



المملكة المغربية

القانون والممارسة القضائية

القضاء التجاري

04/03/2017



تأصيل القضاء التجاري

إن مسألة تأصيل القضاء التجاري ، يقضي معها الوقوف على الجذور التاريخية للمفهوم لرفع أي لبس قد يحوم دون التوفيق في ضبط الموضوع، لنتقل فيما بعد لضبط المفهوم و الوقوف على أهم ما من شأنه أن يمدنا بأليات فعالة تخدم هذا الموضوع المتواضع.

إن مسألة تنظيم شؤون المجتمع هي مواكبة لظهور الدولةن الأمر الذي تطلب إحداث مؤسسات تهتم برعاية وحماية حقوق الأفراد ، ورقابة النظام داخل هذا الكيان الإجتماعي، غير أن مفهوم القضاء الحالي ليس هو ما كان في ظل القوانين القديمة.

تميزت الحضارات القديمة بتحويل مهمة القضاء للكهنة، الامر الذي انتهى بإحداث مدونة حمورابي التي أنشأت هيئة يصطلح عليها بالقضاء لتحل محل الاخذ بشار، أما في الإمبراطورية الرومانية فكان الملك هو دي الإختصاص للبت في القضايا المدنية و الجنائية الامر الذي تغير بإحداث ما يسمى بالبريتول الذي إختص بالبت في القضايا المدنية.

فالقضاء و كموضوع في العصور الوسطى شغلت بال الفلاسفة هم الاخرون مثل أرسطو؛ الذي يرى أن اللجوء للقضاء هو عدل وإحقاق للحق، وبالطبع لن نهمل الشريعة الإسلامية حيث إعتبرت القضاء فريضة محكمة و سنن متبعة.

وعرف هذا الأخير - القضاء - كجهاز عدة تغييرات على مستوى الإستقلالية، التي جاءت مواكبة للثورة الفرنسية، الأمر الذي تم تكريسه في الدساتير الحديثة. والذي واكبه تخصيص القضاء بما يتلائم مع خصوصيات بعض القضايا مقارنة مع غيرها. ليرز لنا القضاء الإداري و القضاء التجاري و غيره من الأجهزة ذات الطبيعة الخاصة، و لكن ما يهمنا نحن في هذا الطرح هو القضاء التجاري

غير أن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد هل نحن و بإقرارنا للقضاء المتخصص نكون أمام جهاز له خصوصيات و ميكانيزمات خاصة ينفرد بها عن القضاء العادي أم هو مجرد إختلاف في التسمية و الإختصاص لا غير ؟

وبدورنا هذا - طلبة باحثين - نميل إلى الفرضية الأولى، فالقضاء التجاري و إنفراذه عن القضاء العادي ماهو إلا جواب يزكي الفرضية الأولى، فالقضاء التجاري تعدى ذلك الدور التقليدي الكلاسيكي الزجري للقضاء، و ونه حارس للنصوص القانونية و مفعلا لها، الى كونه ذي دور إقتصادي حديث يقحم نفسه في الشؤون الخاصة للمقاولة بغاية حماية المصالح المتشابهة.

ولعل هذا التطور راجع لعدة إعتبارات أهمها ؛

تواجهه مع معطيات إقتصادية مستجدة فرضت نفسها في مواجهة هذا الجهاز بدوره التقليدي و حالت دون قيامه بغاياته الأساسية "حماية الحقوق و الحريات للأفراد".

إنتقال المقابلة من المفهوم التقليدي العقدي الى المفهوم الحديث، كونها نظام يشمل مصالح مختلفة و ليست شأن خاص يخول فيه التصرف بكامل الحرية، الأمر الذي جسده القانون رقم 17.95 المتعلق بشركة المساهمة.

هذا بشكل عام لكن ما يجدر بنا التقصي عنه هو؛ هل التشريع هو على وعي بهذا الدور الحديث لتحويل أليات كفيلة للقيام به على أتم وجه، أم أن الأمر لا يزال يعرف بعض العقبات التي تحول دون القيام بهذا الدور الإقتصادي؟

بالرجوع الى التشريع المغربي نجد أنه تعامل مع هذا الدور من حيث النصوص، وذلك عن طريق تحويل القضاء صلاحيات و سلطات للقيام بهذا الدور الحديث. مع الإحتفاظ بالجهاز ذاته؛ بمعنى قضاة معينين بعد حصولهم على تكوين بالمعهد العالي للقضاء.

الأمر الذي عاكسه المشرع الفرنسي عن طريق إعتقاد جهاز يتساير و طبيعة الدور الحديث المناط بالقضاة، و هم قضاة ممارسين منتخبين حرفيين في المجال الإقتصادي، بالرغم من ميزة هذا المقتضى و نجاعته في تحقيق الغاية الإقتصادية، إلا أن هنالك من الباحثين الذين أعابوا هذا النظام كون القاضي في بعض الاحيان يحتاج لدراية قانونية أكثر مما هي إقتصادية؛ الأمر الذي لا نؤيدهم فيه فدخوله للمحكمة و البت في الشؤون القضائية هو قرينة على علمه بالقانون، أما بخصوص الإنتقاد الثاني الذي من شأنه أن يسقط الممارس في فح الحكم و الخصم في نفس الوقت، فنحن نؤيد هذ الطرح و نستدل بالإخلالات التي عرفتها مدينة الديوك الفرنسية من زونية و محسوبة و إنعدام الحياد.

خلاصة القول نحن اليوم أمام قضاء تجاري، له دور حديث إقتصادي تعدى به البت في النزاعات و التقيد بالقواعد القانونية، ليقتمح الشأن الخاص للمقابلة وعيا منه للدور الإقتصادي و السياسي و البيئي و الإجتماعي للمقابلة، بغاية الموازنة بين المصالح الخاصة و المصالح الأخرى لتوفيق أو بالأحرى حماية المصالح التي تتطلب ذلك.

الرقابة القضائية

الرقابة القضائية و كما رفتها وزارة العدل الفرنسية؛ هي مقياس لوضع الشخص تحت التزام أو أكثر الى حين مثوله أمام المحكمة. ونظيرها في التشريع المغربي الحراسة القضائية,

لكن ما يهمنا نحن حصرا للموضوع هي الرقابة القضائية على مستوى الأعمال عامة، و الرقابة على مستوى التأسيس و التسيير و التدبير خاصة، ومعناها؛ إخضاع عملية التأسيس و التسيير و التدبير للرقابة القضائية، بغية الحفاظ على المصالح الداخلية و الخارجية للمقولة.

