ز**ع

**الجمهورية التونسية**

**وزارة العدل** **الحمد لله**

**محكمة التعقيب**

*** ع82663.2019دد القضية**

**تاريخه :12-02-2020**

## أصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 2019/11/21 من الاستاذ ****** لى التعقيب .

**نيابة عن** : 1/ شركة ***** في شخص ممثلها القانوني ، مرسمة بالسجل التجاري تحت عدد ********** معرفها الجبائي عدد ********* مقرها بطريق تونس القيروان . 2/ ********** ، القاطن ********* .

**ضد:** 1/ الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي في شخص ممثله القانوني ينوبه الاستاذ ********** . 2/ قابض المالية ***** في شخص ممثله القانوني الكائن ****** . 3/ الشركة ********* في شخص ممثله القانوني. ينوبها الاستاذ ******** . 4/ **** في شخص ممثله القانوني الكائن .

طعنا في القرار الاستئنافي المدني عدد 4298 الصادر بتاريخ 13-11-2019 عن محكمة الاستئناف بالقيروان والقاضي بقبول الاستئنافين الاصلي والعرضي شكلا وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي في جميع ما قضى به وتخطية المستأنفين بالمال المرمن وحمل المصاريف القانونية عليهما.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدهما وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى بقية الوثائق الواجب تقديمها حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت .

وبعد الاطلاع على مذكرة الردّ على تلك المستندات المقدمة من الاستاذ ********** نيابة عن المعقب ضده الاول ومن الاستاذ ********** ، نيابة عن المعقب ضدها الثالثة والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب اصلا .

وبعد الاطلاع على اوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي :

## من حيث الشكل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا جميع اوضاعه وصيغه القانونية مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية .

## من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الاصل الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي ( المعقب ضده الاول الآن) لدى المحكمة الابتدائية بالقيروان عارضا بواسطة نائبه انه دائن لفائدة المطلوبة في الاصل شركة ******* ( المعقبة الاولى ) بجملة من المبالغ المالية موضوع بطاقات الزام صادرة في مواجهتها والمفصلة بالجدول المرفق للمطلب وان هذه الاخيرة حجمت عن خلاص الدين المذكور .

وان الممثل القانوني للشركة المذكورة تعمّد عدم تسوية وضعيته واستأثر بمداخيل الشركة وطلب بناءا على ذلك الاذن بفتح اجراءات التسوية القضائية تطبيقا لاحكام الفصل 18 من قانون انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية وفي صورة تعذر التسوية القضائية الحكم بثبوت توقف المطلوبة في ش م ق عن دفع ديونها وتعيين تاريخ توقفها عن الدفع وبناءا على ذلك اعلان افلاسها وسحب الفلسة على وكيلها السيد ********** مع ما يترتب عن ذلك من نتائج قانونية وتعيين حاكما منتدبا بالفلسة واميناً لها والاذن بوضع الاحكام اذا ادعت الضرورة الى ذلك وتعليق مضمون الحكم ونشره طبق القانون .

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عدد 32 بتاريخ 2017/7/04 يقضي ابتدائيا باعتبار شركة ******* متوقفة عن الدفع منذ 01 جانفي 2009 والتصريح بتفليسها وسحب الفلسة على رئيس مديرها العام واعتباره مسؤولا الى جانبها عن كامل ديونها وتعيين السيد ********** قاضيا منتدبا للفلسة وتسمية السيد المنذر نقرة امينا لها والاذن بوضع الاختام وبتوظيف رهن عقاري لفائدة جماعة الدائنين والاذن لكتابة المحكمة بتعليق مضمون الحكم ببهو المحكمة وبباب المركز التجاري للشركة المالية في اجل خمسة ايام (05) من تاريخ صدور الحكم وتوجيه مضمون منه الى النيابة العمومية والى الحجرة التجارية والى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية كترسيمه بالسجل التجاري .

وعلى امين الفلسة اتمام بقية اجراءات الاشهار وحمل المصاريف القانونية على المدينة ورئيس مديرها العام .

فأستأنفه كل من الشركة المحكوم بتفليسها شركة ******** وممثلها القانوني طالبين نقضه والقضاء مجددا برفض المطلب بناءا على خرق احكام الفصلين 39 و 25 من القانون عدد 34 لسنة 1995 كخرق احكام الفصل 36 من م م ع واحكام الفصل 596 من م ت .

فأصدرت محكمة الدرجة الثانية قرارها المطعون فيه المضمن نصه اعلاه والقاضي باقرار الحكم الابتدائي في جميع ما قضى به .

فتعقبه المحكوم ضدهما شركة ******* وممثلها القانوني ******* بواسطة نائبهما الاستاذ ********* الذي لاحظ صلب مستنداته ان طعنه قد تاسس على اساسيين اثنين :

- أما الاساس الاول والذي له تاثير كبير على بقية الاسانيد فهو يتعلق تطبيقه بالاجراءات الجماعية في القانون التونسي والتي تنقسم اليوم الى قسمين اساسيين اجراءات الانقاذ واجراءات التفليس وهذه الطبيعة تتمثل في ان الاجراءات الجماعية بشقيها ( الانقاذ والتفليس) ليست نزاعا او منازعة بل هي اجراءات تهدف الى تحقيق الانقاذ بصفة اساسية ويتعاون في ذلك الجميع بما فيهم محكمة الانقاذ il s,agit d'une procédure et non pas d'un procès وان المحكمة الابتدائية بالقيروان وكذلك محكمة الاستئناف التي اصدرت القرار المطعون فيه الآن قد اغفلا تماما الطبيعة الجديدة الاسعافية للاجراءات الجماعية وجعلا من طلب التسوية القضائية الذي قدمه الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي اساسا لوجود نزاع او منازعة بين الشركة المعقبة ودائنيها ويظهر ذلك شكلا من خلال لائحة الحكم فهو حكم بين مستأنف ومستأنف ضدهم .

كما يظهر كذلك من حيث المضمون اذ لا نجد ما يفيد السعي الى انقاذ المؤسسة بل نجد العكس تماما وهو التسرع في اللجوء الى احكام التفليس والحماية المطلقة للدائنين دون اخذ بعين الاعتبار لأي مصلحة اخرى .

اما الاساس الثاني فهو جملة الاخطاء في تطبيق القانون التي انجر عليها بالضرورة فساد في الاستدلال وضعف في التعليل اقترن في كثير من الاحيان بهضم لحقوق الدفاع .

وإنّ جملة الاخطاء في تطبيق القانون جاءت كنتيجة لخطأ اساسي يتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق ذلك ان التسوية القضائية قد انطلقت في سنة 2010 وتواصلت الى ما بعد 2016 أي بعد صدور القانون الجديد للإجراءات الجماعية وهو القانون عدد 36 المؤرخ في 29 افريل 2016.

وقد نظمت الاحكام الانتقالية للقانون الجديد كيفية انطباقه على الملفات الجارية اثناء صدوره .

فقد جاء بالفصل 15 من القانون عدد 36 لسنة 2016 المؤرخ في 2016/04/29 انه تلغي جميع الاحكام السابقة المخالفة للقانون وخاصة القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 افريل 1995 المتعلق بانقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات

اقتصادية غير انه يتواصل العمل بالقانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 افريل 1995 على :

- **المؤسسة التي انطلقت بشأنها اجراءات تسوية رضائية الى حين استكمالها على ان تخضع اجراءات التسوية القضائية او التفليس عند الاقتضاء لاحكام هذا القانون .**
- **المؤسسة التي افتتحت في شأنها اجراءات التسوية القضائية الى حين استكمالها على ان تخضع اجراءات التفليس عند الاقتضاء لاحكام هذا القانون ..... .**
- ويكون تبعا لذلك القانون المنطبق هو القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 1995/04/17 **في خصوص اجراءات التسوية القضائية أي في خصوص شروط انطلاقها وفي خصوص الحلول التي يمكن اعمالها** ، اما اذا قررت المحكمة التفليس **فان الاحكام المنطبقة هي احكام القانون الجديد** .

