جامعة القيروان **المعهد العالي للدراسات القانونية و السياسية بالقيروان**

السنة الثانية ماجستير مهني مؤسسة و أعمال

القانون التجاري

"الإجراءات الجماعية"

الأستاذة: هاجر القلال

السنة الجامعية:2022-2021

أهم المراجع:

ـ منصف الكشو، نظام إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية- دراسة نظرية و تطبيقية. مجمع الأطرش للكتاب. الطبعة الثانية. 2019.
-عبد المجيد الفاهم، الكامل في الإجراءات الجماعية. قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية-التصفية-الإفلاس. دار الميزان للنشر. تونس 1999.

- MECHRI Farouk. *Droit des entreprises en difficultés économiques*. Sud éditions. Tunis, 2008.
- LE CORRE Pierre Michel. *La réforme du droit des entreprises en difficulté. Commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009.* Dalloz, 2009.
- ZOUAOUI BRAHMI Najet. *L'intervention judiciaire dans les procédures de redressement des entreprises en difficulté économique.* 1ère édition, JMS, Tunis 2006.
- LIENHARD Alain. *Sauvegarde des entreprises en difficulté. Le nouveau droit des procédures collectives.* Delmas, 1 ère édition. Paris, 2006.

"مقدمة"

1. تقديم عام
2. مميزات قانون الإجراءات الجماعية
3. التطور التاريخي لقانون الإجراءات الجماعية
4. ميدان وأهداف تطبيق قانون الإجراءات الجماعية

I. تقديم عام:

" المؤسسة" هي وحدة اقتصادية تجتمع وتتفاعل فيها موارد مالية، بشرية وتقنية تهدف لإنتاج مواد أو خدمات وهي أداة هامة لتحقيق التنمية الاقتصادية ومصدر للتشغيل والثروات. و باعتبارها كذلك، تلتقي العديد من التشاريع في الإحاطة بها وتأطيرها في مراحل نشأتها، عملها، إدارتها، وحلها. فتشكل المؤسسة بذلك نقطة التقاء للقانون المدني، التجاري، الجبائي، الشغل، وغيرها.

في المقابل، قد يؤثر التعثر الذي يمكن أن يعتري نشاط المؤسسة على وفائها بالتزاماتها تجاه مزورديها، حرفائها، أجرائها، على سوق الطلب و خزينة الدولة كذلك. وهو ما قد يؤدي إلى فقدان حلقة هامة من السلسة الاقتصادية، وما يؤثر كذلك على غيرها من الوحدات الاقتصادية بحكم التفاعل والترابط الحتمي بين جميعها.

من هذا المنطلق، كان من الطبيعي أن تمتد عناية المشرع علاوة على المؤسسات ذات الوضعية الاقتصادية الجيدة الناشطة بصفة طبيعية **" les entreprises in boni"**، إلى غيرها من **"المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية"** والتي تشكل محور **قانون الإجراءات الجماعية** .

ضبط المشرع مجال قانون الإجراءات الجماعية صلب الفصل 413 من المجلة التجارية مثلما وقع تنقيحها بالقانون عدد 36 لسنة 2016 مؤرخ في 29 أفريل 2016 المتعلق بالإجراءات الجماعية. بموجب هذا التنقيح أعيد إدماج قانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية (المنقح في 15 جويلية 1999 بموجب قانون عدد 63 لسنة 1999 ثم بالقانون عدد 79 لسنة 2003 المؤرخ في 29 ديسمبر 2003) صلب المجلة التجارية تحت عنوان " الكتاب الرابع في الإجراءات الجماعية" بعد أن حذف جزء كبير من أحكام هذا الكتاب من المجلة سنة 1995. و لم يطل منذ ذلك الحين أي تنقيح للكتاب الرابع من المجلة التجارية سوى القانون عدد 61 لسنة 2016 المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 المتعلق بقانون الإستثمار الذي تولى بموجبه المشرع إلغاء الفصل 465 من المجلة التجارية ثم القانون عدد 47 المؤرخ في 29 ماي 2019 المتعلق بتحسين مناخ الإستثمار والذي أدخل تعديلا على الفصلين 444 و 456 من الكتاب المتعلق بالإجراءات الجماعية.

وينص الفصل 413 من المجلة التجارية على ما يلي: **"وتعد إجراءات جماعية على معنى هذه المجلة إجراءات إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية والتفليس".** و بالتالي، يجوز التأكيد منذ البدء أن قانون الإجراءات الجماعية لا ينحصر من وجهة نظر المشرع في النظام القانوني لإنقاذ المؤسسات ذات الصعوبات الاقتصادية المفصل بالعنوان الأول من الكتاب الرابع من المجلة التجارية و تحديدا الفصول من 415 إلى 474 من المجلة التجارية، بل يتجاوزه ليشمل كذلك أحكام التفليس الممتدة من الفصل 475 إلى 596 من نفس المجلة، و التي تشكل العنوان الثاني من نفس الكتاب. على أن وضوح مجال قانون الإجراءات الجماعية و تحديد ما يميزه عن قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية صلب الفصل 413 من المجلة التجارية، لا يغني عن أهمية الوقوف على عبارة الإجراءات الجماعية ومدلولها.

II . مميزات قانون الإجراءات الجماعية:

لكل مفردة من عبارة الإجراءات الجماعية مدلول خاص وانعكاسات هامة. حيث تتطلب مفردة "الإجراءات" التوقف عند الطابع الإجرائي لقانون الإجراءات الجماعية، في حين تقتضي مفردة "الجماعية "التعرض لطابعه الجماعي.

أ. الطابع الإجرائي لقانون الإجراءات الجماعية:

إن قانون الإجراءات الجماعية هو قانون إجرائي بالأساس، حيث يتم تفعيله تحت أنظار القاضي دون أن يشكل في الواقع خصومة. وهو ما يضفي عليه طابعا فوريا يتماشى مع متطلبات السرعة

والنجاعة التي تحكم قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، والتي يلعب فيها العامل الزمني دورا هاما. وقد سبق أن عبرت محكمة التعقيب عن ذلك صلب قرار تعقيبي مدني عدد 9454 / 10114 مؤرخ في 8 ماي 2014 (غير منشور) بهذا المعنى: **" إن القاضي عند التعهد بمطالب الإنقاذ لا يفصل في خصومات قضائية ينهيها بحكم لهذا الطرف أو ذاك وإنما يضع حلولا لمشكلات اقتصادية تستمد قيمتها من نجا عتها وقابليتها للتطبيق"**.

ويحافظ قانون الإجراءات الجماعية على طابعه الإجرائي منذ تعهد القاضي بمطلب الإنقاذ وصولا إلى جميع مراحل الإنقاذ من الإشعار للتسوية الرضائية ثم القضائية أو التفليس، على أن مجمل هذه الإجراءات تكتسي طبيعة خاصة وتخرج عن النظم المعتادة في غيرها من القوانين.

يضطلع القاضي في قانون الإجراءات الجماعية بدور إيجابي، وهو لا يمارس وظائفه بحياد سلبي كما تقتضيه القراءة التقليدية للفصل 12 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، بل يسعى لإيجاد الحلول لمشكلات اقتصادية، و هو محمول على بذل الجهد لإخراج المؤسسات من دائرة الصعوبات والحيلولة دون الوصول مرحلة الإفلاس أو التوقف عن الدفع. وتجد هذه القراءة أصولها على سبيل المثال صلب الفصل 433 من المجلة التجارية الذي ينص " **على المحكمة أن تسعى إلى إنقاذ المؤسسة".** وهو ما عبر عنه الأستاذ عبد الله الأحمدي في كتابه " القاضي والإثبات في النزاع المدني" بمقولة أن**: " القاضي باعتباره يفصل في الخصومات ويقطع النزاعات فهو يحقق وظيفة من وظائف الدولة ولذلك لا يمكنه أن يبقى" سلبيا " دون أي مساهمة منه ويتعين جعله صاحب مبادرات في هذا النطاق للكشف عن الحقيقة ومساعدة الأطراف...وهذا من أبرز أسس الدور الإيجابي للقاضي في الإثبات التي تحتم عليه "تحطيم القيود الإجرائية التي كانت تكبله وتحجب الحقيقة فيساهم مساهمة إيجابية في البحث عنها".**

وقد أسند المشرع الإختصاص في مادة الإجراءات الجماعية صلب الفصل 414 من المجلة التجارية للمحكمة الإبتدائية التي بدائرتها المقر الرئيسي للمدين. "تنظر المحكمة الإبتدائية التي بدائرتها المقر الرئيسي للمدين في الإجراءات الجماعية و الدعوى المرتبطة بها, بإستثناء دعاوى التبتيت العقاري و البيع الجبري للأصول التجارية". بيد أن التمعن في قانون الإنقاذ يفرض الملاحظة أن الإختصاص يسند لرئيس المحكمة بصفة فردية في مسائل معينة و يسند للمحكمة بتركيبتها المجلسية في مسائل أخرى.

❖يختص رئيس المحكمة بالنظر في المسائل الآتية:

-تلقي الإشعار و إستدعاء المسير لمطالبته بإتخاذ التدابير المناسبة لإخراج المؤسسة من وضعيتها المتعثرة.

-تلقي مطلب الإنتفاع بالتسوية الرضائية و فتح الإجراءات إن حظي المطلب بالقبول و تعيين المصالح.

-الإذن بتعليق إجراءات التنفيذ متى تبين له وجوب ذلك.

-المصادقة على الإتفاق بين المدين و دائنيه.

ثم في إطار التسوية القضائية:

-تلقي مطلب التسوية الرضائية و النظر فيه و فتح الإجراءات إن تم قبول و إفتتاح فترة المراقبة المطلب و تعيين المتصرف القضائي و القاضي المراقب.

- الإذن بتعليق إجراءات التنفيذ أثناء فترة المراقبة متى كان ذلك ضروريا لإنقاذ المؤسسة.

أما في مرحلة التفليس فيكون للمحكمة بتركيبتها المجلسية الدور الأهم.

❖و تختص المحكمة بتركيبتها المجلسية بالنظر في دعاوي فسخ الإتفاق الحاصل بين المدين و دائنيه كما تلتئم للمصادقة على برنامج الإنقاذ و لإصدار حكم ختم التسوية أيضا. و هي مختصة بالنظر في حكم التفليس و حكم ختم الفلسة و حكم سحب الفلسة.

❖تختص المحكمة الإبتدائية عدا ذلك بالنظر في الدعاوى ذات الصلة بالإجراءات الجماعية من ذلك الدعاوى المتعلقة بإبطال الأعمال التي يبرمها المدين أثناء فترة الريبة.

⇦عدا ذلك, تخرج " الإجراءات الجماعية " عن المعتاد في قانون الإجراءات المدنية والتجارية من حيث تعليق تسوية الديون و من حيث تغيير ترتيبها المادي والزمني. فتسند الأفضلية في الاستخلاص للديون اللاحقة للتسوية دون الديون السابقة بحكم مساهمة الصنف الأول من الديون في الحفاظ على استمرارية نشاط المؤسسة.

قد يؤدي قانون الإجراءات الجماعية كذلك للمساس ببعض المبادئ العامة للقانون المدني ومنها مبدأ القوة الملزمة للعقود، حيث يبيح الفصل 453 من المجلة التجارية إنهاء بعض عقود الشغل أو الطرح في الأجور والامتيازات إذا اقتضى برنامج إنقاذ المؤسسة ذلك. وينص هذا الفصل في فقرته قبل الأخيرة على ما يلي **" ويعتبر إنهاء عقد الشغل المصادق عليه ضمن برنامج الإنقاذ واقعا لأسباب اقتصادية وفنية بقطع النظر عن كل نص قانوني مخالف..."**. كما يؤدي قانون الإجراءات الجماعية كذلك إلى إضعاف إرادة المسير وإبعاده عن إدارة وتسيير المؤسسة، كأن تقرر المحكمة تحديد تصرفات المسير أو إبعاده عن التسيير خلال فترة المراقبة. و تجد هذه الفكرة أساسها صلب الفصل 443 من المجلة التجارية

في فقرته الأولى: **"يتولى المتصرف القضائي مراقبة أعمال التصرف أو في البعض منها حسب ما يحدده رئيس المحكمة الذي يمكنه بصفة إستثنائية و بموجب قرار معلل تكليفه بإدارة المؤسسة كليا أو جزئيا بمساعدة المدين أو دونها..."** ، وهو ما أيدته المحاكم في عديد القرارات من بينها الحكم عدد 483 في التسوية القضائية الصادر في 17 جوان 2009 عن محكمة ابتدائية تونس: **" وحيث أن المؤسسة في الوضعية الراهنة قد أضحت تشكو من صعوبات هيكلية تقتضي حتما القيام بإصلاحات جوهرية وضخ تمويلات هامة للنهوض بها واستعادة نشاطها... وحيث يتجه التحجير على مسير الشركة التفويت في مكاسبها أو إثقالها بأي ضمانات كانت شخصية أو عينية إلى حين تنفيذ حكم لإحالة".**

ب. الطابع الجماعي لقانون الإجراءات الجماعية

تفضي الإجراءات الجماعية وجوبا إلى توحيد مجموعة الدائنين" **la masse des créanciers"** صلب إجراء جماعي موحد يقطع مع الطابع الفردي للتتبعات في الإجراءات المدنية ومع ترتيب الدائنين في استخلاص دينهم على قدر سعيهم" **Le paiement est le prix de la course"** . مقابل ذلك، تنصهر ضمن مجموعة الدائنين جميع الاختلافات المتعلقة بالترتيب الزمني لديونهم أو لترتيبها القيمي، فيتساوى جميعهم في عدم إتمام أي عمل من أعمال التتبع والتنفيذ مهما كانت درجة امتياز دينه. ولا يسترجع كل واحد مكانته من الأفضلية أو الامتياز إلا عند توزيع المتحصل من برنامج عملية إنقاذ المؤسسة إن تم التوصل لذلك.

ويظهر الطابع الجماعي لقانون الإجراءات الجماعية علاوة على تجمع الدائنين صلب مجموعة موحدة للقيام بما أمكن لهم من عمليات التتبع والتنفيذ، في الرؤية الجماعية لمشروع إنقاذ المؤسسة. حيث يتجلى هذا المشروع كمجهود جماعي تتداخل فيه جميع الأطراف بدءا بالدائنين الذين يخرجون عن طابعهم التقليدي كمطالبين بالاستخلاص، ليسندهم المشرع صلب قانون الإجراءات الجماعية دورا فعالا ساعيا إلى تشريكهم قبل غيرهم في محاولة إنقاذ المؤسسة، معطيا الأولوية بذلك عند الاستخلاص للديون اللاحقة للتسوية.

ويهدف هذا التوجه التشريعي إلى تفعيل الإنقاذ والحث على أن يكون مركزا بالأساس على التوافق ودعوة الدائنين لمساعدة مدينهم لإنقاذه بدل تفليسه. وقد عبرت عن ذلك محكمة ابتدائية تونس صلب حكم ابتدائي مدني (صادر عن المحكمة الابتدائية) تحت عدد 102 مؤرخ في 11 جويلية 2001 بمقولة أن **" المراد من وراء تشريك الدائنين في نتائج الصعوبات الاقتصادية التي تتعرض لها المؤسسة هو إقامة علاقة جديدة بينهما " وهذه العلاقة قوامها البناء لا الهدم".**

ولا ينحصر الطابع الجماعي في قانون الإجراءات الجماعية في تشريك الدائنين في محاولة إنقاذ المؤسسات، بل تتعدد الأطراف الفاعلة تحت رقابة القاضي الذي له أن يأذن بإجراء الاختبارات والمعاينات لإستقصاء الصعوبات والوقوف على الوضعية المادية الحقيقية للمؤسسة. كما يتولى هذه المهمة بمساعدة من المتصرف القضائي والقاضي المراقب وغيرهما من الخبراء الذين يرى ضرورة في اللجوء إليهم. وهو ما أكدته محكمة التعقيب في عديد القرارات من ذلك قرار تعقيبي مدني عدد 72500 مؤرخ في 14 جويلية 1999 وقرار تعقيبي مدني عدد 81471 مؤرخ في 7 ماي 2013 اعتبرت فيه أن "برنامج إنقاذ المؤسسة ليس شأن المدين لوحده ولا المتصرف القضائي وإنما هو عمل جماعي تتحد فيه مجهودات كل المتداخلين في إنقاذ المؤسسة بداية من المدين، إلى جانب الدائنين الذين يساهمون في الإنقاذ سواء بالتخفيض من ديونهم أو التوسع في جدولتها وتحويل ديونهم في رأس مال المؤسسة طالبة الإنقاذ".

III. التطور التاريخي لقانون الإجراءات الجماعية:

بتاريخ إصدار المجلة التجارية سنة 1959 انحصر اهتمام المشرع التونسي بالمؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية في إجرائيين أساسين وهما الصلح الاحتياطي والتفليس.

أما التفليس فهو المبدأ الأساسي، و ينبع من توجه عقابي بالأساس تجاه تاجر متوقف عن الدفع، وتغيب عنه أي صبغة وقائية أو إستباقية للصعوبات اقتصادية. في حين يبرز الصلح الاحتياطي رغم أهميته كإجراء استثنائي وقع تهميشه و إفقاده كل نجاعة محتملة بما أن وظيفته الأساسية قد تمثلت في استخلاص الديون على حساب محاولة إنقاذ المؤسسة ولا يمكن أن ينتفع به المدين إلا بإستيفائه شروط مجحفة منصوص عليها بالفصل 414 من المجلة التجارية الملغى حاليا.

ثم، وتبعا لانخراط البلاد التونسية في المنظمة العالمية للتجارة بمقتضى القانون عدد 95 المؤرخ في 23 جانفي1995 المتعلق بالمصادقة على إتفاقيات ال URUGUAY ROUNDومصادقتها على إتفاق الشراكة مع الإتحاد الأوروبي بات من الضروري السعي إلى مساندة المؤسسات الاقتصادية لمجابهة تحديات المنافسة، وفتح الحدود للتبادل التجاري الحر، والتفكير في تكييف منظومة القوانين في تونس مع غيرها من القوانين الأجنبية عبر المصادقة على جملة من القوانين المهمة من بينها قانون عدد 34-95 مؤرخ في 17 أفريل 1995 متعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، وقانون عدد 35 مؤرخ في نفس اليوم ألغى بمقتضاه المشرع التونسي الفصول من 413 إلى 445 من المجلة التجارية المتعلق بمحتواها الصلح الاحتياطي. كما ألغي الفصل 545 من م التجارية الذي كان ينص على ان كل تاجر يتوقف عن الدفع يصرح بتفليسه.

وقد أدخل على قانون 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية فيما بعد 3 تنقيحات مهمة. أولها التنقيح بمقتضى القانون عدد 63 مؤرخ في 15 جويلية 1999، ثم التنقيح بمقتضى القانون عدد 79 لسنة 2003 المؤرخ في 29 ديسمبر 2003، ثم التنقيح بمقتضى القانون عدد 36 لسنة 2016 المتعلق بالإجراءات الجماعية والذي بموجبه أعيد إلى المجلة التجارية كتابها الرابع وتحديدا فصولها 413 إلى 596 من المجلة التجارية. و ينص الفصل 413 في هذا الإطار، و هو أول فصل من الكتاب الرابع: " في الإجراءات الجماعية" **" تعد إجراءات جماعية على معنى هذه المجلة إجراءات إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية و التفليس"**.

VI. ميدان تطبيق وأهداف قانون الإجراءات الجماعية :

أ – ميدان القانون:

لم يفتأ ميدان انطباق قانون الإجراءات الجماعية يتغير منذ نشأته سنة 1995 نظرا للتنقيحات التي طرأت عليه، لتشمل طبقا للفصل 416 من المجلة التجارية : **"كل شخص معنوي و كذلك كل شخص طبيعي خاضع للضريبة حسب النظام الحقيقي يتعاطى نشاطا تجاريا على معنى الفصل 2 من هذه المجلة أو حرافيا و على الشركات التجارية حسب الشكل التي تتعاطى نشاطا فلاحيا أو نشاطا في ميدان الصيد البحري"** . و تستثنى من أحكام هذا القانون المنشات و المؤسسات العمومية على معنى القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في غرة فيفري 1989 المتعلق بالمساهمات و المؤسسات و المنشات العمومية

و يمكن تفصيل التطور الذي طال ميدان انطباق قانون الإجراءات الجماعية على النحو الآتي: قبل تنقيح 1999 و بعده، ثم بمقتضى تنقيح2003 ثم صيغة الفصل 416 الحالية .

- **بمقتضى قانون عدد 34 مؤرخ في 17 أفريل 1995:**

بمقتضى قانون 17 أفريل 1995، كانت إمكانية الانتفاع بأحكام قانون الإنقاذ تنحصر في الأشخاص الطبيعيين والذوات المعنوية الذين يتعاطون نشاطا تجاريا صناعيا أو حرفيا مهما كان نظامها الضريبي (تقديري أو حقيقي) ، و دون الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يمارسون نشاطا فلاحيا و هو ما نص عليه الفصل 3 من قانون عدد 34 لسنة 1995.

- **بعد التنقيح بقانون عدد63 بتاريخ 15 جويلية 1999 :**

أصبح بمقتضى هذا التنقيح الانتفاع بقانون الإنقاذ يمتد إلى الشركات التجارية التي تتعاطى نشاطا فلاحيا أو نشاطا في ميدان الصيد البحري والمنضوية فقط صلب النظام الجبائي الحقيقي. و بالتالي، بموجب هذا التنقيح، جعل المشرع التونسي نظام الإنقاذ لا ينطبق على الفلاح بالمعنى التقليدي ولا على النشاط الفلاحي الذي يمارس في إطار الشركات التجارية حسب الموضوع المنصوص عليها صلب الفصل 7 من الشركات التجارية.

- **بتنقيح القانون عدد 79 بتاريخ 29 ديسمبر 2003:**

بمقتضى هذا التنقيح، أضاف المشرع معايير جديدة للانتفاع بأحكام قانون الإنقاذ ومعايير أخرى لإقصاء غيرها من المؤسسات. فأصبحت تنتفع بهذا النظام، المؤسسات المنضوية صلب النظام الجبائي الحقيقي التي تتعاطى نشاطا تجاريا صناعيا أو حرفيا والشركات التجارية المتعاطية نشاطا فلاحيا أو نشاطا في ميدان الصيد البحري، على أن تثبت بالإضافة لذلك أنها خسرت كل أموالها أو تجاوزت خسائرها ثلاثة أرباع أموالها الذاتية على امتداد ثلاثة سنوات متتالية، وإذا تبين للقاضي توفر فرص جدية لإنقاذها.

بالإضافة لهذه المعايير المتعلقة بطبيعة الصعوبات ومدى إمكانية تجاوزها حسب تقدير القاضي، أقصى المشرع التونسي من إمكانية الانتفاع بأحكام الإنقاذ المؤسسات التي تماطل في دفع ديونها مع قدرتها على ذلك والمؤسسات المتوقفة نهائيا عن النشاط منذ مدة لا تقل عن عام كامل.

- **ميدان انطباق قانون الإجراءات الجماعية حسب الفصل 416 من المجلة التجارية:**

عاد المشرع بمقتضى تنقيح 29 أفريل 2016 إلى الصيغة المعتمدة قبل 2003، وهي صيغة الفصل 3 بعد تنقيحه سنة 1999. فتخلى عن المعايير المتعلقة بمقدار الخسائر وعن إقصاء المؤسسات المماطلة أو المتوقفة عن الدفع ليشمل الإنقاذ :

- المؤسسات الخاضعة للنظام الحقيقي المتعاطية نشاطا تجاريا حرفيا' صناعيا أو الشركات التجارية حسب الشكل التي تتعاطى نشاط فلاحيا أو نشاطا في ميدان الصيد البحري. وليستثنى المؤسسات والمنشآت العمومية على معنى قانون عدد 5 لسنة 1989 المؤرخ في غرة فيفري 1989 المتعلق بالمساهمات والمؤسسة والمنشآت العمومية مثلما وقع تنقيحه بالقانون عدد 94- 102 بتاريخ 1 أوت 1994 وقانون عدد 29- 74 بتاريخ 29 مارس 2001 .

إن المتمعن في أحكام الفصل 416 من المجلة التجارية يلاحظ إقصاء المهن الحرة من ميدان تطبيق قانون الإنقاذ. فلا يشمل قانون الإنقاذ الأطباء، الخبراء و المحامين لانتفاء الصبغة التجارية الصرفة لنشاطهم، خلافا لما ذهب إليه المشرع الفرنسي الذي جعل أحكام الإنقاذ تنسحب على الأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون نشاط مهنيا مستقلا وذلك بمقتضى قانون عدد 845 المؤرخ في 26 جويلية 2005. ويتم تفعيل إجراءات قانون الإنقاذ في هاته الحالة مع مراعاة واجب حفظ السر المهني ومراعاة القواعد المنظمة للمهنة.

في المقابل، يعتبر تمكين الحرفي من الانتفاع بأحكام قانون الإجراءات الجماعية على غرار التاجر والصناعي توجها متماشيا مع أحكام القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 جانفي 1977 المتعلق بتنظيم كراء العقارات أو المحلات المعدة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف و الذي يماهي ظاهريا على الأقل بين التاجر والحرفي، و مع التوجه الفقه قضائي الحديث والذي يقر بوجوب تمكين الحرفي من الحق في تجديد الكراء ومثال ذلك القرارات عدد 51633 مؤرخ في 22 نوفمبر 2011 وقرار عدد 21047 مؤرخ في 17 جانفي 2012 وقرار عدد 64230 مؤرخ في 6 نوفمبر 2012.

وقد تجاوز القانون المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية المؤرخ في 17 أفريل 1995 هذا الجدل، حيث ورد في مداولات مجلس النواب بتاريخ 11 أفريل 1995 أن نظام الأكرية التجارية المضمن بقانون 27 ماي 1977 ينطبق على كراء المحلات التجارية والحرفية على حد السواء وهو ما جعل المشرع يمكن الحرفي رغم خصوصيات نشاطه من الإنتفاع بأحكام قانون الإجراءات الجماعية مثله مثل التاجر والصناعي والشركات التجارية حسب الشكل التي تمارس نشاطا فلاحيا أو نشاطا في ميدان الصيد البحري، طالما كانت منضوية صلب النظام الحقيقي.

على أن المشرع التونسي لم يتوقف عند ضبط الأشخاص المشمولين بمجال قانون الإنقاذ في الفصل 416 ، بل نص كذلك صلب الفصل 475 من المجلة التجارية على ما يلي:**" تقضي المحكمة بتفليس التاجر أو الأشخاص المنصوص عليهم بأحكام الفصل 416 من هذه المجلة إذا إتضح أنهم في حالة ميؤوس منها."** و عليه، فإن قائمة الأشخاص المعينة بالفصل 416 من المجلة ليست مشمولة بأحكام الإنقاذ فحسب بل بأحكام التفليس كذلك. أي ان الفصل 416 المذكور يضبط في النهاية مجال انطباق قانون الإجراءات الجماعية برمته.

2 – أهداف القانون:

و إن لم يحدد المشرع أهداف قانون الإجراءات الجماعية برمته، فقد ضبط صراحة أهداف قانون الإنقاذ صلب الفصل 415 فقرة أولى من المجلة التجارية: **" يهدف نظام الإنقاذ إلى مساعدة المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية على مواصلة نشاطها والمحافظة على مواطن الشغل فيها والوفاء بديونها ".**

صمد هذا الفصل المحدد لأهداف قانون الإنقاذ أمام التنقيحات المتتالية التي طالته. فلم يزل نظام الإنقاذ يهدف منذ سنة 1995 إلى مساعدة المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية على مواصلة نشاطها والمحافظة على مواطن الشغل فيها والوفاء بديونها. وهي الأهداف نفسها التي أقرها المشرع الفرنسي صلب قانون عدد 845- 2005 المؤرخ في 26 جويلية 2005 الذي غير منظومة الإجراءات الجماعية، فأرسى قواعد جديدة في الإنقاذ مركزا فيها على التحاور بين المدين والدائن، و مثلما وقع إعادة بلورته بتاريخ 18 ديسمبر 2008 وإتمام ذلك بأمر مؤرخ في 23 فيفري 2009.

تندرج أهداف قانون الإنقاذ في إطار توجه حمائي تم الإشارة إليه صلب مداولات مجلس النواب بتاريخ 11 أفريل 1995 كما يلي: **" أصبحت الدولة مطالبة بحماية المؤسسة المدعوة لمواجهة المنافسة داخليا أو خارجيا حتى تؤدي دورها على أحسن وجه".** وتبرز هذه النزعة الحمائية للمؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية وعي المشرع بتداعيات انهيار بعض المؤسسات الاقتصادية وتأثير ذلك على تماسك وتوازن النسيج الاقتصادي والاجتماعي، فوضع الأطر القانونية الملائمة للحيلولة دون بلوغها مرحلة الإفلاس، وهو ما أكدت عليه محكمة التعقيب في جملة من القرارات من بينها القرار عدد 13811 المؤرخ في 3 سبتمبر 2003 بمقولة: **" المقصود من أحكام التسوية القضائية حسبما جاء بها القانون عدد 34 المؤرخ في 27 أفريل 1995 المنقح بموجب القانون عدد 63 لسنة 1999 والقانون عدد 79 هو إنقاذ المؤسسة التي تمر بصعوبات اقتصادية ومساعدتها لمجابهة ديونها والاستمرار في نشاطها وذلك حفاظ على الكيان الاقتصادي والاجتماعي للبلاد..."**

كما إعتبرت محكمة التعقيب في قرار آخر مؤرخ في 7 ماي 2013 أن أحكام الإنقاذ ترمي إلى **"استمرارية المؤسسة والمحافظة على الحركية الاقتصادية والاستقرار الاجتماعي من خلال المحافظة على مواطن الشغل مدعوة لإعتباره من النظام العام الاقتصادي".**

وقد إعتبر جانب كبير من الفقه أن أهداف الإنقاذ المضمنة صلب الفصل 416 من المجلة التجارية تخضع لترتيب تفاضلي واضح (قرار تعقيبي مدني عدد 13811 مؤرخ في 3 سبتمبر 2003 نشرية محكمة التعقيب القسم المدني 2007 الصفحة 128 أو كذلك القرار تعقيبي مدني عدد 24422 مؤرخ في 27 أفريل 2012 ,قرار تعقيبي مدني عدد 81471 مؤرخ في 7 ماي 2013)و هو ما يظهر لا فقط صلب الفصل 416 المذكور بل في جل فصول الكتاب الرابع من المجلة التجارية وجميع مراحل الإنقاذ، من ذلك

أن المشرع خول صلب الفصل 453 من المجلة التجارية للمتصرف القضائي حرصا على "ضمان مواصلة النشاط " أن يعرض تسريح بعض العملة والتنقيص في مواطن الشغل.