الرقابة القضائية على الشركات جاءت نتيجة عوامل و حيثيات لازمت وواكبت الشركة، مما جعل ضرورة تدخل القضاء كآلية رقابية هي ضرورة ملحة تقتضيها الحياة اليومية للشركة، لما تحمله هاته الأخيرة من مصالح متشابكة،

نميز في ظل الرقابة القضائية على الشركات بين الشركة باعتبارها عقد، و هي النظرية التقليدية التي عرفت سيادة مبدأ سلطان الإرادة على السلطة القضائية ، الأمر الذي جعل تدخل القضاء أمام هاته القوة الملزمة للإرادة العقدية شبه مستحيل، إعتبارا للعقد شرية المتعاقدين وهو الأمر الذي انعكس على عدة مستويات في التشريعات و خير مثال هو نظام الإفلاس و التفالس الذي كان يراعي مصلحة الدائنين دون المدين.

سادت النظرية العقدية في ظل القانون الفرنسي القديم لسنة 1832 و كذلك المصري ، تم إنتقادها نظرا لكون العقد أصلا يكون بين المؤسسين لا المكتتبين.

غير أن النظرية العقدية و سرعان ما ابانت عن عيوبها، لنصبح أمام ما يسمى بأزمة العقد؛ بمعنى أننا نطوع قواعد القانون المدني كلما كانت صالحة للتطبيق في مجال الأعمال، لكن واقع الأمر هو أن نظرية العقد غير صالحة أمام الشركة التي لا تظم مجرد مصلحة أطراف العقد بل تظم مصالح أخرى؛

هو الأمر الذي تم عدمه أمام ظهور نظرية النظام المرتبطة بمدرسة بوردو، بريادة ليون ديحي في بداية القرن 20 ، فهاته النظرية تجعل من الشركة نظام قانوني الذي يخدم مصلحة الأشخاص الذين يهمهم مصلحة الشركة، و يترتب عن الأخذ بهاته النظرية يجعل من الضروري الموازنة بين المصالح الخاصة و المصالح الأخرى كمصلحة

الشركة و الفاعلين الرئيسيين؛ لتظل مصلحة الشركة فوق كل الاعتبارات لما أصبح لها من أدوار إقتصادية و إجتماعية و بيئية و سياسية.

أما بخصوص مفهوم مصلحة الشركة يمكننا إعتداد تعريف كدوش الاستاذ الفرنسي الذي حاز هاته المصلحة و أطرها ضمن شقين؛ النمو الإقتصادي من جهة وازدهار الشركة من جهة أخرى.

و نظرية النظام لاقت استحسان بعض التشريعات الحديثة، حيث أطرتها ضمن نصوص قانونية و نصت عليها صراحة مثل التشريع الجزائري و التشريع الفرنسي، و التشريعات أخرى تطرقت لها تعريضا و يستفاد الأمر ضمنا مثل التشريع المغربي بمقتضى القانون 17.95 المنظم للشركات المساهمة.

الرقابة القضائية للشركات على مستوى التأسيس

1 الرقابة القضائية و كما سبق و أبنا عنه لا تنحصر ضمن التأسيس وحده أو التسيير و التدبير فقط بل قد تهتم الرقابة على المال و كذا بعض الأنشطة الخاصة التي يخول للشركات القيام بها، غير أنه وما يهمنا نحن في هذا الصدد هو الرقابة القضائية على مستوى تأسيس الشركات الأمر الذي يمكننا معه أن نتأمل مع الموضوع من خلال شقين أساسيين؛ الأول مخصص للمفاهيم، و الثاني لتقصي عن الآليات و الميكانيزمات المخولة للقضاء لممارسته للرقابة.

2 فالرقابة القضائية للشركات في طور التأسيس هي إخضاع عملية التأسيس للرقابة القضائية، حيث لا يكفي إرادة المؤسسين لإنشاء هذا الكيان، بل و يجب إتباع إجراءات معينة، قد تكون سابقة و هنا نحتاج للإذن للقيام بهذا الإجراء، كما قد تكون لاحقة و هنا يتدخل القضاء لفحص الإجراءات السابق إتخاذها

3 لكن متى نكون أمام شركات في طور التأسيس ؟

نكون أمام شركة في طور التأسيس و كما هب إليه بعض الباحثين في مجال الأعمال؛ عندما يكون هذا الكيان مستعد لممارسة نشاطه بإستقلال مادي و معنوي عن الشركاء، و لم يتم قيده بعد في السجل التجاري و إلا سنكون أمام شركة تجارية لها شخصية معنوية، بمعنى كيان قائم بداته من الناحية القانونية و المادي. وهاته الأخيرة لا تتوفر على شخصية معنوية مثل شركة المحاصة، و تختلف مع الشركة الفعلية كونها لم تكتسب قط الشخصية المعنوية و ليست باطلة.

4 تكمن الأهمية النظرية للموضوع من خلال التقصي عن التشريعات الوضعية و كيف تعاملت مع هاته العملية المهمة في حياة الشركة، أما الأهمية العملية في استنباط العمل القضائي في هذا الشق وما مدى نجاعة الآليات المخولة له للقيام بمهمته الرقابية على مستوى التأسيس

5 فالرقابة القضائية لم تأتي إعتباطا، و توسيعا لمجال القضاء، بل جاءت مواكبة للتطور الحاصل على مستوى الأعمال و بروز شركات ضخمة مثل شركات المساهمة إضافة الى التحلي عن النظرية العقدية و تبني نظرية النظامية التي تنظر لهذا الكيان نظرة شأن عام يضم مصالح متشابكة لا شأن خاص،

5.1 فبالنظر للشركات المساهمة و لما لها من أهمية على المستوى الإقتصادي، كونها قطب مهم للرؤوس

الأموال الضخمة، إضافة لكون شركات الأموال و ما تتميز به من محدودية المسؤولية للمساهمين، الأمر الذي يشكل مخاطرة بالنسبة للدائنين، الأمر الذي تبعه ضرورة تدخل القضاء، وبسط رقابته على شركات و خاصة هاته العملية المتمثلة في التأسيس.

