

## الضمان الاتفاقي للخصوم والأصول في قانون الأعمال الفرنسي

### *The agreement of liabilities and assets in French business law*

تاريخ استلام المقال: 2020/05/10 تاريخ قبول المقال للنشر: 2020/05/26 تاريخ نشر المقال: 2020/06/01

مزاولي محمد أستاذ محاضر قسم أ

جامعة أحمد دراية – أدرار الجزائر

#### الملخص:

عند عملية بيع الشركة أو المؤسسة، سيكون من بين اهتمامات المشتري التأكد من صحة العناصر المعتمدة كأساس لتقييم الشركة، ذلك أن عملية نقل الحقوق الاجتماعية للشركة، يستوجب نقل أصول الشركة، وكذلك التزاماتها (خصومها). لذلك، قد يرغب المحال إليه المشتري في التأكد من خلو المحل من جميع الأعباء المالية التي يمكن أن تنشأ بعد إتمام عملية البيع. في الواقع، في مثل هذه الحالة، يؤدي ارتفاع خصوم الشركة وأعبائها السابقة إلى تخفيض قيمة الحقوق الاجتماعية المتنازل عنها، وهذا بدوره سيعيق الربحية الاقتصادية لعملية البيع.

تقاديا لذلك ابتكر قانون الأعمال تقنية الالتزام بالضمان على كل أو جزء من العناصر المباعة. يضمن بها البائع المتنازل كافة المخاطر التي قد تنشأ بعد التسليم، أو إذا كانت الأصول المتنازل عنها أقل مما تم الاتفاق عليه، فسوف يكون من حق المشتري المحال إليه المطالبة كضمان إما بالحصول على تخفيض في السعر، أو تعويض مناسب من البائع.

الكلمات المفتاحية: الكلمات المفتاحية: أصول - خصوم - بيع الشركة - التنازل - حقوق اجتماعية - ضمان - رأس المال - التعويض.

#### Abstract :

In the process of selling the company or institution, one of the buyer's interests is to ensure the validity of the elements used as a basis for evaluating the company, because the process of transferring the social rights of the company requires the transfer of the company's assets, as well as its obligations (liabilities). Therefore, the assignee may wish the buyer to ensure that the store is free of all financial burdens that may arise after the completion of the sale. Indeed, in such a case, the company's high liabilities and previous burdens lead to a devaluation of the waived social rights, which in turn will hinder the economic profitability of the sale. In order to avoid this, business law devised the obligation-guarantee technology for all or part of the sold items. The assignee seller guarantees all the risks that may arise after delivery, or if the assigned assets are less than what was agreed upon, then the buyer has the right to claim for a price reduction, or an appropriate compensation from the seller.

**Key words:** assets - liabilities - selling the company - assignment - social rights - security - capital.

## مقدمة:

تعتبر عملية بيع شركة تجارية أو ما يعرف بنقل الرقابة على الشركة، من أهم المعاملات التي ترد على الشركات التجارية أثناء عملية نقل الحقوق، بحيث يستلم البائع (المتخلي) الثمن والذي يحدد وفق المركز و القيمة الاقتصادية للشركة، في مقابل تسلم المشتري (المكتسب) السندات الاجتماعية les titres sociaux، التي تسمح له بممارسة الرقابة و إدارة الشركة، بحيث تمنح عملية إسناد مهمة الرقابة للمشتري كافة الصلاحيات لإدارة مقدرات الشركة و أموالها ، ولكنها في المقابل تنقل إليه كافة المخاطر المرتبطة بتسيير الشركة، هذه المخاطر قد تكون معلومة ويصرح بها البائع أثناء عملية البيع، وإما ن تكون خفية و مستترة سواء بإرادة البائع أو لأسباب خارجة عن إرادته، والتي تعتبر في حد ذاتها أضرارا قد تلحق بالمشتري سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، مثل المخاطر الجبائية والمحاسبية أو الاجتماعية أو المخاطر البيئية الخ، و التي تثبت عملية التقييم الإجمالي بأن الضمانات القانونية غير كافية لتغطية كل هذه المخاطر التي تشكل أعباء إضافية للمشتري، قد تحول دون تسييره الجيد للشركة، و بالتالي الوصول إلى عدم جدوى عملية البيع من حيث الأساس. و بالرجوع إلى نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي ، فان ثمن بيع الحصص و الأسهم لا يمكن تعديله بعد إبرام العقد ، في حالة تطور الوضعية المالية للشركة بعد عملية البيع، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

و حتى يتسنى للمشتري تجنب مثل هذه الأضرار الغير متوقعة، أوجد الواقع العملي مجموعة من الحلول من أهمها آلية الضمان الاتفاقي لخصوم الشركة، بحيث تخول للمشتري الحق في الحصول على تعويض مناسب من طرف البائع المتخلي و الذي قد تستفيد منه الشركة أو دائنيها.

و تتجسد هذه الآلية عن طريق التفاوض بين أطراف العقد اعتمادا على وضعية رأس المال عند عملية نقل الملكية، و عليه فإن موضوع هذه الدراسة سيرتكز حول تحديد مفهوم الضمان الاتفاقي المرتبط بالحقوق الاجتماعية، و كيفية إعماله، و ذلك من خلال الوقوف على محل هذا الضمان (مبحث أول)، الذي سنتناول فيه التصاريح المضمونة (مطلب أول)، المؤسسة لآلية الضمان (مطلب ثان)، ثم نحاول بعد ذلك الوقوف على تنفيذه (مبحث ثان)، من خلال استقراء إجراءاته (مطلب أول) وكيفيات انتقاله أو تحويله (مطلب ثان).

