



مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي

ملتقى دولي حول:

دور القضاء في مساندة التحكيم

شهر الشيخ 2-4 يونيو حزيران 2010

التحكيم في نزاعات الشركات

من خلال اجتهادات القضاء التونسي

أحمد الورفلي

قاض - رئيس فريق عمل بمركز الدراسات القانونية والقضائية

مدرس قانون

تونس

STATE COURTS AND ARBITRATION IN CORPORATE DISPUTES

Judge. Ahmed Ouerfelli

Chair of Working Group

Centre of Legal and Judicial Studies

Law lecturer

TUNISIA

صيغة مؤقتة و سيتم تحسينها قبل نشرها بمجلة التحكيم العربي

التحكيم في نزاعات الشركات

من خلال اجتهادات القضاء التونسي

مقدمة

1. ما الذي يبرر تخصيص مداخله لموضوع يتعلق بالتحكيم في نزاعات الشركات في إطار ملتقى دولي بهذا الحجم الهام الذي يتعلق بدور القضاء في دعم التحكيم ومساندته؟ أليست الشركة طرفا عاديا في النزاع التحكيمي شأنها شأن الشخص الطبيعي وأي شخص معنوي آخر؟
2. تستوجب الإجابة عن هذا التساؤل بيان أمر مبدئي على غاية الأهمية وهو أن هذه المداخلة لا تتناول التحكيم في النزاعات التي يكون أحد أطرافها شركة تجارية. فجل القضايا التحكيمية يكون كل أطرافها شركات تجارية. فالأمر يتعلق بالأحرى بالنزاعات المتعلقة بالشركات، أي النزاع الذي يكون موضوعه شركة، أو حقوق الشركاء في الشركاء أو الوضع القانوني للشركة بوجه عام. فهو يهتم بالتحكيم في النزاعات المتعلقة بالشركات *arbitration in company disputes* من حيث وضعها القانوني لا من حيث هي أطراف في التحكيم. وأهم هذه النزاعات على الإطلاق تلك التي تتناول الخلافات بين الشركاء بشأن الشركة وحقوقهم داخلها.
3. ولما كان ذلك فإن اختيار الموضوع يضحى مبررا نسبيا. لكن من الأمر الخاص في نزاعات الشركاء بين الشركة الذي يبرر دراسة هذا الموضوع في إطار مداخلة مستقلة؟ ألا يتعلق الأمر بنزاع تحكيمي ككل النزاعات الأخرى، يخضع إلى نفس ضوابطها من حيث اشتراط وجود اتفاقية تحكيم نافذة بين الأطراف وتعيين المحكمين طبق الإجراءات التعاقدية أو القانونية الجاري بها العمل وتطبيق مبادئ الإجراءات من قبل الهيئة التحكيمية وصولا إلى إصدار حكم تحكيم ثم الطعن فيه عند الإقتضاء بالطرق القانونية وإكسائه بصيغة التنفيذ؟
4. هذا هو مربط الفرس. فهذه الدراسة تهدف إلى وضع الإصبع على مواطن الخصوصية والتفرد في نزاعات الشركات. ففقه القضاء التحكيمي ومن وراء اجتهادات المحاكم الرسمية بنى قواعد وتصورات خاصة بنزاعات الشركات، تبرز إبراز ما هو مميز وخصوصي فيها.
5. ويعتبر التحكيم اليوم من آليات الإدارة الرشيدة⁽¹⁾، وقد أصبحت بعض الأسواق المالية تعتبر إدراج شرط تحكيمي في عقود تأسيس الشركات المعنية شرطا للإستجابة لطلب إدراج أوراقها المالية في البورصة⁽²⁾.

(¹) James H. CARTER: "Arbitration and Corporate Governance: Publicly Held Companies", OECD Experts Group Meeting on *Dispute Resolution and Corporate Governance*, Vienna, Wednesday 25th June 2003, www.oecd.org/dataoecd/2/62/3860479.pdf -Michael HUWANG: "The Prospects for Arbitration and Alternative Dispute Resolution. Supplement to Programme Statement for Corporate Governance and Arbitration of Company-Law Disputes", OECD 6th Asian Roundtable on Corporate Governance, "Implementation and Enforcement in Corporate Governance". Theme III, session 1: "The Prospect for Arbitration and Alternative Dispute Resolution", Seoul, Korea 2-3 November 2004, www.oecd.org/dataoecd/42/34/33962683.pdf.

(²) في سنة 2004، قررت لجنة تسيير البورصة البرازيلية BOVESPA أنه يشترط وجود شرط تحكيمي حتى تقبل الشركات في البورصة. وقد استجابت 113 شركة لهذا الشرط في حدود سنة 2007. أنظر خاصة:

الفرع الأول: مجال تدخل التحكيم في نزاعات الشركات: قابلية نزاعات الشركات للتحكيم
الفرع الثاني: أطراف الخصومة التحكيمية المتعلقة بالشركة

الفرع الأول: مجال تدخل التحكيم في نزاعات الشركات: قابلية النزاعات المتعلقة بالشركات للتحكيم

Arbitrability of company disputes

نص الفصل 7 من مجلة التحكيم التونسية على قاعدة عامة تمنع التحكيم في النزاعات التي لها مساس بالنظام العام، مقتديا في ذلك بالفصل 2060 (قديم) من المجلة المدنية الفرنسية، بينما نص الفصل 16 الوارد في باب التحكيم الداخلي على جواز التحكيم في النزاعات بين الشركاء بشأن الشركة، وسكت الباب المتعلق بالتحكيم الدولي عن هذه المسألة كلياً.

ويمكن تقسيم النزاعات المتعلقة بالشركة إلى قسمين: نزاعات بين الشركاء أو بين الشركاء من جهة والمسيرين من جهة أخرى - من جهة - ونزاعات بين الشركاء والغير وخصوصا الدولة في صورة تأمين الشركة - من جهة أخرى - .

الفقرة الأولى: . مدى جواز التحكيم في النزاعات داخل الشركة

❖ يقتضي الفصل 16 من مجلة التحكيم (التحكيم الداخلي) أنه: "مع مراعاة أحكام الفصل 7 من هذه المجلة يجوز الاتفاق على التحكيم في كل نزاع معين موجود، كما يجوز اشتراط شرط تحكيمي فيما قد ينشأ من النزاعات المتعلقة بالالتزامات والمبادلات المدنية والتجارية والنزاعات بين الشركاء في شأن الشركة".

ويتمثل هذا الفصل في نقل حر في الفصل 258 القديم من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، وهو يتعلق في نفس الوقت باتفاقية التحكيم بشكليها (الشرط التحكيمي والاتفاق على التحكيم) وبنطاق التحكيم وموضوعه، فتسري عليه أحكام الفصول 2 و3 و4 وخصوصا الفصل 7 الذي نصّه:

"لا يجوز التحكيم:

أولاً- في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

ثانياً- في النزاعات المتعلقة بالجنسية.

ثالثاً- في النزاعات المتعلقة بالحالة الشخصية باستثناء الخلافات المالية الناشئة عنها.

رابعاً- في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

خامسا- في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية إقتصادية كانت أو تجارية أو مالية وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة". وما يمكن التساؤل بشأنه هو التحكيم في النزاعات بين الشركاء في ما يتعلق بالشركة. فالنص يتحدث فقط عن جواز إبرام شرط تحكيمي بشأنها، ويتجاهل إمكانية إبرام إتفاق على التحكيم بعد نشوب النزاع *compromis*. فهل يعني ذلك بطلان الإتفاق على التحكيم في مثل هذه المسائل؟

يلاحظ بصفة أولية وجود توجه عام نحو تفضيل الحلول الملائمة للتحكيم⁽³⁾ كما أن الفصل 16 لا يحيل إلى الفصل 7 من ذات المجلة، وهو ما يوحي بأن المشرع قصد أن جميع النزاعات المتعلقة بالشركة يمكن اللجوء بشأنها إلى التحكيم، دون تحديد أو حصر، وهو ما يتجافى مبدئيا مع ما لاحظه الفقه من أن قانون الشركات هو عامة من القوانين ذات التطبيق الضروري⁽⁴⁾ -المسمّاة أيضا بقوانين الأمن والبوليس *Lois de police ou lois d'application immédiate* -، خاصة أن الفصل 10 من مجلة الشركات التجارية يقتضي أن الشركات التي يوجد مقرها بالبلاد التونسية تخضع لأحكام القانون التونسي، بما يدلّ على عدم جواز تطبيق قانون أجنبي في هذا المجال.

وقد استقر الفقه على أن المحكم يجوز له النظر في المسائل الخاضعة لأحكام قواعد الأمن والبوليس⁽⁵⁾.