5.2 من خلال التقصي على المعطيات السالفة الذكر يتضح لنا جليا أن الرقابة القضائية على مستوى

التأسيس تحتاج منا لجهاز كفيل بهاته المهمة؛ و هو القضاء التجاري ، و كذلك في وجود أليات فعالة لتحويله سلطات و صلاحيات كفيلة بالقيام بهاته المهمة لحماية للمصالح المتواجدة؛ و هو الأمر المجسد في القانون .17.95

6 يمكننا أن نميز في إطار الرقابة القضائية على مستوى التأسيس بين رقابة الغير المباشرة و الرقابة

المباشرة:

6.1 الرقابة الغير المباشرة:

لن نتفصل فيها نظرا لكون الأجهزة التدخلية هنا هي لا تكون ذي طابع قضائين مثل المحامي و الموثق أو

لكل ذي مصلحة كما جاء في المادة 12 من القانون 17.95، الأمر الذي يجعلنا تخطى هاته المرحلة لنتقل مباشرة الى الرقابة المباشرة

6.2 الرقابة المباشرة:

الرقابة المباشرة، يتم فيها الإعتماد على الأجهزة القضائية مقبل كتابة الضبط للمحكمة المتواجد بنفوذها

المقر الإجتماعي للشركة. حيث يخول لها عدم القبول بالإيداع إن تعلق الأمر بإهمال إجراء معين أو بيان من البيانات المتطلبة أو القيام بالإجراء المتطلب لكن بصورة غير قانونية . و هاته البيانات و الإجراءات هي المنصوص عليها في المواد المتضمنة للقانون رقم 17.95 و نرد منها على سبيل المثال لا الحصر ، المادة 2 و 12 و 30 ...،

أسس الرقابة القضائية على مستوى التأسيس

1 سنقتصر على المادة 12 التي تعتبر محور الرقابة القضائية على مستوى التأسيس، بعد قراءة متأنية لنص

المادة يتضح لنا جليا المشرع المغربي تعامل مع الشركة في طور التأسيس كشأن عام يختزل مصالح متشابكة لا فقط مصلحة المؤسسين؛ الأمر الذي يستفاد من المادة 12 و خاصة عبارة لكل ذي مصلحة ، ثم أنه خول الإختيار للنيابة العامة لتقدم بنفس الطلب - طلب التسوية - وهو مجرد إختيار .

1.2 لنتنقل فيما بعد الى أن المشرع المغربي إعتبر القضاء هو ذي إختصاص في هاته المسألة و رتب جزاء

في حالة عدم الإمتثال لطلب التسوية وهو عبارة عن غرامة مالية

ملاحظات أولية على المادة 12 :

1.3 المشرع المغربي و عندما يروم لحماية مصلحة معينة يحدد هل هي عامة أم خاصة ، غير أنه في المادة

12 لم يحدد لنا هاته المصلحة، الأمر الذي يؤكد لنا ان المشرع المغربي أراد أن يحمي المصالح المتواجدة ضمن الشركة.

ثم أن المشرع المغربي تعامل مع الشركة في طور التأسيس ليست ذي شأن خاص، و إنما تهتم مجموعة من

الأشخاص، و هو ما يبرز لنا جليا من عبارة لكل ذي مصلحة أن يتقدم بطلب

ثم أن نص المادة و في صياغتها جاءت قاعدة أمر، و هذا إن دل على شئ يدل على نظامية الشركة و

تعامل معها على هذا الأساس من جهة، و كون القاعدة أمر و بالتالي لا يجوز مخالفتها .

2 في الأخير خول للنيابة العامة هي الاخرى، صلاحية التقدم بنفس الطلب لكنه لم يلزمها.

الأجهزة:

1 يمكننا أن نبتدأ بكتابة الضبط

2 النيابة العامة:

المشرع المغربي و من خلال المادة 12 من القانون رقم 17.95 خول للنيابة العامة أن تتقدم بطلب

التسوية لرئيس المحكمة بصفته قاضي المستعجلات، غير أنه لم يلزمها .

و كما هو متعارف عليه النيابة العامة قد تكون طرف أصلي؛ و هي الحالة التي تتواجد مصالح تقتضي الحماية، و قد تكون طرف منظم .

وواقع الأمر في المادة 12 هي طرف منظم فالمشرع لم يلزمها و إنما حول لها الإختيار " للنيابة العامة..." حيث لها أن تتدخل بعد توصلها بالطلب من طرف الاغيارن أو من المحكمة نفسها الأمر المتعلق بالمادة 9 من قانون المسطرة المدنية التي تنص على تبليغ القضايا التي لها علاقة بالنظام العام الإقتصادي للنيابة العامة.

3 رئيس المحكمة التجارية:

يقدم طلب التسوية، للرئيس المحكمة التجارية الذي يبت في هذا الطلب بإعتباره قاضي للمستعجلات - بأوامر - وله السلطة التقديرية أن يقبل أو يرفض مع التعليل، لكن التساؤل الذي يطرح هل رفض الطلب يقبل الإستئناف؟

بالرجوع الى قواعد القانون 17.95 لا نجد أي مادة عالجت هذا المقتضى، لكن بإستحضارنا المقرر الصادر عن محكمة الإستئناف بالرباط الذي جاء فيه أن الأوامر المبنية على طلب تقبل الطعن في حالة عدم الإستجابة لها، لكن إن تم الإستجابة لها فلا تقبل الطعن. و الطعن في أجل 15 يوم .

3.1 يستند رئيس المحكمة التجارية على المادة 12 من القانون رقم 17.95، للتدخل و بسط رقابته على مستوى التأسيس غير أنه لا ينحصر ضمن المادة المعنية بل يتعداها للمواد الأخرى التي تنظم عملية التأسيس، غير أن شتات النصوص المنظمة لهاته العملية يدفعنا للتساؤل عن مدى ارتباط هاته الإجراءات مع بعضها؟

يرى الأستاذ الفرنسي قدوش kaddouch أن الإجراءات المتعلقة بتأسيس مرتبطة بعضها ببعض، كسلسلة وتختلف إحداها من شأنه أن يؤثر على باقي الإجراءات الأمر الذي قد ينعكس سلبا على عملية التأسيس ككل.