## المبحث الأول: محل الضمان

يتضمن موضوع الضمان من ناحية، مجموعة من التصاريح المتعلقة بحياة الشركة محل نقل الحقوق، و من ناحية أخرى مجموعة من الضمانات المتعلقة بالحسابات المرجعية، بحيث تتم عملية تقييم هذا المحل بالنظر إلى المعلومات المرسله، و عمليات التدقيق المحاسبي قبل عملية نقل الملكية.

### المطلب الأول: التصاريح المضمنة

يتضمن الضمان الاتفاقي عموما مجموعة من التصاريح و الإقرارات الأساسية التي يصدرها البائع و التي تهدف إلى إعطاء وصف دقيق وواضح على الوضعية الإقتصادية و القانونية للشركة، وكافة المخاطر التي تترتب بها، و كافة الأعباء و المخاطر المالية، وعليه إذا كانت هذه المعلومات غير دقيقة أو مخالفة للحقيقة بحيث تلحق ضررا بالمشتري فإن المسؤولية العقدية ستسند مباشرة إلى البائع، و يتقرر في ذمته تعويضا ماليا واجب الدفع،<sup>1</sup> هذه التصاريح قد تشمل كافة العناصر ومميزات الشركة و فروعها، وهي تصاريح على سبيل المثال تتجلى أهمها فيما يلي:

#### 1: التصاريح المتعلقة بمكونات رأس المال الاجتماعي.

بحيث تعطي هذه التصاريح للمشتري الحق في المشاركة في رأس المال المراد حيازته، و بالتالي عدم وجود سندات أخرى تعطي الحق بشكل مباشر أو غير مباشر من شأنه أن يؤثر على حق المشتري عن طريق تخفيض نسبة مشاركته.

#### 2: التصاريح المتعلقة بالحياة الاجتماعية للشركة.

الشركة المراد نقل حقوقها الاجتماعية يجب أن تكون متمتعة بوجود قانوني وحياة تجارية منتظمة ومستمرة بشكل كامل و في وضعية مالية ملائمة.

#### 3: التصاريح المتعلقة باحترام الاطار القانوني.

<sup>11</sup> -Cass.1<sup>re</sup> civ., 13 novembre 1973,Bull, civ.I, n°308.

بغض النظر عن الجانب المظهري لهذا التصريح و الذي يبدو منطقيا، إلا أن المسألة تتعلق بشرط جوهري وحساس ذلك انه من الطبيعي أن يطلب المشتري ضمان أن تكون الشركة في وضعية قانونية من حيث شكلها وموضعها ، ويطرح هذا الأمر بشكل كبير عندما يتعلق الأمر بالعلاقات التجارية التي قد تنشئ بين الشركة وشركات تختلف من حيث نظمها القانونية، فكما هو معلوم أن النظام القانوني المؤطر للمعاملات التجارية في النظام الانجلوساكسوني، يختلف عن النظام القانوني للشركة التجارية في قوانين النظام اللاتيني خاصة مع تضخم التشريعات المرتبطة بالنشاط الاقتصادي.

#### 4: التصاريح المتعلقة بالعلاقات الاجتماعية وقانون العمل.

ويتعلق الأمر هنا بالجانب الأكثر كلاسيكية أو تقليدية في ضمان خصوم الشركة، بحيث يلتزم البائع بتعويض المكتسب عن أي مخالفة للشركة في مرحلة نقل الحقوق لالتزاماتها في المادة الاجتماعية ومجال قانون العمل، و التي تبدو أكثر ثقل مثل عدم احترام اتفاقيات العمل، تعويضات الخدمة، أو حوادث العمل، و الضمان الاجتماعي ... الخ.

#### 5: التصاريح المتعلقة بالجباية.

وهو كذلك من المجالات التقليدية في مثل هذه العقود، بحيث يضمن للمكتسب كافة الآثار المالية الناجمة عن التسوية و الإصلاح الجبائي المتعلق بالمرحلة السابقة عن عملية نقل الحقوق، و لا يمكنه أن يتذرع بان مطالبة المستفيد بضرورة التطهير الجبائي للشركة قبل نقل الحقوق شرط أسد، حسب ما قضت به محكمة استئناف باريس.<sup>1</sup>

#### 6: التصاريح المتعلقة بالحسابات الاجتماعية.

بحيث على البائع أن يصرح ويثبت بأن كافة الحسابات الاجتماعية قد تم قفلها وفق مبادئ المحاسبة، وما يجري به العمل و العرف التسييري بشكل يعطي صورة وافية وكاملة عن الأصول والخصوم.

#### 7: الشروط المتعلقة بأصول الشركة في مرحلة نقل الحقوق.

<sup>1</sup> - CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 22 janv. 2004, SA Financière Nicol c/SA Alter Finance.

ويتعلق الأمر بالشروط التي تضمن أن الشركة تحوز وبصفة فعلية كافة الأصول المصرح بها في البيان المالي الختامي ( Bilan )، وبدون أي تقييد للملكية ووفق احتياجات الاستغلال، وبدون المساس بحقوق الغير... الخ.

#### 8: التصاريح المتعلقة بالعقود.

ويتعلق الأمر هنا بضمان ان الوضعية المالية للشركة لا تحتوي على مخاطر خفية تتعلق بتنفيذ العقود المبرمة من حيث صحة هذه العقود، وأن تنفيذها يتم وفق ما هو منصوص عليه في أحكامها... الخ.

