لا يقل أهمية ويتعلق بالعقود التي أذنت المحكمة بمواصلتها فيحل فيها المحال له محل المحال عنه من تاريخ الاحالة.

2) - كراء المؤسسة:

127.- على غرار حل الاحالة يمكن للمحكمة أن تقرر بحكم تحضيري كراء المؤسسة بنفس الشروط التي اعتمدت لإقرار الاحالة أي تعذر مواصلة نشاطها وضمان حل الكراء استمرار النشاط والاحتفاظ بكل أو بعض مواطن الشغل فيها وخلاص ديونها.

وتتم اجراءات إعداد عملية الكراء بنفس طريقة إجراءات إعداد الاحالة من حيث طلب العروض وإعداد كراس الشروط وتقرر المحكمة اختيار العرض بنفس الاجراءات المعتمدة في الاحالة.

ويختلف الكراء عن الاحالة بالنظر للآثار المترتبة عن كليهما فلا تنتقل الملكية بل يقتصر الامر على حق الاستغلال مقابل معينات الكراء.

ويحدد المتصرف القضائي بناء على رأي خبير في الأكرية معين الكراء الافتتاحي المحدد في كراس الشروط كما يحدد الشروط المتعلقة بزيارة المحلات الراجعة للمؤسسة لمعاينتها ويحدد أمد الكراء ودورية أداء معينات الكراء التي لا يجب أن تتجاوز ثلاثة أشهر.

وعلى خلاف الاحالة التي لا يجوز فسخها فإن الكراء قابل للفسخ إذا ثبت عدم وفاء أحد طرفيه بالتزاماته المضمنة بالعقد أو المترتبة عن طبيعة العقد وهو ما يستنتج من عبارة الفسخ الواردة بالفصل 467 من المجلة التجارية.

3) - كراء المؤسسة كراء مشفوعا بالإحالة:

128.- يمكن أن يكون الكراء عاديا كما يمكن أن يكون مشفوعا بالإحالة.
في هذه الحالة وعند تمام أجل الكراء تحال المؤسسة للمكتري بعد وفائه بالتزاماته.
ويكون هذا الحل مناسبا لبعض الاشخاص الذين يؤجلون عملية الاحالة الى انتهاء مدة الكراء التي فرض المشرع أن لا تتجاوز السنتين.
وفي حال نكول المكتري على إتمام شروط الاحالة خلال الشهر الموالي لانتهاء أمد الكراء المشفوع بالإحالة تقرر المحكمة حلا أخر من ضمن الحلول المتاحة كما يمكن تفليسها بتوفر شروط التفليس.
ويتحمل الناكل الفارق في القيمة وليس له طلب ما زاد في هذه القيمة.
وخلافا للنكول في الاحالة فإن الناكل يمكن أن يكون موضوع دعوى مسؤولية يرفعها عليه المدين أو أحد الدائنين لطلب التعويض عن الضرر المترتب لهم من النكول.
ولا يرتب حل الكراء سواء كان مشفوعا بالإحالة أم لا تطهير المؤسسة من ديونها ولا يلتزم المكتري تجاه دائني المؤسسة بأكثر من معينات الكراء.

4) - إعطاء المؤسسة في إطار وكالة حرة:

129.- يعتبر هذا الحل مقتصرا على نوع بعينه من المؤسسات الاقتصادية بالنظر الى أن الوكالة الحرة هي كراء يكون موضوعه أصل تجاري. على هذا الاساس يفهم إفراده كحل من الحلول متميز عن غيره من الوضعيات فهو لا يتعلق إلا بالمؤسسة التي لها صفة التاجر سواء كان شخصا طبيعيا (مؤسسة فردية) أو شخصا معنويا (شركة تجارية شكلا أو موضوعا).
وقد أورد المشرع عديد الاشارات المتعلقة بالأصل التجاري في إطار حلول الانقاذ مما يؤكد ما سبق قوله ومن ذلك :
- ما جاء بالفصل 467 بخصوص كراس الشروط : "وجرد جميع عناصر الاصل التجاري والمعدات الموجودة بالمحل والالات التي تستعمل في استغلال".
- ما جاء بالفقرة الرابعة من الفصل 467 :"...وتختار المحكمة العرض... والمحافظة على عناصر الاصل التجاري...".
- ما جاء بالفقرة الاخيرة من الفصل 470:"ويحمل المكتري على أنه حول عناصر الاصل التجاري لفائدته الشخصية إذا افتتح نشاطا مماثلا لنشاط المؤسسة المكراة أثناء فترة الكراء أو في ظرف ثلاث سنوات من تاريخ نهاية الكراء بأي وجه كان".
وفي ما عدى خصوصية موضوع الكراء في الوكالة الحرة فإن نظام فتح أجال العروض وإعداد كراس الشروط واختيار العرض المناسب وتنفيذه تتوافق مع إجراءات الحلول السابقة.
وطالما أن الأمر يتعلق بكراء فإن الفرق بينه وبين الاحالة يتعلق بمسألة تطهير المؤسسة من ديونها التي لا تطرح في الكراء والوكالة الحرة ويتميز الكراء والوكالة الحرة عن الاحالة بإمكانية الفسخ عند توفر شروطه.
من جهة أخرى يمكن أن نتساءل عن انطباق الشكلية المستوجبة في العقود التي موضوعها الاصل التجاري على الحل المتمثل في إعطاء المؤسسة في إطار وكالة حرة.
بالرجوع الى ما جاء بالفصل 467 في فقرته قبل الاخيرة التي جاء فيها "...ويخضع عقد الكراء أو الوكالة الحرة الى أحكام هذه المجلة والقواعد العامة" يمكن القول أن الشكلية التي استوجبها الفصل 189 مكرر من المجلة التجارية لكل العقود التي موضوعها الاصل التجاري هي واجبة الانطباق إذ هي تمثل القواعد العامة للعقود الواردة على الاصل التجاري وأن أي إعفاء منها يتوجب أن يكون منصصا عليه ضمن القواعد المنظمة للحل المعتمد في الاجراءات الجماعية.

بالنسبة للناكل جاء بالفقرة الاخيرة من الفصل 463 من المجلة التجارية التنصيص على تحميله بغرم الضرر المترتب عن نكوله وبحرمانه من استرجاع المبالغ التي سبقها أو أمنها. وتكون هذه المبالغ مع غرم الضرر مضافة الى الاموال المخصصة لخلاص الدائنين.

أما بالنسبة للأثر المتعلق بالمؤسسة فيتمثل في القيام بإجراءات جديدة لطلب العروض إلا أنه يمكن للمحكمة اختيار عرض من العروض السابقة دون اللجوء الى طلب عروض جديدة.

وإذا كان بإمكان المحكمة أن تطلب من مقدمي العروض تحسين عروضهم قبل اتخاذ القرار باختيار أحسنها طبق ما جاء بالفقرة الثانية من الفصل 463 من المجلة التجارية فإن طلب تحسين العروض يكون ممكنا بل مطلوبا إذا قررت المحكمة في حال النكول عدم اللجوء الى إجراءات جديدة والاكتفاء بالعروض السابقة.

ويتميز تنفيذ الاحالة ببعض الخصوصيات التي تندرج في إطار حماية التنفيذ من كل ما يهدد استمراره وذلك من خلال منع المحال له من طلب فسخ الاحالة لوجود عيوب خفية أو إبطالها لعيوب في الرضا. ويعد هذا الحل المعتمد بالفقرة الاخيرة من الفصل 463 استثناء للإمكانيات المتاحة للمحال له (المشتري) في عقد البيع الذي يمكن له طلب فسخ البيع لوجود عيوب خفية بالمبيع أو طلب إبطال البيع لثبوت تعيب الرضا.

أما على الجانب الاخر فإن للإحالة مفعولا تطهيريا متعلقا بجميع الديون والترسيمات السابقة فقد جاء بالفقرة الاولى للفصل 464 من المجلة التجارية أنه "خلافا لمقتضيات الفصل 292 من مجلة الحقوق العينية تطهر المؤسسة عند بيعها من جميع الديون والترسيمات السابقة بما فيها الممتازة وتنتقل ملكيتها الى المحال له بمجرد وفائه بجميع التزاماته ودفعه كامل الثمن ويحجز محصول البيع لفائدة الدائنين".

ويتمثل هذا الاثر في جعل انتقال الملكية مرتبطا بالوفاء بكل الالتزامات وعلى رأسها دفع كامل الثمن وتنتقل هذه الملكية مطهرة من جميع التحملات السابقة إذ أن الثمن المدفوع هو الذي سيكون البدل من حيث الضمانة بالنسبة للدائنين الذين سيتحاصصونه بينهم طبق قواعد التوزيع والترتيب.

كما ينتج أثر أخر لا يقل أهمية ويتعلق بالعقود التي أذنت المحكمة بمواصلتها فيحل فيها المحال له محل المحال عنه من تاريخ الاحالة.

2) - كراء المؤسسة:

127.- على غرار حل الاحالة يمكن للمحكمة أن تقرر بحكم تحضيري كراء المؤسسة بنفس الشروط التي اعتمدت لإقرار الاحالة أي تعذر مواصلة نشاطها وضمان حل الكراء استمرار النشاط والاحتفاظ بكل أو بعض مواطن الشغل فيها وخلاص ديونها.

وتتم اجراءات إعداد عملية الكراء بنفس طريقة إجراءات إعداد الاحالة من حيث طلب العروض وإعداد كراس الشروط وتقرر المحكمة اختيار العرض بنفس الاجراءات المعتمدة في الاحالة.

ويختلف الكراء عن الاحالة بالنظر للآثار المترتبة عن كليهما فلا تنتقل الملكية بل يقتصر الامر على حق الاستغلال مقابل معينات الكراء.

ويحدد المتصرف القضائي بناء على رأي خبير في الأكرية معين الكراء الافتتاحي المحدد في كراس الشروط كما يحدد الشروط المتعلقة بزيارة المحلات الراجعة للمؤسسة لمعاينتها ويحدد أمد الكراء ودورية أداء معينات الكراء التي لا يجب أن تتجاوز ثلاثة أشهر.

وعلى خلاف الاحالة التي لا يجوز فسخها فإن الكراء قابل للفسخ إذا ثبت عدم وفاء أحد طرفيه بالتزاماته المضمنة بالعقد أو المترتبة عن طبيعة العقد وهو ما يستنتج من عبارة الفسخ الواردة بالفصل 467 من المجلة التجارية.

3) - كراء المؤسسة كراء مشفوعا بالإحالة:

128.- يمكن أن يكون الكراء عاديا كما يمكن أن يكون مشفوعا بالإحالة.
في هذه الحالة وعند تمام أجل الكراء تحال المؤسسة للمكتري بعد وفائه بالتزاماته.
ويكون هذا الحل مناسبا لبعض الاشخاص الذين يؤجلون عملية الاحالة الى انتهاء مدة الكراء التي فرض المشرع أن لا تتجاوز السنتين.
وفي حال نكول المكتري على إتمام شروط الاحالة خلال الشهر الموالي لانتهاء أمد الكراء المشفوع بالإحالة تقرر المحكمة حلا أخر من ضمن الحلول المتاحة كما يمكن تفليسها بتوفر شروط التفليس.
ويتحمل الناكل الفارق في القيمة وليس له طلب ما زاد في هذه القيمة.
وخلافا للنكول في الاحالة فإن الناكل يمكن أن يكون موضوع دعوى مسؤولية يرفعها عليه المدين أو أحد الدائنين لطلب التعويض عن الضرر المترتب لهم من النكول.
ولا يرتب حل الكراء سواء كان مشفوعا بالإحالة أم لا تطهير المؤسسة من ديونها ولا يلتزم المكتري تجاه دائني المؤسسة بأكثر من معينات الكراء.