كما يمكن المشرع كل طرف يحافظ على نشاط المؤسسة بوصفها من أولى الأولويات ويساهم في الترفيع في رأس مالها أو قبولها بموجب الإحالة من امتيازات جبائية هامة، سواء على معنى أحكام الفصلين 46 و48 من القانون عدد 69 لسنة 2007 المؤرخ في 27 ديسمبر 2007 المتعلق بالحفز على المبادرة التجارية، أو من خلال الفصلين 12 و13 من قانون المالية لسنة 2007 حول التخفيض الجبائي عند قبول مؤسسة بموجب الإحالة لفائدة المحال له ولفائدة المحيل أيضا بعدم مطالبة بالقيمة الزائدة على أساس حماية النشاط الاقتصادي وتوفير مواطن الشغل.

أما إذا بلغت المؤسسة طور التفليس، و لم تفلح جميع المحاولات لإنقاذها، يصبح من أوكد غايات قانون الإجراءات الجماعية، سعيا لحماية مصالح "مجموعة الدائنين" الذين تعطلت قي شأنهم لفترة هامة الإجراءات الفردية في استخلاص ديونهم، تنظيم إجراءات إدارة أموالها و تصفيتها و توزيعها. في هذا الإطار بالتحديد تندرج أحكام العنوان الثاني من الكتاب الرابع من المجلة التجارية و المتعلق بالتفليس.

و عليه، تتطلب دراسة قانون الإجراءات الجماعية إستنادا للفصل 413 من المجلة التجارية التوقف عند النظام القانوني لإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية (جزء أول) في مرحلة أولى، ثم التفليس في مرحلة ثانية (جزء ثان).

الجزء الأول: النظام القانوني لإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية:

خصص المشرع العنوان الأول من الكتاب الرابع من المجلة التجارية لنظام إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية. و قد نص أول فصل من هذا العنوان و هو الفصل 415 من المجلة التجارية في فقرته الثانية **:" و يتضمن نظام الإنقاذ الإشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية و التسوية الرضائية و التسوية القضائية"**. و يمكن تقسيم هذه الأجزاء الثلاثة لنظام الإنقاذ تقسيما ثنائيا يأخذ بعين الاعتبار العامل الزمني في التدخل لإنقاذ المؤسسة، و يتم التركيز فيه في طور أول على "التعامل الوقائي مع الصعوبات الاقتصادية" (مبحث أول)، ثم في طور ثان على "التعامل العلاجي مع الصعوبات الاقتصادية" (مبحث ثاني).

المبحث الأول: التعامل الوقائي مع الصعوبات الاقتصادية:

تندرج ضمن هذا الطور جميع الجهود والمحاولات الهادفة لاتخاذ التدابير التي من شأنها الحيلولة دون تدهور الوضعية الاقتصادية للمؤسسة وتفاقم صعوباتها المالية. و في هذا الإطار، أولى المشرع أهمية خاصة للوقاية بوصفها "مجموع التدابير التي تتخذ تحسبا لوقوع أمر سلبي" . و يشدد الفقه على أهمية المعطى الزمني في الحيلولة دون استفحال الصعوبات الاقتصادية بمقولة أن " الوقاية تكتسي أهمية كبرى لأنها تنطبق على مؤسسات غير مفلسة و التي طالما كانت قابلة للحياة، لا يزال لديها بعد قوى حية كفاية لتمكنها من الإنقاذ".

« La prévention revêt une importance capitale car elle s'applique à des entreprises qui ne sont pas ruinées et qui dans la mesure où elles sont viables, ont encore suffisamment de forces vives pour permettre un redressement ». Alain LIENHARD ; Le nouveau droit des procédures collectives ; Sauvegarde des entreprises en difficulté ; 1ère édition, Delmas, p 34.

و قد نص المشرع على إمكانية التوقي من الصعوبات الإقتصادية صلب نظام "الإشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية" ، و هو ما سنتعرض له في (فرع أول). كما نص عليه في حال لم يفض نظام الإشعار لحماية المؤسسة من تدهور وضعيتها الإقتصادية صلب مرحلة "التسوية الرضائية"، و هو ما ستتم دراسته في (فرع ثان).

الفرع الأول: نظام الإشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية

نظم المشرع الإشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية صلب الباب الثاني من العنوان الأول من الكتاب الرابع من المجلة التجارية. و يعرف الإشعار عموما بكونه الإخبار أو الإعلام. أما صلب قانون الإنقاذ فيعرف بكونه إعلاما من الباعث للمتلقي بوجود بوادر صعوبات إقتصادية على معنى قانون الإنقاذ صلب المؤسسة. و قد خصص له المشرع الأربع فصول الآتية: الفصل 418، 419، 420، 421 من المجلة التجارية. و ينص الفصل 419 من المجلة التجارية في فقرته الأخيرة: **" و تضبط معايير الإشعار و إجراءاته بمقتضى أمر حكومي".** تطبيقا لهذا الفصل، سن المشرع **الأمر الحكومي عدد 463 المؤرخ في 31 ماي 2018 المتعلق بضبط معايير الإشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية و إجراءاته** و ذلك لإضفاء مزيد من الدقة في تحديد المقصود من "بوادر الصعوبات" التي تبرر الإشعار. و هو ما سنتعرض له في فقرة أولى، قبل التوقف عند مصادر الإشعار(فقرة ثانية)، ثم وجهة الإشعار(فقرة ثالثة).

الفقرة الأولى: مدلول "بوادر الصعوبات الإقتصادية" (معايير الإشعار العامة)

إن الصعوبات الاقتصادية التي تشكل محور قانون الإجراءات الجماعية تتمثل في كل ما يعترض المؤسسة من تعطيلات تؤثر بصفة واضحة على مواصلة نشاطها و تسبب لها حالة من التعثر تحول دون استمراريتها ووفائها بالتزاماتها. على ان هذه الصعوبات لا تتساوى في درجة خطورتها. فيمكن أن تتمثل في مجرد بوادر للصعوبات تستدعي الإشعار، وقد تتمثل في صعوبات ظرفية عابرة يمكن التعامل معها صلب التسوية الرضائية، وقد تكون في شكل صعوبات دائمة تتمثل في التوقف في الدفع.

إن اهمية ضبط المقصود من "بوادر الصعوبات" لا تنحصر فقط في إمكانية التعامل المبكر مع هذه المؤشرات، بل هي ضرورية ايضا لضبط حدود مسؤولية الأطراف المحمول عليها الإشعار و المؤاخذة الجزائية التي قد يكونون محلها حال الإخلال بهذا الواجب.

قبل سن المشرع التونسي للأمر الحكومي عدد 463، إقتصرت إشارة المشرع التونسي لمدلول بوادر الصعوبات الاقتصادية على الفصل 418 من المجلة التجارية فقرة ثانية: **" وتبادر اللجنة وجوبا بإشعار رئيس المحكمة بكل مؤسسة بلغت خسارتها 3/1 ثلث رأس مال وكذلك في صورة وجود وضعيات أو أعمال تهدد استمرار نشاطها بناء على قرار معلل".**

ويظهر من خلال هذا الفصل أن المشرع التونسي قد اعتمد على معيارين أساسين للتدليل على وجود بوادر صعوبات اقتصادية، وهي أولا: المعيار المالي الذي يتمثل في خسارة جزء من رأس المال، و ثانيا: المعيار الاقتصادي المتمثل في الوضعيات و الأعمال التي تهدد نشاط استمرار المؤسسة. وقد تمت إضافة المعيار الثاني المتعلق بوجود أعمال أو وضعيات تهدد نشاط المؤسسة بمقتضى تنقيح 29 ديسمبر 2003 للفصل 4 قديم.

و بالرجوع للأمر الحكومي المؤرخ في 31 ماي 2018، توسع المشرع في تفصيل معايير الإشعار المالية و الإقتصادية المشار إليها سلفا صلب الفقرة الثانية من الفصل 418 المذكور سابقا. و قد خصص لها القسم الأول من الباب الأول من الأمر تحت عنوان:" معايير الإشعار العامة ".

ضبط المشرع صلب الفصل الرابع من أمر 2018 معايير الإشعار المالية، وتتمثل حسب هذا الفصل في "كل المعايير التي لها علاقة بالتوازنات المالية للمؤسسة"، و التي تشمل على وجه الخصوص:خسارة ثلث رأس المال على معنى الفصل 418 من المجلة التجارية، التراجع المستمر

في القدرة على التمويل الذاتي و على مستوى نتيجة الاستغلال، التراجع في رقم معاملات المؤسسة الذي يهدد استمرار نشاطها، تأخير متكرر في دفع الأجور و المساهمات في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي و تسديد الديون بما في ذلك الديون الجبائية و البنكية و ديون الحرفاء مع وجود صعوبات في التنفيذ و عدم توازن الهيكلة المالية للمؤسسة و ذلك بعدم كفاية الأموال الذاتية والخصوم غير الجارية لتغطية الأصول غير الجارية.

أما المعايير الاقتصادية أو تلك المرتبطة بنشاط المؤسسة فهي وفق الفصل الخامس من أمر2018 الأحداث التي تطرأ على ذلك النشاط و التي لها علاقة بالمحيط الاقتصادي الذي تنشط به المؤسسة و تشمل خصوصا : إستقالة إطارات و عمال لهم كفاءة عالية و لم يتم تعويضهم، خسارة صفقات أو حرفاء أو مزودين لهم تأثير جوهري على نشاط المؤسسة، عدم تجديد الرخص الإدارية الضرورية لممارسة النشاط، فسخ أو عدم تجديد أحد العقود الجوهرية المرتبطة بنشاط المؤسسة بشكل يهدد تواصل ذلك النشاط، توتر المناخ الاجتماعي أو إضرابات متواصلة، تأثير سلبي لتغيير الإطار القانوني المنظم لنشاط المؤسسة، عدم القدرة على مواكبة تقدم تكنولوجي يستوجب القيام باستثمارات مكلفة و تأهيل نشاط المؤسسة، انقطاع التزود، تسجيل صعوبات لدى المزودين و الحرفاء.

يتعين عند التمعن في الفصلين الرابع و الخامس من أمر 2018 إبداء الملاحظات الآتية:

* علاوة على غياب تعريف موحد لبوادر الصعوبات الإقتصادية، يبدو أن المشرع التونسي قد تبنى مفهوما موسعا لبوادر الصعوبات. يتجلى ذلك من خلال مفردة "خصوصا" الواردة صلب الفصل الرابع و الخامس على حد السواء والتي تفترض أن جملة المعايير واردة على سبيل الذكر لا على سبيل الحصر.

* أدرج المشرع بمقتضى هذا الأمر"الصعوبات الاجتماعية" صلب بوادر الصعوبات الاقتصادية، حيث يوجب تواتر الإضرابات و توتر المناخ الاجتماعي بالمؤسسة المبادرة بالإشعار بالصعوبات الاقتصادية حسب الفصل الخامس من أمر2018, وهو ما يعتبر إضافة هامة صلب قانون الإنقاذ.

* لم يدرج المشرع التونسي الصعوبات القانونية صلب المعايير العامة للإشعار، و ذلك على خلاف المشرع الفرنسي الذي يعتبر الصعوبات القانونية صلب الفصل 611-3 من بين الحالات التي تبرر فتح إجراءات التسوية في حق المؤسسة. وقد استقر العمل الفقه قضائي على عدم اعتبار الخلاف بين الشركاء مؤشر من بوادر الصعوبات الاقتصادية من ذلك حكم عدد 189 بتاريخ 2 ماي 2007 صادر

عن المحكمة الابتدائية بصفاقس الذي قضي فيه برفض طلب فتح التسوية لانعدام شروط الصعوبات ولئن تعددت الخلافات بين الشركاء معتبرة أن قيام أحدهم بالمطالبة قضائيا لا يعد من الصعوبات المندرجة في قانون الإنقاذ. في المقابل، يحق التساؤل عن إمكانية إدراج "الصعوبات القانونية" في إطار معيار "التأثير السلبي لتغيير الإطار القانوني المنظم لنشاط المؤسسة" المنصوص عليه صلب الفصل الخامس من أمر 2018. فهل يمكن اعتبار الخلاف بين الشركاء على إثر تغيير الإطار القانوني لنشاط الشركة من قبيل بوادر الصعوبات الاقتصادية المبررة للإشعار؟

* حدد المشرع صلب الفصل الثالث من الأمر الحكومي الأطراف المحمول عليها واجب الإشعار كلما لاحظت أحد أو كل المعايير العامة المنصوص عليها بالفصلين الرابع و الخامس من الأمر و هي الأطراف المنصوص عليها بالفصل 419 من المجلة التجارية المتمثلة في المسير، الشريك، الهياكل الخارجية عن المؤسسة: تفقدية الشغل، الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي، مصالح المحاسبة العمومية و الإستخلاص، مصالح الجباية، البنوك و المؤسسات المالية.

* رغم أهمية ضبط معايير بوادر الصعوبات الإقتصادية صلب أمر 2018 ، إلا أن هذه البوادر تقترب في مفهومها من الصعوبات الحقيقية و يصعب تمييزها عنها. فقد يتعذر مثلا اعتبار خسارة ثلث رأس المال على معنى الفصل 418 من المجلة التجارية و التراجع المستمر في القدرة على التمويل الذاتي و على مستوى نتيجة الاستغلال أو التأخير المتكرر في دفع الأجور و المساهمات في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي و تسديد من قبيل بوادر الصعوبات. إن إعتبار هذه المؤشرات الجدية مجرد صعوبات يؤدي حتما لإشعار متأخر زمنيا فاقد لأهميته و محتواه و طابعه الوقائي الإستباقي. و هو ما يؤدي في التطبيق القضائي للحكم بفتح التسوية القضائية مباشرة بمناسبة تعهد المحكمة بملف إشعار حين تتفطن المحكمة أن المؤسسة تجاوزت بكثير مرحلة بوادر الصعوبات و أنها تشكو توقفا عن الدفع. و هو ما ذهبت إليه محكمة إبتدائية تونس في القرار عدد 152 بتاريخ 9 ديسمبر 2005 تمثلت وقائعه في أن مراقب الحسابات تولى بمقتضى واجب الإشعار المحمول عليه رفع تقرير إلى لجنة المؤسسات الاقتصادية بخصوص تردي الوضع المالي و الإقتصادي للمؤسسة . و تبين لهته الأخيرة أن ديون الشركة قد تراكمت و أنه لا وجود لإمكانية للإنقاذ بمواصلة النشاط. و عليه سجل رئيس المحكمة أن لا وجه للإنقاذ لانعدام التدابير.

الفقرة الثانية: مصادر الإشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية:

تتعدد صلب قانون الإجراءات الجماعية المصادر والأطراف المخول لها القيام بالإشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية. وعبر التنقيحات المتتالية لهذا القانون، سعى المشرع للتحسين في نظام الإشعار وتفعيل أدوار المتدخلين فيه. كما انتقل بوضوح من نظام يقوم على حق وإمكانية في الإشعار، إلى نظام يقوم على الوجوب تم تدعيمه بالمؤاخذة الجزائية للأطراف المخلة بواجبها في الإشعار. و سيتم التعرض صلب هذه الفقرة تباعا لدور الهياكل الداخلية للمؤسسة في الإشعار (I) ثم لدور الهياكل الخارجية للمؤسسة في الإشعار (II) .

I . دور الهياكل الداخلية للمؤسسة في الإشعار:

يضطلع بدور الإشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية صلب المؤسسة هياكل إدارتها وتسيرها من جهة أولى، والهيكل المكلف بالمراقبة من جهة ثانية، ونعني بذلك مراقب الحسابات في الشركات التي يشترط فيها المشرع تعيين مراقب حسابات.

أ. دور هياكل الإدارة والتسيير في الإشعار:

ويقصد بذلك المسير(1) ثم الشريك(2).

1. واجب الإشعار المحمول على المسير:

ينص الفصل 419 من المجلة التجارية **" يتعين على المسير أو صاحب المؤسسة إشعار لجنة المؤسسات الاقتصادية ببوادر الصعوبات الاقتصادية التي تمر بها المؤسسة والتي قد تؤدي في صورة تواصلها إلى التوقف في الدفع "** .

يعتبر هذا الواجب المحمول على المسير إضافة هامة أدرجها المشرع صلب قانون الإجراءات الجماعية بمقتضى تنقيح 29 أفريل 2016. وهو واجب لم يكن موجود قبل هذا التنقيح. ويعتبر هذا التوجه من قبل المشرع توجه منطقي، وكان من الغريب أن يقصي المشرع قبل سنة 2016 المسير من نظام الإشعار رغم أنه العارف الأول بشؤون المؤسسة وبجملة الإشكاليات الاقتصادية التي تهدد استمرار نشاطها. ويعتبر إسناد دور للمسير في نظام الإشعار نقطة هامة في قانون 2016، خاصة أن المشرع قد دعمه بالمؤاخذة الجزائية. حيث نص الفصل 593 من المجلة التجارية على أنه **" يعاقب بخطية من ألف إلى 10 ألاف دينار صاحب المؤسسة أو مسيرها الذي يتعمد عدم الإشعار طبق أحكام الفصل 419 من**

هذه المجلة أو يتعمد عدم تقديم الوثائق المعطيات المنصوص عليها الفصل 417 أو بالفصل 435 من هذه المجلة دون سبب جدي."

2. واجب الإشعار المحمول على الشريك:

تم التنصيص على دور الشريك في الإشعار بالصعوبات الاقتصادية صلب الفقرة الثانية من الفصل 419 من المجلة التجارية بصيغة الوجوب كالآتي: **"ويجب أن يقع الإشعار أيضا من الشريك أو الشركاء الماسكين لخمسة بالمائة على الأقل من رأس مال الشركة التي تمر بصعوبات اقتصادية إذا كانت من صنف شركات الأسهم أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة. و في الشركات الأخرى، يتم الإشعار من كل شريك بقطع النظر عن نسبة مساهمته في رأس المال."**

وقد تم إدراج دور الشريك في نظام الإشعار ببوادر الصعوبات بمقتضى الفصل 5 فقرة 2 من قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية مثلما وقع تنقيحه في 29 ديسمبر 2003. غير أن المشرع كان يحمل واجب الإشعار في المؤسسات من صنف شركات الأسهم أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة عندما يكون الشريك ماسكا ل10 بالمائة على الأقل من رأس مال الشركة.

تستدعي الفقرة 2 من الفصل 419 إبداء الملاحظات الآتية:

- مهمة أو واجب الإشعار من طرف الشريك هي إمتداد طبيعي ل"مساهمته السياسية" صلب الشركة. وهي من الحقوق الأساسية التي خوله إياها المشرع في مختلف أنواع الشركات وتعرض لها في العديد من الفصول من بينها الفصل 139 من مجلة الشركات التجارية بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة، الفصل 73 كذلك من نفس المجلة فيما يخص شركة المقارضة البسيطة.

- يتدعم دور الشريك في الإشعار صلب المؤسسات ذات الصعوبات الاقتصادية بما خوله له المشرع صلب قانون الشركات التجارية من "حق في المعلومة" وقد تعرض له المشرع بالأساس صلب الفصل 11 فقرة أولى من مجلة الشركات التجارية الذي ينص: **"لكل شريك .... الحق في الإطلاع بنفسه أو بواسطة وكيل على جميع الوثائق المعروضة على الجلسات العامة خلال الثلاث سنوات ماضية أو على محاضر الجلسات أو يأخذ نسخ منها".**

- يعتبر تفعيل دور الشريك في الإشعار بالبوادر الاقتصادية صلب الفصل 419 أمرا ايجابيا خاصة بالنسبة للشركات التي لا يعتبر فيها تعيين مراقب حسابات وجوبيا، خصوصا و أنه، خلافا للقانون الفرنسي لم يقع إسناد أي دور للعملة أو من يمثلهم صلب المؤسسة في الإشعار بالصعوبات الاقتصادية صلب قانون الإنقاذ.

ب. دور هياكل المراقبة : مراقب الحسابات:

ينص الفصل 420 من المجلة التجارية، مثلما وقع تنقيحه في 29 أفريل 2016، على دور مراقب الحسابات في الإشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية. وهو دور يضاف لمهامه الأساسية صلب الشركات. حيث عهد إليه طبقا لأحكام الفصل 258 من مجلة الشركات التجارية بالتحقيق في سلامة القوائم المالية للشركة، مراجعة الدفاتر والأوراق التجارية والقوائم المالية للشركة كما يضمن نزاهتها طبقا للتراتيب الجاري بها العمل.

و الجدير بالذكر أن منظومة الإشعار من طرف مراقب الحسابات لم تكن رغم التنقيحات المتتالية لقانون 1995، محل تعديلات جوهرية تذكر. ولم ترد عليها سواء بعض التعديلات المتعلقة باختزال الآجال وأخرى متعلقة بوجهة الأشعار أو كذلك ما يتعلق بالمؤاخذة الجزائية لمراقب الحسابات. وهو ما يستدعي التعرض في مرحلة أولى للمؤسسات المعنية بتعيين مراقب حسابات، (1) ثم في مرحلة ثانية لإجراءات وسير الإشعار من طرف مراقب الحسابات، (2) ثم في مرحلة ثالثة للمؤاخذة الجزائية لمراقب الحسابات(3).

1. المؤسسات المعنية بتعيين مراقب حسابات:

تعرض المشرع صلب الفصل 13 من مجلة الشركات التجارية مثلما وقع تنقيحه بالقانون عدد 96 مؤرخ في 13 أكتوبر 2005، لوجوب تعيين مراقب حسابات بالنسبة لشركات الأسهم وتولى إعفاء بقية أصناف الشركات من وجوب تعيين مراقب حسابات إذا كانت تستجيب لشروط مذكورة في نفس الفصل. وتبعا لذلك يمكن اعتبار أن تعيين مراقب الحسابات وجوبي للشركات خفية الاسم وشركات المقارضة بالأسهم مهما كان حجمها. في المقابل، يعتبر تعيين مراقب الحسابات اختياريا في بقية أصناف الشركات من ذلك الشركات ذات المسؤولية المحدودة، شركات المفاوضة و شركات المقارضة البسيطة. و لا يصبح تعيين مراقب الحسابات وجوبيا بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة إلا بطلب من الشركاء الماسكين على الأقل لخمس رأس المال حتى ولو كانت هذه الشركات لا تستجيب للشروط المتعلقة

بوجوبية تعيين مراقب حسابات المنصوص عليها صلب الفصل 13 المذكور أعلاه.(يراجع في هذا الشأن الفصول 13 , 123, 124 و 258 من مجلة الشركات التجارية).

2. سير نظام إجراءات الإشعار من طرف مراقب الحسابات:

تتميز إجراءات الإشعار من طرف مراقب الحسابات بطابع تدريجي ملحوظ أو كذلك بطابع هرمي كان يجد أثره في الفصلين 6 و7 من قانون 1995. ومازال المشرع يحافظ على هذه الصبغة صلب الفصل 420 من المجلة التجارية بعد تنقيح 2016.

حيث يتم تدخل مراقب الحسابات حسب هذا الفصل على 3 مراحل:

المرحلة الأولى: يجب على مراقب الحسابات أن يطلب كتابيا استفسارات من مسير الشركة عن كل ما يلاحظه من **"معطيات أو اعمال تهدد إستمرار نشاط المؤسسة"**. و قد بدا أن المشرع حدد بذلك مضمون واجب الإشعار المحمول على مراقب الحسابات.

المرحلة الثانية: في حال امتناع المسير عن الإجابة عن هذه الاستفسارات في ظرف 8 أيام، أو كانت إجابته غير مقنعة، يتعين على مراقب الحسابات أن يعرض استفساراته على مجلس إدارة المؤسسة أو مجلس مراقبتها أو يدعو المساهمين عند التأكد لعقد جلسة عامة. كل ذلك، في أجل أقصاه شهر من تاريخ جواب مسير المؤسسة أو من تاريخ انقضاء أجل الرد.

المرحلة الثالثة: إذا استمرت نفس المخاطر، فإنه على مراقب الحسابات أن يرفع تقريرا كتابيا إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي بدائرتها مقر الاختصاص للمؤسسة، ويوجه نسخة منه إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية وذلك في ظرف شهر من تاريخ إتمام الإجراءات المذكورة سابقا.

يستدعي الفصل 420 إبداء الملاحظات الآتية:

الملاحظة الأولى: قام المشرع بمقتضى تنقيح 29 أفريل 2010 باختزال الأجل المخول لمسير المؤسسة للرد على مراقب الحسابات، حيث كان هذا الأجل مقدرا سنة 1995 ب 15 يوما وأصبح بمقتضى التنقيح الأخير محدودا في 8 أيام.

الملاحظة الثانية: أسند المشرع لمراقب الحسابات عند قيامه بالإشعار مهمة إعلام وإشعار رئيس المحكمة بالمخاطر التي تهدد نشاط المؤسسة عن طريق تقرير كتابي. وهي وجهة قد أضافها المشرع بمقتضى التنقيح الأخير لسنة 2016. و قبل هذا التنقيح، لم يكن مراقب الحسابات محمولا وفق الفصل 7 من قانون 95 على تمرير هذا التقرير سوى إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية التي يحمل على عاتقها فيما بعد إشعار رئيس المحكمة.

الملاحظة الثالثة: حدد المشرع صلب الفصل 420 من المجلة التجارية مضمون واجب الإشعار المحمول على مراقب الحسابات في" الأعمال و الوضعيات التي تهدد نشاط المؤسسة". فهل يتعين الرجوع لأمر 2018 لمعرفة المقصود من هذه الأعمال و الوضعيات؟ و هل تكون هذه الوضعيات و الأعمال جملة المعايير و المؤشرات الإقتصادية أو المالية أو كليهما المشار إليها صلب الفصلين 4 و 5 من الأمر الحكومي؟

يمكن أن يفهم للوهلة الأولى، لغويا على الأقل، أن المشرع يقصد بهذه الأعمال و المعطيات جميع ما يمكن أن يندرج صلب المعايير العامة، المالية منها أو الاقتصادية المشار إليها صلب الفقرة الثانية من الفصل 418 و المفصلة صلب الفصلين الرابع و الخامس من الأمر الحكومي عدد463 المؤرخ في 31 ماي 2018 المذكور سابقا. إلا أنه من الغريب ملاحظة أن المشرع خص صلب الفصل الثالث من الأمر تطبيق المعايير الإقتصادية و المالية في الإشعار على " الأطراف المذكورة صلب الفصل 419 من المجلة التجارية أي " المسير، الشريك، تفقدية الشغل، الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي، مصالح المحاسبة العمومية و الإستخلاص، مصالح الجباية، البنوك و المؤسسات المالية" دون "مراقب الحسابات" المذكور صلب الفصل 420 من المجلة التجارية.

و بالتالي، قد يبقى مضمون واجب الإشعار المحمول على مراقب الحسابات ضبابيا و محددا على وجه العموم في الأعمال و الوضعيات التي تهدد نشاط المؤسسة التي يبقى تقييم خطورتها رهين تقدير مراقب الحسابات، طالما تم إقصاءه من نطاق الفصلين 4 و 5 من الأمر الحكومي. و هو ليس بالإقصاء الإعتباطي من قبل المشرع بل يرجح أنه إقصاء مقصود، لأن المشرع لم يذكر مراقب الحسابات كذلك ضمن الأطراف المحمول عليها توجيه عريضة الإشعار للجنة المؤسسات الاقتصادية المنصوص عليها صلب الفصل 13 من الأمر. و في ذلك تخفيف لواجب الإشعار المحمول على مراقب الحسابات قد يبرر ب"واجب حفظ السر المهني" و واجب "عدم التدخل في التصرف في الشركة" الذين تفرضهما مهنته. مع العلم أن هذه الضبابية و الغموض قد تفقد المؤاخذة الجزائية معناها، و هي قد تجعل واجب الإشعار

المحمول على مراقب الحسابات منحصرا في الأعمال التي تدخل في طائلة القانون الجزائي من قبيل التحيل و الإختلاس و سوء التصرف و غيرها.

3. المؤاخذة الجزائية لمراقب الحسابات:

ينص الفصلان 593 و594 المجلة التجارية على المؤاخذة الجزائية للأطراف التي تمتنع عن الإشعار دون مبرر أو مانع جدي. و رغم أن المؤاخذة الجزائية لمراقب الحسابات تنم عن وعي من المشرع بأهمية التصرف المبكر في تجاوز بوادر الصعوبات وتفادي الوقوع في الصعوبات أو الوصول إلى التوقف في الدفع، إلا أنها تتسم بالشدة و عدم التناسب سيما و أنها لا تتماشى مع طبيعة مهنة مراقب الحسابات في التطبيق و علاقته مع هياكل الإدارة و التسيير في الشركة، فيكون من غير المنطقي أن يعمد مراقب الحسابات لرفع تقرير للمحكمة حول وضعية المؤسسة حال أن المسير أو الشركاء قد إمتنعو عن ذلك.