#### 9: التصاريح المتعلقة بالأموال العقارية و الايجارات التجارية

#### 10: الشروط المتعلقة بالقانون الجنائي للشركات.

#### 11: الشروط المتعلقة بالتأمينات .

من حيث وجود التأمينات، فإن الدفع المنتظم للأقساط، من حيث طبيعة التأمين، و مجالات تغطيته، من خلال نشاطات الاستغلال، و المعاملات الانظمة القانونية المطبقة (التأمين المهني... الخ).

#### 12: الشروط المتعلقة بالبيئة و المنشآت المصنفة.

ويفهم ذلك كذلك من خلال الأهمية القصوى التي أصبحت تحتله البيئة في اتفاقات الضمان.

#### 13: التصاريح المتعلقة بالمنازعات و الدعاوى القضائية محل النظر أو تلك التي يحتمل

رفعها.

على المشتري أن يراقب وبشكل دقيق طبيعة النزاع محل الدعوى ومدى تأثيره على وضعية الشركة محل نقل الحقوق ومبلغ التعويض المحتمل الحكم به، و المصاريف التي قد تخصم لفائدة إجراءات التقاضي.

#### 14: الشروط المتعلقة بالملكية الفكرية.

و على وجه الخصوص استغلال الشركة، اذا كان يرتكز بشكل كلي او في جزء منه على حقوق الملكية الفكرية (مثل العلاقات التجارية او براءات الاختراع الرسوم او النماذج... الخ

### 15: التصريح المتعلق بتسيير المخزونات.

وهذا النوع من التصاريح من شأنه أن يضمن للمكتسب نظرة أو رؤيا عن وضعية المخزونات وطبيعتها وجردتها وكيفية تقويمها المالي ومستوى إدارتها .. الخ

### 16: الشروط المتعلقة بنقل الحقوق في حد ذاته

وهنا يجب التأكد و التحقق من أن عملية نقل الحقوق في حد ذاتها لا تؤثر على حياة الشركة بشكل سلبي، كحالات الانحلال المسبق للعقود، وبشكل خاص عقود القروض.

### 17: الشروط المتعلقة بالمديونية و الوضعية المصرفية للشركة

### 18: الشروط المتعلقة بتسيير الشركة: وذلك من خلال وضعية محاسبية للشركة

### الشروط المتعلقة بالتعهدات خارج البيان المالي Les engagements hors Bilan

بطبيعة الحال كل من هذه الشروط يكون محل نقاش وتفاوض بين البائع والمشتري

### 19: الحسابات المرجعية Comptes de référence:

الى جانب التصاريح و الاقرارات التي تعتبر موضوع الضمان، يشتمل الضمان الاتفاقي تأكيدات و ضمانات ذات طبيعة محاسبية، و ذلك عن طريق ما يسمى بالحسابات المرجعية، ولعل المقصود بالحسابات المرجعية هي كل من حساب الاستغلال العام وحساب النتائج و الميزانية، حسب ما يوافق نص المادة 716 قانون تجاري جزائري<sup>1</sup>، وحتى تتم عملية تحديد القيمة الحقيقية لسعر

<sup>1</sup> - نعتقد أن مفهوم الحسابات المرجعية لا يخرج أساسا عما هو منصوص عليه في القانون التجاري، و التي تتضمن أساسا في حساب الاستغلال و حساب النتائج و الميزانية، وهو ما يتوافق و نص المادة 716 قانون تجاري جزائري ، عند قفل كل سنة مالية، يضع مجلس الادارة او القائمون بالإدارة جردا بمختلف عناصر الأصول و الديون الموجودة في ذلك التاريخ. ويضعون ايضا حساب الاستغلال العام وحساب النتائج و الميزانية ...

الشركة و بالتالي عملية نقل الملكية، على الأطراف التوافق حول عناصر المحاسبة و التي قد تتعلق بـ:

- إما بآخر حسابات الاستغلال المغلقة و التي تمت عملية تدقيقها و المصادقة عليها.
- إما عن طريق وضعية وسيطة تقوم على أساس الحسابات السابقة عن نقل الملكية تتم بشكل وجاهي بين الطرفين.
- أو عن طريق وضعية وسطية يتم غلقها اثناء عملية نقل الحقوق على أن تتم مناقشتها وبشكل وجاهي بين الطرفين تتعلق بالمرحلة السابقة عن نقل الحقوق.

بشكل عام فإن الحسابات التي يعتمد عليها ضمان الأصول و الخصوم، هي تلك التي تم استعمالها او الاعتماد عليها من قبل الاطراف لتحديد قيمة انتقال الشركة، و التي غالبا ما توافق العمليات الاخيرة السابقة عن عملية نقل الحقوق بشكل أكثر عمومية، ومن أجل إطلاع كلي على الحياة الاقتصادية و المالية للشركة الى غاية تاريخ اتخاذ قرار نقل الحقوق.