ويصح ذلك بشكل خاص على النزاعات المتعلقة بالشركات⁽⁶⁾، وحتى على مجالات أخرى معروفة تقليديا بانغلاقها ورفضها للتحكيم، كقانون المنافسة، حيث يميل الفقه وفقه القضاء، تحت تأثير فقه القضاء الأمريكي، إلى قبول اللجوء إلى التحكيم في منازعات تتعلق بالمنافسة⁽⁷⁾.

ويمكن الجزم بأن الفصل 16 لا يمنع إبرام إتفاق على التحكيم *compromis* في شأن منازعات الشركات، لأنه من البديهي أن ما يجوز فيه إبرام شرط تحكيمي *clause compromissoire* يجوز فيه أيضا إبرام إتفاق على التحكيم، لأنه بعد نشوب النزاع، تزول كل خشية من وقوع الضغط على إرادة أحد الأطراف وجبره على القبول بما لا يرضاه، ويصبح كل طرف قادرا فعليا على التصرف في حقوقه، وهو ما جعل مجال الإتفاق على التحكيم

⁽³⁾ Bernard HONATIAU : « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : Un réexamen » in *Clunet (Journal de Droit International)* 1994, p. 899.

⁽⁴⁾ الفصل 38 من مجلة القانون الدولي الخاص.

⁽⁵⁾ Malek GHAZOUANI : « *L'arbitre du commerce international et les lois de police* », mémoire de DEA en droit des affaires, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis (Tunis II), 1998-1999 ; du même auteur : « L'applicabilité des lois de police par l'arbitre », *Revue de la Jurisprudence et de la Législation*, avril 2001, p. 9.

⁽⁶⁾ Daniel COHEN : « *Arbitrage et société* », thèse, éd. LGDJ, Bibliothèque des thèses, tome 229, p. 97 et ss, où l'auteur parle du « rejet de l'arbitrage par l'ordre juridique sociétaire » ; Olivier CAPRASSE : « *Les sociétés et l'arbitrage* », éd. Bruylant, Delta et LGDJ, Bruxelles 2002, p. 33 et ss.

⁽⁷⁾ Jaouida GUIGA : « L'arbitrabilité dans le domaine du droit de la concurrence (première approche) », in actes du colloque sur « *L'arbitrage à l'ère de la mondialisation* », colloque du 24 avril 1998, éd. CEJJ, Tunis 1998, p. 87 ; Pierre CORTESS : « L'arbitrabilité dans le domaine du droit de la concurrence (deuxième approche) », *op. cit.*, p. 97.

أوسع من مجال الشرط التحكيمي⁽⁸⁾.

❖ ومن المحقق أنه قبل إصدار مجلة التحكيم سنة 1993، كان المشرع التونسي يتبنى موقفا حذرا من التحكيم حيث يميل إلى إعتبره نظيرا للصلح وأن فيه نوعا من التنازل عن الحقوق، أو على الأقل تنازلا عن ضمانات وحماية يكفلهما اللجوء إلى القضاء الرسمي، وفي هذا الإطار يقتضي الفصل 1120 من مجلة الإلتزامات والعقود أن "الوكيل المفوض مهما أطلقت يده ليس له أن يفعل ما يأتي إلا بنص صريح: وهو توجيه اليمين القاطعة للنزاع، والإقرار لدى حاكم، والمدافعة في أصل الدعوى، وقبول حكم أو الإسقاط فيه والصلح والتحكيم والإبراء من دين وتفويت عقار... كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه"، بحيث يعتبر المشرع أن اللجوء إلى التحكيم ليس مجرد عمل من أعمال الإدارة العادية (Acte d'administration courante) بل يعتبر عملا من الأعمال الخطيرة. وكذلك شأن الفصل 1341 من نفس المجة الذي إقتضى أن "ليس للمكلف بالتصفية الصلح ولا التحكيم ولا التسليم في وثيقة إلا بعد دفع الدين أو أخذ وثيقة أخرى تساويها ولا أن يبيع صبرة واحدة ما كلف بتصفيته ولا التبرع ولا الشروع في معاملات جديدة إلا بإذن خاص أو بقدر ما لزم لإتمام الأعمال الجارية. فإن خالف فعليه ضمان ما عقده من المعاملات. وإذا تعدد المكلفون طولبوا بالخيار".

فالمشرع يضع التحكيم والتبرع والتسليم في الوثيقة (التأمين / الضمان (sûreté) في نفس المرتبة ويقر لها جميعا نفس الحكم.

ورغم حداثة النسبية بالمقارنة مع مجلة الإلتزامات والعقود (1906) فإن مجلة التجارة البحرية (1962) لم تكن نظرتها إلى التحكيم مختلفة كثيرا، حيث نص فصلها 162 على أن "يعتبر إشتراط التحكيم لاغيا في عقود نقل المسافرين بحرا، وفي بقية عقود النقل بحرا لا يمكن أن يتضمن إشتراط التحكيم إعطاء المحكمين صفة المحكمين المصالحين" (الفقرة الثانية منه)، وتدعمت هذه القاعدة عبر أحكام الفصل 365 الذي إعتبر أن "الشرط الذي يتضمن إعطاء المحكمين صفة المحكمين المصالحين يعتبر لاغيا"⁽⁹⁾.

والتساؤل الذي يطرح في هذا المجال يتعلق بمآل كل هذه الأحكام بعد صدور مجلة التحكيم، حيث جاء الفصل السابع منها بضبط قائمة المجالات التي لا يجوز فيها الصلح، فهل يمكن القول إن هذه المسائل لا يجوز فيها التحكيم لمساس النزاعات المتعلقة بها بالنظام العام، أم يتجه القول بعدم جواز التحكيم فيها طالما أن الصلح فيها غير جائز؟ أم يتجه القول بتقديم النص الخاص على النص العام، خصوصا أن محكمة التعقيب كانت إعتبرت في قرارها الصادر في 26 ماي 1962⁽¹⁰⁾ أن النصوص الخاصة لا تنسخ نسخا ضمنا إلا بنص خاص مثلها، وأن النص العام لا ينسخ بالنص الخاص، إلا إذا صرح بذلك؟

بالنسبة للوكيل والمصفي، المنصوص عليهما بمجلة الإلتزامات والعقود، من الجلي أن منع التحكيم عليهما ما

(8) يراجع ما ورد في كتابي "كوهن" و"كابراس" المذكورين، وأحكام الفصل 162 من مجلة التجارة البحرية.

(9) يتعلّق هذا الفصل بالتأمين على البضائع المراد نقلها عبر البحر.

(10) قرار الدوائر المجتمعة، عدد 1450، منشور بمجلة القضاء والتشريع، 1962، ص. 537.

زال قائما طالما أنّ المشرّع منع عليهما الصلح أيضا، وإنّ الفصل 7 من مجلّة التحكيم إقتضى أنّ لا تحكيم حيث منع المشرّع الصلح، وإنّ منع الصلح هنا ليس مطلقا، بل هو مرتبط بشخص معيّن منع عليه المشرّع اللجوء إلى الصلح والتحكيم بحكم صفته، وهو المصفي، فيظلّ المنع قائما بعد صدور مجلّة التحكيم.

وقد كتب محمد بن القاضي عياض في كتاب "مذاهب الحكّام في نوازل الأحكام" (11) ما يلي: "سؤال عمّا لا يحكم فيه إلاّ القضاة خاصّة: سئل أبي رضي الله عنه عن قاض قدّمه قائد البلدة ولم يقدمه الأمير، قام عنده رجل له زوجة محجور عليها فأردا أن يبطل إيصاء الوصيّ المقدّم عليها، هل لهذا الحاكم المذكور أن ينظر في ذلك أم لا، فأجاب أمّا نظر القضاة المقدّمين في مثل هذا فقد نصّ أئمّتنا أنّه لا ينظر في الإيصاء والتقديم والتريد والتسفيه والقسمة على الأيتام والنظر في أموالهم وأموال الغيب والحبس المعقّب والأنساب والوصايا إلاّ القضاة خاصّة دون سائر المظالم والرّدّ والتركة وغيرها وإن كانوا مقدّمين من قبل الأئمة...".

وهذا نلاحظ أن فكرة تخصيص أحد أجهزة القضاء بنوع من المنازعات التي تعتبر على درجة خاصة من الأهميّة وحظر التدخّل في ذلك على جميع من عداها (بما في ذلك المحكّمين) ليست فكرة جديدة، وتجد جذورها حتّى في النظام القضائي الإسلامي.

