

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أحمد دراية - أدرار -

كلية الحقوق و العلوم السياسية



المسؤولية المدنية للبنك عن منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة

(دراسة مقارنة)

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق

تخصص قانون الأعمال

إعداد الطالبة :

إشراف الاستاذ الدكتور:

- محرز صليحة

* ازوا عبد القادر

لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة أدرار	أستاذ تعليم العالي	غيتاوي عبد القادر
مشرفا مقرر	جامعة أدرار	أستاذ تعليم العالي	أزوا عبد القادر
ممتحنا	جامعة أدرار	أستاذ تعليم العالي	بن زيطة عبد الهادي
ممتحنا	جامعة أدرار	أستاذ تعليم العالي	باحماوي الشريف
ممتحنا	جامعة أدرار	أستاذ تعليم العالي	محمد علي
ممتحنا	جامعة تيارت	أستاذ تعليم العالي	بوشي يوسف

الموسم الجامعي : 2024 - 2025

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

“ إِنَّا فَتَحْنَا لَكَ فَتْحًا مُّبِينًا (1) لِيَغْفِرَ لَكَ اللَّهُ

مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِكَ وَمَا تَأَخَّرَ وَيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكَ

وَيَهْدِيكَ صِرَاطًا مُسْتَقِيمًا (2) وَيَنْصُرَكَ اللَّهُ

نَصْرًا عَزِيزًا (3)”

صدق الله العظيم

سورة الفتح

الإهداء

“ الحمد لله حمدا كثيرا حتى يبع الحمد منتهاه وصلى الله على

سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين ”

أهدي ثمرة هذا الجهد

الى من كللهم الله بالهيبة والوقار ، الى من علماني العطاء بدون انتظار ، الى من أحمل اسميهما بكل افتخار ، الى من علماني العزيمة والإصرار ، الى من أوصاني بهما الله برا وإحسانا والذي الكريمين أطال الله في عمرهما وألبسهما لباس الصحة والعافية.

الى روج جدي وجدتي رحمهما الله واسكنهما فسيح جناته

الى من جمعني معهم البيت الواحد و كانوا لي خير السند إخوتي الأعزاء حفظهم الله.

الى رفيق دربي وشريك حياتي زوجي العزيز ، الذي صبر معي وحرص على نجاحي .

الى فلذات كبدي ، حفظهم الله ووفقهم في دراستهم.

الى كل من كان له دور في تعليمي ، أقدم لكم أسمى تعابير الشكر والتقدير. جعل الله سعيكم في

سبيل العلم في ميزان حسناتكم.

الى كل من دعمني لإتمام هذا العمل

محرز صليحة

تقدير وعرفان

الحمد لله الذي وفقني لخالص الأعمال، والذي أرشدني لطريق العلم
والاجتهاد لإتمام هذا العمل المتواضع،

أتقدم بخالص الشكر والتقدير وعظيم العرفان والامتنان "للأستاذ
الدكتور أزوا عبد القادر" الذي رافقني بإشرافه على هذا البحث، فلم يبخل
عليما بجهوده أو بوقته وكذلك توجيهاته ونصائحه القيمة، جزاه الله عني خير
الجزاء .

كما أتقدم بخالص الشكر وعظيم التقدير والاحترام للأساتذة أعضاء لجنة
المناقشة الموقرة على قبول مناقشة هذه الرسالة وتصويبها.

كما أتقدم بجزيل الشكر والعرفان للطاقم الإداري والبيداغوجي لكلية الحقوق و
العلوم السياسية بجامعة أدرار .

محرز صليحة

1- المختصرات بالعربية:

ج.ر.ج.ع : الجريدة الرسمية الجزائرية عدد

ص: الصفحة

2- المختصرات بالفرنسية :

Art.	Article.
C.Civ.	Code civil.
C.Com.	Code de commerce.
Cass. Com	Local commercial, style financier et économique cassation.
Cass. civ	Première chambre civile de la cour de cassation.
CCIP	Chambre du commerce et de l'industrie de Paris.
CECEI	Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CIRI	Comité interministériel de restructuration industrielle.
CODEFI	Comités départementaux d'examen des problèmes de finance entreprises
CORRI	Comités régionaux de restructuration industrielle
DDOEF	diverses dispositions d'ordre économique et financier
DDHC	Déclaration de projets de maison et de ville
op.cit	référence précédemment cité
p	page
éd.	Edition ou éditeur.
FAGAR	Le Fonds de garantie des Crédits aux PME dénommé algérienne
FDCJP promoteurs	Fonds de caution mutuelle de garantie risques/crédits jeunes
J.O.R.F	journal officielle de la république française
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union

مقدمة

لقد ساهم تطور مفاهيم الإفلاس في جعل التشريعات تميز بين التاجر حسن النية سيئ الحظ ويطبق عليه إجراءات تساعد على الخروج من الأزمة من خلال التسوية القضائية، والتاجر سيئ النية الذي يعتمد الإضرار بدائنيه وتطبق عليه إجراءات أشد تصل إلى حد العقوبة الجنائية.

ومع مرور الوقت أصبح الحفاظ على المشروعات التجارية هدفاً يحظى بالأولوية على تصنيفاتها متى كان ذلك ممكناً، فلا اعتبارات الاقتصادية والاجتماعية أو حتى مصلحة الدائنين قد تتحقق مع استمرار المشروع التجاري متى أقرت التشريعات حلولاً تسمح بتجاوزه للصعوبات المالية التي تعترضه.

ولقد جاء نظام انقاذ المؤسسات المتعثرة بمفاهيم جديدة شكلت نقلة نوعية في حماية المشاريع وانقاذها من الإفلاس تمثلت فيما يلي:

- إعادة النظر في مفهوم "الإفلاس". من حيث التخفيف من القسوة في معاملة المدين. كما يميّز بين الديون التجارية والمدنية، مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف المدين.

- إعطاء الأولوية للحلول الوقائية، من خلال المراقبة المسبقة للشركات والانذار بشأن وضعها المالي، بهدف منعها من التوقف عن الدفع، وهذه الإجراءات الوقائية في جوهرها لا يمس بسمعة التاجر الذي يعاني من صعوبات مالية تحول عن وفاء بالتزاماته بشكل مؤقت، على الرغم من قدرته على السداد لاحقاً.

- منح نظام الإنقاذ الأولوية للمشروع التجاري على حساب الدائنين، لضمان استمرارية المشروع. فانتهاء المشروع بالإفلاس قد لا يكون في مصلحة الدائنين والغير، بمن فيهم العمال. في حين أن استمراريته قد تعود بالنفع على جميع الأطراف.

- تغير كبير في وضع الدائنين ومراكزهم، يتجلى في صورتين:

1- تقليل دور الدائنين لصالح القاضي.

2- تقليل الفجوة بين الدائنين العاديين الذين يخضعون لقسمة الغرماء والدائنين الممتازين، مع تراجع ملحوظ في امتيازاتهم التي سعى إليها المشرع، واختفاء دور جماعة الدائنين وتراجع أهميتها.

- الفصل بين وضعية المشروع وصاحبه، ويتجلى ذلك في إعطاء الأولوية للمشاريع الأساسية ذات القيمة الاقتصادية، لضمان استمراريتها.

ولقد استلزم تطبيق نظام الإنقاذ توفر مجموعة من الوسائل والطرق الاجرائية المتبعة والتي من أهمها إعادة التمويل سواء من طرف الدائنين القدامى أو دائنين جدد.

وبالنظر إلى أن منح الائتمان يعد من المهام الرئيسية للبنوك فقد أدركت التشريعات أن إشراكها في نظام الإنقاذ يعد من المسائل ذات الأولوية في ظل خوف أغلب الدائنين من المخاطرة في منح ائتمان إضافي للمشروع المتعثر. فالبنوك هي أول طرف خارجي يمكن أن يقدم العون للمشروع المتعثر وذلك بإمداده بالتمويل اللازم للتغلب على الصعوبات المالية التي تواجهه لأن عامل المخاطرة يعتبر جزءاً رئيسية في العمليات البنكية، كما أن دراسة المركز المالي الفعلي للمؤسسة تمكن البنوك من وضع خطة لإعادة هيكلة، تضمن للمؤسسة الانطلاق من جديد.

وفي ظل هذا الدور الذي تؤديه البنوك قد تثار مسؤوليتها متى اعتبر باقي الدائنين أن هذا التدخل قد أضر بهم بشكل مباشر، إذ ساهم في تعقد وضعية المؤسسة المتعثرة، وهو موضوع هذه الدراسة.

أولا أهمية الدراسة:

تتجلى أهمية الدراسة في كونها تسلط الضوء على إحدى السبل التي تساهم في تجاوز المشروعات للصعوبات المالية التي تعترضها وهي حصولها على تمويل سواء من طرف دائنيها القدامى أو من طرف دائنين جدد، حيث منحت التشريعات المقارنة امتيازات خاصة للدائنين الذي يقبلون تمويل المشروع المتعثر من أهمها امتياز الأولوية في سداد ديونهم بالإضافة إلى المعاملة الخاصة فيما يتعلق بمسؤوليتهم عن ديون المشرع المتعثر متى توقف عن الدفع بعد منح الائتمان.

ثانيا: أهداف الدراسة:

- بحث موقف الدراسات المقارنة من الدائنين الذين يقبلون تمويل المشروع الذي يعاني صعوبات مالية، من حيث الامتيازات الممنوحة لهم ومن حيث مسؤوليتهم متى توقف المشروع عن الدفع بعد منح الائتمان.

- التعرف على حالات قيام مسؤولية البنك بصفته أحد الدائنين الذي يقبلون بتمويل المشروع الذي يعاني صعوبات مالية، وحالات عدم مسؤوليته.

- استخلاص نتائج وتوصيات تسمح للمشرع الجزائري باتخاذ موقف واضح بشأن الدائنين الذين يقبلون تمويل المشروع المتعثر، وذلك إطار الخطوة التشريعات المتعلقة بتعديل القانون التجاري الجزائري بالنص على آليات الوقاية وانقاذ المشروعات التي تعاني صعوبات مالية بالشكل الذي تبنته التشريعات المقارنة.

ثالثاً: إشكالية الدراسة

لقد تطلبت دراستنا لمسؤولية البنك المدنية عن منح الائتمان للمؤسسات في وضعية مالية متعثرة الانطلاق من الاشكالية التالية:

كيف يمكن للقواعد المنظمة للمسؤولية المدنية للبنك عن منح الائتمان تحفيز البنوك على قبول منح الائتمان للمؤسسات رغم كونها في حالة تعثر، وفي الوقت نفسه إقرار مسؤوليتها متى توقفت المؤسسة عن الدفع؟

رابعاً: صعوبات الدراسة

يمكن حصرها فيما يلي:

- ترجمة المراجع الفرنسية، وإعادة تحليل الاجتهادات والقرارات القضائية الفرنسية، وتطلب منا ذلك دقة في الترجمة، حتى لا تخرج المفاهيم عن مقاصدها الاصلية مما أطال عمر الدراسة.
- نقص المراجع المتخصصة في مجال انقاذ المؤسسات المتعثرة عن طريق تدخل البنوك نظرا لحدثة هذا الموضوع بالنسبة للتشريعات العربية.
- ندرة الأحكام والاجتهادات القضائية الجزائرية ذات الصلة بموضوع الأطروحة

خامساً: المنهج المتبع

لقد تطلب بموضوع البحث الاعتماد على المنهجين التحليلي والمقارن، فقد اعتمدنا المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص التشريعية وفهم مضامينها وتحليل الاجتهادات القضائية. أما المنهج المقارن وفي خضوع المسؤولية المدنية للبنك عن الائتمان للمؤسسات المتعثرة في القانون الجزائري للقواعد العامة التي تحكم الائتمان البنكي، فقد تم التركيز على القانون الفرنسي والذي تضمن أحكاماً خاصة بمسؤولية الدائنين عن منح الائتمان للمؤسسات

المتعثرة والتي شملت كل الدائنين المتدخلين في مرحلة الإنقاذ بما في ذلك البنوك، مع الإشارة في بعض البنود إلى التشريعين التونسي والمصري.

سادساً: تقسيم الدراسة

تم تقسيم الدراسة إلى بابين على النحو الآتي:

- الباب الأول: يتعلق بمبدأ عدم مسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة، نتطرق في الفصل الأول، إلى ظهور هذا المبدأ، والذي بدوره قسمناه الى مبحثين تطرقنا في الأول الى أسباب ظهور مبدأ عدم مسؤولية البنك، وفي الثاني الى نشأته وتطوره، أما الفصل الثاني، فنحدد من خلاله، نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية البنك، والذي قمنا بتقسيمه الى مبحثين، تطرقنا في الأول إلى نطاق تطبيق هذا المبدأ من حيث الاعتبار الشخصي، وفي الثاني نطاق تطبيقه من حيث الاعتبار الموضوعي.

أما الباب الثاني للدراسة: فيتعلق بحالات قيام مسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة، والذي قمنا بتقسيمه لفصلين اثنين تطرقنا في الأول الى حالات قيام مسؤولية البنك المحددة في المادة 1-650.L من القانون التجاري الفرنسي، وقسمناه لثلاث مباحث يتضمن الأول ، قيام مسؤولية البنك بسبب الاحتيال، أما الثاني فيضمن قيام مسؤولية البنك بسبب التدخل في شؤون المشروع المتعثر بصفته مديراً فعلياً ، أما الثالث نتطرق فيه لقيام مسؤولية البنك عند عدم تناسب قيمة الائتمان مع قيمة الضمان، بالنسبة للفصل الثاني يتضمن، قيام مسؤولية البنك خارج نطاق 1-650.L من القانون التجاري الفرنسي والذي بدوره قمنا بتقسيمه لثلاث مباحث كالتالي: الأول قيام مسؤولية البنك نتيجة إخلاله بالتزاماته عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة، والثاني قيام مسؤولية البنك نتيجة تصرفاته التعسفية.

الباب الأول

مبدأ عدم مسؤولية البنك عند منح

الائتمان للمؤسسات المتعثرة

الباب الأول : مبدأ عدم مسؤولية البنك عن منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة

يعتبر الائتمان مبدأً أساسياً في الحياة الاقتصادية، إذ يساهم في تطويرها ويضمن استمرارية وإنتاجية العديد من المؤسسات التي هي بحاجة للدعم المالي، فلم يترك المشرع المجال مفتوح للبنوك في منح الائتمان بل تدخل ونظم تلك المعاملات الائتمانية بين البنك والمؤسسات عن طريق مجموعة من التشريعات والقوانين المنظمة، حيث ظهر مبدأ عدم المسؤولية، هذا المبدأ لم يكن له أي أثر قبل سنة 2004 في مشروع القانون الأولي لإصلاح قانون الشركات التي تعاني من صعوبات مالية، وقد شكل نص المادة 1-650¹ من القانون التجاري بعد تعديلها بتاريخ 26 جويلية 2005 نقلة نوعية وبنداً أساسياً كان له الدور الكبير في تغيير مفاهيم ومعايير المسؤولية عن منح الائتمان، حيث جاء نصها كمايلي " عند فتح إجراءات الوقاية أو التقويم القضائي أو التصفية القضائية فإنه ،لا يمكن تحميل الدائنين المسؤولية عن الأضرار التي لحقت بالمشروع المتعثر نتيجة المساعدات الممنوحة له، إلا في حالات الغش، أو التدخل الخطير في إدارة المدين أو إذا تم أخذ ضمانات مقابل هذه المساعدات غير متناسبة .

وفي حال الاعتراف بمسؤولية الدائن يجوز للقاضي إلغاء الضمانات المأخوذة مقابل المساعدة أو تخفيضها"

وقد جاء هذا النص بتنظيم جديد لم يسبق أن عرفه التشريع من قبل يتمثل في حدود مسؤولية مانحي الائتمان للمؤسسات المتعثرة، ويهدف هذا النص إلى التشجيع على منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة عبر تخفيف مسؤولية البنوك عند قيامها بذلك، بحيث لا يمكن تصور قيام مسؤولية البنك عند مبادرته بمنح الائتمان ،مما يساهم بشكل فعال في دفع عجلة الاقتصاد في البلاد والمساهمة في التقدم، فلا يجوز وضع حواجز أمام تلك البنوك، خصوصا بعد عزوف العديد من البنوك

1 - L. 650-1 du Code de commerce (Modifié par Ordonnance n° 2008-1345 du 18 3 décembre 2008- art. 129)

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006239045-2006-01-01

عن منح الائتمان خوفا من قيام مسؤوليتهم بدعم المضيء، ويهدف ذلك لحماية الشركات من خلال التشجيع على التمويل.

وسنتطرق للتطور التشريعي لمبدأ عدم مسؤولية البنك في منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة في الفصل الأول، ثم نتطرق إلى نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة في الفصل الثاني .

الفصل الأول

نشأة وتطور مبدأ عدم مسؤولية البنك عن منح

الائتمان للمؤسسات المتعثرة

الفصل الأول نشأة وتطور مبدأ عدم مسؤولية البنك عن منح الائتمان للمؤسسات

المتعثرة

لم يكن مبدأ عدم مسؤولية البنك وليد الصدفة بل جاء نتيجة لعدة اعتبارات ساهمت في تعزيزه وظهوره في شكله الحالي، باعتبار أن دور البنوك جد كبير وفعال في الحياة الاقتصادية، واعتبار عدم مسؤوليتها مبدأ سيادياً لا يجوز المساس به، كما أن التمويل البنكي للمؤسسات هو أمر ضروري لبقائها على قيد الحياة، فالائتمان هو بمثابة الأكسجين للشركة.

لقد جاء مبدأ عدم مسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة نتيجة الصعوبات التي تواجه مبدأ تقرير المسؤولية وكذا الحرص على إنقاذ للمؤسسات المتعثرة وتشجيع البنوك على منح الائتمان، كما أن الحد من مسؤولية البنك يساهم بشكل كبير في تقديم التمويل المصرفي للمشروعات بصفة عامة والمشروعات التي تعاني من صعوبات بصفة خاصة فهي تعتمد على البنوك دون غيرها في الحصول على التمويل اللازم لإنقاذها من الإفلاس لذلك فإنه من الضروري تشجيع البنوك لتمويل المشروعات المتعثرة من خلال مايلي :

1- اعتماد المشروعات المتعثرة على البنوك لإنقاذها من الإفلاس:

بالرغم من وجود العديد من مصادر المالية التي يمكن أن تلجأ لها المؤسسات المتعثرة، إلا أن البنوك تبقى أكثرها أمناً وقوة، فبمجرد تعرض المشروع للاضطراب المالي يبدأ بالتواصل مع البنوك لطلب الدعم المالي، أو تجديد التمويل القديم فالبنوك هي المصدر الأول والرئيس لإنقاذ المشروعات المتعثرة، لكن تعرضها للمسؤولية عند تقديم التمويل المصرفي للمشروع المتعثر لا يشجع على منح الائتمان، وهذا مادي المحاكم في كثير من الأحيان لرفض الدعوى المرفوعة ضد البنوك عند تقديم التمويل المصرفي للمشروعات المتعثرة، في حال لم يتم اثبات جميع شروط قيام دعوى المسؤولية ضدها بهدف تشجيعها على التدخل لإنقاذ المؤسسات المتعثرة من الإفلاس.¹

¹ – Cass. Civ. Chambre commerciale, 21 Novembre 2018, n° de pourvoi: 17- 121.025

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000037677000> consultation du site date 04/04/2024 heure 21:00)

Cass. Civ. Chambre commerciale, 20 Juin 2018, n° de pourvoi: 16-27.693

2- تشجيع البنوك على تقديم الائتمان للمؤسسات المتعثرة

إن منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة، يستدعي الحد من المخاطر المختلفة التي تتعرض لها البنوك بمناسبة تقديم التمويل المصرفي لهذه المشروعات والتي من بينها خطر تعرض البنك للمسؤولية، فهو من أهم المحددات التي يضعها البنك بعين الاعتبار في اتخاذ قرار تقديم التمويل للمؤسسة المتعثرة، لكن لا يجوز للبنك اعتبار شرط المسؤولية كمبرر لرفضه منح الائتمان للمشروع المتعثر، ويعد مبدأ عدم مسؤولية البنك من أهم العوامل التي تحفز البنوك على تقديم الائتمان للمؤسسات المتعثرة.¹

ومن هذا المنطلق فإن مبدأ عدم مشروعية البنوك عند توزيعها للائتمان، تكون بعيدة عن المسؤولية المثارة حولها، و باعتبار أن مسؤولية البنك من حيث المبدأ باعتباره مبدأ مطلقاً و سيادياً لا يمكن المساس له، وبالرغم من حدوث بعض الهفوات و الأخطاء بشكل عرضي أو غير مباشر أو سواء كان ذلك بقصد أو إهمال.

فإن الاجتهاد منذ سنة 1970 في كل من فرنسا و بلجيكا، سار نحو إلقاء التبعة على البنوك المانحة للائتمان إلا أنه و في بعض الحالات لم يحمل للبنوك المسؤولية، ولم يتم إلقاء المسؤولية على البنوك إلا في حالة الضمانات القانونية، و بالرجوع إلى قرارات المحاكم فالملاحظ أنها ألقت على البنوك المانحة للائتمان المسؤولية بناء على المبادئ و المفاهيم التي دفعت المشرع الفرنسي إلى استصدار مادة جديدة و هي رقم 1-650 من قانون التجارة في إطار قانون حماية المؤسسات الصادر في 26 جويلية 2005 والذي وُضع حيز التنفيذ في 01 يناير سنة 2006

www.legifrance.gouv.fr/ consultation du site date 04/04/2024 heure 21:00)

¹ François BOUCARD, La responsabilité civile du banquier dispensateur de 1 crédit, in Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE et Michel STORCK (sous la directive de), Le Crédit, Aspects Juridiques et Economiques, Dalloz, 2012, p. 17- 18 277 عن أنور مطاوع المرجع السابق ص

م، ويهدف هذا القانون إلى حماية المؤسسات وإصلاحها وإعادة تصويبها وذلك عبر الدعم المالي¹.

إن مبدأ عدم المسؤولية وكما أسلف الذكر مر بمراحل عديدة ساهمت في تطوره و بلورته بالشكل الحالي في القانون التجاري الفرنسي، فقد كرست المادة L-650.1 المعدلة بتاريخ 26 جويلية 2005، والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من يناير سنة 2006، مبدأ لم يتم التعامل به في القانون الفرنسي من قبل، هذا المبدأ الذي دعا إلى عدم النيل من المؤسسة من المؤسسة اقتصاديا.

وقد تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين لمبحثين الأول نتطرق فيه نشأة مبدأ عدم مسؤولية البنك والمبحث الثاني نتطرق فيه لتطور مبدأ عدم مسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة

المبحث الأول نشأة مبدأ عدم مسؤولية البنك عن منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة في

فرنسا

إن العوامل التي ساهمت في نشأته كانت في فرنسا كون أن مصدر هذا المبدأ هو التشريع الفرنسي، وسنتطرق لنشأة و وتطور هذا المبدأ انطلاقا من بؤادر ظهور هذا المبدأ في التشريع الفرنسي، وعوامل صقله وتثبيته انتقالا الى مراحل تطوره التشريعي، فهذا المبدأ لم يكن وليد الصدفة بل مرّ بمراحل تشريعية مختلفة، بحيث لم يكن له أي أثر في التشريعات الفرنسية المرتبطة بإنقاذ المؤسسات المتعثرة قبل قانون حماية المؤسسات لسنة 2005 هذا ما يجعلنا نتتبع مراحل الأولوية التي غاب فيها هذا المفهوم قبل سنة 2005 ومراحل اللاحقة التي ضهر فيها مروراً بالمراحل التشريعية، ابتداءً بعرضه على البرلمان كمشروع إلى غاية اعتماده كقانون يتضمن في ثناياه المادة

1 - article l650-1 du code de commerce : « ... les créanciers ne peuvent être tenu pour responsables des »

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006239045-2006-01-01 consultation du site date

04/04/2024 heure 21:00)

L-650.1 التي نصت على مبدأ عدم مسؤولية البنك .حيث سنتطرق إلى ذلك تفصيلاً في المطالبين
المواليين كمايلي:

المطلب الأول المراحل القديمة لتطور مبدأ عدم مسؤولية البنك قبل سنة 1976

لم يكن توزيع الائتمان بالمعنى الدقيق خاضعا للمسؤولية المدنية ، ففي سنة 1804 أثناء إنشاء القانون المدني، تم إنشاء النظام العام للمسؤولية المدنية، ويجب القول إن مسؤولية المصرفي لم تكن في تصور المشرع الفرنسي أثناء ذلك، فهو لم يقدّر بتحديد مفهوم المخاطر المصرفية والمالية مثل المخاطر الصناعية، إذ أن توفير الائتمان يستلزم تحديد المسؤولية المدنية و الجزائية على حد سواء ولاسيما جريمة التواطؤ في الإفلاس، ومع ذلك فإن القضاة ، حاولوا ملء وسد هذا الفراغ القانوني .

لذا سنحاول التعمق في الفرع الأول لظهور مبدأ المسؤولية من خلال تتطبع التطور التاريخي، بداية من تخفيف الجزاء العقابي للإفلاس في الفترة الممتدة من 1804 الى غاية قانون 1955 ، ثم في الفرع الثاني قانون إصلاح المؤسسات المتعثرة 1967 ، ثم في الفرع الثالث على تبيان قصور هذا القانون :

الفرع الأول تخفيف الطابع العقابي في قوانين إنقاذ المؤسسات المتعثرة من سنة 1804 إلى غاية 1967

عند استلام نابليون السلطة، كانت حالات الإفلاس منتشرة بين التجار، وكانت فضائح الإفلاس تمثل عاراً اجتماعياً، ما دفع بالمشرعين إلى إقرار قوانين صارمة تم تضمينها في الكتاب الثالث من المجموعة التجارية الفرنسية الصادرة عام 1807. فكان القانون التجاري في نسخته الأصلية يتسم بالرغبة الأساسية في معاقبة رب العمل المفلس، بما في ذلك سجنه وحرمانه من الأهلية المهنية والمدنية، فضلاً عن مصادرة ممتلكاته.¹

¹ عبيد الرافع موسى، نظام الإفلاس الى اين، التجربة الفرنسية ،دار النهضة العربية، دراسة تحليلية لقانون سنة 1984 وقانون 1985 دار النهضة العربية 1995. ص 11-12

وقد قامت قوانين 28 مايو 1838 و 4 مارس 1889 بتخفيف هذا النظام، فصدر هذان القانونان تحت تأثير الطبقة البرجوازية وشكلاً تغييراً جذرياً في الكتاب الثالث من القانون التجاري الفرنسي. كما لقي هذا القانون إعجاب رجال القانون نظراً لأن نصوصه قد أعدت بعناية فائقة بواسطة مختصين في القانون التجاري، حتى أنه لم يتلق أي تعديل خلال قرن كامل سوى بعض التعديلات الطفيفة.¹

وقد غير هذا القانون أحكام الإفلاس بشكل كبير بحيث جاء بمايلي:

- 1- نص هذا القانون على إلغاء العقاب الجسماني .
- 2- خلق شكلاً موازياً للإفلاس يفضل فيه بين المدين سيئ الحظ وحسن النية فأنشأ ما يسمى بالتصفية القضائية كما أن المشرع خفف من الأحكام الخاصة بسقوط حقوق المدين فأجاز له أن يحتفظ بحق الإدارة لكن بمساعدة المصفي .
- 3- خفف من الأحكام الخاصة بسقوط حقوق المدين فأجاز له بأن يحتفظ بحق الإدارة ولكن بمساعدة المصفي.²

لقد شغل الرأي العام حينها ضحايا رؤساء مجالس الإدارة في القانون التجاري الذي لا يعتبرهم تجاراً، فلم تستطع إجراءات الإفلاس أن تتألمهم، فقد ظهرت صرامة أكبر تجاه رواد الأعمال بفضل المرسومين التشريعيين الصادرين في 8 أغسطس و 30 أكتوبر 1935، الذي أضاف فقرة للمادة 437 تسمح بملاحقة المديرين في الشركات والذين كانوا يختبئون خلف ستار الشركة، للتهرب من إجراءات الإفلاس مما أدى، من ناحية، إلى زيادة صلاحيات المحاكم وما يصاحبها من تقليص في صلاحيات الدائنين ومن ناحية أخرى، من خلال تطبيق إجراءات الإفلاس على الكيانات القانونية وإمكانية فرض عقوبات شخصية محددة على مديريها.

1 عبد الرافع موسى، المرجع السابق ص 13

2 لقد تضمن قانون 1889 قواعد قانونية غير كافية، بحيث كان من الضروري الرجوع الى نصوص الكتاب الثالث الخاص بالتجارة بصفة عامة والتي لم يتم تعديلها بقانون 1889 والذي نص صراحة في المادة 24 منه على أن احكام قانون التجارة تظل كما هي. عبد الرافع موسى، المرجع السابق ص 11-

ثم جاء المرسوم الصادر في 20 مايو 1955 الذي قام بتعديل قانون الإفلاس مرة أخرى من خلال التمييز بين التسوية القضائية - السماح للتاجر بسداد ديونه لدائنيه، مع استعادة زمام أعماله في نهاية الصلح - والإفلاس. وهذا الأخير، الذي أدى إلى التحفظ القسري على جميع أصول المدين، اتخذ بعد ذلك طابعا قمعيا أكثر وضوح. وفرق هذا القانون بين التاجر سيئ النية وبين التاجر قادر على إدارة تجارته.

بعد تخفيف العقوبات في هذا القانون لم يعد نظام الإفلاس يخيف أحد بل صار طريق للتخلص من الديون في بعض الأحيان أو سقوط للحقوق المدنية في حالات أخرى.¹

شهدت فرنسا نتيجة للهجوم الذي قاده HOUIN إصلاحا تشريعا كبيرا سنة 1967 حيث صدر القانون رقم 563-67 في 23 سبتمبر 1967 ، الذي يهدف الى تسهيل تصحيح مسار بعض المشروعات أو الشركات عن طريق مساعدتها ماليا، كما صدر القرار التنفيذي رقم 67-125 في 31 ديسمبر 1967 ودخل هذا الإصلاح حيز التنفيذ في 01 من يناير 1967 ليتم تطبيقه بأثر مباشر ، أي أنه لم يطبق على الإجراءات التي بدأت بعد هذا التاريخ.

لقد شكل هذا الإصلاح نقطة تحول كبيرة في تاريخ نظام الإفلاس من حيث أنه فرق بين الشخص والمشروع التجاري ، وبين مسألتى العقاب والذمة، ومن هنا برزت التفرقة بين التسوية القضائية وتصفية الأموال وكذا التفرقة بين بين إفلاس الشخص والإعسار، وهنا كان بإمكاننا الفصل بين التسوية القضائية والتصفية المالية باعتبارهما من الإجراءات المتعلقة بالمشروع²، أما الجزاءات المدنية والجنائية فهي متعلقة بالشخص ويكمن الهدف من هذه التفرقة في الفصل بين الذمة المالية للمدين كمالك للمشروع ، وماله علاقة بشخصه أو بالمديرين في الشركة، بحيث أن كل ذمة مستقلة عن الأخرى ولكل منها نصوص خاصة تطبق عليها إذ ليس من المعقول أن يكونا مجتمعان في نص واحد لا يفرق بينهما .

1 عبد الرافع موسى ، نظام الافلاس الى أين ؟ ، المرجع السابق ص 16-17

2 عبد الرافع موسى ، نظام الافلاس بين الإلغاء والتطوير ، دراسة تحليلية للتجربة الفرنسية ، دار النهضة العربية، بدون طبعة ، سنة 2013 ، مصر ص 42-43 .

الفرع الثاني قانون إصلاح المؤسسات المتعثرة لسنة 1967

صدر هذا القانون رقم 67-563 المؤرخ في 13 جويلية 1967 المتعلق بالتسوية القضائية وتصفية الأموال والإفلاس الشخصي، والأمر الصادر في 23 سبتمبر 1967 الذي يحدد لأول مرة مصير الشركة ومصير المدين، ثم وضع أربعة إجراءات متميزة¹:

1- إجراءات تعليق الإجراءات المطبقة على الشركات التي تواجه صعوبات ولكن ليس في حالة توقف عن الدفع.

2- إجراء التسوية القضائية المطبق على الشركات التي توقفت عن الدفع ومن المرجح أن تعود إلى وضع اقتصادي أكثر صحة بعد التصويت على التسوية مع الدائنين.

3- إجراء التصفية القضائية بهدف التصرف في موجودات الشركة ووقف نشاطها.

4- إجراء الإفلاس الشخصي الذي يؤثر على مدير الأعمال المذنب بسوء الإدارة.

حيث تم اعتماد نصي 13 يوليو 1967 و 23 سبتمبر 1967 خلال فترة النمو الاقتصادي، عندما كان فشل الأعمال يمثل ما بين 9000 إلى 10000 حالة سنوياً.

لقد تم توجيه انتقادات جوهرية لهذا النظام الذي أُسس في عام 1967، فقد كان الهدف الأساسي هو التركيز على الدائنين، حيث كان الحفاظ على نشاط الشركة ثانوياً نسبياً، وهو ما لم يكن مرضياً. ضف إلى ذلك، كان لموظفي الشركة دور محدود للغاية في الإجراءات التي كانت تتعلق أساساً بالمدين و دائنيه. وختاماً يمكن القول إن هذا القانون كان معقداً وبطيئاً في الإجراءات.

إن الإصلاح التشريعي الفرنسي ركز على نوعين من الأحكام كل منهما مستقل عن الآخر فالنصوص التي تعالج التوقف عن الدفع تؤدي بالضرورة إلى مايلي :

1 loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et la banqueroute et l'ordonnance du 23 septembre 1967.

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000878028>

consultation du site date 14/04/2024

heur 21:00)

1-البدئ بإجراءات تسوية الخصوم المالية أو العجز المالي الذي يتعلق بالذمة المالية¹. بحيث يمنح الدائنون للمدين مواعيد لدفع الديون، وتتقرر التسوية القضائية، ويتم ذلك بعيداً عن مصير المديرين، إذ يقتضي ذلك إقصاؤهم جرّاء سوء إدارتهم للمشروع أما إذا كان الوضع خلاف ذلك فهنا يتم اللجوء للتصفية القضائية عن طريق استئصال المشروعات المنهارة دون النيل من مسؤولية المديرين، حيث أنه في هذه الحالة يتم تبرأة المسؤولين وتحميلها للمشروع فتُغْلَى يدُ المدين عن إدارة أمواله وتُباع جميع أصوله وينقضي كلاً².

2- التفريق بين مركز المدين والمديرين وتصرفاتهم ، وهذا يؤدي الى أنواع مختلفة وجزاء تقع على عاتق الذين تسببوا أو ارتكبوا الأخطاء في إدارة المشروع .

غير أن هذه الإجراءات ضد الأشخاص تتميز بأنها لا تؤدي بطريقة حتمية الى تصفية، وهي أيضاً تفرق بين الشخص المدين والمشروع في حد ذاته ، بحيث يمكن منع المديرين من القيام بأعمال معينة تتعلق بالشركة مع استمرارها ، أو ربما تغلق الشركة في حالة التسوية القضائية ، مع إعلان وضع أحد المديرين تحت الرقابة والمتابعة ، وقد توضع الشركة أيضاً تحت التصفية المالية دون أن تصدر أية جزاءات ضد المديرين أو المدين ، وبهذا تستطيع المحكمة المحافظة على الشركة واستمرارها مع معاقبة من تسببوا في ارتكاب الأخطاء .

3- جاء قانون الإصلاح في فرنسا بطرح جديد يستدعي التفرقة بين المشروع القابل للحياة والمشروع المحكوم عليه بالموت اقتصادياً . كما يلي:

- المشروع القابل للحياة :إذا كانت المؤسسة أو المشروع يستحق أن ينفذ أو يحافظ عليه مع استبعاد عناصر الإدارة الفاسدة ، فيكون ذلك عبر خضوع الشركة للتسوية القضائية وتكون إما بتصحيح مسارها أو الحصول من الدائنين على تسوية ودية.

1 عبد الرافع موسى ، نظام الإفلاس بين الإلغاء والتطوير ، دراسة تحليلية للتجربة الفرنسية ، دار النهضة العربية ، مصر ، بدون طبعة ، سنة 2013 ، ص 40-41

خليل فيكتور تادرس، الطرق الودية والقضائية ، لإنقاذ المشروعات المتعثرة من الإفلاس، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي ، دار النهضة العربية، بدون طبعة بدون سنة القاهرة مصر صفحة 18-19، 2.

- المشروع المحكوم عليه بالموت اقتصاديا : وتطبق عليه أحكام التصفية المالية لحساب جماعة الدائنين ويكون مصيره النهائي الحكم بالإفلاس.

4- التوسع في مجال الإجراءات الجماعية بحيث أن أحكام الإفلاس لم تعد تطبق على التجار فقط سواء أشخاص طبيعية أو معنوية بل تعدت ذلك لتطبق على كل أشخاص القانون الخاص حتى ولو لم يكونوا تجارا.¹

5- تطور موقف الدائنين بحيث لم يعد الدائنين العاديون في موقف أقل من الدائنين الممتازين إلا أن دورهم في الإجراءات التي تتخذ ضد المدين أصبح محدودا في التصويت على الصلح في حالة التسوية القضائية ضد المدين، لأن فوضى تنظيم الدائنين جعلت من الصعب مراقبتهم، مما أدى الى اختفاء جماعة الدائنين ، أما الدائنون الممتازون فقد أدخلهم قانون سنة 1967 في جماعة الدائنين ولم يعد امتيازهم حائلا دون أن يقفوا على قدم المساواة مع بقية الدائنين ، فألزمهم بتقديم مستنداتهم للقائمين على التسوية القضائية أو التصفية مثلهم مثل نظرائهم العاديين،

5- تطور دور السلطات القضائية:

لقد اتسع دور القاضي في تحديد مصير المدين المتوقف عن الدفع على عكس دور الدائنين الذي تقلص، ففي القانون الفرنسي أصبحت المحكمة تتمتع بسلطة تقديرية كبيرة في اختيار طرق الإجراءات اللازمة ضد مشروع المدين حتى قبل أن يتوقف عن الدفع. فإن المحكمة هي التي تقدر ما إذا كان الأمر بوقف دعاوى المطالبة بالدين يصلح للمشروع أو لا.

6- إنشاء الهيئة التشريعية سنة 1967 في قانون 13 يوليو 1967 والمرسوم الصادر في

23 سبتمبر 1967:

والتي ركزت عملها على معيار التمييز بين إجراءات التسوية القضائية وتصفية الأصول والفصل بين الخطأ الذي ارتكبه المدين، بل إمكانية تقديم الصلح الجدي، يمكن أن تكون هذه العقوبات مدنية: وأخطرها هو الإفلاس الشخصي، وخطأ المدير، فمن حيث المبدأ، سواء كان

¹ Jérôme Lasserre Capdeville ;entreprises en difficulté ,LGDJ LEXTENSO 11 edition france p 36-37

مديناً أو مديراً للشركة، فإنه لا يخضع لأي عقوبة معينة لمجرد أن الشركة في حالة تصفية أو خاضعة لتسوية قضائية ولم تعد العقوبة مرتبطة تلقائياً بالنطق بالإجراء الجماعي.¹

7- تم وضع إجراء وقائي: يسمى التعليق المؤقت للإجراءات

الذي أنشأه الأمر الصادر في 23 سبتمبر 1967، والذي ينطبق على الشركات "التي تواجه وضعاً مالياً صعباً ولكنها غير معرضة للخطر بشكل لا يمكن إصلاحه والتي من المحتمل أن يسبب اختفاؤها اضطراباً خطيراً". على الاقتصاد الوطني أو الإقليمي والتي يمكن تجنبها في ظل ظروف تتوافق مع مصالح الدائنين.²

والملاحظ أن هذا النص تضمن على بذرة الأفكار التي تضمنها قانون 25 يناير 1985 الذي سيضع قانوناً حقيقياً للشركات التي تواجه صعوبات.³

الفرع الثالث قصور قانون الإصلاح لسنة 1967

مع مرور الوقت لاحظ الفقهاء أن هذا القانون يمتاز بالقصور في بعض الجوانب العملية حيث أنه من الشائع أن لكل مؤسسة دائنان رئيسيان يتسببان عادة في وصولها للإفلاس ، مما يضطر الشركاء الى طلب الائتمان أو استعمال جزء من الأصول وهما: الضرائب والتأمينات الاجتماعية والإجراءات الصارمة التي يتخذونها والتي لا تترك للمدين طريقاً سوى الاقتراض، إلا أن البنك أو المقترض يطلب وضعه في موقع الدائن الممتاز للحصول على ديونه في حالة التصفية.

1 عبد الرافع موسى ، المرجع السابق ص 45-46.

²Jérôme Lasserre Capdeville;entreprises en difficulté cit p 35

3 Corinne Saint-Alary-Houin . De la faillite au droit des entreprises en difficulté Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle.p. 389-412 .

<https://books.openedition.org/putc/1595> consultation du site date 14/04/2024 heure 21:00)

فبالرغم من أن القانون قد قدم حماية للمشروع بوقف إجراءات المطالبة، إلا أن الدائنون يحتجون بالقول بأن وقف هذه الإجراءات يؤدي إلى قتل الائتمان الذي هو عصب الحياة التجارية .

كما أن هذا القانون لم يقدم الحماية الاجتماعية والاقتصادية الكافية للمشروع ، بل قدم الحماية للعمال بصفتهم دائنين فقط وليس لهم الحق في الدخول في الإجراءات رسمياً، أو إبداء رأيهم في الضائقة المالية التي ألمّت بالمشروع .

لم يفلح هذا القانون في تحقيق النتيجة المرجوة منه، مما جعل من الضروري التفكير في تعديله خاصة وكونه تنظيم إجرائي لا يتناسب مع الأعراض الجديدة للإصلاح من حيث عدم توفير الحماية القانونية للدائنين القدامى، أو من ناحية الوقف المؤقت للمطالبات التي تأتي متأخرة ، وأدت إلى زيادة الإجراءات الجماعية وقتها ، إذ تراوحت نسبة المشروعات التي تم إنقاذها من 2 إلى 3 % فحسب كما أن جُل المشروعات التي طلبت الاستفادة من القانون كانت أصلاً متوقفة عن الدفع وذلك للأسباب التالية:

- 1- أهمل دور العمال والمستخدمين، ولم يضع الضمانات الكافية التي تشجع العمال أو الموردين على تقديم العون للمشروع المتوقف عن الدفع .
- 2- إن التدخل التام للقضاء في الإجراءات الجماعية أظهر فشل دوره في الإصلاح التشريعي، بحيث اتضح أن عدد المؤسسات أو الشركات التي تم إنقاذها سواء بوقف الإجراءات القضائية للمطالبة بالديون، أو بالتصالح مع الدائنين عن طريق التسوية القضائية كان ضئيلاً جداً مقارنة بالأعداد الكبيرة للشركات التي تمت تصفيتها، كما أن الدائنين سواء كانوا ممتازين أو عاديين لم يتلقوا مقابل ديونهم إلا القدر اليسير من قيمة هذه الديون .¹
- 3- لقد ألقى هذا القانون المسؤولية على عاتق المدين دون البحث في الأسباب الحقيقية للفشل الذي قد يكون لأسباب أخرى خارجة عن إرادة المدين.

¹ عبد الرافع موسى، نظام الإفلاس، المرجع السابق، ص 106 .

4- إن الجهاز القضائي الذي أشرف على تطبيق هذا القانون كان يعترض على الحالات الميؤوس منها فقط بحيث تقيد بالنص الحرفي دون البحث عن روح القانون ، والهدف الذي كان يسعى لتحقيقه ، متأثرين بالأنظمة القديمة للإفلاس ، التي حاول المشرع وضع نهاية لها.

5- لقد تضمنت نصوص هذا القانون عيوب خطيرة في صياغتها من الناحية الفنية، حيث كانت تشدد على أهمية دفع ديون الدائنين دون تشديد على الهدف الأساسي من النص وهو حماية المشروع و إنقاذه من الإفلاس حتى وإن كان ذلك على حساب الدائنين، حيث برز تناقض بين نصوصه فهو من جهة يشدد على تسديد الديون ومن ناحية أخرى يطالب بوقف إجراءات المطالبة بها، والأكثر من ذلك أن إجراءات المطالبة لا تطبق إلا في وجه الدائن الفرد الذي له حق عيني ثابت أما الدائنون العاديون فكان لهم حق الاعتراض بحيث كانوا يعترضون على منح المشروع أو المؤسسة فرصة الصلح الودي بالرغم من أن هذه الفرصة يمكن أن تؤدي إلى إنقاذه.

وفي الأخير ما يمكن قوله هو أن هذا القانون وإن جاءت أحكامه بطرق قضائية تساهم بإنقاذ المؤسسات المتعثرة إلا أنه حادّ عن هدفه الأساسي عند تطبيق أحكامه وأصبحت التصفية لتنفيذ ما يجري عليه العمل قبل إصلاح سنة 1967 أي إيقاع العقاب بالمدين.¹

وبلغت التسويات القضائية في فرنسا 11 سنة 1974 و 375 سنة 1980 و 895 سنة 1981 هذا ما جعل جميع الهيئات تدعو إلى الإصلاح الذي نتج عنه إلغاء قانون 23 سبتمبر 1967 وحلت محله قوانين ومراسيم هامة تتناسب مع الوضعية الاقتصادية الفرنسية، حيث سدّت الثغرات واهتمت بالمعطيات الاقتصادية وأعطت دعماً كبيراً للاقتصاد الفرنسي في وقت الأزمة المالية وتم إلغاء هذا القانون واستبداله بالقانون رقم 85-98 المؤرخ في 25 يناير 1985 الذي سنتطرق له بالتفصيل من خلال مايلي:²

المطلب الثاني المراحل الحديثة لتطور مبدأ عدم مسؤولية البنك بعد سنة 1985

¹ عبد الرافع موسى، المرجع السابق ص 107.

² احمد شكري السباعي ، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاوله ومساطر معالجتها، دار نشر المعرفة، الجزء الأول الطبعة الثالثة، سنة 2007 الرباط المغرب، ص 24.

لقد تدخل المشرع بجملة من الإصلاحات باعتبار أن القانون لا يتعلق بالناحية الاقتصادية والتجارية للمشروع فحسب بل يشمل كذلك الناحية الاجتماعية ولا يمكن فصلهما، حيث دعت الأغلبية في الجمعية الوطنية الفرنسية إعادة النظر وتشكيل لجنة برئاسة Sudreau أودعت تقريرها في 14 يونيو 1983 أمام الجمعية الوطنية وتضمن جميع ما يخص التجارة من نقص يتعلق بالطرق والوسائل التي تكتشف داخل المشروع عن علاقات التعثر المالي له أو تلك التي تتسم بطرق الوقاية من تطور الوضع السيئ للمشروع كما نص هذا التقرير على مجموعة من مشاريع القوانين الخاصة بالإصلاح كالتالي:¹

- مشروع قانون الوقاية من الأزمات التي تمر بها المشروعات أو المؤسسات المالية، والذي أصبح فيما بعد القانون رقم 174/74 الصادر في 01/03/1974.

- مشروع قانون التسوية القضائية، والذي أصبح قانون 97/85 لصادر في 25 يناير 1985 والخاص بإصلاح المسار والتصفية القضائية.

- مشروع قانون المديرين القضائيين، والذي أصبح قانون 85/79 الصادر في 25 يناير 1975 والخاص بإصلاح المسار والتصفية القضائية وقد اعتبر تقرير سيدرو الصعوبة المالية كأساس لتطبيق أحكام هذا القانون.²

مع اندلاع الحرب الباردة بين الولايات المتحدة والاتحاد السوفياتي في سنة 1983 و ارتفاع الأسعار العالمية للمحروقات، وجدت العديد من المشروعات الضعيفة اقتصاديا والتي لم تُحسّن أدائها المساعدات الممنوحة من اللجان³. وهذا ما دفع الجهات الرسمية للتدخل في كثير من الحالات خاصة بعد صدور قانون لا مركزية المحليات بفرنسا بتاريخ 02 مارس 1983 والذي أجاز للهيئات المحلية والمحافظات أن تقدم مساعدات من ميزانيتها للمشروعات المتعثرة، إذا رأت أن المصلحة الاقتصادية والاجتماعية للمنطقة تقتضي هذا التدخل.

1 محمد حسين فتحي ، التنظيم القانوني لإنهاء الإفلاس المخفف دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى 2018 ، مصر ص55.

² عبد الرافع موسى ، المرجع السابق ص 108

³ انظر الفصل الثاني المطلب الثالث المتضمن أشكال المساعدات التي تمنحها الدولة ص 130

ومن هنا أصبحت مسؤولية الدولة تجاه المؤسسات التي تمر بصعوبات مالية، لا تقل عن مسؤولية البنك المقرض، وهذا القول مبالغ فيه بالطبع لأن تدخل الدولة هو أمر ظرفي مرتبط بالأزمة الاقتصادية فقط، ومن خلال الفروع التالية نتناول أهم ما جاءت به القوانين المتعلقة بإنقاذ المؤسسات المتعثرة أو ما يُسمّى آخر قوانين حماية المشروعات حيث نتناول في الفرع الأول قانون سنة 1985 ثم يليه حصائل إحصائية تثبت فشل هذا القانون في تحقيق الأهداف المرجوة منه في الفرع الثاني ، وأخيرا في الفرع الثالث نشير الى قانون 1994 والجديد الذي جاء به إلى غاية صدور قانون سنة 2005.

الفرع الأول قانون التدابير الوقائية والتسوية لعثرات المشروع لسنة 1985

بعد تزايد المشاريع المتعثرة ظهر قانون 147 المؤرخ في 01 مارس 1984 والمتعلق بالتدابير الوقائية والتسويات الودية لعثرات المشروع، ثم تلاه القانون رقم 98 المؤرخ في 25 يناير 1985 والخاص بالإنهاض والتصفية القضائية للمشروعات¹ ، وهما قانونان يسمحان بالكشف المبكر عن تعثر المشروعات لأسباب حقيقية عقب أزماتها المالية ومحاولة النهوض بها قبل التوقف عن الدفع.

كانت المبادئ التوجيهية التي اعتمدها المشرع في عامي 1984 و 1985 مختلفة جذريا عن تلك التي أدت إلى اعتماد قانون 13 يوليو 1967 ومرسوم 23 سبتمبر 1967، وهما نصان أُلْغِيَا أيضا تماما بهذه النصوص التشريعية الجديدة. ومع ذلك لم يكن هذا الإصلاح سوى مرحلة جديدة في قانون الإفلاس الفرنسي الذي استمر تعديله منذ صياغة القانون التجاري في عام 1807، وتأرجح غرضه بين الأولوية المعطاة لمعاقبة المدين وتلك الممنوحة لاستمرار إفلاس نشاط الشركة.²

¹ تجدر الإشارة الى أن كلا القانونين قد ادمج ضمن الباب السادس من القانون التجاري الفرنسي انظر احكام الكتاب السادس .

² Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000693911>

(_ consultation du site date 23/04/2024 heur 21:00)

سعا القانونان الصادران في 1 مارس 1984 و 25 يناير 1985، من خلال اعتماد منهجية شاملة، إلى معالجة جميع الانتقادات الموجهة للتشريعات السابقة. وبالرغم من ذلك، وبعد مرور نحو عشرين عاماً، اتضح أن المبادئ التوجيهية والآليات التي اعتمدها المشرع في تلك السنوات لم تمكن من الحفاظ على النشاط الاقتصادي والعمالة في الشركات. بل إن كثرة التشريعات والمصالح المتعددة والمتناقضة التي أُلقيت على عاتق المشرع شكلت عبئاً لضمان التوازن بين قيود الاقتصاد واحتياجات المصلحة العامة، دون إغفال حقوق الدائنين، الذين يُعتبرون محرك الاقتصاد والتنمية. إعطاء الأولوية لحقوق الدائنين يعني حرمان قطاعات أخرى من الاقتصاد من مصادر التمويل الضرورية، مما يؤدي إلى زيادة فقدان الوظائف¹.

و لعل أهم ما جاء به هذا القانون:

أولاً: الحاجة إلى إصلاح قانون الإجراءات الجماعية الفرنسي.

كان الهدف من إصلاح قانون الإجراءات الجماعية بموجب القانون رقم 85-98 المؤرخ في 25 يناير 1985 هو معالجة الانتقادات الرئيسية الموجهة ضد قانون 13 يوليو 1967، حيث إن الإجراءات غالباً ما تؤدي إلى تصفية الشركات، وتتميز بالبطء والتعقيد، كما أن نتائجها المالية تكون متواضعة، خصوصاً بالنسبة للدائنين غير الممتازين أو العاديين. ثانياً: القضاء على حالات الإفلاس لأسباب تجارية.

سعى قانونا 1 مارس 1984 و 25 يناير 1985 إلى تحقيق هدفين ذوي صلة:

1- وضع آليات للوقاية من الصعوبات التجارية ومعالجتها مسبقاً.

2- مساعدة الشركات عندما تعجز عن الوفاء بالتزاماتها المالية في مواعيدها من خلال

توفير آليات تدعم استدامة النشاط والحفاظ على فرص العمل².

1 Jean-Jacques HYEST, Rapport n° 335 (2004-2005), déposé le 11 mai 2005 Projet de loi de sauvegarde des entreprises <https://www.senat.fr/rap/I04-335/I04-3351> consultation du site date 2024/04/14 heure 21:00)

2 احمد شكري السباعي ، المرجع السابق .ص 25

-يعتبر قانون 1984 الأساس للقوانين الفرنسية الحديثة، حيث تضمن ما يلي :

- 1-التدابير الوقائية :

- وضع مجموعة من الوسائل الوقائية وآليات قانونية تمكن مدير المشروع من اكتشاف الصعوبات المالية مبكراً، مما يمنع تفاقم الوضع أو التوقف عن الدفع، بما في ذلك إجراءات التسوية الودية .

- منح مديري المشاريع الحق في المطالبة بالتسوية، كما أتاح لهم إبرام اتفاقات مع المدينين الرئيسيين بشأن مواعيد السداد لتفادي التوقف عن الدفع .

- نص القانون على الإنذار الداخلي، الذي يتم من قبل مراقبي الحسابات أو العمال أو الشركاء من خلال إخطار المدير بالوقائع أو المخاطر التي تواجه الشركة. أما قانون 1985، المعروف بقانون التقويم والتصفية القضائية، فيهدف إلى ما يلي :

-- إلغاء نظام الإفلاس القديم لفظاً وجوهرًا، حيث تم حذف مصطلح الإفلاس من عنوانه "التقويم والتصفية القضائية"، باستثناء ما يتعلق بالإفلاس الشخصي للأشخاص الذين تتوفر

فيهم صفة التاجر أو الصانع التقليدي أو المدير القانوني أو الواقعي لشخص اعتباري¹.

ينطبق هذا القانون وفقاً لنص المادة 02 على جميع التجار، الحرفيين، والمزارعين من

الأشخاص الطبيعيين، وكذلك على أي شخص معنوي في القانون الخاص، وكل من استفاد من

التسوية المنصوص عليها في القانون رقم 147/84 المذكور سابقاً، في حالة عدم احترامه لتعهداته

مع واحد أو اثنين من دائنيه .

يهدف إلى ضمان استمرارية المشروع ونشاطه، والحفاظ على العمال، وتصفية الديون،

وقد تم تجسيد هذا المبدأ من خلال خطة التقويم القضائي، سواء بإعداد تقرير بخطة الاستمرار أو

احمد شكري السباعي ، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاول ومسااطر معالجتها، ادار نشر المعرفة ،الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ،سنة 2007 الرباط المغرب.ص 251

خطة التنازل. - تصفية الديون المتراكمة من المشروع دون الإشارة إلى الدفاع عن حقوق جماعة الدائنين .

- جاء هذا القانون بطرق متعددة لإنقاذ المشروع المتعثر وإعادة إحيائه، وهي:

2- فتح فترة المراقبة: وهي عبارة عن التماس من إدارة المشروع أو أحد دائنيه أو النيابة العامة، يتم تقديمه خلال 15 يوماً من التوقف عن الدفع، أو قد تبادر به المحكمة تلقائياً، ويتم فحص الالتماس وسماع المديرين والممثلين العاملين، ويصدر عقبا حكم تمهيدي إما باستمرار المشروع أو نقل ملكية أصوله.

تصدر المحكمة حكماً تمهيدياً لإعداد خطة اجتماعية واقتصادية تهدف إلى إنعاش المشروع من خلال استمرار نشاطه أو نقل ملكية أصوله. يتضمن الحكم أيضاً كشفاً عن وضعية المشروع المتوقف والمتعثر وتاريخ التوقف عن الدفع، الذي يجب ألا يسبق الحكم بأقل من ثمانية أشهر، بالإضافة إلى الأشخاص الذين أوكلتهم المحكمة مهمة إتمام الإجراءات، وهم القاضي المشرف والمدير القضائي وممثل الدائنين والعاملون بالمشروع.

1- الحكم المتعلق بمصير المشروع: الحكم باستمرار المشروع من خلال أساليب فنية، مثل تمديد آجال الوفاء بالديون عبر تأجيلها أو تخفيض قيمتها، من خلال خفض رأس مال المشروع. وقد ينتهي المشروع بحكم المحكمة بعدم جدوى استمراره وتطبيق التصفية القضائية.

2- تأكيد الفصل بين مصير المشروع ومصير المديرين: استمر العمل في هذا النهج، الذي ظهر في قانون 1967، من خلال التمييز بين مصير المشروع ككيان ذو أهمية مادية من الناحية الاقتصادية والاجتماعية ومصير مديري هذا المشروع كأشخاص طبيعيين قد تؤدي أفعالهم المتعمدة أو غير المتعمدة إلى تعثر المشروع وبالتالي يتم محاسبتهم بشكل مستقل عن المشروع بشرط أن يكون لديهم جميعاً خصائص التاجر أو المدير القانوني أو الفعلي للمشروع.¹

1 محمد حسين فتحي، التنظيم القانوني لإنهاء الإفلاس المخفف دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى 2018 ، مصر ص 65-66

من منظور عملي، يُلاحظ أن أهداف هذا التشريع لم تتحقق لأن الإجراءات العملية تعطي التصفية القضائية الأولوية القصوى، مما يؤدي إلى جمع جميع أصول المدين وإنهاء أنشطته. القانون رقم 85-98 الصادر في 25 يناير 1985 تعرض لانتقادات شديدة ليس بسبب أهدافه ولكن بسبب الأساليب التي يسعى من خلالها لإنعاش الشركات في ظل ظروف اقتصادية أو مالية أو اجتماعية صعبة. لذا فقد حان الوقت لإجراء تغيير حقيقي على قانون الإجراءات الجماعية وبدء إصلاح تشريعي كبير لزيادة كفاءته¹.

الفرع الثاني فشل قانون حماية المؤسسات لسنة 1985 .

ظلت نسبة إجراءات التعافي الفاشلة مرتفعة للغاية، ومعدل فشل عمليات إعادة التنظيم القضائي مرتفع جداً، بل أن البيانات الإحصائية قد أظهرت ارتفاعاً مفاجئاً منذ عام 1995 في نسبة قرارات التصفية مقارنة بعدد خطط إعادة التنظيم، بعد أن كان يبدو أنها استقرت لعدة سنوات بعند مستوى مرتفع بالفعل يبلغ حوالي 87%، واستمرت هذه النسبة في النمو، لتصل إلى 90% في عام 2002.

ان التطور في عدد خطط التعافي والتصفية القضائية التي تم إصدارها بجميع المحاكم التجارية والمحاكم العليا ذات السلطة التجارية ما نتج عنه هذا تأثيرين مختلفين، يعوض كل منهما الآخر جزئياً:

-انخفض عدد خطط الإنعاش بنسبة أكثر وضوحاً، حيث شهد انخفاضاً مستمراً من الحد

الأقصى البالغ 8600 خطة في عام 1996 إلى مستوى منخفض بلغ حوالي 4400 خطة في عام 2002.

- ومع ذلك، بشكل عام، منذ عام 1996، انخفض العدد الإجمالي لعمليات إعادة التنظيم والتصفية بشكل ملحوظ، بعد ذروة بلغت أكثر من 60.000 إجراء خلال العام. ومع ذلك، بدأ

1 Jean-Jacques HYEST, Rapport n° 335 (2004-2005), déposé le 11 mai 2005 Projet de loi de sauvegarde des entreprises <https://www.senat.fr/rap/i04-335/i04-3351.html> consultation du site date 14/04/2024 heure 21:00)

المستوى العام في الارتفاع مرة أخرى في عام 2002، بعد أن وصل إلى مستوى منخفض بلغ حوالي 42.500 في عام 2001.

و بالتركيز على نقطة دراسة نتائج الإجراءات فور ظهورها، يتبين لنا أن عدد طلبات افتتاح الإجراءات الجماعية في عام 2003 ظل مرتفعاً للغاية، حيث تجاوز 60 ألف طلب على مدار العام، وكانت المحاكم المختصة في هذا الشأن هي المحاكم التجارية.

كما يلاحظ أن القوانين السابقة لم تحدد تصوراً لمسؤولية البنك، بل اعتبرته غير مسؤول أثناء ممارسته لمنح الائتمان، إذ لا يعقل أن نحمله المسؤولية عن المساعدات التي قدمها للبنك. كما أن الدولة كانت تسهم سابقاً بمبالغ كبيرة في البنوك، لذا فإن القول بمسؤولية البنك يعني القول بمسؤولية الدولة. وبالتالي، فإن عدم مسؤولية البنك هو أصل قائم لا مجال لتغييره، بل يمكن فقط وضع استثناءات عليه.¹

الفرع الثالث بداية إصلاح قانون الإجراءات الجماعية لسنة 1994 و 2005

أن مجموعة القوانين والتعديلات السابقة لم تحقق تقدم المشروعات أو استمراريتها، مما كان الدافع الرئيسي لتدخل تشريعي جديد، تمثل في القانون رقم 475/94 الصادر عام 1994، الذي عدّل عدة نصوص في القوانين السابقة. تميز هذا القانون بالمرونة وتحسين إجراءات الإنذار، وزاد من سلطات رئيس المحكمة التجارية لتمكين تدخله السريع، وأنشأ الوكيل المفوض وأرسى دعائم التصفية القضائية في حال أصبح الإنقاذ مستحيلاً.²

الملاحظ أن هذا القانون لم يمس الخطوط العريضة لقانوني 1974 و 1975 بل ركز على إضافة البعد الاجتماعي، بالحفاظ على العمالة وتغليبه على حقوق دائني المشروع.³

¹ Jean-Jacques HYEST, Rapport n° 335 (2004-2005), déposé le 11 mai 2005 Projet de loi de sauvegarde des entreprises <https://www.senat.fr/rap/l04-335/l04-3351.html> consultation du site date 14/04/2024 heure 21:00

خليل فيكتور تادرس ، المرجع السابق ص 17-18.

³Corinne Saint-Alary-Houin . De la faillite au droit des entreprises en difficulté Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle.p. 389-412 .

<https://books.openedition.org/putc/1595> consultation du site date 2024/04/18 heure 23:00

قانون 1994 قد وسع الإجراءات وسرعها، خاصة فيما يتعلق بتفويض القاضي بالحكم الفوري بالتصفية القضائية دون فرض فترة مراقبة مسبقة، مع مراعاة الوضع المالي للمدين. وقد زاد من التزامات المدين لمكافحة التصرفات التي قد تؤدي إلى إفلاس الشركة، بالإضافة إلى استعادة حقوق الدائنين السابقين الذين يمتلكون ضمانات أو حقوق ملكية، والتي تقلصت في القوانين السابقة، مما يسعى إلى استعادة ثقة مانحي الائتمان.¹

لاحظ المشرع الفرنسي أن قانون الإجراءات الجماعية كان قاصراً عن تحقيق الأهداف المنشودة، حيث تفاقم الوضع الكارثي للعديد من الشركات (تم تسجيل 58000 حالة إفلاس في عام 1997، مما أدى إلى تسريح حوالي 325000 موظف). استدعى ذلك تدخل الحكومة، حيث جاء إصلاح قانون الإجراءات الجماعية بعد أعمال تحضيرية مطولة شارك فيها العديد من المهنيين. أرادت الحكومة في البداية التعرف على الصعوبات التي يثيرها القانون الساري، وقد أوكلت هذه المهمة إلى النواب العامين ومختلف الفاعلين الاقتصاديين والنقابيين، من خلال إجراء تشخيص، واتفق الجميع على ضرورة الإصلاح.

في سنة 1998، قامت المستشارية بتوزيع وثيقة توجيهية تحضيرية لإصلاح القانون عدد 148 لسنة 1984 المؤرخ في 1 مارس 1984 ورقم 98 لسنة 1985 المؤرخ في 25 جانفي 1985 المتعلقين بمعالجة صعوبات الأعمال لقد كان قانون الإصلاح جزءاً من برنامج الإصلاح العام للعدالة التجارية، وقدمته وزيرة العدل، في رسالة إلى مجلس الوزراء في 14 أكتوبر 1998.² شملت التعديلات تنظيم المحاكم التجارية والمهن المرتبطة بالعدالة التجارية. سعت وثيقة التوجيه

¹ Hélène Poujade (Auteur), Sophie Sabathier Le droit des entreprises en difficulté en schémas Editeur

Ellipses Date de parution 13/09/2022 p 07 https://www.editions-ellipses.fr/PDF/9782340073111_extrait.pdf

consultation du site date 2024/04/18 heure 21:00)

² Décret n°98-1232 du 29 décembre 1998 modifiant le décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 relatif au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises et le décret n° 85-1389 du 27 décembre 1985 relatif aux administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise.

consultation du site date 2024/04/18 heure 23:00

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000393001>

التحضيرية إلى تحسين قابلية قراءة النصوص وتنفيذها، ووضعت تدابير لمعالجة الصعوبات التي تواجه الشركات من خلال تحديد أغراضها ومجالات عملها بشكل أفضل، وتسهيل الإجراءات لضمان الشفافية والكفاءة الاقتصادية. بعد توزيع الوثيقة على المستشارية، قدمت اللجنة ملاحظاتها الأولية، التي أظهرت تأييدها العام للمشروع. عقب عرض مسودة أولية ثانية، أصدرت اللجنة تقريراً جديداً في 29 مارس 2001.¹ على الرغم من برنامج الإصلاح الطموح، فقد نظرت المحاكم في الموضوع، وتم التخلي عنه في عام 2002 بعد معارضة قوية من القضاة القنصلين، مما أدى إلى فشل المشروع الذي تم إعداده منذ فترة طويلة لإصلاح النصوص المتعلقة بمعاملة الشركات التي تواجه صعوبات.² في هذه المرحلة، لم يكن من الممكن اتخاذ أي تدابير لحماية الدائنين الذين يقدمون الائتمان.

تم دمج التشريعات السابقة من خلال الحذف أو الإضافة ضمن القانون التجاري الجديد الصادر بالمرسوم 912/2000 بتاريخ 18 سبتمبر 2000 في الكتاب السادس تحت عنوان حماية المشروعات المتعثرة. صدر الباب الأول من هذا الكتاب بعنوان الإنعاش والتصفية القضائية للمشروع، ومع استمرار التصفية القضائية للمشاريع دون إنقاذها، تبين أن إلحاق بعض النصوص بقوانين سابقة أو ضمها في موضع آخر أدى إلى عدم ارتباط النصوص وتفرقها وعزلها، بالإضافة إلى عدم ملائمة النصوص والقوانين المشار إليها بقانون التجارة مع القواعد العامة لإجراءات الجماعة الطبيعية لبعض الهيئات، مثل البنوك وشركات التأمين. كل هذا دفع المشرع الفرنسي إلى استحداث قانون جديد ومستقل لمعالجة موضوع التعثر، وهو ما ركز عليه المشرع الفرنسي في القانون التجاري الجديد برقم 845/2005 بتاريخ 26 يونيو 2005.³

¹ RAPPORT de Sénateur M. Jean-Jacques HYEST, sur LA LÉGISLATION APPLICABLE EN MATIÈRE DE RÉVENTION ET DE TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 décembre 2001.

<https://www.senat.fr/rap/r01-120/r01-1201.pdf> , consultation du site date 22/04/2024 heure 23:00

² لم يتم حتى فحص المشروع الأولي من قبل الجمعية العامة إذ توقف في مراحله الأولية.

نم محمد حسين فتحي، التنظيم القانوني لانتهاء الفلاس المخفف ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى سنة 2018 ، مصر، ص 70-713

دخل قانون 2005 المتعلق بإنقاذ المشروعات المتعثرة حيز التنفيذ في 01/01/2006¹ حيث تضمن مجموعة من التنقيحات والتعديلات في مواد الكتاب السادس من قانون التجارة الفرنسي. وقد تبنى هذا القانون اتجاهاً جديداً من الناحية الموضوعية والإجرائية، بعد مشاورات وتعليقات عديدة من ممثلي المشروعات ورؤساء المحاكم التجارية. يتمثل الجديد في إجراءات الإنقاذ التي تدعم المدين قبل التوقف عن الدفع، مما يتيح له اكتشاف عثرته مبكراً ويمنحه خيارات متعددة لمواجهة الصعوبات. يتم ذلك من خلال التوفيق الذي حل محل التسوية الودية، كما سمح القانون بالتنازل عن المشروع للغير بشروط معينة. يتميز قانون 2005 بأنه قانون تفاوضي ووقائي من جهة، وعلاجي من جهة أخرى، حيث يزداد دور القضاء في المراحل الوقائية وتبرز فيه إمكانية التفاوض في الإجراءات العلاجية.

أهم ما يميز قانون 2005 هو كونه قانوناً تفاوضياً ووقائياً من جهة، وعلاجياً من جهة أخرى، حيث يتعاضد دور القضاء في المراحل الوقائية، وتبرز فيه إمكانية التفاوض في الإجراءات العلاجية.²

المبحث الثاني : ظهور مبدأ عدم مسؤولية البنك عن منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة

ظهر هذا المبدأ لأول مرة لدى المشرع الفرنسي، حيث انتقلت المفاهيم العامة من نظرية الدعم التعسفي إلى عدم مسؤولية الدائنين مقدمي المساعدة للشركات التي تواجه صعوبات. إن رغبة المشرع في تحديد مسؤوليتهم مستوحاة من التشريعات الأجنبية، ولا يبدو أن أي تشريع قد نص سابقاً على الحد من مسؤولية المصرفيين. بل إن بعض البلدان قد نصت على مسؤولية

1 LOI n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000632645/> consultation du site date 22/04/2024 heure 23:00

2 لم يستطع قانون 2005 حل مشكل تعثر المؤسسات خصوصاً عقب الأزمة المالية وارتفاع أسعار النفط حيث أشارت الإحصاءات إلى 507 مشروعا متعثرا عام 2006 للقضاء ثم ارتفع العدد إلى 520 مشروعا عام 2007 ثم إلى 700 مشروعا عاما 2008 وفي ذات السنوات الثلاث السابقة التمس 50.000 مشروع فتح إجراءات الإنقاذ والتصفية القضائية وهو ما عكس ارتفاعا خطيرا في طلبات اللجوء لإجراءات الجماعية وصل لحد لجوء 60.000 مشروع لهذه الإجراءات عام 2009. محمد حسين فتحي ، المرجع السابق ، عن :

j-ph.hael.B MUNOZ-P2REZ.C.MOREAU .PREMIER BILAN STATISTIQUE DE Laplication de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 par les tridunaux de commerce . centre d'eutudeet recherche du ministère de justice 2008.

المصرفيين عن الائتمان التعسفي، وهو أمر رقابي فقط، كما كان الحال في فرنسا حتى دخول قانون الضمانات الوقائية حيز التنفيذ. أما الدول التي لا تنص على هذه المسؤولية، فإن هذا المنطق متجذر بعمق في أيديولوجية البلاد، خصوصاً في الدول التي تهيمن فيها البنوك العامة، حيث لا يُتصور قيام مسؤولية المصرفي فيها.

أجاز قانون السوابق القضائية "لاروش" الإجراء، ومنذ ذلك الحين، واجه المصرفي محاكمات متكررة، مما أسس لظهور نظرية الدعم التعسفي. ومع ذلك، سعى القضاء لتحديد مسألة مسؤولية المصرفي ضمن نطاق ضيق، مما قلل من فرص الإدانة. ثم تدخل المشرع وأرسى مبدأ عدم المسؤولية. يوضح هذا الإجراء "الواقعية الاقتصادية والتأثير الأنجلوساكسوني، الذي طغى على النهج المدني واللاتيني للإفلاس الذي أشار إليه الخطأ.

بعد ما تم ذكره، يتضح أن نشوء المادة L-650.1 من القانون التجاري لم يكن يسيراً، حيث أن مبدأ عدم المسؤولية نشأ نتيجة جهود طويلة الأمد للوصول إلى الصياغة الحالية لمسؤولية البنك. كما تم الإشارة إليه سابقاً، لم يكن هذا الإجراء موجوداً في البداية بأي شكل من الأشكال في المشاريع الأولية، بل ظهر بشكل متواضع في المشروع الذي قدمته المستشارية في 12 مايو 2004، ضمن إجراء التوفيق الوحيد.¹

في نهاية عام 2003، تم تقديم مشروع قانون أولي لحماية المؤسسات التجارية، والذي يتضمن عدة أحكام تهدف إلى تحسين الإجراءات. ومع ذلك، لم يقدم هذا النص أي تعديل على نظام الدعم التعسفي الذي ينتقده الدائنون الذين قدموا المساعدة المالية للشركة المدينة، على الرغم من أن بعض مجموعات العمل أثارت المشكلة أثناء إعداده. حيث اعتبروا أن نجاح الإصلاح يجب أن يرتبط بمراجعة نظام الدعم التعسفي، ولا سيما جلسة استماع السيدة أوبولنسكي.² دعت المديرة

¹Projet de loi de sauvegarde des entreprises . Avis n° 355 (2004-2005), déposé le 26 mai 2005

<https://www.senat.fr/rap/a04-355/a04-355.html> consultation du site date 28/04/2024 heure 21:00)

² Audition de Mmes Ariane OBOLENSKY, directrice générale de la Fédération bancaire française,

et Annie BAC, directrice juridique (procès-verbal de la séance du mercredi 2 juin 2004)

<https://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i2094.asp> consultation du site date 28/04/2024 heure 23:00)

العامة لاتحاد البنوك الفرنسي إلى ضرورة إنشاء حوار بين المدين والبنك لاستعادة الثقة في علاقاتهما. كما استتبعوا نظام الدعم المسمي، معتبرين إياه عائقاً أمام توفير الائتمان، مما يضر بالشركات وتمويل الشركات الصغيرة والمتوسطة واستدامة الأعمال. وأشارت إلى أن مشروع القانون قد تم تطويره لتأمين البنوك عند رغبتها في الدخول في الحوار.¹

المطلب الأول : بواير ظهور مبدأ عدم المسؤولية البنك في مشروع قانون 12 ماي

2004.

تم عرض المشروع على مجلس الوزراء الفرنسي. بعد استشارة مجلس الدولة بشأن المسودة الأولية لقانون حماية المؤسسات، تم تقديم النص إلى مجلس الوزراء الذي وافق على مشروع قانون حماية المؤسسات في 12 مايو 2004. يشتمل هذا المشروع الآن على 197 مادة، بينما احتوت المسودة الأولى على حوالي مائة فقط. يختلف مشروع عام 2004 عن المسودة الأولية في بعض الجوانب، حيث يبدو أكثر حداثة ويعتمد بشكل كبير على الفصل الحادي عشر من قانون الإفلاس الفيدرالي. تم تصميم الإجراء الوقائي الجديد استناداً إلى النموذج الأمريكي، مما يتيح للشركة الحصول على حماية قانونية دون الحاجة إلى التوقف عن الدفع. وقد تأثرت العديد من أحكامه بالقانون الأمريكي. سنستعرض مراحل تشكيل مبدأ عدم المسؤولية، بدءاً بالإشارة إليه في اتفاقية التوفيق في الفرع الأول، تليه مناقشة المبدأ في البرلمان في الفرع الثاني، ثم مناقشته من قبل البرلمانين في الفرع الثالث، وأخيراً مناقشته من قبل مجلس الشيوخ في الفرع الرابع.

الفرع الأول: النص على مبدأ عدم المسؤولية لأول مرة ضمن اتفاقية التوفيق

مبدأ عدم المسؤولية في سياق إجراءات التوفيق. بين نوفمبر 2003 ومايو 2004، شهد مشروع قانون الإصلاح تطوراً ملحوظاً، حيث تم إثراؤه بمقترحات الشركاء في تطوير المشروع، بما في

Audition de Mme Évelyne GALL-HENG, présidente du Conseil national des administrateurs judiciaires et 1 mandataires judiciaires, et de MM. Maurice Picard PICARD, vice-président, et Emmanuel HESS, ancien président (procès-verbal de la séance du 3 juin 2004) et suivantes du rapport d'information.

<https://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i2094.asp> consultation du site date 28/04/2024 heure 23:00)

ذلك الطلبات المتعددة من المهنيين في القطاع المصرفي، التي تدعو إلى تضمين نص في المشروع الجديد يهدف إلى تقليل مخاطر التنفيذ. وقد نص مشروع القانون لأول مرة على إعفاء البنك من المسؤولية في حالة إجراءات التوفيق، وذلك بموجب القانون رقم 845-2005 المؤرخ في 26 يوليو 2005.¹

يهدف إلى معالجة التحديات التي تواجهها الشركات من خلال اتفاق بين المدين ودائنيه الرئيسيين. يحل هذا الإجراء محل التسوية الودية السابقة مع بعض التعديلات في النظام القائم. يؤدي تقدم الإجراء إلى مفاوضات بين المدين و دائنيه، ويتميز هذا الإجراء بالحرية الكبيرة الممنوحة للمدين الذي يمكنه بمفرده أن يتولى زمام المبادرة لتحريك عملية التوفيق².

إن هذا القانون أعاد إرساء الطبيعة التعاقدية ، وذلك بجعل الموافقة على الاتفاق المبرم في إطار التوفيق اختيارية دائما وإلغاء خيار الأمر بوقف الإجراءات.³

وسنتطرق لمفهوم التوفيق وكذا الإجراءات القانونية التي نص عليها إجراء التوفيق في البنود التالية:

البند الأول : مفهوم إجراء التوفيق

اتفاق التوفيق هو اتفاق جماعي يُعقد بين المدين وجماعة الدائنين، يهدف أساسًا إلى تصحيح وضع المشروع المتعثر من خلال تقديم بعض التضحيات من قبل الدائنين، بغرض استدامة نشاط المشروع وإنهاء حالة التعثر. يتضمن هذا الاتفاق مجموعة من التعهدات، مثل إنشاء ضمانات محددة، زيادة رأس المال، أو التنازل عن بعض الأصول عبر منح تمويل إضافي من البنوك.⁴

¹ HARRAT Mohammed Le traitement des difficultés de l'entreprise pour assurer sa survie -étude comparative- THESE Pour l'obtention du diplôme de Doctorat en Sciences En Droit comparé des affaires Université d'Oran 2 faculté de Droit et des Sciences Politiques Année universitaire 2017-2018 p93

² وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على إجراء التسوية الودية ولا إجراء التوفيق. أما المشرع المغربي فقد نص على إجراء التسوية الودية المستوحى إلى حد كبير من القانون الفرنسي رقم 1 مارس 1984 المعدل بقانون 10 جويلية 1994. والأمر نفسه ينطبق على المشرع التونسي.

³ HARRAT Mohammed Le traitement des difficultés de l'entreprise pour assurer sa survie -étude comparative- THESE Pour l'obtention du diplôme de Doctorat en Sciences En Droit comparé des affaires Université d'Oran 2 faculté de Droit et des Sciences Politiques Année universitaire 2017-2018 p93

⁴ خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق قصص 458.

تنص المادة L.611-4 من مشروع قانون حماية المؤسسات على حالات تطبيق إجراءات

التوفيق على الأعمال التجارية والحرفية كما يلي:

الأفراد الذين يواجهون صعوبات قانونية أو اقتصادية أو مالية مؤكدة أو متوقعة.

الأفراد الذين يواجهون صعوبات قانونية أو اقتصادية أو مالية، مؤكدة أو متوقعة.

الأفراد الذين توقفوا عن الدفع لمدة لا تتجاوز 45 يوماً.

إن مدة التوقف عن الدفع التي يحددها المشرع تكون مفيدة للشركة التي تواجه صعوبات،

ولكن في كثير من الأحيان قد تؤدي إلى تفاقم وضع الشركة وتجعل الوصول إلى إجراء التوفيق

مستحيلاً، وفي حالة تجاوز هذه المدة، لا يكون أمام المحكمة سوى المضي قدماً في إجراءات

التسوية القضائية والإفلاس.

تنص المادة L.611-5 على أن إجراءات التوفيق تشمل الكيانات القانونية الخاضعة لوضع

تشريعي أو تنظيمي، والتي تتمتع بحماية حقوقها، باستثناء المزارعين، حيث تختص المحكمة العليا

ويقوم رئيسها بممارسة نفس الصلاحيات الممنوحة لرئيس المحكمة التجارية.

وقد وسع القانون التجاري من عدد الأشخاص المؤهلين للمطالبة بالتوفيق كما هو منصوص

عليه في المادة L.611-1، حيث يمكن أن يتقدم بطلب التوفيق ليس فقط التجار والحرفيون، بل

أيضاً جميع الأشخاص المعنوية مثل الشركات والتعاونيات والجمعيات والتجمعات ذات الأغراض

الاقتصادية. التوفيق ليس مرتبطاً فقط بالإجراءات الجماعية مثل التصفية القضائية أو التقويم

القضائي، إذ أن المؤسسات، نظراً لطبيعتها الخاصة، لا يمكنها الخضوع لهذه الإجراءات، لكنها

تستفيد من إجراء التوفيق مثل أصحاب المهن الحرة والأشخاص الطبيعيين غير التجار.¹

يتلقى رئيس المحكمة طلباً من المدين يحدد فيه بدقة وضعه المالي والاقتصادي والاجتماعي،

بالإضافة إلى احتياجاته التمويلية وطرق تلبيتها وفقاً لنص المادة L.611-6. يمكن لرئيس المحكمة

خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق ص 59¹

تعيين خبير لإعداد تقرير مفصل عن الوضع المالي للشركة، بغض النظر عن أي معلومات قد توفر تفاصيل دقيقة عن الوضع الاقتصادي والمالي للشركة.¹

بعد إدراج جميع الأفراد المؤهلين للاستفادة من هذا الإجراء، توضح المادة 4-L.611 الصعوبات التي تتيح للأشخاص الاستفادة من إجراءات التوفيق، والتي قد تشمل صعوبات قانونية أو اقتصادية أو مالية. ومن الجدير بالذكر أن الصياغة الواسعة للمواد المذكورة أعلاه قد أوجدت مشكلة على المدى الطويل، مما جعل رئيس المحكمة غير قادر على التعامل مع العدد الكبير من المدينين الراغبين في الاستفادة من إجراءات التوفيق التي تحول دون إفلاسهم.²

-إجراءات التوفيق

-إجراءات التوفيق "تبدأ إجراءات التوفيق برئاسة قاضي، حيث يتم تعيينه لفترة لا تتجاوز أربعة أشهر، مع إمكانية تمديدتها لشهر إضافي بناءً على طلب مسبب. تنتهي مهمة الموفق تلقائيًا بنهاية هذه المدة. "وبالتالي، لا يمكن المطالبة بالتعويضات أو تحميل المسؤولية للبنوك أو المؤسسات المالية التي قدمت الدعم في إطار الاتفاقية المعتمدة، إذ أن ذلك يتم ضمن إجراءات التوفيق. يتم تمويل الشركة من خلال المفاوضات التي تجرى بين المدين كشخص طبيعي أو ممثل قانوني لشخص معنوي أو بعض الدائنين. الموفق لا يعتبر طرفًا في المفاوضات، بل هو شخص معين من قبل القضاء. من خلال التفاوض، يتم دراسة الوضع من قبل جميع الأطراف، ويجب أن يكون التفاوض بين الدائنين والمدين شاملاً، مما يؤدي إلى وضع مشروع خطة مشتركة. يتم تنظيم هذا الحوار ضمن لجنتين: الأولى تضم جميع مؤسسات الائتمان، والثانية تضم الموردين الرئيسيين للشركة.

¹ PROJET DE LOI de sauvegarde des entreprises n 1596 , Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 mai 2004 <https://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl1596.asp> consultation du site date 01/05/2024 heure 23:00)

² C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, op. cit., p. 166

ينص الفصل 8 من مشروع القانون الصادر في 12 مايو 2004 على تقليل مخاطر الدعم التعسفي في إطار إجراء التوفيق. وفقًا للمادة L.611-11، يتم دفع اعتماد أو دين للمدين لضمان استمرار نشاط الشركة واستدامتها، بامتياز على جميع الديون الناشئة قبل افتتاح الصلح، وفقًا للشروط المنصوص عليها في المادتين L.622-15 و L.641-13. ولا يمكن تحميل هؤلاء الأشخاص، باستثناء حالات الاحتيال أو السلوك المسيء بشكل واضح، المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن المساعدة المقدمة نتيجة لاتفاقية تمت الموافقة عليها¹.

البند الثاني : آثار إجراء التوفيق

على عكس التسوية الودية لقديمة فإن التوفيق لا يؤدي تعليق الاجراءات الفردية من قبل الدائنين ضد لشركة فقط الموافقة على الاتفاقية هي التي ستجعل من الممكن تعليق أي إجراء قانوني.

في حالة عدم الموافقة، يمكن للمدين أن يطلب من رئيس المحكمة تطبيق المواد من 1-1244 إلى 3-1244 من القانون المدني الفرنسي، مما يمنحه فترة سماح. ولا يجوز وفق إجراءات التنفيذ التي يديرها الدائنون الإقرار بهذا المعنى إذا توصل المدين والدائن إلى هذا الاتفاق. يقوم رئيس المحكمة، بناءً على طلب مشترك من الأطراف، بتدوينه ومنحه القوة التنفيذية، ويصدر حكمًا بناءً على إقرار معتمد من المدين يصرح فيه بأنه لم يكن متوقعًا عن الدفع عند إبرام الاتفاق أو أنه أنهى التزاماته.

كما أن القرار المنشئ للاتفاقية غير قابل للنشر وغير قابل للإستئناف، وينتهي إجراء المصالحة، ويجوز للمحكمة أيضا الموافقة على الاتفاق الذي يتم الوصول عليه بناءً على طلب المدين إذا توافرت الشروط التالية:

1- ألا يكون المدين في مرحلة التوقف عن الدفع أو ينص الاتفاق على ذلك.

¹ Article 6-7-8de PROJET DE LOI de sauvegarde des entreprises n 1596 , Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 mai 2004. <https://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl1596.asp>

2- من الضروري أن تضم شروط الاتفاقية بنوداً تنص على استمرارية النشاط.

3- ألا تضر الاتفاقية بمصالح الدائنين غير الموقعين.

عندما يوقع رئيس المحكمة على الاتفاق وتقره المحكمة، يمكنه بناءً على طلب المدين تعيين الموفق وكياً لتنفيذ الاتفاق طوال مدة التنفيذ. في حال وجود صعوبات تعترض تنفيذ مهمته، يتعين على الوكيل المعين تقديم تقرير فوري وفقاً للظروف إلى رئيس المحكمة، الذي يمكنه عندئذٍ إنهاء مهمته بقرار يُبلغ به المدين. كما يمكن للمدين أيضاً في أي وقت طلب إنهاء هذه المهمة. يلتزم جميع أطراف الاتفاقية بالسرية مما يجعل هذه الاتفاقية لا تخضع لأي التزام بالنشر، ولا تخضع لأي حق.¹

إذا كانت الصيغة الأولية للتوفيق جذابة لطبيعتها السرية، مما يمنع الشركة من التعرض لتشويه السمعة وفقدان ثقة المستثمرين المحتملين، فإن الصيغة الثانية التي تعتمد على الموافقة على الاتفاقية تتمتع بمزايا أخرى².

ويقترح مشروع القانون تعزيز أمان وضع الدائنين في إجراءات التوفيق المتعلقة بالائتمان البنكي. من جهة، يسعى إلى تأمين الوضع القانوني للبنوك التي تقدم الائتمان لشركات تواجه صعوبات، من خلال تقييد نطاق الدعم التعسفي. ومن جهة أخرى، يتيح للدائنين الاستفادة من حق الامتياز بالأولوية في سداد هذا الائتمان.

يقترح مشروع القانون، من خلال إدخال الفصل L. 611-11 الجديد في المجلة التجارية، أن الأفراد الذين يوافقون، في اتفاق التوفيق المعتمد حسب الأصول، على "اعتماد أو سلفة للمدين بهدف ضمان استمرار نشاط الشركة واستدامتها" لا يمكن مقاضاتهم بتهمة الدعم المسيء، "باستثناء الاحتيال أو السلوك المسيء بشكل واضح من جانبهم". كما تم الإشارة إليه سابقاً.

¹Article L611.15 du Code de commerce française

² HARRAT Mohammed ,op.cit p. 100.

وقد جاء هذا الاقتراح القانوني، ليطمئن الدائنين الذين يحتمل أن يزودوا الشركة التي تواجه صعوبات برأس المال لتمكينها من مواصلة نشاطها.

علاوة على ذلك، ينص مشروع القانون على أن الائتمان الممنوح خلال مرحلة التوفيق يجب تسديده "بامتياز لجميع الديون الناشئة قبل افتتاح المصالحة". عملياً، يتضمن ذلك منح "امتياز فائق" للدائنين مقابل "الأموال الجديدة"، ويهدف إلى تحفيز الدائنين على منح الائتمان الذي يسمح باستمرار النشاط. يشترط لهذا الامتياز شرطان.:

يجب النص على الائتمان في اتفاقية التوفيق.

يجب أن يضمن الائتمان استمرار نشاط الشركة و استمراريته

وبالتالي، فإن الدائنين القادرين على الاستفادة من هذه الأحكام هم في الأساس دائنون سابقون للشركة، حيث نادراً ما تتعامل المؤسسات المصرفية مع الشركات التي تواجه صعوبات كعملاء جدد. ومع ذلك، فإن لهؤلاء الدائنين مصلحة، إذا كان بقاء الشركة ممكناً، في منح ائتمان جديد على أمل استرداد كل أو جزء من ديونهم السابقة.¹

فتوافق المصلحتين، وهما مصلحة البنك في الحماية من مخاطر المسؤولية والملاحقة القضائية نتيجة الدعم غير المناسب، ومصلحة المدين في استمرارية الشركة، جعل من إجراءات التوفيق عنصر جذب لكلا الطرفين.²

بحيث يقدم المدين اقتراحاته إلى اللجان لوضع مشروع الخطة، وتناقش اللجان هذه الاقتراحات مع المدين والمسؤول القضائي. يتخذون قراراً بشأن المشروع المعدل إذا اقتضت الحاجة، بناءً على

¹ Hélène Poujade (Auteur), Sophie Sabathier Le droit des entreprises en difficulté en schémas Editeur Ellipses Date de parution 13/09/2022 p 18 https://www.editions-ellipses.fr/PDF/9782340073111_extrait.pdf consultation du site date 08/05/2024 heur 23:00)

² Hélène Poujade (Auteur), Sophie Sabathier op.cit p 18 https://www.editions-ellipses.fr/PDF/9782340073111_extrait.pdf consultatio du site date 08/05/2024 heur 23:00) visite

هذه المناقشات، وتصدر اللجان قراراتها وفقاً لقواعد الأغلبية المحددة المتعلقة بعدد الدائنين ومقدار الديون المعتمدة من مراقب الحسابات.

عند اعتماد اللجان لمشروع الخطة، تضمن المحكمة حماية مصالح جميع الدائنين. في هذه الحالة، يتم إعداد الصيغة النهائية للخطة وفقاً للمشروع المعتمد. ويُطبق قرارها على جميع أعضائها الاقتراحات التي تقبلها كل لجنة من أغلبية الدائنين الذين يمثلون على الأقل ثلثي مبلغ الديون.