في هذا الإطار، ينص الفصل 594 من المجلة التجارية على أن مراقب الحسابات يعاقب، في صورة عدم قيامه بالإشعار مع علمه بالصعوبات التي تمر بها المؤسسة، بنفس العقوبة المالية المنصوص عليها بالفصل 593 المجلة التجارية والتي تخص المسير و المتمثلة في خطية مالية تمتد من ألف إلى 10 ألف دينار.

هذا مع العلم و أن المؤاخذة الجزائية لمراقبة الحسابات تم إدراجها بمقتضى تنقيح 29 ديسمبر 2003 الذي أضاف للفصل 55 فقرته الثانية التي تنص على العقوبة المسلطة على مراقب الحسابات في صورة امتناعه عن الإشعار مع علمه بالصعوبات التي تمر بها المؤسسة. و قد وقع الترفيع في الحد الأدنى للعقوبة من 500 إلى ألف دينار بمقتضى تنقيح 2016.

II. دور الهياكل الخارجية في الإشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية:

يمتد واجب الإشعار بالصعوبات الاقتصادية صلب الكتاب الرابع من المجلة التجارية، بالإضافة لهياكل الإدارة و التسيير، إلى الهياكل الخارجية التي قد تتعامل معها المؤسسة. و قد ضبطها المشرع صلب الفصل 419 في فقرته الأخيرة. و يمكن تقسيمها كما يلي: المصالح أو الإدارات الشغلية (أ) و الإدارات و المؤسسات المالية(ب)

أ. الإشعار بالصعوبات الاقتصادية من طرف الإدارات الشغلية:

حمل المشرع في الفصل 419 من المجلة التجارية في فقرته الثالثة واجب إعلام لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية بالأعمال المهددة لسير المؤسسة لإدارتين ذوات طابع شغلي و هما تفقدية الشغل من جهة و الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي. و بالتالي، يتوجب على هاتين الإدارتين إعلام اللجنة كلما لاحظو في سير المؤسسة أحد الأعمال أو الوضعيات الواردة صلب المعايير العامة للإشعار بالفصلين الخامس و السادس من الأمر الحكومي المذكور أعلاه. لكن المشرع لم يكتف بذلك،بل أضاف جملة من المعايير الخاصة بكل إدارة على حدة. حيث ينص الفصل 8 من الأمر الحكومي المتعلق بضبط معايير الإشعار و إجراءاته أنه على مصالح تفقدية الشغل القيام بواجب الإشعار خاصة في الحالات الآتية: التأخر المتكرر قي دفع الأجور أو عدم دفع المنح و الامتيازات الدورية و الموسمية لمدة تتجاوز ثلاثة أشهر،عدم التصريح بأجور العمال لفائدة الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، الدخول في عطلة سنوية مسبقة أو بطالة فنية بصفة مؤقتة و متكررة،عدم احترام اتفاقات شغلية ثنائية ذات طابع مالي، توقف جزئي عن النشاط لأسباب اقتصادية و في صورة ثبوت الصعوبات الاقتصادية لدى لجنة مراقبة الطرد إثر تقدم المؤسسة بمطلب طبقا لأحكام الفصل 21 و ما بعده من مجلة الشغل.

و من جهتها، يتعين، حسب الفصل 9 من الأمر، على مصالح الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي القيام بواجب الإشعار في إحدى الحالتين : عدم قيام المؤسسة بواجب التصريح بالأجور أو خلاص مساهمات أنظمة الضمان الاجتماعي لمدة لا تقل عن أربعة ثلاثيات متتالية مع تعذر التنفيذ الجبري ضدها أو معاينة تراجع في رقم معاملات المؤسسة بصفة تهدد استمرار نشاطها تم اكتشافه على إثر مراقبة حسابية من قبل مراقبي الصندوق.

و يستشف من خلال هذين الفصلين و المعايير الخاصة المشار إليها حرص المشرع على الإنقاذ المبكر للمؤسسة كلما لاحت بوادر توحي بالتهديد لمصالح العملة في استخلاصهم لأجورهم، حتى ولو كانت معاينة بوادر الصعوبات هذه غير مباشرة أو عرضية كما هو الأمر مثلا بالنسبة لمعاينة التراجع في رقم معاملات المؤسسة أثناء القيام بالمراقبة الحسابية من قبل مراقبي الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي.

ب. الإشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية من طرف الإدارات و المؤسسات المالية:

نص المشرع التونسي صلب الفقرة الأخيرة من الفصل 419 من المجلة التجارية على ثلاث إدارات ذات صبغة مالية قد يكون لها دور إيجابي و فعال في الإشعار بالصعوبات الاقتصادية و هي مصالح المحاسبة العمومية،مصالح المراقبة الجبائية و البنوك أو المؤسسات المالية. و أفرد هذه المصالح بمعايير خاصة للإشعار و ذلك في الفصول 10، 11 و 12 من الأمر الحكومي عدد 463 المؤرخ في 31 ماي 2018 علاوة على المعايير العامة المفصلة بالفصلين الرابع و الخامس من نفس الأمر.

يتعين طبقا للفصل 10 من الأمر على مصالح المحاسبة العمومية و الاستخلاص القيام بواجب الإشعار في الحالات المبينة بالفصل 28 سادسا من مجلة المحاسبة العمومية المتعلقة بثبوت المدين عن النشاط أو الشروع في تبديد أملاكه أو في شروع دائن آخر بأعمال تنفيذية ضده أو بإفتتاح إجراءات توزيع أمواله.

و تعتبر كذلك من قبيل بوادر الصعوبات المبررة للإشعار من قبل مصالح المراقبة الجبائية، تراجع رقم المعاملات بصفة مسترسلة بعنوان الثلاث سنوات الأخيرة بنسبة تساوي أو تفوق 30 % أو تراكم خسائر المؤسسة التي يمكن ملاحظتها أثناء عملية المراقبة الجبائية المعمقة المعتمدة على المحاسبة وفق الفصل 11 من الأمر. كما يتوجب على البنوك و المؤسسات المالية القيام بالإشعار كلما لوحظت من قبلهم وضعية اقتصادية و مالية تهدد خلاص الديون أو أقدمية للديون غير المستخلصة أصلا وفائدة تتجاوز 180 يوما أو عدم قدرة على خلاص الأقساط الحالة في الآجال. كما يتعين عليهم القيام بالإشعار كذلك في صورة تكرار إرجاع الصكوك بدون خلاص لانعدام الرصيد، تسجيل اعتراضات إدارية و عقل توقيفية بين يدي البنوك على الأموال الراجعة للمؤسسة، اللجوء للدفع ناجزا للمزودين باعتبار و أن القروض الممنوحة من قبلهم للمؤسسة أقل بكثير من المتعامل به أو انعدامها أحيانا أو كذلك في صورة تفعيل الضمانات المقدمة من قبل البنك بعنوان التزام بالإمضاء نتيجة عدم تنفيذ الصفقات (الفصل 12 من الأمر).

الفقرة الثالثة: وجهة الإشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية:

حتى يفضي الإشعار لتحقيق نتائجه المرجوة و هي إنقاذ المؤسسة بصفة مبكرة و الحيلولة دون إستفحال و ضعيتها ،جعل المشرع لجهتين أساسيتين دورا هاما في تلقي و دراسة ملفات الإشعار ببوادر الصعوبات الإقتصادية و هما: لجنة متابعة المؤسسات الإقتصادية (**I**) و رئيس المحكمة الإبتدائية من جهة أخرى(**II**).

I. لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية وجهة أولية للإشعار

تعتبر لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية الوجهة الأولية للإشعار بالنسبة لمختلف الهياكل المشار إليها سابقا بصريح الفصلين 419 و 420 من المجلة التجارية. حيث ينص الفصل 419 على ما يلي: **"يتعين على المسير أو صاحب المؤسسة إشعار لجنة متابعة المِؤسسات الاقتصادية التي تمر بها المؤسسة...ويجب أن يقع الإشعار أيضا من الشريك أو الشركاء...كما يجب على مصالح تفقدية الشغل و الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي و مصالح المحاسبة العمومية و الإستخلاص و مصالح المراقبة الجبائية و المؤسسات المالية إعلام لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية..."**. كما يوجب الفصل 420 من

المجلة التجارية في فقرته الثانية على مراقب الحسابات عند ملاحظته لمخاطر تهدد نشاط المؤسسة و إستمرار هذه المخاطر رغم لفت نظر المسير أو صاحب المؤسسة أن **"يرفع تقريرا كتابيا إلى رئيس المحكمة و يوجه نسخة منه إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية..."**. كما أشار المشرع لذلك صلب الفصل 13 من الأمر الحكومي المتعلق بضبط معايير الإشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية و إجراءاته صلب الباب الثاني المتعلق بإجراءات الإشعار :**" يقدم الإشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية إلى لجنة متابعة المؤسسات الإقتصادية بعريضة كتابية..."**.

و يضبط الفصل 13 من الأمر حاليا محتوى العريضة الموجهة للجنة من ذلك صفة القائم بالإشعار،تاريخه، سببه أو أسبابه، مدى تأثير تلك الأسباب على النشاط الاقتصادي للمؤسسة و عدد العملة بها.

وتلعب لجنة متابعة المؤسسات دور الخبير الاقتصادي. حيث تقوم بجميع الأعمال التي تمكن من تشخيص و دراسة وضعية المؤسسة. فتتولى حسب الفصل 418 من المجلة التجارية تجميع و تحليل و تبادل المعلومات المتعلقة بالمؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية و تقوم بدراسة الإشعار و تقييم مدى جديته و تأثيره على نشاط المؤسسة، و تبدي رأيها في كل المعطيات التي توصلت إليها مثلما ينص على ذلك الفصل 14 من الأمر في فقرته الثانية.

تأكيدا لذلك، جاء بمداولات مجلس النواب عدد 15 في 22 ديسمبر 2003 الصفحة 62 ما يلي: "يقوم عمل اللجنة على تحليل الوضع المالي والاقتصادي والاجتماعي للمؤسسة من خلال ما توفر لدى أعوانها وأعضائها من معرفة ودراية ذلك باعتبار أن اللجنة تعتبر بدورها خبيرا في الميدان وهي تجمع إلى جانب صفتها كخبير صفة ثانية كجهة إدارية رسمية."

على أن دور لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية يتسم بالإزدواجية. فهو لا يتوقف عند تلقي الإشعار وتحليله بل يتجاوز ذلك إلى دورها الأساسي في إشعار رئيس المحكمة "وجوبا" بكل مؤسسة بلغت خسارتها 1/3 رأس مالها، و في صورة وجود وضعيات أو أعمال تهدد استمرار نشاطها بناء على تقرير معلل. وقد أكد المشرع على ضرورة أن تحيل لجنة متابعة المؤسسات ملف المؤسسة التي وقع في شأنها إشعار من أحد الأطراف المنصوص عليها بالفصلين 419 و 420 مدعما برأيها و المعطيات التي توصلت إليها إلى رئيس المحكمة، و ذلك في ظرف شهر من تاريخ تلقي الإشعار و ذلك مهما كان رأيها و تقديرها لأهميته و جديته، حيث يبقى رأيها ضروريا و لكن غير ملزم للمحكمة. و هكذا تكون اللجنة وجهة و مصدرا للإشعار في آن واحد.

و تضبط بأمر حكومي تركيبة اللجنة و طرق عملها و سلطة الإشراف عليها (الفقرة الأخيرة من الفصل 418). و هو الأمر الحكومي عدد 1356 المؤرخ في 13 ديسمبر 2017 المتعلق بضبط تركيبة و طرق عمل لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية و تحديد سلطة الإشراف عليها.

II. رئيس المحكمة الابتدائية: الوجهة النهائية في نظام الإشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية:

يتلقى رئيس المحكمة الابتدائية الإشعار ببوادر الصعوبات الاقتصادية من إحدى مصدرين: من مراقب الحسابات الذي يلاحظ استمرار المخاطر التي تهدد نشاط المؤسسة رغم لفت نظر مسير المؤسسة أو صاحبها لذلك على معنى الفقرة الأخيرة من الفصل 420 من المجلة التجارية، أو من لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية التي تبلغه ما انتهى إليها من معطيات تخص مؤسسات ذات صعوبات اقتصادية على معنى الفصلين 418 من المجلة التجارية و 14 من الأمر الحكومي سابق الذكر.

و في كلتا الحالتين:" **يبادر** رئيس المحكمة عند تلقي الإشعار بالصعوبات الاقتصادية باستدعاء مسير المؤسسة أو صاحبها **بأي وسيلة تترك أثر كتابيا** لمطالبته ببيان التدابير التي يعزم اتخاذها لتفادي ما يعترض المؤسسة من صعوبات و**يحدد له أجلا لذلك لا يتجاوز شهرا**. و بانتهاء الأجل المذكور يأذن رئيس المحكمة بفتح **إجراءات التسوية الرضائية إن رغب المدين في ذلك** أو **بانطلاق إجراءات التسوية القضائية إن توفرت شروطها**."

يثير هذا الفصل المذكور ملاحظات هامة:

1. إن الفصل 421 بتنقيح 2016 أعاد لدور رئيس المحكمة الابتدائية في نظام الإشعار الأهمية التي كان يحضى بها بتاريخ 1995. وقام بتدعيمه بعد أن ألغى المشرع بمقتضى تنقيح 1999 الفصل 8 قديم من قانون1995. ولم يعد المشرع للتنصيص على دور القاضي في نظام الإشعار إلا بمقتضى تنقيح 2016 من خلال الفصل 421 الموازي للفصل 8 من قانون 1995.
2. أن المشرع التونسي،على غرار نظيره الفرنسي، قد أسند للقاضي دورا هاما و إستثنائيا في نظام الوقاية من الصعوبات الاقتصادية يخرج به من دوره التقليدي في فض النزاعات نحو دور أكثر فاعلية تجعل من المشروع التحدث اليوم عن ما يسمى ب"القاضي الإقتصادي". فيبادر هذا القاضي باستدعاء مسير المؤسسة و ينتظر بيان ما يعتزم هذا الأخير القيام به للخروج بالمؤسسة من وضعيتها الحرجة. و يتمتع القاضي هنا بالسلطة التقديرية لتقرير قبول وجاهة التدابير التي اقترحها المسير، أو فتح إجراءات التسوية الرضائية إن رضي المدين بذلك أو انطلاق إجراءات التسوية القضائية إن توفرت شروطها.

بالإضافة إلى ذلك، و رغم عدم تنصيص المشرع على ذلك صلب الفصل 421 ، إلا انه يخول للقاضي عند تعهده بملف الإشعار إحالة الملف مباشرة للدائرة التجارية بغاية التصريح بتفليس المؤسسة إذا تبين أن لا و جه للإنقاذ لإنعدام التدابير وإذا تبين أن وضعية المؤسسة ميؤوس منها. وهو ما ذهبت إليه

محكمة إبتدائية تونس في القرار المذكور سابقا عدد 152 بتاريخ 9 ديسمبر 2005 تمثلت وقائعه في أن مراقب الحسابات تولى بمقتضى واجب الإشعار المحمول عليه رفع تقرير إلى لجنة المؤسسات الاقتصادية بخصوص تردي الوضع المالي و الإقتصادي للمؤسسة . و تبين لهته الأخيرة أن الشركة سجلت تراجعا في الأموال الذاتية إلى أقل من نصف رأس المال، و أن ديونها قد تراكمت. و بناءا عليه، أحالت الملف لرئيس المحكمة الإبتدائية لغاية اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها بالفصل 8 و اتضح أنه لا وجود لأية تدابير بل صرح وكيلها أنه لا إمكانية للإنقاذ بمواصلة النشاط. و عليه سجل رئيس المحكمة أن لا وجه للإنقاذ لانعدام التدابير. و قرر إحالة الملف على الدائرة التجارية للنظر في التفليس بناءا على أحكام الفصول 22 و 54 و 39 من قانون الإنقاذ و 449 من المجلة التجارية.

3. رغم أن المشرع لم يحدد أجلا لرئيس المحكمة الابتدائية للمبادرة باستدعاء مسير المؤسسة أو صاحبها إلا أنه قد أولى مزيدا من الأهمية للعامل الزمني بعد تنقيح 2016. و يظهر ذلك من خلال إستعماله لعبارت تدل على الفورية و الحينية مثل عبارة **"يبادر...عند تلقيه الإشعار"** التي تنطوي في ذاتها على الاستعجال وهو ما دأب عليه عمل المحاكم، حيث أن رئيس المحكمة الابتدائية بمجرد تلقيه الإشعار بالصعوبات الاقتصادية، يأذن لكاتب المحكمة بتوجيه استدعاء كتابي عن طريق البريد لمسير المؤسسة أو صاحبها للحضور لديه وعقد جلسة مكتبية معه. ويتضمن الاستدعاء كذلك مطالبة المسير خلال **أجل لا يتجاوز شهرا** تحديد التدابير العملية التي يعتزم اتخاذها للخروج بالمؤسسة من وضعها الحرج. و الحقيقة أن الطابع الوقائي ينعدم وجوده تماما بفقدان العامل الزمني لقيمته, فكلما كان الإشعار مبكرا كانت الوقاية ممكنة و الإنقاذ ايسر.

الفرع الثاني: التسوية الرضائية

تعرف التسوية الرضائية بأنها اتفاق يبرم بواسطة مصالح تعينه المحكمة الابتدائية ويتولى التوفيق بين المدين و دائنيه (مؤسسات، بنوك، عملة، مؤسسات عمومية، مزودين...) فيما يتعلق خاصة بآجال الوفاء بالدين أو الحط منه، أو الإبراء منه أو الإعفاء من دفع الفوائد وغرامات التأخير، وذلك للمساعدة على انقاذ المؤسسة.

و بالتالي، يمكن أن ينصب التفاوض بين المدين و دائنيه على آجال الديون أي إعادة جدولة الديون مثلا Le rééchelonnement des dettes كأن يقع الإتفاق بين الأطراف على أن خلاص ما كان مقررا خلاصه على مدة زمنية قدرها خمس سنوات، يصبح ممتدا على ثمان سنوات و هو مافيه تخفيف على المدين. أو أن يقع إرجاء خلاص الدين الذي حل أجله إلى تاريخ لاحق و هو ما يعبر عنه

بإنظار المدين أو إمهال المدين. و تجد هذه الفكرة جذورها الأولى من الآية القرآنية 280 من سورة البقرة. يقول الحق تبارك و تعالى في محكم تنزيله:" ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾.

كما يمكن أن يتضمن إتفاق التسوية الرضائية سبلا أخرى للتخفيف عن المدين كالحط من الدين أو التنازل عنه و الإعفاء منه أوالإعفاء فقط من دفع فوائده أو من غرامات التأخير التي إنجرت عن التأخر في تسديده.

وفق التعريف السابق ذكره، نعتبر أن التسوية الرضائية شديدة الشبه بمؤسسة الصلح في القانون المدني، الذي عرفه المشرع صلب الفصل 1458 م.إ.ع، بأنه: **" عقد وضع لرفع النزاع ولقطع لخصومة ويكون ذلك بتنازل كل من المتصالحين عن شيء من مطالبه أو بتسليم شيء من المال أو الحق"**. علما وأن فكرة تمكين المدين من إبرام اتفاق مع دائنيه بغرض الحد من تتبعاتهم ضد أمواله كانت موجودة حتى قبل قانون 17 أفريل 1995، صلب المجلة التجارية، ضمن إجراءات الصلح الاحتياطي. إلا أن الصلح الاحتياطي لم يعرف إلا تطبيقا محدودا جدا بالنظر إلى سلبياته العديدة، وخاصة طبيعته الزجرية حيث كان يتضمن عدة عقوبات جزائية تسلط على التاجر في صورة إفلاسه أو مروره بصعوبات اقتصادية.

وبإلغاء مؤسسة الصلح الاحتياطي، جاء المشرع بمقتضى قانون 17 أفريل 1995 المنقح في 29 أفريل 2016 بجملة من الأحكام المتسمة بالمرونة والتي تبرز سعي المشرع للتبسيط في الإجراءات. وتستدعي دراسة التسوية الرضائية التعرض في فقرة أولى إلى "مطلب فتح التسوية الرضائية"، ثم في فقرة ثانية ل "اتفاق التسوية الرضائية".

الفقرة الاولى: مطلب فتح التسوية الرضائية

تنطلق التسوية الرضائية بمطلب يقدمه المدين إلى رئيس المحكمة ،ويفضي في صورة قبوله إلى فتح إجراءات التسوية لإبرام اتفاق بين المؤسسة ودائنيها. و لابد أن يستجيب هذا المطلب لبعض الشروط المعينة صلب الباب الثالث من العنوان الأول المتعلق بانقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية (I) وتحدد الاستجابة لهذه الشروط مآل المطلب (II)

I . شروط إيداع مطلب التسوية الرضائية

أ. الشروط الأصلية:

ينص الفصل 422 من المجلة التجارية أن التسوية الرضائية تهدف إلى إبرام اتفاق بين المؤسسة التي تمر بصعوبات اقتصادية ولم تتوقف عن الدفع ودائنيها بما يضمن استمرارية نشاطها.

إن الدمج بين هذا الفصل والفصل 416 المجلة التجارية المحدد لمجال انطباق قانون الانقاذ، يفرض الملاحظة أنه من الشروط الأصلية الهامة للانتفاع بالتسوية الرضائية، أن تكون المؤسسة المعنية شخصا طبيعيا أو معنويا خاضعا للنظام الضريبي حسب النظام الحقيقي تتعاطى نشاطا تجاريا على معنى الفصل 2 من المجلة التجارية أو حرفيا أو نشاطا فلاحيا أو في ميدان الصيد البحري، ضمن شركات تجارية حسب الشكل. ولا يمكن أن تنتفع بأحكام الإنقاذ المؤسسات والمنشآت العمومية. علاوة على ذلك، لا يمكن أن تنتفع بالتسوية الرضائية الشركة أوالمؤسسة التي وصلت لمرحلة التوقف عن الدفع بل من المفروض أن تكون هذه المؤسسة معترضة أو تمر بصعوبات اقتصادية عابرة.

يثير هذا الشرط الأصلي لفتح التسوية الرضائية نوعا من التحفظ . ففي حين حدد المشرع على و جه الدقة (أو حاول) بوادر الصعوبات الموجبة للإشعار صلب قانون 2016 و صلب أمر2018 . كما حدد ايجابيا كذلك الموجب للتسوية القضائية وهو التوقف عن الدفع. ترك المرحلة الفاصلة بين الإشعار و التسوية القضائية وهي التسوية الرضائية للتحديد بالسلب أو بطريق الإقصاء. فالموجب للتسوية الرضائية هو ذاك الذي يتجاوز بوادر صعوبات و لم يصل لتوقف عن الدفع. هو ذاك الوضع الذي بينهما.

و ينفرد مسير الشركة بممارسة الحق في طلب الانتفاع بالتسوية الرضائية. وهذا ما يفهم من الفصلين 422 و 423 المجلة التجارية ، حيث أن الدائنين لا يمكنهم طلب التسوية الرضائية، كما لا يمكن للقاضي كذلك أن يفتح إجراءات التسوية الرضائية من تلقاء نفسه. و هي نقطة إختلاف هامة مقارنة بالتسوية القضائية.

ب. الشروط الإجرائية لطلب التسوية الرضائية:

لا يخضع طلب افتتاح التسوية الرضائية إلى شكليات أو إجراءات خاصة او معقدة. إذ يكفي توجيه طلب كتابي إلى رئيس المحكمة من طرف مسير المؤسسة وذلك وفقا لأحكام الفصل 423 المجلة التجارية الذي يحيل بدوره للفصل 417 من المجلة التجارية و الذي يحدد محتويات مطلب المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، والتي من بينها تحديد هوية المؤسسة ونشاطها وأسباب مطلب التسوية وطبيعة الصعوبات ومصدرها وانعكاساتها المستقبلية المحتملة على ديمومة المؤسسة من حيث التوازن المالي والحفاظ على مواطن الشغل.

ويرفض المطلب إذا لم تقدم به الوثائق والمعطيات المنصوص عليها صلب الفصل 417 و الرفض لا يحول دون تقييم مطلب جديد (417 فقرة أخيرة).

والجدير بالذكر، أنه بمقتضى تنقيح 2016 وقع تبسيط للإجراءات واختزال للآجال من حيث أن مطلب التسوية الرضائية أصبح يقدم مباشرة لرئيس المحكمة الابتدائية طبقا للفصل 423 المجلة التجارية، بعد أن كان الفصل 9 من قانون 1995، مثلما وقع تنقيحه في 15 جويلية 1999، يقتضى أن مطلب فتح إجراءات التسوية الرضائية يقدم إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية التي تبادر بإجراء التشخيص والدراسة الأولية للملف وتحيله في أجل لا يتجاوز الشهر إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي بدائرتها المقر الرئيسي للمؤسسة للنظر في افتتاح إجراءات التسوية الرضائية. وبذلك عاد المشرع التونسي إلى الصيغة الأصلية وللإجراء المتضمن صلب الفصل 9 من قانون 1995. ويندرج ذلك في إطار تدعيم دور القاضي صلب مرحلة التسوية الرضائية.

II. مآل مطلب فتح التسوية الرضائية:

يمكن أن يؤول مطلب فتح التسوية الرضائية إلى القبول كما قد يؤول إلى الرفض.

أ. رفض مطلب التسوية الرضائية:

في صورة رفض مطلب التسوية، فإن المشرع يمكن المدين تبعا للفقرة الأخيرة من الفصل 417 من تقديم مطلب جديد. و قد طرح السؤال حول إمكانية الطعن من طرف المدين ضد قرار الرفض.

بالرجوع إلى قانون 17 أفريل 1995، يتضح أنه كان هناك سكوت تشريعي حول هذه المسألة خاصة و أن الفصل 53 من قانون 1995 كان ينص على أنه **"يمكن الطعن عن طريق الاستئناف في الأحكام الصادرة في مادة التسوية القضائية."** و قد أول فقه القضاء هذا الفصل في إتجاه عدم جواز الطعن عن طريق الإستئناف في الأحكام الصادرة في مادة التسوية الرضائية من ذلك القرار التعقيبي عدد 97 الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 2007 أنه "و بما أن المشرع اعتمد صراحة إمكانية الطعن في مادة التسوية القضائية ولم يقر ذلك في خصوص التسوية الرضائية فإن نية المشرع يجب أن تؤول في اتجاه رفضه إمكانية الطعن في قرار مطلب التسوية الرضائية." إلا أنه وعند تنقيح قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية بمقتضى قانون عدد 36 لسنة 2016 المؤرخ في29-04-2016، أصبح الفصل 562 ينص على إمكانية الطعن في القرارات الصادرة عن رئيس المحكمة في مادة التسوية الرضائية والتسوية القضائية طبقا للإجراءات المنصوص عليها بمجلة المرافعات المدنية والتجارية في مادة الأذون على العرائض.

ب. قبول المطلب وتعين المصالح (تحديث مؤسسة المصالح):

ينص الفصل 424 من المجلة التجارية على **أنه "يمكن لرئيس المحكمة أن يفتتح إجراء التسوية الرضائية بمجرد اتصاله بالمطلب ويعين مصالح"**. ويربط المشرع بذلك بين قبول المطلب وما ينجر عنه من فتح لإجراءات التسوية الرضائية وبين تعين المصالح. وقد عمل المشرع صلب تنقيح 29 أفريل 2016 على إزالة العوائق التي أدت إلى عدم نجاح آلية التسوية الرضائية على الصعيد العملي والمتمثلة أساسا في عدم وضوح مؤسسة المصالح ومحدودية دوره. وعليه، فقد عدل المشرع في الإجراءات التي تحكم مؤسسة المصالح وأحال في أحكامه الانتقالية إلى صدور قانون ينظم الشروط الواجب توفرها في المصالح وطرق عمله. كما نص الفصل 424 المجلة التجارية في فقرته 2 أن قائمة المصالحين تضبط بمقتضى قرار من قبل وزير العدل.

ضبط المشرع صلب الفصلين 424 و425 من المجلة التجارية جل ما يتعلق بتعيين المصالح والدور الموكول له صلب التسوية الرضائية.

***تعيين المصالح:** يعين المصالح من طرف رئيس المحكمة الابتدائية. ويمكن أن يقوم بدور المصالح بالإستناد للأحكام الانتقالية من قانون 2016 و تحديدا الفصل 13 منه، المحامي المرسم لدى التعقيب أو أي شخص آخر يعينه رئيس المحكمة من بين الأشخاص الذين يقترحهم صاحب المؤسسة أو مسيرها، أو أي شخص آخر يختاره رئيس المحكمة لهذا الغرض ممن يتوفر فيهم شروط الكفاءة والحياد والموضوعية والخبرة في شؤون المؤسسات. وفي هذه الحالة، تحمل أجرة المصالح على المدين ويحددها رئيس المحكمة. و قد أورد المشرع إمكانية إسناد مهمة المصالح للجنة متابعة المؤسسات الإقتصادية و في هذه الحالة تكون المصالحة مجانية.

