

بحوث و دراسات

أثر التسوية القضائية والتقليد على المسير في الشركات التجارية

المنصف الكشو

رئيس دائرة محكمة التعقيب

مقدمة

تقتضي القاعدة القانونية أنه ليس للأمد أن ينتفع من خطئه فالأصل أن يتحمل المخطئ تبعات أخطائه، ويختلف هذا التحمل باختلاف الخطأ وصبغته المدنية أو الجزائية فإن كان جزائياً فإن مرتكبه يؤخذ بتسليط عقوبة جزائية عليه تثقل على ماله أو تسلبه مريته، إما إذا كان مدنياً الذي نعرفه بأنه فعل ما يجب تركه وترك ما يجب فعله كما ورد بالفصل 83 من م.إ.ع، فإنه يترتب المسؤولية المدنية توجب التعويض لمن تضرر من الخطأ.

يترتب عن الخطأ المدني تعميم ذمة مرتكبه بموجب القانون "الفصل 1 من م.إ.ع" لفائدة التضرر فالخطأ هو فعل ضار ينشئ التزاماً بالتعويض. ولما يرتكب المسير في الشركات التجارية أخطاء في التصرف والإدارة، كالاعتسف في استعمال مكاسب الشركة لفائدته الخاصة، وعدم تجنب إلحاق الضرر بها وإبرام اتفاقات معها لنفسه دون مراعاة مصلحة الشركة والمشارك، أو مخالفة أحكام وقواعد الإتفاقات التي تربط المسير بالشركة على معنى الفصل 200 من م.ش.ت.، وأن يحتل بعض المكاسب، أو غير ذلك من الأفعال والأعمال المخالفة للتشريع التعلق بتسيير الشركة، فإنه يمكن مؤاخذته مدنياً بتعويض الضرر الحاصل وجزائياً بعقابه مالياً أو بدنياً. تؤدي الأخطاء في التصرف إلى تحميل المسير المسؤولية تجاه التضرر بوجه العام سواء كان الشركة أو الشركاء أو الغير، بل والأكثر من ذلك

فإنها تسبب في فقدان المؤسسة لتوازناتها المالية والاقتصادية فتتعرض معاملاتها، وتتوقف عن دفع ديوانها بصفة نهائية، وتصبح في وضع اليؤوس من استعادة عافيته ويتم التصريح بتفليسها.

كما يمكن أن تتوقف عن دفع ديونها بصفة دائمة وعميقة مع إمكانية مساعدتها (الفصل 3 من قانون الإنقاذ) فيقع إخضاعها للتسوية القضائية لغاية إجراجها من وضعية التعثر إلى وضعية الاستقرار.

يؤدي إخضاع الشركة المؤسسة إلى التفليس أو التسوية القضائية إلى تفعيل أحكام الإجراءات الجماعية فيصبح مآلها لا يخص المدين بمفرده وإنما يهم كل من له علاقة به، وكل من له علاقة بالمؤسسة من دائنين وأطراف عقود جارية وأجراء وغيرهم.

ولذلك تحدد الجهود في إنقاذ المؤسسة إذا كانت قابلة له أو تفليسها عند التعذر.

واعتباراً لأن الإنقاذ والتفليس رغم سعي الشرع إلى تفاديه ⁽¹⁾ فإنه يمس بمصالح الدائنين من جهة استخلاص ديونهم واستيفاء حقوقهم من المؤسسة التي خضعت للتفليس أو للتسوية القضائية، فلا يجد الدائنون سبيلاً لاستخلاص ديونهم كاملة، فهم يخضعون فيما يتأتى من التفليس إلى التحايل في الديون وفق ترتيب يراعى فيه أصحاب الامتياز والرهن على غيرهم من الدائنين، ويخضعون في التسوية القضائية وخاصة عندما تقرر المحكمة إحالة المؤسسة إلى الغير كصفة من صيغ الإنقاذ إلى استخلاص جزء من دينهم قد يكون بسيطاً ⁽²⁾.

ولكن لا يضر الدائنون بأخطاء السيرين، وحتى لا يتغنى هؤلاء بدعوى إفلاس الشركة وإخضاعها للتسوية القضائية من نتائج أفعالهم

1 - نشير هنا إلى الأهداف المعلنة من خلال تنقيح قانون الإنقاذ في 29 ديسمبر 2003 بموجب القانون عدد 79 إذ اعتبر المشرع وجود إضرار مادية للدائنين وأساساً المؤسسات المالية وجب التدخل للحد منها.

2 - يبقى لهم الرجوع على المدين والضامن والمتضامن والكفيل على معنى الفصل 49 من قانون الإنقاذ.

وأخطائهم بادر المشرع في مرحلة أولى إلى سحب فلسفة الشركة على مسيرها الذي تستر بها للاقتضاء مهالغ ذاتية وشخصية وأخضعها للأحكام مضبوطة بالفصل 596 من م.ت. كما ألزمه بتسديد العجز المترتب عن التفليس ثم إنه وفي إطار شفافية المعاملات التجارية وضمنات حقوق الدائنين حمل بالفصل 49 من قانون الإنقاذ المسير بباقي الديون التي لم يتم خلالها من توزيع ثمن إجمالة المؤسسة إلى الغير. ثم وعموجب القانون عدد 16 لسنة 2009 مؤرخ في 16 مارس 2009 حمل صراحة المسير متى وإن كان فعليا ديون الشركة بصفة جزئية أو كلية إذا لم يبذل العناية والنشاط اللازمين في إدارة الشركة.

وتأتي كل هاته المؤاخذات بالتبعية لا تظهره التسوية القضائية أو التفليس من عجز في الأصول ولذلك نتحدث في موضوعنا عن أثر التسوية القضائية والتفليس على المسير ونراها في آثار على شخص المسير كشخص طبيعي (الجزء الأول) وعلى ذمته المالية الخاصة (الجزء الثاني).

الجزء الأول : الأثر على شخص المسير

يتنزل الأثر على الشخص في أمرين مختلفان من حيث الإجراءات لكنهما يتحدان في المفعول وهو تجريد من أهلية التصرف *Capacité d'exercice* ذلك أن التسوية القضائية عندما تظهر عجزا في أصول الشركة ناتجا عن عدم بذل العناية والنشاط اللازمين في إدارتها الشركة يخول للمحكمة التحجير على المسير مباشرة تسيير الشركات أو مباشرة نشاط تجاري زيادة عن الآثار القانونية الآلية. (الفرع الأول) كما أن تفليس الشركة يمكن من التصريح بتفليس الشخص الذي تستر بها للإخفاء تصرفاته وتصرف في مكاسبها وكأنها من أملاكه الخاصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : التحجير عن إدارة المكاسب والتصرف فيها

لا تعد دعوى التفليس بطبيعتها خصومة بل هي إجراءات تتولاها المحكمة حتى من تلقاء نفسها، تهدف إلى إثبات حالة معينة. كما أن الحكم

الهادر بالتصريح بالتفليس لا يفهل في نزاع أصلي ولكنه يقتصر على معاناة حالة واقعية، - توقفت عن دفع - وينشئ حالة قانونية جديدة هي إثبات توقف المدين عن دفع ديونه واعتبارها في حالة إفلاس مع ما يترتب القانون عن ذلك من رفع يد المفلس أليا عن إدارة المالك والتصرف فيها وفقه أهلية التقاضي بشأنها (الفقرة الأولى) في حين لا يترتب التعجير في التسوية إلا بالحكم القضائي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الأثر الآلي بحكم القانون: الآثار المرتبطة بحكم الفلسة ينهن الفصلان 456 و 457 من الجلة التجارية على الآثار المستقبلية على شخص المدين فمنها ما يتعلق بتجريد من بعض الحقوق (1) ومنها ما يرفع يده عن التصرف في أملاكه (2).

(1) التجريد من بعض الحقوق

يتضمن الفصل 456 من الجلة التجارية نتائج حكم التفليس على شخص المفلس وتنزك تلك النتائج في:

- التجريد من الحقوق المدنية كأثر مبدئي، أولي.
- الحرمان من بعض الحقوق السياسية كأن يكون ناخبا أو منتخبا في مجالس سياسية.

- الحرمان من الإضطمارع ببعض الوظائف العمومية.

تتعلق هاته الآثار بشخص المفلس يقصى بموجبها من الحياة العامة بهفة آلية.

تساو عن الجدوى من تجريد المفلس من بعض الحقوق؟ فما الفائدة من ذلك أليس من الأفضل مساعدته وتدعيمه حتى يستعيد توازنه المالي، كلما كانت الفرص متوفرة لذلك، فلا يتم التصريح بالتفليس إلا بعد التدخل من الهياكل المعنية بالمؤسسات الاقتصادية والاجتماعية لدفع

المؤسسة على استعادة نشاطها، وأن لا يُقضي بالتفليس تبعاً له إلا إذا بدى وازحاً اضمحلال كل معالم النشاط.

تدعو هاته الفكرة إلى تغليب فكرة الإنقاذ على التفليس، وترشيد التعامل مع المؤسسة التي تعاني من صعوبات بالتخطيط لإنقاذها وفق منوال واضح ومبادرة مالية من دائئها بالمساهمة في نشاط المؤسسة بدك إقراضها، أو بتحويل الديون إلى مساهمات فيكون الدائن طرفاً مساهماً....، وبأن توجد الحلول والتضحية من المساهمين والدائنين لإنقاذ المؤسسة⁽³⁾.

كما أنه وبدلاً من تجريد المفلس، يكون من الأفضل الإحاطة به في محيط نشاطه، وفي طريقة ومنوال عمله.

من الواضح أن نبيت أن رجال الأعمال أو رجال الاقتصاد يبحثون عن تفادي آثار الإجراءات الجماعية وتفعيل الآليات والعطيات التي تحولهم الاستثمار فيفرضون لذلك على الأقل في ذهنهم السائل التالية :

1/ الاستقرار « sécurité - stabilité »

ويكون هو الباعث على الاستثمار وبالتالي التطور لأن الاستقرار هو المحرك الأساسي للتطور الاقتصادي. (Moteur de croissance)

2/ الثقة في المستقبل (La confiance en l'avenir)

الذي هو عنصر ضروري للنشاط الاقتصادي ولخلق وإحداث المؤسسات. ولا ينطبق على المسير أو المستثمر فقط وإنما على الأطراف التي لها علاقة بالمؤسسة أيضاً كأجرائها ومزودها ومرفائها ودائئها....

3/ التنمية والتطور « croissance » وهو عنصر يتمثل في الاعتقاد بأن التنمية والتطور لا يكون إلا بإحداث المؤسسات والحفاظ عليها.

3 - حكم ابتدائي عدد 23 مؤرخ في 12 جوان 1997 م.ق.ت. عدد 07 جويلية 2002، "إنقاذ المؤسسة يتطلب حداً أدنى من التضحية من المساهمين فيها والمسؤولين عنها".

ومن الواجب أيضا أن نقر للمسير بإمكانية فشله في تجارته أو إدارة مؤسسة « Le droit à l'échec ». فنخرج من عقلية المؤاخذة والعقاب إلى عقلية تفادي أسباب الفشل وتجاوز آثاره.

كما أنه من الواجب على المسير أن يعلم أنه يوجد فصل بين الشركة كذات معنوية وبين صفته كشخص طبيعي، وأن يكون واعيا بضرورة عدم الانغلاق على نفسه حتى وإن مر بصعوبات مالية تقتضي مساعدته وحتى لا تطاله آثار التسوية القضائية والفلسة على شخصه قبل ماله ومكاسبه.

ولذلك تتجه الدعوة إلى تدعيم العلاقة بين المدين ودائنيه.

(2) رفع يد المدين على التصرف في أمواله

ينص الفصل 457 من المجلة التجارية أنه يترتب عن حكم التفليس رفع يد المدين عن إدارة جميع مكاسبه (أ) غير أن هذا الأثر لا يحول دون التخلص منه والتفليس من نطاقه (ب).

أ- المبدأ: رفع يد المفسر عن إدارة مكاسبه

يقتضي الفصل 457 من المجلة التجارية أن "الحكم بالتفليس يترتب عليه قانونا من تاريخ صدوره رفع يد المدين عن إدارة جميع مكاسبه والتصرف فيها..." كما يقتضي الفصل 454 من نفس المجلة أنه "تنفذ مؤقتا جميع الأحكام الصادرة في مادة التفليس..." يتعين بداية وضع الفصل 457 من م.ت. في إطاره بمعرفة مدلوله ومرماه فهو يؤول إلى رفع يد المدين عن الإدارة والتصرف فيفقد صلاحياته في إدارة الذات المعنوية - شركة تجارية - التي يمثلها أو إدارة مكاسبه والتصرف فيها لتحاك جميع تلك الأعمال وخاصة منها أعمال التقاضي إلى أمين الفلسة⁽⁴⁾.

⁴ - استقر فقه القضاء على هذا التمشي باعتبار أن المفسر يفقد الصفة في التقاضي ويحل محله أمين الفلسة وفقا لأحكام الفصل 457 من م.ت. وقد أوردت محكمة التعقيب بقرارها عدد 66817 بتاريخ

إن رفع اليد عن التصرف يتأسس على حماية الدائنين إذ في مواصلة الدين الإدارة والتصرف خسيّة من الإستمرار في تفكير ذمته المالية والإضرار بحقوق الدائنين.

يتبين من المصطلحات التي استعملها الشرع ومن محتوى الفقرة الأولى من الفصل 457 من م.ت. أن إرادته كانت واضحة في إقرار قاعدة قاطعة مفادها رفع يد الدين عن إدارة مكاسبه كأثر فوري وألبي لحكم التفليس وينتج عنه بمجرد التصريح به دون حاجة إلى النطق به من قبل القاضي. فهو يعد داخلا في الحكم ومنه، وأثر طبيعي للتصريح بالفلسة.

يطرح التساؤل حول بداية سريان رفع اليد فهل تنتظر مآك الطعون إن كانت أم لا ؟ ينص الفصل 454 من م.ت. على التنفيذ المؤقت لحكم الفلسة فأثر الحكم هو فوري وألبي وعليه لا يؤجل مفعوله إلا ما بعد الطعن. وينطلق من تاريخ صدور حكم التفليس بقطع النظر عن إجراءات التعليق التي تتولاها كتابة المحكمة والإشهار بالرائد الرسمي والجريدة اليومية الذي يتولاه أمين الفلسة وفق قواعد الفصل 453 من م.ت.

غير أنه يجدر بيان الطبيعة القانونية لنظام رفع اليد ذلك أن هذا الأثر لا يعني تجريد المدين من أملاكه فهو يبقى المالك ولا يفقد الأهلية في التعاقد ولا يصير ناقصا لها، فالتصرفات والعقود التي يتممها بعد التصريح بالفلسة تظل صحيحة وناظرة بين طرفيها ولكن لا يواجه بها الغير ولا حجية لها على الدائنين. وبذلك يُفسر رفع اليد في أنه منع من

2012/01/03 (غير منشور) قولها "ومن المعلوم أنه يترتب عن حكم التفليس زوال الصفة في التقاضي لدى الشركة المفلسة ويحل محلها سواء كانت طالبة أو مطلوبة أمين الفلسة وفقا للفصل 457 من م.ت. وهي مسألة إجرائية أساسية متصلة بالصفة في التقاضي تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها ... ولذلك يكون من النظام العام الإجرائي مقاضاة المفلس في شخص أمين الفلسة".
نلاحظ بأن الفصل 457 من م.ت. يعطي الصلاحيات لأمين الفلسة في حدود إدارة مكاسب المفلس والتصرف فيها ولا ترفع يد المدين في كل ما يتصل بحالته الشخصية أو بإجراء بعض الأعمال التحفظية أو متابعة الدعاوى التي يباشرها أمين الفلسة.