4) - إعطاء المؤسسة في إطار وكالة حرة:

129.- يعتبر هذا الحل مقتصرا على نوع بعينه من المؤسسات الاقتصادية بالنظر الى أن الوكالة الحرة هي كراء يكون موضوعه أصل تجاري. على هذا الاساس يفهم إفراده كحل من الحلول متميز عن غيره من الوضعيات فهو لا يتعلق إلا بالمؤسسة التي لها صفة التاجر سواء كان شخصا طبيعيا (مؤسسة فردية) أو شخصا معنويا (شركة تجارية شكلا أو موضوعا).
وقد أورد المشرع عديد الاشارات المتعلقة بالأصل التجاري في إطار حلول الانقاذ مما يؤكد ما سبق قوله ومن ذلك :
- ما جاء بالفصل 467 بخصوص كراس الشروط : "وجرد جميع عناصر الاصل التجاري والمعدات الموجودة بالمحل والالات التي تستعمل في استغلال".
- ما جاء بالفقرة الرابعة من الفصل 467 :"...وتختار المحكمة العرض... والمحافظة على عناصر الاصل التجاري...".
- ما جاء بالفقرة الاخيرة من الفصل 470:"ويحمل المكتري على أنه حول عناصر الاصل التجاري لفائدته الشخصية إذا افتتح نشاطا مماثلا لنشاط المؤسسة المكراة أثناء فترة الكراء أو في ظرف ثلاث سنوات من تاريخ نهاية الكراء بأي وجه كان".
وفي ما عدى خصوصية موضوع الكراء في الوكالة الحرة فإن نظام فتح أجال العروض وإعداد كراس الشروط واختيار العرض المناسب وتنفيذه تتوافق مع إجراءات الحلول السابقة.
وطالما أن الأمر يتعلق بكراء فإن الفرق بينه وبين الاحالة يتعلق بمسألة تطهير المؤسسة من ديونها التي لا تطرح في الكراء والوكالة الحرة ويتميز الكراء والوكالة الحرة عن الاحالة بإمكانية الفسخ عند توفر شروطه.
من جهة أخرى يمكن أن نتساءل عن انطباق الشكلية المستوجبة في العقود التي موضوعها الاصل التجاري على الحل المتمثل في إعطاء المؤسسة في إطار وكالة حرة.
بالرجوع الى ما جاء بالفصل 467 في فقرته قبل الاخيرة التي جاء فيها "...ويخضع عقد الكراء أو الوكالة الحرة الى أحكام هذه المجلة والقواعد العامة" يمكن القول أن الشكلية التي استوجبها الفصل 189 مكرر من المجلة التجارية لكل العقود التي موضوعها الاصل التجاري هي واجبة الانطباق إذ هي تمثل القواعد العامة للعقود الواردة على الاصل التجاري وأن أي إعفاء منها يتوجب أن يكون منصصا عليه ضمن القواعد المنظمة للحل المعتمد في الاجراءات الجماعية.

وطالما أن هذا الاستثناء غير وارد صراحة فالعودة للنص العام تفرض نفسها.
في المقابل لا يمكن أن ينطبق ما جاء بالفصل 233 من المجلة التجارية من إمكانية التصريح بحلول الديون إذا ثبت أن استغلال الاصل التجاري في إطار وكالة حرة يعرض استيفاءها للخطر لأن هذه الامكانية تتعارض تعارضا واضحا مع خصوصية الإجراءات الجماعية المتعلقة بالدائنين.

الفقرة الثالثة- مآل التسوية القضائية:

130- عند إقرار الحل المعتمد من قبل المحكمة لإنقاذ المؤسسة والبدء في تنفيذه تحت رقابة مراقب التنفيذ يقوم هذا الاخير بإعلام المحكمة بنتائج أعماله.
إذا كان الحل المعتمد هو الكراء الغير مشفوع بالإحالة أو الوكالة الحرة فإن الفصل 472 من المجلة التجارية أوجب على مراقب التنفيذ تقديم تقرير الى رئيس المحكمة وذلك عند انتهاء أمد الكراء أو الوكالة الحرة يبين من خلاله نتائج التنفيذ وخلاص الدائنين.
ويترتب عن انتهاء أمد الكراء استرجاع المؤسسة للعناصر المادية والمعنوية موضوع الكراء بعد تحرير جرد فيها من مراقب التنفيذ وتحت رقابة المحكمة.
وفي كل الاحوال ولكل الحلول المعتمدة فإن مراقب التنفيذ ملزم طبق مقتضيات الفصل 473 من المجلة التجارية بتقديم تقرير الى المحكمة التي أصدرت حكم التسوية يتضمن نتائج وأعمال التنفيذ.
على ضوء التقرير المقدم تتخذ المحكمة قرارا تصرح من خلاله بختم التسوية ويمكنها أن تأذن بالتفليس إن توفرت شروطه.

الجـــزء الثاني

التفليس

131.- عند بلوغ التوقف عن الدفع الوضعية الميؤوس منها التي لا تسمح بالإنقاذ يكون الاجراء المناسب متمثلا في تفليس المؤسسة .

ويتم التفليس بمقتضى حكم (**الفصل الاول**) ينتج جملة من الاثار القانونية (**الفصل الثاني**). ويترتب عن التصريح بالتفليس مباشرة الاعمال المؤدية الى تصفية ممتلكات المدين (**الفصل الثالث**) وهو ما يتحدد على ضوئه مآلات الاجراء (**الفصل الرابع**).

الفصل الاول

حكم التفليس

132.- يتم التفليس بحكم تصدره المحكمة المختصة إذا توفرت شروطه (المبحث الاول) وهو حكم قابل للطعن فيه (المبحث الثالث) من قبل أطرافه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

شروط التصريح بالتفليس

133.- تنعقد الدائرة التجارية بالمحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقر المدين بالتصريح بالتفليس إذا توفرت شروطه وهي شروط تنقسم الى شروط ذاتية (فقرة اولى) وأخرى موضوعية (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى- الشروط الذاتية:

134.- تتعلق الشروط الذاتية المتعلقة بالتفليس بتحديد الاشخاص الذين يمكن الحكم بتفليسهم (1) والأشخاص المخولين برفع دعوى التصريح بالتفليس (2).

1) – الاشخاص الخاضعين لإجراء التفليس:

135.- يعتبر التفليس من خاصيات القانون التجاري فهو لا ينطبق إلا على التجار وهو ما كان مقررا في المجلة التجارية قبل تنقيحها الا ان التوسع في الاشخاص الخاضعين للاجراءات الجماعية امتد ليشمل التجار وغيرهم.
فقد جاء بالفصل 475 من المجلة التجارية "تقضي المحكمة بتفليس التاجر أو الاشخاص المنصوص عليهم بأحكام الفصل 416 من هذه المجلة...".
فالتفليس أصبح يتجاوز التاجر ليشمل وضعيات قانونية أخرى كالحرفي والنشاط الفلاحي أو الصيد البحري الممارس في إطار شركة تجارية بالشكل.
ويعتبر هذا التوسع متجانسا مع الاتجاه الجديد للإجراءات الجماعية الذي يقر الانتفاع بها للمؤسسة الاقتصادية بصفة عامة على الرغم من أن المشرع التونسي لم يصل في توسعه الى كل مناحي النشاط الاقتصادي واقتصر على النشاط الحرفي والنشاط الفلاحي الممارس في إطار شركة تجارية بالشكل.
ويبدو أن صياغة الفصل 475 في غير محلها للأسباب التالية :

- طالما أن الفصل 416 المحال عليه يتضمن الاشارة الواضحة للتاجر فإن افتتاح الفصل بالتاجر ثم توسيعه للأشخاص المذكورين بالفصل 416 فيه تكرار لا مبرر له.
- طالما كان الاشخاص المشمولين بالإنقاذ هم نفسهم المشمولون بالتفليس فإن الامر أصبح يتعلق بنص عام لا فائدة من تكرار محتواه في كل من جزأي الاجراءات الجماعية وكان يتوجب لحسن الصياغة أن يتم إدراجه مباشرة بعد الفصل 414 ليمثل مع الفصل 413 و 414 عنوانا مستقلا متعلقا بالاحكام العامة.

2) – الاشخاص المخولون بطلب التصريح بالتفليس:

136.- تتعهد المحكمة بطلب التصريح بتفليس المدين من أطراف متعددة حددها الفصل 477 من المجلة التجارية وهم المدين (ا) أو أحد دائنيه (ب) كما يمكن أن يتم ذلك من قبل النيابة العامة (ج) أو أن تتعهد المحكمة من تلقاء نفسها (د).

ا) – الطلب المقدم من المدين:

137.- يعتبر المدين الطرف الاصلي المخول بتقديم طلب التفليس بالنظر لما قد يترتب عن تقاعسه من تبعات قانونية جسيمة فهو خلافا لإجراءات الإنقاذ التي لا يكون ملزما فيها بتقديم الطلب رغم مصلحته الواضحة في تقديمه فإن تخلفه يمكن أن يرتب في حقه مساءلة قانونية.
فقد جاء بالفصل 479 من المجلة التجارية أن من ورد ذكرهم بالفصل 475 أي المدين الخاضع لإجراء التفليس سواء كان تاجرا أو حرفيا أو ممارسا لنشاط فلاحي في إطار شركة تجارية بالشكل ملزمون في حال توقفهم عن الدفع وفي وضع ميؤوس منه أن يتولى التصريح بذلك لدى كتابة المحكمة المختصة في ظرف شهر من توقفه عن الدفع.
وإذا كان يفهم من الصياغة أن الامر يتعلق بالتصريح فحسب فإن الفصل 480 قد أكد على أن التصريح يرمي الى استصدار حكم بالتفليس مما يجعل الامر متعلقا في الواقع بتعهيد المحكمة بالنظر في التصريح على أساس أنه طلب للحكم بالتفليس مقدم من المدين.
ويشمل لفظ المدين وضعيات متعددة بالنظر للشكل القانوني للمؤسسة فهو صاحب المؤسسة إذا تعلق الامر بمؤسسة فردية وهو في المقابل مسيرها إذا تعلق الامر بمؤسسة اتخذت لها الشكل القانوني للشركة التجارية.

ب) – الطلب المقدم من أحد الدائنين:

138.- تتعهد المحكمة بطلب التصريح بالتفليس من الدائن. وعلى الرغم من سكوت المشرع عن إيراد أي شرط إضافي يتعلق بالدائن إلا أنه لا يمكنه أن يقدم طلبه إلا إذا أثبت أنه جوبه بعدم خلاص دين حل أجله وهي مسألة تستشف من القواعد العامة للدعوى إذ لا دعوى بدون مصلحة.
فالدائن الذي لم يثبت عدم خلاص دينه لا مصلحة له للقيام بدعوى التصريح بتفليس مدينه أما الدائن الذي جوبه بعدم الوفاء فإن مصلحته ثابتة كما سبق الاشارة اليها بخصوص طلب الدائن اخضاع مدينه لإجراءات التسوية القضائية وهي مصلحة تتمثل في التوقي من تكالب غيره من الدائنين على أملاك المدين بطرق التنفيذ الفردي التي يمكن أن تحرمه من ميزة المساواة بين الدائنين التي تحققها الاجراءات الجماعية وهي ميزة تبدو أكثر جلاء في إطار التفليس إذ يتكون ما يعرف بكتلة الدائنين.

ج) – الطلب المقدم من النيابة العمومية:

139.- تختص النيابة العمومية في طلب التصريح بالتفليس في بعض الحالات المحددة وهي حالات التأكد التي ذكرها الفصل 482 من المجلة التجارية وتسمح للدائن كما للنيابة العمومية برفع الامر الى المحكمة المختصة لتصرح بتفليس المدين وهي الحالات التالية :

- حالة إغلاق المدين مخازنه ولوذه بالفرار.
- حالة اندثار المؤسسة.
- حالة ثبوت أن المدين أو المسير تعمد إفراغ الذمة المالية للمؤسسة وبدد أصولها.

د) – التعهد التلقائي من المحكمة:

140.- تتعهد المحكمة تلقائيا ببعض الحالات دون الحاجة الى تلقي طلب في الغرض ويتعلق الامر بكل الحالات التي تنظر فيها في إطار الاجراءات الجماعية في إجراء غير التفليس ويتبين لها أن شرط التفليس المتعلق بالتوقف عن الدفع المتصل بالحالة الميؤوس منها متحقق. ويكون هذا الامر في الحالات التالية :

- عند فسخ الاتفاق المتعلق بالتسوية الرضائية سواء كان الفسخ لإخلال المدين بتعهداته أو لتحقق بلوغه درجة التوقف عن الدفع. في هذه الحالة وإذا تبين للمحكمة توفر شرط التفليس فتكون في حالة التعهد التلقائي.
- عند النظر في طلب التسوية الرضائية ومعاينتها لشرط التوقف عن الدفع فإنها تمر الى التفليس إذا ثبت لها أن التوقف عن الدفع لا يسمح بالإنقاذ بل يستوجب المرور بالتفليس.
- عند النظر في اعتماد برنامج الانقاذ وثبت لها أن البرنامج لم يعد قابلا للتطبيق لاستحالة ذلك بالنظر لوصول التوقف عن الدفع لمرحلة الحالة الميؤوس منها فتكون متعهدة بالتفليس تلقائيا.
- عند النظر في طلب إبطال برنامج الانقاذ أو فسخ الكراء المعتمد كحل للانقاذ في إطار التسوية القضائية وثبوت تدهور الوضع الاقتصادي للمؤسسة مما صيرها في الوضع الميؤوس منه فإنها تكون في وضع المتعهد تلقائيا بالتفليس.

الفقرة الثانية- الشرط الموضوعي:

141.- لقبول التصريح بالتفليس يتوجب على المحكمة التأكد من استيفاء الشرط الموضوعي المتعلق بحدة الصعوبة الاقتصادية التي يجب أن تصل الى درجة التوقف عن الدفع مع الوضعية الميؤوس منها (1) ويمكن أيضا أن تستند المحكمة الى وضعيات أخرى تكون فيها درجة الصعوبة السابقة مفترضة في حالات معينة بالحصر(2).

1)- التوقف عن الدفع المصاحب للوضعية الميؤوس منها:

142.- يشترط الفصل 475 من المجلة التجارية أن الحكم بالتفليس يتم إذا اتضح أن المدين قد توقف عن الدفع وهو في وضع ميؤوس منه.