***دور المصالح:** حدد المشرع مهمة المصالح موضوعيا وزمنيا. حيث تتمثل مهمته تحديدا في التوفيق بين المدين و دائنيه أي السعي إلى الوصول إلى اتفاق التسوية الرضائية لتخرج المؤسسة من تعثرها. على أن هذه المحاولة الصلحية التوفيقية لا يمكن أن تتجاوز 3 أشهر قابلة للتمديد مرة واحدة لشهر بقرار من رئيس المحكمة، وذلك صلب الفصل 425 فقرة أولى من المجلة التجارية. وفي سبيل إضفاء مزيد من الفعالية على دور المصالح صلب التسوية الرضائية، اشترط المشرع صلب الفقرة 3 من الفصل 425 على المصالح رفع تقرير شهري لرئيس المحكمة وكلما اقتضت الحاجة ذلك حول تقدم أعماله، ويعرض عليه ما يراه من ملاحظات.

***صلاحيات المصالح:** مكن المشرع المصالح بمقتضى تنقيح أفريل 2016 من الاسترشاد وذلك بوسيلتين. أولهما تلك المنصوص عليها بالفصل 425 فقرة ثانية، التي تمكن المصالح من طلب معلومات حول وضعية المؤسسة من المدين أو من أي إدارة أو مؤسسة عمومية أو مالية أو من لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية، وثانيها وهي وسيلة غير مباشرة نص عليها الفصل 426 من المجلة التجارية، والتي بمقتضاها يحيل رئيس المحكمة على المصالح ما يبلغ إليه من معلومات وتشخيص ودراسة قد تسنى له الحصول عليها من أي إدارة أو مؤسسة عمومية أو مالية أو من لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية.

الفقرة الثانية: اتفاق التسوية الرضائية:

نظم المشرع إجراءات البحث عن اتفاق التسوية الرضائية وإبرامه صلب الفصول 427 ← 432 المجلة التجارية، وهي فصول قد وقع تنقيحها مرارا من طرف المشرع، بمقتضى تنقيح 15 جويلية 1999، ثم بالقانون المؤرخ في 2016 المتعلق بقانون الإجراءات الجماعية في اتجاه إيجاد المزيد من التوازن بين مصلحة المدين والدائنين، وتنظيما لسلطات رئيس المحكمة، وتفعيلا لدوره، إضافة إلى السعي إلى تشجيع الدائن على المساهمة في إنقاذ المؤسسة. وتتمحور دراسة اتفاق التسوية الرضائية حول البحث عن الاتفاق (I) وإبرام اتفاق التسوية الرضائية (II).

I.البحث عن اتفاق التسوية الرضائية:

تستوجب دراسة البحث عن الاتفاق التعرض لمحتواه أولا (أ) ثم التعرض لتعليق إجراءات التنفيذ في مرحلة ثانية (ب).

أ.محتوى اتفاق التسوية الرضائية (طبيعة، مضمون...):

بالرجوع للفصل 428 من المجلة التجارية نتبين أن أطراف الاتفاق يتمتعون بكامل الحرية في تحديد بنود اتفاق التسوية الرضائية حيث يمكن أن يشمل هذا الاتفاق أية وسائل يرتئي الطرفان أن لها من النجاعة ما يمكن من إنقاذ المؤسسة. حيث ينص هذا الفصل **428 "لا يخضع الأطراف في تحديد شروط اتفاق التسوية إلى أي قيود. ويمكن أن يشمل هذا الاتفاق جدولة الديون والحط منها وايقاف سريان الفوائض وغيرها من الوسائل."**

نتبين من خلال هذه الفقرة أن المشرع قد استعمل عبارات موسعة تخول اعتماد حلول متنوعة، منها تلك المنصوص عليها صلب هذه الفقرة. وهي لا تمنع الطرفين من اعتماد حلول أخرى مثل تلك المنصوص عليها صلب الفصل من 429 المجلة التجارية والمتمثلة في قبول الدائن ضخ أموال جديدة أو

توفير منقولات أو عقارات أو تقديم خدمات لمساعدة المؤسسة على مواصلة نشاطها. ويمكن المشرع الدائن الذي يقبل بهذا الحل أو المقترح، من الأولوية في استخلاص ديونه قبل الديون الأخرى، باستثناء الديون التي تتمتع بامتياز مدعم للدفع. و في ذلك تشجيع للدائن على المساهمة في إنقاذ المؤسسة، وهي إضافة لم تكن مخولة قبل تنقيح 2016.

و نتبين من خلال الفصل 428 من المجلة التجارية الطبيعة الرضائية والتعاقدية لاتفاق التسوية الرضائية بما أن لهذا الاتفاق الذي يقع التفاوض حوله تحت إشراف المصالح خصائص وامتيازات العقود.

ب. تعليق إجراءات التنفيذ وآجال السقوط (أو تعطيل التنفيذ) :

يبرز من خلال تعطيل التنفيذ عموما أولوية الإجراءات الجماعية على التتبعات الفردية للدائنين و أولوية مواصلة النشاط و إنقاذ المؤسسة على غيرها من الإعتبارات. فلتسهيل عملية إنقاذ المؤسسة، أقر المشرع قاعدة على غاية من الأهمية قد لا تروق للدائنين وهي تعليق إجراءات التنفيذ المنصوص عليها بالفصل 427 جديد من المجلة التجارية. على أن مختلف التنقيحات التي طالت هذا الفصل، وهو الذي يعادل الفصل 12 من قانون 1995، قد حدت من نطاق هذه القاعدة موضوعيا وزمنيا. فبعد أن كان الفصل 12 من قانون 17 أفريل 1995 ينص في فقرته الأولى***: "يمكن لرئيس المحكمة أن يأذن بتعليق إجراءات التقاضي والتنفيذ الرامية لاستخلاص دين سابق عن طريق فتح التسوية وذلك في نهاية مهمة المصالح"*** ، أصبح الفصل 427 جديد يقتضي: ***"لا يمكن لرئيس المحكمة أن يأذن بتعليق إجراءات التنفيذ الرامية لاستخلاص دين سابق لتاريخ فتح التسوية الرضائية إلا إذا تبين له أن في أدائه تعكيرا لوضع المؤسسة وعرقلة لإمكانية إنقاذها. كما ليس له أن يأذن بتعليق إجراءات التنفيذ الرامية إلى استرجاع منقولات أو عقارات إلا إذا تبين له أنها ضرورية لنشاط المؤسسة المدنية ويبين في الإذن الأعمال التي يأذن بتعليقها وينتهي التعليق آليا بصدور قرار في مطلب التسوية الرضائية"*** .

يثير هذا الفصل 427 من المجلة التجارية بعض الملاحظات:

*من خلال المقارنة بين الصيغة القديمة للفصل 12 والصيغة المعتمدة صلب الفصل 427 نتبين توجه المشرع نحو الحد من قاعدة تعليق إجراءات التنفيذ لتأثيرها المباشر على وضعية الدائنين و على حقهم في إستخلاص ديونهم و جعل مسألة تعطيل التنفيذ إجراءا إستثنائيا محدودا في الزمن و مشروطا و رهين توفيره لمزيد من الحظوظ في إنقاذ المؤسسة حيث تخلى المشرع عن الصبغة التقريرية المعتمدة سابقا مقابل الصبغة الاستثنائية منذ تنقيح 2003. بالإضافة إلى تخليه عن تعليق إجراءات التقاضي حتى يتمكن الدائن من إثبات وتوثيق دينه أو حقه (من: يمكن للقاضي- إلى لا يمكن... إلا).

* حدد المشرع و ضيق إمكانية تعليق إجراءات التنفيذ و جعلها تنحصر في إثنين:

أولا: في تلك التي ترمي إلى استخلاص دين سابق لتاريخ فتح التسوية الرضائية إذا كان من شأن تلك الإجراءات تعكير أو عرقلة لإمكانية إنقاذها.

ثانيا: تلك التي ترمي إلى استرجاع منقولات أو عقارات إذا تبين أنها ضرورية لنشاط المؤسسة المدنية. أما إذا كانت الحالة غير ما ذكر فإنه لا يمكن لرئيس المحكمة أن يأذن بتعليق إجراءات التنفيذ.

تحيل الصورة (الأخيرة) الثانية لعقود الإيجار التي يمكن أن تربط المؤسسة بشركات الإيجار المالي Sociétés de leasing و التي بموجبها قد تتولى المؤسسة إستئجار منقولات ضرورية لنشاط الشركة مقابل دفع أقساط شهرية (آلات كهربائية ضخمة, سيارات لنقل البضائع, ...)و تحال إليها الملكية بنهاية دفع الأقساط. و يترتب عن التخلف عن دفع قسط ما حلول الأجل بالنسبة لبقية الأقساط و إمكانية إسترجاع المنقولات المذكورة من طرف شركة الإيجار المالي و هو ما يمكن أن يهدد إستمرارية نشاط الشركة. و هذا ما جعل المشرع ينص على إمكانية تعليق إجراءات التنفيذ بالنسبة لهذا الصنف من العقود. مقابل ذلك, ينص المشرع صلب الفصل 429 من المجلة التجارية: "في حالة إفتتاح إجراءات التسوية القضائية أو التفليس, تعطى للدائن الذي قبل ضمن إتفاق التسوية الرضائية المصادق عليه ضخ أموال جديدة أو توفير منقولات أو عقارات أو تقديم خدمات لمساعدة المؤسسة على مواصلة نشاطها, **الأولوية**, و تستخلص ديونه قبل الديون الأخرى بإستثناء الديون التي تتمتع بإمتياز مدعم للدفع".

*لا يمكن أن تشمل إمكانية تعليق إجراءات التنفيذ الإجراءات المتعلقة بتنفيذ حكم متعلقة بمستحقات العملة لصبغتها المعاشية إلا إذا تبين أن في تنفيذها تعطيلا لإمكانية إنقاذ المؤسسة. حيث ينص الفصل 427 من المجلة التجارية في فقرته الخامسة:" و لا يمكن لرئيس المحكمة المتعهدة بمطلب التسوية الإذن بتعليق إجراءات تنفيذ حكم متعلقة بمستحقات عامل إلا إذا كان من شأن التنفيذ أن يؤدي لمنع إنقاذ المؤسسة بإستثناء المبالغ غير القابلة للحجز من مستحقات العملة." (فالمبدأ إذن هو ألا تعلق إجراءات تنفيذ حكم متعلقة بمستحقات عامل).

و يتوقف تعليق إجراءات التنفيذ كذلك على الإستجابة لبعض الشروط، حيث لا يقرر رئيس المحكمة تعليق هذه الإجراءات المذكورة إلا بعد إستدعاء الدائن و الكفيل أو الضامن وكل مدين متضامن لسماع جوابهم و لو لم يكن تعليق إجراءات التنفيذ رهين موافقتهم من عدمها.

و قد سبق أن أكد فقه القضاء على الطابع الإستثنائي لتعطيل التنفيذ صلب التسوية الرضائية مقارنة بالتسوية القضائية التي يكون فيها تعطيل التنفيذ آليا بمجرد فتح فترة المراقبة و غير خاضع للسلطة

التقديرية للقاضي . و إعتبرت محكمة الإستئناف بتونس في هذا الصدد بحكم عدد 52468 مؤرخ في 24 ديسمبر 1998 **"أن الإستثناء ضيق بطبعه و لا يمكن التوسع فيه و تعليق إجراءات التقاضي و التنفيذ هو أمر إستثنائي تقرره المحكمة مراعاة لوضع خاص تمر به المؤسسة فإن انتهى مفعوله عادت حقوق الأطراف آليا لما كانت عليه..."**. و يتضح بذلك أن الهدف من تعطيل التنفيذ ليس ضمان لمساواة بين الدائنين بقدر ماهو السعي للحفاظ على أصول المؤسسة و أموالها لحين التوصل لتسوية مع دائنيها.

*و يظهر الطابع الإستثنائي لتعطيل التنفيذ كذلك في تحديده الزمني فهو ينتهي آليا بصدور قرار في مآل التسوية أي المصادقة على الإتفاق. فإذا تم التوصل لإتفاق، يتم العمل بمقتضياته. و إن لم يتم التوصل لإتفاق، أو رفض المطلب، تستأنف أعمال التنفيذ من الحد الذي آلت إليه.

*علاوة على ذلك، يستنتج من منطوق الفصل 427 من المجلة التجارية " **ويبين في الإذن الأعمال التي يأذن بتعليقها"** أن تعليق التنفيذ في شأن المدين إنتقائي. حيث يتعين على رئيس المحكمة أن ينص في الإذن على أعمال التنفيذ التي يأذن بتعليقها على وجه التحديد دون غيرها إستجابة لطلب المدين. فيكون كل طلب متعلق بعمل تنفيذي معين (عقلة تنفيذية, عقلة توقيفية, ...) و يأخذ فيه القاضي قرارا بالتعليق على معنى الفصل 427 من المجلة التجارية. و عليه، فإن تعليق التنفيذ ليس مطلقا بمجرد قبول مطلب التسوية بل هو إنتقائي يأتي إستجابة لطلب المدين بشأن أعمال تنفيذ (و ليس تقاضي) معينة بذاتها.

و عموما، يبقى تعطيل التنفيذ و إيقاف التتبعات الفردية إزاء المدين إجراءا إختياريا خاضعا لإجتهاد القاضي الذي يبقى له -في إطار تدعيم وتفعيل حماية الدائن والسعي للموازنة بين مصلحته ومصلحة المؤسسة المدينة - أن يأذن بتعليق آجال السقوط وذلك منذ تنقيح الفصل 12 بالقانون المؤرخ في 15 جويلية 1999. و يعني تعليق آجال السقوط وقف سقوط حق المطالبة بمرور الزمان و تعليق سريان مدة تقادم الحق لفترة معينة. و هي فترة التوصل لإتفاق التسوية. فتستأنف التتبعات بهذا التاريخ و يطرح من مدة التقادم الفترة الفاصلة بين تعليق التنفيذ و مآل التفاوض حول التسوية.

❖ *ويطرح التساؤل حول وضعية الكفيل فيما يخص تعليق إجراءات التنفيذ و مدى إستفادته بما يستفيد به المدين الأصلي من هذه الناحية.*

الكفالة بالمال هي بالإستناد للفصل 1478 من مجلة الإلتزامات و العقود:**" عقد يلتزم بمقتضاه شخص بأن يؤدي للدائن ما إلتزم به المدين إن لم يؤده"**. و هي بذلك تعهد بالدفع من الكفيل عند تخلف المدين المكفول. و للكفالة ثلاث خصائص أساسية: أولها أنها **عقد رضائي** يقوم باللفظ الصريح و يعتبر فيها الكتب شرط إثبات (1485م.إ.ع). ثانيها، أنها **عقد ملزم لجانب واحد**، و ثالثها، أنها **عقد تبعي** بحيث

أن إلتزام الكفيل تابع للإلتزام الأصلي و لا يمكن أن يزيد عنه أو أن يبقى قائما بعد إنقضاءه. و بالتالي، فإنه عملا بقاعدة الفرع يتبع الأصل، فإن الكفالة يمكن أن تتأثر بما يمكن أن يطرأ على الإلتزام الأصلي. و من نتائج ذلك أن الكفيل ينتفع في القانون المدني بما ينتفع به المدين الأصلي من تعليق و تعطيل لإجراءات التتبع و التنفيذ. و يجوز له أن يعارض الدائن بما للمدين من أوجه المعارضة و أن يطلب التوجه جهة المدين الأصلي قبل مطالبته بالأداء, و هو ما يعبر عنه بالدفع بالتجريد و ذلك بالإستناد للفصلين 1496 ("لا يتوجه الطلب لجهة الكفيل قبل أن تظهر المماطلة من المدين") و 1502 من مجلة الإلتزامات و العقود.

هذه التبعية بين إلتزام المدين و إلتزام الكفيل في القانون العام وجدت إمتدادا لها في قانون الإنقاذ لسنة 1995 حيث أن المشرع لم ينص على ما يمكن أن يحرم الكفيل من التمتع من تعليق لإجراءات التتبع و التنفيذ على مكاسبه أثناء التسوية الرضائية صلب الفصل 12 من القانون و هو ما فسر صلب فقه القضاء على أنه رغبة من المشرع في الإبقاء على التبعية بين إلتزام المدين و إلتزام الكفيل. و قد حافظ على هذا الإرتباط بين إلتزام المدين و إلتزام الكفيل مع تنقيح 1999. و هو ما درج عليه فقه القضاء في مرحلة أولى من ذلك القرار عدد 14509 مؤرخ في 22 مارس 2002 (النشرية 2002، جزء ثان، صفحة 165) الذي إعتبرت فيه المحكمة***: " لا يتوجه الطلب لجهة الكفيل قبل أن تظهر المماطلة من المدين. و حيث أنه من آثار الكفالة أن يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين و له أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين. و حيث أجمع الفقهاء على أن إلتزام الكفيل تابع لإلتزام المدين ينقضي بإنقضاءه و يبطل ببطلانه. و حيث يترتب على ما ذكر أنه يجوز للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بما يستطيع المدين أن يتمسك به فكل ما يؤثر في إلتزام المدين من حيث صحته أو إنقضائه أو تعليقه لمهلة يؤثر في إلتزام الكفيل... وحيث إقتضى الفصل 12 من قانون إنقاذ المؤسسات المؤرخ في 17 أفريل 1995 في فقرته الثانية أنه يترتب عن إتفاق التسوية توقيف إجراءات التقاضي و التنفيذ الرامية إلى الإستخلاص و بالنسبة لكافة الديون السابقة للإتفاق في نهاية مدته"***. و هو ما قضت به المحكمة كذلك في قرار عدد 3305 مؤرخ في 28 أكتوبر 2004 (النشرية 2004، الجزء 2، الصفحة 183) بمقولة أن إخرج المكفول أي المدين من نطاق المطالبة ينجر عنه حتما إخراج الكافل من القضية.

و بتنقيح 2003 تخلى المشرع عن هذه التبعية، و فك الإرتباط بين إلتزام المدين و إلتزام الكفيل و جعل المبدأ هو مواصلة التنفيذ على الكفيل و تعليق الإجراءات في شأنه إستثنائية و موقوفة على رضاء الدائن. و صار الفصل 12 من القانون ينص على ما يلي***:" ...و لا تعلق إجراءات التقاضي و التنفيذ في حق الكفيل أو الضامن إلا بالنسبة لمن رضي بذلك من الدائنين"***. و قد برر الفقه هذا الرجوع عن التبعية من قبل المشرع في السعي لضمان مصلحة الدائنين. و درج فقه القضاء على ضوء هذا

التعديل على إعتبار أن ***"للكفلاء نظام خاص في نظام الإنقاذ فهم لا ينتفعون بما ينتفع به المدين من تعطيل إجراءات التتبع و التنفيذ و يجوز للدائن تتبعهم في إستخلاص دينه في كل وقت ما لم يصدر الحكم في التسوية"*** (قرار تعقيبي مدني عدد 76660 مؤرخ في 12 ديسمبر 2012- غير منشور).

❖**ثم بتنقيح 2016، أبقى المشرع على مبدأ إمكانية التنفيذ و التوجه جهة الكفيل عند تعليق الإجراءات لفائدة المدين الأصلي مع الإمكانية الإستثنائية في تعليق الإجراءات في شأن الكفيل و ترك صلاحية تقريرها خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي و لم تعد متوقفة على موافقة الدائنين. أي أنه للقاضي أن يأذن بتعليق إجراءات التنفيذ في شأن الكفيل على غرار المدين. حيث ينص الفصل 427 المجلة التجارية في فقرته الرابعة *"ويمكن لرئيس المحكمة تعليق إجراءات التنفيذ في حق الكفيل أو الضامن أو المدين المتضامن"*.** و يعتبر شق من الفقه أن التعديل الأخير المدخل على هذا الفصل يوحي برجوع نسبي للتبعية أمام هذا الجواز الممنوح للقاضي في تمكين الكفيل مما يمكن منه المدين دون إشتراط لموافقة الدائنين لإنظار الكفيل. و يشترط إجرائيا أن يطلب الكفيل قضائيا تمكينه من تعليق إجراءات التنفيذ بقرار من رئيس المحكمة لأنها مسألة تتعلق بمصلحة الكفيل الشخصية. و مع ذلك يبقى المبدأ صلب قانون الإنقاذ مباشرة الإجراءات على أموال الكفيل إلا إذا أذن القاضي بتعليقها و لا يشمل هذا التعليق إلا إجراءات التنفيذ دون التتبع التي تبقى سارية.

و يعتبر هذا التوجه التشريعي نحو التيسير في وضعية الكفيل أكثر تماشيا مع مضمون الفصل 1519 من مجلة الإلتزامات و العقود الذي ينص على ما يلي:***" إذا أنظر الدائن المدين إنسحب الإنظار على الكفيل إلا إذا كان موجب الإنظار عسر المدين"***. بالرجوع لهذا الفصل، يكون من المنطقي تمكين الكفيل من الإمهال الذي مكن منه المدين حال أن المدين ليس معسرا(في وضعية ميؤوس منها) بل فقط يمر بصعوبات إقتصادية. فلا يجوز أن يكون إلتزام الكفيل معجلا إذا كان إلتزام المدين الأصلي مؤجلا(1490 و 1491 من مجلة الإلتزامات و العقود). و قد إعتبر جانب من الفقه انه***" إذا كان الدين المكفول مالا و تأجل الدين على المدين بأن حصل على مهلة إضافية بأمر القاضي أو بإذن الدائن فإن الكفيل يستفيد من هذه المهلة و لا تجوز مطالبته قبل حلول الأجل الجديد"***. (عدنان إبراهيم السرحان. العقود لمسماة في المقاولة –الوكالة –الكفالة. الأردن، طبعة سنة 2001، الصفحة 209.)

II .إبرام اتفاق التسوية الرضائية:

يخضع اتفاق التسوية وجوبا لمصادقة رئيس المحكمة (أ) حتى يرتب آثاره (ب).

أ. المصادقة على الاتفاق:

يصادق رئيس المحكمة وفق الفصل 428 على الاتفاق الحاصل بين المدين و دائنيه. على أنه، وطبقا للفصل 432 من المجلة التجارية، إذا تعذر التوصل إلى اتفاق بالتراضي في الأجل المحدد بالفصل 425 من هذه المجلة أو تقاعس المدين في الحضور لدى المصالح رغم استدعاءه طبقا للقانون أو توقفت المؤسسة عن الدفع أثناء ذلك، يمكن وضع حد لإجراءات التسوية. أما إذا حصلت موافقة نسبية أو موافقة بالإجماع على اتفاق التسوية الرضائية، يؤول ذلك لإحدى صنفين من المصادقة، إما مصادقة آلية وجوبية (1) أومصادقة اختيارية(2).

1. المصادقة الآلية:

بالإستناد للفصل 428 من المجلة التجارية **"يصادق رئيس المحكمة وجوبا على الاتفاق الحاصل بين المدين وجميع دائنيه..."**. وليس له طبقا للفصل 428 فقرة ثانية أن يرفض المصادقة على اتفاق حاز على إجماع المدين والدائنين بعد أن أبرمه جميع الأطراف و يترتب على المصادقة في هذه الحالة أثران: أولهما تنفيذ الإتفاق بحذافيره من الأطراف وثانيهما، و هو المنصوص عليه بالفقرة الأخيرة من الفصل 428 من المجلة التجارية و يتعلق بتعليق إجراءات التنفيذ الرامية إلى استخلاص دين سابق عن اتفاق التسوية أو إلى استرجاع منقولات أو عقارات بسبب عدم أداء دين حتى نهاية مدة **الاتفاق "و يترتب عن إتفاق التسوية بالنسبة للدائنين المشمولين به تعليق إجراءات التنفيذ الرامية إلى استخلاص دين سابق عن إتفاق التسوية أو إلى استرجاع منقولات أو عقارات بسبب عدم أداء دين حتى نهاية مدة الإتفاق".**

2. المصادقة الاختيارية

ينص المشرع صلب الفصل 428 من المجلة التجارية فقرة ثانية: **"** ويصادق رئيس المحكمة على الإتفاق الحاصل بين المدين و جميع دائنيه **و يمكنه أن يصادق على الإتفاق الذي أمضاه دائنون يمثل دينهم ثلثي مجمل الديون و يأذن بجدولة بقية الديون مهما كانت طبيعتها لفترة لا تتجاوز مدة الإتفاق على أن لاتتعدى في جميع الأحوال ثلاث سنوات. "**

قد لا يحوز اتفاق التسوية الرضائية على إجماع أو الموافقة الكاملة لجميع الدائنين، وقد تبلغ مع ذلك هذه الموافقة نسبة هامة من الدائنين قد تصل إلى أولئك الذين يبلغ دينهم ثلثي مجمل الديون دون

موافقة الثلث المتبقي. في هاته الحالة، تسري على الدائنين أحكام الموافقة بالإجماع ويخضعون بدورهم للأثرين السابق ذكرهما أي تنفيذ الاتفاق وتعليق إجراءات التنفيذ.

أما بالنسبة للثلث المتبقي الغير ممضى لهذا الاتفاق، فيخضع لنظام خاص وتكون المصادقة في هاته الصورة مصادقة اختيارية طبقا للفقرة الثانية من الفصل 428 حيث تكون لرئيس المحكمة السلطة التقديرية الكاملة في تقرير المصادقة على الاتفاق من عدمه.

إن المصادقة على الاتفاق الحائز على موافقة الدائنين الممثل دينهم ثلثي جملة الديون يرتب آثار هامة في حق البقية غير الممضية.

لا تسري على الدائنين الممثل دينهم الثلث المتبقي من مجمل الديون قاعدة تعليق إجراءات التنفيذ المشار إليها سابقا، بيد أنهم يخضعون، حسب الفقرة الثانية من الفصل 428، رغم عدم إمضائهم لاتفاق التسوية لجدولة ديونهم مهما كانت طبيعتها لفترة لا تتجاوز هذا الاتفاق على أن لا تتعدى في جميع الأحوال 3 سنوات.

تعتبر جدولة الديون بالنسبة للبقية غير الممضية للاتفاق جدولة محدودة زمنيا. وقد نص المشرع التونسي على هذا التحديد الزمني منذ سنة 1995، حيث كان الفصل 13 من قانون 1995 يقتضي أن هذه الفترة لا يمكن أن تتجاوز 3 سنوات. ثم بمقتضى التنقيح الوارد على الفصل 13 سنة 1999، أصبح المشرع التونسي ينص على أن لا تتجاوز هذه الجدولة مدة الاتفاق. و بمقتضى قانون 2016، دمج المشرع التونسي بين هاذين التحديدين الزمنيين وأصبح ينص على أن جدولة الدين لا يمكن أن تتعدى مدة الاتفاق ولا أن تتجاوز الثلاث سنوات.

علاوة على هذا التحديد الزمني، تعتبر جدولة ديون البقية الغير مبرمة للاتفاق جدولة مشروطة إذ ترد عليها عديد الاستثناءات الواردة بالفقرة الثالثة من الفصل 428 والتي أضافها المشرع التونسي بمقتضى تنقيح 2016. حيث يستثني المشرع التونسي من هذه الجدولة الديون المنصوص عليها بالفصلين 541 و571 من المجلة التجارية وهي الديون التي تخص نواب التجارة المتجولين و ممثلي التجارة. كما استثنى منها كذلك الديون المنصوص عليها بالفصل 199 من مجلة الحقوق العينية باستثناء الفقرة الرابعة المتعلقة بديون الخزينة العامة. بالإضافة إلى الديون الصغيرة في حدود خمسة بالمائة من مجمل الديون والتي لا تتجاوز كل واحد منها نصف واحد بالمائة من إجمالي الديون. وتكون الأولوية في تحديد الديون الصغيرة المستثناة للدين الأقل مبلغا.و يتم إبداع الاتفاق المصادق عليه بكتابة المحكمة التي تتولى إدراجه

بالسجل التجاري وإعلام لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية بمضمونه (فقرة رابعة من الفصل 428 من المحلة التجارية).

ب. آثار اتفاق التسوية الرضائية:

بما أن اتفاق التسوية الرضائية يكتسي طبيعة عقدية، فإن نتيجة ذلك أن تنفيذ هذا الإتفاق يجب يستجيب إلى أهم قواعد قانون الالتزامات. وقد أقرت محكمة التعقيب في قرارها الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 2007 أن اتفاق التسوية الرضائية له طبيعة تعاقدية بما أن له خصائص وامتيازات العقد. ويترتب عن ذلك أنه في صورة عدم تنفيذ اتفاق التسوية الرضائية، فإن ذلك يؤول حتما إلى جزاء فسخ ذلك الاتفاق.

1. تنفيذ اتفاق التسوية الرضائية:

يلتزم المدين بتنفيذ البنود الواردة باتفاق التسوية الرضائية الممضي عليه. ويبقى في نفس الوقت على رأس مؤسسته. وهو بالتالي يحتفظ بحرية التصرف في الذمة المالية للمؤسسة أي إمكانية البيع أو الشراء أو الحصول على تأمينات إلى غير ذلك من الأعمال. وهذا ما يؤكد النظرة الجديدة لقانون إنقاذ المؤسسة الذي لم يعد يعتبر كقرينة سوء تصرف مسير المؤسسة. ولم يعد يعاقب هذا الأخير حال وجود صعوبات اقتصادية داخل مؤسسته، مثلما كان الحال في إطار نظام الصلح الاحتياطي. إذ أن قانون 17 أفريل 1995 مثلما وقع تنقيحه سنة 2016 أخذ في عين الاعتبار أن الصعوبات الاقتصادية يمكن أن تنجر عن ظروف خارجية لا علاقة لها بالمؤسسة أو بمسيرها (أزمة عالمية، ثورة، ظروف قاهرة). و بالتالي أصبح المشرع من خلال قانون الإنقاذ ينظر إلى المدين كشريك في انقاذ المؤسسة.

أما فيما يتعلق بالدائنين، فيلتزمون بالنسبة لمن أمضى منهم اتفاق التسوية بقاعدة تعليق إجراءات التنفيذ وتنفيذ اتفاق التسوية المصادق عليه بجميع بنوده، و بالنسبة للدائنين الغير مشمولين باتفاق التسوية الرضائية فإنهم يكونون في حل من هذا الاتفاق. غير أن الفصل 428 جديد خول لرئيس المحكمة إمكانية جدولة ديونهم لمدة لا تتجاوز في كل الأحوال 3 سنوات.

