

## «عقد حمل الأسهم» كوسيلة حديثة لاستمرارية الشركات وإنقاذها من عثرتها في ظل المتغيرات الاقتصادية الراهنة: دراسة مقارنة

د. أحمد إشراقية\*

### الملخص:

إن عقد حمل الأسهم هو عقد غير مسمى، ذو طبيعة خاصة «sui generis» غالباً ما يكون نطاقه منصباً على الأعمال التجارية، حتى وإن كان يستند إلى القانون المدني للعقود، الذي يشكل الجزء الأساسي من نظامه القانوني. إن عقد حمل الأسهم هو العقد الذي بموجبه يدخل شخص طبيعي أو معنوي شريكاً في شركة، بناءً على طلب شخص آخر (المقرر) من خلال شرائه مجموعة من أسهم هذه الشركة، شرط أن يكون قادراً على إعادة بيعها لاحقاً للمقرر نفسه أو لشخص آخر ضمن مدة محددة وثمان متفق عليهما مسبقاً يفوق ثمن الشراء.

يمكن لهذا العقد أن يقدم خدمات عديدة للشركة المساهمة من خلال الأهداف التي يتوخاها الأطراف منه، فهو يمكن أن يؤمن لها التمويل مقابل ضمان حمل الأسهم، كما أنه يمكن أن يقوم الحامل من خلال هذا العقد بخدمات إدارية مالية لمساعدة الشركة المساهمة على تجاوز صعوبات تعترضها أو تطوير أعمالها وإدراجها لاحقاً في البورصة. إلا أن هذا العقد وبغياب التشريع الخاص ما زال يعاني من نقاط ضعف لا يمكن أن يستهان بها، سواء لجهة القواعد الأمرة في القانون المدني للعقود، كما لجهة قانون الشركات التجارية، لاسيما أن الحامل قد لا يكون لديه نية الشراكة من خلال حمل الأسهم، وأن هذا العقد قد يشكل شرطاً من شروط الأسد، بحيث أنه قد يعفي الحامل الشريك من تحمل الأرباح والخسائر الناتجة عن عمل الشركة.

لقد كرّس القضاء الفرنسي صحة هذا العقد، فكان في كل مرة تعرض عليه عملية نقل ملكية أسهم مع الوعد بإعادة شرائها ضمن مدة وثمان متفق عليهما مسبقاً، لا يتوانى عن تكييفها ضمن عقد حمل الأسهم، كان آخرها في 20 سبتمبر/أيلول 2016، حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية/الغرفة التجارية، أن التملك الحاصل للأسهم بناءً على طلب المقرر مع الاتفاق على إعادة شرائها بثمن متفق عليه وفي مهلة محددة، هو عقد حمل أسهم حتى ولو أن القانون لم يأت على ذكره.

\* أستاذ القانون الخاص المشارك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية.

فإذا كان القضاء الفرنسي قد تسنى له أن يؤكد على صحته مراراً، إلا أن القضاء سواء في لبنان أو الكويت لم يقل بعد كلمته في هذا المجال.

وبالرغم من ذلك، فإن عقد حمل الأسهم يشكل وسيلة غير تقليدية لمساعدة الشركة المساهمة على تخطي صعوباتها المالية والإدارية، ولا يمكن التغاضي عنه في عالم الأعمال في عصرنا الحاضر.

لذلك تأتي هذه الدراسة لتبين مفهوم هذا العقد وقابلية تطبيقه في القانونين اللبناني والكويتي في ضوء القانون الفرنسي.

**كلمات مفتاحية:** شركة مساهمة، عقد، حمل أسهم، الوعد بالتعاقد، تعويم، نية المشاركة، شرط أسد.

## المقدمة:

للشركات أهمية اقتصادية كبيرة في الوقت الحاضر، حيث تظهر قوة هذه الشركات خاصة المساهمة منها من خلال قدرتها على تنفيذ المشاريع الضخمة، إلا أن هذه الشركات والمشروعات التجارية قد تتعرض خلال مسيرتها إلى نكسات، وعوائق، قد تؤدي بها إلى التعثر، وبالتالي إلى الانحلال. لقد سعت الكثير من الدول من خلال تشريعاتها إلى وضع الحلول، ليس فقط لإنقاذ الشركات من عثرتها وإعادة الطاقة التشغيلية لها، وإنما كذلك لتأمين تطور واستمرارية هذه الشركات في نشاطها من خلال إيجاد السبل المتنوعة لتمويلها، في ظل المتغيرات الاقتصادية التي يشهدها العالم.

لقد تصدى الإطار القانوني التقليدي لهذه المشاكل، حيث هدف بشكل مبدئي إلى تحديد بعض الضمانات التي تؤمن استمرارية الشركة وتطورها في بعض الحالات، وإنقاذها من عثرتها في حالات أخرى (الاندماج، الاستحواذ، ضربة الأوكارديون، والصلح الوافي من الإفلاس). إن هذه الوسائل التقليدية على نجاعتها، قد تؤدي إلى استهلاك طاقة الشركة من خلال الإجراءات القانونية الطويلة والمعقدة من جهة أو من خلال ما تحمله من خطورة على تعزيز الثقة بها من جهة أخرى.

إن مخاطر الوسائل التقليدية، دفعت القائمين على الشركات والمصارف معززين بالاجتهاد إلى ممارسة دور ترميمي لها، وابتكار طرق وضمانات قانونية حديثة، أكثر مرونة وفعالية مع المتغيرات المستجدة في عالم الشركات. وقد وسَّع الاجتهاد في كثير من الدول، لاسيما فرنسا أفق البحث، ووعاء الضمانات القانونية في هذا العالم المتغير، حيث سلط الضوء على بعض العقود، التي هي في الأصل عقود مدنية، وقد تؤدي إلى تطوير عمل الشركة من خلال تأمين التمويل اللازم لها. ومن أبرز هذه العقود ما يمكن أن نصلح على تسميته بعقد «حمل الأسهم» Le portage d'actions، لاسيما وأن هذا العقد ليس له تسمية معتمدة في القوانين أو الدراسات الفقهية في العالم العربي، وقد يتم الاعتراض على هذه التسمية خاصة أن محل هذا العقد يمكن أن يكون أسهماً أو غيرها من الصكوك المالية، كما أنه يمكن أن ينطبق على جميع أنواع الشركات وليس فقط تلك التي يتكون رأسمالها من أسهم قابلة للتداول.

لذلك سوف نعتمد هذه التسمية لأن بحثنا سوف يكون مخصصاً حصراً لسبر أغوار هذا العقد عندما يكون محله أسهم الشركات المساهمة غير المدرجة في الأسواق المالية، نظراً لكونها أكثر ملاءمة مع هذا العقد كما سوف نبين لاحقاً.

لقد أبصر عقد حمل الأسهم النور على يد الاجتهاد الفرنسي في أواخر ثمانينات القرن

الماضي، وتطور حتى يومنا هذا، لكنه لم يتعد كنف الاجتهاد، حيث لم تتم قوننته، كما لم يتم التوصل إلى تعريف صريح وموحد له.

وتكمن أهمية دراسة «عقد حمل الأسهم» في نقطتين أساسيتين، فمن جهة أولى، يُشكّل هذا العقد عقداً غير مسمى مستوحى من العقود المدنية ليطبق على الشركات التجارية ويتميز بالمرونة كونه غير مقنن بنصوص خاصة ولا يحدد القانون نظامه وأحكامه، ومن جهة ثانية، يحمل الكثير من الضعف، لاسيما لجهة اصطدامه ببطلان شروط الأسد والخلط بينه وبين العقود القانونية الأخرى التي تعنى بالصكوك المالية.

لهذا كان لا بد من التساؤل حول أهمية هذا العقد وطبيعته القانونية بالإضافة إلى شروط صحته وقابلية تطبيقه في القانونين اللبناني والكويتي في ضوء القانون الفرنسي، هذا من جهة، أما من جهة أخرى فلا بد من التساؤل عن مدى اعتباره ضماناً قانونية للشركات في هذا العالم المتغير؟

ولإلقاء الضوء على كل ذلك وللإجابة عن كل هذه التساؤلات، سوف نقسم البحث إلى مطلبين: يتناول الأول تعويم الشركة المساهمة من خلال عقد حمل الأسهم، ومن ثم سوف نخصص الثاني لدراسة نقاط ضعف هذا العقد من خلال البحث في مدى قابليته للتطبيق على أسهم الشركة المساهمة في ظل القانونين اللبناني والكويتي في ضوء القانون الفرنسي.

## المطلب الأول

### تعويم الشركة المساهمة من خلال عقد « حمل الأسهم »

إن تقنين العقود وتسميتها قد يؤدي في بعض الأحيان إلى تعقيدها وحصر أهدافها في إطار نية المشرع، بينما قد يربو المتعاملون من ورائها أهدافاً مشروعةً أخرى، وبإجراءات بسيطة لا تخرج عن القواعد العامة للعقود المدنية. إن عقد حمل الأسهم هو تجسيد لتلك التقنيات العقدية المركبة الدقيقة التي لا تخرج عن إطار القواعد العامة للعقود المدنية غير المسماة، لتقدم خدمات جمة للتجار، بدءاً من المساعدة التقنية في الإدارة، وانتهاءً بالتمويل وتعويم الشركات وإخراجها من عثرتها.

إن عقد حمل الأسهم هو العملية التي تمكن من التوصل إلى هذه النتيجة، فهو يستحق دراسة مفصلة، ليس فقط لأهميته في حياة الشركة المساهمة، بل لأنه يستمد أليته من القانون المدني ليكون في خدمة الأعمال التجارية الكبرى، وكذلك لأنه يقدم وسيلة بديلة عن الوسائل التقليدية لتعويم الشركات وتأمين التمويل لها<sup>(1)</sup>.

لذلك لا بد من التوقف عند مفهوم عقد حمل الأسهم في (الفرع الأول)، ومن ثم التطرق إلى الوسائل التي يمنحها هذا العقد لتعويم الشركة المساهمة وضمان استمراريتها (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### مفهوم عقد حمل الأسهم

إن عقد حمل الأسهم هو عقد غير مسمى، ذو طبيعة خاصة « sui generis » غالباً ما يكون نطاقه منصباً على الأعمال التجارية، حتى وإن كان يستند إلى القانون المدني للعقود، الذي يشكل الجزء الأساسي من نظامه القانوني. وبعبارة أخرى إن عقد حمل الأسهم هو أكثر من عقد بل هو مجموعة من العقود المترابطة التي تهدف إلى نقل مؤقت للملكية أسهم من مقرر (بائع) le donneur d'ordre إلى مشترٍ يتخذ صفة الحامل. فيمكن بالتالي اعتبار هذه العملية القانونية عقداً مدنياً. لذلك قبل التطرق إلى شروطه (ثانياً) لا بد من إيجاد تعريف خاص به لا سيما وأن أغلب التشريعات قد خلقت من أي تعريف قانوني له (أولاً).

(1) Maitre Sabine Sultan Danino, La convention de portage: une opération complexe et risqué, www.legavox.fr.

## أولاً- تعريف ونطاق عقد حمل الأسهم:

### أ- تعريف عقد حمل الأسهم:

عقد حمل الأسهم (La convention de portage d'actions) هو عقد غير مسمى، ذو طبيعة خاصة "generis sui"<sup>(2)</sup>، ناتج عن الممارسة في المجالين المصرفي والمالي<sup>(3)</sup>. إن أول ظهور لعقد حمل الأسهم يعود إلى خمسينيات القرن الماضي في فرنسا، حيث كانت المهمة الرئيسية لشركة تدعى «شركة التنمية الإقليمية»، تشجيع الاستثمار في المناطق الأقل نمواً، فكانت تعتمد من خلال عقد حمل الأسهم إلى شراء أسهم رأسمال بعض الشركات المساهمة الموجودة في هذه المناطق ولمدة معينة، بغية تقديم المشورة الإدارية والتمويل اللازم لها، لتمكينها من التعويم وتجاوز صعوباتها وتطوير مشاريعها<sup>(4)</sup> حيث تقوم الشركة المحلية ببيع الأسهم لشركة التنمية الإقليمية من أجل الحصول على تمويل ومشورة إدارية، بعد الاتفاق على إعادة شراء هذه الأسهم بئمن ومهلة متفق عليهما مسبقاً. لم تحظ هذه العملية بالنجاح المتوقع يومها، بسبب صعوبة إعادة شراء الأسهم في نهاية العقد من قبل إدارة الشركة. ومنذ ذلك التاريخ، لم تتوقف المؤسسات المالية عن العمل به، كشكل من أشكال تعويم الشركات التجارية. إن كون هذا العقد عقداً غير مسمى، فإنه يمنح الأطراف التجاريين حرية تعاقدية كبيرة في الوصول إلى أهدافهم المشروعة دون الاصطدام بنوايا المشرع وضوابطه، شرط احترام النظام العام والقواعد العامة الأمرة سواء في القانون المدني للعقود أو في قانون الشركات التجارية.

وفي ظل غياب تعريف قانوني محدد لعقد حمل الأسهم، كان للاجتهاد والفقهاء الدور الأكبر في تعريفه، وبالتالي كان لا بد من البحث عن معنى كلمة «حمل» في ظل الآلية التي تتبعها. وحسب التعريف الكلاسيكي المعتمد من أم.دي. شميدت M.D.Schmidit فإن عقد حمل الأسهم هو «اتفاقية يقبل بموجبها شخص يدعى «الحامل»، بطلب من شخص يسمى «المقرر»، أن يكون مساهماً بالاستحصال على الأسهم، أو الاكتتاب فيها بشكل يكون صريحاً، على أنه وبعد انقضاء مدة معينة، فإن هذه الأسهم يجري نقلها

(2) Sur ce sujet: Bandjang B., réflexions sur les conventions de portage, Les petites affiches, 19 janvier 2001, n°14, p.4; Naftalski F. et Poitrinal F.-D et Parot J.-C., Les conventions de portage, Droit des sociétés, mai-juin 1997, n°33, p.1; Soumrani P., Le portage d'actions, Thèse, Bibl. Dr. privé, Tome 260, préface de OPPETIT (B.), L.G.D.J., 1996; Treille B., Les conventions de portage, Revue des sociétés, 1997, p.721.

(3) Roland H. et Boyer L., Locutions latines et adages du droits français contemporain, éd. L'Hermès, Fcance, 1979.

(4) Armand F., Le portage de titres in Financement des entreprises et droit des obligations, P.U.A.M., 1993, p.55.