التصرف مماثل النع من التصرف في العقول إذ تؤدي العقلة إلى منع الدين من التصرف فيما تناولته من أموال وفق الفصل 309 من م.ت. وأن ما ينشأ عليها من حقوق رهن أو غيرها من الحقوق العينية باطل ولا عمل عليه إنزاء الدائنين. وباعتباره يبقى مالكا ولا يمنع سوى من التصرف والإدارة فإن الدين يحافظ على تفعيل الوسائل التي تحوله المحافظة على حقوقه وصيانتها وأن يتدخل في القضايا التي يتممها أمين الفلسة على معنى الفقرة 2 من الفصل 457 من م.ت.

أما بخصوص المدى القانوني لنظام رفع اليد فإنه ينالك من تصرفات الدين للأعماله اللاحقة لحكم التفليس، لأنه ينظر إليها على أنها سعي منه لتحويل الأموال وتبديدها ولذلك فإن الغاية من رفع اليد ومداها تكمن في حماية حقوق الدائنين من جهة ومنع الدين من تبديد ممتلكاته من جهة أخرى كما ينالك من كل تصرف يكون فيه الدين طالبا أو مطلوبا فلا يرفع الدعاوى القضائية مباشرة ولا تبشر ضده أيضا فلا يمكنه مثلا رفع قضايا في استخلاص أموال أو أن يخضع للإجراء تنفيذي أو يقوم بخلاص أحد دائنيه.

ومن المهم التوضيح أن هذا النع لا يمتد إلى الطعن في حكم التفليس. إذ يحق للمدين المصروع بتفليس الطعن في حكم التفليس بصفته الشخصية - كشخص طبيعي- أو بصفته يمثل ذاتا معنوية - شخص معنوي-.

ومعوجه يقتصر رفع اليد عن إدارة المكاسب والتصرف فيها التي تصبح بيد ومن صلاحيات أمين الفلسة، ويقتضي الدين الفلاس من مباشرة التقاضي فيما يخص ذمته المالية إنزاعا أو إفقارا دون غيرها من المسائل وهو ما قصده الشرع بالفصل 457 من م.ت. الذي لا يجعل من رفع اليد إجراء مطلقا وإنما يحصره وفق ما ذكر في إدارة المكاسب والتصرف فيها فقط. كما أن الفصل المذكور احتوى في عباراته تحديد نطاقه إذ تسمع الفقرة الثالثة للمدين التدخل في القضايا التي يباشرها أمين الفلسة، والمحافظة

على مصالح الشخصية، وعليه يحق له الطعن في حكم تفليسه لمخالفة القانون، أو لسوء التقدير، أو لغيره من الأسباب، ويباشر ذلك الطعن بنفسه دون تمثيل من أمين الفلسفة لأن الطعن لا يتعلق بإدارة المكاسب وإنما هو لرد التصريح بالتفليس والتصدي له ليحافظ الدين على حقوقه الذاتية وعلى كيانه ومصلحه المادية حتى وإن نفذ الحكم بصفة مؤقتة (١).

وينحصر نطاق الفصل 457 من م.ت. منحصرا في إدارة المكاسب ولا ينسحب على الطعن في حكم التفليس وتبقى صفة المدين قائمة في ذلك لتعلقها بمسائل شخصية، سيما وأن جميع المسائل التعلقة بالحالة الشخصية لا تدخل في آثار حكم التفليس فهي لا تتعلق بإدارة المكاسب وإنما إلى محافظة المدين على ذاتيته واعتباره.

وتبقى هذه الآثار رغم جسامتها وقية ومحددة في الزمن إذ يمكن للمفلس أن يسترد حقوقه التي جرد منها وأن يستغل تجارته.

ب- الوسائل القانونية للحد من أثر حكم الفلسفة

تطراً على الفلسفة بعض الحلول التي تؤثر في مآلها، وهي تعد من الوسائل القانونية التي تنهي الفلسفة أو تقلص من أثارها.

تمثل الوسائل القانونية في الصيغ التالية:

1/ الحصول على حكم في ختم الفلسفة لانعدام مصلحة الدائنين. يحصل خلاصهم وفق الفصل 532 من م.ت. فترفع بذلك جميع النتائج المترتبة عن الفلسفة، فطبقاً للأحكام الفصل 581 من م.ت. "يستعيد التاجر اعتباره بمفعول القانون إذا وفي جميع المبالغ الواجبة عليه" وإذا كان شريكاً في شركة وتسلط عليها التفليس فإنه "يجب لإعادة اعتباره أن يثبت أنه وفي.... بالناب الذي عليه من ديون الشركة".

يقتضي إعادة الاعتبار للمفلس توفر واجب النزاهة فيما عقده من صلح مع دائنيه، وفيما تم إبراء ذمته فيه، فلا يكون الإبراء مسألة شكلية

أو تركيبيّة مصطنعة تستهدف التقارر والتواطؤ للخروج من وضعية الإفلاس إلى رد الاعتبار.

وإذا خلا الاتفاق أو الإبراء من الجديدة أو كان مبنيًا على منافع راجعة للدائن فإنه يجوز:

* مؤاخذه الدائن جزائيا على معنى الفصل 289 من القانون الجنائي،
* إبطال الاتفاق.

تقرر المحكمة التي أصدرت حكم التفليس رد الاعتبار لأن جميع الدعاوى المرتبطة بالتفليس يعقد الاختصاص فيها للمحكمة التي أصدرت حكم التفليس عملاً بالفصلين 446 و583 من م.ت.

ويبقى لها السلطة التقديرية في تقرير مدى توفر واجب النزاهة لدى طالب رد الاعتبار انطلاقاً من معطيات موضوعية تتمثل بالأساس في:

- تقرير أمين الفلسفة
- رأي وكيل الجمهورية العلق
- تقرير الحاكم المنتدب للفلسفة
- كما لها أن تقدر ظروف القضية على قاعدة الفصل 587 من م.ت، وأن تتأكد وفقاً لتقتضيه أحكام الأصل 532 من م.ت. من شرطين:
- ثبوت الخلل أو التأمين بحجة أو تقرير من الدائن.
- إيداع جميع الديون لدى أمين الفلسفة بوصفه يمثل جماعة الدائنين.

ويستند في تحقق أحد الشرطين إلى تقرير الحاكم المنتدب للفلسفة وينجر عن الوفاء استرجاع الدين لحقوقه التي جرد منها بموجب حكم التفليس إذ "بصدور الحكم تنتهي الإجراءات بصفة باتة وتعاد إلى الدين جميع حقوقه وتزاع عنه جميع التحاير التي تكون قد سلطت عليه" (الفصل 532 من م.ت.).

2/ إبرام الصلح :

* الصلح البسيط :

يعتبر الصلح على معنى الفصل 1458 و 1467 من م.إ.ع. عقدا تزول بموجبه جميع الدعاوى والتبعات.

وإذا كانت آثار التفليس غير دائمة، وقابلة لمحوها، وإنزالها، لأن غايتها هو من الدين على استرداد حقوقه بتسوية حقوق دائنيه، وحماية الدائن وخلافه في دينه فإن الشرع خول للقاضي المنتدب للفلسة استدعاء الدائنين للتداول في الصلح والتعاقد عليه "للمداولة في عقد الصلح" على معنى عبارة الفصل 507 من م.ت.

يؤدي الصلح إن توفرت شروطه الإبرائية والموضوعية (انعقاد الجلسة والاستدعاء إليها وحفظ حقوق الدائنين) إلى زوال نتائج الفلسة وخاصة فيما يتعلق بالفلس فيسترجع التصرف في تجارته وإدارتها وفقا لما نهت عليه أحكام الفصل 521 من م.ت.

* الصلح بالتنازل عن المال :

يعد الصلح بالهبة السابقة المذكورة (507 وما بعده) صلحا بسيطا يتقرر من طرف الدائنين بتنازلهم عن بعض ديونهم أو حقوقهم. ويتحدد في نتائجه المبنية مع الصلح الذي يُمنح للمدين بتنازله عن كل ماله أو بعضه. فقد نص الفصل 531 من م.ت. أنه "يمكن منح الصلح للمفلس بتنازله عن كل ماله أو بعضه" فيباشر أمين الفلسة بموجبه أعمال الاستنضاض والتصفية ويوزع المال على الدائنين.

3/ إمكانية الإذنت بالاستمرار على الاستغلال التجاري

نذكر هذه الصورة الخاصة لأنها تسمح للمفلس باستغلال تجارية بنفسه، وهي صورة تخرج عن الجزاء العام المقرر بالفلسة "رفع اليد عن التصرف" ولا تؤول إلى رد الاعتبار، وإنما تستهدف المحافظة على النشاط

الاقتصادي في أنه مصلحة عامة ذلك أن تفليس التاجر لعدم خلاص ديونه لا يجب أن يؤدك إلى انعدام النشاط الاقتصادي المؤسساتي، لأنّ المشرع يفرق في الميدان الاقتصادي والتجاري بين المؤسسة كوحدة اقتصادية واجتماعية لها شخصيتها المعنوية وذاتيتها واستقلاليتها عن شخص مسيرها فإذا لم يفلح هذا الأخير في إدارة المؤسسة أو لم يحافظ عليها ولم يعد قادراً على إدارتها، فإنه يتم إبعاده للمحافظة على المؤسسة وبذلك يسبق الصالح العام عن الصالح الخاص.

وفيصل المشرع في هذا الإطار بين المسير الشخص الطبيعي وبين الشركة كشخص معنوي وقد اعتمد هذه التقنية حتى إذا لم يعد المسير قادراً على إدارة المؤسسة لأسباب صحية وقرر إحالتها، فمنع لقابليها ومحملها عدة امتيازات جبائية نهى عليها الأمر عدد 934 بتاريخ 2007/04/16⁽⁵⁾.

إذت يجوز للمحكمة ودون رفع الجزاء المدني السلط على المفسر الإذنت له بمواصلة الاستغلال إذا استوجب المصلحة العامة أو مصلحة الدائنين. وتقرر المحكمة هذا الحل بالاعتماد على طلب أمين الفلسة، وبناءاً على تقرير من الحاكم المنتدب للفلسة الذي يكون قد اتجه على العين وعاین النشاط ومدى مهول ضرر من إيقافه ووضع الأختام.

تستند المحكمة في قرارها إلى أحكام الفصل 480 من م.ت. الذي يقيد بفقرته الثانية على شروط طلب أمين الفلسة أولاً بالاستناد إلى تقرير الحاكم المنتدب ثانياً وبصفة خاصة ثالثاً إثبات الضرورة والمصلحة كالمحافظة على مواطن الشغل أو على نشاط اقتصادي حيوي تحتاجه المجموعة الوطنية، أو مصلحة الدائنين الذين يمكن خلاصهم من نتائج الاستغلال.

5 - الأمر عدد 934 لسنة 2007 مؤرخ في 16 أفريل 2007 يتعلق بتحديد حالات العجز عن مواصلة تسيير المؤسسات الرائد الرسمي عدد 32 لسنة 2007 بتاريخ 2007/04/20 : حدد الأمر حالات العجز عن تسيير المؤسسات وهي تلك الناتجة عن الأمراض أو حوادث الحياة العادية، عن الإرهاق الجسماني، عن حوادث الشغل الأمراض المهنية، والحالات المشتبه بتقرير طبي مغل.

4/ إمكانية تقرير إعانة للمفلس

ينص الفصل 481 من م.ت. - ودائما في إطار التخفيف عن المفلس وإسعافه - على أنه "يمكن للمفلس أن يأخذ له ولعائلته من أموال الفلسة معونة غذائية يحددها الحاكم المتدب للفلسة".

يأتي هذا الفصل لحماية المهالغ المعاشية للمفلس الذي قد يؤول تفليسفه إلى قطع جميع موارد عيشه، ولذا أقر المشرع إعانته، وهي معونة تصرف من إيجابي الفلسة وتطرح من القيمة المالية الراجعة في الأهل إلى الدائنين.

تنحصر العونة في أسبابها العيشية للمفلس وأفراد عائلته وتبقى في إطارها الضيق، غير أن التضييق في فهمها لا يمحضي إلى أكثر مما عناه المشرع فلا تقضي عبارة "المعونة الغذائية" الضروريات التي تضمن مقومات الحياة العادية كضرورة الإستمرار على التداوي، وسداد معينات الاخرط في الصناديق الاجتماعية، أو صندوق التأمين على المرض، وهي ضرورات حياتية لا مانع من مساعدة المفلس بشأنها انطلاقا من أن رفع يد هذا الأخير عن التصرف في مكاسبه لا يجب أن تحرمه من مقومات الحياة ولأن التصريح بالتفليس لا يؤول "إلى الانتقام" من شخص المفلس ولأن التصريح بالتفليس يبقى مسألة وقتية، يمكن التخلص من نتائجها بالصغ المذكورة سابقا⁽⁶⁾.

بقي أن نوضح بأن المعونة الغذائية لا تصرف إلا إلى الدين وعائلته، وثفهم العائلة هنا بالرجوع إلى مسألة الإنفاق، فلك من تجب نفقته على المفلس بالإلزام أو بالقرابة يعتبر من عائلته، كما يفهم المقصد منها من خلال معيار الكفالة فلك من هو في الكفالة القانونية أو

6 - الفقرة الأولى فرع ب.

الفعلية للمفلس يعتبر من أفراد عائلته ويستحقّ العونة الغذائية من الحساب الدائن للفلسة⁽⁷⁾.

امتوت عبارات الفصل 481 من م.ت. بيان إجراءات إسناد العونة الغذائية من جهة صفة طالبها، ومن جهة صرفها، فهي تؤخذ من الحساب الدائن للفلسة، ومن جهة طبيعتها القانونية إذ هي تبقى مجرد إمكانية يقررها الحاكم المنتدب للفلسة باقتراح من أمينها.

إن القرار التي يتخذه القاضي المنتدب للفلسة لا يقوم على معطيات شخصية ذاتية، وإنما يجب أن يبنى على دراسة موضوعية لطبيعة مكاسب الدين الفلس وإن كانت له مداخيل قارة أو دورية غير تلك التي خضعت للفلسة ويستعين هنا في تقديره الموضوعي بالمعطيات التي يقررها أمين الفلسة عند مهر حساباتها وختم ديونها.

الفقرة الثانية : الأثر بموجب الحكم القضائي : التعجير من مباشرة إدارة الشركات

يقتضي البدء العام أن العمل في ميدان التجارة حر، فلك شخص له الحق في امتياز العمل التجاري وتسيير وإدارة المؤسسات الاقتصادية دون أي إقصاء.

وقد نهت على ذلك أحكام الفصل 5 من م.ت. قولا بأنه "لك شخص أهله للالتزام بجوز له أن يتعاطى التجارة" غير أن ممارسة التجارة لله مرتبطة بضوابط موضوعية تنصل بالنظام العام الأخلاقي والاقتصادي وتراعي الوانع السلطة على الشخص.

- فعلى المستوى الأخلاقي يتقيد النشاط التجاري بمشروعية السبب إذ يمنع الشرع كل تعاقد أو اتفاق يكون سببه غير مشروع ومخالفة للأخلاق

7 - يقصد بالكفالة القانونية العقد الذي يلتزم بمقتضاه شخص رشيد بكفالة قاصر وفق مقتضيات القانون عدد 27 لسنة 1958 مؤرخ في 4 مارس 1958، أما الكفالة الفعلية فهي مسألة واقعية تثبت في أمرين وهما تواجدها حقيقة وحصول المنفعة المادية بموجبها.

الحميدة على معنى الفصل 67 من م.إ.ع. قولا بأن "الالتزام المبني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه والسبب غير الجائز عبارة عما يخالف القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام".