في هذا الاطار، يتولى الاطراف اعداد الحسابات المرتبطة بعملية نقل الحقوق إلى غاية تاريخ النقل الفعلي، بحيث تسمح هذه الحسابات بضبط ثمن نقل الملكية وفق المتغيرات التي تتحكم في المجال الاقتصادي، وذلك بين الحسابات المقفلة في مرحلة سابقة، و الحسابات التي تم إقفالها في يوم انتقال الحقوق، وعليه فإن هذه الآلية من شأنها أن تشكل أرضية ملائمة لكلا الطرفين تسمح بـ :

- امتلاك حسابات متطابقة مع وضعية الشركة في تاريخ نقل الحقوق و ليس وفق تواريخ سابقة مقدرة بالأسابيع أو حتى الأشهر.
- أنها تسمح اعتمادا على آلية ضبط نقل الحقوق، وعملية التدقيق الوجيهة بين الأطراف لهذه الحسابات من تسوية العديد من المواضيع المتعلقة بالضمان، وادخاله ضمن عناصر عملية الحساب وضبط ثمن البيع.

### المطلب الثاني: آلية الضمان الاتفاقي:

يمكن تحديد آلية الضمان الاتفاقي ببداية سريانه أي أعمال مبدأ التعويض، وذلك بناء على مبلغ محتسب ومحدد وفق شروط الضمان، ووفق وجهة نظر اجرائية تقوم على التحصيل و الدفع المحدد لاحقا، وبمفهوم آخر هذا الضمان الاتفاقي قد ينتقل إلى مكتسبون آخرون جدد، ويطرح مبدأ

التعويض سؤالين جوهريين مستقلين هما، من هو المستفيد من هذا الضمان ؟ وما هو الفعل المولد للضمان le fait générateur ؟

## 1: المستفيد من نظام الضمان

وحسب صياغة خطاب الضمان الاتفاقي فقد يقرر التعويض إلى المشتري و/أو إلى الشركة المنقولة و/أو إلى دائني الشركة، و إن كانت محكمة النقض الفرنسية قد استقرت على ان يكون المستفيد من الضمان هي الشركة في حد ذاتها، و يترجم بذلك بتحصيل مبلغ التعويض في حساباتها<sup>1</sup>، حيث أن اختيار المستفيد من الضمان قد يكون له آثار على طبيعة الضمان الاتفاقي ويمكن أن نستخلص هنا نوعين من الشروط.

**النوع الأول :** يتعلق بإدراج شروط الضمان في حالة مراجعة الثمن<sup>2</sup>، كأن يكون الضمان الاتفاقي راجعا الى مالك السندات. و الاثر الاساسي لهذا التكييف القانوني عندما يكون الضمان مسقفا بسعر نقل الحقوق فإن التعويض لا يمكن أن يتجاوز الثمن المدفوع من قبل المشتري، لذلك فإن مثل هذا الضمان قد يكون قائما على الاحتمال عندما يتم نقل الشركة بقيمة ضعيفة ويكون نشاطها يحتوي على مخاطر قد يؤدي تحققها إلى تجاوز القيمة المالية للانتقال.

**النوع الثاني:** يتضمن شروط ضمان الخصوم فقط بالمعنى الدقيق للكلمة، مع إمكانية استقادة الشركة أو دائنيها من التعويض وكذلك المكتسبين عندما يتخذ خيار تسيير دفع مبلغ التعويض لفائدة الشركة أو دائنيها بمفهوم الاشتراط لمصلحة الغير، فطبيعة الضمان وفق نوعية المستفيد (ضمان التعويض أو شرط مراجعة الثمن) يلعب دورا مهما في حالة اعادة بيع الحقوق الاجتماعية من طرف مالك السندات.

## 2- الفعل المولد للضمان.

الضمانات و الإقرارات تهدف الى تعويض المستفيد في حالة ما تتعرض الشركة لأضرار ناتجة عن عدم احترام أحد تصاريح الضمان و/أو عدم احترام أحد الضمانات المقررة بالتصاريح بخصوص الحسابات المرجعية أو عدم دقة أو صحة هذه الأخيرة، و /أو خرق التصاريح الخاصة.

<sup>1</sup> -Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-15.119, FS-P+B, Sté Leps-Straling c/ Lentoni : JurisData

<sup>2</sup> -Cass. com. 12 janvier 1999



## أ- خرق تصاريح الضمان .

إن موضوع الضمان الاتفاقي، وخاصة ضمان البائع صحة وجدية التصاريح المقدمة، يترتب عنه قيام المسؤولية المدنية عن كل تصريح ثبتت عدم جديته أو عدم صحته، بحيث يعتبر بمثابة ضرر جسيم، و بالتالي أساسا للتعويض.

وعليه فإن الضمان المقدم من طرف البائع، يكون شاملا بالنظر إلى طبيعة وصياغة وحدود هذه التصاريح، فقد نجد بعض بنود الاتفاقية، تنص على أن يضمن البائع للمستفيد ليس فقط، صحة و جدية التصاريح، ولكن كذلك ضمان طابعها النهائي، بحيث يلتزم البائع بأن هذه التصاريح كاملة ونهائية، بالنظر إلى الوضعية الحقيقية للشركة.

## ب- عدم صحة ودقة الحسابات أو عدم احترام اجراءات البيان المالي الختامي.

الضمانات الاتفاقية المقدمة بخصوص الحسابات الاجتماعية، قد تكون محدودة كما قد تكون موسعة، فقد تكون متعلقة بمجرد ضمانات تصريحية، وهنا فإن الضمانات ذات الطبيعة المحاسبية قد تتداخل مع تصاريح الضمان المشار إليها أعلاه، كما يلتزم البائع بالتصريح و الإقرار بأن الحسابات قد تم اقفالها وفقا لمقتضيات القانون و القواعد المحاسبية المتعارف عليها.