3.2 يخول لرئيس المحكمة صلاحية توجيه أمر بتدارك ما تم إهماله، أو إتمام ما لم يتم، أو إعادة القيام بالإجراء الذي تم بصورة غير قانونية،

مجمل القول أن هذا التدخل القضائي بقدر ما يبرز لنا الرقابة القضائية على مستوى التأسيس، بقدر ما يبرر لنا التحول الحاصل للقضاء التجاري و دوره الإقتصادي الحديث.

الرقابة القضائية على مستوى التسيير والتدبير

1 الرقابة القضائية التي سبق و تطرقنا لها هي على مستوى التأسيس، لكن هنا سننتقل الى ما بعد تأسيس الشركة و أثناء حياتها، أي قيامها بنشاطها تم تكريس رقابة قضائية حماية للمصالح الداخلية و الخارجية للشركة، الأمر المتمثل في الرقابة القضائية على مستوى التسيير و التدبير .

2 أولا و قبل الخوض في الحثيات، ينبغي ضبط المفاهيم بشكل يسهل معه التعامل مع الموضوع؛

2.1 و المفاهيم المتعلقة بالموضوع هي التسيير و التدبير؛ وهي قواعد و أحكام تتعلق بنشاط الشركة، يتم اعتمادها لتحقيق غايتها ووفق مصلحتها.

2.2 أما الرقابة و إضافة الى ما سبق و ذكرناه فهي؛ توجيه وإشراف وتصويب وتبع

2.3 و الرقابة على مستوى التسيير و التدبير؛ هي صلاحية الإشراف و التوجيه مخولة للقضاء ويمارسونها على عمليتي تسيير و تدبير الشركات، للموازنة بين المصالح المتواجدة، مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الشركة.

3 الرقابة القضائية على مستوى التسيير و التدبير هز موضوع طرح بعض الإشكالات على مستوى الدول المتقدمة إقتصاديا، حيث يرى البعض أن تدخل القضاء على مستوى التسيير و التدبير فيه خرق لمبادئ المبادرة الإقتصادية الحرة، و فيه إفتحام لشؤون المقابلة، كذلك بطئ هذا الجهاز وعدم ملائمتة لما تقتضيه التجارة من سرعة.

أما الإتجاه الثاني فهو الذي يرى أن تدخل القضاء، ماهو إلا لتوفير الحماية التي لم يوفرها النص القانوني نفسه.

3.1 المشرع المغربي سار في منحى الإتجاه الثاني، و هو ما يمكننا استنباطه من خلال مقتضيات كل من

القانون 17.95 " شركات المساهمة " و القانون 5.96 " باقي شركات التجارية " ، و في دراستنا هذه سنقتصر على القانون الأول أي شركات المساهمة، باعتبارها الولاية العامة لباقي الشركات.

كيف ظهرت الرقابة القضائية على التسيير و التدبير:

1 إن شركات المساهمة و نظرا لما لها من أهمية، كان لزاما أن يتم تقنينها بشكل محكم و التعامل معها على أساس أنها نظام قانوني يضم مجموعة من المصالح، و عليه تم إحداث قانون يلزمها بإتباع و إنشاء مجموعة من الأجهزة التي تكفل لها حسن التسيير و التدبير، غير أن هاته الأجهزة و نظرا لطريقة تعيينها، و كذا طبيعتها في بعض الأحيان، قد لا تؤدي الدور المناط بها على أتم وجه - تعبر عن قصورها - و قد تنحاز في بعض الأحيان لجهة دون غيرها، الأمر الذي تم تداركه و إدخال جهاز أجنبي يمارس رقابته على هذا المستوى لحماية المصالح المتواجدة ضمن شركة المساهمة.

2 و من بين الأمور التي كرسنا هاته الرقابة نجد الخلافات الخطيرة بين الشركاء

أو التهاون في دعوة الهيئات التقريرية للقيام بمهامها
تعارض مصالح الشركة مع مصالح الشركاء

2.1 و ساهمت النظريات الفقهية هي الأخرى في بروز الرقابة القضائية، نستحضر منها "نظرية التحليل

الوظيفي" و "نظرية العمل القانوني"

2.1.1 نظرية التحليل الوظيفي: ظهرت بريادة الفقيه ريبير، و يرى أن شركة المساهمة هي آلة قانونية تسيير

وفق قواعد و نظام دقيق، و المساهمين يظهرون كأنهم لا شيء أمامها، الأمر الذي ينبغي معه ترجيح مصلحة الشركة على الشركاء.

2.1.2 نظرية العمل القانوني: وهي وليدة المدرسة الألمانية، ترى هاته النظرية أن عقد الشركة يكون بين

الشركاء، لكن الشركة تضم أشخاص متعددين يشتركون في هدف واحد الأمر الواجب أخذه بعين الإعتبار.

2.2 ساهمت هاته النظريات في بروز الرقابة القضائية على مستوى التسيير و التدبير، ملائمة لما أصبح

للشركة من أهمية، على المستوى البيئي والسياسي والإجتماعي والإقتصادي.

3 لكل هاته الإعتبارات تدخل القضاء و التشريع من أجل إرساء أليات و قواعد كفيلة بفرض رقابة قضائية

ناجعة، من أجل ضمان حسن تسيير و تدبير الشركة بما يخدم مصلحتها، مثل إعتداد الإدارة القضائية المؤقتة قبل إعتداد المسير القضائي المؤقت الذي يتم اللجوء له لضمان حسن تسيير الشركة عند تهاون مجلس الإدارة. كذلك خبرة التسيير الأمر الذي سنتفصل فيه فيما بعد.

ويمكننا التمييز بين مظهرين من مظاهر الرقابة القضائية؛ الأول هو يستقي حماية الشركاء، و الثاني يتوخى

حماية الشركة .

➤ الرقابة القضائية لحماية الشركاء:

يتدخل القضاء في هاته الحالة لإضفاء الحماية و يضمن مصلحة فئة من الشركاء التي تعتبر الحلقة الضعيفة في مرحلة معينة من المراحل ، وهو يتدخل على مستويين:

1 الحقوق الشخصية؛ هي حقوق تدخل القضاء و فرض رقابته عليه من أجل حماية مصلحة الشركاء و تتمثل في حقي الإعلام - وحق التصويت .