ولذلك يجوز إبطال وإيقاف كل نشاط تجاري وكل قرار يمس بالنظام العام الأخلاقي.

- أما على المستوى الاقتصادي: فإن حرية العمل التجاري لا تعني الإطلاق فلا يجوز الاحتكار والمضاربة وإغراق السوق والمناجزة غير المشروعة مثلما تقيد بها أحكام المنافسة، وأحكام حماية المستهلك، وأحكام تنظيم التجارة في بعض المواد أو التجارة في بعض القطاعات.

- أما على المستوى الشخصي: ينص المشرع على موانع أخرى شخصية منها ما تتأسس على فكرة المؤاخذه والعقاب ومنها غير ذلك، لأن المشرع أرسى بعض التعامير في ممارسة التجارة وإدارة المؤسسات على الأشخاص الذين لا يجوز لهم ممارسة الأنشطة التجارية لانعدام الأهلية أو نقصانها وفق ما ينص عليه الفصل 6 من م.ت. أو بحكم وظائفيهم العمومية كالقضاة مثلا.

نحصر تحليلنا في التعامير ليس على أساس الموانع القانونية، وإنما على أساس العقوبة باعتبار أن التعجير عن مباشرة الأنشطة التجارية كأثر من آثار التسوية القضائية هو عقوبة تكميلية تسلط على مسير الشركة.

- ينص الفصلان 214 و 254 من مجلة الشركات التجارية (بالنسبة للشركة الخفية الاسم) والفصل 121 من م.ش.ت. (بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة) على التعجير من تسيير أو إدارة مؤسسة اقتصادية كعقوبة تكميلية لدعوى تسديد العجز وتحمل باقي الديون قولا بأن للمحكمة أن "تعجر على الحكوم عليه مباشرة تسيير الشركات أو مباشرة نشاط تجاري لمدة يحددها الحكم".

ينظم المشرع الفرنسي أيضا هاته العقوبة بالجملة الجنائية بالفصل 131/27 ويعتبرها من العقوبات الجزائية البديلة التي تسلط على كل مسير ارتكب المخالفات المنصوص عليها بالفصل 128/1 من المجلة التجارية، وتشمل هاته العقوبة كل أعمال الإدارة والتصرف بأي شكل من الأشكال ولو بواسطة شخص متدخل.

إن استعمال المشرع لمصطلح التعجير في ميدان الشركات التجارية ليس حديثا في التشريع التونسي في مادة الشركة التجارية (بقطع النظر عن التعجير في الميدان الشخصي والمدني والجزائي) إذ نهى عليها منذ أن كانت تنظيم الشركات التجارية موصورا في مجلة الالتزامات والعقود، فنهى الفصل 1327 منها على التعجير من ممارسة التجارة⁽⁸⁾ وجعله في نفس مرتبة التفليس بما يعني رفع يد المحجور عليه إدارة مكاسبه والتصرف فيها وبالتالي انعدام أهليته في التصرف Incapacité d'exercice⁽⁹⁾.

وإذا كانت المشرع بمجلة الالتزامات والعقود في سنة 1906 اعتبره من أسباب اخلاك الشركة، فإنه في سنة 2009 وموجب القانون عدد 16 المؤرخ في 16 مارس 2009 اعتبره عقابا ومؤاخذة تكميلية لعقوبات أصلية (التفليس - سد العجز - تحمل باقي الدين...) تستهدف إبعاد المسير الذي تبين عدم قدرته على التصرف والتسيير⁽¹⁰⁾.

يكتف هذا الإجراء بأنه عقوبة تكميلية نال جانب المؤاخذة المدنية والجزائية سلط القانون عقوبة حرمان المسير المسؤول من حقوقه المدنية

8 - ينص الفصل 1327 من م.إ.ع. "إذا انحلت الشركة في الصور المبينة في الفصل 1323 أو بسبب التعجير أو التفليس لأحد الشركاء..."

9 - الفصول 457 و 458 من م.ت.

10 - André Jacquement, droit es entreprises en difficulté 5ème édition Litec p.481.

«Il s'agit plus cette fois-ci de faire payer les dirigeants, mais plutôt de les éliminer au moins temporairement de la vie des affaires en raison de leur uni aptitude ou indécatesse révélée lors d'une procédure collective».

والرهنية بجرمانه من ممارسة الأعمال التجارية بسبب ما لوحظ خلال إجراءات التسوية من عدم قدرته على التسيير أو عدم الانتباه فيه أو عدم مراعاة قواعد التسيير.

خولت الفصول 121 و214 و254 من م.ش.ت. للمحكمة أن: "تحجر على الحكوم عليه مباشرة تسيير الشركات أو مباشرة نشاط تجاري لمدة يحددها الحكم....".

فالمحكمة المتعده بالتسوية هي المؤهلة للتصريح بعقوبات التحجير، فتأذن بإبعاد المير من ميدان الأعمال التجارية، ومن كل نشاط مرتبط به، ولكن لمدة مضبوطة تحدّد أجلها وبدايتها ونهايتها أو حتى تنفيذها بهففة عاجلة بقطع النظر عن الطعن بالاستئناف⁽¹¹⁾.

ويلاحظ أن هاته التحجيرات كانت تقتصر على إجراءات التفليس وأثاره وتسلط بهففة آلية، فأصبحت منذ 16 مارس 2009 تنطبق في التسوية القضائية، بغية تحقيق الموازنة بين اعتبارات النجاعة والفاعلية في سير الشركات التجارية وحماية الحقوق المساهمين الأساسية وحقوق الدائنين والتعاملين مع المؤسسة.

من الثابت أن للقاضي سلطة تقديرية في تسليط العقوبة التكميلية يستمدّها مما انتهت إليه أعمال التسوية القضائية التي تبرز في تقارير المتصرف القضائي أو الخبير في التشخيص.

إن هذه التقارير تظهر العجز وتعطي أسبابه فتكون سندا للقاضي في اتخاذ تدبير تحجير ممارسة النشاط التجاري، لكنها لا تكفي إذ من الواجب ثبوت الأخطاء في التصرف في جانب المير وتكررها وجسامتها بما يؤثر سلبا على وضع الشركة، وبما يستدل بها على عنصر هام وهو سوء النية.

¹¹ - Cass-Com 3 Nov 1992-Bull CV.IV, n° 343.

- Cass-Com 23 Mai 2006 arrêt n°782, Act-proc 2006-12 page 1.

وتشير في هذا السياق إلى التطبيق القضائي من خلال بعض الأحكام
الصادرة عن قضاة الأصل⁽¹²⁾ ومنها الحكم الابتدائي عدد 5845 الصادر
عن المحكمة الابتدائية بصفاقس في 26 ماي 2009⁽¹³⁾ الذي قضى بالتحجير
على المحكوم عليه بمباشرة تسيير الشركات أو مباشرة نشاط تجاري وأسس
ذلك على تعدد ارتكاب الأخطاء في التصرف أهمها عدم التصريح
بالتوقف عن النشاط وعدم إيداع التصاريح الجبائية وغيرها...
ومجدد التأكيد بأن التحجير يزول بحلول أجله أو قبل حلوله إذا :
- تم التصريح بختم التسوية لانقضاء الديون وخلال الدائنين⁽¹⁴⁾.

12 - نذكر الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية بصفاقس بعدد 5888 في 09 جوان 2009 وعدد
5978 و6021 الصادرة في 17 نوفمبر 2009.

13 - "حكم ابتدائي (غير منشور) ورد فيه ما يلي : وحيث يؤخذ من الفصل المذكور (121 من م.ش.ت.)
أنه يمكن تحميل وكيل الشركة المفلسة القانوني أو الفعلي الديون التي بقيت متخلدة بذمة المفلس بعد
استخلاص أموالها وهي قرينة محمولة على الوكيل على كونه تسبب في الديون المذكورة بسبب سوء
تصرفه ويمكن له دحض القرينة المذكورة بإثبات أنه يدل في إدارة الشركة من النشاط والعناية ما يبذله
صاحب المؤسسة المتبصر والوكيل النزيه".

وحيث ثبت من تقرير أمين الفلسفة المؤرخ في 2009/02/12 وأن المطلوب بوصفه كان وكيلاً للشركة
ارتكب عدة أخطاء في التصرف من أهمها عدم التصريح بالتوقف عن النشاط لدى الصندوق الوطني
للضمان الاجتماعي وعدم إيداع التصاريح الجبائية وهي من الأسباب الرئيسية التي أدت إلى تراكم ديون
الشركة وتقليصها".

وانتهى إلى التحجير على الوكيل في ممارسة أي نشاط تجاري كنتيجة لسوء التصرف والإدارة واجتهد في
تحنيد مدة التحجير بقوله : "أما بخصوص مدة التحجير فإنها موكولة أيضاً لاجتهاد المحكمة فقد تكون لمدة
طويلة أو قصيرة ويمكن اختزالها وضبطها في مدة تنطلق من تاريخ الحكم وتنتهي بزوال موجب التحجير
أي خلاص المبلغ المحكوم به لتسديد العجز".

هذا الحكم تم نقضه استئنافياً بالقرار عدد 36803 بتاريخ 27 ماي 2010 عن محكمة الاستئناف بصفاقس
(غير منشور) قولاً بأن الدعوى المقامة على أساس الفصل 121 تقطع بمضي ثلاث سنوات وقد انقضت
المدة بين تاريخ صدور حكم التقليل والقيام في سد العجز على معنى الفصل 121 من م.ش.ت. (لم يتم
الطعن فيه بالتعقيب).

14 - الملاحظ أن المشرع لم ينص على إجراء ختم التسوية القضائية واجتهد القضاء في تفعيلها مستئنفاً في
ذلك بإجراء ختم الفلسفة لانعدام مصلحة الدائنين. إذ جاء بالحكم عدد 4774 الصادر عن المحكمة الابتدائية
بصفاقس في 23 أكتوبر 2007 (غير منشور) أورده القاضي منصف الكشو في مؤلفه "المرونة والواقعية في
الإنقاذ : قراءة في قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية" جويلية 2011 ص. 111.

- يطلب من المدين إذا قدم مساهمة قيمة أو كافية لخلاص الديون، ويرجع لقضاة الأهل تقدير مدى وجود المساهمة القيمة أو الكافية. تؤكد بأن التعجير ليس أبديا ومستمرا لذلك فهو يزول بصفة آلية وفق صيغتين تتصلان بزوال موجب التعجير لحلول الأجل أو لرد الاعتبار.

أولهما : حلول الأجل بمعنى أن تنتهي مدة المقررة لهذه العقوبة المدنية ويسترجع تبعاً لذلك المسير صلاحياته بصفة آلية ودون حاجة إلى حكم أو غيره في إدارة الشركات ومباشرة الأنشطة التجارية.

ثانيهما : وهي الصورة التي يسترد فيها المسير اعتباره وفق مقتضيات أحكام التفليس بالملحة التجارية إذ ينص الفصل 581 على أن يستعيد المفلس اعتباره بمفعول القانون أي دون حاجة لحكم أو قرار.

تساو عن حالة ممكنة "ليست آلية" نظرهما في السؤال التالي :

هل يجوز للمسير أن يرفع أمام المحكمة - التجارية - طلب رفع التعجير؟ لا يسمح المشرع التونسي بهذا الحل فهو وإن سمح للمفلس الاستمرار على استغلال تجارته بترخيص من المحكمة بعد طلب من أمين الفلسة وفق الفصل 480 م. ت. فإنه لم يتطرق لرفع التعجير .

وقد جاء بالحكم المذكور ما يلي : "ولئن نص على عدم إمكانية وفاء المدين بالتزاماته المالية في إطار تنفيذ برنامج إنقاذه ومكن عدة أطراف من طلب إبطال البرنامج فإنه في المقابل لم ينص ولم يؤخذ بعين الاعتبار إمكانية وفاء المدين بالتزاماته المالية قبل المدة المحددة له وتبعاً لذلك لم ينص على أي إجراء يمكن المدين من طلب ختم إجراءات التسوية قبل الأوان أو حتى في المدة المحددة له ليتمكن المدين من رفع التحاجير والقيود المسطرة عليه بموجب القانون أو بموجب حكم المحكمة".

"وحيث وفي غياب نص تشريعي بخصوص ختم أعمال وإجراءات برنامج إنقاذ المدين... فإنه يمكن الاستئناس بأحكام القواعد العامة للقانون بالفصل 535 من م.إ.ع. الذي ينص على أنه عند تعذر الحكم بنص صريح من القانون يعتبر القياس ومنها الفصل 532 من م.ت. الوارد في ختم الفلسة لانعدام مصلحة جماعة الدائنين..." وانتهت أنه "وبناء على انعدام مصلحة دائني الشركة في إيقافها تحت نظام التسوية لوقوع خلاصهم كيما حققه مراقب التنفيذ وزوال حقهم في طلب إبطال البرنامج عند الاقتضاء فإن هذه المحكمة ترى من المتجه التصريح بختم إجراءات برنامج إنقاذ شركة... لانعدام مصلحة الدائنين من جهة ولانتهاء الموجب لذلك تبعاً لإتمام تنفيذ البرنامج...والإذن تبعاً له برفع كل التحاجير المسطرة عليها..."

وعلى خلافه يتبع القانون الفرنسي للمسير إقامة دعوى في رفع التحجير
: « action en relevé de déchéance » (art 326 du décret du 28/12/2005)
ولكن شريطة أن يكون المير قد قدم مساهمة هامة في تغطية الديون
وخلالها « Une contribution suffisante au paiement du passif » ويبقى
للمحكمة صلاحية تقدير إن كان المبلغ المدفوع هاما وكافيا ليستعيد المير
مريته في التسيير.

جعل المشرع أمر الحكم بالتحجير موكوك للاجتهاد القاضي انطلاقا من
الصياغة التي استعملها بالفصل 121 "ولها أن تحجر على المحكوم عليه"
وكما استعمل نفس العبارة بالفصل 254 من م.ت. وتعد لهذا العقوبة
تكميلية، ولأنها أيضا تقرر إثر دعوى تسديد الديون والعجز من طرف
الدين، وهي إمكانية مخرجه للمحكمة تسليطها كلما كانت أخطاء التصرف
جسيمة وألحق ضررا بالمؤسسة وبينت عجزا في أصولها وتلاشي
رأسمالها أو جزء منه، بموجب توظيف مكناسها لصالح المير وعدم تجنب
الضرار بها فهناك اجتهاد في تسليط العقوبة وتقدير مدتها بما يجعل تفعيلها
يختلف من حالة إلى أخرى ومن واقعة إلى أخرى.

واجتهاد قضاة الأصل في تفعيل العقوبة وتقدير مدتها وتم ربطها
بانقضاء الدين بصفة تجعل التحجير قائما كلما لم تتم تسوية الدين
والوفاء به.

يعد هذا الاجتهاد موضوعيا فهو يهدف إلى حماية الدائن من جهة
والدين من جهة أخرى بدفعه على الخلاص حتى يتحرر من قيد منع
مباشرة الأعمال التجارية.

بالمرجع إلى القانون الفرنسي يتبين أن المشرع جعل لها مدة قصوى وسقفا لا
يتجاوز 15 سنة بقانون الإنقاذ لسنة 2005 « Loi de sauvegarde de 26 juillet 2005 »
كما جعلها من ناحية أخرى بيد القاضي الجزائي يسليطها كعقوبة بديلة.