وانه بالرجوع الى حكم محكمة البداية والقرار الاستئنافي الذي اقره يتبين ان محكمة البداية قد طرحت مشكل القانون المنطبق الا انها جانبت الصواب في اعمال الحل التشريعي المتعلق بتحديد القانون المنطبق ومن ثم كانت مجمل الاخطاء الآتية في تطبيق القانون .

- **المطعن الاول المستمد من الخطأ في تطبيق الفصل 3 من قانون 1995/4/17 :**

قولا بانه وطالما ان القواعد القانونية المنطبقة في خصوص شروط انطلاق اجراءات التسوية القضائية هي القواعد الواردة بقانون 1995/4/17 ، وطالما انّ الفصل 3 من هذا القانون قد تضمن **قاعدة آمرة تهم النظام العام** حيث وطالما وقع تقديم مطلب التسوية القضائية في 18 ماي 2010 وانتهى المتصرف القضائي المقدم ان النشاط قد توقف سنة 2002 ، وتطبيقا لاحكام الفصل 3 المذكور فان مال طلب فتح التسوية القضائية المقدّم من الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي هو الرفض . وهو ما لم تقم به لا محكمة الدرجة الاولى ولا محكمة الحكم المطعون فيه بما يجعل قرارها مخالف للقانون ويتجه نقضه من هذه الناحية .

- **المطعن الثاني المستمد من الخطأ في تطبيق الفصل 19 من قانون 1995/04/17 :**

قولا بأن الفصل 19 من قانون 1995/04/17 مكّن الدائن الذي تعذّر عليه استخلاص دينه بالطرق التنفيذ الفردية تقديم طلب في التسوية القضائية.

وما من شكّ في انّ تعذّر التنفيذ بالطرق الفردية هو شرط اساسي لقبول المطلب الذي تقدّم به الدائن المحمول عليه عبىء اثبات التعذر .

وان المحكمة الابتدائية لم تتحقق واقرتها في ذلك محكمة الاستئناف في مدى توفر هذا الشرط من عدمه بل ان المدينة ادلت بجملة من الاحكام النهائية والتي الغت عديد بطاقات الالزام وان دين الصندوق لازال موضوع منازعة جدية بدليل طرح الخبير المنتدب جزءا كبيرا منه وان محكمة الدرجة الاولى وكذلك محكمة الحكم المطعون فيه لم تلتفت لهذا المعطى القانوني الهام بما يجعل قرارها عرضة للنقض من هذه الناحية .

- **المطعن الثالث المستمد من عدم القيام بالاشهارات القانونية وخرق احكام الفصل 35 قانون 1995 :**

قولا بأن قانون 17 افريل 1995 اوجب القيام بواجب الاشهار القانوني بدأ بقرار فتح اجراءات التسوية القضائية وذلك بوسائل الاشهار التي حدّدها المشرّع في اجل محدد .

وبالرجوع الى قضية الحال يتضح ان اشهار قرار فتح التسوية القضائية قد وقع بعد 5 سنوات من افتتاحها وفي ذلك خرق واضح للقانون .

- **المطعن الرابع المستمد من خرق احكام الفصل 18 من قانون عدد 34 لسنة 1995 :**

قولا بأن الفصل 18 الواجب التطبيق في قضية الحال اقتضى انه " تعدّ متوقفة عن الدفع على معنى هذا القانون التي تكون غير قادرة على مجابهة الديون بما يتوفر من موجودات"

الا ان المحكمة الابتدائية ومحكمة القرار المطعون فيه لم تشيرا الى مدى توفر هذا الشرط او عدمه اذ لا بدّ في كل حكم يتعلق بالتسوية القضائية من ابراز اما توفرّ شرط التوقف عن الدفع على معنى الفصل 18 او عدم توفره ، وتوفر شرط التوقف عن الدفع على معنى اجراءات التفليس هذا بالاضافة الى انّ المحكمة قد اعتمدت على تقرير خبير اثبت التوقف عن الدفع ( بالمفهوم التقليدي) واهملت تقرير آخر ( تقرير السيد ********** مؤرخ في 2004/4/20 والذي اقرّ امكانية الانقاذ ) كما اهملت قيام الشركة المعقبة بخلاص جزء هام من ديونها حيث اقرّت المحكمة ان الدين انخفض من سنة الى سنة وهو ما يجعل شرط التوقّف عن الدفع غير متوفر اذ لا وجود لانعدام القدرة عن الخلاص هذا في خصوص الديون الحالة " PASSIF " اما في خصوص الموجودات Actif"" فلا بدّ من الاشارة انه لم يقع احتساب جملة من الموجودات الهامّة والمتمثلة في اقمشة مضمنة بتقرير القمارق تبلغ قيمتها حوالي 600 الف دينار .

وان للتوقف عن الدفع في القانون التونسي مفهومان ، مفهوم اول يؤدي الى اجراءات التسوية القضائية ومفهوم ثان يؤدي الى انطلاق اجراءات التفليس ولا بد في كلتا الحالتين من ابراز اركان المفهوم ومحتواه وقد خلطت محكمة الدرجة الاولى بالقيروان وكذلك محكمة

الدرجة الثانية بين هذين المفهومين ولا بدّ من الاشارة ان الشركة المنوبة وممثلها القانوني قد اثارا هذا المطعن لدى الدرجة الثانية ولم تقم محكمة الدرجة الثانية بإفرادها بما يلزمه من بيان وتعليل وهو ما يشكل في حدّ ذاته هضما لحقوق الدفاع ناهيك عن ضعف الاستدلال .

- **المطعن الخامس المستمد من خرق احكام الفصل 22 من قانون 36 لسنة 1995 المؤرخ في 1995/4/17 :**

قولا انه وعلى اثر انطلاق إجراءات التسوية القضائية تفتح فترة مراقبة مدتها ثلاثة اشهر قابلة للتمديد مرة واحدة أي ان المدّة القصوى لفترة المراقبة هي 6 اشهر .

واطلقت اجراءات التسوية القضائية في 2010/10/31 لينهي المتصرف القضائي اعماله في 2015 أي فترة المراقبة دامت خمس سنوات وفي ذلك خرق صارخ لاحكام آمرة تتعلق بالنظام العام وهي أحكام الفصل 22 من قانون 36 لسنة 1995 .

وان للزمن تأثير عظيم في تحقيق الاجراءات الجماعية وخاصة اجراءات الانقاذ التي هي الغاية الاساسية للمشرع التونسي .

وقد كانت الشركة المعقبة ضحية للمرة الثانية للتطبيق الخاطىء لاحكام الاجراءات الجماعية سواء من حيث شكلياتها الاساسية او من حيث مضمونها .

*** المطعن السادس المستمد من خرق الفصل 37 من قانون عدد 34 لسنة 1995 :**

قولا بان الفصل 37 من قانون 1995 اوجب على القاضي المراقب في اطار التسوية القضائية اعداد تقرير يبين فيه الجدوى من البرنامج الذي اعده المتصرف القضائي ويمكنه ان يقترح عرض المعقبة على التفليس .

وبالرجوع الى الحكم الابتدائي وكذلك الحكم الاستئنافي الذي اقره فانه لا توجد أي اشارة الى احترام هذا الفصل والى تقرير الذي اعدّه المراقب ومقترحاته وخاصة تعليقه على ما اعدّه المتصرف القضائي وما اذا كان المتصرف القضائي قد علل ضمن مقترحاته الاسباب القانونية والواقعية التي تجعل من اعداد برنامج لمواصلة النشاط امرا مستحيلا واعداد برنامج احالة هو كذلك امر مستحيل وهذا ما يشكل استحالة الانقاذ التي هي شرط اساسي للمرور الى احكام التفليس .