الفرع الثاني: عرض مبدأ عدم مسؤولية البنك على البرلمان.

لم يُدرس المشروع إلا في بداية عام 2005. بالإضافة إلى ذلك، تم اختصار دراسة المشروع إلى قراءة من قبل المجلس، بعد إعلان الحكومة حالة الطوارئ. وبالتالي، بدأت مناقشة المشروع في مارس 2005 في الجمعية الوطنية واستمرت في مجلس الشيوخ في يوليو، وتم اعتماد النص بشكل نهائي في 13 يوليو 2005 بعد عرضه على اللجنة المشتركة. على الرغم من أن المناقشات البرلمانية كانت قصيرة نسبياً بسبب حالة الطوارئ المعلنة، إلا أنها أثارت العديد من نقاط النقاش. إذ تم اعتماد عدة تعديلات، خصوصاً في مجال عدم مسؤولية البنوك. وقد استدعى ذلك عرض مشروع قانون الأعمال على البرلمان. غالباً ما يواجه تمويل استمرار نشاط الشركة عقبة تتذرع بها مؤسسات الائتمان بانتظام، وهي الخوف من تحمل المسؤولية لاحقاً بسبب الدعم غير المناسب، مما يترتب عليه تكاليف مالية باهظة، من المحتمل أن تتجاوز مقدار الالتزام¹.

وركز مشروع القانون على ثلاثة عناصر متميزة ومتكاملة ساهمت في صقل بدايات مفهوم

عدم المسؤولية وتتمثل فيما يلي:

1 CF Rapport n° 2095 paru chez MX De ROUX, au nom de la commission des lois constitutionnelles, du pouvoir législatif, et de l'administration républicaine, sur le projet de loi (n° 1596) de stockage d'entreprise, le 11 février 2005, article 8 Accords sur la répartition du capital pour la suite d'activation

<https://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2095.asp> consultation du site date 12/05/2024 heure 23:00)

1 - تسديد قيمة القرض مع الاستفادة من امتياز الجديد الممنوح في إطار الاتفاقية المادة

L-611.11¹.

2- غياب الإدانة بالدعم المسيء بشكل واضح حيث جاء كما يلي " لن يتم المطالبة

بمسؤولية الممول إلا في حالة الدعم التعسفي أو الاحتيال " الواضح " .

3- إمكانية تأجيل تاريخ التوقف عن الدفع إلى التاريخ النهائي للموافقة على الاتفاقية.

ومع ذلك، فإن هذه الخصائص الثلاثة في الآثار القانونية الناتجة عن هذا السياق بالنسبة

للأطراف الثلاثة، تخضع لشروط اعتبرتها الحكومة ضرورية من الناحية القانونية والدستورية

إن الموافقة المستندة إلى عدم التوقف عن الدفع أو زواله، نتيجة الاتفاق الذي يتمتع بقوة

الأمر المقضي، لا يمكن أن تتأسس إلا بحكم قضائي، وهو حكم قابل من حيث المبدأ للاعتراض

من قبل طرف ثالث، ويجب أن يكون الحكم قد تم الاطلاع عليه من قبل جميع الأطراف، وليس

فقط طرفي اتفاق التوفيق.

- لا يمكن اتخاذ القرار إلا بعد جلسة استماع تتيح الاستماع إلى جميع أصحاب المصلحة،

بما في ذلك ممثلو مجلس العمل، مما يضمن احترام الالتزامات المحددة لشركة مجلس العمل وفقاً

للكتاب الرابع من قانون العمل الفرنسي، يجب مراعاة الطرف الثالث في اتفاق التوفيق من خلال

تحقيق توازن بين الأطراف الثلاثة يضمن المساواة في الحقوق والالتزامات، دون تفضيل مصلحة

طرف على آخر. يخضع اتفاق التوفيق للشروط التالية:

- توفير كافة تدابير الإعلانات، وإمكانية الطعن في معارضة طرف ثالث خلال عشرة أيام

فقط، كما هو منصوص عليه حالياً في النصوص التنظيمية لجميع الإجراءات الجماعية.

CF Rapport n° 2095 paru chez MX De ROUX, au nom de la commission des lois constitutionnelles, du pouvoir 1 législatif, et de l'administration républicaine, sur le projet de loi (n° 1596) de stockage d'entreprise, le 11 février 2005, article L611-11 Accords sur la répartition du capital pour la suite d'activation.

<https://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2095.asp>

Consultation du site date 12/05/2024 heure 20:00)

- الاستماع إلى ممثلي الموظفين الذين لن يمكن استشارتهم إلا بعد انتهاء عملية التوفيق، في حين أن التنفيذ الفعال يتطلب دعم الموظفين، الذين قد يعارضون التوقيع على أي اتفاق، خصوصاً في الحالات التي تتطلب السرية¹.

وتم² تحديد الحالات التي قد تضع البنك تحت مسؤولية الدعم التعسفي يقتصر على فرضيتين لتحدي مسؤولية المصرفي:

- 1- الفرضية الأولى تتعلق بالاحتيال والدعم المسيء بشكل واضح.
- 2- الفرضية الثانية، التي تتسم بغياب الدقة وتتطلب إثبات الاحتيال في سياق الشركات التي تواجه صعوبات، تجعل من الصعب العثور على الأدلة وهنا يتجلى دور القاضي وسلطته التقديرية في تحليل وتقييم الوقائع. وقد اقترح "دي روكس" تقليل التقدير الذاتي للقاضي من خلال محاولة إضفاء الموضوعية على النظام، كما يتضح في العبارة "اتخاذ الخطوات اللازمة لتشجيع الجميع على الموافقة على جلب أموال جديدة".

الفرع الثالث: المناقشات البرلمانية على مشروع مبدأ عدم مسؤولية البنك

تم اقتراح تعديل بسبب عدم دستورية الحكم، حيث قدم أحد أعضاء المعارضة، السيد منتيبورغ، تعديلاً لنص المادة 08 من مشروع القانون الذي عرضه المقرر دي روكس، ودعا للتصويت على رفض القانون بدعوى عدم دستوريته. وقد تمت الإحالة إلى المجلس الدستوري، حيث اقترح إدراج مادة جديدة لمشروع القانون، وهي المادة 142 مكرر وكذا حذف الفقرة 02 من المادة 08³ الهدف

¹ CF Rapport n° 2095 paru chez MX De ROUX, op.cit, article L611-11 Accords sur la répartition du capital pour la suite d'activation <https://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2095.asp> consultation du site date 12/05/2024 heur 20:00)

² CF Rapport n° 2095 paru chez MX De ROUX, op.cit <https://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2095.asp> consultation du site date 12/05/2024 heur 20:00)

³ La modification l'article 08 « Art. L. 611-11. — À L. 622-15 et L. 641-13. »

<https://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r2095.pdf> consultation du site date 12/05/2024 heur 23:00)

من ذلك هو وضع آليات موحدة وعامة للحد من المسؤولية عن الدعم التعسفي، وقد أيدت اللجنة هذا الاقتراح وتم عرض مشروع القانون للقراءة في جلسة علنية.¹

البند الأول: المناقشات العامة لمبدأ عدم مسؤولية البنك

- الطرح الأولي لمشروع القانون حماية المؤسسات من طرف وزير العدل

في جلسة 01 مارس 2005، قدم وزير العدل آنذاك عرضاً لأهداف قانون إصلاح الشركات التي تواجه صعوبات، مشيراً إلى انعدام الأمن الاقتصادي والأمن الوظيفي، وهو نقص كان موجوداً قبل الإصلاح. وأكد على ضرورة استعادة الثقة والأمن الاقتصادي لضمان النمو الاقتصادي، حيث تُعتبر الثقة عنصراً مهماً مرتبطاً أساساً بتوفير الائتمان لاستمرار نشاط الشركات التي تواجه صعوبات.

تعتبر البنوك الجهة الوحيدة القادرة على تقديم المساعدة الفورية لشركة تعاني من صعوبات. الهدف الأساسي من الإصلاح في هذا المجال هو تعزيز الأمن القانوني للبنوك التي تختار دعم الشركات المتعثرة، مما يساهم في تقليل مسؤولية البنك، خصوصاً في حالات الاتهام بالدعم المسيء. وقد وصف وزير العدل هذا النظام بأنه يحقق فائدة للطرفين، حيث تستفيد البنوك من حق الامتياز، بينما يحصل الدائنون على فرصة للإنقاذ من الإفلاس.

ومع ذلك، لم يحظَ هذا المشروع بتأييد النواب بالإجماع. في الواقع، الآراء متباينة بشكل كبير بشأن ضرورة تحديد المسؤولية عن الدعم غير المناسب. بينما يعتبره البعض نصاً "ذكياً ومبتكراً وشجاعاً"، يراه آخرون مشروعاً لا يتماشى مع الواقع.²

1 COMPTE RENDU N° 23 (Application de l'article 46 du Règlement) Suite de l'examen du projet de loi de sauvegarde des entreprises (n° 1596) (M. Xavier de Roux, rapporteur) Autorisation du dépôt d'un rapport d'information en vue de sa publication.l'article 142.

<https://www.assemblee-nationale.fr/12/cr-cloi/04-05/c0405023.asp> consultation du site date 12/05/2024 heure 20:00)

2COMPTE RENDU ANALYTIQUE OFFICIEL Session ordinaire de 2004-2005 – 66ème jour de séance, 162^{ème} séance 1^o séance du Mercredi 2 mars 2005 PRÉSIDENCE de M. Jean-Louis DEBRÉDiscours de Monsieur M. Gérard Bapt, débats assemblée nationale,. consultation du site date 12/05/2024 heure 20:00)

<https://www.assemblee-nationale.fr/12/cra/2004-2005/162.asp>

اعترض أعضاء المجموعة الاشتراكية على المادة 8 بسبب انتهاكها لمبدأ المساواة بين الدائنين العامين والدائنين من القطاع الخاص، من خلال الامتياز الممنوح لمقدمي الأموال الجديدة، بالإضافة إلى انتهاك مبدأ المسؤولية في الفقرة 2.

- استخدم السيد مونتبورغ السؤال الأولي لإثارة النقاش حول المادة 8 ومكانة البنوك، خاصة فيما يتعلق بتقييد مفهوم الدعم التعسفي، وامتياز الدفع، وتدهور نظام الضمان. ومع ذلك، رفضت الجمعية كلاً من الاعتراض على المشروع والسؤال الأولي. ثم استؤنفت المناقشات في جلسة علنية يوم الأربعاء 2 مارس 2005 بتدخل العديد من النواب.

معارضة العضو البرلماني السيد سيد جيرار بابت:

وصف هذا المشروع بأنه مثير للقلق، لأنه يمنح منظمات الائتمان مكانة مهيمنة ومحمية في إجراءات التسوية الودية. ويتميز هذا الإجراء بكونه مختلطاً، ومتاحاً ليس فقط للشركات التي تواجه صعوبات مؤكدة أو متوقعة، بل أيضاً لتلك التي توقفت عن الدفع لمدة تقل عن 45 يوماً. وسيكون أمامها الخيار بين إجراء المصالحة وإجراءات التسوية القضائية التقليدية¹

يشير المشروع إلى أنه لا يمكن بدء إجراء التوفيق إلا بمبادرة من المدين. في الواقع، نتيجة لانخفاض ثقة رواد الأعمال في العدالة التجارية وتعقيد الإجراءات، تبرز فرصة ضئيلة لمثوله تلقائياً أمام المحكمة التجارية. بل إن الدائنين هم الذين سيجبرون مدينيهم على طلب إجراء التوفيق. وبالتالي، سيكون هذا إجراءً مقيداً بالنسبة للمدين، مما يعرضه لخطر الضعف الدائم بسبب الدعاية التي تحدث أثناء الموافقة على الاتفاقية. لذا، سيكون من المفيد تقديم حكم بديل يدعم مبدأ السرية في إجراءات التوفيق.

¹ COMPTE RENDU ANALYTIQUE OFFICIEL Session ordinaire de 2004-2005 – 66ème jour de séance, 162ème séance 1^o séance du Mercredi 2 mars 2005 PRÉSIDENCE de M. Jean-Louis DEBRÉ Arnaud MONTEBOURG, Débats à l'assemblée nationale, mercredi 2 mars 2005

<https://www.assemblee-nationale.fr/12/cra/2004-2005/162.asp> consultation du site date 12/05/2024 heure 20:00)

تُظهر إجراءات التوفيق المنصوص عليها في المشروع هيمنة مؤسسات الائتمان. للبنك مصلحة ثلاثية في فتح إجراء التوفيق، وهي كالتالي:

أولاً، يضمن البنك المساهمة بأموال جديدة لدعم المشروع المتعثر، ويستفيد في المقابل من امتياز يتعلق بجميع الديون الناشئة قبل افتتاح الصلح، ويمكن أن تمتد المساهمة الجديدة لتلبية الالتزامات المصرفية القديمة.

ثانياً، يتمتع البنك بالحماية القانونية ضد المسؤولية عن الدعم المسيء، باستثناء حالات الاحتيال أو إفشاء أسرار فعلية أو تقديم ضمانات لا تتناسب مع قيمة الائتمان.

ثالثاً، يُعفى البنك من المسؤولية عن الإجراءات السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع، والتي حُدَّت مدتها بـ 18 شهراً قبل افتتاح إجراء الاسترداد القضائي.

حدد جيران بايث عدة أسباب تجعل تطبيق عدم المسؤولية أمراً خاطئاً، وتتمثل فيما يلي:

- اعتبر أن التجربة الفرنسية، خاصة المتعلقة بالائتمان، تشير إلى احتمال إساءة استخدام إجراءات التوفيق، مما سيؤدي بالتالي إلى انحرافها عن هدفها المعلن.¹
- القلق من استغلال هذا القانون من قبل الرؤساء والمديرين المحتالين الذين قد يتذرعون بهذا الإجراء للتهرب من جريمة الإفلاس.²

- إهمال المشروع للعمال، دون اعتبار لوضعهم، مع تقديم مصلحة الدائنين والمدين. اعتُبرت موافقة البرلمان على هذا الحكم بمثابة حرمان العمال من الحماية التي توفرها الخطة الاجتماعية

¹ COMPTE RENDU ANALYTIQUE OFFICIEL Session ordinaire de 2004-2005 – 66ème jour de séance, 162^{ème} séance 1^o séance du Mercredi 2 mars 2005 PRÉSIDENCE de M. Jean-Louis DEBRÉ Discours de Monsieur M. Gérard Bapt, débats assemblée nationale, consultation du site date 12/05/2024 heure 20:00)
<https://www.assemblee-nationale.fr/12/cra/2004-2005/162.asp>

² COMPTE RENDU ANALYTIQUE OFFICIEL Session ordinaire de 2004-2005 – 66ème jour de séance, 162^{ème} séance 1^o séance du Mercredi 2 mars 2005 PRÉSIDENCE de M. Jean-Louis DEBRÉ Discours de Monsieur M. Gérard Bapt, débats assemblée nationale, consultation du site date 12/05/2024 heure 20:00)
<https://www.assemblee-nationale.fr/12/cra/2004-2005/162.asp>

وحق إعادة التوظيف، حيث تهدف حماية المؤسسات إلى ضمان استمراريته واستدامة التوظيف. لا ينبغي تجاهل إعادة تنظيم الأعمال أو التدابير المالية المتعلقة بها.

- اعتُبر المشروع غامضاً للغاية فيما يتعلق بالشروط التي يمكن بموجبها للدائنين العموميين منح إعفاءات من الضرائب أو الاشتراكات المستحقة لصالح المدين. فمن الضروري خلق توازن بين دائني القطاعين الخاص والعام، حيث يدرج دائنو البنوك المخاطر في أسعار الفائدة، وهو ما لا ينطبق على الديون العامة.¹

أثار السيد مونتبرغ نقطة هامة تتعلق بالمادتين 8، التي نصت على امتياز التوفيق وتحديد المسؤولية عن الدعم غير المناسب، والمادة 34 المتعلقة بقواعد سداد الديون، حيث اعتبر أن البنوك تتمتع بامتياز مضاعف من حيث الضمان وامتياز الدفع الممنوح لها، مقارنة بالدائنين البسطاء غير المضمونين. وسُمي هذا الأمر بـ "الامتياز الفائق للبنوك".² وعلى حد قوله

ويضيف السيد باسكال تيراس أن "النص كُتب بهدف وحيد هو إرضاء المجتمع المصرفي"، وهو مشروع يعزز اعتماد الشركات الصغيرة والمتوسطة على دائنيها، حيث "يتم منح الائتمان وفقاً للتجزئة والتسعير بناءً على حجم الشركة بشكل أساسي". وانتقد السيد جيرار شاراس مشروع القانون، داعياً بشكل ساخر إلى إعادة صياغة عنوانه، إذ يتناول "حماية" البنوك وليس الشركات، مما يعكس عدم موافقته العميقة على الإجراءات المتخذة في المشروع.

يمنح إجراء التوفيق مركزاً مهيماً ومحمياً للبنوك المانحة للائتمان. يُخشى أن يتم تحويل هدف التوفيق من قبل البنوك لأغراض أخرى تخدم مصالحها. بناءً على الملاحظات التي أُثيرت

1COMPTE RENDU ANALYTIQUE OFFICIEL Session ordinaire de 2004-2005 – 66ème jour de séance, 162ème séance 1° séance du Mercredi 2 mars 2005 PRÉSIDENCE de M. Jean-Louis DEBRÉ Discours de Monsieur M. Gérard Bapt, débats assemblée nationale.,.

<https://www.assemblee-nationale.fr/12/cra/2004-2005/162.asp> consultation du site date 12/05/2024 heure 20:00)

2COMPTE RENDU ANALYTIQUE OFFICIEL Session ordinaire de 2004-2005 – 68ème jour de séance, 168ème séance 2ème SÉANCE DU MARDI 8 MARS 2005 PRÉSIDENCE de Mme Paulette GUINCHARD-

KUNSTLERExpression employée par Arnaud MONTEBOURG, Débats à l'assemblée nationale, mercredi 2 mars 2005 <https://www.assemblee-nationale.fr/12/cra/2004-2005/168.asp> consultation du site date 12/05/2024 heure 20:00)

بشأن مشروع القانون خلال المناقشة العامة في المجلس، اعتُبر هذا القانون بمثابة قانون للبنوك وليس قانوناً للشركات.

البند الثاني: المناقشات النهائية للمواد 08 و 142

وقد جرت المناقشات النهائية كالتالي:

أولاً: أشار السيد أرنو مونتيبورغ إلى أن تقييد الدعم التعسفي من خلال حصر الحالات يعد إجراءً غير دستوري، إذ ينفي مسؤولية الشركاء في الشركة. واعتبر أن هذا القانون يتعارض مع أحكام محكمة التمييز، حيث يجب أن يتسم بالعمومية وابتعد عن الاعتبارات الشخصية. ويعتبر تقييد المادة 1382 من القانون المدني، التي تنص على أن "كل خطأ يلزم من كان سبب فيه بالتعويض"، هجوماً مباشراً على المبدأ العام للقانون الدستوري للمسؤولية، مما يفسر تعديلنا الفرعي 646.

وقد انتقد المقرر التعديل الفرعي 646 ورفض تطبيقه وتم سحبه من النقاشات.¹

أيد السيد وزير العدل حافظ الأختام التعديل رقم 602، لأنه يتيح حصر الحالات التي يمكن فيها ربط مسؤولية الدائنين عن الدعم التعسفي بالحالات التي ارتكب فيها خطأ حقيقي.²

¹ COMPTE RENDU ANALYTIQUE OFFICIEL Session ordinaire de 2004-2005 - 68ème jour de séance, 169ème séance 3ème SÉANCE DU MARDI 8 MARS 2005 PRÉSIDENCE de SAUVEGARDE DES ENTREPRISES" COMPTE RENDU ANALYTIQUE OFFICIEL Session ordinaire de 2004-2005 - 66ème jour de séance, 162ème séance 1° séance du Mercredi 2 mars 2005 PRÉSIDENCE de M. Jean-Louis DEBRÉ Arnaud MONTEBOURG, Débats à l'assemblée nationale, mercredi 2 mars 2005

consultation du site date 12/05/2024 heur 20:00)

https://www.assemblee-nationale.fr/12/cra/2004-2005/169.asp#P353_39550

² COMPTE RENDU ANALYTIQUE OFFICIEL Session ordinaire de 2004-2005 - 68ème jour de séance, 169ème séance 3ème SÉANCE DU MARDI 8 MARS 2005 PRÉSIDENCE de SAUVEGARDE DES ENTREPRISES" COMPTE RENDU ANALYTIQUE OFFICIEL Session ordinaire de 2004-2005 - 66ème jour de séance, 162ème séance 1° séance du Mercredi 2 mars 2005 PRÉSIDENCE de M. Jean-Louis DEBRÉ Arnaud MONTEBOURG, Débats à l'assemblée nationale, mercredi 2 mars 2005

<https://www.assemblee-nationale.fr/12/cra/2004-2005/162.asp> consultation du site date 12/05/2024 heur 20:00)

https://www.assemblee-nationale.fr/12/cra/2004-2005/169.asp#P353_39550

وحدد هذا التعديل طبيعة الخطأ الذي يحدد المسؤولية، ولم يعفٍ من المسؤولية فحسب، بل اعتبر أنه من الضروري أن يكون الخطأ جسيماً إلى حد ما. ركز على أهمية دعم الأنشطة الاقتصادية وتشجيع البنوك على ذلك نظراً لأهميتها الاقتصادية. كما حدد حالات الإهمال الجسيم، والتي تتمثل في ثلاث حالات: الاحتيال، التدخل الواضح في إدارة شركة المدين، أو أخذ ضمانات لا تتناسب مع قيمة المساعدات الممنوحة. يهدف هذا التعديل إلى تحقيق توازن عادل بين الحاجة إلى تشجيع مانحي الائتمان للشركات والمبادئ العامة للقانون المتعلقة بالمسؤولية.

الفرع الثالث : مناقشة مبدأ عدم مسؤولية البنك من قبل مجلس الشيوخ

بدأت إجراءات التبرني في مجلس الشيوخ الفرنسي، حيث ناقشت اللجان النص بغرض تعديله، ثم انخرط أعضاء المجلس في مناقشات خلال جلسة علنية، مما أدى إلى تفاقم النقاش. وقد أبدت اللجان رأياً بشأن مشروع القانون وتعديلاته، وأيدته، بينما قدمت اللجنة المالية تقريراً يتضمن دراسة متعمقة للمادة 142 مكرر الجديدة، حيث قامت بتحليل القانون الحالي واقتراحات الجمعية الوطنية وقدمت بعض الملاحظات التي تتلخص فيما يلي:

- يجب تقييم تأثير تعديل المادة 142 مكرر على تطبيقها العملي، مع مراعاة المبادرة الحكومية الرامية إلى تقليل المخاطر التي تواجهها البنوك في سياق الإجراءات الجماعية. تم توحيد الأنظمة البنكية القياسية وتطبيق تحليل مخاطر الائتمان بدقة من قبل المؤسسات المالية.
- تكمن أهمية التعديل في تقليص المسؤولية لتشجيع القروض المصرفية، بالإضافة إلى اتخاذ تدابير لتحسين تحليل مخاطر العملاء، مما يساهم في تقليل المخاطر. يعود هذا بالنفع على البنوك من خلال تحسين دقة تقييم مخاطر منح الائتمان وتحفيزها على تقديم مثل هذه القروض¹.

- اقترحت اللجنة المالية إدراج الحالة الرابعة من المسؤولية التي رفضتها اللجنة، وذلك لتوضيح حالات المسؤولية. يتعلق هذا بالتعديل (رقم 204) الذي يتضمن إدراج حالة رابعة تستلزم

1PH. MARINI Avis n° 355 (2004-2005), déposé le 26 mai 2005 Commission des finances pour le Sénat.

<https://www.senat.fr/rap/a04-355/a04-3553.html#toc115> consultation du site date 08/05/2024 heure 23:00)

معرفة البنك بالوضع المتعثر بشكل غير قابل للإصلاح. ومع ذلك، تم سحب هذا التعديل ولم يتم اعتماده.

تمت مناقشة مشروع القانون في جلسة عامة بمجلس الشيوخ يومي 29 و 30 يونيو 2005. وكانت المناقشات عقلانية، رغم اعتراض العديد من الأعضاء الذين احتجوا على انتهاك مبادئ قانون العمل والمساواة والمسؤولية، إلا أن هذه الاعتراضات قوبلت بالرفض. أظهرت المناقشة العامة تردد بعض أعضاء مجلس الشيوخ تجاه الإجراءات التي اتخذتها الحكومة، وأشارت اللجنة إلى تعقيد النص الذي كان من المفترض أن يوضح الإجراءات وطرق التعامل مع الصعوبات التي تواجهها الأعمال التجارية في مختلف المراحل. من الضروري تمكين قادة الأعمال ومديري الشركات من التمييز بين الإجراءات والطرق القادرة على إنقاذ مؤسساتهم، حيث إن كثرة الإجراءات وتعقيدها يسهمان في زيادة الغموض ويقللان من استخدام هذه الإجراءات والاستفادة من مزاياها بشكل حكيم.¹

المطلب الثاني: المراحل النهائية لاعتماد مشروع القانون عدم مسؤولية البنك

يتضح من خلال مراجعة نص المشروع أنه تم نقل المسؤولية عن الدعم المسمى من نطاق إجراءات التوفيق الضيق، إلى قاعدة عامة للتطبيق في جميع حالات تقديم المساعدات. ومع ذلك، لم يحظَ هذا النص بإجماع النواب وأعضاء مجلس الشيوخ، مما أدى إلى إحالة الأمر إلى المجلس الدستوري للفصل في دستورية الأحكام، نظرًا لوجود تساؤلات عديدة حول شرعية النص. سنتناول في الفرع الأول عرض مبدأ عدم مسؤولية البنك إلى المجلس الدستوري، وفي الفرع الثاني سنوضح الحجج التي استخدمها المجلس للاعتراض على مشروع القانون المتضمن مبدأ عدم المسؤولية، وفي الفرع الثالث سنتناول إقرار مبدأ عدم مسؤولية البنك من قبل المجلس الدستوري.

² Texte n° 235 (2004-2005) transmis au Sénat le 9 mars 2005 PROJET DE LOI ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE

NATIONALE, APRÈS DÉCLARATION D'URGENCE, de sauvegarde des entreprises consultation du site date

12/05/2024 heure 23:00) <https://www.senat.fr/leg/pjl04-235.html>

الفرع الأول : عرض نص مبدأ عدم مسؤولية البنك على المجلس الدستوري

تم إحالة القضية إلى المجلس الدستوري. ونظرًا لأن النص كان موضوع إعلان الطوارئ من قبل الحكومة، فإنه يخضع لقراءة واحدة فقط من كل مجلس. وبالتالي، بالنسبة للأحكام التي لا تزال قيد المناقشة بعد التعديلات المتعددة التي طلبها مجلس الشيوخ، تم التواصل مع اللجنة المشتركة لاقتراح نص في 8 يوليو 2005. ثم بدأ المجلسان في إعادة قراءة النص مجددًا، لا سيما فيما يتعلق بالملاحظات الواردة في تقارير مجلس الشيوخ، تقرير السيد كزافييه دي رو وتقرير السيد جان جاك هايست.¹ ، والاعتماد النهائي من مشروع القانون في جلسة عامة يوم 13 جويلية 2005.

ولتحليل مدى توافق النص مع المبادئ الأساسية للقانون الفرنسي، تم تكليف المجلس الدستوري، الذي أعلن دستوريته من خلال تقديم المصلحة العامة. ومع ذلك، اقترح بعض المؤلفين إثارة مسألة توافقها مع القانون الأوروبي، خصوصاً فيما يتعلق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

الفرع الثاني: الاعتراض على مبدأ عدم مسؤولية البنك

تم التصويت على المشروع في المجلس الدستوري بتاريخ 13 يوليو 2005، بأغلبية 60 نائباً و60 عضواً في مجلس الشيوخ. تهدف هذه الإحالة إلى إعادة النظر في دستورية أربع مواد من القانون، وهي المواد 8 و33 و108 التي تحدد امتياز "النقود الجديدة"، والمادة 126 التي تحدد، في ظروف معينة، حدود الحقوق المدنية ومسؤولية المصرفيين. أمام المجلس شهر واحد لإصدار قراره، وتم تسليم الرأي في 22 يوليو 2005. من خلال البندين التاليين، سنعرض الدفع بعد فهم مبدأ عدم المسؤولية في البند الأول، وفي البند الثاني نتناول الدفع بانتهاك حق التقاضي.

البند الأول: الاعتراض على مبدأ عدم المسؤولية بحجة عدم فهمه

²J.-J. HYEST, Rapport n° 467 présenté le 11 juillet 2005 devant le Sénat

<https://www.senat.fr/rap/I04-335/I04-33539.html#toc495> consultation du site date 16/05/2024 heure 22:00)

1. اعترض معارضو هذا القانون على عدم فهم مبدأ المسؤولية، معتبرين أن هذا المبدأ يتعارض مع مبادئ المادة 04 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن DDHC التي تنص على أن "الحرية هي القدرة على فعل كل ما لا يضر بالآخرين..."¹. واعتبروا أن صياغة المادة 126 تقلل بشكل كبير من الأسباب المحتملة التي قد تؤدي إلى إدانة الدائن بسبب الدعم غير المناسب، مما ينفي أي احتمال لتحمل الدائنين مسؤولية الضرر.²
2. فمن غير المعقول إزالة المسؤولية وبالتالي، الإعفاء من أي تعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطاء المدنية المنسوبة للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين بموجب القانون الخاص،
3. اعتبر المعارضون أن مشروع القانون يتعارض مع المادة 1382 من القانون المدني، التي تفرض "التعويض على كل من ارتكب خطأ". وتجدر الإشارة إلى أن المادة 126 لا تعفي الدائن من المسؤولية، بل تحدد شروط تنفيذ دعوى المسؤولية بشكل أكثر دقة مما حدده الفقه في هذا السياق. بالإضافة إلى ذلك، يرى مقدمو الطلبات أن هذه المادة 126 لا تنتهك مبدأ المادة 4 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن DDHC فحسب، بل تضر أيضاً بالقدرة على التصرف في المسؤولية، التي تستند إلى هذه المادة.
4. يعتبر المجلس الدستوري أن هذا الاقتراح سيشكل عائقاً أمام توفير الائتمان، حيث سيؤدي إلى تقليص كبير في حالات المسؤولية والإدانات المرتبطة بها، خصوصاً تلك المتعلقة بمانحي الائتمان..³

¹ أنظر المادة 04 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن DDHC لسنة 1787 .

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/e-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>

² Les Cahiers du Conseil constitutionnel Cahier n° 19 Commentaire de la décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005 Loi de sauvegarde des entreprises ,consultation du site date 16/05/2024 heure 22:00)

https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier19/ccc_522dc.pdf

³ Les Cahiers du Conseil constitutionnel Cahier n° 19 Commentaire de la décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005 Loi de sauvegarde des entreprises l'article n 126 « Pour les requérants, cette disposition " réduit radicalement les motifs susceptibles d'entraîner la condamnation d'un créancier pour soutien abusif ".En résulteraient une méconnaissance du principe de responsabilité (1) et une violation du droit au recours»

5. عدم الوعي بمبدأ المسؤولية، حيث قد يُطالب البنك بالمسؤولية عند منحه الائتمان لمؤسسة متعثرة، وذلك فيما يعرف بـ "soutien abusif" أو "الدعم المسيء". تستند المسؤولية إلى أن منح الائتمان يضمن استمرار المؤسسة، بشكل زائف، في النشاط الخاسر، مما يسبب ضرراً لكل من الشركة ودائنيها.

6. تحديد ثلاث حالات، أكثر موضوعية وقابلية للتنبؤ من المعايير الفقهية، حيث يستند أحدها إلى إدراك المصرفي للوضع غير القابل للإصلاح، وهو معيار شخصي للغاية في نظرهم. - وفقاً لمحكمة التمييز، يمكن أن تتعلق مسؤولية البنك بما يلي:

- "إذا منح البنك قرضاً جديداً أو احتفظ بقرض قائم لشركة تواجه وضعاً غير قابل للإصلاح، فإن ذلك يعد منح قرض لا يتناسب مع القدرات التمويلية للشركة أو آفاقها الاقتصادية. وفقاً لأحدث تعبير استخدمته محكمة التمييز، يُعتبر هذا الائتمان مدمراً للشركة، مما يؤدي بالضرورة إلى نمو مستمر لا يمكن التغلب عليه في أعبائها المالية.¹

- إذا تم منح اعتمادات احتيالية في حالة "الوضع في خطر لا يمكن إصلاحه"، فإنه يختلف عن التوقف عن الدفع من حيث عدم وجود أي إمكانية لاسترداد المؤسسة أو إعادتها إلى وضعها السابق.²

اعتمد المجلس الدستوري في اتخاذ قراره على تغليب المصلحة العامة وجاءت

حججه كالتالي:

file:///C:/Users/Windows/Desktop/%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%A7%D8%A8%20%D8%A7%D9%84%D8%AB%D8%A7%D9%86%D9%8A/ccc_522dc.pdf consultation du site date 16/05/2024 heur 22:00)

¹Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 22 mars 2005, 03-12.922, Publié au bulletin

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007051363> consultation du site date 16/05/2024 heur 22:00)

2 Les Cahiers du Conseil constitutionnel Cahier n° 19 Commentaire de la décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005 Loi de sauvegarde des entreprises l'article n 126 « Pour les requérants, cette disposition " réduit radicalement les motifs susceptibles d'entraîner la condamnation d'un créancier pour soutien abusif ".En résulteraient une méconnaissance du principe de responsabilité (1) et une violation du droit au recours «

file:///C:/Users/Windows/Desktop/%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%A7%D8%A8%20%D8%A7%D9%84%D8%AB%D8%A7%D9%86%D9%8A/ccc_522dc.pdf consultation du site date 16/05/2024 heur 22:00)

- تعتبر المادة 1382 من القانون المدني دستورية، مما يحظر التنازل عنها بالكامل. ويُعتبر تعديل الشروط المتعلقة بوجود المسؤولية لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، مما يسهم في تسهيل منح الائتمان الضروري لاستمرارية الشركات التي تواجه صعوبات، وبالتالي تحقيق أهداف المصلحة العامة.¹

أصدر المجلس قراره بتاريخ 22 يوليو 2005، حيث نص على أنه "لا تمنع الأحكام المعترض عليها الشخص المتضرر من إقامة الدعاوى أمام المحاكم". وعلى الرغم من أن المادة L650-1 قد تبدو للوهلة الأولى كأنها تمنع إقامة الدعاوى أمام المحاكم وتعيق المطالبات بالتعويض، فإن الواقع هو عكس ذلك. إذ أن هذا المنع ليس مطلقاً، كما أن القانون قد وضع ثلاث استثناءات على مبدأ عدم المسؤولية، كما سنوضح لاحقاً. يمكن إقامة الدعاوى، ويعود الأمر للمشرع لتحديد حدود المسؤولية إذا كانت المصلحة الاقتصادية للبلاد تبرر ذلك، حيث إن دعم المؤسسات يحمل صفة اقتصادية عامة.²

ولقد جاء هذا التأييد كذلك بعد الاطلاع على مجموعة من بعض السوابق القضائية أهمها مايلي

1-الحكم رقم 13907-94 الصادر في 26 مارس 1996

فوفقاً للحكم المثار حوله الجدل، تم اتهام صندوق الائتمان المركزي ومديره بدفع التعويضات، حيث ساهم الصندوق في تفاقم التزامات الشركات من خلال توسيع نشاطها الخاسر بشكل مصطنع عبر تقديم تمويل مالي مفرط. انتقدت عائلة كايس الحكم، معتبرة أن شركاتها الثلاث تعرضت لدعم مسيء من قبل المصرف، كما أن المصرف لم يتحقق من استخدام الائتمان للغرض الذي منح من

¹ Les Cahiers du Conseil constitutionnel Cahier n° 19 Commentaire de la décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005 Loi de sauvegarde des entreprises

www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier19/ccc_522dc.pdf

consultation du site date 16/05/2024 heure 22:00)

² نعيم مغيب، مبدأ عدم مسؤولية البنك الموزع للإعتمادات واستثناءاته، دراسة في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة الأولى، 2009 بيروت لبنان، ص 23

أجله، مما يبطل الأساس القانوني للمسؤولية وفقاً للمادة 1382 من القانون المدني.¹ ، كما أنه ومن ناحية أخرى، لا يحق للمصرفي التحقق من الظروف التي تتعلق بالشركة؛ وتم تصنيف دعم هنا بأنه دعم مسيئ للشركة.²

2-الحكم رقم 12922-03 الصادر في 22 مارس 2005

واستناداً إلى الحكم المطعون فيه، انتهى السيد "ج" في يونيو 1995 إلى أن البنك، من خلال منح الائتمان الضار قد أسهم بشكل مصطنع في تفاقم العجز لدى السيد "ج" وحافظ على مظهر زائف للملاءة المالية قد يظل الدائنين الآخرين. وبالتالي، قامت السيدة "ع"، المصفي القضائي "د.س"، برفع دعوى قضائية ضد البنك للمطالبة بالتعويضات.³

ولتحميل البنك المسؤولية، يشير الحكم إلى أنه منذ عام 1991، عندما منح الائتمان، كان على دراية بالصعوبات التي تواجهها الشركة، وأن إدارة الحسابات أدت إلى زيادة الرسوم بشكل متزايد، وأن أقساط القروض لم تُدفع لفترة أطول اعتباراً من مارس 1994؛ كما يشير إلى أن المصرف جمع الضمانات، مما يدل على معرفته بالوضع المتدهور لعميله، وأنه أوقف الائتمانات في النهاية عندما علم بإفلاس عميله في يوليو 1995.

واستناداً إلى ما تقدم، يتعين على المدين إثبات أن البنك اتبع سياسة ائتمانية مدمرة للشركة، مما أدى حتماً إلى تفاقم أعبائها المالية، أو أنه قدم دعماً زائفاً لشركة كان على علم بوضعها أو

¹ Code civil Section 3 : La preuve par présomption judiciaire (Article 1382) Dernière mise à jour des données de ce code : 20 mars 2024 .

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000032037843/#LEGISCTA000032037843 consultation du site date 16/05/2024 heure 22:00)

² Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 26 mars 1996, 94-13.907, Publié au bulletin

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007034900>

³ Code civil Section 3 : La preuve par présomption judiciaire (Article 1382) Dernière mise à jour des données de ce code : 20 mars 2024 .

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000032037843/#LEGISCTA000032037843 consultation du site date 20/05/2024 heure 22:00)

كان ينبغي له أن يكون على علم به. وهذا ما عرضها لخطر لا يمكن إصلاحه، دون أن توفر محكمة الاستئناف أساساً قانونياً لقرارها.¹

من هذا الحكم نستنتج أن البنوك التي تأخرت بشكل غير مشروع في فتح الإجراءات الجماعية لعملائها ليست ملزمة إلا بإصلاح تفاقم الأصول غير الكافية التي ساهمت في تكوينها.²

البند الثاني: الاعتراض على المشروع بحجة انتهاك الحق في اللجوء الى القضاء

احتج نواب مجلس الشيوخ مجدداً على انتهاك المادة 16 من قانون DDHC، إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 26 أغسطس 1789، الذي ينص على مبدأ الحق في اللجوء إلى القضاء. وقد تم تكريس هذا الحق كمبدأ دستوري بقرار المجلس الصادر في 9 أبريل 1996.³ بموجب أحكام المادة 126 من DDHC،⁴ "أي شركة فيها الضمان الحقوق أي أنه يجب من حيث المبدأ ألا يكون هناك انتهاك جوهري لحق الأشخاص المعنيين في ممارسة سبيل التقاضي أمام المحكمة

يعتقد المعارضون أن نص المادة 126⁵ يضع آلية تتيح "إبعاد القاضي". وتؤكد الحكومة أنه على الرغم من تحديد المسؤولية، فإن المحاكم المختصة "تحتفظ بحق" السلطة الكاملة لتقييم ما إذا كانت شروط تحمل المسؤولية كما حددها المشرع.

1voir. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 22 mars 2005, 03-12.922, Publié au bulletin Décision attaquée : Cour d'appel de Rennes, 2003-01-23, du 23 janvier 2003.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007051363> consultation du site date 29/05/2024 heure 22:00)

2 Décision n° 2005 – 522 DC du 22 juillet 2005 Loi de sauvegarde des entreprises Dossier documentaire

Source : services du Conseil constitutionnel 2005 P 9

3 Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1996/96373DC.htm> consultation du site date 25/05/2024 heure 22:00)

4-l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789> consultation du site date 23/05/2024 heure 22:00)

5- Considérant que l'article 126 de la loi déferée insère dans le code de commerce un article L. 650-1 ainsi rédigé : « Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis,

6- المادة 126 من القانون المذكور تعكس إرادة المشرع في منع أي دعوى قضائية ضد البنوك التي قد تقدم الدعم للشركات التي تواجه صعوبات، وتعمل على تجنب الامتناع عن تقديم المساعدة المالية عندما يمكن تصحيح وضعها المالي، فضلاً عن تقليل "المخاطر القانونية التي تتحملها البنوك لتشجيع المخاطرة الاقتصادية، والتي تتمثل في تقديم الدعم المالي لشركة تواجه صعوبات"، حيث يرون أن ذلك "يلغي تقريباً أي احتمال لتحمل المسؤولية التقصيرية للدائنين".

7- ولذلك كان على المشرع "تجاهل واضح لمبدأ المسؤولية". و سنتقوم بتوضيح ذلك أكثر في الباب الثاني من الدراسة.

يلاحظ أن القانون لا يعفي الدائنين من المسؤولية المدنية، ولا يتضمن أي حظر إجرائي على رفع القضية للمحاكم المختصة، التي تحتفظ بالسلطة الكاملة لتقييم ما إذا كانت الشروط قد استوفت السلوك الذي يعتبر خاطئاً. في ضوء هذه الظروف، سيؤدي ذلك إلى تعويض كامل الضرر المنسوب، دون حد مسبق وفقاً للقانون العام للمسؤولية المدنية. وبالتالي، يقتصر القانون المشار إليه على تقليل التقاضي، ولا يمكن أن يصل إلى حد إيقاف الحق في اللجوء إلى القضاء.¹

الفرع الثالث : إقرار مبدأ عدم مسؤولية البنك من قبل المجلس الدستوري.

ان إقرار مبدأ عدم مسؤولية البنك من قبل المجلس الدستوري. و بجميع أحكام قانون حماية المؤسسات دون اللجوء إلى التحفظات في التفسير، مكن من النظر في شرعية المادة L1650- من

sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. – Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles »

1 Les Cahiers du Conseil constitutionnel Cahier n° 19 Commentaire de la décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005 Loi de sauvegarde des entreprises

www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier19/ccc_522dc.pdf

consultation du site date 16/05/2024 heure 22:00)

القانون التجاري وما يقابلها في قانون حماية المؤسسات المادة 126 فيما يتعلق بمدى مطابقتها مع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. كما يلي :

1- عند الإحالة إلى المجلس الدستوري، كانت إحدى الحجج التي قدمها مقدمو الطلبات هي انتهاك الحق في التقاضي. فعلاً، تنص المادة 126 من قانون حماية المؤسسات الصادر في 26 يوليو 2005 على حرمان ضحية الضرر من إمكانية المطالبة بالتعويض أمام المحكمة. ومع ذلك، كما ذكر سابقاً، لم يقبل المجلس الدستوري هذه الحجة. ولكن، ألا يمكننا تصور، استناداً إلى هذه الحجة، إمكانية تقديم استئناف إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تتمتع بقيمة فوق تشريعية (المادة 55 من دستور 1958) مثل الحق في محاكمة عادلة، والحق في التقاضي الفعال، وحق الأفراد في احترام ممتلكاتهم، وبشكل عام حماية حقوق الآخرين وحرياتهم.¹

2- تم إجراء مراجعة دستورية، وأعلن المجلس توافق القانون مع الدستور. وقد انتقد مقدمو الطلبات الانتهاك، بشكل خاص، للمادة 6 الفقرة 1 المتعلقة بالمحاكمة العادلة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان اعتبر المجلس أن مهمته تقتصر على التأكد من التزام القانون بنطاق تطبيق المادة 55 من الدستور، وليس من اختصاصه فحص مدى توافق هذا القانون مع أحكام ميثاق دولي²، خصوصاً أن الاتفاقيات تتمتع بسلطة أعلى من القوانين، وبالتالي لا توجد حاجة لفحص مدى توافق المادة 87 من قانون 12 أبريل 1996 مع أحكام المادة 06 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

1- Convention EDH Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales articles 8, 9, 11, et expression de la façon entre les deux articles 10 et 17

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_FRA consultation du site date 28/05/2024 heure 23:00)

2- L'article 55 de Texte intégral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/> consultation du site date 25/05/2024 heure 22:00)

وفي النهاية، اعتمد المجلس الدستوري القانون الخاص بحماية الشركات التي تواجه صعوبات، القائم على المصلحة العامة. تهدف المادة 650.1 L- من القانون التجاري إلى إزالة العقوبات التي تعيق تقديم المساهمات المالية الضرورية لاستدامة الشركات المتعثرة. يجب على المشرع مراعاة الضرورات الاقتصادية من خلال هذا القانون، الذي يمكن تسميته بالقانون الاقتصادي.

وقد صدر قانون حماية الشركات التي تواجه صعوبات في 26 يوليو 2005، والذي ينص على مبدأ عدم مسؤولية الدائنين عن الأضرار الناتجة عن المساعدة المقدمة للشركة المتعثرة. يبدو أن هذا المبدأ غير محدد، ويكتنفه بعض الغموض بشأن نطاق تطبيقه. إن الدراسة المتعمقة لنطاق التطبيق ستساعد في فهم التفاصيل المتعلقة بتطبيقه من حيث الأشخاص والموضوع المستهدف.¹

الفرع الرابع : آخر إصلاحات قانون حماية المؤسسات عقب جائحة كوفيد 19

شهدت فرنسا، على غرار بقية دول العالم، إغلاقاً عاماً لمعظم الشركات والمؤسسات الاقتصادية عقب تفشي جائحة كوفيد-19 وإجراءات الحجر الصحي، مما أدى إلى تدهور مالي للعديد من الشركات نتيجة توقف أو انخفاض ملحوظ في خطوط إنتاجها. ورغم المساعدات التي قدمتها الدولة الفرنسية للشركات المتضررة، إلا أنها لم تكن كافية لمواجهة الخسائر المتكبدة، مما استدعى إجراء إصلاحات تشريعية استثنائية لمحاولة معالجة الوضع الراهن. وقد جاءت الإصلاحات على النحو التالي:

1- القانون رقم 689-2021 المؤرخ في 31 مايو 2021² (المادة 13) يقدم إجراءً جماعياً جديداً

لمعالجة الأزمات، مخصصاً للشركات الصغيرة التي لا تتحمل التزامات رواتب لمدة عامين. يعتمد هذا الإجراء على قواعد مبسطة مع فترة مراقبة مدتها ثلاثة أشهر غير قابلة

1- Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises publiée au Journal Officiel du 27 juillet 2005 rectificatif publié au Journal Officiel du 22 octobre 2005. Journal officiel électronique authentifié n° 0247 du 22/10/2005

https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=Z2iY79K_EOuvjohNjZgaRK3PzXyh2U2x_naRfEud_Wg= consultation du site date 29/05/2024 heure 23:00)

² LOI n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

للتמיד، وفي نهايتها يجب اعتماد خطة. في حال عدم اعتمادها، يتم إنهاء الإجراء. يستند المخطط إلى إشارات المدين الواردة في القائمة المعدة، مع ذكر الدائنين ومقدار الديون. لا يتضمن الإجراء التحقق من المطالبات، ولا يهدف إلى معالجة الصعوبات الاجتماعية، ولا تتدخل جمعية إدارة نظام تأمين مطالبات الرواتب (AGS) لتغطية الرواتب بدلاً من المدين. يركز الإجراء على التعامل مع الالتزامات من خلال خطة تعتمد على الإعفاء من الديون والمواعيد النهائية. كما يتميز بتعيين هيئة واحدة، الوكيل القانوني، الذي يتولى الإدارة القضائية لمساعدة المدين في بناء خطته، والوكيل القضائي الذي يدافع عن مصلحة جماعة الدائنين.

2- المرسوم رقم 1193-2021 المؤرخ في 15 سبتمبر 2021¹ يمثل تعديلاً ذا أهمية متوسطة لقانون الشركات التي تواجه صعوبات، باستثناء مصير الشركات الكبيرة. يهدف هذا الإصلاح إلى تعديل أحكام الكتاب السادس من القانون التجاري المتعلقة بالأوراق المالية والدائنين الحائزين على حقوق ضمان، من خلال تحسين تفسير قانون الضمان في سياق الإجراءات الجماعية، مما يؤدي إلى إزالة التباين في المعاملة بين الضامنين من الأفراد المدينين، اعتماداً على ما إذا كان المدين تحت الضمان أو الحراسة القضائية. كما يتيح هذا الإصلاح اعتماد التدابير اللازمة لنقل التوجيه (الاتحاد الأوروبي) 1023/2019 الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس بتاريخ 20 يوليو 2019، فيما يتعلق بأطر إعادة الهيكلة الوقائية، وتقديم الديون والمصادرات، والتدابير الواجب اتخاذها لتعزيز كفاءة الإجراءات المتعلقة بإعادة الهيكلة والإعسار والإعفاء من الديون

3- التعديل الأخير لقانون الشركات المتعثرة في المادة 5 من القانون رقم 172-2022 بتاريخ 14 فبراير 2022² يخلق وضعاً جديداً لرجل الأعمال الفردي، حيث يُلزم بإدراج أصول

¹ Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du code de commerce.

² Loi n° 172-2022 du 14 février 2022. en faveur de l'activité professionnelle indépendante.

التنازل في وضعه الأساسي. أصبح هذا الأخير مسؤولاً، من حيث المبدأ، عن ديونه المهنية فقط على أصوله المهنية، وعن ديونه الشخصية فقط على أصوله الشخصية. يُعتبر هذا إجراءً ثوريًا له تداعيات كبيرة على الإجراءات الجماعية لرائد الأعمال الفردي. ومع ذلك، فإن التعديلات والإصلاحات التي شملت قانون الباب السادس من القانون التجاري المتعلق بحماية المؤسسات لم تُحدث أي تغيير فيما يتعلق بالمسؤولية عن الدعم المسمي، حيث بقيت أحكام المادة L650-1 ثابتة كما ذكر سابقًا.

الفصل الثاني

نطاق تطبيق مبدأ عدم المسؤولية

الفصل الثاني: نطاق تطبيق مبدأ عدم المسؤولية

بعد تطرقنا لظهور مبدأ عدم مسؤولية البنك في التشريع الفرنسي، كونه المصدر الأول لفكرة عدم مسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة، وتطرقنا لمفهوم هذا المبدأ من خلال دراسة التطور التشريعي له ومراحل التي صقلت المادة L- 650.1 من القانون التجاري بشكلها الحالي ، بات من الضروري التطرق في الفصل الثاني الى نطاق تطبيق هذا المبدأ ولمعرفة حدود تطبيقه فمن الضروري أن نوضح طرق تطبيقه سواء من حيث الاعتبار الشخصي وذلك من خلال تحديد الأطراف أو الأشخاص الذين يقدمون مساعدات للمؤسسات المتعثرة، حيث أن المادة L 650.1 من قانون التجاري الفرنسي، وهم جاءت واسعة وشملت جميع الدائنين بدون استثناء لكن سنحاول التركيز على البنوك كأول طرف بصفتهم المتدخل الأول وجماعة الدائنين، و الاشخاص العموميين،¹

وبالتالي فإن تدخل الغير في تمويل الشركة ضروري لتوازنها المالي. وبالتالي فإن المؤسسة الائتمانية لن تكون الجهة الوحيدة التي يتم إلقاء اللوم عليها في حالة حدوث صعوبات في الشركة. بالإضافة إلى ذلك، تتدخل طرق التمويل هذه عندما تكون الشركة في حالة جيدة. عندما تواجه الشركة صعوبات، يمكنها الحصول على مساعدة عامة من الدولة والسلطات المحلية، ولكن أيضاً من المنظمات الاجتماعية والضريبية في شكل تأجيل للدفع أو إعادة جدولة الديون أو من حيث الاعتبار الموضوعي. وسنتطرق في هذا الفصل لتطبيق مبدأ عدم المسؤولية من حيث الاعتبار الشخصي في المبحث الأول ، ليليه تطبيقه من حيث الاعتبار الموضوعي في المبحث الثاني من خلال مايلي :

¹ -Anne-Laure CAPOEN LA RESPONSABILITÉ BANCAIRE À L'ÉGARD DES ENTREPRISES EN

المبحث الأول: نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية من حيث الاعتبار الشخصي

إن مشروع القانون المذكور قد أقر مبدأ عدم المسؤولية للدائنين المستفيدين من امتياز الأموال الجديدة في إجراءات التوفيق، أو للدائنين الذين استفادوا من تلك الإجراءات، أي الدائنين الذين وافقوا فقط على تقديم دعم مالي جديد للمشروع المتعثر في اتفاقية التوفيق المعتمدة.

وفي التعديلان 602 و 575¹ سعى البرلمانين إلى تضمين المبدأ جميع الدائنين، عبر إدراج النص في مقدمة الباب الخامس المتعلق بـ "المسؤوليات والعقوبات" من الكتاب السادس للقانون التجاري.²

يتجلى هنا دور القضاة في تحديد نطاق تطبيق الاختصاص الشخصي لمبدأ عدم المسؤولية. هل ينبغي توسيع هذه الميزة لتشمل جميع الأفراد الذين كان من الممكن سابقاً أن يتحملوا مسؤولية الدعم التعسفي، كما جاء في حكم لا روش لعام 1976³، تم تكريس دور الوكيل القضائي في التصرف بالمسؤولية تجاه أي شخص مذنب، حتى وإن كان دائئاً ضمن مجموعة الدائنين الذين ساهموا من خلال أفعال غير مشروعة في تقليص الأصول أو زيادة الالتزامات. وقد تطورت السوابق القضائية في هذا الشأن بشكل ملحوظ منذ الاعتراف بمسؤولية المصرفي عن الدعم التعسفي، حيث واجه "دائنون" آخرون، بخلاف المصرفي، ملاحقات

1- M. Yves BURvice-président COMPTE RENDU ANALYTIQUE OFFICIEL Session ordinaire de 2004-2005 - 68ème jour de séance, 169ème séance 3ème SÉANCE DU MARDI 8 MARS 2005 PRÉSIDENCE de SAUVEGARDE DES ENTREPRISE. consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)
https://www.assemblee-nationale.fr/12/cra/2004-2005/169.asp#P353_39550

2- Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises publiée au Journal Officiel du 27 juillet 2005 .rectificatif publié au Journal Officiel du 22 octobre 2005 . Journal officiel électronique authentifié n° 0247 du 22/10/2005
https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=Z2iY79K_EOuvjohNjZgaRK3PzXyh2U2x_naRfEud_Wg=consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)

3-arrêtLarocheCour de Cassation, Chambre commerciale, du 7 janvier 1976, 72-14.029, Publié au bulletin.
<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006996166> consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)

تتعلق بالدعم المسيء. وقبل فترة قصيرة من دخول المادة 1-650 L من القانون التجاري حيز التنفيذ، أصبح بإمكان أي شخص، سواء كان عامًا أو خاصًا، أن يتحمل المسؤولية. و قد فرضت السوابق القضائية لاحقًا حدودًا معينة على الاعتراف بالخطأ، لكن المبدأ لا يزال راسخًا. فهل يمكن إذن الاعتقاد بأن المشرع، عند صياغة قانون حماية المؤسسات، قد أدخل بعض المصطلحات التي تنص على تعميم مبدأ عدم المسؤولية ليس فقط على المصرفيين، بل أيضًا على جميع الأفراد الآخرين الذين يتمتعون بوضع الدائن للاستفادة من هذه الحصانة. كما أشار السيد Xavier De Roux، أن الغرض من التعديل رقم 602 هو توسيع نطاق الاستفادة من الحكم ليشمل أشخاصًا آخرين، بدلاً من قصره على مؤسسات الائتمان فقط.¹

وقد قسمنا هؤلاء الأشخاص الى ثلاث فئات تطرقنا لكل فئة في فرع منفصل فالأولى هي البنوك ثم المطلب الثاني جماعة الدائنين لنصل في المطلب الثالث الأشخاص العموميين وهم لجسو من دائني الشركة لكن قدموا لها مساعدات ودعم مالي لإنقاذها من عثرتها.

المطلب الأول: البنوك

تلعب البنوك دورا هاما في الاقتصاد القومي وهو توزيع الائتمان فهي تتلقى الودائع النقدية من الجمهور المدخرين بفائدة معينة وتستخدمها في منح القروض للتجار والصناع وغيرهم في مقابل فائدة ، وهي بمثابة وسيط بين المدخرين والمستثمرين أي بين المقرضين والمقترضين وكذا بين عرض النقود وطلبها ، فتزود المشروعات بالأموال اللازمة لا نشائها وتنميتها ،مما يجعل منها تحول المدخرات من رأس مال جامد الى رأس مال نسط منتج للربح يساهم في ترقية وتطوير الاقتصاد.²

1- Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises publiée au Journal Officiel du 27 juillet 2005 .rectificatif publié au Journal Officiel du 22 octobre 2005 . Journal officiel électronique authentifié n° 0247 du 22/10/2005

https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=Z2iY79K_EOuvjohNjZgaRK3PzXyh2U2x_naRfEud_Wg=

² سامر جلدة ، البنوك التجارية والتسويق المصرفي ،دار أسامة للنشر والتوزيع ، بدون طبعة ، 2011 ، الاردن عمان ص 09

ان البنوك ظهرت لأول مرة في القرون الوسطى واقتصرت وظيفتها على تجارة النقود والقيام بعمليات الصرف ثم أخذ التجار يودعون نقودهم لدى البنوك خشية من الضياع والسرقة ، مقابل شهادات بودائعهم تمنحهم حق سحبها متى يريدون ، هذا ما جعل الودائع النقدية تتجمع بشكل كبير لدى البنوك أكثر من الأموال المسحوبة فبدأت تقرض هذه الأموال الفائضة لمن تشاء مقابل فائدة محددة .

ان أولى البنوك كانت البنوك التجارية تقبل الودائع لأجل صغير وقد سميت ببنوك الودائع ثم بدأت تتنوع وتختلف بحسب طبيعة الغرض الذي انشأت من أجله.¹

لقد عرف الفقهاء البنوك التجارية بأنها "البنوك التي تقبل ودائع الأفراد وتلتزم بدفعها عند الطلب أو في موعد يتفق عليه والتي تمنح القروض القصيرة الأجل وسميت أيضا بنوك الودائع"²

كما تعد البنوك المتدخل الأول في لإنقاذ المؤسسات المتعثرة، نظرا للوضعية الصعبة التي تمر بها هاته المؤسسات يعزف المستثمرين وذوي الأموال عن المخاطرة بإقراض المؤسسات المتعثرة خوفا من إفلاس المؤسسة، التي توحى بواذر نشاطها الاقتصادي واهتزاز مركزها المالي وعجزها عن الوفاء بالتزاماتها في حينها باقتراب اجل إفلاسها و عدم استرداد أموالهم المودعة بالشركة أو حصولهم على نصيب قد لا يستوفي قيمة قرضهم، وذلك بعد تصفية الشركة وقسمة الغرماء وأسبقية ذوي حقوق الامتياز في استيفاء ديونهم على ذوي الديون العادية، هذا الطرح جعل من المؤسسات المتعثرة تتجه مباشرة ودون تردد للبنك الذي يعتبر عامل المخاطرة كجزء من عملياته البنكية كما أن دراسته للمركز المالي الفعلي للمؤسسة تجعله يضع لها خطة إعادة هيكلة تضمن للمؤسسة الانطلاق من جديد.

1مصطفى كمال طه،العقود التجارية وعمليات البنوك،وفق القانون الجديد رقم 17 لسنة 1999 المركز القومي للإصدارات القانونية،بدون طبعة، القاهرة سنة 2017 ص 243.

مجدي محمد شهاب اقتصاديات النقود والبنوك ، النظرية ، المؤسسات النقدية ، بورصة الأوراق المالية في مصر ، تطور النظام المصرفي المصري دار الجامعة الجديدة للنشر ، سنة 200 ص 2.193

أن دور البنوك والمؤسسات المالية¹ ككل يعد محوريا وضروريا لضمان استمرارية المؤسسة باعتبار البنوك بمثابة أكبر مصدر يضمن ضخ الأموال في المؤسسة التي هي بحاجة للإنعاش. ويمكن أن تكون البنوك مؤسسات ائتمانية أو صناديق استثمار وسنوضحها في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التعريف وشروط ممارسة النشاط البنكي

من خلال اطلعنا على الحالات العادية لطالبي الائتمان, نجد البنك يتخذ إجراءات ومعايير اقتصادية وشروط وضمانات يضمن بها استرداد قيمة القرض كليا بالإضافة للعمليات الفائدة, فأموال البنك هي عبارة عن ودائع المودعين لديه ويجب عليه المحافظة عليها وإرجاعها في حال طلب مودعيها, أن أخذ الإجراءات اللازمة ضروري في الحالات العادية , فأبالك بالحالات المؤسسات المالية المتعثرة التي يحتاج تحديد مركزها المالي للدقة وتروي وتشديد الإجراءات ودراسة الملفات , ومدى الملائمة المالية للعميل والضمانات المقدمة من طرفه لضمان استرداد قيمة الائتمان.

البند الأول: تعريف البنوك

¹ يمكن تقسيم المؤسسات المالية إلى نوعين: المؤسسات المالية المصرفية والمؤسسات المالية غير المصرفية، وتشمل المؤسسات المالية المصرفية البنوك التجارية التي يتمثل دورها الأساسي في قبول الودائع وتقديم القروض، بينما تشمل المؤسسات المالية غير المصرفية البنوك الاستثمارية وشركات التأمين وشركات التمويل وشركات الصرافة وشركات التأجير وما إلى ذلك.

لقد عرف المشرع الفرنسي البنوك وفقاً للمادة¹ 511-1 من القانون النقدي والمالي الفرنسي، "بأنها كيانات قانونية تقوم بتنفيذ كمهنة معتادة للعمليات المصرفية، من خلال نص المادة نستنتج أن المغزى يكمن بفكرتين الشخص المعنوي من ناحية، وممارسة العمليات المصرفية من ناحية أخرى، و بالتالي لا يمكن أن ينسب وضع المؤسسة الائتمانية إلى شخص طبيعي. بل فقط الأشخاص المعنوية التي تحصل على الموافقة، وبالتالي يمكن أن يكون شركة، مما يجعل من ممثليها القانونيين أو وكلائها يتحملون المسؤولية، لا سيما عندما يكونون مذنبين بارتكاب أفعال تؤدي إلى الإفلاس².

في المسائل المدنية، تكون مسؤولية "المصرفي" غالباً مسؤولية الكيان القانوني بدلاً من مسؤولية الوكيل عن الخطأ، سواء في حالة المسؤولية عن الأضرار أو عدم الأداء في المسؤولية التعاقدية. لذا، يُعتبر تنفيذ العمليات المصرفية بدقة وحذر أمراً ضرورياً لضمان جودة أداء المؤسسة الائتمانية. تشمل العملية المصرفية تلقي الأموال من الجمهور على شكل ودائع، بالإضافة إلى إدارة وسائل الدفع.³

1 Code monétaire et financier l'article 511-5 II « est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel. Il est, en outre, interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public ou de fournir des services bancaires de paiement. »

<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000027643716/2014-01-01> consultation du site date 17/06/2024 heur 23:29)

2 CECEI, RAPPORT MANUEL DU COMITÉ DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT ET DES ENTREPRISES D'INVESTISSEMENT, p. 51 « établissements de paiement Aux termes de l'article L. 521-1 du Code monétaire et financier, les établissements de paiement sont des personnes morales, autres que les établissements de crédit et autres que les organismes publics mentionnées au II de l'article L. 521-1 (Banque de France, Trésor public, Caisse des dépôts et consignations, Institut d'émission des départements d'outre-mer), qui fournissent à titre de profession habituelle des services de paiement. » www.acpr.banque-france.fr https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/10/30/cecei_ra_2009.pdf consultation du site date 17/06/2024 heur 23:00)

3 Code monétaire et financier l'article 311-1 « Les opérations de banque comprennent la réception de fonds remboursables du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement. » https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006072026/LEGISCTA000006170351/#LEGISCTA000006170351 consultation du site date 17/06/2024 heur 00:07)

تنص المادة L 313-1 من القانون النقدي والمالي على أن "أي فعل يقوم به شخص يتصرف مقابل عوض بتقديم أو وعد بإتاحة أموال لشخص آخر أو يقدم، لصالح هذا الأخير، التزامًا بالتوقيع مثل التظهير أو الضمان. ويجوز لمؤسسات الائتمان أيضًا إجراء عمليات أخرى تتعلق بنشاطها، مثل عمليات الصرف الأجنبي، وتقديم المشورة والمساعدة في مسائل إدارة الأصول أو الإدارة المالية، وما إلى ذلك.¹ وقد خص القانون المؤسسات الائتمانية دون غيرها بهذه الميزة حيث تنص المادة L 511-5 من القانون النقدي والمالي الفرنسي على ما يلي: " ذلك يحظر على أي شخص غير المؤسسة الائتمانية القيام بالمعاملات المصرفية بشكل منتظم".²

تعريف المشرع الجزائري: لا يوجد في التشريع الجزائري أي تنظيم خاص بمسؤولية البنك عن عمليات الائتمان المصرفي سواء في قانون النقدي والمصرفي أو الأحكام العامة للقانون التجاري نظرا لخصوصية البنوك في الجزائر التي جلها تابعة للقطاع العمومي وتخضع لأحكام ومعايير البنك المركزي، الذي يتولى مهمة الرقابة والاشراف على العمليات البنكية المختلفة ، كما أنه لا يوجد أي قواعد تشريعية تحدد التزامات الأطراف عند منح الائتمان فالالتزام الوحيد هو العقد والبنود التعاقدية ولقد استدرك قانون النقدي والمصرفي معظم النقائص لكنه اهمل جانب قيام مسؤولية البنوك لأنه أمر غير متصور باعتبار جل البنوك تابعة للقطاع العام.

وجاء قانون 09-23 لمعالجة النقائص القانونية في القوانين السابقة والمتعلقة بالصرف وخاصة الصيرفة الاسلامية، من خلال تجسيد البعد القانوني الذي يضمن تطبيق مبادئ حوكمة البنوك والرقابة المصرفية ، وكذا تعزيز صلاحيات البنك المركزي في إدارة البنوك، ومحاولة

¹ Jean stoufflet et anne claire rouaud droit bancaire ,lexisnexis 10édition France p 88-89

² Code monétaire et financier l'article 511-5 II « est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel. Il est, en outre, interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public ou de fournir des services bancaires de paiement. »

<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000027643716/2014-01-01> consultation du site date

20/06/2024 heure 23:00)

مواكبة المجلس النقدي والمصرفي لمستجدات وتطورات المجال النقدي والمصرفي ومدى تطبيق الأدوات القانونية ، التي تضمن حسن إدارة الازمات المالية لضمان المحافظة على النظام المصرفي ككل باعتبارها شريان النشاط الاقتصادي.

وقد عرف قانون 09-23 العمليات المصرفية في نص المادة 68¹ تتضمن عمليات المصرفية تلقي أموال من الجمهور وعمليات القرض والعمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة الاسلامية ، وكذا وضع جميع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل " من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع وسع من مفهوم العمليات المصرفية والمتمثلة في تلقي أموال في شكل ودائع وإعادة منحها فيشكل قروض كما أضاف عمليات الصيرفة الاسلامية التي تقوم على أساس المراجعة²

كما أن المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي قد قام بتخصيص البنوك دون غيرها من المؤسسات المالية بالصلاحيات المذكورة أعلاه وقد نص صراحة في نص المادة 78 " لا يمكن للمؤسسات المالية³ تلقي الأموال من الجمهور ولا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنهم " .

و قد تم تأكيد هذا المبدأ في نص المادة 88 حيث نصت على أنه " يمنع على أي مؤسسة من غير البنك.... أن تستعمل تسمية تحمل اعتقادا أنها معتمدة كبنك" وقد أكد هذا المنع لتخصيص البنوك والمؤسسات المالية بالعمليات المصرفية دون غيرها من خلال نص المادة

1 أنظر المادة 68 من القانون رقم 09-23 المؤرخ في 03 ذي الحجة 1444 الموافق ل 21 يوليو 2023 والمتضمن القانون النقدي والمصرفي ج.رج العدد رقم 43 ، المنشور بتاريخ 27 يوليو 2023 " تتضمن عمليات المصرفية تلقي أموال من الجمهور وعمليات القرض والعمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة الاسلامية ، وكذا وضع جميع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذيه الوسائل " .

2 وقد عرفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية المراجعة بأنها " بيع السلعة بنفس الثمن الذي اشترتها به البائع مع زيادة ربح معلوم متفق عليه بنسبة من الثمن أو بمبلغ مقطوع ... " هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية 2010 ص 103 .

3 والجدير بالذكر أن في الجزائر المؤسسات مالية ككل تابعة للقطاع العمومي وهي 08 مؤسسات حصرتها وزارة المايعة بالإضافة الى 04 أسواق مالية للإطلاع على معلومات أكثر راجع موقع وزارة المالية . <https://www.mf.gov.dz/index.php/ar> زيارة الموقع في 2024/07/10

83 " يمنع على كل شخص طبيعي أو معنوي من غير البنوك القيام بالعمليات التي تجربها البنوك والمؤسسات المالية بشكل اعتيادي..."¹

من خلال اطلاعنا على قانون النقدي والمصرفي لاحظنا أنه أوكل مهمة الرقابة على مدى اتباع البنوك للأحكام التشريعية والتنظيمية للجنة المصرفية بحيث يمكنها تسليط عقوبات تأديبية دون المساس بالملاحقات الجزائية الأخرى. وقد نصت المادة 120 على مهام اللجنة الرقابية .

البند الثاني : ترخيص انشاء البنوك

1-الترخيص لدى المشرع الفرنسي. تخضع مؤسسات الائتمان للترخيص وينقسم الترخيص إلى مجموعتين حسب العمليات التي تقوم بها:

الفئة الأولى: تشمل البنوك التي تحصل على الموافقة الكاملة، مما يتيح لها تنفيذ كافة العمليات المصرفية، بما في ذلك استلام الأموال العامة عند الطلب أو ضمن فترة سنتين، وتتصدرها البنوك التجارية،² وتشمل البنوك التي تضم شركات كبيرة بين عملائها، والتي تركز على عمليات وأنشطة السوق، وكذلك البنوك الدولية التي تمتلك قاعدة عملاء واسعة من الأفراد والمهنيين والعديد من المكاتب، بالإضافة إلى البنوك الإقليمية والمحلية، والبنوك المتخصصة في التمويل، والبنوك الخارجية، وشبكة بنوك الادخار التي ترتبط تقليدياً بتمويل الاقتصاد الاجتماعي والمحلي والمهني. وأخيراً، تشمل الاتحادات الائتمانية البلدية التي يمكنها تنفيذ جميع العمليات المصرفية ضمن حدود النصوص التشريعية والتنظيمية. وهي مؤسسات ائتمانية

1أنظر المواد 78.83.88 من القانون رقم 09-23 المتضمن القانون النقدي والمصرفي المذكور أعلاه.

2Établissements de crédit des Entreprises d'investissement de la BANQUE DE FRANCECECEI, Rapport pour 2007, p. 142 « dans le premier, les établissements bénéficiant d'un agrément de plein exercice, qui leur permet d'effectuer tous les types d'opérations de banque et qui les habilite, en particulier, à recevoir sans limite du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme »

www.acpr.banque-france.fr consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)

https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/10/30/cecei_ra_2007.pdf

ومساعدة اجتماعية بلدية عامة، تهدف بشكل خاص إلى مكافحة الربا من خلال منح القروض بضمانات مادية تحتكرها..

الفئة الثانية : تجمع المؤسسات الائتمانية ذات التفويض المحدود، ويحدد نطاق عملها وفقاً للرخصة الممنوحة لها، والتي لا يُسمح لها بتجاوز العمليات المذكورة صراحةً في هذه الرخصة أو، عند الاقتضاء، بموجب نظامها الأساسي. كما لا يمكنها استقطاب أموال من الجمهور إلا لمدة عامين فقط.¹ تشمل الشركات المالية والمؤسسات المالية المتخصصة. تتمتع الشركات المالية بتخصصات تتعلق بنوع العمليات وتقنيات التمويل، مثل القروض المتوسطة والطويلة الأجل للأفراد أو الشركات، وتأجير العقارات أو الأثاث، والتخصيص، وضمان القروض للأفراد أو الشركات، والضمانات المتنوعة، وإدارة وسائل الدفع.²

إنها مؤسسات تُعهد إليها الدولة بمهمة دائمة ذات منفعة عامة، ولا يُسمح لها بالقيام بأي عمليات مصرفية غير تلك المتعلقة بهذه المهمة إلا على أساس تبعي. يتمثل هدفها الرئيسي في تقديم المساعدة المتوسطة أو الطويلة الأجل، أو الضمانات، أو منح القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة الحجم، وهي مؤسسة متخصصة في ضمان تمويل المشاريع الاجتماعية.³ ويجب على الشخص الذي يعتزم بشكل عام تنفيذ أي من هذه العمليات أن يستعد للحصول على ترخيص من لجنة التعاون المصرفي.

1 CECEI, Rapport pour 2007, p. 142

Ces opérations peuvent être traitées soit par des sociétés fi "CECEI, Rapport pour 2007, p. 142 2

www.acpr.banque-france.fr consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)

https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/10/30/cecei_ra_2007pdf

3CECEI, Rapport pour 2007, p. 158

وفقاً للمادة L.311-1 من القانون المالي، تشمل العمليات المصرفية استلام الأموال المستحقة من الجمهور، وعمليات الائتمان، بالإضافة إلى خدمات الدفع المصرفية، ويشترط لمنح الترخيص ما يلي:¹

1- يتعين تقديم برنامج نشاط للجنة يتضمن وصفاً دقيقاً للعمليات المرتقبة المتعلقة بالائتمان، مع توضيح الأسباب التي تجعل الترخيص كمؤسسة ائتمانية غير ضروري لممارسة بعض الأنشطة، بالإضافة إلى الشروط والحدود التي يجب على الشركة غير المرخصة الالتزام بها عند إجراء بعض العمليات المالية.

2 -التحقق من توافق الإطار القانوني لممارسة الأنشطة المصرفية والمالية مع النشاط المقترح أو التعديل المطلوب، الذي يجب أن يتماشى مع نوع العمليات التي تنوي الشركة تنفيذها. وقد نصت المادة L. 511-9 من القانون النقدي والمالي على عدة فئات من مؤسسات الائتمان، مثل البنوك التعاونية، صناديق الائتمان البلدية، الشركات المالية، والمعاهد.²

1 Code monétaire et financier: Section 1 : Définition des opérations de banque ... (Article L311-1) Modifié par Ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 – art. 3 "Les opérations de banque comprennent la réception de fonds remboursables du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement" <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000027643311/2014-01-01> consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)

2 Code monétaire et financier: Section 1 : Définition des opérations de banque . (Article L511- 9) Modifié par Ordonnance n°2021-796 du 23 juin 2021 – art. 2 " Les établissements de crédit sont agréés en qualité de banque, de banque mutualiste ou coopérative, 'établissement de crédit spécialisé, d'établissements de crédit et d'investissement ou de caisse de crédit municipal. Les banques peuvent effectuer toutes les opérations de banque. Les banques mutualistes ou coopératives, les établissements de crédit spécialisés et les caisses de crédit municipal peuvent effectuer toutes les opérations de banque dans le respect des limitations qui résultent des textes législatifs et réglementaires qui les régissent."

Les établissements de crédit et d'investissement peuvent effectuer toutes les opérations dans le respect des limitations qui résultent des textes législatifs et réglementaires qui les régissent". <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000043706786/2021-06-26> consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)

لذا، فإن مؤسسات الائتمان أو البنوك هي الأكثر ملاءمة لممارسة نشاط تقديم الائتمان. تمتلك البنوك معظم الصفات والمهارات الضرورية لتنفيذ هذه المهمة بكفاءة، مما أدى إلى تخصيص المشرع لهم بميزة إعفاء من المسؤولية دون غيرهم من مقدمي الائتمان.¹

2- الترخيص لدى المشرع الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري الترخيص سواء في القانون النقدي والمصرفي، ولا في الأنظمة الصادرة عن المجلس النقدي و المصرفي ، بل ترك المجال مفتوح للفقهاء. فعرفه الفقهاء بأنه " الإذن أو الإجازة الذي تمنحه السلطات الإدارية أو القضائية لشخص معين لغرض القيام بإجراء قانوني معين ، لا يستطيع الشخص في العادة القيام به بمفرده، " وعرفه آخرون بأنه إجراء يمكن من خلاله للإدارة والسلطات العامة فرض رقابتها على الأنشطة أما في قانون النقد فهو إجراء يسمح يتأسس البنك أو المؤسسة المالية أو إقامة فرع لبنك أو مؤسسة مالية.²

ولقد تطرق القانون 09-23 والنظام رقم 02-06 المؤرخ في 24 سبتمبر 2006 والذي يحدد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشروط إقامة فرع مؤسسة مالية أجنبية الى إجراءات الترخيص. ويوجه الطلب الى مجلس النقدي والمصرفي بصفته جهة مختصة في منح الترخيص حسب ما نصت عليه المادة 64 من القانون النقدي والمصرفي 09-23 ،³ والمادة 02 من النظام رقم 02-06 وقد تضمنت المادة 03 مجموعة الوثائق التي يجب ان يتضمنها ملف طلب الترخيص، ثم يقوم المجلس النقدي والمصرفي بدراسة ملف طلب الترخيص ويصدر قراره بالقبول أو الرفض ويخضع هذا القرار لرقابة القاضي الإداري في حالة رفض الترخيص، وفي حال القبول يمنح الترخيص بعد التأكد من توفر الشروط المنصوص عليها في القانون النقدي

1 Jérôme. Lasserre-Capdeville, droit bancaire lefebvre dalloz ,4 edition 2024 p 131-132

2 فاشي علال ، رقابة البنك المركزي على البنوك التجارية في القانون الجزائري ، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، العدد 04 مكتبة الرشاد، جامعة الجليلي اليايس سيدي بالعباس ص33.

3 أنظر المادة 68 من القانون رقم 09-23 المؤرخ في 03 ذي الحجة 1444 الموافق ل 21 يوليو 2023 والمتضمن القانون النقدي والمصرفي ج.رج العدد رقم 43 ، المنشور بتاريخ 27 يوليو 2023.

والمصرفي وكذا النظام 02-06 والمادة 01 و 02¹ منه وفق تعليمة البنك المركزي 01-07 المتعلقة بشروط تأسيس بنك أو مؤسسة مالية و انشاء فروع البنك أو مؤسسة مالية². ومن خلال الترخيص يمكن تأسيس شركة مساهمة الخاضعة للقانون الجزائري ولاكتساب الشخصية المعنوية يجب إيداع العقود التأسيسية لدى المركز الوطني للتسجيل التجاري وشهرها والا كانت باطلة .

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري ركز على الجانب الإجرائي لمنح الترخيص ، ولم يربط الترخيص بأنشطة معينة ، على عكس المشرع الفرنسي الذي ركز في منح الترخيص على الجانب الموضوعي وطبيعة النشاط الممارس وهذا نظرا لتنوع البنوك في فرنسا واستقلاليتها عن القطاع العمومي .

ان للبنوك دور جد مهم وفعال في إنقاذ المؤسسات المتعثرة، باعتبارها مصدرا ماليا وفيما هذا ما جعل من التشريع الفرنسي يعفيها من المسؤولية عرفانا بدورها في إنقاذ المؤسسات المتعثرة والحياة الاقتصادية للبلاد ككل .

الفرع الثاني: طرق تدخل البنوك لإنقاذ المؤسسات المتعثرة

تختلف طرق معالجة تعثر المؤسسات، بحسب الظروف المتعلقة بالاقتصاد القومي بشكل عام ومواقف المقترضين و اسباب تعثرهم بشكل خاص والإجراءات المتخذة حيالهم ، وانتهجت الكثير من الدول العربية طرقا خاصة لمواجهة تعثر المؤسسات عبر تدخل البنوك ففي الكويت تدخلت السلطات بشكل مباشر ووضعت قواعد عامة ملزمة لتسوية الديون المتعثرة ، و الامارات العربية المتحدة تركت علاج كل حالة على حدة مع حث البنوك على تدعيم مخصصاتها ورؤوس أموالها ، وفي اوروبا تم مواجهة التعثر عبر تكوين مخصصات ضخمة للمؤسسات المتعثرة وفي اليونان انشئت مؤسسة عامة لإنقاذ المؤسسات المتعثرة وأما كوريه

1 النظام رقم 02-06 المؤرخ في 24 سبتمبر 2006 المتضمن تحديد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشرط إقامو فرع بنك مؤسسة مالية أجنبية ، الجريدة الرسمية العدد 77 المؤرخة في 24 سبتمبر 2006.

التعليمية رقم 01-07 المؤرخة في 23 ديسمبر 2007 والمتعلقة بضبط شروط التأسيس للبنوك والمؤسسات المالية الأجنبية منشورة على موقع بنك

الجزائر. 2.

الجنوبية فقد عالجت التعثر سنة 1997 بأخذ قرض من البنك الدولي لتسديد أقساط واشترت المؤسسات المتعثرة بنسبة 70 % وأعادت بعثها من جديد عبر ضخ أموال بالبنوك أما في مصر فقد حاولت البنوك التعاون مع المشروعات المتعثرة للخروج من المأزق من خلال إجراء الدراسات المشتركة بهدف وضع برنامج لتصحيح مسارها ومن خلال الإسهام بتقديم الدعم أو المشورة في نواحي الإدارة المختلفة¹. وسنتطرق فيما يلي الى التوجهات المختلفة للبنوك لإنقاذ المؤسسات المتعثرة في البند الأول ثم مراحل الإنقاذ المختلفة ، دون أن نغفل دور البنك المركزي في إنقاذ المؤسسات المتعثرة في البند الثالث

البند الأول: توجهات البنوك في علاج تعثر المشروعات

ان توجهات البنوك تنقسم لاتجاهين اثنين سنقوم بشرحهما كما يلي:

الاتجاه الأول : يتمثل في الإيقاف الفوري للائتمان وتجميد كافة حقوق العميل المدين في المشروع المتعثر مع البدء في اتخاذ الإجراءات القانونية الوارد النص عليها بعقد القرض المبرم بين الطرفين أي خروج المشروع من الحياة الاقتصادية وينتج عن ذلك ما يلي :

1- تقييم أصول المشروع بسعر أقل من قيمته الحقيقية لأن قيمته تكون في الربح و الاستمرارية.

2- زيادة أعباء البنك المالية والإدارية للحفاظ على أصول عن طريق سداد أقساط التأمين والصيانة وكذا أجور العمال وتمويل رأس المال العامل .

3- توقف سداد دفعات الدين بكل أشكالها سواء كانت أقساط أو فوائد.²

4- زيادة أعباء الديون الناتجة عن رسوم الدعاوى والأعباء القضائية ، ودخول البنك في مشاكل قضائية تبعتها عن الحلول العلمية، مما يجعلها تسير نحو الخسارة الأكيدة سواء كانت كلية أو جزئية.

محمد السيد أبو الغيط اسماعيل ، نماذج إدارة القروض المصرفية المتعثرة وسبل علاجها على ضوء القانون الجديد للبنوك الأكاديمية السادات للعلوم الادارية ص 061

² مسعود يونس عطوان عطا ، انهاض المشروعات المتعثرة ووقايتها من الافلاس، مكتبة الوفاء القانونية ، الطبعة الأولى سنة 2010 الاسكندرية مصر ص 435.

وقد اعتبر البعض اتخاذ الإجراءات القانونية تجاه المشروع المتعثر يمثل تجاهلاً لظروفه وعدم مساندة له في أوقات الركود مما يتعارض مع مطالب دول العالم الثالث في دعم التنمية الاقتصادية.

الاتجاه الثاني: يتمثل في تأجيل البنك للإجراءات القانونية واجبة التنفيذ بسبب مالها من آثار جانبية على البنك والمشروع المتعثر ، لأن البنك قد لا يحصل على كل شيء بعد تصفية المشروع ، لذلك يجب إعداد دراسة شاملة وواقعية عن حالات المشروعات المتعثرة للتعرف على المراكز المالية الحقيقية الحالية وتوقعات المستقبل ، للوقوف على حجم المشاكل والعقبات .

وفي حالة عدم امكانية اجراء هذه الدراسة في ظل غياب رؤية مستقبلية في ظل اضطراب نشاط المشروع ، فإن ذلك لا يمنع من التوصل الى تسوية ، لأن ما لا يدرك كله يترك كله وقد تؤدي هذه التسوية لضمانات لم تكن موجودة من قبل.¹

وتعددت مقترحات تأجيل البنوك لاتخاذ الإجراءات القانونية واجبة التنفيذ عند التعثر وجاءت توجيهات البنك المركزي لاتخاذ الإجراءات التالية:

1-التنازل عن كل و بعض الفوائد المدينة المستحقة للبنوك أو تجنيبها في حساب خاص يقسط على فترات طويلة و بدون فوائد

2 - تخفيض معدل الفائدة المدينة على الديون الأصلية على مدار الفترة السداد.

3-إعادة جدولة الأرصدة الديون المستحقة على المشروعات وفق برنامج زمني يتناسب والتدفقات النقدية الجديدة والمتوقعة بعد إعادة الهيكلة.

4-تحويل القروض القصيرة والمتوسطة الأجل الى قروض طويلة الأجل أو سندات.

¹ عبد المطلب عبد الحميد ، مفهوم التعثر ومراحله والمعالجة المصرفية للديون المتعثرة وسبل علاجها في ضوء القانون الجديد للبنوك ، أكاديمية

السادات فبراير 2005، ص 04

5-احلال البنوك والمؤسسات المالية المحلية محل البنوك الأجنبية في الدائنية لتحويل الديون المستحقة بالعملة الأجنبية الى ديون بالعملة المحلية وذلك لتجنب تقلبات أسعار الصرف في السوق العالمية .

6-السماح للشركات بإصدار سندات قابلة للتحويل لأسهم بقيمة أرصدة القروض قصيرة الأجل تكتتب فيها البنوك التجارية.

7-تحويل القروض المستحقة على البنوك الى مساهمات في رأسمال المشروع المتعثر أو مشاهة للبنوك بحذ ذاتها لزيادة رؤوس أموالها .

8-تكوين شركة قابضة من البنوك والمؤسسات المالية لتمويل المشروعات المتعثرة طبقا لمعايير مدروسة للمساهمة في إعادة توازن هياكلها المالية.

9-قيام البنوك بإعادة إقراض بعض المشروعات لتمكينها من التشغيل بالطاقة القصوى أو لتنفيذ التوسعات الرأسمالية ،أو لتحقيق التكامل بين العمليات الإنتاجية أو لتمكين من إدخال أساليب التقنيات الحديثة للشركات.¹

البند الثاني : مراحل انقاذ المؤسسات المتعثرة من قبل البنوك

المرحلة الأولى : الانقاذ : قيام البنك بمنح تمويل إضافي للمشروع المتعثر وبذلك يساهم في استمراريته واستغلال طاقاته الإنتاجية القصوى.

بحيث يقوم البنك بالتعويم أي منح المزيد من الائتمان للمؤسسة المتعثرة أي ضخ أموال جديدة ويعد هذا الشكل من أخطر طرق الإنقاذ نظرا للمضاعفات التي تنجر عليه مثل خطر مضاعفة خسار البنك للقرض الأصلي والتمويل الإضافي في حالة فشل المشروع .ومن هنا فإن قرار منح الائتمان من قبل البنك هو قرار يخضع لسلطته التقديرية مع مراعات العناصر التالية عند منح الائتمان:

¹ عبد المطلب عبد الحميد ، مفهوم التعثر ومراحله والمعالجة المصرفية للديون المتعثرة وسبل علاجها في ضوء القانون الجديد للبنوك ، أكاديمية

1- اتخاذ القرار المناسب في الوقت المناسب لأن أي تأخير قد يؤدي الى ضياع الفرص المصرفية وهذه خاصية في المعاملات المصرفية.

2- المرونة واليسر في تقديم الضمانات ومدى كفاية الضمانات بالنسبة لقيمة القرض أي موائمة وملائمة بين مصلحة البنك ومصلحة المؤسسة المتعثرة ، ولا يشترط أن تكون كافة التسهيلات مضمونة بضمانات عينية فقد تمنح تسهيلات الاكتفاء بالضمانات المعروفة في العمل المصرفي مثل الكمبيالات والتنازلات عن العقود وغيرها من الايصالات بل قد تمنح التسهيلات بناء على سمعة العميل والثقة فيه شخصيا ويعرف بالضمان الشخصي .

3- تحمل المخاطر وذلك بالتخلي أحيانا عن بعض الاجراءات في حالات الضرورة لإنقاذ موقف صعب يمر به المشروع المتعثر ، فيمنح تسهيلات مستعجلة لصفقة محددة قبل فوات أجلها ، وإذا لم يستطع سداد الدين يتحمل هنا الخسارة ، هذا ما جعل البنوك في كثير من الحالات تحجز مبالغ محددة من أرباح الشركات وتطلق عليه اسم المخصصات ، والتي يمكن من خلالها مواجهة الديون الميؤوس من سدادها أو الديون المعدومة.¹

ودور البنك يتحدد وفق معايير موضوعية تتحدد وفق طبيعة نشاط المشروع المتعثر ومدى أهميته للاقتصاد الوطني وكذا حجم الخسائر المحققة ونسبتها لرأس مال المشروع ، دون المساس بأمان البنوك ، وعلى كل حال فقيام البنك بمنح فرض إضافي لتعويم العميل لا يكون الا بعد الوصول الى ما يلي:

1- تقييم شامل لكافة النواحي الفنية للمشروع من حيث طبيعة المعدات وحالتها وطاقاتها الانتاجية وغير ذلك من النواحي التي يرجع فيها البنك الى تقارير الخبراء والفنيين اللذين يكلفهم البنك بهذا العمل .

2- تقييم شامل لمدى منافسة المنتجات لمشروع ، من حيث جودة المنتج والأسعار .

¹ مسعود يونس عطوان عطا ، المرجع السابق ص 202-209

- 3- إجراء تقييم مالي عن طريق إعداد مجموعة من القوائم المالية التي تمكن من تقدير الكلفة والعائد المتوقع وسيولة المشروع لخدمة ديونه بعد إعادة تمويله.
 - 4- تحديد المشاكل المحيطة بالمشروع ، وكيفية التغلب عليها والقدرة على إدارة المشروع وإجراء تعديلات في الإدارة .
 - 5- حصر كافة التزامات المشروع تجاه دائني، وتسوى هذه الالتزامات تحت اشراف البنك أو بمشاركة بينهما .
 - 6- التخلص من الأصول الرأسمالية غير المنتجة واستخدام حصيلتها في سداد جزء من المديونية تقدير حجم القرض الإضافي اللازم لدفع نشاط المشروع وإخراجه من أزمته والتأكد من أن منح قرض إضافي سوف يضمن عائدات أكثر من القرض الأول.
 - 7- التعجيل بإتمام الاجراءات رهن الضمانات لصالح البنك لتأمين مركزه.
- المرحلة الثانية : ضخ أموال جديدة في المشروع المتعثر :**
- هذه المرحلة جد دقيقة وتستدعي انتباه البنك ومتابعة الإجراءات التالية .
- 1- مراقبة المشروع والتأكد من انتظامه في ممارسة نشاطه، وسداد الالتزامات الجديدة التي تم الاتفاق عليها
 - 2- مراقبة السحب و الإيداع للمشروع للوقوف على مدى انتظام أعماله ومدى كفاية الرصيد لسداد مستحقات البنك المتفق عليها.¹
 - 3- التشدد في عدم السماح للمشروع بتأجيل أي أقساط أو فوائد او عملات أو مصاريف تستحق على التمويل الإضافي .
 - 4- عدم السماح للمشروع بتأجيل أي أقساط أو فوائد أو عملات أو مصاريف مضافة على القرض الأصلي.