ثم إنه لتفعيلها وضمّان نجاحها تدخل بالقانون عدد 2012/387 المؤرخ في 22/03/2012 ودخول للكتابة المحكمة التجارية مسك سجل إعلامي يتضمن الفلسات السلطة على الأشخاص الطبيعيين- الفلسة الشخصية والتحاير المتعلقة بالإدارة والتصرف والمراقبة يتابع من خلاله مدى تفعيل التحجير من مباشرة أعمال التجارة أو إدارة المؤسسات متى لا تبقى العقوبة في مستواها النظري⁽¹⁵⁾.

يبدو أن الفصل 34 من القانون عدد 44 لسنة 1995 مؤرخ في 02 ماي 1995 المتعلق بالسجل التجاري لم يواكب التنقيح المدرج بمجلة الشركات التجارية في 16 مارس 2009 إذ يقتضي هذا الفصل وجوب التنهين على كل ما يتعلق بالنشاط التجاري من جهة التوقف عن الدفع ومن جهة الخضوع للتسوية رضائية أو قضائية ومن جهة التنهين على الأحكام والقرارات المتعلقة بالتسوية والتفليس. ولكنه لم يتضمن الإضافة التي أقرها المشرع بموجب قانون 16 أبريل 2009 حول العقوبة التكميلية ويرجع هنا للقضاة بتضمين منطوق حكمهم بالتحجير التنهين عليه بالسجل التجاري للذات المعنوية أو للمسير إن كان تاجرا، وإن لم يكن كذلك، فالإذنت بالتعليق بالغرفة التجارية والمصالح المتصلة بالأعراف والبنوك والعمال وغيرهم...لأن القاعدة هي حماية مصالح الاقتصاد والدائنين وإبعاد الأشخاص اللذين أظهروا عدم قدرتهم على التسيير.

وينظم المشرع الفرنسي تفعيل مدة العقوبة التكميلية في الزمن من جهة أقصى زمن التحجير فمنه بالفصل 131/27 من مجلة الجنائية (حول طرق تنفيذ

15 - وبالمقارنة يُفعل المشرع التونسي بطريقة ناجعة القيود والتحاير في مادة التفليس إذ ينص الفصل 453 على التعليق والإشهار والإدراج بالرسوم العقارية وتعلم به النيابة العمومية الحجرة التجارية والسجل التجاري.

ويكون من الواجب لضمان النجاعة ولتنفيذ العقوبة التكميلية الإذن بالتنقيص على التحجير بالسجل التجاري إن كان المسير تاجرا كصيغة مستقلة عن اثر التفليس لأن السجل التجاري من الواجب أن يجمع المعلومات الخاصة بالتجار ويضعها على ذمة العموم طبق الفصلين 1 و34 من قانون السجل التجاري.

بعض العقوبات (des modalités d'application de certaines peines) على مدتها، إن كانت لمدة محددة ووقتية، فهي لا يمكن أن تتجاوز 10 سنوات.

« L'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque ...est soit définitive, soit temporaire, dans ce dernier cas, elle ne peut excéder une durée de dix ans »⁽¹⁶⁾.

نلاحظ بأن المشرع الفرنسي يستعمل تقنية التحجير كعقوبة بديلة من مباشرة بعض الوظائف أو بعض المهام أو بعض الأنشطة خاصة مباشرة الأنشطة التجارية والتصرف وإدارة المؤسسات التجارية ويترك المجال لذلك القاضي لتفعيل هاته العقوبة.

ينص هذا الفصل على أن الأشخاص الذين ارتكبوا بعض المخالفات الواردة به يتحملون عقوبة تكميلية تتمثل في التحجير عليهم من مباشرة مهنة تجارية أو صناعية أو التصرف أو إدارة أو مراقبة بهفة مباشرة أو غير مباشرة لفائدة نفسه أو لفائدة الغير كان مؤسسة أو شركة تجارية أو صناعية.

وبيّن الفصل المخالفات التي تستوجب العقاب التكميلي ومنها المخالفات المتعلقة بالتشريع المتعلق بالشركة التجارية.

« L'une des infractions à la législation sur les sociétés commerciales... »

وقد أدخل المشرع بموجب القانون عدد 387/2012 المؤرخ في 22 مارس 2012 تعديلا على النص المذكور يستهدف ضمان تنفيذ التحجير والحد من الغش فيه

¹⁶ - Art 131-6 code pénal français.

Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer à la place de l'emprisonnement une ou plusieurs peines privatives ou restrictions de liberté suivante 1^o, 15^o

« 15^o l'interdiction pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer ...une entreprise commerciale industrielle ou une société commerciale ».

و ضمانات تفعيل التحجير المصرح به من طرف المحاكم فسمح للكتابة "المحكم التجارية" بالخصوص من إمداد صحيفة وطنية تتضمن قائمة المحجور عليهم من طرف المحاكم في مباشرة أعمال التجارة.

«Un fichier national automatisé des interdits de gérer».

لقد اعتبر قضاء الأصل في حكم ابتدائي عدد 5845 صادر في 26 ماي 2009 عن المحكمة الابتدائية بهافاقس⁽¹⁷⁾ أن أساس التحجير يؤخذ ما نسب للمسير من أخطاء تصرف والإدارة التي ترى وجوب تكررها وجسامتها.

وقد ورد بالقرار الاستثنائي عدد 36804 بتاريخ 2011/01/24 عن محكمة الاستئناف بهافاقس⁽¹⁸⁾ بيان لنوعية الخطأ الذي يمكن أن يكون سببا في التحجير على الفلاس أو الخاضع للتسوية القضائية قائلة ما يلي :
لله وحيث لا جدال أن عدم تقديم الوثائق المحاسبية والموازنات المالية للشركة وعدم ضبط قائمة الحرفاء المدينين ومسك محاسبة مخالفة للقانون يشكل خطأ فاحشا في التصرف وتخاذلا من قبله في تسير الشركة الفلسة".
وتكون مدته خاضعة للاجتهاد القاضي وتكون طويلة أو قصيرة ورأت المحكمة الابتدائية إمكانية ضبطها في مدة تنطلق من تاريخ الحكم بالتحجير وتنتهي بزوال موجه الذي هو تسوية الدين المحكوم به لتسديد العجز فتكون عقوبة التحجير عقوبة تكميلية لا تستقل بذاتها وإنما تتبع دعوى سد العجز وتسديد الدين وتقتضي التقيد بظروف كل حالة وملاساتها⁽¹⁹⁾.

ويؤكد فقه القضاء الفرنسي على تفعيل مبدأ التناسب في اتخاذ قرار التحجير Principe de proportionnalité بين ما ينسب للمسير وما تقتضيه مدة التحجير⁽²⁰⁾.

17 - حكم ابتدائي تجاري غير منشور.

18 - قرار استئنائي تجاري غير منشور.

19 - CA Paris 28/03/2006 R.G. n° 05/15453 CA Paris 28/03/2006 R.G. n° 05/15453.

20 - Cas Com 01/12/2009 n° 08-17-187 Juris Data n° 2009-050595.

إن تحديد المدة من اجتهاد القاضي في القانون التونسي قد يكون بالغاً فيه، والأجدر تسديد سقف لها لا يمكن تجاوزه حتى لا يفقد السير الأمل في استعادة نشاطه.

ويكون من الأفضل أيضاً التنصيص على أن خلاص جزء هام من الدين المحمول على السير يحول الالتجاء إلى القضاء لطلب رفع التحجير ويراعي في القرار الضمانات المقدمة إن كانت كافية للخلاص وإن كان الطالب سبق بهفة فعلية جزء هام من الدين.

ويعد تمكين السير من رفع التحجير مكافأة له لأنه وفى بالتزاماته أو جملها إذ يسترجع السير بموجب رفع التحجير المضروبة عليه صلاحياته في الإدارة والتصرف والانتفاع بأصول تجارته وتوظيف رأسماله بما يعود بالفائدة على الاقتصاد. فمن واجب القاضي - في غياب النص القانوني الخاص - أن يجتهد في إيجاد الحل الذي يرجع السير لحياته العملية لأن الشرع التونسي وإن قرر التحجير لرفع الضرر اللاحق بالشركة - إن كانت ودائنها فإنه يتبنى بالفصل 556 من م.إ.ع. أن "الأصل ارتكاب أخف الضررين" فإذا نال ضرر دائن أو تم خلاصه في جزء هام من دينه أو قدمت له الضمانات الكافية فلا موجب ولا حاجة للإبقاء التحجير نافذا في حق السير.

الفرع الثاني: سحب الفلسة على السير

قد يرتكب سير الشركة التجارية مهما كان شكلها عديد التجاوزات، فينفرد بتسييرها ويتخذها ستاراً يخفي تصرفات تتسبب في الظاهر للشركة التي تبقى ملزمة بها، في حين أن تلك التصرفات هي في الحقيقة لفائدة السير، ومصلحته، على حساب مصلحة الشركة. ولذلك أقر الشرع بالفصل 596 من م.ت. مبدأ إمكانية سحب الفلسة على كل شخص التجأ إلى التستر بالشركة لإخفاء تصرفاته، وقام لنفعته الخاصة بأعمال تجارية، وتصرفت بالفعل في مكاسب الشركة كما لو كانت مكاسبه الخاصة.

يعتبر هذا الجزاء المدني الأشد تساوة على مسير الشركة لما له من آثار على شخصه وعلى ذمته المالية فإذا كان إلزام المسير بديون الشركة يعود إلى تصرف غير سليم من قبله، فإن سحب الفلسة فهو نتيجة لتجاوزه حدود سلطته وسوء استعمال أموال الشركة.

ويضع الفصل 596 من م.ت. شرطين أساسيين متلازمين لسحب الفلسة على مسير الشركة أولهما قيام المسير بأعمال تجارية لحسابه الخاص مسترا بالشركة، كاستعماله حسابه الجاري للقيام بأعمال تهم الشركة فيحصل الخلط بين ذمته المالية والذمة المالية للشركة.

أما ثانيهما فيتعلق باستعمال المسير لأموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة مثل المسير الذي يتعاقد باسم الشركة في مسائل تهمه شخصيا (بناء منزل - شراء سيارة -.....).

الفقرة الأولى : الشروط القانونية لسحب الفلسة على المسير

بينت محكمة التعقيب في قرارها عدد 60808 بتاريخ 17 جانفي 2012⁽²¹⁾ شروط سحب الفلسة على الوكيل وإجراءاتها معتبرة استقلالية دعوى سحب الفلسة عن دعوى التفليس واختلافها عنها من جهة إجراءات ومن جهة الشروط الموضوعية :

1) الشروط الإجرائية

أوردت محكمة التعقيب بالقرار المذكور ما يلي "وعليه ومخصوص سحب الفلسة فهو لا يخضع للأحكام التفليس كما هي بالفصلين 448 و449 من م.ت. التي تقتضي أحكامها التصريح بتفليس التاجر سواء كان شخصيا طبيعيا أو معنويا وإنما للأحكام الفصل 596 من م.ت. الذي يمثل القاعدة العامة في سحب الفلسة على الوكيل أو المسير مهما اختلف شكل الشركة وباعتباره فصلا عاما ينطبق على جميع الشركات.

تؤكد المحكمة بصفة مبدئية على اختلاف الأساس بين دعوى التفليس ودعوى سحب الفلسفة وإن كانا يتعدان في الآثار، معتبرة أن المجمع القانوني في سحب الفلسفة هو الفصل 596 من م.ت. دون غيره فهو فصل عام يوطر أحكام سحب الفلسفة. غير أن هذا الفصل لا يتناول مسألة الإجراءات.

يعد إجراء سحب الفلسفة وفق الفصل 596 بمثابة الجزاء المدني لكل شخص يتخفى بالشكل الظاهري للشركة لقضاء مأرب خاصة، بما يلحق ضرر بالنظام الاقتصادي ولبادئ الثقة في المعاملات التجارية، ولذلك يعتبر سحب الفلسفة بمثابة الضمان للدائنين اللذين لحقهم ضرر من مخادعة السير.

بهذه الصيغة، يشترط إجرائيا لطلب سحب الفلسفة أن يثبت الطالب ضرره المادي وبالتالي صفته - كمتضرر من تصرفات السير - ومصلحته وهي المنفعة التي يرمي إلى تحقيقها من خلال سحب الفلسفة على السير لأن المصلحة هي مناط التقاضي. وعليه فإن النظام القانوني في شروط مباشرتها والأشخاص المخول لهم إثارتها وأثارها تختلف عن تلك المتعلقة بالفلسفة. "وحيث بخصوص شروط القيام بالدعوى فيجب ثبوت أن السير محل المسألة قد استغل الشركة ومكاسبها وأموالها لمصلحة الخاصة وجعل من أعمالها وتصرفاتها واتفاقاتها سترا يتخفى وراءه لتحقيق مأرب خاصة وفي غياب هاته الشروط لا يمكن قبول دعوى سحب الفلسفة على السير أو التصريح بها من طرف المحكمة من تلقاء نفسها مثلما هو جائز لها في أحكام التفليس على معنى الفصل 449 من م.ت. فقرة الأخيرة".

تمارس دعوى سحب الفلسفة من الناحية الإجرائية في إطار مختلف عن دعوى الفلسفة، فهي دعوى تخضع لشروط الصفة والمصلحة كما أشير إليها والنصوص عليها بالفصل 19 من م.م.م.ت. وتخضع لتعديد وطلب خاص، فلا تصرع بها المحكمة من تلقاء نفسها مثلا ما هو جائز لها في الفلسفة. وقد

بينت المحكمة بقرارها خطأ محكمة الموضوع عندما صرحت تلقائياً بسحب الفلسفة على المسير دون أي طلب قولاً بما يلي: "وعلى هذا الأساس فإن الحكم المعارض عليه عدد 324 الصادر عن المحكمة الابتدائية بمنوبة بتاريخ 2003/12/17 قد أساء تطبيق القانون وغلط بين دعوى التفليس مناد الفصل 449 ودعوى سحب الفلسفة مناد الفصل 596 ذلك أن المحكمة قد أذنت بسحب الفلسفة على العقب ضده حال أنها لم تتعبد بدعوى في سحب الفلسفة أو بطلب في سحب الفلسفة أثناء النظر في تفليس الشركة الأصلية إذ أنها صرحت بها من تلقاء نفسها وفي ذلك خرق للقانون أولاً وإضراراً بالمسير المعارض العقب ضده ثانياً إذ يتعين قيام طلب صريح سواء من أمين الفلسفة في شكل دعوى مستقلة لاحقة للفلسفة أو من الدائنين الذين يرغبون في تتبع مكاسب المسير الذي يتخفى بالشركة للإضرار بهم أو من كليهما معا أو بطلب من النيابة العمومية بمناسبة النظر في دعوى التفليس باعتبارها حاضراً في دعوى التفليس أو حتى من الدائن الذي أثار الدعوى فالأصل أن يكون هناك طلب صريح متزامن مع دعوى التفليس أو لاحق لها في طلب سحب الفلسفة ولا يجوز بالتالي للمحكمة أن تصرح به من تلقاء نفسها على خلاف ما انتهى إليه الحكم المعارض عليه الذي سحب الفلسفة على المعارض العقب ضده دون أي طلب في ذلك ودون استدعائه و"ميك وانظلاقاً مما سبق فإن أحكام الفلسفة وإجراءاتها لا تنطبق على حكم سحب الفلسفة ويجد كل منها استقلاليتيه من جهة الأسس القانونية ومن جهة الإجراءات المتبعة وعن جهة الشروط والآثار ونتيجة لذلك فإن إجراءات الفصل 449 من م.ت. ومن جهة التصريح بالفلسفة و454 من جهة الطعن في حكم الفلسفة لا تنطبقان على دعوى سحب الفلسفة التي تبقى دعوى في تعميم الذمة يفترض مبدأ استدعاء المعني بها وتوجيه الدعوى عليه وسماع ما لديه من دفوعات بما يحقق مبدأ المواجهة والذي في غيابه يحتفظ المعنى بالأمر بهلاليات الطعن

المخولة له بالرجوع إلى مجلة المرافعات المدنية والتجارية ولا يجابه بأحكام الفصل 454 من م.ت. الذي ينطبق على الفلسفة وليس على أحكام سحبها على السير".