إلى شخص معين أو إلى المقرر نفسه، لقاء ثمن محدد منذ البداية». من جهة أخرى، فقد عرف كل من أم. أم. جي M.M.J، وبي. بريتل P.Bretel وأم. جينتين M.Jeantin، عقد حمل الأسهم على أنه: «عقد، يقوم بموجبه «الحامل» باكتساب أسهم لحساب تاجر، أو شخص ثالث يسمى «المقرر»، الذي يقوم بالوعد بإعادة شراء هذه الأسهم، خلال مدة محددة وثمان محدد وثابت»<sup>(5)</sup>.

ومن جهته، يقدم جيون Guyon تعريفاً أكثر بساطةً لهذا النوع من العقود يتمثل في: «الحصول على جزء من الحصة لحساب شخص ثالث، مع الوعد بإعادتها خلال مدة تكون عادة قصيرة»<sup>(6)</sup>. وقد عرفت «تريي» Treille عقد حمل الأسهم بأنه: «العقد الذي بموجبه يدخل شخص طبيعي أو معنوي شريكاً في شركة، بناء على طلب شخص آخر (المقرر) من خلال شرائه مجموعة من أسهم هذه الشركة شرط أن يكون قادراً على إعادة بيعها لاحقاً للمقرر نفسه أو لشخص آخر ضمن مدة محددة وثمان متفق عليهما مسبقاً يفوق ثمن الشراء»<sup>(7)</sup>. وأما بالنسبة للعميد كورني Cornu Doyen Le، فإن عقد حمل الأسهم هو: «عقد (غير منظم في القانون) بموجبه يقوم شخص يسمى «مقرر» أو (البائع) بنقل ملكية الأسهم لشخص آخر مسمى «الحامل» أو (المشتري) الذي يقبله، ويلتزم هذا الأخير خطياً بإعادة بيع هذه الصكوك نفسها بتاريخ وثمان محددتين مسبقاً لشخص محدد، يمكن أن يكون المقرر نفسه، أو شخص ثالث مستفيد»<sup>(8)</sup>.

ويضيف بأن هذه العملية هي كناية عن تقنية غير مقننة ناتجة عن الممارسة (Empirique) قريبة من الائتمان، يمكن أن يتم اللجوء إليها من جهة، كضمانة للمقرض على أن يعيد بيعها لاحقاً بثمن يشمل ما دفعه بالإضافة إلى الفوائد، ومن جهة أخرى بهدف نقل ملكية الأسهم لشخص يحدده المقرر قد يكون هو نفسه<sup>(9)</sup>. وبرأي البروفسور فرانسوا اكزافيي لو كاس Francois Xavier Lucas: «يكون الحامل عادة مؤسسة مالية

(5) Bertrel J.P. et Jeantin M., Le portage d'actions, R.J.D.A., 1991, n°4, p. 683.

(6) Maitre Sabine Sultan Danino, La convention de portage: une opération complexe et risqué, www.legavox.fr.

(7) Brigitte Treille, les conventions de portage, Revue des sociétés, 1997, p. 721.

(8) Cornu G., Vocabulaire juridique, Ass. H. Capitain, P.U.F., 6ème éd. Mise a jour "Quadrige", 2004.

"convention (non réglementée par la loi) en vertu de laquelle une personne nommée "donneur d'ordre" transmet la propriété de titres à une autre personne nommée "porteur" qui l'accepte mais s'engage par écrit à céder ces mêmes titres à une date et pour un prix fixes à l'avance a une personne désignée qui peut être le donneur d'ordre lui-même ou un tiers bénéficiaire [...]"

(9) Cornu G., idem,

متخصصة (مصرف) التي ستحمل الأسهم، وذلك بهدف تأدية خدمة مالية للعميل أو للاستفادة أيضاً من الضمان الممنوح لها، بعد الحصول على ملكية الأسهم<sup>(10)</sup>. وكُرِّس الاجتهاد التعريفات السابقة، فكان في كل مرة تعرض عليه عملية نقل ملكية أسهم مع الوعد بإعادة شرائها ضمن مدة وثمان متفق عليهما مسبقاً، لا يتوانى عن تكييفها ضمن عقد حمل الأسهم، كان آخرها في 20 سبتمبر أيلول 2016، حيث اعتبرت محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة التجارية أن التملك الحاصل للأسهم بناء على طلب المقرر مع الاتفاق على إعادة شرائها بثمن متفق عليه وفي مهلة محددة، هو عقد حمل أسهم حتى ولو أن القانون لم يأت على ذكره<sup>(11)</sup>.

وقد أجمعت كل التعريفات بأنه ليس للحامل النية باكتساب ملكية الصكوك نهائياً، ولا حتى أن يكون شريكاً في الشركة عندما تكون الصكوك عبارة عن أسهم، إنما يقع على عاتقه فقط حملها لمدة معينة؛ لذلك فإن عقد حمل الأسهم، يؤدي إلى نقل ملكية هذه الأسهم لفترة زمنية محددة، فالحامل لا يكون لديه نية اكتساب ملكية هذه الأسهم بشكل نهائي، ولا حتى نية الشراكة، لكن أهمية هذا العقد بالنسبة «للحامل»، هو استعادة المبلغ الذي دفعه، إضافة إلى تعويض عن الخدمة التي قدمها. أما بالنسبة «للمقرر»، فهو ينتظر استعادة ملكية هذه الأسهم، أو نقلها إلى شخص ثالث، يحدده هو عند نهاية هذه العملية. بالنتيجة، فإن «المقرر» كذلك ليس لديه نية التخلي بشكل نهائي عن الأسهم محل العقد.

وعلى عكس العقود المسماة في القانون الفرنسي، كالقرض واتفاقية إعادة الشراء مثلاً، فإن عقد «حمل» الأسهم، لا يخضع لأية شروط قانونية، سواء على الأطراف، أو على الأسهم. وعليه، يمكن لأي شخص سواء كان طبيعياً أو معنوياً أن يلجأ مبدئياً لعقد حمل الأسهم في جميع أنواع الشركات التجارية التي يكون رأسمالها مكوناً من أسهم<sup>(12)</sup>. وعادة ما يكون الحامل مؤسسة مالية (مصرف)، لأنه يجب أن يتحمل مسؤولية اكتسابه الأسهم (حمل الأسهم بغرض الضمان مقابل التمويل أو نقل الملكية)، كما يجب أن يكون متمكناً من إعطاء المشورة الإدارية، والإرشادات الكافية للمقرر (حمل الأسهم بغرض الإدارة المالية)، كما يقع على عاتقه بالاتفاق مع المقرر تحديد ثمن الأسهم محل إعادة الشراء، إذ يقوم بتحليل «الوضع الاقتصادي والمالي للشركة، جودة إدارتها، مشاريع تطورها والمخاطر المتأتية من زيادة عدد الموظفين فيها. لذا، فإن تحديد ثمن مسبق في عقد

(10) Lucas (F.-X.), conventions de portage, J-CI. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n°2128, n°10, p.3.

(11) Com. 20 septembre 2016, n 15-15. 369 ; Jacques Moury, un portage singulier, RTD Com. 2017, p. 125.

(12) Brigitte Treille, Les conventions de portage, revue des sociétés, 1997, p. 721.



حمل الأسهم لا يخلو من الصعوبة، ولا يحقق النتائج المرجوة منه، في حال قامت الشركة خلال مدة العقد بعمليات هامة تؤثر على رأسمالها وأسهمها، أو بالعكس بعمليات تؤدي إلى تدهور وخسارة في رأس المال والأسهم<sup>(13)</sup>. وبالنسبة للمقرر، فإنه من المفضل أن يكون شخصاً معنوياً على أن يكون شخصاً طبيعياً، مجموعة شركات وليس شركة منفردة. وفي النهاية، فإن الحامل أو المؤسسة المالية، تتعامل بطريقة أسهل «مع مقرر يكون لهم معه تعامل سابق متكرر من مقرر مجهول بالنسبة لهم»<sup>(14)</sup>.

#### ب- نطاق عقد حمل الأسهم:

من الواضح أن عقد الحمل le portage من تسميته المعتمدة فقهاً يمكن أن يكون محله أي نوع من حصص رأس المال، أسهم أو حصص في شركات تضامن أو محدودة المسؤولية، كما يمكن أن يكون محله سندات وصكوكاً مالية أخرى. هذا من حيث المبدأ، إلا أنه عملياً فإن أغلب هذه العقود ترد على أسهم رأس المال لما لهذه الأخيرة من ارتباط وثيق بالإدارة والرقابة على الشركة؛ لذلك سوف نسعى لتبيان حقيقة ذلك من خلال استعراض سريع لموضوع هذا العقد ولأنواع الشركات التي يمكن أن يرد عليها.

في حقيقة الأمر، إن تحديد موضوع العقد مرتبط إلى حد كبير بالأهداف المرجوة من وراء هذه العملية؛ فمن الممكن أن يكون موضوع عقد «الحمل» le portage، جميع أنواع الصكوك، مهما كانت طبيعتها أو خصائصها، فيمكن أن تكون حصصاً تجارية، سندات دين، كما يمكن أن تكون أسهماً، إلا أنه من الناحية العملية، فإن أغلب هذه العقود يكون موضوعها أسهماً، وذلك نظراً لما تمنحه هذه الأسهم من حقوق في المساهمة في إدارة الشركة للحامل (حق التصويت). ويتجه أغلب الفقهاء إلى حصر هذا العقد بالأسهم وحدها<sup>(15)</sup>، لأن هذه الآلية تتطلب بشكل عام نقل حق التصويت لمشاركة الحامل بالإدارة والرقابة. لكن هذا التحليل قد يكون واقعياً، إلا أنه ليس منطقياً، فلا شيء يمنع من أن يكون محل هذا العقد صكوكاً أخرى لاسيما إذا كانت الغاية من وراء هذا العقد، هو نقل ملكية الصكوك بضممان قرض مثلاً<sup>(16)</sup>. بالمقابل، فإنه من الطبيعي إذا كانت الغاية من هذا العقد، هي إدارة الشركة، فإنه لا يكون له معنى إلا إذا كان منصباً على أسهم رأس المال، لأن الصكوك الأخرى لا تمنح هذا الامتياز لحاملها.

(13) Schmidt D., Les opérations de portage des titres de sociétés, in Les opérations fiduciaires, coll. FIDUCI, L.G.D.J., 1985, p.43.

(14) Schmidt D., idem.

(15) Schmidt D., op. cit., p:37. SOUMRANI P., (Le portage d'actions, Thèse, Bibl. Dr. privé, tome, 260 prféece de Oppetit B., L.G.D.J., 1996.

(16) Lucas (F.-X), conventions de portage, J-CI. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n°2128, n°13, p.3.

وبالرغم من كل ذلك، فإن طبيعة عقد «الحمل» le portage كعقد غير مسمى، يجعل مستحيلاً كل محاولة لحصره بالأسهم فقط، لأن إرادة الفرقاء لا يمكن أن تكون محدودة إلا بالقواعد الأمرة المتعلقة بالقانون المدني للعقود، وقانون الشركات التجارية. كذلك بالنسبة للشركات التي يمكن أن تدخل ضمن نطاق عقد «الحمل»، فإننا نرى بأنه أكثر ملاءمة لشركات الأموال من الشركات التجارية الأخرى، لاسيما شركات الأشخاص، والشركات المختلطة (شركة محدودة المسؤولية)<sup>(17)</sup>. فبالنسبة لشركة التضامن، فإن هذا العقد، سوف يصطدم حتماً بالشروط القانونية، المتعلقة بضرورة إجماع الشركاء، على إدخال أي شريك جديد إلى الشركة. وهذا ما ورد في المادة (L.221-13) من القانون التجاري الفرنسي والمادة 55 من قانون التجارة البرية اللبناني، وقد نص قانون الشركات الكويتي في المادة (40) منه، على أنه لا يجوز للشريك التنازل عن حصته لغير الشركاء في الشركة ما لم ينص في عقد الشركة على خلاف ذلك. أما فيما يتعلق بالشركة المحدودة المسؤولية، فقد يصطدم بقاعدة الأغلبية الضرورية، لاتخاذ القرارات لاسيما رهن، أو بيع حصة في الشركة، فقد نصت المواد (99) و(100) من قانون الشركات الكويتي على أنه لا يجوز التداول في حصص رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة، كما لباقي الشركاء الأفضلية بالشراء وباسترداد الحصص المتنازل عنها للغير. وكذلك المادة (15) من قانون التجارة البرية اللبناني التي جاءت متوافقة مع ما ورد في المواد (99) و(100) من قانون الشركات الكويتي، إلا أنها ربطت حق الشريك بالتنازل عن حصته للغير بموافقة شركاء يمثلون ثلاثة أرباع رأس المال، كما أعطت للشركة وللشركاء الأفضلية في شراء الأسهم المتنازل عنها.

وكذلك، من المفضل أن لا يكون موضوع العقد حصصاً، بسبب غياب نية المشاركة للحامل، خلال فترة اعتباره شريكاً<sup>(18)</sup>، فإن غياب نية المشاركة لا تؤثر على شركات الأموال، إنما يمكن أن تكون خطيرة بالنسبة لشركات الأشخاص، فيمكن أن تؤدي وفقاً للمادة (7-1844) من القانون المدني الفرنسي والمادة (65) من قانون التجارة البرية اللبناني، والمادة (269) من القانون (1/2016) بإصدار قانون الشركات، إلى الانحلال بسبب الخلاف بين الشركاء، وبالتالي فشل عمل الشركة<sup>(19)</sup>. وتظهر هذه المادة جلياً نية

(17) Article L. 221-13 du code de commerce français.

(18) L'absence d'affectio societatis ne constitue pas une cause de nullité des sociétés anonymes : Devezé J., Couret A. et Hirigoyen G., Lamy Droit du financement, Lamy, 2001, n°1149, p.677.

(19) تنص المادة (269) على أنه: «فيما عدا شركة المساهمة، يجوز حل الشركة بحكم قضائي إذا طلب ذلك أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأي سبب آخر تقدر المحكمة أن له من الخطورة ما يسوغ الحل، ويكون باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك».

المشروع الكويتي بإخراج الشركة المساهمة من دائرة الحل بسبب الخلافات بين الشركاء التي قد تؤدي إلى فقدان نية الشراكة لدى شريك أو بعض الشركاء، وذلك عائد لكون الشركة المساهمة من شركات الأموال.