وبالموازاة مع تصاريح المحاسبة العامة، قد يضمن البائع ويتكفل بالارتفاع غير المتوقع للخصوم الناجم عن أسباب ترجع في تاريخها لما قبل عملية نقل الحقوق، ولذلك من الأهمية بمكان تقريب تاريخ اقفال حسابات الضمان مع تاريخ نقل الحقوق حتى نتجنب اي زيادة غير متوقعة.

وعلاوة على ذلك، يمكن أن يتعهد البائع بالتكفل بكل انخفاض في أصول الشركة للأسباب التي تكون سابقة عن عملية اقفال الحسابات أو نقل الحقوق و التي قد يتم اكتشافها أو اثارها لاحقا، فالبائع يضمن في نفس الوقت للمشتري عدم انخفاض الأصول، وعدم ارتفاع الخصوم في الحالات التي تكون فيها الأسباب راجعة إلى مرحلة سابقة عن نقل الحقوق، و لا يشمل ضمان الأصول في الغالب كل العناصر التي يتكون منها رأس المال، فالعناصر الثابتة كالأثاث و المحل و العلامات التجارية.... الخ، لا تؤخذ في الكثير من الأحيان في الاعتبار عند تحديد قيمة الضمان، وعليه فإن الضمان غالبا ما يتعلق بالعناصر المتحركة.

وتجدر الإشارة هنا إلى ما يعرف بضمان الأصول الصافي، بحيث يتحمل البائع كل انخفاض للأصول الصافية تمت معاينته بعد تاريخ إعداد حسابات الضمان عندما يكون ذلك الانخفاض مرتبطاً بأسباب سابقة، في وجودها من إعداد هذه الحسابات، كما يمكن إثارة ضمانات الأصول الصافية إذا كانت الأصول أقل من المبلغ المحدد في حسابات الضمان، وكانت في مرحلة سابقة عن إعداد هذه الحسابات التي أثرت على الأصول الصافية للشركة بتخفيضها، أو بازدياد أو ارتفاع نسبة الخصوم.

#### (ج) - خرق التصاريح الخاصة:

قد يحدث و أن يرد الضمان بشكل حصري على بعض التصاريح الخاصة يلتزم بتقديمها البائع، و التي تشمل خصوم محددة خاصة عند القيام بعملية التدقيق المالي، و التي يبتغي المشتري ضرورة ضمانها بشكل خاص، في هذا الإطار فإن الضمان غالبا ما يتم تصوره كآلية حماية ضد الأخطار المجهولة، أو التي لم يتم تحديدها أثناء عملية التدقيق المالي، بحيث تصبح ضمانات ضد المخاطر المعلومة و المحددة بشكل واضح، و التي لم يرغب الأطراف تضمينها في نطاق تحديد سعر نقل الحقوق بالنظر إلى الخصوصية غير الأكيدة للضرر الذي يحتمل وقوعه.

وعليه فإن الضمان يعتبر أحد العناصر الجوهرية في وصف المخاطر وتحديدها، كما يلعب دورا مهما في توجيه إرادة البائع بخصوص تغطية وضمان كافة الأضرار التي قد تحدث.

#### (د) - تحديد مبلغ التعويض:

يرجع مبلغ التعويض في البداية إلى تحديد الضرر الواجب التعويض، وهذه الميزة الأساسية التي يتميز بها نظام ضمان الخصوم، بحيث يقوم على فكرة عدم التحديد المسبق لمبلغ التعويض، و إنما يتم تحديده بعد تحقق الضرر، مع الأخذ بعين الاعتبار كافة العناصر و المؤشرات التي يمكن أن تدخل في تحديد مبلغه، وبالاكتفاء على الشروط المحددة من طرف المتعاقدين، كأن يتم الإتفاق على الحد الأدنى أو الحد الأقصى للتعويض، و العناصر المؤثرة في هذا التحديد.

يخضع تقدير مبلغ التعويض على مجموعة من العوامل التي يعمد المتعاقدين إلى إدراجها في العقد، فالضرر الواجب التعويض قد يكون ضررا ناتجا بشكل مباشر أو غير مباشر عن الجهل بأحد التصاريح، مثال حالة الضرر الناتج بشكل غير مباشر، عن حملة دعائية حول علاقة نشاط الشركة بالمساس بالنظام البيئي مما يؤثر على رقم الأعمال و الهوامش الربحية المتعلقة بها.

و يطرح التساؤل هنا حول الضرر المؤمن، فقد يكون التعويض المقرر من طرف شركات التأمين منخفضا، بالنظر إلى التعويض المقرر بموجب الضمان الاتفاقي؟ وهنا يجب أن نأخذ في الحسبان مصالح كل من البائع والمشتري، والتي غالبا ما تكون متعارضة و متضاربة.

قد يتحقق الضرر عن طريق ارتفاع الخصوم أو انخفاض الأصول، و التي يمكن معاينتها بعد عملية نقل الحقوق لأسباب ترجع إلى المرحلة السابقة عن نقل الحقوق، كما قد يكون الضرر ناتجا عن الآثار الجبائية و التي تعتبر في حد ذاتها تكاليف يتم خصمها لمصلحة الخزينة العمومية، يؤدي إلى انخفاض الأموال التي كان يمكن للشركة أن توفرها أو تقتصدها، ووفقا لذلك فإن البنود المتعلقة بالأخذ بعين الاعتبار الآثار الجبائية حول مبلغ التعويض، يجب أن تحرر بحذر كبير مع الأخذ في الحسبان طبيعة الضمان و المستفيد منه .