على أنّه يلاحظ أنّ التشريعات الحديثة، ورغم إتساع مفهوم النظام العام بشكل واضح خلال القرن العشرين، تفتّنت إلى أنّ بعض المجالات المشمولة بقواعد النظام العام أو بالقواعد ذات التطبيق الضروري (Lois d'application immédiate) والمسماة أيضا قواعد الأمن والبوليس (Lois de police) تحتاج إلى التحكيم أكثر من حاجتها إلى القضاء العمومي. ويتعلّق الأمر بميدان الإستثمار بشكل عامّ، حيث إنّ جلّ دول العالم ترغب في إستجلاب الإستثمارات الأجنبيّة لتنشيط إقتصادها، إلاّ أنّ المستثمر الأجنبي يخشى من تحييز قضاء الدولة المضيفة (Etat-hôte) في صورة وقوع نزاع مع تلك الدولة، ومحاباته لدولته، وهو ما يجعل المستثمرين الأجانب يحجمون عن توظيف أموالهم وإمكانيّاتهم ومعارفهم العلميّة في تلك البلاد إن لم توافق دولتها على اللجوء إلى التحكيم متى وقع بينهما نزاع حول ظروف عمل المستثمر، وبشكل خاصّ حول النظام الجبائي ونظام الضمان الإجتماعي والتأمين ضدّ تعرّض العملة إلى حوادث الشغل والأمراض المهنيّة، وحول ما تعهّد المستثمر بإنجازه من إستثمارات وتشغيل لليد العاملة ونقل التكنولوجيا. ومن المؤكّد أنّ مادتي الجباية والقانون الإجتماعي (Droit social) أي كلّ ما يتعلّق بالإطار القانوني للشغل يهّم النظام العامّ، بالمعنى الذي يقصده الفصل 7 من مجلّة التحكيم، والذي يشمل الميادين التي تسودها القوانين المسماة بقواعد الأمن والبوليس، فلو طبّقنا الفصل 7 على إتفاقيات التحكيم التي تبرمها الدولة التونسيّة مع المستثمرين وخاصّة منهم الأجانب، لانتبهنا إلى بطلانها جميعا وإلى القول بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في هذا الميدان.

ومن جهة أخرى، اعتبر القضاء التونسي أنه يحق للمحكم النظر في نزاع يتعلق بحقوق الشركاء في شركة تم تكوينها بالشراكة بين شركة استثمار ذات رأس مال تنمية وباعث مشروع بسبب حصول شركة الإستثمار على

(11) ألفه القاضي عياض وولده محمد، ط. دار الغرب الإسلامي، بيروت 1990، ص. 35.

ضمانات عينية وشخصية تمثلت في رهن على أملاك باعث المشروع، حال أن قانون سنة 1988 المتعلق بشركات الإستثمار وفقد تعديلاته المتتالية يمنع على هذه الشركات الحصول على ضمانات "خارج المشروع" أي أنها ينبغي أن تتعامل كشريك يتحمل المخاطرة فلا يطالب بأي ضمان غير جدوى المشروع الذي أحدثت من أجله الشركة لا غير. وقد تجاوزت المحكمة بذلك قاعدة عدم جواز التحكيم في النزاعات التي لها مساس بالنظام العام مع أن أحكام قانون سنة 1988 المتعلقة بمنع المطالبة بضمانات من خارج المشروع تهم النظام العام ومرتبطة بالتمتع بامتيازات جبائية هامة يتم سحبها متى اتضح أن شركة الإستثمار خالفت المنع وطالبت بضمانات إضافية وخاصة برهن على أسهم الباعث أو باقي أملاكه العقارية أو على الأصل التجاري للشركة المحدث في بعض الحالات. غير أنه يشترط في هذه الحالة احترام قواعد النظام، ويعتبر المحكم محترماً للنظام العام طالما قضى ببطان عقود الرهن والكفالة جميعها⁽¹²⁾.

الفقرة الثانية: خصوصية التحكيم في الإجراءات الجماعية لاستخلاص الديون

يمكن تعريف الإجراءات الجماعية *les procédures collectives* بأنها أصناف التبعات الجماعية الرامية إلى استخلاص كافة الديون التي على التاجر أو غيره من المؤسسات الاقتصادية بصفة جماعية. وأهم هذه الإجراءات على الإطلاق ونموذجا التقليدي هو الإفلاس، ولو أنه غير مختص بالشركات إذ يمكن أن يتم تفليس التاجر الشخص الطبيعي. وقد تميزت القوانين الحديثة باستنباط صيغ جديدة لمعالجة الصعوبات الاقتصادية التي تمر بها المؤسسات فأحدثت نظام إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية على غرار القانون التونسي الصادر في 17 أبريل 1995 وأحكام الباب الحادي عشر من قانون الإفلاس الأمريكي وقانون سنة 1984 الفرنسي الذي أدمج لاحقا في المجلة التجارية... كما نحت القوانين الحديثة نحو تقريب نظام تصفية الشركات من نظام الإجراءات الجماعية.

فالإجراءات الجماعية تتميز حتما بأمرين وهما: تعليق كل تتبع فردي يمكن أن يقوم به أحد الدائنين بمفرده بغاية استخلاص دينه، مع ما يستتبع ذلك من تعيين شخص يقوم بالتتبع لحساب كافة الدائنين، والإشهار الذي يهدف إلى تمكين كل من له دين على المؤسسة من أن يعلم بما يتخذ ضدها من إجراءات حتى يتمكن من الإلتحاق بالركب والتصريح بدينه حتى يشمل توزيع المتحصل من التصفية الجماعية لمال المفلس.

وقد اختار المشرع التونسي منذ سنة 1906 منع مصفي الشركة من التحكيم، وأكد ذلك في الفصل 32 من مجلة الشركات التجارية، كما نص صراحة في المجلة التجارية على تعليق كل تتبع فردي منذ صدور حكم التصريح بالإفلاس ونص قانون إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية لسنة 1995 على تعليق التبعات الفردية منذ صدور قرار فتح فترة المراقبة في إطار التسوية القضائية. وبما أن التحكيم بالضرورة تتبع فردي لأنه يبني على اتفاقية مبرمة مع دائن بذاته فإنه مشمول حتما بتعليق التبعات الفردية.

(12) Appel Tunis, 30 juin 2009, aff. n° 80458, *Sté Attijari SICAR (ex-Sud SICAR), c. Sté Immobilière de l'Habitat Ibn Arafa, inédit*, cité par A. OUERFELLI, op. cit., p.

ففي قرار قديم يعود إلى سنة 1924 اعتبرت محكمة التعقيب التونسية أن الأصل في الشرط التحكيمي أنه باطل لأنه يقوم على جهالة فاحشة لأنه يتضمن التزاما بإحالة نزاعات غير محددة إلى التحكيم بواسطة أشخاص لا يمكن تعيينهم سلفا. ويمضي ذلك على الشرط التحكيمي المرد في عقد شركة والذي يقتضي إحالة النزاعات المتعلقة بتصفية الشركة إلى التحكيم⁽¹³⁾. ولا حاجة إلى التأكيد على أن القانون التونسي تجاوز هذا الموقف بسنوات ضوئية واتهج منها لبراليا صرفا خاصة منذ صدور مجلة التحكيم سنة 1993.

فمنذ ذلك التاريخ، انتحى فقه القضاء التونسي منحى لبراليا في تعامله مع المسألة ذأباح ما يلي :

❖ يجوز للمصفي مباشرة التحكيم إذا كان الشرط التحكيمي سابقا لبدء أعمال التصفية. فما يمنعه المشرع هو إبرام شروط تحكيمية جديدة أما الشروط التحكيمية التي أبرمها الممثل القانوني للشركة بصفة شرعية قبل بدء التصفية فلا يفسخ أو يعلق مفعوله بمجرد بدء أعمال التصفية⁽¹⁴⁾.

❖ إذا تم افتتاح فترة مراقبة في إطار إجراءات تسوية قضائية وكان التحكيم جاريا في الأثناء بموجب شرط تحكيمي سابق الوضع فإن إجراءات التحكيم لا تعلق وإنما يقتصر دور هيئة التحكيم على النظر في ثبوت الدين من عدمه ولا يحق لها أن تقضي بأدائه أو أن تأمر باتخاذ إجراء تنفيذي في شأن الدين المحكوم بثبوته. وطالما اقتضت هيئة التحكيم على معينة ثبوت المديونية فإنها لا تكون متجاوزة لنطاق اختصاصها القانوني ولا يبطل بذلك حكم التحكيم⁽¹⁵⁾.