إن هذا الشرط لا يختلف في جوهره عن كافة مراحل الاجراءات الجماعية التي تقوم على فكرة رئيسية تتمثل في الصعوبة الاقتصادية. فالاختلاف بين مراحل الاجراءات الجماعية لا يقوم إلا على درجة أو حدة الصعوبة الاقتصادية فهي صعوبة كامنة في الاشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية أي لم تظهر بعد على السطح وهي ظاهرة على السطح في التسوية الرضائية دون أن تصل في حدتها للتوقف عن الدفع وهي أشد في التسوية القضائية إذ هي محددة بتوقف عن الدفع يسمح بالإنقاذ وهي أكثر شدة في التفليس إذ هي توقف عن الدفع مع وضع ميؤوس منه لا يسمح بالإنقاذ.

ويتبين من اختلاف درجة الصعوبة الاقتصادية أن حدها الفاصل هو التوقف عن الدفع الذي تجتمع فيه إجراءات التسوية القضائية والتفليس ولا يقوم الاختلاف إلا على أساس شدة التوقف في الدفع فهو أقل شدة طالما كان يسمح بالإنقاذ وهو أكثر شدة إذا كان في الوضع الميؤوس منه الذي لا يسمح بالإنقاذ.

واستندا على تعريف التوقف عن الدفع الوارد بالفقرة الثانية من الفصل 434 من المجلة التجارية يمكن التساؤل عن وجود مفهومين للتوقف عن الدفع الاول خاص بالتسوية القضائية والآخر خاص بالتفليس أم أنه مفهوم موحد.

هذا السؤال مبرر بالنظر لما ذهب إليه فقه قضاء محكمة التعقيب التي رأت ان للتوقف عن الدفع مفهومان مختلفان وهي قراءة غير دقيقة للأسباب التالية :

- إن القول بأن التوقف عن الدفع له مفهومان مختلفان لا يستند الى حجة نصية بدليل أن تعريف التوقف عن الدفع لم يرد إلا في نص وحيد في حين تتالت الاشارة إليه في إجراءات الانقاذ والتفليس كمفهوم موحد.

- إن تحديد التوقف عن الدفع بزيادة وصف له لا يغير من مفهومه الذي يبقى موحدا بل يحدد درجة خطورته فهو يسمح أو لا يسمح بالإنقاذ.

- إن شرط التفليس واضح بالفصل 475 من المجلة التجارية فهو يقوم على التوقف بالدفع مضاف إليه الوضع الميؤوس منه مما يؤكد الرجوع الى المفهوم الوحيد الوارد بالفقرة الثانية من الفصل 434 من المجلة التجارية أما الوضع الميؤوس منه فلا يعدو أن يكون وصفا مضافا لمفهوم واحد.

ويتأكد هذا الامر من خلال ما ورد بالفصل 476 من المجلة التجارية التي تشترط أن لا يتم التفليس مباشرة بل بعد المرور بإجراءات التسوية القضائية كمبدأ له بعض الاستثناءات الحصرية.

فالتسوية القضائية والتفليس يجتمعان في جذع مشترك هو التوقف عن الدفع ويختلفان في وصف هذا التوقف عن الدفع من حيث امكانية الانقاذ من عدمه.

2)- الحالات المبنية على افتراض التوقف عن الدفع المصاحب للوضعية الميؤوس منها :

143.- يمكن للمحكمة أن تحكم بالتفليس بناء على افتراض تحقق شرط التوقف عن الدفع والوضع الميؤوس منه في حالات محددة عينها القانون وهي حالات تسمح بالمرور رأسا الى التفليس دون الحاجة الى اللجوء لإجراء التسوية القضائية لثبوت استحالة الانقاذ.

وقد جاءت هذه الحالات بالفصل 476 من المجلة التجارية وشملت حالات التأكد الواردة بالفصل 482 من المجلة التجارية (ا) وحالات متعلقة ببعض الوضعيات الخاصة (ب).

ا)- حالات التأكد :

144.- نظم الفصل 482 من المجلة التجارية حالات التأكد و تتعلق هذه الحالات بالوضعيات التالية وهي :

- حالة غلق المدين مخازنه ولوذه بالفرار.
- حالة اندثار المؤسسة.
- حالة تبين أن المدين أو المسير تعمد إفراغ الذمة المالية للمؤسسة أو بدد أصولها.

وإذا كانت أحد الحالات المذكورة بالفصلين 476 و 482 كافية لوحدها للحكم بالتفليس فيكون من باب أولى وأحرى اجتماع أكثر من حالة وهو ما ورد على سبيل المثال في أحد قرارات محكمة التعقيب من "أنه طالما رأت محكمة الموضوع أن إمكانية التسوية منعدمة ومديونية المؤسسة ثابتة وهي متوقفة عن كل نشاط ولا تملك أية عقارات فإن النتيجة التي استخلصتها وهي التفليس صحيحة ومطابقة لما يقتضيه الفصل 27 من قانون 17 افريل 1995"[36].

---

[36] قرار تعقيبي مدني عدد 12994 بتاريخ 13 فيفري 2002 – نشرية محكمة التعقيب لسنة 2002- ج 2 ص 265.

ب)- الحالات الخاصة :

145.- تتعلق هذه الحالات بالوضعيات التالية :

- إذا كانت الشركة في حالة تصفية وتوفرت شروط تفليسها.
- في حالة توقف المؤسسة نهائيا عن النشاط لمدة لا تقل عن عام.
- في حال ثبوت خسارة المؤسسة لكامل أموالها الذاتية أو تسجيلها لخسائر تتجاوز ثلاثة أرباع أموالها الذاتية على امتداد ثلاث سنوات متتالية إلا إذا أثبتت توفر فرص جدية لإنقاذها.
- إذا تبين أنها قد توقفت عن نشاطها وليس لها من الممتلكات ما يكفي لتغطية مصاريف القضية.

المبحث الثاني

أطراف حكم التفليس

146.- عند تعهد الدائرة التجارية بالمحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقر المدين بطلب التصريح بالتفليس يتحدد اطراف الدعوى. ويمكن التمييز بين الاطراف الاصليين (فقرة اولى) والأطراف المنضمة (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى- الاطراف الاصلية:

147.- يكون كل شخص مخول برفع الدعوى طرفا أصليا ويكون المدين في كل الحالات طرفا أصليا واجب الاستدعاء في صورة تقديم الطلب من غيره.

وبالنظر لتحديد مركزي الدعوى من خلال الطرف القائم بها وهو المدعي والطرف المطلوب وهو المدعى عليه فان المدين أي المؤسسة المطلوب تفليسها هي في كل الاحوال المدعى عليها.

أما الطرف القائم بالتتبع فيمكن أن يكون الدائن أو النيابة العمومية ويكون مركزهم القانوني هو مركز المدعي.

أما في حال التعهد التلقائي فلا يجوز الحديث عن المدعي.

الفقرة الثانية- الاطراف المنضمة:

148.- يكون للأطراف الاصلية الحق في إدخال أطراف أخرى كما يمكن للغير التداخل في الدعوى إلا أن القانون ألزم المحكمة بإدخال أطراف معينة في الدعوى فقد جاء بالفص 483 من المجلة التجارية "يجب على المحكمة ادخال الكفلاء والمدينين المتضامنين في دعوى التفليس".

المبحث الثالث

الطعن في حكم التفليس

149- عند التصريح بتفليس المدين يكون حكم المحكمة الابتدائية قابلا للطعن فيه. وقد حددت المجلة التجارية في إطار تنظيمها للإجراءات الجماعية نظاما خاصا لطرق الطعن في الاحكام الصادرة في مادة الاجراءات الجماعية وهو ما ورد بالفقرة الاولى من الفصل 562 من المجلة التجارية التي جاء فيها "يتم الطعن في الاحكام الصادرة في مادة الاجراءات الجماعية طبق المقتضيات المنصوص عليها بهذا العنوان". وقد ميز المشرع بين القرارات الصادرة عن المحكمة والقرارات الصادرة عن رئيس المحكمة فأخضع الاولى الى اجراءات خاصة و جعل الطعن في القرارات الصادرة عن رئيس المحكمة والمتعلقة بالتسوية الرضائية والتسوية القضائية خاضعة للاجراءات المحددة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية.

فحكم التفليس هو حكم إبتدائي الدرجة قابل للطعن فيه بالاستئناف وهو ما أكدته الفقرة الثانية من الفصل 564 من المجلة التجارية فبينت نظام الطعن (فقرة اولى) وبين الفصل 566 أثاره (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى- النظام القانوني للاستئناف:

150- تتعلق الفقرة الثانية بالأحكام الصادرة في مادة التفليس وهي عديدة إلا أن أولها هو الحكم المصرح بتفليس المدين وهو حكم قابل للاستئناف من قبل المدين أو الدائنين أو النيابة العمومية.

وقد حدد النص أجل القيام بالاستئناف وهو عشرون يوما من تاريخ التصريح بالحكم أو من تاريخ نشر مضمونه بالرائد الرسمي إذا كان خاضعا لموجبات النشر.

بالرجوع الى ما جاء بالفصل 485 من المجلة التجارية يتضح أن أمين الفلسة ملزم بإشهار مضمون الحكم القاضي بالتصريح بالتفليس في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبجريدتين يوميتين إحداهما صادرة باللغة العربية وبالسجل التجاري وذلك في أجل لا يتجاوز العشرة أيام من تاريخ صدوره.

ويتبين مما سبق أن الحكم القاضي بالتفليس هو من الاحكام الخاضعة لموجبات الاشهار مما يجعل أجل استئنافها يبتدئ من تاريخ إدراج مضمونها بالرائد الرسمي وليس من تاريخ التصريح بها.

الفقرة الثانية- الاثار القانونية للاستئناف:

151- خلافا للقاعدة العامة التي تقر بالمفعول التوقيفي للطعن بالاستئناف فإن الاستئناف المسلط على الحكم القاضي بالتفليس لا يوقف تنفيذه عملا بمقتضيات الفقرة الاولى من الفصل 566 من المجلة التجارية.

وتستثنى من المفعول التوقيفي الطعون التي ترفعها النيابة العمومية إذ هي وحدها التي ترتب وقف التنفيذ.

ويتميز الطعن بالاستئناف في الحكم القاضي بالتفليس بخضوعه لإجراءات القضاء الاستعجالي ضمانا لسرعة البت فيه فقد أقر المشرع بالفصل 566 أن ميعاد الجلسة الاولى لا يجب أن يتجاوز شهرا من تاريخ رفع الطعن.

كما جاء بالفقرة الاخيرة من نفس الفصل أنه استثناء لمبدأ عدم توقيف التنفيذ يمكن لرئيس المحكمة الاستئنافية المتعهدة بالطعن أن يأذن بقرار معلل بإيقاف التنفيذ لمدة شهر بتوفر الشرطين التاليين :

- أن يقدم الطاعن طلبا لرئيس محكمة الاستئناف يتعلق بوقف التنفيذ.
- أن يثبت الطاعن أن التنفيذ قد يستحيل معه الرجوع بالحالة الى ما كانت عليه قبل إجرائه.

الفصل الثاني

أثار حكم التفليس

152.- يمثل صدور الحكم المصرح بتفليس المدين نقطة البداية لإجراءات عديدة تؤول الى تصفية أمواله وتوزيعها على دائنيه .هذه الاجراءات يمكن إجمال أهمها في آثار مباشرة تنتج عن صدور الحكم وتتعلق بآثار اجرائية (المبحث الاول) وأخرى تتعلق بالأطراف (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الآثـــار الاجرائية

153.- تتعلق الآثار الاجرائية المترتبة عن الحكم المصرح بتفليس المدين بتعيين تاريخ للتوقف عن الدفع (فقرة أولى) الى جانب تسمية الاشخاص الذين سيكلفون بتفعيل اجراءات التفليس (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى- تعيين تاريخ التوقف عن الدفع:

154.- بالنظر لكون إجراء التفليس لا يكون مبدئيا إلا بعد المرور بالتسوية القضائية فإن تاريخ التوقف عن الدفع قد سبق تحديده عند افتتاح اجراءات التسوية القضائية إلا انه يمكن المرور رأسا الى التفليس دون المرور بالتسوية القضائية في حالات محددة حصرها القانون.

في هذه الحالة تتولى المحكمة تحديد تاريخ التوقف عن الدفع في حكمها المصرح بالتفليس. فقد جاء بالفصل 484 من المجلة التجارية أن تاريخ التوقف عن الدفع لا يمكن أن يتجاوز الثمانية عشر شهرا السابقة لتاريخ حكم التفليس أو إيداع مطلب التسوية القضائية.

وقد قرر الفصل أنه في حالة سكوت الحكم عن تحديد تاريخ التوقف عن الدفع فإنه يعتمد تاريخ صدور الحكم أو تاريخ إيداع المطلب بحسب الحالة كتاريخ للتوقف عن الدفع.

الى جانب معاينة التوقف عن الدفع وتحديد تاريخه فإن تحديد فترة الريبة يكتسي أهمية بالغة لتعلقه بمصير جملة من الاعمال التي يمكن للمدين اتخاذها ويكون مصيرها البطلان.