### ثانياً- شروط عقد حمل الأسهم:

بالإضافة إلى الشروط العامة لصحة العقود، فإن عقد حمل الأسهم يتطلب شروطاً إضافية لا بد من إلقاء الضوء عليها، لاسيما فيما يتعلق بضرورة تحديد مدته و ثمن البيع و ثمن إعادة الشراء مسبقاً. فشرط المدة في الوعد بالتعاقد هو شرط جوهري يتوقف عليه صحة العقد وذلك استناداً للمادة (72) من القانون المدني الكويتي<sup>(20)</sup>، أما المشرع اللبناني، فإنه لم يشترط تحديد مدة معينة للوعد بالبيع أو بالشراء إلا فيما يتعلق ببيع غير المنقول، ولكن حتى نستطيع تبيان هذه الشروط لا بد من تفكيك عناصر هذه العملية المعقدة نسبياً ومحاولة تكييفها تكييفاً قانونياً صحيحاً. يتألف عقد حمل الأسهم من تنازلين: الأول يتنازل بموجبه المقرر عن الأسهم للحامل، ومن ثم و بموجب وعد غير متبادل أو بوعد غير متبادل مزدوج (وعد بالبيع و وعد بالشراء) يقوم الحامل بالتنازل عن ذات الأسهم بتاريخ و بثمن محدد مسبقاً إلى المستفيد الذي غالباً ما يكون المقرر نفسه.

إن عقد حمل الأسهم ذو طابع مدني، لأنه يستند إلى قواعد القانون المدني، التي تشكل الجزء الأساسي من نظامه القانوني لاسيما البيع، الوعد بالبيع والوعد بالشراء، فهو يهدف أساساً إلى نقل مؤقت للملكية الأسهم<sup>(21)</sup>. فحسب البروفسور لوкас Lucas فإنه في غالب الأحيان، تأخذ عملية حمل الأسهم شكل اكتساب ملكية الأسهم من قبل الحامل، مصحوبة بالوعد بشراء الأسهم نفسها من قبل المستفيد، وتكتمل هذه العملية بوعد بالبيع من قبل الحامل<sup>(22)</sup>.

إن الوعد بالشراء الواقع على عاتق المستفيد، يضمن للحامل أن الأسهم محل العقد، سوف يتم شراؤها بالثمن المتفق عليه مسبقاً، حتى لو فقدت جزءاً من قيمتها خلال مدة العقد. كما يضمن المقرر جلاء الوعد بالبيع من قبل الحامل، أن الأسهم سيعاد بيعها له حتى لو أصبحت قيمتها أعلى، وبالسعر الذي حدد سابقاً في العقد. وبالنتيجة، فإن اللجوء إلى الوعود المتبادلة بالوعد بالبيع والشراء، هو الحل الأكثر ملاءمة مع الهدف الذي يرموه

(20) المادة 72 من مرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 بإصدار القانون المدني الكويتي.

(21) Brigitte Tréille, les conventions de portage, Revue des sociétés 1997, p. 721.

(22) Lucas (F.-X.), convention de portage, J.-Cl. Banque-CRédit-Bourse, 1999v, fasc - cule n°2128, n°25, p.5., Variations sur la convention de portage d'actions, Revue des sociétés note sous Cour de Cassation (Com.), 20 septembre 2016, n 15-15. 369: même auteur, un portage singulier, RTD Com 2017, p. 125.

الأطراف من هذا العقد، كما يظهر بأن تقنية الوعود المزدوجة، هي الأكثر استخداماً في عقود حمل الأسهم<sup>(23)</sup>. ولقد لاقت تقنية الوعود المتبادلة بالبيع والشراء انتقادات عدة<sup>(24)</sup>، وذلك للأسباب التالية:

من الناحية القانونية، اعتبر الاجتهاد أن الوعد المزدوج محفوف بخطر اعتباره بيعاً منذ التوقيع على الوعد، وذلك وفقاً للمادة (1585) من القانون المدني الفرنسي الذي ينص على أنه: «يكون الوعد بالبيع بيعاً، عند رضى الطرفين على الشيء المباع وعلى ثمنه». إن هذا التكيف، قد يؤدي إلى انتفاء عقد حمل الأسهم<sup>(25)</sup>، إلا أنه يمكن تجاوز ذلك بسهولة، إذ يكفي أن يتم تحديد مدة مختلفة لكل من الوعود المتبادلة، أو الاكتفاء بالوعد بالشراء فقط<sup>(26)</sup>. وقد خلا القانون الكويتي والقانون اللبناني من مادة مماثلة مما يسهل عملية إعادة شراء الأسهم محل الحمل دون الوقوع في فخ التكيف السابق. ويفضل الفرقاء طبعاً الحل الأول، حيث يقوم الحامل بإعادة البيع والمقرر بإعادة الشراء، من غير أن تقوهم وعودهم إلى اعتبار العقد بيعاً، عند التوقيع عليه. كذلك فإن ازدواجية الوعود تهدف إلى تأمين صحة عقد حمل الأسهم، في ضوء حظر بنود الأسد، لأنها توضح أن الأطراف يريدون بيع الأسهم منذ البداية، بسعر منفصل عن ما قد يتعرض له السهم من تغير في قيمته خلال فترة العقد.

## الفرع الثاني

### خصوصية عقد «حمل الأسهم» والوسائل المتاحة

#### من خلاله لتعويم الشركة المساهمة

لعقد «حمل الأسهم» أهمية كبيرة، وفقاً لما يقدمه للشركة المساهمة من وسائل تتيح لها الاستمرار في تطوير نشاطها، أو تعويمها في حال تعثرها. لذلك لا بد من التعرف إلى كيفية إبرام هذا العقد، وتمييزه عن غيره من العقود (أولاً)، وتحديد الوسائل المختلفة التي يمنحها لتعويم الشركة المساهمة (ثانياً).

#### أولاً- خصوصية عقد حمل الأسهم وتمييزه عن غيره من العقود المدنية والتجارية:

نظراً لكون عقد حمل الأسهم، عقداً غير مسمى، فإن الأطراف غير ملزمين بأي شكلية

(23) Lucas (F.-X.), idem.: Brigitte Treille, les conventions de portage, Revue des sociétés 1997, p. 721.

(24) Bertrel (J.-P.), portage de droits sociaux, Rép. Sociétés Dalloz, octobre 1995, n°13, p.3.

(25) Bertrel (J.-P.), idem, n°16, p.4.

(26) Cette règle est posée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 18 Juillet 1989. Cf. BACROT (C.), Bull. Joly, 1989, paragraphe 296, p.823.

قانونية لهذا العقد، فعندما يكون محل هذا العقد نقل الأسهم، فإن الإجراء الوحيد الواجب، هو النقل الفعلي للملكية الأسهم إلى الحامل، دون الحاجة إلى أية كتابة.

وبالتالي، فإنه لا حاجة لأي إجراء نشر، أو تسجيل للعملية<sup>(27)</sup>، إلا أنه لا بد من الإشارة، إلى أنه لو كان محل العقد حصصاً في رأسمال شركة غير مساهمة، فإن الشكليات تعود من خلال فرض عقد مكتوب بين الأطراف، يبين عملية البيع، وموافقة الشركاء، بحسب نوع الشركة، بالإضافة إلى وجوب تسجيله، حتى يسري على الغير<sup>(28)</sup>. لكن في نهاية العملية، فإن ما تتسم به عملية حمل الأسهم من تعقيد، تفرض تنظيم عقد مكتوب، بالرغم من كون هذا العقد رضائياً بالمبدأ. ولذلك، فإن الأطراف مدعوون لتنظيم عقد مكتوب، بهدف توثيق وتحديد الموجبات الملقاة على كل منهم: ثمن البيع و ثمن إعادة الشراء، مدة الخيار بالوعد بالشراء، كذلك عملية تنظيم حق التصويت، الدخول في الأرباح والخسائر في حال الاتفاق عليها كما أنه بالنظر إلى طبيعة كل من الحامل كمؤسسة مالية، والمقرر كشركة تجارية، فإن هؤلاء المتهنين لا يمكن أن يرتبوا اتفاقاتهم دون اللجوء إلى الكتابة.

إن اللجوء إلى عقد حمل الأسهم لم يكن يشكل الخيار الأول دائماً للمتعاملين بالأسهم، وذلك يعود لظهور عقود أخرى، نظمها المشرع، مثل القرض واتفاقية إعادة الشراء. يمكن لهذه العقود المسماة الجديدة أن تكون بديلة لعقد حمل الأسهم لاتباعها الهدف نفسه، إلا أنه يجب التنبه من عدم الخلط بين هذه العقود والعقد محل البحث.

يمكن من خلال القرض أو اتفاقية إعادة الشراء في القانون الفرنسي، النقل المؤقت للملكية الأسهم، غالباً بغرض الضمان. إن شروط تطبيق هذه العقود، غالباً ما تكون مقيدة بالقانون، لأنها عقود مسماة (شروط تخص الفرقاء، الأسهم محل القرض وخصائصها)، إلا أن عقد حمل الأسهم ينفرد عن العقود السابقة بأنه يمنح حرية أكبر للمتعاقدين باعتباره عقداً غير مسمى، فإنه لا يخضع لأي قانون خاص، وبالتالي ليس

(27) Lucas (F.-X.), Convention de portage, J-CI. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fasc - cule n°2128, n°110, p.19.

عدا بعض الحالات الخاصة المتعلقة بنظام مصرف لبنان التي تخضع التفرغ عن أسهم المصارف إلى التسجيل في شركة ميكلير، المادة 5 من القرار 2001/7814 النظام التطبيقي لإصدار أسهم المصارف اللبنانية والتداول بها والقانون 2001/308 حول إصدار أسهم المصارف والتداول بها وإصدار سندات الدين وتملك العقارات من قبل المصارف.

(28) تنص المادة (99) من قانون الشركات الكويتي على أنه: «لا يجوز تداول حصص رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلا وفقاً لأحكام هذا القانون، ويتم التنازل عن الحصص بموجب محرر كتابي ولباقي الشركاء الحق في استرداد الحصص بذات الشروط إذا كان التنازل لغير الشركات الكويتية»، والمادة (15) من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 35 في 67

مقيداً إلا بالقواعد الأمرة المتعلقة بالقانون المدني للعقود، وقانون الشركات التجارية.

#### أ- عقد القرض:

القرض هو عبارة عن واجب يدين به أحد طرفي المعاملة (المدين) إلى الطرف الآخر الذي يسمى (الدائن)، ويتحقق القرض عندما يوافق الدائن على إقراض المدين مبلغاً من المال. وعادةً ما يتم منح القرض مع توقع سداد المبلغ الأصلي إلى جانب الفائدة. هذا ما بينته محكمة الاستئناف الفرنسية في قرار لها في 23 يناير 2007، حيث ميّزت بين عقد حمل الأسهم والقرض<sup>(29)</sup>. لذلك من السهل التمييز بين عقد حمل الأسهم وعقد القرض وذلك للأسباب التالية:

- من جهة، يمكن الاستنتاج أن أغلبية عقود حمل الأسهم، تأخذ شكل التنازل المتبع بتنازل آخر<sup>(30)</sup>، بعد الوعد بالشراء، أو الوعد المزدوج بالبيع والشراء، وهذا ما لا يتفق مع عقد القرض.
- من جهة أخرى، إن عقد القرض قد نظم في نصوص القانون المدني، على عكس عقد حمل الأسهم غير المسمى، وغير المنظم في أي قانون.

#### ب- اتفاقية إعادة الشراء La pension :

أما اتفاقية إعادة الشراء (Repo-Agreement Repurchase) فإنها شكل من أشكال الاقتراض قصير الأجل، للتجارة في الأوراق المالية الحكومية، حيث يبيع عادة المؤسسات المالية، الأوراق المالية الحكومية للمستثمرين، على أساس يوم واحد، ويشتريها في اليوم التالي، وبالنسبة للطرف الذي يقوم ببيع الورقة المالية، ويوافق على إعادة بيعها في المستقبل، فهذا يعد إعادة الشراء للطرف على الجانب الآخر من الصفقة، وشراء الصك وإعادة بيعه في المستقبل، يعد هذا الاتفاق إعادة شراء عكسي. إن اتفاقيات إعادة الشراء هي عمليات شراء فعلية، ومع ذلك، بما أن المشتري لا يملك سوى ملكية مؤقتة للسند، فإن هذه الاتفاقيات غالباً ما تعامل كقرض لأغراض ضريبية ومحاسبية، والاتفاقيات التي لها تاريخ استحقاق محدد هي اتفاقيات قصيرة الأجل، وتستحق معظم الاتفاقيات في اليوم التالي، أو الأسبوع التالي، ويشار إلى معظم الاتفاقيات بأنها مفتوحة، لأنه ليس لها تاريخ استحقاق محدد، ويجوز للمشتري أو البائع الوفاء بالاتفاقية، أو تجديدها، أو إلغاؤها.

(29) Revue des sociétés 2007, note sous Cour de cassation (Com.) 23 Janvier 2007, s - cietà Axa France IARD, p. 315.

(30) Lucas (F.-X.), op. cit, n°25, p. 5.

إن إنتشار هذه الإتفاقية يعتمد بشكل أساس على تطور السوق والأدوات المالية من بلد إلى آخر. وإن من أهم ما يميز عقد حمل الأسهم عن هذه الاتفاقية هو، من جهة الشروط القاسية التي فرضها المشرع الفرنسي على أطرافها، حيث أوجب أن يكون الطرفان مؤسسات مالية<sup>(31)</sup>، ومن جهة أخرى صعوبة وقوعها على الأسهم (بضمان قرض) للأسباب التالية:

- أن قيمة الأسهم مرتبطة بعوامل متعددة خاصة بالشركة المصدرة مما يصعب عملية تحديد ثمن مسبق، وذلك بعكس سندات الدين ذات القيم الثابتة.
- صعوبة تحديد عائدات الأسهم لتحديد ثمن إعادة الشراء، بعكس سندات الدين ذات الفوائد المعروفة مسبقاً.
- أن أغلب المؤسسات المالية تستثنى صراحة الأسهم كمحل لهذه العقود<sup>(32)</sup>.

### ج - عقد الائتمان La Fiducie:

لقد وضع هذا العقد موضع التنفيذ في فرنسا في القانون رقم (211/2007) في 19 شباط / فبراير، حيث نظم عقد الائتمان في القانون المدني، بالتحديد مادة 2013-2015 منه. أما في لبنان، فقد نظم عقد الائتمان في المادة 3 من القانون رقم (96/520) التي نصت على أنه: «عقد يولي بموجبه شخص طبيعي أو معنوي، يدعى المنشئ شخصاً يدعى المؤمن، حق الإدارة والتصرف، لأجل محدد بحقوق أو بأموال منقولة تدعى الذمة الائتمانية. أما المستفيد، فهو الشخص الذي يمكن أن تكون الذمة المالية معقودة لحسابه، لقاء عوض أو بدون عوض، أكان ذلك على سبيل الملكية، أو على سبيل الضمانة، ويمكن أن يكون المستفيد هو المنشئ نفسه، وذلك عندما تقتضي مصلحة المنشئ، أن يفصل بين ذمته المالية العامة وبين الذمة المتكونة من الذمة الائتمانية بالتخصيص، كذلك يمكن أن يكون المستفيد المؤمن نفسه، عندما يكون الهدف من حساب الائتمان تخصيص الذمة الائتمانية كضمانة»<sup>(33)</sup>. وبحسب بعض الفقهاء<sup>(34)</sup>، فإن عقد الائتمان يقدم إيجابيات إضافية على عقد حمل الأسهم، مع العلم أنه يشبه هذا العقد الأخير، حيث تنقل الأسهم

(31) Art. L211-27 Code monétaire et financier français.