نستغلهم من القرار النقاط التالية :

* إن سحب الفلسفة لا يخضع للأحكام التفليس كما هي بالفصلين 448 و449 من م.ت.

* إن الفصل 596 من م.ت. هو فصل عام ينطبق على كل سير مهما كانت شكل الشركة.

* لا يمكن للمحكمة التصريح بسحب الفلسفة من تلقاء نفسها كما هو بالفلسفة بالفصلين 447 و449 من م.ت. بل إنها تكون في دعوى مستقلة أو في طلب متزامن مع طلب التصريح بالفلسفة.

(2) الشروط الموضوعية : "الأسس"

تؤكد محكمة التعقيب أن سحب الفلسفة يخضع لشروط موضوعية يقتضي تطبيق الفصل 596 من م.ت. توفرها قولا "وحيث يخضع تفعيل أحكام الفصل المذكور إلى قواعد أساسية ونظاما قانونيا فمن جهة قواعد الأساسية فهو لا يتأسس على عدم القدرة على الدفع وغلق المخازن والفرار كما هو في التفليس وإنما على غلط السير بوجه عام في إدارة شؤون المؤسسة وقد يتجاوزها إلى تعمد السير إلى التخفي وراء الشركة وشكلها وظاهرها للإبرام اتفاقات وعقود وإتمام تصرفات لا تستهدف النهوض بالمؤسسة وإنما لتحقيق مآرب خاصة ومنافع ذاتية تصب في المصالح المالية للمسير لا غير".

يتبين من القرار المذكور أن المحكمة أبرزت الشروط الموضوعية لحكم سحب الفلسفة.

ويتبين منه :

* أن أساسه الموضوعي يمكن في عنصر التخفي والتستر بالشركة لأرب خاصة، ويستنتج من خلال المعطيات المتعلقة بالتصرف في أموال الشركة، وتوظيفها في مجالات لا ترجع بالنفع عليها أو على الشركاء إن كانوا. وتبقى مسألة تقديرية تخضع لسلطة واهتمام قاضي الموضوع، وتختلف من حالة إلى أخرى حسب وقائع ومعطيات كل وضعية.

* أن سحب الفلسفة هو جزاء مدني لكونه يلحق ضرراً بالنظام العام الاقتصادي ومبادئ الثقة في المعاملات التجارية.

* هو ضمان للدائنين الذين لحقهم ضرر من مخادعة المسير.

الفقرة الثانية: أسباب سحب الفلسفة: الخطأ القهدي

بينت محكمة التعقيب بقرارها عدد 60318 بتاريخ 27 مارس 2012⁽²²⁾ أن دعوى سحب الفلسفة تستلزم توفر شروط الفصل 596 من م.ت.⁽²³⁾ معتبرة أن الحكم به على أساس مخالفة المسير للأحكام الفصل 448 من م.ت. و290 من القانون الجنائي لا يكفي للتصريح بسحب الفلسفة قولاً ب: * وجوب قيام الخطأ القهدي. والخطأ هنا هو فعل ما يجب تركه أو ترك ما يجب فعله على معنى الفصل 83 من م.إ.ع. ولذلك لا بد من إبراز أن المفلس قد تعمد التخفي وراء الشركة وجعل منها مرآة تخفي منافع الذاتية.

* انعدام التفريق بين مكاسب الشركة والمكاسب الخاصة للمسير.

قولا بما يلي: "حيث تمحور الإشكالك القانوني في بيان الأساس القانوني لدعوى سحب الفلسفة وفي تحديد نظامها القانوني فهل يتم الاكتفاء بالحكم الجزائي القاضي بالإدانة من أجل التسبب في الإفلاس أم يجب البحث في شروط الفصل 596 من م.ت.؟

22 - قرار غير منشور.

23 - الحاصل بينها.

وحيث أورد الشرع بالفصل 596 من م.ت. دعوى سحب الفلسة وهو فصل عام تنطبق على كل أشكال الشركات، إذ نهى على ما يلي: "إذا أفلس شركة يمكن التصريح بأن يكون التفليس مشتركاً بينها وبين كل شخص التجأ إلى التستر بها للإخفاء تصرفات وقام لنفعته الخاصة بأعمال تجارية وتصرفت بالفعل في مكاسب الشركة كما لو كانت مكاسب الخاصة".

يتضح أن الشرع أسس دعوى سحب الفلسة على الخطأ القصدي من خلال عبارة اللجوء إلى التستر للإخفاء بعض التصرفات والقيام بأعمال إيجابية لفائدته الخاصة، أي إتيان نوعين من التصرفات أولهما الإخفاء وثانيهما الإتيان وهو ما يقابل مفهوم الخطأ على معنى الفصل 83 من م.إ.ع. في أنه "فعل ما يجب تركه وترك ما يجب فعله".

يقتضي معناه في الفصل 596 من م.ت. الإخفاء والتستر من وراء الشركة للقيام بمنافع خاصة غير أن الخطأ بهذا المعنى لا يكفي وحده للتصريح بسحب الفلسة فهو يساعد فقط الحكمة على تقدير سلامة التصرفات إن كانت تخفي مصالح ومنافع شخصية ولذلك وجب البحث أيضا عن مظاهر تفضيل المصالح الخاصة وتسخير مكاسب الشركة للمنافع الذاتية بصفة ينعدم فيها التفريق بين مكاسب الشركة والمكاسب الخاصة للمسير.

وأضافت الحكمة أن الغاية من إثارة دعوى سحب الفلسة لا تبرر عدم التحقق من شروطها قولا بأن الدعوى ولئن تهدف إلى حماية النظام العام الاقتصادي إلى جانب مصالح الدائنين وتطهير ميدان التجارة من الأطراف المفسدة لكنها تبقى خاضعة لشروط أولية تتعلق بثبوت تفليس شركة تجارية لم تفت أصولها ومكاسبها للاستيفاء حق الدائنين - إذ تنعدم كل دعوى سحب الفلسة عندما تغطي مكاسب الشركة الفلسة ديونها - ولشروط تتعلق بصفة الشخص موضوع التبع القضائي إذ يتعين أن يكون مسيرا قانونا أو فعليا وظفت مكاسب للشركة للمصالح الخاصة وبصفة الأشخاص الخول لهم إثارة هذه الدعوى وتهم أمين الفلسة والدائنين

ويتعين على هؤلاء إثبات خطأ المسير وتوظيف مكاسب الشركة للمصالح الخاصة بما يجعلها مندمجة فيها ويصعب التفريق بينهما.

ولذلك فإن أسباب سحب الفلسة لا تقوم على جريمة التسبب في التفليس مثلاً كجريمة خاصة، لأنها تعفي بالضرورة الاستثناء بمكاسب الشركة لمصلحة خاصة وإنما ترجع لعدة أسباب أخرى كسوء الإدارة أو التصرف.

تبنت محكمة التعقيب هذا الموقف وناقضت قرار محكمة الأهل التي استندت فقط على عدم التصريح بالتوقف عن الدفع لتقضي بسحب الفلسة على الوكيل. وانتهت إلى القول في ذلك بما يلي: "ومع وفي دعوى الحاك فقد تبين أن المحكمة استندت لتأييد الحكم الابتدائي القاضي بسحب الفلسة على الحكم الجزائي الاستثنائي عدد 4147 والقاضي بالتصريح بإدانة المعقب الآن من أجل التسبب في الإفلاس وأعرضت عن البحث في بقية شروط الدعوى لأن التسبب في الإفلاس إنما هي جريمة جزائية تنشأ إما عن سوء التصرف وسوء إدارة المؤسسة وفق القواعد المسطرة في ذلك أو عن التعدي على مكاسب الشركة.... وعليه فإن الحكم الجزائي وإن كان يثبت الخطأ في جانب المسير فإنه لا يكفي لسحب الفلسة لأنه يتعين إثبات العنصر الثاني في قيام دعوى السحب هو تفضيل المصالح الخاصة على حساب الشركة وقد تبين أن محكمة الحكم المطعون فيه عندما اعتمدت الحكم الجزائي تكون قد خالفت أحكام الفصل 596 من م.ت. لأن الحكم الجزائي لم يتأسس على الخطأ وإيثار المصالح الخاصة وإنما على مخالفة الفصل 448 من م.ت. الذي يمثل الأساس القانوني لجريمة إخفاء التوقف عن الدفع وعدم التصريح به لدى كتابة المحكمة وإن الأساس في هذا التتبع الجزائي يختلف تماماً على أساس التتبع القضائي في دعوى سحب الفلسة وتفرعاً على ذلك تكون محكمة الحكم المنتقد قد قصرت في تحليل حكمها ولم تحسن تطبيق أحكام الفصل 596 من م.ت. وهو ما يستوجب قبول هذا الطعن لوجاهته".

يبين القرار أسباب الحكم بسحب الفلسفة وجعلها في أسباب موضوعية وهي التصرفات والأعمال وفي أسباب ذاتية وهي الدافع لهاته التصرفات التي لا تتعلق بمصلحة الشركة إنما بالمصلحة الذاتية للمسير وقد أكد القرار وجوب إبراز هاته الأسباب كشروط موضوعية لحكم سحب الفلسفة.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للآثار المترتبة على السير

تساو عن الطبيعة القانونية للآثار المترتبة على السير سواء بتفليس بصفة شخصية أو بالتحجير عليه مباشرة أعمال التجارة أو سير الشركات، وقد اعتبرها فقه القضاء الفرنسي من الإجراءات التي تهيم النظام العام (24). « mesures d'intérêt public »

بهذه الطبيعة تكون الآثار مزدوجة فهي إجراء تطهيري وإتصائي للمسير الذي يسئ التصرف فيها عهد له من إدارة الشركات، وهي في نفس الوقت إجراء همائي لعالم الأعمال والتجارة لكونها تهدف إلى أمرين اثنين

أولهما: إبعاد المسير الذي لا يحسن إدارة المؤسسة وتبين عدم قدرته عن ذلك وعدم أهليته لباشرة أعمال التجارة.

ثانيهما: مؤاخذة المسير: فالإبعاد هو مؤاخذة بناء على مما ينسب لمرتكبها من أخطاء وهي بالتالي عقوبة تسلط على الشخص تتقاطع مع العقوبة المالية التي تسلط على ذمته.

وقد بينت محكمة التعقيب في قرارها عدد 60318 المذكور سابقا أن أهداف دعوى سحب الفلسفة هي أهداف عامة وخاصة، فهي عامة من جهة حماية النظام العام الاقتصادي وتطهير ميدان التجارة من اللذين يسيئون استغلال رأس المال ويعيقون المنفعة العامة من توظيف

24 - Cass.com 09/12/2006 n°05.19088 Juris-Data n°2006-036655.

الاستثمار، وهي خاصة لأنها تحمي مصالح الدائنين بتمكينهم الرجوع على المكاسب الخاصة للمدين، وفي جعلها من دعاوى الضمان ومن الوسائل الإيجابية التي تحمي المصالح الخاصة للدائنين. وقد جاء بالقرار المذكور قول المحكمة "وحيث ولئن كانت الدعوى تهدف إلى حماية النظام العام الاقتصادي إلى جانب مصالح الدائنين وتطهير ميدان التجارة..." كما جاء بالقرار عدد 60808 - المذكور سابقا- بأنه "يعتبر سحب الفلسة بمثابة الضمان للدائنين اللذين لحقهم ضرر من مخادعة المسير..."

ونتساءل في هذا الإطار على الآليات الكفيلة بتجنب الوقوع في الصعوبات، وتتمثل أساسا في إدخال رقابة الشركاء على الشركة، فالشرع أقر لهم حماية لمصالحهم المالية، إجراء رقابة على تصرف المسير ومدى جدوى بعض القرارات وخولهم بموجب تنقيح مجلة الشركات التجارية في 27 مارس 2007 الاستعانة بأهل الخبرة لتقييم جدوى وفعالية بعض القرارات أو العمليات التي يقررها المسير. وقد نصت في ذلك أحكام الفصل 290 مكرر من م.ش.ت. على أنه "يمكن للمساهم أو عدة مساهمين يملكون عشرة بالمائة من أسماك الشركة على الأقل فرديا أو جماعيا أن يطلبوا من القاضي الاستعجالي تعيين خبير أو مجموعة خبراء يعهد إليهم تقديم تقرير حول عملية أو عدة عمليات تصرف..."

ويهدف الشرع من هذا التعديل تدعيم وسائل حماية الشركة من كل انحراف عن قواعد التسيير حتى لا تفقد توازناتها المالية وتحافظ على استمرارية نشاطها. ويندرج الإجراء ضمن إجراءات الرقابة الوقائية على بعض التصرفات التي تتفعل كاهل الشركة ماليا دون أن تحقق منها جدوى وفعالية.

وبعد تدخل المساهمين في مراقبة التسيير، إجراء استثنائيا لأن الرقابة موكولة للجلسة العامة العادية على معنى الفصل 275 من م.ش.ت. وهي التي تملك صفة هيكل الرقابة العامة «organe de contrôle».

وربطيئته الاستثنائية لا يمكن للمساهمين التعدي على صلاحيات الجلسة العامة وإنما يبقى في حدوده الضيقة في أنه يهدف إلى تقوية الرقابة وفرض الشفافية في التصرف، وعليه وإن وردت عبارات الفصل 290 مكرراً مطلقاً فإنها لا تتجاوز اختصاص الجلسة العامة العادية، ويقتضي تفعيلها التدقيق في شروطها حتى لا يخرج الإجراء عن الغايات التي شرع من أجلها وحتى لا يعيق السير العادي للشركة.

وقد حددت محكمة التعقيب المساهمين المعنيين بحق إجراء الرقابة، ومهرته في أولئك الذين لا يملكون صفة الأعضاء بمجلس الإدارة إلا في حالات استثنائية قصوى، وبينت ما هي العمليات المقصودة بالمعينة من طرف أهل الخبرة والإجراء الذي يمكن تتبعه في ذلك⁽²⁵⁾.

وقد أجابت محكمة التعقيب عن مختلف نقاط التساؤل بما يلي :

* حول الغاية من اللجوء إلى الاختبار

"حيث تدخل الشرع بموجب القانون عدد 69 المؤرخ في 2007/12/27 بغاية الحفز على المبادرة الاقتصادية وادخل عدة تنقيحات على بعض فصول مجلة الشركات التجارية ومنها الفصل 290 مكرراً الذي يهدف إلى دعم وسائل حماية الشركة من كل اخراجات عن التسيير يمكن أن يؤود إلى فقدان الشركة لتوازناتها المالية ويهدد استمرارية نشاطها ولتفادي الوقوع في ذلك خول الشرع المساهمين الذين وضعوا أموالهم للاستثمارها الاستناد إلى الفصل 290 مكرراً من م.ش.ت. لتفعيل إجراءات رقابة وقائية على بعض التصرفات المعينة إذ من وسائل حماية المساهمين هو مراقبة أعمال التصرف خاصة منها تلك التي تتقل كاهل الشركة ماليا وتؤود بها إلى صعوبات اقتصادية ومالية وربما الإفلاس بما يؤود إلى الإضرار بالشركة وبالنشاط الاقتصادي وبمواطن الشغل وبدائني الشركة ومرفائها ومزوديه".

25 - قرار تعقيبي مدني عدد 67957 مؤرخ في 2012/02/28 (غير منشور).