1.1 الحق في الاعلام: وهو حق منحول للشركاء من أجل الإطلاع على الوثائق و المعلومات، و القضاء تدخل لبسط رقابته على هذا المستوى للحلول دون تعسفات فئة على أخرى الأمر الذي من شأنه عدم إطلاعهم على معلومات معينة و بالتالي إقصائهم من عملية التسيير و التدبير .

و القضاء تدخل في هاته الحالة و كرس للقاعدة الحق في الحصول على المعلومة قبل التشريع، وهنا نتحدث عن القضاء الفرنسي، الذي خول الحق للشريك استصدار أوامر او إجبار المتصرفين على الإدلاء بالوثائق المقررة .

هو الامر الذي إعتمده التشريع تكريسا لمبدأ الشفافية الضيقة لا الموسعة.

1.2 الحق في التصويت: هو من الحقوق التي تركز لنا المساواة، و التشاور في إتخاذ قرارات التسيير مما من شأنه خدمة مصلحة الشركة ، و المشرع إعتنقه ولو بشكل غير واضح في المادة 260 من القانون ش م . و القضاء عند رقابته على مستوى الحق في التصويت يعتمد معيارين أساسيين:

أ . معيار الزمن: حيث لا يحق للشريك التنازل عن حقه في التصويت خلال فترة مسلسل إتخاذ القرارات، الأمر الذي من شأنه إقصائه عن عملة التسيير و التدبير .

ب . معيار المصلحة الإجتماعية: و يتلخص في عدم امكانية تضمين شرط بالإنحياز لفئة دون الأخرى مما من شأنه الإضرار بمصلحة الإجتماعية للشركة.

ونستحضر في هذا الطرح قضية بينولت لسنة 1992 التي تم تغيير بمقتضاها القانون المنظم لل أ و ب OPA هي عملية تهدف لإعلام الجمهور بشراء الأسهم .

2 الحقوق المالية:

وهي تهتم بالدرجة الاولى توزيع الارباح ، فللحلول دون تعسف فئة على الأخرى، و إستعمال حقها بشكل منحرف الأمر الذي من شأنه إلحاق أضرار بالغير ؛ مثل إتخاذ قرار بعدم توزيع الأرباح لمدة معينة بغية الرفع من السيولة المالية للشركة، أو توفير إدار معين لتوسيع مجال معين .

فالإجتهاد القضائي كان له رد فعل مؤثر في هذا الصدد و تدخل لحماية الاقلية من قرارات الأغلبية التي تستقي عدم توزيع الارباح ، حيث قضى بتوزيعها، و بشكل عادل، و إعتبر أن المسألة تدخل ضمن نظرية التحايل على القانون ، عن طريق استعمال وسائل قانونية لكن لغاية منحرفة.

حيث قضت محكمة الإستئناف الفرنسية في قضية SHUMAN PIQUARD بإبطال قرار الاغلبية الذي يقضي بتوزيع جزء من الأرباح فقط، وحدد مفهوم تعسف الاغلبية على الأقلية. بالرغم من أن القرار تم نقضه بمحكمة النقض، غير أنه كان دي تأثير بارز من جهة أبرز لنا مفهوم تعسف الاقلية على الأغلبية ، و تم إعتبار عدم توزيع الارباح مظهر من مظاهر التعسف. و أيضا الرفع من رأسمال الشركة بغية الغرضار بفئة الأقلية هو الآخر تعسف في حق الاقلية.

➤ الرقابة القضائية لحماية الشركة:

و هي حالة تدخل القضاء أيضا بصفته الرقابية لكن في هاته المرحلة حماية للشركة و ليس الشركاء، إعتبارا لما تضمنه من مصالح متشابكة ينبغي ترجيحها على مصلحة الشركاء عملا بنظرية التحليل الوظيفي و نظرية العمل القانوني التي ساهمت بدور كبير في تكريس الرقابة على مستوى التدبير و التسيير و ترجيح مصلحة الشركة . وتدخل القضاء هنا يمكننا إبرازه من خلال نقطتين أساسيتين:

أ في حالة الخلافات الحادة بين الشركاء.
ب تدخله لضبط قانون الأغلبية.

➤ في حالة الخلافات الحادة بين الشركاء

قد تنشأ خلافات خطيرة بين الشركاء التي من شأنها تهديد وجود هذا الكيان القانوني، وأمام فشل الأجهزة الداخلية في تدبير هاته الأزمات، تدخل القضاء مراعاة لمصلحة الشركة عن طريق اليات كفيلة بضمان السير العادي للشركة و حماية لمصلحتها في حالة ما تواجد ما يهددها عن طريق " تعيين متصرف قضائي مؤقت " و " خبير التسيير".

1 المتصرف القضائي المؤقت: يسمى بالحارس القضائي ايضا، ويكون مسؤول عن أعمال الإدارة و الشؤون الإجتماعية الى حين إيجاد حل للنزاع الحاصل؛ تم إتماد هذه الألية لحل الخلافات بين الأقلية و الأغلبية. 1.1. وأهم تجسيد لهاته الالية هو القرار الشهير فروهوف، الذي يهم الشركة الفرنسية فروهوف كانت الأغلبية تمثلها في هاته الشركة امريكين ، ورفضت الأغلبية تصنيع الشاحنات و تسليمها لشركة بيرلي الصينية بحجة أن الصين توجد تحت الحضر من قبل الولايات المتحدة الأمريكية، الأمر الذي جعل هذا القرار ينشأ خلاف بين الشركاء مما أصبح يهدد 600 عامل بالطرد.

1.2 فذ هبت محكمة باريس الى تعيين متصرف قضائي مؤقت، لخدمة مصلحة الشركة و الحفاظ على أهدافها، و إعتد المصالح الإجتماعية للشركة في أساس المستند عليه - الحكم - محاولا إقامة توازن بين المصالح الغقتصادية و الإجتماعية للشركة.

2 خبير التسيير :هو يمارس رقابة مباشرة على التسيير، و يكون عن طريق طلب بإعتداد خبرة، هي وسيلة مخولة للأقلية و غايتها تدارك مامن شأنه أن يززع هذا الكيان مستقبلا و كشف التجاوزات التي تعرفها عملية التسيير .