(32) François Leroux, les caractéristiques générales des opérations de pension, chap. 1, PDF., p. 12 www.neumann.he.ca.

(33) قانون تطوير السوق المالية والعقود الائتمانية، قانون رقم 520 صادر في 6/6/1996 لبنان. www.legallaw.ul.edu.lb

(34) Lucas (F.-X.), Les opérations temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières, Thèse, Bibl. Dr. privé, Tome 283, préface de Lorvellec (L.), L.G.D.J., 1985, p. 46; WTZ (C.), La fiducie en droit privé français, Thèse, préface de Schmidit (D.), Economica, 1981.

من المنشئ (المؤمن) إلى المؤمن: فمن جهة لا يفقد المنشئ جميع حقوقه على الأسهم، لاسيما حق التصويت، ومن جهة أخرى تخرج الأسهم المتنازل عنها عن الذمة المالية للمنشئ، من أجل إبعادها عن حقوق الدائنين.

أخيراً، إذا كانت بعض العقود - كما بينا سابقاً - تتشابه فعلياً مع عقد حمل الأسهم، فإن بعض العقود الأخرى لا يمكن مقارنتها به، لأنه يختلف عنها في الشكل، وفي الغاية التي من أجلها قام العقد، لاسيما شركة المحاصة أو اتفاقية الرديف في شركات التضامن (croupier de convention) التي لا ينتج عنها نقلاً للملكية<sup>(35)</sup>، وكذلك عقد البيع مع حق الاسترداد<sup>(36)</sup>، حيث إن نقل الملكية يتم فعلاً، وليس لفترة محدودة، إنما يكون معلقاً على شرط الاسترداد، وليس نقلاً ملزماً بإعادة الشراء.

### ح - اتفاقية الرديف:

الأصل أن حصة الشريك في شركة التضامن غير قابلة للتداول، أي لا يجوز التنازل عنها إلى الغير، سواء كان ذلك بعوض أم بدون عوض، إلا بموافقة جميع الشركاء، لأن شركة التضامن هي من شركات الأشخاص، التي تقوم على الاعتبار الشخصي، لما تنطوي عليه هذه الإجازة، من إجبار للشركاء على قبول شخص أجنبي عنهم، قد لا يحظى بالثقة نفسها التي أولوها لسلفة المتنازل. وقد أكد قانون التجارة البرية اللبناني، في المادة (55) منه على أنه: «فيما خلا التفرغ للغير عن حصته من فوائد الشركة إلا برضى جميع الشركاء بشرط القيام بعمليات النشر»، وكذلك المادة (41) من قانون الشركات الكويتي رقم (1/2016)<sup>(37)</sup> عليه، يجوز لأحد الشركاء أن يحول للغير الحقوق والمنافع المختصة بنصيبه في الشركة، حيث إن هذا الاتفاق لا يكون له مفعول إلا بين المتعاقدين.

فاتفاق الرديف، هو عقد يتم بين الشريك والغير، بموجبه يحول أحد الشركاء للغير الحقوق والمنافع المختصة بنصيبه في الشركة، دون أن يكون لهذا الاتفاق، بين الشريك والغير من أثر بين المتعاقدين، فهو بمثابة بيع للحقوق المالية المتصلة بالحصة دون أن يتناول صفة الشريك. يختلف اتفاق الرديف عن التنازل عن الحصة في الشركة، وفقاً للمادة (55) من قانون التجارة البرية اللبناني، في أنه لا أثر لهذا الاتفاق، إلا في العلاقة القائمة بين الشريك والرديف الذي يستتر وراءه، فلا يحتج به في مواجهة الشركاء والغير.

(35) Article 1662 du Code civil.

(36) نص القانون المدني الكويتي على هذا النوع من البيوع في المادة (508) واعتبره رهناً حيازياً، وقد نص عليه قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (473) وأطلق عليه تسمية البيع مع حق الاسترداد أو البيع الوفاي، وقد ورد هذا النوع من البيوع في القانون المدني الفرنسي في المادة (1659).

(37) يجوز للشريك أن يتنازل عن الحقوق المالية المتصلة بحصته في الشركة، ويسري على التنازل أحكام حوالة الحق. المادة (41).



بعد التعرف إلى خصوصية عقد حمل الأسهم، وتمييزه عن غيره من العقود، يمكن الاستنتاج أن عقد حمل الأسهم يأخذ شكل التنازل المتبع بتنازل آخر لمدة وبثمن محددتين مسبقاً، بعد تنفيذ الوعد بالشراء، أو الوعد المزوج بالبيع و الشراء. إن طبيعة هذا العقد غير المسمى، تؤدي إلى الوصول إلى أهداف عدة يتم توظيفها لتعويم الشركة.

### ثانياً- الوسائل التي يمنحها عقد «حمل الأسهم» لتعويم الشركة المساهمة:

يعتبر مصطلح «التعويم» من المصطلحات الحديثة في عالم القانون، إذ إنه يستعمل أساساً في المجال الاقتصادي النقدي ولاسيما فيما يتعلق بدراسة العملة وتقلباتها في السوق، والوسائل التي قد تلجأ إليها السلطات المختصة إلى تحرير سعر العملة وتعويمها. لقد ورد في معجم المعاني تعريفاً لمصطلح التعويم على الشكل التالي: عوّم مشروعاً: أزال الصّعب والعوائق من أمامه، تعويم الشركة: تزويدها برأسمال واتّخاذ الإجراءات لتأسيسها، وتعني بالإنجليزية floatation company<sup>(38)</sup>.

إن من وسائل تعويم الشركة المساهمة وتطويرها وضمّان استمراريتها، أن يتم تأمين التمويل اللازم لها دون ظهورها بمظهر الكيان المتعثراً مالياً، والذي يبحث عن الاقتراض على حساب الثقة فيه من جهة، ومن جهة أخرى من خلال إعادة النظر بفعالية إدارتها وتحديث خططها لتطويرها وبت الحياة فيها من جديد<sup>(39)</sup>. إن عقد حمل الأسهم، كونه عقداً غير مسمى يسمح لأطرافه بتحقيق هذه الأهداف بمرونة قانونية فائقة.

ولأن هذا البحث لا يتسع لتحديد جميع هذه الأهداف، لذلك سوف تقتصر دراستنا على عقد حمل الأسهم كضمان مقابل التمويل اللازم لها وحمل الأسهم بهدف الإدارة.

### أ- حمل الأسهم كضمان مقابل التمويل: «Le portage «sûreté»

حسب الفقه، فإن: «عقد حمل الأسهم المستخدم كضمانة مقابل التمويل، هو عملية تقليدية تتم عادة بين المقرّر والمصارف»، وذلك بسبب الضمانة التي يحملها للدائنين، فعندما يصبح المصرف حاملاً للأسهم، تنتقل ملكيتها له، الشيء الذي يضمن في المبدأ حقوقه بمواجهة المدين المخل دون الوقوع في خطر قاعدة حظر الرهن الحيازي في القانون الفرنسي<sup>(40)</sup>. ينتج عن ذلك أن عملية حمل الأسهم كضمانة، يمكن بشكل عام أن تشكل بديلاً لعملية

(38) معجم المعاني <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>

(39) Brigitte TREILLE, les conventions de portage, Revue des sociétés 1997, p.721/6, DEVEZE (J.), COURET (A.) et HIRIGOYEN (G.), Lamy Droit du financement, Lamy, 2001, n°1135, p.673.

(40) En principe seulement car le porteur risqué de subir la suspension des pactes commissoire en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de son débiteur. Cf. article L.622-7 du code de commerce.

رهن الأسهم، حيث إن الحامل عند شرائه لهذه الأسهم، يقوم بفتح اعتماد، ويكون الثمن المدفوع للمقرر موازياً للمبلغ المقترض. أما نقل ملكية الأسهم فهو يشكل حصراً ضماناً ائتمانية للحامل، فيما أن يقوم المقرر بدفع قيمة القرض من خلال إعادة شراء الأسهم، أو ألا يقوم المقرر بإعادة الشراء، وتستقر ملكية الأسهم للحامل، أي المصرف دون الحاجة للقيام بأي عملية تنفيذ على الأسهم لأنه يكون مالكا لها من الأساس.

يعارض البعض<sup>(41)</sup> تكييف، عملية النقل المؤقت للملكية لضمان القرض، على أنه عقد لحمل الأسهم، وذلك للأسباب التالية: من جهة أولى، لا يقدم الحامل أي خدمة للمقرر ومن جهة ثانية، فإن نقل ملكية الأسهم بهدف الضمان يجب اعتباره بيعاً. ويمكن الرد على هذا الرأي بأن عقد حمل الأسهم هو غير مسمى، وبالتالي لا يوجد أي قاعدة قانونية تفرض أن يقدم الحامل خدمة للمقرر بموجبه، واستطراداً يقدم الحامل للمقرر التمويل المطلوب للقيام بالمشاريع التي يصبو إليها، أو لسداد ديون وإخراج الشركة من عثرتها<sup>(42)</sup>. أما لجهة تكييف عقد حمل الأسهم بالبيع، فإن هذا العقد يتم من خلال مجموعة عقود تستمد مشروعيتها من القواعد الخاصة بالمنظمة لعقد البيع. وما يميز هذا العقد عن البيع الصرف هو هذه العملية المركبة التي تتبع البيع الأول ببيع ثان معكوس، يتضمن ثمناً أعلى من البيع الأول ومتفقاً عليه مسبقاً، وذلك من خلال اللجوء إلى الوعود المزدوجة بالبيع والشراء، لذلك فإن أي تكييف لعقد حمل الأسهم على أنه بيع يكون كمن يريد أن يكيف المكيف.

إن جميع الصكوك المالية يمكن أن تكون محلاً لعقد حمل «الأسهم»، إلا أنه في بعض الأحيان يفضل أن تكون سندات أو أي من الصكوك المالية ذات القيم الثابتة، لا سيما إذا كان الهدف من حملها هو ضمانتها بمقابل تمويل<sup>(43)</sup>، حيث إن طبيعة الأسهم المتغيرة القيمة لا تتلاءم بالمبدأ مع تحديد ثمن الشراء لاحقاً. إن الصعوبة المتعلقة بالأسهم، يمكن تجاوزها من خلال الاتفاق على ثمن إعادة الشراء، بشكل مستقل عن قيمتها بتاريخ إعادة الشراء وبإرادة الطرفين المتبادلة، لا سيما وأن الثمن هو عنصر اتفاقي بين أطراف العقد وليس

(41) SCHMIDIT (D.), Les opérations de portage de titres de sociétés, in Les opérations fiduciaires, coll. FEDUCI, L.G.D.J., 1985, p.38.

(42) Bertrel (J.-P.) et Jeantin (M.), Le portage d'actions, R.J.D.A., 1991, n°4, p.683; Lucas (F.-X.), Conventions de portage, J-CI. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n°2128, n°48, p.8; Mousseron (J.-M.), Les devenirs des conventions de portage in special convention de portage, Revue de droit bancaire et bourse, 1991, p.131; Treille (B.), Les conventions de portage, Revue des sociétés, 1997, p.721.

(43) Lucas (F.-X.), Convention de portage, J-CI. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n°2128, n°49, p.9.

بالضرورة أن يمثل القيمة الحقيقية السوقية للشئ المبوع. كذلك لا مانع من الاتفاق على زيادة عدد الأسهم محل الحمل إذا طرأ تدهور في قيمتها خلال مدة العقد، فمن سلبيات عقد حمل الأسهم كضمانة، أنه في حال فقدت الأسهم جزءاً كبيراً من قيمتها، في التاريخ المحدد، قد يلجأ المقرر للطعن بصحة العقد، أمام المحاكم مدعياً مثلاً، تضمن العقد لشرط من شروط الأسد.

#### ب- عقد حمل الأسهم بهدف الإدارة: «Le portage «rémunération-gestion»

قد يهدف الأطراف من خلال عقد حمل الأسهم إلى إشراك شخص طبيعي أو معنوي في شركة معينة، وذلك لما يمكن أن يوظفه من خبرات إدارية ومالية في خدمتها، إن ذلك ممكن أن يؤمن لهذه الأخيرة مصالح متعددة الأوجه، فمن جهة، تستفيد من السمعة المالية الإيجابية للشريك الحامل، بالإضافة إلى توظيف خبراته في إجراء هندسات مالية وإدارية لمصلحتها، ومن جهة أخرى من خلال التمويل المؤقت الذي يقدمه الحامل للشركة مقابل شرائه لأسهمها لمدة متفق عليها.

بالمقابل يستفيد الحامل من توظيف أمواله في حمل أسهم شركة يساهم في تطويرها وإخراجها من عثرتها، على أن يستوفي لاحقاً ثمن الأسهم المحدد مسبقاً، بالإضافة إلى الفوائد وثمان الخدمة الإدارية التي هي في صلب نشاطه العام. إن عقد حمل الأسهم بهدف الإدارة، يقدم بموجبه الحامل للمقرر، خدمة قانونية أكثر منها مالية، فبحسب الفقيه لوكاس "Lucas"<sup>(44)</sup>، فإن الحامل بدخوله إلى الشركة، يسعى إلى خلق «ظاهر إيجابي»، يتمثل بإعلان دخوله كشريك في رأس المال، كما يمكن أن يؤدي إلى خلق «ظاهر سلبي»، عندما يكون الهدف من حمل الأسهم، هو إخفاء المقرر خلف الحامل.

#### 1 - الظهور الإيجابي للحامل:

يؤدي الإعلان عن دخول الحامل كشريك في رأس مال الشركة، إلى تعزيز ثقة المساهمين الآخرين. لهذه الحالة عدة أهداف، أهمها: تعزيز الثقة بالمقرر أو إمكانية التوصل إلى تعيين مدير في المستقبل. إن إعلان مشاركة الحامل في رأس المال، يؤدي إلى تعزيز مصداقية المقرر، من خلال استفادة هذا الأخير من سمعة الحامل، لاسيما إذا كان هذا الأخير، مؤسسة مالية مشهود لها بالملاءة، والقدرة على التخطيط المالي، والالتزام الصارم بالموجبات العقدية. يؤدي ذلك إلى تعزيز قدرة المقرر، على تنفيذ سياسته في إدارة الشركة، بالتعاون مع بقية المساهمين، كما يؤدي إلى تعزيز قدرته على التمويل اللازم، من خلال الاقتراض بأفضل الشروط.