الفقرة الثانية- آثار الحكم المتعلقة بتسمية الاشخاص :

155.- للقيام بإجراءات الفلسة تتولى المحكمة تعيين أشخاص توكل إليهم وظائف وأدوار محددة تحت رقابتها وهم أمين الفلسة (1) والقاضي المنتدب (2) وممثل عن الدائنين والعملة (3).

1)- أمين الفلسة :

156.- يعتبر أمين الفلسة الشخصية الرئيسية في إجراء الفلسة من حيث دوره المحوري والرئيسي فهو على غرار المصالح في التسوية الرضائية والمتصرف القضائي في التسوية القضائية الطرف الاكثر فاعلية في إنجاح الاجراء.
ويتم تعيين أمين الفلسة في حكم التفليس كما جاء بالفصل 501 من المجلة التجارية ويمكن أن يكون فردا أو متعددا دون تجاوز الثلاث أمناء وله صفة الوكيل القضائي على المدين والدائنين على حد السواء.
وبالنظر لأهمية دوره في التفليس فقد سعى المشرع الى إحاطة نظامه القانوني بجملة من الضوابط تحقق جدا مقبولا من الحيادية وتمنعه من استغلال مركزه للقيام بأعمال من شأنها الاضرار بمن عين وكيلا عنهم.
فقد جاء بالفصل 501 من المجلة التجارية أن أمين الفلسة يخضع لأحكام الفصل 568 م ا ع الذي يمنع الامين من أن يقبل لنفسه إحالة ما وقع تفويته من الاموال التي تحت نظره ولا أن يقبل لنفسه إحالة ما على من لتظرهم من الديون[37].
كما أقر الفصل 502 من المجلة التجارية أنه "لا يجوز أن يعين أمينا للفلسة قرين المدين أو أحد أصوله أو فروعه أو أقاربه أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة ولا من كان أجيرا لديه خلال السنوات الخمس السابقة لحكم التفليس أو أحد دائنيه كما لا يجوز أن يعين مراقب حسابات الشركة المفلسة أمينا لفلستها.
كما لا يجوز أن يعين أمين الفلسة من بين الاشخاص الذين تربطهم علاقات من نوع ما تقدم بوكيل الشركة المفلسة أو مديرها العام أو رئيسها المدير العام أو أحد أعضاء مجلس إدارتها أو أحد أعضاء هيئة إدارتها الجماعية أو مديرها العام الوحيد أو أحد أعضاء مجلس مراقبتها أو بالشريك المتضامن أو بكل شريك".

2)- القاضي المنتدب :

157.- بالنظر للتعقيدات التي تميز إجراء التفليس ولضرورة مواكبته من قبل السلطة القضائية وعلى غرار ما أقره المشرع بالنسبة للتسوية القضائية فإن تعين قاضيا للإشراف المباشر والدائم على الاجراءات هو القاضي المنتدب.
وقد أورد الفصل 499 من المجلة التجارية الدور الموكول للقاضي المنتدب فهو مكلف بإنجاز مراقبة عمليات الفلسة وإدارتها وهو قاض يتم تعيينه بحكم التفليس من ضمن أعضاء المحكمة التي يمكن لها أن تعوضه في كل وقت بغيره من أعضائها بقرار معلل كما ورد ذلك بالفصل 498 من المجلة التجارية.
ويكون القاضي المنتدب في علاقة مباشرة بأمين الفلسة الذي يمارس مهامه تحت رقابته ويعود إليه تحديد أجره ونفقاته كما يتلقى كل الشكايات الموجهة ضده ويفصل فيها في أجل ثلاثة أيام من تلقيها ويمكن له أن يقترح على المحكمة تعويضه استنادا على هذه الشكايات أو بمبادرة منه أو بطلب من النيابة العمومية.
ويتميز القاضي المنتدب بحضور لافت في أغلب القرارات التي تتعلق بإجراءات الفلسة فيتولى الامور التالية :
- رفع تقرير للمحكمة في جميع النزاعات التي تنشأ في الفلسة وكل المعلومات المهمة المتعلقة بإنجاز الفلسة.
- ضبط المبالغ الواجب طرحها كمصاريف قبل إيداعها (الفصل 528).
-الإذن بسحب الاموال المودعة (الفصل 528).
- يسلم تقريرا للنيابة العمومية بعد تلقيه من أمين الفلسة (الفصل 521).
- يحدد المؤونة الغذائية للمدين (الفصل 513).
- يرخص في بيع الاشياء المعرضة للفساد (الفصل 512).

---

37 أجازت الفقرة الثانية من الفصل 568 م ا ع التصديق على الاحالة او البيع ممن وقع في حقهم أن كانت لهم أهلية التفويت ويمكن أن تكون الاجازة من المحكمة أو من غيرها من الهيئات ذات النظر.

- يأذن بإجراء المصالحة (الفصل 529).
- يقرر القفل النهائي لجدول الدائنين (الفصل 534).
- يأذن ببيع الاشياء المنقولة والعقارية (الفصل 544).
- يستدعي المراقبين للاجتماع مرة واحدة على الاقل كل ستة أشهر (الفصل 547).
- يقديم تقرير للمحكمة ليتم على أساسه ختم الفلسة لانعدام مصلحة الدائنين (الفصل 549) أو لانعدام أموال المدين (الفصل 550).
- يرخص في إتمام بيع المنقول (الفصل 545).
- يقديم تقريرا في شأن مطالب الاستحقاق في أموال المدين (الفصل 554).

3)- ممثل الدائنين والعمال :

158.- على خلاف أمين الفلسة والقاضي المنتدب الذين يعينون بحكم التفليس فإن تعيين المراقبين ممثلي الدائنين والعملة يتم طبق مقتضيات الفصل 507 من المجلة التجارية باقتراح من القاضي المنتدب.
فالدائنون يمكنهم أن يرشحوا واحدا أو أكثر لتمثيلهم وفي صورة غياب أي ترشيح يتولى القاضي المنتدب تعيين واحد منهم مراقبا ممثلا للدائنين.
أما العملة فيتم تعيين ممثلهم إذا تجاوز عددهم العشرة بعد التنبيه عليهم من قبل القاضي المنتدب وعند تجاوز أجل العشرة أيام يتولى القاضي المنتدب تعيين أحدهم ويعتبر ممثل العملة مراقبا في نفس الوقت ويكون اختصاص المراقب ممثل العملة التأكد من جدول الاجور ويتولى رفع ملاحظات العملة الى القاضي المنتدب.

المبحث الثاني

الآثـــار المتعلقة بالاطراف

159.- ينتج عن حكم التفليس جملة من الاثار تتعلق بالأطراف المباشرة وهي المدين من جهة (فقرة اولى) والدائنون من جهة أخرى (فقرة ثانية).

الفقرة الاولى- آثار الحكم بالنسبة للمدين :

160.- ينتج حكم التفليس أثرا بالغ الاهمية في حق المدين ويتمثل في رفع يده عن إدارة جميع مكاسبه والتصرف فيها من تاريخ صدور الحكم بالتفليس الى غاية الحكم بختم الفلسة كما ورد بالفصل 486 من المجلة التجارية.
ويقوم هذا الاثر على قرينة مفادها عدم أهلية المدين من جهة وحماية لحقوق دائنيه من جهة أخرى.
ويقابل رفع يد المدين عن إدارة مكاسبه فقدانه لصفة التمثيل القانوني للمؤسسة التي تنتقل لامين الفلسة الذي يتولى إدارة المكاسب ومباشرة الاجراءات اللازمة لأحكام عملية التفليس.
ويمثل أثر رفع يد المدين تقييدا لأهليته إذ يباشر أمين الفلسة جميع ما للمدين من الحقوق والدعاوى المتعلقة بكسبه.

إلا أن المدين يحتفظ لنفسه بحق التداخل في القضايا التي يباشرها الامين في حقه كما يجوز له مباشرة كافة الاجراءات التحفظية لصيانة حقوقه.

وبالنظر لخطورة إجراء رفع اليد فقد تولى الفصل 487 من المجلة التجارية رسم حدوده من خلال استثناء الحقوق التالية :

-الحقوق المتعلقة بشخص المدين دون غيره.

-الحقوق المتعلقة بمصلحة أدبية محضة.

-المكاسب غير القابلة للعقلة بحكم القانون.

-المرتبات والأجور التي قد يحصل عليها المدين مقابل نشاطه.

وعلى الرغم من استثناء بعض الحقوق من أثر رفع اليد المسلط على المدين إلا أن المشرع إمعانا في الحرص على حقوق الدائنين مكن أمين الفلسة من مباشرة الدعاوى المتعلقة بالمرتبات والأجور أو أن يتداخل في الدعاوى المتعلقة بما استثني من حقوق شخصية والتي قد تؤول الى صدور حكم فيها بأداء مبلغ مالي.

وبصفته وكيلا في الآن نفسه على المدين والدائنين فإن أمين الفلسة مخول بالقيام بالدعاوى التي تخص المؤسسة ومنها الدعوى البليانية وهو الحل الذي أقرته محكمة التعقيب في قرارها عدد 8044 بتاريخ 28 ماي 2009 الذي جاء فيه "إن القول بقصر الدعوى البليانية على الدائن ومنعها على أمين الفلسة في حق جماعة الدائنين فيه إلغاء لصلاحيات هذا الاخير ذلك أن المقصود من إبطال عقود المدين المفلس هو المال الخارج بموجب تلك العقود لكسبه لسحب الضمان الموظف لجماعة الدائنين عليه وما دام عهد قانونا لامين الفلسة السهر على مصالح إتحاد الدائنين وتصفية أموال المفلس وتوزيع متحصلها على المستحقين فإن بداهة المنطق تقتضي أن تكون الصفة قائمة في جانبه للقيام بالدعوى البليانية و أن لا يكون معزولا عن القيام بإجراءاتها بالتركيز على مجرى أعمال الفلسة المكلف بتسييره"[38].

الفقرة الثانية- آثار الحكم بالنسبة للدائنين :

161.- يرتب حكم التفليس أثارا مهمة بالنسبة للدائنين في علاقة بديونهم تجاه المدين المفلس و هي أثار تتعلق بإجراءات التنفيذ الفردي (ا) وأخرى تتعلق بفوائض الديون (ب) وبآجالها (ج). كما خص العلاقة الكرائية بآثار خاصة بها سواء تعلقت الامور بوجودها أو بما يترتب عنها من ديون (د).

ا)- الاثر المتعلق بإجراءات التنفيذ الفردي :

162.- جاء بالفصل 488 من المجلة التجارية "يعطل حكم التفليس على الدائنين إجراءات التنفيذ الفردية".

ويمثل هذا الاثر المباشر لحكم التفليس أحد مميزات الاجراءات الجماعية التي تسعى الى ضمان المساواة بين الدائنين من خلال إخضاعهم الى إجراءات غير فردية بل تتسم بالصبغة الجماعية ذلك أن الفترة السابقة لحكم التفليس كان يمكن أن تسمح لكل دائن أن يسعى في خلاص دينه بإجراءات التنفيذ الفردي وأنه بمجرد صدور حكم التفليس يصبح إجراء التنفيذ الفردي غير متاح للدائن.

ويقتصر المنع على إجراءات التنفيذ دون غيرها إذ يبقى للدائن القيام بكل الدعاوى الرامية الى إثبات الحق أو الدين وهي دعاوى يجب أن يرفعها الدائن على أمين الفلسة بالنظر الى أن أثر حكم التفليس على المدين تجرده من صفة التمثيل القانوني للمؤسسة غير أن المدين يسمح له طبق ما جاء بالفقرة الثانية من الفصل 488 من المجلة التجارية بالتداخل في هذه الدعاوى.

---

[38] عصام الاحمر -- مرجع سابق – ص 333.

ب)- الاثر المتعلق بفوائض الديون :

163.- بالنظر الى الوضعية الجديدة المترتبة عن حكم التفليس بالنسبة للمدين فقد أقر الفصل 492 من المجلة التجارية أن حكم التفليس يوقف سريان فوائض الديون بالنسبة لا فقط للدائنين بل ايضا الكفلاء والمتضامنين.

ج)- الاثر المتعلق بآجال الديون :

164.- إذا كانت الضمانة الاساسية للدائنين تتمثل في الذمة المالية لمدينهم وإذا كانت هذه الذمة المالية في وضع يستشف منه انتقاص كبير في قيمتها كضمان كنتيجة مباشرة لحكم التفليس فمن المتجه أن يفقد المدين الاجال الممنوحة له.
على هذا الاساس أقر الفصل 493 من المجلة التجارية أنه "يترتب على الحكم بالتفليس سقوط الاجل بالنسبة الى المدين دون الكفلاء والمتضامنين معه حتى لو كان ذلك لفائدة الدائنين الموثق ديونهم".
يترتب عن حكم التفليس حلول أجل كل الديون فتصبح حالة الاداء ولا يستثنى من هذا الاثر الديون الموثقة بتأمينات عينية أو شخصية إلا أن أثر سقوط الاجل لا ينصرف الى كفلاء المدين أو المتضامنين معه الذين يواصلون الانتفاع بالآجال.