1.2 تتمثل مهمته في إعداد تقرير عن عملية أو عدة عمليات متعلقة بالتسيير، حيث يطلع على الوثائق المحاسبية، و يكشف عن الخروقات و يبرز مدى تأثيرها على عملية التسيير، و لخبرة التسيير طابع وقائي حيث تظهر لنا الخلل في وقت يكون العلاج ممكن.

➤ ضبط قانون الاغلبية :

1 أمام تغيير مفهوم الشركة و إنتقالها من العقدية للنظامية، تم الإنتقال بدوره من الإجماع في اتخاذ القرار الى الأغلبية، أي ان من يحوز أعلى نسبة في الشركة يسمى بالأغلبية و من يحوز الأقل يسمى الأقلية،
2 غير أنه قد تهم عهاته الاغلبية لإتخاذ قرارات تخدم مصلحتها لا مصلحة الشركة، الأمر الذي من شأنه أن يضر بالأقلية هي الأخرى و شركة ككل،
3 تدخل القضاء هنا لردع هاته التجاوزات، حيث تم تحديد مفهوم تعسف الأغلبية في إجتهاد قضائي بمقتضى قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية " تعسف الاغلبية يكون في حالة إتخاذ قرار متنازع حوله بصورة مخالفة للمصلحة العامة" ،
"أما تعسف الأقلية فيكون في حالة وقوف دي أقلية في موقف معاكس للمصلحة العامة للشركة تفضيلا للمعاملة الشخصية." .

➤ التكريس التشريعي للرقابة القضائية على مستوى التسيير و التدبير :

بالرجوع الى قانون الشركات و خاصة القانون رقم 17.95 نجد أنه نظم الرقابة القضائية على مستوى التسيير و التدبير في مجموعة من النصوص ؛ غايته يمكننا تلخيصها في "خلق توازن بين مصالح الشركة" و "تدخله لتعيين أجهزة الرقابة في الشركة"

• خلق توازن بين مصالح الشركة:

1 بالرجوع إلى المادة 116 من القانون رقم 17.95 المنظم لشركات المساهمة، نجدها تخول

لفئة الأقلية التي لا يقل نصيبها عن عشر رأسمال الشركة، الحق في اللجوء للقضاء من أجل تعيين وكيل قضائي، مهمته دعوة الجمع العام للإنعقاد عند التهاون في دعوتها ، بهدف حماية مصلحة الشركة و عدم ضباغ مصالح الأقلية.

2 كذلك برجعنا للمادة 157 من نفس القانون التي تخول لفئة المساهمين من نفس النصاب القانوني ، الحق في اللجوء للقضاء من أجل تعيين خبير لتسيير،

لكن ما يعاب في هذه المقتضيات هو شرط عدم النزول عن عشر رأسمال الشركة، او النصاب القانوني كون شركة المساهمة هي مجمع ضخم للأموال، و يكون معها من الصعي جمع هذا النصيب.

3 كذلك نجد أن المشرع امغربي اعطى للمساهمين الحق في التصويت الأمر المستخلص من المادة 54 سواء في الجموع العادية و الغير العادية الأمر ، مع مراعاة استثناءات الواردة في المادة 58 و المادة 112 بخصوص الإتفاقات التي تكون بين الشركة و المدير و غيرها... .

تأصيل بعض النظريات :

تعسف الأغلبية؛

عناصرها: المساس بالمصلحة الإجتماعية للشركة

الإخلال بالمساواة

جزاء: بطلان قرارات الاغلبية/

تعسف الأقلية:

شروطها: أن تكون العملية المرتقبة مهمة للشركة.

ان يكون قرار المعارضة لا يصب في مصلحة الشركة.

الدور التقويمي للقضاء في صعوبات المقاول

سبق وأصلنا القضاء التجاري، لتؤكد أن القضاء التجاري أصبح ذي ميكانيزمات خاصة ينفرد بها مقارنة مع القضاء العادي، الأمر الذي جعله ينتقل من قضاء عادي تقليدي زجري، الى قضاء إقتصادي بمفهومه الحديث، وهو الأمر الذي جاء مواكبة للانتقال المقاول من المفهوم العقدي الى المفهوم النظامي، وأصبح ينظر لها نظرة مغايرة بما يتلائم مع وضعيتها الحالية.

لعل هذا الأمر أدركه التشريع هو الآخر و مواكبة لهذا التحول، أعاد النظر في ترسانته التشريعية وعمل على استبدال بعض النصوص بما هو يتلائم مع الدور الحديث للقضاء التجاري، هو الأمر الذي جسده الكتاب الخامس من مدونة التجارة المعنون بالإجراءات الوقائية و معالجة الصعوبات، الذي حل محل نظام الإفلاس المعمول به سابقا.

على مستوى الوقاية الخارجية:

لن نتطرق للوقاية الداخلية على إعتبار أن الجهاز القضائي غائب في تلك المرحلة و نهم مباشرة الى الوقاية الخارجية التي تتميز بتدخل جهاز أجنبي عن المقاول المتمثل في القضاء التجاري في شخص رئيس المحكمة التجارية وهو على مستويين سنفصل فيهما كل على حدا؛

1 فعلى مستوى الوقاية الخارجية بالرجوع الى المادة 547 من مدونة التجارة، نجد أنه في حالة عدم إنعقاد الجمع العام أو استمرت الصعوبات، تم إخبار رئيس المحكمة إما من قبل مراقب الحسابات أو ئيس المقاول. 1.1 بالرجوع الى مقتضيات المادة نجد أن المشرع لم يلزم و إنما صاغ المادة صياغة عادية مما يبرز لنا الصفة الغير الملزمة للمادة من جهة، و من جهة أخرى بالرجوع الى المقاربة الميدانية، نجد أن أغلب طلبات المقدمة تكون من طرف مراقب الحسابات؛ كون هذا الأخير يساءل في حالة الغضار بالمقاول و بالتالي يخلي مسؤوليته و يبلغ رئيس المحكمة باستمرارية الصعوبات.

2 بعد ذلك يقوم رئيس المحكمة التجارية بإستدعاء رئيس المقاول، قصد التقصي عن وضعية المقاول و الحصول على المعلومات اللازمة لتكوين صورة واضحة عن هاته الأخيرة.