5- المتابعة الدقيقة للمشروع ، ومراقبة تدفقاته المالية مع ضرورة الزام المشروع بتقديم قوائم شهرية للبنك موضحا بها الإيرادات والمصروفات للتأكد من مركزه المالي.¹

المرحلة الثالثة: إعادة جدولة الديون

وتعني منح المشروع المتعثر تسهيلات تساهم في سداد الأقساط و الفوائد، من خلال تغيير الفترات الزمنية للسداد وجعلها أطول، وكذا منح المشروع فترة سماح يعفى من خلالها المشروع من سداد الأقساط والفوائد ليحقق إيرادات مناسبة تكفي لسداد ديونه وأعبائها . وقد تكون تلك الاعتمادات ضعيفة لكنها أفضل من توقف المشروع عن الدفع .على الرغم من أهمية إعادة الجدولة للمشروع الا أنها شهدت اعتراض بحيث أعتبرها البعض مسكنا مؤقتا لمشاكل المشروعات المتعثرة على المدى القصير وتساهم في تفاقمها أكثر .

الجدير بالذكر أن إعادة الهيكلة وخطة الصلح الواقي من الإفلاس والرقابة اللاحقة على تنفيذها تقضي على هذه السلبيات لأنه لا يتم إنقاذ الا المؤسسات التي لا يزال بها مقومات النجاح كما يمكن تغيير الإدارة باعتبار ان التزام البنك هو الالتزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية ، كما ان امتناع البنك عن تمويل مشروع متعثر الذي لم يصل الى حد انهيار الموقف المالي يعتبر تعسفا في استعمال الحق يسأل عنه .

المرحلة الرابعة: رسمة الدين

يتدخل البنك بوضع خطة عمل مستقبلية يكون هدفها تحقيق تدفقات نقدية تسد النفقات المستحقة وتحقق فائضا حتى يستطيع البنك رسمة الدين ، ويكون ذلك عن طريق المساهمة في رأس مال المشروع المتعثر بقيمة الدين أو بجزء منه.

ويكون غالبا هذا الإجراء في المشروعات التي ترجع اسباب تعثرها الى الحاجة لزيادة رأس مالها لمواجهة ما عليها من ديون. كما أن هذا الاسلوب يمتاز بمزايا عديدة منها :²

عبد المطلب عبد الحميد ، المرجع السابق ص 58،59¹

² مسعود يونس عطوان عطا، المرجع السابق ص 447

1- تجنب المشروع مخاطر التنفيذ الجبري أو اتخاذ إجراءات قضائية ضده لاستيفاء قيمة الدين.

2- تمويل دورة نشاط المشروع بما يمكنه من تحقيق فائض لخدم الدين .

3- تمكين البنك من الاشتراك في إدارة المشروع وقيامه بالتعديلات التي تؤدي الى انقاذ المشروع المتعثر إذا كان سبب تعثره عيبا في الإدارة والمساعدة في زيادة الطلب على سلع أو الخدمات للمشروع المتعثر ، أما إذا كان السبب نقصا في التمويل فيمكن للبنك إعادة الهيكلة التمويلية للمشروع.¹

المرحلة الخامسة: انتعاش المشروع في هذه المرحلة يتم تحويل المشروع المتعثر الى مشروع يعمل بكامل طاقته ، ويتم عقد تسوية مع المشروع يتم بموجبها منح قروض جديدة بشروط ميسرة، كما يستتبع ذلك تسوية نهائية ومتابعة الشروط المتفق عليها بين البنك والمشروع، وذلك عن طريق قيام البنك بزيارة المشروع ومتابعة انتظامه في السداد التزاماته الجديدة المتفق عليها في عقد التسوية ، كما يجوز تأجيل سداد بعض الأقساط أو تعديل قيمتها بما يتناسب مع ظروف نشاط العمل وإمكانياته في السداد. فالقروض الممنوحة للمشروع المتعثر تساهم بشكل كبير في إعادة انتعاشه مع مراعات أنه من الضروري معالجة مشاكل الهيكل الانتاجي للمشروع أو المستوى الفني قبل بدأ التمويل المالي للمشروع المتعثر ، لأن التمويل المالي قد لا يساهم في حل بعض المشاكل الفنية التي ساهمت في تعثر المشروع في الأول .

¹وقد انتقد نظام رسمة الدين تجاه بعض المشروعات المتعثرة لان معظم التشريعات تحضر على البنك امتلاك اسهم شركات المساهمة بما يزيد عن 25% من أسهمها ، وعدم امكانية مساهمة البنك في رأسمال مشروعات أخرى تعمل في ذات المجال ، حيث يصبح البنك منافسا لنفسه. كما أن رسمة الدين تنطوي على تغيير شكل التمويل فقط في حين أن اغلب المؤسسات تحتاج الى أموال سائلة لحقن رأس المال العام ، وهو أمر لا ينتج عن رسمة الدين.بالإضافة الى عدم شعور المؤسسة بضغط عليها لتسديد الديون فلا تبذل مجهودات لتحسين أوضاعها المالية، مسعود يونس عطوان عطا ، المرجع السابق ،ص 449 نقلا عن صبري حسن نوفل ، المعالجة المصرفية للديون المتعثرة ص 36

الفرع الثالث: صناديق الاستثمار البديل

تُصنف هذه الصناديق ككيانات مالية تقدم الائتمان للمؤسسات المالية دون قبول ودائع من المودعين، على عكس البنوك. يمكن أن تكون هذه المؤسسات عامة أو خاصة، حيث يساهم فيها المستثمرون الذين يحققون عوائد كبيرة من استثماراتهم. يتم استخدام المبالغ الفائضة عن احتياجاتهم لإقراضها للمؤسسات، مقابل الحصول على نسبة من الأرباح أو استرداد المبالغ مع إضافة نسبة فائدة محددة مسبقاً في العقد. سنستعرض تعريف هذه الصناديق وفقاً للمشروع الفرنسي في البند الأول، ثم سنناقش طبيعتها القانونية وآلية عملها في البند الثاني كما يلي:

البند الأول: تعريف صناديق الاستثمار البديل لدى المشروع الفرنسي les hedge

funds spécifiques»

تم إنشاء أول صندوق استثماري منذ نحو ستين عاماً في عام 1949، تحديداً في الولايات المتحدة، وقد شكلت الإدارة البديلة في عام 2005 أصولاً تقدر بـ 1.070 مليار يورو، موزعة على حوالي 8000 صندوق استثماري. على عكس بعض المفاهيم الخاطئة، تحظى فرنسا باهتمام حقيقي من قبل هؤلاء المشغلين الماليين، حيث أفادت شركة Eurohedge بأن فرنسا استقطبت 5% من أصول صناديق الاستثمار البديلة الأوروبية في النصف الأول من عام 2005.

يُعرف "صندوق الاستثمار البديل" بـ "les hedge funds spécifiques"، وهو صندوق استثماري خاص يركز على استثمار أموال المستثمرين في الأسواق لتحقيق أعلى العوائد الممكنة. بصفة عامة، تُستخدم الأموال الرأسمالية المجمعة لتمويل المشاريع ذات العائد المرتفع. تتطور هذه الصناديق بسرعة وتُشكل حالياً جزءاً كبيراً من التداول في العديد من الأسواق. رغم المخاطر المرتبطة بها، يمكن أن تكون هذه الصناديق الاستثمارية مربحة للغاية للمستثمرين، وتتميز بما يلي:

- 1- يجمع هذا الصندوق الأموال من المستثمرين المؤهلين لإنشاء صندوق مشترك، ثم يستخدم رأس المال المتراكم في تنفيذ أنشطة الاستثمار والتجارة. كما تم توضيحه سابقاً، يهدف هذا الصندوق إلى تحقيق عوائد جذابة غير مدرجة في سوق الأوراق المالية.
- 2- تستخدم الصناديق تقنيات إدارة غير تقليدية لتحقيق أرباح كبيرة، مثل الرافعة المالية، والبيع على المكشوف، والاستخدام المكثف للمشتقات المالية. لا تتردد هذه الصناديق في تحمل المخاطر وتطبيق استراتيجيات المضاربة لتعظيم الأداء.
- 3- على عكس صناديق الاستثمار المخصصة للجمهور، تخضع هذه الصناديق لقدر ضئيل من التنظيم، إن وجد. وبالتالي، يمكن استثمار هذه الأموال في أصول غير سائلة أو معقدة.
- 4- عموماً، يتم إدارة صندوق الاستثمار بواسطة مدير، الذي يمتلك جزءاً كبيراً من الصندوق، وتتمثل مهمته الرئيسية في حماية وزيادة ثروة مستثمري الصندوق.¹ لتحقيق أقصى عائدات، تقوم الصناديق بالمضاربة على تحولات السوق باستخدام تقنيات متنوعة، بما في ذلك البيع على المكشوف، الذي يتضمن بيع أصل لا يمتلكه المدير بهدف إعادة شرائه لاحقاً بسعر أدنى، ثم إعادته إلى المالك الذي أقرض الضمان، والمرابحة السعريّة، التي تتضمن حركات التحكيم لمنحنى العائد، أي استخدام الدين لتعزيز القدرة الاستثمارية للصندوق. كما تشمل استراتيجيات الأسهم الطويلة والقصيرة، التي تتضمن شراء الأوراق المالية التي تُعتبر مقومة بأقل من قيمتها للاستفادة من حالات الشذوذ في السوق، وغيرها من الأساليب.²

1 Jean-Baptiste de PASCALK. Hedgefunds : qu'est-ce que c'es Publié le 27/06/2022 – Mis à jour le

27/06/2022 à 16: 07 <https://www.inter-invest.fr>

2 Jean-Baptiste de PASCALK.Hedgefunds : qu'est-ce que c'esPublié le 27/06/2022 – Mis à jour le

27/06/2022 à 16:07 <https://www.inter-invest.fr>

<https://www.inter-invest.fr/guides/private-equity/definition-hedge-fund>

تعتبر هذه مهنة فنية ومتخصصة، تُمارس عادةً من قبل مدراء مستقلين ذوي خبرة، الذين غالبًا ما يستثمرون جزءًا من ثروتهم الشخصية في الصندوق. يتخصص الصندوق عادةً في استراتيجية بديلة محددة، مما يؤدي إلى تنوع الأنواع بقدر تنوع الاستراتيجيات البديلة. تسعى صناديق الاستثمار البديلة إلى استهداف الشركات الكبرى، حيث يركز العديد منها على إعادة تأهيل الشركات التي تواجه صعوبات. في السابق، كان من المرجح أن يقدموا المساعدة، خاصةً للشركات الكبيرة، خلال مرحلة التوفيق، وبالتالي الاستفادة من مزايا الأموال الجديدة.¹

البند الثاني: الطبيعة القانونية لصناديق الاستثمار البديلة

هذه الصناديق عبارة عن منظمات إدارة جماعية، تعمل مثل منظمات الاستثمار الجماعي في الأوراق المالية القابلة غالبًا ما يتخصصون في نوع محدد جدًا من العمليات ترتبط بأسواق الأسهم أو السندات.

لقد اكتشفت صناديق، ضمن امتياز الأموال الجديدة، المنصوص عليها في الجزء الثاني من المادة L. 622-17 من القانون التجاري، الضمان القانوني الذي تسعى إليه مقابل المبالغ المالية الكبيرة التي غالبًا ما تكون مستعدة لاستثمارها. خلال الإجراءات المتعلقة بقضية Eurotunnel، برز سؤال قانوني جوهري: هل يمكن تضمين أموال المضاربة في لجنة الدائنين التي تضم المؤسسات الائتمانية للشركة المتعثرة، وفي هذه الحالة، هل تنطبق قواعد الأغلبية المؤهلة؟ وفي حال حدوث صعوبات تعيق تنفيذ خطة الحماية بنجاح، هل تتحمل هذه الأموال المسؤولية بنفس الطريقة التي يتحملها أي بنك تقليدي أثناء الموافقة على الخطة.²

1M. Xavier DE ROUX, PAR LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE N 3651 sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises

<https://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i3651.asp> consultation du site date 28/06/2024 heur 23:00)

2 M. Xavier DE ROUX, PAR LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE N 3651 sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises

<https://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i3651.asp> consultation du site date 17/06/2024 heur 23:00)

قام المشرع بتوسيع نطاق لجنة الدائنين التي تضم مؤسسات الائتمان، كما هو موضح في المواد L. 626-30 وما بعدها من القانون التجاري. في الواقع، يستهدف القانون مؤسسات الائتمان دون تحديد معايير محددة، مما يميزه عن المادة 164 من المرسوم التنفيذي رقم 1677 لسنة 2005،¹ ينص القانون على أن مؤسسات القرض المحددة هي تلك المذكورة في المادة L. 511-1 من مجلة النقد والمال، والمذكورة أيضاً في المادة L. 518-1 من نفس القانون، بالإضافة إلى المؤسسات التي تعمل بموجب حرية التأسيس أو حرية تقديم الخدمات في أراضي الدول الأعضاء في اتفاقية المنطقة الاقتصادية الأوروبية، أي تلك التي تمارس الأنشطة المصرفية بالمعنى التقليدي والتي حصلت على موافقة وزارة الاقتصاد والمالية والصناعة.

في 15 نوفمبر 2006، أصدر القاضي القنصلي حكماً لصالح المديرين القضائيين لشركة Eurotunnel، معتبراً أن شراء الديون المستحقة من قبل صناديق المضاربة يندرج في سياق الأنشطة المصرفية، مما يجعلها قابلة للمقارنة بمؤسسة ائتمانية. ولتجنب تمتع صناديق المضاربة بوسائل قانونية تتيح لها التهرب من القواعد التي وضعها المشرع للدائنين، سيكون من المناسب تعديل صياغة الجملة الأولى من هذا القانون. الفقرة الأولى من المادة L. 626-30 من القانون التجاري الفرنسي، بإضافة عبارة "والممتازل لهم عن الديون الممنوحة للمدين يوم صدور الحكم بفتح الضمان" إلى "مؤسسات الائتمان"، بحيث لا تستطيع صناديق المضاربة استبعاد نفسها من نطاق لجنة الدائنين التي تضم مؤسسات الائتمان، إلا أن هذا الاقتراح لم يتم اعتماده في الصيغة النهائية لقانون حماية المؤسسات.

من خلال مراجعتنا لأشكال صناديق الاستثمار، تبين أن المشرع الجزائري والمشرع المصري لم يتبنيا نموذج صناديق الاستثمار البديلة المرتبطة بالقطاع الخاص كما فعل المشرع الفرنسي، بل أنشأوا صناديق استثمار سيادية تابعة للقطاع العام. هذه المؤسسات المالية، التي

1 Décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 l'article 164.

تملكها الدولة، تستثمر الفوائض المالية وتخضع لسلطة البنك المركزي في كثير من الأحيان، ولا تُعتبر مواردها ضمن احتياطات الصرف، بالإضافة إلى عدم التزامها بتسديد دفعات دورية. تُعرف أيضًا بأنها جهاز مالي مستحدث يُدار بشكل مباشر أو غير مباشر من قبل الدولة لأغراض استثمارية أو ادخارية، ويتم تمويلها من الفوائض المالية المحققة في ميزان المدفوعات أو الموازنة العامة للدولة.¹ يمكن أن تمارس نشاطها داخليًا أو خارجيًا. نظرًا لاعتمادها في تمويلها على موارد عامة تابعة للقطاع العام، سنوضح دورها بشكل أكبر في المطلب الثاني المتعلق بالمساعدات التي يقدمها الأفراد العموميون للمؤسسات المتعثرة. كما أن المشرع الجزائري قد صنف صناديق الاستثمار ضمن المؤسسات المالية الخاضعة لرقابة البنك المركزي، ورأس مالها عمومي.²

المطلب الثاني : الدائنون الآخرون للمؤسسة المتعثرة

على غرار المؤسسات الائتمانية وصناديق الاستثمار البديلة، قد يقدم العديد من الأفراد المساعدة المالية للمؤسسة المتعثرة. ومن المحتمل أن يسعى هؤلاء الأفراد للاستفادة من مبدأ عدم المسؤولية كما يفعل مانحو الائتمان الآخرون. حيث تنص المادة 313-12 من قانون النقد والمال الفرنسي على أنه "لا يجوز تخفيض أو إيقاف أي تمويل غير محدد المدة، باستثناء العرضي، الممنوح من قبل مؤسسة ائتمانية أو شركة تمويل لشركة معينة، إلا بموجب إخطار كتابي وعند انتهاء فترة الإخطار المحددة عند منح التمويل. ولا يجوز أن تقل هذه الفترة، تحت طائلة بطلان إنهاء التمويل، عن ستين يومًا. وامتناعاً للأحكام القانونية المعمول بها، تقدم مؤسسة الائتمان أو شركة التمويل، بناءً على طلب الشركة المعنية، أسباب هذا التخفيض أو

¹ صرح البنك المركزي بقائمة المؤسسات المالية في الجزائر وهي متمثلة في 8 مؤسسات كما يلي: لصندوق الوطني للتعاون الفلاحي CNMA، الشركة المالية للاستثمارات، المساهمة والتوظيف SPA - SOFINANCE شركة إعادة تمويل الرهن العقاري، الشركة العربية للإيجار المالي ALC المغربية للإيجار المالي - الجزائر MLA الشركة الوطنية للإيجار المالي SNL إيجار الجزائر ILA consultation du site date 17/06/2024 heur 23:00) [/https://www.bank-of-algeria.dz](https://www.bank-of-algeria.dz)

² ومن أهمها SOFINANCE spa، الشركة المالية للاستثمارات والمشاركة والتوزيع، هي مؤسسة مالية عمومية برأسمال قدره 10.000.000.000 دج، تمت الموافقة عليها من قبل بنك الجزائر في 9 يناير 2001. اطلع على معلومات أكثر من خلال الموقع التالي : <https://www.sofinance.dz/sofinance/> consultation du site date 17/06/2024 heur 23:00)

الانقطاع، والتي لا يمكن أن يطلبها طرف ثالث أو يبلغ بها. ولا يمكن تحميل المؤسسة الائتمانية أو شركة التمويل مسؤولية أي ضرر مالي قد يلحق بالدائنين الآخرين نتيجة الحفاظ على التزامهم خلال هذه الفترة.

لا تلزم مؤسسة الائتمان أو شركة التمويل باحترام فترة الإخطار، سواء كان فتح الاعتماد غير محدد المدة أو محدد المدة، في حالة السلوك الخطير غير المقبول من قبل المستفيد من الاعتماد أو في حالة تدهور وضعه، مما يثبت أنه معرض للخطر بشكل لا يمكن إصلاحه. قد يؤدي عدم الالتزام بهذه الأحكام إلى مسؤولية مالية على مؤسسة الائتمان أو شركة التمويل¹

من خلال نص هذه المادة، نلاحظ عبارة "أي منافسة غير محددة المدة"، بخلاف العرضية، التي تمنحها مؤسسة ائتمانية أو شركة تمويل لشركة معينة. هذا النص يقتصر صراحة على مؤسسات الائتمان فقط. لذا، لا يمكن الإعفاء من الازدواجية في قانون النقد وكذلك القانون التجاري، بل الإعفاء من قانون النقد فقط. ومع ذلك، بما أن المادة L 650-1 من القانون التجاري لم توضح ذلك، يمكن إدراج أي دائن غير مصرفي قدم المساعدة ضمن نطاق المادة.

يثار التساؤل حول الشركاء الذين يقدمون مساعدات للشركة التي ينتمون إليها، هل يستفيدون من أحكام المادة L.650-1 ؟ خلال دراسة مشروع القانون من قبل لجنة القوانين الدستورية في فبراير 2005، أعرب السيد مونتبورغ عن رغبته في تقليص نطاق الأشخاص المؤهلين للاستفادة من المزايا الممنوحة لمقدمي "الأموال الجديدة" في اتفاقية التوفيق المعتمدة. إلا أن اللجنة رفضت هذا التعديل بناءً على نصيحة السيد باسكال كليمان، الرئيس، الذي أكد على أهمية تفضيل أولئك الذين يوافقون على تحمل مخاطر جديدة؛ "لذا، يتعين اتخاذ التدابير

1 Code monétaire et financier: Paragraphe 1 : Crédit d'exploitation ... (Articles L313-12 à L313-12-2

Modifié par Ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 .

<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000027643288/2014-01-01>

اللازمة لتشجيع الجميع على الموافقة على جلب أموال جديدة". وبالتالي، فإن الشركاء الذين يدعمون المؤسسة المتعثرة من خلال تقديم أموال جديدة يستفيدون من مبدأ عدم المسؤولية.¹ أن الهدف من المادة L 650-1 هو تعزيز تمويل الشركات التي تواجه صعوبات من جميع المصادر، وليس فقط من خلال الخدمات المصرفية. علاوة على ذلك، من المحتمل أن تقدم الشركات، وخاصة الموردون، مساعدة مالية للشركة، تمامًا كما تفعل مؤسسات الائتمان والشركاء. يمكننا بعد ذلك الإشارة إلى الائتمان "وجهًا لوجه" أو الائتمان بين الشركات. يمكن أن يتم هذا النوع من الائتمان بين الشركات في علاقات تجارية بسيطة أو بين الشركات المرتبطة، بالإضافة إلى الائتمان داخل مجموعات مختلفة، وسنتناول كلا الطريقتين في الفروع التالية.

الفرع الأول : الائتمان بين الشركات في المعاملات التجارية أو le crédit présentiel

الائتمان السريع واليسير بين الشركات المختلفة يهدف إلى تسهيل المعاملات التجارية، وسنتناول خصائصه وفقًا للشرح الفرنسي والمشرع المصري في البندين التاليين:

البند الأول: الائتمان بين الشركات لدى المشرع الفرنسي

هو أداة مالية تتيح للأفراد والشركات الحصول على الأموال لتلبية احتياجاتهم الفورية. يُعتبر هذا نوعًا من الائتمان قصير الأجل يمكن استخدامه لتغطية نفقات غير متوقعة أو لتمويل مشاريع قصيرة الأمد. عادةً ما تُمنح القروض الشخصية بسرعة وتكون مصحوبة بشروط سداد مرنة. وغالبًا ما تُستخدم للتعامل مع حالات الطوارئ أو لاستغلال الفرص التجارية. تتخذ هذه القروض أشكالًا متعددة، بما في ذلك القروض العقارية عند كاتب العدل، والقروض المقدمة من المصنعين إلى موزعيهم لتمويل أعمالهم كضمان للالتزام بالتوريد الحصري، أو حتى

1 article 8 Avantages accordés aux apporteurs de capitaux pour la poursuite de l'activité. Rapporté n° 2095 de MX De Roux, au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration républicaine, sur le projet de loi (n° 1596) de l'entreprise avisée, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 février 2005

<https://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2095.asp> consultation du site date 30/06/2024 heure 23:00

القروض التشاركية والأوراق التجارية. أدى تنوع تقنيات هذا النوع من الائتمان إلى تعدد الشركاء، مما وسع دائرة الأشخاص الذين يُشكك في مسؤوليتهم. سنوضح أهم الأشخاص أو الشركاء المعنيين بهذا النوع من الائتمان مدعومين بالأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف أو محكمة التمييز الفرنسية كما يلي:¹

1- تم تكريس قبول دعوى المسؤولية عن الدعم غير المناسب ضد المورد بشكل خاص من قبل الغرفة التجارية في حكم صدر في 30 أكتوبر 2000، حيث ألغت محكمة التمييز استئناف قرار المحكمة بشأن مسؤولية المورد، من خلال تحديد "كيفية تعرض المدين لخطر لا يمكن إصلاحه في الوقت الذي منح فيه المورد الائتمان، وما إذا كان الأخير، بغض النظر عن دوافعه الشخصية، يعرف ذلك أو كان ينبغي أن يعرفه، دون تحديد الأساس القانوني لذلك."

2- الأشخاص الذين يمنحون الامتياز التجاري أو المرخصون قد ساهمت السوابق القضائية في تحديد دورهم، كما يتضح من حكم محكمة الاستئناف في شامبيري بتاريخ 16 أبريل 1992. الامتياز التجاري هو "عقد يمنح صاحب الامتياز الحق الحصري في توزيع منتج في إقليم معين، ويتطلب عادةً من الطرف الآخر الالتزام بالحصول على الإمدادات حصرياً من المرخص للمنتج التعاقدية". في هذه الحالة، استخدمت شركة نفط أساليب للحفاظ على تسليماتها إلى أحد الموزعين، بما في ذلك الشيكات، للحفاظ على مركزها للحصول على قرض مصرفي، بينما أنهى المصرفيون المعتادون للموزع منافستهم. وأمرت شركة النفط المانحة بدفع الأضرار الناجمة عن الدعم غير المناسب. مؤخراً، تم إقامة المسؤولية على المانح مرة أخرى بموجب حكم أصدرته محكمة الاستئناف في كولمار بتاريخ 26 يونيو 2007.²

¹ Anne-Laure CAPOEN op.cit p81

² Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 9 décembre 1997, 95-14.504, Publié au bulletinPublication : Bulletin 1997 IV N° 324 p. 281

3- نادرًا ما يتم تسليط الضوء على مسؤولية أصحاب الامتياز بشأن الدعم المسيء، لكن ظهرت بعض الأحكام التي قيمت مسؤوليتهم في هذا السياق، وأبرزها الحكم الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 27 مارس 2001، وحكم محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 23 مايو 2001، الذي أعفى صاحب الامتياز من المسؤولية. وفي حالة أخرى، رفضت محكمة التمييز الطعن المقدم ضد حكم يلزم البنك وصاحب الامتياز بدفع تعويضات عن الدعم غير المناسب لنشاط صاحب الامتياز. وبالتالي، فإن تطبيق أحكام المسؤولية عن الدعم المسيء بالنسبة لأصحاب الامتياز يختلف باختلاف القضية المعروضة وظروفها، حيث قد يتراوح بين الالتزام والإعفاء كما تم ذكره في السوابق القضائية.¹

4- مقدمو الخدمات. في الحكم الصادر في 11 سبتمبر 2003 عن محكمة الاستئناف في فرساي، اعتبر مقدم الائتمان العرضي أن مسؤوليته قد تم تفعيلها نتيجة منح الائتمان بشكل غير ملائم. في الواقع، استمرت صحيفة La Poste في شراكتها مع الشركة المدينة، حيث كانت تمنحها بانتظام مواعيد نهائية للسداد، بالإضافة إلى الإعفاء من الديون، مما قد يخلق مظهرًا مضللًا للملاءة المالية. على نحو مماثل².

البند الثاني: الائتمان بين الشركات لدى المشرع المصري

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007039837/> consultation du site date 04/07/2024 heure 23:00)

1 Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 27 mars 2001, 98-22.828, Publié au bulletin Publication : Bulletin 2001 IV N° 66 p.62

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007046098> consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)

2 Cour d'appel de Versailles, 11 septembre 2003. Audience publique du jeudi 11 septembre 2003.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000019172018> consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)

اقترح المشرع المصري إنشاء شركة متخصصة في إعادة تأهيل المشروعات المتعثرة، تتكون من مجموعة من الشركات التي تستثمر الأموال العامة برأسمال قوي، مما يمكنها من تقييم أوضاع المشروعات المتعثرة وتصحيح مسارها. لا تحتاج هذه الشركات إلى رأسمال مدفوع من البنوك، بل سيكون رأسمالها في النهاية عبارة عن القروض التي قدمتها هذه البنوك، والتي ستتحول إلى مساهمات في رأسمال المشروعات وتملكها لشركة قابضة، تتولى تنظيم عملية الإدارة والتطوير لتحقيق إعادة تأهيل المشروعات. بعد ذلك، يمكن للبنوك التركيز على مهامها الأساسية، وهي التنمية والتمويل للمشروعات الجديدة، بدلاً من إضاعة الوقت في التقاضي والتصفية والتسوية. ستتعاون البنوك لتأسيس شركة برأسمال مصرح به قدره 5000 مليون جنيه، ورأسمال مدفوع لا يقل عن 250 مليون جنيه، مع إمكانية مشاركة شركات التأمين من القطاعين الخاص والعام، وبنك الاستثمار القومي، والصناديق العربية، بالإضافة إلى الاكتتاب العام.¹، وتتمثل أهداف هذه الشركة فيما يلي :

- 1- شراء المشروعات المتعثرة التي تثبت الدراسات جدوى استمرارها إذا ما تم علاج أوجه القصور بها سواء كانت مالية أو اقتصادية أو فنية وإدارية.
- 2- مساهمة في زيادة رؤوس أموال المشروعات القائمة التي تحتاج إلى تعديل هيكلها التمويلي.
- 3- شراء المديونيات والضمانات والكفالة القائمة لدى المشروعات المتعثرة بنسب خصم مناسبة تتحدد في ضوء الدراسات التي تجرى لمراكزها المالية.
- 4- إعادة طرح أسهم المشروعات التي تم علاج مشاكلها وأوضاعها الاقتصادية في السوق الأوراق المالية في الوقت المناسب بما يحقق مصدر تمويلي لها يتم إعادة استخدامه في مشروعات أخرى.

¹ تم إنشاء الشركة القابضة للتأمين " مصر للتأمين " بموجب قرار وزير الاستثمار رقم 53 لسنة 2007 وتم نقل جميع أصول وخصوم شركتي الشرق الأوسط والمصرية للتأمين إلى شركة جديدة لتصبح أكبر كيان يقدم خدمات تأمينية في الشرق الأوسط ، عن النشرة الاقتصادية للبنك الأهلي المصري عدد رقم 04 سنة 2007 ص 74. نقلا عن مسعود يونس عطوان عطا ، المرجع السابق ،ص 454

5- منح المشروعات المتعثرة قروض وتسهيلات طويلة الأجل تتناسب مع طبيعة نشاطها وذلك بغرض تحسين اقتصادها مع نقدي الاستشارات الفنية والاقتصادية والإدارية التي من شأنها النهوض بها.¹

6- الزيادة في التدفقات النقدية للشركة ، بحيث إذا تمكنت الشركة من تأخير مدفوعات السلع والخدمات ، يصبح بإمكانها تحرير النقود التي يمكن استخدامها لتمويل النفقات الأعمال والاستثمارات الأخرى، خاصة بالنسبة للشركات ذات التدفق النقدي المحدود، أو التي تعاني من التقلبات الموسمية في الأرباح.

7- على سبيل المثال، إذا افترضنا أن شركة تصنيع تحتاج إلى شراء مواد خام لتلبية طلب كبير، بدلاً من الدفع مقدماً، تتفاوض الشركات على اتفاقيات ائتمان تجاري مع الموردين، مما يسمح بتأخير المدفوعات لمدة 30 يوماً. هذا يمنح الشركة الوقت الكافي لتصنيع المنتجات وتسليمها للعملاء وتحقيق الأرباح قبل تسوية الفاتورة مع المورد. كما يتيح استخدام الائتمان التجاري للشركة الحفاظ على التدفق النقدي وضمان توفر الأموال الكافية لتغطية النفقات الأخرى خلال هذه الفترة.

8- التقليل من المخاطر يعتبر كأدوات تقليل المخاطر بين الشركات من خلال توفير المرونة المالية والحماية من الطوارئ وعدم اليقين في السوق.

من خلال الاستفادة من الائتمان التجاري ، يمكن للشركات تخصيص الموارد المالية بشكل استراتيجي للحفاظ على التدفق النقدي وإدارة تخفيف المخاطر المختلفة.

على سبيل المثال، عندما تعتمد شركة تصنيع بشكل كبير على مورد واحد للمكونات الأساسية للمنتج، فإن أي حدث طارئ مثل تأخير الإنتاج أو الإفلاس قد يؤثر بشكل كبير على خط إنتاج المؤسسة. ومع ذلك، من خلال الائتمان، يمكن للشركة التفاوض على شروط

¹مسعود يونس عطوان عطا، المرجع السابق، ص 455

الائتمان مع موردين بديلين وتنوع قاعدة الموردين، مما يقلل من المخاطر. وهذا يوفر الأمان المالي للشركات ويضمن استمرارية أعمالها حتى في مواجهة ظروف غير متوقعة.¹

9- يسمح الائتمان التجاري للشركات باكتساب ميزة تنافسية في السوق مع الإدارة السليمة للتدفقات النقدية والوصول الى شروط الائتمان التي لا يملكها المنافسون، يمكن للشركات أن تميز نفسها وتكسب موقعا متميزا في الصناعة.²

الفرع الثاني: الائتمان داخل المجموعات المختلفة le crédit intra-groupe

يكن الفرق بين الائتمان بين الشركات والائتمان بين المجموعات المختلفة في أن الأخير يتم بين مجموعة من الشركات المرتبطة برأسمال واحد، حيث يشترط في قانونها الأساسي تخصيص أموال محددة دورياً، وغالباً سنوياً، للخزينة المالية. في حالة تعثر إحدى الشركات، تستفيد من الائتمان بين المجموعة وتقوم بسداد المستحقات بشكل دوري للخزينة. على النقيض من ذلك، فإن الائتمان بين الشركات لا يرتبط فيه الكيان المتعثر بالكيان المساعد أو المانح للائتمان بأي عقد قانوني، بل يتضمن تقديم شركة في وضع ميسور خدماتها لشركة أخرى متعثرة مقابل فوائد محددة ومتفق عليها مسبقاً.³

وسنتطرق في البند الأول لمزايا الائتمان داخل المجموعات المختلفة أما البند الثاني فنستعرض فيه شروط الائتمان داخل المجموعات المختلفة.

البند الأول: مزايا الائتمان داخل المجموعات المختلفة

¹ موقع الانترنت لشركة فاستر كابيتال. [fastercapital.com](https://fastercapital.com/arabpreneur/%D9%81%D9%88%D8%A7%D8%A6%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%A6%D8%AA%D9%85%D8%A7%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AC%D8%A7%D8%B1%D9%8A-%D9%84%D9%84%D8%B4%D8%B1%D9%83%D8%A7%D8%AA.html) تاريخ زيارة الموقع 2024/06/12 على الساعة 15:00

<https://fastercapital.com/arabpreneur/%D9%81%D9%88%D8%A7%D8%A6%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%A6%D8%AA%D9%85%D8%A7%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AC%D8%A7%D8%B1%D9%8A-%D9%84%D9%84%D8%B4%D8%B1%D9%83%D8%A7%D8%AA.html>

² موقع الانترنت لشركة فاستر كابيتال. [fastercapital.com](https://fastercapital.com/arabpreneur/%D9%81%D9%88%D8%A7%D8%A6%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%A6%D8%AA%D9%85%D8%A7%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AC%D8%A7%D8%B1%D9%8A-%D9%84%D9%84%D8%B4%D8%B1%D9%83%D8%A7%D8%AA.html) تاريخ زيارة الموقع 2024/06/12 على الساعة 15:00

<https://fastercapital.com/arabpreneur/%D9%81%D9%88%D8%A7%D8%A6%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%A6%D8%AA%D9%85%D8%A7%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AC%D8%A7%D8%B1%D9%8A-%D9%84%D9%84%D8%B4%D8%B1%D9%83%D8%A7%D8%AA.html>

³ Anne-Laure CAPOEN op.cit p83

يرتبط هذا الائتمان بعمليات الخزانة بين المؤسسات المختلفة وتتميز هذه الطريقة بما يلي:

1- تسهل حركة رأس المال وتعديل الفوائض أو الأرباح المالية لبعض الشركات ضمن المجموعة وفقاً للاحتياجات الفعلية لشركات أخرى.

2- لا تؤدي إلى تدفق فعلي للأموال، حيث تترك الشركة الأم الأرباح المستحقة للشركة التابعة في الحساب الجاري، ويتم التفاوض بحرية على الأسعار المطبقة.

3- لا يعد توفير الضمانات ضرورياً، إذ تعتبر معرفة ملاءة الشركة المقترضة ومراقبتها عنصراً أساسياً في هذا الائتمان.

4- يتميز هذا النوع من الائتمان بالمرونة وله شرعية اقتصادية كبيرة، حيث تتيح المادة 13-511 L من القانون النقدي والمالي الفرنسي للشركات إجراء عمليات خزينة مع شركات ترتبط بها بشكل مباشر أو غير مباشر، مما يمنحها شرعيتها القانونية.

البند الثاني: شروط الائتمان داخل المجموعة

- 1- من الضروري ربط رأس المال اللازم لصحة العملية بمجموعة الشركات، ولم يحدد القانون قيمة هذا الارتباط، سواء كانت 50% أو نسبة أقل تكفي. إن مفهوم السيطرة هو مفهوم عملي يرتبط بالظروف الواقعية، ويتجلى ذلك بشكل خاص في الحكم الصادر في 10 ديسمبر 2003، حيث اعتبر أن السيطرة التي يمارسها شخص طبيعي على شركتين شقيقتين تفي بالمعايير المنصوص عليها في المادة 7-511 L من القانون النقدي والمالي¹.
- 2- إن الارتباط بين رأس المال يضمن هيمنة شركة على أخرى فيما يتعلق بالقرارات المتخذة داخل هيئة الإدارة، والتي من خلالها يتم تحديد المصير المالي والاقتصادي

¹ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 10 décembre 2003, 02-13.449, Inédit
<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007476757/> consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)

للشركة الخاضعة للسيطرة. وهذا يشير إلى وجود علاقة قوية، بغض النظر عن اتجاه الهيمنة.

3- يشترط قانون المالية أن تكون أي مساعدة مالية داخل المجموعة خاضعة للعقوبات المنصوص عليها في المواد L 241-3 أو L 242-6 من القانون التجاري الفرنسي، والتي تفرضها المصلحة المالية والاقتصادية. يتم تقييم هذه المساعدات في سياق السياسة المعتمدة للمجموعة ككل. بمعنى آخر، يجب أن يكون هناك مقابل، ويجب ألا تؤثر المساعدة المالية على توازن الالتزامات التي تعهدت بها الشركات المختلفة، كما يجب ألا تتجاوز الإمكانيات المالية للشركة المقرضة. لذلك، ينبغي أن تخدم عملية الخزنة مصلحة المجموعة وأن تهدف فقط إلى تعديل الاحتياجات التمويلية للمجموعة. ومن بين مخاطر الائتمان داخل المجموعة، يُعتبر الخلط بين الأصول من الأمور المهمة، حيث تؤدي التدفقات المالية بين الشركات إلى تحويل الديون قبل دخولها حيز التنفيذ.¹

المطلب الثالث: الأشخاص العموميين

الأشخاص العموميون يمثلون مجموعة الهيئات العمومية الاعتبارية التابعة للقطاع العمومي، حيث يكون رأسمالها تابعاً للدولة. وقد تعرضت هذه الهيئات لانتقادات تشير إلى أن تدخل الدولة قد يعيق المنافسة الحرة من خلال إجراءاتها الانتقائية، مع الإشارة إلى طبيعتها السرية والتكاليف العالية التي تترتب على تنفيذها في المجتمع. لقد كان تطورها ملحوظاً منذ الستينيات فصاعداً، وبلغت ذروتها خلال الأزمات الاقتصادية (1982-1984، 1991-1993). كما شهد العالم أزمة مالية اقتصادية عقب الهزة البترولية، مما أدى إلى زعزعة استقرار العديد من المشروعات الاقتصادية، وخاصة في فرنسا. وقد تدخلت الحكومة الفرنسية من خلال إنشاء لجان قومية لمساعدة المشروعات المتعثرة نتيجة الأزمة المالية العالمية، ومن بين هذه اللجان "Comités départementaux d'examen des problèmes financières d'entreprises C.I.V.R.I". كانت مهمة هذه اللجان إجراء دراسة سريعة لمعرفة أسباب الأزمة ووضع حلول للخروج منها، كما

¹ Anne-Laure CAPOEN op.cit p89

تم إنشاء لجان أخرى على المستوى القومي في فرنسا للربط بين الوزارات المختلفة، وسنتاولها بالتفصيل في أشكال المساعدات الممنوحة من قبل الدولة..¹ في الفروع التالية:

الفرع الأول: دور مساعدات الممنوحة من قبل الدولة ترسيخ مبدأ عدم مسؤولية

البنك

يتجلى دور المساعدات الحكومية في تعزيز مبدأ عدم مسؤولية البنوك، حيث ساهمت في تقليل التزاماتها، إذ تقع على عاتق البنوك مسؤولية دراسة الوضع المالي للعميل المتقدم للحصول على القرض. وقد تجسد هذا المبدأ بشكل واضح في المحاكم الفرنسية، خاصة عندما رفضت محكمة الطعن الفرنسية طعناً ضد حكم استئنافي استند إلى تدخل الدولة، معتبراً أن هذا التدخل هو ظرفي ولا يرتبط بالعلاقة العقدية القائمة بين البنك وعملائه.² حققت هذه السياسة نجاحاً محدوداً نظراً لأن بعض المشاريع كانت مهددة بالإفلاس، خاصة بسبب الرقابة الصارمة. تمثل الدولة جائحة كوفيد-19، وسياسة "كل ما يتطلبه الأمر" التي اعتمدتها فرنسا، والتي تهدف إلى معالجة العواقب الاقتصادية والقيام بكل ما يلزم لتفاديها.

و تشمل هذه التدابير مساعدات مباشرة أو نشطة من خلال الإعانات والاستثمارات في الأسهم والقروض المدعومة المقدمة من الدولة والسلطات المحلية والهيئات العامة. كما يمكن أن تكون المساعدات غير مباشرة أو سلبية، مثل مواعيد نهائية للدفع، أو إعفاءات من الديون، أو تسهيلات خاصة للعجز، من قبل الإدارات المالية أو المنظمات الاجتماعية.³

الفرع الثاني : أشكال تدخل الدولة لإنقاذ المؤسسات المتعثرة لدى المشرع الفرنسي

1 عبد الرافع موسى ، مرجع السابق ص 50-56

2 caas.com.08 mai 1978 banque 1978.899 Cabrillac et rives-lange مع تعليق

<https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/rgar/1977-3.pdf> consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)

³ Michel Jeantin. Paul Le Cannu.David Robine entreprises-en-difficulte.Editeur.Dalloz.Date.13/10/2022p17

<https://www.fnac.com/a13057050/Michel-Jeantin-Droit-des-entreprises-en-difficulte#omnsearchpos=15> consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)

البند الأول: المساعدات المباشرة في فرنسا

قدمت فرنسا دعماً مالياً مباشراً للشركات التي تواجه صعوبات، كما أنشأت منظمات تقدم الدعم للمؤسسات القابلة للإنقاذ لتمكينها من الاندماج في الحياة الاقتصادية والنمو. وبما أن فرنسا تعتمد النظام الليبرالي، فقد كان من الصعب على السلطات العامة التدخل بشكل مباشر أو غير مباشر لمساعدة الشركات التي تواجه صعوبات مالية، خاصة وأن المشرع الفرنسي ملزم بالامتثال للنصوص الأوروبية المتعلقة بالمساعدات العامة. تنص المادة 107 من معاهدة أداء الاتحاد الأوروبي على أن المساعدات التي تمنحها الدولة باستخدام موارد الدولة بأي شكل من الأشكال والتي تشوه التجارة بين الدول الأعضاء لا تتوافق مع السوق الداخلية، أو التي تهدد بتشويه المنافسة من خلال تفضيل شركات معينة أو منتجات معينة.

ونقصد بالدولة أيضاً الهيئات العامة الأخرى، من ضمنها المحلية أو التابعة للدولة أو هذه الهيئات كالشركات العامة.

يُعرف الدعم العام بأنه مفهوم شامل للغاية، حيث يتضمن، بالإضافة إلى الدعم المالي، التخفيضات الضريبية، دعم الفوائد، والضمانات، بما في ذلك تلك التي تُمنح بشكل تلقائي للمؤسسات العامة، والمشاركة، وتوفير السلع والخدمات بشروط تفضيلية. يُعتبر هذا النوع من المساعدات ضاراً بالتجارة، حيث يمنح ميزة انتقائية ويؤدي إلى تشويه المنافسة. يُسمح فقط بمساعدات محددة لصالح الاتحاد، مثل تلك الموجهة للمناطق المحرومة، والشركات الصغيرة والمتوسطة، والبحث والتطوير، والبيئة، والتدريب، والتوظيف، والثقافة.¹

البند الثاني: المساعدات غير المباشرة في فرنسا

¹Michel Jeantin. Paul Le Cannu.David Robine entreprises-en-difficulte.Editeur.Dalloz.Date.13/10/2022p17

<https://www.fnac.com/a13057050/Michel-Jeantin-Droit-des-entreprises-en-difficulte#omnsearchpos=15>

consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)

تُقدم المساعدة العامة بشكل جزئي من خلال هيئات إدارية متخصصة، التي تتدخل ضمن إطار سري يُعتبر ضروريًا لضمان فرص نجاح عملية منع الفشل. على مدى فترة طويلة، كانت هناك ثلاثة أنواع من المنظمات: اللجنة المشتركة بين الوزارات لإعادة الهيكلة الصناعية CIRI، واللجان الإقليمية لإعادة الهيكلة الصناعية CORRI، واللجان الوزارية لدراسة مشاكل تمويل الأعمال CODEFI. كان كل فرد منهم يتولى مسؤولية فحص الحالات وفقًا للأهمية الوطنية أو الإقليمية أو الإدارية للشركة، مما يعكس التزامهم بالتعامل مع الأمور بحساسية واهتمام. على الرغم من ذلك، تم إلغاء المستوى المتوسط الذي يشكله CORRI بموجب منشور بتاريخ 25 نوفمبر 2004، وتم إسناد مهام هذه المنظمات إلى CODEFI، المسؤولة عن الشركات التي يقل عدد موظفيها عن 400 موظف. يرجى ملاحظة أن هذا التعميم الذي صدر بتاريخ 25 نوفمبر 2004 قد منح أيضًا CODEFI و CIRI أمانة دائمة.

منذ عام 2012، أصبح بالإمكان أيضًا تدخل أحد المفوضين الـ 22 المعنيين بالتعافي الإنتاجي، الذين يُعرفون اليوم بمفوضي إعادة الهيكلة ومنع الصعوبات التجارية CRP. تتمثل مهمتهم بشكل خاص في العمل كنقطة اتصال واحدة للشركات التي تواجه تحديات، والتي تضم أقل من 400 موظف، من أجل تقديم الدعم في معالجة الصعوبات التي تعترض طريقها. إن دمج المهارات مع CODEFI يعد تجربة رائعة. على الرغم من ذلك، فقد تم تنظيم صياغة التدخلات، إلى حد ما، من خلال منشور بتاريخ 9 يناير 2015 "يتعلق بإجراءات تلقي ومعالجة الملفات من الشركات التي تواجه مشاكل تمويلية". يهدف هذا المنشور إلى استبدال المنشورين الصادرين في 25 و 26 نوفمبر 2004،¹ بصفة عامة، نود أن نقدم شرحًا حول عمل CODEFI و CIRI. من المهم الإشارة، قبل التطرق إلى تفاصيل هاتين اللجنتين، إلى أن المنشور الصادر

¹Diffusion ministère n° Nor PRMX0407814C du 25 novembre 2004. Concernant l'action en matière de prévention et de traitement des entreprises en difficultés consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)difficiles.<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000445499>

في 9 يناير 2015 يوضح أن تدخلاتهما تشمل ليس فقط الأطر الودية أو التفويضات الخاصة أو المصالحات، بل تمتد أيضًا إلى الحالات التي تخضع فيها الشركة لإجراءات جماعية. في الحالة الأخيرة، يتجلى دور اللجان، بالتعاون مع الهيئات الإجرائية، في تقديم الدعم للشركة لتحديد وتنفيذ خطط الإنقاذ التي تساهم في ضمان استمرارية العمل بطريقة مستدامة. تتجلى مساهمات هذه اللجان في النقاط التالية:

1- تدخل اللجنة الوزارية لدراسة صعوبات تمويل الأعمال CODEFI

أنشئت اللجنة الوزارية لدراسة صعوبات تمويل الأعمال بموجب منشور بتاريخ 17 جويلية 1974 و منشور بتاريخ 25 نوفمبر¹ 2004 وقاموا بتعديل تكوينهم، وكذلك أساليب عملهم من أجل إنجاز مهامهم بشكل أكثر فعالية.

تتكون هذه اللجان الإدارية من رئيسها، محافظ الإدارة، بالإضافة إلى مجموعة من الأعضاء تشمل مدير إدارة المالية العامة (DD Fip) الذي يشغل منصب نائب الرئيس، والسكرتير الدائم المتعاون مع DD Fip، ومفوض إعادة الهيكلة ومنع المخالفات. التحديات المتعلقة بالعمل أو ممثله، مدير DIRECCTE أو رئيس UT DIRECCTE، مدير URSSAF ومدير فرع بنك فرنسا. بالإضافة إلى ذلك، يمكن تصور وجود عدد من "المراقبين": المدعي العام، ومدير المديرية الإقليمية إذا اقتضت الحاجة، أو أي شخص آخر بناءً على طلب الرئيس. ستقوم بتسليط الضوء على التحديات المتعلقة بالعمل. و التعامل معها يشير المنشور الصادر في 9 يناير 2015 إلى أن الخطوة الأولى في هذه المهمة تتطلب من الكاتب الدائم للجنة أو CRP القيام بتشخيص وضعية الشركة وقطاع نشاطها. يقدمون أيضًا اقتراحات للتعافي ويقومون بتوجيه المفاوضات مع الأطراف المعنية في المجال الاقتصادي مثل المساهمين والدائنين والعملاء والموردين وغيرهم. ومع ذلك، يوضح التعميم أن CODEFI تمتلك

¹Circulaire du 25 novembre 2004 relative à l'action de l'Etat dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, J. O. R. F. n°279 du 1 décembre 2004, p. 20441. consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000445499>

وسائل متعددة متاحة لإنجاز هذه المهام. علاوة على عمليات التدقيق التي تم الإشارة إليها سابقاً، يمكنهم اتخاذ قرار بشأن منح قروض تهدف إلى تعزيز التنمية الاقتصادية والاجتماعية. يحدد المنشور الصادر في 9 يناير 2015 أن القرارات المتعلقة بتقديم التمويل العمومي، مثل تدقيق الحسابات والقروض، تُتخذ من قبل الوالي بعد إجراء مشاورات مع اللجنة المعنية.¹

2- تدخل اللجنة المشتركة بين الوزارات لإعادة الهيكلة الصناعية CIRI.

تعتبر هذه اللجنة الإدارية المشتركة بين الوزارات تحت إشراف رئاسة وزير الاقتصاد، حيث تضم 14 عضواً يمثلون القطاعات الرئيسية لهذه الوزارة، مثل الخزينة، الصناعة، والمحاسبة العمومية. يُسمح لمدير الشؤون المدنية بحضور الاجتماعات بصفة مراقب.²

في حال كانت الشركة تضم أكثر من 400 موظف، سيتم التواصل مع CIRI المعنية على الصعيد الوطني. ترأس هذه الهيئة وزير الاقتصاد والمالية، وتضم في عضويتها مدير الخزينة، ومندوب التخطيط والعمل الجهوي، ومدير المنافسة والاستهلاك، بالإضافة إلى مدير الائتمان لبنك فرنسا. وفقاً للمنشور الصادر بتاريخ 9 يناير 2015، تقوم الأمانة العامة لـ CIRI، تحت إشراف هذه اللجنة، بإجراء تقييم شامل لوضع الشركة مع مراعاة السياق الخاص بقطاع نشاطها. كما تقدم اقتراحات للتعافي وتدير المفاوضات مع الأطراف المعنية مثل المساهمين والدائنين والعملاء والموردين وغيرها. يتم العمل بالتنسيق مع الشركة، مع الحفاظ على دور مدير الشركة أو الوكيل الخاص أو الموفق عند الحاجة. عادةً ما يتطلب إجراء التشخيص تنفيذ تدقيق مستقل. في النهاية،³

¹circulaire du 9 janvier 2015 relative aux modalités d'accueil et de traitement des dossiers des entreprises confrontées à des problèmes de financement consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/39240>

² Art. 3 de l'arrêté du 06 juillet 1982, modifié par art. 1 de l'arrêté du 29 juin 2005, J. O.R. F. du 2 juillet 2005

³Michel Jeantin .Paul Le Cannu.David Robine entreprises-en-difficulte.Editeur.Dalloz.Date.13/10/2022 p19

<https://www.fnac.com/a13057050/Michel-Jeantin-Droit-des-entreprises-en-difficulte#omnsearchpos=15>

من المهم أن نأخذ في الاعتبار أن معهد CIRI يقدم أيضًا برامج تدريبية للمفوضين تهدف إلى إعادة الهيكلة وتقادي التحديات التجارية. يشير تقرير نشاط CIRI لعام 2021 إلى أن 34 شركة قد تواصلت مع هذه اللجنة خلال هذا العام. في ذلك العام، استطاع إدارة 80 ملفًا، تعكس ما يقارب 150 ألف وظيفة. من بين هذه الملفات الـ 80، تم التوصل إلى حل لـ 25 ملفًا، بينما كان 56 ملفًا قيد التفاوض في نهاية عام 2021، وانتهى ملف واحد بالفشل. وبناءً على ذلك، يسر CIRI أن يعلن عن تحقيق معدل نجاح يقارب 90٪ سنويًا منذ عام 2012.¹

تتضمن المبادئ التي تنظم تدخل اللجان توجيهات واضحة، حيث يحدد المنشور الصادر في 9 يناير 2015² الخاصة مثل المساهمين والمصرفيين والعملاء والموردين. كما يشدد على أهمية أن يكون هذا التدخل فعالاً، ويشير المنشور إلى أن الدولة تضمن، في هذا السياق، أن تتمتع الشركات المستفيدة من المساعدة العمومية بفرص حقيقية لاستعادة توازن عملياتها، من خلال تدابير اقتصادية أو صناعية أو مالية أو اجتماعية

3- تدخل لجنة رؤساء الخدمات المالية ومنظمات الضمان الاجتماعي والتأمين ضد

البطالة CCSF.

تعتبر الديون الاجتماعية والضريبية غالبًا جزءًا كبيرًا من التزامات الشركات التي تواجه تحديات. لذا، فإن منحها مواعيد نهائية للدفع أو إعفاءات من الديون قد يمثل خطوة مهمة نحو مساعدتها في تجاوز هذه الظروف الصعبة. ومع ذلك، من الأفضل أن يتخذ الدائنون إجراءات

¹Le CIRI publie son rapport d'activité 2021 et un dossier spécial à l'occasion de ses 40 ans Rédigé par DG Trésor Publié le 21 juin 2022 Direction générale du Trésor Mai 2022 consultation du site date 11/07/2024 (heures 23:00).

<https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2022/06/21/le-ciri-publie-son-rapport-d-activite-2021-et-un-dossier-special-a-l-occasion-de-ses-40-ans>

²circulaire du 9 janvier 2015 relative aux modalités d'accueil et de traitement des dossiers des entreprises confrontées à des problèmes de financement <https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/39240>

<https://www.fnac.com/a13057050/Michel-Jeantin-Droit-des-entreprises-en-difficulte#omnsearchpos=15> consultation du site date 17/06/2024 heures 23:00)

منسقة، مما يعزز فرص النجاح ويضمن اتساق الجهود. ولهذا السبب تم إنشاء لجنة إدارية تضم رؤساء الخدمات المالية ومنظمات الضمان الاجتماعي والتأمين ضد البطالة (CCSF) في كل إدارة، والتي يحكمها المرسوم رقم 686-2007 المؤرخ 4 مايو 2007¹ حيث لا تُعتبر مسؤولية عن منح المساعدات أو الإعفاء من الديون أو التخلي عن الضمان أو تأجيل المواعيد المستحقة، بل تركز على التنسيق في هذا السياق. يمكن أيضًا النظر في تدخلها كجزء من جهود المنظمات العامة الأخرى التي تسعى لدعم الشركات التي تعاني من تحديات. وبناءً عليه، فإن التعميم الصادر بتاريخ 9 يناير 2015 المشار إليه سابقًا يحدد "آلية التواصل بين السكرتير الدائم لـ CODEFI أو CRP/SG CIRI و CCSF في سياق المسؤوليات العامة".

4- تدخل السلطات المحلية.

يمكن للسلطات المحلية، باستثناء البلديات، في ظروف معينة، أن تقدم الدعم (مثل القروض، الإعانات، وضمانات القروض، وغيرها) للشركات التي تعاني من تحديات. ومع ذلك، فإن تدخلهم يتعين أن يتماشى مع أحكام المادة L. 3231-3 من القانون العام للجماعات المحلية بالنسبة للمديريات، والمادة L. 4211-1 بالنسبة إلى الجهات. في هذا السياق، يجدر بنا الإشارة إلى المبادرات التي أطلقتها منطقة أوت دو فرانس بالتعاون مع غرفة التجارة والصناعة، حيث تم إنشاء نظام "Hauts-de-France prévention" وصندوق يتيح تقديم سلف قابلة للسداد بعد تعيين 'وكيل مخصص'.²

¹Décret n°2007-686 du 4 mai 2007 instituant dans chaque département une commission des chefs des services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale et de l'assurance chômage (CCSF) pour l'examen de la situation des débiteurs retardataires.

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000006263686/2007-05-05> Michel Jeantin. Paul Le Canu. David Robine entreprises-en-difficulté. Editeur. Dalloz. Date. 13/10/2022p17
<https://www.fnac.com/a13057050/Michel-Jeantin-Droit-des-entreprises-en-difficulte#omnsearchpos=15>
 consultation du site date 28/07/2024 heur 23:00)

²"CCI Hauts-de-France prévention " les Objectifs de cette entreprise c' est – Vous aider à concrétiser vos projets au regard de ce qui se fait dans votre domaine ou en dehors, en vous permettant de :
 –déceler de nouvelles idées de développement,
 –orienter vos choix en connaissance de cause,

البند الثالث: أشكال مساعدات الدولة للمؤسسات المتعثرة عقب كوفيد 19

لقد كان لوباء كوفيد-19 وتدابير الحجر الصحي عواقب اقتصادية وخيمة على الاقتصاد الفرنسي، حيث أدى الإغلاق إلى تراجع حاد في الإنتاج في العديد من الأنشطة، بالإضافة إلى زيادة كبيرة في حالات تعثر المؤسسات الاقتصادية. وقد قامت الدولة الفرنسية باتخاذ عدة تدابير، مثل مخطط البطالة الجزئية والمساعدات الممنوحة في إطار صندوق التضامن للشركات المتضررة بشكل خاص من التبعات الاقتصادية والمالية والاجتماعية لانتشار وباء كوفيد-19، مما شكل تخفيفاً حقيقياً لثقل الأزمة بالنسبة للشركات. كما ساهمت هذه التدابير في تمكين العديد منها من إيجاد الوسائل اللازمة لتجاوز هذه الفترة الصعبة. وسنوضح فيما يلي طبيعة مساعدات الدولة التي تهدف لمعالجة التبعات الاقتصادية لوباء كوفيد-19 في البند الأول، أما البند الثاني فسنستطرق فيه لتوضيح طبيعة القرض بضمان الدولة الممنوح للمؤسسات المتعثرة.

أولاً: مساعدات الدولة تهدف إلى معالجة التبعات الاقتصادية لوباء كوفيد-19.

في إطار التعامل مع التحديات الاقتصادية الناتجة عن الأزمة الصحية المرتبطة بوباء كوفيد-19، قامت الدولة الفرنسية، كما فعلت دول أخرى، باتخاذ خطوات لدعم الشركات من خلال المساعدات العامة. ومع ذلك، فإن هذا الخيار يتطلب الالتزام بالقواعد الأوروبية المعمول بها في هذا السياق. وقد صدرت العديد من المراسلات عن المفوضية الأوروبية لتوضيح

-éviter de réinventer ce qui se fait déjà,

-identifier des solutions techniques nouvelles,

-faire ressortir les aspects novateurs de votre projet dans l'optique d'une protection ou d'une recherche de financement.

<https://hautsdefrance.cci.fr/solutions/veille-etat-de-lart/> Michel Jeantin. Paul Le Cannu.David Robine

entreprises-en-difficulte.Editeur.Dalloz.Date.13/10/2022p17 consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)

<https://www.fnac.com/a13057050/Michel-Jeantin-Droit-des-entreprises-en-difficulte#omnsearchpos=15>

consultation du site date 20/07/2024 heure 16:00)

الشروط التي بموجبها يمكن أن تكون المساعدات العامة، في ظل هذه الأزمة الصحية، متوافقة مع المادة 107 من TFEU.¹ دون التطرق إلى التفاصيل الدقيقة، يجدر بنا أن نلفت الانتباه إلى البلاغ الصادر في 19 مارس 2020، الذي أرسى نظام "الإطار المؤقت لتدابير مساعدات الدولة لدعم الاقتصاد في ظل الظروف الحالية الناتجة عن تفشي فيروس كوفيد-19". وقد أوضحت المفوضية أنه "نظراً لتأثير تفشي مرض كوفيد-19 على جميع الدول الأعضاء، فإن تدابير الاحتواء المتخذة لها تأثير على الشركات، مما يبرر تقديم مساعدات الدولة، ويمكن اعتبارها متوافقة مع السوق الداخلية في أوروبا".

تستند المادة 107 (3) (ب) من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي إلى فترة محدودة، حيث تهدف إلى معالجة نقص السيولة الذي تواجهه الشركات، وضمان عدم تأثير الاضطرابات الناتجة عن تفشي فيروس كورونا على قدرتها على الاستمرار، خاصة في حالة الشركات الصغيرة والمتوسطة. كما تنص المادة 107 على إمكانية إعلان المفوضية أن المساعدات تتوافق مع السوق الداخلية إذا كانت تهدف إلى معالجة اضطراب خطير في اقتصاد دولة عضو.²

¹ TFEU Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – TROISIÈME PARTIE POLITIQUES DE L'UNION ET ACTIONS INTERNES – TITRE VII .RÈGLES COMMUNES EN MATIÈRE DE CONCURRENCE, DE FISCALITÉ ET DE RACCORDEMENT DES LOIS – Chapitre 1 . Règles de concurrence – Section 2 . Aides accordées par les États – Article 107 (ex-article 87 TCE) Journal Officiel 115 du 09/05/2008 P. 0091 – 0092

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A12008E107> consultation du site date 20/07/2024 heure 23:00)

² Article 107 TFEU Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

« b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre; »

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A12008E107> consultation du site date 17/06/2024 heure 23:00)

ثانيا: قرض بضمان الدولة وتدابير أخرى تهدف إلى معالجة التعثر عقب وباء كوفيد-

19.

145 مليار يورو. إن الهدف من الآلية المنصوص عليها بالفصل 6 من القانون عدد 289 لسنة 2020 المؤرخ في 23 مارس 2020 والمتعلق بتعديل مالية سنة 2020 والمحدد شروطها بأمر مؤرخ في 23 مارس 2019¹ والمعدل عدة مرات، هو هدف واضح. ويتضمن ذلك تمكين الشركات من الاستمرار من خلال منح التمويل اللازم للتغلب على الأزمة الاقتصادية التي ارتبطت بفترة العزل وما نتج عنها. ولهذا السبب، تم توفير ضمان الدولة لبعض القروض الممنوحة من قبل مؤسسات الائتمان أو منصات التمويل الجماعي بحد أقصى إجمالي قدره 300 مليار يورو. ويقترن هذا الإجراء بتوفير سيولة إضافية للبنوك من قبل البنك المركزي الأوروبي والإمكانية المقدمة لهذه البنوك لإعادة تمويل نفسها على المدى الطويل، مما سمح للنظام بدعم الشركات، سواء كانت شخصا طبيعيا أو معنويا، المستوفية لمعايير المادة 3 من المرسوم المؤرخ في 23 مارس 2020،² يمكن للجهات المعنية، التي تحتفظ بحق الرفض، تقديم طلب للحصول على قرض مضمون من الدولة وفقا للحدود المحددة في المادة 5 من هذا المرسوم. يشمل الضمان، الذي يتطلب رسوما، أصل القرض والفوائد والملحقات، ويغطي، بناءً على خصائص الشركة، ما بين 70% و90% من مبلغ القرض الممنوح. في البداية، كان من الضروري أن يتم منح القرض خلال الفترة من 16 مارس 2020 إلى 30 يونيو 2021. ومع ذلك،

¹LOI n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020 (1)

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000041746298> Michel Jeantin .Paul Le Canu.David Robine entreprises-en-difficulte.Editeur.Dalloz.Date.13/10/2022p17

<https://www.fnac.com/a13057050/Michel-Jeantin-Droit-des-entreprises-en-difficulte#omnsearchpos=15> consultation du site date 17/06/2024 heur 23:00)

²Arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041746744> Michel Jeantin .Paul Le Canu.David Robine entreprises-en-difficulte.Editeur.Dalloz.Date.13/10/2022p17

<https://www.fnac.com/a13057050/Michel-Jeantin-Droit-des-entreprises-en-difficulte#omnsearchpos=15> consultation du site date 19/06/2024 heur 23:23)

تم تمديد النظام حتى 31 ديسمبر 2021 ثم إلى 30 يونيو 2022. الشرط الآخر الذي لم يتغير هو أن يكون القرض خالياً من أي ضمان أو ضمانات إضافية.¹

في إطار دعم الشركات في تجاوز التحديات التي واجهتها، تم وضع خطة تتيح تأجيل سداد القرض حتى نهاية السنة الأولى. بعد ذلك، يتم تسديد القرض على مدى فترة تصل إلى 5 سنوات. كما تم السماح بتمديد فترة الامتياز الأولية لعام إضافي بناءً على طلب المقترض، مع الحفاظ على الحد الأقصى لفترة القرض عند 6 سنوات، وهو ما يعد شرطاً أساسياً للمفوضية الأوروبية.²

الفرع الثالث : أشكال تدخل الدولة لإنقاذ المؤسسات المتعثرة لدى المشرع

الجزائري

بعد الاستقلال مباشرة، كان من الضروري أن تتدخل الدولة لدعم الاقتصاد وتعزيز استقلاليتها عن النظام الفرنسي. وقد تم ذلك من خلال ضخ الأموال في الشركات التي كانت تواجه صعوبات مالية، بهدف الحفاظ على استمراريته في الحياة الاقتصادية. ومع ذلك، أدى اتباع هذا النهج إلى استهتار ببعض الموارد المالية للدولة، مما ساهم في إفلاس العديد من الشركات. وبالتالي، لم يكن أمام الدولة خيار سوى تقليل الدعم المباشر لتعزيز المنافسة وتحقيق الأرباح. لذا، تم تشجيع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وتقديم الدعم المالي لها من خلال آليات متعددة، مما أدى إلى ظهور أسلوب الدعم غير المباشر. سنستعرض الطريقتين في البندين التاليين.

¹ Michel Jeantin .Paul Le Cannu.David Robine entreprises-en-difficulte.Editeur.Dalloz.Date.13/10/2022 p18

<https://www.fnac.com/a13057050/Michel-Jeantin-Droit-des-entreprises-en-difficulte#omnsearchpos=15>

² Arrêté du 8 juillet 2021 portant modification de l'arrêté du 23 mars 2020 accordant la garantie de l'Etat aux établissements de crédit et sociétés de financement en application de l'article 6 de la loi n° 2020-289 de finances rectificative pour 2020. consultation du site date 17/06/2024 heur 23:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043771403> Michel Jeantin .Paul Le Cannu.David Robine entreprises-en-difficulte.Editeur.Dalloz.Date.13/10/2022p17

<https://www.fnac.com/a13057050/Michel-Jeantin-Droit-des-entreprises-en-difficulte#omnsearchpos=15>

consultation du site date 23/06/2024 heur 23:00)

البند الأول : المساعدات المباشرة في الجزائر

في الجزائر، تستفيد الشركات العامة بشكل رئيسي من المساعدات العامة المباشرة، وذلك لتوجيه وتشجيع الشركات الصغيرة والمتوسطة. تُعتبر شركة صغيرة ومتوسطة كل شركة تنتج سلعاً و/أو خدمات وتشغل أقل من 250 موظفاً، أو يتجاوز رقم معاملاتها 4 مليار دج، أو يتجاوز مجموع ميزانيتها السنوية 1 مليار دج، ولا تملك أكثر من 25% منها من قبل شركة واحدة أو أكثر لا تستجيب لتعريف الشركات الصغيرة والمتوسطة. يتدخل في هذه الاستراتيجية العامة التنمية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ويشكل إطاراً مرجعياً لجميع المؤسسات والفاعلين الاقتصاديين، مما يسهل زيادة تماسك وتوجيه برامج الدعم لصالح هذه الفئة من الأعمال، لضمان التنسيق بينهم.¹

لقد استحدث المشرع الجزائري جملة من القوانين عقب كوفيد 19 ، واجراءات الحجر الصحي التي فرضت على العديد من الأنشطة التجارية والمؤسسات الخدماتية الاغلاق ، تخضع المؤسسات والشركات في الجزائر في حالة تعثرها لتطبيق قانون الإفلاس والتسوية القضائية، لكن في سنة 1993 صدر المرسوم التشريعي رقم 08-93 الذي عدل المادة 217 من قانون التجارة التي تنص على أن «تخضع الشركات ذات رأس المال كلياً أوجزئياً إلى لأحكام هذا الباب المتعلقة بالإفلاس والتسويات القانونية...»² وتم توزيع مالا يقل عن 180 مليار دولار لتحسين وضع هذه الشركات، وفي عام 2016 قررت الحكومة إطلاق عملية جديدة واسعة النطاق لتطهير الشركات العامة، والتي تعرض بعضها بالفعل في الماضي للتصفية من أصولهم³. وسيكون الهدف المعلن هو خلق فرص العمل وإنعاش الإنتاج الوطني وتزويد الدولة بأدوات سياستها المتعلقة بتنظيم السوق. على سبيل المثال، في شرق البلاد وفي عاصمتها قسنطينة

¹ المادة. 5 من القانون رقم 17-02 المتعلق بقانون توجيه وترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة يعتبره مؤسسة صغيرة ومتوسطة، أي شركة تشغل أقل من 250 موظفاً ولا يتجاوز رقم معاملاتها 2 مليار دج أو لا يتجاوز مجموع ميزانيتها السنوية 500 مليون دج ولا تملك أكثر من 25% من قبل شركة أو أكثر من الشركات التي لا تنطبق عليها التعريف من الشركات الصغيرة والمتوسطة.

² المادة 217 من الامر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 195 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم

³ Cite web <http://www.libertealgerie.com> .

وحدها، هناك 32 شركة عامة لديها فقط الاستقادة قمن لفقة الخزينة العامة. تتراوح قطاعات النشاط المعنية من الهندسة الميكانيكية إلى صناعة الأغذية الزراعية والخدمات.

في البناء الميكانيكي، يمكننا أن نستشهد بالشركة الوطنية لمعدات الأشغال العامة (ENMTP)، بينما في صناعة المواد الغذائية لدينا مثال مجموعة Smide. وأخيرا، في مجال الخدمات، يمكننا أن نذكر حالة Digramme، وهي شركة عامة متخصصة في توزيع الأدوية، وشركة نقل الركاب الشرقي، التي كانت تعرف سابقا. SNTV الشركة الوطنية لنقل الركاب، الناقل العام للمسافرين.¹

العملية، التي تتمثل في ضخ الأموال النقدية في حسابات المؤسسات الاقتصادية العامة، شهدت النور لأول مرة خلال عمليات إعادة هيكلة المشهد الاقتصادي العام التي بدأت خلال أزمة 1986، ومنذ ذلك الحين، بدأت سياسة التمويل هذه من قبل الخزنة العامة أصبح العجز في الكيانات الاقتصادية بموجب القانون العام راسخا في الأعراف السياسية والاقتصادية للبلاد. لكن هذه العملية، بعد مرور أكثر من 25 سنة على انطلاقها، لم تعد تستطيع أن تستمر أكثر في الجزائر، لأنه إذا كانت إعادة هيكلة الشركات العمومية تتيح الحفاظ على مناصب الشغل وحماية الإنتاج الوطني وضمان السياسة الاجتماعية للدولة، مما يجعل الشركات نفسها تعاني من عجز دائم نظرا لعدم وجود حوافز لتحقيق أرباح فيها لأنها محاطة بالدعم المالي المباشر الذي ينقذها في كل مرة تتعثر فيها.

¹ رأس المال العام لتمثل الشركة لأموال المتوفرة لديه التمويل نشاطها. وترتبط هذه الأموال بالفرق بين رأس المال المتاح والاستثمارات المخططة. وبالتالي فإن الفائض الذي تم الحصول عليه يتوافق مع رأس المال العامل. في حين أن متطلبات رأس المال العامل هي المبلغ المتوقع لرأس المال العامل: ماتحتاجة الشركة لتشغيله اليومي يتم حساب متطلبات رأس الم الاعمال على النحو التالي: المخزون + العملاء - الموردين، أي تكوين الأسهم + الائتمان الممنوح للعملاء - الائتمان الذي تم الحصول عليه من الموردين.

الرابط الحاسم بين الاثنين هو: صافيا لتدفق النقدي: إيجابي أو سلبي، فهو يلعب دور ممتص الصدمات والتعويض. وتكون صيغته: FR (رأس المال العامل) - BFR (متطلبات رأسالم الاعمال) = TN (صافي التدفق النقدي).

http://www.petite entreprise.net زيارة الموقع في 2024/08/05 على الساعة 10:00

في حين أنه يمكن للدولة أن تساعد في إنشاء مؤسسات صغيرة ومتوسطة الحجم قادرة على دفع الاقتصاد للأمام وتوظيف شباب يسعون لتحقيق ارباح تدفع عجلة الاقتصاد نحو الأمام.¹

البند الثاني: المساعدات غير المباشرة في الجزائر

تلعب الشركات الصغيرة والمتوسطة دورًا مهمًا في الاقتصاد الوطني. وبالفعل، منذ نهاية الثمانينات، أدركت الدولة أن القطاع العام وحده لا يستطيع تلبية الاحتياجات الاقتصادية والاجتماعية. لقد نجحت الشركات الصغيرة والمتوسطة في ترسيخ نفسها من خلال "تنوعها مما جعلها أكثر مرونة وقدرتها على خلق فرص العمل، ككيان قادر على تعويض العجز الذي تعاني منه الشركة الوطنية الكبيرة».

ولتنمية هذه المقاولات الصغيرة، أنشأت السلطات العمومية سلسلة كاملة من المؤسسات والمنظمات المسؤولة عن تشجيع المقاولات الصغيرة والمتوسطة، وتم إطلاق سلسلة من التدابير التحفيزية لتطوير هذه المقاولات، كجزء من سياسة عالمية لتعزيز المقاولات الصغيرة و المتوسطة الجزائرية، والتي بدأت منذ ذلك الحين بداية التسعينيات.

لقد نص المشرع الجزائري ولأول مرة على مفهوم التعثر في المرسوم التنفيذي رقم 20-239 المؤرخ في 31/أوت 2020 الذي يحدد كيفية تكفل الخزينة العمومية بصفة استثنائية بتخفيض نسب الفائدة على القروض الممنوحة من طرف البنوك والمؤسسات المالية لفائدة المؤسسات والخواص الذين يواجهون صعوبات بسبب وباء فيروس كورونا كوفيد 19² على تخفيض نسب الفائدة وقد جاء بشكل استثنائي أثناء وباء كوفيد 19 وقد شمل هذا التخفيض، القروض الاستثمارية وقروض الاستغلال، ونص على استمرارية الخزينة العامة للبلاد في

¹ HARRAT Mohammed Le traitement des difficultés de l'entreprise pour assurer sa survie –étude comparative–THESE Pour l'obtention du diplôme de Doctorat en Sciences En Droit comparé des affaires Université d'Oran 2 faculté de Droit et des Sciences Politiques Année universitaire 2017-2018 p75

² المرسوم التنفيذي رقم 20-239 المؤرخ في 31/أوت 2020 الذي يحدد كيفية تكفل الخزينة العمومية بصفة استثنائية بتخفيض نسب الفائدة على القروض الممنوحة من طرف البنوك والمؤسسات المالية لفائدة المؤسسات والخواص الذين يواجهون صعوبات بسبب وباء فيروس كورونا كوفيد 19

التكفل بتخفيض نسب الفوائد على القروض البنكية خاصة تلك التي قامت بإعادة الجدولة أو تسديد جزء من أقساطها حسب المادة 02 الفقرة 02 .

و تم تمديد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 20-239 المؤرخ في 31 أوت 2020 السالف الذكر بتعديل رقم 21-446 المؤرخ في 11 نوفمبر 2021 الى غاية سنة 2021¹

و تتدخل الدولة لإنقاذ المؤسسات المتعثرة عن طريق الوكالة الوطنية لدعم المقاولاتية كذا طريق صناديق ضمان القروض البنكية وسوف نتطرق لهما في البندين التاليين:
أولاً: تدخل الدولة لإنقاذ المؤسسات المتعثرة عن طريق الوكالة الوطنية لدعم

المقاولاتية ANADE

الوكالة الوطنية لدعم المقاولاتية هي هيئة عمومية تابعة للوزير الأول المسؤول عن المؤسسات المصغرة، وقد تم تغيير اسمها من "الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب" (ENSAG) إلى "الوكالة الوطنية لدعم المقاولاتية" (ANADE). تعمل الوكالة على دعم الشباب الذين يسعون لإنشاء أو توسيع مؤسساتهم الصغيرة، حيث توفر لهم مساعدات مالية وتسهيلات ضريبية خلال مختلف مراحل المشروع. تبدأ هذه المراحل بفكرة المشروع، تليها عملية التسجيل في الموقع الإلكتروني، ثم تأتي مرحلة الاستقبال والتوجيه، وإجراء المحادثات الفردية، وإعداد المشروع، بالإضافة إلى تكوين وتنوير صاحب المشروع. في النهاية، يتم المصادقة على المشروع من قبل لجنة انتقاء واعتماد وتمويل المشاريع، وكذلك موافقة البنك، مما يؤدي إلى مرحلة الإنشاء القانوني للمؤسسة، التي ستساهم في تمويل المشروع، وأخيراً الانطلاق في النشاط مع متابعة الأداء² .

المرسوم التنفيذي رقم 21/446 المؤرخ في 11 نوفمبر 2021 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 20-239 المؤرخ في 31/08/2021 يتضمن استمرار الخزينة العمومية في التكفل بصفة استثنائية بتخفيض نسبة الفوائد على القروض الممنوحة من طرف البنوك والمؤسسات المالية لفائدة

¹ المؤسسات والخواص المتضررين من جائحة كوفيد-19 العدد 86

² المرسوم التنفيذي رقم 20-329 المؤرخ في 25 نوفمبر 2020 يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 96-296 المؤرخ في 8 سبتمبر 1996 والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب وتحديد قانونها الأساسي ج.ر.ع 70 صادر في 25 نوفمبر 2020.

ويتمثل تدخل الوكالة الوطنية لدعم المقاولاتية في إنقاذ المؤسسات المصغرة المتعثرة فيما يلي:

1 - تنص المادة 06 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 26 سبتمبر 2021، الذي يحدد المؤسسات المصغرة وشروط وكيفيات إعادة تمويلها¹، على إنشاء لجنة خاصة لدراسة وضعية المؤسسات المصغرة المتعثرة. تتكون اللجنة من الأعضاء التالية أسماؤهم: ممثل عن مديرية التجارة، ممثل عن مديرية الضرائب، المندوب المحلي لصندوق الكفالة المشتركة لضمان مخاطر القروض الممنوحة للشباب أصحاب المشاريع، وممثل عن البنك الذي منح الائتمان الأول للمشروع الأصلي .

- تتم إعادة تمويل المؤسسات المتعثرة من خلال صيغة التمويل الثلاثي فقط، وفقاً لما نصت عليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي 03-296 المؤرخ في 6 سبتمبر 2003، الذي يحدد شروط الإعانة المقدمة للشباب ذوي المشاريع ومستواها المعدل والمتمم. ويشمل ذلك المساهمة الشخصية لصاحب المشروع، والوكالة الوطنية لدعم المقاولاتية، والبنك².

- التمويل الثلاثي كطريقة لإعادة التمويل للمؤسسات المصغرة والمتوسطة المتعثرة . يُعتبر التمويل الثلاثي إحدى الآليات التي تعتمد عليها الوكالة الوطنية لدعم المقاولاتية، كما ورد في المادة 05 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 26 سبتمبر 2021، حيث يُضاف إلى التمويل الذاتي الذي يقدمه صاحب المشروع من أمواله الخاصة، وهو مخصص فقط لذوي الإعفاءات الجبائية³.

ثانياً: إنقاذ المؤسسات المتعثرة بتدخل صناديق ضمان القروض البنكية

¹المادة 06-07 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 26 سبتمبر 2021 السالف الذكر .

²المرسوم التنفيذي 03-296 المؤرخ في 6 سبتمبر 2003 يحدد شروط الإعانة المقدمة للشباب ذوي المشاريع ومستواها ج.ر.ع 54 صادرة في 10 سبتمبر 2003 المعدل والمتمم.

³نورة بوخضرة إعادة تمويل المؤسسات المصغرة المتعثرة على ضوء الأحكام القانونية الجديدة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، المجلد 16 العدد 4 لسنة 2021 كلية الحقوق والعلوم السياسية ص 505-225

عملت الجزائر على تسهيل تمويل المؤسسات والمشاريع الاقتصادية من خلال إنشاء صناديق تساهم في دعم البنوك، حيث تتحمل هذه الصناديق جزءاً من المخاطر المرتبطة بأنشطة البنوك الائتمانية¹.

تتدخل الصناديق لضمان تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في جميع مراحلها، إلا أن الصندوق الأهم الذي يتدخل في حالات تعثر المؤسسات مالياً هو صندوق ضمان القروض و صندوق الكفالة المشتركة لضمان مخاطر القروض الممنوحة للشباب أصحاب المشاريع و سنستعرض طرق وآليات مساعدتها للمؤسسات فيما يلي :

1- تدخل الدولة لإنقاذ المؤسسات المتعثرة عن طريق صندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة FAGAR:

تم تأسيس صندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بموجب القانون 17-20 المؤرخ في 10 يناير 2017، والذي يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والقانون الأساسي للصندوق²، يُعتبر هذا الصندوق مؤسسة عمومية ذات شخصية معنوية واستقلال مالي، ويعمل تحت إشراف وزارة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة. بدأ نشاط الصندوق فعلياً في 14 مارس 2004، وقد شكل انطلاقة حقيقية لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للأسباب التالية :

أ- يعتبر الأداة المالية الأولى المتخصصة لدعم المؤسسات المتعثرة، وقد تمكن من معالجة المشكلة الرئيسية التي تواجه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وهي عدم توفر الضمانات أو نقصها للحصول على القروض البنكية.

¹ ابن مداني صديقة، انعكاسات القروض المصرفية المتعثرة على أداء البنوك التجارية في الجزائر دراسة عينة من البنوك التجارية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في العلوم التجارية، تخصص بنوك مالية و محاسبة، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016-2017، ص 187 وما يليها.

² القانون رقم 17-02 مؤرخ في 10 جانفي 2017 يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ج.ر.ع 02 صادر في 11 جانفي 2017

ب- من خلال تحويل دور الدولة من مانحة للأموال إلى ضامنة للقروض المقدمة لقطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مما يعزز الفعالية الاقتصادية والاستخدام الأمثل للموارد العامة.

ج- يسهل على المؤسسات الحصول على القروض المتوسطة الأجل، حيث يساهم في توفير الضمان للمؤسسات التي تفتقر إلى الضمانات العينية المطلوبة من قبل البنوك لمنح القروض. كما يضمن البنك تسديد جزء من الخسارة في حالة عدم سداد القرض. متطلبات وإجراءات الحصول على مبلغ الضمان :

في حالة توقف المؤسسة عن سداد أقساط القرض الممنوح لها .
يتم إبلاغها بوجوب سداد الأقساط بعد إرسال إنذارات متكررة بضرورة الوفاء بالقرض .
أن تصل المؤسسة إلى حالة التوقف العلني عن الدفع، أي عجزها عن السداد .

1- صندوق الكفالة المشتركة لضمان أخطار القروض الممنوح أياها الشباب ذوي المشاريع

FDCJP

تأسس في عام 1998 بموجب المرسوم التنفيذي 98-200، الذي تم تعديله بموجب المرسوم التنفيذي 03-289، بهدف ضمان القروض الممنوحة من البنوك للمؤسسات الصغيرة المدعومة من جهاز دعم إنشاء المؤسسات الصغيرة¹.

تشارك جميع المؤسسات الصغيرة والبنوك في الصندوق بنسبة تتناسب مع القروض الممنوحة بموجب جهاز الوكالة الوطنية لدعم وتنمية المقاولاتية، ويعتبر هذا الانخراط إلزامياً لكل البنوك المتعاملة مع الوكالة وكذلك المؤسسات الصغيرة التي اختارت صيغة التمويل الثلاثي .

- يقوم الصندوق بإجراء زيارة ميدانية للتحقق من نسبة تعثر المؤسسة و تحديد مركزها المالي الفعلي و ومدى عجزها عن سداد مستحققاتها .

¹ المرسوم التنفيذي رقم 03-289 المؤرخ في 06 سبتمبر 2003 ج. ر عدد 54 ، الصادر في 10 سبتمبر 2003.

- يتدخل الصندوق بناءً على طلب البنك بعد الإبلاغ عن عدم سداد الأقساط السداسية.
- يقوم الصندوق بعد التعويض بمتابعة ورصد المؤسسة المصغرة لتمكينها من سداد التزامها المالي.

- يقوم الصندوق بتعويض البنك عن جزء من القرض في حالة تأخر أو عجز المقترض عن السداد كما يقوم بالإشراف على عملية إعادة تمويل المشروع المتعثر في حالة توفرت فيه الشروط المنصوص عليها في القرار¹

يقوم الصندوق بتعويض البنك بنسبة 70% من مبلغ الدين المتبقي، بما في ذلك أصل الفوائد، وبعد التعويض، يقوم البنك بتحويل حقوق الدين المتبقية لصالح الصندوق.

الفرع الرابع : مخاطر المساعدات الدولية على المؤسسات المتعثرة

تنقسم المخاطر الرئيسية إلى نوعين. في النوع الأول، تُعتبر المساعدات العامة في المصلحة العامة، حيث يُفترض أن تساهم في إنقاذ الشركات واستمراريتها وضمان مناصب العمل للعمال. ومع ذلك، في الواقع، قد تثير المساعدات العامة مخاطر متنوعة. تتعلق هذه الأمور أولاً بمنافسي الشركة المستفيدة، الذين قد يتمكنون من المنافسة بشكل مصطنع. كما قد تتطوي المساعدات العامة على مخاطر بالنسبة للشركة التي تقدم المساعدة، حيث قد تجد نفسها مسؤولة نتيجة لمنحها للائتمان، مما يزيد من تعقيد الوضع المالي للمؤسسة بإضافة أعباء إضافية. سنقوم بشرح هذه المخاطر في البندين التاليين:

البند الأول :المخاطر المتعلقة بالتماس بمبدأ حرية المنافسة

من المحتمل أن تسهم المساعدات العامة في إحداث تأثيرات غير مرغوب فيها على المنافسة الحرة. لذلك، يُعتبر حظرها مبدأً أساسياً وفقاً للمادة 107 من معاهدة أداء الاتحاد

¹ أمين مراد، صناديق الكفالة المشتركة ودورها في ضمان القروض المصرفية ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني المجلد 11 العدد 02 2020 ص

الأوروبي (TFEU)، التي تشير إلى أنه "باستثناء الاستثناءات المحددة في المعاهدات، فإنها تُعتبر غير متوافقة مع السوق الداخلية، إذا كان لها تأثير على التجارة بين الدول الأعضاء".¹ إن المساعدات المقدمة من الدول أو عبر موارد الدولة بأي شكل من الأشكال قد تؤدي إلى تشويه المنافسة أو تهديدها من خلال تفضيل مشاريع أو منتجات معينة. ومع ذلك، فإن الإخفاقات الاقتصادية تعكس الحرية المتاحة في هذا المجال. ومنذ عام 1994، وضعت المفوضية الأوروبية في المبادئ التوجيهية الشروط التي يمكن بموجبها اعتبار مساعدات الدولة متوافقة مع قانون الاتحاد الأوروبي.

1- مفهوم المبادئ التوجيهية الصادرة في 31 يوليو 2014.

في 31 يوليو 2014، أصدرت المفوضية الأوروبية مبادئ توجيهية جديدة توضح الشروط التي بموجبها يمكن اعتبار المساعدات الحكومية لإنقاذ وإعادة هيكلة الشركات التي تواجه صعوبات، باستثناء المؤسسات المالية، متوافقة مع السوق الداخلية وفقاً للمادة 107. كان من المقرر أن تُطبق هذه المبادئ في البداية من 1 أغسطس 2014 حتى 31 ديسمبر 2020. ومع ذلك، اتخذت المفوضية الأوروبية قراراً بتمديد صلاحيتها لمدة ثلاث سنوات. وتحدد هذه المبادئ التوجيهية أولاً المخاطر المرتبطة بمساعدات الدولة كما يلي:

أولاً: يمكن أن يؤثر ذلك على مبدأ المنافسة، مما يسمح لبعض الشركات التي كان ينبغي أن تختفي بسبب ضعف كفاءتها بالبقاء على حساب الآخرين.

ثانياً: قد يظهر "الخطر الأخلاقي"، حيث إن الشركات التي تعتمد على إمكانية الإنقاذ في حال حدوث صعوبات قد تميل إلى اتخاذ استراتيجيات تجارية غير قابلة للتطبيق، مما يؤدي إلى تحمل مخاطر مفرطة.

¹ traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) Journal officiel de l'Union européenne 26.10.2012
<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:fr:PDF> consultation du site
date 23/08/2024 heure 12:00)

ثالثاً: هناك خطر أن تؤدي مساعدات الدولة إلى الإضرار بأداء السوق الداخلية من خلال نقل جزء غير عادل من عبء التكيف الهيكلي والمشاكل الاجتماعية والاقتصادية الناتجة عن ذلك إلى دول أعضاء أخرى، مما قد يؤدي إلى "سباقات دعم غير مثمرة" بين هذه الدول. **رابعاً:** قد تسهم هذه المساعدات أيضاً في خلق حواجز أمام المداخل وتقليص الحوافز في الأنشطة بين الدول، مما يتعارض مع أهداف السوق الداخلية والخارجية.

في سياق هذه المخاطر، تضع المبادئ التوجيهية مبادئ يهدفان إلى تنظيم مساعدات الدولة:

• **مبدأ التبعية:** وفقاً لهذا المبدأ، "لا ينبغي للشركة أن تستفيد من مساعدات الدولة إلا بعد استفاد جميع الخيارات التي يتيحها السوق، وشريطة أن تكون هذه المساعدة ضرورية لتحقيق هدف محدد جيداً ذي مصلحة مشتركة".

• **مبدأ عدم التكرار:** ويترتب على ذلك أنه "يجب السماح للشركات فقط بالاستفادة من المساعدات بموجب المبادئ التوجيهية مرة واحدة كل عشر سنوات".¹

2- نطاق تطبيق المبادئ التوجيهية.