(44) Lucas (F.-X.), op. cit., n°55, p.10.

إن عقد حمل الأسهم، يمكن أن يسمح بنقل أسهم إلى شخص طبيعي أو معنوي، بهدف وصوله إلى مركز مدير الشركة، أو عضو في هيئة الرقابة عليها<sup>(45)</sup>. فالعملية تتم وفقاً للشكل الآتي: يبيع المقرر أسهماً إلى المدير المستقبلي، من خلال إبرام عقد وعد بالبيع، أو عقد مزدوج بالوعد بالبيع والشراء. إن تحديد مدة هذه العملية، بمدة الإدارة الموكلة إلى الحامل، تسمح له بالقيام بالمهمة الموكلة إليه بفعالية أكبر. وبالعكس إذا لم يكن هناك من مدة محددة لإعادة الشراء، فإن ذلك يتيح للمقرر بتقرير إعادة شراء الأسهم، في أي وقت يشاء، ويضع حداً للعملية الإدارية من خلال الحامل<sup>(46)</sup>. إلا أن هذا الحل الأخير، لا يخلو من الخطورة على صعيد القانون المدني للعقود، إذ إن عدم تحديد مدة للاتفاق المزدوج بالوعد بالبيع وإعادة الشراء، قد يؤدي إلى اعتبار هذا الاتفاق عقد بيع تام بتاريخه، مما يؤدي إلى إنهاء عقد حمل الأسهم، أو تفرغ من الغاية التي نظم لأجلها<sup>(47)</sup>، كما قد يؤدي إلى إبطاله في القانون الكويتي، حيث إن شرط المدة في عقود الوعد بالتعاقد هو شرط صحة<sup>(48)</sup>. لذلك قد يشكل القرض أو البيع مع حق الاسترداد وسيلة أنجح لعزل المدير.

## 2 - الظهور السلبي للحامل:

يتمثل ذلك عندما يختبئ المقرر ظاهرياً وراء الحامل لتنفيذ سياساته باسم المشتري القانوني، فقد يشكل عقد حمل الأسهم في هذه الحالة سبباً للقيام بكثير من الأعمال غير المشروعة، كتجاوز القواعد القانونية المحددة لأنصبة الشراكة<sup>(49)</sup> المنصوص عليها في القانون، أو في الأنظمة التأسيسية للشركة. يكون الهدف من هذه العملية، الحصول على نسبة عالية من التصويت، لتنفيذ سياسات قد لا تكون متفقة مع مصلحة الشركة بشكل عام. ينتج عن ذلك، أن الحامل الذي يشتري الأسهم بدلاً من المقرر، يعطي هذا الأخير الأغلبية غير الظاهرة عند التصويت، لتنفيذ سياسات قد تكون مضرّة بالشركة، أو بحقوق بقية الشركاء<sup>(50)</sup>. من جهة أخرى، قد تهدف هذه العملية إلى تهريب أسهم المقرر، من خلال نقل ملكيتها إلى الحامل، وذلك لإخراجها من دائرة ارتهانه العام. إلا أن هذه العملية الأخيرة، يمكن دحضها من خلال ما يتيح القانون للدائنين، من وسائل لإبطال

(45) Soumrani (P.), Le portage d'actions, Thèse, Bibl. Droit privé, Tome 260, préface d'OPPETIT (B.), L.G.D.J., 1996, n° 498, p.295.

(46) Selon les alinéas premiers des articles (L.255-25) et (L.225-72) du code de commerce français, l'administrateur ou le membre du conseil de surveillance qui n'est plus propriétaire du nombre d'action exigé par les statuts pendant plus de six mois est réputé démissionnaire d'office.

(47) Bertrel (J.-P.), Portage de droit sociaux, Rép. Société Dalloz, octobre 1995, n° 16, p.4.

(48) المادة (72) من القانون المدني الكويتي (1980/76).

(49) Naftalski (F.), Poitrinal (F.-D.) et Parot (J.-C.), Les conventions de portage, Droit des sociétés, mai-juin 1997, n° 33, p.7.

(50) Article L-233-10 du code de commerce.

هذه العملية، من خلال الدعوى البوليانية، المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي في المادة (1167)، وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (278) منه حيث نصت على أن: «هذه الدعوى المسماة «بالدعوى البوليانية» يجوز أن تتناول أشخاصاً عاقدتهم المديون خدعة، غير أنه لا يصح إقامتها على الأشخاص الذين نالوا حقوقهم مقابل عوض إلا إذا ثبت اشتراكهم في التواطؤ مع المديون». وقد نص عليها القانون الكويتي تحت مسمى دعوى عدم نفاذ التصرفات في المواد (310) وما يليها من القانون المدني الكويتي<sup>(51)</sup>.

في النهاية، لا بد من القول بأن الأهداف غير المشروعة، المتوخاة من عقد حمل الأسهم، يمكن دحضها بسهولة، سواء من خلال النصوص الآمرة في القانون المدني للعقود، أو من خلال القانون التجاري للشركات، حتى وإن كان هذا العقد هو عقد غير مسمى. وليس بالضرورة أن يهدف اختباء المقرر خلف الحامل إلى الوصول إلى غايات غير مشروعة، فمثلاً إن عقد حمل الأسهم يسمح لمقرر ما يرغب في الدخول شريكاً في رأسمال شركة ولكنه لا يريد أن يظهر مباشرة بمظهر الشريك فيها، فيسعى من خلال عقد حمل الأسهم إلى تهيئة الظروف للإعلان عن شراكته. ومن التطبيقات العملية لذلك، عندما ترغب شركة ما (المقرر) بالدخول شريكاً في رأسمال شركة منافسة، وتعلم مسبقاً بصعوبة قبول هذه الشراكة من إدارة الشركة المستهدفة والمساهمين فيها، فعندها تلجأ إلى حامل ليكتسب ملكية الأسهم مع الوعد المبرم بالتنازل عنها لمصلحة المقرر عند انقضاء المدة المتفق عليها<sup>(52)</sup>. وفي هذه الحالة، لا تخلو عملية حمل الأسهم من الخطورة وتفترض معرفة عميقة بالشركة المستهدفة، وأن تحديد مدة إعادة الشراء هو في غاية الصعوبة، إذ إنها يجب أن تتم في وقت تكون بيئة الشركة المستهدفة أصبحت أكثر قبولاً للشريك الجديد. وإذا كانت عملية دخول هذا الشريك الجديد تفترض قراراً خاصاً من الجمعية العمومية للمساهمين، فيقع على عاتق الحامل تهيئة الظروف لذلك<sup>(53)</sup>.

(51) مرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 بإصدار القانون المدني (1980/67)

(52) Brigitte Treille, les conventions de portage, Revue des sociétés, 1997, p. 721.

(53) لا بد من الإشارة إلى أن عملية الظهور السلبي للمقرر وراء الحامل لا يمكن أن تتم إلا فيما يتعلق بالشركات غير المدرجة في البورصة.

## المطلب الثاني

### مدى قابلية عقد حمل الأسهم للتطبيق في القانون

إن تنفيذ عقد حمل الأسهم بالمبدأ، لا يطرح أي مشاكل قانونية، فإذا التزم كل طرف من الأطراف بالتزاماته العقدية، فإن العقد يكون عبارة عن بيع أسهم، متبوع بإعادة شراء، متفق عليهما، وكل ذلك من ضمن الأهداف المرجوة منه. إلا أنه في حالة الإخلال بالتنفيذ فإن الصعوبات تبدأ بالظهور، لذلك لا بد من التطرق إلى مدى قابلية عقد حمل الأسهم للتطبيق بين أطرافه (الفرع الأول)، وإلى مدى قابلية عقد حمل الأسهم للتطبيق في ظل القواعد الآمرة في القانون المدني والقانون التجاري (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### مدى قابلية عقد حمل الأسهم للتطبيق بين أطرافه

إن الإشكاليات في التنفيذ قد تظهر عند إخلال أي من الأطراف، بما التزم به في العقد. فمثلاً إذا أخل المقرر بوعده بإعادة الشراء (أولاً)، أو أخل الحامل بوعده بإعادة البيع (ثانياً)، فقد يلجأ الأطراف إلى إلزام الطرف الآخر قضاءً، بتنفيذ وعده سواء بالبيع أو بالشراء<sup>(54)</sup>.

#### أولاً- إخلال المقرر (البائع) بوعده بإعادة الشراء:

إن عقد حمل الأسهم ينص على إعادة شراء الأسهم من قبل المقرر، أو شخص ثالث حدده المقرر في المدة المتفق عليها. قد يعتمد المقرر، أو الشخص الثالث إلى الإخلال بالشراء، في حال فقدت هذه الأسهم قيمتها، خلال مدة العقد. فإذا أصبح الثمن المتفق عليه مسبقاً لإعادة الشراء، يتجاوز بشكل كبير القيمة الحقيقية للأسهم عند الشراء، فإن المقرر قد يسعى للتهرب من التزاماته، ويسعى بالمقابل الحامل إلى إلزام المقرر قضاءً بالشراء، إلا أن الأمر يختلف، حول ما إذا كان الحامل قد استعمل حقه بالخيار الناتج عن الوعد أم لم يستعمله. وإذا لم يستعمل الحامل حقه بالخيار، الناتج عن الوعد بالشراء من قبل المقرر، فإن الاجتهاد الفرنسي، يعتبر المقرر الواعد مدينًا بموجب القيام بعمل، وبالنتيجة فإنه يمكنه العدول عن وعده مقابل تعويض الحامل عن ذلك.

إن محكمة النقض الفرنسية، بحكم صادر بتاريخ 15 ديسمبر 1993 (الغرفة الثانية)<sup>(55)</sup>،

(54) Naftalski (F.), Poitrinal (F.-D) et Parot (J.-C), Les conventions de portage, Droit des Sociétés, mai-juin 1997, n 68, p.21.

(55) Cass 3ème civ., 15 décembre 1993. Cf. Aynes (L.), D., 1995, p.87; Mazeaud (D.), J.C.P.éd. G., 1995, 2, 22366.

قد اعتبرت أن الوعد بالبيع أو بالشراء، غير قابل للإلزام بالتنفيذ العيني، لأن الواعد مدين بالقيام بعمل، وذلك استناداً للمادة (1142) مدني فرنسي التي تنص على أن: «كل إخلال بموجب القيام بعمل، أو الامتناع عن القيام بعمل، من قبل المدين بالموجب، يرتب عليه التزاماً بالتعويض».

ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم، بحكم آخر صادر بتاريخ 26 يونيو 1996<sup>(56)</sup>، حيث إن المقرر، في حال أن الحامل لم يستعمل حقه بالخيار الناتج عن الوعد بالشراء، يمكنه رفض شراء الأسهم ضمن المدة المتفق عليها، والحامل لا يمكنه إلزام المقرر بالتنفيذ العيني، ولا يكون أمامه سوى المطالبة بالتعويض<sup>(57)</sup>، أما المواد (249) و(250) موجبات وعقود لبناني، تنص على أنه يجب أن تنفذ الموجبات عيناً قدر المستطاع بغض النظر عن طبيعة الموجب، سواء كان أداءً، القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، ويقابلها المادة 284 مدني كويتي. إن ما ذهب إليه الاجتهاد الفرنسي تنقصه الدقة، إذ إن المحكمة من خلال منحها للواعد الحق بالعدول عن وعده، تكون قد أجهضت الفكرة التي يقوم عليها مبدأ الوعد بالتعاقد. إن هذا الأخير يقوم على خاصية أن الواعد ملزم بشكل لا يمكن الرجوع عنه، فعند إبرام الوعد بالشراء، يكون الواعد قد التزم نهائياً، وينعقد البيع عند موافقة الموعد له، وإن عدول الواعد لا أثر له على انعقاد البيع، ويكون للموعد له الحق بالمطالبة بتنفيذ العقد عيناً بواسطة القضاء، هذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي عند تعديل المادة (1124) مدني فرنسي<sup>(58)</sup>.

وبمجرد استعمال الموعد له حقه، فإن ملكية المبيع (الأسهم) تنتقل مباشرة إلى المشتري المقرر، وذلك بموجب المادة (1583) مدني فرنسي التي تنص على أن: «يكون البيع تاماً بين الأطراف، وتنتقل ملكية المبيع حكماً إلى المشتري، بمجرد الاتفاق على المبيع والتمن، حتى إن لم يكن المبيع قد سلم إلى المشتري، والتمن لم يدفع من قبله». يصبح المقرر مالاً مجدداً للأسهم، ومديناً بدفع ثمنها، وفي حال رفض المقرر (المشتري)، دفع الثمن المتفق عليه، يمكن للحامل (البائع) اللجوء إلى ما يقرره القانون المدني للعقود، في حالات عدة لا سيما<sup>(59)</sup>:

- رفض تسليم الأسهم من خلال الدفع بعدم التنفيذ، عندها يتحمل الحامل انخفاض قيمة الأسهم<sup>(60)</sup>.

(56) Cass 3ème civ., 26 juin 1996. Cf. Mazeaud, D., 1997, p. 169.

(57) Lucas (F.-X.), Conventions de portage, J-CI. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n°2128, n°118, p. 21.

(58) Article 1124 Code civil modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2.

(59) Naftalski (F.), Poitrinal (F.-D0 et Parot (J.-C), Les conventions de portage, Droit des Sociétés, mai-juin 1997, n°70, p. 22.