الفرع الثاني : أطراف الخصومة التحكيمية المتعلقة بالشركة

6. مبدئيا، تقع نزاعات الشركات بين الشركاء. ذلك أن الغالب هو أن يكون مبنى التحكيم هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد التأسيسي. غير أن الواقع أفرز إشكاليات خاصة تتعلق بمدى إلزامية الشرط التحكيمي المدرج في العقد التأسيسي للشركة التي تأسست بموجب ذلك العقد (فقرة أولى) وللمسير الذي يقام عليه بصفته مسيرا لا بصفته شريكا (فقرة ثانية)، إلى جانب مسألة امتداد الشرط التحكيمي إلى المساهم الذي انضم إلى

⁽¹³⁾ Cass. civ. n° 322, 14 fév. 1924, *Revue de la Jurisprudence et de la Législation* 1960, n° 9-10, p. 38 ; cité par Mohamed Habib CHERIF : « Code des Obligations et des Contrats annoté », éd. Dar Al-Mizane, Sousse 2003, p. 688-689 : « L'arbitrage n'a été envisagé par le législateur tunisien que de manière incidente (art. 1341 du Code des Obligations et des Obligations) et n'a pas été organisé de manière effective, d'où, en l'absence de texte spécial, il échoit d'appliquer les règles générales. L'engagement dit clause compromissoire, prévoyant la soumission des litiges naissant de l'interprétation ou de l'exécution du contrat n'est légal que s'il existe un texte spécial dans le Code prévoyant le contraire de la règle selon laquelle il n'est permis de conclure une transaction ou une clause compromissoire que relativement à un litige existant et que la clause compromissoire est en principe nulle lorsqu'elle est conclue à un moment où le litige est inattendu ou lorsque les parties ignorent l'importance de l'enjeu... ».

⁽¹⁴⁾ Premier Président de la Cour d'Appel de Tunis, ordonnance n° 1 du 31 mars 1994, *Inédite*, citée par Ahmed Ouerfelli in « L'arbitrage international en droits tunisien et comparé » (en Arabe), éd. GLD, Tunis 2006, p. 369-370

⁽¹⁵⁾ محكمة التعقيب، قرار 14 جانفي 1998، الدائرة المدنية الأولى، غير منشور، مشار إليه بكتاب " L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne" لأحمد الورفلي، تونس-باريس 2010.

الشركة لاحقاً ولم يكن طرفاً في الشرط التحكيمي الأصلي خاصة إن تعلق الأمر بمساهم في شركة رؤوس أموال (شركة خفية الإسم أو مغفلة *société anonyme*) اشترى الأسهم من السوق المالية. كما تطرح النزاعات بين الشركات المنتمة إلى تجمع شركات *groupe de sociétés* صعوبة خاصة في تحديد الإمتداد الموضوعي للعقد التحكيمي (فقرة ثالثة).

الفقرة الأولى: مدى لزوم الشرط التحكيمي المدرج في العقد التأسيسي للشركة

7. يتعلّق الأمر بالإجابة عن السؤال التالي: هل تعدّ الشركة ملزمة بالشرط التحكيمي المدرج في عقدها التأسيسي؟⁽¹⁶⁾

8. تطرقت محكمة التعقيب في قرارها عدد 4349 / 3549 الصادر في 24 أبريل 2001⁽¹⁷⁾ إلى مسألة الرضا الصادر عن الذوات المعنوية، وتحديد الشركات التجارية، فاعتبرت أن الشرط التحكيمي المدرج بعقد الشركة يلزم الشركة وبالتالي فإن الإلتزامات الواردة بعقد التأسيس تنصرف آلياً إلى الذات المعنوية (الشركة). ف"الشركة ملزمة بعقد تكوينها وبالشرط المضمن به والذي كان تجسماً لإرادة طرفيها عند إنشائها وقد اعتمد التحكيم طريقة لفصل كل النزاعات التي تمس حقوق المدعي في الشركة وبذلك فإن الشرط التحكيمي شمل الشركة وإن المحاضر المتبادلة بين الطرفين تدل مثلما ذهبت إلى ذلك محكمة الإستئناف عن صواب على أن الشركة المذكورة كانت طرفاً في إجراءات التحكيم في إطار الفصل 85 [؟] من العقد التأسيسي للشركة. وقد اقتضى الفصل 5 من مجلة الإلتزامات والعقود أن الذات المعنوية لا تعبر عن إرادتها إلا بواسطة ممثلها القانوني.

9. وحيث ثبت من أوراق الملف أن المعقب هو الممثل القانوني لشركة الإسمنت المصنع بالجنوب وهو يتمتع بهذه الصفة بسلطة كاملة في النيابة عنها في جميع الأحوال ما لم ينص عقد التأسيس على خلافه وهو الوحيد الذي يتعامل في حق الشركة ويديرها مباشرة عملاً بالفصل الرابع من القانون الأساسي لها. وإن ما ذهب إليه المعقب من وجوب احترام أحكام الفصل 1120 من مجلة الإلتزامات والعقود في غير طريقه ضرورة أن هذا النص يتعلق بالوكالة بصفة عامة ولا يمكن تطبيقه على الذوات المعنوية وخاصة منها الشركات التجارية التي تخضع لأحكام المجلة التجارية إذ ينص الفصل 159 من المجلة التجارية على أنه يدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة وكيل يتمتع بسلطة كاملة في النيابة عنها في جميع الأحوال ما لم ينص عقد التأسيس على خلافه، مما يجعل الفصل 1120 من مجلة الإلتزامات والعقود لا ينسحب على قضية الحال. وبناء على ما تقدم فإن نسبة التجاوز لأحكام الفصل 6 من مجلة التحكيم والفصل 1120 من مجلة الإلتزامات والعقود لا ينهض حجة لقبول الطعن ضرورة أن تعليل الحكم في هذا المجال ورد مستمداً مما له أصل ثابت بالأوراق إضافة إلى إيمانه على حكم القانون لما اعتبر أن المعقبة مشمولة باتفاقية التحكيم وهي ممثلة فيها وتنسحب عليها باعتماد أحكام الفصل 159 وما بعده من المجلة

(16) أنظر خصوصاً: أحمد الورفلي: "التحكيم الدولي..."، مرجع سابق، ص. 365 وما يليها.

(17) مجلة القضاء والتشريع، أبريل 2002 (عدد خاص بالتحكيم)، ص. 167 (نقض القرار عدد 31-32 الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس في 12 جانفي 1999، مجلة القضاء والتشريع، ماي 1999، عدد خاص بالتحكيم، ص. 292).

التجارية وهو نص خاص يقدم في الإعتبار على النص العام الوارد في باب الوكالة مما يصير المطعن المثار في هذا المجال قاصراً عن الدليل المبرر له وتعين تبعاً لذلك ردّه".

10. ويكرس القرار التعقيبي المذكور فكرة مقتضاها أن الشركة ملزمة بعقدها التأسيسي. فقد اعتبرت محكمة الإستئناف بتونس في القرار عدد 31- 32 ثم محكمة التعقيب في قرارها عدد 4349 / 3549 أن بنود عقد الشركة تلزم الشركة. ورغم أن هذا الحل يبدو بديهياً، فإنه يطرح إشكالا على المستوى المبدئي باعتبار أن القاعدة كما جاءت بالفصل 241 من مجلة الإلتزامات والعقود هي أن "العقد لا يلزم إلا عاقيه ولا ينجر منه للغير نفع ولا ضرر". فكيف يصحّ اعتبار الشركة طرفاً في عقد أبرم قبل تأسيسها؟

11. فعقد الشركة يبرم قبل وجود الشركة، لأن الشركة لا تظهر إلى الوجود إلا بفضل هذا العقد وبعد إستيفائه لشروطه وإتمام الإجراءات اللاحقة لإبرامه. وقد دعمت مجلة الشركات التجارية هذا التحليل بأن قررت في فصلها الرابع أن: "تنشأ عن كل شركة تجارية شخصية معنوية مستقلة عن شخصية كل شريك فيها وذلك بداية من تاريخ ترسيم الشركة بالسجل التجاري، باستثناء شركة المحاصة.

12. على أن تغيير شكل الشركة أو التمديد في مدتها لا يترتب عنهما إنشاء شخصية معنوية جديدة..."

13. ومعلوم أن ترسيم الشركة في السجل التجاري يتطلب بصفة أولية تسجيل العقد لدى القباضة

المالية ثم القيام بالإجراءات الإشهارية خلال الشهر الموالي لإتمام إجراءات التأسيس، التي تحتلف من شركة إلى أخرى وتكون أكثر تعقيداً متى تعلق الأمر بشركة خفية الإسم (الفصل 14 من مجلة الشركات التجارية).

14. فعقد الشركة يبرم قبل إتمام جميع هذه الإجراءات وقبل نشأة الشخصية القانونية للشركة. فهل

يعقل قانوناً أن تكون الشركة طرفاً في عقد والحال أن شخصيتها القانونية لم تنشأ بعد، ولم تزال جنينية؟

15. اختلفت الآراء حول هذه المسألة، حيث اعتبر بعض الشراح أن الأمر يتعلق باشتراط لمصلحة الغير

(*stipulation pour autrui*) (إن كانت في الشرط مصلحة) وتعهد عن الغير (*Promesse de porte fort*)

(إن كان في الأمر إلتزام)، بينما اعتبر البعض الآخر أن للشركة التي تكون بصدد التكوين شخصية قانونية جنينية،

وأن الأعمال المبرمة لفائدتها تنصرف آثارها إليها (أي إلى الشركة) عملاً بالفصل 171 من مجلة الشركات التجارية

الذي ينص على أن "يوضع بالمقر الاجتماعي للشركة وعلى ذمة المساهمين جرد في جملة الأعمال المنجزة لحساب

الشركة من قبل المؤسس أو المؤسسين وذلك في أجل خمسة عشر يوماً على الأقل قبل تاريخ انعقاد الجلسة العامة

التأسيسية الأولى. ويبيت الإجتماع المذكور في مسألة تبني الشركة للتعهدات السابقة المتخذة من قبل المؤسسين".