د)- الاثار الخاصة بالعلاقة الكرائية :

165.- أفرد المشرع العلاقة الكرائية التي تربط المكري بالمدين بقواعد خاصة سواء فيما يتعلق بالدين الناشئ عنها أو باستمرارها وذلك لوجوب تحقيق استمرار نسبي يضمن إنجاز أعمال التفليس بالقدر المعقول فهي إجراءات مشابهة لتلك التي اعتمدها المشرع في التصفية بالإبقاء على الشخصية المعنوية حفاظا على وحدة الذمة المالية حتى إتمام تحاصص أصولها بين الدائنين.
ففي علاقة باستمرار التعاقد أقر الفصل 489 من المجلة التجارية أنه لا يترتب عن الحكم بالفلسة فسخ كراء العقارات المخصصة لنشاط المدين وهو حل يحقق استمرار للعلاقة الكرائية لا يتعلق إلا بالعقارات المرتبطة بالنشاط دون غيرها. وتأكيدا لأهمية هذا الحل فقد أقر المشرع أن الامر يتعلق بقاعدة آمرة إذ أن كل شرط مخالف لها لا عمل عليه.
كما جاء بالفقرة الثانية من الفصل 489 أن كل إجراء تنفيذ يطلبه المكري وخاصة المتعلق بإخراج المكتري لعدم خلاص معينات الكراء يعطل مدة ثلاثة أشهر من تاريخ حكم التفليس.
في المقابل مكنت الفقرة الرابعة من الفصل 489 أمين الفلسة من فسخ الكراء أو مواصلته مع الوفاء بالمعينات بعد الاذن له من القاضي المنتدب بعد إعلام المكري. وإذا قرر أمين الفلسة التمادي في الكراء وكانت الضمانات الممنوحة للمكري غير كافية يمكنه طلب الفسخ على أن يرفع دعواه في خلال الخمسة عشر يوما من تلقيه الاعلام من أمين الفلسة.
أما فيما يتعلق بالدين المترتب من علاقة الكراء فقد حدد الفصل 490 من المجلة التجارية أنه في حال فسخ الكراء المنصوص عليه بالفصل 489 تكون للديون المتعلقة بمعينات الكراء الاولوية المنصوص عليها بالفصل 450 من المجلة التجارية[39].

39 تكون هذه الديون متولدة عن الكراء خلال فترة المراقبة او منذ الحكم بالتفليس وذلك الى تاريخ اخلاء المحل كما جاء بالفصل 490 من المجلة التجارية ويستثنى منها الفترة المتعلقة بتنفيذ برنامج الانقاذ المنتهي بالتفليس.

الفصل الثالث

تفعيل التفليس

166.- بعد الوقوف على ما ترتب عن النطق بحكم التفليس من أثار متعلقة بالأطراف وتعيين الاشخاص الذين سيتولون إنجاز أعمال التفليس وتحقيق موجبات مرتبطة بتحديد تاريخ التوقف عن الدفع وإشهار مضمون حكم التفليس بالطرق التي حددها القانون تنطلق أعمال التفليس والتي يكون فيها لامين الفلسة الدور الرئيسي تحت رقابة القاضي المنتدب وتتمثل هذه الاعمال أساسا في إدارة أموال المدين (**المبحث الاول**) وتحرير الديون (**المبحث الثاني**) قبل البدء في أعمال التصفية (**مبحث ثالث**).

المبحث الأول

إدارة أموال المدين

167.- نظرا لعدم أهلية المدين للتصرف وإدارة مكاسبه بعد أن رفعت يده عنها كأثر مباشر لحكم التفليس يتولى أمين الفلسة تمثيل المدين ويتولى التصرف وإدارة مكاسب المدين تحت رقابة القاضي المنتدب ويتولى تبعا لذلك الاحاطة بأمواله من حيث إحصائها (**فقرة اولى**) والقيام بتدابير التعهد بها (**فقرة ثانية**) .

الفقرة الأولى- إحصاء أموال المدين:

168.- يكون من أول أعمال أمين الفلسة المتعلقة بإحصاء أموال المدين الاحاطة بها عن طريق جردها (2) بعد التحوط من عدم تبديدها أو التصرف فيها بطريقة تضر بالدائنين وذلك عن طريق وضع الاختام عليها (1).

1)- وضع الاختام على ممتلكات المدين :

169.- يهدف الاجراء المتعلق بوضع الاختام على مكاسب المدين الى منع التصرف فيها ممن ليست له الصفة وذلك لضمان حقوق الدائنين المتعلقة بها من كل تصرف من المدين قد يرتب تفضيلا لبعضهم على البعض الاخر أو التفويت في الممتلكات بسوء نية.

ويكون وضع الاختام مقررا بحكم التفليس كما أكد على ذلك الفصل 508 من المجلة التجارية وإذا لم يرد ذلك بالحكم يمكن أن يتم لاحقا بناء على طلب من أمين الفلسة.

ولا يتم الاستغناء عن وضع الاختام إلا في حالة كان من الممكن إحصاء أموال المدين في يوم واحد بشرط مباشرة هذا الاحصاء حالا.

وفي حال كانت الممتلكات متفرقة جغرافيا وبعيدة عن مركز الاستغلال الرئيسي للمدين يمكن للقاضي المنتدب أن يعهد بوضع الاختام الى قاضي الناحية الذي توجد بمنطقته الممتلكات المعنية بإجراء وضع الاختام وهو ما يمكن أن يعنيه ما ورد بالفقرة الثالثة من الفصل 508 من المجلة التجارية لان المقر الرئيسي الذي وقعت الاشارة إليه يكون في واقع الامر هو المحدد لاختصاص المحكمة المتعهدة بينما تكون الحاجة الى قاضي الناحية كلما كانت الممتلكات خارج دائرة المقر الرئيسي للمدين.

أما عن الشخص المخول بوضع الاختام فإن هنالك تضاربا بين ما ورد بالفقرة الثانية من الفصل 508 من المجلة التجارية والفقرة الاولى من الفصل 509 من نفس المجلة إذ أن النص الاول يسند مهمة وضع الاختام للقاضي المنتدب بينما يسندها في النص الثاني لامين الفلسة.

وللخروج من هذا التضارب يمكن القول أن التنفيذ الفعلي لوضع الاختام موكول لامين الفلسة وذلك تحت رقابة القاضي المنتدب والدليل على هذا الحل أن من أهم أعمال القاضي المنتدب هو الرقابة على أعمال الامين بصفة عامة ومنها بالضرورة وضع الاختام. ويتأكد هذا الامر بالنظر لما جاء بالفصل 510 الذي يسمح لامين الفلسة أن يطلب من القاضي المنتدب اعفاؤه من وضع الاختام بخصوص أشياء معينة وهو أمر لا يتفق إلا مع القول بأن من يضع الاختام هو أمين الفلسة وأن للقاضي المنتدب الرقابة على ذلك.

ويتعلق إجراء وضع الاختام على كل مكاسب المدين وهو ما أشار اليه الفصل 509 إذ يتعلق الامر بمخازن المدين ومكاتبه وصناديقه وملفاته ودفاتره ووثائقه ومنقولاته وأمتعته. ويستثنى من هذا الاجراء بعض الاشياء لضرورتها للمدين أو الاشياء التي يخشى فسادها أو التي يستلزمها مواصلة النشاط إذا وقع تقريره ولا يتم الاستثناء إلا بطلب من أمين الفلسة يقدم للقاضي المنتدب ويتحدد فيه تدقيقا قائمة الاشياء المستثناة حسب ما اقتضاه الفصل 510 من المجلة التجارية.

2)- جرد ممتلكات المدين :

170.- بعد وضع الاختام على ممتلكات المدين يتولى أمين الفلسة أو أهم مهامه المتمثلة في إحصاء وجرد أصول المدين ويمكنه للقيام بذلك الاستعانة بمن شاء سواء لإعداد القائمة أو لعملية تقويم الاصول.

ويتطلب البدء في الاحصاء تقديم طلب من أمين الفلسة لرفع الاختام طبقا لما جاء بالفصل 518 من المجلة التجارية. ولئن سكت المشرع عن ذكر الجهة التي يطلب منها رفع الاختام إلا أن ذلك يمكن تلافيه بالنظر للجهة التي أوكل لها المشرع الرقابة العامة على أعمال التفليس وأوكل لها بصفة خاصة الوقوف على عملية وضع الاختام وهي القاضي المنتدب.

كما أقر نفس الفصل وجوب حضور المدين لعملية الجرد والإحصاء وذلك بعد استدعائه بمكتوب مضمون الوصول مع الاخطار بالبلوغ وذلك خلال ثلاثة أيام من وضع الاختام أو من تاريخ صدور الحكم بالتفليس إذا كان وضع الاختام سابق لصدور الحكم. ويمكن أن يلجا لهذا الاجل الثاني في صورة أخرى هي صورة الفقرة الاخيرة من الفصل 508 التي يكون فيها وضع الاختام غير ذي فائدة حسب تقدير القاضي المنتدب.

عند إتمام أمين الفلسة لعملية الجرد والإحصاء يكون ملزما طبق ما اقتضاه الفصل 519 من المجلة التجارية بتحرير قائمة في الاحصاء في نسختين وذلك بحضور القاضي المنتدب أو من ينوبه ويمضي كلهما على القائمة التي يستبقي الامين نسخة منها لديه ويودع النسخة الاخرى بكتابة المحكمة.

ويشترط في قائمة الاحصاء أن تشمل كل أموال المدين ما وضع عليه الاختام أو ما استثني من ذلك.

في إطار عملية الجرد والإحصاء اقر الفصلان 520 و 522 من المجلة التجارية إجراءان استثنائيان يتعلق الاول بحالة وفاة المدين قبل جرد وإحصاء ممتلكاته والثاني بحالة تدخل النيابة العمومية في عملية الاحصاء.

جاء بالفصل 520 إن وفاة المدين لا توقف عملية الجرد والإحصاء إذ يجب على أمين الفلسة مباشرتها دون ترقب ويكون ذلك بحضور الورثة أو بعد استدعاؤهم بنفس طريقة إستدعاء مورثهم.
أما الفصل 522 فقد مكن النيابة العمومية من التوجه الى مقر المدين للوقوف على عملية الجرد والإحصاء ولها أن تطلب الاطلاع على الحجج والدفاتر أو الوثائق الخاصة بالفلسة.
وفي ختام عملية الجرد والإحصاء وبعد إعداد القائمة وقبل إيداع نسخ منها بكتابة المحكمة يتم تسليم ممتلكات المدين لأمين الفلسة الذي يلتزم بالتعهد بها في ذيل قائمة الاحصاء.

الفقرة الثانية- تعهد أمين الفلسة بأموال المدين:

171.- يقتضي التعهد بممتلكات المدين القيام بجملة من عمليات تتعلق بحفظها (1) وأخرى يسعى من خلالها أمين الفلسة لجمع ما كان منها بيد الغير (2).

1)- حفظ ممتلكات المدين :

172.- يحمل على أمين الفلسة واجب حفظ ممتلكات المدين بوصفه المؤهل للتصرف فيها وإدارتها. وتتمثل أعمال الحفظ في كل عمل يترتب عنه المحافظة على قيمتها ووضعها القانوني وما يتطلبه من حرص للحفاظ عليها.
جاء الالزام بحفظ أموال المدين المحمول على أمين الفلسة عاما بالفقرة الاولى للفصل 524 من المجلة التجارية الذي نصص على أنه "يجب على الامين وبعد موافقة القاضي المنتدب اتخاذ جميع التدابير الضرورية لحفظ أموال المدين".
كما ورد تخصيص أعمال الحفظ بالإشارة إليها في الفصول الاخرى ومن ذلك ما يتعلق بالحرص المطلوب من أمين الفلسة بالنسبة للأوراق التجارية التي يجب القيام بما يقتضيه القانون الصرفي من إجراءات لحفظ حقوق المدين كقبولها أو تقديمها للوفاء في أجالها واتخاذ كل التدابير التي تحفظ وضعية المدين كحامل حريص لها فقد جاء بالفقرة الثانية من الفصل 511 من المجلة التجارية "إن الاوراق التجارية التي تحتوي على ديون المدين المؤجلة لأجل قريب الحلول او التي تحتاج الى قبول أو التي تستوجب أعمالا تحفظية يستخرجها القاضي المنتدب أو نائبه من بين الاشياء المختومة ويسلمها للامين لاستيفاء مبالغها بعد ذكر أوصافها
ويمكن تصور إغفال القيام بهذا الاجراء وما يترتب عنه من ضرر بالغ للمدين فلو كان في جملة ما وقع وضع الاختام عليه عدد من الكمبيالات قريبة الاجل ولم يتفطن لها القاضي المنتدب ولا أمين الفلسة فيمكن أن تحل أجالها دون أن تقدم للوفاء مما يترتب عنه توصيف حاملها وهو المدين بالإهمال وما يترتب عن ذلك من فقدان للدعوى الصرفية المتعلقة بها وهو ما من شأنه أن يضر ضررا بالغا بحظوظ استخلاصها في أجال معقولة وبإجراءات مضمونة.
من جهة أخرى يمكن أن تكون للمراسلات التي توجه للمدين والمتعلقة بنشاطه الاقتصادي أثار مهمة على حقوقه فأقر لذلك المشرع في الفقرة الاخيرة من الفصل 511 أن هذه المراسلات تسلم لأمين الفلسة الذي يتولى فتحها مع إمكانية السماح للمدين بحضور عملية فتحها والإطلاع على محتواها وما قد يرتبه من أعمال تدخل في إطار حفظ أموال المدين كالتنبيهات و الاستدعاءات وغيرها.
أما الاشياء التي يخشى هلاكها بالنظر لطبيعتها أو التي تستوجب مصاريف باهظة للإبقاء عليها فقد سمح الفصل 512 من المجلة التجارية لأمين الفلسة ببيعها بعد حصول الاذن له بذلك من القاضي المنتدب.
ويمكن أن يكون من أعمال الحفظ في مفهومها الموسع استمرار نشاط المؤسسة أو بعض أجزاء منها وهو ما لا يمكن أن يتم إلا بإذن من المحكمة فقد جاء بالفقرة الثانية من الفصل 512 من المجلة التجارية أن هذا الإذن يعد استثنائيا ويتم الحصول عليه بطلب من أمين الفلسة واعتمادا على تقرير يعده القاضي المنتدب ويكون ذلك لمدة ثلاثة أشهر قابلة للتمديد مرتين بعد ثبوت المصلحة العامة أو مصلحة الدائنين.