(60) المادة 318 مدني كويتي (67/1980)

- المطالبة بالتعويض، لكن قد يصطدم هذا الحل بعدم ملاءة المقرر.
  - المطالبة بالحكم على المقرر بالغرامة الإكراهية، حتى يقوم بتنفيذ التزاماته.
  - المطالبة بالتنفيذ العيني وذلك من خلال التنفيذ الجبري، على أموال المدين (المقرر)، إلا إن هذا الحل كما الحلول السابقة، يعتمد على ملاءة المقرر المالية.
- من جهة أخرى، ليس من المستبعد أن يلجأ المقرر (المشتري)، إلى التخلي عن موجهه في دفع الثمن، من خلال الدفع بفقْدان الأسهم لقيمتها، أو بانقضاء الأسهم (المبيع)، بسبب تصفية الشركة المصدرة لها، في هذه الأحوال، قد يلجأ المقرر (المشتري)، إلى اعتبار العقد باطلاً أساساً، لأنه يحمل في طياته شرطاً مبطلاً من شروط الأسد، أو إلى الاستناد إلى المادة (1601) مدني فرنسي التي تنص على أنه: «إذا هلك المبيع بكامله بتاريخ البيع، يكون البيع عندها باطلاً». إلا أن الاجتهاد قد ساعد على استبعاد هذه الحالات، التي يمكن للمقرر أن يلجأ إليها للأسباب التالية:

- إن قاعدة بطلان شروط الأسد، لا تطبق في حالة الاتفاق على بيع الأسهم، بثمن محدد مسبقاً، بغض النظر عن فقدان، أو ارتفاع قيمة الأسهم بتاريخ التنفيذ<sup>(61)</sup>.
- إن الأسهم (المبيع)، كانت ما زالت موجودة بتاريخ تقرير البيع، مما يجعل البيع تاماً، وصحيحاً، ونقل الملكية فوراً<sup>(62)</sup>. بمعنى آخر، إن المقرر كان مالكاً أصلاً للأسهم، بتاريخ التصفية، أو تقليص رأسمال الشركة، وعليه أن يتحمل مخاطر هلاكه، وفقاً لقاعدة: «أن هلاك المبيع، هو على عائق المالك»<sup>(63)</sup>.

### ثانياً- الإخلال بالتنفيذ من قبل الحامل (الوعد بالبيع):

قد يطرأ خلال مدة العقد، زيادة كبيرة على قيمة الأسهم محل عقد حمل الأسهم، لذلك قد يلجأ الحامل إلى رفض التقيد بوعد، بإعادة البيع، والقيام ببيعها إلى مشتر آخر بثمن أعلى. لا بد من الإشارة إلى إنه في حالة الوعد بالبيع من قبل الحامل، ليس لهذا الأخير العدول عن وعده كما بينا سابقاً بالنسبة للوعد بالشراء، ولكن قد يلجأ الحامل في بعض الأحيان إلى بيع الأسهم من الغير خلال مدة العقد. في هذه الحالة، فإن وضع المقرر يعتمد على حسن أو سوء نية الشخص الثالث. إذا لم يتمكن المقرر من إثبات أن المشتري يعلم بوجود الوعد بالبيع، يعتبر هذا الأخير حسن النية، ويبقى مالكاً للأسهم، ولا يكون أمام المقرر سوى المطالبة بالعطل والضرر<sup>(64)</sup>.

(61) انظر لاحقاً ص 30.

(62) Cass.com., 7 décembre 1993. Cf. CHARTIER (Y.), Revue des sociétés., 1994, p.72.

(63) «La perte est pour le propriétaire»: Cornu (G.), Vocabulaire juridique, Ass. H. Capitant, P.U.F., 8ème éd., 2000.

(64) Cass.com., 9 mars 1980. Cf. Bull. Civ., 4, n°137, p.106.



لكن في حال تمكن المقرر من إثبات أن مكتسب الأسهم على علم بوجود الوعد بالبيع، يعتبر سيئ النية، فيبطل بالتالي التنازل عن الأسهم. هذا ما أكدته محكمة الاستئناف في قرارها، بتاريخ 26 آذار 2006<sup>(65)</sup> وما ذهب إليه المشرع الفرنسي عند تعديل المادة (1124) مدني فرنسي<sup>(66)</sup>.

عند استخدام المقرر حقه بالخيار الناتج عن الوعد بالبيع يعتبر البيع حاصلاً وفقاً لما نصت عليه المادة (1583) من القانون المدني الفرنسي، حيث ينشأ عقد البيع صحيحاً بين الفرقاء، ويكتسب المشتري الملكية، منذ الاتفاق على الشيء المبيع، وتحديد الثمن، حتى في حال لم يسلم المبيع، ولم يدفع الثمن بنفس وقت الاتفاق، وهو يعتبر كذلك أيضاً وفقاً للمادة 373 من قانون الموجبات والعقود اللبناني. غير أنه لا بد لنا من التساؤل حول مصير المقرر، في حال رفض الحامل نقل الأسهم لحسابه بعد البيع، تنص المادة (1610) مدني فرنسي على أنه: «إذا لم يقيم البائع، بتسليم المبيع، في الوقت المتفق عليه في البيع، للمشتري الحق في الخيار بين طلب إلغاء البيع، أو الإلزام بتسجيل المبيع، إذا كان التأخير ناتجاً عن فعل البائع وحده»<sup>(67)</sup>.

## الفرع الثاني

### مدى قابلية عقد حمل الأسهم للتطبيق في ظل القواعد الآمرة في القانون المدني للعقود والقانون التجاري للشركات

إن صحة عقد حمل الأسهم، تخضع لمجموعة من القواعد الآمرة، المستمدة من القانون المدني للعقود (أولاً)، وقانون الشركات التجارية (ثانياً).

#### أولاً- احترام القواعد الآمرة الخاصة بالقانون المدني للعقود:

بداية، إن القانون يعاقب بالبطان، كل عقد صوري يتضمن غشاً، أو احتيلاً، بحق أطرافه أو حتى الغير. وكما ذكرنا سابقاً، فإن لعقد حمل الأسهم أهدافاً متعددة، فهو يمكن أن يكون على سبيل الضمانة، كما يمكن أن يكون بهدف نقل ملكية أسهم إلى المقرر نفسه، أو إلى شخص ثالث يحدده هو، كما يمكن أن يهدف إلى تمكين المقرر، أو الحامل، من تنفيذ

(65) Cass. Ch. Mixte, 26 mai 2006. Cf. PIAZZON (Th.), R.T.D. Civ., 2009, p.433.

(66) Article 1124 code civil, modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

(67) فيما خلا هذه الحالة، أعطى القانون المدني الفرنسي حلولاً أخرى، نستعرضها على الشكل التالي: حبس الثمن من خلال الدفع بعدم التنفيذ، تحت طائلة عدم إمكانية استعادة الأسهم، بالرغم من ارتفاع سعرها.

- المطالبة بالتعويض.
- المطالبة بالإلغاء القضائي للبيع، تحت طائلة فقدان الأسهم وما ينتج عن ارتفاع قيمتها.
- الحكم بالغرامة الإكراهية، حتى القيام بتسليم الأسهم.
- المطالبة بالإلزام بتنفيذ البيع عيناً.

سياساته الإدارية في الشركة. وإن هذا الهدف الأخير، يكمن في إمكانية خلق ما يسمى «بالظاهر الإيجابي»، المتمثل بدخول الحامل كشريك ظاهر فعلي في الشركة، من خلال حمله للأسهم محل العقد، إلى جانب المقرر، لتعزيز الثقة بهذا الأخير، كما يمكن أن يكون الهدف منه خلق «ظاهر سلبي»، في هذه الحالة، غالباً ما تستبطن العملية إرادة غش ما، لذلك لا بد من التمييز بين عقد حمل الأسهم للإدارة، المبني على سبب صحيح، وبين عقد حمل الأسهم للإدارة الذي يتضمن غشاً<sup>(68)</sup>، حيث يكون الهدف إخفاء المقرر (البائع)، وراء الحامل بالنسبة للغير، وتكون بذلك عملية (إعارة اسم) nom-prête، تهدف إلى صورية خفية، فإذا كان وراء الصورية ضرباً من الاحتيال، تكون عندها قابلة للإبطال<sup>(69)</sup>، وذلك حماية للغير المتمسك بهذا البطلان.

على سبيل المثال، إذا كان الهدف المتوخى من عقد حمل الأسهم، هو مخالفة قواعد الأغلبية في التصويت بحسب نوع الشركة، فإن بطلان هذا العقد يؤدي إلى إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد<sup>(70)</sup>. وهنا لا بد من الإشارة، إلى أن البطلان يطال فقط الصورية المبنية على سبب غير مشروع، أما إذا كان السبب مشروعاً، فلا مجال للبطلان في هذه الحالة، وذلك عملاً بقاعدة: «أن الصورية لا تصحح ما هو باطل أصلاً، كما أنها لا تبطل ما هو صحيح»<sup>(71)</sup>. إذاً نتيجة ذلك، فإن عقد حمل الأسهم، يخضع للقاعدة العامة في العقود، أي قاعدة السبب المشروع؛ لذلك «يجب أن يكون سبب عقد حمل الأسهم مشروعاً، أي لا يهدف إلى مخالفة النظام العام»<sup>(72)</sup>.

### ثانياً- إحترام القواعد الأمرة الخاصة في قانون الشركات التجارية:

إن قانون الشركات التجارية يعاقب بالبطلان، كل عقد يؤدي إلى منح حق تصويت غير مشروع، وكذلك إذا كان يتضمن شرطاً أسدياً.

### أ- إبطال الاتفاقيات المتعلقة بالتصويت غير المشروع:

(68) Lucas (F.-X), Convention de portage, J-CI. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fasc - cule n°2128, n°68, p.11. Dans le même sens, cf, GUYON (Y.), Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et convention entre associés, L.G.D.G., 4ème éd., 1999, n°256, p.319.

(69) «Faus Omnia corrumpit»: «La fraude corrompt tout». Cf. Roland (H.) et BOYER (L.), Locutions latines et adages du droit français contemporain, éd. L'Hermès, 1979, «الغش يفسد كل شيء».

(70) Cf. article L.233-14 du code de commerce.

(71) Malaurie (Ph.) et Aynes (L.), Cours de droit civil. Tome VI, Les obligations, Cujas, 10ème éd., 1999, n°626, p.363

(72) Guyon (Y.), Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés, L.G.D.J., 4ème éd., 1999, n°256, p.320.

إن عقد حمل الأسهم يمكن أن يهدف، من جهة إلى منح حق تصويت غير مباشر من المقرر (البائع) إلى الحامل (1)، كما يمكن أن يهدف من جهة أخرى، إلى تنظيم حق التصويت الممنوح للحامل (2).

### 1 - النقل غير المباشر لحق التصويت من المقرر (البائع) إلى الحامل (المشتري):

فكما في شركات «الهولدينغ»، أو البيع مع حق الاسترداد، فإن عقد حمل الأسهم يؤدي إلى منح حق التصويت بصورة غير مباشرة. بمعنى آخر، إن عملية نقل ملكية الأسهم من المقرر إلى الحامل، تؤدي حتماً إلى نقل حق التصويت إلى «المالك الجديد». وبحسب الاجتهاد، فإن هذه العملية حتى وإن كانت تنقل حق التصويت بصورة غير مباشرة إلى الحامل، إلا أنه لا شيء يمنع ذلك قانوناً. ولا يمكن بالنتيجة اعتبار أن كل نقل غير مباشر لحق التصويت، يستتبع غشاً، إنما لا بد من البحث في الغاية من وراء ذلك، وقد أيد القضاء الفرنسي هذا الاتجاه<sup>(73)</sup>.

### 2 - اتفاقية تنظيم حق التصويت:

في هذه الحالة، قد لا يكون هدف المقرر من وراء العقد، فقدان إدارة الشركة، من خلال نقل ملكية الأسهم إلى الحامل، لذلك يقوم الطرفان بتحرير اتفاق ينظم حق التصويت، خلال مدة عقد حمل الأسهم. فيما يتعلق بالنقل المؤقت للأسهم، فإن الاجتهاد يعتبر أن هذه الاتفاقيات مشروعة<sup>(74)</sup>، شرط احترام ثلاثة شروط<sup>(75)</sup>:

- احترام حقوق المساهمين، بالاشتراك في الإدارة.
- احترام مصلحة الشركة.
- احترام النظام العام.

بالنسبة للشروط الأول، فإن عقد حمل الأسهم، لا يخالف هذا الشرط لاسيما أنه عقد مؤقت بطبيعته، وأن الحامل كشريك يتنازل عن حقه في التصويت مدة العقد، وليس بشكل دائم. أما فيما يتعلق بالشروط الثاني، أي احترام مصلحة الشركة العليا، فإن هذا الشرط يعني بأن عقد حمل الأسهم، يجب أن يعود بالفائدة على الشركة المصدرة للأسهم، أو على الأقل عدم الإضرار بمصالحها، هذا التقدير يتم وفقاً لكل حالة على حدة<sup>(76)</sup>. أخيراً

(73) T.C. Paris. 1er aout 1974. Cf. Oppetit (B.). Revue des sociétés, 1974, p. 685.

(74) C.A. Paris, 30 juin 1995, Metaleurop. Cf. Daigre (J.-J.), J.C.P. éd. E., 1996, II, 795.

(75) Monsallier (M.-C.), L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, Thèse, Bibl. Dr. privé, Tome 303, préface de VIANDIER (A.), L.G.D.J., 1998, n°513 et s., p.213.

(76) Jeantin (M.), Les conventions de vote, Rev. Jurisp. Com. 1990, p. 129, VIANDIER (A.), Observations sur les conventions de votes, J.C.P. éd. E., 1986, 15405, p. 182.

بالنسبة للشرط الأخير، أي احترام النظام العام، فإن عقد حمل الأسهم، يجب ألا يحمل أي مخالفة لأي قاعدة من قواعد النظام العام الأمرة (إخفاء غش معين)، الخاصة بالقانون المدني للعقود، أو بقانون الشركات التجارية، تحت طائلة البطلان<sup>(77)</sup>.

وقد نصت المادة 181 من قانون التجارة البرية اللبناني على أنه يجوز للمساهمين الذين لا يستطيعون حضور الجمعية أن يوكلوا عنهم من يمثلهم بشرط أن يكون هؤلاء الممثلون أنفسهم من المساهمين.

وكذلك المادة (208) من قانون الشركات الكويتي الجديد التي تنص على أنه: «... لا يجوز للمساهم التصويت عن نفسه أو عمن يمثله في المسائل التي تتعلق بمنفعة خاصة له،.....، ويجوز للمساهم أن يوكل غيره الحضور عنه وذلك بمقتضى توكيل خاص أو تفويض تعده الشركة لذلك».

يمكن أن يفهم من هاتين المادتين أن الإنابة في التصويت جائزة في القانونين الكويتي واللبناني، فإذا كان الأخير قد حصرها بمساهم آخر، فإن القانون الكويتي لم يحصر الإنابة بمساهم إلا أنه أحاط الإنابة بشروط قاسية لمصلحة الشركة وبقية المساهمين. وفي النهاية فإذا كان الاتفاق على التصويت هو السبب الأساس لعقد حمل الأسهم، فإن إبطال هذا الاتفاق يؤدي إلى إبطال العقد برمته، وليس فقط اتفاقية تنظيم حق التصويت<sup>(78)</sup>.