2.1 غير أن المشرع المغربي أهمل تنظيم هاته الالية بشكل محكم، الثغرة الاولى هي عدم تحديد طريقة الإستدعاء؛ لكن هاته المسألة لا تطرح لنا إشكالا أمام وجود النص الغام الذي يمكن بموجبه سد هذه الفجوة.

2.2 النقطة الثانية و هي الاكثر خطورة؛ هي إهماله الجزاء في حالة تخلف الحظور من قبل رئيس المقاول، ماذا سيحدث؛ انقسم في هذا الصدد الباحثين الى اتجاهين:

- عدم حظوره هو قرينة على توقفه عن الدفع

- ليس للأمر أهمية على أساس أن هاته المسطرة هي إختيارية

لكن برجعنا الى العمل القضائي يتضح لنا أنه هو الآخر كان له رأي في هذا المجال، حيث جاء في مقرر قضائي صادر عن المحكمة التجارية بالرباط، أن تخلف رئيس المقاوله عن الحضور هو قرينة عن التوقف عن الدفع ينبغي تدعيمها بقرائن أخرى، الأمر المجسد بخصوص المقاوله التي تخلف رئيسها عن الحضور بحجة أنه غير العموان لكن بالرجوع الى السجل التجاري يتضح أن العنوان لم يتغير، الأمر الذي إعتبرته ذات المحكمة توقف عن الدفع و بالتالي قضت بفتح مسطرة التسوية القضائية في حق المقاوله.

3 غير أنه و في حالة حضوره يتم استفساره عن الوضعية الختلة للمقاوله، ولرئيس المحكمة آلية التقصي أو العلم من اجل القيام بمهمته على اكمل وجه، حيث يحق له الحصول على المعلومات من كل ذي نفع دون تمسكه بمقتضيات تشريعية مخالفة.. السر المهني - .

4 ما يعاب على هاته المرحلة هو أن المشرع المغربي لم يقحم الدائنين فيها، و لا يخفى علينا ما لهم من تأثير على المقاوله التي تعاني صعوبات، و أنه عند اشرافه على الحوار بين الدائنين و المدين لا يستند على أي مخطط مسبق للصعوبات، وهو ما ذهب عكسه المشرغ الفرنسي الذي شجع الدائنين الذين يمنحون أموال جديدة للمقاوله في هاته المرحلة M.nv.

على مستوى التسوية الودية: 550الى 559

1 هو إجراء مخول للرئيس المقاوله وحده اللجوء له دون غيره، حيث يتقدم بطلب لرئيس المحكمة يبين فيه طبيعة الصعوبات، و له اللجوء لهذا الإجراء في الحالة التي يوجه صعوبات قانونية أو اقصادية أو قانونية، أو للمقاوله حاجيات لا يمكن أن تلبىها بتمويلها الداخلي. 550 مدونة التجارة.

1.2 وعكس المشرع الفرنسي الذي فتح هذه الإمكانية أمام المقاوله التي توقفت عن الدفع شرط عدم تجاوزها أحجل 40 يوم.

2 ما يشر إنتباهنا هو أن اتفاق التسوية الودية هو وفق رأي الخاص المتواضع دي طابع هجين، حيث يجمع بين خاسية التعاقدية كونه يشمل المنخرطين فيه فقط، مما يجعل من لم ينخرط فيه بمنأى عنه و له أن يتخذ كل تدبير يراه ملائم و بالتالي قد يشكل خطر على المقاوله،

1.2 نقطة الثانية هو أن المشرع المغربي، لدفع الصفة التعاقدية لم يجعلها ملزم، إلا بعد المصادقة عليه بمقتضى أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية.

3 للإشارة ان طلب التسوية الودية، لا يلزم رئيس المحكمة بل له أن يقبل طلب إجراء التسوية الودية و له أن يرفضه مع التعليل و الأوامر المبنية على طلب و كما سبق و أشرنا إليه، أن العمل القضائي إعتبرها قابلة للطعن في حالة ووجهت بالرفض، - عكس المشرع الفرنسي الذي حول امكانية الطعن في أوامر رئيس المحكمة التجارية داخل أجل 15 يوم -

أو له أن يحيل على التسوية القضائية إن تبين له أن المقابلة مختلفة بشكل لا رجعة فيه

4 ولكن في حالة القبول عين مصالح وخول له مامورية القيام بعملية الصلح

4.1 ما يعاب على التشريع أنه لم يحدد لنا لا من هو المصالح، ولا كيفية القيام بمهمته، و لا أتعابه،

4.2 وبالرجوع الى العمل القضائي و إجراءات التسوية الودية، يمكننا القول أن المصالح يهئ أرضية النقاش

بين المدين و الدائنين، و يتفقون على منح أجل و التخفيض من ديون معينة و غيرها من الإجراءات، غري أن النقطة الإيجابية التي نلاحظها، هي أن المشرع خول للمصالح إمكانية التقدم بطلب لوقف التنفيذ و أي إجراء للقيام بمهمته على أكمل وجه ؛ يقدمه لرئيس المحكمة الذي له السلطة التقديرية في القبول أو رفض الطلب.

4.3 يبقى لي في الأخير الإشارة الى أن المشرع المغربي يلزم رئيس المحكمة أن يصادق على إتفاق

التسوية الودية إن كان هنالك إجماع من قبل الدائنين، و لكن يخول له الإختيار في حالة تم ابرام هذا الإتفاق مع الدائنين الرئيسيين فقط.

5 مهمته تنحصر في 3 أشهر قابلة لتمديد مرة واحدة بطلب من المصالح.

على مستوى المعالجة:

في هذا الصدد ننتقل من مقابلة في وضعية تتطلب أن يتدخل القضاء بدوره الوقائي، الى مقابلة تتطلب تدخل القضاء التجاري لكن بدوره العلاجي لا الوقائي بمقتضى مسطرة التسوية القضائية، حيث نجد أن المشرع المغربي وسع من نطاق التقدم بطلب؛ حيث خول الإمكانية للدائنين، و لرئيس المقابلة، كذلك لنيابة العامة هي الأخرى. داخل أجل 15 يوم من تاريخ توقف عن الدفع، و يمكن للمحكمة هي الأخرى أن تحرك هاته المسطرة تلقائيا .