* حول صفة المساهمين طالبي الاختبار

"وحيث من الثابت أن الحماية المنصوص عليها بالفصل 290 مكرر وردت بعبارات مطلقة فان تفعيلها يقتضي التدقيق بالرجوع إلى بقية الفصول المتعلقة بإدارة الشركة خفية الاسم فان كان المساهم عضو مجلس الإدارة يشارك في الأعمال والتصرفات التي تندرج في اختصاصها ويلزم بها ويعتبر مسؤولاً عنها ولا يمكنه الاستناد بالتالي إلى الفصل 290 مكرر أذ تصبح الغاية منه التهرب من المسؤولية فان ذلك يبقى مشروطاً بعرض عملية التصرف على مجلس الإدارة واتخاذ القرار في شأنها وعليه فان المساهم عضو مجلس الإدارة الذي شارك في اتخاذ قرار عملية التصرف لا يمكنه اللجوء إلى القاضي الاستعجالي لطلب إجراء الاختبار لان ذلك يتناقض مع صفته والمهام الموكولة إليه أما إذا لم يشارك في جلسة القرار لعدم عرضه على مجلس الإدارة فانه لا يفقد حق إجراء الرقابة لأنه يأخذ في هذه الصورة مركز الشريك العادي وعليه فان التثبت إن كان الطاعن قد ساهم في قرار التزويق والتوسعة الخاصة بالنزك موضوع الشركة أم لم يشارك فيه والتثبت إن كان القرار عرض على مجلس الإدارة لأخذ رأيه من عدمه مسألتان لهما أهمية على وجه الفصل في إمكانية انتفاع الطاعن بالفصل 290 مكرر من عدمه وكانت على المحكمة البحث في هذه المسألة قبل اتخاذ قرارها بإقضاء المساهم عضو مجلس الإدارة من الحماية المنصوص عليها بالفصل المذكور وترتيب النتائج من ذلك مدى احتساب مساهمة عضو مجلس الإدارة في نسبة 10 بالمائة المشروطة بالفصل 290 مكرر من عدمها ولذلك جاء قرارها مخالفاً لشروط تطبيق الفصل 290 مكرر المذكور ويتجه نقضه من هذه الناحية".

* حول العمليات الخاضعة للاختبار

"وحيث وخلافاً أيضاً لما انتهت إليه محكمة القرار المطعون فيه من أن الأعمال المطلوب معاينتها تهدف في حقيقتها إلى إجراء تدقيق شامل

يخرج عن إطار الفصل 290 مكرر فان الأمر ليس كذلك لأنها وان تعددت فروعها فهي انضبت على عملية إعادة التهيئة والتزويق وهي عملية محددة في الزمن وفي الموضوع ذلك أنها تستهدف إجراء اختبار حول تكلفتها وتمويلها وتنفيذها ولكن دائماً في إطار واحد وفي عملية واحدة وهي إعادة التهيئة والتزويق وعليه فان محكمة الحكم المنتقد خالفت أيضاً أحكام الفصل 290 مكرر في مفهوم العملية أو العمليات المحددة مما يتجه نقض قرارها من هذه الناحية أيضاً.

* حول شروط إستئذان القاضي الاستعجالي

وعليه نازع الطاعن أيضاً في شروط تطبيق الفصل 290 مكرر من جهة مدى توفر شروط القضاء الاستعجالي ومن جهة الطلب إن كان يمثل معاناة عملية محددة أم عملية تدقيق شاملة.

"وعليه وخلافا لما انتهت إليه محكمة الحكم المطعون فيه فان التأكد يتأتى على معنى الفصل 290 مكرر من تفادي الوقوع في الضرر فالمرجع حول اللجوء إلى التقاضي الاستعجالي لأن بعض التصرفات ترهق الذمة المالية للمؤسسة وتفقد توازنها وتزيد في مديونيتها ويصعب تلafiها لاحقاً إلا إذا تمت التضحية بحقوق المساهمين أو الدائنين أو مواطن الشغل فالتأكد هو في المعالجة الفورية لتفادي تفاقم الأضرار التي تزداد يوماً بعد يوم ويتبين التأكد في النزاع الحالي من خلال طبيعة الأعمال الماذون بها والتي يتأكد معاينتها وعرضها على مجلس الإدارة لاحقاً لتكون حجة بين يديها تساعد في المصادقة عليها أو رفضها لأنها لا تدخل في الأعمال العادية المخولة للصلاحيات رئيس مجلس الإدارة بمفرده طبقاً للفصل 200 من م.ش.ت. وإنما هي من الصلاحيات ومهام مجلس الإدارة على معنى الفصل 197 من م.ش.ت. باعتبارها أعمال إعادة تهيئة وتزويق تتطلب بذل الأموال لتنفيذها وتقتضي توقف النزك في نفس الوقت عن قبول الحرفاء وتحقيق أرباح من نشاطه

وتعتبر تبعا لذلك من القرارات الجوهرية والاستراتيجية التي تهم الشركة إداريا وتقنيا واقتصاديا ولا تكون من مهام رئيس مجلس الإدارة وإنما في المهام العامة لميلك مجلس الإدارة".

الجزء الثاني : الأثر على الذمة المالية

نتساءل عن الأساس القانوني لهذا الأثر (الفرع الأول) وعن إمكانية استبعاده (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الأساس القانوني للأثر

يجب أن نفرق في هذا المجال بين المؤسسة كذات معنوية وبين الأشخاص الطبيعيين الذين يمثلونها، فالذات المعنوية تبرز للخارج بواسطة هيكل تسييرها ويؤخذ هؤلاء عن أخطائهم في التصرف تجاهها أو تجاه الغير فيلزمون بسد ما ترتب عن سوء تسييرهم من عجز.

يهدف تحميل المسؤول عن المؤسسة باقي الديون إلى تحقيق غايتين أولهما مؤاخذة السيرين وثانيهما تعويض الأضرار الناتجة عن تصرفهم، وذلك في إطار دعوى مسؤولية مدنية مختلفة عن المسؤولية وفق القانون العام لأنها أساسها هو حماية الدائنين في استيفاء ديونهم.

يُرتب الفصلان 121 و254 من م.ش.ت. جزاء مدنيا يحمل على مسير الشركة سواء كان مسيرا قانونيا أو فعليا يتمثل في إمكانية تحميله قضائيا بصفة أهلية ديون الشركة كليا أو جزئيا. ويعطي للمتصرف القضائي ولأمين الفلسة وللدائنين صلاحيات تقديم طلب في ذلك إلى المحكمة.

غير أن المسؤولية لا تكون بمقتضى الفصول المذكورة فقط وإنما أيضا بأحكام الفصل 49 من قانون الإنقاذ المؤرخ في 17 أبريل 1995 المنقح في 15 جويلية 1999 و29 ديسمبر 2003 الذي يقضي بتحميل المدين بباقي الدين وإمكانية التحفظ على مكاسبه.

الفقرة الأولى : الآثار على الذمة المالية بموجب قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية

إلى جانب مقتضيات الفصول 29 و30 من قانون الإنقاذ التي تقتضي تتبع من يشته في مسؤوليته عن الأفعال التي تشكل جرائم تسيير وإبطال قرارات سير المؤسسة السابقة لتاريخ تعهد المحكمة والتي تحول دون تنفيذ برنامج الإنقاذ وتضرر بالمؤسسة أو بدائيتها، فإنه يمكن تطبيق مقتضيات الفصل 49 من القانون لتحميل الدين دين المؤسسة.

1) تحمل باقي الدين

تكون المسؤولية هنا بتحميل السير-الدين-ما ينقص الدائنين من ديونهم بعد تنفيذ التسوية سواء بالتعفظ على مكاسبه لضمانات خلاص الديون على معنى الفصل 192 من م.ع.ع. أو بتحميله ما تبقى من ديون على معنى الفصل 49 من قانون الإنقاذ.

لم يكن الشرع متشددا كثيرا من خلال أثار أحكام التسوية على الممثلين القانونيين للذوات العنوية ذلك أنه لا ينص على تحمل المسؤولية إلا في خصوص ما تبقى من دين وفقا لأحكام الفصل 49 ولا يتم التعفظ على أموالك السير إلا عند ثبوت جرائم تسيير.

يكون إنقاذ المؤسسة إما بمواصلة الشركة لنشاطها بنفسها⁽²⁶⁾ أو بإحالتها إلى الغير⁽²⁷⁾ مقابل ممت معين مخصص لتوزيعه على الدائنين حسب ترتيبهم بالتراضي أو بالتقاضي⁽²⁸⁾.

وما أن إحالة المؤسسة إلى الغير لا تستند على ما توفره من أموال بقدر ما هي ضمانات استمرار النشاط والاحتفاظ بمواطن الشغل أو بعضها وتطهير ديونها.

26 - الفصل 41 إلى 46 من قانون الإنقاذ.

27 - الفصل 47 وما بعده.

28 - وفق أحكام الفصل 464 وما بعده من م.م.ت.

ربما أن تمت الإحالة لا يفني بالخلاص الكامل للديون وبالتالي بتطهير كل ديون الشركة، فإنه لا بد من إيجاد جهة مسؤولة عن ذلك هي في نظر الشرع الدين شخصيا والضامنين والمتضامنين، وموجبه خوك الفصل 49 من القانون-استثناء للمفعول التطهيري للإحالة بالفصل 292 من م.ع.ع. للدائنين إستئناف المطالبة الفردية التي كانت معطلة بموجب إنطلاق إجراءات التسوية القضائية وفتح فترة المراقبة (فصل 32 من قانون الإنقاذ).

خضع التتبع الفردي على معنى أحكام الفصل 49 لشروط موضوعية وأخرى ذاتية :

* فمن حيث الشروط الموضوعية : يستخلص من الفصل 49 أنه لا يكفي صدور الحكم القاضي بالإحالة ودفع الثمن لباشرة التتبعات الفردية وإنما يتعين إتمام موجبات الإحالة حتى يسترجع الدائن إمكانية تتبع مكاسب الدين والضامنين والمتضامنين، وعليه يكون استئناف التتبعات الفردية رهين توزيع متحصل ثمن الإحالة على الدائنين باعتبار أن الدائن يكون من ذلك التاريخ على علم بالجزء المتبقي من دينه بدون خلوص الذي يكون موضوع مطالبة فردية لاحقة.

* أما من حيث الشروط الذاتية: فقد حدد الشرع الأشخاص المستهدفين للتتبع والدائنين المخول لهم حق التتبع الفردي.

* بخصوص الأشخاص المستهدفين للتتبع : فقد خوك الفصل 49 تتبع أكثر من شخص وهو ما من شأنه أن يضمن ويوفر أكثر فرصة للاستخلاص باقوي الدين وهم :

الدين : هو المسؤول المباشر

الكفيل : هو الشخص الذي يلتزم بأن يؤدي للدائن ما إلتزم به الدين الأصلي إن لم يؤديه هذا الأخير (1478 من م.إ.ع.).

الضامن : يفترض أن يكون إلزامه بالوفاء بجميعه أو بعضه مرة واحدة (176 من م.إ.ع.).

* بخصوص الدائنين المخول لهم التتبع الفردي : فإنه لا فرق بين الدائن العادي والدائن الممتاز بخصوص المطالبة بما تبقى من الدين إذ لكل منهم حق التتبع الفردي للاستخلاص.

(2) التحفظ على المكاسب

إلى جانب تتبع المدين فردياً من أجل ما تبقى من دين بعد تنفيذ الإحالة، فإنه يمكن أثناء سير إجراءات التسوية التحفظ على مكاسبه إذ اقتضى الفصل 29 من قانون الإنقاذ أنه يمكن للنيابة العمومية بناء على تقرير من رئيس المحكمة أن تطلب استعجالاً وضع مكاسب المدين سواء كانت عقارية أو منقولات تحت قيد الائتمان. وهنا لا بد من التوضيح بأن الائتمان لا يوجه على السير القانوني للمؤسسة فقط وإنما على كل من "يشبه في مسؤوليته" عن أخطاء التسيير.

هذا الإطلاق في العبارة يهدف إلى ضمان حقوق الدائنين بتوفير أكثر ما يمكن من مال للاستخلاص ديونهم لأن الائتمان على مكاسب السير يجعل منها ضماناً لحقوق الغير، ويوسع في مجال تحميل المسؤولية لكل طرف ارتكب اختلاسات أو أفعالا تكون جريمة تسيير، وبذلك فهو يوسع قائمة المسؤولين الذين يمكن مطالبتهم حتى لا تكون الذات العنوية واجبة يتستر بها السير للإخفاء سوء تصرفه في الحافظة على مكاسب الشركة ومصلحة الشركاء أو تصرفاته الموجهة لنفعه الخاصة.

وقد بينت محكمة التعقيب الأساس والمرجع في التحفظ على المكاسب وتسمية مؤتمن عليها بقرارها عدد 67054 بتاريخ 2012/01/24⁽²⁹⁾ قولا : "حيث أجمعت التشايع على أن حق الملكية حق مضمون وجامع يخول صاحب

29 - قرار تعقيبي مدني استعجالي عدد 67054 مؤرخ في 24 جانفي 2012، غير منشور.

الشيء جميع سلطات استعماله واستغلاله والتصرف وهو حق جامع أيضا للاقتصار استثناء المالك بجميع مزايا ملكه ويقتضي ذلك أنه لا تنزع ممارسة الحقوق المتفرعة عن الملكية من المالك إلا برضاه أو في صور استثنائية يقتضيها القانون بما يقتضي وضع المال الذي يقوم فيه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت من جهة منشأة وطريقة اكتسابه في يد أمين بتكفل بحفظه وإدارته لفائدة أصحاب المصلحة وردة مع غلته إلى من يثبت له الحق فيه وهو ما اصطلاح على تسمية بالإئتمانات العدلي الذي يفترض بهذا المعنى تسمية شغهن تعهد إلى مهمة الإئتمانات يطلق عليه تسمية المؤمن العدلي".

"ومعنى يقتضي تدخل القضاء لتسمية المؤمن العدلي توفر شروط موضوعية تميز إقامة الإئتمانات بناء على طلب الأطراف المشتركة أو بسعي من المحكمة من تلقاء نفسها إذ قدر القاضي وجود ضرورة للإقامته كما هو الحال مثلا بالفصل 29 من القانون عدد 17 لسنة 1995 حول إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية مثلما تم تنقيحه في سنة 1999. 1999 بالقانون عدد 63 وفي سنة 2003 بالقانون عدد 79 المؤرخ في 29 ديسمبر 2003 الذي حول لرئيس المحكمة مك وكيل الجمهورية على السعي في وضع المكاسب المنقولة أو العقارية أو الأرصدة المالية الراجعة إلى من يشته في مسؤوليته عن الاختلالات وغيرها من الأفعال التي تشكل جرائم تسيير المؤسسة تحت قيد الإئتمانات لحماية جماعة الدائنين وكما هو الحال أيضا عند ضرورة التدخل لحماية المصالح العامة الاقتصادية والمالية والاجتماعية إذ يجوز تدخل القاضي لنصب الإئتمانات كلما كانت هناك ضرورة حتى في غياب طلب الخصوم إذ لا توجد حالات مهيرة للإئتمانات القضائي بل هناك شرط عام ووميذ وهو قيام الضرورة التي يربح تقديرها وجودا أو عدما إلى اجتهاد القاضي بناء على معطيات موضوعية تتمثل في وجوب التدخل السريع لحفظ المصالح العامة والخاصة التي لا

يمكن أن تبقى بدون حماية ووضع اليد على الحقوق المهددة بالتلاشي بسبب سوء الإدارة والرغبة في الاستئثار بالكلية على حساب الغير من الشركاء أو من المجموعة الوطنية التي تم اختلاس أموالها بدون وجه حق بما يجيز تدخل القاضي لوضع هذا المال المشكوك في مصدر اكتسابه وطريقة انجراره قيد الإثتمان إلى حين تبين الحق والفصل فيه من جهة الأصل".