وتبين مما سبق ان الحكم الابتدائي الذي اقرته محكمة الاستئناف " في جميع ما قضى به " مثلما صرحت بذلك في منطوق حكمها قد جاء مخالفا لكل الاحكام الاجرائية المتعلقة باجراءات التسوية القضائية : هذه الاحكام الاجرائية المتصلة كلها بالنظام العام فيكون هذا الحكم الابتدائي حكما باطلا واقراره من قبل محكمة الاستئناف هو اقرار لحكم باطلا فيكون القرار بدوره باطلا .

وبعد التاكيد على ان القانون المنطبق هو قانون 17 افريل 1995 وذلك في خصوص التسوية القضائية الجارية من حيث شروطها ومن حيث سيرها ومن حيث مالها وبعد التاكد كذلك ان محكمة الدرجة الاولى قد قامت بخرق جميع اجراءات التسوية القضائية حسب القانون المنطبق واقرتها في ذلك محكمة الدرجة الثانية .

فقد قررت محكمة البداية تفليس الشركة المعقبة فتكون بذلك الاحكام المنطبقة هي احكام القانون الجديد عدد 36 لسنة 2016 وفي تطبيق احكام القانون الجديد قامت محكمة البداية بجملة من الاخطاء في تطبيقه وقد جارتها في ذلك محكمة الدرجة الثانية .

- **المطعن السابع المستمد من خرق القانون الجديد 36 لسنة 2016 المؤرخ في 2016/04/29 في خصوص القواعد المتعلقة بالتفليس :**

قولا بأن اوّل هذه الاخطاء هي عدم تبرير وتعليل اللجوء الى التفليس ذلك ان اللجوء الى التفليس يقتضي تضمين الحكم الاستدلالي مسبقا لاستحالة الانقاذ مثلما اكدّت ذلك محكمة التعقيب في قرارها عدد 13811 الصادر في 3 ديسمبر 2003 ( نشرية محكمة التعقيب 2007 القسم المدني ص 128) وذلك بقولها " ان المقصود من احكام التسوية القضائية التي جاء بها القانون عدد 36 المؤرخ في 17 افريل 1995 هو انقاذ المؤسسة التي تمر بصعوبات اقتصادية ومساعدتها على مجابهة ديونها وبهذا المنظار ارتأى المشرع صلب القانون المذكور عدة حلول لانقاذ المؤسسة من الوضع المادي الصعب الذي تردت فيه ولا يمكن عملا باحكام الفصل 39 اللجوء الى التفليس الا اذا انعدمت امكانية الانقاذ واعتبار النتائج الخطيرة التي تترتب عن التفليس فقد دأب فقه القضاء على اشتراط عدة امور منها بالاساس صيرورة المدين في عجز تام عن مجابهة ديونه وترديه في وضع اقتصادي ميؤوس منه :

وانه بالرجوع الى الحكم المطعون فيه والحكم الابتدائي يتبين :

- ان الصعوبات الاقتصادية التي عرفتها الشركة المعقبة كانت في اغلبها خارجة عن نطاقها وخارج نطاق ارادة مسيرها ، وهذا ما اكّدته فعلا محكمة البداية .
- انه لم يقع أي سعي لإنقاذ المؤسسة ( جدولة الديون .. اسقاط الفوائض – الترفيع في راس المال ) .
- انه بالرغم من هذه الصعوبات التي يواجهها مسيري الشركة

فان مسير الشركة المعقب الثاني قد صرح بالتحريرات المكتبية انه قام بخلاص مبلغ هام من الديون .

وانه لا يوجد بالحكم الابتدائي ولا بالحكم الاستئنافي أي تعليل او استدلال او ذكر للنصوص القانونية المتعلقة كلها بابراز استحالة الانقاذ وضرورة اللجوء الى التفليس بل اكثر من ذلك فقد وقع اهمال كلي لتقرير السيد علي التومي الذي حمل امل بارقة

تتماشى والغايات الاساسية للاجراءات الجماعية والتي كان لا بدّ من مناقشتها نقاشا مفصلا ، اما القول بكونه لا يمكن التعويل على هذا الاختبار لتوقف المؤسسة على النشاط فذلك غير كاف ويجعل من تعليل المحكمة تعليلا ضعيفا ، خصوصا ان الخبير السيد علي التومي كان على علم بتوقف المؤسسة على النشاط عند اعداده التقرير المذكور ، ومن المؤكد انه قد اخذ بعين الاعتبار هذا المعطى عند اعداده واقتراحه جدولة الديون وتحقيق الانقاذ .

وانه ومهما يكن من امر فان المحكمة الابتدائية ومن بعدها محكمة الحكم المطعون فيه قد قامت بخرق كل الاحكام الجديدة المتعلقة بالتفليس .

- **المطعن الثامن المستمد من خرق احكام الفصل 475 من المجلة التجارية :**

قولا بان الفصل 475 من م ت جاء فيه : " ان المحكمة تقضي بتفليس التاجر الذي توقف عن الدفع وفي حالة ميؤوس منها " .

ولا بدّ من الملاحظة بداية من ان محكمة الحكم المطعون فيه ومكن قبلها محكمة الدرجة الاولى لم تشر الى هذا الفصل حتى مجرد الاشارة في حين انه الفصل الاساسي والمؤسس لاحكام التفليس في القانون الجديد الواجب التطبيق في قضية الحال ذلك انه يحدد الشرط الاساسي لحكم التفليس وهو اقتران التوقف عن الدفع بالوضعية الميؤوس منها ، وعليه فان المحكمة التي تصرح بالتفليس يتعين عليها في تعليل حكمها بيان توفر الشرط الوارد بالفصل 475 والا كان حكمها خارقا لهذا الفصل وضعيف التعليل .

واقتران التوقف عن الدفع بالحالة الميؤوس منها يفترض توفر ركنين اغفلتهما محكمة الدرجة الاولى وكذلك محكمة الحكم المطعون فيه .

اما الركن الاول فهو الركن المادي أي كل ما يثبت توقف الخزينة وغياب الموجودات .

واما الركن الثاني فهو ركن معنوي يتعلق بثبوت اليأس من أي محاولة انقاذ وانسداد الافق انسدادا كليا .

فكيف يكون الركن المادي متوفرا وقد صرح ممثل المعقبة لدى التحرير عليه انه قام بخلاص جزء هام من الدين ؟ .

كذلك هو الشأن بالنسبة المعنوي والذي ينفي وجوده تقرير الخبير على التومي المذكور .

وقد تكون جملة هذه الاركان متوفرة ( وهذا من باب الافتراض النظري ) ولكن على المحكمة التي تصرح بالتفليس ابرازها وادراجها بمضمون حكمها في استدلال وتعليل ينطلق من النص ( 475 م ت ) الى واقع الحال .

- **المطعن التاسع المستمد من خرق الفصل 478 م ت :**

قولا بان بالفصل 478 م ت جديد وهو المنطلق طبقا للاحكام الانتقالية : " يتقرر التفليس بحكم من المحكمة بعد استدعاء المدين طبق القانون وسماع ممثل النيابة

العمومية وتحمل مصاريف الاستدعاء على الطالب وعند الاقتضاء على صندوق تنمية القدرة التنافسية الصناعية ".

* في خصوص استدعاء المعقبة فان الحكم الابتدائي لم يتضمن أي اشارة الى استدعاء المعقبة طبقا لاحكام الفصل 478 م ت ، ولا يمكن اعتبار محضر التحريرات التي قامت به محكمة الحكم المطعون فيه تداركا لهذا الخطأ وذلك لسببين :

اما السبب الاول فان الاستدعاء طبق احكام الفصل 478 اجراء اساسي ينبني عليه الحكم بالتفليس ، اما السبب الثاني فان التحريرات الواقعة من قبل محكمة الدرجة الثانية لا يمكن ان تكون هي ذات الاجراء المنصوص عليه باحكام الفصل 478 م ت .