### المبحث الثاني: تنفيذ الضمان الاتفاقي.

من منطلق أن الضمان الاتفاقي للخصوم، يستوجب تنفيذه وفقما هو منصوص عليه في العقد، و بناء على القواعد العامة للعقد، لا يمكن للبائع ان يمتنع عن تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه إذا ما تحققت المسؤولية، كما أن هذا الضمان يستوجب مسؤولية تضامنية غير محدودة بين الضامنين في حالة تعددهم<sup>1</sup>.

و يذهب القضاء الفرنسي إلى أبعد من ذلك، بحيث يحمل البائع المسؤولية عن التعويض مسير الشركة، إذا أدى امتناعه عن تنفيذ التزامه إلى توقف الشركة عن الدفع و إفلاسها. و يتجل الضرر الذي تعرض له المسير فقدانه لصلاحياته التسييرية بفعل الاجراءات الجماعية المتعلقة بالإفلاس<sup>2</sup>.

ويتم تأطير تنفيذ الضمان من قبل الأطراف الذين يضمنون اتفاقهم الإجراءات الواجب اتباعها، و تحديد أجال، و طبيعة الضمان في حد ذاته.

### المطلب الأول: إجراءات تنفيذ الضمان الاتفاقي

<sup>1</sup> -V. PAILLUSSEAU (J.), La garantie de conformité dans les cessions de contrôle in La semaine juridique, édition générale n°13, 28 Mars 2007.

<sup>2</sup> -CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. A, 28 sept. 1998, Banque Rivaud c/Schwartz.

الى جانب موضوع الضمان ومبادئ التعويض، فإن الضمان الاتفاقي يقرر بشكل عام أحكاما تحدد وتنظم إجراءات تنفيذه، في هذا الاطار غالبا ما ينظم العقد التزاما بالإعلام يترتب في ذمة الشخص المستفيد من الضمان، بحيث يلتزم هذا الأخير بإعلام البائع بوجود ضرر مستوجب للتعويض<sup>1</sup>، ويكون هذا الالتزام بمثابة الفعل المولد للضمان *le fait générateur de garantie* و أساس الحق في التعويض.

و من هنا نلاحظ، بأن نظام هذه البنود من شأنه أن يجنب المنازعة القضائية، خاصة عندما يقرر الأطراف جزاءات مدنية في حالة تجاهل هذا الالتزام، أو تجاهل الشروط الشكلية أو الآجال القانونية التي يجب أن يقدم فيها واجب الإعلام، كحالة إقرار الشرط الجزائي، عند عدم تعويض الضرر الناتج عن عدم احترام البنود العقدية، و قد تصل إلى غاية فقدان الحق في التعويض. في هذا الصدد، فإن القضاء يذهب إلى فكرة الإسقاط الكلي أو الجزئي للضمانات، إذا أثبت البائع (الضامن)، بأن المشتري أخل بهذا الالتزام، و أن هذا الأخلال قد سبب له ضررا مرجعه عدم تنفيذ بنود العقد<sup>2</sup>.

نستخلص مما سبق، بأن هذه البنود المتعلقة بتنفيذ الضمان، وواجب الإعلام الملقى على عاتق المستفيد من الضمان يجب أن تحظى بأهمية قصوى، لأنه بإمكانها أن تحرم المستفيد من فوائد الضمان الاتفاقي.

## 1- آجال الضمان:

ان الالتزام بالتعويض من طرف البائع مرتبط بآجال محددة ناتجة عن اتفاق الطرفين، بحيث يمنح هذا الاتفاق للمشتري آجال قانونية لتقديم شكواه و احتجاجاته، ومطالبته بالاستفادة من التعويض، و في حالة العكس ستصبح مطالبته باطلة ولا يمكنه بعد ذلك الاستفادة من أي ضمان لتغطية الضرر الذي تعرض له<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - Cass. com., 15 mars 2011, n° 09-13.299.

<sup>2</sup> - Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, n° 02-19.468.

<sup>3</sup> - Cass. com., 9 juin 2009, no 08-17.843,

مبدئيا يعمل البائع الضامن على أن يكون الوفاء بثمن انتقال الحقوق وفق ما هو محدد في العقد دون أعباء مالية إضافية، لذلك فهو يسعى إلى أن يكون أجل الضمان قصيرا قدر الإمكان، في حين يسعى المشتري إلى إمكانية الحصول على التعويض المناسب في أي وقت ولو كان بعد مدة زمنية طويلة، خاصة إذا كانت الاسباب المؤدية الى الضرر سابقة عن عملية نقل الحقوق.

و يتميز الضمان الاتفاقي يتميز بين نوعين من الآجال، فبخصوص الخصوم الجبائية والاجتماعية او البيئية، فإن الاطراف غالبا ما يتفقان على تحديد آجال الضمان بآجال التقادم المقرر في مثل هذه الحقوق، اما بالنسبة لبقية الحقوق الأخرى فإن الأطراف غالبا ما يقررون آجال ضمان يتم احتسابها بالأشهر أو السنوات، ابتداء من تاريخ نقل الحقوق، وغالبا ما تحدد هذه الآجال من 01 إلى 05، وبمتوسط 02 سنتين إلى 03 سنوات.