وحتى يمكن للدولة من ان تقوم بتقديم المساعدة وفقاً للمبادئ التوجيهية الصادرة في 31 يوليو 2014، يتعين عليها إثبات أن الشركة المستفيدة تواجه تحديات. وفقاً للمادة 2.2 من هذه المبادئ، "تعتبر الشركة في وضع متعثر عندما يكون من المؤكد عملياً أنها ستضطر في غياب دعم الدولة إلى التخلي عن نشاطها على المدى القصير أو المتوسط". ثم تستكمل هذه المادة التعريف العام من خلال تحديد شروط أكثر دقة يجب الالتزام بها حتى تدخل الشركة في هذه الفئة. علاوة على ذلك، تشير المادة 2.3 إلى أنواع المساعدة المعنية بالمبادئ التوجيهية، والتي تشمل:

¹Michel Jeantin .Paul Le Cannu.David Robine entreprises-en-difficulte.Editeur.Dalloz.Date.13/10/2022 p23

<https://www.fnac.com/a13057050/Michel-Jeantin-Droit-des-entreprises-en-difficulte#omnsearchpos=15>

consultation du site date 23/08/2024 heure 23:00)

- مساعدات الإنقاذ.

- مساعدات إعادة الهيكلة.

- تدابير دعم إعادة الهيكلة المؤقتة التي تم تعريفها بشكل أكثر دقة في هذه المادة.¹

1- مشروعية دعم الدولة في حالة منحه لشركات كبرى.

2- من الضروري إبلاغ المفوضية الأوروبية، التي تتولى التحقق من مدى توافق المعايير المحددة مع المساهمة في تحقيق هدف واضح للمصلحة العامة، وكذلك ضرورة تدخل الدولة، وطبيعة إجراءات المساعدات، ومدى ملاءمة هذه المساعدات لاحتياجات الشركة المتعثرة. كما يجب مراعاة الآثار السلبية المحتملة الناتجة عن عدم احترام المنافسة والتجارة بين الأطراف المتعاقدة، بما في ذلك المخاطر التجارية وشفافية المساعدات. في حالة منح المساعدة لمؤسسة صغيرة ومتوسطة أو مؤسسة عامة صغيرة لا تتجاوز 10,000,000 يورو، لا يكون الإخطار مطلوباً، ولكن يتعين الالتزام بالمعايير المذكورة، ما لم يُنص على خلاف ذلك.

3- حالات استرداد المساعدات غير المشروعة:

إذا لم يتم الالتزام بالشروط المذكورة، فلن تُمنح المساعدة، وفي حال منحها، يتعين على الدولة العضو استرداد هذه المساعدة التي تعتبر غير مشروعة. وقد تم تكليف محكمة العدل في لوكسمبورغ بالنظر في العلاقة بين هذا الالتزام وإخضاع الشركة المستفيدة من المساعدة لإجراء جماعي. وفي حكم صدر في 13 نوفمبر 2008، يتعلق بالمساعدة المقدمة من فرنسا، تم التأكيد على أنه يتوجب على الدولة في هذه الحالة أن تعلن عن ديونها، وفي حال تجاوز الموعد النهائي، أن تطلب بيان حبس الرهن إذا كان ذلك لا يزال ممكناً. وقد تم تنفيذ هذا الحل من قبل محكمة التمييز التي اعتبرت أنه إذا لم يتم الالتزام بالمواعيد النهائية المختلفة التي

¹ Voir l'article 2.3 de Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises endifficulté .

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0731\(01\)&from=MT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0731(01)&from=MT) consultation du site date 23/08/2024 heur 23:00)

يفرضها قانون حماية المؤسسات، فإن استرداد المساعدة غير المشروعة سيكون مستحيلًا. ستواجه الدولة بعد ذلك عقوبة لعدم الوفاء بالتزامها باسترداد المساعدات المذكورة. في الواقع، اشترطت محكمة العدل الأوروبية الإبلاغ عن الصعوبات القانونية أو السياسية أو العملية المرتبطة باسترداد قيمة المساعدات، مع ضرورة اتباع نهج حقيقي تجاه الشركات المعنية من أجل استرجاع المساعدات.¹

البند الثاني : المخاطر المتعلقة بقيام مسؤولية الدولة.

تخاطر الدولة بقيام مسؤوليتها. جراء منح المساعدة للشركات المتعثرة وتكمن الخطورة فيما يلي:

1- تتعلق مسؤولية الدولة بتقديم المساعدة والدعم لشركة تواجه تحديات، حيث أن هذه المساعدة قد تساهم في استمرار الشركة بشكل غير طبيعي رغم معرفتها أو وجوب معرفتها بوضعها الصعب. ومع ذلك، يمكن للمجتمع العام أن يستند إلى الحماية التي توفرها المادة L. 650-1 من القانون التجاري، والتي تنص على مبدأ عدم مسؤولية الدائنين عن المساعدة المقدمة لشركة قد تخضع لاحقًا لإجراءات جماعية. كما أشرنا سابقًا، فإن هذا ليس المنطق الذي يتبعه مجلس الدولة، الذي يرى أن "تقديم المساعدة العامة لشركة، حتى لو كان وضعها قد تعرض للخطر بشكل غير قابل للإصلاح عند منحها، لا يعد خطأ إلا في حالات معينة."

- 1- إذا ، تم منحها مع الجهل بالنصوص المعمول بها.
- 2- إذا كان من الواضح أنه، انطلاقًا في تاريخ منحها، لم تكن هذه المساعدة قادرة على تمكين تحقيق هدف ذي مصلحة عامة .
- 3- إذا كان مبلغها لم يكن له علاقة بالسعي لتحقيق هدف انقاذ الشركة المتعثرة. فهنا لا تقوم المسؤولية عن الدعم التعسفي بل المسؤولية عن مخالفة أحكام القانون الإداري.

¹ Michel Jeantin .Paul Le Cannu.David Robine entreprises-en-difficulte.Editeur.Dalloz.Date.13/10/2022 p26

<https://www.fnac.com/a13057050/Michel-Jeantin-Droit-des-entreprises-en-difficulte#omnsearchpos=15>

consultation du site date 23/06/2024 heure 23:00)

4-4- إذا تصرف كمدیر فعلي، وثبت ارتكابها خطأ في هذا السياق. فعندما تقوم الدولة بإدارة الشركة المتعثرة بصفتها قائداً فعلياً، تثار هنا مسألة الاختصاص القضائي. قامت محكمة النزاعات لبعض الوقت بالتمييز بناءً على طبيعة الإدارة الممارسة. تقع الإجراءات المتخذة ضد السلطات العامة التي كانت تدير الشركة بحكم القانون ضمن اختصاص المحاكم القضائية، بينما تختص المحاكم الإدارية بالدعوى ضد القادة الفعليين.

في عام 2006، وضعت محكمة النزاعات معياراً أكثر وضوحاً عندما قررت أنه "إذا كان البحث عن المسؤولية المدنية للدولة أو غيرها من الكيانات القانونية بموجب القانون العام يتعلق بممارسة مهمة الخدمة الإدارية، فإن مثل هذا الإجراء يندرج ضمن اختصاص المحاكم القضائية عندما يُطلب مسؤولية الدولة أو الشخص الاعتباري للقانون العام في إطار نشاط صناعي أو تجاري، دون الحاجة إلى التمييز بين ما إذا كانت السلطة العامة تصرفت بصفتها مديراً فعلياً أو قانونياً".¹

المبحث الثاني نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية من حيث الاعتبار الموضوعي

تنص المادة L 650-1 من القانون التجاري على أنه "لا يمكن تحميل الدائنين المسؤولية عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة للمساعدة الممنوحة، إلا في حالات الاحتيال أو التدخل

¹ Michel Jeantin .Paul Le Cannu.David Robine entreprises-en-difficulte.Editeur.Dalloz.Date.13/10/2022 p20
consultation du site date 23/08/2024 heure 23:35)

<https://www.fnac.com/a13057050/Michel-Jeantin-Droit-des-entreprises-en-difficulte#omnsearchpos=15>

الخطر في إدارة المدين أو إذا كانت الضمانات المأخوذة مقابل هذه المساعدة غير متناسبة معهم. في حالة الاعتراف بمسؤولية الدائن، فإن الضمانات التي يتم أخذها مقابل مساعدته تكون باطلة. "لذا، من المهم توضيح طبيعة المساعدات التي يمكن للدائنين أن يستفيدوا من الحصانة منها أو عدم المسؤولية عنها، بالإضافة إلى توقيتها، وذلك لتقييم الأضرار الناتجة عنها بشكل دقيق.

لقد جاء نص المادة L-650-1 غامضا لا يوضح ايه تفاصيل حول طبيعة المساعدات فهذه الأخيرة قد تكون نقدية وقد تكون غير نقدية وسنحاول تحديد طبيعة المساعدات من خلال تحديد مفهوم الائتمان وأنواعه في المطلب الأول وخصائصه في المطلب الثاني وسنتطرق لموعد منح المساعدات أو الائتمان.

المطلب الأول : الائتمان البنكي

تتطلب دراسة الائتمان المصرفي البحث في مختلف المفاهيم والتعريفات الخاصة بهوالترقية بينه وبين المفاهيم التي تتشابه معه وكذا تحديد أهم عناصره وخصائصه لهذا الغرض قسمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب تطرقنا في الأول لمفهوم منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة أما الثاني تطرقنا فيه لخصائص عقد الائتمان والثالث تطرقنا فيه لأهداف عقد الائتمان على الطرفين البنك كدائن والمؤسسة كمدین.

لدراسة مفهوم الائتمان المصرفي يجب علينا ان نحيط بجميع دلالاته التي ترتبط بمفاهيمه المختلفة انطلاقا من تعريف الائتمان البنكي ثم يليه أنواع الائتمان المصرفي من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الائتمان البنكي :

أولا: التعريف الاصطلاحي للائتمان

الائتمان لغة: هو من الأمان أي الثقة والأمانة وقد جاء في معجم العرب (أمنته على كذا أو أئتمنته ...) ¹ وذكر في القرآن الكريم لقوله تعالى (فإن آمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته وليتق الله ربه) الآية 283 من سورة البقرة . ²

وتدل كلمة ائتمان "Credit" حسب اشتقاقها من اللغة اللاتينية "Credere" على الثقة , ويتشكل الائتمان عند تنازل شخص لآخر عن مال حاضر لقاء مال مستقبل , فعندما تكون المبادلة فورية أي يأخذ شخص سلعة ويدفع الثمن في الحال لا يسمى هذا ائتماناً , أما أخذ السلعة ووعد بالدفع الثمن لاحقاً يظهر عنصر الائتمان جلياً نظراً لوجود ثقة بين المتعاملين. ³ ويعرف الائتمان اصطلاحاً كذلك بأنه "تسليف المال لإنفاقه على الاستثمار (الانتاج) أو الاستهلاك ويعتمد على عنصرين أساسيين هما : الثقة والمدة". ⁴

ويستعمل لفظ الائتمان في العمليات البنكية , أي أن البنك يثق في عميله , كما يمكنه من الحصول على ثقة الغير فيه , فالعميل يطلب للبنك أن يثق فيه , وهو ما يمكنه من الحصول على الثقة لدى الغير , ⁵ فممنح البنك للائتمان للمؤسسة هو قرينة على منحه الثقة لها مما يجعل الغير يمنحها لها كذلك في المعاملات التجارية الائتمانية مع المؤسسة خارج إطار الائتمان البنكي .

ومن هنا فإن تعريف البنك للائتمان هو "الثقة التي يوليها البنك لعميله في إتاحة مبلغ معين من المال لاستخدامه في غرض محدد خلال فترة معينة , ويتم سداده بشروط معينة مقابل عائد مادي متفق عليه". ⁶

1معجم لسان العرب

القرآن الكريم سورة البقرة الآية 2832

حسن احمد عبد الرحيم , البنوك , مؤسسة طيبة للنشر والتوزيع , الطبعة الأولى , القاهرة , سنة 2011 ص 243

سليمان ناصر , التقنيات البنكية وعمليات الائتمان , ديوان المطبوعات الجامعية , الطبعة الأولى , الجزائر , سنة 2015 , ص 494

علي جمال الدين عوض , الاعتمادات المصرفية وضماناتها , دار النهضة العربية , القاهرة , سنة 1994 , ص 075

صلاح إبراهيم شحاته , ضوابط منح الائتمان المصرفي بمنض ورقانوني ومصر في الطبعة الأولى , دار النهضة العربية , القاهرة , 2008 ص 136

والائتمان قد يكون قرضاً، في حالة تقديم مبلغ من المال إلى العميل دفعة واحدة ، وقد يكون اعتماداً في حالة تعهد المصرف بوضع مبلغ من المال تحت تصرف العميل خلال مدة معينة ليسحب منه ما يشاء ، ولا يدفع الفوائد الا على المبالغ المستعملة فعلاً.¹

قد يلجأ البعض إلى التمييز بين مصطلحين "الاعتماد" و"الائتمان" إذ يقصدون بالاعتماد إمكانيّة التعامل مع البنوك والائتمان مفهومه أوسع يشمل جميع المعاملات البنكية وغير البنكية، لكن الراجح هو استعمال المصطلحين في نفس الموقع فكليهما يؤيدان نفس المعنى.²

اذ يختلف مصطلح حسب طبيعة الائتمان فالمصطلح الائتمان واسع قد يكون قرضاً وقد يكون اعتماداً حسب طريقة دفع البنك للائتمان.

وعرف الدكتور أبو الفضل جمال الدين محمد ابن منصور الأفريقي المصري القرض أن "القطع" لان المقرض يقطع طائفة من ماله ليعطيه لشخص آخر ثم يرجه اليه بمثله.³

ثانياً: التعريف القانوني للائتمان

هو "إعطاء الأمان لأحد الأشخاص عند منحه شيئاً عينياً أو نقدياً" أي تقسيم اللفظ إلى معنيين من المصطلح الأول هو تصديق الشخص وإعطاءه الأمان ، وهو شيء متعلق بالثقة والمعنى القانوني للمصطلح ائتمان "منح الشخص شيئاً عينياً كان أم نقدياً " وبجمع الجزئيين يتضح ان لفظ الائتمان يعني قانوناً "منح الشخص شيئاً عينياً كان أم نقدياً بشرط توافر عنصر الثقة والأمانة".⁴

سليمان ناصر ، المرجع السابق ص 49 1

أنس العليبي ، النظام القانوني لبطاقات الاعتماد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى ، بيروت ، لبنان 2005 ص 19، 2

3 أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منصور الأفريقي المصري لسان العرب، المجلد 12، دار صادر للطباعة و النشر، لبنان 2000 ص 70.

جليلة مصعور ، مسؤولية البنك عن الائتمان المصرفي في القانون الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة ، الجزائر ، سنة 2016 ص 154

كما يعرف الائتمان قانونيا بأنه "إعطاء حرية التصرف الفعلي في مال عيني مقابل الوعد برد نفس الشيء أو مال معادل له خلال فترة زمنية نظير مقابل للخدمة المؤداة وللخطر الذي يمكن أن يتعرض له كخطر الهلاك الجزئي أو الكلي و الذي تتضمنه تلك الخدمة".¹

فالائتمان هو التزام جهة لجهة أخرى بالمداينة والهدف من ذلك أن يقوم الدائن بمنح مهلة من الوقت للمدين وهنا يقوم التزام المدين عند انتهائها بدفع قيمة الدين، على أقساط محددة بالإضافة قيمة الفوائد والعمولات المستحقة عليها وقد يكون دفعة واحدة ويتم تدعيم هذه العلاقة بضمانات تكفل للبنك حق استرداد أمواله في حالة توقف الزبون عن السداد بدون خسائر.²

وقد عرّف بعض الفقهاء القانونيين الائتمان من خلال تركيزهم على عنصر الثقة فاعتبروا الائتمان بأنه "الثقة التي يوليها المصرف لشخص ما سواء كان هذا الشخص طبيعيا أو اعتباريا إذ يوضع تحت تصرفه مبلغا من النقود أو يكفله لفترة محددة يتفق عليها بين الطرفين يقوم في نهايتها بالوفاء بالتزاماته نتيجة لما يتمتع به من سمعة طيبة واحترامه لتعهداته لقاء عائد معين يحصل عليه البنك المقرض ويتمثل في الفوائد والعمولات"

من خلال هذا التعريف نلاحظ أنه تم التركيز على الثقة وإغفال العقد الذي يعد الوسيلة التي تتحقق من خلالها الثقة .

وقد عبر البعض الآخر عن مفهوم الائتمان بأنه "العلاقة التي تنشأ بين البنك وعميله ويتعهد فيها البنك بأداء التزامات معينة تزيد من ائتمان العميل في مواجهة الغير من ناحية ويعتمد فيها البنك على قدرة العميل على القيام بالتزاماته وفاء بما قد يتكلف به البنك عند تنفيذ التزاماته"³

1 صلاح ابراهيم شحاتة، المرجع السابق ص11.

2 - Tahar Hadj Sadouk. Les risques de l'entreprise et de la banque, éd. Dahlab.cit. p11.

هناك نوعان للائتمان قرض واعتماد فإذا كانا لقرض عبارة عن عقد بين المصرف والعميل يمنح لمصرف لهذا الآخر مبلغ مقابل فاندفع إن الاعتماد من جهة أخرى هو عقد بموجبه يتعهد المصرف بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل..

بشرى خالد تركي المولى ن ضمانات الائتمان المصرفي دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، بدون طبعة ، مصر - الامارات سنة 2015 ص28

عن المعتمد بالله الغرياني ، القانون التجاري ، المعاملات التجارية ، دار الجامعية الجديدة القاهرة ، 2009 ص 272 3

ويؤخذ على هذا التعريف أنه ركز على قدرة العميل في تسديد ديونه تجاهه وعدم الأخذ بنظر الاعتبار التقلبات التي يمكن أن تصيب النشاط المفترض مما قد يوصله للإفلاس أو التعثر في تسديد ديونه، كما ركز التعريف على ضمانات المصرف للعميل تجاه الغير، ولم يتناول التسهيل النقدي الذي يمكن أن يقدمه للعميل.

وهناك جانب آخر من الفقه عرف الائتمان بالمعنى الخاص (القرض) بأنه "قيام طرف من الأطراف بتقديم مقدار معين من المال لطرف آخر بشرط متفق عليه في الوقت الراهن، واسترداده في المستقبل مع توفر قدر من الثقة المتبادلة بين الطرفين لإتمام العملية الائتمانية"¹، لم تقتصر التعريفات على المفاهيم الاصطلاحية والمفاهيم القانونية، بل تعدته إلى تعريفات ذوي الاختصاص من مصرفيين واقتصاديين، لقد حاول المصرفيين ضبط تعريف للائتمان من خلال عملهم لكن كان الأمر جد صعب بالنظر إلى أدوار البنك المتعددة الخاصة بخلق وتوزيع الائتمان على العملاء، ويتمثل أهم دور للبنوك في منح الائتمان في القروض التي تمنحها البنوك لعملائها مقابل ضمان شخصي أو عيني، وقد يتمثل الائتمان في تقديم صكوك تحمل توقيع البنك ويمكن للعميل تظهيرها أو خصمها لدى بنك آخر.

ثالثا : التعريف المصرفي للائتمان

وعرف المصرفيون الائتمان بأنه "الثقة التي يوليها البنك لعميله في إتاحة مبلغ معين من المال لاستخدامه في غرض محدد خلال فترة معينة ويتم سداده بشروط معينة مقابل عائد مالي متفق عليه"²

1 عبد المطلب عبد الحميد، الائتمان المصرفي ومخاطره، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، الطبعة الأولى، القاهرة، 2010 ص 12

2 صلاح ابراهيم شحاته، المرجع السابق ص13.

ويكون الائتمان بطرق متعددة فيكون بالقرض أو العارية وبالإجازة وبالخصم وبالبيع لأجل (le vente a terme) وبيع النسيئة (le vente a credit) وتظهر عملية الائتمان في الشركات حيث يعطى المساهم أمواله لقاء أرباح احتمالية، وكل السلع قابلة لأن تكون موضوع عملية الائتمان، ولكن تقوم النقود بهذا الدور أكثر من غيرها من طرق الائتمان، فهي تمنح حاملها القدرة لشراء كافة السلع الأخرى، فتقتضى النقود لقاء وعد بالدفع في أجل لاحق، فهي أهم وظيفة رئيسية هي منح النقود مقابل الأجل.¹

وعرف الدكتور عبد الحميد الشواربي الائتمان بأنه "اتفاق يتعهد بموجبه المصرف أن يوفر للعميل أو شخص آخر يحدده هذا العميل خلال فترة زمنية محددة أو غير محددة وفي حدود وقت معين أو قابل للتعيين القدرة على استخدام هذا المبلغ بأي أداة من الأدوات الوفاء أو الائتمان، التي يتضمنها الاتفاق، أو يتم تحديدها عند تنفيذ المصرف تعهدا بناء على طلب العميل أو شخص الذي حدده وذلك مقابل التزام العميل بالرد، يدفع الفوائد المستحقة والعمولة المتفق عليها".²

ومن الصعب أن نجد تعريف جامع لمفهوم لائتمان نظرا لطبيعته المتغيرة حسب الأطراف، القائمين به وحسب طبيعته نقود كان أم خدمات، وسوف نحاول ان نخلص من خلال التعريفات السابقة إلى تعريف الائتمان بأنه "الثقة التي يمنحها البنك لشخص ما سواء كان هذا الشخص طبيعيا أو معنويا، حين يضع تحت تصرفه مبلغا من النقود لاستخدامه لغرض محدد، خلال فترة من الزمن يتفق عليها الطرفين والتي تنتهي بوفاء المدين بالتزاماته مضافا إليها العائد المادي المتفق عليه سلفا".³

رابعا: التعريف التشريعي للائتمان

حسن احمد عبد الرحيم، المرجع السابق ص 1.24

2 عبد الحميد الشواربي، نفس المرجع ص 63

حسن ابراهيم شحاته، المرجع السابق ص 113

لم تتطرق جميع التشريعات لتعريف الائتمان المصرفي بشكل عام لأن مسألة التعريف أمر يترك للفقه نظرا لقصور العديد من التعريفات التشريعية لكن لا نستطيع أن نغفل التعريف التشريعي حسب ما جاء في النصوص القانونية منطلقين من المشرع الجزائري ثم يليه المشرع المصري والفرنسي حسب ما يلي:

تعريف المشرع الفرنسي للائتمان: لقد نص المشرع الفرنسي على مفهوم الائتمان في نص المادة L313¹ في فقرتها الأولى من القانون النقدي الفرنسي والتي وضحت أشكال التي يتخذها البنك في منحة لمختلف صور الائتمان المصرفي وحددت مفهوم المعاملة الائتمانية التي اعتبرت كل فعل يقوم به الشخص الذي يتصرف بمقابل بتقديم أو السماح بتوفير الأموال. وقد عرف الفقيه الفرنسي GAVALDA بقوله "

L'opération de crédit se reconnaît à trois éléments:

- 1-Une avance de monnaie scripturale ou fiduciaire.
- 2-Une rémunération de créancier.
- 3-Une restitution"²

من خلال هذا التعريف نلاحظ أن الفقيه "غفالدا" يرى أن عملية القرض تستند إلى ضرورة تجمع ثلاث عناصر أساسية وهي تسليم أموال عينية أو نقدية وأجرة المقرض وأخيرا عنصر الوفاء.

أما المشرع الجزائري فقد حذا حذو المشرع الفرنسي، وعرف الائتمان من خلال تحديد أشكاله المتعددة، كما أنه لم يضع تعريفا محدد بل جاء التعريف عاما، ويمكن ارجاع ذلك لطبيعة متغيرات الحياة الاقتصادية ووضع تعريفات محددة بدقة يمكن أن يعرقل سرعتها، ونستشف ذلك من خلال نص المادة 70 من قانون النقدي المصرفي الجزائري³ واعتبر أنه

1. selon l'article L313-1 de code monétaire et financier.

2 Rives-,jean louis lange et monique, contamaine raynaud DROIT BANCAIRE. 6ème édition, 1995op,cit p387

القانون رقم 09-23 مؤرخ في 3 ذي الحجة عام 1444 الموافق ل 21 يونيو سنة 2023 يتضمن القانون النقدي والمصرفي (ج.ر عدد 43 مؤرخة

في 27 يونيو 2023.

"يشكل عملية قرض , في مفهوم هذا القانون كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر , أو يأخذ بموجبه لصالح شخص آخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان .

وتعتبر بمثابة عمليات قرض عمليات التخصيم وعمليات الإيجار المقرونة بحق خيار الشراء ولا سيما عمليات القرض الإيجاري , وتمارس صلاحيات المجلس إزاء العمليات المنصوص عليها في هذه المادة".

من خلال تحليلنا للمادة 70 من قانون النقدي والمصرفي لاحظنا أن المشرع الجزائري استخدم عبارة "شخص" دون ذكر طبيعته شخص طبيعي أو معنوي ولا صفته كبنك أو مؤسسة مالية لكنه تدارك ذلك من خلال نص المادة 75 من القانون النقدي والمصرفي التي خولت للبنوك دون سواها القيام بجميع الائتمان .

والملاحظ في الفقرة الثانية أن المشرع أضاف عمليات التخصيم بعد إلغاء قانون النقد والقرض¹ السابق وحدد حالتين لعمليات القرض الخصم وعمليات التأجير المقرونة بحق الشراء وسنقوم بتوضيحها أكثر ضمن أنواع الائتمان.

الفرع الثاني : مصادر الائتمان البنكي

لا يمكن أن يكون الائتمان مجديا إذا لم يكن له مصادر مادية تضمن ضح الأموال في العمليات الائتمانية وتسهل الدورة الائتمانية بين البنك والعميل الذي بدوره يقوم برد الأموال للبنك زائد الفوائد المستحقة عند حلول أجل الوفاء بحسب طبيعة الائتمان وأجله والغرض الذي

الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 , (ج.ر عدد 52 مؤرخة في 2003/08/27) يتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم بالقانون رقم

10/17 مؤرخ في 11 أكتوبر 2017 (ج.ر عدد 57 مؤرخة في 2017/10/12) 1.

أنشئ من أجله كما سبق ذكره فالودائع والقروض المصرفية أهم مصدرين للائتمان وسنقوم بتوضيحهما كمايلي:

أولاً-الودائع : هي اتفاق يدفع بمقتضاه المودع مبلغا من النقود بوسيلة من وسائل الدفع, ويلتزم بمقتضاه البنك برد هذا المبلغ للمودع عند طلب أو حينما يحل أجله, ويلتزم بدفع الفوائد على قيمة الوديعة وتحاط هذه الودائع بالسرية الكاملة, خاصة وكون قيمة الوديعة تحدد المركز المالي للمودع, ¹وتعرف كذلك على أنها "مختلف الأموال التي يحصل عليها المصرف من الأفراد والهيئات والمشروعات المختلفة والإيداعات" ² ولها ثلاثة أشكال فقد تكون الودائع جارية, وقد تكون ودائع توفير ,أو ودائع لأجل وهي كما يلي:

1-الودائع الجارية : وتسمى كذلك الودائع تحت الطلب وهي عبارة عن اتفاق بين البنك والعميل, بإيداع مبلغ من النقود لدى البنك ,يكون بموجبه الحق للعميل في سحبه متى يشاء , دون إخطار مسبق للبنك, وتتميز بحركتها المستمرة بالزيادة والنقصان, و العديد من الدول تحرم دفع الفوائد عليها وعادة ما يشترط البنك حد أدنى لقيمة الوديعة التي يبدأ بها العميل لكي يفتح حسابا جاريا , ويختلف مقدار الحد الأدنى من بنك لآخر.

بالنسبة للإيداع العميل للوديعة في الحساب الجاري يكون بعدة طرق ,فقد يتم بدفع مبلغ نقدي في خزانة البنك أو عن طريق شيكات محررة لصالحه ويقوم البنك بتحصيل قيمتها وإيداعها بحسابه .

أما السحب فقد يكون مسحوبات نقدية بواسطة عميل ذاته أو من ينوب عنه أو مسحوبات بشيك لصالح طرف آخر , وقد يأخذ سحب صورة تحويلات مباشرة من حساب العميل إلى حساب آخر, وقد يكون السحب من حساب العميل دون إذن منه ,في حالة الحقوق الثابتة للبنك ومن أمثلتها العمولات عن خدمات قدمها البنك.

منير ابراهيم الهندي, إدارة البنوك التجارية مدخل اتخاذ القرارات, المكتب العربي الحديث, الطبعة الثالثة, 1996, الاسكندرية مصر ,ص1471

2مجدي شكري قسط, الإدارة الحديثة للبنوك التجارية ,دارالتعليم الجامعي ,بدون طبعة, الاسكندرية, مصر ,سنة 2017,ص304

تعد الودائع الجارية من أهم الودائع للمودعين والبنوك والاقتصاد ككل فبالنسبة للمودعين تستخدم لسداد الالتزامات المختلفة عن طريق الشيكات التي يحررها المودع , كما أنها تحمي أموال المودع من السرقة والتلف ، أما بالنسبة للبنك فتعد مصدرا لتمويل الاستثمارات التي يجنى من ورائها الفوائد و الأرباح ، أما الاقتصاد الوطني فهي تمثل ما يزيد عن 70% من الأموال المتاحة للتداول "Money supply"

2-ودائع التوفير: وهي عبارة عن اتفاق بين البنك والعميل يودع بموجبه العميل مبلغا من النقود لدى البنك مقابل الحصول على فائدة , على أن يكون للعميل الحق في السحب من الوديعة في أي وقت يشاء دون إخطار مسبق منه, وتضع معظم البنوك الحد الأقصى الذي يمكن للعميل أن يسحبه , لحماية البنك من خطر الإعسار المالي , ويتم تسجيل المبالغ المودعة والمبالغ المسحوبة والفائدة المستحقة , والرصيد في دفتر التوفير .

3-الودائع لأجل : وهو اتفاق بين البنك والعميل بإيداع مبلغ من النقود لدى البنك ولا يمكن للعميل سحبه أو سحب جزء منه قبل التاريخ المتفق عليه, بالمقابل يحصل المودع على فائدة دورية أو عند نهاية مدة الإيداع , وعادة ما يشترط حد أقصى للودائع, ويزيد معدل الفائدة كلما طالت مدة الإيداع , إلا أن هذه القاعدة ليست عامة بل يمكن للبنوك أن تسمح بسحب المبالغ المودعة قبل حلول الأجل المتفق عليه في حالات خاصة ولكن تشترط التنازل عن قيمة الفائدة من قبل العميل.

على عكس الودائع الجارية فودائع التوفير وودائع لأجل لا تعطي لصاحبها الحق في السحب منها بمقتضى شيكات , بل يحصل عليها المودع في صورة نقدية أو يقوم بتحويل جزء من الوديعة لحسابه الجاري. ومنه يستطيع أن يحرر شيكات للصرف منه .¹

تعتبر الودائع بمختلف أشكالها جد هامة للعملاء والبنوك وكذا الاقتصاد فتساهم في تحقيق كل طرف لأهدافه فيما يتعلق بالأمن والسيولة و الربحية, وتمثل الودائع آفاقا لتوظيف

أموال البعض وتغطية العجز للبعض الآخر , وخلق إمكانيات جديدة تضمن التوسع الاقتصادي , و تنمية ديناميكية دائمة من خلال التدفقات المستمرة للأموال , هذا ما يمنح النظام البنكي فرصا واسعة لتوسيع القرض بإعادة رسكلة الأموال الموجودة فعلا ودون اللجوء إلى عمليات التمويل التضخمي للنشاط الاقتصادي.¹

ثانيا : القروض المصرفية تعد القروض المصرفية من أهم مصادر الأموال فقد تلجأ المؤسسات التجارية للاقتراض من البنك المركزي باعتباره الملجأ الأخير لها ويكون ذلك ضمن شروط وضوابط يحددها البنك المركزي , ويمكن للبنك كذلك أن يقترض من بنوك أخرى عندما يعاني من عجز في السيولة , وقد يلجأ البنك للأسواق النقدية والمالية ويقترض منها الأموال.²

الفرع الثالث : عناصر الائتمان البنكي

بالرغم من اختلاف التعاريف السابقة فكل منها يعرف الائتمان بالنظر لمجال اختصاصه إلا أنها اتفقت جلها على عناصر محددة تتمثل في الثقة والمخاطرة والغرض من منح الائتمان , والأجل وكذا مبلغ الائتمان , أن فكرة الائتمان مبنية أساسا على عقد الائتمان فلا يمكن الاعتراف بالزامية عقد الائتمان لطرفيه دون أن نعرج على الرابطة العقدية للائتمان وأطرافه وكذا ومدى

الطاهر لطرش, المرجع السابق ص 28-291

2 مجدي شكري قسط ' المرجع السابق ص 305

الزاميته ,كما أن الالتزام يرتبط ارتباطا وثيقا بالمستقبل ,وهو ما يستوجب نوعا من المخاطرة.¹ لذلك سوف نحاول تحديد طبيعة الائتمان من خلال دراسة عناصره التالية:

أولاً: الثقة أن أساس منح الائتمان هو الشخص المقترض، فيكون الائتمان شخصيا دون أي اعتبار آخر إذ يعتمد على مركز الدائن المالي والضمانات التي تعزز مركزه وهو أهم مكون لمبدأ الثقة , فإذا ارتبطت الثقة بتخصيص أموال مدين لضمان الأموال الممنوحة في الائتمان يكون عينيا يرتبط بثروة المدين أكثر من شخصه,

وتقوم أساسا على وجود دائن وهو مانح الائتمان, ومدين وهو متلقي الائتمان وتسمى كذلك العلاقة الدائنية وترتبط هذه الثقة بوجود دين فعليا وهو المبلغ النقدي الذي يعطيه الدائن للمدين والذي يتعين رده للأول ,وتعتمد الثقة على قدرة الدائن على سداد المستحقات في أجلها ويعد الأجل الفاصل بين حدوث المديونية والتحرر منها, وهذا الفارق الزمني هو العنصر الجوهري في الائتمان, والمميز للمعاملات الفورية عن المعاملات الائتمانية .

وتتميز الثقة بطابعها الشخصي فهي تنشأ بين المدين والدائن من وجهة أخلاقية بحته, كما أنها تتطلب توفر مجموعة من العوامل الاقتصادية والقانونية تمتد لتشمل دراسات ائتمانية تحليلية معمقة لمعرفة الجدارة الائتمانية للعملاء ,وقدرتهم على التسديد.

قد تلجأ البنوك لطلب ضمانات عينية من العميل لتغطية المخاطر , وحصول البنك على تلك الضمانات لا يعني عدم الثقة في العميل , باعتبار عدم الثقة يعد سببا كافيا لرفض الاستجابة لمنح العميل الائتمان.²

ثانيا : المخاطرة تهدد المخاطر المصرفية سلامة المركز المالي للبنك وقدرته على المنافسة، وقد تزايدت المخاطر في ظل التقدم التكنولوجي الحاصل، هذا ما جعل العديد من البنوك تحرص على إدارة المخاطر بشكل يبقى فيه البنك محافظا على مركزه المالي , وعلى

1 عبد الحميد الشواربي, محمد عبد الحميد الشواربي, إدارة المخاطر الائتمانية من وجهتي النظر القانونية والمعرفية بدون ذكر دار نشر .وسنة النشر ص63

2 جلية مصعور , المرجع السابق ص 26

دوره كأداة فاعلة في التطور الاقتصادي, خصوصاً بعد أن اعتبرته لجنة "بازل" كأحد العناصر الهامة لتحديد الملائمة المصرفية¹

وتتمثل المخاطر في ما يمكن للدائن تحمله نتيجة انتظاره لدينه ,وكذا ما يمكن تحمله نتيجة عدم دفع الدين في أجله.

تعتمد الصناعة المصرفية على فن إدارة المخاطر فهي معيار تحديد الربح فكلما تعرض البنك لقدر كبير من المخاطر تزيد ربحيته وكلما قلت تقل أرباحه ويبرز هنا دور المصرفيين في معرفة مخاطر الائتمان ليس لتجنبها بل باحتوائها بذكاء لتكبير عائد الائتمان, وتعتمد إدارة المخاطر على ضرورة التعريف وتحديد المخاطر بدقة التي يتعرض لها البنك, وكذا القدرة على قياس تلك المخاطر بصفة مستمرة , من خلال نظم معلومات ملائمة, وضرورة اختيار المخاطر التي يربح البنك في مجابهتها دون أن يغفل الرقابة الإدارية التي يقوم بها البنك على المخاطر وقياسها بمعايير مناسبة , واتخاذ القرارات الصحيحة في الوقت المناسب لتعظيم العائد مقابل تحجيم المخاطر المترتبة على الائتمان وهذا ما يمثل صميم العمل المصرفي²

المطلب الثاني :أنواع الائتمان

تنقسم أنواع الائتمان بحسب طبيعتها إلى ائتمان مالي والذي يكون محله مبلغ من المال أما الائتمان غير المالي فلا يكون محله منح مبلغ مالي بل التزامات أو إيجار أو غيرها من العمليات الائتمانية غير نقدية، وسنتطرق لها بالتفصيل في الفرعين التاليين:

الفرع الأول : أنواع الائتمان المالي

1 محمد حلمي الجيلاني , إدارة البنوك, دار الاصدار العلمي للنشر والتوزيع, الطبعة الاولى, القصيم المملكة العربية السعودية, سنة 2020 ص 255

2 محمد حلمي الجيلاني ,المرجع السابق ص 264-265

توجد عدة أنواع للائتمان فيمكن تقسيمه بحسب الغرض، فيكون استثماري أو استغلالي أو استهلاكي وقد يتم تقسيمه حسب النشاط الاقتصادي، فيكون قرضا في الزراعة أو الصناعة أو الخدمات أو تصنيفه بحسب الجهة الممنوح لها، خاصة أو حكومية أو تبعا للضمانات المطلوبة ضمان شخصي، أو عيني أو بدون ضمان للأشخاص الذين يثق البنك في مراكزهم المالية، أو حسب طريقة التسديد دفعة واحدة أو على أقساط وهو الغالب، أو حسب طريقة دفع الفوائد، تدفع مع الأصل في تاريخ الاستحقاق أو تخصم مقدما من قيمة القرض.¹ ويوجد نوع آخر تبناه المشرع الفرنسي يسمى التمويل بقسيمة ديلي.²

1-تقسيم الائتمان بحسب الغرض الذي أنشئ من أجله :

ائتمان الاستهلاك وائتمان الإنتاج: "le crédit a la consommation" et "le crédit a la production" ويرجع هذا التقسيم للغرض الذي يقصده طالب الائتمان فيكون بنية الاستهلاك غير المنتج ويتمثل في القروض الاستهلاكية التي يمنحها البنك لعملائه وهو شكل جد شائع في وقتنا الحالي لأن له منفعة بالنسبة لذوي الدخل المحدود، إذ يساعدهم على اقتناء أشياء دائمة ولم يكن كل الثمن متوفر لديهم وقت الشراء، بل تسمح لهم مواردهم بدفعه على أقساط، وهو ما يسمى البيع بالتقسيط في الحصول على مستحقاتهم في مقابل تقسيط قيمة الشيء المستهلك،

أما ائتمان الإنتاج فيستعمل لغرض اقتصادي منتج فليس الغرض منه استهلاكه بل يعد كأموال يجب استثمارها لتحقيق الربح منها إذ يتحصل به صاحب العمل على رأس المال

ناصر سليمان، نفس المرجع السابق ص 501

². التمويل عن طريق قسيمة ديلي. القسيمة اليومية، التي ينظمها القانون النقدي والمالية في المواد 23-313 L وما يليها، هي تقنية لنقل عدة ديون باستخدام نفس العنوان. فهو يسمح بالتنازل عن هذه المستحقات أو رهنها بطريقة مبسطة للتحويل. ستتخذ القسيمة اليومية معاملة ائتمانية من خلال طريقة تحويل الخصم " العملية التي تقوم بها مؤسسة الائتمان بدين المحيل بأن يقيد في حسابه مبلغ الدين المذكور مطروحا منه مبلغ الذي يتم خصمه ". تقوم هذه العملية ب الائتمان بالمعنى المقصود في المادة 313-1 من قانون النقد والمال، حيث يعتبر تحويل الدين الأداة القانونية لسلفة الأموال التي يضمن الدين المحول ضمانها وسدادها. ومع ذلك، سيتم سداد الاعتماد عند استرداد الديون المحولة. يمكن للأطراف الموجودة في قسائم Daily أن تكون فقط مؤسسة ائتمانية، كمتنازل له، ومحول، والذي يمكن أن يكون " أي كيان قانوني أو شخصا طبيعيا المستحقات المعنية بالقسيمة اليومية، تتكون من أي دين قد يحمله المستفيد من الائتمان " ضد طرف ثالث

المنتج من مواد أولية وآلات وتستخدم فيه كذلك طبيعة البيع بالتقسيط، ويجد فيها أصحاب الأعمال تشييطاً لأعمالهم وزيادة أرباحهم.¹

2- تقسيم الائتمان بحسب طبيعة الضمان : الائتمان مضمون بتأمين شخصي والائتمان مضمون بتأمين عيني

يصنف بالنظر إلى الحقوق التي يحصل عليها البنك والضمانات ومقدار الخطر.

- الائتمان مضمون بتأمين شخصي: يكون في الكفالة ، إذا لم يتلقى الدائن حقا خاصا على أموال المدين، بل كل ماله هو حق الضمان العام على جميع أموال المدين فهو دائن عادي ،ويمكن أن يكون ذا قوة في حال تعهد أكثر من شخص واحد بالدين، وهنا شخص المدين هو ضامن لدينه، والمبدأ العام لهذا الائتمان هو الضمان العام ، حيث يمكن للدائن الحجز على أموال المدين وبيعها وفاء لدينه ويشترك معه الدائنين العاديين ويسبقه الدائنين المرتهنين أو الممتازون.

- والائتمان مضمون بتأمين عيني: ويعتبر الائتمان عينيا إذا أخذ الدائن حقا خاصا على مال معين من أموال مدينه كرهن منقول او العقار، بحيث يستوفى دينه من العين المرهونة قبل غيره من الدائنين، ومنه قد يكون الضمان الخاص عينيا منقولاً أو عينيا عقاريا.

- الائتمان غير المضمون بأي حق : وتمنح للعميل دون أي ضمانات وذلك لثقة البنك في يسره المالي

-

3- تقسيم الائتمان بحسب مدته: الائتمان قصير الأجل والائتمان المتوسط الأجل

والطويل الأجل

- الائتمان القصير الأجل: هو ائتمان يتم تسديده في مدة قصيرة لا تتجاوز ثلاثة أو ستة أشهر أو سنة على الأكثر ، والهدف منه إعطاء المشتري فرصة لبيع البضاعة وتسديد الثمن، وتقوم بهذا النوع من الائتمان بنوك الودائع إذ لا يمكنها تبعا لطبيعة الأموال المودعة

1 حسن احمد عبد الرحيم، نفس المرجع السابق ص25.

لديها استخدامها في ائتمان لأجل طويل، ويمنح على شكل اعتماد، للائتمان القصير الأجل صيغ كثير وفي فرنسا والى غاية ثمانينيات القرن الماضي كان يوجد أكثر من 160 شكلا للائتمان تطبقها البنوك.¹

- **الائتمان المتوسط الأجل:** وهو ائتمان تتراوح مدته بين سنتين وسبع سنوات كحد أقصى ويوجه أساسا لتمويل شراء الآلات والمعدات وهو تمويل استثماري وليس تشغيلي وينقسم لنوعين:

- قروض متوسطة الأجل غير قابلة للتحريك: ولا يمكن تحويلها لسيولة وذلك بخصمها لدى مؤسسة مالية أو بنك مركزي عند الحاجة لأنها غير مضمونة بأوراق ويشكل هذا النوع من القروض مخاطرة على البنك كتجميد الأموال واحتمالات عدم السداد، فخطر أزمة السيولة يكون بارزا في مثل هذا النوع من الائتمان، ويستدعي مثل هذا النوع من الائتمان دراسة معمقة من البنك بل منحها وضرورة وضع برمجة دقيقة لتسديدها بشكل لا يؤثر على السيولة المالية للبنك.

- قروض متوسطة الأجل قابلة للتحريك: وترتبط مثل هذه القروض بأوراق قابلة للتحريك "mobilisation" والمقصود بها إمكانية إعادة السيولة بخصم هذه الأوراق لدى مؤسسة مالية متخصصة، وتقوم هذه الأخيرة بإعادة خصمها لدى البنك المركزي، وهو نوع أقل خطورة لأنه يجنب البنك خطر تجميد الأموال وأزمة السيولة.²

- **الائتمان الطويل الأجل:** هو ائتمان تزيد مدته عن سبع سنوات ويمكن أن تصل إلى 20 سنة، ويوجه لتمويل الاستثمارات الدائمة، مثل الحصول على عقارات سواء أراضي أو مباني بمختلف أشكالها.

ويمتاز هذا الائتمان بضخامته وطول مدته فقد وجدت مؤسسات خاصة بهذا الائتمان وهي بنوك الاستثمار تعتمد على مصادر ادخارية طويلة الأجل، متمثلة عادة في السندات ولها

1 حسن احمد عبد الرحيم نفس المرجع السابق ص 27

2 سليمان ناصر نفس المرجع السابق ص 69

رأس مال كبير وتتعامل مباشرة مع العميل دون وساطة من بنك أولي متحملة بذلك كافة المخاطر التي تعتمد في مواجهتها على الرهن الرسمي العقاري بالدرجة الأولى¹، إضافة إلى الكفالة والرهن الحيازي، وأحياناً الكفالة المصرفية أما الفائدة فتحددها السلطة المالية عادة، ويستفيد من هذا التمويل المنشآت العامة والخاصة، والتمويل لا يتجاوز عادة 70% من مبلغ المشروع.²

الفرع الثاني: أنواع الائتمان غير المالي :

من المعتاد والمتعارف عليه أن منح الائتمان للمؤسسة عادة ما يكون مالياً، أي أن طبيعة القروض أو الاعتمادات التي تمنحها البنوك هي اعتمادات مالية، وهو أمر غالب في كل حل حالات الائتمان، لكن يمكن للبنوك أن تمنح اعتمادات أو ائتمان غير مالي، تكون بغرض إفادة العميل من توقيعه وتمكينه من الحصول على ثقة الغير كما في الكفالة المصرفية وخطاب الضمان والاعتماد بالقبول، وسنتطرق لها كما يلي :

1- الكفالة المصرفية : وهي عبارة عن تعهد البنك بالوفاء بدين العميل قبل الغير إذا لم يف به العميل نفسه، فيكون البنك هنا بمثابة كفيل لعميله، وهو بذلك يوفر الائتمان والثقة للعميل تجاه الغير، ولبنك غير ملزم بتقديم النقود، ولكن يتقاضى عمولة عن هذه الكفالة لا تقل عن العمولة المستحقة في حالة القرض وفتح الاعتماد.

وتتخذ الكفالة عدة صور فقد تكون بتوقيع البنك على الورقة التجارية كضمان احتياطي، وقد تكون بعقد مستقل، وتتمثل أهم تطبيقات الكفالة المصرفية في الحالات التي يعجز فيها الشخص عن إيجاد من يكفله فيلجأ إلى البنك طالبا كفالته، مثل الأحكام المشمولة بالنفذ المعجل، بشرط تقديم كفالة، وفي حالات رفع الحجز التحفظي مقابل كفالة، وكذا العقود

¹ والملاحظ أن البنوك تفضل منح القروض القصيرة والمتوسطة الأجل عن القروض الطويلة الأجل لأن الائتمان على المدى لطويل يتطلب قدراً من السيولة النقدية لدى البنك وهذا لا يتحقق إلا إذا كانت الودائع تحت الطلب أو لأجل أقل من أجل القروض، فإن البنك سوف يتعرض لمخاطر التعثر في الوفاء بالتزاماته المالية. أمور مطاوع منصور، دور البنوك في انقاذ المشروعات المتعثرة من الإفلاس، في القانونين المصري والفرنسي،

بحث كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2022 ص 431

2 سليمان ناصر، نفس المرجع السابق ص 71

المبرمة من جانب الإدارة مثل عقود البيع ، والتوريد والأشغال العامة، وتستعمل الكفالة بكثرة في حالات الخسارة البحرية المشتركة في عقود التوريد بالبضائع فلا تسلم البضاعة للمرسل اليه إلا بعد تقديم كفالة تكون عادة مصرفية ضمانا للوفاء بحصة البضاعة في هذه الخسارة¹.

بالنسبة للطبيعة القانونية للكفالة فهي عمل مدني ولو كان الدين المكفول تجاريا حسب نص المادة 651 من القانون المدني الجزائري " تعتبر كفالة الدين عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا "

" غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا ، أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا " وتخضع الكفالة المصرفية بالرغم من اعتبارها عملا تجاريا لأحكام القانون المدني المادة 644 و ما يليها ، فالكفالة المصرفية تكون تضامنية عملا بقاعدة افتراض التضامن في المواد التجارية.²

2-خطاب الضمان : Lettre de garantie هو احد صور الضمان المصرفي و أنشأه العرف التجاري لتسهيل المعاملات التجارية ، وشاع استخدامه مؤخرا كبديل للتأمين النقدي الذي قد تشترطه بعض العقود خاصة عود التوريد والمقاولات والأشغال العامة،لضمان حسن تنفيذ وضمان استرداد الدفعات المقدمة في حالة عدم تنفيذ العميل لالتزاماته.

لقد أهملت جل التشريعات تعريف خطاب الضمان لكن توجد له عدة تعاريف فقهية منها التعريف التالي " خطاب الضمان هو العلاقة القانونية بين البنك والمستفيد يترتب عليها التزامات على عاتق البنك بدفع مبلغ من النقود عند أول طلب من المستفيد من الخطاب خلال مدة محدودة "³

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ص 319-3201

انظر المواد 651 ومايليها من القانون المدني التجاري السالف ذكره.2

3محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ،عمليات البنوك ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المجلد الرابع ، عمان ، 2009 ،ص 311

ويعرف كذلك بأنه تعهد من البنك تجاه العميل بناء على طلب هذا الأخير ، يلتزم بموجبه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد مطالبته به ،

لم يعرف المشرع الجزائري خطاب الضمان لكن من خلال نص المادة 70 من قانون النقدي والبنكي والتي سبق ذكرها أعلاه نستشف أن خطاب الضمان يعد من القروض التي تأخذ صيغة الالتزام بالتوقيع على غرار الضمان الاحتياطي والكفالة .

كما أن النظام رقم 02/93 المتعلق بإصدار عقود الضمان والضمان المقابل من قبل البنوك والوسطاء المعتمدين، أهمل كذلك وضع تعريف لخطاب الضمان أو ماسمي في النظام 02/93 عقود الضمان .

أما المشرع المصري فقد عرفه في نص المادة 355 فقرة 01 من قانون التجارة المصري بأنه " تعهد مكتوب يصدر من قبل البنك بناء، على طلب شخص يسمى " الأمر " بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى " المستفيد " إذا طلب منه ذلك خلال مدة زمنية معينة في خطاب دون اعتداد بأي معارضة"

والملاحظ من خلال التعريفات السابقة أنها سعت لفصل بين خطاب الضمان والالتزام الأصلي ، فاعتبرت خطاب الضمان تعهد مستقل من البنك بدفع مبلغ نقدي فوري، فلا يمكن للبنك التحجج بالدفع الناشئة عن علاقة الأمر بالمستفيد الذي يربطهما عقد أصلي ، لأن التزام البنك يقوم على استقلالية عن أي علاقات أخرى وهذا ما يجعله يتميز بالخصائص التالية :

-استقلالية الالتزام في خطاب الضمان : أي الفصل بين الالتزام الناشئ بخطاب الضمان والالتزام الأصلي ، بالرغم من أن الدين المضمون هو سبب نشوءه ، مما ينتج عنه استقلالية التزام البنك اتجاه المستفيد ، ويجب على البنك الدفع للمستفيد مع أول طلب خلال المدة المحددة في خطاب والوفاء الفوري هو المظهر العملي لمبدأ الاستقلالية.

- محل خطاب الضمان مبلغ من النقود : وهذا ما يميز بين خطاب الضمان والكفالة لأن الالتزام المصرفي في خطاب الضمان يكون مبلغا معيناً أو قابلاً للتعيين من النقود ، كما

يمكن للبنك أن يمتنع عن الوفاء إذا كان المستفيد يستعمل وسائل الغش أو التدليس أو التزوير¹.

- الكفاية الذاتية أي أن خطابات الضمان التي تصدرها البنوك لصالح المستفيد هي تعهدات مستقلة في مواجهة المستفيد وحده دون العناصر الخارجية أي يكون الوفاء وفق الشروط المحددة في الخطاب ، فإن ارتبط التزام البنك بواقعة خارجة عن الخطاب يقد هذا الأخير وظيفته الائتمانية .

3-الالتزام بالتوقيع

وهو عملية "يلتزم بها شخص لمصلحة شخص آخر بالتوقيع أو كفالة في الغالب في حالات الاعتماد المستندي الاعتماد البنكي² ويوفر الائتمان عن طريق التوقيع يوفر تمويلا نقديا محتملا و يسمح هذا النوع من الائتمان للمصرفي بتجنب التحويل الفوري للأموال إلى المقترض، ويمكن أن يوفر للمقترض ضمانا حقيقيا للحصول على دين مصرف آخر، مما يسمح بالتعاون بين البنوك.

وتقوم مسؤولية المصرف. عن ذلك الائتمان كغيره من أصناف الائتمان ، ففي قانون عام 1985، كانت إمكانية اتهام المصرفي بتقديم دعم غير لائق بموجب اعتماد التوقيع نادرة للغاية . كما أنهم لم يعتقدوا أن المؤسسات التي تمنح الاعتمادات عن طريق التوقيع يمكن اعتبارها مسؤولة عن الدعم التعسفي. لكن اتساع مجال تطبيق المادة ل 650-1 جعلهم كذلك يخضعون لأحكام المسؤولية عن الدعم المسمى.

أما المشرع الجزائري فقد ضمن الالتزام بالتوقيع في المادة 70 من القانون النقدي والمصرفي.

¹يوسف نور الدين، سامي كحلول، النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 05 ن العدد 03، السنة

2018 الصفحات 360-373

². GAVALDA et J. STOUFFLET, Droit bancaire, 7^eéd. 2008, par J. STOUFFLET, p 415, n° 774 .

4- الاعتماد المستندي :يعد من أهم وسائل التجارة الدولية الحديثة ، وأكثرها تنوعا ومرونة تساهم في استيعاب كافة العلاقات التجارية الدولية والمحلية ،ويقصد بكلمة اعتماد القرض أم مستندي فتعني المستندات والوثائق المرتبطة بالعملة التجارية الممولة عن طريق هذا القرض ، وهو اعتماد ناشئ عن وساطة بنكية بنكين لمتعاملين اثنين الأول بنك المراسل الذي يلتزم بالدفع ،والثاني بنك المصدر الذي يستوفي قيمة الصفقة التجارية ويكون ذلك في بلدين مختلفين .¹

وسمي الاعتماد المستندي بهذا الاسم نظرا لوجود مجموعة من المستندات الواجبة التقديم لتنفيذه وقد يسمى الاعتماد الايجاري ، ويسمى اعتمادا كذلك لأنه يتضمن رهنا على بضاعة ما تتمثل في مستندات البضاعة القانونية .²

وحددت المادة 02 من مدونة الأصول والأعراف الدولية الموحدة الاعتمادات المستندية النشرة 600 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لسنة 2007 : " ان تغيرات الاعتمادات المستندية أو خطابات الاعتمادات المستندية تعني أي ترتيب مهما كانت التسمية أو الصفة يجوز بمقتضاه البنك المنشئ الذي يتصرف إما بناء على طلب وتعليمات أحد عملائه الأمر أو بأصالة عن نفسه :

1-يدفع إلى أو لأمر طرف ثالث مستفيد أو يقبل سحباً من المستفيد.

2-أن يفوض مصرفا آخر بدفع أو قبول ودفع هذا السحب.

3-يفوض مصرفا آخر بالتداول مقابل مستندات منصوص عليها شريطة أن تكون هذه

المستندات مطابقة تماما لشروط الاعتماد.³

وعرفه المشرع المصري في نص المادة 341 من القانون التجاري بأنه " عقد يتعهد

البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه يسمى الأمر لصالح شخص آخر

عبد الحق بوعتروس ، الوجيز في البنوك التجارية ، عمليات وتقنيات وتطبيقات ، بدون طبعة ، الجزائر 2002 ص 861

مصطفى كمال طه، المرجع السابق ص 2.327

انظر المادة 02 من مدونة الأصول والأعراف الدولية الموحدة الاعتمادات المستندية النشرة 600 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لسنة 2007

عن غرفة التجارة الدولية سنة 2007.

يسمى المستفيد بضمان مستندات تمثل البضاعة منقولة وعقد الاعتماد مستقل عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه ويبقى البنك أجنبيا عن هذا العقد¹

وأقرت محكمة النقض المصرية في احد أحكامها سنة 1969 الى تعريف الاعتماد المستندي ، بأنه "عقد بين البنك وعميله يتعهد فيه ابنك بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل من خلال مدة معينة ، فيكون لهذا الأخير حق سحبه كله أو بعضه بالكيفية التي يراها في مقابل فتح الاعتماد يلتزم العميل بأداء العمولة المتفق عليها وهو ملزم بأدائها ولو يستخدم الاعتماد المفتوح لصالحه كما يلتزم برد المبالغ التي يسحبها من الاعتماد وفوائدها إذا اشترطت فوائد .

نص المشرع الجزائري على الاعتماد المستندي تحت مسمى الائتمان المستندي بموجب المادة 69 من القانون رقم 09-01 المؤرخ في 22/07/2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ، واعتبرها الوسيلة المعتمدة إجباريا في الدفع مقابل الواردات في التجارة الخارجية لكل البنوك الجزائرية بنصها " يتم الدفع مقابل الواردات اجاريا بواسطة الائتمان المستندي " .²

كما عرفت المحكمة العليا في الجزائر من خلال قرارها رقم 4000293 تحت الرقم 2006/06/06 بأنه "وسيلة دفع ثمن البضاعة المنقولة أو المعدة للنقل من طرف الزبون المستورد لها للبائع مقابل تسليم المستندات تمثل تنفيذ هذا الأخير لالتزاماته .³ والملاحظ من خلال هذا التعريف أنه اعتبر الاعتماد المستندي وسيلة دفع وليس وسيلة ائتمان ودفع .

ويمتاز الاعتماد المستندي بما يلي :

1 انظر المادة 341 من القانون التجاري المصري.

انظر المادة 69 من القانون رقم 09-01 المؤرخ في 22/07/2009 المتضمن قانون المالية التكميلي 2009.

3 انظر قرار المحكمة العليا الغرفة التجارية والبحرية ، الصادرة في 2006/06/06 تحت رقم 400393 ،مجلة المحكمة العليا العدد 02 2007.

- 1- الاستقلالية : أي انه مستقل عن عقد الذي فتح بسببه، وعن جميع العقود الأخرى فإن المستفيد يحتفظ بحقه كاملاً من الاعتماد قبل البنك الفاتح للاعتماد ، وبالمقابل يبقى المستفيد ملزماً بتنفيذ شروط الاعتماد إذا أراد الاستفادة منه.
- 2- المطابقة الظاهرية للمستندات: أي أن جميع الأطراف المعنية بالاعتماد تتعامل بالمستندات ولا تتعامل بالبضائع والخدمات أو غير ذلك . والمطابقة الظاهرية للمستندات والتي بناء عليها استقلال عقد الاعتماد المستندي عن العقد الذي فتح بسببه .
- 3- التعامل بالسندات : فالبنوك لا تتعامل بالبضائع أو الخدمات أو الأداء المتعلق بهذه المستندات ، وهذا حسب نص المادة 05 من قانون الأصول والأعراف الموحدة ' للاعتمادات المستندية بما يلي " تتعامل جميع الأطراف المعنية بعمليات الاعتماد المستندي بالمستندات ولا تتعامل بالبضائع أو الخدمات ، أو غير ذلك من أوجه التنفيذ.
- 4- الالتزام : أي احترام الشروط المكتوبة في الاعتماد المستندي حرفياً حتى وإن كانت مغايرة لعقد البيع.

5-عمليات التخصيم:

التخصيم هو أسلوب التمويل الذي ظهر في فرنسا عام 1964 مع إنشاء أول شركة فرنسية للتخصيم، من خلال هذه التقنية، يقوم العميل، المسمى المورد، بتحويل مستحقته إلى شركة التخصيم، تسمى العامل، وهي مؤسسة ائتمانية، والتي تكون مسؤولة عن تنفيذ الاسترداد، مقابل المكافأة، وضمان النتيجة الناجحة حتى في حالة تقصير المدين. والسداد مقدماً لكل أو جزء من الديون المحولة. وبالتالي يقوم العامل بدفع كل أو جزء من مبلغ المستحقات المحولة مقدماً. وتتوافق هذه الدفعة المقدمة مع توفير فوري للأموال . ولذلك يمكن تصنيف التخصيم على أنه معاملة ائتمانية؛ وأكدت محكمة الاستئناف في فرساي هذا الأمر بشكل خاص في حكمها الصادر في 24 نوفمبر 1989¹

1 Anne-Laure CAPOEN LA RESPONSABILITÉ É BANCAIRE À L'ÉGARD DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ, these à l'Université de Toulouse I Sciences Sociales, 18 décembre 2008p 108

التخصيم هو معاملة مالية تباع فيها الشركة ديونها المستحقة، لطرف ثالث، بسعر مخفض، في مقابل الحصول على أموال فورية لتقوم بأعمالها. ويعني أن يقوم العميل الحامل للورقة التجارية بتظهيرها تظهيراً ناقلاً للملكية إلى البنك قبل حلول أجلها في مقابل أن يعطيه البنك قيمتها بعد أن يخصم البنك الأجر المستحق له،¹ والخصم هو تظهير الورقة التجارية، التي لم يحل أجلها بعد تظهيراً ناقلاً للملكية إلى بنك يقوم بدفع قيمتها للمظهر، بعد أخذ قيمة الفائدة مبلغ الورقة عن مدة مابين تاريخ الخصم وتاريخ الاستحقاق، وتسمى سعر الخصم مضافاً إليها العمولة، وذلك مع إلزام المستفيد من الخصم برد القيمة الاسمية للورقة إلى البنك عند عدم استيفاء قيمتها من المدين. ويتكون التخصيم من ثلاث عناصر:

1- الفوائد المستحقة عن قيمة الورقة التجارية خلال المدة المحددة من ميعاد عملية الخصم إلى ميعاد عملية استحقاق الورقة وتحسب بمعدل يسمى سعر الخصم.

2- العمولة وهي المبلغ الذي يتقاضاه البنك حسب قيمة الكمبيالة أو السفتجة وقدر المخاطر والمدة.

3- مصاريف التحصيل وتختلف حسب طبيعة البنك ونظامها الداخلي ومكان الوفاء وتمثل هذه المصاريف جميع ما ينفقه لبنك في سبيل تحصيل الورقة التجارية، وقد تضاف إليها مصاريف أخرى مثل الضريبة على القيمة المضافة.

والخصم مفيد لحامل الورقة إذ يحصل على الوفاء والنقود في الحال، بدلاً من انتظار أجل الاستحقاق، وهو مفيد للبنك لما يحصل عليه من فائدة وعمولة نظير الخصم، وفي حالة

1 المنصة الرقمية لهارفرد بزنس العربية www.hbrarabic.com عرفت هذه المنصة في قسمها الإداري التخصيم بأنه "...صفقة مالية ووسيلة حديثة معاصرة للحصول على التمويل قصير الأجل، من خلال عقد تبع الشركة بمقتضاه الحقوق المالية الحالية والمستقبلية لمستحقات ما أو أصول قصيرة الأجل، وبلا ضمان لطرف آخر ويطلق عليه المخصم، مقابل تخفيضات محددة أي أن عملية التخصيم تتمثل في شراء مستحقات الدائنين التي تمتلكها شركات أخرى بأسعار مخفضة قبل موعد استحقاق الدفع، وبالتالي القيام بأنشطة جمع تلك المستحقات وتحمل خطر عدم سدادها، ويحقق المخصم أرباحاً عندما يحصل على مستحقات تزيد عما دفعه في عملية الشراء...".

احتياج البنك الذي قام بالخصم للنقود قبل ميعاد الاستحقاق ، أمكنه أن يعيد خصم الكمبيالة لدى بنك آخر ، أو لدى البنك المركزي.¹

إن العمليات التجارية وطبيعتها السريعة أصبحت تستدعي التخصيم كشكل من أشكال الائتمان في القانون النقدي والمصرفي الجديد نظرا لازدياد التعامل بها في الآونة الأخيرة، خصوصا كونها تتميز بمزايا يستفيد منها طرفي العلاقة الدائنية فبالنسبة للمؤسسة التي تتمتع بسمعة حسنة وحالة مالية جيدة، فإنها تجد في خصم لأوراقها أحسن طريقة لدعم خزينتها لأن تكلفتها أكل من تكلفة المكشوف ، وبالنسبة للبنك تعتبر هذه العملية مجزية خصوصا إذا توافرت الثقة الكافية في الورقة لأنها تكون خلال أجل صغير ويستطيع البنك خصمها لدى بنك آخر أو البنك المركزي.²

الطبيعة القانونية للخصم :

اختلف الفقهاء حول طبيعة الخصم فمنهم من اعتبره حوالة حق أي شراء البنك للورقة تجارية ، ومنهم من اعتبره قرضا مضمونا برهن على ورقة تجارية .

1- اعتبار الخصم حوالة حق : ينتج على هذا التكييف انتقال ملكية الورقة من العميل إلى البنك ، ويمكن للبنك أن يتصرف في الورقة المخصوصة عن طريق إعادة خصمها لدى بنك آخر ، كما يستطيع البنك أن يحدد ثمن الخصم بكل حرية دون أن يتقيد بالحد الأقصى للفائدة المتفق عليه ، باعتبار أن فارق بين ثمن الخصم والقيمة المحصلة ليس إلا ربحا يعود على من يقوم بالشراء لأجل البيع بثمن أعلى.

2- اعتبار الخصم قرضا مضمونا برهن على ورقة تجارية : في هذه الحالة لا يكتسب البنك إلا حقوق الدائن المرتهن ، فيكون له الحق في حيازة الورقة وتحصيل قيمتها في الاستحقاق ، ومنه لا يجوز للبنك أن يتقاضى عن الخصم سعرا يزيد عن الحد الأقصى للفائدة المتفق

مصطفى كمال طه ، العقود التجارية وعمليات البنوك، وفقا للقانون الجديد رقم 17 لسنة 1999 المركز القومي للإصدارات القانونية، بدون

طبعة، القاهرة سنة 2017 ص 71

سليمان ناصر، المرجع السابق، ص 55. 2.

عليها ، وما يعيب هذا الرأي انه يحرم البنك من التصرف بحرية في الورقة المخصومة عن طريق ، إعادة الخصم ، ويتنافى هذا مع ماهو ثابت في كون البنك يملك الورقة بمقتضى تظهير ناقل للملكية ، ولذلك فالرأي الأول هو السائد في الفقه والقضاء.¹

6- الائتمان الايجاري "le crédit bail" وبالانجليزية "leasing"

بالنسبة للمشرع الفرنسي على الرغم من القانون النقدي والمالي يشبه " المعاملات الائتمانية والتأجير وأي معاملة بشكل عام الإيجار مع خيار الشراء "، تدحضها المؤسسات الائتمانية أحياناً من هذا النوع، حتى أنهم اعتبروا تحت تأثير قانون عام 1985.

لقد اعتبر المشرع الفرنسي أن السوابق القضائية المتعلقة بالدعم التعسفي من غير الممكن تطبيقها على الائتمان الايجاري. لان نشاطهم هو كمأجرين وليس كمانحي الائتمان وهذا يستوجب استبعاد المؤجرين من نطاق تطبيق المادة L.650-1 من القانون التجاري الفرنسي ونصت بعض أحكام قضاة الموضوع على رفض إعطاء صفة المساعدة المالية لعملية التأجير وصدر حكم محكمة التمييز بتاريخ 8 أكتوبر 1996² بمثابة تأكيد على عدم تطبيق مبدأ الدعم التعسفي على عمليات التأجير. في هذه القضية، كان المدعيون يحتجون بقيام المسؤولية عن الدعم المسمى، في صفقة تأجير. حيث نقضت الغرفة المدنية الأولى حكم الاستئناف ولم تحمل المؤجر المسؤولية.

ينبغي التمييز بين البنوك ومؤسسات التأجير فالقانون النقدي والمصرفي يشبه عمليات التأجير بعمليات الائتمان ، وجميع أحكام القانون المصرفي تهدف إلى التعامل مع منظمات التأجير، ولا سيما مسؤولية المؤجر التعسف في حق المستأجر، بموجب المادة L 313-12 من القانون النقدي والمالي. ولذلك، إذا تم اعتبار التأجير معاملة ائتمانية، فإن جميع التدابير المطبقة على البنوك ترتبط بمؤسسات التأجير. ولا يجوز التمييز على أساس ما إذا كان

1 مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ص 354

²Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 octobre 1996, 94-19.245, Inédit

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007311229>

الإجارةتشكل مساعدة أم لا ونصت المادة 1-650 L من القانون التجاري، على استخدام المصطلحين العامين "الدائنين" و"المساعدة"، فلم تحدد طبيعة المساعدة فقد لا تقتصر على المساعدة على المال فقط فقد تشمل عند تطبيقها معاملات التأجير. لذلك من المرجح أن تستفيد المؤسسات المؤجرة من مبدأ عدم المسؤولية المنصوص عليها في المادة 1-650 L من القانون التجاري،¹

أما المشرع الجزائري في المادة 70 من قانون النقدي والمصرفي فقد سماها عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار الشراء "هو عملية مصرفية يقوم بموجبها بنك أو مؤسسة مالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا لذلك بوضع الآلات أو المعدات أو أية أصول مادية أخرى بحوزة مؤسسة مستعملة على سبيل الإيجار مع إمكانية التنازل عنها وتمليكها في الفترة المتعاقد عليها، ويكون التسديد على أقساط تسمى بدل الإيجار".²

وهو عبارة عن عقد إيجار مع خيار الشراء ، وتلتزم المؤسسة برد قيمة القرض على أقساط. فالائتمان الإيجاري هو "عقد إيجار مع خيار الشراء ،وهو من طرق التمويل يختاره البنك ويقوم بشراء الأصل لفائدة المؤسسة ثم يقوم بتأجيره لها، كم أن البنك بعد اختيار طبيعة المال المؤجر منقول أو عقار تحوله كليا أو جزئيا للمؤسسة ، بموجب عقد إيجاري وتلتزم المؤسسة برد قيمة القرض على أقساط".³

ويتمثل أساسا في شراء معدات من طرف البنوك أو مؤسسات متخصصة وتأجيرها للعملاء والمؤسسات لمدة زمنية متوسطة الأجل عادة مقابل تحصيل ثمنها من هؤلاء ضمن

¹Anne-Laure CAPOEN LA RESPONSABILITÉ BANCAIRE À L'ÉGARD DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ these à l'Université de Toulouse I Sciences Sociales 18 décembre 2008 p 113

الطاهر لطرش بتقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988، بدون طبعة، الجزائر، ص 269.

³عاشور مزريق، محمد غربي، الائتمان الإيجاري كأداة لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الدول العربية، ملتقى الدولي حول متطلبات تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الدول العربية، مخبر العولمة واقتصاديات دول شمال إفريقيا بجامعة حسيبة بن بوعلي شلف الجزائر يومي 17 و18 أفريل سنة 2006.

أقساط الإيجار لأنه عادة ما ينتهي بالبيع ويكون على طريقتين إما تأجير تشغيلي¹ أو تأجير تمويلي :

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يشمل التأجير التشغيلي ضمن عمليات الائتمان كما سبق ذكره في المادة 70 من قانون النقدي والمصرفي.

2-الإيجار التمويلي: يعتبر عملا من أعمال الوساطة المالية إذ يقوم فيه البنك بتمويل شراء الأصل الذي يحتاجه المستأجر أو العميل بعقد غير قابل للإلغاء خلا مدة زمنية محددة قد تصل إلى غاية نهاية العمر الإنتاجي للأصل، وهنا تبقى ملكية الأصل للمؤجر وحق الانتفاع للمستأجر مقابل دفعات إيجاريه تغطي على مدى فترة التعاقد الأموال المدفوعة في شراء الأصل والعائد أي هامش الربح ونفقات الصيانة تكون على عاتق المستأجر.²

يمكن للمستأجر في حالة نهاية الإيجار أن يختار من بين الخيارات التالية:

- تملك الأصل بثمن رمزي متفق عليه مسبقا أو عن طريق التفاوض وهي الحالة الغالبة.
- الاستمرار في استئجار الأصل لفترة أخرى قصيرة.
- إعادة الأصل للبنك لإيجاره لعميل آخر.

ويحقق هذا الإيجار مزايا للمؤسسة تتمثل فيما يلي:

- تستفيد المؤسسة بمعدات لا تستطيع شرائها مع فرصة تملكها عند نهاية المدة إذا رغبت في ذلك.

- الانتفاع بالأصل دون أن يظهر مع الأصول الثابتة في ميزانية المؤسسة
- أقساط الإيجار بالنسبة للعملية تكون مخصصة كلها من تكاليف الوعاء الخاضع

للضريبة بالنسبة للمؤسسة.³

1 تأجير تشغيلي مثل تأجير السيارات والمعدات المختلفة حيث يقوم البنك بشراء السلعة من السوق ويؤجرها للعميل لمدة معينة تكون هذه المدة قصيرة الأجل ناصر سليمان المرجع السابق ص 72

إن الائتمان التمويلي الذي نص عليه المشرع الجزائري كأحد عمليات الائتمان في الماد 70 من قانون النقدي المصرفي هو أحد أكثر أشكال الائتمان التمويلي شيوعا وقد بدأ شكله الحديث خلال خمسينيات من القرن الماضي، ومنها انتقل إلى أوروبا وبقية العالم ، ويعود تطوره وانتشاره للمزايا التي يحققها كما سبق ذكره 2

3عبد المطلب عبد الحميد، اقتصاديات النقود والبنوك، الأساسيات والمستحدثات، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007، مصر الصفحة 144

التمويل بشروط الدفع.

يكون نتيجة الاتفاق على شروط الدفع، أي الفترات الفاصلة بين تسليم السلعة أو تقديم الخدمة وتسوية الدين المقابل. يقدم الموردون ومنظمات الضمان الاجتماعي وإدارة الضرائب، وكذلك مؤسسات الائتمان المساعدة من خلال تحديد مواعيد نهائية للدفع. ولكن هل يمكننا تصنيف المواعيد النهائية للدفع على أنها معاملات ائتمانية؟

تشكل المعاملة الائتمانية عملاً إيجابياً، فهي تحديث التصرف في الأموال مقابل أجر. ومنح موعد نهائي للدفع لا يحقق هذا العمل الإيجابي المتمثل في تقديم الائتمان. يرتبط موعد السداد بعقد تجاري، وهو التسليم. سيؤدي هذا إلى تنفيذ عملية البيع وتوفير الأموال. لا يوجد تحويل مادي للأموال ولكن توفير الأموال يرتبط بقيمة البضائع المسلمة. عند تسجيله في الميزانية العمومية للشركة، سيظهر تأخير الدفع كدين تجاري في سياق ائتمان الموردين. وبالتالي، من هذه العناصر، يمكن تحديد الائتمان بين الشركات باعتبارها "مصدراً للتمويل قصير الأجل وغير المضمون الذي تمنحه الشركة غير مالية وترتبط بشراء سلع أو خدمات "

مميزات التمويل بشروط الدفع. ولذلك فإن المواعيد النهائية للدفع، تشكل عنصراً هاماً في المفاوضات التجارية، وقبل كل شيء، تجعل من الممكن تجنب اللجوء إلى الائتمان المصرفي الذي يمكن أن يكون أكثر تكلفة. يعد الائتمان بين الشركات عاملاً من عوامل المرونة والسيولة في التبادلات، وهو موضع تقدير خاص من قبل الشركات. و لوحظ أن الصناعة يمكن، من خلال هذه الوسيلة، أن تتقل صعوباتها المالية إلى المقاولين من الباطن، الذين يفضلون التعامل مع مورديهم، بدلاً من التفاوض على قروض أكثر تكلفة مع البنوك، وغالباً ما تكون مصحوبة بضمانات. و هكذا فإن الشركات التي تواجه صعوبات تجد، في هذا النوع من الائتمان، ريحاً ثانية للبقاء على قيد الحياة. يعكس ائتمان المورد ، بالإضافة إلى ذلك، علاقات القوة بين العملاء و الموردين .

علاوة على ذلك، تم تشجيع الصناعيين والتجار على إدامة ذلك ممارسة الائتمان بين الشركات في نظام ائتماني يعتمد على تعبئة المستحقات التجارية. وفي الواقع، فإن الموردين الذين لديهم القدرة على خصم فواتيرهم التجارية مع البنوك، منحوا تسهيلات الدفع عن طيب خاطر. تتعلق تقنية الموعد النهائي للدفع بجميع قطاعات النشاط (الصناعة والتجارة) وجميع الشركات بغض النظر عن حجمها.¹

¹Anne-Laure CAPOEN LA RESPONSABILITÉ BANCAIRE À L'ÉGARD DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ these à l'Université de Toulouse I Sciences Sociales
18 décembre 2008 p 115

الباب الثاني

حالات قيام مسؤولية البنك عند

منحه الائتمان للمؤسسات المتعثرة

الباب الثاني: حالات قيام مسؤولية البنك عند منح الائتمان لمشروع المتعثر

ان قيام المسؤولية مرتبط بالخطأ الناتج عن خرق التزام سواء كان قانوني أو عقدي فالبحث في أخطاء البنوك المانحة للائتمان يستوجب تسليط الضوء على التزاماتها كذلك، فقد يسأل البنك بسبب تقديمه للمساعدات للمشروعات المتعثرة أو التي تعاني من تعثر مالي فعمل المصرفي كغيره من الأعمال الأخرى والمهن المختلفة، تنتج عنه مسؤولية تلحق بمصالح المتعاملين مع البنوك فالبنوك ومديروها وكذا الموظفون الذين يرتكبون أخطاء أثناء ممارسة نشاطهم يخضعون للمسؤولية .

وترتبط هذه المسؤولية بتقديم التمويل المصرفي للمشروع المتعثر ، ويكون متوقعا من البنك أن يأخذ الحيطة والحذر أثناء قيامه بمثل هذه العمليات : ويخضع البنك لمعايير تمنعه من القيام بأي تصرف غير قانوني لتحقيق مكاسب على حساب العملاء ، وهنا تكون مسؤولية البنك قائمة عند فشل المشروع و إفلاسه، أو عند تقديم التمويل لمشروع متعثر ولكنه مئوس من إصلاحه فقد تكون هذه المسؤولية مدنية وقد تكون جنائية وسنركز بحثنا ضمن هذا الباب على المسؤولية المدنية .

إلى جانب عدم مسؤولية البنك عن منح الائتمان للمشروعات المتعثرة أضاف المشرع الفرنسي ثلاثة استثناءات على هذا المبدأ وهي مستنبطة من آراء الفقهاء واجتهادات المحاكم الفرنسية ، لكن لتطبيق هذه المسؤولية كان من اللازم العودة الى العناصر الأساسية المكونة لهذه المسؤولية ، فإذا كانت مثارة من قبل أحد عملاء المصرف فإنها تكون تعاقدية بامتياز أما إذا قدمها شخص ثالث كدائني الزبون أو كفلاؤه فهنا تكون مسؤولية تقصيرية كما يمكن إسنادها إلى نظرية المخاطر .

ان دراستنا لقيام مسؤولية البنك تتطلب من الإحاطة بحالات قيام مسؤولية البنك والتي تعد بمثابة استثناءات على مبدأ مسؤولية البنك والمتمثلة في الحالات الثلاث التي نصت عليها المادة 650-من القانون التجاري الفرنسي والتي سنتطرق لا بالتفصيل في الفصل الأول ضمن ثلاث

مباحث ترد متتالية حسب ما نصت علي المادة السالفة الذكر نتطرق في الأول إلى قيام مسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة عن طريق الاحتيال ،أما المبحث الثاني فنشرح فيه قيام المسؤولية عند تدخل البنك بصفته مدير فعلي للمؤسسة المتعثرة وفي الأخير نوضح في المبحث الثالث قيام المسؤولية في حال طلب البنك لضمانات لا تتناسب مع قيمة القرض.

أما بالنسبة للفصل الثاني فنتطرق في حالات قيام مسؤولية البنك عند منحه للائتمان للمؤسسات المتعثرة خارج إطار نص المادة L.650-1 من القانون التجاري الفرنسي.لقد تطلب هذا الفصل كذلك تقسيمه لمبحثين نتطرق في المبحث الأول قيام مسؤولية البنك نتيجة إخلاله بالتزاماته عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة ، وفي المبحث الثاني قيام مسؤولية البنك نتيجة تصرفاته التعسفية عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة.

الفصل الأول

حالات قيام مسؤولية البنك عند منحه للائتمان للمؤسسات

المتعثرة في إطار نص المادة L.650 من القانون التجاري

الفرنسي.

الفصل الأول: حالات قيام مسؤولية البنك عند منحه للائتمان للمؤسسات المتعثرة في

إطار نص المادة L.650 من القانون التجاري الفرنسي.

من أجل توضيح المفاهيم التي جاءت بها المادة L-650.1 من القانون التجاري الفرنسي والخطوط العريضة للاستثناءات أوضحت الحكومة من خلال ملاحظاتها عند إحالة مشروع قانون حماية المؤسسات للمجلس الدستوري ، أن المادة L-650.1 من القانون التجاري الفرنسي، لا تنفي مسؤولية البنك بشكل كامل، أي حق طلب ضحايا الضرر للتعويض، بحيث لا تكون دعوى المسؤولية مقبولة إلا إذا ارتبطت بالاستثناءات الثلاثة التالية: الغش أو الاحتيال من طرف البنك ، أو تدخل البنك بصفته مديرا فعليا في شؤون المدين، أو أخذ البنك ل ضمانات غير متناسبة مع قيمة الائتمان، وهذه الحالات هي بمثابة استثناءات لمبدأ عدم المسؤولية وفي نفس الوقت حالات لقيام المسؤولية، وللتقليل من مخاطر المسؤولية ، يجب على البنوك التي تقوم بمنح الائتمان للمؤسسات المتعثرة، أن يكونو على دراية بالأخطاء التي يمكن أن تتسبب إليهم. لتجنبها ما جعل المشرع الفرنسي يوضحها بدقة، فإذا كان الاحتيال والتدخل في إدارة المؤسسة وكذا اخذ ضمانات غير مناسبة، من الحالات المعروفة لدى الممارسين و المحاكم سابقا ، إلا أنه من الضروري توضيح طرق تطبيق هذه الحالات في إطار المادة L-650.1 من القانون التجاري. و هذا ما سنحاول توضيحه من خلال هذا الفصل وسوف ننطلق من مفهوم الاحتيال في المبحث الأول ثم تدخل البنك بصفته مديرا فعليا في المبحث الثاني ثم يليها المبحث الثالث وهو طلب ضمانات لا تتناسب مع قيمة القرض. وسنتطرق لهذه الاستثناءات بالتفصيل في المباحث التالية:¹

¹ «Vu l'article L. 650-1 du code de commerce :

Aux termes de ce texte, lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis qu'en cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion des garanties prises en contrepartie de ces concours et si les concours consentis sont en eux-mêmes fautifs.

المبحث الأول: قيام مسؤولية البنك بسبب الاحتيال

إن قانون حماية المؤسسات الفرنسي الصادر بتاريخ 26 جويلية 2005 والذي دخل حيز التنفيذ في سنة 2006، وضع حالة الاحتيال أو الغش من ضمن أول الحالات الاستثنائية الثلاثة التي يتم متابعة البنك مانح الائتمان على أساسها .

أن الجمعية العامة الفرنسية أثناء مناقشتها مشروع قانون حماية المؤسسات كانت تهدف لتوسيع معنى الغش أو الاحتيال، ولم تقتصر على المعنى الضيق فقط ، فالمحاكم قبل صدور قانون حماية المؤسسات لسنة 2005 كانت تلقي المسؤولية على البنك إذا منح الائتمان بشكل تعسفي ، بالرغم من معرفته بالوضع المالي الصعب الذي يعاني منه البنك، وهذا ما يجعل منه مساهما بشكل فعال في ازدياد تعقيد وضعية العميل عن طريق استعمال وسائل الغش والاحتيال، كما أنه لا يجوز اعتبار معرفة البنك بأوضاع الزبون المالية السيئة للقول بوجود غش، لأن القول بهذا الأمر معناه ،أننا قد أخرجنا قانون حماية المؤسسات من مضمونه الذي يهدف لدعم المؤسسات المتعثرة، مما يؤدي إلى إفراغ أحكام المادة L-650.1 من مضمونها و كأنها لم تكن ، بحيث أنه تطبيق المسؤولية في حالة الاحتيال يرتبط بعلم البنك بالوضع المالي الصعب للزبون ، ومع ذلك يقوم بدعمه ماليا بشكل غير مشروع¹

وسنتطرق لتعريف الاحتيال في المطلب الأول ومفاهيمه المختلفة لدى المشرع الفرنسي ، دون أن نغفل الحالات التي يعتبرها القانون احتيالا في المطلب الثاني .

نعيم مغنغب ، المرجع السابق، ص 248¹

المطلب الأول: مفهوم الاحتيال حسب نص المادة L.650-1 من القانون التجاري الفرنسي.

يعد الاحتيال الاستثناء الأول لمبدأ عدم مسؤولية الدائن المنصوص عليه في المادة L.650-1 من القانون التجاري و يعرف بأنه الفعل الذي يتم بهدف خداع الآخرين أو للهروب من تطبيق قاعدة إلزامية¹ و اعتبرت هذه المادة الاحتيال بمثابة استثناء للحصانة الممنوحة للدائنين بموجب المادة L.650-1 من القانون التجاري، ويقصد به "تجنب عدم ممارسة الدائن الذي يمنح انتماءً للمدين لأغراض احتيالية غير الحفاظ على نشاط المؤسسة و استمراريتها¹ و يتضمن الاحتيال فرض عقوبات على الدائنين، ولا سيما البنوك، التي تلجأ ، عن سوء نية ، إلى الغش للاستفادة من وضع المدين بغرض الإضرار به وبحقوق الدائنين الآخرين. مثل حالة البنك الذي يمنح الائتمان لشركة تعرض وضعها للخطر بشكل غير قابل للإصلاح لغرض منحها مائة مالية زائفة المالية، للحصول على عقد تسدد بموجبه في نهاية المدة الاعتمادات الأخرى التي سبق منحها على حساب الدائنين الآخرين للشركة. وغيرها من الحالات الاحتيالية الكثيرة والتي سنتطرق لها لاحقاً، ومن الضروري أن نوضح مفهوم الاحتيال الواسع الذي جاء به الفقيه فيدال "Fraus omnia corrumpit"² ثم تعريفه الضيق المتضمن في نص المادة L.650-1 في الفرع الثاني .

الفرع الأول : تعريف للاحتيال حسب مفهوم "fraus omnia corrumpit"

¹ Jean-Jacques HYEST ,Rapport n° 335 (2004-2005), déposé le 11 mai 2005 Projet de loi de sauvegarde des entreprises <https://www.senat.fr/rap/l04-335/l04-3351.html> consultation du site date 27/08/2024 heur 23:00

² فإن القول المأثور fraus omnia corrumpit، على الرغم من صيغته اللاتينية، ظهر لأول مرة في مذكرة منشورة مجهولة المصدر في Dalloz بموجب حكم تمييزي صادر عام 1855 يتعلق بنسخ نقل ملكية عقارية: «وحيث أن الاحتيال استثناء من جميع القواعد؛ أنه إذا تم النسخ بعد اتفاق احتيالي بين البائع والمشتري، فلا يمكن أن يحدث أي اتفاق ولم يظهر هذا القول على لسان محكمة النقض إلا بعد فترة طويلة، يبدو أن هذه القاعدة "لم تُستخدم أبداً في القانون الروماني" حتى لو كانت فكرة الاحتيال موجودة بالفعل كان القول المأثور fraus omnia corrumpit تم توقعه بصيغة عامة صاغها الفقيه كوجاس في القرن السادس عشره: "fraus semper Excepta videtur" (الاحتيال دائماً استثناء للقاعدة)

Voir J. VIDAL. Essai sur la génération de fraude en français, Dalloz 1957, publié par G. MARTY, p. 11

الغش يفسد كل شيء. مبدأ "fraus Omnia corrumpit"¹ وهذا المثل الذي ظهر بصيغته اللاتينية في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بل يسبقه في الفقه القول المأثور الذي بموجبه الاحتيال هو "استثناء لجميع القواعد" وهو تصرفات تنطوي على الخداع المفرط أو عدم الولاء. ، فهو الاستثناء الدائم من التطبيق العادي لجميع القواعد القانونية، خاصة عندما يساهم الاحتيال في تعزيز نتيجة غير مقبولة للنظام القانوني ككل. ويقصد به أنه لا يجوز للدائن أن يستخدم طرقاً ملتوية تختلف عن الهدف التي وضعت من أجله ، فلا يجوز تقديم الائتمان بهدف بعيد عن دعم نشاط المؤسسة المتعثرة.²

- إن مفهوم الاحتيال بمعنى القول المأثور "fraus omnia corrumpit" ويقصد به حالة قيام شخص طبيعي أو معنوي باستعمال القواعد القانونية لتحقيق نتيجة غير مشروعة مما يجعل الأمر غير قابلة للإصلاح من وجهة نظر القانون.

إذ يسمح باستثناء من التطبيق العادي للقواعد القانونية، خاصة عندما يكون لهذا التطبيق تأثير مرتبط بتصحيح نتيجة غير مقبولة للنظام القانوني ككل. وهذا ما جعل الفقهاء يسمونه بالمبدأ التصحيحي لأنه يسعى لحرمان المحتال من الاستفادة من حكم القانون الذي تم استيفاء شروطه القانونية.³

¹ Cet adage latin signifie que la fraude corrompt tout. Ainsi tout acte entaché de fraude peut faire l'objet d'une action en nullité. On peut retrouver cet adage notamment dans certaines décisions de la Cour de cassation. Ainsi, par exemple, la troisième chambre civile l'a dernièrement utilisé dans une décision rendue le 30 mars 2017 (n° 15-26.507) en matière d'expulsion.

Sources : Adages et maximes du droit français, 2e éd., Jean Hilaire, coll. A savoir, Dalloz et Lexique des termes juridiques, 24e éd., T. Debard et S. Guinchard, Dalloz.