- **في خصوص النيابة العمومية فقد تم تغييبها تماما وهذا خرق صريح لاحكام الفصل 478 اعتبارا لكون اجراءات التفليس تتصل بالنظام العام ولا يمكن مخالفتها .**

فالنيابة العمومية في اجراءات التفليس وعملا باحكام الفصل 478 من المجلة التجارية هي طرف اساسي من اطراف اجراءات التفليس ويتعين استدعاؤها وطبق احكام هذا الفصل ، والنيابة العمومية الضامنة لكون النظام العام يتعين عليها تقديم ملحوظاتها ويتعين على المحكمة ادراج هذه الملحوظات بحكمها بعد التاكد انه قد تم استدعاء النيابة العمومية طبق احكام الفصل 478 من المجلة التجارية وتجدر الاشارة في هذا الاطار ان محكمة التعقيب الفرنسية قررت نقض حكم استئنافي صادر في مادة التصفية ( La liquidation ) ( وهي تقابل احكام التفليس في القانون التونسي ) لان المحكمة لم تقم بتبيان ملاحظات النيابة العمومية في حكمها ( قرار تعقيبي فرنسي " cass .24 juin 2014 n 13- 14690 bull civ n IV n 111 .

هذا مع الملاحظة بانه لا يمكن باي حال من الاحوال القول بان عرض الملف عن النيابة العمومية طبق احكام الفصل 251 م م م ت يعوّض الاستدعاء والاستماع الواجب قانونا طبق احكام الفصل 478 م ت ذلك ان هذا النص هو نص خاص يتعلق بالنظام العام ويجعل من النيابة العمومية طرفا اساسيا ناهيك عن طبيعته الامرة .

وهذا عكس احكام الفصل 251 م م م ت ذات الطبيعة المكملة في جزءها الاول والطبيعة الآمرة في جزءها الثاني والمحصورة في حالات حددها القانون لا تشمل اجراءات التفليس .

وعليه فان استدعاء النيابة العمومية طبقا لاحكام الفصل 478 م ت هو اغفال لاجراء اساسي ينجر عنه البطلان طبق احكام الفصل 14 م م م ت .

- **المطعن العاشر المستمد من الخطأ في تطبيق القانون وذلك بتطبيق نصّ قانوني وقع نسخه :**

فما من شك في ان القواعد القانونية المنطبقة اذا ما رات محكمة البداية وكذلك محكمة الاستئناف التفليس هي القواعد القانونية الجديدة المضمنة بالكتاب الرابع من المجلة التجارية والمتعلقة بالتفليس وذلك عملا باحكام الفصل 15 من الاحكام الانتقالية .

وتبعا لذلك فان قواعد التفليس المنطبقة " هي الفصول التي تبدأ من الفصل 475 م ت.

وان الفصل 596 قديم من المجلة التجارية قد وقع الغاؤه صراحة بمقتضى قانون 29 افريل 2016 ولا يمكن ذلك تطبيقه .

وان محكمة الاستئناف قد قامت بخطأ فادح لما اكّدت على تطبيق احكام الفصل 596 ( الملغى ) واقرت تطبيقه من قبل محكمة الدرجة الاولى فيما يتعلق بسحب الفلسة .

ومن باب الاضافة القانونية الصرفة فان سحب الفلسة على المسيرين قد اصبح موضوع القواعد التالية 589 و 590 م ت .

وقد جاء بالفصل 590 ما يلي : " اذا تم تفليس الشركة يمكن التصريح بان يكون التفليس مشتركا بينها وبين كل شخص التجأ الى التستر بها لاخفاء تصرفاته وقام لمنفعته باعمال تجارية وتصرف بالفعل في مكاسب الشركة كما ولو كانت مكاسبه الخاصة".

ويتضح من هذا الفصل القانوني ان شروط " الاشتراك في التفليس " هي :

- تفليس الشركة .
- وان يكون تصرف المسير :

– القيام لمنفعته الخاصة باعمال تجارية وذلك بالتستر بالشركة .

– التصرف بالفعل في مكاسب الشركة كما لو كانت مكاسبه الخاصة .

وان دعوى الاشتراك في التفليس ( وليس دعوى سحب الفلسة ) هي دعوى مرتبطة بدعوى تفليس الشركة لكنها مستقلة عنها بالرجوع الى شروطها وتبعا لذلك يكون من المتجه التفريق بين اجراءات فلسة الشركة واجراءات فلسة المسيّر مجموعتها أي دائنوها ودائنيها .

وما من شك في ان محكمة الحكم المطعون فيه ومن قبلها محكمة الدرجة الثانية ( وبقطع النظر عن تطبيق نص الفصل 596 الملغى ) لم تتحرى في شروط دعوى الاشتراك في الفلسة اذ لم تبين الاخطاء التي قام بها المسير والتي ادت الى تفليس الشركة .

ويتحصص مما سبق ان الحكم المطعون فيه ومن قبله حكم محكمة البداية قد انبنيا على سوء فهم للاجراءات الجماعية وخلط في المفاهيم الاساسية لهذا الفرع في القانون وكان سببا في خرق القواعد القانونية السابق ذكرها وضعف في التعليل بل غياب التعليل ، هذا بالاضافة الى سوء تطبيق الاحكام الانتقالية مما ادى الى تطبيق نصوص قانونية وقع الغاؤها .

ويتجه والحالة تلك نقض الحكم الاستئنافي بدون احالة لما اعتراه من خرق واضح للقانون وللاجراءات الاساسية وضعف في التعليل .

وحيث وردا على ذلك تمسك الاستاذ ****** نائب المعقب ضده الاول الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي صلب مذكرته الكتابية بما يلي :

**بخصوص المطعن المتعلق باخطاء في تطبيق الفصل 3 من قانون 17 افريل 1995 :**

فان الفصل 3 من القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 1995/4/17 قد نص في الفقرة 2 على ما يلي " ويمكن ان تنتفع بهذا النظام كل مؤسسة ثبت انها خسرت كامل اموالها او سجلت خسائر تتجاوز ثلاثة ارباع اموالها الذاتية على امتداد ثلاثة سنوات متتالية اذا تبين للقاضي توفر فرص جدية لانقاذها " .

ونص الفصل 3 مكرر من نفس القانون على ما يلي " يتولى خبراء مختصون تشخيص الحالة الاقتصادية والمالية والاجتماعية للمؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية .

وبناء على ما تقدم ذكره فان تمتع الشركة بنظام الانقاذ غير مشروط فقط بكونها توقفت عن النشاط لمدة لا تزيد عن العام بل بخسارتها لجزء هام من اموالها الذاتية ولمدة محددة اذا تبين للقاضي توفر فرص جدية لانقاذها مثلما سلف ذكره .

وان للمحكمة السلطة التقديرية في تحديد الوضعية القانونية للشركة بالاستعانة بالخبراء المختصون كما ورد في الفصل 3 مكرر جديد وتكون المحكمة قد اصابت المحكمة في قرارها بما يتعين معه رد هذا المطعن لعدم وجاهته .

**بخصوص المطعن الثاني المتعلق بالخطأ في تطبيق الفصل 19 من قانون 1995/04/17**

فانه وطالما ان الصندوق ما زال في نزاع مع الشركة فانه تعذر عليه استخلاص دينه بطرق التنفيذ الفردية ، وبالتالي فان للصندوق الحق قانونيا في تقديم مطلب في التسوية القضائية عملا بما جاء بالفصل 19 من قانون 1995 واصابت بالتالي المحكمة في قرارها بما يتيعن معه ردّ هذا المطعن لعدم وجاهته.

**بخصوص المطعن الثالث المتعلق بخرق احكام الفصل 35 من قانون 1995 :**

فان الطاعنين لم يبينا هذا المطعن ولم يبديا اسانيده القانونية بما يتعين معه رده .

**بخصوص المطعن الرابع المتعلق بخرق احكام الفصل 18 من القانون عدد 34 لسنة 1995**

فان للمحكمة السلطة التقديرية في اتخاذ قرارها بالاستعانة بالخبراء المختصين وهي ادرى بحيثيات الدعوى . وان هذا المطعن غير وجيه وتعين رده .