2)- جمع ممتلكات المدين :

173.- تقتضي طبيعة النشاط التجاري أو الاقتصادي وجود الاموال بين التجار في إطار عملياتهم وتداولهم مما يجعل بالضرورة جملة من ممتلكات المدين وأمواله موجودة لدى الغير.

إن تعهد أمين الفلسة بأموال ومكتسبات المدين وحفظها يقتضي منه السعي لجمع هذه الاموال وإرجاعها الى مركز تصرف أمين الفلسة فيها ويخص الامر أساسا ديون المدين لدى الغير.

فقد جاء في هذا الخصوص الفصل 525 من المجلة التجارية مشيرا الى ضرورة استمرار أمين الفلسة وتحت رقابة القاضي المنتدب في مباشرة استيفاء ديون المدين.

كما أشار الفصل 526 الى أن أمين الفلسة يسعى بعد الاذن الصادر من القاضي المنتدب الى استرجاع المنقول المرهون وضمه لأموال المدين بعد الوفاء بالدين.

كما أشار الفصل 527 أنه في حال عدم استرجاع المال المرهون يمكن للقاضي المنتدب أن يأذن للدائن ببيعه وهو بيع يمكن أن يتولاه أمين الفلسة بعد إذن القاضي المنتدب في صورة إهمال الدائن أو تقاعسه في إتمامه.

عند إتمام البيع وفي حال كان الثمن أرفع من قيمة الدين فإن أمين الفلسة يتسلم القيمة الزائدة أما إذا كان الثمن أقل فيدخل الدائن مع زمرة الدائنين في الفارق بين مبلغ الدين وثمن المبيع.

ويتولى أمين الفلسة في الحال إيداع كل المبالغ المتأتية من البيوعات بصندوق الودائع والأمانات بعد طرح ما يحدده القاضي المنتدب من نفقات ومصاريف[40].

المبحث الثاني

تحرير الديون

174.- بعد إتمام عملية احصاء أموال المدين والتعهد بها يبدأ امين الفلسة المهمة الثانية والمتعلقة بتحرير الديون والمتمثلة في تحديد قائمة الدائنين بعد التأكد من وجود هذه الديون.

يبدأ أمين الفلسة في قبول حجج الدائنين (فقرة اولى) وينتهي بإعداد القائمة النهاية للديون بعد اختبارها (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى- التصريح بالديون:

175.- إبتداء من تاريخ صدور حكم التفليس يحمل على الدائنين القيام بإجراءات معينة متعلقة بديونهم حفاظا على حقوقهم في الدخول في عملية التوزيع.

---

40 حدد الفصل 528 من المجلة التجارية لامين الفلسة أجل ثمانية أيام لإتمام عملية الايداع كما ألزمه بالإدلاء بما يفيد تحقيق الايداع للقاضي المنتدب وفي حال تأخره فيتحمل الفوائض المترتبة عن المبلغ غير المودع بفائض مدني قدره 12 في المائة.

كما جاء بالفقرات الاخيرة من الفصل المذكور أنه "لا يمكن سحب الاموال التي يودعها الامين أو التي يؤمنها الغير لحساب الفلسة إلا بموجب اذن من القاضي المنتدب.

ولا يمكن اجراء اعتراض بأي وجه على الاموال التي يودعها الامين بصندوق الودائع والأمانات للخزينة العامة للبلاد التونسية اذا تم الاعتراض على الاموال التي امنها الغير فعلى الامين أن يطلب رفع اليد عنها.

ويمكن للقاضي المنتدب أن يأذن لصندوق الودائع والأمانات بأن يتم الدفع مباشرة للدائنين وفق جدول محاصة يحرره الامين

تتمثل الاجراءات المتعلقة بالتصريح بالديون في إدلاء الدائنين بحجج ديونهم لامين الفلسة ويشمل التصريح قائمة في الوثائق المسلمة والمبالغ المطلوبة ويتم التسليم يدويا كما يمكن أن يتم عن طريق عدل منفذ.

ويلاحظ أن الفصل 530 من المجلة التجارية أشار الى نقطة انطلاق الادلاء بالحجج وهي تاريخ صدور الحكم والحال أن التاريخ الاكثر معقولية هو تاريخ اشهار الحكم بالرائد الرسمي طالما كان هذا الحكم خاضعا لوجوب إشهار مضمونه بعديد الوسائل وأهمها الاشهار بالرائد الرسمي. هذا السهو وإن كان تجنبه يعطي للنص تناسقا أفضل إلا أنه لا يرتب ضررا طالما لم يربطه المشرع بأجل مستقط فبعض الدائنين يمكنهم في حالات معينة العلم بصدور الحكم قبل إشهاره وهو ما يمكن أن يسرع في عملية تحديد الديون دون أن يرتب في المقابل أمرا سلبيا للدائنين.

وقد تجاوز المشرع هذا الامر في ما يتعلق بالتنبيه على الدائنين وذلك بالتنصيص بالفصل 531 من المجلة التجارية أنه يقع التنبيه على الدائنين المتخلفين عن الادلاء بحججهم في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ اشهار حكم التفليس بالرائد الرسمي بتسليم حججهم في ظرف خمسة عشر يوما من تاريخ الاعلام[41].

ويتولى أمين الفلسة التنبيه عن طريق نشره بالجرائد وعن طريق رسالة مضمونة الوصول مع الاعلام بالبلوغ.

ولا ينطلق أمين الفلسة في عمله من فراغ فهو على علم بدائني المدين أو بجلهم من خلال تسلمه أو إعداده للموازنة إذ أقر الفصل 514 من المجلة التجارية أن الامين يستدعي المدين لختم الدفاتر وتوقيف الحسابات كما أضاف الفصل 515 أنه في حال لم يقدم المدين الموازنة يتولى الامين تحريرها مستعينا بدفاتر المدين وأوراقه. فالموازنة في حقيقة الامر هي جداول تضبط الاصول من جهة والديون من جهة اخرى.

وقد رتب المشرع بالفصل 538 جزاء على عدم الادلاء بحجج الدين بعد التنبيه يتمثل في حرمان الدائنين من المشاركة في توزيع المال ولا يبقى لهم سوى الحق في الاعتراض على التوزيع بإجراء عقلة توقيفية[42].

الفقرة الثانية- تحديد قائمة الدائنين:

176.- للوصول الى تحديد نهائي لقائمة الديون وبعد تلقي أمين الفلسة لحجج ومستندات الدائنين يقوم بعملية اختبار الديون أي تمحيصها ويساعده في ذلك المراقبون وهم ممثلو الدائنين والعملة وبحضور المدين بعد استدعائه بمكتوب مضمون الوصول مع الاعلام بالبلوغ حسب ما جاء بالفصل 532 من المجلة التجارية.

ويمكن الاعفاء من عملية الاختبار بموافقة القاضي المنتدب إذا لم يكن للمدين أموال باعتبار أن الاختبار في هذه الحالة لا فائدة ترجى منه أما إذا كانت أموال المدين زهيدة فيأذن القاضي المنتدب لأمين الفلسة بالاقتصار على اختبار الديون الموثقة.

كما استثنى الفصل 532 في فقرته الاخيرة من عملية الاختبار الديون التي تأخذ شكل رقاع تصدرها الشركات التجارية. ويقصد بالاختبار التثبت من حقيقة الدين في مقداره وفي حججه وفي استحقاقه.

وعند الشك في أحد العناصر أقرت الفقرة الثانية من الفصل 532 أن أمين الفلسة يعلم الدائن بمكتوب مضمون الوصول ويطلب منه تقديم إيضاحات كتابية في خلال خمسة عشر يوما ثم يعرض أمين الفلسة مقترحه بخصوص الدين الى القاضي المنتدب ليتخذ القرار في شأنه.

عند الانتهاء من عملية الاختبار يقدم أمين الفلسة قائمة الدائنين لكتابة المحكمة ويشير فيها الى مقترحاته وقرارات القاضي المنتدب بخصوص كل دين. وذلك في أجل لا يتجاوز الثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم بالتفليس[43].

---

41 جاء بالفقرة الثانية من الفصل 531 من المجلة التجارية أن الاجل يرفع الى ستين يوما بالنسبة للدائنين القاطنين خارج التراب التونسي والديون الجبائية ومستحقات الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.

42 استثنى الفصل 538 من جزاء عدم المشاركة في التوزيع الدائن القائم بالتفليس والدائنون الذين سبق لهم التصريح بديونهم في اطار اجراءات التسوية الرضائية أو القضائية.

43

ويتولى كاتب المحكمة حال تسلمه لقائمة الدائنين إعلام الدائنين بواسطة النشر على الجرائد ويوجه لكل واحد منهم مكتوبا يبين فيه مبلغ دينه الذي اعتمد بالجدول المودع بكتابة المحكمة كما يوجه لكل دائن متنازع في دينه رسالة مضمونة الوصول مع الاعلام بالبلوغ.

ويمكن للدائنين بعد إعلامهم القيام بالاعتراض على القائمة لدى كتابة المحكمة في أجل عشرة أيام من تاريخ اعلامهم.

وعلى ضوء كل ذلك يقرر القاضي المنتدب القفل النهائي لجدول الدائنين.

فيما يتعلق بالديون المتنازع فيها أي التي لم تعتمد كلا أو جزء من قبل أمين الفلسة في عملية الاختبار فقد قرر في شأنها الفصل 535 من المجلة التجارية وجوب إحالتها بسعي من كاتب المحكمة على أقرب جلسة للمحكمة للفصل فيها استنادا على تقرير القاضي المنتدب[44].

وتشمل الديون المتنازع فيها الديون التي استراب فيها الامين بعد تقديم الحجج من قبل الدائنين والتي أصدر في شأنها القاضي المنتدب قرارا بقبولها من عدمه والتي أشارت إليها الفقرات الثانية والثالثة والرابعة من الفصل 532 من المجلة التجارية.

كما تشمل أيضا الاعتراضات التي قدمها الدائنون بعد ختم قائمة الديون والتي أشارت اليها الفقرة الاولى من الفصل 534 من المجلة التجارية.

وإذا كان يمكن للمحكمة أن ترفض إدراج الدين مرجحة الريبة التي أثارها أمين الفلسة أو لعدم جدية الاعتراض فإنها يمكن أن تدرج الدين إذا ثبت لديها صحته كما يمكنها طبق ما جاء بالفصل 536 من المجلة التجارية أن تحكم بقبوله مؤقتا.

وإذا اقتصرت المنازعة المتعلقة بدين على توثقته فحسب امتيازا كانت أو رهنا فإن هذا الدين يدرج في قائمة الديون العادية الى أن تبت المحكمة في المنازعة المتعلقة بالتوثقة[45].

المبحث الثالث

تـصفيـة أموال المدين

177.- تنتهي أعمال التفليس ببلوغ المرحلة الاخيرة المتمثلة في تصفية أموال المدين وتوزيعها على دائنيه تحت نظر القضاء كما جاء بالفصل 539 من المجلة التجارية وهو ما يقتضي استكمال أعمال جمع أموال المدين (**فقرة اولى**) ليتم توزيعها لاحقا على الدائنين (**فقرة ثالثة**) على حسب ترتيبهم (**فقرة ثانية**).

الفقرة الأولى- إستكمال عمليات جمع أموال المدين:

178.- في إطار استكمال أمين الفلسة لعمليات جمع أموال المدين أكدت الفقرة الاولى من الفصل 540 من المجلة التجارية أنه "على الامين أن يحرص على استخلاص أكبر مناب ممكن من الديون".

يمكن من خلال ما ورد بالفقرة الثانية من الفصل 533 من المجلة التجارية أن يقع تجاوز أجل الثلاثة أشهر في الحالات الاستثنائية بقرار من القاضي المنتدب ولأجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر اضافية.