2. فسخ اتفاق التسوية الرضائية (أثار عدم تنفيذ اتفاق التسوية الرضائية):

قد يفسخ اتفاق التسوية الرضائية لعدم التنفيذ من طرف المدين، وقد يفسخ بحكم القانون.

*** الفسخ لعدم التنفيذ:**

إن إخلال المدين بتعهداته المترتبة عن اتفاق التسوية الرضائية تجاه احد دائنيه يخول كل من له مصلحة أن يطلب من المحكمة فسخ الاتفاق و إسقاط الآجال الممنوحة للمدين وإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانو عليها فيما لم يقع دفعه من الديون. هذا ما نص عليه المشرع صلب الفصل 430 من المجلة التجارية. مع الإشارة إلى أن المشرع قد تخلى عن ضرورة الانتظار أجل 6 أشهر قبل القيام بدعوى الفسخ تجاه المدين المخل بتعهداته والذي سبق وأن أدرجه صلب الفصل 17 بمقتضى تنقيح 29 ديسمبر 2003. وبالتالي، لا يحمل القائم بدعوى الفسخ على إمهال المدين المخل بالتزامه مدة 6 أشهر، بل له أن يقوم بهذه القضية على الفور لدى المحكمة المختصة وفق إجراءات القضاء الاستعجالي. ونتيجة للتبعات السلبية التي يمكن أن تنجم عن فسخ اتفاق التسوية الرضائية المصادق عليه، خول المشرع صلب الفصل 563 إمكانية الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في دعوى فسخ اتفاق التسوية الرضائية 20 يوما من تاريخ صدوره. ويكون الطعن بالتعقيب في الحكم الإستئنافي كذلك 20 يوما من تاريخ صدوره.

* **الفسخ الآلي:** الاضطراري بحكم القانون.

ينص الفصل 431 من المجلة التجارية على صورة يفسخ فيها اتفاق التسوية وجوبا أو آليا. وهي صورة صدور قرار لفتح إجراءات التسوية القضائية أو حكم بالتفليس ضد المدين. ففي هذه الحالة، يفسخ اتفاق التسوية الرضائية وجوبا. ويسترجع الدائنون كامل حقوقهم السابقة بعد طرح ما توصلوا إليه بمقتضى اتفاق التسوية الرضائية.

وقد مكن المشرع صلب الفصل 562 من المجلة التجارية من الطعن في القرارات و الأحكام الصادرة عن رئيس المحكمة في مجال التسوية الرضائية بما من ذلك القرارات المتعلقة بإيقاف التسوية الرضائية طبقا للأحكام المنصوص عليها في مجلة المرافعات المدنية والتجارية في مادة الأذون على العرائض.

الجزء الثاني: التعامل العلاجي مع الصعوبات الاقتصادية: التسوية القضائية:

قد تقصر الوسائل الوقائية عن تحقيق غاية إنقاذ المؤسسة و الحيلولة دون استفحال صعوباتها، فيتحتم حينها المرور إلى وسائل أكثر نجاعة. و قد جعل المشرع من التعامل العلاجي مع الصعوبات

الاقتصادية ، محور الباب الرابع من العنوان الأول من المجلة التجارية، من الفصل 433 إلى 474 أي ما يعادل 41 فصلا و هو الباب المتعلق بالتسوية القضائية.

أدخل المشرع على مدى التنقيحات المتواترة على هذه المرحلة بعض التجديد. و هو ما يهدف بحسب وثيقة شرح الأسباب إلى **"البحث عن النجاعة لأن نظام الإجراءات الجماعية يشكو من عديد الهنات التي لاحت في التطبيق و حدت من نجاعته"** في صياغة الحلول الملائمة. و تتطلب دراسة التسوية القضائية التعرض بداية لافتتاح إجراءات التسوية القضائية (مبحث1) ثم التعرض في مرحلة ثانية لسير التسوية القضائية (مبحث2).

المبحث الأول: افتتاح التسوية القضائية

تنطلق التسوية القضائية بناءا على مطلب ممن له الصفة على معنى الفصل 435 من المجلة التجارية أو من طرف القاضي، و ذلك عند فشل التسوية الرضائية على معنى الفصل 432 من المجلة التجارية، وفي كل وقت يتبين فيه أن المؤسسة متوقفة عن دفع ديونها. و هو ما يتطلب التعرض صلب الفرع الأول لل"شرط الأصلي الضروري لافتتاح التسوية القضائية" و هو التوقف عن الدفع، ثم لل"شروط الإجرائية لافتتاح التسوية القضائية" ضمن الفرع الثاني.

الفرع الأول: الشرط الأصلي لافتتاح التسوية القضائية : التوقف عن الدفع

رغم أن المشرع التونسي لسنة 1995 استوحى أهداف قانون 17 افريل 1995 من القانون الفرنسي المؤرخ في25 جانفي1985، فانه رفض في مرحلة أولى إعطاء تعريف واضح و صريح لمفهوم التوقف عن الدفع، مع أن الفصل 3 من القانون الفرنسي لسنة 1985 كان قد عرف التوقف عن الدفع ب**"استحالة مجابهة الديون التي حل اجلها بما هو موجود من سيولة"**. و قد أدى امتناع المشرع عن تعريف هذا المصطلح صلب القانون التونسي إلى تأويلات خاطئة و وضعيات غريبة في التطبيق و ضع لها فقه القضاء مبدئيا حدا بمقتضى القرار الإستئنافي المؤرخ في 6 أكتوبر 2000 .و دعمه المشرع بإضافة الفقرة الثانية للفصل 18 بموجب تنقيح 2003 أدرج فيها تعريف التوقف عن الدفع.

الفقرة الأولى : غموض معيار التوقف عن الدفع قبل تعديل 2003:

أمام صمت المشرع عن ضبط مفهوم التوقف عن الدفع، قام فقه القضاء التونسي بمحاولة إعطاء معنى لهذا المفهوم، لكن موقفه قد شابه التقلب و التذبذب و الغموض، حيث ظل هذا التعريف متغيرا

لسنوات عديدة، و مؤكدا في غالبه على الوضعية المالية الميؤوس منها أو الوضعية غير قابلة للإصلاح نهائيا.

إن التمعن في الاجتهاد الفقه القضائي السابق لتعديل 2003 يبين انصهارا جليا بين مفهوم التوقف عن الدفع صلب التسوية القضائية و التوقف عن الدفع صلب التفليس. و يعود ذلك بالأساس إلى أن مفهوم التوقف عن الدفع ظل منحصرا لسنوات عديدة في نطاق التفليس، و يدور في فلك الفصل 445 قديم من المجلة التجارية الذي ينص:"يعتبر في حالة إفلاس كل تاجر توقف عن دفع ديونه" و كان في وضعية ميؤوس منها. ثم برز هذا المفهوم مجددا بمقتضى تنقيح 1995 في إطار التسوية القضائية صلب الفصل 18 في فقرة وحيدة تنص على ما يلي: "يمكن أن تنتفع بالتسوية القضائية المؤسسة التي تتوقف عن دفع ديونها" دون أن يقوم المشرع بتعريف التوقف عن الدفع المؤدي لافتتاح التسوية القضائية. و بالتالي أصبح هذا المعيار في ذات الوقت عنصرا قادحا لوضعيتين مختلفتين و منفصلتين تمام الانفصال.

إن تنصيص المشرع سنة 1995 على التوقف عن الدفع كعنصر قادح للتسوية القضائية دون تقديم تعريف تشريعي له، حدا بفقه القضاء أحيانا لاعتماد نفس التصور للتوقف عن الدفع بالنسبة للتسوية القضائية و التفليس على حد السواء، و هو التصور المستند للفصل 445 قديم من المجلة التجارية و الذي يعتبر التوقف عن الدفع و صول المؤسسة مرحلة ميئوسا منها. و هما مرحلتان منفصلتان و مختلفتان أيما اختلاف. و قد برز هذا التوجه لفقه القضاء في عديد القرارات و الأحكام من بينها الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 14 جويلية 1998 أو الحكم الابتدائي المدني الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 171 بتاريخ 31 أكتوبر 2001 (أحكام غير منشورة أوردها الأستاذ كمال عياري في مقالة منشورة بمجلة القضاء و التشريع 2007 تحت عنوان "مفهوم الصعوبات الاقتصادية في قانون الإنقاذ").

إن إدراج التوقف عن الدفع صلب قانون الإنقاذ لسنة 1995 دون تقديم تعريف تشريعي له و عدم الفصل بين التوقف عن الدفع صلب التفليس و التوقف عن الدفع صلب التسوية القضائية أدى إلى التماهي و التداخل بينهما صلب فقه القضاء. و أدى على مستوى التطبيق إلى منع عديد المؤسسات من الانتفاع بالتسوية القضائية بحجة عدم وصولها مرحلة التوقف عن الدفع التي كانت تفهم بمنطق الوضعية الميئوس منها.

الفقرة الثانية : التصور الحديث لمفهوم التوقف عن الدفع:

تم استلهام هذا التصور الحديث لمفهوم التوقف عن الدفع من التشريع الفرنسي و تحديدا الفصل 631-1 من المجلة التجارية الفرنسية الذي يعتبر توقفا عن الدفع العجز عن مجابهة الديون الحالة بالموجودات المتوفرة" impossibilité de faire face au passif exigible par l'actif disponible"

و قد برز هذا النهج على منوال المشرع الفرنسي بداية صلب قرار هام و مفصلي صادر عن محكمة استئناف تونس 6 أكتوبر 2000 تحت عدد 197، مشفوع بالتنقيح 2003 الذي سارع فيه المشرع بإضافة الفقرة الثانية للفصل 18 قديم معرفا فيها التوقف عن الدفع.

تتعلق وقائع قرار6 أكتوبر 2000 بمؤسسة للصباغة واجهتها صعوبات مالية منعتها من الوفاء بديونها فطلب مسيرها الانتفاع بالتسوية القضائية. و استجابت المحكمة الابتدائية التي اعتبرت أن المؤسسة كانت فعلا في حالة توقف عن الدفع.إلا أن احد دائني هذه الشركة و هو بنك تونس، لم يكن موافقا على افتتاح التسوية القضائية. و قام بدعوى أمام محكمة الاستئناف بتونس معتبرا أن المؤسسة لم تكن في حالة توقف الدفع و إنما تمر فقط بصعوبات عابرة. و أضاف هذا الدائن أن للمؤسسة عديد الأصول التجارية بما يجعلها خارجة عن إطار التوقف عن الدفع. وقد كان المشكل القانوني المطروح في هذا القرار يتعلق بمدى وجود حالة توقف عن الدفع من عدمها.

في إجابة عن هذا الإشكال عمدت محكمة الاستئناف إلى تقسيم و تفصيل موجودات المؤسسة على النحو الآتي:

1. السيولة و الموجودات على المدى القصير من جهة (تهم السيولة كل الموجودات إما بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي للمؤسسة أو الأرصدة الإيجابية المودعة بالبنوك و كل السندات المالية و رقاع الخزينة و الموافقات البنكية على قروض لم تستعمل بعد. أما الموجودات القابلة للصرف على المدى القصير، فهي تهم الأصول العادية التي جاء بها النظام المحاسبي و التي من الممكن تحويلها إلى سيولة في أحسن الظروف المتعلقة بالقيمة و الآجال، و في فترة لا تتجاوز السنة حسب ما جاء بالقانون عدد 96- 112 المتعلق بالنظام المحاسبي. و تهم هذه الأصول أساسا المخزون القابل للتصريف في ظروف طيبة، حسابات الحرفاء العادية و التي لا تشكل أي مخاطر في الاستخلاص، الأوراق التجارية القابلة للإسقاط، و كذلك الموجودات الثابتة الخارجة عن نشاط المؤسسة و القابلة للبيع في ظروف حسنة من حيث الآجال و السعر).

2.الموجودات على المدى البعيد من جهة ثانية و تهم العقارات و الأصول التجارية التي لا يمكن تصريفها على المدى القصير.

و اعتبرت المحكمة على ضوء هذا التصنيف "المحاسبي" أنه في حالة لم تكن السيولة و الموجودات على المدى القصير كافية لمجابهة الديون الحال أجلها، فإن ذلك يشكل توقفا عن الدفع حتى و لو كان للمؤسسة موجودات قابلة للصرف على المدى البعيد بحكم أن العقارات و الأصول التجارية لا تأخذ بعين الاعتبار في تعريف التوقف عن الدفع.

أما إذا كانت السيولة و الموجودات برمتها و بصنفيها غير كافية لمجابهة الديون بأسرها فيعتبر ذلك بحكم الإفلاس.

و عليه، اعتبرت محكمة الاستئناف أن الأصول التجارية و العقارات و غيرها من ممتلكات المؤسسة التي لا يمكن صرفها على المدى القصير و التي إعتد بها الدائن، لا تأخذ بعين الاعتبار و لا تدخل في تعريف التوقف عن الدفع. و أن وجودها في المؤسسة لا يعني ضرورة سلامة الوضعية المالية للمؤسسة، حيث يكفي أن تكون السيولة و الموجودات القابلة للصرف على المدى القصير غير كافية لمجابهة الديون حتى يتم القضاء بوجود التوقف عن الدفع.

مقابل ذلك، بمرور القضية طور التعقيب، رغم أن محكمة التعقيب بمقتضى قرارها الصادر ب26 ماي 1999 قد اعتبرت أن مفهوم التوقف عن الدفع في قانون 17 أفريل 1995 يختلف عن مفهوم التوقف عن الدفع في نطاق التفليس الذي يستوجب بلوغ المؤسسة حالا ميئوس منها، و في ذلك اتفقت مع محكمة الاستئناف، إلا أنها خالفت محكمة الاستئناف في مسألة عدم الأخذ بعين الاعتبار الموجودات الغير قابلة للصرف على المدى القصير في تعريف التوقف عن الدفع. و اعتبرت محكمة التعقيب في هذا الإطار أن " مقصد المشرع من عبارة التوقف عن الدفع الواردة بالفصل 18 من قانون17 أفريل 1995 هو عجزها عن مجابهة ديونها بما يتوفر لديها من **موجودات**". و قصدت بذلك الموجودات على وجه العموم دون تمييز بين الموجودات القابلة للصرف على المدى القصير و الموجودات الغير القابلة للصرف على المدى القصير.

و برجوع القضية لمحكمة الاستئناف بتونس من جديد بمقتضى إحالة من محكمة التعقيب، صدر بتاريخ 6 أكتوبر 2000 تحت عدد 197 قرار استئنافي تعرض من جديد لمفهوم التوقف عن الدفع، و حاول ضبطه بدقة.

اعتبرت محكمة الاستئناف أن حالة التوقف عن الدفع تفترض " عدم قدرة المدين عن مجابهة ديونه التي حل اجلها بما هو متوفر لديه من موجودات قابلة للتصرف فيها مثل السيولة المتوفرة بالخزينة أو لدى البنوك و التي يمكن للمؤسسة استعمالها حالا لتسوية ديونها". و أضافت محكمة الاستئناف أن

الأموال الغير قابلة للتصرف فيها بسرعة مثل العقارات و الأصول التجارية لا تخول بالرغم من أهميتها الإنقاذ السريع للمؤسسة لذلك يجب استبعادها عند تقدير مفهوم التوقف عن الدفع، مؤكدة أن التوقف عن الدفع **"يقتضي الاقتصار على العجز عن مجابهة الديون الحالة بما يتوفر من موجودات سائلة"**.

تم تأييد هذا الموقف الصادر عن محكمة الاستئناف في 6 أكتوبر 2000 ببعض الأحكام الموالية، منها حكم تجاري صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 29 نوفمبر 2000 تحت عدد 23، أكدت فيه المحكمة انه **"لا جدال في أن مفهوم التوقف عن الدفع المقصود من المشرع في الفصل المذكور أعلاه يختلف تمام الاختلاف عن مفهومه كشرط موضوعي لافتتاح إجراءات الإفلاس و الذي يفترض أن المؤسسة تكون في حالة اقتصادية ميؤوس منها و غير قابلة للإصلاح. في حين أن الأمر في ظل إجراءات التسوية القضائية يفترض أن تكون المؤسسة في وضعية غير ميؤوس منها باعتبار ان التسوية القضائية تهدف رأسا إلى إنقاذ المؤسسة."**

لا ريب أن هذا المنحى القضائي قد أثر على توجه المشرع عند توليه تنقيح قانون الإنقاذ بتاريخ 29-12-2003، و هو الذي ضمن به تعريفا تشريعيا لمصطلح التوقف عن الدفع بإضافة الفقرة الثانية للفصل 18 التي تنص: **" و تعد متوقفة عن الدفع على معنى هذا القانون على وجه الخصوص كل مؤسسة تكون غير قادرة على مجابهة الديون التي حل اجلها بما هو لديها من سيولة و من موجودات قابلة للصرف على المدى القصير"**. أما بتنقيح القانون بتاريخ أفريل 2016 فقد حذف المشرع عبارة "على وجه الخصوص" و التي كان من الممكن أن تفتح باب التأويل على مصراعيه فيما يخص الوضعيات التي تفيد التوقف عن الدفع. و ينص الفصل 434 من المجلة التجارية حاليا**: " تنتفع بالتسوية القضائية المؤسسة التي توقفت عن دفع ديونها. و تعد متوقفة عن دفع ديونها على معنى هذا العنوان المؤسسة التي تكون غير قادرة على مجابهة الديون التي حل أجلها بما يتوفر لديها من سيولة و من موجودات قابلة للصرف على المدى القصير."**

الفرع الثاني: الشروط الإجرائية لافتتاح التسوية القضائية :

خلافا للفصل 19 قديم (قبل تنقيح 29 ديسمبر 2003) و الذي كان يعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة و إمكانية في فتح التسوية القضائية من تلقاء نفسه عند توفر شروطها، لم يعد حاليا لرئيس المحكمة فتح التسوية القضائية من تلقاء نفسه عند تقاعس المدين عن الحضور لدى المصالح في إطار التسوية الرضائية أو بفشل التوصل لاتفاق إلا بثبوت التوقف عن الدفع و ذلك على معنى الفصل 432 (جديد) من المجلة التجارية. و أصبحت بذلك إمكانية طلب افتتاح التسوية القضائية إمكانية مخولة لأطراف محددة بذاتها(الفقرة الأولى) و لكنها مختلفة المآل بحسب الحالات(فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: الأطراف المخول لها طلب افتتاح التسوية القضائية :

لا تخول إمكانية طلب افتتاح التسوية القضائية سوى للمدين (أ) أو للدائن (ب).

أ. المدين:

يقصد بالمدين المؤسسة المتوقفة عن الدفع المارة بصعوبات اقتصادية في شخص صاحب المؤسسة، مسيرها أو الشريك فيها و قد فصل المشرع بالتحديد الأشخاص المخول لها طلب الانتفاع بالتسوية القضائية بالنسبة لكافة أنواع الشركات صلب الفصل 435 من المجلة التجارية. فيقدم مطلب التسوية القضائية من قبل:

-صاحب المؤسسة إن تتعلق الأمر بمؤسسة فردية خاضعة لأحكام هذا القانون.

- الرئيس المدير العام أو المدير العام أو أغلبية أعضاء مجلس الإدارة إن تعلق الأمر بشركة خفية الإسم ذات مجلس إدارة أو رئيس هيئة الإدارة الجماعية أو المدير العام الوحيد أو أغلبية أعضاء هيئة الإدارة الجماعية إن تعلق الأمر بشركة خفية الإسم ذات هيئة إدارة جماعية .

- الشريك الوحيد بالنسبة لشركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة.

- مسير الشركة بالنسبة للشركات الأخرى.

كما يجوز أن يتقدم بهذا المطلب أيضا عدا المسير أو صاحب المؤسسة، الشريك او الشركاء الماسكين لخمسة بالمائة على الأقل من رأس مال الشركة إن كانت من صنف شركات الأسهم أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة، و كل شريك بقطع النظر عن نسبة مساهمته بالنسبة لبقية الشركات الأخرى.

أما عن محتوى المطلب، فقد اشترط المشرع بداية صلب الفقرة الأولى من الفصل 435 من المجلة التجارية أن يستجيب هذا المطلب لمقتضيات الفصل 417 من المجلة أي أن يحتوي على جملة الوثائق و المعطيات المتعلقة بهوية المؤسسة ، نشاطها، أسباب طلب التسوية و طبيعة الصعوبات، مواطن الشغل و جميع ما يتعلق بالوضعية المالية للمؤسسة و المبينة صلب هذا الفصل. إضافة إلى ذلك، يشترط المشرع في صورة تم تقديم المطلب من المدين أن يدلي إضافة للمعطيات المنصوص عليها بالفصل 417، ببرنامج الإنقاذ المقترح و بقائمة في أسماء أهم الحر فاء و المزودين و قائمة في أسماء المسيرين و أجرة كل واحد منهم و امتيازاته (الفقرة الثالثة من الفصل 435). أما إذا قدم مطلب التسوية القضائية من

الشريك، فيجب أن يتضمن بالإضافة لمقتضيات الفصل 417 من المجلة التجارية ، اسم الطالب و لقبه و تسميته الاجتماعية عند الاقتضاء و عدد ترسميه بالسجل التجاري و شكله القانوني إن كان شركة و مقره مع ذكر معرفه الجبائي و ما لديه من مؤيدات تفيد توقف المؤسسة عن الدفع.

و ينجر عن عدم الاستجابة للشروط المذكورة دون سبب جدي، رفض المطلب مع إمكانية تقديم مطلب جديد.

ب. الدائن:

يحق للدائن الذي تعذر عليه استخلاص دينه بطرق التنفيذ الفردية أن يطلب فتح إجراءات التسوية القضائية في حق المدين وفق الفقرة الأولى من الفصل 435 من المجلة التجارية. و في هته الصورة، تتولى كتابة المحكمة فورا إعلام المدين بمطلب التسوية و إطلاع النيابة العمومية عليه. و يستجيب المطلب المقدم من الدائن لنفس الشروط الشكلية المحمولة على الشريك و المذكورة سابقا أي ضرورة التقيد بأحكام الفصل 417 علاوة على مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 435 و المتعلقة بهوية الطالب بالإضافة للمؤيدات التي تفيد توقف المؤسسة عن الدفع.

تندرج هذه الإمكانية المخولة للدائن في تقديم مطلب التسوية القضائية في حق مدينه في إطار تدعيم حظوظ الدائن في استخلاص ديونه من جهة، و من جهة أخرى في إطار السعي إلى إنقاذ المؤسسة بصفة مبكرة قبل أن تستفحل صعوباتها إن لم يبد مسيرها أو صاحبها سعيا جديا من جانبه في اللجوء إلى القضاء للحيلولة دون بلوغ المؤسسة وضعية ميئوسا منها.

لا ريب أن في هذه الإمكانية المخولة للدائن تعسفا و إجحافا على الإرادة الفردية للمدين. و قد تصطدم تبعا لذلك بتعنته و عدم إبداءه التعاون المطلوب في التثبت من وجود التوقف عن الدفع من عدمه و التقصي عن الوضعية المالية الفعلية للمؤسسة. و هو ما جعل المشرع ينشئ على عاتق المدين واجبا في التعاون أو التعاضد " un devoir de coopération" بالفقرة الأخيرة من الفصل 435 و الذي يوجب على المدين تقديم جميع الوثائق و المؤيدات المنصوص عليها بالفصل 417 و بالفقرة الأخيرة من الفصل 435 حتى و لو لم يتم تقديم المطلب من قبله أي من قبل الدائن أو الشريك، و ذلك في ظرف خمسة عشر يوما من تاريخ إعلامه بالمطلب.

دعم المشرع "واجب المدين في التعاون" بجزاء مدني و عقاب جزائي أيضا. فمن جهة أولى، يترتب عن عدم إبداء المدين التعاون المطلوب في صورة تم تقديم المطلب من الدائن حرمانه من جميع الامتيازات التي ترافق فتح فترة المراقبة حيث ينص الفصل 449 من المجلة التجارية في فقرته الثالثة:" **و لا تعلق إجراءات التنفيذ و لا يتوقف سريان الفوائض و غرامات التأخير و لا تعلق آجال السقوط في صورة تقديم مطلب التسوية من قبل أحد الدائنين و تخلف المدين عن تقديم كافة الوثائق المطلوبة دون سبب جدي و يصرح رئيس المحكمة بذلك في قرار فتح المراقبة. فإن قدمها يعاين رئيس المحكمة تحقق الشرط و يصرح فورا بتعليق إجراءات التنفيذ و توقيف سريان جميع الفوائض و غرامات التأخير و تعليق آجال السقوط."**

من جهة ثانية، و في إطار المؤاخذة الجزائية، ينص الفصل 593 من المجلة التجارية على ما يلي:**"و يعاقب بخطية من ألف إلى عشرة آلاف دينار صاحب المؤسسة أو مسيرها الذي يتعمد...عدم تقديم الوثائق و المعطيات المنصوص عليها بالفصل 417 أو بالفصل 435 من هذه المجلة دون سبب جدي".** و يمكن أن تضاف لهته العقوبة، عقوبة بالسجن من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات إذا أخل المدين بواجب النزاهة المحمول عليه"Le devoir de loyauté" من خلال القيام بتصريح كاذب أو إخفاء ممتلكاته و لو جزئيا أو يتعمد افتعال أو استعمال وثيقة من شأنها أن تؤثر على انطلاق التسوية أو برنامج الإنقاذ أو القيام بتعطيل أو محاولة التعطيل العمد لإجراءات التسوية القضائية في أي طور من أطوارها أو كذلك في صورة امتناعه عن تقديم المحاسبة للمتصرف القضائي.

و تجدر الإشارة إلى أن هذه العقوبات قد وقع التشديد في حدها الأدنى بمقتضى تنقيح 2016 حيث كانت قبل ذلك متمثلة في عقوبة مالية تتراوح من 500 إلى 10000 دينار و عقاب بالسجن من شهر إلى ثلاث سنوات.

الفقرة الثانية: مآل مطلب التسوية القضائية :

قد يؤول مطلب التسوية القضائية إلى الإذن بافتتاح إجراءات التسوية القضائية و انطلاق فترة المراقبة (أ) و قد يؤول لتجاوز فترة المراقبة (ب) كما قد يفضي لرفض المطلب (ج).

أ. الإذن بافتتاح إجراءات التسوية القضائية

إذا تبين لرئيس المحكمة أن مطلب التسوية القضائية جدي و متحقق الشروط، يأذن بانطلاق إجراءات التسوية القضائية وفقا للفصل 436 فقرة أولى. و يفتح في قرار انطلاق إجراءات التسوية القضائية ذاته فترة مراقبة، مثلما ينص على ذلك الفصل 439 من المجلة التجارية في فقرته الأولى.

تعتبر هذه الإجراءات من أهم ما جاء به تنقيح 29 أفريل 2016 بوصفه قد حذف فترة الريبة التي كانت تفصل الإذن بانطلاق إجراءات التسوية القضائية عن فتح فترة المراقبة، حيث أنه بالرجوع لقانون عدد 34 المؤرخ في 17 أفريل 1995 ينعدم التوازي بين انطلاق إجراءات التسوية القضائية و فتح فترة المراقبة بل تسبق هذه الفترة وجوبا "فترة تمهيدية"، فصل المشرع مراحلها و إجراءاتها صلب القسم الأول من الباب الرابع المتعلق بالتسوية القضائية و تحديدا من الفصل 22 إلى الفصل 27 من قانون 1995.

ثم في إطار السعي إلى التبسيط في الإجراءات، و توفير حظوظ أفضل في إنقاذ المؤسسة، عمد المشرع إلى الاختزال في الآجال بحذف فترة الريبة بالإضافة إلى التخلي عن الرأي الو جوبي الاستشاري للجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية السابق لهذه الفترة.

ب. إمكانية تجاوز فترة المراقبة

تتمثل إمكانية تجاوز فترة المراقبة في صورتين أساسيتين: حيث يمكن لرئيس المحكمة طبقا للفصل 436 فقرة ثانية و الفصل 437، إذا تبين له أن إحالة المؤسسة دون المرور بفترة مراقبة هو الحل الوحيد لإنقاذها أن يقرر بعد فتح إجراءات التسوية القضائية إحالة الملف على حجرة الشورى . كما يجوز لحجرة الشورى المرور للتصريح بالتفليس مباشرة إذا توفرت شروطه و ذلك بناءا على طلب من رئيس المحكمة الابتدائية كذلك استنادا للفصل 437 من المجلة التجارية.

ج. رفض المطلب

لرئيس المحكمة الابتدائية في غير الصور المذكورة سابقا أن يقرر رفض المطلب بقرار معلل. و تعتبر الأسباب الآتية من الأسباب المبررة للرفض:

- عدم احتواء المطلب على الوثائق المذكورة بالفصلين 417 و 435 من المجلة.
- عدم ثبوت التوقف عن الدفع أو التوصل لإثباته.
- بلوغ المؤسسة مرحلة تتجاوز التوقف عن الدفع كان تقتضي التفليس مثلا.
- انعدام كل إمكانية في التسوية رغم ثبوت التوقف عن الدفع.

المبحث الثاني: سير التسوية القضائية:

تنطلق إجراءات التسوية القضائية بفتح فترة المراقبة (الفرع الأول). و يدرج مضمون القرار القاضي بفتح فترة المراقبة بالسجل التجاري و تحال نسخة منه إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية. كما ينشر

بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بسعي من كاتب المحكمة و على نفقة المدين (الفقرة الأخيرة من الفصل 439 من المجلة التجارية). و يتم البحث خلال هذه الفترة عن الحلول الكفيلة بإنقاذ المؤسسة (الفرع الثاني) بمجهود مشترك من كافة الأطراف و تحت رقابة القضاء.