#### ب- في توسيع مفهوم نية المشاركة:

قبل الدخول في مدى اعتبار عقد حمل الأسهم باطلاً لتضمنه شرطاً من شروط الأسد، لا بد من التوقف بإيجاز عند نية المشاركة واقتسام الأرباح وتحمل الخسائر، حيث تشكل هذه العناصر شرطاً أساسياً للمشاركة في الشركة، فقد يظهر بأن عقد حمل الأسهم عقد باطل لأن الشريك المؤقت حامل الأسهم ليس لديه نية المشاركة. يخلو القانون الفرنسي من تعريف صريح لنية المشاركة، إلا أنه من الواضح أن المقصود منه هو إرادة المشاركة والتصرف كشريك بشكل خالٍ من الالتباس، فهو يمثل العنصر المعنوي الذي يجب أن يتوفر لدى الشركاء لاعتبار عقد الشركة صحيحاً، وهو ما يميز الشركة عن غيرها من العقود أو المؤسسات القانونية المشابهة، وهذا ما أكدته الفقه والاجتهاد دون أن ينص القانون صراحة على اعتباره عنصراً مكوناً من عناصر الشركة<sup>(79)</sup>.

أما القانون الكويتي، فقد خلا من أي ذكر لنية المشاركة في تعريف عقد الشركة، فوفقاً

(77) المادة 208 من قانون الشركات الكويتي (1/2016).

(78) Malaurie (Ph.) et AYNES (L.), Cours de droit civil. Tome VI, Les obligations, Cujas, 10ème éd., 1999, n°582, p.332.

(79) Article 1832 code civil français, Article 3 de la loi n°1/2016 la loi sur les sociétés au Koweït, Article 844. Code de commerce libanais.

للمادة (3) من قانون الشركات الكويتي الجديد<sup>(80)</sup>، «يكون تأسيس الشركة بعقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف تحقيق الربح بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة». وبخلاف ذلك، ذهب المشرع اللبناني إلى ذكر تعبير نية اقتسام ما ينتج عنها من أرباح، ويكون بذلك قد ربط النية باقتسام الأرباح وتحمل الخسائر. ولقد عرف الفقه نية المشاركة بأنها التعاون الإيجابي وعلى قدم المساواة بين الشركاء، فالمقرض بطبيعته يكون سلبياً والأجير بطبيعته يكون خاضعاً غير متساوٍ مع الشركاء ولا تتوفر لديهما نية الشراكة<sup>(81)</sup>.

برأينا فإن هذا التعريف جاء وظيفياً على سبيل المثال لتمييز عقد الشركة عن غيرها من العقود، كما أنه يتصف بالعمومية إذ إنه لا يميز بين نية الشراكة بين شركة وأخرى من أنواع الشركات، فإذا كانت الشراكة الإيجابية وعلى قدم المساواة عنصراً معنوياً أساسياً من عناصر شركات، الأشخاص إلا أنها قد تكون على غير ذلك في شركات الأموال، وهذا ما ذهب إليه الاجتهاد الفرنسي باعتبار أن نية المشاركة هو مفهوم ذو محتوى متغير بحسب الحالة، وبالتالي لم يعد عنصراً أساسياً في بعض الشركات<sup>(82)</sup>. وبالرغم من كل ذلك، فإن عقد حمل الأسهم لا يزال يواجه خطورة إبطاله من قبل المحاكم، التي ما زالت تعتبر بأن الغياب الكلي لنية الشراكة قد تؤدي إلى إبطال عقد حمل الأسهم وطبعاً دون أي أثر على الشركة، ولكن إذا أردنا التعمق أكثر في الدور الذي يؤديه حامل الأسهم؛ خلال فترة شراكتها، فإنه من البديهي أنه ليس له النية في الاستمرار في الشراكة، فهو تملك أساساً أسهم الشركة، بناء على طلب المقرر وليس لأن الشركة ونشاطها تستهويه. ولكن أبعد من ذلك ألم تنصرف نية الحامل إلى تملك أسهم رأسمال الشركة المستهدفة وعن علم، هل من الضروري أن يشارك الشريك دائماً بفعالية وإيجابية في أعمال الشركة حتى يعتبر شريكاً، وإذا كان هذا هو المعيار فإن الكثير من المساهمين في الشركات المساهمة ولا سيما الأقلية منهم ليس لديهم نية الشراكة بالمعنى الضيق للمصطلح فهل يتم إبطال الشركة أو شراكتهم فيها لهذا السبب؟ الجواب هو النفي.

(80) قانون الشركات الكويتي الجديد (1/2016)

(81) Brigitte Treille, les conventions de portage, Revue des sociétés 1997, p. 721.

(82) Y. GUYON, Droit des affaires, Economica, 8<sup>e</sup> éd., t. 1, n° 124, C A. Paris, 24 nov. 1989; JCP, éd. E, 1991. I.61, n° 3, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain, CA. Paris, 3 mars 1995: Revue des sociétés 1995.369 « Absence d'affectio societatis n'est pas à elle un motif de dissolution».

تنص المادة 269 من قانون الشركات الكويتي على أنه: «فيما عدا شركة المساهمة، يجوز حل الشركة بحكم قضائي إذا طلب ذلك أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأي سبب آخر تقدر المحكمة أن له من الخطورة ما يسوغ الحل، ويكون باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك».

### ج- في تقييد عنصر اقتسام الأرباح وتحمل الخسائر:

إضافة إلى ذلك هل إن عدم مشاركة الحامل للأسهم مؤقتاً في نتائج الشركة من اقتسام للأرباح والخسائر يؤدي إلى إبطال العقد؛ وما مدى تأثيره على الشركة المستهدفة؟ إن الحامل لا ينوي البقاء في الشركة طويلاً ولا حتى تحمل مخاطر انخفاض قيمة أسهمها خلال مدة العقد، وإن الوعود المتبادلة بالشراء والبيع تحقق له هذه النتيجة وبالتمن المدفوع مسبقاً مضافاً إليه الفوائد التي تعتبر تعويضاً له عن الخدمة التي قدمها للمقرر. إن ذلك في المبدأ قد يؤثر على صحة العقد، لأن الحامل لا يقتسم نتائج الشركة من أرباح وخسائر مع بقية الشركاء، وهو الشرط الأساسي لصحة عقد الشراكة سواء في القانون الفرنسي، اللبناني أو الكويتي. إن اقتسام الأرباح وتحمل الخسائر هو خاصية أساسية من خصائص الشريك في الشركة.

إلا أنه لا يوجد في القانون ما يمنع من أن يرتب الشركاء فيما بينهم اتفاقاً كيفية اقتسامهم للأرباح وتحملهم للخسائر شرط عدم إعفاء أي شريك من استيفاء أرباح أو إعفائه كلياً من خطر أي خسائر، في هذه الحالة يكون هذا الاتفاق باطلاً وكأنه لم يكن لاعتباره شرطاً من شروط الأسد، وبخلاف ذلك فإن مجرد تحمل الشريك مخاطر الخسائر ينفي الصفة الأُسدية عن الشركة<sup>(83)</sup>.

فالحامل للأسهم خلال فترة الخيار يتحمل من جهة مخاطر تصفية الشركة أو تقليص حجم رأس المال، وبالتالي انتفاء الأسهم التي يحملها من جهة، كما إنه ومن جهة أخرى وخلال فترة حمله للأسهم، فإنه يستوفي الأرباح الناتجة عن عمل الشركة مع إمكانية الاتفاق مسبقاً مع المقرر على كيفية ردها له، سواء من خلال ردها مباشرة أو خصمها من ثمن الأسهم المتفق عليه عند إعادة الشراء<sup>(84)</sup>.

### ح- في تجاوز قاعدة بطلان الشروط الأُسدية:

إن قاعدة بطلان الشروط الأُسدية، وردت في المادة (1-1884) من القانون المدني الفرنسي، حيث نصت على أن: «الشرط الذي يعطي أحد الشركاء كامل الأرباح المحققة في الشركة، أو الذي يعفيه من تحمل الخسائر بشكل كامل، أو الشرط الذي يحرم الشريك من الأرباح، ويحمّله كامل الخسائر يعتبر كأنه لم يكن». كما نصت الفقرة الثانية من المادة (895) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن: «كل نص يعفي أحد الشركاء من الاشتراك في دفع الخسائر يؤدي إلى بطلان الشركة»، وكذلك المادة (18) الفقرة الثانية من قانون الشركات الكويتي التي نصت على ما أنه: «إذا تضمن عقد الشركة شرطاً ينص

(83) Brigitte Treille, les conventions de portage, Revue des sociétés 1997, p. 721 /44.

(84) Idem. P. 721/42.

على حرمان أحد الشركاء من أرباح الشركة أو إعفائه من الالتزام بخسائرها بطل هذا الشرط وصح العقد<sup>(85)</sup>. إن عقد حمل الأسهم قد يحمل في الظاهر نوعاً من هذه الشروط، إذ إنه ينص على أن يشتري المقرر (البائع) الأسهم محل العقد، بثمن لا يمكن أن يكون أقل من الثمن الذي دفعه الحامل، مضافاً إليه الفائدة، أو التعويض المتفق عليه بين الأطراف، للحامل مقابل الخدمة التي أسداها له. وبالنتيجة، إذا فقدت الأسهم جزءاً من قيمتها، أو زادت بتاريخ إعادة الشراء، فإن الحامل لا يحتمل أية خسائر، كما لا يجني أية أرباح، هذا ما يمكن وصفه نظرياً بشرط الأسد. وللوقوف على حقيقة الأمر، لا بد من العودة إلى الاجتهاد، فيما يتعلق بصحة الوعد بشراء الأسهم، بثمن متفق عليه من الأساس<sup>(86)</sup>. إن الاجتهاد الصادر بالنسبة إلى هذه النقطة، يختلف من محكمة إلى أخرى. فمثلاً، تعتبر محكمة النقض المدنية الفرنسية، بأن الوعد بشراء الأسهم بثمن متفق عليه مسبقاً، بغض النظر عن قيمة هذه الأسهم بتاريخ الشراء يشكل شرطاً من شروط الأسد، وعليه يكون باطلاً، بينما ذهبت الغرفة التجارية من ذات المحكمة، إلى أن الوعد بشراء الأسهم لا يكون أسدياً، إلا إذا كان سبب هذه العقود، حماية المستفيد من تحمل مخاطر أية خسائر. لذلك لا بد من التعمق أكثر في هذا التباين، من خلال استعراض موقف محكمة النقض المدنية الفرنسية الغرفة الأولى (1)، ولاحقاً موقف الغرفة التجارية من ذات المحكمة (2).

### 1 - موقف محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية:

لقد اعتبرت هذه المحكمة بأن العقود التي تنص على إعادة شراء أسهم شركات، بثمن محدد تُشكل عقوداً باطلة لتضمنها شرطاً من شروط الأسد. لقد أكدت هذه المحكمة هذا الموقف، بحكم شهير لها بتاريخ 7 نيسان / أبريل 1987<sup>(87)</sup>، حيث أكدت بأن عقد حمل الأسهم باطل، إذا كان أحد أطرافه على الأقل مدنياً. إلا أن هذا الاجتهاد قد يكون نادراً، أو حتى وحيداً، لأن الواقع يختلف عن ذلك للأسباب التالية:

- من جهة، إن الحامل غالباً ما يكون مؤسسة مالية أي تاجر.
- من جهة أخرى، إن الحامل لا يقبل التعاقد، إلا مع مقرر، معروف مسبقاً من قبله، أو لديه تعامل سابق معه، وغالباً ما يكون شركة تجارية، وشركة مساهمة خصوصاً. مما يعني بأن أغلب عقود حمل الأسهم، تكون من اختصاص المحاكم التجارية.

(85) قانون الشركات الكويتي رقم 1/2016.

(86) Naftalski (F.), Poitrinal (F.-D.) et Parot (J.-c.), Les conventions de portage, Droit des Sociétés, mai-juin 1997, n 15, p.5.

(87) Cass. 1ère civ., 7 avril 1987. Cf. Champaud (C.) et Le Floch (P.), R.T.D. Com., 1988, p.66; Jeantin (M.) et Viandier (A.), Rev. Dr. bancaire et bourse, 1987, p.92; Mestre (J.), R.T.D. Civ., 1987, p.744.

## 2 - موقف محكمة النقض الفرنسية، الغرفة التجارية :

إن الغرفة التجارية الفرنسية، تعتبر أن الوعد بالشراء بثمن أدنى، متفق عليه مسبقاً صحيح، ففي حكم شهير لها «بواتير» Bawater بتاريخ 20 مايو/ أيار 1986 قضت بأن محكمة الأساس<sup>(88)</sup>، ليس من صلاحياتها النظر فيما إذا كان تحديد سعر أدنى عند إبرام العقد، يهدف إلى تجنب المتنازل من تحمل في الخسائر، طالما أن العقد محل النزاع هو عقد تنازل، وأن الاتفاق المسبق بين الشركاء أو بين الشركاء والغير على ثمن لإعادة البيع والشراء وهو اتفاق لازم لتأمين التوازن العقدي دون الإخلال بما ينص عليه عقد الشركة أو نظامها التأسيسي»، مما يعني بأنه لا يعتبر مخالفاً لقاعدة بطلان الشروط الأسدية، العقد المبرم حتى بين الشركاء، والذي يكون موضوعه تنازلاً عن الأسهم بثمن متفق عليه مسبقاً، شرط ألا يتضمن غشاً ما. هذا ما أكدته هذه المحكمة، بحكم صادر بتاريخ 10 يناير 1989<sup>(89)</sup>. ولاحقاً بتاريخ 19 مايو/ أيار 1992<sup>(90)</sup>، أصدرت الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية، حكماً قضى بصحة عقداً حمل الأسهم<sup>(91)</sup>. وبالعودة إلى وقائع الحكم، حيث إن العملية المتنازع حولها، كانت عقداً موضوعه التنازل عن ملكية الأسهم، مع وعد بإعادة الشراء، وبثمن محدد بحرية من قبل الطرفين دون أن يتضمن أي إخلال بالتوازن العقدي، فإن هذا العقد يعتبر صحيحاً، ولا يخالف ما نصت عليه المادة (1-1844) مدني فرنسي، لا سيما لجهة احترام النظام التأسيسي للشركة المصدرة للأسهم المتنازل عنها<sup>(92)</sup>.

وبتاريخ 24 أيار 1994<sup>(93)</sup>، أكدت المحكمة صحة عقد حمل الأسهم حيث قضت بأن:

(88) Cass. Com., 20 mai 1986. Cf. Bousquest (J.-C.), D., 1987, p.390; Jeantin (M.) et Viandier (A.), Rev. Dr. bancaire et bourse, 1987, p.92; Randoux (D.), Rev. Soc., 1968, p.587; Reinhard (Y.), R.T.D. Com., 1987, p.206, Viandier (A.) et Caussain (J.-J.), G.C.P. éd. E., 1989, I, 15846.