[44]

أشارت الفقرة الثانية من الفصل 535 الى ضرورة اعلام الخصوم بتاريخ الجلسة من قبل كاتب المحكمة قبل انعقاد الجلسة بخمسة أيام على الاقل بمكتوب مضمون الوصول مع الاعلام بالبلوغ.

[45] الفصل 537 من المجلة التجارية.

واقعيا يتبين أن حظوظ الدائنين في استيفاء القدر الاكبر من ديونهم هو في علاقة مباشرة بأمين الفلسة فكلما كان هذا الاخير كفئا أمينا وحريصا كلما ارتفعت أسهم الدائنين في استيفاء أكبر نسبة من ديونهم ولعل ما جاء بالفقرة الاولى من الفصل 540 من حث للامين على أن يكون حريصا إقرار بدوره المركزي في ما ستؤول إليه الفلسة من نتائج.

وتتعلق إجراءات جمع أموال المدين باستخلاص ديونه (1) وبطلب تحرير ما في ذمة الشركاء من باقي مساهماتهم (3) الى جانب القيام بعمليات البيع لممتلكات المدين (3).

1)- إستخلاص الديون :

179.- لتمكين أمين الفلسة من وسائل تحقيق نجاعة عمله المتعلق بجمع أموال المدين أقرت الفقرة الثانية من الفصل 540 إمكانية إعطاء إحالة الديون الى شركة استخلاص.

كما أقرت نفس الفقرة في إطار التركيز على الديون المهمة أن ديون المدين التي لا يتجاوز الواحد منها النصف في المائة من إجمالي الديون ولا يتجاوز مجموعها 5 في المائة من مجمل الديون يمكن لامين الفلسة التخلي عليها وشطبها إذا كان أجلها بعيد الحلول وكان استخلاصها غير مؤكد أو مكلف.

ويتم الشطب والتخلي بقرار من المحكمة بناء على تقرير أمين الفلسة بعد عرضه على القاضي المنتدب والاستماع الى رأي المراقبين ممثلي الدائنين والعملة.

2)- مطالبة الشركاء بدفع مساهماتهم :

180.- في حالات معينة كأن يتعلق الامر بمؤسسة اقتصادية في شكل شركة تجارية يمكن أن يكون الشركاء قد ساهموا عند تكوينها أو عند الترفيع في رأسمالها دون أن يكونوا قد حرروا كامل مساهماتهم وهو أمر لا يخص إلا الشركة خفية الاسم حيث يسمح المشرع بأن لا يوافق التحرير مبلغ الاكتتاب بالسماح للمساهمين بتجزئة دفع مساهماتهم.

في هذه الحالة جاء بالفصل 543 من المجلة التجارية أن على أمين الفلسة إذا عاين أن الشركاء لم يكملوا دفع كامل حصصهم في رأس المال التي حل أجلها أن يجبرهم على ذلك. ويعتبر الشريك مدينا للشركة بمساهمته ويمكن إجباره على دفعها وهو إجراء أقره التشريع المتعلق بالشركات التجارية.

3)- بيع ممتلكات المدين :

181.- تقتضي أعمال التصفية أن تتحول أموال المدين عقارها ومنقولها الى سيولة تحت تصرف أمين الفلسة حتى يتسنى له توزيعها على الدائنين. ويقتضي الامر على هذا الاساس بيع الممتلكات أو جزء منها أو إحالة المؤسسة صبرة واحدة للغير.

ويأذن القاضي المنتدب لامين الفلسة بعد سماع المدين ببيع الاشياء المنقولة والبضائع.

وإذا تعلق الامر ببيع أصول منقولة أو عقارات يمكن للمحكمة أن تقرر بيعه عن طريق عروض يقدمها الراغبون في الشراء وذلك لغاية تحقيق أحسن مردود من عمليات البيع[46].

وتيسيرا لعملية البيع مكن المشرع المحكمة من إتمام البيع بصفة استثنائية بطريق المراكنة[47].

---

[46] الفصل 544 فقرة ثانية.

[47] الفصل 544 فقرة ثالثة.

كما أقر الفصل 545 من المجلة التجارية أنه إذا باشر أحد الدائنين أعمال التنفيذ بعد عقلة أجراها على أموال المدين قبل التصريح بتفليسه فإن أمين الفلسة يتولى إتمام التبتيت وهو تبتيت يتم خلافا لمقتضيات الفصل 425 من مجلة المرافعات المدنية والتجاري بالتخفيض المستمر في السعر إلى غاية تحقق البيع.

وفي صورة تعلق البيع بعقار فلاحي فقد أقرت الفقرة الاخيرة من الفصل 544 من المجلة التجارية ضرورة أن تراعي المحكمة الوحدة الاقتصادية للعقار وأن لا يكون التفويت إلا للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين ذوي الجنسية التونسية.

كما مكن الفصل 546 المحكمة من بيع وحدات إنتاجية متكاملة من المؤسسة أو بيع المؤسسة صبرة واحدة ويتم البيع في هذه الحالة طبق الاجراءات المقررة بالفصول المتعلقة بإحالة المؤسسة في إطار التسوية القضائية عدى ما لم يكن متلائما مع عملية البيع في إطار الفلسة[48].

ويترتب عن البيع بالتبتيت أو بالمراكنة أو بموجب عروض تطهير العقار من الامتيازات والرهون وغيرها من التحملات عدى حق الارتفاق.

الفقرة الثانية- ترتيب الدائنين:

182.- قبل توزيع المال المتحصل من تفليس المؤسسة يقع تحديد ترتيب الدائنين. وقد حدد الفصل 569 من المجلة التجارية هذا الترتيب والمتمثل في :

1)-الديون ذات الامتياز المدعم.

2)-الديون ذات الاولوية المنصوص عليها بالفصول 429 و 450 و 490 من هذه المجلة.

3)-الديون المتمتعة بحق الحبس في حدود النسبة التي تمثلها قيمة المال المحبوس مقارنة بمحصول الاحالة أو التصفية.

4)-الديون ذات الامتياز الخاص في حدود النسبة التي تمثلها قيمة المال الموظف عليه الامتياز مقارنة بمحصول الاحالة أو التصفية.

5)-الديون ذات الامتياز العام وفق ترتيبها.

6)-الديون الموثقة برهون في حدود النسبة التي تمثلها قيمة المال المرهون مقارنة بمحصول الاحالة او التصفية.

7)-باقي الديون.

وفي حال وجود ديون لم يفصل فيها نهائيا فيحتفظ بالمناب الذي يناسبها.

ويتبين من خلال هذا الترتيب وجود مجموعتين من الدائنين الاولى متكونة من الدائنين أصحاب الافضلية بما لهم من تأمينات باختلاف أنواعها من امتيازات و رهون وحق حبس أما الثانية فتتكون من الدائنين العاديين الذين لا تتمتع ديونهم بأي توثقة.

وإذا كانت التأمينات في حد ذاتها غير متكافئة من حيث وجود أفضلية حتى داخل زمرة الدائنين أصحاب التأمينات فإن الدائنين العاديين عادة ما يتحملون العبء الاكبر من الخسارة لتأخر مركزهم عند التوزيع.

الفقرة الثالثة- توزيع الاموال:

183.- يتم توزيع أموال المدين على دائنيه في أخر مراحل التصفية عدى ما استثناه القانون بخصوص دفع مبالغ لدائنين معينين أثناء أعمال إعداد التصفية.

---

48 جاء بالفقرة الثانية من الفصل 546 "وتنطبق على هذا القرار الاجراءات المقررة بالفصل 460 وبالفقرتين 3 و 4 من الفصل 461 وبالفقرتين 2 و 3 من الفصل 462 وبالفقرات 2 و 3 2 و 4 من الفصل 463 وبالفقرة الاولى من الفصل 464 وبالفصل 465 من هذه المجلة.

فقد جاء بالفص 541 من المجلة التجارية أن أمين الفلسة ملزم خلال العشرة أيام التي تلي الحكم بالتفليس بمقتضى قرار من القاضي المنتدب وإذا كانت بين يديه المبالغ الكافية أن يدفع الديون المتمثلة في الجزء الذي لا يقبل الحجز مما بقي مستحقا للعملة والمستخدمين والبحارة ونواب التجار عن آخر مدة قبل الحكم بالتفليس.
وفي حال وجود المبالغ الكافية في الاجل المذكور فإن أمين الفلسة يدفع من أول الاموال التي يتحصل عليها.
ويتم التوزيع اعتمادا على ترتيب الدائنين بعد طرح المصاريف المتعلقة بحفظ أموال المدين وما أعطي للمدين من إعانات[49] وما سبق دفعه سابقا للدائنين[50] أو ما سبق دفعه للدائنين أصحاب الديون الموثقة التي حصل بيعها قبل البدء في التوزيع[51].
وطالما كان التوزيع يقوم على فكرة الترتيب فقد أقر المشرع قواعد تتعلق بتحديد الامتياز المدعم (1) وأخرى تتعلق بأصحاب الامتيازات والرهون (2) كما حدد جملة من القواعد تتعلق بالتزاحم بين الدائنين (3).

1)- الامتياز المدعم :

184.- تعطى الاولوية المطلقة للدائنين أصحاب الامتياز المدعم بل أن المشرع أقر من خلال مقتضيات الفصل 541 من المجلة التجارية أنهم يقبضون جزء من ديونهم مباشرة بعد صدور حكم الفلسة.
ويتعلق الامتياز المدعم كما جاء بالفصل 570 بأجور العملة من جزئها الغير قابل للحجز وفق أحكام الفصل 151 فقرة ثانية من مجلة الشغل وكذلك ديون المستخدمين والتجارة ونواب التجار المتجولين وممثلي التجارة وذلك بالنسبة للستة أشهر الاخيرة السابقة لحكم التفليس.
ويلحق أيضا بالديون المتمتعة بامتياز مدعم الديون المنصوص عليها بالفقرات 1 و 2 و 3 من الفصل 199 من مجلة الحقوق العينية أما في ما زاد عن الجزء الغير قابل للحجز فقد أقر الفصل 571 بأن ديون العملة والمستخدمين فهي ديون تتمتع بالامتياز المنصوص عليه بالرتبة الخامسة من الفصل 199 من مجلة الحقوق العينية.

2)- الديون الموثقة بامتياز أو رهن :

185.- جاء بالفصل 572 من المجلة التجارية أن الافضلية المترتبة للدائن المتمتع بامتياز أو رهن يتسلط على نسبة قيمة المال بثمن إحالته.
فإذا كانت قيمة المال مقدرة ب 100.000 د وتمت احالته بثمن قدره 80.000 د فإن هذه النسبة هي 80 في المائة مما يعني أن حق الافضلية بالنسبة للدائن تنحصر في حدود 80.000 د فحسب.
وتقتضي تحديد هذه النسبة معرفة القيمة الحقيقية للمال ويتم ذلك كما جاء بالفصل 572 عن طريق معطيات المحاسبة أو عن طريق اختبار تأذن به المحكمة المتعهدة بالتوزيع.

---

[49] أقر الفصل 513 من المجلة التجارية أن المدين يمكن أن تقتطع له من أموال الفلسة معونة غذائية يحددها القاضي المنتدب باقتراح من أمين الفلسة.
[50] جاء بالفصل 541 أن على أمين الفلسة أن يدفع للعملة الجزء الغير قابل للحجز من أجورهم.
[51] أشار الفصل 574 انه اذا تم خلال اجراءات التفليس بيع مال موظف عليه امتياز خاص أو رهن فانه يدفع منه لصاحب الدين ما يفي بدينه بعد خلاص الديون المنصوص عليها بالفصل 541 من المجلة التجارية و الفصل 199 من مجلة الحقوق العينية.

3)- التزاحم بين الدائنين :

186- إذ استثنينا وضعية الديون ذات الامتياز المدعم فإن التوزيع قد يرتب وضعيات تزاحم بين الدائنين وهي وضعيات تتعلق بالتوزيع المتزامن بين ثمن العقارات والمنقولات أو التوزيع الذي يكون متعلقا بثمن المنقولات قبل العقارات وكذلك حالة الدائنين أصحاب الديون الموثقة التي لم يستخلص إلا جزء منها.

الحالة الأولى عند تزامن توزيع ثمن العقار وثمن المنقول فقد حدد الفصل 580 أن الدائنين أصحاب الامتيازات والرهون الذين لم يستوفوا كامل ديونهم من ثمن العقارات فإنهم يشتركون في الباقي من ديونهم مع الدائنين العاديين.

الحالة الثانية: هذه الحالة نظمها الفصل 581 من المجلة التجارية وتتعلق بتوزيع لأموال متأتية من ثمن المنقولات قبل توزيع ثمن العقارات . في هذه الحالة يكون لأصحاب الامتيازات والرهن على العقارات أن يشاركوا في التوزيع على نسبة ديونهم.

ويطرح ما قبضه الدائنون أصحاب الرهون والامتيازات مما يستحقونه عند بيع العقارات.