الفرع الأول: فترة المراقبة:

يتولى رئيس المحكمة الإذن عند انطلاق فترة المراقبة باتخاذ جملة من الوسائل الإجرائية (الفقرة الأولى) حتى تفضي هذه الفترة للحلول المرجوة لاحقا، و ترتب هذه الفترة آثارا على غاية من الأهمية تجاه الأطراف المعنية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الوسائل الإجرائية المتخذة صلب فترة المراقبة:

يتزامن فتح فترة المراقبة وجوبا مع تحديد تاريخ التوقف عن الدفع (أ) ، و تعيين هياكل و إجراءات التسوية القضائية (ب).

أ. تحديد تاريخ التوقف عن الدفع:

فور الإذن بانطلاق إجراءات التسوية القضائية، يفتح رئيس المحكمة فترة المراقبة التي لا تتجاوز تسعة أشهر قابلة للتمديد مرة واحدة لمدة لا تتعدى ثلاثة أشهر بقرار معلل. و يرجع لرئيس المحكمة حينها حسب الفقرة الثانية من الفصل 439 من المجلة التجارية تحديد تاريخ التوقف عن الدفع الذي لا يمكن أن يتجاوز الثمانية عشر شهرا السابقة لتاريخ إيداع مطلب التسوية القضائية بناء على تقرير المتصرف القضائي المنصوص عليه بالفصل 442 من المجلة التجارية. و في حالة السكوت عن تاريخ التوقف عن الدفع، يعتمد تاريخ إيداع المطلب. و في صورة إفتتاح التسوية القضائية دون تقديم مطلب في ذلك, يعتمد تاريخ الإذن بفتح إجراءات التسوية القضائية كتاريخ للتوقف عن الدفع.

و لتحديد تاريخ التوقف عن الدفع أهمية قصوى من حيث أنه التاريخ الذي يمكن أن يحكم إبتداءا منه ببطلان بعض الأعمال التي يتممها المدين و التي تكون الغاية منها المساس أو إهدار او التفويت في الأموال و الأصول الراجعة للشركة. و هو ما من شأنه العبث بحظوظ الدائنين في إستخلا ص ديونهم و التقليل من فرص إنقاذ المؤسسة. وعليه فقد نص المشرع بالفصل 446 من المجلة التجارية على وجوب الحكم ببطلان جملة من الأعمال التي يتممها المدين رغم ثبوت توقفه عن الدفع وهي:

أولا: التبرعات و التفويتات دون عوض باستثناء الهدايا الزهيدة المعتادة.

ثانيا: كل و فاء بديون لم يحل أجلها بأي وجه من الأوجه.

ثالثا: كل أداء بعوض عيني من الملتزم به أو كل وفاء بديون نقدية حل أجلها بغير نقود أو كمبيالات أو سندات للأمر أو شيكات أو أذون بالتحويل أو بطاقات بنكية أو بأي وسيلة للخلاص أخرى معتمدة عادة في مجال نشاط المدين مع مراعاة الحقوق التي إكتسبها غير المتعاقدين عن حسن نية.

رابعا: توظيف رهن عقاري و ترتيب توثقة على مكاسب المدين لضمان دين سابق عليه.

ثم نص المشرع بنفس الفصل 446 من المجلة التجارية على إمكانية إبطال كل دفع آخر يقوم به المدين إيفاء بديون حل أجلها و كل عمل بعوض يصدر عنه على غير النحو المتقدم بعد التوقف عن دفع ديونه إذا كان الأشخاص الذين قبضو الدين أو عاقدوه عالمين بتوقفه عن دفع ديونه.

ويستخلص من ذلك أن المشرع يرتب جزاء الإبطال على الأعمال التي تصطبغ بطابع الضرر للمؤسسة و لا تعود بنفع عليها مثل التبرعات دون عوض و الوفاء بديون لم يحل أجلها أو أداء ديون نقدية بعوض عيني أو توظيف رهون أو توثقة على مكاسب المدين لضمان ديون سابقة. ولم يحصرالمشرع القابلية للإبطال في الأربعة أعمال السابق ذكرها في الفقرة الأولى من الفصل، بل ان هذه القائمة يمكن أن تشمل أعمالا أخرى و لو لم تذكر في الفصل 446 إذا ثبت أن معاقد المؤسسة المدينة عالما بتوقفها عن دفع ديونها. و يتنزل ذلك في إطار حماية الذمة المالية للمؤسسة ذات الصعوبات الاقتصادية من الإهدار عن حسن أو سوء نية. و يطلق على هذه المدة الفاصلة بين التوقف عن الدفع و إفتتاح التسوية القضائية و التي لا يمكن أن تتجاوز حسب الفصل 439 فقرة ثانية بفترة الريبة. و هي فترة قد يعمد فيها المدين إلى تبديد أمواله أو التفريط في مكاسب المؤسسة أو يسعى لتفضيل بعض الدائنين على بعض. و هو ما جعل المشرع ينص على وجوب الحكم ببطلان بعض الأعمال فيها و إمكانية الحكم ببطلان بعض الأعمال الأخرى.

ب. تعيين الهياكل المشرفة على اجراءات التسوية القضائية أثناء فترة المراقبة:

يتزامن فتح إجراءات التسوية القضائية مع تعيين الهياكل المشرفة على تسييرها و قد نص الفصل 439 من المجلة التجارية على أن رئيس المحكمة يعين في قرار إنطلاق إجراءات التسوية القضائية قاضيا مراقبا يعهد إليه بالملف (1) و متصرفا قضائيا (2).

1. القاضي المراقب:

يعتبر القاضي المراقب نقطة الوصل بين المؤسسة و المحكمة عن طريق المتصرف القضائي بالأساس . فيتصل حال تعيينه بلجنة متابعة المؤسسات الإقتصادية و بأي جهة أخرى لطلب المعلومات عن المدين و إمكانيات إنقاذ المؤسسة. و يشرف مباشرة على الأعمال التي يباشرها المتصرف القضائي من ذلك حصر قائمة الدائنين و تعيين ممثل عن كل صنف منهم (الفصل 444 مجلة تجارية). و يتولى كذلك وفق الفقرة الأولى من الفصل 443 من المجلة التجارية، البت الفوري في النزاعات و الخلافات حول التسيير و الإمضاء فيما يخص العمليات التي لا تتم إلا بإمضاء مزدوج من المدين و المتصرف القضائي.

كما يعرض و جوبا ما إنتهى إليه على المحكمة، من ذلك أنه يتولى حسب الفقرة الأخيرة من الفصل 444 من المجلة التجارية رفع تقرير إلى المحكمة في جميع المنازعات التي قد تنشأ أثناء التسوية القضائية، و جميع المعلومات التي يرى فائدة في عرضها عليها.

و يتولى القاضي المراقب كذلك حسب الفصل 441 البت في كل تشك قد يرفع إليه من أي عمل من أعمال المتصرف القضائي في أجل ثلاثة أيام من تاريخ تلقيه. و إذا لم يبت فيه في هذا الأجل فإنه يمكن رفعها إلى المحكمة للبت فيها في أجل سبعة أيام من تاريخ تلقيها. و يمكن له بالاستناد إلى الشكاوى المرفوعة إليه، و من تلقاء نفسه اقتراح تعويض المتصرف القضائي. و يراجع في ذلك المحكمة التي تتولى تغييره بعد سماعه.

و إذا ما تبين للقاضي المراقب أو المحكمة أو رئيس المحكمة من وثائق الملف و جود اختلاسات أو غيرها من الأفعال التي من شأنها أن تشكل جريمة تتعلق بتسيير المؤسسة، فيتعين عليهم أن يرفعوا على الفور تقريرا في الغرض لوكيل الجمهورية (الفصل 448 من المجلة التجارية).

و بنهاية فترة المراقبة، يتولى القاضي المراقب الإطلاع على برنامج الإنقاذ المعروض عليه من المتصرف القضائي، و يتولى حسب الفقرة الأخيرة من الفصل 452 تحرير تقرير يبين فيه جدوى البرنامج المقترح يرفعه إلى المحكمة في أجل لا يتجاوز خمسة عشر يوما من إطلاعه على البرنامج و له أن يقترح عرض المؤسسة على التفليس إن توفرت شروطه.

2. المتصرف القضائي:

يعتبر المتصرف القضائي المشرف المباشر على الوضعية الإقتصادية و المالية للمؤسسة. و يضطلع بدور إيجابي في الإشراف على تسييرها و مراقبتها أثناء فترة المراقبة علاوة على المهمة الموكولة إليه في محاولة إيجاد مجال التوافق بين المؤسسة و دائنيها. فيتولى بداية تقييم الوضع الحالي للمؤسسة، ثم مراقبة تسييرها و مواصلتها لنشاطها لحين دراسة برنامج الإنقاذ و عرضه على المراقب القضائي.

❖ **تقييم الوضع الحالي للمؤسسة:**

بمجرد صدور قرار إفتتاح التسوية القضائية، يتولى المتصرف القضائي شخصيا جرد مكاسب المؤسسة بحضور صاحبها أو مسيرها أو بعد إستدعائه قانونا. و يمكنه بمقتضى الفقرة الأولى من الفصل 442 من المجلة التجارية الاستعانة بمن شاء من ذوي الإختصاص في جرد مكاسب المؤسسة و تقويمها و يودع نسخة من قائمة الجرد بكتابة المحكمة. و يتولى تحديد تاريخ التوقف عن الدفع. ثم يرفع وفق الفقرة الثانية من الفصل 442 من المجلة التجارية إلى رئيس المحكمة بعد مضي شهرين من تعيينه، تقريرا أوليا يبين فيه حقيقة الوضع الإقتصادي و المالي و الإجتماعي للمؤسسة .

كما يقوم بحصر قائمة الدائنين تحت إشراف القاضي المراقب مثلما ينص على ذلك الفصل 444 من المجلة التجارية في فقرته الثانية. و قد نص المشرع صلب هذا الفصل أنه يجوز للدائنين أن يتجمعو في أصناف مختلفة بحسب مصالحهم. و لكل صنف من الدائنين تعيين ممثل عنهم يرفع ملاحظاتهم إلى القاضي المراقب. و قد أضاف المشرع لهذه الفقرة الثالثة من الفصل 444 من المجلة التجارية بمقتضى التنقيح بالقانون عدد 47 بتاريخ 29 ماي 2019 المتعلق بتحسين مناخ الإستثمار ما يلي:" و يمكن لكل دائن أو ممثل عن الدائنين الإطلاع على سير أعمال التسوية و كل الوثائق المودعة بكتابة المحكمة".

❖ **متابعة أعمال التصرف و التسيير في المؤسسة: (الفصل 443 الفقرة الأولى و الثانية)**

يمكن أن يعهد للمتصرف القضائي بمراقبة أعمال تصرف المدين. وفي هته الحالة، يحدد رئيس المحكمة العمليات التي لا تتم إلا بإمضاء مزدوج من المتصرف القضائي و المدين.

كما يمكن أن يعهد له بمساعدة المدين في بعض أو جميع أعمال التصرف، و ذلك حسب ما يحدده رئيس المحكمة الذي يمكنه أن يعهد له بصفة إستثنائية و بقرار معلل بإدارة المؤسسة كليا أو جزئيا.

و تدرج القرارات الصادرة بإسناد التسيير للمتصرف القضائي أو بوجوب إمضائه مع المدين بالسجل التجاري و تنشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

و يسهر المتصرف القضائي في نفس الإطار، حسب الفقرة الثالثة من الفصل 443 من المجلة التجارية، على إشهار ما صدر عن رئيس المحكمة من منع للتفويت في بعض أصول الشركة أو رهنها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية و ترسيمه بالسجل التجاري و برسوم الملكية و السجلات العمومية الأخرى بحسب الحالة. كما له أن يطلب من المحكمة إستنادا للفصل 451 إنهاء العمل ببعض العقود إذا كانت غير ضرورية لمواصلة نشاط المؤسسة و لم يكن في قطعها ضرر فادح للمعاقد. و يتولى تبعا لذلك توجيه

إعلام لمعاقدي المؤسسة الذين تقرر إنهاء العمل بعقودهم خلال الخمسة يوما السابقة لتاريخ إنهاءها، و ذلك بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ.

❖ **المتصرف القضائي و برنامج إنقاذ المؤسسة:**

خلافا لما درج عليه المشرع من إسناد لمهمة إعداد برنامج الإنقاذ للمتصرف القضائي في ظل قانون 1995، فقد وضع هذا الدور صلب قانون 2016 على عاتق المدين على أن يتولى المتصرف القضائي دراسته و تعديله عند الاقتضاء. و يتنزل هذا التنقيح في إطار تدعيم الدور الإيجابي للمدين في محاولة إنقاذ مؤسسته بوصفه العالم الأول بوضعيتها المالية و الاقتصادية و الاجتماعية. و عليه، فقد نص الفصل 452 في فقرته الأولى:" **يتولى المتصرف القضائي دراسة برنامج الإنقاذ المقدم من المدين و تعديله عند الاقتضاء...".** و عند دراسته لهذا البرنامج يستشير المتصرف القضائي ممثلي الدائنين و يأخذ وجوبا برأي الدائنين حول الطرح من أصل ديونهم كما له أن يطلب رأي لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية. كما يعلم وجوبا تفقدية الشغل إذا اقتضى البرنامج إنهاء عقود شغل أو تخفيض في الأجور و الامتيازات. و ينتظر ثلاثين يوما نتيجة المساعي الصلحية قبل إحالة البرنامج على القاضي المراقب، مع احترام أجل الإثنا عشر شهرا المنصوص عليه صلب الفصل 439 المخول لفترة المراقبة (تسعة أشهر قابلة للتمديد مرة واحدة لمدة ثلاثة أشهر) (الفصل 452 من المجلة التجارية).

الفقرة الثانية: آثار فترة المراقبة:

تتعلق هذه الآثار أساسا بوضعية الدائن (أ) ثم وضعية المدين (ب).

أ. تأثير فترة المراقبة على وضعية الدائن:

ضمانا لحقوق الدائن و قدرته على الإعتداد بدينه عند تسوية الديون أوجب المشرع عليه ترسيم دينه (1). على أنه يخضع مع ذلك لجملة من الإجراءات التي من شأنها التقليص من حقوقه الفردية (2). كما يخضع صلب الإجراءات الجماعية لإعادة ترتيب الدائنين (3) .

1. واجب الإعلام بالدين أو واجب ترسيم الدين:

ينص الفصل 445 من المجلة التجارية أن على الدائنين ترسيم ديونهم السابقة لتاريخ فتح إجراءات التسوية القضائية، و جعل لذلك تحديدا زمنيا و موضوعيا. فمن جهة، يتعين على الدائن المبادرة بترسيم دينه خلال ثلاثين يوما من تاريخ نشر قرار افتتاح التسوية القضائية بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية. و يضاعف الأجل بالنسبة للدائنين القاطنين خارج التراب التونسي. و عموما لا يقبل ترسيم أي دين بعد ذلك

إلا بإذن من حجرة الشورى. و لا يقبل ترسيم أي دين بعد مرور سنة واحدة باستثناء الديون الجبائية و مستحقات الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي. على أنه يجب ترسيمها في كل الحالات في أجل لا يتجاوز الشهرين من تاريخ ضبط مقدار الدين. و يترتب عن عدم إحترام الآجال المذكورة من قبل الدائن، فقدان حقه في المشاركة في توزيع الأموال في إطار تنفيذ برنامج الإنقاذ (الفقرة الرابعة من الفصل 445).

من جهة ثانية، يميز المشرع بالفقرة الأخيرة للفصل 445 عند ترسيم الديون بين الديون الثابتة و الديون المتنازع فيها و الديون غير المدعمة. أما فيما يخص الديون الثابتة و الذي قدم الدائن في شأنها مؤيدات تثبت وجودها، فتصادق المحكمة على تقييدها حسب ترتيبها و تقرر قفل الديون. و فيما يخص الديون المتنازع في أصلها أو في مقدارها و التي وجدت مؤيدات ترجح ثبوتها، فتأذن المحكمة بترسيمها إحتياطيا و يقع تأمين المبالغ الخاصة بها عند التوزيع. أما إن كان الدين غير مدعم، فيقع رفض ترسيمه و يحفظ حق الدائن في المطالبة به دون أن يكون لذلك تأثير على سير إجراءات التسوية.

2. التقليص من الحقوق الفردية للدائن:

تكتسي وضعية دائن المؤسسة ذات الصعوبات الاقتصادية أثناء فترة المراقبة طابعا خاصا مقارنة ببقية الدائنين في القانون المدني و التجاري على حد السواء. و يحرم هذا الدائن من جملة من الصلاحيات الهامة التي كانت تخولها له الإجراءات المدنية و التجارية من ذلك حرمانه من حقه في القيام بإجراءات التنفيذ على أموال المدين المماطل و الذي تخلف عن أداء الدين، أو من ضرب عقل على أموال المدين، أو من قاعدة " حلول الأجل" و سريان الفوائض و غرامات التأخير الناتج عن التخلف عن أداء الدين في الآجال علاوة على حرمانه من الحق الآلي في القيام ضد الكفيل أو الضامن أو المدين المتضامن عند ثبوت تخلف المدين الأصلي عن الأداء. حيث تحتم خصوصية الإجراءات الجماعية و ضرورة الحفاظ على الذمة المالية للشركة أثناء فترة المراقبة، التقليص من الحقوق الفردية للدائن و إيقاف التتبعات وقتيا ضد المؤسسة المدينة لمضاعفة فرص إنقاذها و تمكينها من مواصلة نشاطها. و عليه، فقد سن المشرع صلب الفصل 449 من المجلة التجارية جملة من الأحكام التي تحصن المؤسسة بصفة وقتية من إجراءات التنفيذ ضدها تتلخص في الآتي:

- تعليق لكل عمل تنفيذي يرمي لاستخلاص ***ديون سابقة لفترة المراقبة*** أو لاسترجاع منقولات أو عقارات بسبب عدم أداء دين مثل تلك المتعلقة بعقود الإيجار المالي، و لكن لمدة لا تتجاوز الإثني عشر شهرا. و يعتبر تعطيل التنفيذ أثناء التسوية القضائية آليا و بحكم القانون، متزامنا مع فتح فترة المراقبة و يمتد لحين إنتهاء فترة المراقبة و لا يتجاوز في جميع الحالات الإثني عشر شهرا، خلافا للتسوية الرضائية التي يبقى تعليق إجراءات التنفيذ فيها إختياريا و خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي و يفهم ذلك من عبارة"

لا يمكن للقاضي أن يأذن... إلا" المضمنة بالفصل 427 من المجلة التجارية خلافا لعبارة ***" يتعطل خلال فترة المراقبة كل ..."*** المضمنة بالفصل 449 من المجلة التجارية.

و يستثنى من هذا التعليق مبدئيا مستحقات العملة و ذلك نظرا لصبغتها المعاشية. إلا أن المشرع أخضع تنفيذ الأحكام المتعلقة بمستحقات العملة إلى إذن من المحكمة حتى يتسنى للقاضي مراقبة مدى تماشيها مع ضرورة الإنقاذ فلا يقع الإذن فيها إذا كان **"من شأن التنفيذ أن يؤدي إلى منع إنقاذ المؤسسة"**. و لا تخضع المبالغ غير القابلة للحجز من مستحقات العملة لشرط الإذن المسبق لتنفيذها(المبالغ غير القابلة للحجز من مستحقات العملة مبينة بالفصلين 353 و 354 من م.م.م.ت).

و يستثنى من التعليق أيضا الديون التي يحل أجلها خلال فترة المراقبة و لو كانت نشأتها سابقة عن هذه الفترة حسب منطوق الفصل 449 فقرة أخيرة. و هو ما يوحي بأن العبرة بالنسبة للمشرع صلب هذا الفصل في إعتبار الدين لاحقا أو سابقا هو تاريخ حلوله و ليس تاريخ نشأته. فإن كان حلول أجله قبل فترة المراقبة فهو سابق و يخضع للتعليق وإذا كان حلول أجله خلال فترة المراقبة فهو لاحق و لا يشمله تعطيل التنفيذ و لو كانت نشأته تسبق فترة المراقبة.

أما بالنسبة للديون اللاحقة لإفتتاح التسوية القضائية، فإنه يتم الوفاء بها في مواعيد حلولها بصفة عادية. و قد إعتبرت محكمة التعقيب في قرار عدد 69651 مؤرخ في 23 أفريل 2013 أن ***"الديون التي نشأت جديدة لا تخضع لإجراءات التسوية و ليس للدائن أن يتقيد بإجراءاتها"*** .

- تعليق إجراءات العقل المضروبة على أموال المؤسسة في الطور الذي بلغته. و يرفع التعليق آليا في صورة الحكم برفض طلب التسوية أو في صورة الحكم بمواصلة النشاط أو بإحالة المؤسسة أو بكرائها أو بكرائها كراء مشفوع بإحالة أو بإعطائها للغير في إطار وكالة حرة.
- توقيف سريان جميع الفوائض و غرامات التأخير. و تثير مفردة ***"توقيف"*** التي تعني على خلاف ***"التعليق"*** وضع حد نهائي للفوائض و عدم إمكانية إستئنافها بنهاية فترة المراقبة جدلا فقهيا و فقه قضائيا بين موقف يعتبر أن منع ترتيب الفوائض يستمر بعد فترة المراقبة و عند تنفيذ برنامج الإنقاذ لأن في إحتسابها إضرار بحظوظ المؤسسة في الإنقاذ، بمعنى أن التوقيف يقتضي وضع حد نهائي لإستمرار جريان الفوائض منذ افتتاح فترة المراقبة دون إمكانية لإعادة توظيفها لاحقا (قرار إستئنافي مدني صادر عن محكمة الإستئناف بمدنين بعدد 18213بتاريخ 5-11-2014 غير منشور) ، و موقف يعتبر إستنادا للفصل 1096 من مجلة الإلتزامات و العقود أن الفوائض مفترضة قانونا فيما بين التجار و أن توقيفها هو الإستثناء ولا يصح التمديد في هذا التوقيف لما بعد هذه المدة فهو ينحصر في فترة المراقبة (قرار تعقيبي عدد 9454-10114 مؤرخ في 8-5-2014 غير منشور).
- تعليق آجال السقوط خلال فترة المراقبة و لمدة لا تتجاوز إثني عشر شهرا. فلا يسري مرور الزمن على الديون المستحقة. و يعود سريان الأجل بعد إنتهاء العامل القاطع و هو فترة المراقبة.

- إمكانية تعليق إجراءات التنفيذ في حق الكفيل أو الضامن أو المدين المتضامن بإذن من رئيس المحكمة و لا يتوقف ذلك على رضاء الدائن. و هو نفس التوجه الذي اعتمده المشرع بالنسبة للتسوية الرضائية حيث أبقى على مبدأ مواصلة التنفيذ على الكفيل عند تعطيل التنفيذ في شأن المدين الأصلي و جعل من التعليق في شأن الكفيل إستثناءا. أدرج المشرع هذه الإمكانية صلب قانون الإنقاذ بمقتضى تنقيح 2003 المدخل على الفصل 32 من قانون 1995. وقبل هذا التنقيح ، كان الصمت التشريعي إزاء هذه المسألة يفسر بجواز الرجوع لأحكام القانون العام و إمكانية تمتع الكفيل بما ينتفع به المدين الأصلي من تعطيل لإجراءات التنفيذ. و هو ما أقرت به محكمة التعقيب في قرار تعقيبي مدني عدد 51617 مؤرخ في 12 أكتوبر 2011 (م.ق.ت.عدد1، جانفي 2014 ص 179) حين اعتبرت أن تعطيل التتبع و التنفيذ في حق المدين الأصلي لا ينتفع به الكفيل لأن الفصل 32 من نظام الإنقاذ ينص صراحة على إقصاء الكفيل من الانتفاع بما ينتفع به المدين الأصلي من إجراءات تعطيل التتبع و التنفيذ خلافا لما تقتضيه القاعدة العامة بالفصلين 1496 و 1502من م.إ.ع و نقضت على أساسه القرار الإستئنافي المطعون فيه لأنه لم يفصل في قضائه بين النظام القانوني المنطبق على المدين و هو التعطيل و النظام القانوني المنطبق على الكفيل و هو مواصلة التنفيذ.

هذا التوجه مماثل للتوجه الذي نهج عليه المشرع الفرنسي صلب الفصل 622L- 21 من المجلة التجارية و الذي يقر بتواصل التتبعات والتنفيذ ضد الضامن و الكفيل و أن إيقاف أعمال التتبع لا ينتفع بها إلا المدين, و أنه يمكن تعليق التنفيذ خلال فترة المراقبة لصنف من الأشخاص فقط و هم الأشخاص الطبيعيون الضامنون في الدين أو الذين أعطو ضمانهم الشخصي أو خصصو البعض من مكاسبهم كضمان للدين.

يعتبر هذا التوجه غالبا على فقه قضاء محكمة التعقيب و لم تحد عنه سوى قرارات قليلة وقع انتقادها من قبل الفقه. من ذلك القرار عدد 63607 مؤرخ في 12 أكتوبر 2012 (غير منشور) ، و هو قرار قد نقض قرار محكمة الإستئناف الذي أيد أعمال التنفيذ الجارية ضد كفيل الشركة المدينة الأصلية التي خضعت للتسوية القضائية و اعتبرت فيه أن تعطيل التتبع في ديون الشركة الأصلية يمضي على الضامن بمقولة أنه : ***" و حيث و خلافا لما عللت به محكمة القرار المنتقد حكمها فإن قرار افتتاح إجراءات التسوية القاضي بتعطيل كامل إجراءات التسوية القاضي بتعطيل كامل إجراءات تتبع استخلاص ديون الشركة ينسحب على كل ديون الشركة و ينتفع به كل ضامن فيها مهما كان نوع الضمان المقدم"***. و قد علق الأستاذ منصف الكشو على هذا القرار بكونه***:" قد خرق القانون فهو من جهة أولى يخالف بصفة صريحة الفصل 32 من نظام الإنقاذ، الذي كان واضحا في عدم انتفاع الكفيل بتعطيل إجراءات التتبع و التنفيذ, من جهة ثانية فهو قد وقع في الخطأ البين على معنى الفصل 192***

م.م.م.ت لأنه اعتمد الصياغة القديمة للنص و لم يواكب التنقيحات المدخلة على القانون بموجب القانون عدد 79 لسنة 2003 المؤرخ في 29 ديسمبر 2003 و إستند لنص منسوخ" (منصف الكشو، قانون الإجراءات الجماعية: نظام إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات إقتصادية و دراسة نظرية و تطبيقية، مجمع الأطرش، طبعة ثانية، 2019، ص. 632).

لكن مواصلة التنفيذ تجاه الكفيل تختلف في نظامها بعد الحكم بالتسوية و المصادقة على برنامج الإنقاذ. فقد إعتبرت محكمة التعقيب في قرار عدد 76660 مؤرخ في 11 ديسمبر 2012 أنه: ***"أما إذا صدر الحكم في التسوية بمواصلة النشاط و بجدولة الديون باتفاق مع الدائنين أو بقرار من المحكمة فإنه لا يجوز تتبع الكفلاء لأن الدين يعتبر قد سوي في قيمته و صيغة خلاصه بموجب حكم التسوية..."***.و قد اعتبرت المحكمة بالقرارين عددي 481 و 482 الصادرين بتاريخ 13 ماي 2013 (غير منشورين) أنه ***:" و حيث كان المبدأ واضحا أثناء سير إجراءات التسوية فإن الإشكال يطرح في تتبع الكفيل بعد صدور الحكم القاضي بالتسوية الذي مكن المدين من جدولة معينة للخلاص وفق ما هو بين في النزاع الحالي و التي تعتبر صيغة لتسوية الدين وفق ما ذكر ولذلك لا يجوز للدائن تتبع الكفيل إذا صادقت المحكمة على صيغة معينة للخلاص كتقسيط الدين وفق جدولة مضبوطة، إذ بموجب المصادقة على التسوية ينتهي تتبع المدين بصفة فردية خارج منطوق و مقتضيات حكم المصادقة و يعتبر أن إشكال عدم الخلاص قد زال ويصبح من غير الجائز ممارسة دعوى الإستخلاص ضد الكفيل على أساس أن تسوية الدين تقتضي الالتزام بتلك التسوية وفق الفصل 340 من م.إ.ع و عليه لا يحق مطالبة الكفيل بعد أن رسم الدين ضد المدين و تمت تسويته بحكم لخلاصه في جدولة معينة و التي تمضي على الكفيل وفق ما يقتضيه الفصل 1519 من م.إ.ع الذي ينص على انتفاع الكفيل بالإمهال إذا أمهل الدائن المدين الأصلي"***.

كما اعتبرت محكمة الاستئناف بقرار (غير منشور) عدد 9409 بتاريخ 03 نوفمبر 2010 بأن الدائن الذي رسم دينه و تم اعتماده في برنامج الإنقاذ لا يمكنه أن يستصدر أمرا بالدفع ضد الكفيل بمقولة أنه: ***"و حيث و دون حاجة للرد على بقية المطاعن فقد ثبت بالإطلاع على حكم التسوية عدد 1226 الصادر عن المحكمة الإبتدائية بمدنين بتاريخ 24-05-2010 انه تمت المصادقة على إنقاذ الشركة المستأنفة الثانية الآن بوصفها طالبة التسوية و ثبت أن البنك المستأنف ضده الآن كان تولى ترسيم دينه صلب قضية التسوية و تولى برنامج الإنقاذ المصادق على جدولة الدين المذكور. و حيث و لئن كانت إجراءات التسوية لا تحول دون إمكانية استصدار الدائن لحكم مثبت للمديونية تجاه مدينه فقط فقد ثبت أن البنك المستأنف ضده الآن بصفته دائنا كان تقدم للمحكمة المتعهدة بقضية التسوية و رسم دينه و تم اعتماده في برنامج الإنقاذ و أضحى قيامه بإستصدار أمر بالدفع و الحالة تلك مخالفا للقانون و اتجه نقض الأمر بالدفع المطعون فيه و القضاء من جديد برفض المطلب..."***.