## 2- ضمان الضامن

بدون ضامن مليء الذمة المالية ليس هناك ضمان فعال، فأيا كان محل الضمان الاتفاقي، وعملية حساب الضرر القابل للتعويض، و شروط تنفيذ الضمان، فإن نظام الضمان لا يجد فعاليتها إلا عن طريق الدفع النقدي للمبلغ المالي المخصص له، لذلك دائما ما يطرح السؤال التالي هل الضامن قادرا ماليا على الوفاء؟

ومن أجل اتقاء مشكلة عدم القدرة على السداد، سواء من طرف الضامن أو الضامنين -في حالة تعددهم- فإن الواقع العملي يعتمد على مجموعة من الوسائل القانونية، التي تسمح بتأمين دفع التعويضات المرتبطة بضمان الخصوم، و الأمثلة المشار إليها أدناه مرتبة ترتيبا تنازليا حسب الفعالية، وتقدم حولا ناجعة لهذه التساؤلات الأساسية:

### أ)- آلية المقاصة :

تعتبر المقاصة الاتفاقية واحدة من أكثر الوسائل فعالية للحصول على تسوية مالية في إطار تنفيذ الضمان ، من منطلق ان البائع سوف لن يدفع مبلغ التعويض بشكل كامل بل عن طريق تجزئته إلى أقساط تمتد حسب اجل الضمان ، فيعمد بذلك المشتري إلى تجزئة الثمن إلى أقساط كذلك، تمتد

طيلة مدة الضمان، بحيث تتم المقاصة بين ثمن البيع و مبلغ التعويض في حالة ثبوت الضرر المشمول بالضمان<sup>1</sup>.

#### ب)- حجز كل أو جزء من الثمن :

ووفق هذه الوسيلة، يمكن حجز المبالغ المخصصة لدفع الثمن وفق اتفاق الضمان،<sup>2</sup> بحيث يجوز للمشتري حجز كل أو جزء من الثمن يتم إيداعه لدى بنك على سبيل وديعة، مخصصة لتغطية الضمان ، إذ غالبا ما تكون الضمانات الاتفاقية مؤمنة بموجب ضمانات بنكية مستقلة أو عند الطلب الأول<sup>3</sup>، باعتباره عقدا يخول للمستفيد الحق في الحصول على التعويض من الضامن بمجرد الطلب ودن أي اعتراض من طرف هذا الأخير حسب ما هو منصوص عليه في العقد المستقل عن العقد الأصلي.

ج)- يمكن كذلك المطالبة بإقرار كفالة بنكية، أو كفالة تضامنية مقدمة من طرف الغير، يلزم بضمان الوفاء بالمبالغ المقررة في ذمة الضامن (كحالة الشركة الأم، والشركة السابقة إذا كانت قادرة على التسديد).

#### د)- تجميد الحسابات الجارية

بحيث يمكن في إطار بيع الشركة التجارية ، لجوء المستفيد إلى استصدار أمر قضائي بناء على طلب مسبب ، إمكانية الترخيص بالحجز تحفظيا على الحسابات الجارية للبائع، بحيث يبقى هذا

<sup>1</sup> - l'article 1289 du code civil

<sup>2</sup> Une mise sous séquestre conventionnel d'une partie du prix en cas de paiement comptant Cette méthode a l'avantage de la simplicité et de l'efficacité. Une partie du prix de vente sera séquestrée entre les mains d'un tiers convenu (avocat, notaire, banque..) pendant toute la durée de la garantie et versée soit en totalité au cédant à l'expiration de la garantie soit partiellement au bénéficiaire en cas de mise en jeu de la garantie sur production d'un ordre conjoint émanant des intéressés, ou d'une décision de justice ou sentence arbitrale ayant autorité de chose jugée.

<sup>3</sup> Une garantie à première demande, est un contrat par lequel le garant s'engage à verser telle somme d'argent au bénéficiaire à la première réquisition de celui-ci, sans contestation pour quelque motif que ce soit. Cette garantie est autonome, indépendante du contrat de base qui lie originellement le créancier et son débiteur.

Elle est souvent utilisée en matière de transmission d'entreprises. Elle est souvent utilisée en matière de transmission d'entreprises.

الحجز قائماً لحين حسم جميع المنازعات التي تنشأ أثناء تنفيذ الضمان، وهنا في هذا لإطار يمكن للمستفيد من الضمان و باستعمال آلية المقاصة بين مبلغ الضمان ، و السيولة المالية المتوفرة في الحساب الجاري، الحصول على الوفاء أو ما يقابل الوفاء.

ومن جهة أخرى يمكن كذلك تصور إنشاء تأمينات عينية كالرهن الحيازي أو الرسمي أو حق التخصيص.

### المطلب الثاني: انتقال الضمان أو تحويله:

وهنا يمكن التساؤل حول مآل الضمان في حالة إعادة بيع الحقوق الاجتماعية، كما يمكن التساؤل كذلك حول حقوق المشتري رغم فقدانه لصفة الشريك، ومن ناحية أخرى حول وضعية المكتسب الجديد للحقوق الاجتماعية.

#### 1- الاحتفاظ بالحقوق من طرف المستفيد.

صدر بتاريخ 11 مارس 2008، قرار عن محكمة النقض الفرنسية في غرفتها التجارية يفهم منه أن الاحتفاظ المحتمل بالحقوق من طرف المشتري في حالة إعادة البيع هذه الحقوق الاجتماعية يعود إلى الطبيعة القانونية للضمان الاتفاقي، فإذا كان الضمان مكرساً في بند مراجعة الثمن، فإن المشتري يحتفظ على ما يبدو وحسب هذا القرار بحق تنفيذ هذا البند الخاص بالمراجعة، حتى ولو لم يكن مالك الحقوق الاجتماعية التي أعاد بيعها في المقابل، أما إذا كان الضمان يستوجب التعويض فإن نقل الحقوق الاجتماعية تحرم المكتسب من حقوق التصرف، ولكن يمكن للشركة أن تسمح له بالتصرف في حالة الاشتراط لمصلحة الغير.