<https://actu.dalloz-etudiant.fr/le-saviez-vous/article/fraus-omnia-corrumpit/h/2b7da4e745997302d15e4b10e881d2f6.html> consultation du site date 27/08/2024 heure 20:00

² Jean-Jacques HUEST, Rapport n° 335 (2004-2005), déposé le 11 mai 2005 Projet de loi de sauvegarde des entreprises <https://www.senat.fr/rap/104-335/104-3351.html> consultation du site date 27/08/2024 heure 23:00

³ Leboko -Radebe et autres Transferts immobiliers frauduleux et ses conséquences en Droit Sud-Africain : Une application du principe « Fraus omnia corrumpit » Publié le 16/03/2023 Modifié le 17/03/2023 Par YAV & ASSOCIATES

إن القول المأثور "Fraus Omnia Corruptit" يتوافق مع المفهوم العرفي للأفعال التي تبدو قانونية ظاهرياً ولكنها في الواقع تتعارض القانون¹

الصياغة الفقهية لهذا التعريف

لقد صاغ الفقيه جون فيدال. النظرية العامة الأكثر وضوحاً ودقة للاحتيال، والتي أظهرت استقلالية مبدأ *frauds Omnia corruptit* ، فقد أحاط بجميع السوابق القضائية والنظريات الموجودة، أطروحته المنشورة عام 1957 حيث اعتبر فيدال أن الاحتيال يحدث " في كل مرة يتمكن فيها المحتال ، من التهرب من تنفيذ قاعدة إلزامية عن طريق الاستخدام المتعمد لوسائل فعالة وقانونية ، مما يجعل نتيجة الاحتيال غير قابلة للنفي على أساس القانون الوضعي «من خلال هذا التعرف نستنتج أن مفهوم الاحتيال يرتبط أساساً بالجمع بين ثلاثة عناصر: التهرب من قاعدة إلزامية، وقصد التهرب من هذه القاعدة، واستخدام وسيلة فعالة لهذا الغرض. وهذا العنصر الثالث يجعل الاحتيال أصلياً.² وهنا يكمن الفرق بين الاحتيال و مخالفة القانون المباشرة، في استخدام الوسيلة التي قانونية أي ضمان ("الفعالية القانونية") وقادرة على تحقيق النتيجة المتوقعة ("الفعالية المادية").³

<https://www.legavox.fr/blog/yav-associates/transferts-immobiliers-frauduleux-consequences-droit-33865.htm>

consultation du site date 27/08/2024 heur 23:00)

¹ Selon H. Roland et L. Boyer (Adages du droit français, LexisNexis, 1999, « Fraus omnia corruptit »

² Pierre-Yves GAUTIER frauduleusement, e BANQUE DES MEMOIRES Master de Droit privé général Dirigé par M. le professeur Laurent LEVENEUR 2020 La caractérisation de l'intention frauduleuse université paris 2 PANTHEON ASSAS.P3

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/fraude/35120> consultation du site date 28/08/2024 heur 00:00)

³ José VIDAL, théoricien frauduleux de l'histoire de France, le principe « Fraus d'Omnia Corruptit », Toulouse, 10 novembre 1956, daté 1957 par Face G. MARTY, p206

<https://nantilus.univ-nantes.fr/yufind/Record/PPN012610070/Description> consultation du site date 28/08/2024 heur 00:00)

الفرع الثاني: تعريف للاحتيال في إطار نص المادة L-650.1

يتميز الاحتيال بكونه ذو تطبيق عام وأمر¹ أي أن هـ استثناء لجميع القواعد القانونية ، فالقضاة دائماً يعتبرون الاحتيال خطأ من طرف البنك.

ويتمثل الهدف من وضع الاحتيال كاستثناء أول لمبدأ عدم المسؤولية، كون المادة 126 من قانون حماية المؤسسات التي أنشأت المادة L 650-1 من القانون التجاري الفرنسي ، لأنه لا يمكن اعتماد مبدأ عدم المسؤولية ، دون وضع الاستثناءات الواردة عليه، لأن القضاة لا يمكنهم استنتاج ذلك من تلقاء أنفسهم، إذا لم ينص عليه صراحة في القانون.

يمتاز تحديد مفهوم الاحتيال بالغموض، وهذا ما يتطلب منا توضيح أهم مبادئه الأساسية دون أن نمس بمبدأ عدم المسؤولية باعتباره الأصل، لأن الأخذ بالمفهوم الواسع للاحتيال من شأنه أن يدفع القضاة إلى معاقبة الدائنين الذين منحوا المساعدات للمؤسسات المتعثرة عن حسن نية، لذلك تم قصر الاحتيال على الحالات، التي² يهدف البنك من خلالها الى ، إعطاء صورة خاطئة عن وضع الزبون المدين ، كخضم السندات الصورية أو المجاملة ، أو تسجيل ميزانية لا تتوافق مع الحقيقة.

وعرف البروفيسور فيدال الاحتيال بأنه " كل مرة يتمكن فيها مخالف القانون من التهرب من تنفيذ قاعدة إلزامية، عن طريق الاستخدام المتعمد لوسيلة فعالة مما يجعل نتيجة لا يمكن تعويضها على أساس القانون الوضعي³."

¹ راجع الفرع الأول أعلاه مفهوم الاحتيال حسب قاعدة *fraus omnia corrumpit* ،

² MADJOUR Oualid. La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit. Étude de droit compare français – algérien. Thèses pour l'obtention du grade de docteur en droit. Faculté de droit, université JEAN MOULIN- LYON

3. Présentée et soutenue publiquement le 11 décembre 2009 p448

³ José VIDAL, théoricien frauduleux de l'histoire de France, le principe « *Fraus d'Omnia Corrumpit* », Toulouse, 10 novembre 1956, daté 1957 par Face G. MARTY, p206

<https://nantilus.univ-nantes.fr/yufind/Record/PPN012610070/Description> consultation du site date 29/08/2024
 (23:00)

وعرفه المقرر في مجلس الدستوري الفرنسي كزافييه دي رو بأنه " كل الوسائل غير العادلة المقصودة للحصول على امتياز مادي أو معنوي غير مستحق أو الهروب من تنفيذ القانون ونص القانون على الاحتيال، بهدف منع التجاوزات التي يقوم بها الدائن الذي يمنح الائتمان للمدين لغرض آخر غير الحفاظ على نشاط الشركة أو ضمان استدامتها ¹ ."

تهدف المادة L. 650-1 من القانون التجاري الفرنسي لحماية البنوك بشكل أساسي من مخاطر الدعم التعسفي من خلال خلق شروط صارمة يصعب، من الناحية العملية، تلبيتها من أجل إثبات هذا. في سنة 2024 لا حظنا أن المادة L.650-1 من القانون التجاري بدأت تخرج من سباتها الفقهي. بعد تكريس تعريف "الاحتيال" بالمعنى المقصود في هذا النص في حكم محكمة النقض في جلسة علنية 17 يناير 2024 ، بين "Banque Populaire du Sud" وشركة "SAS Buk Lament-Robillot"، حيث تلقى مسير شركة الخاضع للحراسة القضائية مساعدة بنكية بضمان رهن عقاري. وبعد الموافقة على خطة الانقاذ، تم نقض هذا الحكم لأن محكمة التمييز اعتبرت أن الاحتيال لم يثبت لمجرد أن البنك لم يتفاعل عند انتهاء مدة السند الإذني.

"يشكل عملاً احتياليًا، بالمعنى المقصود في المادة L. 650-1 ، كل فعل يتم تنفيذه باستخدام وسائل غير قانونية تهدف إلى التأثير على الرضا، أو الحصول على ميزة مادية أو معنوية غير مستحقة، أو يتم تنفيذه بقصد التهرب من تطبيق قانون إلزامي أو محظور ²."

¹Jean-Jacques HYEST ،Rapport n° 335 (2004-2005), déposé le 11 mai 2005 Projet de loi de sauvegarde des entreprises p 442

<https://www.senat.fr/rap/l04-335/l04-3351.html> consultation du site date 30/08/2024 heur 21:00)

² Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 17 janvier 2024, 22-18.090, Publié au bulletin <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000048990972> consultation du site date 23/08/2024 heur 23:00)

المطلب الثاني: مفهوم النية الاحتيالية

إن معرفة النية الاحتيالية أمر ضروري، لأن الفعل الذي يقوم به المحتال يعد تلاعباً بالقانون، مما يستلزم تحديد الإرادة المقصودة حيث اتفق أغلبية الفقهاء على أن تطبيق القانون التصحيحي *fraus omnia corrumpit* يعتمد على تحديد وتوضيح طبيعة النية الاحتيالية.

حيث اعتبر الفقيه جي ريبيرت، "إن الفعل القانوني، عندما يتعلق الأمر بشيء مشروع، لا يكون في حد ذاته دليلاً على الاحتيال المرتكب. ولذلك يجب علينا أن نبحث عن الاحتيال في إرادة ونية مرتكب الاحتيال. وسنوضح ذلك من خلال مايلي حيث تطرقنا في الفرع الأول إلى مفهوم النية الاحتيالية وفق مبدأ *fraus omnia corrumpit* في الفرع الثاني نوضح مفهوم الاحتيال كما جاء في نص المادة L-650.1 ثم الصعوبات المرتبطة بالكشف عن النية الاحتيالية في الفرع الثالث:

الفرع الأول : النية الاحتيالية حسب مبدأ *fraus omnia corrumpit*

يوجد مفهومان للاحتيال فمن ناحية قد يكون الاحتيال ايجابياً ، عندما يرتبط السلوك الاحتيالي بنية التسبب في الضرر. ويكون القصد الجنائي هنا واضحاً ومن ناحية أخرى قد يكون سلبياً ، ويكون ذلك في حالة الوعي والمعرفة الفعلية، بالضرر الناتج والسكوت عنه.¹

وقد اعتبر بعض الفقهاء أن مفهوم النية الاحتيالية يتمثل في الرغبة في تحقيق نتيجة غير مشروعة يتم تحقيقها بطرق مشروعة مسبقاً، واختلفت مفاهيم النية الاحتيالية كما يلي :

1- قد تنشأ النية الاحتيالية من الرغبة في التهرب من تطبيق أو تنفيذ القواعد الإلزامية .

وحسب النظرية العامة للاحتيال التي وضحها الفقيه فيدال، فإن النتيجة المحققة تكون "غير مشروعة" إلى الحد الذي كان فيه التهرب من القاعدة "إلزامياً".

¹D. ROBINE, L'article L 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?, D 2006, n° 1, Cahier de Droit des Affaires, chron. p 69 et s, notam. p 74 n° 25.

2- قد تنشأ النتيجة غير المشروعة عند الاعتداء على حقوق الآخرين أو مصالحهم، وتعرف النية الاحتيالية هنا بأنها الرغبة في التسبب في هذا الضرر، وتشترط السوابق القضائية معرفة المحتال بالضرر الذي سببه.¹

الفرع الثاني : النية الاحتيالية حسب نص المادة L-650.1

يتمثل السلوك الاحتيالي في استخدام طرق تمويل غير مشروعة كتواطؤ البنوك واستخدام وسائل مدمرة للإضرار بالمؤسسة المتعثرة مما يؤدي الى تعقيد وضعها المالي وإفلاسها أو منحها إئتمانا زائفا يوحى بقوة مركزها المالي مما يضر بالآخرين اللذين يتعاملون معها. ومن هنا قد يُدان المصرفي جنائياً ومدنياً، ويترتب عليه أيضاً معاقبة المادة L-650-1 من القانون التجاري الفرنسي، وهي بطلان الضمانات المتخذة مقابل المساعدة الممنوحة. بالإضافة الى ذلك قد يبرز الاحتيال، سوء الاستخدام المتعمد لمبدأ سيادة القانون ويتمثل ذلك في التهرب من قاعدة إلزامية باستخدام القانون.²

لقد اعتبر البروفيسور فيليب بيتيل، على سبيل المثال أن الاحتيال يكون في حالة الدائن الذي يستغل مبدأ عدم مسؤولية للهروب من قاعدة المساواة عن طريق دعم المدين المتعثر عمداً بهدف وحيد، هو تعزيز تعثره أكثر، قبل تقديم طلب إفلاسه الحتمي .

ويمكن الهدف من ذلك في تأخير بدء الإجراءات الجماعية، وبالتالي تأخير تطبيق قاعدة المساواة بين الدائنين والاستفادة من الامتياز الأولوية ، مثل حالة قيام البنك بإخفاء الوضع المتدهور الغير قابل للإصلاح لمدينه أو إضافة معدلات مدمرة للفائدة .

¹ Pierre-Yves GAUTIER frauduleusement, e BANQUE DES MEMOIRES Master de Droit privé général Dirigé par M. le professeur Laurent LEVENEUR 2020 La caractérisation de l'intention frauduleuse université paris 2 PANTHEON ASSAS.P3 <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/fraude/35120> consultation du site date 23/08/2024 heur 23:00)

² José VIDAL, théoricien frauduleux de l'histoire de France, le principe « Fraus d'Omnia Corruptit », Toulouse, 10 novembre 1956, daté 1957 par Face G. MARTY, p206 consultation du site date 23/08/2024 heur 23:00)

<https://nantilus.univ-nantes.fr/vufind/Record/PPN012610070/Description>

و كجزء من إجراءات التوفيق، فإن توفير أموال جديدة سيسمح للمصرفي بالاستفادة من الامتياز¹ الذي سيضعه في مقدمة الدائنين الآخرين فيما يتعلق بسداد الديون. ولذلك فإن اليقظة من جانب الموفق أمر ضروري. وبالتالي فإن تقديم المصلحة الشخصية للبنك يعد دليلا على الاحتيال .

الفرع الثالث : الصعوبات المرتبطة بالنية الاحتيالية

تتميز النية الاحتيالية بالخصوصية ففي الحالات العادية يعد انتهاك قاعدة إلزامية كافية لتبرير تطبيق العقوبة. وعلى العكس من ذلك تتمثل صعوبة الاحتيال عما يظهر الفعل المتنازع عليه مشروعا لكن تسبب في ضرر للغير ، هنا يجب البحث عن حقيقة النية الاحتيالية، للبنك. فبمجرد ملاحظة القصد الاحتيالي في موقف معين، يجب على الخصم إثباته. وبما أن القاضي يعجز عن التحقق من نية ومقاصد الأطراف، فإن إثبات النية الاحتيالية يعد عائقا كبيرا، فهو أساس صعب الاحتجاج به في بعض النزاعات. واتفق أغلبية الفقهاء على أن تطبيق القانون التصحيحي *fraus omnia corrumpit* يعتمد على توضيح وإثبات النية الاحتيالية².

واعتبر الفقيه جي ريبيرت، "إن الفعل القانوني، عندما يتعلق الأمر بشيء مشروع، لا يكون في حد ذاته مؤشرا على الاحتيال المرتكب. ولذلك يجب علينا أن نبحث عن الاحتيال في إرادة الشخص الذي يقوم بالفعل.

أما الفقيه فيدال، فاعتبر أن مشكلة الاحتيال "تتكون من التساؤل عما إذا كان استخدام طرق مشروعة قادر على تحقيق نتيجة قانونية معينة، لا يزال يؤدي إلى هذه النتيجة عندما يتم استعمال وسائل غير مشروعة فيشترط لتحديد الاحتيال أن يكون مقصودا³

¹ امتياز الأموال الجدة المنصوص عليه في المادة 11-611-L من القانون التجاري الفرنسي .

² Pierre-Yves GAUTIER frauduleusement, e BANQUE DES MEMOIRES Master de Droit privé général Dirigé par M. le professeur Laurent LEVENEUR 2020 La caractérisation de l'intention frauduleuse université paris 2 PANTHEON ASSAS.P3 <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/fraude/35120> consultation du site date 23/08/2024 heure 23:00)

³ José VIDAL, théoricien frauduleux de l'histoire de France, le principe « Fraus d'Omnia Corrumpit », Toulouse, 10 novembre 1956, daté 1957 par Face G. MARTY, p120

المطلب الثالث: حالات الاحتيال البنكي حسب السوابق القضائية

إن كثرة المخططات الاحتيالية تجعل من الصعب صياغة تعريف كامل شامل وعام للاحتيال وقد عرفت الأغلبية الفقهية الاحتيال انطلاقاً من تعريف النية الاحتيالية، بأنها "الرغبة في التهرب من قاعدة إلزامية".¹

يتميز هذا التعريف بالبساطة والدقة كما توجد أيضاً العديد من السوابق القضائية المتنوعة والمتعددة، فسننتقل في الفرع الأول لحالات الاحتيال البنكي عن طريق الدعم المسمى، أما الفرع الثاني فسنعرض فيه لبعض حالات الاحتيال البنكي بإستخدام أنشطة غير مشروعة والفرع الثالث حالات الاحتيال باستخدام أنشطة مشروعة.

الفرع الأول : الاحتيال البنكي عن طريق "الدعم المسمى" "les soutien abusive"

لقد منح القانون للبنوك الحرية في منح الائتمان لعملائها لكن يجب عليها أن تتأكد قبلاً أن طالب الائتمان لديه ضمانات كافية وكذا الالتزام بالتحليل والملائمة والحيطة والحذر، فيجب على البنوك أن تحرص على عدم منح الائتمان لعملائها في المواقف الميؤوس منها ، لأنها سوف تحمل نفسها المسؤولية عن "الدعم غير المناسب".

عندما تواجه الشركة صعوبات مالية، يمكنها أن تطلب الائتمان البنكي للخروج من عثرتها. لكن هذا الائتمان يمكن أن يكون مسياً إذا منحه البنك قصد الإضرار بالعميل واستفادته من الامتيازات المرتبطة بالإئتمان ، متجاهلاً قواعد الإجراءات الجماعية أو عن طريق استخدام وسائل احتيالية.²

<https://nantilus.univ-nantes.fr/vufind/Record/PPN012610070/Description> consultation du site date 23/08/2024
 23:00)

¹ Pierre-Yves GAUTIER frauduleusement, e BANQUE DES MEMOIRES Master de Droit privé général Dirigé par M. le professeur Laurent LEVENEUR 2020 La caractérisation de l'intention frauduleuse université paris 2 PANTHEON ASSAS.P6 <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/fraude/35120> consultation du site date 23/08/2024 23:00)

² érome. Lasserre-Capdeville,p141

مفهوم الدعم المسيء "soutien abusif"

يعرف الدعم المسيء على أنه قيام البنك بدعم العميل ماليًا من خلال منحه ائتمانًا مدمرًا مع علمه المسبق بوضعه غير القابل للإصلاح. في هذه الحالة، يكون البنك مذنبًا ويترك الأمر للقاضي لكي يحدد من خلال سلطته التقديرية وأدلة الإثبات ما إذا كان الوضع المتدهور بشكل لا يمكن إصلاحه يتطلب من البنك الحيطة والحذر ويمنعه من منح الائتمان أم لا.¹

شروط الدعم المسيء

- 1- تحديد الوضع الذي لا يمكن إصلاحه في وقت منح القرض، أو المساعدة المالية،
- 2- معرفة المصرفي بالوضع الميؤوس منه للمؤسسة المتعثرة.
- 3- التقييم الخاطئ لمركز المالي الفعلي للمؤسسة المتعثرة
- 4- في حالة الرعونة أو الإهمال من جانب المصرفي. كما يمكن إدانة البنك إذا سمح باستمرار الحساب المسحوب قصد الحصول على امتيازات إضافية².

دور القاضي في تقييم الاحتيال المرتبط بالدعم المسيء

يخضع تقدير الاحتيال للسلطة السيادية لقضاة الموضوع، الذين يجب عليهم تقييم ظروف وحيثيات كل قضية. و التحقق من الأدلة المقدمة من الأطراف. ويبرز هنا دور محكمة التمييز في الرقابة على مدى شرعية الأسباب التي يقدمها القضاة، والتحقق من مدى صلاحيتها لاعتبار الفعل احتيالاً أم لا وأن تكون غير متناقضة أو غير كافية لإثبات الاحتيال.³

¹ brunop Articles droit bancaire, Exprime Avocat Responsabilité du banquier en cas de soutien abusif 30 Mars, 2022

<https://www.exprime-avocat.fr/responsabilite-du-banquier-en-cas-de-soutien-abusif/> consultation du site date 30/08/2024 heur 23:00)

² Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 23 février 1982, 79-13.991, Publié au bulletin Décision attaquée : Cour d'appel Aix-en-Provence (Chambre 8) 1979-02-23, du 23 février 1979
<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007007699> consultation du site date 30/08/2024 heur 23:00)

³ Guillaume Lasmoles, LE SOUTIEN ABUSIF DE CRÉDIT Avocat.768 lectures1re Parution: 29 janvier 2024Lecture "Tous publics" Ecouter l'article.

الفرع الثاني: حالات الاحتيال البنكي عن طريق تمويل أنشطة غير مشروعة .

تتمثل أغلب الحالات في التمويل غير الشرعي أو تمويل نشاط لا تتوفر فيه الشروط القانونية المطلوبة أو بالتعامل بسندات المجاملة أو ديون تجارية وهمية ، مثل حالة صب سندات مجاملة غير صحيحة ، فالبنك هنا يكون بصورة مباشرة أو غير مباشرة قد خدع الأشخاص الآخرين فيما يتعلق بحقيقة الوضع المالي للمؤسسة المتعثرة.

وقد أكدت محكمة التمييز الفرنسية أن دور البنك اقتصادي باعتباره كموزع للإئتمان وبالنسبة للثقة المرتبطة بتعهداته يعد ملزماً تجاه عملائه بموجبات الإعلام و الحيطه والحذر .

وقد قضت محكمة الاستئناف بمسؤولية البنك كونه أخطأ باحتفاظه لمدة شهرين من تقديم شيكات بنكية بمبالغ كبيرة دون التصريح بها ، في حين كان بإستطاعته كشف هذه الشيكات باعتبارها شيكات بدون رصيد والتزامه بموجب الاعلام .

وتتمثل الحالات التي يعتبر فيها تصرف البنك احتياليا فيما يلي :

1- الاحتيال البنكي عن طريق عدم تقديم واجب النصح و الارشاد: بحيث لا يجوز أن تتوقف مراقبة المصرف على أعمال زبونه من الناحية المالية والاقتصادية انما يجب أن تمتد بشكل خاص إلى الوضع القانوني للمؤسسة وتطوره ، فتغير المدراء والمساهمين قد يكون حاسما ومؤثرا في العلاقة القائمة بين المصرف والعميل .¹ وقد قضت محكمة النقض بفرنسا بمسؤولية البنك كونه مول تاجرا أجنبيا غير مسموح له بممارسة التجارة في فرنسا ، ما نتج عنه وضع غير قانوني يقع تحت طائلة قانون العقوبات ، وكذا حالة البنك الذي احتال على عميله بجعله يعتقد بوجود اعتماد

يفوق المبلغ المتفق عليه ، فقد قضت المحكمة في العديد من حالات عدم الإعلام بمسؤولية المصرف الذي لم يعلم زبونه ، بمدى ملائمة العملية التي ينوي تمويلها بواسطة الاعتماد.¹

2- منح الائتمان لتاجر خاضع لحظر على التصرف بعد إعلان الإفلاس الشخصي تطبيقاً للمادة الجديدة L 653-2 من القانون التجاري.

ولقد علق الفقيه ستوفيت في حكم صادر عن محكمة الاستئناف في نيم بتاريخ 13 نوفمبر 1963 ، استشهد الوصي بحقيقة أن البنك سمح "لمفلس " بخداع الدائنين من الأطراف الثالثة. وبالمثل، فإن مسؤولية البنك ليست موضع شك عندما يمنح الائتمان إلى المقترض لقيامه بأنشطة إجرامية مثل تمويل تجار المخدرات أو تمويل أنشطة إرهابية.²

3- الاحتيال في عند تقديم معلومات غير صحيحة، إذ يجب أن تكون المعلومات والوعود التي يقدمها البنك صحيحة وتتم الإشارة إليها بشكل صحيح أو ضمني في عقد الائتمان وتكون متوافقة مع الواقع ، فلا يجوز التذرع بمستندات غير صحيحة أو وهمية ، أو إجراء قيد مغشوش في حساب قصد الزام العميل بدفع مبالغ غير مترتبة عليه ، وإذا وافق العميل على هذا الحساب المغشوش ، بدون علمه يكون جرم الاحتيال قد اكتمل ضد البنك.³

الفرع الثالث : حالات الاحتيال البنكي عن طريق تمويل أنشطة مشروعة .

¹ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 18 février 1997, 95-12.617, Publié au bulletin Décision attaquée : Cour d'appel de Paris, 1994-11-25, du 25 novembre 1994

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007038042> consultation du site date 05/09/2024 heure 19:00)

²J. STOUFFLET, Comment la carte bancaire peut-elle être utilisée comme source de responsabilité pour les niveaux ?, JCP G 1965, I, 1882, spe. n° 16 https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1958_num_10_2_11917 consultation du site date 05/09/2024 heure 19:00)

³ نعيم مغيب ، المرجع السابق ، ص 250-251

مثل حالة خصم القروض الوهمية وتسمى أيضا فواتير الراحة " L'escompte d'effets de complaisance"، أو التعبئة بواسطة قسيمة يومية للفواتير التي لا تتوافق مع الديون الحقيقية وتسمى وثيقة ديلي " La mobilisation par bordereau Dailly de factures fictives "

أولاً : خصم الأوراق المالية الوهمية L'escompte d'effets de complaisance

هي الأوراق المالية يتم انشاؤها بهدف خداع الغير، والتي يصدرها الساحب الذي يعلم تماماً أنه عند حلول أجل الاستحقاق لن يتم توفير الشرط . والغرض منه هو الحصول على ائتمان من قبل الساحب، ، دون أي مقابل ودون الحاجة إلى إجبار المسحوب عليه لصرف المبلغ المذكور في الصك التجاري. مثل التاجر أو مدير أعمال، يواجه صعوبات مالية، يطلب من صديق أن يسحب عليه حوالة رغم أنه ليس له عليه أي دين . يتم بعد ذلك خصم هذه الفواتير من البنك أي توفير ملاءة واضحة للساحب في نظر الأطراف الثالثة. تنتج هنا فرضيتين:¹

1-الفرضية الأولى هي التي يكون فيها الخصم المصرفي حسن النية. في هذه الحالة، نتساءل عما إذا كانت مسؤولية البنك ستتحمل عندما يدعم الأخير شركة ماليًا من خلال الموافقة على التفاوض على مسودات غير جدية؟ وهنا اعتبر الفقهاء بأن تكرار عمليات الخصم على كمبيالات الملاءمة يعد الدليل الذي يورط البنط وهو بمثابة معيار التمييز بين حسن نية البنك وسوء نيته، لأنه إذا اعتبرنا أنه قد خدع مرة واحدة عن حسن نية فتكرار هذه العمليات. من العميل من شأنه أن يثير شكوك المصرفي "مجتهد في العادة"

وهذا لا يعفي البنك من المسؤولية في حالة وقوع الضرر ولو في مرة واحدة دون تكرار ، فالبنك، من خلال دعمه، يخلق مظهرًا زائفًا للملاءة المالية ينتج عنها ضرر لضحايا، قد يجدون أنفسهم في حالة توقف عن الدفع مثل حالة المورد الذي يسلم، لشركة استفادت من صورة وهمية

¹ Anne-Laure CAPOEN cité p 245

للملائة، كمية كبيرة من المواد الخام، فيخاطر، في حالة إشهار إفلاس الشركة، بخسارة معظم رقم أعمالها مما سيؤدي إلى إفلاسه.¹

احتفظت المادة L.650-1 من القانون التجاري بالاحتياط كمصدر محتمل لمسؤولية المصرفي. باعتبار أن المصرفي محترف، وطبيعة عمله تجعله على دراية بجميع معلومات عملائه، مما يسمح له، باكتشاف المخالفات المالية لعملائه. فيمكنه معرفة الصعوبات التي يواجهها موكله الذي لجأ إلى إجراءات غير مشروعة لتأخير الاعتراف بتوقفه عن الدفع.²

كما يمكن أن يكون المصرفي الحريص ضحية للخداع من جانب موكله، مما يؤدي به إلى إلحاق الضرر بأطراف ثالثة. ونصت السوابق القضائية على أنه حتى المصرفي الذي يقوم بالخصم بحسن نية يكون مسؤولاً عن الإهمال والرعونة التي تسببت في ضرر لأطراف ثالثة. حيث، قضت محكمة كاركاسون التجارية بتاريخ 21 مارس 1951 بمسؤولية البنك فيما يتعلق بجماعة دائني المفلس، بسبب الأفعال غير المشروعة لأحد مديري فروعها، قد احتفظ بائتمان واضح وهمي لأحد عملائه. وتم الاعتراف بحق الوصي في اتخاذ إجراءات المسؤولية ضد الأطراف الثالثة المتواطئة في أعمال احتيالية، والملاحظ أن القاضي كان من المفترض أن يحمل البنك المسؤولية على أساس انتهاك واجب اليقظة. لكن أصبح من المألوف أن يتم خداع البنك على الرغم من كونه محترفاً من قبل أحد عملائه. بحيث، يمكن لمدير شركة محتال أن يدفع البنك إلى تقديم خصم عن طريق اللجوء إلى طرق احتيالية.

2-الفرضية الثانية هي التي يكون فيها مصرفي الخصم سيء النية. وهي الرغبة التي يبديها المصرفي بتوفير وسائل احتيالية للشركة الدائنة من أجل تأخير إعلان إفلاسها. قبل فترة

¹ MADJOUR Oualid. Cit p 451

² غالباً ما يفترض القضاة علم المصرفي بالإشارة إلى: المبلغ المرتفع بشكل غير طبيعي في الفاتورة مقارنة بالوضع المالي المعتاد للعميل، والإعسار المتوقع للعميل مع الأخذ في الاعتبار حوادث الدفع التي سجلها المصرفي، والسوء السمعة. سمعة العميل أو ارتفاع سعر الفائدة على التأثير المتوقع. انظر بهذا المعنى .

طويلة من ظهور المادة L. 650-1 من القانون التجاري الفرنسي، أشار الفقيه Vasseur أن المصرفي الذي يساعد عن علم المدين باستعمال وسائل احتيالية أو غير مشروعة بشكل خطير قد يتعرض للمسؤولية.¹

وبالرغم من أنه لا يوجد شك في مسؤولية البنك السيئ النية، إلا أنه ليس من السهل إثبات ذلك. واعتبر بعض الفقهاء أن سوء نية المصرفي يمكن استنتاجه من المهلة الممنوحة للمرسل حتى يتمكن من سداد الديون التي سبق التعاقد عليها على حساب الغير. و بالتالي فإن الأمر يتعلق بالتواطؤ في استخدام وسائل احتيالية. وصدر الحكم في 30 يونيو 1983² عن محكمة الاستئناف في باريس حيث قام البنك بخصم المسودات غير المقبولة. وقد تم تمديدها أو سحبها أو إلغاؤها لاحقاً. ومن أجل تأخير الاعتراف بهذه بالإفلاس.³

والملاحظ أن السوابق القضائية تظهر أيضاً ميلاً إلى توسيع تعريف سوء النية عندما يتعلق الأمر بخصم المصرفيين⁴. في الواقع، في ضوء العدد المتزايد من الأحكام، فإن المعرفة التي قد تكون لدى البنك بشأن وضع عميله غير القابل للإصلاح، قد تكون كافية، في ظروف معينة. ، لإقامة الدليل الذي يثبت العلم بالضرر مسبقاً.⁵

2 الاحتيايل بالقسيمة اليومية"ديلي" La mobilisation par bordereau Dailly de factures⁶

¹ MADJOUR Oualid. Cit p 451 selon M. Vasseur, « Des responsabilités encourues par le banquier dispensateur de crédit aux entreprises en difficultés », Banque 1976. p. 479. L'auteur rapporte les propos du doyen Hamel qui écrivait : « le banquier acquéreur de mauvaise foi d'effets de complaisance peut être responsable du dommage qu'il cause aux tiers en favorisant les opérations frauduleuse de son client ».

²Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 9 avril 1996, 93-17.370, Publié au bulletin Audience publique du mardi 09 avril 1996 Décision attaquée : Cour d'appel de Paris, 1993-05-04, du 04 mai 1993.

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007036326> consultation du site date 05/09/2024 heur 20:00)

³ M. Cabrillac et B. Teyssié. CA Paris 30 juin 1983 : Gaz. Pal. 1983. Note. Machi ; RTD. com., 1984. p. 124

⁴Cass. Com. 9 avril 1996 : RTD. com., 1996. p. 500. Obs. M. Cabrillac .

⁶ . القسيمة ديلى، نضمها القانون النقدي والمالي المصرفي في المواد L 313-23 وما يليها، هي تقنية لنقل عدة ديون باستخدام نفس العنوان. فهو يسمح بالتنازل عن هذه المستحقات أو رهنها بطريقة مبسطة للتحويل . ستنفذ القسيمة ديلى معاملة ائتمانية من خلال طريقة تحويل الخصم تقوم هذه العملية بالإتمان بالمعنى المقصود في المادة 1-313 من قانون النقد والمال، حيث يعتبر تحويل الدين الأداة القانونية لسلفة الأموال التي يضمن الدين المحول ضمانها وسدادها . ومع ذلك، سيتم سداد الاعتماد عند استرداد الديون المحولة. يمكن للأطراف الموجودة في قسائم Daily أن تكون فقط مؤسسة

في هذه الحالة يكون البنك محتالاً عندما يساهم في ملئ فواتير لا تتوافق مع الديون الحقيقية، عن طريق قسيمة ديلي وهو ما يدل على الرغبة الحقيقية في الإضرار بمصالح أطراف ثالثة، وتحمل هذه الوثيقة اسم أول من بادر بها السيناتور "ديلي". وهي وثيقة يقوم من خلالها شخص، يسمى المحيل، بنقل ملكية ديون مهنية محددة الى المحال إليه، وهو البنك كضمان للائتمان الممنوح من قبل المحال إليه. منذ إنشائها، شهدت نموًا هائلاً، لأنها مفيدة لكل من البنوك والشركات. بحيث ساهمت في التقليل من تكاليف المعالجة للبنوك التي يمكنها بالتالي أن تقدم للشركات قروضاً أقل تكلفة.

ويتمثل الاحتيال المرتبط بقسيمة ديلي في خلق دين وهمي، حيث يقوم البنك المحتال بمساعدة عميله الذي يعاني من صعوبات لخداع لبنك آخر بتقديم مستحقات له لا تتوافق مع حقيقة مركزه المالي الفعلي. وتكمن الصعوبة التي تواجهها البنوك في عدم التحقق مع المدينين، ومن الديون التي يقدمها لها عملاؤها، ففي حالة وجود نزاع بين بنكين مستفيدين من نفس الدين، فإن البنك المتحصل أولاً على حق قابل للتنفيذ تجاه الأطراف الثالثة يتمتع بالامتياز. وعندما يكون نفس الدين موضوع حوالتين بقسميتين، فمن الأفضل مقارنة التواريخ المبينة على الاثنتين من أجل إعطاء الأولوية للتاريخ الأول.¹

إن تصور التوسع في مفهوم الاحتيال سيشكل عائقاً أمام الهدف الرئيسي الذي تسعى إليه المادة L.650-1 من القانون التجاري، وهو تشجيع الدائنين على تمويل الشركة عندما تواجه صعوبات مالية. لذلك، يبدو لنا، مع الأخذ في الاعتبار موقف مفهوم الاحتيال كاستثناء لمبدأ عدم المسؤولية المنصوص عليه في المادة L.650-1، أنه يجب تفسيره بشكل صارم ويقع هذا العمل

ائتمانية، كمتنازل له، ومحول، والذي يمكن أن يكون "أي كيان قانوني بموجب القانون الخاص أو القانون العام، أو شخصاً طبيعياً في ممارسة الأخير لنشاطه المهني". علاوة على ذلك، المستحقات المعنية بالقسيمة ديلي، تتكون من أي دين قد يحمله المستفيد من الائتمان "ضد طرف ثالث". انظر المواد 313-36. L.313-36 المادة من القانون النقدي والمصرفي الفرنسي.

¹ Anne-Laure CAPOEN cité p 284

التفسيري على عاتق قضاة الموضوع الذين، بفضل سلطتهم التقديرية، سيكونون قادرين على رسم حدود معقولة لمفهوم الاحتيال¹.

المبحث الثاني: قيام مسؤولية البنك عند التدخل في شؤون المشروع المتعثر

تعد هذه الحالة الاستثناء الثاني لمبدأ عدم مسؤولية المنصوص عليه في الماذة L-650.1 فقد يقوم البنك بإدارة المشروع المتعثر كمدير فعلي "le dirigeant de fait" ويمارس باستقلال وسيادة نشاط المشروع بحجة تقديم الدعم المالي له ، وهذا ينتج عنه قيام مسؤولية البنك عند ارتكابه أي خطأ يسبب ضرراً للمشروع المتعثر أو للغير، فعند منح الائتمان للمشروع المتعثر قد يستغل البنك حاجة المشروع المتعثر للتمويل ويتدخل في إدارته بحجة ضمان استرداد الائتمان الممنوح ، فالبنك يكمن دوره في تقديم النصح والمشورة لعملائه دون أن يتعدى ذلك إلى حد التدخل في إدارة مشروعاتهم .

فمبدأ عدم التدخل في شؤون العميل "le principe de non –ingérence" هو مبدأ أساسي ترتكز عليه المعاملات المصرفية ويفرض على البنوك عدم التدخل في شؤون عملائهم، هذا ما جعل هذا المبدأ يبدو متأرجحاً بين حماية مصالح البنك وحماية مصالح العملاء في نفس الوقت ، ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية² " ... إذا كان المصرفي الذي يدير الحساب ملزماً بواجب عدم التدخل، فهو ملزم أيضاً بالتزام اليقظة والمعلومات التي تتطلب منه اتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة وتبنيه عميله ويتميز مبدأ عدم التدخل بمايلي:

1- ا يحمي الطرفين العميل والبنك فيحامي العميل من تدخل البنك في أعماله الخاصة ويحامي البنك من رجوع العميل عليه بالمسؤولية عن الأعمال التي قام بها وأحدثت ضرراً للعميل

¹ MADJOUR Oualid. Cit p 455

² Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 16 janvier 2019, 17-16.557, Décision attaquée : Cour d'appel d'Orléans, du 06 février 2017 <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000038060722> consultation du site date 06/09/2024 heure 19:00)

، وكذلك يحمي البنك من رجوع الغير عليه بالمسؤولية عن الأعمال غير القانونية التي قد تحدث ضررا للغير .

2- إن هذا المبدأ يعفي البنك من البحث في مصير الأموال المقترضة وذلك بالتزام البنك بالرقابة فقط على كيفية استخدام العميل للائتمان دون الاحتجاج بمبدأ عدم التدخل في شؤون العميل للإفلات منها، لكن لا يجب أن يصل ذلك لدرجة أن يصبح البنك مديرا فعليا للمشروع ، فإذا تدخل البنك في شؤون العميل بحجة الرقابة وتجاوز حدوده الرقابية هنا يتعرض للمسؤولية.¹ وسنتطرق من خلال هذا المبحث لمطلبين اثنين نتطرق في الأول لمفهوم تدخل البنك في أعمال المشروع وفي المطلب الثاني حالات تدخل البنك في المشروع المتعثر :

المطلب الأول: مفهوم التدخل المصرف في المؤسسة المتعثرة بصفته مديرا فعليا.

لقد برز هذا المبدأ لأول مرة في السوابق القضائية الفرنسية في حكم محكمة التمييز بتاريخ 28 يناير 1930 حيث ذكرت المحكمة أنه " عند إيداع أموال في لدى البنك لا توجد قاعدة قانونية تفرض على المودع الالتزام بالتحقق تلقائيا من هوية المودع إليه أو حقوقه، لا أثناء الإيداع ولا في وقت الاسترداد، ومن هنا ظهرت بدايات واجب المصرفي بعدم التدخل.²

إن المصرف إذا تدخل في أعمال الزبون فإنه يكون قد تجاوز صلاحياته ، مما يلقي بالمسؤولية عليه مما يجعل منه مديرا واقعيًا، عند اشتراكه بأعمال الزبون خاصة عندما يحل مكانه ويتخذ الإجراءات بدلا عن المدير الأصلي، لكن من الضروري تحديد معيار الواجب التقيد به لإعتبار عمل البنك تدخل أو عدمه .

حدود مبدأ تدخل البنك :

¹ أنور مطاوع منصور المرجع السابق ص 171-172

² Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 25 avril 1967, Publié au bulletin Publication : N 162

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006976053> consultation du site date 06/09/2024 heure

19:00)

1- إن ممارسة البنك لواجب الإشراف والرقابة لا تجعله في وضع المدير الفعلي ، ومن ناحية أخرى، يمكن أن يقع ذلك في إطار التدخل البسيط. وبالتالي فإن المادة 1-650 L من القانون التجاري تميل إلى معاقبة الانتهاك الواضح لمبدأ عدم المسؤولية ، ماعدا الحالات التي يجوز للمصرف مراقبة عميله وفق قوانين وأعراف دولية أو حالة تخصيص الأموال المقترضة لاستثمارها في مجال محدد دون سواه .

2- من الضروري التأكد من صحة العمليات التي يقوم بها العميل بواسطة الأموال المقدمة اليه و فحص العمليات المعيبة ، فإذا كانت عيوبها ظاهرة فعلى المصرف التعرف عليها وللتأكد منها يجب العودة للقواعد المعمول بها بحسب مبدأ الحيطة الملقى على عاتق المصرف ¹. وسنتطرق في هذا المطلب الى تعريف تدخل البنك في شؤون المشروع المتعثر بصفته مديرا فعليا في الفرع الأول ثم يليه الفرع الثاني الذي سنعرض فيه شروط ومعايير تدخل البنك بصفته مديرا فعليا.

الفرع الأول : تعريف تدخل البنك في شؤون المشروع المتعثر بصفته مديرا فعليا.

سنتطرق من خلال هذا الفرع لتعريف المدير الفعلي لدى المشرع الفرنسي ، ثم تعريفه لدى المشرع الجزائري في البندين التاليين:

البند الأول : المدير الفعلي لدى المشرع الفرنسي

هنالك مفهومين اثنين لتدخل البنك بصفته مديرا فعليا مفهوم واسع وآخر ضيق المفهوم الواسع : يعتبر أي تدخل بأعمال الزبون يكون بمثابة مدير فعلي ويعني التدخل بدون حق في شؤون الآخرين "

¹ نعيم مغنغب ، المرجع السابق ص 328

المفهوم الضيق بمعنى أدق التدخل غير القانوني في شؤون الآخرين بدون أي تفويض أو حق أو سند يسمح بذلك كالوكالة. ، وهو المفهوم الذي تبنته المادة ¹L-650.1 من القانون التجاري الفرنسي.

من خلال هذا التعريف نستنتج أن أحكام المادة السالفة الذكر اشترطت أن يكون التدخل غير المشروع مرتبطاً بخطأ من البنك فلا تكفي لقيام مسؤولية البنك الإدارة الفعلية فقط دون التدخل غير القانوني ، ومن الضروري تقديم دليل على سوء التسيير و الإدارة الذي ساهم في تعزيز الوضع المتعثر للمؤسسة.

لقد حاول الفقهاء وضع تعريف واضح للإدارة الفعلية وذلك لتجنب الخلط في المهام بين البنك ويكون ذلك من خلال توضيح الأوضاع المشروعة تماماً التي يمارس فيها المصرفي مهنته، وقد اعتبر الفقيه Vasseur أحد الرواد الذين بحثوا في هذه المسألة أن مفهوم الإدارة الفعلية هو مفهوم قانوني يخضع لرقابة محكمة التمييز وليس مفهوماً واقعي يخضع لتقدير قضاة الموضوع و يجب على القضاة البحث عن عنصرين لإثبات الإدارة الفعلية هما:

- قيام المتهم بأعمال تتعلق بالإدارة والتنظيم العام.

- يجب أن تكون التصرفات قام بها البنك سبباً في عدم كفاية موجودات الشركة.²

يتميز تعريف Vasseur بكونه ليس واضحاً ومفصلاً بما يكفي لاعتماده كتعريف نهائي. حيث عرفه الأستاذ Rives lange وهو من بين الأوائل الذين بادروا بإعطاء تعريف واضح للمسير الفعلي بحيث اعتبره " كل من يباشر بسلطة و استقلالية نشاطاً إيجابياً للتسيير والإدارة "

"est un dirigeant de fait celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction."

¹ - L. 650-1 du Code de commerce (Modifié par Ordonnance n° 2008-1345 du 18 3 décembre 2008- art. 129) https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006239045-2006-01-01 consultation du site date 06/09/2024 heure 19:00)

²MADJOUR Oualid. Cit p 459 cit M. Vasseur, « La notion de dirigeant de fait : au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens », D. 1975

وعرفت محكمة الاستئناف ببافيس في حكمها الصادر في 17 مارس 1978 المدير الفعلي بأنه "... كل شخص طبيعي أو اعتباري يتولى نفس الوظائف ونفس السلطات التي يمارسها بحكم القانون القائد، يمارس في الواقع، بسيادة واستقلال كاملين، نشاطاً إيجابياً للإدارة والتوجيه"¹. والملاحظ من خلال هذا التعريف ، أنه لأول مرة ادراك القضاة أن الإدارة الفعلية يمكن أن تكون من طرف شخص طبيعي أو شخص معنوي. وفي هذا الصدد، و في حالة وجود مدير شخص طبيعي ، يمكن أن تكون الإدارة كلية أو جزئية، أي يمكن تقاسم الإدارة الفعلية بين عدة أشخاص طبيعيين. وبالتالي ومنه قيام المسؤولية قد يكون كلياً أو جزئياً.

ولكي يتم اعتبار الشخص كمدير فعلي، يشترط قضاة أن يتولى نفس المهام التي كاتن يقوم بها المدير الواقعي ويكون ذلك عن طريق القيام بأعمال إيجابية بكل حرية وبسيادة كاملة.

البند الثاني : المدير الفعلي لدى المشرع الجزائري

أقر المشرع الجزائري بوجود المدير الفعلي، في نص المادة 224 من القانون التجاري الجزائري على أنه² "في حالة التسوية القضائية لشخص معنوي أو إفلاسه يجوز إشهار ذلك شخصياً على كل مدير قانوني أو واقعي ظاهري أو باطني مأجور كان أم لا إذا كان ذلك المدير في ظل الشخص المعنوي أثناء قيامه بتصرفاته قد قام لمصلحته الخاصة باستغلال خاسر لا يمكن أن يؤدي الى توقف الشخص المعنوي عن الدفع"

والملاحظ من خلال نص هذه المادة أنها أخذت بمفهوم الواسع للمسير فهي تشمل المسير القانوني المكلف بالتسيير بموجب القانون الأساسي أو القانون أو المعين من طرف هيئات عامة، وتشمل أيضاً كل من يتدخل في إدارة الشخص المعنوي فيمارس مهام التسيير دون أن تكون

¹ Conseil d'Etat, Section, du 17 mars 1978, 95331 00014 01525, publié au recueil Lebon obs. M. VASSEUR.

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007660624> consultation du site date 06/09/2024 heure

19:00)

² انظر المادة 224 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، (المعدل والمتمم) ج ر رقم 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975.

مخولة له من الناحية القانونية، ولا يشترط أن تكون الممارسة ظاهرية ، ولا يشترط في المسير أن يمارس مهامه مقابل أجر ،

كما نصت المادة على مسؤولية المسير يجب أن ترتبط بكون المدين خاضعا للإفلاس ، وأن يصدر حكم بإفلاسه أو أن يكون مستفيد من التسوية القضائية شخصا معنويا، متمتعا بصفة التاجر وأن يرتكب أفعالا تسببت في تدهور وضعية الشركة وأدت الى توقفها عن الدفع كما يلي :

- أن يقوم لمصلحته بأعمال تجارية أي أن يستغل مركزه في الشركة لمباشرة أعمال تعود عليه بالمنفعة الخاصة .

- أن يتصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة، فتصرفات المدير يحكمها القانون الأساسي وأي استغلال لأموالها خارج هذا الإطار يعتبر إضرارا بمصالحها.¹

أن يباشر استغلالا خاسرا يؤدي الى توقف الشركة عن الدفع ، أي أن يكون تصرفه سببا في إفلاس الشركة ، وأنه قام بهذا الاستغلال حماية لمصالحه الخاصة وتعسفا في حق الشركة.

لقد وردت المواد التي نصت على مفهوم المدير الفعلي بالنسبة للعامة سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين ولم يرد أي نص يوضح حالة تدخل البنك في الإدارة الفعلية للمشروع مع أن الواقع العملي والسوابق القضائية توجد الكثير من الحالات التي تدخل فيها البنك بصفته مديرا فعليا في تفسير الشركة ، أن هذا الفراغ القانوني في مسؤولية البنك² جاء نتيجة لتوجهات الاقتصادية للبلاد باعتبار أن جميع البنوك شركات مساهمة مرتبطة بالقطاع العمومي وتخضع لرقابة وتسيير البنك المركزي فالقول بمسؤوليتها هو قول بمسؤولية الدولة عن تسيير مرافقها العمومية وهذا أمر قد يمس بسيادة الدولة.

الفرع الثاني : شروط ومعايير التدخل كمدير فعلي

¹ أزوا عبد القادر، المسؤولية المدنية للمسير عن عدم كفاية أصول الشركة، مجلة آفاق للأبحاث السياسية والقانونية، المجلد 03 العدد 06 نوفمبر 2020 الصفحات 194-208

أزوا عبد القادر ، المسؤولية المدنية للمسير عن عدم كفاية أصول الشركة المرجع السابق ص196:2

قبل التطرق لشروط التدخل كمدير فعلي يجب أولاً أن نفرق بين التدخل والادارة الفعلية فالإدارة الفعلية، كما سبق ذكره هي فكرة دقيقة وواضحة وتتمثل في التدخل في أعمال المؤسسة المتعثرة عن طريق المشاركة المستمرة في الإدارة والرقابة كذلك ويقصد بالمشاركة المستمرة ، أن يتم التدخل بالكثير من الأفعال الإيجابية للإدارة¹ كما استخدم القضاة مصطلح "التدخل"، لأن مفهومه أوسع بكثير. إذا كانت الإدارة الفعلية ترتبط بالقيام بالتوجيه والادارة ، فإن التدخل يشمل حالة البنك أو الدائن الذي يتدخل في الادارة وليس بالضرورة أن يكون مديراً فعلياً.

والملاحظ أن الحكم الأخير الصادر عن محكمة التمييز بتاريخ 30 أكتوبر 2007² يدمج معايير تعريف الإدارة الفعلية مع معايير التدخل، بحيث يتم الكشف عن التدخل أيضاً من خلال "نشاط التوجيه".

ولا يعد هذا التدخل مصدر ضرر للدائنين من الأطراف الثالثة. بل يكون ضرره طفيفاً ولا يشكل خطراً على لمدین ، ولا يكون التدخل غير مشروع إلا إذا اقترن بخطأ جسيم للغاية. يركز القضاة لتجديد تدخل المصرفي كمدير فعلي، على الأفعال فيجب أن تكون إيجابية وسنتطرق في البندين التاليين لشروط اعتبار البنك مديراً فعلياً : وهما شرط موضوعي والشرط الشخصي.

البند الأول : الشرط الموضوعي لإعتبار البنك مديراً فعلياً

¹Déjà retenu dans une décision antérieure Conseil d'Etat, Section, du 17 mars 1978, obs., Christian GAVALDA et 2Jean STOUFFLET. <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007660624> consultation du site date 06/09/2024 heure 19:00)

² "... يستنتج من هذه العناصر التي أشار إليها الحكم أن البنك استفاد من سلطة اتخاذ القرار بشأن نشاط عميله وأنه بالتالي تدخل في إدارة الأخير؛ وأن محكمة الاستئناف، بحكمها المخالف، خالفت المادة 1382 من القانون المدني؛ ولكن بعد ملاحظة أن البنك قد قام بالدفع للمقاولين بموجب شرط يتم بموجبه سداد هذه الدفعات عند تقديم الحالات المعتمدة حسب الأصول من قبل المقترض والتحقق منها، قررت محكمة الاستئناف أن هذا الحكم كان غرضه الوحيد هو التحكم في استخدام الأموال المقرضة لتمويل صفقة عقارية ولم يكن من المحتمل أن يمنح البنك أي سلطة إدارية على نشاط عميله؛ أن الائتماس لا أساس له من الصحة..."

Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 30 octobre 2007, 06-12.677, Publié au bulletin Audience publique du mardi 30 octobre 2007 <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017919843> consultation du site date 06/09/2024 heure 19:00)

أي أن يساهم البنك عن طريق افعال ايجابية في إدارة المؤسسة، مثل اتخاذ قرارات غير قانونية تكون بين البنك المانح للائتمان ومدير المؤسسة أو بالنيابة عنه، أو أفعال سلبية مثل تجاهل البنك العمليات غير المشروعة و المخالفة للقوانين، فتقوم مسؤوليته في مواجهة الدائنين في حالة إفلاس المدين، أما إذا اقتصر تدخل البنك على مراقبة مدى إستغلال الائتمان، أو وضع إجراءات قانونية واجبة الاتباع لضمان استرجاعه في آجاله دون التدخل في شؤون المؤسسة المتعثرة. فلا تقوم مسؤولية البنك في هذه الحالة

كما أن مبدأ عدم التدخل في شؤون العميل يعني البنك من مراقبة مصير الأموال المقترضة، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية¹ بالتزام البنك بالرقابة على طرق استخدام العميل للائتمان دون الاحتجاج بمبدأ عدم التدخل ، وهذا ما يتطلب إجراء الموازنة بين تدخل البنك وتصرفه كمدير فعلي وبين تدخله بهدف الرقابة وتجاوز حدوده في الرقابة هو ما يعرضه لخطر المسؤولية.²

يميل اتجاه آخر من الفقه إلى اعتماد نظرية الظاهر أي تدخل البنك لغرض الإضرار بالغير نتيجة لسوء الإدارة مما ينتج عنه مظهر مضلل ويخدع الغير. وتكون هنا مشاركة البنك في إدارة واسعة النطاق بحيث مما يجعل بقية الدائنين يتعاملو معه كشريك.³

وينتج عن هذا الشرط مشكلة تتمثل في ما إذا كان البنك الذي نسعى لإثبات أنه مدير فعلي، يدير أعمال الشركة بشكل جيد أم سيئ. وتحديد طبيعة المشاركة الفعالة. و المثمرة⁴. ومن

¹ Cass. Com., 15 Février 1978, Dalloz, I.R., p. 416, obs., Christian GAVALDA et 2 Jean STOUFFLET

² أنور مطاوع ، المرجع السابق ، ص 172

³ أزوا عبد القادر ، المسؤولية المدنية للبنك عن منح الائتمان للمؤسسات في وضعية مالية صعبة، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية ، المجلد 04 ، العدد 02، جامعة احمد دراية ، أدرار - الجزائر ديسمبر 2020 ص 62

⁴ "أنه حتى لو كان هناك عقد عمل ينطوي على علاقة تبعية بين المدير وطرف ثالث وحتى لو كانت مهام المدير مرتبطة بتنفيذ عقد العمل، فإن هذه الظروف لا يمكن وحدها أن تكون على حساب للطرف الثالث توجيه فعلي يسمح بممارسة دعوى ضده لتغطية التزاماته؛ وذلك من خلال استنتاج صفة المدير الفعلي للبنك و المديرين الشخصيين للشركة التي كانت موضوع الإجراء الجماعي، كانوا موظفين في البنك وأن وظائف المديرين التي كانوا يشغلونها تقع ضمن نطاق عملهم في العقد قضاة الموضوع، الذين اعتمدوا على أسباب مشروعة، انتهكوا المادة 624-3. L. من القانون التجاري الفرنسي، إلى جانب المادة 225-52. L. من القانون التجاري الفرنسي؛

2- أن الممارسة الفعالة للإدارة الفعلية هي وحدها التي يمكن أن تبرر البدء في إجراء لتغطية الالتزامات؛ أنه من خلال اعتبار أن ظهور التوجيه الفعلي يسمح للقاضي بوضع الالتزامات الاجتماعية على حساب الطرف الثالث، فإن قضاة الموضوع قد انتهكوا المادة 624-3. L. من قانون التجارة الفرنسية، إلى جانب المادة 25-225 من نفس القانون.

غير الممكن المطالبة بمسؤولية البنك باعتباره مديراً فعلياً إذا ارتبط منح الائتمان بإجراءات إعادة الهيكلة اللازمة لانقاذ المؤسسة المتعثرة

وفيما يخص الالتزام بالرقابة على استخدام الائتمان للغرض الذي طلب من أجله وحتى التدخل من طرف البنك في الحالات اللازمة يعد بمثابة دفاع مشروع من قبل البنك عن مصالحه الخاصة، ولا يجعل منه مديراً فعلياً،¹

البند الثاني: الشرط الشخصي لإعتبار البنك مديراً فعلياً

ويقصد به توفر حرية الإرادة و السيادة الشخصية عند التصرف كمدير فعلي، أي مراقبة النصائح التي يقدمها البنك لعميله، وهذا ما يستدعي التفرقة بين النصيحة السرية والمشورة العاجلة. فالنصيحة تعد أمراً واجباً، وضروري وهي من بين الالتزامات المهنية للبنك التي سوف نوضحها لاحقاً، والاخلال بها يؤدي الى تحمل المسؤولية في حين تكون المشورة المستعجلة في الغالب لدى المؤسسات المتعثرة حيث تقوم البنوك بتوجيه الشركة نحو الخيار الأفضل. فيقوم باستبدال المديرين القانونيين تقوم مسؤوليته، ويبرز هذا الشرط في مسائل الإثبات فعلى المؤسسة التي تدعي أن البنك قام بدور مدير فعلي إثبات ذلك²

3- أن لا يكون قد علم من خلال ظروف ملموسة خاصة بالقضية أن البنك قد شارك شخصياً في إدارة الشركة من خلال القيام بأعمال إيجابية تدخل في اختصاص مدير من خلال المديرين اللذين كانا وكذلك الموظفين، فقد جرد قضاة الموضوع قرارهم من الأساس القانوني فيما يتعلق بالمادة L-624.1 من قانون التجارة، وكذلك فيما يتعلق بالمادة 225-52 من نفس القانون؛

4- أنه على افتراض استحالة إمكانية تحميل البنك المسؤولية، بسبب تصرفات موظفي البنك الذين شغلوا مقاعد مجلس الإدارة بصفته الشخصية، في أي حال، فيما يتعلق بالحصول على المشاركة في رأس مال الشركة، كان على قضاة التحقيق،

Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 27 juin 2006, 04-15.831, Publié au bulletin Décision

attaquée : Cour d'appel de Versailles, 2004-04-29, du 29 avril 2004

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007053458> consultation du site date 06/09/2024

heures 19 :00

¹ MADJOUR Oualid. Cit p 460

²...تنص المادة 3-624 L. من القانون التجاري الفرنسي، فإن أي شخص يمارس في الواقع، باستقلالية تامة، نشاطاً إدارياً إيجابياً داخل الشركة، يتحمل المسؤولية في حالة حدوث خطأ إداري ساهم في عدم كفاية أصول الشركة الكيان القانوني الخاضع للإجراءات الجماعية؛ أنه بعد إرسال الإخطار الرسمي بالرصيد المدين به 1993 منح البنك في عام 1995 انتماءاً جديداً في مقابله تدخل في إدارة الشركة منذ عام 1995 من خلال تولي مسؤولية نزاع التعويض نيابة عن موكلته واستبدالها مباشرة في تسوية ديونها حتى عام 1996، مما يسمح لها بمتابعة غرضها المؤسسي؛ وأن هذه الأفعال التي أشار

كما أن الالتزام باليقظة يتطلب من البنك الحصول على المعلومات اللازمة لاتخاذ قراره. واليقظة على وضع عميله المالي، على أن لا "يتدخل في إدارة مدينه". وبالتالي فإن الاعتدال والتوازن وهذا ما يستدعي أن يكون دور البنك سلبي.

المطلب الثاني : حالات تدخل البنك في المؤسسات المتعثرة

عندما يتدخل البنك في شؤون المؤسسة المتعثرة تقوم مسؤوليته حسب أحكام المادة L-650.1 من القانون التجاري الفرنسي كما سبق ذكره لكن لكن اختلف الفقهاء حول كيفية قواعد المسؤولية هل وفقا لاحكام الشركة الفعلية أو وفق نظرية الظاهر والمفهوم الحديث المتعلق بالوساطة. انقسم الفقه إلى اتجاهين كما يلي :

الاتجاه الأول : يرى رواد هذا الاتجاه بضرورة تطبيق أحكام الشركة الفعلية فيعتبرون البنك متضامنا مع مدير المؤسسة ، خاصة في حالة سوء التسيير بشرط ان يتدخل البنك في تحديد كيفية توزيع الأرباح والخسائر ، مع مراعات الاعتبار الشخصي للأطراف في حالة اتجهت ارادتهم الفعلية لإنشاء الشركة، وفي حال عدم اثبات هذه الشروط فلا مسؤولية للبنك.

الاتجاه الثاني : يعتمد رواد هذا الاتجاه على نظرية الظاهر ، واعتبروا أن الشركة الفعلية موجودة ظاهريا مما يجعل الغير يتعامل معها بالصفة الظاهرية لها ، وهنا تقوم مسؤولية البنك إذا أدت أعماله إلى إيقاع الضرر بالغير ، ويتم اسناد المسؤولية في هذه الحالة لنظرية الظاهر و إلى الإدارة السيئة .أو للمفهوم الحديث الذي ورد في السوابق القضائية الفرنسية لسنة 2004 والذي سمي بالتدخل الظاهر بالوساطة.¹

إليها الحكم كانت كافية لوصف الإدارة الفعلية؛ وأن محكمة الاستئناف، برفضها استخلاص العواقب القانونية من النتائج التي توصلت إليها، قد انتهكت أحكام المادة 624-3 L. من القانون التجاري الفرنسي.

Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 3 juillet 2007, 06-10.803, Inédit

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007532453> consultation du site date 06/09/2024 heure 19:00)

¹ نعيم مغيب ، المرجع السابق ص 235 .

وتختلف حالات قيام المسؤولية حسب طبيعة ووقائع كل قضية مما احدث اختلافا بين الفقهاء في تصنيف حالات عدم المسؤولية البنك، فيرى البعض أن مبدأ عدم تدخل البنك ، يستند إلى القواعد العامة للمسؤولية ، ويرى البعض الآخر من الفقه الفرنسي أن مبدأ عدم تدخل البنك يعتبر امتدادا لمبدأ سرية الأعمال التي تمنع البنك من التدخل في شؤون عميله أما الفريق الثالث من الفقهاء الفرنسيين اعتبروا مبدأ عدم التدخل مبدأ عام يتطلب احترام الحياة الخاصة للعميل وكل شركة حرة في اتخاذ التدابير المناسبة لتسييرها¹، لكن سنجاول التركيز على الحالتين الشائعتين الأولى باعتباره مديرا واقعا والثانية قيام مسؤولية البنك باعتباره مديرا فعليا بالوساطة في الفرعين التاليين:

الفرع الأول : قيام مسؤولية البنك باعتباره مديرا واقعا

لقد عرف المشرع الفرنسي الشراكة الفعلية بأنها الحالة التي يتصرف فيها شخصان أو أكثر في الواقع كشركاء، دون التعبير عن رغبتهم في انشاء شركة.²

لقد ركز القضاء على شروط ثلاثة التي نص المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي³ كتنظيم الحصص واقتسام الأرباح ولا بد من تحديد مدى توافر هذه الشروط في علاقة الشراكة بين البنك والمؤسسة.

ولمعرفة مدى تطبيق الشروط المنصوص عليها في المادة أعلاه يجب أن نستشهد بالسوابق القضائية، حيث قضت المحكمة الابتدائية لباريس برفض طلب المصفي لتأكيد وجود شركة فعلية بين البنك مانح الائتمان وعميله ، حيث تلقت شركة عقارية قرضا من البنك بنسبة 100 % في كل

¹ أنور مطاوع ، المرجع السابق ص 173

² MADJOUR Oualid. Cit p 466

³ انظر المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي "يتم تأسيس الشركة من قبل شخصين أو أكثر يتفقون بموجب عقد على تخصيص البضائع أو صناعتها لمشروع مشترك بهدف تقاسم الربح أو الاستفادة من الاقتصاد الذي قد ينجم عن ذلك، ويمكن إثباتها، في الأحوال التي ينص عليها القانون، بإرادة شخص واحد. يتعهد الشركاء بالمساهمة في الخسائر." النسخة سارية المفعول منذ 13 يوليو 1985 تم تعديله بالقانون عدد 697 لسنة 1985 المؤرخ في 11 جويلية 1985 - المادة. 1 JORF 12 () يوليو 1985 تعديل JORF 13 يوليو 1985

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006444041/1985-07-13 consultation du site date

09/09/2024 heure 21:00)

مشاريعها العقارية وبعد إنهيار سوق العقار دخلت الشركة في تعثر مالي أدى لخضوعها للتصفية القضائية .

قد تتخذ الأطراف الأخرى التي تتعامل مع الشركة بسلوك البنك الذي يدعم الشركة مالياً، وقد تطلب مشاركة البنك في اقتسام الخسائر باعتبار أنه قام بأعمال جعلته يبدو بمظهر الشريك و يكفي أن يقدموا دليلاً على أن البنك تصرف كشريك واقعي.

وقد اثبتت التجارب العملية صعوبة اثبات تصرف البنك كمدير فعلي في المؤسسة مما أدى الى محاولة تغيير قواعد اسناد المسؤولية على أساس قانوني آخر وهو اعتبار البنك شريكاً فعلياً في المؤسسة.

كما أنه من الصعب كذلك إثبات قيام شركة فعلية بين البنك والمؤسسة ، لان هذا الأمر يتطلب توفر عناصر الشركة والعمل المشترك واقتسام الربح والخسارة .¹

الفرع الثاني : حالة قيام مسؤولية البنك بإعتباره مديراً فعلياً أو قانونياً أو بالوساطة.

نصت المادة L.651-2 من القانون التجاري الفرنسي² أنه إذا ثبت عند التصفية القضائية للشخص المعنوي أن أصوله غير كافية لسداد ديونه ، فإن المحكمة تستطيع في حالة خطأ الإدارة ، الذي ينتج عدم كفاية الأصول ، أن تقرر أن المبلغ الناتج عن عدم كفاية الأصول Linsuffisqnce de l'action يتحمله كل الأطراف سواء كانوا مدراء قانونيين أو فعليين أو بوساطة البعض منهم الذي تسبب في الخطأ ، وفي حالة تعدد المديرين فإن المحكمة يمكنها بقرار مسبب أن تقرر تضامنهم في المسؤولية.

ولأول مرة تم اعتماد مفهوم المدير الفعلي بالوساطة في الحكم الذي أصدرته محكمة الاستئناف في فرساي في 29 أبريل 2004،³ حيث أمر قضاة الموضوع البنك بتعويض الأصول

¹ نعيم مغيبغ المرجع السابق ص 234

² L. 651-2 du Code de commerce (Loi n° 2016-1691 du 9 Décembre 2016).

³ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 27 juin 2006, 04-15.831, Publié au bulletin Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles, 2004-04-29, du 29 avril 2004

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007053458> consultation du site date 06/09/2024 heure 19:00)

غير الكافية لشركة كانت قيد التصفية. وقد أحدث هذا الحكم ضجة كبيرة بسبب الأساس الذي تم الاعتماد عليه لإدانة البنك، والمتمثل في المفهوم الجديد للمسؤول الفعلي بصفته شخص وسيط. وقد تعرضت هذه الإدانة لانتقادات وشكاوى كثيرة لأنها جاءت في الوقت كان المشرع الفرنسي يسعى للحد من مسؤولية البنك.

وقد أخذ قضاة محكمة الاستئناف هذه الشكاوى بعين الاعتبار وبررو ذلك أن البنك أخفى شكله الحقيقي، و شارك في إدارة وتسيير الشركة من خلال الاشراف على مجلس إدارتها. فلم يكن البنك مديراً فعلياً، فتمت إدانته باعتباره مديراً فعلياً بالوساطة، وصدر قرار قضاة الدرجة الثانية على النحو التالي:

أن مديري الشركة مرتبطين في إطار عقد العمل التي تم صياغة بنوده من طرف البنك، وفقاً لعلاقة التبعية الناتجة عن ذلك، وهذا يعني ضمناً أن كل تصرفاتهم داخل مجلس الإدارة كانت تحت رقابة وتوجيهات البنك ولم تكن للشركاء أي قدرة لتغيير البنود التعاقدية وأضاف القضاة: "إن تدخل البنك كان ظاهراً لأعضاء مجلس الإدارة أنه لخدمة مصالحه"

هذا الحكم وضع مفهوماً جديداً لم يسبق للفقهاء أن تناوله من قبل، حيث كان أول من وصف كمدير فعلي شخصاً لم يتم تعيينه في وظائف إدارية، دون محاولة إثبات وضعه كمدير فعلي. ومن ثم استندت محكمة الاستئناف إلى نظرية معروفة في إدانة البنك. تسمى نظرية الظاهر. وقد يكون هذا الفعل ظاهراً أو سرياً كما يلي:

1- الفعل الظاهر: هو ما تم إظهاره على أنه حالة قانونية أي قيام الأطراف بإخفاء اتفاقهم الحقيقي تحت غطاء زائف لإتفاق رسمي. ويسمى بالفعل الظاهر؛ ويهدف لإخفاء تجاوزات مختلفة مثل: العقود الوهمية أو كما في حالتنا، توسط البنك.¹

¹ MADJOUR Oualid. Cit p 469

2- الفعل السري هو الفعل الخفي الذي لا يبيده الطرفان للغير ، وهو النية الحقيقية للطرفان وفي هذه القضية، فسر القضاة تعيين شخصيتين من المصرف في مجلس الإدارة الشركة على أنه عمل ظاهري . أما الفعل السري الزام الشركة بإتباع توجيهات البنك.

الفرع الثالث : حالة قيام مسؤولية الدولة عند تقديم المساعدات وتصرفها كمدير فعلي.
توجد حالات تؤهل سلطة عامة لتكون مديرا فعليا. لكن أثار الفقهاء مسألة الاختصاص القضائي. وقامت المحاكم بتحديد الاختصاص على أساس طبيعة الإدارة التي تمارسها. وتم اسناد الاختصاص في حالة الادارة الفعلية للسلطات العامة للمحاكم القضائية، في حين كان يتعين تقديم الدعاوى المرفوعة ضد القادة الفعليين إلى المحاكم الإدارية. و في عام 2006، وضعت محكمة النزاعات معيارا أكثر وضوحًا فجاء في قرارها أنه "في حال المطالبة بالمسؤولية المدنية للدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية، بموجب القانون العام فيما يتعلق بممارسة مهمة الخدمة الإدارية ، يتم اسناده لاختصاص المحاكم القضائية في حال طلب مسؤولية ضمن نشاط ذي طابع صناعي أو تجاري"¹

¹ Michel Jeantin ,Paul Le Cannu,David Robine, Droit des entreprises en difficulté Editeur,Dalloz,Date de parution,13/10/2022,

<https://www.fnac.com/a13057050/Michel-Jeantin-Droit-des-entreprises-en-difficulte#omnsearchpos=15>

consultation du site date 06/09/2024 heure 19:00)

المبحث الثالث: قيام مسؤولية البنك عند عدم تناسب قيمة الائتمان مع قيمة الضمان.

ولد هذا المبدأ من ضرورة حماية الجزء الأضعف من العقد. وقد ولدت هذه المناقشات مفهوماً قانونياً جديداً، وهو في هذه الحالة الالتزام المتناسب. ويشير هذا المفهوم إلى ضرورة التوازن بين الحقوق والالتزامات. وهو مفهوم موضوعي تستخدمه العدالة من أجل حماية مصالح الطرف الأضعف في العقد. و هو الهدف الذي يسعى إليه مبدأ التناسب ويستخدمه الفقه لأغراض اقتصادية لتصحيح الاختلافات المفرطة بين الخدمات الخاصة بالأطراف، حتى لو بدت موافقتهم حرة ومستتيرة، مما يحظر اللجوء إلى العيوب العقد وهكذا، فإن مبدأ التناسب يجعل من الممكن معاقبة على مختلف التجاوزات التي قد تشكل شكلاً من أشكال إساءة استخدام الحقوق أو عدم الالتزام التعاقدي. ويبرز هذا التعاقد بشكل خاص في عقود منح الائتمان بين البنك والعميل الطالب للائتمان،¹ فمن الطبيعي أن يطلب البنك من المؤسسة المتعثرة طالبة الائتمان تقديم ضمانات مقابل الحصول على مبلغ التمويل ، وتعتبر الضمانات وسيلة لتقليل من المخاطر المرتبطة بالتمويل ، وان كان طلب الضمان لا يشكل خطأ من جانب البنك ، الا في حالة طلب ضمان مبالغ فيه ولا

¹MADJOUR Oualid. Cit p 471....

يتناسب مع مبلغ التمويل الممنوح ، مما قد يؤدي إلى عجز في أصول المشروع وعدم كفايتها لسداد التزاماته .¹

ويعتبر مبدأ عدم تناسب قيمة الائتمان مع قيمة القرض الموضوع الأهم والأكثر صعوبة في البحث كون تقديره يعود للبنك وحده فلهذه الحق بالقبول أو رفض الاعتماد ، أو بدعمه أو تجديده ، وبالمقابل يتحمل مخاطره فإذا كان الاستثناءان الآخرين الواردان المادة L.650-1 المذكورين أعلاه والمتعلقان بحالتي الغش وبالتدخل في المشروع المتعثر ، ينطويان على الأعمال مصرفية خاطئة ، غير أنهما يكونان كنتيجة لفعل قام به المصرف وتبرز نيته فيهما فيكونان عن سابق تصور وتصميم من البنك ، بخلاف ذلك فإن مبدأ عدم تناسب قيمة الضمان مع قيمة القرض ، لا يحصل بصورة عرضية ، فالتناسب المثالي يعد ضرباً من الخيال ، خاصة باعتباره مرتبطاً بوقائع اقتصادية ، فالوضع الاقتصادي الذي يكون محققاً بنظر البنك قد يكون مجحفاً بنظر العميل . كما أن معايير منح الائتمان المصرفي قد تختلف من مصرف لآخر ، فالموقف الذي قد يعتمده أحد البنوك في تقدير نسبة الضمان قد لا يلقي نفس القبول بالنسبة لمصرف آخر ، حتى أصبحت عملية تقييم ، منح الائتمان عملية أقرب أن تكون شخصية ، بالإضافة إلى العوامل الاقتصادية والسياسية والمالية ، وهذا ما يجعل هذه العملية لب النشاط المصرفي ، كما أن عملية تقييم المعايير واستنباط المفاهيم القانونية بحثاً عن السند القانوني من أصعب وأدق المسائل .² ومن خلال هذا المبحث سنتطرق لمفهوم الضمان في المطلب الأول ثم يليه مفهوم شرط التناسب في مطلب ثاني وفي الأخير نتطرق لبعض حالات السوابق القضائية المتعلقة بهذا المبدأ .

المطلب الأول: مفهوم الضمان

¹ أنور مطاوع ، المرجع السابق ص 175

² نعيم مغيب ، المرجع السابق ، ص 201

تختلف البنوك حول طبيعة الضمانات المطلوبة للقرض ، حيث يشدد البعض منها دون البعض الآخر على طلب نوع محدد من الضمانات ، ويكمن الهدف من وراء هذا التشديد رفع قيمة الضمان لتكون أكبر من قيمة القرض أحيانا ، حتى ما إذا انخفضت قيمة الضمان في السوق ، فإن البنك لا يتعرض للخسارة .

ولعل ذلك ما يجعل البنوك تتحكم في طالب القرض وتضع شروطا تعجيزية أمام المقترضين ، إلا أن ذلك الاختلاف يرجع لعامل المنافسة بين البنوك لجذب أكبر عدد من المؤسسات الطالبة للائتمان ، ويكمن هدف البنك من طلب الضمانات محاولته النزول بالمخاطر لأدنى مستوياتها ، لكن رغم ذلك نجد عند التفاوض على قيمة القرض تحرص البنوك على التخفيف من وطأه هذه الضمانات ، فهي تمثل بالنسبة لها عبئا إداريا وماليا لا تقوى على الاضطلاع به.¹

ونحدد قيمة الضمان المطلوبة عادة نسبة إلى قيمة التمويل وإلى وضعية العميل الاقتصادية بشكل عام ، بحيث يتم طلب الضمانات تعادل قيمة مبلغ الائتمان ، والفوائد المترتبة عنه بالإضافة إلى هامش يشكل احتياطا للمخاطر المحتملة.² ولتحديد مفهوم الضمان بشكل أدق وأوضح سنقسم هذا المطلب لثلاث فروع نتطرق في الفرع الأول لتعريف الضمان والثاني نوضح فيه خصائص الضمان ثم الفرع الثالث والأخير أنواع الضمان .

الفرع الأول : تعريف الضمان

خليفة بن محمد الحضرمي ، مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الداخلي ، القرض والاعتماد البسيط ، دار الفكر والقانون ، الطبعة الأولى سنة مصر ،

سنة 2022 ص 90¹

لبنى عمر مسقاوي ، و هاني دويدار المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت لبنان ، سنة 2006

ص 113²

الضمان لغة مشتق من الفعل الثلاثي ،"ضمن " وهو جعل الشيء في شيء يحويه ، فيقال ضمنت الشيء أي جعلته في وعائه.¹ وقل أنه لفظ مشتق من الانضمام أو الضم ، لأن ذمة الضامن تتضمن إلى ذمة المضمون عنه ، وقيل تضمن فلان الشيء عني أي التزامه.² أما بالنسبة للقوانين المختلفة المرتبطة بالأعمال المصرفية فقد جاءت خالية من تحديد مفهوم محدد للضمان الائتمان ، لكن حاول الفقه وضع عدة تعريفات مختلفة ، تبعا لاختلاف الزاوية التي ينظر بها إلى الضمان .

فعره الإمام الغزالي بأنه "الضمان هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة".³ فعره بعض الفقهاء بأنه "وجود أفضلية أو أولوية للدائن عبي حق عيني أو نقدي لتسديد الدين ورهن الضمانة لصالح الدائن يعطي امتيازاً خاصاً تجاه باقي الدائنين في تصفية حق موضوع الضمانه"

وعرفه آخرون بأنه "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال وعمل " وقد جاء هذا التعريف بمفهوم واسع إذ شمل ضمان الأموال وضمان الأعمال.

وعرف أيضاً بأنه " وجود أفضلية أو أولوية للدائن على حق عيني أو نقدي لتسديد الدين ورهن الضمانة لصالح الدائن ، يعطي امتيازاً خاصاً تجاه باقي الدائنين في تصفية الحق موضوع الضمانة.

وعرفه آخرون بأنه" أصول تقدم للمقرض كضمان الحصول على الأموال اللازمة". ونلاحظ من خلال التعريفات السابقة أن البعض اعتبره وسيلة علاجية يلجأ إليها المصرف عند عجز العميل المقرض من تسديد مبلغ القرض ، والبعض الآخر اعتبره وسيلة وقائية ضد

¹ بشرى خالد تركي المولى ، ضمانات الائتمان المصرفي ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر سنة 2015 ص 123 نقلا عن أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، الجزء الثالث ، الطبعة الأولى دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة 1368 ص 372

² بشرى خالد تركي المولى ص 123 نقلا عن الشيخ عبد الله البستاني ، الوافي للمعجم الوسيط مكتبة لبنان للطباعة بيروت 1980، ص 266

³ مسعود يونس عطوان عطا ، المرجع السابق ص 664 نقلا عن لحاجي خليفة ، كشف الضنون عن أسامي الكتب والفنون ، طبعة دار الفكر ، 1982 م

الخطر الإعسار للمقترض ، إلا أن جل التعريفات ركزت على كون الضمانات تعطي الأمان للمصرف ويذهب إليها عند اتخاذ القرار بمنح الائتمان المطلوب¹.

ولا تنحصر الضمانات في نطاق التأمينات فقط وإنما تتجاوز هذا النطاق فإذا كانت التأمينات تعد نوعاً من الضمانات فإن العكس غير صحيح، إذ أنه ليس بالضرورة أن يكون كل ضمان نوعاً من التأمينات فقانون التأمينات نشأ بصفته فرعاً مستقلاً ، يركز على الرهن والامتياز والكفالة ، في حين لم تنحصر الضمانات في فرع معين من فروع القانون الأموال².

أما التعريف الأرحح فقد اعتبر ضمان الائتمان المصرفي بأنه "وسائل تأمين تقدم من طالب الائتمان للمصرف لرفع مستوى الأمان لديه عند اتخاذ قرار منح الائتمان ويكون كوسيلة احتياطية عند عجز العميل عن سداد مبلغ القرض."

والملاحظ أن هذا التعريف تضمنه العناصر التالية :

- 1- أعطى خصوصية ل ضمانات الائتمان المصرفي تميزها عن غيرها بكونها وسائل تأمين يعتمد عليها المصرف عند اتخاذ قراره بمنح الائتمان.
- 2- حدد طرفي الضمان المتمثلين بالمصرف بصفته الدائن والعميل بصفته المدين .
- 3- جعل من تقديم الضمان التزاماً ضرورياً على طالب الائتمان للحصول على موافقة المصرف على تقديمه له .

- 4- اعتبر الضمان وسيلة احتياطية لا يتم اللجوء إليها إلا عند العجز عن سداد الدين.³

الفرع الثاني : خصائص الضمان

تتمثل أهم خصائص ضمانات الائتمان بما يلي :

¹ بشري خالد تركي المولى ، المرجع السابق ، ص 126

² نبيل ابراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، دار الجامعة الجديدة ، بدون طبعة ، القاهرة ، 2007 ص 77

³ بشري خالد تركي المولى ، المرجع السابق ص 127

- 1- تتميز بكونها ضمانات اتفاقية فتقديم الضمان هو حق للمصرف والتزام على العميل خصوصا في ضل التطورات الراهنة ، ولجوء المصارف إلى ربط إعطاء التسهيل الائتماني للعميل بتقديم ضمان معين لا يضمن للمصرف حق استرداد أمواله .
- 2- ان الضمانات أوسع من التأمينات فالتأمينات هي احد أنواع الضمانات ، ففكرة الضمان تعبر عن وظيفة اقتصادية أكثر من كونها نظاما قانونيا محدد في حين تكون التأمينات على العكس معبرة عن نظام قانوني محدد له سماته وخصائصه المميزة له ، فكل تأمين هو ضمان وليس كل ضمان هو تأمين ، لأن الضمان لا يقوم بمهمة التأمين التي تضمن حق المصرف إلا في حالات معينة وشروط محددة كما سنبينها لاحقا .
- 3- تتميز ضمانات الائتمان بكونها ضمانات تكميلية استكمالا لعنصر الثقة المتوفر أصلا، إلا أنه يمكن أن تعد مصدرا رئيسيا للاطمئنان ودرء المخاطر الائتمانية خصوصا إذا كان الائتمان ممنوح لمؤسسة متعثرة ماليا ، فتحمي المصرف من اهتزاز ثقته بالمودعين في قدرتهم على الوفاء ، مما يعطي حافزا مشجعا للعميل طالب الائتمان على العمل بجدية اكبر ، مما يزيد من احتمالية نجاح المشاريع التجارية و يجعل المقرض أقل عرضة للتقصير في أداء ديونه.
- 4- تتميز الضمانات العينية عن الضمانات الأخرى ، بخاصية عدم تجزئة الضمان على أساس أن هذا الضمان يبقى ببقاء الدين أو أي جزء منه كما تمتاز بكونها الضمان المناسب للقروض والتسهيلات الائتمانية ، ذات الأخطار المتعددة ، بشمولها على عنصر الاستمرارية .فهي تقوم على تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بالالتزام ، وهي تحقق حماية الدائن من خطر تصرف مدينه في هذا المال إذ أن التأمين العيني بحلول الدائن حق التتبع والتنفيذ عليه في أي يد ينتقل إليها ، كما يقي الدائن من خطر مزاحمة بقية الدائنين مما يخوله من حق التقدم عليهم جميعا في استيفاء حقه من ثمن العين التي يرد عليها التأمين العيني.¹

محمد صبري السعدي التأمينات العينية ، الرهن الرسمي وحق الاختصاص ، والرهن الحيازي وحقوق الامتياز ، دار الهدى ، الجزائر طبعة 2010

5- تمنح الضمانات اطمئنانا أكثر للمصرف في استيفاء حقه كما في الكفالة الشخصية ، لأن تعدد المسؤولين عن الوفاء بهذا الحق يخفف من المخاطر التي يتعرض لها الدائن ، إذا ما انحصرت المسؤولية بمدين واحد فقط ، على شرط أن تكون الكفالة صادرة من المصرف ، أو عن شخص مشهود له بالاستقامة ومتمتع بالإمكانات المالية.¹

6- تمثل الضمانات الحق المطلق بالأولوية لصالح الطرف المضمون حتى تمنع الدائنين الآخرين من الاستفادة من الموجودات موضوع الضمانة في حالة حدوث تصفية لهذه الموجودات، إلا بعد أن يستوفي الفريق لمضمون حقه بالكامل ، ويتميز بوجود عنصر الحماية في الموجودات وتعد هذه الحماية من الخصائص الرئيسية له.

7- تتميز الضمانة الشخصية (الكفالة) بأنها التزام تابع للالتزام الأصلي ، وعليه يتحدد مضمون التزام الكفيل ومقداره على ضوء هذه الصفة تبعا لالتزام المدين فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل بمبلغ أكبر من التزام المكفول.²

المطلب الثاني: أنواع الضمان

تختلف البنوك حول طبيعة الضمانات المطلوبة للقرض ، حيث يشدد البعض من البنوك على طلب نوع معين من الضمانات ، والهدف من ذلك التشدد ، رفع قيمة الضمان لتكون أكبر من قيمة القرض أحيانا ، حتى إذا ما انخفضت قيمة الضمان في السوق ، فإن البنك لا يتعرض للخسارة سيما إذا تطلب الأمر بيع الضمان ، وهو ما يسمى بهامش القرض أحيانا ، حتى ما إذا انخفضت قيمة الضمان في السوق ، فإن البنك لا يتعرض للخسارة ، سيما إذا تطلب الأمر بيع الضمان ، وهو ما يسمى هامش القرض .

وهذا ما يجعل البنوك تتحكم في وضع الائتمان فقد تضع شروطا تعجيزية أمام المقترضين، وترجع البنوك الاختلاف بين الشدة واللين عند منح الائتمان إلى سعر الفائدة في السوق ، مما خلق

¹ حسين عبد اللطيف حمدان ، التأمينات العينية ،الدار الجامعية للنشر ،الاسكندرية 188، ص 35

² بشرى خالد تركي المولى ، المرجع السابق ص 131

منافسة بين البنوك¹، حول طبيعة الضمانات وقيمتها ومدى تناسبها مع قيمة القرض. ونجد في الغالب نوعين من الضمانات تتمثل في التأمينات الشخصية والتأمينات العينية وسنوضحها في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : التأمينات الشخصية

سوف نحاول من خلال هذا الفرع توضيح تعريف التأمينات الشخصية في البند الأول ثم يليه آثار التأمينات الشخصية في البند الثاني كما يلي :

البند الأول : تعريف التأمينات الشخصية

يقصد بالتأمينات الشخصية² الائتمان الذي يمنح على أساس الثقة والسمعة ، فالمصرف هنا لا يطلب من العميل تقديم ضمانات لقاء حصوله على الائتمان المطلوب وإنما يتم منحه ذلك اعتمادا على سمعته ن أي تكون شخصية العميل أو صفة من صفاته هي الباعث الدافع للتعاقد، فالشخصية هنا لها محل اعتبار³، وان التعاملات التجارية تقوم بشكل أساسي على عنصرين مرتبطان بالأشخاص لذا فإن الاعتبار الشخصي يعد أساس في التعاملات التجارية .

فالاعتبارات التي ترتبط بشخص العميل هي التي تدفع البنك للتعاقد مع العميل ومنحه الثقة والائتمان ، ومن هذه الاعتبارات المهمة حسن التصرف وأمانة العميل وماضيه الأخلاقي وسمعته التجارية ، وكذا تنفيذ الالتزامات السابقة بحسن نية وصدقه في التعامل مما كون له سمعة طيبة تؤثر في المركز الائتماني له أمام البنك،⁴ وتخضع عملية منح الائتمان هنا للسلطة التقديرية للبنك ، وتخضع هذه العملية لمبدأ سلطان الإرادة ، إذ لا يمكن الفرض على المصرف أو إلزامه

¹ خليفة بن محمد الحضرمي ، المرجع السابق ص 90

² والجدير بالذكر أن الضمانات الشخصية تكون في الغالب ، على شكل كفالة شخصية ،من شخص يضمن وفاء العميل بالتزاماته الناشئة عن منحه التسهيل الائتماني ، وقد تكون على شكل كفالة مصرفية ، يكفل المصرف بمقتضاها تنفيذ التزام معين على العميل ، إذا لم يف به بنفسه ، ويخضع هذا العقد للقواعد العامة للكفالة . راجع ، علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من وجهة قانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 ص 887.

د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2000 ، ص 396³
علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية القاهرة ، بدون طبعة ، 1968 ، ص 426⁴ .

بمنح الائتمان لمن لا يثق بهم ، وإن المصارف لا تحبذ أن تتوسع في منحها هكذا إئتمانات بدون ضمانات ، لأنها تشكل خطورة مستقبلية من حيث إمكانية الوفاء بها.¹

أن تقديم التمويل لمشروع متعثر بدون ضمانات أصبح أمرا شائعا ، لأنه يعتمد بشكل كبير على مقومات الجدارة الائتمانية ، وعلى طبيعة العلاقة بين البنك والعميل ، ويرى الفقه المصري أن عدم طلب ضمانات كافية لمدراء مشروعات سيئ النية قد يعرض البنك للمسؤولية، إذ قد يؤدي إلى تعثرهم أو يزيد منه .هذا ما يستدعي انتباه البنك ، فالبنوك قد تقبل بالضمان العام على جميع أموال المشروع المتعثر ، الذي ينصب على أموال المدين كلها ، فيشمل ديونه وحقوقه وكل الأموال، الحاضر منها والمستقبل ، وهي ضمانات لكل ديونه بدون تمييز وكذا هي ضمان لكل الدائنين أي تعد قيمة إيجابية لذمة المدين المالية ضمانا للقيم السلبية، فالدائن بإمكانه أن ينفذ على العناصر الإيجابية في الذمة المالية للمدين² والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري نظم الضمان العام بحيث خصص له الفصل الثالث من الباب المتضمن آثار الالتزام تحت عنوان ضمان حقوق الدائنين فنصت المادة الأولى منه وهي المادة 188 من القانون المدني³ على أن "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، وفي حال عدم وجود حق الأفضلية مكتسب طبقا للقانون ، فإن جميع الدائنون متساوون تجاه هذا الضمان وهذا ما يعتبر مفيدا للمشروع المتعثر ، وهنا نكون أمام احتمالين : الأول ، هو أن المشروع قد ينجح في التغلب على صعوباته المالية ، وفي هذه الحالة يتعرض لخطر مزاحمة الدائنين الآخرين ، والثاني هو أن يخفق المشروع في التغلب على الصعوبات المالية ويتعرض لشهر إفلاسه ، وفي هذه الحالة فإن المرتبة التي يشغلها الدائنون ، خاصة من قدمو المساعدات للمشروع بعد توقفه عن الدفع ، لا تشجع على تقديم التمويل بدون ضمانات. فالبنوك هنا تسعى للتوفيق بين الحفاظ على مصالحها وبين تقديم يد العون للمشروع المتعثر .⁴

¹ محمد كاضم هادي المسلماوي ، التنظيم القانوني للجدارة الائتمانية ، دار الوفاء للطباعة والنشر ، الطبعة الأولى، مصر الاسكندرية 2022 ، ص 50

² د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ص 287.

³ القانون المدني الجزائري ،

⁴ أنور مطاوع منصور، المرجع السابق ص 207.

فالبنوك عندما تمنح الائتمان بدون ضمان يكن ذلك لمدة محددة من الزمن ، وبشرط الا تزيد قيمة التمويل عن مبلغ معين ، وفي هذه الحالة يتوجب على المشروع أن يحتفظ في حسابه الجاري بنسبة مئوية معينة قد تتراوح بين 10% أو 20% من قيمة التمويل الممنوح وألا تستمر مديونية المشروع للبنك لأكثر من سنة.¹

البند الثاني : آثار التامينات الشخصية على البنوك

تمتاز التامينات الشخصية بكونها تحمي الدائنين من عدم قدرة المدين على السداد وتحميهم من تجميد ديونهم ، إلا أن العديد من الدائنين يرفض قبول مثل هذه التامينات ، لأن البنك لا يستطيع أن يرجع إلا على المدين الأصلي ، فإذا لم يستوفي حقه يرجع على الكفيل ، كما أن الكفيل إذا كان غير متضامن لا يستطيع البنك الرجوع عليه ، كما أن التزام الكفيل مرتبط بالتزام المدين الأصلي .