**بخصوص المطعن الخامس المتعلق بخرق احكام الفصل 37 من القانون عدد 34 لسنة 1995** : فهو مخالف للقواقع وتعين رده .

**بخصوص المطعن السادس المتعلق بخرق القانون الجديد عدد 36 لسنة 2016 المؤرخ في 2016/04/29 في خصوص القواعد المتعلقة بالتفليس .**

فان للمحكمة السلطة التقديرية في اتخاذ قرارها وذلك بالاستناد الى محتوى الملف ومن ضمنه تقارير الخبراء ويتعين رد هذا المطعن لعدم وجاهته .

**بخصوص المطعن السابع المتعلق بخرق احكام الفصل 475 من المجلة التجارية :**

فان للمحكمة السلطة التقديرية في اتخاذ قرارها وذلك بالاستناد الى محتوى الملف وتداعياته ويتعين ردّ هذا المطعن لعدم وجاهته .

**بخصوص المطعن الثامن المتعلق خرق الفصل 478 م ت :**

فقد جاء في القرار الاستئنافي ما يلي : " وحيث انه بعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها السالف ذكره ...." وان هذا المطعن لم يكن وجيها وتعين لذلك رده .

**بخصوص المطعن التاسع المتعلق بالخطأ في تطبيق القانون وذلك بتطبيق نص قانوني وقع نسخه :**

فان الحكم الابتدائي صدر في 27 ديسمبر 2002 وقضى بـ " انعدام امكانية التسوية القضائية والتصريح بافلاس الشركة المدينة شركة وسحب الفلسة على رئيس مجلس الادارة .

وقد نص الفصل 15 من الاحكام الانتقالية في فقرته على انه يتواصل العمل بالقانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 افريل 1995 المتعلق بانقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية على المؤسسة التي احيلت على التفليس قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ .

هذا وان الحكم الاستئنافي قضى بالتفليس منذ تاريخ 2002/12/27 وهو تاريخ سابق لدخول القانون عدد 36 لسنة 2016 المؤرخ في 2016/4/29 والمتعلق بالاجراءات الجماعية وبناءا عليه فان التمشي القانوني الذي اعتمدته كل من محكمة البداية ومحكمة الاستئناف كان مؤسسا واقعا وقانونا بما يتعين ردّ المطعن المثار لعدم وجاهته ورفض مطلب التعقيب اصلا ورفض مطلب التعقيب اصلا .

وحيث وردّا على مستندات الطعن تمسك الاستاذ ******* نائب المعقب ضدها الثالثة شركة ********* صلب مذكرته الكتابية بما يلي :

**1/ بخصوص المطعن الاول الوارد تحت عنوان الخطأ في تطبيق الفصل 3 من قانون 17 افريل 1995 :**

فقد اعتبر الطاعنان ان محكمة القرار المطعون فيه قد خرقت احكام الفصل المذكور حينما لم تمكنه من اجراءات التسوية القضائية والحال انه متوقف عن الدفع منذ سنة

2002 في حين ان مطلب التسوية قدم خلال سنة 2010 منتهيا الى انه كان على المحكمة رفع مطلب افتتاح التسوية .

وان هذا المطعن يؤدي الى القول بانه لا يمكن للمعقبة الانتفاع باجراءات التسوية وبالتالي فانه يتعين تفليسها وهو ما انتهت اليه محكمة القرار المطعون فيه بما يجعل هذا المطعن في غير طريقه .

**2/ بخصوص المطعن الوارد تحت عنوان الخطأ في تطبيق الفصل 19 من قانون 17 افريل 1995 :**

فانه خلافا لما جاء بهذا المطعن فان المديونية تاسست على اختبارات اثبتت المديونية في جانب الطاعنين سواء لفائدة الصندوق او لفائدة غيره من الدائنين ومنهم المعقب ضدها وهو ما تعذر معه تنفيذ الاحكام الصادرة لفائدة الدائنين ( ومن ضمنهم المعقب ضدها التي ادلت بجملة من الاحكام التي لم يقع الاذعان اليها واضحى المطعن المثار في غير طريقه وتعين رده .

**3- بخصوص المطعن الوارد تحت عنوان عدم القيام بالاشهارات القانونية وخرق احكام الفصل 35 من قانون 1995 :**

فقد تضمن هذا المطعن تناقضا بخصوص الاشهارات التي اعتبر انه تم القيام بها بعد الاقرار بانها تمت بعد 5 سنوات دون بيان نطاق خرق احكام الفصل 35 من قانون 17 افريل 1995 .

**4- بخصوص المطعن الوارد تحت عنوان خرق احكام الفصل 18 من القانون عدد 14 لسنة 1995 :**

فانه خلافا لما جاء بهذا المطعن فانه من الثابت ان الطاعنة اصبحت غير قادرة على مجابهة ديونها التي حلت بها بما هو موجود لديها من سيولة ومن موجودات قابلة للتصرف على المدى القصير .

وعلاوة على ذلكم فان شروط تفليسها ثابتة على معنى احكام الفصل 475 من المجلة التجارية اذ انه علاوة على ان المؤسسة المذكورة في حالة توقف تام عن الدفع وهي في وضعية ميؤوس منها فانها انقطعت عن النشاط ولم يثبت انه لديها سيولة او موجودات وبالتالي فان ما قضت به محكمة القرار المطعون فيه قد يكون في طريقه .

**5- بخصوص المطعن الوارد تحت عنوان خرق احكام الفصل 22 من قانون 36 لسنة 1995 المؤرخ في 17 افريل 1995 :**

فان تمديد فترة المراقبة كان بسبب الطعون المتتالية التي قام بها الطاعنين لغاية المماطلة وربح الوقت ولا يمكن ان يعاب على المحكمة المتعهدة خرق الآجال التي لم يرتب عليه المشرع أي جزاء خاصة وانه في صالح المنتفعة بالتسوية ومع ذلك لم تقدر على مجابهة ديونها

**6/ بخصوص المطعن الوارد تحت عنوان خرق احكام الفصل 37 من القانون عدد 34 لسنة 1995 :**

فانه وخلافا لما جاء بهذا المطعن فان المتصرف القضائي كان عرض برنامج الانقاذ وحرر السيد القاضي المراقب تقريرا انتهى فيه الى ان وضعية الشركة لا تسمح بانقاذها مقترحا تفليسها .

**7/ بخصوص المطعن الوارد تحت عنوان خرق القانون الجديد عدد 36 لسنة 2016 المؤرخ في 2016/04/29 المتعلق باجراءات التفليس :**

فقد اعتبرت محكمة القرار المطعون فيه ان الطاعنة متوقفة تماما عن النشاط وان هذا السبب لم ينازع فيه احد كاف لوحده لتفليس المؤسسة على اعتبار ان توقفها عن النشاط هو دليل قاطع على انها اصبحت في وضعية ميؤوسة ، اذ لا وجود لما من شأنه ان يمكن من انقاذها لانعدام أي نشاط تقوم به واتجه لذلك ردّ هذا المطعن ايضا .

**8/ بخصوص المطعن الوارد تحت عنوان خرق احكام الفصل 475 م. ت.**

فقد اعتبر الطاعنان ان وضعية المؤسسة غير ميؤوس منها بدليل ان ممثلها القانوني كان صرح لدى التحرير عليه انه قام بخلاص جزء هام من الدين هذا وخلافا لذلك فان وضعية المؤسسة لا تكيف على اساس تصريحات ممثلها القانوني بل بالدليل القاطع على وقوع الخلاص من جهة وتحسن نشاطها ووجود آفاق جديدة من جهة ثانية تدل على امكانية الانقاذ الامر المفقود في قضية الحال بما يجعل هذا المطعن في غير طريقه .