- التخلي عن قاعدة حلول الأجل حيث " لا يترتب عن التوقف عن خلاص قسط من أقساط دين حلول بقية الأقساط خلال فترة المراقبة و ذلك بصرف النظر عن كل إتفاق مخالف." الفقرة الخامسة من الفصل 449 من المجلة التجارية.

على أن المشرع يرتب عن تخلف المدين عن تقديم الوثائق و المؤيدات المطلوبة منه دون سبب جدي، في صورة تم تقديم المطلب من الدائن، حرمانه من تعليق إجراءات التنفيذ و توقيف سريان الفوائض و غرامات التأخير و تعليق آجال السقوط، ولا يستعيد هذا الحق في التعليق إلا بتحقق الشرط.

3. إعادة ترتيب الدائنين:

يقوم قانون الإجراءات الجماعية على تدعيم جميع ما من شأنه أن يوفر حظوظا أوفرلإنقاذ المؤسسة. و لذلك، فقد أسند المشرع الأفضلية في ترتيب الديون للديون الجديدة. ويتضح ذلك من صريح عبارة الفصل 450 من المجلة التجارية:" تعطى الأولوية للديون الجديدة...". و تجد هذه الأحكام تدعيما لها صلب الفصل 569 من المجلة التجارية الذي ينص على الترتيب الآتي للديون في مرحلة توزيع الأموال والمتحصل من تنفيذ برنامج الإنقاذ: - الديون ذات الإمتياز المدعم المنصوص عليها صلب الفصل 570 و هي المتعلقة بأجور العملة في جزئها غير القابل للحجز و ديون المستخدمين و البحارة و نواب التجار المتجولين و ممثلي التجارة للستة أشهر الأخيرة السابقة لحكم التسوية القضائية أو التفليس و الديون المنصوص عليها بالفقرات 1 و 2 و 3 من الفصل 199 من مجلة الحقوق العينية.

- الديون ذات الأولوية المنصوص عليها بالفصول 429 و 450 و 490 من هذه المجلة.

- الديون المتمتعة بحق الحبس في حدود النسبة التي تمثلها قيمة المال المحبوس مقارنة بمحصول الإحالة أو معين الكراء الجملي أو التصفية.

- الديون ذات الإمتياز الخاص.

- الديون ذات إمتياز عام أو المتمتعة بإمتياز الخزينة في حدود أصل الدين و لمدة لا تتجاوز الأربع سنوات السابقة لتاريخ قرار قفل جدول الديون. و لا ينطبق هذا الأجل على الديون الجبائية بعنوان المبالغ المخصومة من المورد و الأداءات على رقم المعاملات و غيرها من الأداءات غير المباشرة و كذلك على ديون الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي بعنوان قسط المساهمات المقتطعة والمحمول على الأجراء. و تتحاصص الديون ذات إمتياز عام مع الديون العادية في الباقي أي في الفوائض.

- الديون الموثقة برهن في حدود النسبة التي تتمثلها قيمة المال المرهون مقارنة بمحصول الإحالة أو معين الكراء الجملي أو التصفية.

- باقي الديون.

يثير إمتياز الأولوية للديون الجديدة المنصوص عليها بالفصل 450 و 569 الملاحظات الآتية:

- يستخلص من هذين الفصلين أن الديون الجديدة أو اللاحقة لفتح فترةالمراقبة تحتل المرتبة الثانية ضمن قائمة الديون. و قد جعلها المشرع **ذات أفضلية** مقارنة بديون الخزينة العامة أو حتى الديون الموثقة بضمانات عينية. و قد نص المشرع على أنها " تستخلص قبل الديون الأخرى و لو كانت ممتازة".
- لا تعطى هذه الأولوية للديون الجديدة إلا إذا كانت لهذه الديون علاقة مباشرة و ضرورية لمواصلة نشاط المؤسسة. أما الديون التي يكون لها طابع تغريمي أو تعويضي فقط و من شأنها إثقال كاهل المؤسسة، فهي لا يمكن أن تتمتع بالأولوية و لو كانت جديدة. مثال ذلك الغرامات التعويضية جراء الإخلال بتنفيذ عقد من العقود أو من جراء قطعه. وفي هذا السياق، إعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية صلب قرار عدد 12- 18 مؤرخ في 18 جوان 2013 أن الدين الجديد الذي لا تقابله معاملة أو مقابل لفائدة المدين لا يعتبر من الديون الجديدة التي تتمتع بامتياز الاستخلاص ولا يستحق توصيفه بالدين الجديد. مقابل ذلك، تتميز الديون الجديدة التي من شأنها تقديم خدمات أو تسليم أشياء للمؤسسة المدينة بما يدعم حظوظها في الاستمرارية بعدم خضوعها لإجراءات تعطيل التنفيذ و تتمتع بالامتياز عند توزيع المتحصل من البيع عند الاقتضاء. و هذا ما من شأنه أن يشجع الغير على التعاقد مع المؤسسة رغم الصعوبات التي تمر بها.
- أعطى المشرع صلب الفصل 450 من المجلة التجارية إمتياز الديون الجديدة كذلك لمعينات كراء العقارات و المنقولات التي تكون موضوع إيجار مالي و ضرورية لمواصلة نشاط المؤسسة والتي حل أجل الوفاء بها قبل إنطلاق فترة المراقبة. و بالتالي، رغم أن هذه الديون لا تعتبر ديونا جديدة بل هي ديون سابقة لانطلاق فترة المراقبة فقد ميزها المشرع عن بقية الديون السابقة لأهميتها القصوى بالنسبة للمؤسسة. و الأرجح أن المشرع يسعى لتعويض مؤسسات الإيجار المالي عن تعليق إسترجاع المنقولات و العقارات بسبب عدم أداء دين المفروضة عليهم بموجب الفقرة الأولى من الفصل 449 من المجلة التجارية. و حثا لهم على إمهال و التحلي بمزيد من المرونة في التعامل مع المؤسسات ذات الصعوبات الإقتصادية.

و تندرج إذن هذه الأولوية الممنوحة للديون الجديدة، بالإضافة لتعطيل إجراءات التنفيذ ضد الشركة المدينة، في إطار حماية الذمة المالية للشركة أثناء فترة المراقبة و ضمانا لإستمرارية نشاطها.

ب. تأثير فترة المراقبة على وضعية المدين:

إن التقليص من الحقوق الفردية للدائن أثناء فترة المراقبة التي يكون الغرض منها مساعدة المدين على النهوض بمؤسسته لا تعني إطلاق يد المدين في هذه المرحلة، بل تبقى أعمال هذا الأخير قيد المراقبة حتى لا يقع إهدار الذمة المالية للمؤسسة التي تمثل ضمانا للدائنين على معنى الفصل 192 من مجلة الحقوق العينية. و لهذا سعى المشرع صلب قانون الإنقاذ للحد من سلطة تصرف المدين أثناء هذه المرحلة (1). كما خول القيام ببعض الدعاوى ضده إذا اقتضت الضرورة (2).

1. الحد من سلطات التصرف والتفويت:

رغم أن المبدأ يقتضي أن يحافظ المدين على سلطات إدارة و التصرف في مؤسسته أثناء التسوية القضائية، إلا أن هذا المبدأ يحتمل العديد من الإستثناءات التي تفرضها ضرورة الحفاظ على مكتسبات الشركة و أصولها و الحرص على ضمان حد أدنى من المساواة بين الدائنين في إستخلاص ديونهم:

❖ **مزاحمة المتصرف القضائي للمدين في سلطات التصرف** (الفصل 443 فقرة أولى)

و يتجلى ذلك خاصة من خلال الصلاحية المخولة للمحكمة المتعهدة بملف التسوية في إسناد المتصرف القضائي، علاوة على مهمته الأساسية المتمثلة في الحرص على بلورة برنامج الإنقاذ، **صلاحية مساعدة المدين** على أعمال التصرف بإدارة المؤسسة كليا أو جزئيا، و هو ما يؤول لإبعاد المسير أو صاحب المؤسسة عن الإدارة إذا إرتأت المحكمة أن في ذلك مصلحة و إذا عاينت بالخصوص من خلال ملف المؤسسة أخطاء في التسيير أو و جود مخالفات من قبيل إستيلاء على أموال المؤسسة أو إستعمالها كواجهة لتحقيق مآرب شخصية. أو كذلك **صلاحية مراقبة أعمال تصرف المدين** و في هذه الحالة يكون لرئيس المحكمة أن يحدد العمليات التي لا تتم إلا بإمضاء المتصرف القضائي مع المدين. و من شأن هذا الإجراء خاصة أن يحول دون تبديد أموال الشركة و سيولتها التي تساعدها على إيجاد توازنها مجددا.

و قد جاء بقرار عدد 200 الصادر عن رئيس المحكمة الإبتدائية بصفاقس بتاريخ 14 مارس 2008 ما يلي:**" و حيث و إضافة إلى ذلك و بالنظر إلى أهمية حجم مديونية الشركة و عدد مواطن الشغل و خصوصية طبيعة نشاط المؤسسة فإنه يكون من المتجه تكليف المتصرف القضائي بمراقبة أعمال التصرف التي يتولاها وكيل الشركة و الإشراف على حسن تسيير المؤسسة في اتجاه ضبط أعمال التفويت و الرهن التي لا تتم إلا بإمضاء المتصرف القضائي مع ممثل الشركة المدينة و في إتجاه تحديد أعمال التصرف اليومي بإخضاع العمليات الداخلة في التصرف العادي التي تفوق قيمتها ألفي دينار للإمضاء المشترك بين المتصرف القضائي و ممثل الشركة"**.

❖ **إمكانية تحجير أعمال التفويت على المدين** (الفصل 443 فقرة ثانية و ثالثة) يمنع المشرع بداية على المدين أثناء فترة المراقبة أداء الديون السابقة لفتح إجراءات التسوية القضائية. و هذا يتناغم مع

قاعدة تعطيل إجراءات التنفيذ السابقة لفترة المراقبة المنصوص عليها صلب الفصل 449 من المجلة التجارية. حيث لا يعود للمدين الخاضع لإجراءات التسوية القضائية سلطة فردية في خلاص دائنيه، بل هي مهمة موكولة للقضاء ضمن إجراءات ترتيب الدائنين و توزيع الأموال المنصوص عليها صلب الفصلين445 و 569 من المجلة التجارية و التي يشرف عليها مراقب التنفيذ. و لا يجوز بذلك للمدين إرباكها بتفضيل بعض الدائنين على بعض، و هو ما أكدت عليه محكمة التعقيب في عديد القرارات من ذلك قرار تعقيبي مدني عدد 9454 مؤرخ في 8 ماي ،2014 أقرت فيه ما يلي:" **تقوم الإجراءات الجماعية على مبدأ التساوي بين الدائنين فلا يمكن لأحدهم مهما كانت درجة امتياز و أفضلية دينه أن يتولى التتبعات الفردية عند إنطلاق الإجراءات الجماعية سواء كانت إجراءات التفليس أو الإنقاذ و لا يتميز أحدهم على الآخر في إستخلاص دينه خارج إجراءات التوزيع**"

و لنفس الإعتبارات يحجر المشرع على المدين التفويت في الأصول الثابتة أو رهنها إلا بإذن من المحكمة.حيث ينص المشرع في الفقرة الثالثة من الفصل 443:" **و يجوز لرئيس المحكمة أن يحجر على المدين التفويت في أصول أخرى أو رهنها إلا بإذن منه**". و هو ما درجت عليه المحاكم في عديد القرارات و الأحكام من ذلك الحكم عدد 103 الصادر عن المحكمة الإبتدائية بصفاقس بتاريخ 22 مارس 2004 و الذي قضى بمنع المدين من التفويت في مكاسبه العقارية كالمعدات الضرورية لممارسة نشاطه لمدة ستة سنوات . أو الحكم عدد 483 الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس بتاريخ 17 جوان 2009 الذي قضت فيه المحكمة:" **و حيث أن المؤسسة في الوضعية الراهنة أضحت تشكو من صعوبات هيكلية تقتضي حتما القيام بإصلاحات جوهرية و ضخ تمويلات هامة للنهوض بها و إستعادة نشاطها. و حيث يتجه التحجير على مسير الشركة التفويت في مكاسبها أو إثقالها بأي ضمانات كانت شخصية أو عينية إلى حين تنفيذ حكم الإحالة**". و إذا تبين من الملف وجود إختلاسات أو غيرها من الأفعال التي يمكن أن تشكل جريمة تتعلق بتسيير المؤسسة على معنى التشريع الجاري به العمل، يمكن للنيابة العمومية على ضوء تقرير المحكمة أو القاضي المراقب حسب الفصل 448 من المجلة التجارية ان تطلب من القاضي الإستعجالي وضع المكاسب المنقولة أو العقارية أو الأرصدة المالية الراجعة لمن يشتبه في مسؤوليته قيد الإئتمان.

2. الدعاوى الموجهة ضد المدين:

يمكن القيام ضد المدين بنوعين من الدعاوى، دعاوى إبطال تصرفاته، و دعاوى ترتيب مسؤوليته عن الديون:

- **دعاوى إبطال قراراته** و تندرج ضمنها **دعوى إبطال الأعمال التي يتممها المدين بداية من تاريخ توقفه عن الدفع** والتي يجوز القيام بها خلال العامين المواليين لحكم التسوية و إلا سقطت بمضي الزمن. و قد عددها المشرع بالفصل 446 من المجلة التجارية و تتنزل ضمن هذه الأعمال جميع ما من

شأنه أن يبدد أموال الشركة و أصولها دون نفع محتمل للشركة من قبيل التفويتات و التبرعات و أداء الديون غير الحال أجلها و أداء الديون النقدية بعوض عيني و كل أداء لدين و لو حل أجله أو عمل و لو بعوض إذا كان المتعاقد عالما بتوقف المدين عن دفع ديونه.

كما تتنزل كذلك ضمن هذه الدعاوى، **الدعوى البوليانية** وهي دعوى مدنية منصوص عليها بالفصل 306 من مجلة الإلتزامات و العقود و الغاية منها إبطال التصرفات التي يبرمها المدين قصد الإضرار بحقوق دائنه. وهي بالتالي مجعولة بيد الدائن بغرض التصدي لتغرير و غش مدينه بإبطال تصرفاته التي تعدم ذمته المالية أو تنقص فيها ليجعلها غير نافذة تجاهه. وتستوجب الغاية منها، و هي الوصول لإبطال التصرف المقصود، إثبات الغش في جانب المدين و تواطئ الغير، و هي مسألة إجتهادية تخضع بذلك للسلطة التقديرية للقاضي.

و تظهر أهمية هذه الدعوى المدنية صلب الإجراءات الجماعية خاصة عند خلو حكم فتح إجراءات التسوية من تحجير أو منع أو حد من سلطات تصرف المدين و تطال موضوعيا جميع التصرفات الإيجابية مثل العقود بعوض كالبيع والمعاوضة و الكراء إحالة الأسهم أو العقود بدون مقابل كالهبة. أما زمنيا، فعلى خلاف دعوى الإبطال المؤسسة على معنى الفصل 446 من المحلة التجارية التي ينحصر مجالها الزمني في الأعمال التي يتممها المدين بداية من تاريخ توقفه عن الدفع، لا مانع قانونا أن تطال الدعوى البوليانية أي من العقود التي يبرمها المدين مهما كان زمن إتمامها.

و توجه هذه الدعوى بالأساس ضد معاقد المدين - و هو الغير- لإسترجاع الشيء الذي آل إليه للضمان العام. مع العلم أنه لا شيء يمنع الدائن قانونا أن يقوم بالدعويين معا أي بدعوى الإبطال على معنى الفصل 446 من المجلة التجارية و دعوى البطلان على أساس الدعوى البوليانية والفصل 306 من مجلة الإلتزامات و العقود، و ذلك بالإستناد للفصل 523 من مجلة الإلتزامات و العقود الذي ينص على أنه:" من كان له القيام بدعوتين مبنيتين على سبب واحد فإختار أحدهما لا يحمل على أنه تنازل عن الأخرى". و عليه يمكن للدائن إذا لم يفلح في طلب الإبطال إستنادا إلى زمن التصرفات فإنه لا يمنع من إثارة البطلان على أساس الدعوى البوليانية و ذلك لإختلاف السند القانوني لكلا الدعويين.

❖ **دعوى سداد العجز(أو ترتيب المسؤولية عن الديون)**

ضبط المشرع الإطار القانوني لدعوى سداد العجز ضمن الفصول 117 و 121و 214 و 254 من مجلة الشركات التجارية أسس فيها قرينة بسيطة في المسؤولية على أساس الخطأ على عاتق المسير كلما أظهرت التسوية القضائية أو التفليس عجزا في الأصول. و قد نص الفصل 121 من مجلة الشركات التجارية على ما يلي : **" إذا ما أظهرت التسوية القضائية عجزا في الأصول يمكن للمحكمة بطلب من المتصرف القضائي أو أمين الفلسة أو من احد الدائنين أن تقرر أن ديون الشركة يتحملها كليا أو**

جزئيا الوكيل أو الوكلاء أو كل مسير فعلي و بالتضامن فيما بينهم أو دونه إلى حد المبلغ الذي تعينه المحكمة...و لا يعفى الوكيل القانوني أو الفعلي من المسؤولية إلا إذا أثبتا أنهما بذلا في إدارة الشركة من النشاط و العناية ما يبذله صاحب المؤسسة المتبصر والوكيل النزيه" .

يستنتج من هذا الفصل أن المشرع قد أنشأ قرينة خطأ على عاتق المسير تقوم بمجرد ظهور العجز و هو المكلف بمحاولة دحضها بإثبات العكس. و هذا ما أكده فقه القضاء في العديد من القضايا من ذلك قرار صادر عن مجكمة إستئناف صفاقس بتاريخ 24 جانفي 2011 في مادة التفليس الذي إعتبر أنه :"لا يمكن التفصي من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أنه بذل ما يلزم من العناية و معيار ذلك الأب الصالح". تماشيا مع ما ورد في مذكرة شرح القانون عدد 16 لسنة 2009 المنقح لمجلة الشركات التجارية حول مفهوم بذل العناية و معياره.

و تندرج جل هذه الآثار المترتبة على وضعية المدين صلب قانون الإنقاذ في إطار حماية الذمة المالية للشركة ذات الصعوبات الإقتصادية أثناء التسوية القضائية، بما أن هذه الذمة المالية تمثل الضمان العام للدائنين من جهة و الضامن لإستمرارية نشاط المؤسسة رغم الصعوبات التي تمر بها إلى حين المصادقة على برنامج الإنقاذ و إتباع إحدى السبل الكفيلة بإنقاذ المؤسسة.

الفرع الثاني: السبل الكفيلة بإنقاذ المؤسسة على معنى قانون الإنقاذ:

يضبط المشرع أحكام المصادقة على برنامج الإنقاذ صلب الفصلين 452 و 453 من المجلة التجارية. و بالإستناد للفصل 452 المذكور، فإن المتصرف القضائي يتولى دراسة برنامج الإنقاذ المقدم من المدين و تعديله عند الإقتضاء. و يتضمن هذا البرنامج وسائل النهوض بالمؤسسة و منها عند الإقتضاء جدولة ديونها و نسبة التخفيض من أصلها أو من الفوائض المترتبة عنها أو تغيير الشكل القانوني للمؤسسة أو الترفيع في رأس مالها و المحافظة على مواطن الشغل فيها.

و قبل عرض برنامج الإنقاذ على القاضي المراقب، يستشير المتصرف القضائي ممثلي الدائنين و يأخذ وجوبا برأيهم حول الحط من أصل ديونهم، و له أن يطلب رأي لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية. كما يتولى إعلام تفقدية الشغل و ينتظر أجل ثلاثين يوما نتيجة المساعي الصلحية إذا تضمن برنامج الإنقاذ إنهاء عقود شغل أو تخفيضا في الأجور و الإمتيازات. إثر ذلك، يعرض المتصرف القضائي برنامج الإنقاذ على القاضي المراقب في مدة لا تتجاوز في جميع الأحوال الأجل المنصوص عليه صلب الفصل 439 من المجلة التجارية وهو الأجل الأقصى الممنوح لفترة المراقبة أي أجل الإثني عشر

شهرا. و يرفع القاضي المراقب بدوره تقريرا إلى المحكمة في أجل لا يتجاوز الخمسة عشر يوما يبين فيه جدوى البرنامج المقترح.

تبت المحكمة في برنامج الإنقاذ بمحضر النيابة العمومية، بحجرة الشورى بعد سماع المدين و ممثلي الدائنين و الكفلاء و الضامنين و المدينين المتضامنين. وتتولى المصادقة على البرنامج الذي يتضمن إحدى الحلول القانونية المقترحة لإنقاذ المؤسسة، و هي إما حلول تعتمد على المؤسسة (الفقرة الأولى) ، أو حلول تعتمد على الغير (الفقرة الثانية) ، يتم الإشراف على تسييرها من قبل مراقب التنفيذ الذي تعينه المحكمة فور المصادقة على برنامج الإنقاذ.

الفقرة الأولى: حلول الإنقاذ المعتمدة على المؤسسة: مواصلة النشاط:

قد يتمحور برنامج إنقاذ المؤسسة حول مواصلة النشاط و هي الإمكانية التي يتجه دائما السعي لمحاولة تحقيقها قبل البحث عن الطرق الأخرى بوصفها تمكن من المحافظة على كيان المؤسسة و على مواطن الشغل فيها في ذات الوقت. و لكن "لا تقضي المحكمة بالمصادقة على برنامج مواصلة النشاط إلا إذا وافق عليه الدائنون المشمولون به و الذين تمثل ديونهم على الأقل نصف الديون **التي تضمنها البرنامج المذكور** و بعد التحقق من مراعاته لمصلحة جميع الدائنين"و هذا بالإستناد للفصل 456 من المجلة التجارية مثلما وقع تنقيحه بالقانون عدد 47 المؤرخ ب29 ماي 2019 و المتعلق بتحسين مناخ الإستثمار.

و قد أشار المشرع ضمنيا لمواصلة النشاط كصيغة أولية من صيغ الإنقاذ بداية صلب الفصل 452 من المجلة التجارية في فقرته الأولى على النحو التالي: "يتولى المتصرف القضائي دراسة برنامج الإنقاذ المقدم من المدين و تعديله عند الإقتضاء, و يتضمن برنامج الإنقاذ **وسائل النهوض بالمؤسسة و منها عند الإقتضاء جدولة ديونها و نسبة التخفيض من أصلها أو من الفوائض المترتبة عليها أو تغيير الشكل القانوني للمؤسسة أو الترفيع في رأس مالها و المحافظة على مواطن الشغل فيها**." ويستنتج من هذا الفصل إذن أن مواصلة النشاط تكون ممكنة إما بإعادة هيكلة المؤسسة (I) ، أو بالحط من ديونها أو إعادة جدولتها (II). و قد نص الفصل 455 من المجلة التجارية في هذا الإطار أنه :" تقضي المحكمة بمواصلة المؤسسة لنشاطها إستنادا إلى تقرير المتصرف القضائي عندما تكون هناك إمكانيات جدية لمواصلة النشاط مع الإحتفاظ بكل أو بعض مواطن الشغل و خلاص الديون...". كما يمكن أن تكون مواصلة النشاط مصحوبة ببيع أو إحالة بعض الممتلكات أو النشاطات الفرعية للمؤسسة. و في هذه الحالة تتبع الإجراءات المنصوص عليها بالقسم الرابع المتعلق بالإحالة.

I. مواصلة النشاط عبر إعادة هيكلة المؤسسة:

تعرض المشرع لإمكانية إنقاذ المؤسسة و تمكينها من مواصلة نشاطها عن طريق تغيير هيكلتها موضعين أساسيين. و هما بداية، الفصل 452 فقرة أولى التي تنص على ما يلي:**" ... و يتضمن برنامج الإنقاذ و سائل النهوض بالمؤسسة و منها عند الإقتضاء جدولة ديونها و نسبة التخفيض من أصلها أو من الفوائض المترتبة عليها أو تغيير الشكل القانوني للمؤسسة أو الترفيع في رأس مالها و المحافظة على مواطن الشغل فيها."** ثم الفصل 457 من المجلة التجارية الذي يتعرض كذلك لهذه الإمكانية في تغيير هيكلة المؤسسة كشكل من أشكال النهوض بها و محاولة إنقاذها على النحو الآتي: **"إذا تضمن البرنامج إدخال تغيير على العقد التأسيسي للمؤسسة فإن المحكمة تعطي وكالة لمراقب التنفيذ و تحدد له أجلا للقيام بالإجراءات اللازمة لإتمام ذلك التغيير. و إذا تضمن البرنامج الترفيع في رأس مال الشركة، يتولى مراقب التنفيذ إتمام الموجبات"**. و بالتالي تتمحور إمكانية مواصلة النشاط عبر إعادة هيكلة المؤسسة في طريقتين أساسيتين: الترفيع في رأس المال (أ) أو تغيير الشكل القانوني للمؤسسة (ب).

أ.تغيير الشكل القانوني للمؤسسة:

يمكن أن يمر إنقاذ المؤسسة بمواصلتها لنشاطها عبر تغيير شكلها القانوني. و هي من الحالات الإستثنائية في التطبيق, إذ نادرا ما تكون إعادة هيكلة المؤسسة كافية لمجابهة لصعوباتها الإقتصادية. مع ذلك ، يحدث أن يوفر التغيير في الشكل القانوني للمؤسسة -و هو حل يتميز بالسرعة و البساطة في الإجراءات -مرونة أكثر في نشاطها أو في تركيبتها. من ذلك أن تغيير الشكل القانوني للشركة من شركة ذات مسؤولية محدودة إلى شركة خفية الإسم يسمح باستيعاب عدد أكثر من الشركاء و هو ما يعني سيولة مالية أكثر و تغييرا عميقا على مستوى التسيير و الرقابة ذلك أن نظام التسيير صلب الشركات خفية الإسم يخضع لمراقبة أقوى من نظيره في الشركات ذات المسؤولية المحدودة من طرف الجلسات العامة، من الشركاء و من مراقب الحسابات و غيرها من هياكل المراقبة.

علاوة على ذلك، لا يترتب عن التغيير في الشكل القانوني للشركة إضعاف لحقوق الدائنين في إستخلاص ديونهم، بل يحافظ هؤلاء على حقوقهم السابقة لتغييير شكلها القانوني عملا بأحكام الفصل 437 من مجلة الشركات التجارية: **" لا يؤثر تغيير شكل الشركة على مسؤولية الشركاء الذين يبقون ملزمين بديونها بنفس الصفة التي كانو عليها قبل تغيير شكلها ،و لا على حقوق الدائنين أو العقود أو الإلتزامات التي نشأت قبل ذلك. و تنتقل العقود المبرمة من الشركة التي وقع تغيير شكلها إلى الشركة**

الناشئة عبر تغيير الشكل بنفس الشروط. وعندما يؤدي تغيير الشكل إلى ضمانات جديدة ناجمة عن الشكل الجديد فإن دائني الشركة التي تغير شكلها ينتفعون بذلك."

و قد يتم تغيير الشكل القانوني للشركة على شكل اندماج. و هي فرضية أوردها المشرع صلب الفصل 415 من مجلة الشركات التجارية بهذا المعنى **:" ويمكن أن يتحقق الاندماج بين شركات إحداها أو جميعها خاضعة لإجراءات الإنقاذ بناء على إذن قضائي..."**. و يعرف المشرع بالفصل 411 من مجلة الشركات التجارية الإندماج بكونه **"إتحاد شركتين فأكثر لتكوين شركة واحدة جديدة. وينتج الإندماج سواء من إستيعاب شركة أو عدة شركات لبقية الشركات الأخرى أو من تكوين شركة جديدة من تلك الشركات .ويؤدي الاندماج إلى إنحلال الشركات المدمجة أو المستوعبة والإنتقال الكلي لذممها المالية إلى الشركة الجديدة أو إلى الشركة المستوعبة . ويتم الإندماج بدون تصفية الشركات المدمجة أو المستوعبة وإذا كان الإندماج نتيجة للإستيعاب فيجب أن يتم بالترفيع في رأس مال الشركة المستوعبة طبق أحكام هذه المجلة."**

و ينتج عن الاندماج إحتفاظ دائني كل شركة من الشركات المندمجة بحقوقهم على ذمة الشركة المدينة لهم أو إحالة ديونهم إلى الشركة المحدثة أو المستوعبة إذا لم يقع خلاصها من الشركة المدمجة المدينة في الأصل. و هو ما نص عليه المشرع بالفصل 420 من مجلة الشركات التجارية و ما دعمه فقه القضاء كذلك حيث إعتبرت محكمة التعقيب في قرار صادر تحت عدد 32407 بتاريخ 21 ماي 2003 أن الشركة المندمج فيها تصبح المسؤولة عن الشركة المدمجة و عن علاقاتها التعاقدية. (نشرية محكمة التعقيب 2003, القسم المدني, الجزء الثاني, ص 231.) ويتمتع الدائنون في كل الحالات سواء كان دينهم عاديا أو ممتازا بالأفضلية إزاء الدائنين اللذين تنشأ ديونهم بعد الإندماج.