كما ان البنوك عندما تقبل ضمان كفالة الغير لسداد مبلغ الدين فإنها تلتزم بإجراء تقييم للجدارة الائتمانية للكفيل للتأكد من ملائته وقوة مركزه المالي ، بحيث من الضروري أن يكون الكفيل موسرا وله مركز مالي مستقر.²

وهنا أصبحت البنوك تبحث عن حل بديل مستخدمة مبدأ التضامن فإذا استطاع البنك أن يجمع بين المدين والكفيل كمدنيين أصليين واشترط تضامنها ، هنا يستطيع البنك أن يطلب قيمة كل الدين من أي منهما ، فالكفيل يلتزم بالضمان مع المدين الأصلي في مواجهة البنك في الكفالة القانونية أو القضائية ، أما الكفالة الاتفاقية ، فإن الكفيل المتضامن يضل كفيلًا ولا يصبح مدينا متضامنا بل يبقى مدينا ثانويا.³

¹ سمير محمد عبد العزيز ن المدخل لإقتصاديات الاستثمار ، التمويل ، التحليل الائتماني ، مدخل في التحليل واتخاذ القرارات ، مركز الاسكندرية للكتاب ، بدون طبعة ، مصر ، 2017 ص 141.

² انور مطاوع منصور المرجع السابق ص 197.

³ عبد الرزاق السنهوري ، الويط في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، المجلد الأول ، أوصاف الالتزام والحوالة ، دار النهضة العربية 1983 ص 293 ومايليها .

في حالة رجوع البنك على الكفيل غير المتضامن أولاً يمكن لهذا الأخير أن يحتج في مواجهة البنك بضرورة الرجوع على البنك أولاً على المدين الأصلي ، كما له أن يتمسك بالدفع التي يمكن أن يتمسك بها المدين الأصلي ، لأن التزامه تابع لالتزام المدين ، كما أنه يستطيع أن يدفع بدفوع خاصة بالكفالة في حد ذاتها . وفي حالة تضامن الكفيل مع المدين الأصلي بمقتضى اتفاق بينهما فيلزم البنك بإدراج شرط التضامن في عقد التمويل المصرفي ذاته الذي أنشأ الدين أو في عقد مستقل عن عقد التمويل ، ولا يمكن هنا افتراض التضامن قذفي مواجهة البنك ، فإذا لم يشترط البنك التضامن فإن الكفيل لا يكون كذلك ¹

الفرع الثاني : التأمينات العينية

تعد التأمينات العينية من أهم الضمانات التي تطلبها البنوك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة وذلك نظراً لما يميزها من خصائص وسنطولى تعريفها وبيان مميزاتها ، في البند الأول ثم يلي ذلك آثار هذه الضمانات على البنوك المانحة للائتمان في البند الثاني .

البند الأول : تعريف التأمينات العينية

ويسمى هذا الشكل من الضمانات الكفالة العينية ، أو التأمينات العينية وهي تأمينات تقوم على تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بالالتزام ، وهي تحقق حماية للدائن من خطر تصرف مدينه في هذا المال ، فيخول للدائن حق التتبع ، والتنفيذ عليه في أي يد انتقل إليها ، مما يقي الدائن من خطر مزاحمة بقية الدائنين ، مما يخوله حق التقدم عليهم جميعاً عند استيفاء حقه من ثمن العين التي يرد عليها التأمين العيني .² وقد نضمها المشرع الجزائري في الكتاب

¹ أنور مطاوع منصور، المرجع السابق ص 199

² محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، التأمينات العينية ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون طبعة الجزائر سنة 2010

الرابع من التقنين المدني ، بعنوان الحقوق العينية التبعية أو التأمينات ، في المواد من 882 إلى 1001 وهي الرهن الرسمي ، وحق التخصيص والرهن الحيازي ، وحقوق الامتياز .¹

في الغالب يطلب الدائن الضمانات العينية إذا كانت ظروف التعاقد توحى بعدم الوفاء خصوصا في حالة المؤسسات المتعثرة ماليا فيعد هذا الشكل من الضمان شائع جدا ، ففي هذه الحالة تكون هنالك شكوك في جدية وقدرة المدين على السداد ويفتقد عنصر الثقة فيطلب البنك شيئا معيناً يضعه في يده يكون بمثابة ضمان في حالة عدم استيفاء قيمة دينه ويسمى رهنا عينيا وقد تكون تسهيلات إئتمانية بضمان بضائع أو ضمان أوراق تجارية أو مالية كما في حالة الاعتماد المستندي . أو بضمان رهن محل تجاري أو رهن عقاري وغيرها من الضمانات الأخرى .² والبنك هو الذي يحدد نوع الضمانات المطلوب بما يتناسب مع حجم الائتمان ومدته ونوعه وغيرها من الظروف الأخرى ويشترط في تلك الضمانات أن تكون مستوفية للشروط وأهمها إمكانية تحويلها إلى نقود وكذا إمكانية إخضاعها للتقدير وكذا إمكانية تحويل ملكيتها للبنك ، كما أن طبيعة الضمان لها تأثير على معدلات التعثر إذ كلما كان الضمان أقوى قلت نسبة التعثر في السداد ، ومن أبرز أنواع الضمانات العينية المطلوبة من المصارف هي الضمانات العقارية والتي تعد أهم أنواع الضمانات وأكثرها اعتمادا لدى المصارف ، وضمانات الأوراق التجارية والمالية وكذا الضمانات المنقولة كالحجز على الآلات ومركبات وغيرها.

وترد الضمانات العينية أما على منقول وتتمثل في الرهن الحيازي للمنقولات ويرد على المنقول ، كالرهن البضائع ورهن الأوراق المالية ، وقد يكون الرهن غير حيازي للمنقولات ويرد على منقولات المعنوية مثل رهن المحل التجاري .³

¹ أنظر المواد 882-1001 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 78، (المعدل والمتمم).

² بشرى خالد تركي المولى ، المرجع السابق ص 143.

³ محمد كاظم هادي المسلماوي ، المرجع السابق ص 52

ويكون رهن العقار رهنا تأمينيا أو رهنا حيازيا فيقوم الرهن الحيازي العقاري في نطاق الائتمان بدور قريب من الدور الذي يقوم به الرهن التأميني ، لكن بالأخذ بما يستلزمه هذا الرهن من ضرورة نقل حيازة العقار للدائن المرتهن أو إلى الأجنبي يتفق عليه المتعاقدان مما يترتب عليه من نتائج تحد من أهمية هذا الرهن في نطاق الائتمان ، وقد يكون الضمان العيني على شكل بضائع مرهونة ، إذ يسمح المصرف بأن تظل البضائع في مخازن المدين ولكنه يقوم برهنها رهنا حيازيا¹.

البند الثاني: آثار التأمينات العينية على البنوك

وينتج عن التأمينات العينية أن البنك يصبح له حق أولوية على غيره من الدائنين ، ففي حالة عجز المشروع عن سداد مبلغ الائتمان ، فيمكن للبنك أن يحجز على العقارات محل التأمينات ويقوم ببيعها ويحصل على حقه في التقدم على باقي الدائنين ، كما يستطيع تتبع المال في أي يد يكون ، بحيث أنه إذا كان المال كافيا للوفاء بالدين فإن البنك يكون في مأمن بحكم حقه في التقدم .

وتحقق التأمينات العينية العديد من المزايا للبنك تتمثل فيما يلي :

1- توفر له الضمان على مال محدد من أموال المشروع ، بخلاف التأمينات الشخصية التي يتراحم فيها البنك مع بقية الدائنين على جميع أموال المشروع ، إذا لم يوفى الكفيل الشخصي بالتزامه في الأجل المتفق عليه.

2- إمكانية تقييم أموال المشروع المتعثر محل التأمين وقت تقديم التمويل بخلاف التأمينات الشخصية التي لا يمكن للبنك فيها أن يقدر مسبقا ملاءة المالية للكفيل ففي الحالة التي يكون فيها طالب الائتمان مؤسسة متعثرة يكون الأنسب والأضمن للبنك طلب تأمينات عينية بدل تأمينات شخصية.

3- كبر قيمة التأمينات العينية في الغالب مما يضمن للبنك استرداد قيمة القرض وكذا الفوائد المترتبة عنه، خاصة وأنه في الغالب قيمة التأمينات العينية تفوق قيمة القرض على عكس التأمينات

¹ بشرى خالد تركي المولى ، المرجع السابق ص 143

الشخصية التي التي لا تحقق مصلحة البنك خصوصا إذا قدم الكفيل العديد من الدفع للتهرب من السداد.¹

هذا لا يعفي من وجود عيوب في التأمينات العينية ، تتمثل فيمايلي:

1- عدم قدرة على تقييم المستقبلي لقيمة الضمان خاصة في المرحلة المرتبطة بين نشأة الرهن ولحظة انتهائه.

2- تبديد أموال المشروع المتعثر محل الضمان في حالة كون الحيازة في يد غير البنك ، وما ينتج عن ذلك من مصاريف تتعلق بالتحفظ على المال محل الرهن ، في حالة بقاءه تحت يد المشروع .

والجدير بالذكر أن البنوك عند تقديم التمويل المصرفي للمشروع المتعثر تتطلب العديد من التأمينات العينية لضمان نفس الدين ، وعندما يكون مبلغ التأمين كبيرا قد يتطلب تأمينات عينية وشخصية في نفس الدين لأن هذا من شأنه أن يحفظ من المخاطر المتعلقة بعجز المشروع عن السداد في ميعاد الاستحقاق. وهذا ما من شأنه أن يحدث عدم تناسب بين قيمة الضمان وقيمة القرض ويحمل البنك المسؤولية.

المطلب الثاني: الأسس القانونية لمبدأ التناسب

تحرص البنوك بشكل خاص بجميع الطرق المتاحة لها لضمان استرداد قيمة الائتمان الممنوح عند طلبه من قبل المؤسسة المتعثرة. وقد نصت المادة L.650-1 على مبدأ عدم تناسب الضمان وتقوم مسؤولية البنك في الحالة التي يطلب فيها ضمان مبالغ فيه ويعد الاستثناء الثالث لمبدأ عدم المسؤولية و يتطلب التفسير من قبل قضاة الموضوع.² إذ لم يشمل جميع الحالات المتعلقة بعدم التناسب بل ترك الأمر لتقييم القاضي. ويمتاز هذا المبدأ بصعوبة اكتشافه نظرا لعدم

¹ أنور مطاوع منصور ، المرجع السابق ، ص 199

² PH. MARINI Avis n° 355 (2004-2005), déposé le 26 mai 2005 Commission des finances pour le Sénat.

<https://www.senat.fr/rap/a04-355/a04-3553.html#toc115> consultation du site date 12/09/2024 heure 21:00)

دقته مما أثار مشكلة التقييم الموكلة للقاضي وسنحاول توضيح غموض مبدأ عدم التناسب والتعريف به وبيان أشكاله في الفروع الثلاثة التالية :

الفرع الأول : غموض مبدأ عدم التناسب

لقد طرح مبدأ عدم التناسب العديد من الاشكالات، بسبب غموضه وعدم وضوح مبادئه القانونية، كما أن المشرع الفرنسي لم يحدده بدقة بل ترك المجال للسوابق القضائية والاجتهادات الخاصة بالمحاكم لتفسيره.

أن مبدأ التناسب موجودا منذ القدم في القانون العام لكن تطور هذا المبدأ في القانون الخاص لا يزال حديثا نسبيا، وقد وجد هذا المبدأ في مجال عقود الائتمان المجال المناسب لتكريسه، خاصة بعد ظهور الاجتهاد القضائي الذي يشكك في مسؤولية المصرفي الذي يمنح المدين ائتمانا لا يتناسب مع قدرته على التسديد مما جعله يبرز بقوة في قانون البنوك بطريقة غير دقيقة للغاية لأن القانون لم يحدد طرق تقييم عدم التناسب، وتبرز عدم الدقة بشكل واضح في المادة L. 650-1 إذ لم يحدد المشرع المعيار الذي يمكن من خلاله تحديد نسبة عدم التناسب الذي يدعو إلى التشكيك في مسؤولية المصرفي. واعتبر بعض الفقهاء ، عدم التناسب في نص المادة أعلاه هو المبالغة في طلب الضمانات ويلاحظ عن طريق عناصر موضوعية.¹

وقد سبقت الأحكام العامة للقانون المدني الأحكام الخاصة في تحديد قيمة الرهن حيث نصت ، الفقرة 2 من المادة 2444 من القانون المدني " على الرهن القانوني والقضائي يعتبر مفرطا إذا زادت قيمة أحدهما أو بعضها على الضعف مضافا إليه الثلث أو 233% من أصل الدين وملحقاته، كما تبنت السوابق القضائية هذا المعيار ، حيث قواعد الحساب المنصوص عليها في المادة المذكورة أعلاه. في الحكم الصادر في 7 فبراير 1979²، ردت محكمة التمييز على حكم صادر

¹ D. ROBINE, L'article L 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné cit p 69

https://www.dalloz-revues.fr/revues/Recueil_Dalloz-21.htm consultation du site date 12/09/2024 heure 21:00)

² Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 7 février 1979, 77-11.283, Publié au bulletin Publication : Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 1 N. 49 P. 42

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007002109> consultation du site date 12/09/2024 heure 21:00)

من محكمة الاستئناف بأنه "يجب على قضاة الموضوع، بعد تقدير مقدار الدين، أن يطبقوا قاعدة الحساب المقررة".¹

يتم تقدير عدم التناسب المفرط عند وجود نسبة مضاعفة بسيطة بين الدين والضمانات. وهي النسبة التي يتبنى القضاة بها مسؤولية البنك. وهذا ما يتطلب حماية مصالح المدين دون التضحية بمصالح البنك، الذي المطالبة بالضمان المناسب لسداد الائتمان الذي يمنحه.

الفرع الثاني : التعريف القانوني لمبدأ عدم التناسب.

يكرس هذا المبدأ مسؤولية البنك عند منح الائتمان في حال أخذ ضمانات أكبر من قيمة القرض وعدم وضع هذا التجاوز ضمن الاطر القانونية المحددة يجعل من البنوك تأخذ ما ليس من حقها أخذه ، وهذا ما يعزز مركز البنك بين بقية الدائنين ، وقد استنبط المشرع الفرنسي هذا الاستثناء من السوابق القضائية الفرنسية حيث سميت هذه القروض " بالقروض المضخمة" ويعتبر الائتمان مضخماً عند تجاوزه بشكل ظاهر إمكانيات الوفاء المتاحة للمؤسسة أو عدمه. ولا و يشترط في هذا الاستثناء أن تكون المؤسسة ميؤوساً منها، فقد تكون في وضع قابل للإصلاح و تتلقي الائتمان، فلم يتفطن إلى عدم تناسب الائتمان وحاجيات المؤسسة أو قدراتها المادية مما جعلها تقع في صعوبات مالية كانت سبباً في إفلاسها، فيثبت خطأ البنك نتيجة إخلاله بواجب الاستعلام الكافي أو واجبي الحيطة والحذر قبل منح الائتمان.²

وقد ورد مفهوم التناسب، حسب المادة 650.1-1 من القانون التجاري ضمن قانون الإجراءات الجماعية، رغم أنها تتضمن مفهوماً معروفاً قبلاً في القانون المدني. كما سبق ذكره حيث يساعد هذا المبدأ على حماية المدين من إساءة الاستخدام الدائن للشروط التعاقدية .

¹ قررت المحكمة العليا ما يلي: "يتمتع قضاة الموضوع بسلطة تقديرية لتقييم الديون المشروطة أو المحتملة أو غير المحددة التي تستخدم كأساس لتسجيلات الرهن العقاري التي يُطلب تخفيضها"

Cour de Cassation, Chambre Civile 3, du 21 février 1984, 83-10.409, Publié au bulletin Publication : Bulletin 1984

III N° 46 <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007012949> consultation du site date 12/09/2024

heur 23:00)

² نعيم مغيب ، المرجع السابق ، ص 204

لقد مرت نشأة هذا المبدأ بعدة مراحل، في الأحكام العامة قبل أن يتم إدراجها ضمن قانون الشركات التي تواجه صعوبات، عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة .

ولا يقصد بالتناسب تساوي قيمة القرض مع قيمة الائتمان، وهو أمر مستحيل كون قيمة الأصول المرهونة متغيرة، و تخضع لمحددات ومتغيرات السوق فقد ترتفع أو تنخفض خصوصا إذا كان الائتمان طويل الأجل، بل يقصد به خلق نوع من التكافؤ أي محاولة إقامة توازن نسبي وليس دقيقا كليا ويكون ذلك عن طريق خلق العدالة بين طالب الائتمان ومانحه ، وسمي "التدبير العادل" الذي يستدعي يتطلب تقييم الأفعال وتقديرها ، وكذا تقدير حسن النية.¹

فالتناسب يخلق التوازن والقياس العادل ، لأنه ليس كل عدم التناسب يعتبر مفرطا، كما أنه لا يكشف في كل الحالات عن سوء نية البنك ، فله دورا مزدوجا في التقييم المرتبط بالسلطة التقديرية للقاضي فقد يكون عدم التناسب سببا لإدانة البنك ، وقيام المسؤولية كما يمكن أن يكون معتدلا ، ويتم اعتباره صحيحا لأنه بمثابة تقييم للملائمة المالية للعميل ، فلا يمكن اعتبار كل عدم تناسب يهدف للإساءة للمؤسسة .

والجدير بالذكر أن البنوك عند منحها للائتمان للمؤسسات المتعثرة ، قد تحرص على زيادة قيمة الضمان خوفا من عجز العميل عن السداد فتجد نفسها بين تطبيق معايير الملائمة المالية واتخاذ واجب الحيطة والحذر وبين قيام مسؤوليتها بسبب طلبها لضمان مبالغ فيه.²

الفرع الثالث : أشكال عدم التناسب

يتم تحديد الضمانات المطلوبة بحسب مبلغ الائتمان المطلوب من قبل العميل ، فيتم طلب ضمانات تساوي قيمة الائتمان الممنوح مضافا إليه الهامش الاحتياطي للمخاطر المحتملة وتتمثل إشكال عدم التناسب في الحالتين التاليتين:

¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, Rapport introductif, Colloque du 20 mars 1998, Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris p 3 . <https://www.labase-lextenso.fr/revue/LPA/1998/117> consultation du site date 12/09/2024 heure 23:00)

² Anne-Laure CAPOEN Directeur de Thèse Corinne Saint-Alary-Houin cit p 148-149

1- أن يتم ربط منح الائتمان بتقديم ضمانات لا تتناسب قيمتها معه، أي أن تتجاوز قيمة الضمانات المطلوبة من طرف البنك بمبلغ كبير قيمة الائتمان والفوائد المحسوبة عليه وكذا هامش المخاطر المقدرة ، وهنا يقوم البنك بعرقلة حصول العميل على الائتمان خاصة إذا كانت الضمانات التي قدمها هي الضمانات الوحيدة التي يملكها أو التي يمكنه تأمينها ، فلا يجوز للبنك أن يطلب من العميل ضمانات أكثر حتى ولو كان العميل يملك أو يمكنه تأمين ضمانات إضافية ، فإن طلب البنك تقديمها إليه لقاء منحه الائتمان يؤدي إلى إثقال كاهل العميل ، وحرمانه من الحق بالانتفاع بالضمانات الإضافية المطلوبة في مجالات أخرى غير مجال الائتمان ، مما يلحق ضررا أكيدا بطالب الائتمان في كلتا الحالتين .

وتصرف البنك هنا يخرج عن إطار دوره الاقتصادي ويحوله إلى مجرد تاجر يسعى للربح من خلال طلب ضمانات إضافية ، وبعد ذلك تعسفا يدل على انحراف البنك في ممارسته حقه في منح الائتمان عن الغرض الحقيقي له .¹

2- أن يتم منح الائتمان لمؤسسة متعثرة مقابل ضمانات كبيرة بالرغم من أن دراسة ملف الائتمان و الملائة المالية تظهر عدم إمكانية ذلك .في هذه الحالة يكون منح الائتمان لهدف وحيد وهو الحصول على الضمانات كبيرة في حاله إفلاس العميل و يخفي البنك سوء نيته بالاستيلاء على الضمانات بمجرد أن يعجز العميل عن التسديد ، مع العلم أن احتمال عجز المؤسسة يكون قويا بالنسبة للمؤسسات المتعثرة ، ويعد هذا التصرف تعسفا في استعمال الحق قائما على سوء نية البنك الذي يمنح الائتمان محكوما عليه مسبقا بالفشل طمعا في الضمانات المقدمة معه.²

المطلب الثالث: تطبيق مبدأ التناسب

¹ لبنى عمرمسقاوي ، هاني محمد دويدار، المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي، منشورات الحلبي الحقوقية ،نه، الطبعة الاولى ،2006، بيروت لبنان ،ص 113-114.

² لبنى عمرمسقاوي ، هاني محمد دويدار، المرجع السابق ص 144

لم يكن شرط التناسب مجهولا في مسائل القانون المصرفي. لقد كانت موجودة في إطار واجبات الحيطة والحذر الذي يلتزم به المصرفي، من خلال الالتزام بعدم منح كبيرة لا تتناسب مع القدرات المالية للمؤسسة المتعثرة كما استخدمت السوابق القضائية مصطلح " عدم التناسب " أو " غير متوافق " أو " غير مرتبط " بالقدرات السداد. في حالة الإجراءات الجماعية من قبل المدين، فإن عدم الامتثال لهذه المتطلبات يمكن أن يؤدي إلى تحميل المصرفي المسؤولية، تعاقديا، عن الائتمان المسيء. والتناسب مفهوم معروف جيدا في القانون العام للمسؤولية المصرفية، ولكن فقط في سياق الائتمان غير المتناسب، وليس الضمان غير المتناسب. وسنوضح في الفروع الثلاثة التالية الصعوبات المرتبطة بتطبيق مبدأ التناسب.

الفرع الأول: الصعوبات المرتبطة بتطبيق مبدأ التناسب

إن مبدأ التناسب من السهل توضيحه ودراسته نظريا، لكن من الصعب تطبيقه في المجال العملي، حيث انه مرتبط بتعقيدات مختلفة سنطرق لها بالتفصيل في البندين التاليين الأول يتمثل في صعوبة تقييم مبدأ عدم التناسب والثاني متمثل في صعوب تقدير الموجودات المرهونة.

البند الأول: صعوبة تقييم مبدأ عدم التناسب

إن إضافة جميع الضمانات ، يجعل مبلغها أكبر من مبلغ الائتمان ومن الضروري معرفة العتبة التي يقرر من خلالها القاضي أن الضمانات مبالغ فيها أم لا لتقدير مبلغ عدم التناسب ، بحيث لم يقدم النص أي إشارة هنا،¹ لكن لم يتم اعتماد معيار عدم التناسب ، الموضوعي بحيث يكون كما يلي:

1- تقدير نسبة التفاوت بسيط أم تفاوت كبير؟

¹R. DAMMANN, Soutien abusif : la responsabilité des banques, Les Echos, 19 septembre 2005, p 13

<https://www.lesechos.fr/2005/09/soutien-abusif-la-responsabilite-des-banques-617097> visit de site 20/09/2024

heur 14:00

من الضروري معرفة طرق تحديد نسبة المبلغ التعسفي لم يحدد المشرع أي حد. تختلف قيمة الضمانات بمرور الوقت وفي تمويل المشاريع، كما تم توضيحه في ملف Eurotunnel، أخذت البنوك جميع أصول الشركة المقترضة كضمان، بالإضافة إلى إيراداتها المستقبلية. يجب على القاضي اتخاذ الموقف في وقت إنشاء الضمان والإشارة إلى الحد الأقصى لمبلغ التزامات البنك (بالإضافة إلى الفوائد وتكاليف الاسترداد). وينبغي تقدير قيمة الضمان بالرجوع إلى قيمته المستقبلية في حالة افتتاح إجراءات الإعسار.

أن الضمان المقدم قبل بداية فترة الرتبة بوقت طويل يمكن أن يتم إلغاؤه و تسقط دعوى البطلان خلال عشر سنوات من ظهور الضرر. وبما أن البطلان له أثر رجعي، فيجب على المصرفي أن يعيد أي مبلغ قبضه قبلاً بصفته المستفيد من الضمان.¹

والملاحظ في مبدأ عدم التناسب المنصوص عليه في المادة L.650-1 من قانون التجاري الفرنسي، ان المشرع لم يوضح نسبة التفاوت فهل كان هذا الأمر سهواً أو متعمداً، بحيث يضطر القاضي إلى معاقبة كل عدم تناسب يتم ملاحظته؟ وهذا ما سيوسع من السلطة لتقديرية للقاضي ويطيل الإجراءات التقاضي، مما يجعل مبدأ عدم التناسب هو أصل الائتمان وتناسب كاستثناء فيخرج هذا المبدأ عن أهدافه الأصلية ، ومن الضروري معرفة النية الحقيقية للمشرع ، فمن غير المعقول أن يعاقب على عدم التناسب، بالرغم من كونه ليس يحتاج للتفسير والتوضيح.

2- التقييم موضوعي لعدم التناسب:

استخدم المشرع مصطلح "غير متناسب بشكل واضح"، في كثير من الحالات التي استدعت مراقبة نسبة التناسب كما هو الحال في المادة L.341-4 من قانون المستهلك. وعندما يقوم به القضاة، فإنهم يسعون بأنفسهم إلى تحديد العناصر التي تكشف عن "التفاوت

¹ R. DAMMANN, Soutien abusif : la responsabilité des banques cité .

<https://www.lesechos.fr/2005/09/soutien-abusif-la-responsabilite-des-banques-617097> visit de site 20/09/2024

الواضح". وحتى لو لم يستخدموا هذا اللفظ في كل مرة، كان الأمر بالنسبة لهم يتعلق بإدانة عدم التناسب الواضح والصادم.¹

ويرى الفقيه Pokouche أيضاً أنه عند استخدام عبارة "التفاوت الواضح"، فإنها في الواقع تشير إلى مفهوم الإفراط. وربما أراد المشرع، بإغفال هذا التوضيح، معاقبة التفاوت فقط، وليس الإفراط.

البند الثاني : صعوبة تقدير قيمة الموجودات المرهونة

ان قيمة الممتلكات المرهونة بالضمان غير ثابتة مما يجعل مبلغ الضمان من الصعب تقييمه؛ فالأصول، هي أساس الضمان، من المرجح أن ترتفع أو تنخفض قيمتها، إذ يصعب تقدير قيمة الموجودات المرهونة. بسبب تقلبات قيمة الممتلكات أثناء إنشاء الضمان وعندما لا مثل حالة تطور قيمة الورقة النقدية أو ارتفاع أسعار بعض العقارات ويترك هذا الأمر لتقدير القضاة، بسبب عدم القدرة على التحكم في قيمة الضمانات ويلتزم البنك بالحفاظ على نسبة عادلة بين مبلغ الضمان المقدم والدين المضمون. في هذه الحالات، لا يمكن طرح حجة عدم التناسب من أجل تحميل المصرفي المسؤولية. ومن ناحية أخرى، هناك حالات كثيرة لا يخضع فيها المانح لمثل هذا الالتزام. هذا ما جعل البنك يرغب في الحصول على المزيد من الضمانات لمنع تقلبات قيمة الضمان مقابل ذلك يقوم الدائنون بتقييم الضمانات التي سيتم تقديمها في حالة الإجراءات الجماعية من قبل المدين، مما يجعلهم يبالغون في حماية مصالحهم. ومن هنا تأتي صعوبة تحديد موعد عدم التناسب هل يجب أن نقدر قيمة عدم التناسب بحسب قيمة البضاعة الثابتة في يوم تقديم الضمان أم بمبلغ الذي وصلت إليه

وقد تطرق بروفيسور R. DAMMANN الى توضيح أن القيمة المستقبلية للأوراق المالية، هي التي يجب الأخذ بها وليس إلى قيمتها الفورية التي يمكن تحقيقها، في حال افتتاح إجراءات إعسار للمدين. فتمت الإشارة إلى الحد الأقصى للمبلغ المسموح به في اتفاقية الائتمان، بالإضافة إلى الفائدة المتوقعة وتكاليف الاسترداد، أي المبلغ المقابل للمخاطر الحقيقية للبنك وبالتالي، ومنه

¹ D. BAKOUCHE, L'excès en droit civil, Préface de M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2005.p56

يجب إجراء فحص التناسب عند الحصول على الضمانات، مع مراعاة القيمة المستقبلية لهذه الضمانات،¹.

الفرع الثاني : تطبيقات مبدأ التناسب في السوابق القضائية

ثبت عدم التناسب في الضمان، لأول مرة، بموجب السوابق القضائية في حكم صادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 17 يونيو 1997،² وباعتباره أمر جديد، تم التعليق على الحكم بشكل واضح . من خلال وقائع القضية المبلغ عنها هي كما يلي: في 23 ديسمبر 1987، قام السيد ماكرون، رئيس مجلس إدارة Comptoir Français des Pétroles du Nord ، بدور الضامن للبنك الدولي لغرب إفريقيا (BIAO) ، بجميع ديون شركته تجاه هذا البنك بمبلغ وقدره 20,000,000 فرنك سويسري بالإضافة إلى الفوائد والعمولات والرسوم والملحقات. وفي مواجهة الصعوبات المالية التي أدت إلى تفاقم وضعها، تم وضع الشركة المعنية تحت الحراسة القضائية. ومن أجل استرداد ديونه، قام البنك بعد ذلك بتعيين الكفيل تنفيذاً لالتزامه.

إن المادة L. 650-1 من قانون التجاري الفرنسي تستهدف عدم التناسب بين قيمة البضائع المضمونة و مبلغ الدين المضمون. وقد جاءت لحماية المدين المتعثر من تجاوزات الدائن.³ وقد تم اعتماد الحل الذي تم تقديمه في قضية ماكرون بشكل نهائي ، أصبح موضع تساؤل بسبب عكس الاجتهاد القضائي الذي أجرته الغرفة التجارية بمحكمة التمييز وورد في الحكم الصادر بتاريخ 8 أكتوبر 2002، تخلى كبار القضاة عن مبدأ التناسب الذي احتفظ به حكم ماكرون. تتعلق وقائع القضية بمديرين، "ديفيد ومارك ماهوم، على التوالي"، رئيس مجلس الإدارة والمدير العام

¹ R. DAMMANN, Banques et banquiers responsables, in Responsabilité et régulations économiques sous la direction de M-A FRISON-ROCHE, Presse de Sciences Po et Dalloz, 2007, p 16 et s., spéc. p 20, n° 202 copier de Anne-Laure CAPOEN cité p 163

² Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 17 juin 1997, 95-14.105, Publié au bulletin écision attaquée : Cour d'appel de Paris, 1995-02-08, du 08 février 1995 Publication : Bulletin 1997 IV N° 188 p. 165 <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007037051/> consultation de site 13/09/2024 heur 15:00

³ Voir notamment : R. Damman, « La situation des banques, titulaires de suretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », B&D septembre/octobre 2005. n° 103. p. 16 ; D. Legeais. Note. Sous. Cass. com. 17 juin 1997. JCP. 1997. E. II. 1007 ; P. Crocq. Note. Sous. Cass. com. 17 juin 1997. RTD. civ., 1998. p. 157.

لشركة العقارات مارسو، الذين عمل كل منهما كضامن لدين يهدف إلى تمويل صفقة عقارية. وبعد فشل الصفقة، تمت تصفية الشركة وطالب البنك من الضامين بتنفيذ التزاماتهم. وأمام محكمة الاستئناف، احتج الكفلاء بالطبيعة غير المتناسبة للكفالة فيما يتعلق بدخلهم. ولم يجد طلبهم صدى لدى قضاة الدرجة الثانية الذين اعتبروا أن الضمانات المأخوذة تتعلق بالأرباح المتوقعة من عملية المضاربة. وبعد رفض الطلب، قدم الضامنان استئنافاً أمام محكمة النقض، في إشارة إلى السوابق القضائية لحكم لماكرون.

رفض قضاة المحكمة العليا طلبهم على أساس المديرين في هذه القضية : "لم يدّعوا ولم يثبتوا مطلقاً أن البنك كان سيحصل على دخلهم وأصولهم وقدراتهم على السداد المتوقعة في حالة النجاح المتوقع" وتبنت محكمة التمييز حلاً يقوم على عدم تبادل المعلومات بين المصرفي وعميله. وهي لا تقوم على عدم تناسب الضمانات كما كان الحال في قضية ماكرون¹. ونتيجة لذلك، فإن هذه السوابق القضائية تقترب كثيراً من الإخلال بالالتزام بالنصح والمشورة .

²بينما لا يستطيع الكفيل المدير أن يعتمد على مبدأ التناسب. ويمكن تحميل البنك المسؤولية لأسباب أخرى، ولا سيما فيما يتعلق بالإخلال بواجب تقديم المشورة.

¹ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 8 octobre 2002, 99-18.619, Publié au bulletinAudience publique du mardi 08 octobre 2002 Décision attaquée : Cour d'appel de Paris, 1999-06-18, du 18 juin 1999Publication : Bulletin 2002 IV N° 136 p. 152

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007045872>

²J. Lasserre-Capdeville, « Le banquier dispensateur de crédit face au principe de proportionnalité », B&D n°113. mai/juin 2007. p. 25. P. Crocq. Note. Sous. Cass. com. 25 mars 2003. RTD. civ., p. 124 ; D. Legeais et A. Cerles. Note. Sous. Cass. com. 18 mai 2005. RDBF, novembre/décembre 2005. p. 16.

وهذا التمييز الذي أقرته السوابق القضائية بين الضامن التنفيذي والكفيل الذي يمكن وصفه بالشخص العادي، يمكن أن يصبح موضع تساؤل من خلال التفسيرات المستقبلية لأحكام قانون 1 أوت 2003 المعروف بقانون المبادرة الاقتصادية.¹

المطلب الرابع: بطلان الضمانات الناتجة عن منح الائتمان للمؤسسة المتعثرة

حسب الصيغة القديمة للفقرة 2 من المادة L.650-1 من القانون التجاري:

"وفي حالة الاعتراف بمسؤولية الدائن، فإن الضمانات التي تؤخذ مقابل هذه المساعدة تكون باطلة". وقد ظلت هذه العقوبة التي فرضها المشرع موضع جدل حاد في الفقه القانوني كما سبق ذكره واختلفت تحليلاتها تفسيراتها القانونية وسنتطرق للتفسيرين الخاصين بها في الفرع الأول ثم يليه أثار بطلان الضمانات في الفرع الثاني كما يلي :

الفرع الأول: تفسير بطلان الضمانات

لقد تم تفسير بطلان الضمانات كما يلي:

التفسير الأول: يعتبر أن هذه العقوبة لا تطبق إلا في حالة عدم تناسب الضمانات مع قيمة الائتمان. أي لا ترتبط العقوبة بحالات قيام المسؤولية الأخرى، وهما الاحتيال والتدخل الفعلي. وقد رفض هذا التفسير ، لأنه من غير الممكن أن يكون المشرع قد وضع نظام خاص لخطأ واحد من مقدم الائتمان وهو مبدأ عدم التناسب، كما أن تأييد مثل هذا التفسير يعني أن القضاة يجب عليهم تكييف عقوبة خاصة لكل خطأ فيجد المتقاضون أنفسهم أمام أنظمة مختلفة مطبقة يستفيد منها ضحايا الحصول على الضمانات غير متناسبة دون غيرهم.

¹ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 25 mars 2003, 01-01.690, Publié au bulletin Décision attaquée

: Cour d'appel de Poitiers, 2000-12-12, du 12 décembre 2000 Publication : Bulletin 2003 IV N° 50 p. 58

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007047966> consultation de site 14/09/2024 h 11:00

التفسير الثاني وقد أخذ به الأغلبية واعتبروا أنه في كل مرة يتم فيها الاعتراف بمسؤولية الدائن بسبب الائتمان الممنوح ، يتم أخذ الضمانات مقابل ذلك. أي تنطبق حالة بطلان الضمانات على كل استثناء من مبدأ عدم المسؤولية المنصوص عليه في المادة L.650-1 من القانون التجاري، أي جعل جميع حالات قيام المسؤولية تشترك في عقوبة الغاء الضمانات وهو الرأي الأرجح ، لأن حسب الصياغة النصية للمادة L.650-1 ،¹ تم إدراج العقوبة في فقرة ثانية من المادة والمتعلقة باستثناء عدم تناسب الضمانات مما يجعل القارئ ينسبها إليها في حين أن الهدف المقصود هو ربطها بجميع الاستثناءات. أب عندما يتم الاعتراف بالاحتيال أو التدخل أو الحصول على ضمانات غير متناسبة، ستم معاقبة البنك ، بالإضافة إلى المطالبة بالتعويضات بالبطلان. وهي عقوبة إضافية تضاف إلى التعويض.²

الفرع الثاني : آثار بطلان الضمانات

إن البطلان في الفقرة 2 من المادة L.650-1 يمكن القاضي من أن يطبق العقوبة بكل بساطة، دون أن يستخدم سلطته التقديرية بتعديل العقوبة بحسب الخطأ المرتكب، وهذا ما يدل على تشديد المشرع للعقوبة لكن الملاحظ أن السوابق القضائية اكتفت في كثير من الحالات بإلغاء دون إبطال ، ودعى القضاة الى استبدال العقوبة المشددة المتمثلة في بطلان الضمانات، بتخفيضها حيث اعرض الكثير من المؤلفين والفقهاء الفرنسيين على الطبيعة المشددة و المطلقة لبطلان الفقرة 2 من المادة L.650-1 من القانون التجاري.³

إلا أن هذا الرأي لم يحضى بتأييد الأغلبية التي اعتبرته بطلاناً مطلقاً بلا منازع. إذ يمكن لأي طرف ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان: سواء كان المدين، الضامن، أو دائنو المدين الآخرين. .

¹ J. Lasserre-Capdeville, cité p19

² MADJOUR Oualid. Cit p 478

³ R. Routier, « Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif », Art. préc. p. 33 ; D. Robine, « L'article L.650-1 un « cadeau » empoisonné ? », Art. préc. p. 69. Pour ces deux auteurs la nullité dont il est question à l'alinéa 2 de l'article L.650-1 du code de commerce n'est autre que relative.

ويترتب عن عقوبة البطلان عواقب وخيمة على البنك، الذي يلغي ضمانه بأثر رجعي ويلزمه برد المبالغ التي سبق أن حصل عليها، إن الجمع بين البطلان والتعويض عن الضرر يشكل عقوبة شديدة للغاية. فأصبحت الأحكام التي كانت تهدف في السابق إلى حماية مانح الائتمان تساهم في زيادة تعقيد وضعه. وهذا ملاحظه المشرع الفرنسي حيث قام بعد ثلاث سنوات فقط من دخول المادة L.650-1 من القانون التجاري حيز التنفيذ، تخفيف العقوبة. فعدل الأمر الصادر في 18 ديسمبر 2008 بشكل مناسب صياغة الفقرة 2 من المادة L.650-1 من القانون التجاري فأصبحت كما يلي : الضمانات المتخذة مقابل المساعدات "قد يتم إلغاؤها أو تخفيضها". وقد حظيت هذه الصياغة الجديدة بالترحيب بالإجماع من قبل فقهاء القانون الذين يرون أنه من الحكمة للغاية ترك للقضاة الحق في تقييم العقوبة الأكثر ملاءمة. وبالتالي، إذا ارتكب الدائن الاحتيال، فلن يكون البطلان التام كعقوبة مفرطة. ومن ناحية أخرى، إذا تدخل في إدارة موكله أو إذا حصل على ضمانات غير متناسبة، فستكون هناك احتمالات أخرى لمعاقبته.¹

¹R. Routier, « Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif », Art. préc. p. 33 ; D. Robine, « L'article L.650-1 un « cadeau » empoisonné ? », Art. préc. p. 69. Pour ces deux auteurs la nullité dont il est question à l'alinéa 2 de l'article L.650-1 du code de commerce n'est autre que relative. copier de MADJOUR Oualid. Cit p 479

الفصل الثاني

قيام مسؤولية البنك خارج نطاق المادة

L-650.1 من القانون التجاري

الفصل الثاني: قيام مسؤولية البنك خارج نطاق المادة L.650.1 من القانون التجاري

ان قيام المسؤولية البنك لم يقتصر على الحالات التي حددها على سبيل الحصر المشرع الفرنسي في نص المادة L.650.1 كما سبق ذكره ، بل أشارت الأحكام العامة إلى قيام المسؤولية البنك ، ولكن خضوع البنك لأحكام المسؤولية في المبادئ العامة يعد أمر صعبا باعتبار البنك شخصا مهنيا ، فإن خطأه أكثر اتساعا بحيث تتم مراقبة إخلاله بالتزاماته بموجب القواعد القانونية والعرفية التي ترتبط بمؤسسات الائتمان ، كما أن مسؤوليته تكون في حدود السلطات التي يمارسها ، بحيث يعتبر البنك مختصا في الأمور والمسائل المالية وما ترتب عليها من مشاكل ، ومنه فإن وصف تصرفات سلوك البنك بالخطأ من عدمه ، يجب أن يخضع للمقارنة بينه وبين سلوكات البنوك الأخرى ، بالنظر إلى مقتضيات الواقع العملي وكذا أعراف والقواعد المهنية المصرفية التي تنظم أعمال البنوك وتلقي على عاتقها التزامات خاصة ، هذا ما يستدعي منا الطرق لالتزامات البنك قبل أن نخرج على قيام مسؤوليته في حال الإخلال بإحداها ، وسنوضح ذلك في المبحث الأول، باعتبارها تختلف حسب مراحل منح الائتمان سواء كان ذلك سابقا لعقد الائتمان أو عند منح الائتمان أو أثناء إنجائه ، أما المبحث الثاني فنتطرق فيه قيام مسؤولية البنك نتيجة تصرفاته التعسفية والتي تختلف حسب طبيعتها سواء كانت مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية .

المبحث الأول: قيام مسؤولية البنك نتيجة إخلاله بالتزامات البنك عند منح الائتمان

للمؤسسات المتعثرة

نظرا لأهمية عقود الائتمان ودورها الفعال في الحياة الاقتصادية فقد تجاوزت الالتزامات المتضمنة في تلك العقود البنود الحرفية بحيث أصبحت واسعة النطاق باعتبارها تحقق أهدافا اقتصادية ، باعتبار دور البنك لا يتمثل في تنفيذ الالتزامات فقط بل يتعدى الى مرحلة انشاء العقد وتنفيذه وهذا مايجعل من البنك مطالب بمتابعة عقد الائتمان في جميع مراحله، حماية لمصالحه وكذا لضمان استرداد قيمة القرض ، لاسيما بالنسبة للمؤسسات المتعثرة التي يعتبر اتخاذ القرار الائتماني بالنسبة لها جد صعب ودقيق ويخضع لمعايير صارمة ودقيقة وسنطرق للالتزامات البنك تجاه المؤسسات المتعثرة في ثلاث مطالب التالية:

المطلب الأول: التزامات البنك السابقة لعقد منح الائتمان

يرتبط منح الائتمان بالخطر الذي يشكل تهديدا لأداء البنوك كما أنه أحد العناصر والركائز الأساسية التي تعتمد عليها العمليات الائتمانية ويبقى تقديره نسبي بحسب المركز المالي لطالب الائتمان فالبنوك ملزمة بالتقيد بالقوانين والتعليمات لتعزيز الثقة بينها وبين العملاء وحفاظا على وجودها . بحيث يجب أن يكون القرار المتخذة من قبل البنوك مستوفيا لجميع الشروط والتي تتطلب، التحقق من مدى جدارة الزبون واستحقاقه للثقة .

من خلال التزام البنك بواجب التحري والاستعلام والتحقق من الجدارة الائتمانية وسنشرحه في الفرع الأول ثم يليه عناصر الجدارة الائتمانية في الفرع الثاني .

الفرع الأول:الالتزام بالتحري والتحقق من الجدارة الائتمانية لطالب الائتمان.

من خلال هذا الالتزام يقوم البنك بتحليل المعلومات بشكل دقيق وواضح وذلك لمعرفة مدى ملائمة المعلومات المقدمة من قبل العميل لاتخاذ القرار المناسب سواء بالإيجاب أو السلب بشأن منح أو رفض منح الاعتماد لطالبه ، لكن عندما لا يكون العميل في وضع مالي مستقر يتبع البنك معايير تقييم صارمة ،من خلال تقييم الجدارة الائتمانية وسنقوم بشرح

وتوضيح مفهوم الجدارة الائتمانية وطرق قياسها وأنواعها في البند الأول وننتقل الى مدى تطبيقها لدى المشرع الجزائري.

البند الأول : تقييم الجدارة الائتمانية لطالب الائتمان

لقد عرفها الفقهاء بأنها " تحديد مدى رغبة واستطاعة طالب الائتمان في تسديد ما يترتب بزمته من التزامات مستقبلية قد تنشأ عند منحه ائتمانا من مصرف أو أي مؤسسة مالية حسب الشروط محددة يتم الاتفاق عليها مع الطرف المانح للائتمان ، مع الأخذ بعين الاعتبار دفعات الوفاء أو السداد والوقت المحدد لتنفيذ ذلك " ¹ وهذا بعد قيام البنك بدراسة مؤشرات وعوامل محددة تتعلق بالعميل طالب الائتمان ، وتبنى الجدارة الائتمانية على ركيزتين أساسيتين وهما القدرة والرغبة ، ويقصد بالقدرة تحديد مدى إمكانية طالب الائتمان من تسديد التزاماته تجاه البنك بعد منحه الائتمان ، والرغبة يقصد بها نيته في الوفاء ورغبته الصادقة برد قيمة الدين. ونظرا لخطورة وأهمية منج الائتمان فإن المصارف تعمل على وضع طرق لقياس الجدارة الائتمانية للعميل ومن أبرز هذه المؤشرات :

1- طريقة قياس المؤشرات السطحية

ويكمن الهدف من هذه الطريقة في معرفة ضخامة الدين ومدى ثقله على أعباء وتتمثل مؤشراتته فيمايلي:

- نسبة الدين الخاص لمجموع الديون العامة.
- النسبة بين المدفوعات لخدمة الدين الى كل من ناتج مشروع طالب الائتمان صادراته واحتياطاته وكذا معدله في النمو .

2- طريقة القياس الداخلي : يقوم المصرف من خلال هذه الطريقة بقياس الجدارة الائتمانية ، وفق معايير محددة فيتم تقدير مستوى الخسائر المستقبلية والمخاطر المحتملة

التي تؤثر في الائتمان الممنوح ، كما تقوم البنوك بقياس نسبة المخاطر ، التي يقاس بها مستوى الجدارة الائتمانية تحت مراقبة السلطات الرقابية المختصة .

3- طريقة الأسلوب المتقدم ، وفي هذه الحالة تعتمد البنوك فيها على مجهودها الخاص في تقدير احتمالات العجز عن السداد ومستوى الخسائر والمخاطر عند عدم وفاء العميل بالتزاماته وهذا يكون بعيد عن رقابة السلطات ، بمعنى آخر يكون لها حرية أكثر في إجراء عمليات القياس وفي هذه الطريقة يتم الاعتماد على ثلاث عناصر مهمة وهي (مكونات المخاطر وأوزان المخاطر ، بيان ادني حد من معايير منح الائتمان.¹

تختلف الجدارة الائتمانية باختلاف الجهة طالبة الائتمان ، فالإئتمان المرتبط بالحكومات والدول بشكل عام يطلق عليه الجدارة الائتمانية السيادية ، ويوجد كذلك الجدارة الائتمانية للعملاء والجدارة الائتمانية للمؤسسات المالية ، لكن سنركز في موضوعنا على الجدارة الائتمانية للعملاء باعتبارهم أشخاص معنويين . خصوصا المؤسسات المتعثرة .

تعتبر الجدارة الائتمانية للمؤسسات المتعثرة من أهم المبادئ الثابتة والمستقرة والتي يجب أن تتوفر في العميل طالب الائتمان ويطلق عليها² 5C

فيعتمد البنك بشكل أساسي على معلومات خارجية لتقييم سمعة العميل، والوضع المالي له وماهية ونوع الضمان المقدم منه للمصرف مقابل منحه الائتمان ، وقد تقوم بهذا الدور شركات خاصة تنشئها الدولة متخصصة بتقديم المعلومات الائتمانية حول طالبي الائتمان وقد يكون من طرف البنك بحد ذاته، فالمؤسسات الطالبة للائتمان يكون لأغلبها سجلات تتضمن سلوكها الائتماني وجميع معاملاتها التجارية ، ومنه يتم تقدير مدى ملاءة العميل المالية ومستوى قدرته على الوفاء بما التزم به من التزامات مالية مع المصرف، فقدره الجهة طالبة الائتمان على الوفاء بقيمة الائتمان والفوائد المترتبة عليه، ومخاطر عدم الوفاء تجاه مانح

¹ محمد كاظم هادي المسلماوي ، التنظيم القانوني للجدارة الائتمانية ، دار الوفاء للطباعة والنشر ، الطبعة الأولى ، مصر سنة 2022 ص 81-82

² . وهي مختصر لمجموعة من المبادئ والمعايير الأساسية في الجدارة الائتمانية للعملاء وهي شخصية المقترض (character) قدرته على السداد (capacity) رأس المال (capital) الظروف المحيطة به (conditions) . والضمانات (collaterals)

الائتمان هي ما يشكل مفهوم الجدارة الائتمانية للعملاء، فإما أن يكون الارتفاع في تقييم الجدارة هو المؤشر الايجابي أو الانخفاض والتراجع في مستوى التقييم الائتماني هو المؤشر السلبي.

البند الثاني : معايير الجدارة الائتمانية

كما يخضع تقييم الجدارة الائتمانية لجملة من المعايير ، والتي تعد بمثابة مرتكزت أساسية في عمليات تقييم الائتمان المصرفي وفقد تكون معايير شخصية أو معايير مادية وتتمثل فيما يلي :

1- المعايير الشخصية تتمثل فيما يلي

- الإدارة والخبرة :وهي طريقة العمل الذي يتبعه العميل من أجل تحقيق أهدافه وضمان ديمومة نشاطه، وهو معيار جد مهم حيث أثبتت الدراسات ان اغلب المشاريع المتعثرة والمفلسة يرجع سبب الرئيسي في انهيارها لضعف تسيير الإداري وقلة خبرة مسيرها ، وقد أشارت إحدى الدراسات التي أجرت على المؤسسات الأمريكية أن 93 %منها يرجع سبب إفلاسها وتعثرها لسوء الإدارة.¹

- سمعة العميل : لها دور كبير في تحديد جدارته الائتمانية أ البحث في مدى نزاهته ومدى التزامه بالوفاء بديونه والتزامه بسياسة توظيف معقولة ومرتنة.²

- ملكية رأس المال المؤسسة : من خلال هذا المعيار يتم معرفة الأسهم المتداولة في السوق ووضعية المؤسسة هل هي مستقلة أو تابعة لمؤسسة أخرى ومعرفة ماضي تسيير الاستثمارات هل كان من الاقتراض أو التمويل الذاتي.³

- العلاقات التجارية للعميل : يقوم البنك هنا بالبحث عن مدى الاعتماد على الموردين في عمليات الإنتاج ، وقيمة المدخلات الخارجية والداخلية ومدى التزام العميل بالوفاء بالتزاماته تجاه الموردين عند الشراء بالأجل.

شريط عابد و بنية صابرينة ، أثر معايير الجدارة الائتمانية المعروفة ب على اتخاذ القرار الائتماني ، دراسة ميدانية على عينة من البنوك

الجزائرية ،مقال منشور في مجلة مخبر التنمية الاقتصادية والبشرية ، جامعة لونيبي علي البلدية العدد 4 لسنة 2013 ص 90

²محمد كمال خليل حمزاوي ، اقتصاديات الائتمان المصرفي ، منشأة المعارف ، مصر الاسكندرية ، 1998 ص 158.

³حمزة محمود الزبيدي ، مرجع سابق ص 217

- دراسة الجدوى الاقتصادية : أي دراسة وتحليل وضع السوق وما ينتجه من خدمات وكمية الطلب عليها والاحتياج الفعلي لها في السوق وإمكانية تصديرها للخارج ودراسة مركز العمل في السوق ومنافسيه .
- التزامات العمل الجبائية والتأمين الاجتماعي : ان دفع العمل لمستحقاته الجبائية للضرائب ومستحقات الضمان الاجتماعي في مواعيدها المجددة ، وكذا الغرامات ، بين مدى التزامه بأداء مستحقات الائتمان المطلوب .
- الوضعية القانونية للعمل : توجد بعض التشريعات تشجع على استقبال رؤوس الأموال ومنح الائتمان وتقدم تسهيلات الخارجية والداخلية مما يجعل البنك يخشى من هروب بالأموال للخارج ، فبعض الأنظمة القانونية في بعض الدول تشجع على الاستثمار وتحميه وأخرى متشددة وتسبب نفور رؤوس الأموال ¹.
- المعايير المالية: وتتمثل فيما يلي :
- العلاقات القانونية : وتتمثل بعلاقة العمل مع البنك المانح للإئتمان وباقي البنوك الأخرى ، ومن خلال ذلك يمكن معرفة عدة أمور أهمها مدى التزامه بالوفاء بالإلتزاماته السابقة مع البنوك.
- الملاءة المالية : ويقصد بها قرة العمل على السداد ، ويتم التحقق منها عن طريق السجلات التجارية التي يمسكها ويقصد بها زيادة الأصول على الخصوم فلها دور أساسي في البنك من الوقوف ضمن جماعة الدائنين إذا ما تعرض للإفلاس فهي بمثابة الواقي من الخسائر ، لكن تقديرها أمر صعب يحتاج للخبرة خصوصا في حالات المؤسسات المتعثرة لأن البنك يعلم بالتعثر المؤسسة لكنه يخاطر بمنحها الائتمان ، ويجب على البنك أن لا يكتفي بتقدير زيادة الأصول على الخصوم ، وكذا السيولة بل يبحث أيضا في ما بعد منح الائتمان ومتابعة مراحل استرجاعه ².

¹ محمد كاسم هادي المسلماوي ، المرجع السابق ، ص 99-100

بختيار صابر بايز حسين ، مسؤولية المصرف ، دراسة تحليلية ، دار الكتب القانونية ، بدون طبعة مصر ، سنة 2009 ص 337²

- تقدير المخاطر الائتمانية :ويقصد بها احتمال عدم تسديد القرض في آجاله المحددة وكذا احتمال وقوع خسارة جراء ذلك ، وعليه فإن تخفيض درجة المخاطر الائتمانية ومنه تخفيض المخاطر الناجمة عنها ، يمكن أن تتحقق إذا كانت علاقة المصرف بالمقترض علاقة مستمرة ويتمتع بقدرة على متابعة القروض بعد منها وذلك لتحصيلها في مواعيد استحقاقها.

- الواقع المالي للعميل : يتمكن البنك من خلاله بمعرفة سياسة المشروع والقائم عليه ، وذلك في عمليات التمويل من حيث مدى اعتماده على الديون الخارجية ، ومدى قدرته على تسديد التزاماته تجاه البنك.

- التنبؤ بإفلاس المشروع أو نجاحه : ويعتمد ذلك على مجموعة من الدراسات والتحليلات العميقة المستقبلية ومن أهمها التنظيم القانوني والإجراءات المنظمة من حيث التسهيلات والضمانات ، وتحليل هذه العناصر يكون فكرة ناضجة يعتمد عليها التنبؤ بنجاح أو فشل المشروع.¹

الفرع الثاني : عناصر الجدارة الائتمانية.

ان تقييم الجدارة الائتمانية أمر جد مهم في عملية منح الائتمان هذا ما جعل المشرع يحيطه بمجموعة من القوانين و الأنظمة سنتطرق لها من خلال مايلي : البند الأول الالتزام بالاستعلام عن طالب الائتمان، والبند الثاني الالتزام بالتحليل والملائمة.ونتطرق في الأخير للالتزام بتحليل المالي المؤسسات المتعثرة النسب المالية، وهو التزام فني يدخل ضمن المهام التقنية الخاصة بالبنوك.

البند الأول : الالتزام بالاستعلام عن طالب الائتمان

تتمثل أهمية الاستعلام في مجال الائتمان المصرفي كونها البداية الرئيسية لصناعة القرار الائتماني ، فكلما زادت كمية المعلومات لدى المصرف ، كلما كان اقدر على اتخاذ

فلاح حسن الحسيني ، مؤيد عبد الرحمان الدوري ، إدارة البنوك ، دار وائل للنشر، الطبعة الرابعة، الأردن 2007 ، ص 129¹

قرار ائتماني صائب ، وهو ما من شأنه تجنب البنك الوقوع في عمليات بنكية سيئة وغير مضمونة قد تؤدي إلى ضياع أمواله وأموال المودعين كذلك . والقرار الخاطئ عند منح الائتمان يتساوى مع قرار رفض العميل فالأول ينتج عنه خسارة بسبب منح الائتمان للعملاء لا يستحقونه ولا يتمتعون بالجدارة الائتمانية ، والثاني ينتج عنه ضياع الفرصة على المصرف في كسب أرباح إذا رفض العميل ¹.

إن الأنظمة القانونية الصادرة عن بنك الجزائر ، أوجد عرفا مصرفيا مما وضع على عاتق البنوك مسؤولية الالتزام بالاستعلام، حيث نص النظام 08-11² المتضمن الرقابة على البنوك والمؤسسات المالية، وفق المادة 02/29 التي تنص على ضرورة أن تلتزم البنوك والمؤسسات المالية بوضع تنظيمات تسمح لها ، بضمان معرفة زبائنها والعمليات المرتبطة بهم بشكل صارم ، ويكون ذلك بوضع معايير داخلية تحدد مايلي :

- طرق وسياسة قبول الزبائن .
 - إجراءات خاصة تحدد هوية الزبائن والتحقق من الوثائق المقدمة.
- بالإضافة لذلك نصت المادة الثانية فقره 02 من النظام 03-12 المؤرخ في 28 نوفمبر 2012 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتكوين الإرهاب و مكافحتهما ، ³ حيث ورد فيها "... تتعدى إجراءات الحماية المتعلقة بمعرفة الزبائن نطاق العمليات العادية ، وتستلزم من المصارف واجب الرعاية الصارمة خصوصا بالنسبة للعمليات التي تكون محل شبهة .
- نلاحظ مما سبق أن البنوك ملزمة بوضع جميع الإجراءات الصارمة والتي تساعد في الكشف عن هوية الزبائن خصوصا :
- طرق قبول العملاء الجدد.

¹ محمد يوسف أبو شمالة ، الائتمان المصرفي وشركات المعلومات الائتمانية ، دراسة مقارنة ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، 2022، ص 61-62

² النظام رقم 08-11 مؤرخ في 28 نوفمبر سنة 2011 يتعلق بالرقابة على البنوك والمؤسسات المالية ، وقد سعى هذا النظام لـ:

- تحقيق الاستقرار لقطاع البنوك من خلال دراسة وتحليل طلبات الائتمان والقضاء على منح الائتمان العشوائي.
- تعزيز دور رقابة من خلال تسهيل مهام الهيئات الرقابية على العمليات البنكية .

³ النظام 03-12 مؤرخ في 28 نوفمبر 2012 والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما.

- تحديد هوية العملاء ومتابعة العمليات البنكية وحركتها ..."

ونصت المادة الرابعة على أنه " يكون إجراء التعرف على هوية الزبائن في حالة إقامة علاقة التعامل وذلك من خلال التأكد من طبيعة وموضوع النشاط عنوان وهوية الزبون. وهذا ما يدل على اهتمام المشرع بضرورة الاستعلام نظرا لخطورتها مما يستوجب الاحتياط بخطوات مدروسة ، بالإضافة الى مركز القانوني والاقتصادي والسيادي للبنك يتيح له الوصول الى المعلومات قد لا تكون متاحة لغيره..

والجدير بالذكر أن نطاق الاستعلام لا يتوقف على المعلومات المقدمة من طرف العميل فقط ، بل نظرا لأهمية النشاط المصرفي ، كان من الضروري تطوير هذا المبدأ ليتلائم مع واجب الالتزام بالحيطة والحذر.¹

ويستلزم تعرف البنك على الزبون الإحاطة بكل ما يرتبط بتكوين عقيدته حول الجدارة الائتمانية ، وهذا ما يتطلب منه التأكد من الهوية القانونية للأشخاص المعنوية ، ويكون ذلك بتجميع معلومات الزبون سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا مما يسمح بتكوين صورة حقيقية عن سمعة وأخلاق الزبون وملاءته ومركزه المالي.²

ويشمل ذلك الجمعيات طات النشاط غير الهادف للربح والمنظمات التي تقدم قوانينها الأساسية الأصلية وجميع الوثائق التي تثبت الاعتماد أو التسجيل.

وقد اعتبرت المادة الخامسة أن الوكلاء والوسطاء اللذين يعملون لحساب غيرهم ملزمون بتقديم زيادة على ما سبق التفويض بالسلطات الممنوحة لهم والوثائق التي تثبت هوية وعناوين أصحاب الأموال الفعليين ، على أن يتم الاحتفاظ بنسخة من كل الوثائق المقدمة.³ وتتمثل العناصر المؤثرة في اتخاذ القرار فيما يلي:

¹ جلية مصعور المرجع السابق ، ص 78

² نعيم مغيب ، المرجع السابق ، ص 100-101.

³ انظر المادة 05 من النظام 12-03 السابق ذكره.

1- التحقق من هوية العميل وأهليته وقد نصت المادة الخامسة من النظام 12-03 السالف

الذكر

2- لقد شدد المشرع الجزائري على التحقق من شخصية العميل وحالته المدنية ، من خلال التحقق من الاسم والوطن وكذا طبيعة النشاط الذي يمارسه ، ويقوم بالتحقق من أهليته سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا.

3- التحقق من السمعة العامة للعميل طالب الائتمان ومدى نزاهته والتزامه في معاملاته السابقة .

كما أن القانون النقدي والمصرفي الجديد تولى عن ربط التزامات البنوك بمجلس المراقبة ، إذ وسع من صلاحيات البنوك بحيث أصبح بإمكانها ، أن تقوم بإعداد قواعد الحوكمة الداخلية الخاصة بها ، إذ تحدد فيها سلطات ومسؤوليات الهيئة التداولية والهيئة التقديرية ، ويبرز ذلك بالخصوص في نص المادة 107 من القانون النقدي والمصرفي ، والملاحظ أن المشرع الجزائري في التعديل الجديد حذف المادة 97 مكرر التي نصت سابقا على أن الرقابة الداخلية لا تكون الا من خلال أنظمة مجلس المراقبة ، وتم استحداث مادة جديدة وهي المادة 109 والتي مكنت البنوك دون غيرها بوضع قواعد ومعايير ، تقييم ومتابعة المخاطر بنفسها وذلك دون تدخل أية هيئة رقابية أخرى¹.

والجدير بالذكر أنه ولأول مرة نص المشرع صراحة على خطر القرض في نص المادة 109 من القانون الجديد وأضاف في المادة 110 من نفس القانون على جمع بيانات هوية المستفيدين بحيث كان القانون سابقا يقتصر على ع لى جمع أسمائهم فقط دون باقي المعلومات والتحريات المرتبطة بهم و أضاف كذلك بيانات القروض ، والملاحظ هنا أن لفض البيانات جاء بشكل أوسع من ذي قبل كما أنه مصطلح مستخدم في تجميع المعلومات الرقمية التي من شأنها أن تثبت هوية طالب الائتمان وكذا مركزه المالي ، ونسبة خطورة القرض .

¹ انصر المواد 107-108-109 من القانون 23-09 المؤرخ في 31 جويلية 2023 والمتضمن القانون النقدي والمصرفي .

4- تم استحداث مصلحة لمركزية المخاطر بحيث تقوم هذه المصلحة بالإشراف على المخاطر ، بحيث ينضم بنك الجزائر المخاطر ومركزية المستحقات المدفوعة، بحيث تتكلف بجمع بيانات المستفيدين من القروض وبيانات القروض بالنسبة للبنوك والمؤسسات المالية ، كما تقوم مركزية المخاطر بمركزة المعلومات حول القروض، خاصة القروض المصغرة الممنوحة من طرف المؤسسات والهيئات المختصة، ويتعين على البنوك الانخراط في مركزيات المخاطر ، ويجب تزويدها بالمعلومات.¹

والملاحظ هنا أن المادة نصت على عدم استعمال المعلومات المبلغة للبنوك من قبل مركزية المخاطر إلا قفي إطار قبول القروض ، إي أن المعلومات لا تستعمل بأي حال من الأحوال لأغراض أخرى لا سيما الاستشراف التجاري أو التسويقي .

كما تضمن النظام رقم 01-12 المؤرخ في 20 فبراير 2012 تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها . وتنقسم الى قسمان مركزية المخاطر المؤسسات ومركزية المخاطر للأسر.²

ويعد بنك الجزائر مصدر المعلومات المالية عن كل عميل وكل بنك أو مؤسسة مالية. كما أن البنك يقوم بالاستعلام الخارجي ويكمن الهدف منه ، مقارنة المعلومات التي تحصل عليه البنك من طرف العميل بمعلومات من مصادر خارجية من المركز الوطني للسجل التجاري كالضرائب والمحافضة العقارية وكذا إدارة الجمارك والتجارة .

من خلال ما سبق نلاحظ أن النصوص التنظيمية والقانون المستحدث 09-23 المتضمن القانون النقدي والمصرفي قد كرس مبدأ الاستعلام ووضع له أهمية كبيرة في منح الائتمان، وهو مرتبط بتسيير المخاطر فقد أولت الأنظمة القانونية لبنك الجزائر أهمية كبرى له ، ويكمن الهدف من ورائه في تحسين وتطوير إدارة المخاطر المتعلقة بجميع العمليات الائتمانية.³

¹ انظر المادة 110 الفقرة الاولى من القانون 09-23

² انصر المادة 01 من النصام 01-12 المؤرخ في 20 فيفري 2012 ، يتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والاسر وعملها .

³ جلية مصعور ، المرجع السابق ص 87

البند الثاني : الالتزام بالتحليل والملائمة

أن المعلومات التي يقوم البنك بجمعها عن العميل والنشاط الذي يرغب في تمويله ، تعد معلومات غير كافية لاتخاذ القرار النهائي ، حول قبول أو رفض منح الائتمان ، وهنا يبرز التزام آخر مرتبط بالالتزام بالتحليل والملائمة .¹

في هذا الالتزام يقوم البنك بتحليل المعلومات التي يمتلكها بدقة وبشكل واضح وذلك لمعرفة مدى ملائمة تلك المعطيات لاتخاذ القرار سلبى أو ايجابى بخصوص قبول أو رفض منح الائتمان وبالغم من عدم اهتمام الاجتهاد أو الفقه بهذا الالتزام ، إلا أن الملاحظ أن بعض أحكام الاجتهاد القضائي الفرنسي قد أوجت بضرورة ، تضمين هذا الالتزام ضمن مبادئ الحيلة والحذر.²

ويهدف هذا الالتزام الى تحقيق عدة أهداف تتمثل في الالتزام بقوانين النظام المصرفي وتطبيق المعايير الداخلية لكل بنك لتحقيق مصلحة العميل. وهو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة ، وبالنظر للظروف التي تمر بها العملية المصرفية يتبين أنه من الصعب تحميل البنك مسؤولية ليس هو السبب فيها ، فتوجد الكثير من العناصر تخرج عن قدرته ، ولا يتوجب على البنك سوى الالتزام ببذل عناية اللازمة أثناء تنفيذه للالتزام.³

لقد نتج هذا الالتزام عن العرف المصرفي والواقع العملي والاقتصادي الذي اوجد البنك كمهني في موقع ، مميز ولأهمية المصالح التي يرتبط بها وتنوع الوسائل التي يمتلكها وكذا الأجهزة المتخصصة والتي تؤهله لدراسة ملفات طالبي الائتمان ، بقدر كبير من المهنية و التدقيق في مجال تخصصه واتخاذ القرار الائتماني المتناسب والمتوافق مع دور المصرفي في حماية المصالح .

ويخضع هذا الالتزام للمعايير العالمية ، والضوابط المحددة لاتخاذ القرار الصائب.

¹ آيت وازو زينة ، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة المخاطر المصرفية في التشريع الجزائري ، رسالة دكتوراه تخصص قانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، نيزي وزو 2012 ص256

² Jocelyne Safa, Devoir de vigilance du banquier, édition SADER, 1996, p: 182.

³ لبنى عمر مسقاوي ،المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة 1 ، بيروت سنة 2006 ص 192

وقد تم توظيف مصطلح الالتزام باليقظة لدى المشرع الجزائري في نص المادة الأولى من النظام رقم 12-03 بحيث اعتبر انه من الواجب على المصارف الالتزام باليقظة، من خلال إنشاء برنامج من أجل الوقاية والكشف عن تبييض الأموال¹

كما ان المادة السادسة من النظام 11-08 في الفقرة الرابعة ألزمت ضرورة التأكد من نوعية المعلومات المحاسبية والمالية التي يتم توجيهها ...

ومن النصوص السابقة نلاحظ أن المشرع الجزائري أكد على إلزام البنوك بواجب اليقظة فيما يتعلق بالمعلومات المرتبطة بالزبائن والتأكد من نوعيتها محاسبيا قبل إرسالها للهيئات المصرفية الداخلية والخارجية .

كما ألزمت المادة 37 من النظام 11-08 المرتبط بالرقابة الداخلية على البنوك و المؤسسات المالية يشكل صريح البنوك بوضع أنظمة قياس وتحليل المخاطر مع طبيعة وحجم العمليات وذلك لتجنب مخاطر عمليات الائتمان.²

لقد تم إسناد مهمة تحليل بيانات طالبي الائتمان الى وحدة متخصصة مستقلة ، وهذا ما يدل على أهمية هذا الإجراء وضرورة التأكد من مدى سلامة ملف طالب الائتمان ومدى ملائمة لمصلحة الاقتصادية ككل .

وتخضع مرحلة التحليل والملائمة لمراحل متعددة ، بتم من خلالها قبول منح الائتمان أو رفضه خصوصا بالنسبة للمؤسسات المتعثرة التي تزداد فيها نسبة الخطورة ، مما يجعل البنوك تتبع التزاما صارم بضوابط فتح الائتمان المصرفي وتهدف الى سلامة الدراسات الائتمانية وكذا متابعة الائتمان الممنوح والحصول على ضمانات مناسبة لمواجهة ، عجز طالب الائتمان عن الوفاء بمستحققاته.³

¹ انظر المادة الأولى منالنظام 12-03 المؤرخ في 28 نوفمبر ، سنة 2012 والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الارهاب ومكافحتهم.

² انظر المادة 37 من النظام 11-08 مؤرخ في 28 نوفمبر 2012 المتعلق بالرقابة الداخلية على البنوك والمؤسسات المالية

³ صلاح ابراهيم شحاته ، ضوابط منح الائتمان المصرفي من منظور قانوني ومصرفي ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2008 ص 58

ويقوم البنك أيضا بالتحليل المالي ، وهو عبارة عن تحليل المعلومات والبيانات التي تم جمعها في مرحلة الاستعلام ، وعلى أساسها يتم اتخاذ قرار منح الائتمان وتحليل مدى رغبة العميل في السداد بتحليل المعلومات الخاصة به في حلول الديون السابقة من وقت حصول عليها الى وقت الوفاء بها ، وقد تم وضع تصنيف لمكانة العميل الائتمانية في ثلاثة أصناف ، فإما أن يكون في التصنيف الأول للذين يسددون ديونهم في الوقت المحدد ، او ضمن التصنيف الثاني ، وهم العملاء الذين يسددون ديونهم بعد انتهاء مدة الخصم ، وقبل انتهاء مدة الائتمان ، أو ضمن المجموعة الثالثة ، والتي تضم العملاء الذين يسددون ديونهم بعد انتهاء مدة الائتمان ، المتفق عليها ، لذا فوجود العميل في المجموعة الاولى أو الثانية ، هو عبارة عن مؤشر عن رغبته في السداد ، مما يجعله يحصل على تقييم عال أما وجوده في التصنيف الثالث ، فإنه مؤشر عن عدم قدرته على السداد ، وهنا يمنح مؤشرا منخفضا ¹.

البند الثالث : التحليل المالي للمؤسسات المتعثرة

والجدير بالذكر أن كون المؤسسات المتعثرة لا يعني بالضرورة أنها في التصنيف المنخفض للتحليل المالي ففي كثير من الأحيان تكون المؤسسة المتعثرة ملتزمة بالوفاء بديونها والتزاماتها تجاه البنوك، لكن تعرضت لانتكاسات مالية جعلتها تتخلف عن مواعيد دفع مستحققاتها، فتكون في وضع قابل للإصلاح وليست متوقفة عن الدفع، كما أن التحليل المالي للمؤسسات المتعثرة قد يكشف أن أصول الشركة أكبر من خصومها فقط هي بحاجة لتحرير الأصول، أو إعادة جدولة الديون.،وهنا يبرز دور المحلل المالي فيقوم في المرحلة الأولى بدراسة التوازن المالي للمؤسسة عن طريق استخدام مؤشرات التوازن المالي ، أما المرحلة الثانية فيستخدم فيها طريقة النسب المالية والتي تعد من أقدم وأهم الوسائل المستعملة في دراسة وتحليل القوائم المالية :

1. التحليل المالي عن طريق التوازن المالي :

¹ محمد كاضم هادي المسلماوي ، المرجع السابق ص 152-153

وهنا تستعمل مؤشرات التوازن التي تعالج وتحلل الميزانية ويكون ذلك باستخدام المؤشرات التالية :

1- رأس المال العامل :وهو جزء من الأصول يتكلف به نشاط استغلال المؤسسة ، أي العناصر التي تدخل ضمن دورة الاستغلال ، كما أنه يعبر عن مجموع القيم المتداولة التي تترجم حركة الكتلة المالية الدائمة ، والتي تتحول الى سيولة في أقل من سنة واحدة ويكون حسابه:¹

رأس المال العامل الإجمالي = قيم الاستغلال + قيم قابلة للتحقيق + قيم جاهزة والهدف من ذلك معرفة الأصول المتداولة أي تحديد الأموال التي يمكن استرجاعها في فترة قصيرة ، وهنالك عوامل أخرى تؤثر في رأس المال العامل نذكر منا دورة استغلال المتغيرات الموسمية ، القيمة المضافة ، طبيعة نشاط المؤسسة .

2- احتياجات رأس المال العامل : يعرف بأنه قسط من الاحتياجات الضرورية المرتبطة ارتباطا مباشرا بدورة الاستغلال ، التي لم تغط من طرف الموارد الدورية ، من خلال هذا التعريف نلاحظ أن هنالك عجز في موارد التمويل لتغطية الاحتياجات ومنه يجب معرفة هذه الاحتياجات الضرورية للمؤسسة وصدر تغطيتها لأنها معرضة للتذبذب قد يكون حسب الحركة النموذجية لدورة الاستغلال أو تذبذب مرتبط بتطور نشاط المؤسسة ، ويتم حساب رأس المال العامل على ثلاثة مستويات :

أ دورة الاستغلال :

احتياجات رأس المال العامل = احتياجات التمويل - موارد التمويل + رصيد العمليات خارج الاستغلال .

ب جدول التمويل :

احتياجات رأس المال العامل = الاستخدامات الدورية - موارد دورية + العمليات غير الدورية.

¹مجدي شكري قسط ، المرجع السابق ص 347

ج الميزانية :

احتياجات رأس المال العامل = قيم الاستغلال + قيم قابلة للتحقيق - الديون المصرفية.

3- الخزينة : تعرف حسب المحللين الماليين بأنها الفرق بين الموارد المستعملة لتمويل النشاط والاحتياجات الناتجة من هذا النشاط خلال فترة زمنية ، وعناصر الخزينة هي خصم الأوراق التجارية ، الحسابات الجارية ، أما عناصر الخصوم فهي ، تسهيلات الخزينة والسحب على المكشوف ويتم حساب الخزينة كما يلي :¹

الخزينة = رأس المال العامل - احتياجات رأس المال العامل

لقد قام المشرع الجزائري في النظام 08-11 المتعلق بالرقابة على البنوك في المادة 46² منه ، على ضرورة ان تقوم وحدة متخصصة ومستقلة بتحليل ملفات طالبي الائتمان.

للتحليل المالي قاعدتين أساسيتين تتمثلان في دراسة التدفق النقدي والتحليل المقارن:

4- دراسة التدفق النقدي : بما أن البنك يوفر مبالغ مالية للعميل فإن العميل مقابل ذلك يقوم برد تلك المبالغ مع إضافة الفوائد عليها لذلك يقوم البنك بدراسة جدول التدفقات النقدية من خلال تحليل المدفوعات و المقبوضات ، ويتمثل في تحليل شهري لحركة الأموال ومصادر التمويل.³

ويهدف البنك من خلال تحليل هذا الجدول إلى وضع رؤية مستقبلية لعائدات التدفقات النقدية، وكذا تحديد مدى الحاجة للنقد مستقبلا والجزء الذي يمكن تلبيةه بالإئتمان والجزء الذي يغطي من مصادر أخرى .

1- التحليل المالي عن طريق النسب المالية :

يعتبر التحليل المالي من أهم الوسائل المستعملة لتحليل القوائم المالية ، عن طريق دراسة العلاقات التي تربط المراكز المالية التي بدورها تشكل الهيكل المالي للمؤسسة خلال

¹ مجدي شكري قسط ، المرجع السابق ص 349

² أنظر المادة 42 من النظام 08-11 المؤرخ في 28 نوفمبر 2011 المتعلق بالرقابة الداخلية على البنوك والمؤسسات المالية (ج،ر عدد 47 بتاريخ 2012/08/29.

³ لبنى عمرو مسقاوي ، نفس المرجع السابق ص 97.

فترة زمنية معينة ، كما يمكن لإدارة المؤسسة الاستفادة منها في اتخاذ القرارات .ورسم السياسات حيث تسمح لها كشف وقياس نقاط القوة والضعف.

تعريف النسب المالية : تعرف بأنها العلاقة النقدية بين متغيرين أحدهما بسيط والثاني مقام ، فهي تحدد نصيب المقام من وحدات البسط وتقاس بالنسب المؤوية.

- أنواع النسب المالية : يمكن حساب عدد لا متناهي من النسب المالية في المؤسسة إلا أنها جميعها ذات معنى مهم لذا علة المستعمل أن يقوم بإختيار الأهم منها لذلك سوف نقوم بإختيار الأهمها والمفيد في المجال المصرفي .

1- نسب تمويل الاستثمارات :تعد هذه النسبة الأكثر استعمالا لأنها تبين مدى تغطية الأموال الدائمة لأصول الثابتة ، وتبين الهامش المتوفر في المؤسسة ويتم حسابها كما يلي:

$$\text{نسبة تمويل الاستثمارات} = \frac{\text{الأموال الدائمة}}{\text{القيم الثابتة}} .$$

وإذا كانت هذه النسبة أكبر من الواحد هذا معناه أن رأس المال العامل موجب.

2- نسبة الاستقلالية المالية : تعبر هذه النسبة عن مصادر التمويل التي تعتمد عليها المؤسسة ، ويتم حسابها :

نسبة الاستقلالية المالية = الأموال الخاصة / الأموال الدائمة

ويشترط أن تكون أكبر من النصف ، وتعكس هذه النسبة طاقة المؤسسة في التسليف ومدى اعتمادها على أموال الخارجية ¹.

3- نسب التمويل الذاتي : وتعبر عن مدى استقلالية المؤسسة تجاه الغير ، حيث كلما كانت هذه النسبة كبيرة تقل درجة إرتباط المؤسسة بالغير ويتم حسابها :

نسبة التمويل الذاتي = الأموال الخاصة / مجموع الديون

الأموال الخاصة / الخصوم

¹مجدي شكري قسط ، المرجع السابق ص 353.

- 4- نسبة السيولة العامة : تعبر هذه النسبة عن مدى مساهمة الديون القصيرة الأجل في تمويل أصولها المتداولة. ويتم تقييم نسبة السيولة عن طريق ثلاثة نسب :
- السيولة العامة وتبين قدرة العميل على تسديد التزاماته قصيرة الأجل في مدة سنة واحدة.
- السيولة السريعة من خلالها يتم تحديد قدرة العميل على الوفاء بالتزاماته قصيرة الأجل في مدة أقل من سنة بتقييم موجوداته القابلة للتسييل.
- السيولة المباشرة من خلالها يتم تقدير امكانية العميل على تغطية التزاماته الفورية.¹
- 5- وتحسب بالعلاقة التالية :
- نسبة السيولة العامة = الأصول المتداولة / ديون قصيرة الأجل
- وتكون هذه النسب أكبر من 01 إلا أنها لا تقدم صورة دقيقة عن القدرة التسديدية للمؤسسة خاصة إذا كانت هذه الأخيرة معرضة للتغيرات الموسمية .
- 6- نسبة دوران المخزون : هي عبارة عن قياس لمدة تصريف المخزونات بمختلف أنواعها وتدل على تحكم أو عدم تحكم المؤسسة في تسيير مخزوناتا ويتم حسابها بالعلاقة:
- معدل دوران المخزون = الاستهلاك السنوي / متوسط المخزون
- 7- نسبة مدة تسديد القروض للزبائن : توضح السياسة الائتمانية للمؤسسة اتجاه الزبائن ويتم احتسابها كما يلي :
- معدل مدة تسديد قرض الزبائن = الزبائن + الأوراق القبض / مبيعات السنة 12x أو 360 يوم.²
- فإذا كانت النسبة مرتفعة هذا يدل على أن المؤسسة تمنح مدة طويلة للزبائن عند الاقتراض والعكس صحيح .

¹ محمد صالح الحناوي ، ابراهيم اسماعيل سلطان ، الإدارة المالية والتمويل دار الجامعة ، الاسكندرية ، 1999 ص 66

² مجدي شكري قسط ، المرجع السابق ص 353.

8- نسبة الأموال الخاصة : تبين النتيجة الصافية المتحصل عليها في المؤسسة مقارنة برأسمال الخاص ، أي تقيس ربحية الأموال الخاصة وتحسب :

$$\text{نسبة الأموال الخاصة} = \text{نتيجة الصافية} / \text{رأس المال الخاص}^1$$

ومنه فأن التحليل المالي للمؤسسة يوفر على البنك معلومات كثيرة وقيمة تساهم في معرفة المركز المالي الفعلي للمؤسسة المتعثرة ، كما أن هذا التحليل لا يغني عن القيام بنوع آخر من الدراسة والمتمثل في التحليل التقني والاقتصادي للمشروع ، لأنه في كثير من الحالات وإن كانت الوضعية المالية الراهنة للمؤسسة جيدة ، فإن النتائج المنتظرة من المشروع إذا كانت سلبية ، وخاصة إذا كان حجم المشروع كبير ، من الممكن أن تؤدي إلى التأثير على الهيكل المالي للمؤسسة مستقبلاً ، بشكل يمكن أن يعرض أموال البنك للخطر.

ونستنتج مما سبق أن اتخاذ القرار الائتماني يتطلب دراسة مالية دقيقة حتى وإن كان مركز المالي للعميل يوحي بأنه جيد لكن التدقيق في التدفقات النقدية والتحليل المالي كفيل بأن يثبت العكس ، كما أنه في حالة تعثر المؤسسة مالياً بالرغم من أن كل المؤشرات الظاهرية لمركزها المالي كعجزها عن أداء مستحقاتها في آجالها لجماعة الدائنين ، أو بيعها لبعض أصولها ، توحي بأنها متعثرة وفي طريق الإفلاس لكن التحليل المالي الذي يقوم به البنك قد يثبت العكس لذلك ، يعتبر التحليل المالي الدقيق الذي تقوم به البنوك كما سبق ذكره ، جد مهم لإثبات المركز المالي الفعلي للمؤسسة المتعثرة .

مما يجعل من التزام البنك بالحيطة والحذر ، والاستعلام عن وضعية الزبون من أهم المراحل التي تسبق تعاقد مع العميل .

المطلب الثاني: الالتزامات البنك أثناء إبرام العقد الائتماني.

أن التزامات البنك كلها مرتبطة مع بعض ، وتخضع للترتب التسلسلي فواجب الحيطة والحذر يرافق البنك في جميع مراحل اتخاذ القرار الائتماني ، سواء قبل إبرام العقد أو أثناءه

¹ أبو الفتوح علي فضالة التحليل المالي وإدارة الأموال ، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع ، مصر ، 1999، ص 21

أو بعده فقبله يكون تحت مسمى واجب الاستعلام والملائمة، وعند إبرام العقد يسمى واجب الالتزام بالنصح والمشورة والإعلام، والذي سنتطرق له في الفرع الأول، ثم يليه التزام البنك بمتابعة استخدام الائتمان للغرض الذي أخذ من أجله، في الفرع الثاني وسنتطرق لهما بالتفصيل فيما يلي :

الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالنصح والمشورة و الاعلام

لقد تم تكريس هذا المبدأ لدى المشرع الفرنسي، ومن خلاله يلتزم البنك كمحترف في تقديم الخدمات البنكية بنصح العميل وتوجيهه بعد إبرام عقد الائتمان، ويمكن الهدف من ذلك في توجيه العميل لأفضل الخيارات التي تساعد على التعاقد مع البنك.¹ ونجد أن المشرع الجزائري أعطى أهمية كبرى لهذا الالتزام من أجل حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من خطورة التعاقد وهو جاهل بالشروط المرتبطة بالعقد وعواقبها، ومنه جاء إلزام البنوك بتقديم جميع المعلومات بشكل موضوعي ومحايد، وسنتطرق لمفهوم هذا الالتزام في البند الأول لننتقل إلى الطبيعة القانونية لهذا الالتزام في البند الثاني :

البند الأول: تعريف الإلتزام بالاعلام والنصح والمشورة .

لقد عرف الفقهاء الإلتزام بالإعلام بأنه التزام ينشأ أثناء التعاقد، يرتبط بالالتزام أحد أطراف العقد بأن يقدم المعلومات للطرف الآخر، ويكون ذلك أثناء إبرام العقد، والتي لا يمكن للمتعاقد أن يعلمها من تلقاء نفسه، خاصة إذا كان العقد ذو طبيعة خاصة، أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله أو غيرها، مما يجعل من المستحيل أن يعلم جميع البيانات الخاصة بالعقد .

ويرجع سبب هذا الإلتزام إلى عدم وجود توازن في العلاقة التعاقدية، بحيث يهدف إلى مواجهة التفاوت في العلم والمعرفة بين العميل والبنك باعتبار أن العميل هو الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، مقارنة بالبنك الذي له معرفة واسعة ودراية كبيرة بجميع معلومات

¹ جلية مصور المرجع السابق ص

وملابسات العقد ، مما يجعل منه ملزما بتقديم جميع المعلومات الضرورية والمرتبطة بخدماته البنكية للعميل .¹

ف نجد في نص المادة الخامسة من النظام 01-13² ، على ضرورة التزام البنوك بإبلاغ عملائها بالشروط البنكية التي تطبق في العمليات البنكية ، وبالأخص في حالة فتح حساب بنكي أو طلب الائتمان. وكذا أسعار الخدمات والالتزامات المتبادلة بين العميل والبنك.

ومن واجب البنك تقديم المعلومات لعملائه بحسن نية ، بحيث يكون متحققا وعلى دراية تامة بما يقدمه ، وهذا مانص عليه المشرع الجزائري في المادة 107 فقرة الأولى من القانون المدني ، والتي ألزمت المتعاقدين بتنفيذ العقد وفق ما اشتمل عليه واشترطت الأخذ بمبدأ حسن النية عند تقديم الالتزام بالإعلام.³

ويرتبط الالتزام بالإعلام بالالتزام بالنصيحة وقد يسمى كذلك الالتزام بالمشورة ، فالالتزام بالإعلام يتمثل في تقديم معلومات حول العملية الائتمانية والالتزام بالنصح يتمثل في تقدير ملائمة خدمات العقد للهدف المنتظر من العملية المصرفية ككل.⁴

البند الثاني : الطبيعة القانونية للالتزام بالنصح والمشورة

ويعود أصل هذا الالتزام إلى اجتهادات والنصوص القانونية للمشرع الفرنسي ، بحيث ادخل هذا الالتزام ضمن أخلاقيات المهنة ، كآلية لحماية العملاء من عقود الإذعان التي تحررها البنوك باعتبارها الطرف القوي في العلاقة التعاقدية.⁵

¹ حوماش حسيبة ، الالتزام بالإعلام فب عمليات البنوك ، مذكرة تخرج لنيل الماجستير في العلوم القانونية ، تخصص قانون السوق ، كلية الحقوق ، جامعة جيجل 2008-2009 ص 8-9

² انظر المادة 05 من النظام 01-13 السابق ذكره.

³ انظر المادة 107 من الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني الجزائري ج.ر عدد 78 مؤرخ في 30 سبتمبر 1975 معدل ومتمم.

⁴ بوالدي محمد ، الالتزام بالنصيحة في عقود الخدمات ، دراسة مقارنة ، دار الفجر للنشر و التوزيع ، القاهرة مصر 2005 ص 21.

⁵ سلطان آمنة ، مداخل حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد ، دراسة تحليلية للتجربة الفرنسية ، معهد العلوم القانونية والإدارية المركز الجامعي بالوادي ، شهر أفريل 2008 ص 05-06

أما المشرع الجزائري فقد نص عليه في القانون المدني في نص المادة 352 ، التي اشترطت علم المشتري بالمبيع وكل تفاصيله وأوصافه الأساسية¹. ولكي يكون الالتزام بالإعلام أكثر فاعلية ، يجب أن يرتبط بالالتزام بالنصح والمشورة. ويعد هذا الالتزام بنقل المعلومات موضوعي ، بحيث يقتصر على تقديم المعلومات دون تغيير كما هي ، بينما يعتبر الالتزام بالنصح عملا ايجابيا يهدف إلى توجيه العميل لخيارات مختلفة ، ليختار أفضلها ، فهو يمكن العميل من انتقاء الخيار المناسب لنشاطه مع تحذيره من المخاطر ، ويكون ذلك بالاعتماد على خبرة البنك وطرقه الفنية والمهنية ، لتحقيق توازن في شروط التعاقد. لقد ألزمت البنوك بإعلام زبائنهم بالتسجيل والتصريح في مركزية المخاطر التي بدورها تقوم بمعالجة البيانات المركزية ، وتعلم البنوك عملائها عند التصريح ، وفي حالة عدم التسديد وإعلامهم بحق الاطلاع.

لقد كرس النظام 01-12 المتعلق بتنظيم مركزية المخاطر ، الحق لكل طالب الانتماء ، بالإطلاع على المعطيات المسجلة ، وتصحيح المعلومات المغلوطة لدى البنك ، في إطار تبادل المعطيات بين البنوك والبنك المركزي².

والمعلومات التي في الغالب يتم تبادلها بين البنوك تنقسم الى فئتين :

الفئة الأولى: تحتوي على عناصر ليست مهمة ، فهي عامة ويسهل الاطلاع عليها من مصادر أخرى غير البنك.

الفئة الثانية : فإن المصرف يفشي أسرار العميل التي تتمثل في دفعات غير منتظمة أو شيكات مرتجعة ، أو تعثر العميل المالي ، فنجد البنوك في كثير من الحالات تعطي معلومات عن المستعلم عنه بشكل مموه ، تتيح للبنك طالب المعلومات ، معرفة وضع العميل دون الحاجة للبحث في التفاصيل³.

¹ انظر المادة 352 من القانون المدني الجزائري.

² انظر المادة 12 من النظام رقم 01-12 مؤرخ في 20 فيفري 2012 ، والمتضمن تنظيم مركزية المخاطر

³ محمد يوسف أبو شمالة ، الائتمان المصرفي وشركات المعلومات الائتمانية ، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع الطبعة الأولى

، مصر ، 2022 ص 72

الفرع الثاني: التزام البنك بمتابعة استخدام الائتمان للغرض الذي أخذ من أجله.