**9/ بخصوص المطعن الوارد بعنوان الفصل 478 من المجلة التجارية :**

فانه وخلافا لما ورد بهذا المطعن فان منطلق القضية كان بموجب افتتاح اجراءات التسوية القضائية التي تعهدت بها المحكمة الابتدائية بالقيروان والتي كانت النيابة العمومية طرفا فيها

وان الحكم بالتفليس كان في اطار الاجراءات المذكورة بعد عرض الملف على النيابة العمومية وبالتالي فان القول بانه لم يقع عرضه على انيابة العمومية يتعارض مع ما تضمنه ملف القضية وهو ما يجعل هذا المطعن في غير طريقه .

**10/ بخصوص المطعن الوارد تحت عنوان الخطأ في تطبيق القانون بتطبيق نص وقع نسخه :**

فان الطاعنين لم يبينا نطاق الخرق والذي يمكن نسبته للقرار المطعون فيه وقد جاء هذا المطعن غير واضح ولم يبرز المراد منه بما يتعين معه عدم اعتماده وطلب تاسيسا على ما تقدم الحكم برفض مطلب التعقيب اصلا .

# المحكمة

## عــن المطعــن الاول المــاخوذ مــن طبيعــة الاجــراءات الجماعيــة والقانون المنطبق على النزاع :

### 1/ بخصوص طبيعة الاجراءات الحمائية

حيــث انــه مــن الثابــت ان لقــانون الاجــراءات الجماعيــة صــبغة خاصــة مــن خـلال تناولـه للمؤسسـة الـتي تمـر بصـعوبات اقتصـادية ومـن خـلال الغايـة والنهايـة الـتي يرمـي اليهـا فهـي ليسـت فصـل خصـومة بقـدر مـا هـي اجـراءات انقـاذ ان تـوفرت شـروطها . ويـؤدي ذلـك الى القـول بـان البـت في مطالـب التسـوية لا يمثـل خصـومة قضـائية بقـدر مـا هـو اجـراء يسـتهدف الاحاطـة بالمؤسسـة واخراجهـا مـن الصـعوبات الـتي تعيشـها بمسـاعدة دائنيهـا وحرفائهـا والعـاملين بهـا وبالتـالي فهـو لا يعـد منازعـة بـالمعنى التقليـدي للكلمـة " Il s'agit d'une procedure et non pas d'un procès" وتكون فيه وظيفة القاضي بذلك غـير وظيفتـه التقليديـة لانـه لا يصـدر احكامـا في خصـومة قضـائية ويفصـل فيهـا لهـذا الطـرف او ذاك بـل انـه يضـع حلـولا اقتصـادية ومالـية ناجعـة وقابلـة للتطبيـق تخـرج المؤسسـة مـن وضـعها الاقتصـادي المتـازم الا اذا لم تتـوفر في المؤسسـة المعنيـة بالانقـاذ عناصـر القـوة ومعـايير اسـتئناف نشـاطها بصـفة عاديـة فتكـون في هـذه الوضـعية غـير قابلـة للانقـاذ ومنـه يـتم التصـريح بتفليسـها ولـذلك خولـت احكـام الاجـراءات الجماعيـة التصـريح بتفلـيس المؤسسـة كلمـا تعـذرت حلـول وسـبل انقاذهـا فهـو خيـار مـتروك مـن المشرعللقاضـي بحسـب التشـخيص المـادي والمـالي للمؤسسـة ومدى قدرتها على تجاوز صعوباتها المالية والإقتصادية

وحيـث ان للقاضـي مثلمـا اشـير اليـه دور مهـم في تقريـر مـآل المؤسسـة في سـواء بوضـع برنـامج انقاذهـا او التصـريح بتفليسـها وان الواجـب المحمـول عليـه في السـعي في الانقـاذ والنهـوض بالمؤسسـة لا يحـول دون التصـريح بعـدم وجـود ايـة امكانيـة للانقـاذ فبرنـامج الانقـاذ لـيس فكـرة فقـط وانمـا هـو حلـول قابلـة للتحقيـق أي انهـا حلـول واقعيـة ذات جـدوى Efficaces et faisables وعلى هذا الاساس فان ما تضمنته المطاعن من عدم وجود السعي في الانقاذ ومخالفة طبيعة قانون الاجراءات الجماعية غير وجيه .

فـالمفروض ان المـدين يقـدم مـن جهتـه الحلـول الممكنـة ولا يـترك المسـالة للقاضـي والمتصـرف وهـو مـا لم يـبرزه الطـاعن امـام محكمـة الحكـم المطعـون فيـه بـل انـه صـرح عنـد التحريـر عليـه بانـه متوقـف عـن النشـاط ولا يمكنـه احيـاء نشـاط المؤسسـة مـن جديـد لمـا يتطلبـه مـن مـال لتنشيط الدورة الاقتصادية واصلاح آلات ومعدات العمل .

وحيث تضمن المطعن ايضا بان المحكمة اخطأت في تحديد القانون الواجب تطبيقه على ملف التسوية محل نظرها فهي طبقت القانون عدد 34 لسنة 1995 والحال انه كان من الواجب تطبيق القانون عدجد 36 لسنة 2016 تطبيقا للفصل 15 من الاحكام الانتقالية للقانون عدد 36 لسنة 2016 .

## 2/ بخصوص القانون المنطبق على وضعية المؤمنة الطاعنة :

وحيث ينص الفصل 15 من الاحكام الانتقالية للقانون عدد 36 لسنة 2016 المؤرخ في 29 افريل 2016 انه " تلغي جميع الاحكام السابقة المخالفة لهذا القانون وخاصة القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 افريل 1995 المتعلق بانقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية غير انه يتواصل العمل بالقانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 افريل 1995 المتعلق بانقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية على :

- المؤسسة التي انطلقت بشأنها اجراءات التسوية الرضائية الى حين استكمالها على ان تخضع اجراءات التسوية القضائية او التفليس عند الاقتضاء لاحكام هذا القانون .
- المؤسسة التي افتتحت في شأنها اجراءات التسوية القضائية الى حين استكمالها على ان تخضع اجراءات التفليس عند الاقتضاء لاحكام هذا القانون .
- المؤسسة التي احيلت على التفليس قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ " .

وحيث ان الفصل 15 المذكور هو من الاحكام الانتقالية ويعالج وضعية تنازعية اجرائية ويسعى من خلاله المشرع الى المحافظة على وحدة النزاع وهو ما يستدعي حل مشكل التنازع بتدخل من القضاء .

وحيث تضمن الفصل 15 اعلاه المبدأ في الاثر الفوري للقانون فنص على انه تلغى الاحكام السابقة له بما يعني التطبيق الفوري للقانون الجديد ولكن المشرع في نفس الفصل اقر للاثر الفوري استثناءا وهو بقاء القانون القديم نفاذا في الوضعيات التي تخص المؤسسة التي انطلقت بشأنها اجراءات التسوية الرضائية الى حين استكمالها والمؤسسة التي افتتحت في شأنها اجراءات التسوية القضائية الى حين استكمالها والمؤسسة التي احيلت على التفليس قبل دخول القانون الجديد ( قانون 2016) حيز التنفيذ ويتضح من ذلك ان الاجراءات التي انطلقت في ظل القانون القديم تظل خاضعة له وتتواصل وفقه الى حين تمامها وهو ما عبر عنه المشرع باستكمالها أي الفصل فيها واستنفاذ المحكمة ولايتها فيها .

وحيث ان المشرع لم يتوقف عند هذا الحد بالفصل 15 المذكور فهو زيادة عن ذلك يستدرك للعودة لتطبيق القانون الجديد ذلك ان الاجراءات التي انطلقت قبل القانون الجديد تظل خاضعة له الى حين استكمالها أي انها تنتهي في نفس الاجراءات التي انطلقت على ضوئها .