طبيعة الجهاز المتدخل:

1 بالرجوع الى المقتضيات المنظمة لهاته المسطرة، يتضح لنا جليا أنها تتميز بنوع من الخصوصية مقارنة

بالمسطرة السابقة، كون الجهاز المتدخل هنا، هي المحكمة كهينة و ليس الرئيس فقط، الامر الذي ينبهنا بأن المقابلة هنا تقتضي نوع الدقة و كذلك لصعوبة التعامل مع هاته المسطرة. ليتم البت داخل أجل 15 يوم.

2 حيث يتم استدعاء رئيس المقابلة الى غرفة المشورة قصد استفساره عن وضعية المقابلة، من أجل

تكوين صورة واضحة عن صعوبات التي تواجه المقابلة، و له أن يستعين بكل دي نفع دون التمسك في مواجهته بالسر المهني.. في الأخير يقضي إما بفتح مسطرة التسوية القضائية إن كانت هنالك إمكانية للإصلاح، أو التصفية القضائية إن لم تكن.

أليات التقويم في مسطرة التسوية القضائية:

بعد أن يتم إفتتاح مسطرة بحكم صادر عن نفس المحكمة؛ ومضمونه تحديد فترة الريبة ، و الأجهزة: وهي أليتين تخول للقضاء التجاري من أجل القيام بالمهمة التقويمية المناطة به

على مستوى إعداد الحل

يعتبرالسنديك من أخطر الأجهزة في المساطر الجماعية، له أجل 4 أشهر قابلة لتمديد مرة واحدة غير أن المشرع المغربي لم يحدد أثر عدم إحترام الأجل، و خصص له المشرع 71 مادة ، و هذا راجع للأعمال التي يقوم بها حيث يخول لها مهمة تمثيل مصالح متعارضة؛ من جهة مصلحة الدائنين ومن جهة أخرى مصالح المدين أو المقاوله. كذلك هي مهام تتطلب بطبيعتها تواجد أكثر من جهاز للقيام بها، فهذا الجهاز هو الذي يقوم بتسيير المقاوله كلياً أو جزئياً الى جانب رئيس المقاوله، إضافة الى تلقي التصريحات و العروض

1 بالرجوع الى التشريع الفرنسي نجد أنه تعامل مع هذا الجهاز بجديية أو بالأحرى مع هاته الفترة" فترة استمرارية الإستغلال" أو كما يسميها المشرع الفرنسي "فترة الملاحظة"، حيث إعتد مجموعة من الأجهزة - منتدب قضائي - متصرف قضائي - المفوض المكلف بتنفيذ مخطط الإستمرارية...

1.1 عكس المشرع المغربي الذي إعتد قاضي منتدب الى جانب السنديك، بل أكثر من ذلك خلفيات الأجهزة هي ذي طبيعة قضائية؛ القاضي المنتدب المغربي هو ذي مرجعية قانونية محظية وهو قاضي معين من المعهد العالي للقضاء، عكس القاضي المنتدب الفرنسي الذي يكون ممارس حري في المجال الإقتصادي و هو قاضي منتدب.

1.2 و السنديك هو الآخر يعرف تضخم المهام، فلا يخفى علينا أن أغلب المساطر يتم تعيين السنديك من بين كتابة الضبط ولو أنه يكون خبير بشأن الإقتصادي نظراً لما راكمه من تجارب من خلال ممارسته، غير أن طبيعة المهام صعبة نوعاً ما و سنبز ذلك خلال حديثنا عن إعداد "تقرير الموازنة المالية و الإقتصادية و الإجتماعية" 2 فالسنديك كجهاز قضائي يتدخل بصلاحيات متمثلة في؛ تسيير المقاوله كلياً أو جزئياً 641 م ت م، وله أن يستعين بالخبرة أو الحصول على المعلومات اللازمة للقيام بمهامه، بل أكثر من ذلك و بهدف تقويم المقاوله خول له المشرع صلاحية القيام بكل الإجراءات التحفظية لحماية أموال المقاوله.

و أكثر من ذلك هو الذي يقوم بتشخيص الصعوبات عن طريق إعداد تقرير الموازنة المالية و الإقتصادية و الإجتماعية؛ وعلى ضوء هاته الموازنة يقترح السنديك الحل الكفيل بإنقاذ المقاوله. وعليه في الاخير أن يخبر القاضي المنتدب بكل الأعمال التي قام بها أثناء التسيير.

1 ما نعيه على المشرع المغربي: هو أن تقرير الموازنة المالية و الاقتصادية و الإجتماعية ، يحتاج لجهاز دي دراية متشعبة كفيل بإعدادة، وهو ما ذهب اليه التشريع الفرنسي حيث إعتمد؛ القاضي المنتدب بمساعدة المتصرف القضائي الى جانب خبير اقتصادي لإعدادة.

1.1 فهذا التقرير هو تشخيص للصعوبات التي تواجه المقابلة: وبيّن جميع عناصر الحركة الداخلية للمقابلة، وكذا مستقبل نشاطها.

يتضمن هذا التقرير ثلاث محاور:

- أ - محور مالي؛ يهتم تحليل محاسبي و مالي للمقابلة، عن طريق تحليل الرأسمال و السيولة المالية للمقابلة
- ب - محور إقتصادي؛ جرد المعطيات المتعلقة بالتسوية و المنافسة...
- ت - محور غجتماعي؛ يهتم الوضعية الإجتماعية للمقابلة و كيفية إستخدامها العمال، و قدرتها .

كل هاته الأمور يقوم بها تحت إشراف القاضي المنتدب الذي قد يكون منتسب لهيئة الحكم، أو معين.

على مستوى إختيار الحل:

يتم تقديم الحل المقترح من قبل السنديك للمحكمة التي تتخذ الحل الكفيل بإنقاد المقابلة بعد الإستماع لرئيس المقابلة ، و المحكمة ليست ملزمة بتقرير السنديك أو الحل المقترح من قبل السنديك حيث تم تخويلها سلطة و صلاحية واسعة لإختيار الحل الكفيل بإنقاد المقابلة.

والحل قد يكون استمرارية الإستغلال

الإمكانات الجديدة على المستوى القانوني و الإقتصادي

ورغبة رئيس المقابلة

أو قد يكون التفويت

حيث يتم تقديم العروض لسنديك وتقوم المحمة بإختيار العرض الكفيل بتقويم المقابلة