إن دور البنك لا ينتهي بمجرد اتخاذ القرار بمنح الائتمان ، ووضعه حيز التنفيذ بل يستمر الى الاحتياط من المخاطر التي تنتج عن استعمال الائتمان ، ويسمى بموجب المراقبة ، وهو يعتبر من بين عناصر الالتزام بالحيلة والحذر ، واستمد هذا المبدأ أساسه القانوني من الأعراف المصرفية المستقرة ، وكذا من الواقع العملي الناتج عن المساحة التي يحتلها القطاع المصرفي في الاقتصاد ، مما يجعل دور البنك يتعدى منح الائتمان ليصل متابعة كيفية تنفيذه ، من حيث الشكل و المضمون ، بحيث يبقى البنك يقضا ليتحرى أي خلل يظهر عند استغلال الائتمان وذلك احتياطا للمخاطر التي تنتج عنه.¹

لقد عارض القضاء الفرنسي بشدة ، مسألة الزام البنك بمتابعة ومراقبة استخدام العميل للائتمان الممنوح في المشروع، الذي أخذ من أجله الائتمان، لأن تحديد الغرض من منح الائتمان ، ليس سوى معلومات وبيانات توجيهية من طرف البنك، لا ترقى لدرجة إلقاء التزام على عاتقه بالتحقق من مدى تحقيق الغرض.²

إن الإمكانيات التقنية والمكانة الاقتصادية التي يحتلها البنك ، وسعت من التزامات البنك فلم تقتصر على تقديم الائتمان فحسب ، بل تعدته لتصل لمتابعة كيفية تنفيذ الزبون للعقد ، ويلتزم البنك بإتخاذ تدابير الحيلة والحذر .

فيقوم البنك بالرقابة بشكل منهجي من خلال الاطمئنان على حسن وسلامة الائتمان.³ ويتابع البنك استعمال أموال الائتمان للغرض الذي منحت من أجله مما يستدعي منا الإشارة إلى تعريف الالتزام بالمراقبة وطبيعته في البندين التاليين:

البند الأول: تعريف الالتزام بمتابعة ومراقبة الائتمان .

¹ لبنى عمرو مسقاوي ،المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي ،منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت لبنان سنة 2006 ص 171.
² Philippe Le Tourneau, Loic Cadet, droit de la responsabilité, Dalloz, action, 1996, p: 426

https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1996_num_48_4_5336

³ جلية مصعور المرجع السابق ص 114

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على تعريف هذا الالتزام، لكن يمكن استنباط تعريفه من خلال نص المادة 24 فقرة 2 من النظام رقم 02-03¹ المتضمن الرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، حيث نصت على أن استرجاع وتحصيل قيمة القروض يكون من خلال متابعة ومراقبة البنك أو المؤسسة المالية ، فدور البنك لا يتوقف عند قبول منح الائتمان بل يتعداه لمتابعة هذه العملية المصرفية ، كإجراء احتياطي لتجنب المخاطر المنجزة عنها.²

يعد البنك ملزماً بمتابعة ومراقبة الائتمان وطريقة تنفيذه ، ويكمن الهدف من هذه الرقابة في ضمان استرداد قيمة الائتمان ، فهي بمثابة رقابة روتينية عادية متوافقة مع ما تتطلبه المعاملات البنكية التي يتعامل بها القطاع المصرفي ، وفي حالة الشك في تصرفات الشركة ، يكون البنك هنا ملزماً بمراقبة المشددة لتفادي المخاطر ، وهذا ما أقره الاجتهاد الفرنسي واللبناني.³

والجدير بالذكر أن هذا الالتزام ليس التزاماً مطلقاً بل مقيد بشرط عدم التدخل في شؤون الزبون المستفيد من الائتمان ، أي أن المراقبة تكون في إطار عمل البنك دون التدخل في أمور العميل.

البند الثاني: الطبيعة القانونية للالتزام بالمتابعة والرقابة

ان البنك ملزم بمراقبة العميل ونشاط الذي يقوم بتمويله، من خلال متابعة طريقة استعمال الأموال الممنوحة عن طريق الائتمان ، اي أن البنك ملزم بالتحري عن الحقائق والقيام يقدر معقول من الحذر والاحتياط ، من أجل توقي أي خطر ينتج عن خطأ في العملية المصرفية. فقد يستعمل الائتمان احتياطياً لمخاطر يمكن أن تنشأ أثناء استعمال الائتمان وهذا مانصت

¹ أنظر المادة 24 فقرة 02 من النظام رقم 02-03 المؤرخ في 14 أبريل 2002 المتضمن الرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية ، ج ر عدد 85 ، المؤرخة في 18 ديسمبر 2002.

² أيت وازو زائنة ، مسؤولية البنك المركزي لمواجهة الأخطار المصرفية في القانون الجزائري ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم ، تخصص قانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجزائر 03 2012-2013 ، ص 249

³ كركبي مروان ، المسؤولية المهنية الإعلامية والمصرفية والمحاسبية ، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثالث ، بيروت، لبنان، سنة 2000، ص

عليه المادة 27 من النظام 11-08¹ فدور البنك في الرقابة يقتصر على الرقابة الشكلية المبنية على الظاهر فقط وفي نفس السياق نلاحظ أن النظام السالف الذكر في نص المادة 44 منه الزم البنوك أن تقوم بتحليل للمردودية كل 06 أشهر على الأقل ، ومراجعة تطور نوعية التزاماتها كل ثلاثي ، على ن يساعد هذا التحليل بإعادة ترتيب عمليات الائتمان .

ويتجلى غرض المشرع بالتشديد على هذا الالتزام في متابعة استعمال الأموال الممنوحة للعملاء والتأكد من أنها لم تنحرف عن الغرض الذي تم التصريح به لدى البنك، فقد جعل المشرع من المواد 44 و 48 من النظام 11-08 والمتعلق بالرقابة الداخلية كأساس قانوني للإلتزام بالرقابة على منح الائتمان في القانون الجزائري².

أما المشرع الفرنسي فقد انطلق من أن واجب عدم التدخل، يتطلب من مؤسسات الائتمان عدم التدخل في شؤون عملائها، سواء بالاستفسار عنهم أو بالقيام بمبادرة ذاتية من جانبها بعمليات نيابة عن العملاء.

ومنه ، لا يتعين على المصرفي، من حيث المبدأ، إجراء بحث للتأكد من أن المعاملات التي يرغب العميل في إجرائها منتظمة، ولا تضر بهذا العميل نفسه ولا يحتمل أن تلحق ضرراً غير عادل بأطراف ثالثة. وبالتالي فإن الواجب يضع المؤسسة المصرفية في موقف الحياد، مهما كانت العملية التي تقوم بها: صرف الشيكات، سحب الأموال، عملية الائتمان، وغيرها. هذا المبدأ الذي تم تأسيسه بموجب أحكام القضاء الفرنسي منذ زمن طويل، كما سبق ذكره يتم استرجاعه بانتظام من قبل محكمة النقض و المحاكم الابتدائية الفرنسية. وهذا المبدأ ليس مطلقاً. حيث هناك مواقف يضطر فيها المصرفي، على العكس من ذلك، إلى لاستفسار عن العملاء، وأعمالهم، ومعاملاتهم السابقة، وما إلى ذلك. لا يمكن إنكار أن ممارسة الأنشطة المصرفية تنطوي على مخاطر كبيرة، خاصة عند منح الائتمان حيث أن العمليات المصرفية قد تسمح بارتكاب عمليات احتيال على حساب العميل أو مؤسسة الائتمان نفسها أو حتى

¹ انظر المادة 27 من النظام رقم 11-08 مؤرخ في 28 نوفمبر سنة 2011 يتعلق بالرقابة على البنوك والمؤسسات المالية .

انظر المواد 44-48 من النظام رقم 11-08 مؤرخ في 28 نوفمبر سنة 2011 يتعلق بالرقابة على البنوك والمؤسسات المالية²

أطراف ثالثة. إن المخاطر المرتبطة بممارسة هذه المهنة تبرر أيضاً في أن يتولى المصرفي مهمة مراقبة العمليات التي يقوم بها بناء على طلب عملائه. وهذا هو هدف واجب اليقظة. كما سبق ذكره، ويسمى أيضاً واجب الإشراف أو واجب الحذر العام، والذي يحدد التزام المصرفي بالتدخل، في ظروف معينة محددة للغاية، في شؤون عملائه لإجراء عمليات تحقق مختلفة.¹

وقد نصت المادة L.133-18 من قانون النقد والمال الفرنسي على الزام البنك باحترام واجب اليقظة فيما يتعلق بالعمليات التي يطلبها العميل، مع الامتناع عن التدخل في شؤون عميله. ومن ثم، يتعين على البنك أن يكتشف أي خلل ظاهر في المدفوعات التي يتعين عليه تنفيذها، من خلال إجراء فحص أولي بدلاً من إجراء تحليل متعمق لعادات حساب العميل. مثل حالة القضية التي ، قام فيها محاسب إحدى الشركات بإرسال سبعة أوامر تحويل إلى المؤسسة المصرفية، لصالح شركة موجودة في الخارج. وقد قامت الشركة برفع دعوى قضائية ضد البنك لاسترداد المبالغ المدفوعة، زاعمة أن موظفها تصرف تنفيذاً لرسائل أرسلها له طرف ثالث متتكرراً في صورة مديرها.

وفي حكم صادر بتاريخ 2 أكتوبر 2024، أكدت محكمة النقض حكم الاستئناف، الذي قضى بأن البنك، بسبب "الخلل الظاهر" في أوامر التحويل، كان ينبغي أن ينبه عميله للحصول على تأكيد للأوامر. واجبها في اليقظة. في الواقع، كانت الظروف غير العادية المحيطة بالتحويلات المتنازع عليها تشير إلى احتمال حدوث احتيال، وكان ينبغي للبنك التحقق من صحة أوامر التحويل مع المدير، الذي كان وحده مخولاً بالتحقق من صحتها.²

¹Jérôme Lasserre Capdeville Précisions sur le devoir de vigilance du banquier en cas de détournements de fonds Publié le 17/05/2023. www.lextenso.com date et heure de consultation du site 01/02/2025 à 20 :00h <https://www.actu-juridique.fr/affaires/bancaire-credit/precisions-sur-le-devoir-de-vigilance-du-banquier-en-cas-de-detournements-de-fonds/>

²magazine de lemag juridique article de Devoir de vigilance et responsabilité bancaire en cas d'anomalies apparentes dans les ordres de virements Cass. com du 2 octobre 2024, n°23-13.282

ومن خلال ماسبق نستنتج أن البنك يتعين عليه أن يراقب كيفية تنفيذ العميل لعقد الائتمان ، وأن يتحرى جميع الدلائل التي توضح مدى التزام بتنفيذ بنود العقد ، فيقوم البنك بتتبع حركة حساب الزبون من أجل معرفة طريقة استخدام الأموال الممنوحة ، والحرص على سلامة استعمال الائتمان لأن نجاعة الرقابة تكمن في استمراريتها.

وأخيرا، تجدر الإشارة إلى أن أحكام القضاء اعتبرت منذ فترة طويلة أن واجب اليقظة ينطبق أيضا في حالة وجود معاملات يتضح عدم قانونيتها من خلال معيار "الخلل الظاهر" *anomalie apparente* الذي من الممكن أن يصيب عملية منح الائتمان ، هذا ما يتطلب من البنك إنشاء نظام رقابة عملي ومنهجي يمكنه من ضمان حسن استعمال الائتمان من قبل العميل. فإذا تبين أن عملية استغلال الائتمان لا يشوبها أي خطأ ظاهر يجب على البنك احترام مبدأ عدم التدخل في شؤون العميل أما إذا تبين عدم وجود أي تصرف غير طبيعي يتدخل البنك.¹

ومع ذلك، فإن تحديد المبدأ الذي يجب إتباعه أي عدم التدخل أو يقظة المصرفي، يؤثر بانتظام تساؤلات من جانب القضاة، فدور الرقابة هنا يتمثل في بذل العناية اللازمة وليس تحقيق نتيجة ، فالحيلة لازمة لاكتشاف أخطاء طالب الائتمان ، باعتبار أن منح الائتمان يهدف لتحقيق بعض النتائج المعينة عقب منح الائتمان ، وهي مصالح متبادلة للطرفين ، تتمثل في استرداد قيمة الائتمان مرفقة بفوائده بالنسبة للبنك ، واستمرار نشاط العميل ودعمه المالي الذي يساهم في تحقيق أرباح له . فالرقابة هنا تكون فقط للتأكد من تخصيص الائتمان للغرض الذي أخذ من أجله.²

<https://www.lemag-juridique.com/categories/veille-juridique-14711/articles/bancaire-devoir-de-vigilance-et-responsabilite-bancaire-en-cas-danomalies-apparentes-dans-les-ordres-de-virements-7797.htm>date et

heure de consultation du site 01/02/2025 a 20 :00h

¹ جلية مصعور ، المرجع السابق ص 114

² مراد لمين ، الإطار القانوني لضمان مخاطر الائتمان ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في الحقوق قانون أعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف لمسيلا 2014-2015 ص 25-26

وتقوم مسؤولية البنك في حالة عدم قيامه بالالتزام بالمراقبة الذي يؤدي الى وقوع الضرر على العميل ، وهنا يكون على العميل إثبات مخالفة البنك لمبدأ المراقبة كونه التزام بوسيلة ، فقط في حالة تخصيص منح الائتمان ، مثل شراء نوع محدد من السلع فيكون التزام البنك هنا التزام بتحقيق¹.

المطلب الثالث: التزام البنك بتحصيل قيمة الائتمان المتعثر عند إنهاء العقد

ان التزامات البنك لا تنتهي قبل منح الائتمان ، أو عند متابعة ومراقبة مدى تخصيص الائتمان للغرض الذي أخذ من أجله ، بل تستمر الى غاية ضمان تحصيل الائتمان في حالة تعثر المؤسسة ، فيتخذ البنك إجراءات خاصة تهدف الى إنقاذ المؤسسة المتعثرة ، متى كان ذلك ممكنا وبالتالي تحصيل قيمة الائتمان لأن ضمان استرجاع قيمة القرض الممنوح مضاف اليه الفوائد ، مرهون باستمرارية المؤسسة وخطر إفلاسها أو عجزها عن سداد ديونها يشكل خطرا ، على الطرفين ، هذا ما يعزز من دور البنك في الالتزام باسترجاع قيمة الائتمان والسعي لإنقاذ المؤسسة المتعثرة بكل الطرق المتاحة فقد ينتهج البنك في انقاذه للمؤسسة ، طرقا وآليات إجرائية غير قضائية وقد يعتمد على طرق وآليات قضائية ، وسنتطرق لكلا الطريقتين في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : المعالجة غير القضائية لتعثر الائتمان

لقد أدى تطور القضاء الى أخذ النزاع من القاضي المخول له الفصل فيه، الى خارج أروقة العدالة مما يسمح بربح الوقت والمال بالنسبة للعدالة ، لتقليص الوقت القضايا لدى المحاكم وتعتبر المصالحة أو التسوية الودية أو التسوية الوقائية من أهم مظاهر المعالجة غير القضائية للصعوبات حيث تبناها المشرع الفرنسي بموجب القانون 2005-845 المتضمن

¹ ايت وازو زائنة ، المرجع السابق ص 276.

القانون التجاري الفرنسي،¹ وقد ساهم في تعزيز هذا المبدأ كذلك، تطور المفاهيم العامة للإفلاس من الصيغة التأديبية الى الصيغة الاسعافية، فانقل الوضع من حماية الدائنين من المدين المفلس عن طريق غل يده الى نظام انقاذ المشروعات، لأن الوقت هو عدو المشروعات التي تمر بصعوبات لذا من الأفضل معالجة هذه الصعوبات في أقرب وقت ممكن حتى لا يصل الى الإجراءات الجماعية، وتسمى الإجراءات الوقائية وهي توفر الوقت والمال، وقد تبنى هذا المبدأ المشرع الأمريكي في الفصل 11 من قانون الإفلاس، الذي أجاز للمشروعات أن تلجأ بمحض إرادتها للاستفادة من وقف متبعة دائنيها حتى وان لم تتوقف عن الدفع، وتتجسد هذه الإجراءات في آليات الرقابة للكشف المبكر عن التعثر، وفي أغلب الحالات يمارس هذه الرقابة البنك كما سبق ذكره.²

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على الإجراءات الوقائية وإطلاق الإنذار في حالة الضرورة بل اكتفى بوضع التدابير العلاجية لا يتم اللجوء إليها الا بعد التوقف عن الدفع، مما يجعلها غير مجدية لان الصعوبات التي تواجه المؤسسة تكون قبل فترة طويلة من التوقف عن الدفع. وسنحاول عرض أهم أسباب تحصيل الائتمان في البند الأول ثم يليه، تحصيل الائتمان عن طريق التسوية الودية في البند الثاني، وننتقل في الأخير الى خصائص وشروط التسوية الودية.

البند الأول: أسباب تعثر تحصيل الائتمان

قبل المعالجة الودية لتعثر الائتمان، يقوم البنك بالبحث في الأسباب التي أدت بالمؤسسة للتعثر كمرحلة أولية، فمن خلال دراسة أسباب تعثر المؤسسة يتم تشخيص موقع

¹¹ لقد ورد في مذكرة تقديم مشروع القانون رقم 73-17 المتعلق بتغيير وإكمام الكتاب الخامس من مدونة التجارة المغربية ص 3 : "استبدال كلمة التسوية الودية " بمصطلح "المصالحة"، لتجنب اللبس مع مسطرة التسوية القضائية، وتسمى في القانون الفرنسي المصالحة "conciliation" وتختلف ترجمة هذا المصطلح من مرجع لآخر فهناك من ترجمها بمصطلح "التوفيق" وهناك من ترجمها بعبارة "المصالحة" أما القانون التونسي فيسميها التسوية الرضائية والقانون السعودي أطلق عليها مصطلح "التسوية الوقائية"، أما في نظام الإفلاس الجزائري فلا وجود لهذا النوع من الإجراءات الوقائية الودية، وإنما يوجد ما يشابهها وهو نظام الصلح البسيط الذي يخضع له المدين المقبول في التسوية القضائية أي بعد التوقف عن الدفع وهو عقد يبرم بين المدين المفلس وجماعة الدائنين بموافقة أغلبية الدائنين عليه وتصديق المحكمة، وبمقتضاه يستعيد المفلس إدارة أمواله والتصرف فيها على أن يتعهد بأن يدفع في آجال معينة ديونه كلها؟ أو بعضها راجع المادة 459 من القانون المدني.

² بزاز وليد، ضرورة التحول من قانون الإفلاس الى انقاذ المشروعات المتعثرة، بيت الأفكار، الطبعة الأولى الجزائر 2023 ص 178

المرض وبالتالي معالجته أو الوقاية منه، فالتعثر المالي قد تكون له علامات وبوادر يمكن علاجها لو أن اكتشافها كان مبكرا وهو ما يسمى الرصد المبكر للصعوبات، لكن التقاعس في اتخاذ الإجراءات اللازمة من شأنه أن يؤدي إلى إفلاس المؤسسة ، فمن الضروري معرفة الأسباب التي أدت للتعثر قبل التطرق للحلول المناسبة لها ، وتصنف الأسباب إلى ثلاثة أصناف كما يلي :

1- الأسباب مرتبطة بالعميل كمسير للمؤسسة: تتمثل أغلبها في عدم الفصل بين أموال الخاصة للعميل وأموال المؤسسة التي يسيرها مثل الإنفاق المترف غير المحسوب ، أو عد الوفاء بالالتزامات البنكية مما يؤدي إلى المساس بسمعة التجارية ، أو التلاعب عند تقديم معلومات غير صحيحة عند طلب الائتمان أو عند استخدام الائتمان ، كما أن العميل قد يكون عديم الكفاءة ، مما يجعله غير قادر على تقدير احتياجات السوق ، وعدم القدرة على المنافسة كتبني طرق تسويقية قديمة ، تؤثر على المنافسة ، وقد ترتبط الأسباب كذلك بإنخفاض مهارة العمال وقلة خبرتهم¹ . عدم وجود تخطيط مالي سليم مما يترتب عنه زيادة الطاقة الإنتاجية باستثمارات إضافية في أصول ثابتة دون إجراء الدراسات الكافية ، وكذا المغالات في البيع الآجل دون إجراء دراسات على العملاء²

2- الأسباب المرتبطة بالبنك: تتمثل أساسا بعدم التزام البنك بالالتزامات السالفة الذكر ، وأهمها منح الائتمان للمؤسسة دون القيام بالدراسة المركز المالي الفعلي للمؤسسة المتعثرة والتأكد من مدى الجدارة الائتمانية للعميل ، وعدم متابعة كيفية استخدام الائتمان من طرف العميل ، من خلال اعتماد نظام رقابة ومراجعة داخلية من خلال جمع المعلومات والبيانات الصحيحة والدقيقة ، والعمل على استغلال كل الطاقة الإنتاجية للمؤسسة ، أو اقتراح زيادة رأسمال المؤسسة ، والتقليل من الأعباء عن طريق اللجوء للإيجار التمويلي ، وقد يقترح البنك

¹ هبال عادل ، اشكالية القروض المتعثرة دراسة حالة الجزائر ، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ، 2015-

2016 ص 18

² بزاز وليد ، المرجع السابق ص 148

كذلك بيع الأصول غير المستغلة أو تقليص عدد العمال أو وقف الحوافز ، وعقد اجتماعات ودية بين الدائنين والموردين لمنح المؤسسة مهلة أكثر لسداد ديونها، واعتماد سياسات جديدة في مجال التسويق والبيع ،كل هذا يجب أن يكون ضمن إطار التزام بالحيلة والحذر دون الوصول لمرحلة التدخل الفعلي في المؤسسة المتعثرة .¹

3- الأسباب الخارجية : تكون في الأغلب ذات طبيعة دولية مثل ،تأثير اقتصاديات الدول المتطورة على اقتصاد الدول النامية ، خصوصا عند وضع قرارات سياسية تخدم مصالح الدول المتقدمة ، مثل فرض ضرائب ورسوم جمركية و تعقيدات إدارية، قد تؤدي إلى كساد السلع ،كما يمكن أن تكون الأسباب مرتبطة بالاقتصاد الداخلي للدولة ، كإيقاف استرداد بعض السلع أو بعض المواد الأولية التي قد تدخل ضمن عملية الإنتاج للمؤسسة مما يؤدي إلى إيقاف خط إنتاجها أو تعثرها.

كما أن حدوث كوارث طبيعية أو أحداث سياسية²، أو انتشار أوبئة تتسبب في انكماش الاقتصاد مثل جائحة كورونا مؤخرا ، حيث أعلنت منظمة الصحة العالمية في فبراير 2019 أن فيروس كورونا هو حالة طوارئ صحية عامة ، فكان له تأثير سلبي على الاقتصاد العالمي مما أدى الى تعطيل التبادلات التجارية وتوقف بعض الأنشطة عن العمل ، مما جعل العديد من التجار عاجزين عن الوفاء بالتزاماتهم التعاقدية سواء بسبب انتشار الوباء أو بسبب إجراءات الحجر الصحي التي انتهجتها كل دول العالم.³

البند الثاني :تحصيل الائتمان المتعثر عن طريق التسوية الودية البنكية

يقع على البنوك التزام بالتحقق من وضعية العميل المتعثر من خلال التحقق من الأسباب التي أوصلته لمرحلة التعثر وفي حالة ثبوت حسن نية العميل وعدم احتياله أو اعتماده

¹أزوا عبد القادر ، محرز صليحة ، البات معالجة التعثر المالي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ،مجلة القانون والعلوم السياسية ، المجلد 09 العدد 02 تاريخ النشر 2023/12/31 ص 192-201.

² راجع قرارات محكمة التعقيب التونسية أو المحكمة العليا في تونس فيما يخص أحداث الربيع العربي فإن الثورة نتج عنها صعوبات إقتصادية،أنظر مضمون القرار ، منصف الكشو ، مرجع سابق ص 149-150

³حول تبعات فيروس كورونا وآثاره على الالتزامات التعاقدية ، أنظر رجائي حسن شنتوي ، آثار كورونا على الالتزامات التعاقدية ، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة مدينة السدات ، مجلد 06 عدد خاص صيف 2020.

أساليب غير مشروعة ، وكذا جدارته الائتمانية ، يلجأ البنك إلى المعالجة الودية لحماية حقوق المدين المتعثر، لذلك يقع على عاتق البنوك أن تتميز بكفاءة مهنية عالية لتحديد المركز المالي الفعلي للعميل من خلال دراسة وتحليل جميع المؤشرات والمعلومات الخاصة به ، فإما إذا ثبت أن وضعية العميل ظرفية تتعلق بأزمات مؤقتة قابلة للإصلاح يلجأ البنك للتسوية الودية لإنقاذ العميل، أما إذا كانت وضعيته المالية ميؤوس منها يلجأ البنك للمعالجة القضائية مباشرة .

تعرف التسوية الودية البنكية لتعثر الائتمان بأنها "مساعدة البنك للعملاء المتعثرين بشكل مؤكد عن طريق منحهم تسهيلات وامتيازات خاصة لتخطي الإعسار المؤقت " وينتج عن هذه التسوية الودية عقد جديد بين البنك والعميل المتعثر يهدف لتحصيل الدين بطريقة ودية، فهو ذو طبيعة تعاقدية لكل من البنك والعميل ، بهدف اتخاذ إجراءات وقائية دون اللجوء للقضاء.¹

تعرف التسوية الودية أو المصالحة في قانون الإجراءات الجماعية : "بأنها عقد بين المدين المتوقف عن الدفع وبين دائنيه يتضمن تنازل عن جزء من دينه أو منحه أجلا للوفاء به أو الأمرين معا".²

البند الثالث: خصائص وشروط التسوية الودية البنكية

يتم اللجوء للمصالحة كوسيلة لتقليل الصعوبات التي يمر بها المشروع وتتميز بخصائص تجعل منها مفضلة لدى المدين و دائنيه ،على أن تخضع لشروط معينة وسنتطرق للخصائص و الشروط فيما يلي :

1- خصائص التسوية الودية :

¹ جلييلة مصعور ، المرجع السابق ص 165

² علي البارودي ، الأوراق التجارية والافلاس وفقا لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 دار المطبوعات الجامعية ، بدون طبعة ، الاسكندرية

سنة 2002، ص 229

- الصبغة التعاقدية : تعتبر أسلوب من أساليب التفاوض بشأن مصير المشروع المتعثر ، فيقوم رئيس المشروع بتقديم طلب لرئيس المحكمة التجارية ومن حق البنك قبولها أو رفضها ، ولا يخضع الأطراف في تحديد شروط اتفاق التسوية أو المصالحة لأي قيود بل يتم الاتفاق بالتراضي بين الطرفين أي تضمين في العقد كل البنود التي اتفق عليها الطرفان كالاتفاق على إعادة جدولة الدين أو الغائه أو تقليل نسبة الفائدة .¹
- وبالرغم من حرية الطابع التعاقدى لاتفاق المصالحة إلا أنه يخضع للرقابة القضائية عن طريق اثباته من قبل رئيس المحكمة والتصديق عليه من قبل المحكمة ، مما يجعل من حرية التعاقد ليست مطلقة ، مما يجعل من المصالحة تتشابه مع الإجراءات الجماعية .²
- الطبيعة السرية للتسوية الودية: أن نجاح المفاوضات مقترن باحترام السرية وهو أمر ضروري للحفاظ على ثقة شركاء المدين في المستقبل ، وهذا ما يستدعي التزام جميع الأطراف بالسرية وقد الزم المشرع الفرنسي في نص المادة 611-15 جميع الأطراف بالسرية ، وهي غير معنية بإشهار لذلك يتم فصل المصالحة كمسار تعاقدى عن الإجراءات الجماعية القانونية والتي يمكن أن تهدد الشركة بسبب الدعاية وإشهار .³
- الطابع المزدوج لتسوية الودية : تتميز المصالحة بطابعها المزدوج فيما يتعلق بموقف الدائنين منها فهي اختيارية من حيث الانضمام و الزامية من حيث الآثار .
- أن الطبيعة التعاقدية للمصالحة، تمنح الحرية للدائنين للتفاوض مع المدين حول مقترحاته والتوقيع عليها دون أن يكونوا ملزمين بإبرام الاتفاق، لأن نتائج مبدأ سلطان الإدارة أن للفرد كامل الحرية في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد فلا يمكن إجباره على التعاقد ومنه تخضع التسوية الودية لمبدأين أساسيين: هما حرية التفاوض على الاتفاقية، ومدى استعداد الدائنين للانضمام

¹ انظر الفصل 428 من المجلة التجارية التونسية .

² Michel jentin ,paul le cannu ,droit commercial entreprises en difficulté dalloz ,7ème édition,2007 p79

³ Michel jentin ,paul le cannu, op, cié p 84

اليها ، كما أن الإرادة المشتركة للبنك والمدين حرة في تحديد الآثار المترتبة عن اتفاق المصالحة في حدود ما نص عليه الاتفاق.¹

2- شروط افتتاح التسوية الودية:

- الشروط الشكلية : تتمثل في تقديم طلب التوفيق للمحكمة المختصة وفقا لأحكام المادة 611-6 من القانون التجاري الفرنسي ، التي نصت على أن يتم إخطار رئيس المحكمة من قبل المدين بوضعه واحتياجاته التمويلية فلا تفتتح الإجراءات تلقائيا أو بناء على طلب الدائنين فلهم الحق فقط في قبول بنود المصالحة أو رفضها عند عرضها عليهم أو تعديلها.

- الشروط الموضوعية : تتمثل فيما يلي :

- 1- أن يكون مشروع المدين يمارس نشاطا تجاريا أو حرفيا : أشار المشرع الفرنسي لهذا الشرط في نصا المادة 611-4 من القانون التجاري الفرنسي ، بحيث نصت على انه يمكن للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص و الاشخاص الطبيعية ممارسة أنشطة مهنية بما فيها المهن الحرة الاستفادة من إجراءات المصالحة مع استبعاد الأنشطة الزراعية وفقا لنص المادة 611-5 والملاحظ أنه قبل إصلاح 2005 كانت الأشخاص الطبيعية التي تمارس مهنا حرة غير معنية بالوفاء بديونها في آجالها وهو ما يشكل تناقضا مع التوجه الاقتصادي الذي يسعى لتطوير جميع الأنشطة مهما كانت طبيعتها.
- 2- معانات المشروع من صعوبات : وفقا للمادة 611-4 L قد تكون صعوبات قانونية أو اقتصادية او قانونية أو مالية سواء حالية أو متوقعة ، ولا يكون في حالة توقف عن الدفع منذ أكثر من 45 يوما ، والملاحظ أن الإصلاح القانوني في سنة 2005 قد جاء بشرطين جديدين، أولهما إن المدين يمكنه أن لا ينتظر وقوع الصعوبات لطلب التسوية الودية بل يمكنه تقديم الطلب حتى في حالة توقعه للصعوبات أما الثاني فلأنه يمكن افتتاح إجراءات التوفيق بالرغم من توقف المدين عن الدفع لكن دون تجاوز مدة 45 يوما ، وهذا الإجراء

¹Marie koehl, la négociation en droit des entreprises en difficulté ,thèse de doctorat en droit privé et sciences criminelles, université paris nanterre 2019 p 65

الأخير جعل من إجراءات بالمصالحة تلغي دور التوقف عن الدفع باعتباره الحد الفاصل بين الإجراءات الوقائية والإجراءات القضائية ومنه تعزيز دور القاضي في إجراءات المصالحة أكثر من الإجراءات العقابية.¹

البند الرابع : أشكال التسوية الودية لتحصيل الائتمان المتعثر

تختلف طرق تحصيل الدين بحسب وضعية العميل وطبيعة تعثره ، ويحدد البنك أشكال التسوية الودية ، ولا يمكن للعميل التفاوض مع البنك بل الموافقة على التسوية ، وذلك باعتبار البنك على دراية وكفاءة وخبرة في تحصيل الديون المتعثرة فيجدد شكل التسوية المقترح على العميل للقضاء على التعثر ، وتتمثل أهم أشكال التسوية الودية لتحصيل قيمة الدين فيما يلي:

1- إعادة جدولة الدين والتي تكون ضمن خطة إعادة الهيكلة والتي عرفها البعض بأنها "قيام البنك بمعالجة أوضاع الشركة المتعثرة من الناحية الإدارية أو القانونية أو الاقتصادية ، وذلك باستخدام وسائل إجرائية وموضوعية ، بهدف الحفاظ على استمرارية المؤسسة وتأهيلها والنهوض بها من حالة التعثر ، وتجنبها الدخول في مرحلة التصفية"²

وتتم إعادة جدولة الديون من خلال أن يمنح العميل مهلة لتمديد التزاماته عوض شهر إفلاسه، ويعد ذلك وسيلة أفضل لضمان حقوق البنك عند تصفية موجودات العميل التي قد لا تكون كافية لاسترجاع قيمة الدين كله.³

ويشترط لتطبيق خطة إعادة جدولة الدين موافقة جميع الدائنين على خطة بحيث يجب أن تتضمن خطة إعادة جدولة الدين الشروط التالية :

¹Michel jentin ,paul le cannu, op, cié p 84

²خالد حسن أحمد لطفي ، الاعتبارات القانونية والفنية لإعادة الهيكلة الشركات ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية مصر ، سنة 2023 ص 18.

³شامي ليندة ، المرجع السابق ص 98.

1- طرق السداد وتصفية الديون من خلال تمديد آجال الوفاء أو تخفيض الديون و الفوائد ، مع توضيح مصادر تحقيق السيولة اللازمة للسداد وفق جدول زمني محدد . وقد نص المشرع الجزائري على تمديد آجال الاستحقاق في النظام 03-13 والمتعلق بتصنيف المستحقات والالتزامات بالتوقيع، بحيث نضم حالات إعادة هيكلة المستحقات المصنفة بشرط إبلاغ اللجنة المصرفية وبنك الجزائر كل ثلاث أشهر بقائمة المستحقات المصنفة التي تمت إعادة هيكلتها على الأقل مرة واحدة والتي يفوق مبلغها 50.000.000.00 دج¹

2- يجب أن يتقاسم الدائنون جميعا المنافع الاقتصادية للخطة حتى نحضى بموافقة أكبر عدد ممكن ، وأن تراعي الترتيب العادي للطلبات وأن تكفل معاملة متساوية للدائنين ذوي المرتبة المتساوية وذلك من خلال وضع خطة لدائني كل فئة والمعاملة التي سيتلقاها هؤلاء الدائنين ، من حيث المبالغ المسددة وتوقيت السداد ، وكذلك الضمانات المقدمة من المدين لتنفيذ الخطة.

3- بيان مصادر التمويل ويعد أمرا أساسيا لجدولة الدين وهو أمر صعب ، خصوصا بالنسبة للمؤسسات المتعثرة ، والتي قد يصل تعثرها الى التوقف عن الدفع وهو ما يثير مخاوف البنك ، وهذا ما يستدعي إطارا تشريعيًا داعما لإعادة الهيكلة ، يتضمن حوافز الاستثمار في المؤسسات المتعثرة ، ويقدم ضمانات للبنك تضمن حمايتهم إذا ما واجه المدين صعوبات أخرى ، مما يضمن حقوق الدائنين باختلاف مراتبهم سواء كانوا سابقين أو حاليين.أو ممتازين.²

ويتم تطبيق خطة إعادة الهيكلة كما يلي :

- إعادة تقييم الأصول من خلال مقارنة قيمة الأصول الحالية بالقيمة التي قد تنشأ عند إعادة الهيكلة.

¹ انظر المادة 07 من النظام رقم 03-13 المؤرخ في 16 فيفري 2014 المتعلق بتصنيف المستحقات والالتزامات بالتوقيع للبنوك .

² خالد حسن لطفي ، المرجع السابق ص 99

- تخفيض قيمة الدين وتمديد آجال الاستحقاق والإعفاء من سداد الفوائد وتكون هذه بمثابة الإجراءات الاستباقية للحيلولة دون التوقف عن الدفع.
- زيادة رأس المال ، وتكون وفق الشكل القانوني للمشروع وذلك لضمان كفاءة التشغيل وسداد الديون وتجاوز التعثر المالي ، وقد يكون من خلال زيادة الحصص المقدمة من الشركاء أو طرح أسهم جديدة.
- زيادة التدفقات النقدية من خلال مجموعة متنوعة من الخيارات تختلف باختلاف طبيعة المشروع وتعدد الوضع المالي وأسباب الاضطراب.
- خفض التدفقات النقدية الخارجية من خلال وضع قواعد للسيطرة والرقابة بهدف خفض النفقات وصولاً لتحسين الوضع المالي للمدين.
- إعادة الهيكلة الإدارية : وتكون بتغيير الإدارة أو الاستغناء عن عدد من العمال

1.

- 2 إعادة منح ائتمان جديد للعميل : يطلق عليه مصطلح اقتصادي يسمى بـ "تعويم العميل" والمقصود به إعادة منح ائتمان آخر للعميل المتعثر من أجل إنقاذه من وضعية مالية صعبة كانت عائقاً أمام مواصلة نشاطه ، ويعتبر التمويل الجديد للمشروع المتعثر بمثابة إنقاذ له من الإفلاس. وهو بمثابة امتياز يمنحه البنك للعميل غير أن هذا التمويل يمكن أن يكون له أثر عكسي يتمثل في مخاطر تعرض البنك لمخاطر عدم التسديد ، وتعريض أموال المودعين للضياع

يمكن للبنك أن يدعم المؤسسة المتعثرة بسيولة مالية إضافية ، لكن هذا الإجراء يجب أن يكون بعد دراسة دقيقة ومعقدة للمركز المالي الفعلي للمشروع المتعثر ، حتى لا يؤدي لنتائج عكسية كزيادة الأعباء المالية للمؤسسة وعجزها عن السداد ، يصبح الدعم مسيئاً كما سبق

¹ محمد عبد المقصود غانم ، شرح قانون التنظيم وإعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، 2020 ص 39

ذكره فيجب على البنك أن يلتزم بتوجيه الدعم المالي في نشاطات تجارية تسمح بتحقيق عوائد مالية تمكن المؤسسة من السداد .

وتعتبر إعادة هيكلة الديون البنكية جزءا أساسيا وجوهريا في عملية التعويم ، كما يمكن أن يتعرض البنك إلى خسارة مبلغ الدين الأصلي أي الائتمان الأولي والمبلغ الذي تمت إضافته موضوع اتفاق التعويم ، وكذلك المبلغ الإضافي موضوع اتفاق وهو ما يتطلب خيرة وكفاءة عالية من قبل البنك، ويفرض على البنك التزاما بالحرص على طريقة تنفيذه لتجنب الخسارة. ، وللتعويم أشكال عدة كما يلي :

التعويم الأساسي : يكون عن طريق السداد العيني للإئتمان أو بالتشجيع على دمج منشأة بأخرى أقوى منها لتحقيق التكامل بينهما.

التعويم المعتدل : يكون بتأخير سداد الديون تماشيا مع متغيرات كل فترة .

التعويم الخفيف : يكون عن طريق قبول السداد الجزئي للدين مع تأخير آجال الديون المتبقية ، وذلك من خلال تخفيض مبلغ القسط الواحد وزيادة عدد الأقساط.¹

للإشارة فإن المشرع الجزائري اعتمد مبدأ إعادة تمويل المؤسسات المتعثرة ، ولكن ليس ضمن نطاق إعادة الهيكلة بل كإجراء منفصل يكون بناء على طلب المؤسسة المتعثرة ، وجاء ذلك ضمن القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 26 سبتمبر 2021 والمتضمن كفاءات إعادة تمويل المؤسسات المتعثرة، حيث جاء في نص المادة 03 أسباب اعتبار المؤسسة متعثرة لتستفيد من إعادة التمويل ، فكل مؤسسة تتوفر فيها الأسباب التي وردت على سبيل الحصر ، يمكنها أن تستفيد من قرض ثاني بنفس قيمة القرض الأول.²

كما نص المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 20-239 المؤرخ في 31 أوت 2020 والذي حدد طريقة تكفل الخزينة العمومية بصفة استثنائية بتخفيض نسبة الفائدة على القروض

¹ ليندة شامي ، المرجع السابق ص293.

² انظر المواد 03-04 من 14 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 26 سبتمبر 2021 يحدد المؤسسات المتعثرة وشروط و كفاءات تمويلها ج ر

ع 86 صادرة في 11 نوفمبر 2021

الممنوحة من قبل البنوك والمؤسسات المالية ،لفائدة الخواص والمؤسسات اللذين يواجهون صعوبات بسب وباء كورونا حيث جاء في نص المادة 02 الفقرة 02 أن الخزينة العمومية تتكفل

نسب الفائدة على القروض البنكية ، التي تمت إعادة جدولتها أو تسديد أقساطها .¹

والجدير بالذكر أن التشريعات في الجزائر لم تتضمن قبل جائحة كورونا أية قوانين تسعى لإنقاذ المؤسسات المتعثرة لكن إجراءات التي فرضتها الدولة والخاصة بالحجر الصحي التي حكمت على بعض الأنشطة بالتعثر وأخرى بالزوال ،دفعت المشرع لمحاولة وضع قرارات استعجالية ومراسيم تنفيذية للحيلولة دون خسارة المؤسسات من الحياة الاقتصادية ككل .

إن إعادة تمويل المشروع المتعثر قد ينجر عنها مخاطر كثيرة سواء على البنك مانح الائتمان أو على المؤسسة المتعثرة كما سبق ذكره في نظرية الدعم المسمى ، فيجب على البنك أن يلتزم بالحذر لشديد والحرص على مراقبة عملية إعادة التمويل .

ويلتزم العميل بتسديد الائتمان المتعثر ، ويكون ذلك من طرف العميل المستفيد ، كما يمكن أن يتم تسديد الائتمان من طرف الغير ، حسب نص المادة 258 من القانون المدني التي نصت على إمكانية الوفاء من قبل المدين بجذ ذاته أو من قبل نائبه أو من أي شخص تكون له مصلحة في الوفاء من الغير.²

ويقع عبئ إثبات تسديد مبلغ الائتمان المتعثر، و يخضع للقواعد العامة في الخاصة بالإثبات ، ويكون ذلك بالكتابة ، فعند تسديد جزء من الدين أو كله يجب على البنك أن يقدم للعميل سند مخالصة مكتوب بقيمة الدين المسدد .³

وفي حالة فشل البنوك في تحصيل مبلغ الائتمان وديا فإنه تلجأ الى التحصيل القضائي.

الفرع الثاني :المعالجة القضائية لتعثر الائتمان.

¹ انظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 20-239 المؤرخ في 31 أوت 2020 المحدد لكيفيات تكفل الخزينة العمومية بصفة استثنائية بتخفيض نسب الفائدة على القروض الممنوحة من طرف البنوك والمؤسسات المالية لفائدة المؤسسات والخواص اللذين يواجهون صعوبات بسبب وباء كورونا.

² انظر المادة 258 من القانون المدني .

³ ليندة شامي ، نفس المرجع السابق ص 310

في حالة عدم نجاح إجراءات المعالجة الودية في إنقاذ المشروع يتم اللجوء للمرحلة القضائية، ويتم اتخاذ إجراءات قضائية لمعالجة الإفلاس، فلم يعد فقط دور المحكمة قضائياً، وإنما تدخل إيجابياً بحيث أصبح ملزماً بوضع خطة إصلاح، وهذا ما نتج عنه توسع في سلطات القاضي فبعد كان دوره يقتصر على النطق بالحكم أصبح دوره أكثر فاعلية يتعدى حدود الصيغة القانونية البحتة إلى بعد آخر اجتماعي واقتصادي.¹

وقد كرس المشرع الفرنسي بموجب الإصلاح التشريعي في سنة 2005 إجراءات وقائياً جديداً مستوحى من أحكام الفصل 11 من قانون الإفلاس الأمريكي وهو الإنقاذ وهو إجراء قضائي ذو صبغة وقائية، يتم من خلاله إعادة تنظيم المشروعات المتعثرة قبل دخولها في مرحلة التوقف عن الدفع وبما أن افتتاح إجراءات الإنقاذ يتم بناء على طلب المدين ولا يمكن للبنك المطالبة به كطريقة لتحصيل ائتمانه المتعثر بل يطلبه المدين بناء على شروط محددة فهو لا يعد من ضمن التزامات البنك كدائن بتحصيل الائتمان المتعثر لذلك فقد أشرنا له بشكل مبسط كأسلوب قضائي وقائي لمعالجة المشروعات المتعثرة بينما محل بحثنا ضمن هذا الفرع يركز على الإجراءات القضائية العلاجية لتحصيل قيمة الدين والمتمثلة في إجراءات التسوية القضائية والتصفية القضائية وسنطرق لهما بالتفصيل في البندين التاليين: **البند الأول : التسوية القضائية لتحصيل الائتمان المتعثر**

1- مفهوم التسوية القضائية:

تتشابه التسوية القضائية مع الإنقاذ في كثير من الإجراءات لكن تختلف من حيث كونها لا تطبق إلا على المتوقف عن الدفع كما أن افتتاح إجراءات التسوية القضائية يكون من البنك أو من محكمة، وتكون التسوية القضائية في حالة تعرض المشروع لصعوبات تجعل من تدخل القضاء الملاذ الأخير، فالغاية منها تتمثل في الرغبة في الحفاظ على استمرار

¹ عبد الرافع موسى، نظام الإفلاس بين اللغاء والتطوير، مرجع سابق ص 115-119

المشروع المتوقف عن الدفع وشرط التوقف عن الدفع كأساس للتسوية القضائية يخضع لاستثناءات تتمثل فيما يلي:

- الحالة التي يعجز فيها المدين عن تنفيذ التزاماته الناتجة عن اتفاق المصالحة ، إذا تعذر الوصول إلى حل يرضي جميع أطراف المصالحة ، فإنه يمكن لرئيس المحكمة استدعاء المدين وسماعه بعد افتتاح إجراءات التسوية القضائية .
- حالة تحويل إجراءات الإنقاذ إلى تسوية قضائية فإن تاريخ التوقف عن الدفع المعتقد به هو تاريخ الحكم القاضي بافتتاح إجراءات الإنقاذ أو يمكن إرجاعه الى تاريخ سابق عن الحكم بالإنقاذ ب 18 شهرا.¹

والملاحظ أن هذه الحالات تحول التسوية القضائية الى إجراء عقابي بالرغم من أنه وجد لمعالجة الصعوبات التي تعترض المشروعات فهي آلية للعلاج وليست للعقاب .

وهنا نلاحظ أن المشرع الفرنسي جعل من شرط عدم التوقف عن الدفع كمبدأ أساسي لقيام إجراءات الإنقاذ أما عجز المشروع عن مواجهة الخصوم يجعل منه يتوجه مباشرة للتسوية القضائية، أما المشرع الجزائري فلم يفرق بين حالات الإفلاس وحالات التسوية القضائية ، وهذا ما يدفعنا لطلب إجراء تعديلات عميقة في نظام الإفلاس وفق منهجية زمنية وتدرج في إجراءات بداية من الآليات الوقائية ثم الآليات العلاجية ، مع اخضاع كل منها لشروط محددة.²

2- افتتاح إجراءات التسوية القضائية

تفتح إجراءات التسوية القضائية بناء على طلب المدين في أجل أقصاه 45 يوما من تاريخ توقفه عن الدفع ، أو بناء على طلب من النيابة العامة باعتبار النيابة العامة هي الحارسة للنظام الاقتصادي والمصلحة العامة، وسوف نركز في بندنا هذا على افتتاح الإجراءات من قبل البنك باعتباره أحد الدائنين، وخولت هذا المادة 631.5 من القانون التجاري الفرنسي بحيث نصت على أنه " يمكن للدائنين طلب افتتاح إجراءات التسوية

¹ بزاز الوليد، المرجع السابق، ص 268

² بداوي علي ، التسوية القضائية في القانون التجاري ، المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، عدد 2 ، 2003 ص 32.

القضائية بناء على تقديم دعوى ، مهما تكن طبيعة الدين ، لكن بشرط عدم وجود إجراءات المصالحة قيد التنفيذ ودون تجاوز مدة 45 يوما من توقف عن الدفع ، ويجب على البنك هنا أن يحدد بدقة قيمة الدين وطبيعته وتقديم جميع الوثائق التي من شأنها أن تثبت توقف المدين عن الدفع ، لأن ادعاء البنك بذلك لأغراض احتيالية أو تعسفية يعرضه للمسؤولية ، لأن طلب التسوية القضائية يؤثر على سمعة المدين والتشهير به مما قد يؤدي إلى فقدان ائتمانه وتشويه سمعته وعدم القدرة على الرجوع للحياة الاقتصادية من جديد¹

البند الثاني : التصفية القضائية لتحصيل الائتمان المتعثر

تعرف التصفية القضائية بأنها إجراء يهدف الى بيع أصول المدين وتوزيع حصيلته على الدائنين تحت تصرف إدارة المتصرف القضائي ، ونصت المادة 1-640 من القانون التجاري الفرنسي ، بأن يخضع للتصفية القضائية كل مدين منصوص عليه في المادة 2-640 متوقف عن الدفع والذي من المستحيل إعادة تنظيمه ، لذلك فإن شرط افتتاح إجراءات التصفية هو التوقف عن الدفع. كذا اختلال وضعية المدين بشكل لا رجعة فيه،²

وهنا يكمن الفرق الجوهرى بين التسوية القضائية والتصفية القضائية ، فالأولى هي وسيلة لتجاوز الصعوبات التي يعاني منها المشروع المتوقف عن الدفع أما الثانية أي التصفية القضائية فهي وسيلة لتصفية أموال المشروع وتوزيعها على الدائنين بما يضمن حقوقهم.

1- أشكال الحكم بالتصفية القضائية تتمثل فيما يلي :

- التصفية القضائية الفورية : وتكون دون فتح فترة المراقبة إذا توقف المشروع عن النشاط واتضح أن التقويم قد بدأ مستحيلا ، فالتصفية هنا تكون نتيجة فحص دقيق لوضعية المشروع من طرف المتصرف القضائي الذي يقترح في تقرير الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية تصفية المشروع، إذا تبين له استحالة إنهاضه عبر إجراءات الإنقاذ أو مخططات

¹ Froncoise pérochon entreprises en difficulté ,LGDJ LEXTENSOk 11eme édition p 769

² Froncoise pérochon cit p 817

الاستمرارية والتفويت للتسوية القضائية ، وتقوم المحكمة بتعيين القاضي المنتدب ووكيلا قضائيا بصفة مصف.¹

- التصفية القضائية اللاحقة : يمكن الحكم بالتصفية القضائية خلال فترة المراقبة المتعلقة بإجراءات الإنقاذ أو تحويل التسوية القضائية إلى تصفية قضائية ، إذا تبين للمحكمة أن المخطط غير مجدي ، وهذا ماقتضت به محكمة النقض الفرنسية أو عند الحكم بفسخ مخطط الاستمرارية بسبب عدم تنفيذه من قبل المدين في الآجال المحددة كما يمكن اعتماد التصفية القضائية عند فشل إجراءات المصالحة وفقا لأحكام الفقرة 02 من المادة L 640-4 من القانون التجاري الفرنسي .²

البند الثالث : طرق تحصيل البنك الائتمان عن طريق التصفية القضائية

- تحقيق الأصول ويكون بعد الحكم بالتصفية ويكون تحقيق الخصوم موازاة مع تصفية الأصول تحت إشراف قاضي منتدب الذي يختار طريقة البيع الملائمة لظروف المشروع والتي من شأنها أن توفر المبلغ الذي يساهم في تسديد الديون سواء كان عقارات أو منقولات أو وحدات الإنتاج.

1- بيع العقارات : وفقا لنص المادة L642-18 يتم بيع العقارات وفق إجراءات الحجز العقاري في قانون الإجراءات المدنية ، غير أن الثمن الافتتاحي للمزايدة وكذا الشروط الأساسية للبيع وتحديد شكليات الشهر يتم من طرف القاضي، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 351 من القانون التجاري على ضرورة منح مهلة شهرين للدائنين المرتهنين وذوي حق الامتياز اعتبارا بالحكم، ملاحقة البيع الجبري مباشرة للعقارات التي قيدت عليها رهونهم العقارية.

2- بيع المنقولات ، يمكن للقاضي المنتدب بعد سماع المدين واستدعائه قانونا برسالة مسجلة أ يأذن للمتصرف القضائي مباشرة ، بيع الأموال المنقولة والبضائع ويتم البيع بالمزايدة أو البيع بالتراضي لكن وفق السعر والشروط المحددة حسب أحكام المادة L642-19 ، كما

¹ : بزاز الوليد ، المرجع السابق ص 288.

² Froncoise pérochon cit p 816

يمكن للقاضي المنتدب أن يطلب عرض مشروع البيع بالتراضي للتأكد من احترام الشروط التي سبق له أن حددها.

3- بيع وحدات الإنتاج :وهي مجموعة المواد المادية والبشرية والتي تسمح بممارسة نشاط تجاري مستقل ، وعندما يتضمن المشروع على وحدات الإنتاج ذات المردودية فيمكن للقاضي عرضها للبيع مما يسمح بضمان استمراريتها.

4- تصفية الخصوم :يعد الوفاء بالديون الهدف الأساسي للتصفية القضائية ، ويتم توزيع الديون حسب ترتيب الدائنين ، ويتم الرجوع للقواعد العامة لترتيب الدائنين أما بالنسبة للبنوك التي منحت الائتمان للمشروع المتعثر تستفيد من امتياز حق الأولوية وسنتطرق له فيما يلي¹

البند الرابع : تحصيل الائتمان بالأولوية عن طريق "امتياز ديون مساعدة المؤسسات المتعثرة"

تتمثل أهمية التسوية القضائية والتصفية القضائية، في إلزام البنك للمدين المتعثر بكل طرق الإلزام المتاحة قانونيا ،بدفع قيمة الدين عن طريق بحكم قضائي نهائي ،ولتشجيع البنوك على منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة، تم منحها امتيازًا خاصًا دون غيرها سمي بـ "امتياز ديون مساعدة المشروعات المتعثرة"، يضمن هذا الامتياز للبنك الحصول على أمواله من المشروع المتعثر بالأولوية على غيره من الدائنين، وهذا ما قرره المشرع المصري في قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الوافي من الإفلاس رقم 11 لسنة 2021.²

كذلك أقرته المادة L 611-11 من القانون التجاري الفرنسي حيث أعطت حق الأولوية لبعض دائنين في الاتفاق الودي المصدق عليه ،بحيث نصت على انه يكون للأشخاص اللذين نشأت ديونهم بعد تقديمهم حصة في أصول المدين لأجل مساعدته في استمرار نشاطه واستدامته حق بالأولوية في استيفاء ديونهم طبقا للترتيب المنصوص عليه في المادة L.622-

¹ بزاز الوليد المرجع السابق ص 290

² انظر قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الوافي من الافلاس رقم 11 لسنة 2021.

17 والمادة L.643-8-5 من قانون التجاري الفرنسي¹، وكل شخص قدم خدمة أو مالا بهدف مساعدة المدين المتعثر يتمتع بالأولوية²، وسنتطرق فيما يلي لشروط امتياز ديون مساعدة المشروعات المتعثرة ثم نطاق تطبيقها وفي الأخير نبين مزايا وعيوب هذا الامتياز.

شروط امتياز ديون مساعدة المؤسسات المتعثرة تتمثل فيما يلي:

- منح الائتمان قبل الشروع في إجراءات الإفلاس أي من الضروري أن يكون لائتمان الممنوح تاريخاً مؤكداً لاحقاً، بالنسبة للحكم بفتح الإجراءات الجماعية، أما إذا كان تاريخ الائتمان سابقاً على مباشرة الإجراءات الجماعية فلا يستفيد البنك من هذا الامتياز ، وهذا من شأنه أن يصعب إثبات أن الدين كان قبل أو بعد افتتاح الإجراءات الجماعية ، فمن الضروري التأكد من مصدر الدين ، خاصة الديون التعاقدية التي يكون مصدرها اتفاق أطراف كعقود التمويل المصرفي والديون غير التعاقدية التي مصدرها القانون كالديون المستحقة للدولة أو للعمال وتعويضات المستحقة للغير.³ كما تبرز الصعوبة في الإثبات أيضاً بالنسبة للعقود المستمرة التي يستلزم تنفيذها وقتاً ن الزمن كعقود الإيجار أو التوريد ، ففي هذه الحالة فالجزء الذي ينتج عن تنفيذ العقد بعد الحكم بفتح الإجراءات الجماعية يكون فقط من له أولوية السداد ، فالعبرة هنا بالوقت الذي نشأ فيه الدين وليس بوقت إبرام العقد⁴

- أن يكون منح الائتمان تم بصفة قانونية ، فيكون القصد من الائتمان إنقاذ المشروع المتعثر وليس الإضرار بالغير كما يجب أن لا تخرج تصرفات المدين عن حدود الإدارة المسموح بها من قبل قاضي التفليسة ، ويجب أن يتصرف البنك كذلك بحسن نية مع

¹ L.622-14 de code du commerce cemoifié par Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce article 62.

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044044563> consultation de site 14/03/2025 h 23 :00

² خليل فيكتور تادرس ، المرجع السابق ص 221 وما يليها.

³ Corinn SAINT -LARY HOUIN cit p320

⁴ أنور مطاوع منصور ، المرجع السابق ص 247

المدين ، ففي حالة تصرف المدين خارج التصرفات الإدارية المسموح بها وإبرم عقود تمويل مع بنوك فإن تلك البنوك لا تستفيد من حق الامتياز حتى وإن تتصرف بحسن نية.¹

- أن يكون منح الائتمان بهدف إنقاذ المشروع المتعثر من الإفلاس وضمان استمرار نشاط المشروع ،فهو شرط نشأة دين ، ويتحقق ذلك ندما يأمر قاضي الإفلاس على حسب الأحوال بالاستمرار في نشاط المدين، على أن يكون هذا الائتمان مرتبطاً بالنشاط المهني للمدين ، فالديون التي لا ترتبط بنشاط المهني للمشروع لا تستفيد من امتياز ، وهذا ما تضمنته المادة 20 مكرر من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس رقم 11 سنة 2021.²

المبحث الثالث: قيام مسؤولية البنك نتيجة تصرفاته التعسفية عند منح الائتمان

للمؤسسات المتعثرة

حيث سنتطرق في هذا الإطار إلى بيان حالات تعسف البنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة (مطلب أول) ثم نوضح أركان مسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسة المتعثرة (مطلب ثاني)

المطلب الأول : حالات تعسف البنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة

حيث يتجلى تعسف البنك في ثلاثة مراحل من مراحل العقد وهي: مرحلة ما قبل التعاقد ثم تعسف البنك في المرحلة التعاقدية وأخيراً تعسف البنك في مرحلة إنهاء العقد، حيث سنوضح ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول : تعسف البنك في المرحلة التي تسبق التعاقد

تخضع العمليات البنكية للالتزامات متعددة تقتضيها ضرورة تحقيق العملية، حيث يقوم البنك في مرحلة ما قبل التعاقد بدراسة طلب القرض وتقييم الشخص طالب القرض من حيث وضعيته المالية ومدى قدرته على الوفاء، فالبنوك تتمتع بحرية مطلقة في منح الاعتماد أو رفضه

¹ أنور مطاوع منصور، المرجع السابق ص 252

² انظر المادة 20 من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس المصري رقم 11 سنة 2021

انطلاقاً من مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد¹، فالعقد شريعة المتعاقدين طبقاً لأحكام المادة 106 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تنص: "الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيدها" حيث يلتزم المتعاقدين بما ورد فيه²، وطبقاً للمبدأ أعلاه فإن للإرادة القدرة على إنشاء التصرف وتحديد الآثار المترتبة عليه، بل يقع على عاتق البنك واجب توفير الحماية له ضد مخاطر الوقوع في الغلط، حيث أن واجبات البنك رغم أنها تنشأ قبل العقد لكنها تجعله ينعقد بصورة صحيحة، حيث أن الانتشار الأوسع والمستمر للعمليات المصرفية يفرض على المشرع واجب تكريس هذه الالتزامات بموجب نصوص قانونية حماية لمصالح المقترض من أي تعسف³ سواء كان قبل التفاوض أو بعده.

البند الأول : التعسف قبل التفاوض

الشرط التعسفي هو أي شرط يفرض على الطرف الأضعف في العقد، بشكل يخل بمبدأ التوازن بين الالتزامات والحقوق المتبادلة للطرفين وعادة ما يكون في عقود الإذعان، حيث يفرض الطرف الأقوى شروطه دون تفاوض، إن المتتبع للتطورات الاقتصادية والاجتماعية والتقنية التي يشهدها العالم اليوم وما رافق ذلك من تطور موازٍ في أنماط التعامل و كفاءاته على الصعيدين الداخلي والخارجي، لا بد أن يلحظ تحولاً جذرياً موازياً في منهج دراسة تكوين العقد، فبعد أن كان التركيز منصّباً على اللحظة التي يتلاقى فيها الإيجاب والقبول، أصبحت الاتجاهات الحديثة في الفقه القانوني تنظر بعين الاهتمام إلى نقطة البداية الحقيقية في حياة

1 خليفة بن محمد الحضرمي، مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الداخلي، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2022، المنصورة جمهورية مصر، ص 47.

2 انظر المادة 106 من القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

3 عبد القادر بلطاس، الاقتصاد المالي والمصرفي - السياسات والتقنيات الحديثة في تمويل السكن بالجزائر - ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001، ص 133 وما بعدها.

العقد، وهي لحظة التفكير فيه وما يتبعها من سعي متواصل وحديث من قبل الأطراف لتجسيد الفكرة واقعاً ملموساً، حيث أصبحت هذه المرحلة تنشئ التزامات¹.

يرى الأستاذ بلحاج العربي بأن المشرع الجزائري ورغم تعديلات المتعاقبة التي مست القانون المدني في الكثير من مواده، إلا أنه لم يهتم بمرحلة التفاوض. فقد أغفل تنظيم الالتزام قبل التعاقد، كما سكت عن حماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد، تاركاً الأمر بيد القضاء الذي مازال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم لا يترتب عليه في ذاته أي أثر قانوني، و لا ينشئ على عاتق الطرفين أي التزام. و ليس أمام المتفاوض المضروب من جراء عملية التفاوض ، سوى اللجوء إلى طريق المسؤولية التقصيرية " ليخلص الأستاذ إلى أن المشرع الجزائري أشار إلى أبرز صور المرحلة التمهيدية السابقة إلى التعاقد، و ذكر منها خاصة: الاتفاق الابتدائي على المسائل الجوهرية أو الأساسية للعقد (المادة 65 من القانون المدني)، و الوعد بالتعاقد (المادة 65 من القانون المدني)، و العربون كما نصت المادة 72 مكرر من نفس القانون المضافة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005). و هي الصور التي يعقبها غالباً إبرام العقد النهائي الذي يحل محلها².

ففي الكثير من الأحيان ترفض البنوك منح الاعتماد للزبون البنكي بدليل حريتها المطلقة وسلطانها في منح الاعتماد من مختلف النواحي، فمن الناحية القانونية تستند إلى المبدأ المذكور أعلاه الخاص بسلطان الإرادة وحرية التعاقد، وينطلقون من الناحية الاقتصادية من حقيقة أن البنك في سلعة النقود ومنه فهو مؤتمن على ودائع العملاء لديه ، لذلك له الحرية في رفض أو منح الاعتماد، صوناً لتلك الودائع من أي مخاطر³، إلا أنه يجب أن يكون الرفض لأول مرة كما يرى البعض دونما مبرر غير مقبول، خاصة في ظل المنافسة الشديدة بين البنوك

1 نبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية. مجلد 29، العدد الثاني، سنة 2013، ص 300.

2 بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. طبعة 2011، ص ص: 13-14 .

3 خليفة بن محمد الحضرمي، المرجع السابق، ص 149.

حالياً حيث ان قيام البنك بذلك يعرضه للمسؤولية التقصيرية، إلا إذا كان ذلك الرفض تنفيذاً لأوامر البنك المركزي الذي يعتبر المسؤول عن الحفاظ على السياسة المالية في الدولة.¹

البند الثاني : التعسف عند التفاوض على إبرام العقد

إن مرحلة التفاوض على إبرام العقد هي مرحلة استكشافية لما تثيره من المناقشات بين المتعاقدين وعادة ما تستغرق وقتاً طويلاً خاصة في العقود ذات القيمة الاقتصادية والمالية التي لا تتلاءم مع القواعد الكلاسيكية المتمثلة في اقتران الإيجاب بالقبول، فالقواعد التقليدية أصبحت غير قادرة على الاستجابة والمجابهة للمخاطر التي قد تتطوي عليها عادة العقود غير التقليدية²

حيث يلعب عاملي الزمن ومبدأ حسن النية دوراً كبيراً في دراسة طلب الاعتمادات البنكية، إذ يولي البنك لهذه الأخيرة أهمية كبيرة وجدية لازمة، خاصة إذا كان الطلب مقدم من شخص معنوي، فالبنك مطلق الحرية في منح الاعتماد أو رفضه شريطة التعامل معه من منطلق حسن النية، ففي حالة تقديم للبنك غير مشفوع بما قرره البنك كضمانات معينة فقد يرفض البنك الطلب ويواصل المفاوضات معه.³

فمنح الائتمان لا ينتج عن مجرد التقاء رغبتَي العميل البنكي في بحثه عن التمويل مع البنك بل يأتي نتيجة دراسة علمية خاضعة لضوابط ومعايير دقيقة تختلف بحسب كفاءة البنك وجودة التسيير فيه، فمظاهر تعسف البنك عند التفاوض على إبرام العقد لا بد وأن تسبقها توقف عن مقتضيات التفاوض في مثل هكذا عقود.⁴ حيث أن هذا التعسف قد يسبب ضرر للطرف الآخر ومنه تقوم المسؤولية الناتجة عن إساءة استعمال الحق بعدم التعاقد، ومن أمثلة ذلك قيام أحد أطراف العلاقة التعاقدية باتخاذ قرار منفرد بقطع المفاوضات فجأةً ودون مبرر

1 خليفة بن محمد الحضرمي، المرجع السابق، ص 150.

2 حليس لخضر، مرحلة المفاوضات التعاقدية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الأول جزان 2017، ص 164.

3 خليفة بن محمد الحضرمي، المرجع السابق، ص 151.

4 لبنى عمر مسقاوي، المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان 2006، ص 76.

أو الدخول في المفاوضات دون نية للتعاقد أو إطالة زمن المفاوضات بالرغم من الفصل في قرار عدم التعاقد¹.

فمن مقتضيات تعاطي البنك بجدية مع ملف المتعامل البنكي مراعاة البنك لما يلي:
رفض ملف التفاوض أصلاً حالة عدم استيفاء ملف العميل البنكي للقدر الأدنى من الشروط المقررة ومنه لا يمكن إثارة المسؤولية، حيث أن هذا التصرف لا يلحق ضرر بالعمل طالما أن المفاوضات لم تستأنف بعد .

كما أنه لا تُثار مسؤولية البنك عند موافقته على مبدأ التفاوض واستئناف دراسة الملف ثم توقيف التفاوض استناداً لأسباب موضوعية مع تبليغ العميل بقرار رفض الائتمان.
على البنك عدم إطالة أمد المفاوضات و التماطل في اتخاذ قرار الرفض وإلا قامت مسؤوليته على أساس التعسف في استعمال الحق² .

ويمكن القول بأن القانون المدني الجزائري ورغم تعديلاته المتعاقبة لا يزال بعيداً عن تنظيم المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض، حيث اكتفى بالنص ضمناً على مبدأ حسن النية في العلاقات التعاقدية عموماً وذلك ما أشارت إليه المادة 107 من القانون المدني الجزائري³.

الفرع الثاني : تعسف البنك في المرحلة التعاقدية

لا يمكن الإقرار بوجود مسؤولية تعاقدية مالم يكن هناك عقد صحيح يجمع بين البنك والعمل
ويتفق فيه الطرفان على أن يقوم البنك بأداء الخدمات المصرفية ، هناك عدة التزامات تترتب
على قيام العلاقة التعاقدية بين أطراف العقد البنكي ، إذ يلتزم البنك بمقتضى هذا العقد بفتح
اعتماد لصالح البائع وفقاً للشروط المتفق عليها وأن يقوم بإخطار البائع بعد التأكد من

1 لبني عمر مسقاوي، مرجع سابق، ص 103.

2 لبني عمر مسقاوي، مرجع سابق، ص 104 وما بعدها.

3 تنص الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني الجزائري السابق الذكر "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية"

مطابقة المستندات لينقلها للمشتري¹، حيث سنتطرق إلى توضيح ملامح تعسف البنك عند إبرام عقد منح الائتمان في البند الأول ثم نشير إلى مظاهر التعسف في مرحلة تنفيذ العقد

البند الأول : التعسف عند إبرام عقد منح الائتمان

حيث أنه وبمجرد اتخاذ قرار التمويل يدخل البنك في علاقة مع العميل ومنه تنشأ العلاقة التعاقدية، إذ يتم إبرام عقد فتح الاعتماد ووضعه حيز التنفيذ إلى غاية توقيفه الإرادي أو الاتفاقية ، تجدر الإشارة إلى أن نماذج العقود تختلف من مصرف إلى آخر إلا أن الشروط العامة الأساسية تبقى مشتركة ومتشابهة في هذه العقود والتي منها:

بما أن عقد فتح الاعتماد يشبه بصورة مطلقة عقد حساب جاري فإن، الشروط العامة تحدد آلية تنفيذ العقد ضمن إطار الحساب الجاري تطبيقاً لمبدأ عمومية الحساب الجاري².

كما تحتفظ البنوك بموجب شروط العقد بحق تعديل معدلات الفوائد من طرف واحد وذلك نتيجة لارتباط تحديد هذه المعدلات أساساً بالقرارات الصادرة من البنوك المركزية.

كما تتضمن الشروط العامة عادة تحديد مكان إقامة مختار لكل من طرفي العقد وكذا طريق حل النزاعات حالة قيامها إذ يُلاحظ مؤخراً لجوء البنوك طريق التحكيم كسبيل لحل النزاعات تقادياً لسلبيات اللجوء إلى المحاكم ربحاً للوقت³.

ورغم ذلك فإن العقد البنكي طبقاً لذلك يعتبر من عقود الإذعان التي ينفرد فيها الطرف القوي بوضع البنود ويتمتع بسلطة تعديلها أو إلغائها وما على الزبون المتعاقد إلا قبولها أو رفضها دون مناقشتها. وهو ما يجعل هذه العقود مجالاً خصباً لبروز الشروط التعسفية، الأمر الذي استدعى ضرورة البحث عن حماية قانونية تجسد التوازن للعلاقة التعاقدية⁴.

1 سماح يوسف إسماعيل السعيد، العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الاعتماد المستندي، ماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين 2007، ص 84.

2 لبنى عمر مسقاوي، مرجع سابق، ص 120.

3 نفس المرجع والصفحة السابقتين.

4 تدرست كريمة، الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15 العدد 01، سنة 2017.

والجزائر لم تكن بمنأى عن هذه الحماية، حيث أنه من خلال استقراء معظم النصوص التي تحمي المستهلك في مجال الخدمات البنكية يتجلى التوجه نحو تعزيز حمايته القانونية ، كالإقرار باحترام مبدأ الشفافية في مجال القروض الاستهلاكية والتأسيس لمبدأ حق الجميع في حساب بنكي¹.

ويمكن القول أنه ورغم تأكيد القضاء في فرنسا على ومصر على حرية البنك في قبول تجديد الاعتماد أو زيادة الحد الأقصى لمبلغه، إلا أن هذه الحرية مقيدة بعد تعسف البنك في استعمال هذا الحق وهذا ما تجسد في أحكام المادة الخامسة من القانون المدني المصري².

البند الثاني: التعسف عند تنفيذ العقد

كما سبق الإشارة إليه سابقاً فإن العقود البنكية هي عقود إذعان لتعذر مناقشة الزبون للشروط الجوهرية في العقد من جهة و لضرورة التعامل مع البنوك التي أملتتها الظروف الاقتصادية في الوقت الحالي³ ، فاستقلال البنك لنفسه واحتفاظه بحرية تعديل بعض الشروط أو اتخاذ تدابير معينة وفقاً لما تفرضه المتغيرات الاقتصادية يشكل ضرورة أساسية تتماشى مع منطق العقد عند فتح الاعتماد، فهذه الشروط وإن كانت تجعل من البنك مستحوز على حرية المبادرة والتصرف إلا أنها كما يرى البعض ليست بنوداً تعسفية، طالما أنها استعملت للغاية معينة أو استجابة لمتغيرات اقتصادية أو حماية للعملية الائتمانية ، ومنه لا ترتب مسؤولية البنك حتى ولو أدى إدراجها لى إلحاق الضرر بالزبون⁴.

وطبقاً للقواعد العامة في نظرية التعسف في استعمال الحق فإن معظم التشريعات من بينها المشرع الجزائري، قيدت استعمال المالك بقصد الإضرار بالغير وذلك بتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، بحيث يعتبر التعسف عبارة عن انحراف الحق الغاية المشروعة التي منحها القانون، فاستعمال الحق مقيد بعدم الإضرار بالغير فالقانون لا يحمي الشخص

1 تدريست كريمة، مرجع سابق، ص 248.

2 لبنى عمر مسقاوي، مرجع سابق، ص 128.

3 تدريست كريمة، مرجع سابق، ص 243.

4 لبنى عمر مسقاوي، مرجع سابق، ص 133.

المتعسف في استعمال حقه، ومفاد ذلك أن يمارس الشخص حقاً مشروعاً له في الأصل لكنه استعمله بقصد الإضرار بالغير أو لم تكن له فيه مصلحة وسبب ضرراً وإن لم يكن مقصوداً¹ فما تقوم به بعض البنوك من تخفيض لمبالغ الاعتماد المتفق عليها عند حصول نقص في الضمانات العينية أو الشخصية المقدمة من طرف الزبون يعتبر أمر غير جائز بل أكثر من ذلك فقد تلجأ بعض البنوك إلى مباغطة الزبون بوقف الاعتماد الممنوح له والدخول معه في مفاوضات لاحقة من أجل إعادة الاعتماد له وبعمولات أكبر مما يلحق به ضرر يجبره على قبول الأمر الواقع إنفاذاً لوضعه الاقتصادي².

فطالما استخدمت هذه البنود في إطارها الصحيح، فإنه لا يمكن نسبة أي تعسف للبنك ولا تترتب عليه أية مسؤولية حتى ولو أدى إعمال هذه البنود في هذه الحالة إلى إلحاق ضرر بالزبون³.

الفرع الثالث: تعسف البنك في إنهاء عقد الائتمان

بما أن العقود البنكية تعد من عقود الإذعان، فإن للبنك فيها السيطرة التامة والفعالية والقانونية في إطارها وذلك لاحتكاره تقديم الخدمات البنكية، وما على الزبون المستهلك إلا التعاقد معها أو التعاقد مع غيرها من البنوك في حالة عدم الرضى، وفي هذا الصدد سنبيين أسباب وحالات تعسف البنك في إنهاء عقد الائتمان في البند الأول ثم نوضح مظاهر هذا التعسف عند إنهاء عقد الائتمان في البند الثاني

البند الأول : أسباب وحالات تعسف البنك في إنهاء عقد الائتمان

القاعدة أنه لا يجوز للبنك إنهاء العقد بإرادته المنفردة، وفي ظل غياب نصوص قانونية تبين الحالات التي يمكن للبنك فيها المبادرة بإنهاء العقد منفرداً فإنه يجب الخضوع

1 أكثر تفصيل في مجال التعسف في استعمال الحق في نطاق المسؤولية التقصيرية، انظر، الرشيد بن شويخ، التعسف في استعمال الحق وأثره على المسؤولية المدنية، دراسة في القانون الجزائري مقارناً ببعض التشريعات العربية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 02، ص 63 وما بعدها.

2 خليفة بن محمد الحضرمي، مرجع سابق، ص 154.

3 لبنى عمر مسقاوي، مرجع سابق، ص 133.

للقواعد العامة ، بحيث يبقى العقد ساري المفعول بين المتعاقدين إلى يوم انقضائه، وفي هذا الإطار تتجلى ملامح التعسف عند إنهاء العقد من خلال الأسباب التالية:

منح المشرع الفرنسي في القانون الصادر في 24-01-1984 الحق للبنك في إنهاء عقد القرض فوراً ودون حاجة للإنذار حالة ارتكاب الزبون لما يمس بالثقة بينهما أو في حالة أصبح معسراً.¹ واستناداً لنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري فإنه يتم أعمال الحق في فسخ العقد في العقود الملزمة لجانبين بما فيها عقد القرض البنكي إذ يملك البنك حق اللجوء إلى القضاء والمطالبة بفسخه.، بعد إثبات عدم تنفيذ المقرض لالتزاماته أو الإخلال بأحد الشروط المستند إليها.²

إلا أن الواقع أثبت أن هناك بعض التجاوزات البنكية في إنهاء العقود البنكية منها في حالة كون الزبون شركة مساهمة أو شركة ذات المسؤولية المحدودة ويفقد المفوض بالتوقيع فيها أهليته كأن يتوفى ، حيث أنه ورغم بقاء الشركة قائمة إلا أن البنك يتذرع بزوال الاعتبار الشخصي ويقوم بإنهاء الاعتماد مما يلحق ضرر بالشركة ، والأمر كذلك حالة حدوث أزمة اقتصادية لا يد للزبون فيها ، فيلجأ البنك إلى إنهاء الاعتماد بحجة الأوضاع السيئة للزبون وهو ما لا يجب أن يتم من قبل البنك باعتباره المسؤول كذلك عن التقدير والتنبؤ لمخاطر الائتمان مسبقاً.³

البند الثاني: مظاهر التعسف عند إنهاء عقد الائتمان

طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية فإن المسؤولية العقدية تنشأ عند إخلال أحد طرفي العقد بالتزاماته العقدية أو امتناعه عن تنفيذها سواء تعلق الأمر بالشروط المنصوص عليها في العقد أو المستنتجة ضمناً، لذلك يشترط لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح واجب التنفيذ طبقاً لأحكام المادة 176 من القانون المدني الجزائري والنظام رقم 13-01 المؤرخ في 08

1 لبنى عمر مسقاوي، مرجع سابق، ص 138.

2 فاطمة الزهراء بوقطة، سلطة البنك في إنهاء عقد القرض، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 59، العدد العدد 04 سنة 2022، ص 78.

3 خليفة بن محمد الحضرمي، مرجع سابق، ص 163.

أفريل 3013 التي تنص " يترتب على كل تأخير يحدث في تنفيذ عملية مصرفية بعد مضي تاريخ تقديم الزبون " ¹

فإذا كان عقد الائتمان محدد المدة فإنه لا يمكن مبدئياً إنهاؤه بإرادة منفردة، حيث ينحصر حق البنك في إنهاء العقد في الحالات المنصوص عليها قانوناً، حيث يعتبر متعسفاً إذا قام بفسخ العقد قبل حلول أجله. ²

حيث ان الفقه ميز بين العوامل الموضوعية وبين العوامل الشخصية كاستقامة الزبون وقدرته على إدارة مشروعه وبين العوامل الاقتصادية أو تلك الخاصة بالقطاع الذي يمارس فيه الزبون نشاطه، ووفقاً لذلك فإن التغيير المؤثر في الاعتبار والذي يخول فسخ الاعتماد إنما هو التغيير السلبي الذي يطرأ على العناصر الشخصية أو الموضوعية، أما ذلك الذي يطرأ على العناصر الاقتصادية فحتى وإن كانت له آثار على الزبون، فلا يجيز للبنك قطع التمويل وفقاً له. إذ لأي مكن تحميل الزبون وزر أمر لا علاقة له به ولم يساهم في إيجادها، ³

فالتطور الاقتصادي والتقني جعل من العلاقات الاقتصادية أكثر تعقيداً، لذلك فإن عامل الوقت أصبح أساسياً في اعتبار المؤسسات البنكية في حساب أرباحها وخسائرها ، ورغم ما تحققه هذه العقود الإذاعانية من فوائد إلا أنها فرضت على المشرع التدخل لوضع آلية تقنية عند إنهاء البنك لعقد الاعتماد وذلك لفائدة الزبون كالنص على ضرورة إخطار الزبون برغبة البنك في إنهاء العقد. ⁴

المطلب الثاني: أركان المسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسة المتعثرة

نظراً للتطور الذي عرفته البنوك واشتداد المنافسة في السوق المصرفية ومتطلبات الاقتصاد الحر المنادية بتحرير العمل الاقتصادي، فإن الأمر استوجب تحديد موقع مسؤولية البنك عن

1 جلية مصعور، مسؤولية البنك عن الائتمان المصرفي في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم جامعة باتنة الجزائر بتاريخ 02 / 06 /

2012

2 لبنى عمر مسفاوي، المرجع السابق، ص 143.

3 نفس المرجع، ص 144.

4 خليفة بن محمد الحضرمي، مرجع سابق، ص 166.

منح الائتمان المصرفي، ولعل من أهم سمات التطور القانوني على صعيد المسؤولية هو ظهور المسؤولية المهنية كمفهوم متطور للمسؤولية المدنية وبما أن المسؤولية المصرفية هي مسؤولية مهنية ، فهي لا بد أن تخضع لما تخضع له المسؤولية المدنية بوجه عام، وفي هذا الصدد سنبين طرق تقدير الخطأ البنكي المرتبط بالائتمان فرع أول، ثم نعرف الضرر البنكي المرتبط بالائتمان فرع ثاني وأخيراً نوضح العلاقة السببية بين الخطأ والضرر المرتبطين بالائتمان فرع ثالث

الفرع الأول : طرق تقدير الخطأ البنكي المرتبط بالائتمان

حيث انقسم الفقه في هذا الأمر إلى اتجاهين هما أنصار المسؤولية الموضوعية القائمة على أساس المخاطر وذلك ما سنشير إليه في البند الأول، وأنصار المسؤولية الشخصية القائمة على أساس الخطأ البنكي من خلال تقدير الخطأ الناتج عن ممارسة البنك لحقوقه كما سنوضح ذلك في البند الثاني .

البند الأول : تقدير الخطأ عن طريق اعتماد نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية البنك

إن السبب الرئيسي في ظهور هذه النظرية مرجعه التطور الصناعي الذي شهدته فرنسا في نهاية القرن التاسع عشر وما تبع ذلك من ازدياد لحوادث العمل الناشئة عن الآلات الصناعية وعدم تمكن الضحايا من الحصول على التعويضات لاستحالة إثبات خطأ أرباب العمل، فجاءت نظرية المخاطر لتبني المسؤولية على أساس المخاطر لا الخطأ، حيث كرسها المشرع الفرنسي في أحكام القانون المدني، ومفادها أن كل نشاط يؤدي إلى خلق مخاطر يجعل صاحبه مسؤولاً عن الضرر الذي يلحقه بالغير¹

حيث تعتبر نظرية تحمل المخاطر الصورة العامة لنظرية تحمل التبعة التي تؤسس المسؤولية على أساس النشاط أيّاً كان نوعه ، ومفاد ذلك أن كل من يحدث بفعله مخاطر مستحدثة في

1 لبنى عمر مسقاوي، المرجع السابق، ص 226.

المجتمع يتعين عليه تحمل تبعاتها حتى ولو لم يصدر منه خطأ، فالمسؤولية هنا تقوم بمجرد حدوث الضرر¹.

وبما أن النشاط المصرفي مصدر للمخاطر ، فإن هناك من رأى بأن مفهوم الخطأ البنكي كخطأ مهني يقترب من مفهوم الخطر، ومنه فإن والمسؤولية البنكية لم تعد ناتجة عن عمل إيجابي يقوم به البنك بل هي حتمية للمركز المتميز الذي يحتله البنك.²، وطبقاً لذلك فإن كل نشاط يؤدي إلى خلق مخاطر معينة يكون صاحبه مسؤولاً عن الضرر الذي ألحقه بالغير دون أن يكون هناك خطأ بالضرورة، ووفقاً لهذا الاتجاه يُستبعد الخطأ كأساس للمسؤولية ، ويكون التعويض هو الهدف الأساسي لها،³

وقد تعرضت هذه النظرية إلى العديد من الانتقادات ، باعتبارها طبقاً لرأي البعض تقضي على روح المبادرة الفردية ، فالمجموعات الاقتصادية يستعصي عليها الاستمرار والرقى في ظل غياب بيئة عمل حرة ، كما أن الفرد يظل دائماً مدفوع إلى المخاطرة مما يجعله يتجنب المبادرة ومنه لا يعمل ، بسبب احتياطه المستمر الذي يقتل المبادرة التي بدورها تدمر الاقتصاد والمجتمع، فالمسؤولية الموضوعية وبالإضافة إلى كونها تقمع المبادرة الفردية فإنها تقوض أسس النظام الاقتصادي، ومن هذا المنطلق فإن نظرية المخاطر لا يمكن أن تكون أساساً للمسؤولية البنكية نظراً لانعكاساتها السلبية على القطاع البنكي خصوصاً والاقتصاد بشكل عام.⁴

وفي النظام الجزائري لا يمكن اعتماد هذه النظرية كأساس للمسؤولية البنكية لتعارضها مع المبدأ الدستوري المكرس لحرية الأعمال التجارية والصناعية في إطار القانون.⁵

البند الثاني : تقدير الخطأ الناتج عن ممارسة البنك لحقوقه

1 عمر بن الزبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، مقدمة لجامعة الجزائر 1، موسم 2016-2017، ص 21

2 جلييلة مصعور، المرجع السابق، ص 48.

3 لبنى عمر مسقاوي، المرجع السابق، ص 227.

4 لبنى عمر مسقاوي، مرجع سابق، ص 229 وما بعدها.

5 نص المادة 61 من المرسوم الرأسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 بأن: " حرية التجارة والاستثمار والمقاولات مضمونة وتُمارس في إطار القانون " الجريدة الرسمية عدد 82 لسنة 2020.

إن الخطأ في مجال المسؤولية المدنية هو خرق الالتزامات التي إما أن يكون مصدرها القانون أو العقد، فالنشاط البنكي يخضع للالتزامات مشتركة تقع على عاتق البنك، حيث أن الإخلال بها يؤدي إلى إقامة مسؤوليته المدنية تجاه المتضررين .¹

فقد أعطى اتساع الالتزامات البنكية خصوصية للمسؤولية البنكية من حيث اتساعها وضيقها، وفي إطار القواعد العامة للمسؤولية فإن المسؤولية المدنية عن العمل الشخصي تعتبر هي القاعدة العامة التي أخذ بها المشرع الفرنسي في المواد 1382 و 1384 وهي القائمة على الخطأ الواجب الإثبات، ومنه فإن المسؤولية الشخصية القائمة على أساس الخطأ الناتج عن مخالفة البنك للالتزامات البنكية العقدية أو الناتج عن تعسفه في استغلال حق ما، هي التي تعتبر الأساس للمسؤولية البنكية، التي تحقق نتائج إيجابية على البنك ووظائفه الائتمانية .² فالمخاطر الناتجة عن البنك طبقاً للنظرية أعلاه لا يمكن تحميل نتائجها للبنك وإلزامه بالتعويض ما لم يثبت ارتكابه خطأ معين أدى لحدوث ضرر، وبناء على ذلك لا يمكن لنظرية المخاطر أن تكون أساساً للمسؤولية البنكية ، وفي علاقة البنك مع الزبون فإن تقدير خطأ البنك في ممارسته لحقه يتم وفق ما يلي:

حيث أن أطر حق البنك في إطار عمليات التمويل تتجلى في غاية هذا الحق في النظام القانوني الذي تنتمي إليه هذه البنوك. إذ يجب أن يكون تصرف البنك أثناء ممارسته لحقه في إطار احترام تلك الحدود، فإذا تبين أن البنك مارس حقه بما لا يستجيب لدوره الاقتصادي، فإنه يكون قد تعسف في استعمال حقه ، حيث تكون ممارساته هذه مخالفة لوظيفة الحق ضمن إطار النظام المصرفي .³

وقد اعتبر الفقهاء الفرنسيين أن الخطأ ينشأ عن عدم التزام البنك بواجب الإعلام ، إذ يجب على البنك أن يعلم المؤسسة المتعثرة بالطبيعة المفرطة للائتمان أو الضمان المطلوب فيما

1 بن لطرش منى، المسؤولية في مجال القرض البنكي، أطروحة دكتوراه مقدمة لجامعة قسنطينة الجزائر، موسم 2011-2012، ص 198.

2 جلييلة مصعور، مرجع سابق، ص 50.

3 لبنى عمر مسقاوي، مرجع سابق، ص 253.

يتعلق بالقدرات المالية للمؤسسة ، فالائتمان أو الضمان الذي يتجاوز القدرة على السداد يؤدي بالضرورة إلى الإفراط في الديون أو الضمان ، والتي عاجلا أو آجلا لن تكون قادرة على تحمل ثقل هذا الدين ، وترى محكمة التمييز أن البنك بعد إعلام عميله يكون قد حرمه من فرصة الهروب ، ربما بقرار أكثر حكمة من الخطر الذي تحقق في النهاية¹ ، ومع ذلك فإن واجب التحذير و الإعلام الذي يقع على عاتق المصرفي ، لا يعني أن المقرض يجب أن يتتبع نصيحته ، فيمكن لطالب الائتمان أن يصر على الاستمرار في طلبه بالرغم من تحذير البنك له، ويوافق البنك كذلك على الطلب مع المعرفة الكاملة بهذه المخاطرة ، لا يمكن للمؤسسة المتعثرة أن تطالب بمسؤولية البنك، إلا إذا استطاعت أن تثبت أن تعرضها للضرر جاء بسبب نقص النصح والمشورة وليس فقط إبرام عقد الائتمان أو الضمان. وعلى البنك إثبات العكس.

ويقوم القاضي بتقييم الأدلة المقلدة وتحليلها من خلال افتراض احترافية البنك في عمله المصرفي ، وتقدير احترافية المقرض كذلك ، ويكون التقييم حسب كل حالة على حدى ، وقد نتج عن هذا الأمر نزاع بين الغرفتين التجارية المدنية أدى الى صدور حكم من محكمة التمييز في 29 جويلية 2007 يطالب بتوحيد أحكام محكمة التمييز ، وتم الاحتفاظ بمعيار "هل ابلغ المقرض أم لا" ، ولم يعد يميز أن كان محترفا أم لا.²

فافتراض احترافية البنك أمر ثابت ومتوقع بحكم وظيفته، لكن افتراض احترافية طالب الائتمان أو المقرض هو أمر استثنائي قد تختص به بعض المؤسسات دون الأخرى ، لكن المشرع الفرنسي قام بالاعتراف باحترافيته في الأحكام القضائية التالية:

1 Ophelie Michel Avocat Associé – Département contentieux des affaires , La responsabilité du banquier qui accorde un crédit : droit commun et entreprises en difficulté. P4

www.viajuris.com / www.viajuris-contentieux.com date et heure de visité le site 24/01/2015 h 23 00

2 Cour de cassation, Assemblée plénière, 29 juin 2007, 06-18.141, Publié au bulletin Publication : Bulletin 2007, Assemblée plénière, N° 7

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017897997/> date et heure de visité le site 03/03/2025 h

الاعتراف باحترافية بالنسبة للشركات التي تعمل لمدة أكثر من 10 سنوات¹
الاعتراف باحترافية الأشخاص الذين لديهم أصول منقولة وعقارية كبيرة ويحصلون على مشورة المحاسب القانوني.²

الاعتراف باحترافية المتخصصين في التفاوض العقاري.³

الفرع الثاني: الضرر البنكي المرتبط بالائتمان

طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية سواء كانت تقصيرية أو تعاقدية فإنه لا يكفي لإثبات هذه الأخيرة وجود الخطأ، بل يجب أن يسبب هذا الخطأ ضرر، يجب إثباته بكل وسائل وطرق الإثبات وإلا كانت المسؤولية في مواجهة البنك منعدمة لعدم وجود المصلحة، وفي هذا الإطار سنشير إلى الضرر وتقديره من حيث الأشخاص في البند الأول وبعدها نوضح الضرر وتقديره من حيث الزمان في البند الثاني:

البند الأول : تقدير الضرر من حيث الأشخاص

الضرر هو الأذى الذي يلحق بالمضروور نتيجة خطأ الغير، وقد يكون مادي أو أدبي، حيث أنه في حالة تحقق خطأ البنك تجاه الزبون، فعلى هذا الأخير إقامة الدليل على الضرر الذي لحقه من الخطأ، خاصة وأن القاعدة التي ذهب إليها الكثير من الدارسين تشير إلى أن كل مسؤولية مؤسسة على الخطأ تفترض أيضاً وجود ضرر.⁴

والضرر الذي يكون سبب من أركان مسؤولية البنك، قد يكون فردي يصيب المدين (الزبون) وقد يكون ضرر جماعي يصيب مجموع دائني الزبون .