واما اذا تم التحول الى نظام آخر أي من التسوية الرضائية الى التسوية القضائية او التفليس او من التسوية القضائية الى التفليس فانه يتم تطبيق القانون الجديد لان المشرع خول الابقاء على القانون القديم الى حين استكمال الاجراء بما يعني تمامه واستعمل الاستثناء بكلمة " على " وهو استدراك منه في العودة الى الاصل وهو التطبيق الفوري للقانون الجديد بما يعني انه يتم تطبيق القانون الجديد اذا تم تغيير نظام الاجراءات وتغير الوضع القانوني وتم تحويل الى نظام جديد في التسوية مغاير عن الذي انطلقت على ضوءه وفي ذهنه يعتبر المشرع ان الاجراء الجديد يخضع للقانون الجديد لانه اصلح ويكفل سيرا افضل للقضاء .

وحيث ان محكمة البداية تعهدت بالنظر في مطلب التسوية القضائية في ظل القانون القديم ذلك ان المطلب قدم لها في 2010/5/18 .

واعتبرت ان الوضعية ليست في نظام الانقاذ وانما هي في نظام التفليس بناءا على الوضعية الميؤوس منها التي تعيشها المؤسسة واصدرت حكمها في ذلك يوم 2017/7/4 أي في زمن قد دخل فيه القانون الجديد حيز التنفيذ وسايرتها في ذلك محكمة القرار المطعون فيه التي استندت في حكمها على احكام المجلة التجارية بالفصل 596 وعلى القانون عدد 34 لسنة 1995 والحال انه توجد وضعية اجرائية تنازعية تقتضي على اساسها الفصل 15 من الاحكام الانتقالية تطبيق القانون الجديد لانه حصل تحول في النظام فمن تسوية قضائية الى تفليس بما يوجب تطبيق الاستدراك الذي تبناه المشرع بالفصل 15 المذكور وهو التطبيق الفوري للقانون الجديد .

وتكون محكمة القرار المطعون فيه وحينما لم تفعل ذلك قد اساءت تحديد القانون الواجب تطبيقه على ملف التسوية محل نظرها مما يستوجب نقض قرارها من هذه الناحية .

## * المطعن الثاني المأخوذ من تطبيق الفصل 3 من قانون 17 افريل 1995

حيث تضمن المطعن ان مطلب التسوية تم تقديمه في سنة 2010 وقد اتضح للمتصرف القضائي ان الشركة متوقفة عن الدفع منذ سنة 2002 وكان من المفروض ان يتم رفض الطلب بناءا على توقف النشاط الا انه خلافا لذلك فتطبيق نظام الانقاذ يهدف الى استرجاع توازن النشاط الاقتصادي وانه عندما يتضح ان النشاط متوقف كما هو في النزاع الحالي فانه لا يتم التصريح برفض المطلب مثلما ورد بالمطعن لان اجراءات الانقاذ ليست خصومة قضائية بمعناها التقليدي بل هي اجراءات تتسم ببعض الخاصيات التي تميزها عن الخصومات التقليدية ذلك انها ليست دعوى تؤول الى الرفض اذا لم تتوفر شروطها ولا تخضع لقواعد النزاع المدني العادي فمطلب التسوية ليس خصومة وليس دعوى ملك لاطرافها فلا يتحكم الاطراف في سير المطلب والفصل فيه فان كان بامكان المدين تقديم دعوى ملك لاطرافها فلا يتحكم الاطراف في سير المطلب والفصل فيه فان كان بامكان المدين تقديم

طلبه الى القضاء ان تعلق الامر بتسوية قضائية او بتسوية رضائية فانه لا يحكم سيره بل تتداخل الاطراف القضائية والادارية ومساعدي القضاء للتداول سيره وتحديد مآله خلافا لما تقتضيه القواعد الاجرائية المدنية من ان الاطراف يملكون الخصومة المدنية ويسيطرون على النزاع ولهم تحديد وجهته وتمتد صلاحيات القاضي في تقرير مآل المطلب بحسب وجود امكانية للانقاذ والا فالتصريح بالتفليس وهو مقتضى قانون الاجراءات الجماعية الذي يعطي للقاضي صلاحيات التصريح بالفلسة ما لم تتوفر صيغة الانقاذ ولا يمكنه الوقوف على رفض المطلب فقط اذ لا بد من تقرير مآل للمطلب فاما التسوية او التفليس وليس في الفصل 3 من قانون 1995 ما يخالف محكمة الحكم المطعون فيه وقد احسنت تطبيق القانون القديم لان الطلب منذ منطلقه في التفليس وصرحت به بما يعني انه لم يحصل تغيير في نظام الانقاذ يوجب تطبيق القانون الجديد .

## عن المطعنين الثالث والخامس الماخوذين من الخطأ في تطبيق الفصل 19 وخرق الفصل 18 من قانون 17 افريل 1995

حيث ينسب الطاعنان للحكم المطعون فيه ان المحكمة لم تتحقق من تعذر استخلاص الدائن دينه طبق التتبعات الفردية كما لم يتضمن القرار المطعون فيه ما يفيد التوقف عن الدفع

وحيث ان طلب الدائن فتح اجراءات التسوية القضائية ضد مدينه يتوقف على اثبات عدم الخلاص والتوقف عن الدفع وان اشتراط اثبات التوقف عن الدفع، وتحديد تاريخه، يظل امرا صعبا بالنسبة للدائن ولذلك يسرّ عليه المشرع الاجراءات في طلب التسوية فلم يخضعه لموجبات الادلاء بكل المعطيات والمؤيدات المشروطة لقبول مطلب التسوية وهو مطالب بتقديم ما يفيد انه تعذر عليه استخلاص دينه بالطرق الفردية وهو ما يوفر لديه الصفة في تقديم مطلب التسوية القضائية الى رئيس المحكمة الابتدائية وهي مسالة منطقية لان الدائن يظل اجنبيا عن المؤسسة ولذلك فهو لا يطالب الا باثبات حلول دينه وتعذر استخلاصه بطرق التنفيذ الفردية مع بيان سبب ذلك ويمكنه ان يستند الى جميع وسائل الاثبات المتاحة لان الامر يتعلق باثبات واقعة قانونية وعليه اذا اثبت الدائن تعذر الاستخلاص يمكن اعفاؤه من اثبات التوقف عن الدفع بقلب عبء الاثبات على المدين عليه اثبات انه لم يتوقف عن الدفع ويمكنه ان يفي الدين موضوع الطلب وليس على الدائن اثبات التوقف عن الدفع فهذا الاخير لا يطلب الا بعدم التوصل الى التنفيذ وفق الطرق الفردية

وحيث وعلى هذا الاساس فان المحكمة هي التي تحدد التوقف عن الدفع وتحدد تاريخه وفي دعوى الحال فقد بينت المحكمة تاريخ التوقف عن الدفع والحالة المالية التي تم الوصول اليها فقد بينت المحكمة ان المؤسسة الطاعنة لم تعد لها اية امكانية لمواصلة النشاط

وغير قادرة على الخلاص بما يعني انها في حالة توقف كلي عن الدفع وقد وصلت الى الوضعية الميؤوس منها التي لا ينطبق الفصل 18 من قانون الانقاذ لسنة 1995 في ان ما لديها من موجودات ايجابية يمكن ان تسمح لها بخلاص الديون مقسطة وهي وضعية عدم القدرة على الخلاص وفق نص الفصل 18 من قانون انقاذ المؤسسات الذي بيّن أنه " تعد متوقفة عن الدفع على معنى هذا القانون على وجه الخصوص كل مؤسسة تكون غير قادرة على مجابهة الديون التي حل اجلها بما هو موجود لديها من سيولة ومن موجودات قابلة للتصرف على المدى القصير ". وهي وضعية الطاعنة وفق ما انتهى اليه القرار المطعون فيه وان الدفع بخلاص البعض من الدين لا يفيد خلافا لما ورد بالمطعن عدم توقف عن الدفع لان الدين موضوع فتح التسوية هو من الديون القديمة أي السابقة لانطلاق اجراءات التسوية والتي يجب خلاصها دون الديون الجارية بعد التسوية او الجديدة .