16. غير أن الفصل 171 المذكور لا يهتم سوى الشركات خفية الإسم، كما أنه يجعل للجلسة العامة

التأسيسية الخيار في تبني *reprise* التعهدات التي اتخذها المؤسسون لحساب الشركة من عدم ذلك. فيمكنهم

رفضها، وعندئذ تبقى في ذمة من باشرها من المؤسسين ولا تلزم الشركة. فالإنتقال ليس آلياً وليس هو الأصل.

ويبدو فقه القضاء سائراً نحو الإستقرار على إعتبار أن الشرط التحكيمي المدرج في عقد الشركة يلزم الشركة

المؤسّسة بموجب ذلك العقد. غير أن هذا التوجه يخالف ما قرره فقه القضاء المقارن كما هو الشأن في الولايات

المتحدة الأمريكية وكذلك في الأردن حيث قررت محكمة التمييز أن "لا تعتبر إجازة التحكيم من قبل الشركاء

بعد صدور الحكم الإستثنائي وبعد تقديم لائحة التمييز لأن التحكيم باطل إبتداء لصدوره ممن لا يملكه بسبب أنه وقع بتاريخ لم تكن فيه الشركة قائمة" (18).

الفقرة الثانية: مد الشرط التحكيمي إلى "الغير"

تطرح مسألة تحديد نطاق إلزامية الشرط التحكيمي في نزاع الشركات على وجه الخصوص عندما تكون اتفاقية التحكيم موقعة من إحدى الشركات المنتمية إلى "تكتل شركات" فيما يرى القائم بالدعوى أن من مصلحة مدها إلى شركة أخرى تنتمي إلى نفس التكتل، وكذلك عندما يراد القيام على مسير الشركة أو أحد المساهمين فيها.

أولاً: تكتلات الشركات والتحكيم

يقر القانون بوجود صنفين من التكتلات وهما تجع الشركات وتجمع المصالح الإقتصادية، والذين يخضعان إلى نظامين قانونيين متباينين.

❖ تجمع الشركات والتحكيم

✓ الإنتماء إلى تجمع شركات والتجريح (القدح) في المحكم

طرح المسألة بشكل خاص في قضية شركة سانسيلا (محكمة استئناف تونس 22 ديسمبر 2009، قضية عدد 98035⁽¹⁹⁾) التي تتعلق بالتجريح في محكم بسبب علاقته مع شخص طبيعي له مساهمة هامة في شركة تنتمي إلى نفس تجمع الشركات الذي تنتمي إليه الشركة الذي عينته، حيث سبق أن قدم له استشارة قانونية في إطار مهنته الأصلية كمحام. وقد زعمت طالبة التجريح أن هذه الإستشارة نشأ عنها نزاع بين المحكم المذكور والشخص الطبيعي المشار إليه حول الأتعاب، علاوة على أنه أسند الإستشارة المشار إليها إلى شركة مدنية اتضح أن ممثلها القانوني هو المسمى ت.ش.، الذي تبين لاحقاً أنه مساهم في الشركة التي عينته. وقد اعتبرت محكمة الإستئناف بتونس أن هذه العلاقة، على الرغم من تأكيد المحكم أنه لم يكن على علم بعلاقة الشخص المذكور بالشركة التي قامت بتعيينه وأن هذه العلاقة لا تأثير لها على حياده واستقلالته خاصة أنه لم ينشأ أي نزاع بينه وبين الشخص الطبيعي المذكور حول الأتعاب، وبررت ذلك بأن هذه العلاقة تترتب عنها شكوك مشروعة في حياده واستقلالته. واعتبرت المحكمة أن العلاقة غير المباشرة مع أحد الأطراف تكفي لتبرير التجريح (القدح) في المحكم.

✓ تعريف تجمع الشركات ومد الشرط التحكيمي

في قرار صادر بتاريخ 17 نوفمبر 2009⁽²⁰⁾ تعلق النزاع بعقد بيع حصص في شركتين تونسييتين تنتميان إلى تجمع شركات لفائدة شركتين إيطاليتين تنتميان إلى تجمع شركات إيطالي، حيث نشب نزاع بسبب تنفيذ عقد البيع اعتبرت محكمة الإستئناف بتونس على إثره أن الشرط التحكيمي يمتد إلى شركات التجمع وحتى إلى الشخص

(18) تمييز حقوق رقم 64/350 سنة 1965 صفحة 448، ذكره أيمن محمد أحمد المومني في كتابه "التحكيم بين القضاء والقانون"، ط. دار الثقافة، عمان، ص. 37.

(19) Cf., Ahmed OUERFELLI: « L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne », éd. Latrach editions-LGDJ, Tunis-Paris 2010, p., n°

(20) Aff. n° 84115, Sté Belvédère d'Emballage et de Bobinage SAEB et sté Papeterie du Belvédère c./ sté BFC Autotrasporti, Sté Eurocar, N.B.G., Sté Méditerranéenne de Trading et d'Entreposage SMTE et Sté Maghrébine de Transport Frigorifique SMTF, arrêt inédit. Voir, ahmed OUERFELLI, op. cit., p.

الطبيعي الذي يسك مساهمة هامة في الشركات المنتمة إلى التجمع المذكور. وفي الواقع فإن هذا القرار يطرح مسألة تعريف تجمع الشركات. ذلك أن الفصل 461 من مجلة الشركات التونسية يعرف تجمع الشركات من خلال معياري أساسيين وهما: وجود شركة أم تمارس نفوذا على باقي شركات التجمع. ويزيد الفصل 462 على ذلك باشتراط أن تتخذ الشركة الأم شكل شركة خفية الاسم. فهذا النص لا يستوعب صورة "التجمع الشخصي" الذي يقوم على وجود شخص طبيعي يترأس مجموعة من الشركات ويمسك أغلبية حقوق التصويت في الشركات المنتمة إلى المجموعة. وقد انتقد الفقه التونسي اقتصار التعريف التشريعي على هذه الفرضية خاصة أن الواقع التونسي يؤكد أن أغلب تجمعات الشركات يترأسها شخص طبيعي لا شركة أم، وهو ما يترك جل التجمعات خارج مجال تطبيق القانون، خاصة أن أحكام تجمع الشركات تتضمن بالأساس إلتزامات وواجبات وقيودا أكثر مما تتضمنه من امتيازات "هامشية" كنظام تجمع النتائج على المستوى الجبائي.

وقد اعتبرت محكمة الإستئناف بتونس في قرارها المشار إليه أن مجموعة الشركات التي يترأسها شخص طبيعي تعد تجمع شركات بالمفهوم القانوني وتنطبق عليها أحكامه. كما اعتبرت أن أحكام الفصل 476 من مجلة الشركات التجارية التي تجيز لدائن إحدى شركات التجمع مطالبة شركة أخرى تنتمي إلى نفس التجمع بأداء دينه في صور محددة تنطبق أيضا على اتفاقيات التحكيم على الرغم من أنه لا تنشأ عنها مديونية بالمعنى الضيق ولا يمكن القيام للمطالبة بأداء دين متولد عنها في ذاتها⁽²¹⁾.

♦ تجمع المصالح الاقتصادية GIE Groupement d'intérêt économique :

اعتبرت المحكمة الإدارية في قرار صادر عنها بتاريخ غرة فيفري 1993 أن تجمع المصالح الاقتصادية يتمتع بالشخصية القانونية على الرغم من أن التشريع الجاري به العمل في تلك الحقبة لا يقر بوجوده أصلا ولا يعرف هذا المفهوم إطلاقا. وانطلقت المحكمة من تنظير تجمع المصالح الاقتصادية بالشركة، ثم طبقت عليه القاعدة القائلة إن كل شركة تتمتع بالشخصية القانونية باستثناء شركة المحاصة⁽²²⁾. واستنتجت المحكمة من ذلك أن تجمع المصالح الاقتصادية يجوز له أن يباشر باسمه الخاص جميع مقتضيات التقاضي كرفع الطعون أمام القاضي الإداري، وليس

(21) الفصل 476 من مجلة الشركات التجارية: "لا يمكن لدائن إحدى الشركات المنتمة إلى تجمع شركات المطالبة بديونه إلا من الشركة المدينة له ويمكنه مطالبة شركة أخرى عضو في نفس تجمع الشركات أو مطالبها معا على وجه التضامن في الحالات التالية :
— إذا أثبت أن شركة من الشركات تصرفت بما من شأنه الإيهام بأنها مساهمة في تعهدات الشركة المدينة المنتمة إلى تجمع الشركات،
— عندما تكون الشركة الأم أو إحدى الشركات المنتمة إلى تجمع الشركات قد تدخلت عن قصد في نشاط الشركة المدينة في معاملاتها مع الغير".