لا بد من التوضيح أن التصريح بوضع مكاسب "الشبهة في مسؤوليته" قيد الإثتمان من طرف القاضي الاستعجالي يثير مسألة تدخل القضاء في فرض إجراء الإثتمان على الشركات التجارية، أو تعيين شخص أجنبي على الشركة لإدارتها ولو مؤقتا.

إن الأصل بالنسبة للشركات التجارية أن مديرها أو وكيلها هو الذي يتم أعمال الإدارة والتصرف، لكن أمام تعطل السير الطبيعي للشركة لتقصير مديرها في مهامه، وعدم رعاية مصالح الشركة، أو بسبب اختلاف الشركاء حول شؤون الإدارة، فإنه يجوز تدخل القضاء للمحافظة على نجاعة التسيير في الشركات.

ويقوم الإثتمان في قانون الإنقاذ على فكرة التحفظ على المكاسب حتى لا يبددها السير، فهو مماثلي للدائنين من سوء تصرف مديريهم.

الفقرة الثانية : الأثر على الذمة المالية بموجب مجلة الشركات التجارية

أدخل المشرع بموجب القانون عدد 16 لسنة 2009⁽³⁰⁾ تعديلات على أحكام الفصول 121 و 214 و 254 وغيرها من م.ش.ت. بهدف تدعيم مسار تحديث قانون الشركات التجارية الذي تقوم على فكرة جوهرية أساسها تحقيق الموازنة بين اعتبارات النجاعة والفاعلية في سير دواليب الشركة وحماية حقوق المساهمين الأساسية، وتدعيم الحق في مقاضاة كل مدير ثبت

30 - القانون عدد 16 لسنة 2009 مؤرخ في 16 مارس 2009 : يتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الشركات التجارية، الرائد الرسمي عدد 22 مؤرخ في 17 مارس 2009.

إخلاله بقواعد حسن التصرف، فتسبب في إضرار التوازنات المالية للمؤسسة وحتى لا يميل مسير الشركة إلى تغليب مصالح الشخصية على مصالح الشركة والشركاء والتعاملين معها.

و بموجب هذا التوجه التشريعي أصبحت الفصول المذكورة تتضمن معطيات هامة تتعلق بتحميل الوكيل القانوني أو المسير الفعلي ديون الشركة كمساولة أصلية، مع تحويله الدفع بانقضاء مسؤوليته بإثبات أن تصرفاته كانت بكل عناية وتبهر ونزاهة.

يعد هذا الجزاء ذو صبغة مالية ترمي إلى ضمان تسديد ديون الشركة بصفة كلية أو جزئية من طرف مسيرها في دعوى توجبه عليه يمكن ردها بإثبات حسن تصرفه.

(1) القائمون بالدعوى

ضبط المشرع قائمة مهنية تشمل ثلاثة أطراف حولهم طلب تحميل العجز في الأصول إلى مسير المؤسسة وهم:

- المتصرف القضائي.

- أمين الفلسة.

- أحد الدائنين.

وإذا كانت صفة الدائن لا تثير إشكالا باعتباره صاحب دين ويسعى لحماية مصالحه، بما يوفر لديه الشروط الشكلية لرفع كل دعوى على معنى الفصل 19 من م.م.ت، كذلك صفة أمين الفلسة باعتباره الوعيد الذي يباشر ما للمفلس من الحقوق والدعاوي المتعلقة بكسبه بموجب أحكام الفصلين 457 و 459 من م.ت. فإن صفة المتصرف القضائي هي التي تثير التساؤل بما أن مهامه تنحصر في مراقبة أعمال المتصرف في إدارة المؤسسة⁽³¹⁾ وفي إعداد برنامج الإنقاذ إلا أنه لا يمكن أن يمثلها قانونا⁽³²⁾

31 - الفصل 26 من قانون الإنقاذ.

وينتهي دوره بهدور الحكم في التسوية فيحل مراقب التنفيذ محله وفقا للفصل 28 فقرة ثالثة، فهل يمكن للمتصرف القضائي إثارة الدعوى والحال أن الهيكل قد زال؟ أن إرادة المشرع التونسي عند تنقيحه للأحكام الفصول 121 و 214 و 254 من م.ش.ت. لا تخلو من فرضيتين " :

أولهما : أن المشرع سهى عن ذكر مراقب التنفيذ واكتفى بذكر المتصرف القضائي دون أي تفريق بينهما.

ثانيهما : أن المشرع يقبل برفع دعوى سد العجز في الأصول خلال فترة ممارسة المتصرف القضائي لصلاحياته أي خلال فترة المراقبة وهو أمر مستبعد باعتبار أن العجز لا يظهر إلا بعد مآك التسوية القضائية أو ختم اختتام الديون من طرف أمين الفلسة.

لقد وسع المشرع في قائمة الدينين لتسديد ديون الشركة فيما يخص الديون العمومية، إذ تولى بموجب القانون عدد 1 لسنة 2012⁽³³⁾ التعلق بقانون المالية التكميلي إضافة فقرة سابعة للفصل 28 من مجلة المحاسبة العمومية خول بموجبه للمحاسب العمومي الكلف بالاستخلاص تتبع المسير أو السيريين كمسؤولين متضامنين عن الديون العمومية التي يتعذر استخلاصها من الذمة المالية للشخص المعنوي.

وقد بين شروطها في ذلك وهي :

1- تعذر الاستخلاص : يعني بذلك كل تعذر مهما كانت أوجهه وأسبابه، فقد وردت العبارة مطلقة وتؤخذ على إطلاقها.

32 - قرار تعقيبي مدني ع-2005-8423-د بتاريخ 05 أفريل 2006 بمجلة الشركات التجارية المعلق عليها الصفحة 161 منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية تونس 2007 حيث أنه إلى جانب المهنة الأساسية الموكولة بموجب القانون للمتصرف القضائي والمتمثلة في إعداد برنامج الإنقاذ قد أوكل له مهمة التسيير الكلي والتسيير لا يشمل التمثيل الذي يبقى من صلاحيات رئيس مجلس الإدارة ذلك أنه لا تمثيل بدون نص قانوني أو وكالة خاصة...

33 - القانون عدد 1 لسنة 2012 مؤرخ في 16 ماي 2012 الرائد الرسمي عدد 39 بتاريخ 18 ماي 2012.

2- القيام بعمليات تملص من الدفع :

* يكون التملص من الأداء بأوجه مختلفة كالتمدد التفويت في بعض المكاسب للإفراجها من الذمة المالية للشخص المعنوي فترفع في شأنها الدعوى البولائية للإبطال التصرف واسترجاع المال موضوع التفويت للتنفيذ عليه، إذا تبين إنعدام إمكانية التنفيذ على المسير لعسره مثلاً.

* إبرام اتفاقات بين الشركة والمسير بصفة مخالفة للفصل 200 من م.ش.ن تهدف إلى إثراء الذمة المالية للمسير حال أنه لا موجب لها أو أنها تدخل في العمليات والتصرف الممنوعة.

* أو القيام بتوزيع المرباح بصفة صورية أو أداء خلاص حساب الشركاء.

3- العمليات الواردة بالفصل 28 سابعا الهادفة إلى التملص من الدفع:

تهدف العمليات الآتية التي تعطيل التنفيذ والحيلولة دونه وتتهل بـ :

- تغيير الإسم الاجتماعي.

- تحويل ممتلكات.

- افتعال وضعيات غير حقيقية.

وهي عمليات تهدف إلى التملص من خلاص الدين العمومي. وعلى ضوء القانون العام بأحكام الفصل 1499 من م.إ.ع. تدخل تلك العمليات في تعطيل الدائن مقاضاة مدينه وتنفيذ الأحكام عليه بسبب تغيير مكانه أو مركزه صناعته بما ينجر عنه مشقة معتبرة للدائن.

يندرج الفصل 1499 من م.إ.ع. في الأحكام المتعلقة بالكفالة ويتضمن الصيغ التي لا يجوز فيها للكفيل الدفع بالتنفيذ على المدين أولاً فإن مهلت الشقة في الاستخلاص يمكن تتبع الكفيل مباشرة دون انتظار مآل التنفيذ تجاه المدين الأصلي. توفر هاته الصيغة أكثر ضمانا للخلاص، وإن لم يشر إليها القانون عدد 1 لسنة 2012 المذكور فإنه يمكن الاستئناس به في

استغلاله الديون العمومية على حساب الكفيل إن وجد لأن العمليات التي بينها المشرع بالفقرة السابعة المضافة للفصل 28 من م.ع.ع. تتطابق مع تلك الواردة بالفصل 1499 من م.إ.ع.

4- زمن العمليات المذكورة :

تدخل العمليات التي تحمل السير أو السيرين دين الذات العنوية وتجعلهم مسؤولين بالتضامن إذا ارتكبت في الأمانة التالية:

* إثر انطلاق عملية المراقبة أو المراجعة الجبائية.

* إثر مباشرة إجراءات الاستغلال بإنذار أو اعتراض إداري أو عقلة تحفظية على معنى الفصول 30 وما بعده من م.ع.ع.

(2) توسيع قائمة السيرين المطلوبين في الدعوى :

تنص الفصول 121 و214 و254 من م.ش.ت. على "الوكيل أو الوكلاء والرئيس المدير العام أو كل سير فعلي"، فالمسؤول إذن قد يكون السير القانوني أو السير الفعلي.

* السير القانوني : هو الشخص المكلف بالتسيير بموجب القانون أو بموجب القانون الأساسي أو المعلن من هيكل المؤسسة المختصة.

وبهذا تنطبق أحكام الفصلين 121 و214 على الوكيل أو الوكلاء في الشركات ذات المسؤولية المحدودة وعلى المدير العام أو رئيس هيئة الإدارة الجماعية أو أعضائها في الشركات خفية الاسم.

* السير الفعلي : لم يعطه المشرع تعريفا قانونيا رغم استعمال المصطلح في عدة مواضع⁽³⁴⁾ وهو في الحقيقة شخص يمارس الصلاحيات المخولة للمسير القانوني ويتمتع بما لهذا الأخير من صلاحيات دون أن تكون له

34 - نذكر إلى جانب الفصول 121 و214 و254 من م.ش.ت. الفصل 30 من نفس المجلة في مجال حديث المشرع عن انحلال وتصفية الشركات وحدد له صلاحية التصرف في إتمام ما هو سابق لقرار حل الشركة وفيما هو متأكد من الأعمال.

تسمية بالقانون أو بالنظام الأساسي للمؤسسة وهو الذي يظهر للخارج بأنه صاحب السلطة في المؤسسة بحكم ما يمثيه من مراسلات ومن تهاويل جباية وبأنه الذي يتخذ القرارات التي تلزم المؤسسة كشخص معنوي. ولزيد مهر المفهوم، يمكن القول بأن المسير الفعلي هو الذي تتوفر في جانبه العاير التالية :

- معيار النشاط الفعلي : فهو الذي يمارس ويتابع النشاط - فلا يتصور مسيراً لا يقوم بأي نشاط - سواء بصفة مباشرة أو بإعطائه الأوامر واتخاذ القرارات التوجيهية في حياة المؤسسة.

- معيار التصرف والإدارة : يعتبر مسيراً للمؤسسة الشخص الذي يحدد سياستها ويقرر نشاطها التجاري والصناعي والمالي، فهو الذي يتدخل بصفة مباشرة ومستمرة في إدارة المؤسسة. وبهذا يتم إقضاء المسير العرضي الذي لا يتدخل إلا في حالات نادرة أو في مسائل بسيطة لا تتعلق بالسياسة المالية والاقتصادية للمؤسسة⁽³⁵⁾.

- معيار التصرف بكل استقلالية ومرية: والمقصود بهذا هو إقضاء أعوان التنفيذ أو الأجراء الذين يخضعون لتبعية قانونية واقتصادية للمسير الحقيقي فهم ينفذون الأوامر لا غير.

ومعجبه لا تعطى صفة المسير الفعلي إلا لمن يدير المؤسسة بكل استقلالية وبكل سيادة⁽³⁶⁾، في نفس الإطار الذي يمارس فيه المسير القانوني صلاحياته⁽³⁷⁾.

³⁵ - André Jacquement op.cité page 466 n°899.

« sont dirigeants de fait ceux qui exercent en fait les pouvoirs normalement attribués aux dirigeants de droit ».

*Cour de Cassation, 18 Janvier 2000: Juris Data n°000287

*Des faits précis de nature de caractériser une immixtion dans la gestion».

³⁶ - يراجع في هذا المعنى كمال العياري : المسير في الشركات التجارية- الجزء الأول - شركات الأشخاص الشركات ذات المسؤولية المحدودة الصفحة 16 وما يليها.

ومن الأكيد في هذا الباب أنه لا يمكن للمسير الفعلي التفصي من المسؤولية بدعوى أنه ليست له صفة قانونية في إدارة المؤسسة. إذ حمله الشرع المسؤولية لغاية الحد من كل ظاهرة تخفي أو تحيل في الإدارة.

إن تحميل المسير القانوني أو الفعلي بمبلغ تعينه المحكمة لسداد العجز المالي الذي أظهرته التسوية القضائية أو التفليس يقتضي توفر شروط المسؤولية وثبوت العجز.

وإذا كانت مسألة "ثبوت العجز" مسألة لا تثير إشكالا باعتبارها تبرز بمجرد تدقيق موازنات المؤسسة وضبط حساباتها إيجابا وسلبا وهو الأمر الذي ينجزه التصرف القضائي أو الخبر في التشخيص في إجراءات التسوية القضائية وأمين الفلسفة عند اختبار ديون الشركة الفلسفة فإن إثبات نسبة العجز إلى المسير هو الذي يثير الإشكال.

(3) التفصي من الجزاء :

إن تحميل المسير القانوني أو الفعلي بمبلغ تعينه المحكمة لسداد العجز المالي الذي أظهرته التسوية القضائية أو التفليس يقتضي توفر شروط ثبوت المسؤولية وثبوت العجز.

وإن كانت مسألة "ثبوت العجز" لا تثير إشكالا باعتبارها تبرز بمجرد تدقيق موازنات المؤسسة، وضبط حساباتها إيجابا وسلبا - وهو الأمر الذي ينجزه التصرف القضائي أو الخبر في التشخيص في إجراءات التسوية القضائية وأمين الفلسفة عند اختبار ديون الشركة الفلسفة - فإن إثبات نسبة العجز إلى أفعال المسير هو الذي يثير الإشكال، فهل أنه مجرد ظهور العجز يكفي للتصريح بالمسؤولية أم يتعين ثبوت سوء الإدارة والتصرف؟

37 - André Jacquement op.cité pag 466 n°899 précise que :

« Doctrine et jurisprudence qualifient volontiers de dirigeant de fait celui qui a eu une activité positive de direction et de gestion, en toute indépendance et dans les mêmes conditions qu'un dirigeant de droit ».

يتبين من خلال عبارات الفصول 121 و 214 و 254 من م.ش.ت. أن المشرع أقر قرينة مسؤولية أساسها الخطأ، ومكن المسير من استبعادها أو الدفع بخلافها.

تبرز هذه القرينة من خلال الصياغة التي بدأت بخبر وهو ظهور العجز في الأصول وانتهت بالجواب عن الخبر وذلك بتقرير تحميل ديون الشركة على المسير، وبذلك بنى المشرع المسؤولية على الخطأ المفترض في جانب المسير ونراه البعض إفتراضاً صحيحاً إذ "لو لا الأخطاء في التصرف لما دخلت الشركة في مرحلة العجز عن تسديد ديونها"⁽³⁸⁾.