وحيث خلافا ايضا لما ورد بالمطاعن فالتوقف عن الدفع في اطار التسوية يختلف عن اطار التفليس فهو في اطار التسوية لا يعني سوى الصعوبة المالية الدائمة التي تتطلب علاجا ، وهي غير صورة الحال بينما يعني في اطار التفليس الوضع الميؤوس منه الذي لا يمكن علاجه ، ويؤول بالضرورة الى اقصاء التاجر من الحياة الاقتصادية لان الصعوبات متقدمة ويصعب فيها الاستجابة لطلب التسوية وفق قانون انقاذ المؤسسات لانعدام امكانية الانقاذ واتجه لذلك رد المطاعن المثارة لعدم وجاهتها .

## * عن المطعنين الرابع والسادس المأخوذين من عدم القيام بالاشهارات القانونية وخرق احكام الفصلين 25 و 22 من قانون الانقاذ عدد 34 لسنة 1995

حيث خلافا لما تضمنه المطعنين فان الاشهارات القانونية قد تمت وقد استوفت ايضا فترة المراقبة اعمالها وان عدم احترام الاجل في كلتا الحالتين لا يترتب عنه بطلان اجراءات التسوية فهي آجال استنهاضية ترمي الى حث كل الاطراف المتداولة على الاسراع في اجراءات الانقاذ تفاديا لتزايد المفعول السلبي للزمن للمدين دور مهم في التقيّد بها عندما يتعامل ايجابيا مع مطلب التسوية ويساهم في اعداد برنامج الانقاذ ليتفادى التاثير السلبي لطول الاجراءات على وضعية المؤسسة .

وحيث لم يتضمن المطعنين في الحالتين مجال خرق القانون وموجبات اثارته على معنى الفصل 175 من م م م ت ويتجه بذلك ردهما .

## * عن المطعن السابع المأخوذ من خرق احكام الفصل 37 من القانون عدد 34 لسنة 1995

حيث وخلافا لما جاء بهذا المطعن فان المتصرف القضائي كان عرض برنامج الانقاذ وتولى على ضوء ذلك القاضي المراقب اعداد تقرير مؤرخ في 28 نوفمبر 2016 انتهى فيه الى ان وضعية الشركة لا تسمح بانقاذها مقترحا تفليسها وبالتالي فان الاجراءات قد كانت سليمة من هاته الوجهة ولا شائبة تشوبها فقد طل هيكل بهامه المناطة به واتجه لذلك ردّ المطعن المثار لعدم وجاهته .

## * عن المطاعن الماخوذة من خرق القواعد المتعلقة بالتفليس والفصلين 475 و 478 من المجلة التجارية :

حيث تضمنت المطاعن ان محكمة الاصل لم تبرز استحالة الانقاذ وان الطاعنة في وضع ميؤوس منه ودون سماع ممثل النيابة العمومية الا انه خلافا لذلك فقد تضمن القرار المطعون فيه انه بالتحرير على ممثل الشركة الطاعن الثاني تبين ان الشركة المدينة ( المعقبة الأولى ) متوقفة عن النشاط منذ شهر مارس 2005 .

وان هناك استحالة مطلقة لاعادة ادماجها في الدورة الاقتصادية .

كما بينت المحكمة انه تمت مكاتبة لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية التي ابدت رايها بوجاهة التصريح بتفليس المؤسسة لانعدام امكانية الانقاذ وقد كانت المحكمة على صواب في ذلك فبرنامج الانقاذ ليس تصورا ذهنيا وفكريا بل هو دارسة موضوعية وبرنامج واقعي وعملي فالقاضي على اساسه يضع الحلول التي تستقر معها وضعية المؤسسات ولم تبين الطاعنة انها عرضت برنامجا للتخلص من وضعية التوقف عن الدفع واستعادة نشاطها المتوقف او انه تتوفر لديها المعايير الموضوعية التي يمكن على اساسها ان تسترجع توازنها المالي والاقتصادي بل انها في وضعية ميؤوس منها يستوجب الامر التصريح بتفليسها .

وحيث خلافا ايضا لما ورد بالمطاعن فقد تم التحرير على ممثل الشركة المدينة وتمّ تلقّي جوابه عنها باعتباره يمثلها وقد كانت النيابة العمومية في الطور الاول الابتدائي حاضرة ضمن تركيبة المحكمة حسب يتضح من محضر الحكم المؤرخ في 2017/7/4 ومن لائحة الحكم ايضا وقد يتشكله قضائية مكتملة التفليس يتقرر من الدائرة التجارية بالمحكمة الابتدائية .

ولا يمكن ان نتحدث عن هذه التركيبة بالطور الاستئنافي لانه لا توجد دوائر تجارية لديها ولا يشترط أي تركيبة خاصة في مثل هذه القضايا بالاطور الاستئنافي وحيث بات الطعن غير وجيه ويتجه رده .

## * عن المطعن المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون بتطبيق نص قد تم نسخه وهو الفصل 596 من المجلة التجارية :

حيث لا جدال كيفما سبقت الاشارة اليه اعلاه ان قواعد التفليس المنطبقة في قضية الحال هي القواعد القانونية الجديدة المضمنة بالكتاب الرابع من المجلة التجارية عملا باحكام الفصل 15 من الاحكام الانتقالية من القانون عدد 36 لسنة 2016 وتكون

بذلك محكمة الاستئناف حينما اكّدت على تطبيق احكام الفصل 596 قديم من المجلة التجارية والذي وقع الغاؤه صراحة بمقتضى القانون عدد 36 لسنة 2016 فيما يتعلق بسحب الفلسة على المسيّر واعرضت عن تطبيق احكام الفصلين 589 و 590 من م ت ( الجديدين) تكون قد اخطأت في تطبيق القانون وذلك بتطبيق نصّ قانوني وقع نسخه .

وحيث اقتضى الفصل 590 من المجلة التجارية " اذا تمّ تفليس الشركة يمكن التصريح بان يكون التفليس مشتركا بينها وبين كل شخص التجأ الى التستر بها لاخفاء تصرفاته وقام لمنفعته الشخصية باعمال تجارية وتصرف بالفعل في مكاسب الشركة كما لو كانت مكاسبه الخاصة .

وحيث يستشف من ذلك ان سحب الفلسة على المسيّر ( سواء بالفصل 596 قديم الذي وقع الغاؤه ) او بالفصلين 589 و 590 جديدين من م ت بعد تنقيح المجلة بالقانون عدد 36 لسنة 2016) يتوقف على شروط اجرائية واخرى موضوعية فلا يكون التفليس مشتركا الا اذا ثبت ان تصرف المسيّر كان وفق منفعته الخاصة متخفيا بالذات المعنوية وان يكون تصرفه في مكاسب الشركة كما لو كانت مكاسبه الخاصة ومع وجوب التفريق بين التصريح بالفلسة على المدين وسحبها على المسير وهو ما يعني انه على القرار المطعون فيه بيان الاسباب اعلاه وهو ما لم تقم به محكمة القرار المطعون فيه ومن قبلها محكمة البداية فهي قد سحبت منذ الطور الاول الفلسة على مسير الشركة المدينة ودون ان تتعرض في شروط الاشتراك في الفلسة اذ لم تبين بصفة واضحة وجلية الاخطاء التي قام بها المسير والتي ادت الى تفليس الشركة وهو ما يجعل قرارها مستهدفا للنقض واتجه التصريح بذلك .

## ولهذه الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض القرار المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بالقيروان للنظر فيها مجددا بهيئة اخرى واعفاء الطاعنين من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليهما .

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الاربعاء 12 فيفري 2020 عن الدائرة المدنية والتجارية الرابعة المتالفة من رئيسها السيد منصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجلاء المصمودي والسيد محمد المعز العروسي وبمحضر المدعى العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتب(ة) الجلسة السيد(ة)عائدة اسكندر.

**وحرر في تاريخه**