وتعليقاً على هذا الموقف ذهب اتجاه فقهي إلى أن موقف محكمة النقض قد أعطى سلطة واسعة لمبدأ سلطان الإرادة، بحيث لا يمكن للقاضي أن يعدل من حدود هذا الاتفاق لإعادة توازنه، بل يقتصر دوره على بمراقبة مدى تطبيقه<sup>1</sup>. ولعل ذلك ما يحقق نوعاً من الأمن القانوني، ضد أي تفسير قضائي قد لا يتوافق و اتجاه إرادة الرهن المعبر عنها وفق اتفاقية الضمان.

<sup>1</sup> - Recueil Dalloz 2009 , n° 33, p 2333 à 2337, note de P-M De Girard et C-A Pascaud

الا ان محكمة النقض، صرحت بأنه في حالة غموض وعدم وضوح عبارات نصوص العقد، تعطي الشرعية لتدخل قاضي الموضوع لتحديد المعنى القانوني للاتفاق مع احترام المبادئ العامة لمبدأ سلطان الارادة.<sup>1</sup>

في قرار آخر بتاريخ فيفري 2008، فإن الغرفة التجارية صرحت بأن اتفاقية الخصوم المكرسة المقررة من طرف المتخلي ترتبط بالشيء محل نقل الحقوق، و لا يمكن المطالبة بها من طرف المشتري في حالة اعادة بيع الشيء وحسب ما صرح به أحد الفقه بأن اتفاقية ضمان الخصوم يعتبر مجالا كافيا من أجل ادراج كافة الشروط المتعلقة بحق مراجعة الشيء، وتزى أن موقف محكم النقض حول هذه المسألة ليس مستقرا بخصوص وضعية المشتري المكتسب الجديد للحقوق الاجتماعية.

## (2) - وضعية المكتسب الجديد للحقوق الاجتماعية.

من حيث المبدأ يجوز لأطراف العقد من تقرير الضمان الاتفاقي بشكل يسمح بنقل الحقوق الى المكتسب الجديد ولكن التساؤل الذي يطرح هنا هو ماذا كان نقل الحقوق تم الى مكتسب من الباطن يسمح له بالتدخل بشكل مستقل في هذا الاطار.

جانب من الفقه يتجه نحو هذا الطرح معتمدين في ذلك على موقف القضاء من العقد التسلسلي الناقل للمكية، و لتجنب الشكوك يجب ان يدرج ذلك بشكل دقيق وصريح كبند في الاتفاق.

بمناسبة نقل الحقوق المتعلقة بالشركة التجارية، فإن غالبا ما تقوم على مفاوضات صعبة و احيانا مؤلمة بحيث يعتبر هذا الاتفاق، عنصرا مهما للتقييم من قبل الأطراف لتعهداتهم سواء القانونية أو الاقتصادية.

## خاتمة :

من أجل تجسيد هذا النظام الاتفاقي، يستوجب القانون ضرورة تحديد موضوع الضمان، هذا الموضوع الذي يتجلى بشكل أساسي في مجموعة التصاريح المعبرة و الإقرارات الأساسية، المجسدة لرأس المال الاجتماعي للشركة التجارية، والتي يصدرها البائع المتخلي عن الشركة، حيث تهدف إلى إعطاء وصف دقيق وواضح على الوضعية الاقتصادية و القانونية للشركة.

<sup>1</sup> - Cass.Com., 9/06/2009, n° 08-17.843.



ويمكن اعتبار اتفاقية الضمان بمثابة اتفاقية تصحيحية لقيمة الشركة محل التنازل بالنظر الى الأحداث، التي اكتشفت بعد عملية الاستحواذ، فعن طريق تنفيذ الضمان، نسمح بضبط سعر البيع على أساس القيمة الفعلية للشركة في تاريخ البيع، كما لو كانت هذه الوضعية الحقيقية للخصوم والأصول قد عرفت قبل تاريخ البيع، وتمت ترجمتها في حسابات الشركة.

كما يهدف الضمان الاتفاقي للخصوم و الأصول، إلى تأمين نقل حقوق الشركة التجارية، عن طريق ضمان الوضعية المالية و القانونية في تاريخ البيع، و التي قد تكون مجهولة تماما، في تاريخ البيع، كما يمكن أن لا تكون معلومة بشكل جيد، أو في وضعية مالية هشة، عكس ما قد يصرح به البائع نظريا.

وعليه، فإن الشروط العقدية تهدف الضمان المخاطر، لاسيما تلك المرتبطة برأس المال الاجتماعي، و تسمح بالوقاية من كل النقائص التي قد تعتري نظام الضمان التقليدي، بحيث تمنح للمستفيد من الضمان كافة الوسائل الكافية لتمكينه من ضمان تعويض يجبر الضرر الذي أصابه.

و رغم أن نظام الضمان الاتفاقي، يخضع من حيث المبدأ العام للقواعد العامة للتأمينات القانونية وقواعد المسؤولية العقدية، إلا أن الواقع العملي وطبيعة المعاملات التجارية، أضفت عليه مميزات خاصة طوّرها الفقه اعتمادا على مبدأ سلطان الإرادة و مبدأ الائتمان التجاري، و كرسها القضاء.