الحالة الثالثة: نظمها الفصل 583 من المجلة التجارية وتتعلق بوضعية الدائنين المرتهنين لعقار ولم يسوفوا من بيعه كامل ديونهم.

في هذه الحالة يستوفون كامل ديونهم مما هو مخصص للدائنين العاديين مع طرح الجزء الذي سبق قبضه عند بيع العقار.

الفصل الرابع

مآلات التفليس

187.- إذا كان المآل المتوقع لكل عملية تفليس هو تصفية أموال المدين وتوزيعها بين دائنيه إلا أن الواقع قد ينشأ وضعيات لا تنتهي بهذه الشاكلة مما يستدعي استعراض حلول التفليس الممكنة (المبحث الاول) دون إغفال أن دقة وأهمية إجراءات التفليس لا تخلو من تجاوزات ترتب مسؤولية من قام بها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

حلول التفليس

188.- تنتهي عادة أعمال التفليس بحكم ختم الفلسة ويكون هذا الحكم في الحالات العادية كتتويج لأعمال التصفية (فقرة اولى) إلا أنه في وضعيات أخرى تختم أعمال الفلسة في حالات استثنائية لا تنتهي بالتصفية (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى- الختم العادي للفلسة:

189.- تكون نهاية أعمال الفلسة العادية بعد اتمام عملية تصفية أموال المدين وتوزيعها على دائنيها.
وتتم هذه الاعمال كما جاء بالفصل 548 من المجلة التجارية بتقديم أمين الفلسة خلال الثلاثة أشهر التالية لتصفية أموال المدين حساباته الاخيرة للقاضي المنتدب وذلك بعد استدعاء المدين والمراقبين .
على ضوء هذه الحسابات تقضي المحكمة بختم أعمال الفلسة وهو حكم يرتب جملة من الاثار خاصة بالنسبة للدائنين.
ومن أهم هذه الاثار ما ورد بالفقرة الاولى للفصل 585 من المجلة التجارية الذي جاء فيه "يترتب عن الحكم بختم الفلسة استرجاع الدائنين لحقوقهم من التنفيذ الفردي على المدين والضامنين والمتضامنين معه".
كما مكن الفصل 586 الدائنين الذين اختبرت ديونهم واعتمدت دون أن يكون بين أيديهم سند تنفيذي أن يحصلوا على هذا السند بمقتضى عريضة تقدم الى رئيس المحكمة التي قضت بالتفليس.

الفقرة الثانية- الختم الاستثنائي لأعمال الفلسة:

190.- يمكن في حالات معينة أن تنتهي أعمال التفليس بحلول أخرى كختم الفلسة لانعدام مصلحة الدائنين (1) أو لانعدام أموال المدين (2).

1)- ختم الفلسة لانعدام مصلحة الدائنين :

191.- يمكن للفلسة أن تختم أعمالها لثبوت انتفاء مصلحة الدائنين ويكون ذلك مترتبا عن إثبات المدين قيامه بخلاص كل الدائنين أو بإيداع المبالغ الراجعة للدائنين المعتمدة ديونهم بين يدي أمين الفلسة.
في هذه الحالة يكون ختم أعمال الفلسة لانعدام مصلحة الدائنين بحكم المحكمة و بطلب من المدين وعلى ضوء تقرير القاضي المنتدب.
بصدور الحكم القاضي بختم الفلسة لانعدام مصلحة الدائنين تنتهي إجراءات التفليس وتعاد للمدين جميع حقوقه.

1)- ختم الفلسة لانعدام أموال المدين :

192.- على غرار ختم الفلسة لانعدام مصلحة الدائنين يمكن أن يثبت للمحكمة انعدام أي مال للمدين أو القيمة الزهيدة لهذه الاموال فتقرر ختم أعمال الفلسة دون الحاجة للمرور الى التصفية.
ويمكن الرجوع في هذا الحكم حسب مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 550 بطلب من المدين أو من كل من يهمه الامر شرط إثبات وجود ما يكفي لتسديد النفقات التي تستلزمها أعمال الفلسة.

المبحث الثاني

المسؤولية المترتبة عن التفليس

193.- يمكن للأشخاص الذين يقومون على عملية التفليس أن يرتكبوا أخطاء ترتب جزاء مدنيا (فقرة اولى) كما يمكن أن ترتب مسؤولية جزائية (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى- الجزاءات المدنية:

194.- تتعلق الجزاءات المدنية أساسا بالمسؤولية المدنية لكل من يمكن أن يرتكب أخطاء ترتبت أضرارا للمؤسسة أو للدائنين (1) كما يمكن أن ترتب جزاءات أخرى (2)

1)- المسؤولية المدنية :

195.- يمكن أن تثار المسؤولية المدنية في إطار إجراءات التفليس أو بعد ختمه في كل مرة يثبت ارتكاب خطأ تسبب في ضرر للمؤسسة أو للدائنين و ذلك طبق النظام العام للمسؤولية المدنية التقصيرية. وبالنظر للدور المركزي لامين الفلسة فإن هذه المسؤولية يمكن أن تثار ضده شخصيا فيكون مدعى عليه كما يمكن أن يكون هو من يثيرها فيكون مدعيا في حق المؤسسة التي يمثلها قانونيا.
الحالة الاولى يكون أمين الفلسة هو موضوع المساءلة وهي الحالة التي أشار إليها الفصل 587 من المجلة التجارية الذي جاء فيه "يمكن القيام بدعاوى في مسؤولية ... أمين الفلسة وذلك أثناء سير إجراءات ...الفلسة أو خلال الثلاثة أعوام الموالية لختمها"[52].

[52] هذه المسؤولية يمكن ان تثار ايضا ضد المتصرف القضائي او مراقب التنفيذ في اطار اجراءات التسوية القضائية

بالنظر لأن النص لم يحدد أي نوع من الاخطاء التي يمكن أن ترتب مسؤولية أمين الفلسة فإنه لا يرتقي حقيقة لمرتبة النص الخاص لضئالة قيمته المضافة و طالما كان الاستناد الى النصوص العامة للمسؤولية التقصيرية لا يحول دون الوصول الى نفس النتيجة.

ومن الاخطاء التي يمكن لامين الفلسة أن يرتكبها كل مخالفة لما ألزمه القانون بالقيام به أو الامتناع عن فعله تطبيقا لمفهوم الخطأ الوارد بالفقرة الاخيرة من الفصل 83 من مجلة الالتزامات والعقود الذي جاء فيه "والخطأ هو ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه ....".

<u>الحالة الثانية</u> يكون أمين الفلسة هو القائم بالدعوى الى جانب الدائنين وهي الحالة التي أشار اليها الفصل 588 من المجلة التجارية وفيها حدد المشرع الخطأ وهو إقراض المؤسسة أو تجديد الاجال لها مع العلم بتوقفها عن الدفع مع العلم بأن ذلك يزيد في تعكير وضعها ويحول دون إنقاذها.

ويمكن أن تشمل هذه المسؤولية بالاساس المؤسسات البنكية متى ثبت علمها بالتوقف عن الدفع لان مواصلة اقراض المؤسسة يخلق وضعا ظاهرا للدائنين بسلامة الوضع الاقتصادي للمؤسسة طالما كانت المؤسسة البنكية بصفتها محترفة تواصل التعامل المالي مع المؤسسة الاقتصادية[53].

1)- الجزاءات المدنية الاخرى :

196.- الى جانب المسؤولية المدنية أقر المشرع جزاءات أخرى في إطار إجراء التفليس. وتتعلق هذه الجزاءات بالمنع من تسيير و إدارة الشركات (أ) وسحب الفلسة (ب).

أ)- المنع من تسيير و إدارة الشركات :

197.- جاء بالفصل 589 من المجلة التجارية أنه يمكن للمحكمة التي تصرح بتفليس تاجر شخص طبيعي أو بسحب الفلسة على المسير القانوني أو الفعلي لشركة تجارية أو شريك لم يؤد العجز الذي حكم عليه بتأديته أن تمنع المحكوم عليه من تسيير و إدارة الشركات لمدة تحددها دون أن تتجاوز الخمسة سنوات.

ب)- سحب الفلسة :

198.- إذا كانت الفلسة متعلقة بمؤسسة اقتصادية بعينها توفرت فيها شروط التفليس فإن إجراءات تفليسها قد تخلق وضعيات تمكن المحكمة من اتخاذ إجراء يتمثل في سحب الفلسة على أشخاص معينين بالنظر لأفعال قاموا بها. فقد جاء بالفصل 590 "إذا تم تفليس شركة يمكن التصريح بأن يكون التفليس مشتركا بينها وبين كل شخص التجأ الى التستر بها لإخفاء تصرفاته وقام لمنفعته الخاصة بأعمال تجارية وتصرف بالفعل في مكاسب الشركة كما ولو كانت مكاسبه الخاصة".

<u>الفقرة الثانية</u>- المسؤولية الجزائية:

199.- حدد المشرع في إطار الاجراءات الجماعية جملة من الافعال المجرمة بالنظر لخطورتها على المؤسسة و حظوظ إنقاذها وكذلك على حقوق الدائنين وهي جرائم يرتكبها الاشخاص القائمين على الاجراءات الجماعية

[53] KNANI Y., Le banquier et l'entreprise en difficultés, RTD, 1996, p. 111.

بمختلف مراحلها أو الاشخاص المرتبطين بالمؤسسة. و سيقتصر نظرنا على الجرائم المرتبطة بالتفليس دون غيرها ومنها جريمة عدم تقديم المحاسبة لامين الفلسة (1) وجريمة عدم التصريح بالتوقف عن الدفع (2) وجريمة الخيانة في إدارة أموال في إطار التفليس (3).

1)- جريمة عدم تقديم المحاسبة :

200.- من جملة الافعال التي جرمها الفصل 593 من المجلة التجارية والمرتبطة بالفلسة ما ورد بفقرته الاخيرة الذي جاء فيها "صاحب المؤسسة أو مسيرها الذي يمتنع عن تقديم المحاسبة ... لامين الفلسة أو للمحكمة المتعهدة بالقضية".

وقد قرر لهذه الافعال المجرمة عقوبة سجنية من ستة أشهر الى ثلاث سنوات وخطية من ألف الى عشرة آلاف دينار أو أحد العقوبتين.

فصاحب المؤسسة أو مسيرها في إطار تعاونه مع أمين الفلسة أو مع المحكمة ملزم بتقديم الوثائق المحاسبية لتسهيل إتمام الاجراءات . ورغم أن عدم تقديم صاحب المؤسسة أو مسيرها لمحاسبته لا يوقف أعمال الفلسة إذ اقتضى الفصل 515 أنه في هذه الحالة يتولى أمين الفلسة تحرير الموازنة إذا لم يقدمها المسير أو صاحب المؤسسة فإن تقديمها من قبل من ألزمهم القانون بذلك فيه تعاون وتيسير على أمين الفلسة وربح للوقت.

أما امتناع المسير أو صاحب المؤسسة فيعتبر عملا مخالفا لواجب التعاون وحسن النية.

2)- جريمة عدم التصريح بالتوقف عن الدفع :

201.- جاء بالفصل 595 من المجلة التجارية " يعاقب بالسجن لمدة ستة أشهر وبخطية قدرها خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص من الاشخاص المشار إليهم بالفقرة الاولى من الفصل 475 من هذه المجلة أو ممثله القانوني يمتنع عن القيام بالتصريح المشار إليه بالفصل 479 من هذه المجلة".

أما الاشخاص المشار اليهم بالفصل 475 فهم التاجر أو الحرفي أو الشركات التجارية حسب الشكل التي تتعاطى نشاطا فلاحيا أو في ميدان الصيد البحري الخاضعين جميعهم لنظام الضريبة الحقيقي أو من يمثلهم قانونا كالوكيل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة و شركة المفاوضة والمقارضة البسيطة الممارسة لنشاط تجاري أو حرفي والرئيس المدير العام أو المدير العام أو رئيس هيئة الادارة الجماعية أو المدير العام الوحيد بالنسبة للشركة خفية الاسم.

أما الواجب المحمول عليهم بمقتضى الفصل 479 من المجلة التجارية فهو التصريح بالتوقف عن الدفع وبالحالة الميؤوس منها فقد جاء بالفصل المذكور "على كل شخص من الاشخاص المنصوص عليهم بالفصل 475 من هذه المجلة يكون في حالة توقف عن الدفع وفي وضعية ميؤوس منها أن يتولى التصريح بذلك لدى كتابة المحكمة ذات النظر خلال الشهر الموالي لتوقفه عن الدفع".

3)- جريمة الخيانة في ادارة أموال الفلسة :

202.- بالنظر الى أن أمين الفلسة يعهد له بأموال المدين فإنه يمكن أن يرتكب عملا يصنف بكونه خيانة في إدارة هذه الاموال تستوجب عقابا مماثلا لجريمة خيانة الامانة التي حددها المشرع الجزائي بالفصل 297 من المجلة الجزائية. وقد أضاف النص المجرم لهذه الافعال وهو الفصل 596 من المجلة التجارية عقوبة الخطية التي تساوي قيمة ما حكم بترجيعه على أن لا يقل في كل الحالات عن خمسة آلاف دينار.