(89) Cass. Com., 10 janvier 1989. Cf. Forschbach (T.), D., 1990, p.250; Le Cannu (P.), Bull. Joly, 1989, p.256, Viandier (A.), J.C.P. éd. E., 1989, II, 15492.

(90) Cass. Com., 19 mai 1992. Cf. Couret (A.), Bull. Joly, 1992, p.747; Le Cannu (P.), Bull. Joly, 1992, p.779; Le Nabasque (H.), Droit des Sociétés, 1992, n°209.

(91) Le Nabasque (H.), idem.

(92) Reinhard (Y.), la convention de portage d'actions ne contrevient pas à la prohibition des clauses léonines, Revue des sociétés 1994 p. 708.

(93) Cass. Com., 24 mai 1994. Cf. Champaud (C.) et DANET (D.), R.T.D. Com., 1994, p.721; Cournet (A.), D., 1994, p.503; Le Cannu (P.), Bull. Joly, 1994, p.797, Le Nabasque (H.), Droit des Sociétés, 1994, n°141, p.15; Reinhard (Y.), la convention de portage d'actions ne contrevient pas à la prohibition des clauses léonines, Revue des sociétés, 1994, p.708.



«التنازل الأساس كان متبوعاً بوعود مزدوجة بالشراء وبالبيع للأسهم المتنازل عنها وبثمن متفق عليه مسبقاً، فإن التنازل وإعادة التنازل لا يحمل أية مخالفة للقانون لاسيما لجهة الشروط الأسدية واقتسام الأرباح والخسائر بين الشركاء»<sup>(94)</sup>. وفي نفس الاتجاه، صدر حكم آخر عن ذات المحكمة بتاريخ 16 نوفمبر 2004<sup>(95)</sup>، حيث أكدت أن الهدف من الوعد بإعادة الشراء هو ضمان التوازن العقدي بين الأطراف ولا يخالف نص المادة (1-1844) مدني فرنسي، ولاسيما أن حامل الأسهم (المشتري) لم يكن ليشتري لولا النص على إعادة الشراء بالثمن المتفق عليه أساساً، وتم تأكيد هذا الاتجاه بحكمين صادرين في 22 فبراير / شباط 2005<sup>(96)</sup> و 27 سبتمبر / أيلول 2005<sup>(97)</sup> وبحكم صادر في 23 مارس / آذار 2010<sup>(98)</sup>، والحكم الصادر بتاريخ 20 سبتمبر / أيلول 2016<sup>(99)</sup>.

إن هذا الاتجاه الاجتهادي الفرنسي يدل صراحة على صحة عقد حمل الأسهم، وعلى أنه لا يحمل شروطاً أسدية، شرط ألا يكون استيطن غشاً كما ذكرنا سابقاً. أما من جهة القضاء اللبناني والكويتي، فما زلنا بانتظار أن يقولوا كلمتهما حول صحة هذا العقد من عدمه.

(94) Bertrel (J.-P.), Portage de droit sociaux, Rep. Sociétés Dalloz, octobre 1995, n°35, p.6.

(95) Cass. Com., 16 novembre 2004. Cf. Caussain (J.-J.), DEBOISSY (F.) et Wicker (G.), J.C.P. éd. E., 2005, I, 131; Champaud (C.) et DANET (D.), R.T.D. com., 2005, p.111.

(96) Cass. Com., 22 février 2005. Cf. Caussain (J.-J.), Deboissy (F.) et Wicker (G.), J.C.P. éd. E., 2005, I, 1046; Lucas (F.-x.), Bull. Joly, 2005, p.961; R.D.C., 2005, p.776.

(97) Cass. Com., 27 septembre 2005. Cf. Couret (A.), Bull. Joly, 2005, p.92.

(98) Cass. Com., 23 mars 2010, arrêt n° 345 F-D, Sté Eurobéton c / Sté G. Collot, Paul Le Cannu, Clauses léonines: l'épouvantail bouge encore! (au sujet des promesses d'achat d'actions), RTD Com 2010 p. 379.

(99) Cass. Com. 20 sept. 2016, n° 15-15. 369, Revue des sociétés 2016. 726, note F.-X. Lucas.

## الخاتمة:

لا شك في أن مرونة عقد حمل الأسهم تتيح للأطراف إمكانية تحقيق مروحة واسعة من الأهداف، فبالإضافة إلى التمويل، هناك حمل الأسهم بهدف تطوير الشركة ونقل ملكيتها، كلها أهداف مشروعة بخدمة تعويم الشركات وإخراجها من عثرتها وتطويرها.

إن كون هذا العقد غير مسمى يحمل في طياته نقاط قوته كما نقاط ضعفه، فمن جهة يتيح للأطراف إمكانية الاستفادة القصوى من الحرية التعاقدية الممنوحة لهم لتحقيق خليط من الإيجابيات العملية لا يحدها سوى النظام العام، ومن جهة أخرى فإن هذه الحرية تجعل منه عقداً لا يعرف القانون ولا القانون يعرفه.

نستطيع التأكيد وفقاً لما بيناه آنفاً، بأن عقد حمل الأسهم هو مجموعة من العقود البسيطة المترابطة التي تؤدي أهدافاً محددة وبحرية تامة، فهو من هنا يستند إلى بعض المواد القانونية العامة سواء في القانون المدني للعقود أو قانون الشركات التجارية ولا يتعارض مع أي من النصوص القانونية سواء في لبنان كما في الكويت.

لا يمكن إنكار بأن دراسة عقد حمل الأسهم من هذه الزاوية، تدفعنا إلى طرح سؤال مشروع حول ضرورة قيام المشرع بتعريف هذا العقد وتحديد التزامات الأطراف فيه بشكل دقيق يزيل عنه هذه الجهالة ويسمح للأطراف باللجوء إليه بأمان أكبر.

إن إيجابيات ذلك تعادل سلبياته، فمن جهة، إن تقنين المشرع لهذا العقد يجعله أكثر أماناً وأكثر وضوحاً، ويؤدي إلى التأكيد على صحة هذه العملية بشكل لا لبس فيه، وإلى التقليل من نقاط ضعفه لا سيما نكول الأطراف عن الالتزام بتنفيذ موجباتهم، ومن جهة أخرى، قد يؤدي تقنينه إلى إفقاده هذه المرونة التي يتميز بها عن غيره من العقود المسماة.

لقد بينت دراسة هذا العقد عن اتساع نطاقه، وعن الأهداف غير المحصورة التي يمكن أن يروجها الأطراف من خلاله، أفلا يخشى المشرع من تقليص نطاق هذا العقد وإفقاده ديناميكيته وجعله كغيره عقداً معقداً مسمى دون أن يتعرف عليه أحد؟

كذلك فلقد بينت الدراسة بأن عقد حمل الأسهم يشكل وسيلة غير تقليدية لتعويم الشركة المساهمة وإخراجها من عثرتها وتطويرها، من خلال ما يقدمه من وسائل تمويلية وإدارية لها.

أخيراً إن هذا العقد لا يصطدم بالشروط الخاصة بصحة عقد الشركة كما بين الاجتهاد الفرنسي، ولا يوجد بالمبدأ أي مانع يحول دون قابليته للتطبيق في القانونين اللبناني والكويتي. بانتظار أن يقول القضاء كلمته في هذا الموضوع في كلا البلدين.

## المراجع:

- Viandier et J.-J. Caussain, CA. Paris, 3 mars 1995, Revue des sociétés 1995.
- Armand (F.), Le portage de titres in Financement des entreprises et droit des obligations, P.U.A.M., 1993.
- Badjang (B.), réflexions sur les conventions de portage, Les petites affiches, 19 janvier 2001.
- Bertrel (J.-P.) et Jeantin (M.), Le portage d'actions, R.J.D.A., 1991, n°4.
- Bertrel (J.-P.), Portage de droit sociaux, Rép. Société Dalloz, octobre 1995, n°16.
- Cornu (G.), Vocabulaire juridique, Ass. H. Capitant, P.U.F., 6ème éd. Mise à jour "Quadrige", 2004.
- Deveze (J.), Couret (A.) et Hirigoyen (G.), Lamy Droit du financement, Lamy, 2001.
- François Leroux, les caractéristiques générales des opérations de pension, chap. 1, PDF, www.neumann.he.ca.
- Guyon (Y.), Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et convention entre associés, L.G.D.G., 4ème éd., 1999.
- Jacques Moury, un portage singulier, RTD Com. 2017.
- Jeantin (M.) et Viandier (A.), Rev. Dr. bancaire et bourse, 1987.
- Jeantin (M.), Les conventions de vote, Rev. Jurisp. Com. 1990.
- Le Cannu (P.) :
  - Bull. Joly, 1989.
  - Bull. Joly, 1992.
  - Bull. Joly, 1994, p.797.
- Le Nabasque (H.) :
  - Droit des Sociétés, 1992, n°209.
  - Droit des Sociétés, 1994, n°141.
- Lucas (F.-X.) :
  - Conventions de portage, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n°2128.
  - Bull. Joly, 2005, p.961; R.D.C., 2005.
  - Les opérations temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de

- valeurs mobilières, Thèse, Bibl. Dr. privé, Tome 283, préface de LORVELLEC (L.), L.G.D.J., 1985.
- Un portage singulier, RTD Com 2017.
  - Variations sur la convention de portage d'actions, Revue des sociétés note sous Cour de Cassation (Com.), 20 septembre 2016, n 15-15.
  - Malaurie (Ph.) et Aynes (L.), Cours de droit civil. Tome VI, Les obligations, Cujas, 10ème éd., 1999.
  - Mazeaud (D.), J.C.P.éd. G., 1995, 2, 22366.
  - Mestre (J.), R.T.D. Civ., 1987.
  - Monsallier (M.-C.), L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, Thèse, Bibl. Dr. privé, Tome 303, préface de VIANDIER (A.), L.G.D.J., 1998.
  - Mousseron (J.-M.), Les devenir des conventions de portage in special convention de portage, Revue de droit bancaire et bourse, 1991.
  - Naftalski (F.), Poitrinal (F.-D) et Parot (J.-C.), Les conventions de portage, Droit des sociétés, mai-juin 1997.
  - Randoux (D.). Revue des sociétés, 1968.
  - Reinhard (Y.) :
    - La convention de portage d'actions ne contrevient pas à la prohibition des clauses léonines, Revue des sociétés 1994.
    - R.T.D. Com., 1987.
  - Roland (H.) et Boyer (L.), Locutions latines et adages du droit français contemporain, éd. L'Hermès, 1979.
  - Sabine Sultan Danino, La convention de portage: une opération complexe et risqué, [www.legavox.fr](http://www.legavox.fr).
  - Schmidit (D.), Les opérations de portage des titres de sociétés, in Les opérations fiduciaires, coll. Fiduci, L.G.D.J., 1985.
  - Soumrani (P.), Le portage d'action, Thèse, Bibl. Dr. privé, Tome 260, préface de Oppetit (B.), L.G.D.J., 1996.
  - Viandier (A.) et Caussin (J.-J.), G.C.P. éd. E., 1989, I, 15846.
  - Viandier (A.):
    - J.C.P. éd. E., 1989, II, 15492.
    - Observations sur les conventions de votes, J.C.P. éd. E., 1986, 15405.

- Y. Guyon, Droit des affaires, Economica, 8e éd., t. 1, n° 124, C A. Paris, 24 nov. 1989 : JCP, éd. E, 1991.I.61, n° 3, obs.

#### **Note sous Cour de Cassation**

- T.C. Paris. 1er aout 1974. Cf. Oppetit (B.). Revue des sociétés, 1974, p.685.
- Cass.com., 9 mars 1980. Cf. Bull. Civ., 4, n°137, p.106.
- Cass. Com., 20 mai 1986. Cf. Bousquet (J.-C.), D., 1987, p.390;
- Cass. 1ère civ., 7 avril 1987. Cf. Champaud (C.) et LE FLOCH (P.), R.T.D. Com., 1988.
- Cass. Com., 10 janvier 1989. Cf. Forschbach (T.), D., 1990, p.250;
- Cass. Com., 19 mai 1992. Cf. Couret (A.), Bull. Joly, 1992, p.747;
- Cass.com., 7 décembre 1993. Cf. Chartier (Y.), Revue des sociétés., 1994, p.72.
- Cass 3ème civ., 15 décembre 1993. Cf. Aynes (L.), D., 1995, p.87;
- C.A. Paris, 30 juin 1995, Metaleurop. Cf. Daigre (J.-J.), J.C.P. éd. E., 1996, II, 795.
- Cass 3ème civ., 26 juin 1996. Cf. Mazeaud (D.), D., 1997.
- Cass. Com., 16 novembre 2004. Cf. Caussain (J.-J.), Deboissy (F.) et Wicker (G.), J.C.P. éd. E., 2005, I, 131; Champaud (c.) et Danet (D.), R.T.D. com., 2005.
- Cass. Com., 22 février 2005. Cf. Caussain (J.-J.), Deboissy (F.) et Wicker (G.), J.C.P. éd. E., 2005, I, 1046;
- Cass. Com., 27 septembre 2005. Cf. Couret (A.), Bull. Joly, 2005.
- Cass. Ch. Mixte, 26 mai 2006. Cf. Piazzon (Th.), R.T.D. Civ., 2009.
- Cour de cassation (Com.) 23 Janvier 2007, société Axa France IARD, Revue des sociétés 2007.
- Cass. Com., 23 mars 2010, arrêt n° 345 F-D, Sté Eurobéton c / Sté G. Collot, Cass. Com., 24 mai
- Cass. Com. 20 sept. 2016, n° 15-15. 369, Revue des sociétés 2016.

## المحتوى:

الصفحة	الموضوع
303	الملخص
305	المقدمة
307	المطلب الأول - تعويم الشركة المساهمة من خلال عقد «حمل الأسهم»
307	الفرع الأول - مفهوم عقد حمل الأسهم
314	الفرع الثاني - خصوصية عقد «حمل الأسهم» والوسائل المتاحة من خلاله لتعويم الشركة المساهمة
324	المطلب الثاني - مدى قابلية حمل الأسهم للتطبيق في القانون
324	الفرع الأول - مدى قابلية عقد حمل الأسهم للتطبيق بين أطرافه
327	الفرع الثاني - مدى قابلية عقد حمل الأسهم للتطبيق في ظل القواعد الآمرة في القانون المدني للعقود والقانون التجاري للشركات
336	الخاتمة
337	المراجع