وبهذا جاءت الصياغة بقرينة بسيطة في تعمير الذمة المالية مباشرة، فبمجرد ظهور العجز تقوم المسؤولية، وبذلك للاحتجاج الطالب للإثبات سوء التصرف أو جرائم التسيير وإنما يكفي الاستدلال بتقرير التصرف القضائي أو الخبر في التشخيص أو بتقرير أمين الفلسفة لترتيب المسؤولية آلياً وتعمير ذمة المسير القانوني أو الفعلي.

إذا كانت القرينة بسيطة فإنها تقبل إثبات العكس⁽³⁹⁾ وقد جاء بالقرار الاستئنائي عدد 36804 بتاريخ 2011/01/24 (الذي أقر الحكم الابتدائي عدد 5978 بتاريخ 2009/10/17 الصادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس).

38 - كمال العياري، المسير في الشركات التجارية، الجزء الأول، منشور مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2010، الصفحة 175.

39 - لقد تم تفعيل أحكام التفتيح بمجرد صدوره من طرف محاكم الأصل ونشير في ذلك إلى : الحكم الابتدائي عدد 5845 الصادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس في 26 ماي 2009 (غير منشور) جاء به ما يلي : "حيث يؤخذ من الفصل المذكور (121) أنه يمكن تحميل وكيل الشركة المفلسة القانوني أو الفعلي الديون التي بقيت متخلدة بذمة المفلس بعد المفلس بعد استنضاض أموالها وهي قرينة محمولة على الوكيل كونه تسبب في الديون المذكورة بسبب سوء تصرفه ويمكن له دحض القرينة المذكورة بإثبات أنه بذل في إدارة الشركة من النشاط والعناية ما يبذله صاحب المؤسسة المتبصر والوكيل النزيه".
وحيث ثبت من قرار أمين الفلسفة المتعلق باختبار ديون الشركة المفلسة، المؤرخ في 2005/06/018 ومن تقريره المؤرخ في 2008/09/22 وأن المطلوب بوصفه كان وكيلاً للشركة المفلسة قد ارتكب عدة أخطاء في التصرف.

أنه "وهيئة يستروح من أحكام الأصل المشار إليه أفعلاه (نصل 121) قد وضع قرينة قانونية مفادها تحميل وكيل الشركة الفلسفة أو الفعلي التي بقيت متخلدة بذمة الفلاس بعد استنفاض أموالها".
إذا كانت القرينة بسيطة فهي تقبل الاستبعاد.

الفرع الثاني: استبعاد الأثر

جاء بشرح أسباب تعديل وإتمام بعض أحكام مجلة الشركات التجارية أنه يتعين ضمانات الإدارة الرشيدة وتدعيم حقوق المساهمين وتحميل السيرين مسؤولية الأخطاء وذلك بوجود التصدي للأخطاء التصرف لحماية حقوق الشركاء من جهة تحميل السير مسؤولية تسديد العجز عند ثبوت أخطاء التصرف من جهة أخرى، وانتهى إلى القول بما يلي: "لذا تضمن المشروع إقرار قرينة قانونية بسيطة على أن توقف الشركة عن الدفع يعزى إلى أخطاء في التصرف..." (40).

تستبعد قرينة الإثبات بالإثبات العاكس أو بانقضاء الآجال.

الفقرة الأولى: الإثبات العكسي: الإعفاء من التحجير

- نهت أحكام الفصول 121 و 214 و 254 فقرة قبل الأخيرة على أن الإعفاء من المسؤولية لا يكون إلا إذا أثبت المسؤول أنه تصرف بكل تبهر وعناية وبأنه كان وكيلا نزيها لم يرتكب خطأ تقوم عليه مسؤوليته.

وحيث قامت الشركة المفلسة باقتراض عدة أموال من المؤسسات البنكية تفوق رأسمالها وقد بلغت ما قدره وأن من بين أسباب الصعوبات التي مرت بها الشركة المفلسة مساهمتها في تمويل مشاريع صاحب المجمع، أي المطلوب في قضية الحال".

وحيث لم يحضر المطلوب ولم يدحض قرينة المسؤولية المحمولة عليه بموجب الفصل 121 جديد من م.ش.ت. بأن يثبت وأن الديون المذكورة لم تكن بسبب سوء تصرفه في تسيير الشركة وأنه بذل ما في وسعه من النشاط والعناية في إدارة الشركة ما يبذله صاحب المؤسسة المتبصر والوكيل النزيه".

ومثاله الأحكام الابتدائية ع588 دد في 09 جوان 2009 وع602 دد في 17 نوفمبر 2009 وع5978 دد في 17 نوفمبر 2009 (أحكام غير منشورة).

40 - حول مفهوم القرينة، تراجع أحكام الفصول 479 وما بعده من م.إ.ع.

ويقدر الخطأ بمعيار مهني موضوعي وفق اجتهاد المحكمة فهي المؤهلة لتحميل المسير جزاء من عجز الأصول أو كلها وهي المؤهلة للتصريح بإعفائه إذا ثبت لديها أن العجز ناتج عن تعطل حركة السوق أو عن مزاحمة غير مشروعة أو عن أمر طارئ بموجب الارتفاع غير المتوقع للأسعار المواد الأولية أو تكاليف الإنتاج أو تكاليف التسويق أو غيره...

يبقى الخطأ في نطاقه التقديرى ولا يكون قاطعا وهو ما جاء بشرح الأسباب بالقول "مع تحويل المسير قلب عبء الإثبات متى برهن على أنه لم يرتكب أخطاء في التصرف وأن الصعوبات التي جابهتها الشركة تعزى إلى عوامل خارجية عن سيطرته..."⁽⁴¹⁾.

وقضت في ذلك محكمة الاستئناف بصفاقس بالقرار عدد 36804 المذكور بأنه "لا يمكن التفهيم من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أنه بذلك ما يلزم العناية ومعيار ذلك الأب الصالح..."

الفقرة الثانية: انقضاء الآجال بمرور الزمن

هذه القرينة قابلة للاستبعاد أيضا بمرور الزمن إذ تسقط دعوى سداد العجز بمضي ثلاث سنوات من تاريخ حكم التسوية أو الحكم بالتفليس.

وقد تم الحكم بذلك بالقرار الاستئنافي عدد 36803 بتاريخ 05 جويلية 2010 عن محكمة الاستئناف بصفاقس.

وهو أجل قصير يتجانس مع الآجال المقررة لسقوط الجفنة أو ما ينزك منزلتها، ويستهدف ضمان استقرار وضعية المسير إذ لا يمكن أن يبقى مهددا بالتسريح طوال المدة المقررة لسقوط دعوى تعمير الذمة وفقا للأحكام الفصل 402 من م.إ.ع. وبذلك يكون المشرع قطع أيضا مع تطبيق قضائي⁽⁴²⁾ يعتبر أن دعوى تسديد العجز في الشركات ذات المسؤولية

41 - مذكرة شرح أسباب القانون عدد لسنة 2009 من العناية ومعيار ذلك الأب الصالح.

42 - في الحقيقة لا تتناول فقه قضاء محكمة التعقيب وإنما بعض أحكام قضاة الأصل التي اعتبرت دعوى مواخذة المسير من أجل سد العجز في الشركات ذات المسؤولية المحدودة لا تسقط بالآجال المنصوص

عليها بالفصل 214 من مجلة الشركات التجارية المحددة بثلاث سنوات والمقرة للشركات الخفية الاسم وإنما تسقط بالأجل الطويلة المقررة بالفصل 402 من م.إ.ع. إذ طالما أن المشرع لم يضبط أجلا محددا وسكت عن ذلك فإنه يتعين الرجوع إلى القاعدة العامة في تفعيل الأجل المقررة بأحكام الفصل 115 من م.إ.ع فتكون المدة الموجبة للسقوط في حدود ثلاث سنوات بداية من تاريخ العلم بالضرر والمتسبب فيه وفي كل الحالات في أجل لا يتجاوز خمسة عشر سنة.

لقد اعتمدت المحكمة الابتدائية بصفاقس (حكم ابتدائي تجاري ع-1378-د بتاريخ 25 ديسمبر 2001 صادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس غير منشور) هذا السند ثم أنها في حكم آخر اعتمدت الأجل الطويلة أيضا ولكن بأسس مختلفة فقد اعتبرت بحكمها عدد 4640 بتاريخ 2007/12/25 (غير منشور) أن الأجل المقرر للسقوط في مطالبة مسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة هو أجل طويل يوافق الأجل المنصوص عليه بالفصل 402 من م.إ.ع على اعتبار أن الدعوى هنا تعد في تكمير الزمة لأن المشرع بالفصل 121 من م.ش.ت حمل المسير مسؤولية العجز تجاه الغير بعبارة "...أن يكون مسؤولا عن كامل ديون الشركة أو عن جزء منها..." وهي صيغة توحي بالتعمير الآلي للزمة مناط الفصل 402 المذكور وقالت في ذلك "غير أنه على خلاف دعوى المسؤولية التي يثيرها الشركاء ضد الوكيل والتي تسقط بمضي ثلاث سنوات فإن دعوى سد العجز موضوع الفصل 121 والتي تهدف إلى تكمير زمة الوكيل القانوني أو الفعلي تجاه دائتي الشركة وتحمله ضمان خلاص تلك الديون لم يحدد لها المشرع أجلا خاصا للسقوط بما يتجه مع الرجوع إلى أحكام القانون العام لدعوى تكمير الزمة بخصوص تحديد مدة سقوط الدعوى أي إلى أحكام الفصل 402 من م.إ.ع. الذي يقتضي أنه "كل دعوى ناشئة عن تكمير لا تسمع بعد مضي 15 سنة عدا ما استثنى بعده وما قرره القانون في صور مخصوصة".

وحيث أن حق القيام بدعوى سد العجز لا يسقط تبعا لما تقدم شرحه إلا بعد مضي 15 سنة كاملة من تاريخ نشأة الدين بصفة نهائية".

هذا الحكم تم إقراره واستئنافيا بع-27448-د بتاريخ 2009/01/05 عن محكمة الاستئناف بصفاقس (غير منشور) والذي لم نقضه تعقيبا بع-35140-د بتاريخ 26 ديسمبر 2009 (غير منشور) وفيه أكدت محكمة التعقيب بأنه وفي نطاق توحيد نظام مسؤولية المسيرين في الشركات يكون من المتجه سحب مدة التقادم بالنسبة للشركات خفية الاسم على الشركات ذات المسؤولية المحدودة معلقة ذلك بإرادة المشرع عند إصدار القانون ع-16-د لسنة 2009 المؤرخ 16 مارس 2009 "وحيث أنه في ما يتعلق بأمد التقادم وبداية تاريخ انطلاقه فإنه ولئن لم يحدد الفصل 121 من مجلة الشركات التجارية الصادر بها القانون ع-93-د لسنة 2000 المؤرخ في 03 نوفمبر 2000 مدة التقادم بالنسبة للدعوى موضوع قضية الحال فيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة مناط الكتاب الثالث من هذه المجلة على خلاف ما نص عنه المشرع صراحة ضلب الفصل 214 في فقرته الأخيرة فيما يتعلق بالشركات الخفية الاسم لما اعتبر أن دعوى تسديد عجز الأصول تسقط بثلاث سنوات من تاريخ حكم التقليس فإنه في نطاق توحيد نظام مسؤولية المسيرين في الشركات ذات المسؤولية المحدودة والشركات خفية الاسم في صورة توقف الشركة عن الدفع بما أدى إلى تقليسها يكون من المتجه سحب مدة التقادم وبداية تاريخ انطلاقها بالنسبة للشركات خفية الاسم على الشركات ذات المسؤولية المحدودة والشركات خفية الاسم لما اعتبر أن دعوى تسديد عجز الأصول تسقط بثلاث سنوات من تاريخ حكم التقليس إنه في نطاق توحيد نظام مسؤولية المسيرين في الشركات ذات المسؤولية المحدودة والشركات خفية الاسم في صورة توقف الشركة عن الدفع بما أدى

المحدودة هي دعوى في تعميم الذمة لا تسقط إلا بمضي خمس عشرة سنة أساسه في ذلك لأنّ المشرع اقتصر على بيان أجل السقوط في الشركة خفية الاسم قبل تنقيح 16 مارس 2009 وسكت عنها في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

يفهم من خلال الآثار التي تترتب عن التسوية القضائية والتفليس أنها بمثابة العقاب المدني المالي يتضمن الدعوة إلى الالتزام بأخلاقيات حسن إدارة المؤسسات، وتسليط جزاء لمن يخرق القواعد السليمة للمسير،

إلى تفليسيها يكون من المتجه سحب مدة التقادم وبداية تاريخ انطلاقتها بالنسبة للشركات خفية الاسم على الشركات ذات المسؤولية المحدودة مثل الشركة المقضى بتفليسيها موضوع قضية الحال ولا ادل على ذلك من استئناسنا بمداولات مجلس النواب المنعقدة بجلسة 03 مارس 2009 وبما تضمنه من شرح للأسباب في ما يخص مشروع القانون في تعديل بعض أحكام مجلة الشركات التجارية وإتمامها وهو الذي آل إلى صدور القانون عـ16ـد لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 (المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عـ22ـد بتاريخ 17 مارس 2009 والذي بصدره رفع الالتباس عن الفصل 121 من تلك المجلة من خلال إضافة فقرة أخيرة به تضمن أن هذه الدعوى تسقط بمضي ثلاث سنوات من تاريخ حكم التسوية القضائية أو الحكم بالتفليس (الملاحظ أن محكمة التعقيب عللت رأيها باختيار منطقي وبحثت له عن أساس في القانون الجديد لسنة 2009 وكأني بها تفسر وتبحث عن مخرج قانوني لما سبق من وضعيات بما لحقه من تدخل تشريعي ففسرت سابق من القانون بما لحقه من تعديل).

المهم في هذا التنقيح أن المشرع وشعورا منه بأنه لا يمكن لمسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة أن يبقى تحت طائلة التتبع لسد العجز مدة خمسة عشر سنة تدخل وضبط مدة مضي الأجل لرفع دعوى سد العجز وجعلها في ثلاث سنوات لدى مختلف الشركات التجارية سواء كانت ذات مسؤولية محدودة أو شركة خفية الاسم.

وهو ما نصت عليه أحكام الفصول 121 و214 و254 من م.ش.ت. وبذلك أنهى المشرع الاجتهاد القضائي في بيان آجال السقوط وأصبح بذلك أجلا موحدا لدى مختلف الشركات التجارية (تراجع في ذلك أحكام الفصول 121 و254 من م.ش.ت. كما وقع تنقيحه بالقانون عـ16ـد 6 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2010 والفصل 214 من نفس المجلة) وهو اختيار وجيه باعتباره لا يجعل المسير تحت طائلة المساءلة لمدة طويلة من جهة ومن أخرى فهو يضع حدا للنقض الياضي في أحكام الفصل 121 من م.ش.ت. ويرفع الالتباس في تأويل مقتضياته.

إن دعوى المسؤولية تجسدت تطبيقيا وتم تفعيلها حتى لا تكون إجراءات التسوية مجالا للتقصي دون تحمل المسؤوليات فوضعية المؤسسة أو الشركة لا تهم مساهميها ومسيرها فقط وإنما تهم * اقتصاديا وماليا واجتماعيا أساسه الشفافية الموسعة والتشديد في الضمان.

فهو لا يؤخذ جزائيا فقط، وإنما أيضا مدنيا بتحميله واجب تسديد العجز والتعجير عليه المشاركة في الحياة العامة الاقتصادية.