يراجع، أحمد الورفلي: "الوجيز في قانون الشركات التجارية"، ط. مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2010، الطبعة الثانية، ص. وكذلك: أحمد الورفلي وكمال العياري: "مجلة الشركات التجارية معلق عليها"، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2007، ص. 1674-1970. وأيضا:

Comp., Tribunal Fédéral Suisse, 22 janvier 2008, http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=22.01.2008_4A_244/2007.
(22) Tribunal Administratif, appel 1^{er} février 1993, aff. n° 1082, *Groupement BEC-GTAF c./ Ministère de l'Équipement et de l'Habitat*, Revue Servir, Revue Tunisienne de l'Administration Publique, n° 22, 4^e trimestre, p. 25.

هناك ما يوجب رفع الطعن من قبل كل شركة منتمية إلى ذلك التجمع بنفسها، نظرا لاختلاف الشخصية القانونية للتجمع واستقلالها عن الشخصية القانونية للشركات المكونة له.

وفي قرار حديث⁽²³⁾ اعتبرت محكمة الإستئناف بتونس أن "مجمع" الشركات ليس له أن يباشر التقاضي إلا إذا ثبت أنه وقع إشهاره طبق القانون، وطالما لم يقع إثبات ذلك فإن الطعن المرفوع من قبله يكون مرفوضا شكلا.

ثانيا: دعاوى الشركة أمام المحكم: L'action sociale

يتعلق الأمر بمعرفة ما إذا كان من حق الشريك المفرد رفع دعوى تحكيمية باسم الشركة مع أنه ليست له صفة الممثل القانوني لتلك الشركة. ومعلوم أن مجلة الشركات التجارية نظمت هذه المسألة بحيث منحت المساهم في الشركة خفية الإسم بصفة استثنائية الصفة للتقاضي ورفع دعاوى المسؤولية ضد مسيري الشركة بشرط مسك مساهمة هامة نسبيا في رأس المال. وقد كانت هذه النسبة محددة بخمسة عشر بالمائة من رأس المال فوق الحط منها بموجب قانون 16 مارس 2009 إلى 5 بالمائة بالنسبة لشركات المساهمة الخصوصية و3 بالنسبة لشركات المساهمة العامة أو بشرط مسك مساهمة لا تقل عن مليون دينار.

وفي قرار فريد من نوعه رفضت محكمة الإستئناف بنابل⁽²⁴⁾ إبطال حكم تحكيمي داخلي قضى بعزل وكيل الشركة وإلزامه بأن يرجع إلى خزائن الشركة مبالغ هامة استخلصها لنفسه لدى مباشرة وظائف التسيير. كما قضت هيئة التحكيم بإلزام شركاء آخرين لم تكن لهم صفة المسيرين بإرجاع مبالغ قبضوها من الشركة بعنوان أجور، كما ألزمت أحد الشركاء بأن يرجع مبالغ أخرى إلى الشركة بعد أن تبين لها أنه قام ببعض أعمال التصرف والتسيير دون أن تكون له صفة لذلك أي أنه تصرف كمسير فعلي/واقعي للشركة. ويلاحظ أن هيئة التحكيم، مثلها مثل قاضي الإبطال، لم تناقش مسألة توفر الصفة لرفع دعوى باسم الشركة من قبل بعض المساهمين من عدم ذلك، كما لم تتحققا من مسك المدعين للنسبة المشترطة قانونا من رأس المال حتى يجوز لهم رفع دعوى المساهم باسم الشركة *l'action sociale ut singuli* كما نص عليها الفصل 220 من مجلة الشركات التجارية.

وقد تجنبت هيئة التحكيم والمحكمة في نفس الوقت الخوض في مسألة الوصف الجزائي للأفعال المنسوبة للمسيرين والشركاء المدعى عليهم، حيث يظهر أن هذه الأفعال يمكن تكييفها على أنها من قبيل الإعتساف في استعمال أموال الشركة، ومع ذلك لم تقع إثارة أي دعوى عمومية ولم تعلق هيئة التحكيم النظر بسبب الصبغة الجزائية للأفعال كما لم تعتبر النزاع خارجا عن مجال التحكيم بناء على الفصل 7 من مجلة التحكيم بدعوى وجود مسألة تهم النظام العام وهي مسألة الإستيلاء على أموال الشركة. وبذلك اعتبرت المحكمة ضمينا أن المحكم يحق له النظر في مسائل النظام العام (فلا تعتبر فاقدة للتحكيمية *inarbitrables*) وإنما يجب عليه أن يحترم قواعد النظام وأن لا يخرقها⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ Appel Tunis, 19 mai 2009, aff. n° 69135, *Chef du Contentieux de l'Etat pour le compte du Ministère de l'Agriculture c. Groupement Ferroviaire-COMATRA (Ferrom)*, inédit.

⁽²⁴⁾ Affaire **Flamengo Center** : Cass. 3è civ., 28 mai 2009, aff. n° 26338, *T.B.R. et sa famille c. M.A. en sa qualité d'associé dans la Sté Flamengo Center et Sté Flamengo*, *Journal of Arab Arbitration* (Liban), oct. 2009, n° 4, p. 234

⁽²⁵⁾يراجع في هذا المعنى:

ومن جهة أخرى، يطرح التساؤل التالي في ما يتعلق بصفة المدعى عليه: هل يسري الشرط التحكيمي المدرج في عقد الشركة على المسير ويلزمه شخصيا بحيث يمكن القيام عليه شخصيا بناء على ذلك الشرط؟ أجابت محكمة الإستئناف بنابل عن هذا التساؤل في قرارها الصادر في 16 أفريل 2009 الذي أبطل حكم التحكيم بناء على أن الشرط التحكيمي مبرم بين شخصين معنويين (شركتين) وأن المسير تداخل في تلك العملية ووقع الشرط التحكيمي بوصف ممثلا قانونيا لإحدى الشركات المتعاقدة لا بصفته الشخصية فلا يجوز بذلك حشره في التحكيم لغياب سند تعاقدي في ما يخصه شخصيا⁽²⁶⁾.

وفي قضية أخرى، اعتبرت محكمة الإستئناف بتونس⁽²⁷⁾ أن شركة الإستثمار ذات رأس مال تنمية SICAR التي قامت بدعوى ضد شريكها، باعث المشروع، وضد الشركة التي هي مساهمة فيها نفسها، يحق لها أن تقوم بإدخال باعث المشروع ومسير الشركة في النزاع التحكيمي مع أنه لم يشارك في تعيين المحكمين في البداية إذ قام بتعيينهم الأطراف الأصليين في القضية أي شركة الإستثمار المدعية والشركة المعنية المدعى عليها، وأن الإدخال لا يخرق أي قاعدة بما في ذلك قاعدة المساواة في تعيين المحكمين خاصة أن الإدخال وقع بإذن من هيئة التحكيم وبموجب إتفاقية تحكيم كان الباعث المذكور طرفا فيها، كما أ، المدعى عليه كلف محاميا دافع عنه أمام هيئة التحكيم.

وفي اعتقادنا فإن هذا القرار جانب الصواب لأن إتفاقية التحكيم لا يمكن أن تكون مبرمة بين شركة الإستثمار والشركة التي هي مساهمة فيها بل تبرم بين شركة الإستثمار وبعث المشروع (المساهم الرئيسي) لأنه لا يمكن أن يتعاقد المساهم مع شركة هو بصدد المساهمة في تكوينها. ولما كان التعاقد هو الباعث، لا الشركة، فإن شركة الإستثمار لا يحق لها رفع دعوى ضد الشركة بل ينبغي عليها رفع الدعوى التحكيمية ضد شريكها أي باعث المشروع الذي ينبغي منحه الفرصة لتعيين محكم من جهته على قدم المساواة مع المدعية قبل تمكنه من حق الدفاع في الأصل، وإن تمكنه لاحقا من الدفاع عن نفسه لا يغطي الإخلال المتمثل في حرمانه من الحق في المساهمة في تعيين محكم على قدم المساواة مع المدعية.