ب. الترفيع في رأس المال:

يعتبر الترفيع في رأس المال الوسيلة المثلى لضخ سيولة مالية تمكن المؤسسة من تجاوز تعثرها الاقتصادي وربما كذلك لخلاص بعض ديونها الحالة. و يبين التطبيق الفقه قضائي أن إنقاذ المؤسسة عبر الترفيع في رأس المال هو من أكثر الحلول المعتمدة من طرف القضاء.لم يضبط المشرع على وجه التحديد الطرف المخول له إمكانية الترفيع في رأس المال، بل إن الفصل 457 من المجلة التجارية جاء ناصا على وجه العموم**:" و إذا تضمن البرنامج الترفيع في رأس مال الشركة, يتولى مراقب التنفيذ إتمام الموجبات. و يجب على المكتتبين في الترفيع في رأس المال دفع ما إلتزمو به حالا..."**. و قد يتم

الترفيع في رأس المال من طرف المساهمين أنفسهم و هو الحل الأكثر نجاعة, من طرف الدائنين أو من طرف الغير.

يعتبر الترفيع في رأس المال من طرف المساهمين حلا مثاليا بالنسبة للشركة و المساهمين. لم يبين المشرع بالفصل 457 من المجلة التجارية الإجراءات الواجب إعتمادها في هذا الصدد عدا أنه على المكتتبين في الترفيع في رأس المال دفع ما إلتزمو به "حالا". و توحي هذه المفردة بالطابع الحثيث والمستعجل لهذا الإجراء و هو الذي يبرر التدخل الإستثنائي للمحكمة في محاولة لتسريع إجراءات الترفيع في رأس المال بغية إنقاذ المؤسسة و الحيلولة دون بلوغها مرحلة الإفلاس. و قد أقرت محكمة التعقيب في قرار عدد 10114-9454 مؤرخ في 8 ماي 2014 موقف محاكم الأصل لما قضت بإلزام مؤسسة بنكية بتسريح جزء من مبلغ مقدم من طرف أحد الشركاء لضمان الوفاء بديون المؤسسة المدينة لأحد الشركاء الذي يعتزم الترفيع في رأس المال بواسطة هذا المبلغ. و رغم ما يحمله هذا التوجه من تعارض مع أحكام الفصل 228 من مجلة الحقوق العينية الذي ينص على ما يلي: " لا يلزم الدائن برد الرهن للمدين أو لمعير الرهن إلا بعد تنفيذ الإلتزام تنفيذا تاما..." , إلا أن محكمة التعقيب قد عللت هذا التوجه بالطابع الإستثنائي لقانون الإنقاذ و بضرورة تغليب مصلحة المؤسسة على مصلحة الدائنين.

قد يتم الترفيع في رأس المال كذلك من الدائنين و هي صيغة تمكن من إستيعاب أو إمتصاص بعض ديون و خسائر المؤسسة و من ضخ أموال جديدة فيها. و هنا ينص الفصل في فقرته الثالثة أنه يمكن للدائنين المرسمة ديونهم بالجدول دون نزاع, الإكتتاب بكل أو بعض الديون الحالة فإذا كان الدين غير حال, فإنهم لا يستفيدون من هذا الإجراء إلا إذا تنازلو عن جزء من دينهم تحدده المحكمة, لا يقل عن مبلغ الفوائض المعتمدة عن الجزء الذي لم يحل أجله.

إن تحويل الديون إلى مساهمة في رأس مال الشركة من شأنه بالتبعية أن يجعل من الدائن شريكا. و قد نص المشرع حرصا على عدم إعاقة هذا الحل من طرف بقية الشركاء صلب الفقرة الأخيرة من الفصل 475 من مجلة الشركات التجارية بكامل الوضوح:**" و لا يتوقف تحويل الدائنين لكامل ديونهم أو بعضها إلى مساهمة في رأس مال المؤسسة المدينة على موافقة المساهمين أو الشركاء فيها."**

قد يتم الترفيع في رأس مال المؤسسة ذات الصعوبات الاقتصادية كذلك من الغير (ليس شريكا مساهما و لا دائنا). و هي من الحلول الاعتيادية و الإجبارية حتى في قانون الشركات كلما تبين أن الأموال الذاتية للشركة أصبحت دون نصف رأسمالها نتيجة الخسائر اللاحقة بها و المنصوص عليها صلب الفصل 142 بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة و الفصل 388 فيما يخص الشركات خفية الإسم.

هذا الترفيع في رأس المال من طرف الغير و ما يؤدي إليه من دخول شريك جديد أو"المستثمر الجديد" يمكن أن يصطدم بممانعة بقية الشركاء خصوصا و أن المشرع لم ينص على إمكانية تجاوز ممانعة الشركاء دخول الشريك الجديد عن طريق الترفيع في رأس المال مثلما نص على ذلك بالنسبة للدائنين صلب الفصل 457 من المجلة التجارية المذكور. أمام هذا الصمت التشريعي و تغليبا لمصلحة المؤسسة، تخلى فقه القضاء في عديد القرارات عن وجوب موافقة الشركاء على ضخ الأموال من طرف الغير كما لجأ لربط إجراء الترفيع بحذف حق الأفضلية لأن فتح المجال أمام المساهمين الجدد يستوجب تخلي المساهمين القدامى عن حق الأولوية في الإكتتاب.

و على العموم، فمهما كانت صيغة الترفيع في رأس مال المؤسسة، فهي تستوجب ضرورة تضمين هذا الترفيع صلب العقد التأسيسي و قد تؤول لتغيير في هياكل تسيير المؤسسة كما قد تتطلب تغييرا في الشكل القانوني للمؤسسة. في جميع هذه الحالات التي يقود إليها الترفيع في رأس مال الشركة،]يكون على مراقب التنفيذ "إتمام الموجبات" على معنى الفصل 457 من المجلة التجارية و هي صيغة عامة تتطلب الرجوع لأحكام مجلة الشركات التجارية و التي تفترض دعوة مراقب التنفيذ لانعقاد الجلسة العامة الخارقة للعادة للبت في الترفيع.

على أنه إذا كان البت في الترفيع مسألة عائدة للشركاء يقررونها وفق ما تمليه إرادتهم و وفق القواعد المعمول في قانون الشركات التجارية بالنسبة للشركات الناشطة بصفة جيدة les entreprises in boni،فإن امتناع الشركاء عن الموافقة على الترفيع في رأس مال المؤسسة أو تغيير شكلها القانوني بما يتعارض مع إمكانية إنقاذ المؤسسة لا يمنع القاضي المتعهد بملف التسوية القضائية من إتمام الترفيع و الإذن به. و هو ما درجت عليه المحاكم في عديد ملفات التسوية بمقولة أن **:" المؤسسة الاقتصادية بإعتبارها وعاء يستطب اليد العاملة و الاستثمار لم تعد تتصل بالمصلحة الخاصة و تنصهر في إطار مصلحة مالكيها و إنما أصبحت في إطار نظام الإنقاذ تتصل بالمصلحة العامة و تستوجب تدخل أطراف خارجية عنها لضمان استمرارها و ديمومتها خدمة للاقتصاد الوطني باعتبارها أصبحت تمثل إحدى خلايا النسيج الاقتصادي الوطني و في حمايتها حماية للمصلحة الوطنية... و حيث أن أحكام القانون المتعلق بإنفاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات تهم النظام العام الاقتصادي الحمائي الهادف لتحقيق مصلحة عامة التي تعلو مصلحة الأطراف الخاصة و قد اقتضى الفصل 557 من م اع أنه إذا تعارضت منفعة عامة و منفعة خاصة لم يمكن التوفيق بينهما قدمت المصلحة العامة"** ،حكم ابتدائي عدد 41 صادر عن محكمة ابتدائية صفاقس 2 بتاريخ 12 جويلية 2017 غير منشور .

و في نفس السياق، بقرار صادر عن محكمة ابتدائية تونس قضية عدد 93 بتاريخ 29 مارس 2000 (منشور بمجلة القضاء و التشريع عدد 7 . جويلية 2002 ص 235)- أقرت المحكمة ما يلي: **"و حيث أن إنقاذ المؤسسة يستوجب أساسا تغيير شكلها القانوني و ذلك من شركة ذات مسؤولية محدودة إلى شركة خفية الإسم و ذلك لتحسين مردودية القرار من خلال ما تحتويه هذه النوعية من الشركات من مجلس إدارة يمكنه يمكنه متابعة سير المشاريع إضافة لوجود هيكل مراقبة داخلي يتمثل في مراقب الحسابات و هو ما يضمن حد أدنى من المراقبة الذاتية".**

II. مواصلة النشاط عبر الحط من ديون المؤسسة و إعادة جدولتها:

نص المشرع على هذه الفرضية صلب الفصل 452 من المجلة التجارية على النحو الآتي:**" يتولى المتصرف القضائي دراسة برنامج الإنقاذ المقدم من المدين و تعديله عند الاقتضاء. و يتضمن برنامج الإنقاذ وسائل النهوض بالمؤسسة و منها عند الاقتضاء جدولة ديونها و نسبة التخفيض من أصلها أو من الفوائض المترتبة عليها..."**. إن برنامج الإنقاذ الذي يتضمن صياغة جديدة للديون يمكن أن يرتكز على إعادة جدولة الديون أو الحط منها.

أما عن الحط من الديون فينص الفصل 456 من المجلة التجارية في فقرته الثالثة على ما يلي:**" و لا يمكن لبرنامج مواصلة النشاط أن يتضمن الحط من أصل الدين إلا برضاء الدائن."** و قد كانت الصياغة الأولى للفصل 39 من قانون 1995 تنص على ضرورة أخذ "موافقة الدائنين على الطرح من ديونهم"، ثم وقع تعويض هذه العبارة مع تنقيح 1999 بضرورة "أخذ رأي الدائنين حول الطرح في ديونهم". و قد كان لهذا التمشي التشريعي تأثيره لدى فقه القضاء حيث اعتبرت محكمة التعقيب في عديد القرارات أن:**" موافقة الدائنين على الطرح من ديونهم ليست لازمة و ليس لرأيهم إلا صبغة استشارية خاصة أن المشرع لم يرتب أي جزاء على موافقتهم و لم يجعل منها شرطا لاعتماد المحكمة لبرنامج الإنقاذ المقترح".** (قرار تعقيبي مدني عدد 21292 مؤرخ في 12 ماي 2003, الجديد في فقه القضاء- الصفحة 163) أو كذلك (قرار تعقيبي مدني عدد 3925 مؤرخ في 14 ديسمبر 2004، الجديد في فقه القضاء 2009، الصفحة 357 و ما بعدها).

و بموجب التنقيح التشريعي لسنة 2003 تدخل المشرع مجددا ليجعل من موافقة الدائنين أمرا ضروريا للحط من ديونهم صلب برنامج الإنقاذ حيث نص الفصل 43 جديد من قانون 1995: **" مع مراعاة أحكام الفصل 57 من هذا القانون، لا يجوز للمحكمة الحط من دين إلا برضاء الدائن."** و قد أبقى المشرع على هذه الصيغة بمقتضى تنقيح 2016 ،جاعلا من موافقة الدائنين شرطا أساسيا للحط من

ديونهم سواءا أصلا أو فوائض. و هو ما كرسه التطبيق الفقه قضائي في قرارات لاحقة ; قرار تعقيبي مدني عدد 25750 مؤرخ في 28 أكتوبر2008 منشور بمجلة القضاء و التشريع أفريل 2009,...

أما جدولة الديون فتتمتع فيه المحكمة بسلطة تقديرية أوسع و لكنها محدودة من جهة بمدة زمنية لا تتجاوز السبع سنوات. **كما أنها غير واردة** بالنسبة للمبالغ المشار إليها بالفصلين 541 و 571 من هذه المجلة و بالفصل 199 من مجلة الحقوق العينية باستثناء الفقرة الرابعة استنادا للفقرة الخامسة من الفصل 456 من المجلة التجارية. كما **يمكن** أن تستثنى من التأجيل أو الجدولة طبق الفصل 456 فقرة أخيرة الديون الصغيرة في حدود خمسة بالمائة من جملة الديون والتي لا يتجاوز كل واحد منها نصف واحد بالمائة من إجمالي الديون. وتكون الأولوية للدين الأقل مبلغا. و لا ينطبق ذلك الاستثناء على الديون التي تتجاوز نصف واحد بالمائة من جملة الديون أو التي كانت موضوع حلول أو دفعت من الغير. و يبقى هذا الاستثناء رهين السلطة التقديرية للقاضي.

و بالتالي يستشف مما سبق أن دور المحكمة في الحط من الديون كسبيل من سبل الإنقاذ دور محدود و مقيد بما أنه يعتمد كليا على موافقة أو رضاء الدائن مثلما ينص على ذلك المشرع صلب الفصل 456 من المجلة التجارية. في حين ان دورها في جدولة الديون دور هام و غير مقيد خاصة و أن المشرع يمكن المحكمة عند المصادقة على برنامج الإنقاذ بمواصلة النشاط أن تجعل في أجل الوفاء تفاوتا بحسب أوضاع الدائنين و قدرة المؤسسة على الوفاء. كما عمدت المحاكم في بعض الأحيان إلى إمهال المؤسسة المدينة مدة سنة قبل قيام المدين بالدفع إستنادا للفصل 137 من مجلة الإلتزامات و العقود.

الفقرة الثانية: حلول الإنقاذ المعتمدة على الغير:

قد تتعدد المساعي لإنقاذ المؤسسة مع مواصلتها لنشاطها و يبقى مع ذلك الحفاظ على هياكل إدارتها و تسييرها الأصلية أمرا مستعصيا . فيضطر المدين للتفويت فيها بإحدى السبل المنصوص عليها بالقسم الرابع من الباب الرابع المتعلق بالتسوية القضائية و هي إحالة المؤسسة (I) أو كرائها كراءا مشفوعا بحالتها أو إعطاءها للغير في إطار وكالة حرة (II).

I. إحالة المؤسسة إلى الغير:

الإحالة عقد يجمع بين المحيل و المحال له يتم بمقتضاه نقل كامل ملكية المؤسسة أو جزء منها إلى الغير بمقتضى حكم قضائي. و يقع اللجوء لهذا الحل في حالة تعذر إنقاذها عن طرق مواصلة نشاطها بتطبيق الحلول الأولية كالترفيع في رأس مالها أو جدولة ديونها. فإحالة المؤسسة تمكن من الحفاظ عليها كوحدة أنتاج و هي من السبل الكفيلة بالحفاظ على بعض أو كل مواطن الشغل وخلاص الديون. و بذلك

فقد نص المشرع صلب الفصل 461 من المجلة التجارية الوارد صلب الفرع الرابع المعنون :"**في إحالة المؤسسة":" يمكن أن تقرر المحكمة بمقتضى حكم تحضيري إحالة المؤسسة إلى الغير إذا تعذر مواصلة نشاطها طبق الأحكام المتقدمة وكان في ذلك ضمان لاستمرار نشاطها وللاحتفاظ بكل مواطن الشغل فيها أو ببعضها وخلاص ديونها"**. بيد أنه، و لأهمية إحالة المؤسسة للغير و تأثيرها على ذمتها المالية, يمنع المشرع إحالة المؤسسة لفائدة مسير المؤسسة أو قرينه وأصوله وفروعه وأقاربه إلى الدرجة الرابعة وأصهاره بصفة مباشرة أو غير مباشرة.كما تمنع الإحالة على المصالح الواقع تعيينه في إجراءات التسوية الرضائية وعلى المتصرف القضائي ومراقب التنفيذ الواقع تعيينهما في إجراءات التسوية القضائية للمؤسسة و هو ما نص عليه المشرع صلب الفصل 462 من المجلة التجارية. و تخضع الإحالة لاجراءات دقيقة (أ) و ترتب آثارا هامة (ب) .

أ. إجراءات الإحالة:

بتاريخ 17 أفريل 1995، تاريخ صدور قانون الإنقاذ، كانت إجراءات الإحالة على أهميتها تتسم بالتعقيد و الإطالة حيث كانت تتم على أربع مراحل أساسية تبدأ بإصدار حكم في الأصل في المصادقة على الإنقاذ بإحالة المؤسسة للغير ثم تعيين مراقب تنفيذ لتحرير كراس شروط الإحالة و إشهارها و تلقي العروض. يعقبها إصدار حكم في العرض الذي تختاره المحكمة من جملة العروض المقدمة، و تنتهي بتكليف مراقب التنفيذ بإبرام العقود اللازمة في ذلك مع المحال له. أن اتباع جملة هذه الإجراءات عند الإحالة أفقد هذه الصيغة في الإنقاذ كامل نجاعتها و قد جعلت المصادقة على برنامج الإنقاذ بالإحالة يأخذ مدة زمنية طويلة قد تبدد خلالها أموال الشركة و تضيع فرص إنقاذها. ف من ذلك أنه –عل سبيل المثال- صلب ملف في التسوية القضائية كان موضوع القرار التعقيبي عدد 28252 بتاريخ 11 أوت 2008 (منشور بالمجلة القانونية التونسية 2008 مع تعليق الأستاذة نجاة البراهمي) ، فاقت المدة الزمنية في الإحالة الثماني سنوات في تقرير برنامج إنقاذ إحدى المؤسسات إذ لم يصدر الحكم بالإحالة إلى الغير إلا بعد ثماني سنوات تم إستغراقها في البحث عن إمكانية مواصلة الشركة نشاطها بنفسها ثم في صيغة الإحالة و تقريرها و حصول الطعن فيها و الإنتهاء بالحكم فيها ثم تفعيل الاحالة و تحويز المحال له بالمؤسسة.

تبعا لذلك، تدخل المشرع بمقتضى تنقيح 2016 ليختصر و يضفي أكثر نجاعة على إجراءات الاحالة و كرس التوجه الفقه القضائي الذي اختصر الإحالة في مرحلتين: مرحلة تحضيرية يتم خلالها إتخاذ قرار في صيغة حكم تحضيري لا يقبل الطعن على معنى الفصل 41 من مجلة المرافعات المدنية و و التجارية من طرف المحكمة في اعتماد الإنقاذ بصيغة الإحالة للغير و تكلف المحكمة بمقتضاه

المتصرف القضائي بتحرير كراس شروط و تلقي العروض. و مرحلة ثانية يقضى فيها بحكم بالإحالة للمحال له الذي قدم العرض الأنسب لوضعية المؤسسة. و يقوم هذا الحكم مقام البيع الناقل للملكية. و بذلك فقد جاء بالفصل 461 من المجلة التجارية:" **يمكن أن تقرر المحكمة بمقتضى حكم تحضيري إحالة المؤسسة إلى الغير إذا تعذر مواصلة نشاطها طبق الأحكام المتقدمة وكان في ذلك ضمان لاستمرار نشاطها وللاحتفاظ بكل مواطن الشغل فيها أو ببعضها وخلاص ديونها.**" و بذلك , استنادا للفصل 460 من المجلة التجارية فإن المحكمة تأذن بمواصلة النشاط وتحدد الآجال التي يتعين خلالها تقديم عروض في ذلك إلى المتصرف القضائي .ويحرر كراس الشروط من قبل المتصرف القضائي تحت إشراف القاضي المراقب. وتحدد به الشروط التي اشترطت المحكمة تقديمها من أصحاب العروض لضمان جدية عروضهم .ويوضع كراس الشروط على ذمة الراغبين في تقديم العروض، وتحدد به مصاريف الحصول على نسخة منه .ويتولى المتصرف القضائي إشهار الإذن بافتتاح الآجال لتلقي العروض بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبجريدتين يوميتين إحداهما صادرة باللغة العربية وبكل وسيلة أخرى تأذن بها المحكمة وذلك خلال العشرين يوما الموالية لاتخاذه .ويتم تقديم العروض في ضوء كراس الشروط خلال الأجل الذي تحدده المحكمة."

يقدم المتصرف القضائي إثر ذلك العروض الواردة عليه إلى المحكمة في آجالها مع كل العناصر التي تساعدها على تقدير جدية العرض .وتقضي المحكمة بحضور النيابة العمومية بقبول العرض الذي يضمن أكثر من غيره استمرار مواطن الشغل وتغطية الديون وذلك خلال عشرين يوما من انتهاء أجل تقديم العروض استنادا للفصل 463 من المجلة التجارية. و يكون بذلك الحكم بالإحالة بمثابة العقد القضائي أو البيع الجبري بالتبتيت الذي يقع بموجبه الإذن لمراقب التنفيذ بتحويز المحال له المؤسسة المحالة على ضوء شروط البيع الواردة بكراس الشروط المعدة من طرفه عند توصله بكامل ثمن الإحالة و بتوزيع الثمن المذكور على الدائنين المرسمين في ظرف شهر من تاريخ استخلاصه له.

ب. آثار الإحالة:

تنتقل ملكية المؤسسة المحالة إلى المحال له بمجرد وفائه بجميع التزاماته ودفعه كامل الثمن ويحجز محصول البيع لفائدة الدائنين .اما إذا لم يدفع المحال له ما التزم به في الأجل المعين بكراس الشروط فهو يعد ناكلا. ويترتب عن النكول القيام من جديد بإجراءات طلب العروض واختيار عرض جديد ما لم تقرر المحكمة اختيار المحال إليه من ضمن مقدمي العروض السابقين .ويتحمل الناكل غرم الضرر الناجم عن نكوله. كما لا يمكنه استرجاع المبالغ التي سبقها أو أمنها في أي طور. ويوظف غرم الضرر والمبالغ المذكورة لخلاص الدائنين بحسب مراتبهم.

و في صورة وفاء المحال له بما إلتزم به، تنتقل له ملكية المحال. و بالنسبة للعقود الجارية التي أذنت المحكمة بمواصلة العمل بها وفق أحكام الفصل 461 من هذه المجلة، يحل المحال إليه محل المتعاقد المحال عنه في ما له من حقوق والتزامات اكتسبت أو حل أجلها منذ تاريخ الإحالة.

و خلافا لمقتضيات الفصل 292 من مجلة الحقوق العينية، تطهر المؤسسة عند بيعها من جميع الديون والترسيمات السابقة بما فيها الممتازة. (الفصل 464 من المجلة التجارية).

يتولى مراقب التنفيذ توزيع المتحصل من ثمن إحالة المؤسسة على الدائنين في ظرف شهر **من تاريخ استيفاء أجل الطعن أو صدور الحكم الاستئنافي في حالة الطعن** إن لم يكن هناك نزاع .وفي صورة النزاع، يتولى القاضي المراقب تحرير تقرير يتضمن المعارضات المثارة يحال بمقتضاه ملف التوزيع على المحكمة المتعهدة بالتسوية التي تبت خلال شهر في التوزيع والمعارضات بحضور النيابة العمومية وبعد استدعاء جميع الدائنين. وفي صورة الطعن، تبت محكمة الاستئناف في أجل شهر من تاريخ رفع الطعن إليها .ويمكن لمراقب التنفيذ أن يدفع فورا للعملة الذين يطلبون ذلك تسبقات يحددها القاضي المراقب تمثل نسبة من ديونهم تدفع من ثمن الإحالة المؤمن.(الفصل 573 من المجلة التجارية).

هذه الإمكانية في الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة في مادة التسوية القضائية من المدين أو الدائنين أو المحال له أو المكتري أو النيابة العمومية، نظمها المشرع بالفصول 564 و 565 و 566 من المجلة التجارية. لكن أهم ما جاءت به هذه الفصول، هو الطابع المعجل في تنفيذ حكم الإحالة و الاستبعاد الصريح للمفعول التوقيفي أو التعليقي للاستئناف، حيث ينص الفصل 566 من المجلة التجارية على أن الطعن المنصوص عليه بالفصلين 564 و565 من هذا العنوان لا يوقف تنفيذ الحكم إلا إذا رفع من النيابة العمومية .وأن المحكمة تنظر في الطعن وفق إجراءات القضاء الاستعجالي .ويمكن **استثنائيا فقط** لرئيس المحكمة الاستئنافية المتعهدة إذا طلب منها الطاعن ذلك أن تأذن بقرار معلل بإيقاف تنفيذ الحكم المطعون فيه مدة شهر إذا رأت أن التنفيذ قد يستحيل معه الرجوع بالحالة إلى ما كانت عليه قبل إجرائه.

II.كراء المؤسسة أو إعطائها للغير في إطار وكالة حرة أو كرائها كراء مشفوعا بإحالتها:

يعتبر كراء المؤسسة أو إعطائها للغير في إطار وكالة حرة أو كرائها كراء مشفوعا بإحالتها آلية أو صيغة مستحدثة صلب قانون الإنقاذ حيث كانت غائبة صلب الصيغة الأصلية لسنة 1995. و قد أدرجها المشرع صلب قانون الإجراءات الجماعية بمقتضى تنقيح 2003. و هي صيغة على غاية من الأهمية بوصفها تمكن من الحفاظ على إستمرارية النشاط دون الإحالة النهائية للغير ولكنها نادرة في

التطبيق. و تخضع هذه الصيغ في الإنقاذ تقريبا لنفس الإجراءات التي نص عليها المشرع في الإحالة مع بعض الإختلافات الراجعة لموضوع و طبيعة الإستغلال. فإذا كانت الوكالة الحرة مرتبطة أساسا بالأصل التجاري و بالتاجر أساسا سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، يشمل الإنقاذ بالكراء عموما جميع أنواع المؤسسات.

و كما هو الشأن بالنسبة للإحالة، تقضي المحكمة بمقتضى حكم تحضيري بكراء المؤسسة أو إعطائها للغير في إطار وكالة حرة أو كرائها كراء مشفوعا بإحالتها إذا تعذر مواصلة نشاطها طبق الأحكام المتقدمة وكان في ذلك ضمان لاستمرار نشاطها وللاحتفاظ بكل مواطن الشغل فيها أو بعضها وخلاص ديونها .

وتقضي المحكمة بكراء المؤسسة أو بكرائها كراء مشفوعا بإحالة أو بإعطائها في نطاق وكالة حرة لمن يقدم أفضل عرض ووفق أحكام الفصل 460 من هذه المجلة. تحدد المحكمة أجلا لتحرير كراس شروط من قبل المتصرف القضائي. ويجب أن تضمن به شروط الكراء أو الوكالة الحرة وعلى وجه الخصوص التعهدات المحمولة على صاحب العرض، وخاصة منها ما يتعلق بمواطن الشغل التي يلتزم بالمحافظة عليها والتي يترتب عن الإخلال بها فسخ العقد، وجرد جميع عناصر الأصل التجاري والمعدات الموجودة بالمحل والآلات التي تستعمل في استغلاله والعقود الجارية التي تربط المؤسسة بالغير. كما يجب أن يتضمن تعهد المكتري صراحة وكتابة بعدم التفريط في العناصر المادية للمؤسسة المكراة وبعدم تبديد العناصر المعنوية للأصل التجاري أو تحويلها لفائدته الشخصية أو الإفراط في استعمالها.

تأذن المحكمة للمتصرف القضائي بالقيام بالإشهارات اللازمة قصد تلقي العروض وتحدد في الإذن المعين الافتتاحي للكراء بناء على تقرير خبير مختص وعلى مدة الكراء .ويقدم المتصرف القضائي للمحكمة العروض الواردة عليه في آجالها. وتختار المحكمة العرض الذي يضمن استمرار مواطن الشغل وتغطية الديون والمحافظة على عناصر الأصل التجاري .كما تراعي الالتزامات المحمولة على المؤسسة بموجب العقود الجارية وتحدد في حكمها معين الكراء الصافي خاليا من الأداءات والمعاليم .ويتولى مراقب التنفيذ إتمام إجراءات الكراء أو الوكالة الحرة. (الفصلين 466 و 467 المجلة التجارية) ويتحمل المكتري الأعباء والمعاليم والأداءات والضرائب المرتبطة باستغلال المؤسسة . ولكن، إستنادا للفصل 468 من المجلة التجارية إذا تبين إمكانية إنقاذ المؤسسة بكرائها أو بإعطائها للغير في إطار وكالة حرة، فإن مدة الكراء لا يمكن أن تتجاوز في جميع الأحوال سبعة أعوام و استنادا للفصل 469، إذا تبين إمكانية إنقاذ المؤسسة بكرائها للغير كراء مشفوعا بإحالتها له، فإن مدة

الكراء لا تتجاوز في جميع الأحوال العامين .وتنتقل ملكية المؤسسة إلى المكتري بمجرد انتهاء فترة الكراء والوفاء بالالتزامات المحمولة عليه.

لا يترتب عن كراء المؤسسة أو كرائها كراء مشفوعا بإحالة أو إعطائها في إطار وكالة حرة تطهيرها من الديون ولا يكون المكتري ملزما تجاه أصحاب الديون السابقة لتاريخ الكراء بأكثر من معينات الكراء. و هو ما يشكل نقطة اختلاف هامة مقارنة بالإنقاذ بواسطة الإحالة الذي يؤدي لتطهير المؤسسة من ديونها وفقا للفصل 464 من المجلة التجارية.

بالنهاية، يوزع المال المتحصل عليه من إحالة المؤسسة أو بعض أصولها أو كرائها كراءا مشفوعا بإحالتها أو بإعطائها للغير في نطاق وكالة حرة على جميع الدائنين الذين إختبرت و إعتمدت ديونهم بعد طرح المبالغ التي سبق دفعها، وفق الترتيب المنصوص عليه بالفصل 569 من المجلة التجارية. و بالإستناد لأحكام الفصل 473 من المجلة التجارية، يرفع مراقب التنفيذ إلى المحكمة التي أصدرت حكم التسوية عند الإنتهاء من تنفيذ برنامج مواصلة النشاط أو إحالة المؤسسة أو كرائها أو كرائها كراءا مشفوعا بإحالتها أو إعطائها للغير في إطار وكالة حرة تقريرا يبين فيه نتائج أعمال التنفيذ. و تصرح المحكمة بختم التسوية مع معاينة ما قد يثبت لديها من إخلال أو خطأ في التنفيذ.

الجزء الثاني: التفليس