ثالثا: المساهم وإتفاقية التحكيم

في قضية فلامنقو سنتر، اعتبرت محكمة التعقيب أن مشتري الأسهم يحل محل البائع في ما له وما عليه من حقوق والتزامات طالما لم تكن لها صبغة لصيقة بالشخصية، وبالتالي فإن المشتري يحل محل البائع في ما يتعلق بإلزامية الشرط التحكيمي المدرج في عقد الشركة المبرم بين المساهمين الأصليين، فيحق رفع أي نزاع يتعلق بملكية الأسهم المبعة يرفع ضده إلى التحكيم. ويتعلق النزاع في القضية المذكورة بعملية بيع أسهم في شركة فلامنقو سنتر لفائدة شخصين لم يقد أحدهما بدفع منابه من الثمن فقام البائع بدعوى تحكيمية طالبا من هيئة التحكيم معاينة

Lotfi CHEDLY : « Arbitrage commercial international et ordre public transnational », éd. CPU, Tunis 2002, p. 495 et ss., spéc. p. 504, où l'auteur qualifie l'incompétence de l'arbitre en matière de sanction de la violation de l'ordre public de « bizarrerie » et de « frustrante ».

(26) Appel Nabeul, 1^{ère} chambre civile, 16 avril 2009, aff. n° 9723, *Sté Hotel Nesrine c. Héritiers M.B*, *Journal of Arab Arbitration* (Liban), oct. 2009, n° 4, p. 241

(27) Appel Tunis, 16 oct. 2007, aff. n° 50266, *Y. B. S. c. Sté de Développement et de Consulting du Cap Bon et Sté Tunisienne de Traitement et d'Exportation du Sable (SOTAS)*, Inédit

عدم دفع الثمن وتحقيق الشرط الفسخي وبالتالي التصريح باسترجاعه ملكية أسهمه. وقد اعتبرت المحكمة الشرط التحكيمي المدرج في العقد التأسيسي ملزماً للمشتري⁽²⁸⁾. لكن بالمقابل اعتبرت المحكمة أن فقدان المشتري المحكوم ضده للملكية الأسهم بموجب حكم التحكيم غير حائل دون رفعه طعناً ضد الحكم التحكيمي لأنه يستمد صفته في الطعن من حكم التحكيم نفسه أي من صفته كطرف في حكم التحكيم بقطع النظر عن صفته كمساهم التي فقدتها بموجب حكم الفسخ.

غير أنه تجدر الإشارة من جهة أخرى إلى أنه إذا كان الشرط التحكيمي يميز رفع النزاعات المتولدة عن عمليات بيع السهم إلى التحكيم فإنه لا يمكن التوسع فيه والسماح للمطلوب بالقيام بدعوى معارضة في المسؤولية التقصيرية (غير التعاقدية) للطالب بناء على أنه تعسف في استعمال حق التقاضي⁽²⁹⁾.

الفقرة الثالثة: تمثيل الشركة في النزاع التحكيمي

17. يعود تمثيل الشركة إلى الممثل القانوني، أي الوكيل أو الرئيس المدير العام أو المدير العام أو رئيس هيئة الإدارة الجماعية بحسب الحال، إلا أنه يتجه تصويب ما ورد في القرار التعقيبي عدد 3549/4349 بشأن الفصل 159 من المجلة التجارية. فلئن كانت محكمة التعقيب على صواب في الرجوع إلى أحكام المجلة التجارية المتعلقة بالشركات التجارية رغم إلغائها بموجب القانون عدد 93 لسنة 2000 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000 المتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية، فإن تلك الأحكام تظل منطبقة على الوضعيات التي حصلت أو نشأت في ظلها. إلا أن محكمة التعقيب إستندت في قرارها المذكور أعلاه إلى الفصل 159 من المجلة التجارية المتعلقة بصلاحيات وكيل الشركة ذات المسؤولية المحدودة، حال أنه يتبين بالرجوع إلى وقائع القضية أن عقد الشركة موضوع النزاع لم يتضمن بيان الشكل القانوني للشركة. ولئن اعتقدت هيئة التحكيم وطالب الإبطال ومحكمة التعقيب أنه في غياب بيان شكل الشركة في العقد يجب تطبيق أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فإن هذا الرأي غير وحيه مطلقاً، إذ أن الشركة الأتموزج (prototype ou standard) إنما هي شركة المفاوضة لا الشركة ذات

(28) Aff. Flamengo Center : Cass. 3è civ., 28 mai 2009, aff. n° 26337, T.B.R c. M.B.A en sa qualité d'associé dans la société Flamengo Center, Journal of Arab Arbitration, oct. 2009, n° 4, p. 238.

(29) Cass. civ., 8 juill. 1998, aff. n° 64326, inédit, cité par Mabrouk BEN MOUSSA : « La jurisprudence de la Cour de Cassation et l'arbitrage commercial international » (فقه قضاء محكمة التعقيب والتحكيم التجاري الدولي)، in *Cinquante ans de jurisprudence civile 1959-2009*, éd. CPU, Tunis 2010, partie arabe, p. 451 : « L'arbitrage est un mode exceptionnel de règlement de certaines catégories de contestations, faisant exception au principe de la compétence des tribunaux étatiques. Il en découle que la convention d'arbitrage doit être soumise aux principes d'interprétation des règles exceptionnelles en général, parmi lesquelles celle selon laquelle l'exception ne peut faire l'objet d'extension ou d'analogie, et qu'il faut se limiter à la lettre de la convention d'arbitrage. Les arbitres ne peuvent statuer que sur le litige qui leur est conféré par les parties de manière expresse et certaine. De ce fait, la clause compromissoire relative à un litige portant sur le prix de cession d'actions n'autorise pas les arbitres à se prononcer sur la demande reconventionnelle fondée sur l'obligation légale découlant d'un délit ou d'un quasi-délit (arts. 82 et 83 du COC), tendant à l'indemnisation d'un dommage moral né de l'abus dans l'usage du droit d'ester en justice. L'objet de l'arbitrage concerne la responsabilité contractuelle, alors que la demande reconventionnelle porte sur la responsabilité délictuelle, et les deux divergent nettement ».

المسؤولية المحدودة، لأن التضامن مفترض في المادة التجارية ما لم يثبت خلافه⁽³⁰⁾، وشركة المفاوضة هي شركة التضامن المثالية، حتى إن التشريعات الشريفة تطلق عليها تسمية "شركة التضامن". غير أن هذا الحل ليس له تأثير على وجه الفصل في القضية، ويظل الحل الذي قرره محكمة التعقيب وجيها.

الفقرة الثالثة: الشريك والغير أمام التحكيم: مثال نزاعات تأميم الشركات

18. وضع المشرع التونسي عديد النصوص التشريعية المكرسة لجواز التحكيم في ميدان نزاعات الإستثمارات التي تنشب بين الدولة التونسية والمستثمرين، وخاصة منهم الأجانب، أي إذا كانت للعلاقة مع المستثمر صبغة دولية، بخلاف النزاعات مع المستثمرين التونسيين والتي منع فيها المشرع التحكيم إلا في حالات إستثنائية جدا. وأهم هذه النصوص على الإطلاق الفصل 67 من مجلة تشجيع الإستثمارات⁽³¹⁾. كما أبرمت تونس على غرار العديد من الدول الأخرى اتفاقيات كونية إقليمية وإقليمية وكونية تتعلق بالتحكيم في نزاعات الإستثمار. وتجتمع هذه النصوص كافة على إقرار حق المستثمر الأجنبي في الحماية إزاء الإنتزاع والتأميم العشوائيين لأملكه. وتنتهج هذه الإتفاقيات منهج التوسيع في تعريف التأميم والإجراءات المشابهة له، وقد أصبحت الإتفاقيات الحديثة توسع هذا المفهوم ليشمل ما أصبح يسمى الإنتزاع غير المباشر والذي يتمثل في إتخاذ إجراءات عامة (غير فردية) في شكل قوانين أو ترايب أو غيرها لكنها تكون بالغة القسوة والشدة وخالية من التبرير المنطقي بما يدل على أن الغاية الحقيقية منها إنما تتمثل في إنتزاع أملك مستثمر أو مستثمري بلد ما، خاصة إذا كانت معايير تطبيق تلك الإجراءات -على عموميتها وغياب الصبغة التمييزية ظاهريا- لا تنطبق في الواقع إلا على أولئك الرعايا⁽³²⁾. أما الإجراءات التمييزية التي تطال مواطني بلد ما دون غيرهم فإنها تُكيّف كانتزاع أو كصورة من صور المساس بمبدأ المعاملة الوطنية *traitement national* أو بشرط الأمة الأكثر رعاية *MFN Clause* (Most Favorite Nation). ومن أوجه الإنتزاع غير المباشر أن تصدر الدولة قانونا جبائيا يسلط أداءات على الأرباح أو -أخطر من ذلك- على رأس المال تبلغ حدًا غير مألوف ومفاجئا لأكثر الناس تشاؤما، كأن يتم الترفيع في الضريبة على الأرباح من 30 بالمائة إلى 80 بالمائة أو أكثر، أو أن يقع بغتة إحداث ضريبة سنوية على رأس المال يمكنها أن تبتلع رأس مال الشركة في ظرف سنوات وجيزة. وكذلك الشأن إذا أحدثت معالم أو أداءات أو مكوس مححفة على عمليات تحويل المبالغ من الدولة إلى الخارج، بحيث يصبح التحويل عملية مكلفة بشكل مبالغ فيه. فحرية الدولة في تغيير قوانينها واتخاذ الإجراءات التي تحقق سياستها التنموية لا تتنافى مع الحق في درجة معقولة من الأمان القانوني *sécurité juridique*. غير أن الإشكال الكبير الذي يطرح عندها يتعلق بضبط حدود حرية الدولة وسيادتها التشريعية والتنظيمية.

⁽³⁰⁾ الفصل 175 من مجلة الإلتزامات والعقود: "يحصل التضامن قانونا في ما يلتزم به التجار لبعضهم في نازلة تجارية إلا إذا صرح العقد أو القانون بخلافه".

⁽³¹⁾ يراجع: أحمد الورفلي: "التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن"، ط. مجمع الأطرش لتوزيع الكتاب المختص، تونس 2006، ص. 797 وما يليها.

⁽³²⁾ Cf., par exemple, Charles LEBEN: « La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, ouvrage collectif, éd. Anthemis et LGDJ, Paris 2006, p. 163.

19. ومن الناحية التقنية (الفنية)، يمكن أن يقع تأمين الشركات بطريقتين:
- فإما أن يقع تأمين أصول الشركة وأملاكها. وفي هذه الصورة يُفترض أن يعود حق القيام بدعاوى التعويض إلى الشركة في شخص من يمثلها قانونا.
 - وإما أن يقع تأمين الأسهم أو الحصة الممثلة لرأس مال الشركة، ويعود حق القيام في هذه الصورة إلى المساهمين أو الشركاء باعتبارهم متضررين مباشرة وبصفة شخصية من الإجراء.
20. ويلاحظ أن حركة التأمين شهدت صعودا واضحا في أواسط القرن العشرين عند استقلال المستعمرات السابقة، ومن أشهرها عملية تأمين قناة السويس سنة 1956، والتي أعقبها العدوان الثلاثي على مصر لإثباتها عن هذا الإجراء. غير أن الحماس الذي أخذ الدول المستقلة حديثا في تلك المرحلة سرعان ما فتر وأعقبته فترة من "الهدوء" قبل أن تنقلب الصورة وتصبح الدول هي السّاعية في جلب الإستثمارات الأجنبية وخصوصة المؤسسات العمومية والقومية لفائدتها، بما في ذلك الشركات التي مثل تأمينها حدثا وطنيا في تاريخ حركات التحرر الوطني. بل إن بداية القرن الحالي شهدت انقلابا أكثر غرابة، إذ أن الأزمة المالية العالمية التي ضربت العالم الغربي منذ نهايات سنة 2007 واستفحلت في أواخر سنة 2008 أدت بالدولة الأمريكية، رائدة الليبرالية، إلى التدخل خصوصا في القطاع البنكي لدعمه وتفادي انهياره. وأمام ضعف نتائج الإجراءات المتخذة، أصبحت عدة أصوات تنادي بتأمين القطاع البنكي أو على الأقل ثلاثة من أهم البنوك الأمريكية⁽³³⁾ عبر اقتناء كامل مساهمات الشركاء أو نسب هامة منها. غير أن هذه العملية، علاوة على تكلفتها الكبيرة بالنسبة للخزينة الأمريكية وما تستوجبه لاحقا من تدخل الدولة لإدارة المؤسسات البنكية وتسييرها مع ما في ذلك من مخاطر وتعقيدات، أدى إلى تخوف كبير من العواقب، باعتبار أن هذا التأمين سيؤدي إلى ضعف الثقة في البنوك الأخرى بما يؤدي إلى انهيار قيمة أسهمها وقد يعجل بإفلاسها. وهكذا يتبين أن عمليات التأمين أصبحت اليوم تطرح إشكالات مختلفة عما كان مطروحا منذ نصف قرن، إذ أصبح اليوم من الممكن أن يقوم بعض الأشخاص بدعوى في مسؤولية الدولة لأنها قامت بتأمين شركة أخرى غير شركتهم. فبعد أن كان المساهم يتظلم من تعرضه إلى التأمين، يمكن أن تجده غدا يتظلم من عدم تعرضه إلى التأمين !!! فسبحان مغير الأحوال.

21. ومن الناحية القانونية اعتبر فقه القضاء التحكيمي وخاصة فقه قضاء مركز التحكيم في نزاعات الإستثمار بواشنطن بحق المساهم في الشركة في رفع دعوى تحكيمية أمام المركز مهما كانت نسبة مساهمته، وذلك للدفاع عن حقوقه الخاصة متى تعرضت الشركة التي له مساهمة فيها إلى انتزاع، لأن عملية الانتزاع تطل حقوقه الخاصة بشكل مباشر. ولم تشترط ملكية نسبة دنيا من رأس المال مباشرة هذه الدعاوى التحكيمية، ولو أن فقه قضاء المركز تشكل لديه تدريجيا وعي بخطورة هذا الحل إذا كان بإمكان الشركة أن ترفع بالتوازي دعوى أمام القضاء الرسمي أو أمام التحكيم لطلب التعويض عن الضرر الذي لحقها من جراء قرار الانتزاع أو التأمين أو المسا بالحق في المعاملة العادلة والحماية والأمن التامين، حيث يتحصل المساهم على تعويض مضاعف، مرة مباشرة ومرة عبر

(33) وهي: JP Morgan Chase – Bank of America – Citigroup.

التعويض المدفوع للشركة، بما يستوجب الإقتصار في التعويض للمساهم عما يلحقه من ضرر شخصي غير الضرر الذي يلحق الشركة بذاتها⁽³⁴⁾.

خاتمة

22. لئن كان من الثابت أن التحكيم من آليات الإدارة الرشيدة أو حوكمة الشركات *Corpoarte Governance* فإنه من الواضح أنه ما زالت هناك عدة نقاط ظل ينبغي توضيحها ورفع الغموض الذي يلفها مثل مسألة قابلية النزاعات المتعلقة بالشركات للتحكيم وخاصة في صورة الإجراءات الجماعية، وخصوصا مسائل تشكيل هيئة التحكيم وامتداد الشرط التحكيمي إلى المساهمين أو المسيرين أو الشركة نفسها، وكيفية احترام الحق في المساهمة بصفة متكافئة في تعيين المحكمين والحق في إدخال الغير الذي سبق له التوقيع على اتفاقية التحكيم في النزاع التحكيمي ومدى ارتباطه بالمساواة في تعيين التحكيم وما إذا كان الإدخال مبررا لإتمام تركيبة هيئة التحكيم أم لإعادة تشكيلها من جديدي أم إن كان مبررا لحرمان الدخيل أو المتداخل من إمكانية تعيين محكم خلافا لمن سبقه، حتى لا يبقى الفوز في التحكيم بمثابة الفوز في سباق السرعة: الفوز لمن وصل أولا "le prix de la course". فالتحكيم عدالة أولا وأخيرا، فإن صار غير ذلك فقد شرعيته.

والسلام

القاضي أحمد الورفلي

تونس في 20 مايو 2010 الساعة السابعة و52 دقيقة مساء.

⁽³⁴⁾ Emmanuel GAILLARD: "La jurisprudence du CIRDI", éd. Pedone, Paris 2004, p. 814.

التحكيم في نزاعات الشركات

من خلال اجتهادات القضاء التونسي

المخطط

2	مقدمة
3	الفرع الأول: مجال تدخل التحكيم في نزاعات الشركات: قابلية النزاعات المتعلقة بالشركات للتحكيم
3	الفقرة الأولى: . مدى جواز التحكيم في النزاعات داخل الشركة
7	الفقرة الثانية: خصوصية التحكيم في الإجراءات الجماعية لاستخلاص الديون
8	الفرع الثاني: أطراف الخصومة التحكيمية المتعلقة بالشركة
9	الفقرة الأولى: مدى لزوم الشرط التحكيمي المدرج في العقد التأسيسي للشركة
11	الفقرة الثانية: مد الشرط التحكيمي إلى "الغير"
11	أولاً: تكتلات الشركات والتحكيم
11	♦ تجمع الشركات والتحكيم <i>groupe de sociétés</i>
11	✓ الإنتماء إلى تجمع شركات والتجريح (القدح) في المحكم
11	✓ تعريف تجمع الشركات ومد الشرط التحكيمي
12	♦ تجمع المصالح الإقتصادية <i>GIE Groupement d'intérêt économique</i>
13	ثانياً: دعاوى الشركة أمام المحكم: <i>L'action sociale</i>
14	ثالثاً: المساهم و اتفاقية التحكيم
15	الفقرة الثالثة: تمثيل الشركة في النزاع التحكيمي
16	الفقرة الثالثة: الشريك والغير أمام التحكيم: مثال نزاعات تأمين الشركات
19	✓ خاتمة