1 Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 28 juin 2011, 10-15.412, Inédit

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000024298664> date et heure de visité le site 03/03/205 h 14 :23

2 Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 22 mars 2011, 09-14.883 10-17.832, Inédit

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000023767486> date et heure de visité le site 03/03/205 h 14 :34

3 Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 8 mars 2011, 09-12.830, Inédit

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000023697865> date et heure de visité le site 03/03/205 h 15 :00

4 جمال محمود عبد العزيز، مرجع سابق، 131.

الضرر الفردي

قد يقع الخطأ من البنك ويصيب أحد دائني العميل بالضرر كما أنه قد يكون ضرر فردي يصيب المدين ، فالضرر الفردي، إذ لا يكفي لانعقاد مسؤولية البنك في مواجهة الدائن إثبات هذا الأخير خطأ البنك، وإنما يجب إضافة إلى ذلك إثبات الضرر والمطالبة بالتعويض وفي هذا الصدد يجب أن يكون الضرر الذي يطالب به الدائن فردي، إذ لا يستطيع الدائن الادعاء بتحمل الغير للمسؤولية، فالضرر الذي يدعيه الدائن يتمثل في خسارة أو فقدان حق، إذ يجب النظر إلى فكرة الضرر في هذا الصدد من ناحية المعايير الشخصية والإشكال يثور هنا في تحديد علاقة السببية بين الضرر وخطأ البنك فقط.¹

الضرر الجماعي

حاول بعض الفقهاء تحديد المقصود بالضرر الجماعي أولاً في محاولة التقريب بين الضرر الجماعي والفردي وذهبوا إلى أن مصلحة الدائنين تتساوى في الغالب مع مصلحة الدائنين وهي البحث عن الحصول على النصيب الأكثر ارتفاعاً من الدين ، وعندما يؤدي الضرر إلى تقاوم الخصوم فإنه يمس المصلحة الجماعية لجماعة الدائنين ويعتبر ضرر جماعي كون أنهم هم المسؤولون عن حدوث هذا الضرر، ويترتب عن ذلك أن جماعة الدائنين يكون لها مصلحة في إقامة الدعوى عند تحقق علاقة السببية بين خطأ الغير وتوقف المدين عن الدفع لوجود الضرر الجماعي، كما يرى أنصار هذا الرأي ان الضرر عندما يصيب مباشرة الذمة المالية الخاصة للدائنين يكون فرد. وعندا يصيب بطريق غير مباشر جماعة الدائنين ولحق بصورة غير مباشرة كل دائن في الجماعة فهنا يكون ضرر جماعي.²

وصنع الفقهاء الفرنسيين الضرر الجماعي لصنفين إثنين :

التأخير في الإجراءات الجماعية ، لأن البنك حافظ بشكل مصطنع على نشاط الشركة وتسبب في وقوعها في ديون أكبر ، مما يؤدي الى تقليل أصول المدين ، ومعاقبة باقي الدائنين

1 نفس المرجع، ص 153.

2 جمال محمود عبد العزيز، مرجع سابق، 139 وما بعدها.

الآخرين اللذين لم يلاحظوا تعثر المؤسسة بتعويض أقل من البنك الذي استفاد من حق الامتياز .

خلق انطباع كاذب عن الملائة المالية للمدين ، والذي لولاه لما منح الدائنون الآخرون قرضا للمدين ، ويكون الضرر هنا مساويا لمجموع المبالغ التي أقرضها الدائنون الآخرون.¹

البند الثاني : تقدير الضرر من حيث الزمان ضرر حال وضرر مستقبلي وربح فائت من الشروط الأساسية لإقامة المسؤولية أن يكون الضرر أكيداً ومحقق الوقوع، حيث قضت المحكمة العليا في قرار لها سنة 1985 بضرورة تحقق الضرر كشرط لقيام المسؤولية وإلا يكون احتمالياً أو افتراضياً²، وقبل التفرقة بين الضرر الحال والمستقبلي، تجدر الإشارة إلى القوانين المدنية تفرق بين الضرر المباشر وغير المباشر سواء في إطار المسؤولية العقدية أو التقصيرية، حيث أقرت التعويض عن الضرر غير المباشر شريطة اتصاله الحقيقي والواضح بالجرم.

فالضرر الحال هو المتحقق فعلاً عند قيام المسؤولية وتحديدده لا يثير أي إشكال فالزبون إذا تضرر من تعسف البنك في ممارسة حقه في تحريك معدلات الفوائد، كأن يزيدها بصفة غير مبررة فإن الضرر المتمثل في زيادة الأعباء المادية على العميل هو ضرر حالّ وأكيد يكفي إثباته من قبل العميل لترتيب المسؤولية البنكية.³

أما الضرر المستقبلي كما عرفه البعض بأنه الضرر الذي تحققت أسبابه وتراخت آثاره كلها أو في جزء منها إلى المستقبل، ويشترط أن يكون محقق الوقوع وهذا ما يميزه عن الضرر الاحتمالي المبني على التوقع ، وفي إطار عمليات التمويل البنكي فإن الضرر اللاحق بالزبون نتيجة خطأ البنك ، كثيراً ما يأخذ وصف الضرر المستقبلي سواء كان امتداد لضرر حال أو نتيجة مستقبلية مؤكدة لخطأ البنك ، فتعسف البنك في أعمال حقه في فسخ العقد بصورة منفردة

cit P6 Ophelie Michel 1

2 قرار المحكمة العليا بتاريخ 27 / 11 / 1985، ملف رقم 41783، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1990، ص 43.

3 لبنى عمر مسقاوي، مرجع سابق، ص 268.

يشكل ضرر حال بهذا الأخير يتمثل بفقدانه مصدر الأموال اللازمة لمتابعة نشاطه، فهو يمتد في المستقبل بسبب الانعكاسات السيئة لقطع التمويل.¹

كما أن الضرر قد يترتب عن ربح فائت أو تفويت فرصة، هذه الأخيرة التي تُعرف بأنها حرمان الشخص من فرصة كان بالإمكان أن تعود عليه بالكسب ، حيث يعد تفويت الفرصة من عناصر الضرر بدليل أنه إذا كانت الفرصة مرآً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق يستوجب التعويض على أساس الفرصة ذاتها.

إذ يثير تقدير الضرر المتمثل بتفويت الفرصة إشكالية خاصة أدت بالبعض إلى رفض التعويض عنه كونه يخرج عن إطار الضرر محقق الوقوع، حيث أن نتيجة الفرصة تبقى محتملة، وقد تم تجاوز هذه الإشكالية عن طريق التفريق بين الفرصة نفسها والنتيجة التي يمكن أن تتحقق لولا تفويتها، وتطبيقاً لذلك على عمليات الاعتماد المالي فإن الضرر المتمثل في تفويت الفرصة على الزبون نتيجة خطأ البنك يمكن تحقيقه في عدة أوجه منها : تقدم العميل للبنك ملف كامل يتعلق بطلب قرض يتبين من خلال إجراءات البنك قبول الملف وفرصة للتعاقد قائمة و مؤكدة ثم يقوم البنك بقطع المفاوضات من دون مبرر مشروع فإن تصرف البنك يشكل خطأ أدى إلى تفويت فرصة التعاقد على الزبون مما يستوجب التعويض.²

كما أن الضرر المتمثل في الربح الفائت هو ضرر مستوجب للتعويض سواء في إطار المسؤولية التقصيرية أو العقدية، فهو ضرر محقق يتمثل في خسارة حلت بالمتضرر نتيجة حرمانه من جني أرباح مؤكدة حال دونها الفعل الضار، فانخفاض العملة كعامل لم يتوقعه الزبون أو لم يكن في استطاعته توقعه يسبب بالتأكيد ضرر له يتمثل في خسارة حالة نتيجة الانخفاض من جهة وارتفاع الفوائد من جهة أخرى مما يكبده نفقات إضافية تعطل نشاطه

الاستثماري.3

1 لبنى عمر مسقاوي، مرجع سابق، ص 269.

2 لبنى عمر مسقاوي، مرجع سابق، ص 273.

3 لبنى عمر مسقاوي، مرجع سابق، ص 172.

الفرع الثالث : العلاقة السببية بين الخطأ والضرر المرتبطين بالائتمان

إن رابطة السببية تعد عنصراً لازماً في الفكر القانوني لانعقاد المسؤولية المدنية كما أنها الركن الثالث من أركان نظرية الضمان طبقاً لأحكام الفقه الإسلامي¹، ويشكل وجود رابطة سببية مباشرة بين الخطأ لضرر شرطاً أساسياً لقيام المسؤولية البنكية، وعلى الزبون المتضرر أن يثبت الضرر المدعى به والذي أصابه نتيجة تعسف البنك أو إخلاله بأحد بنود العقد البنكي فمن غير المنطقي الحصول على تعويض من شخص لم يصدر منه خطأ وفي هذا الصدد سنتطرق إلى إثبات وتقدير العلاقة السببية في البند الأول ثم نعرّج على نفي العلاقة السببية في البند الثاني وفي آخر نقطة من هذا الفرع نوضح كيفية انهاء العلاقة السببية في البند الثالث

البند الأول : إثبات وتقدير العلاقة السببية

حيث أن مسألة إثبات العلاقة السببية تعد أحد العناصر المثيرة للعديد من الإشكالات في إطار المسؤولية المدنية، وفي مجال المسؤولية البنكية فإن ثبوت خطأ البنك لا يتحقق بمجرد ثبوت الضرر اللاحق به ، بل يجب تحقق ترابط سببي بين الخطأ البنكي والضرر الذي أصاب الزبون، فهي الركن الثالث من أركان المسؤولية المدنية التي يمكن أن نستشف مضمونها ضمن أحكام المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض."²

إذ لا تقوم المسؤولية إلا تم إثبات الخطأ وعبء الإثبات يقع على المتضرر، ويتم إثبات علاقة السببية بكافة طرق ووسائل الإثبات، وفي إطار المسؤولية البنكية يقع على العميل إثباتها سواء كان الخطأ متعلق بعدم التنفيذ أو بالتعسف في استعمال الحق على النحو الذي رأينا فيما سبق.³

1 وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، بيروت سنة 1975، ص 28.

2 المادة 124 من القانون المدني الجزائري المعدلة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية عدد 44، لسنة 2005،

ص 23"

3 لبنى عمر مسقاوي، مرجع سابق، ص 289.

فقد يكون الخطأ وحده هو السبب في حدوث النتيجة أو الضرر دون مشاركة أي عامل آخر، وهنا تكون الرابطة السببية واضحة وليس هناك أية صعوبة في تقديرها، إلا أن الصعوبة تتجلى عند تلازم الخطأ مع أسباب أخرى، الأمر الذي يثير إشكال في مدى مساهمة الفعل الخاطئ في تحقق الضرر، لذلك سعى الفقه لاستحداث نظريات في هذا الشأن هي:

أولاً: نظرية تعادل الأسباب

وطبقاً لهذه النظرية فإن كل سبب له دخل في إحداث الضرر مهما كان بعيداً، يعتبر من الأسباب المؤدية إليه، حيث أن جميع الأسباب متكافئة في إحداث الضرر، ومتكافئة من حيث ترتيب المسؤولية، وبالرغم من الانتقادات الموجهة لهذه النظرية¹ فيما يخص عدم فعاليتها عند تعلق الأمر بعدة أسباب سبقت تحقق الضرر، فإنها لا تزال محل اعتماد في العديد من أحكام القضاء الفرنسي.²

ثانياً: نظرية السبب المنتج

ووفقاً لذلك لا يعتبر كل فعل سابق للضرر منتجاً له حتى ولو كان له دور في تحقيقه بحيث يجب الاختيار بين الأسباب، ويتم الاعتماد بالسبب الفعال في إحداث الضرر، أي يكون هذا السبب منتج في إحداثه، وبذلك تقوم السببية، ورغم الانتقاد الموجه لهذه النظرية لاعتمادها على التكهن بشأن العلاقة السببية من جهة، وكون أنه من الصعوبة تحديد السبب المنتج للضرر عند اتحاد الأسباب بصورة غير متوقعة من جهة أخرى.

ويمكن القول بأنه في إطار العمليات المالية ونظراً لتداخل عدة عوامل اقتصادية ومالية وشخصية فإنه من الصعوبة الأخذ بنظرة تعادل الأسباب، مما يحتم الأخذ بنظرية السبب المنتج كمعيار لتقدير العلاقة السببية من خلال إعطاء الأولوية للسبب المنتج في إحداث الضرر.³

1 بسام محتسب بالله، المسؤولية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الإيمان، بيروت، 1984، ص 257.

2 لبنى عمر مسقاوي، مرجع سابق، ص 292.

3 لبنى عمر مسقاوي، مرجع سابق، ص 294.

البند الثاني: نفي العلاقة السببية

إذا كانت القاعدة في المسؤولية هي أن جميع حالات المسؤولية تقتضي وجود ضرر يتسبب فيه شخص بخطئه من أجل تحقق العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فإن هناك حالات تقطع فيها العلاقة السببية ومنه عدم ترتيب مسؤولية المخطئ، فالقوة القاهرة أو خطأ المتضرر قد يؤديان إلى عدم المسؤولية لانقطاع العلاقة السببية الضرورية لإقامة المسؤولية، وفي إطار مسؤولية البنك تجاه الزبون فإن ارتكاب هذا الأخير لخطأ أو تحقق ظرف يوصف كقوة القاهرة يؤدي إلى عدم ترتيب مسؤولية البنك.¹

تناول المشرع الجزائري القوة القاهرة كسبب من أسباب استحالة التنفيذ في المادة 127 من القانون المدني التي تنص " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث فجائي أو قوة القاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر مالم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"²

ومن تطبيقات القوة القاهرة في إطار المسؤولية البنكية، ما تتسبب فيه الحروب والكوارث الطبيعية عندما تسيطر على البنك وتحول بينه وبين تنفيذ التزاماته، فالقوة القاهرة في إطار النشاط البنكي يمكن أن تتمثل أساساً بصدور قرار عن السلطات غير قابل للدفع وغير متوقع مما يشكل مانعاً لمسؤولية البنك حالة تحقق ضرر بالزبون نتيجة التزامات البنك بتنفيذ تلك القرارات.³

أما بالنسبة لخطأ الزبون الذي قد يكون سبباً من أسباب الإعفاء من المسؤولية جزئياً فيكون في حالة اقتراف المتضرر لخطأ حيث أن وجود النص الخاص أو عدمه لا يؤثر في اعتماد خطأ المتضرر كسبب معف من المسؤولية جزئياً، سواء في إطار المسؤولية التقصيرية أو العقدية، فالأمر يتعلق بالمبادئ العامة المرتبطة بالعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، أما إذا

1 جمال محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص 175.

2 القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم السابق الذكر.

3 لبنى عمر مسقاوي، المرجع السابق، ص 302.

كان خطأ المتضرر قد ساهم مع خطأ المدعى عليه في إحداث الضرر، فالأمر هنا يتعلق بتقدير العلاقة السببية نتيجة تعدد الأسباب المساهمة في تحقيق الضرر.

فاستخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية هو ما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع مادام مستنداً لعناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى، فقد تنتفي علاقة السببية بين خطأ البنك والضرر الي لحق العميل ، حالة إثبات البنك بان البنك الخطأ المدعى به من طرف الزبون بوقوع الضرر لم يكن سبباً لهذا الضرر أو أن ثمة أسباب أخرى قد استغرقت هذا السبب.¹

المطلب الثالث : آثار مسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة

إن إخلال البنك بالالتزامات التي فرضها عليه القانون أو العقد ترتب المسؤولية المدنية المتمثلة في الإخلال المرتب لخطأ جزأؤه المدني التعويض و عليه يسأل البنك مدنيا عن الأعمال و الخدمات المصرفية التي يؤديها، إما لمخالفته العقد المبرم بينه و بين العميل و إما لمخالفته للقانون، ومسؤولية البنك المدنية إما أن تكون عقدية أو تقصيرية وفي هذا الصدد سنبين تصنيف مسؤولية البنك في الفرع الأول ثم نوضح في هذا الصدد الصفة في رفع دعوى التعويض في الفرع الثاني وفي الأخير نختم بمسألة تقدير قيمة التعويض في الفرع الثالث:

الفرع الأول : تصنيف مسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة

لم تغفل الدولة في سياستها النقدية مسألة منح الائتمان بقواعد مصرفية خاصة طبقاً لأسس صارمة يشكل الإخلال بها ضرورة تصحيح النشاط البنكي كما نص قانون النقد والقرض الجزائري، حيث حدد هذا الأخير الضوابط الاحترازية الواجب احترامها في عمليات الائتمان، تحت طائلة المسؤولية البنكية التي ترتب الجزاء المتمثل في التعويض، وتتنوع هذه المسؤولية بين التقصيرية حالة مخالفة الالتزام القانوني في البند الأول وتعاقدية حالة عدم الامتثال للالتزام التعاقدية في البند الثاني:

1 جمال محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص 176.

البند الأول : حالات قيام المسؤولية التقصيرية

تعد المسؤولية التقصيرية مصدر للالتزام، كونها تترتب عن التزام قانوني مفاده عدم الإضرار بالغير، حيث أن الإخلال المترتب في إطار المسؤولية التقصيرية لم تنظمه إرادة الطرفين وإنما هو إخلال بالتزام عام فرضه القانون وهو المحدد لأطر هذه المسؤولية التي يعتبر الاتفاق على تعديلها غير جائز لأنها من النظام العام، أما المسؤولية التقصيرية للبنك فيمكن تعريفها بأنها الحالة التي تنشأ خارج إطار العقد الرابط للبنك مع الزبون ويكون مصدر التزام البنك هو القانون، فقيام البنك بفعل يسبب ضرر للزبون فإن البنك ملزم بالتعويض. باعتباره قام بعمل ضار مخالف للقانون.¹

كما أن هناك مسؤولية تقصيرية للبنك عن فعل الغير، حيث نص القانون التجاري على صورتين منها: هما مسؤولية متولي الرقابة ومسؤولية التابع عن أعمال المتبوع، وبإسقاط ذلك على مسؤولية البنك، فإنه لا يمكن تطبيق مسؤولية متولي الرقابة عليه لأن البنك شخص معنوي وليس شخص طبيعي، ومسؤولية البنك عن فعل الغير، تتم على أساس صورة واحدة هي مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه أي مسؤولية البنك عن تابعيه وفي حالة توافر الشروط يلتزم البنك بتعويض الأضرار التي يسببها تابعيه حتى ولو لم يصدر خطأ، وهذا الأخير يتحدد على ضوء الإخلال بالتزام قانوني، كالإخلال بواجب الاستعلام والتحقق من ملاءة الزبون المالية عندما يتقدم للبنك بطلب الحصول على القرض.²

وقد تتحقق مسؤولية البنك التقصيرية عند تعسفه في استعمال حقه في إطار ممارسته وظيفته الائتمانية، وفي هذا الصدد هناك من رأى بأنه في هذه الحالة يجب التمييز بين حالتين:
-أولاً: حالة تعسف البنك في ممارسة حقوقه في مرحلة ما قبل التعاقد، حيث لا يتصور قيام المسؤولية في ظل عدم وجود عقد يربط بين المدين والبنك.

1 خليفة بن محمد الحضرمي، مرجع سابق، ص 29.

2 خليفة بن محمد الحضرمي، مرجع سابق، ص 32.

-ثانياً: حالة تعسف البنك في ممارسة حقوقه في المرحلة التي تلي إبرام العقد، وهنا لا يُتصور قيام المسؤولية التقصيرية حتماً حيث أنه يفترض وجود عقد بين البنك والذبون. ففي مرحلة ما قبل التفاوض عموماً فإن ممارسة البنك لحقه في هذه المراحل مبنية على الانحراف عن مقتضيات حسن النية، ومنه فإنها تشكل تعسفاً في استعمال الحق يترتب مسؤولية تقصيرية للبنك.¹

البند الثاني : حالات قيام المسؤولية التعاقدية

تُعَدُّ المسؤولية العقدية الوجه المقابل للعقد، إذ يُنظر إليها من منظور تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وتتحقق عندما يُخلُّ أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد أو يؤديه بطريقة معيبة. فالعقد يحدد التزامات الأطراف المتعاقدة، باعتباره شريعة المتعاقدين، ويُشترط لقيام هذه المسؤولية وجود عقد صحيح يربط بين الدائن والمدين. وفي نطاق العقد البنكي، تنشأ المسؤولية العقدية عند مخالفة أحد طرفيه لالتزاماته أو امتناعه عن تنفيذها، بشرط أن يكون العقد البنكي صحيحاً وواجب التنفيذ، وألا يُنفذ البنك التزامه أو أن يعود عدم التنفيذ إلى خطأ يُنسب إليه، إذ تنتفي المسؤولية في حال غياب الخطأ من جانب البنك. كما يجوز إثارة المسؤولية العقدية أيضاً عند تأخر البنك في تنفيذ التزامه، وذلك وفقاً لأحكام المادة 176 من القانون المدني الجزائري.²

ويُشترط لقيام المسؤولية العقدية وجود خطأ، سواء أكان مفترضاً أم قابلاً للإثبات، إذ يكفي لتحقيقه أن يُخلَّ البنك بتنفيذ التزامه. كما يُشترط أن ينجم عن هذا الخطأ ضرر يصيب الذبون، يقع عليه عبء إثباته وبيان مضمونه. وبناءً على ذلك، فإن إثبات الضرر يقتضي التعويض، ما لم يتمكن البنك من نفي العلاقة السببية بإثبات وجود سبب أجنبي. ويقع على البنك عبء دفع الخطأ العقدي، ويُعد هذا الخطأ ركناً ثالثاً من أركان المسؤولية العقدية إلى جانب الخطأ والضرر، ويجب أن تتوفر العلاقة السببية بينهما، أي أن يكون خطأ البنك هو

1 جلية مصعور، المرجع السابق، ص 143. أنظر كذلك خليفة بن محمد الحضرمي، مرجع سابق، ص 33.

2 جلية مصعور، مرجع سابق، ص 135.

السبب المباشر في إلحاق الضرر بالزبون. وغالبًا ما تلجأ البنوك إلى إدراج شروط تعفيها من المسؤولية ضمن الوثائق المقدمة للزبائن (عقود الإذعان)، وذلك تفاديًا للمخاطر التي تحيط بعملية الائتمان.¹

كما يمكن أن يُسأل البنك عن منحه قرضًا، سواء بطلب من كفيل المقترض أو من قبل المقترض نفسه، وبما أن كلاً من المستفيد من القرض والكفيل يرتبطان مع مؤسسة القرض بعقد، فإن المسؤولية في هذه الحالة تُعد مسؤولية عقدية. وتُعد مسؤولية البنك تجاه كفيل المقترض وسيلة يُمكن للكفيل من خلالها أن يتحلل من التزامه، حيث درج القضاء الفرنسي، عند ثبوت المسؤولية، على اعتبار أن قيمة الضرر تُعادل قيمة القرض، مما يؤدي إلى انقضاء التزام الكفيل تجاه البنك عن طريق المقاصة.²

الفرع الثاني : صاحب الصفة في رفع دعوى التعويض

في القضايا المدنية تُعتبر الصفة والمصلحة من الركائز الأساسية لقبول الدعوى القضائية، حيث أنه يجب أن يتوافر لدى المدعي صفة قانونية مؤهلة لإقامة الدعوى، أو مصلحة جدية ومشروعة في المطالبة بحق المدعى به، ويُعتبر غياب أي من هذين العنصرين يؤدي إلى انتفاء أحد الشروط الجوهرية لقبول الدعوى، مما يستوجب الدفع بعدم قبولها، لأن الدفع بانتفاء الصفة والمصلحة في المنازعات المدنية يُعتبر دفعًا شكليًا يهدف إلى التأكيد على أن المدعي غير مخول قانونيًا أو لا يملك مصلحة حقيقية ومباشرة في الدعوى المرفوعة، وفي إطار هذا لفرغ سنركز على صاحب الصفة في رفع دعوى التعويض المترتب عن المسؤولية البنكية، وذلك من خلال التطرق لصاحب الصفة في رفع دعوى التعويض في ظل القانون الفرنسي (بند أول) ثم بين صاحب الصفة في رفع دعوى التعويض في ظل القانون المصري (بند ثاني) وأخيرًا نوضح موقف المشرع الجزائري من خلال كيفية معالجته ودراسته لصاحب الصفة في رفع الدعوى (بند ثالث)

¹ جلييلة مصعور ، مرجع سابق، ص 136.

² بن لطرش منى ، مرجع سابق، ص 249.

البند الأول: صاحب الصفة في رفع دعوى التعويض في ظل القانون الفرنسي

يتضح ذلك بعد صدور قانون 25 يناير 1985، إذ أن قانون الإفلاس الفرنسي، وحتى تاريخ صدور هذا القانون المتعلق بالإصلاح والتصفية القضائية، كان يركّز بشكل أساسي على حماية دائني المدين المفلس من خلال دور السنديك بصفته ممثلاً لجماعة الدائنين. فقد أولى القانون اهتماماً أكبر بمصالح هؤلاء الدائنين مقارنةً بمصلحة المدين المفلس، أي المشروع وأدوات الإنتاج. حيث ظل السنديك، ولفترة طويلة بموجب القانون الفرنسي، لاسيما قانون التسوية وتصفية الأموال لعام 1967، يُعد الممثل القانوني لجماعة الدائنين باعتبارها شخصاً معنوياً، كما كان في الوقت ذاته يمثل المدين المفلس أيضاً.¹

أما قانون 25 يناير 1985 المشار إليه أعلاه، والذي ألغى قانون سنة 1967، فقد أصبحت وظيفته الأساسية تتمثل في إنقاذ أدوات الإنتاج، بينما أضحت وظيفة رد الديون وظيفة ثانوية. وبهذا، عمل المشرّع على الفصل بين المدين والدائن، ولم يعد استمرار نشاط المشروع يُنجز باسم الدائنين أو لحسابهم ولمصلحتهم، بل أصبح يتم لمصلحة المشروع ذاته، بهدف إنقاذه رغم توقعه عن سداد ديونه. ومن خلال ما تقدّم، يمكن القول إن غاية قانون 1985 لم تعد تتركّز على حماية مصالح الدائنين كما كان عليه الحال سابقاً، حيث تم الفصل بين الطرفين من حيث الممثل القضائي لكل منهما؛ فالمدين أصبح يُمثله المدير القضائي، في حين يُمثّل الدائنون من قبل ممثل الدائنين. وقد انعكس هذا التغيير على دعوى التعويض الموجهة ضد الغير للمطالبة بجبر الضرر الناتج عن خطئه، لا سيما دعوى التعويض المرفوعة ضد البنك، باعتباره مسؤولاً عن الضرر الذي أصاب الزبون أو الدائنين بسبب التصرفات الخاطئة الصادرة عنه.²

البند الثاني: صاحب الصفة في رفع دعوى التعويض في ظل القانون المصري

¹ جمال محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص 222.

² جمال محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص 224.

وفقاً لأحكام قانون التجارة المصري، يُترتب على صدور حكم شهر الإفلاس غلّ يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها، كما يؤدي إلى وقف الدعاوى والإجراءات الفردية التي يباشرها الدائنون العاديون أو أصحاب حقوق الامتياز. وقد نصت المادة 605 من قانون التجارة المصري الجديد على أنه: "لا يجوز للدائنين العاديين أو الدائنين أصحاب حقوق الامتياز العامة، بعد صدور حكم شهر الإفلاس، إقامة دعوى فردية على التقليلة أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى ضدها". وبناءً على ذلك، يتولى وكيل التقليلة رفع الدعاوى باسم المدين ولحسابه، كما يرفعها أيضاً باسم ولمصلحة جماعة الدائنين، مما يمنحه الصفة القانونية في رفع دعوى التعويض في مواجهة الغير عن الأضرار التي لحقت بالمدين. وهذا المبدأ لا يثير أي خلاف في القانون المصري.¹

حيث تنص المادة 573 من قانون التجارة الجديد بأنه: "يقوم وكيل التقليلة بإدارة أموال التقليلة والمحافظة عليها و ينوب عن المفلس في جميع الدعاوى والأعمال التي تقتضيها هذه الإدارة" كما نصت المادة 603 من نفس القانون بأنه "يجوز لأمين التقليلة وحده أن يطلب عدم نفاذ تصرفات المدين في حق جماعة الدائنين" فقد أثبت له القانون الصفة وحده في رفع الدعوى واستثناء على ذلك يجوز للمحكمة أن تأذن بإدخال الدائن في الدعاوى المتعلقة بالتقليلة إذا كانت له مصلحة خاصة فيها.

البند الثالث: صاحب الصفة في رفع دعوى التعويض في القانون الجزائري

تُعد دعوى التعويض من أبرز دعاوى القضاء الكامل التي يتمتع القاضي في إطارها بسلطات واسعة، إذ تهدف، كما سبقت الإشارة، إلى المطالبة بالتعويض وجبر الضرر الناتج عن الأخطاء. ويُشترط لقيام هذه الدعوى تحقق الصفة، باعتبارها أحد شروطها الأساسية، كما أنها تُعد ضماناً لصاحب الحق. فإذا كانت الدعوى تمثل الوسيلة القانونية لحماية هذا الحق، فإن رفعها يستلزم توفر مجموعة من الشروط. وتفرض القوانين الإجرائية توافر شروط معينة

¹ جمال محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص 243.

لقبول هذه الدعوى، من بينها شرط الصفة، حيث نصت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون". وعليه، لا تُقبل الدعوى إلا إذا توافرت في رافعها الصفة، إلى جانب المصلحة.¹

فبالإضافة إلى ما كرسته الأحكام العامة في إطار المسؤولية المدنية للبنك بشأن تعويض المستفيد المتضرر من مخالفة البنك لشروط تسليم دفتر الشيكات فقد أورد القانون التجاري ذاته في أحكام المادة 526 مكرر 15 ، حيث يكون المسحوب عليه الذي يمتنع عن تسديد شيك صادر بواسطة نماذج أو لم يتقيد فيها بالإجراءات المدنية المنصوص عليها في المواد 526 مكرر 03 و 526 مكرر 15 لا يمكنه التملص منها ما لم يثبت تقصيره وعدم اهتمامه، حيث يباشر المقترض دعوى التعويض باعتباره صاحب الصفة على المدعى عليه ، حيث لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن صفة ومصلحة على النحو الذي سبق، وصفة المضرور في دعوى مسؤولية البنك في عقد القرض الاستهلاكي تتوفر في عدة أشخاص المقترض، المستهلك الكفيل ودائنو المستهلك المقترض ، جمعيات حماية المستهلك.²

الفرع الثالث :تقدير قيمة التعويض

بما أن التعويض هو الأثر المترتب عن المسؤولية المدنية بشقيها العقدية و التقصيرية لما تتوفر أركانها فإنه وحتى يصدر الحكم بالتعويض ينبغي توفر شروط معينة تمكن القاضي من تقدير التعويض وتحديد مقداره، وفي هذا الصدد سنبين تقدير التعويض في إطار المسؤولية العقدية في البند الأول ثم نُجلي تقديره في إطار المسؤولية التقصيرية في البند الثاني ونوضح في الأخير مصير التعويض المحكوم به في مواجهة البنك المسؤول عن الضرر في البند الثالث:

البند الأول : تقدير التعويض في إطار المسؤولية العقدية

¹ قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم

² نادية فضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001، ص 05 وما بعدها.

وفقاً للأحكام العامة في القانون المدني، لا يشمل التعويض الناتج عن تنفيذ الالتزامات العقدية سوى الأضرار التي كانت متوقعة وقت التعاقد، ما لم يكن المدين قد ارتكب غشاً أو خداعاً. ويستند هذا المبدأ إلى سلطان الإرادة وحرية التعاقد، حيث تقوم المسؤولية العقدية على الاتفاق المبرم بين الأطراف، والذي ينصرف إلى حصر هذه المسؤولية في حدود الضرر الذي يمكن للمدين توقعه عند التعاقد، مما يعني أن الضرر غير المتوقع يبقى خارج نطاق التعويض، باستثناء حالة الخداع، التي تُطبّق فيها القواعد العامة للمسؤولية المدنية. وفيما يتعلق بعلاقة البنك بالعميل في إطار عقد فتح الاعتماد، فإن هذا المبدأ يقتضي تحديد معيار التوقع بالنسبة للأضرار العقدية التي قد تنجم عن عمليات الاعتماد المالي.¹

البند الثاني : تقدير التعويض في إطار المسؤولية التقصيرية

يُقدّر التعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية بصورة مستقلة، أي بناءً على قيمة الضرر بحد ذاته، دون اعتبار لأي علاقة تعاقدية تنظم الالتزامات بين الأطراف في هذه المرحلة. وبالتالي، لا يُؤخذ بعين الاعتبار عند احتساب التعويض مدى جسامه الخطأ، أو الوضعية الشخصية أو المالية للمتضرر، أو مقدار دخله، بل يُشترط أن يكون التعويض متناسباً مع الضرر اللاحق به، وذلك بهدف إرجاع المتضرر إلى الوضع الذي كان عليه قبل وقوع الضرر، من خلال جبر الخسارة دون أن يترتب عن ذلك تحقيق أرباح إضافية. وبناءً عليه، فإن تقدير التعويض في إطار المسؤولية التقصيرية التي تترتب على البنك يتم بصورة مستقلة، وبالرجوع فقط إلى حجم الضرر الناتج عن خطئه. وتجدر الإشارة إلى أن قيام المسؤولية المصرفية للبنك لا يثبت بمجرد تحقق الضرر، وإنما يشترط أيضاً قيام علاقة سببية مباشرة بين الخطأ المرتكب من البنك والضرر الذي أصاب العميل.²

البند الثالث : مصير التعويض المحكوم به في مواجهة البنك المسؤول عن الضرر

¹ لبنى عمرو المسقاوي، مرجع سابق، ص 277.

² لبنى عمرو المسقاوي، مرجع سابق، ص 285 وما بعدها.

كما أشرنا سابقاً، فإن الهدف الأساسي من دعوى التعويض ضد البنك هو الحصول على تعويض عن الضرر الناجم عن تصرفاته الخاطئة، ويُعد هذا التعويض أثراً مباشراً لمسؤولية البنك. وبذلك، يُعتبر التعويض نتيجة طبيعية للدعوى التي يرفعها أمين التفليسة باسم المفلس، ويؤول هذا التعويض إلى الذمة المالية للأخير.

أما في الحالة التي يكون فيها التعويض ناتجاً عن دعوى يرفعها أمين التفليسة باسم جماعة الدائنين، أو عن دعوى فردية يقيمها أحد الدائنين نيابة عن الجماعة، فإن مبلغ التعويض يدخل في الذمة المالية لجماعة الدائنين. ويُعتبر هذا التوجه هو الأقرب للمنطق القانوني، رغم غياب نص صريح ينص على ذلك.

وفي السياق ذاته، تبنى القضاء الفرنسي هذا الاتجاه في ظل فراغ تشريعي واضح، حيث طبقت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 27 أكتوبر 1964 مبدأً مفاده أن مبالغ التعويض المحكوم بها في دعوى التعويض ضد البنك، الذي ساهم بتصرفاته الموصوفة بالغش في إطالة حياة النشاط التجاري للمدين بشكل وهمي وألحق ضرراً بالدائنين، يجب أن تدخل في الذمة المالية لجماعة الدائنين.

وبموجب هذا الحكم، تم التمييز بين الذمة المالية لجماعة الدائنين وتلك الخاصة بالمدين. وقد تبنى القضاء الفرنسي هذا الاتجاه لفترة من الزمن، إلى أن عدلت محكمة النقض موقفها لاحقاً، فقضت بأن مبالغ التعويض تعود إلى الذمة المالية للمدين.¹

¹ جمال محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص 258.

خاتمة

خاتمة

لقد أثارت مسؤولية البنك الكثير من الجدل بين فقهاء القانون ابتداء من اقتراحها لأول مرة ضمن مشروع قانون حماية المؤسسات لسنة 2005 الى غاية دخولها حيز التنفيذ وتطبيقها العملي ضمن إجراءات إنقاذ المؤسسات المتعثرة، ولفهم المسؤولية البنكية يجب علينا تتبع تطورها الزمني حيث أثرت التغيرات الاقتصادية على مسؤولية المصرفي، في أوائل ستينيات القرن العشرين، بدأ ظهور اتجاه فقهي جديد يهدف الى ربط مهام البنك بالمصلحة العامة والتي تلزمه بمراعاة ليس فقط مصالح ، عملائه بل وأيضاً مصالح الأطراف الثالثة التي من المحتمل أن تتعرض لأضرار بشكل مباشر عن ممارسة النشاط المصرفي حيث قضت محكمة استئناف باريس في حكم صادر بتاريخ 26 ماي 1967 بأنه: "... يجب على البنك، حتى لو كان خاصاً، أن يمنع عملياته من أن تكون مصدر ضرر للغير، وخاصةً لدائني عملائه. وتلزمه مشاركته في الخدمة العامة لتوزيع الائتمان باتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة لعدم الحفاظ على ائتمان شركة لا تستحقه. لقد تم اعتماد ربط عمل البنوك بالخدمة العامة لفترة قصيرة من الزمن تمثلت في مرحلة سيطرة الدولة على سياسة الائتمان. حيث انتهت الفترة التي كان فيها الجزء الأكبر من القطاع المصرفي يتألف من بنوك مملوكة للدولة. فاليوم، تهيمن البنوك الخاصة على النظام المصرفي الفرنسي، وحتى لو استمرت مساهمة الدولة في عدد قليل من المؤسسات المصرفية، لكن ضلت مشاركتها ضئيلة واستمرت في الانخفاض مما أدى إلى تخلي القضاء عن إلقاء مهمة الخدمة العامة على عاتق المصرفي. فبعد أن كانت مسؤولية البنك أمراً غريباً في الستينيات، وصلت لحدود كبيرة تجاوزت المتوقع ، بحيث بالغ القضاء الفرنسي في محاسبة البنك على إخلاله باحترافيته ، مما جعل النظام القضائي الفرنسي بمثابة جنة لطالبي الائتمان خاصة بعد الأخذ بمساءلة البنك عن التعثر الذي يصيب عملائه ودائنيهم كذلك ، هذا ما أدى إلى كثرة المساءلة ، وجعل البنك محاصراً بالمسؤولية من كل النواحي فإذا استمر وضع الشركة في التدهور ولم يمه المصرفي الائتمان الممنوح له، فإنه يخاطر بالتعرض للمسؤولية عن الدعم المسيئ. ومن ناحية أخرى، إذا رأى

أن وضع الشركة لا يمكن أن يتحسن و أنهى البنك ائتمانه، فإنه يخاطر بإدانته بتهمة الإنهاء التعسفي للائتمان فكثره القضايا التي تطالب بمسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة، جعلت البنوك تمتنع عن أداء مهنتها الأساسية وهي منح الائتمان، وهذا ما جعل المشرع الفرنسي يتدخل بقانون رقم 845-2005 الصادر في 26 جويلية 2005 والذي نص في المادة L.650-1 منه بعدم مسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسة المتعثرة ، وقد جاءت هذه المادة لطمأنة البنوك ، والتقليل من تخوفها من تقديم الائتمان للمؤسسات المتعثرة ، فيسأل البنك مدنيا ويلزم بتقديم التعويض عن الائتمان الذي منحه وقد تفوق قيمة التعويض قيمة القرض الذي خسره البنك ، فلم يستبعد المشرع الفرنسي المسؤولية كليا ولكن ربطها بحالات ثلاثة على سبيل الحصر نص عليها المشرع في المادة L.650-1 وهي كالتالي:

- حالة الاحتيال والغش من طرف البنك ، وهو ما يشكل تمسكا صريحا بالأسس والمبادئ الأولية لمساءلة البنوك مدنيا عند منح الائتمان.
- حالة تدخل البنك بصفته مدير فعلي في شؤون عميله ، وقد كان القضاء الفرنسي حذرا ، بحيث نادرا ما تم الاعتراف بمسؤولية البنك بسببه.
- حالة أخذ ضمانات لا تتناسب مع قيمة القرض ، باعتباره مؤشرا على عدم ثقة البنك في العميل أو المشروع الممول رغم منحه الائتمان..

إن تحليلنا لمسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة جعلنا نستخلص النتائج

التالية :

- 1- لاحظنا أن المشرع الجزائري على وشك اعتماد نظام إنقاذ المؤسسات المتعثرة ، إذ توجي بواره التشريعية بمحاولة تبني نظام الإنقاذ ، خاصة بعد افلاس العديد من الشركات والمؤسسات مؤخرا ، مما أثر على المدين والدائنين والاقتصاد ككل ، والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري تبني نظام الانقاذ بالتدرج من خلال تبنيه في الأحكام الخاصة ثم ليتم طرحه لأول مرة في المشروع التمهيدي للقانون التجاري الجديد وكان ذلك من خلال مرحلتين كما يلي:

المرحلة الأولى : عقب جائحة كوفيد 19 وتعرش العديد من المؤسسات الاقتصادية وتهديدها بخطر الإفلاس صدر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 26 سبتمبر 2021 والجدير بالثناء لأنه وضع نهجا فريدا يسهل فهم التعثر وشروطه وأسبابه ويحدد بدقة طرق إنقاذ المؤسسات المتعثرة وإعادة تمويلها من خلال مشاركة صناديق المالية في إجراءات الإنقاذ ، حيث حدد المشرع الجزائري لأول مرة مفهوم التعثر أسبابه وطرق معالجته ، لضمان إخراج المؤسسات المتعثرة من الأزمات المالية التي تمر بها وضمها للاقتصاد من جديد لأن خسارتها تعد بمثابة خسارة للاقتصاد ككل.

المرحلة الثانية : لقد بدأت بوادر تبني نظام الانقاذ تظهر للعيان ولا تفصلنا عن إطلاق القانون التجاري الجديد بجلته الجديدة سوى اشهر قليلة ، حيث تم ارسال اقتراح مشروع قانون تمهيدي يتضمن القانون التجاري الجديد لجميع الإدارات المعنية لإضافة مقترحاتها، قبل عرض المشروع على البرلمان ، و يهدف هذا القانون بجلته الجديدة لتحسين المناخ العام للأعمال بتشجيع المستثمرين الوطنيين والأجانب، من خلال تشكيل منظومة تشريعية تتوافق مع متطلبات الحياة الاقتصادية والملاحظ أن خص الكتاب الثالث بصعوبات المؤسسات ، وسمى الباب الأول التسوية الودية لصعوبات الشركات والمؤسسات الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري. من المواد 482 الى غاية 493 ، حيث جاءت هذه الإجراءات لمساعدة الشركات والمؤسسات على مواصلة نشاطها تحقيقا لمجموعة من المصالح ، مصلحة الشركة من جهة بعدم السماح بتوقف نشاطها ، ومصلحة الدائنين بإستيفاء ديونهم ، والمصلحة العامة والمتمثلة في الحفاظ على مناصب الشغل وانهاش الحياة الاقتصادية.ومن خلال القراءة الأولية لهذا المشروع لاحظنا أنه يتسم بالمرونة والبساطة في إجراءاته وهو ما سيشكل نقلة نوعية وإضافة قيمة ستساهم لا محالة في تعزيز الاقتصاد الوطني.

2- لاحظنا أن اعتماد مبدأ عدم مسؤولية البنك لدى المشرع الفرنسي ظهر لأول مرة ضمن إجراءات التوفيق كإجراء تشجيعي للبنوك التي توافق ضمن اتفاق التوفيق على دعم المؤسسات المتعثرة وكذا منحها الامتياز بحق الأولوية أو الأفضلية على جميع الديون الناشئة قبل افتتاح التوفيق

أي امتياز "الأموال الجديدة"، قد ساهم في استمرار نشاط المؤسسة المتعثرة، على أمل سداد كل أو جزء من ديونه السابقة، ويسعى اتفاق التوفيق إلى ضمان توافق مصلحتين وهما مصلحة البنك في الحماية من خطر المسؤولية والملاحقة القضائية بسبب الدعم المسمى، ومصلحة المدين في استمرار مؤسسته هذا ما جعل من إجراءات التوفيق عنصر جذب للطرفين.

3- استنتجنا أنه على الرغم من أن التدابير المتعلقة بمسؤولية البنك التي كرسها الإصلاحات المختلفة لقانون الشركات التي تواجه صعوبات تستحق الثناء، والتشجيع إلا أن تداعيات تطبيقاتها العملية في فترة زمنية قصيرة تمت ملاحظتها من خلال إضافة الأمر الصادر في 18 ديسمبر 2008 بعد أقل من ثلاث سنوات من دخول قانون 26 يوليو 2005 (1 يناير 2006) حيز التنفيذ وهو ما يعد قرينة على أن الآثار المتوقعة من مبدأ عدم مسؤولية البنك لم تتحقق، فتبني الإصلاحات بهذه السرعة لا يؤدي فقط إلى كثرة التشريعات في مجال حماية المؤسسات، بل يمنع أيضاً تأسيس بناء فقهي مستقر ومتماسك، مما يضر بتماسك النصوص التي قدمتها هذه الإصلاحات. وبالفعل يبدو أن التدخل المتتالي للمشرع لإصلاح قانون حماية المؤسسات قد أحدث فجوة بين النصوص القانونية وطريقة تطبيقها على أرض الواقع، فكان من الأفضل أن يقوم المشرع بدراسة مدى تأثير قانون 2005 على المناخ العام لحماية المؤسسات قبل إضافة إصلاح جديد. بحيث تقوم هذه الدراسات بكشف الصعوبات المرتبطة بتطبيق القانون، من أجل اقتراح أفضل الحلول للتغلب على الآثار السلبية التي ترتبط بأي إصلاح تشريعي.

4- لاحظنا من خلال تطبيق مبدأ عدم المسؤولية من حيث الاعتبار الشخصي أن المشرع وسع من نطاق الدائن بحيث اعتبره أي شخص يقدم الدعم المالي للشركة التي تعاني من صعوبات، وليس فقط البنك، وهذا ما يجعل من جميع الأطراف الذين قدموا الدعم للمشروع المتعثر يستفيدون من مبدأ عدم المسؤولية، فمبدأ عدم المسؤولية لم يستثني البنوك دون غيرها للاستفادة منه بل وضعها ضمن الدائنين اللذين يقدمون مساعدات للمؤسسة المتعثرة فقد يكونون ضمن

جماعة الدائنين أو أشخاص عموميين كالهيئات والمؤسسات والصناديق العمومية التي تساهم في إنقاذ المؤسسات العمومية.

5- وإذا كانت الضرورات الاقتصادية هي التي دفعت المشرع إلى إنشاء مبدأ عدم المسؤولية ، فإنها أيضا كانت سببا في وضع عقوبة ، ببطلان جميع الضمانات. التي وضعها البنك لحماية نفسه في حالة إعسار المدين. إن سن هذه العقوبة، التي قد تبدو قاسية ، يعكس رغبة المشرع في قمع السلوك الذي يتعارض مع الأداء السليم للاقتصاد و إنقاذ المؤسسات. وبالتالي فإن بطلان الضمانات، التي يضاف إليها الأمر بدفع التعويضات، له ثلاث وظائف. إنها عقوبة تصالحية وعقابية تهدف إلى ضمان فعالية القاعدة التي وضعها المشرع. في الواقع، من المفترض أن تردع هذه العقوبة الدائنين عن الانخراط في بعض السلوكيات السلبية تجاه المدين. وفي نفس الوقت ، يمكن أن تجعل هذه العقوبة البنوك تتردد كثيرا قبل منح الائتمان، خاصة كون عقوبة البطلان لها عواقب وخيمة للغاية على المصرفي. ويلغي ضمانه بأثر رجعي ويلزمه برد المبالغ التي سبق أن حصل عليها، حيث أن الجمع بين البطلان والتعويض عن الضرر يشكل عقوبة شديدة للغاية. و بالتالي، نرى أن الأحكام التي كانت تهدف في السابق إلى حماية مقدم المساعدة المالية أصبحت تساهم في زيادة تعقيد وضعه. ولم يغفل المشرع عن هذا التناقض فبعد ثلاث سنوات فقط من دخول المادة L.650-1 من القانون التجاري حيز التنفيذ، تم تخفيف العقوبة. و بالفعل، فإن الأمر الصادر في 18 ديسمبر 2008 عدل بشكل مناسب صياغة الفقرة 2 من المادة L.650-1 من القانون التجاري لإعادة صياغة العقوبة على النحو التالي: الضمانات المتخذة مقابل المساعدات "قد يتم إلغاؤها أو تخفيضها". وقد حظيت هذه الصياغة الجديدة بالترحيب بالإجماع من قبل فقهاء القانون الذين يرون أنه من الحكمة للغاية ترك للقضاة الحق في تقييم العقوبة الأكثر ملائمة. وبالتالي، إذا ارتكب الدائن الاحتيال، و إذا تدخل في إدارة موكله أو إذا حصل على ضمانات غير متناسبة، فلن يكون البطلان التام كعقوبة مفرطة. بل ستكون هناك احتمالات أخرى لمعاقبته.

6- لقد جاء نص المادة L.650-1 ، جاء بهدف امتصاص النتائج السلبية التي تسبب فيها الاجتهاد القضائي الفرنسي ، في المسؤولية المدنية للبنوك في مجال الائتمان ، ، فمن غير المعقول السماح لمؤسسات لا أمل لها في الاستمرار بالتواجد بسبب الائتمان ، فالكثير من المؤسسات التي قد تستفيد من التعويض وتطالب بمسؤولية دون أن يكون الائتمان هو سبب الضرر الواقع له، فقد تكون أسباب تتعلق بسوء التسيير أو اعتبارات اقتصادية خارجية لا دخل للائتمان الممنوح من طرف البنك فيها، فنص هذه المادة جاء لتغطية ومواجهة الضرر الذي خلقه القضاء الفرنسي ، بحيث قام المشرع بمواجهة أخطاء الاجتهادات والسوابق القضائية، بنص مادة تحمل العديد من التناقضات، مما ساهم في تعقيد المسؤولية أكثر وصعوبة فهمها وتحديد مبادئها لجميع الأطراف، سواء البنك أو المؤسسة أو جماعة الدائنين.

7- إن طبيعة الائتمان البنكي لا يمكن من خلالها وضع قاعدة ثابتة لتجنب المخاطر البنكية، فيجب عدم رفض القرار البنكي أو الطعن فيه ، فالقاضي عندما يقوم بتقدير الخطأ ، يكون تقييمه شكلي دون أن يعوض في التقييم المادي للقرار البنكي ، بل يجب على القاضي أن يقوم فقط بمراقبة مدى تتبع الخطوات الإجرائية للقرار ، دون أن يلغي قرار البنك بقراره، فيقوم كل منهما بوظيفته ، البنك بوظيفته المهنية المتخصصة في منح الائتمان والقاضي بوظيفته القضائية .

8- لقد فرضت التزامات عديدة على المصرفي لا يمكنه الهروب منها فيجب أن يمر بسلسلة كاملة من المراحل. وتشكل هذه الالتزامات المهنية المفروضة على مقدم الائتمان، قبل أن يتمكن المصرفي من اتخاذ قرار بشأن منح الائتمان من عدمه، يجب عليه الوفاء بالتزامه بالحصول على أكبر قدر ممكن من المعلومات عن طالب الائتمان. وكذا التشديد على إتباع قواعد الحيطة والحذر الواجبة على المصرفي، مثل واجب اليقظة ، الذي يتم تخطي حدوده باستمرار، من قبل البنك.

9- من الصعب جدا تحقيق توازن بين الأطراف الثلاثة في العلاقة الدائنية ولا حظنا من خلال هذه الدراسة عدم فاعلية حماية المدين ، ذلك لأن اضطراب وضعه المالي قد يكون ناتجا عن

أزمة اقتصادية لا يد له فيها كما أن افتتاح إجراءات الإفلاس في وقت متأخر جدا ،حيث يكون المشروع المدين في وضعية مالية كارثية وبالتالي لا جدوى من بقاءه وقد دلت الإحصائيات أن 90 %من حالات الإفلاس تنتهي بالتصفية القضائية لأموال المشروع ، كما أن النظام الحالي لا يعتبر ضمانا لاستيفاء الدائنين ديونهم ذلك لان من بين أهداف القانون قسمة أموال المدين والتنفيذ عليها ، بطريقة تسمح للدائنين باستيفاء حقوقهم بشكل متساو غير أن الواقع الذي أثبتته التجربة الفرنسية يبين أن 90% من حالات التصفية، لا يتحصل فيها الدائنون العاديون على ديونهم لان الأموال الناتجة استغرقت للوفاء بديون الدائنين الممتازين ، فالبنك يعتبر من الدائنين وله حق الامتياز عل جماعة الدائنين, مما يضر بمصالحهم أما المؤسسة المتعثرة تبقى في تأرجح بين استمرارية المشروع وارجاع الديون في أجلها للبنك خوفا من ضياع الضمان ولجماعة الدائنين خوفا من مطالبتهم بإفلاسها نتيجة توقفها عن الدفع.

10- تعقيد وطول إجراءات قانون حماية المؤسسات : أن تعقيد هذا القانون جعله بشكل غير مباشر يستهدف الشركات الكبرى ، للاستفادة من إجراءات التسوية الودية المعقدة والمكلفة ويستثني الشركات الصغرى إذ لوحظ أن الشركات الكبرى هي من كانت تلجأ دائما لقانون حماية المؤسسات، نظرا لكبر قيمة خسائرها وتأثيرها على الاقتصاد بينما الشركات الصغرى ، فكانت تختار الطريق السريع لإنقاذها كالجوء لصناديق التي تقدم مساعدات من طرف الدولة، كما سبق ذكره أو تلجأ الى مستثمرين خواض وفي حالة عجزها تلجأ مباشرة الى التصفية القضائية.

11- كما أن تطبيق العملي لنظام مسؤولية البنك نتج عنه جملة من العوائق والصعوبات حالت دون تحقيقه للنتائج المرجوة منه تمثلت فيما يلي :

- صعوبة تحديد المركز المالي الفعلي للمشروع المتعثر

في حال تقديم الائتمان للمشروع المتعثر وهو في حالة ميؤوس منها فإنه يكون مسؤول عمّا يلحق المشروع من أضرار بسبب إغراقه بالديون أو الأضرار التي يتعرض لها الغير بسبب خلق ملأة مالية مزيفة وتعد هذه الفكرة غامضة ولا يمكن التكهن بها من قبل البنوك.

ومنه فمن غير العدل تحميل البنك المسؤولية عن تقديم الائتمان للمشروع المتعثر الذي يعاني من صعوبات مالية، لأن تقرير مسؤولية البنك يتطلب وضوح فعل البنك لتقرير مسؤوليته أي أنه تجاوز مرحلة الاضطراب المالي، وهو في مرحلة التوقف عن الدفع، وهنا تقوم مسؤولية البنك إذا منَح الائتمان لمشروع ميؤوس منه، أما قبل التوقف عن الدفع فلا يمكن تصور مسؤولية البنك عن تمويل مشروع لإنقاذه من الإفلاس لأن الهدف من التمويل الإضافي هو دفع نشاط المشروع و إخراجِه من أزمته المالية وليس تأجيل لمشاكله لإطالة عمره بشكل وهمي.

- صعوبة تحديد مبلغ الائتمان اللازم لإنقاذ المشروع المتعثر

إن عقد الائتمان هو عقد تمهيدي لعمليات أخرى تلحقه في التنفيذ، فقد يكون عن طريق خصم القرض أو غيرها من العمليات الائتمانية، إلا أنه في الواقع مستقل عنها من حيث صحته وبطلانه ويرتب آثار تختلف عن آثار العقود الأخرى، فالبنك يعد المشروع بتمويل محدد وبطريقة محددة عند الطلب في فترات معينة، هذا ما يجعل من الصعب قيام مسؤولية البنك عن القطع التعسفي لأنه لم يستطع منذ البداية معرفة القيمة الحقيقية للائتمان الذي يعد المشروع بحاجة إليه.

- صعوبة إثبات خطأ البنك عند منح الائتمان للمشروع المتعثر

يجب على من وقع عليه الضرر أن يثبت أن منح الائتمان جعله يبدو بوضع الميسور مالياً وهذا ما دفع الدائن إلى التعاقد معه في حين أن المشروع في حالة ميؤوس منها، وهنا يمكن للدائن إثبات حالة المشروع غير قابلة للإصلاح لكن يصعب على الدائن المشروع إثبات خطأ البنك وأنه تدخل في شؤونه بما أدى إلى توقفه عن سداد ديونه وبالتالي شهر إفلاسه. فالتزام البنك عند منح الائتمان هو التزام ببذل عناية الرجل الحريص وليس التزام بتحقيق نتيجة وهو إقالة المشروع من عثرته.

- صعوبة التزام البنك بواجب الحيطة والحذر

إن البنك هنا يجد نفسه بين خيارين إما اتخاذ واجب الحيطة والحذر والمتابعة والتأكد من الجدارة المهنية وهذا يرتبط بأداء بوظيفته الائتمانية، وبين قيام مسؤوليته عند التدخل في إدارة المشروع، والبنك هنا لا يسأل عن تدخله في المشروع مادام التدخل بالقدر الكافي لتنفيذ التزامه باتخاذ الحيطة والحذر عند تقديم التمويل للمشروع المتعثر.

- صعوبة إثبات صفة المدير الفعلي

من السهل إثبات صفة المدير القانوني للمشروع، لكن من الصعب إثبات صفة المدير الفعلي للمشروع فهذا يلزم المدعي، بإثبات أن البنك تدخل تدخلًا إيجابيًا في إدارة كل مسائل المشروع المتعثر وأصدر نصائح ومقترحات ملزمة للمشروع وياشر وظائف ساهمت في تقرير مصير المشروع سواء على الصعيد التجاري أو على الصعيد المالي .

بالرغم من أن بؤادر اعتماد قوانين الإنقاذ للمؤسسات المتعثرة تم النص في المشروع التمهيدي لقانون حماية المؤسسات، إلا أنه وللأسف لم يحدد بعد طرق إشراك الدائنين في إنقاذ المؤسسات المتعثرة وأهمهم البنك وكذا نتائج تدخل البنك وقيام مسؤوليته عن ذلك مما أدى لتأخر تبني مبدأ مسؤولية البنك لدى المشرع الجزائري وترجع أسباب هذا التأخر لما يلي:

1- عدم استقرار الإطار القانوني الذي يحكم النشاط المصرفي. في الواقع، كان للتغيرات الاقتصادية العديدة التي حدثت في الجزائر خلال العشرين سنة الماضية تأثير عميق على النظام القانوني والتنظيمي الذي يحكم المهن المصرفية. ومن أجل مواءمة الإطار القانوني وضرورات البيانات الاقتصادية الجديدة، كثيرا ما أدخل المشرع الجزائري إصلاحات طفيفة، ولا سيما تلك المرتبطة بالقانون المصرفي. إن الفترة الدائمة للانتقال من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق تقود واضعي القوانين إلى انحرافات تؤدي إلى نصوص لبست لها رؤية ثابتة ، هذا ما جعل أغلب النصوص القانونية تتغير دون أن تكون هناك حاجة فعلية لتعديلها . ومن جهة أخرى، عندما تكون هناك حاجة للإصلاح، لا يتم تعديل أي نص أو استحدثه. وكثيراً ما دفع القطاع المصرفي الجزائري ثمن هذه الترددات.

2- لاحظنا غياب البناء الفقهي الحقيقي في الأمور المصرفية إذ تظهر محاكم الاستئناف والمحكمة العليا ترددًا كبيرًا عندما يتعلق الأمر بالنزاعات المصرفية ويفسر هذا التردد بسببين. فمن ناحية، من المرجح أن يوفر عدم وجود إطار قانوني متطور بشكل كافٍ للقضاة أداة يمكنهم الاعتماد عليها لفهم القضايا المرتبطة بالتقاضي المصرفي بشكل أفضل. ومن ناحية أخرى، عدم تدريب القضاة في الأمور المصرفية. وكذا الصعوبة التي يواجهها القضاة بسبب عدم كفاية النصوص. فلا يرغب القضاة في تحمل عواقب الحلول الفقهية المبتكرة ويفضلون حصر قراراتهم في الحلول الكلاسيكية. أما مسألة تكوين القضاة الشائكة، فهي في نظرنا العائق الحقيقي أمام ظهور اجتهادات قضائية متماسكة. في عدة مناسبات، لم يفشل ABEF وهي رابطة البنوك والمؤسسات المالية في تسليط الضوء على الصعوبات التي يواجهها القضاة في البت في المسائل المتزايدة التعقيد. إن تقنيات الائتمان المختلفة وطرق تنفيذها هي خارجة تمامًا عن سيطرة القضاة. ويتلقون تدريبًا عامًا لا يسمح لهم بفهم الأسئلة التي تتطلب تقنياتها.

3- لقد كان التراث التاريخي دائمًا عاملاً محددًا لدور مقدم الائتمان. منذ وضع خطة الائتمان الوطنية في 1944-1986 والتي هدفت إلى إشراك البنوك الوطنية في تمويل الاقتصاد، لكن ظل الغموض يحيط بدور الائتمان. ولا يزال مجال المناورة أمام البنوك العامة، التي تشكل الجزء الأكبر من المشهد المصرفي الجزائري أمر مستبعد وحتى بعد التحول إلى اقتصاد السوق، لا يزال المشرع يرى أن السياسة الائتمانية للبنوك يجب أن تحقق الأهداف الوطنية على حساب القدرة التنافسية وأمن سوق الائتمان. وهذا الوضع يمنع المصرفي الجزائري من اللجوء إلى إستراتيجية حقيقية لتطوير الائتمان ، وقد تم بناء نموذج الائتمان المصرفي الجزائري وتطويره بفلسفة وتنظيم وأساليب تشغيل غير ملائمة لاحتياجات وخصائص اقتصاد السوق.

التوصيات:

1- من الضروري أن يسعى المشرع الجزائري لمواكبة التشريعات المقارنة في الأخذ بمبادئ الإنقاذ خاصة بعد أن أثبت نظام الإفلاس فشله حيث لا يزال المشرع الجزائري وفيما له ، لقد

عجز نظام الإفلاس عن تحقيق المساواة بين أطراف العلاقة الدائنية فتتم معاقبة المدين المفلس بتصفية القضائية لأمواله وخروجه من الحياة الاقتصادية، مما قد يؤثر على الاقتصاد وجماعة الدائنين والمدين، ان الانتقال من نظام الإفلاس إلى نظام الإنقاذ أصبح ضرورة حتمية للمشرع الجزائري.

2- من الضروري أن يقوم المشرع الجزائري بتبني مبادئ المسؤولية المدنية للبنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة أو مؤسسات ميسورة ماليا ،لكن يجب أن يكون ذلك مرفقا بالحذر من قبل المصرفيين ، فتكون المسؤولية وسيلة لإنعاش الائتمان والمؤسسات المتعثرة ، لا وسيلة للقضاء عليه ، خصوصا عقب ازدياد مطالبة العملاء بمسؤولية البنك ، بعد ازدياد القروض الاستهلاكية وتسجيل العديد من التجاوزات التي اصطدمت بالفراغ القانوني في مجال المسؤولية البنكية وقد تم إطباقها على الأحكام العامة للمسؤولية والتي قد لا تكون منصفة للمتضرر في كثير من الأحيان.

3- من الضروري أن يتجنب المشرع الجزائري اللجوء لإجراءات المتشابهة مع المشرع الفرنسي ، حيث استعمل إجراءات الإنقاذ وهي بين المصالحة والتسوية القضائية فكل رآها بحسب تحليله فهناك من اعتبر إجراءات الإنقاذ مرتبطة بالمصالحة وآخرون اعتبروا أنها مرتبطة بالتسوية القضائية ، هذا ما نتج عنه الإحالة والتشعب بين النصوص القانونية المتعلقة بإنقاذ المؤسسات المتعثرة ونتج عنه تعقيدها وغموضها ،فمن الضروري الاستفادة من أخطاء المشرع الفرنسي وذلك من خلال وضع قانون يقوم على أساس التدرج في مراحل اعتماده وخلق قاعدة قانونية قوية تكون بالتعاون بين القضاء الإداري والقضاء المدني وكذلك والقضاء التجاري الجزائري ، لوضع أحكام قانونية متناسقة بين جميع الأطراف ، لضمان استقرار القانون وتوافقه ، لأن الاعتماد على القرارات السياسية والاقتصادية الظرفية و المتغيرة لتجنب الأزمات ، لا يعد مصدر اطمئنان لأنها قد تتغير بشكل مفاجئ ، بينما الأحكام التي تتسم بالصبغة القانونية تكون أكثر ثباتا ودقة.

4- وضع الآليات القانونية الضرورية لحسن سير العمل المصرفي بحيث تظل الجزائر متأخرة من حيث تحديد إطار قانوني يضمن للمصرفي الأمن الضروري لممارسة المهنة المحفوفة بالمخاطر وهي توزيع الائتمان، لكن الملاحظ أن القانون الأخير رقم 09-23 جاء بمواكبة ملموسة لتطور التشريعات المقارنة في المجال النقدي والمصرفي لكنه أغفل مرة أخرى تحديد معايير ومبادئ المسؤولية المصرفية وهو أمر مخيب لآمال.

5- يجب على البنوك أن تلتزم بتطبيق كل التزاماتها المرتبطة بمنح الائتمان خاصة عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة، فقيام مسؤوليتها يكاد يكون أمرا مؤكدا بالرغم من الشكل الظاهري للمادة L.650-1 التي توحى بعدم مسؤوليتها فالبنك محاصر بالمسؤولية ، إذ قامت المؤسسات المتعثرة أو جماعة الدائنين، برفع دعاوى قضائية، سواء بسبب الدعم المسمي أو بسبب الاستثناءات الثلاثة السالفة الذكر أو بسبب أو الإنهاء التعسفي للائتمان. أو اتهام البنك بإطالة عمر الشركة، من خلال منحها ثقة زائفة ، توحى بقوة مركزها المالي .

6- ضرورة التقليل من قيود منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة ماليا لإنقاذها من عثرتها وذلك بتقليل من متطلبات وأعباء إعادة الهيكلة وتسريع الإجراءات المرتبطة بالإنقاذ لتتماشى مع سرعة المعاملات التجارية، وهذا ما سوف يساهم في تعزيز رغبة البنك في منح الائتمان .

7- إنشاء بنوك متخصصة في منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة باعتبار البنوك العادية تخشى على أموال المكتتبين وتضع شروط قاسية وقد تكون تعجيزية لمنح الائتمان كما أنها تشترط الضمان أو منح الائتمان بشكل جماعي مثل اتفاق مجموعة من البنوك بتقاسمها لقيمة القرض لتخفيف أعباء استرداده و أعباء منحه للمؤسسة المتعثرة

8- ضرورة وضع خطة إعادة الهيكلة كونها تضم الدائنين كأطراف في العلاقة الدائنية ولا تستثيهم منها خاصة أن خطة إعادة الهيكلة تشترط قبولهم بها وموافقتهم على بنودها خصوصاً كون البنك يتمتع بحق الامتياز على بقية الدائنين مما قد يضر بمصالحهم.

8- تدويل الإجراءات قانون الشركات التي تواجه صعوبات على سبيل المثال، القواعد المطبقة عندما يكون واحد أو أكثر من الدائنين موجودين في الخارج أو عندما يكون مكتب الشركة المتخلفة عن السداد في دولة ما، ولكن نشاطها يقع بشكل رئيسي في دولة أخرى نتساءل عن كيفية التعامل مع تعثر شركة لها منشآت في عدة دول. وقد أخذ قانون الاتحاد الأوروبي هذا الوضع في الاعتبار. تدخلت اللائحة رقم 1346/2000 المؤرخة 29 مايو 2000 في هذه النقطة قبل أن تحل اللائحة 848/2015 المؤرخة 20 مايو 2015 والنافذة منذ 26 يونيو 2017 مكانها. تتضمن قانون أوروبي منسق مشترك بين الدول الأعضاء. و يتضمن ذلك وضع قواعد لتحديد المحكمة المختصة لفتح إجراء سيتم بعد ذلك الاعتراف به تلقائياً في الدول الأعضاء الأخرى. وتحدد الولاية القضائية أيضاً القانون المطبق على الإجراء. خارج نطاق اللائحة الصادرة في 20 مايو 2015، سيكون من الضروري تطبيق القانون الدولي الخاص، ومن حيث المبدأ، طلب تنفيذ الحكم الافتتاحي للإجراء حتى يصبح ساري المفعول في الدولة المعنية.

وفي الأخير ما يمكن قوله هو أنه من الصعب على المشرع الجزائري تبني مبادئ المسؤولية البنكية عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة، بشكلها الحالي لدى المشرع الفرنسي، لأن أحكامها جاءت بعد تضافر جهود المنظومة القضائية من خلال السوابق القضائية و المنظومة التشريعية من خلال الإصلاحات التشريعية، التي اعتمدها المشرع لإخراج قانون حماية المؤسسات بشكله الحالي والجهود الاقتصادية التي وجدت شجعت البنك على منح الائتمان لضمان استمرار المؤسسات الاقتصادية، في المقابل تعد التجربة الجزائرية خجولة في إرساء مبادئ الائتمان المصرفي فما بالك بمسؤوليته، ويشوبها نوعاً

من الغموض لذلك نقترح أن تقوم المنظومة التشريعية الجزائرية بمعالجة القصور في مبادئ المسؤولية البنكية من خلال ما يلي :

1- من الضروري جمع كل القضايا التي يواجهها المصرفيين في ممارستهم العملية لمنح الائتمان ،مثل حالة إنهاء الائتمان التعسفي التي لا تزال ملامحها مجهولة بالنسبة للمصرفي نظرا لعدم وجود نص قانوني ينظم هذا الإنهاء بشكل واضح ، والأمر هنا متروك للمشرع لاقتراح الحلول المناسبة لمواجهة الحالات التي تولدها مثل هذه الثغرات. من خلال إصدار نصوص جديدة وجمع النصوص والأنظمة المتفرقة في القوانين المختلفة، ضمن مدونة لقانون النقدي والمصرفي الجزائري.

2- من الضروري حماية عملاء البنك والذين تم استبعادهم في جميع إصلاحات القانون النقدي والمصرفي الجزائري أي اعتماد نهج يميل إلى حماية العملاء الأفراد من ناحية، والعملاء المحترفين من ناحية أخرى ، بالنسبة للعملاء الأفراد، يمكن للقضاة الجزائريين أن يستلهموا ذلك من زملائهم الفرنسيين في مجال حماية المستهلك، وتعتبر الحلول التي قدمتها السوابق القضائية الفرنسية فيما يتعلق بالتزامات البنك قابلة للتطبيق تماما في القانون الجزائري. أما بالنسبة للعملاء المحترفين، يجب أن يكون لدى المشرع رؤية شاملة. توفر الحماية التي تتجاوز الحق في الحصول على الائتمان. إلى الوقاية من الصعوبات والتي لم تؤخذ بعين الاعتبار لحد الآن، فقانون الإفلاس الجزائري لم يكن مصمما لحماية المؤسسات.

حيث نرى أنه من الضروري تبني مبدأ مسؤولية البنك في القانون الجزائري ، ولكن عقب وضع قواعد قانونية وإجرائية ثابتة وبمبسطة تحدد بدقة الحالات التي تقوم فيها مسؤولية البنك على غرار المشرع الفرنسي، ولكن دون ان نتماذى في المطالبة بالمسؤولية التي سوف ينتج عنها تردد البنوك قبل منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة ، وعليه أقترح مايلي :

- أن يتبنى المشرع الجزائري مبدأ مسؤولية البنك عند منحه الائتمان للمؤسسات المتعثرة ، حفاظا على مصالح المتعاملين معه بالنسبة للشركات والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الحالات المؤسسات الميسورة ماليا.

- وأن يستفيد البنك من امتياز الأفضلية أو امتياز "الأموال الجديدة" كما سماه المشرع الفرنسي في حال منحه الائتمان للمؤسسات المتعثرة، كمكافأة تشجعه على منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة، دون إعفائه الكلي من المسؤولية الذي سوف يدفعه للتعسف في حق طالبي الائتمان .

من خلال هذا الاقتراح يكون المشرع الجزائري قد ضمن تحقيق المساواة والتوازن بين جميع أطراف العلاقة الدائنية من بنوك وجماعة الدائنين ومؤسسات متعثرة.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع

أولاً: النصوص القانونية والتشريعية

1. النصوص القانونية الجزائرية:

الداستاتير:

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، ج.ر.ج. ج عدد 76، صادر في 08 ديسمبر سنة 1996، معدل ومتمم بالقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أفريل سنة 2002، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج. ج عدد 25، صادر في 14 أفريل 2002، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج. ج عدد 63، صادر في 16 نوفمبر سنة 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 16-01، مؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج. ج عدد 14، صادر في 07 مارس سنة 2016، معدل بالتعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020، ج.ر.ج. ج، عدد 82، صادر في 30 ديسمبر 2020.

القوانين:

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 78، (المعدل والمتمم).
2. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، (المعدل والمتمم) ج ر رقم 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975.
3. القانون رقم 09-01 المؤرخ في 22 يوليو 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009.

4. القانون رقم 02-17 المؤرخ في 10 جانفي 2017 يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية عدد 02.
5. القانون رقم 09-23 مؤرخ في 3 ذي الحجة عام 1444 الموافق لـ 21 يونيو سنة 2023، يتضمن القانون النقدي والمصرفي، الجريدة الرسمية عدد 43.
6. قانون رقم 13-22 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق 12 يوليو سنة 2022، يعدل ويتم القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المراسيم التنفيذية:

1. المرسوم التنفيذي رقم 98-200 المؤرخ في 09 جوان 1998، يتضمن إحداث صندوق الكفالة المشتركة لضمان أخطار القروض الممنوح إياها الشباب ذوي المشاريع وتحديد قانونه الأساسي، الجريدة الرسمية عدد 42. (المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 03-289 المؤرخ في 06 سبتمبر 2003، الجريدة الرسمية عدد 54).
2. المرسوم التنفيذي رقم 03-296 المؤرخ في 6 سبتمبر 2003 يحدد شروط الإعانة المقدمة للشباب ذوي المشاريع ومستواها، الجريدة الرسمية عدد 54 (المعدل والمتمم).
3. المرسوم التنفيذي رقم 20-239 المؤرخ في 31 أوت 2020 الذي يحدد كيفية تكفل الخزينة العمومية بصفة استثنائية بتخفيض نسب الفائدة على القروض الممنوحة من طرف البنوك والمؤسسات المالية لفائدة المؤسسات والخواص الذين يواجهون صعوبات بسبب وباء فيروس كورونا كوفيد 19. (المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 21-446 المؤرخ في 11 نوفمبر 2021).
4. المرسوم التنفيذي رقم 20-329 المؤرخ في 25 نوفمبر 2020 يعدل ويتم المرسوم التنفيذي 96-296 المؤرخ في 8 سبتمبر 1996 والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب وتحديد قانونها الأساسي، الجريدة الرسمية عدد 70.

الأنظمة والتعليمات (بنك الجزائر):

1. النظام رقم 02-03 المؤرخ في 14 أفريل 2002 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية عدد 85.
 2. النظام رقم 06-02 المؤرخ في 24 سبتمبر 2006 المتضمن تحديد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية، الجريدة الرسمية العدد 77.
 3. النظام رقم 11-08 المؤرخ في 28 نوفمبر سنة 2011 يتعلق بالرقابة على البنوك والمؤسسات المالية.
 4. النظام رقم 12-01 المؤرخ في 20 فبراير 2012، والمتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها.
 5. النظام 12-03 المؤرخ في 28 نوفمبر 2012 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما.
 6. النظام رقم 13-01 المؤرخ في 08 أفريل 2013 المحدد بالمحدد بالشروط المطبقة على العمليات المصرفية البنكية .
 7. النظام رقم 13-03 المؤرخ في 16 فيفري 2014 المتعلق بتصنيف المستحقات والالتزامات بالتوقيع للبنوك.
 8. النظام رقم 24-02 المؤرخ في 13 أكتوبر سنة 2024، والمتضمن الشروط الخاصة للترخيص بتأسيس وممارسة نشاط البنك الرقمي في الجزائر، الجريدة الرسمية رقم 77.
 9. التعليمات رقم 07-01 المؤرخة في 23 ديسمبر 2007 والمتعلقة بضبط شروط تأسيس البنوك والمؤسسات المالية الأجنبية.
- ### القرارات الوزارية:

1. القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 26 سبتمبر 2021 يحدد المؤسسات المتعثرة وشروط وكيفيات تمويلها، الجريدة الرسمية عدد 86.
- ### الاجتهادات القضائية:

1. قرار المحكمة العليا بتاريخ 27 نوفمبر 1985، ملف رقم 41783، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1990.

2. قرار المحكمة العليا الغرفة التجارية والبحرية، الصادر في 06 يونيو 2006 تحت رقم 400393، مجلة المحكمة العليا العدد 02، 2007.

2. النصوص القانونية الأجنبية:

القوانين والأوامر الفرنسية:

1. Code civil français.
2. Code de commerce français .Code monétaire et financier français.
3. Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et la banqueroute.
4. Loi n° 84-147 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.
5. Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.
6. Décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 relatif au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.
7. Décret n° 85-1389 du 27 décembre 1985 relatif aux administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise.
8. Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.

9. Loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.
10. Décret n°98-1232 du 29 décembre 1998 modifiant le décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985.
11. Décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.
12. Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.
13. Décret n°2007-686 du 4 mai 2007 instituant dans chaque département une commission des chefs des services financiers (CCSF).
14. Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.
15. Ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement.
16. Loi n° 2016-1691 du 9 Décembre 2016. relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique
17. Loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020.
18. Arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19.

19. Arrêté du 8 juillet 2021 portant modification de l'arrêté du 23 mars 2020 accordant la garantie de l'Etat.
20. Ordonnance n°2021-796 du 23 juin 2021. portant transposition de la directive (UE) 2019/2034 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 concernant la surveillance prudentielle des entreprises d'investissements
21. Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.
22. Loi n° 172-2022 du 14 février 2022. en faveur de l'activité professionnelle indépendante.
23. LOI n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire

التقارير والخطابات الرسمية الفرنسية:

1. Audition de Mme Évelyne GALL-HENG, présidente du Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires, du 3 juin 2004)et suivantes du rapport d' information
2. Audition de Mmes Ariane OBOLENSKY ,directrice générale de la Fédération bancaire française et Annie BAC, directrice juridique(procès-verbal de la séance du mercredi 2 juin 2004
3. Circulaire du 25 novembre 2004 relative à l'action de l'Etat dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises.

4. Circulaire du 9 janvier 2015 relative aux modalités d'accueil et de traitement des dossiers des entreprises confrontées à des problèmes de financement.
5. Rapport n° 2095 de M. Xavier De Roux, au nom de la commission des lois constitutionnelles, 11 février 2005.
6. Rapport n° 335 (2004–2005) de M. Jean–Jacques Hyest, déposé le 11 mai 2005.
7. Avis n° 355 (2004–2005) de M. Philippe Marini, déposé le 26 mai 2005.
8. Rapport n° 2459 de M. Xavier De Roux, présenté le 8 juillet 2005.
9. Rapport n° 467 de M. Jean–Jacques Hyest, présenté le 11 juillet 2005.
10. Rapport d'information n° 615 (2020–2021) de MM. François Bonhomme et Thani Mohamed Soilihi, déposé le 19 mai 2021.
11. CECEI, Rapport Annuel du Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement, (différentes années citées, ex: 2007, 2009).
12. Rapport d'activité 2021 du CIRI (Comité interministériel de restructuration industrielle).

الاجتهادات القضائية الفرنسية:

1. Cour de Cassation, Chambre civile, du 22 août 1876, Publié au bulletin.
2. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 7 janvier 1976, 72-14.029 (Arrêt Laroche), Publié au bulletin.
3. Conseil d'Etat, Section, du 17 mars 1978, 95331, publié au recueil Lebon.
4. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 7 février 1979, 77-11.283, Publié au bulletin.
5. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 23 février 1982, 79-13.991, Publié au bulletin.
6. Cour de Cassation, Chambre Civile 3, du 21 février 1984, 83-10.409, Publié au bulletin.
7. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 26 mars 1996, 94-13.907, Publié au bulletin.
8. Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 (Conseil constitutionnel).
9. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 octobre 1996, 94-19.245, Inédit.
10. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 18 février 1997, 95-12.617, Publié au bulletin.
11. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 17 juin 1997, 95-14.105, Publié au bulletin.
12. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 9 décembre 1997, 95-14.504, Publié au bulletin.

13. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 30 octobre 2000, 97-21.154, Publié au bulletin.
14. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 27 mars 2001, 98-22.828, Publié au bulletin.
15. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 8 octobre 2002, 99-18.619, Publié au bulletin.
16. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 25 mars 2003, 01-01.690, Publié au bulletin.
17. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 10 décembre 2003, 02-13.449, Inédit.
18. Cour d'appel de Versailles, 29 avril 2004.
19. Cour d'appel de Versailles, 11 septembre 2003.
20. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 22 mars 2005, 03-12.922, Publié au bulletin.
21. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 12 avril 2005, 03-16.755, Inédit.
22. Décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005 (Conseil constitutionnel).
23. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 27 juin 2006, 04-15.831, Publié au bulletin.
24. Cour de Cassation, Chambre commerciale, 26 juin 2007, 06-20.820, Publié au bulletin.

25. Cour de cassation, Assemblée plénière, 29 juin 2007, 06-18.141, Publié au bulletin.
26. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 3 juillet 2007, 06-10.803, Inédit.
27. Cour de Cassation, Chambre commerciale, 30 octobre 2007, 06-12.677, Publié au bulletin.
28. Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 8 mars 2011, 09-12.830, Inédit.
29. Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 22 mars 2011, 09-14.883 / 10-17.832, Inédit.
30. Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 28 juin 2011, 10-15.412, Inédit.
31. Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 16 janvier 2019, 17-16.557.
32. Cour de Cassation, Chambre commerciale, 20 Juin 2018, n° de pourvoi: 16-27.693.
33. Cass. Civ. Chambre commercial, 19 Septembre 2018, n° de pourvoi: 17-12.596.
34. Cass. Civ. Chambre commerciale, 21 Novembre 2018, n° de pourvoi: 17- 121.025.
35. Cass. com du 2 octobre 2024, n°23-13.282.
36. Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 17 janvier 2024, 22-18.090.

القوانين المصرية:

1. القانون رقم 17 لسنة 1999 المتضمن القانون التجاري المصري الجريدة رسمية رقم 19 مكرر.
2. قانون البنوك المصري رقم 162 الصادر بتاريخ 2004/12/22 العدد 51.
3. القانون رقم 194 لسنة 2020 المتعلق بالبنك المركزي والجهاز المصرفي.
4. قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصالح الواقي من الإفلاس رقم 11 المؤرخ في 2021/04/27 العدد 16.

التشريعات الأوروبية:

1. Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière.
2. Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (خاصة المادة 107).
3. Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité.
4. Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers (31 juillet 2014).

نصوص دولية أخرى:

1. مدونة الأصول والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية (النشرة 600 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لسنة 2007).
2. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (DDHC).
3. Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH).

ثانياً: المراجع العامة والخاصة (الكتب)

1- المراجع باللغة العربية:

- 1- أبو الفتوح علي فضالة، التحليل المالي وإدارة الأموال، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، مصر، 1999.
- 2- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 12، دار صادر للطباعة والنشر، لبنان، 2000.
- 3- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاوله ومساطر معالجتها، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، 2007.
- 4- أنس العليبي، النظام القانوني لبطاقات الاعتماد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2005.
- 5- بسام محتسب بالله، المسؤولية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الإيمان، بيروت، 1984.
- 6- بشرى خالد تركي المولى، ضمانات الائتمان المصرفي دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر - الإمارات، 2015.
- 7- بختيار صابر بايز حسين، مسؤولية المصرف، دراسة تحليلية، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 8- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- 9- بوادلي محمد، الإلتزام بالنصيحة في عقود الخدمات، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005.
- 10- بزاز وليد، ضرورة التحول من قانون الإفلاس الى إنقاذ المشروعات المتعثرة، بيت الأفكار، الطبعة الأولى، الجزائر، 2023.

- 11- جمال محمود عبد العزيز، مسؤولية البنك في حالة إفلاس العميل على ضوء القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 12- حسن أحمد عبد الرحيم، البنوك، مؤسسة طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 2011.
- 13- حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 1988.
- 14- خالد حسن أحمد لطفي، الاعتبارات القانونية والفنية لإعادة الهيكلة الشركات، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2023.
- 15- خليل فيكتور تادرس، الطرق الودية والقضائية لإنقاذ المشروعات المتعثرة من الإفلاس، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون سنة).
- 16- خليفة بن محمد الحصري، مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الداخلي، القرض والاعتماد البسيط، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، مصر، 2022.
- 17- سامر جلدة، البنوك التجارية والتسويق المصرفي، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011/2007.
- 18- سليمان ناصر، التقنيات البنكية وعمليات الائتمان، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2015.
- 19- سمير محمد عبد العزيز، المدخل لاقتصاديات الاستثمار، التمويل، التحليل الائتماني، مدخل في التحليل واتخاذ القرارات، مركز الإسكندرية للكتاب، مصر، 2017.
- 20- صلاح إبراهيم شحاته، ضوابط منح الائتمان المصرفي من منظور قانوني ومصرفي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 21- الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
- 22- عبد الحق بوعتروس، الوجيز في البنوك التجارية، عمليات وتقنيات وتطبيقات، الجزائر، 2002.

- 23- عبد الحميد الشواربي، محمد عبد الحميد الشواربي، إدارة المخاطر الائتمانية من وجهتي النظر القانونية والمعرفية، (بدون دار نشر وسنة).
- 24- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 25- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، المجلد الأول، أوصاف الالتزام و الحوالة، دار النهضة العربية، 1983.
- 26- عبد الرافع موسى، نظام الإفلاس إلى أين، التجربة الفرنسية، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، مصر، 1995.
- 27- عبد الرافع موسى، نظام الإفلاس بين الإلغاء والتطوير، دراسة تحليلية للتجربة الفرنسية، دار النهضة العربية، مصر، 2013.
- 28- عبد القادر بلطاس، الاقتصاد المالي والمصرفي - السياسات والتقنيات الحديثة في تمويل السكن بالجزائر - ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 29- عبد المطلب عبد الحميد، اقتصاديات النقود والبنوك، الأساسيات والمستحدثات، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- 30- عبد المطلب عبد الحميد، الائتمان المصرفي ومخاطره، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، الطبعة الأولى، القاهرة، 2010.
- 31- علي البارودي، الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
- 32- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981/1968.
- 33- علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المصرفية وضماناتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

- 34- فلاح حسن الحسيني، مؤيد عبد الرحمان الدوري، إدارة البنوك، مدخل كمي واستراتيجي معاصر، دار وائل للنشر، الطبعة الرابعة، الأردن، 2008/2007.
- 35- كركبي مروان، المسؤولية المهنية الإعلامية والمصرفية والمحاسبية، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- 36- لبنى عمر مسقاوي، هاني محمد دويدار، المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2006.
- 37- محمد حسين فتحي، التنظيم القانوني لإنهاء الإفلاس المخفف دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2018.
- 38- محمد حلمي الجيلاني، إدارة البنوك، دار الإعصار العلمي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، 2020.
- 39- محمد صالح الحناوي، إبراهيم إسماعيل سلطان، الإدارة المالية والتمويل، دار الجامعة، الإسكندرية، 1999.
- 40- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 41- محمد عبد المقصود غانم، شرح قانون التنظيم وإعادة الهيكلة والصلح الوافي من الإفلاس، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2020.
- 42- محمد كاظم هادي المسلماوي، التنظيم القانوني للجدارة الائتمانية، دار الوفاء للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، مصر، 2022.
- 43- محمد كمال خليل حمزاوي، اقتصاديات الائتمان المصرفي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 44- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المجلد الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

- 45- مسعود يونس عطوان عطا، إنهاض المشروعات المتعثرة ووقايتها من الإفلاس، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2010.
- 46- مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، وفقاً للقانون الجديد رقم 17 لسنة 1999، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2017.
- 47- المعتصم بالله الغرياني، القانون التجاري، المعاملات التجارية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2009.
- 48- مجدي شكري قسط، الإدارة الحديثة للبنوك التجارية، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2017.
- 49- مجدي محمد شهاب، اقتصاديات النقود والبنوك، النظرية، المؤسسات النقدية، بورصة الأوراق المالية في مصر، تطور النظام المصرفي المصري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000.
- 50- منير إبراهيم الهندي، إدارة البنوك التجارية مدخل اتخاذ القرارات، المكتب العربي الحديث، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، 1996.
- 51- نادية فضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001.
- 52- نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007.
- 53- نعيم مغيب، مبدأ عدم مسؤولية البنك الموزع للاعتمادات واستثناءاته، دراسة في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2009.
- 54- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، بيروت، 1975.

2-المراجع باللغة الأجنبية:

- 1-Bakouche, D., *L'excès en droit civil*, Préface de M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2005.

- 2–Behar–Touchais, M., Rapport introductif, Colloque du 20 mars 1998, Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris.
- 3–Gavalda, C., et Stoufflet, J., *Droit bancaire*, 7e éd. (par J. Stoufflet), 2008.
- 4–Hadj Sadouk, T., *Les risques de l'entreprise et de la banque*, éd. Dahlab.
- 5–Hélène Poujade & Sophie Sabathier, *Le droit des entreprises en difficulté en schémas*, Ellipses, 2022.
- 6–Jeantin, M., Le Cannu, P., Robine, D., *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 13e éd., 2022.
- 7–Jérôme Lasserre Capdeville, *Entreprises en difficulté*, LGDJ Lextenso, 11e éd.
- 8–Jérôme Lasserre–Capdeville & Michel Storck (sous la dir. de), *Le Crédit, Aspects Juridiques et Economiques*, Dalloz, 2012.
- 9–Jean Stoufflet & Anne Claire Rouaud, *Droit bancaire*, LexisNexis, 10e éd.
- 10– Jocelyne Safa, *Devoir de vigilance du banquier*, édition SADER, 1996.
- 11– Francine Macorig–Venier, *L'anticipation des difficultés de l'entreprise. Modernité du droit français et approche comparatiste*, Presses de l'Université Toulouse Capitole.

- 12- Frison-Roche, M-A (sous la dir. de), *Responsabilité et régulations économiques*, Presse de Sciences Po et Dalloz, 2007.
- 13- Philippe Le Tourneau & Loic Cadet, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 1996.
- 14- Richard Routier, *Obligation et responsabilités du banquier*, Dalloz Action, 4e éd., 2017.
- 15- Rives-Lange, J.L., et Contamine-Raynaud, M., *Droit bancaire*, 6e éd., 1995.
- 16- Roland, H., et Boyer, L., *Adages du droit français*, LexisNexis, 1999.
- 17- Vidal, J., *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Préface G. Marty, Toulouse, 1957.

ثالثاً: الأطروحات والرسائل الجامعية

1- الأطروحات والرسائل باللغة العربية:

- 1- آيت وازو زينة، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة المخاطر المصرفية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012-2013.
- 2- بن لطرش منى، المسؤولية في مجال القرض البنكي، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2011-2012.
- 3- بن مداني صديقة، انعكاسات القروض المصرفية المتعثرة على أداء البنوك التجارية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016-2017.

- 4- جلييلة مصعور، مسؤولية البنك عن الائتمان المصرفي في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة باتنة، الجزائر، 2016/2012.
- 5- حوماش حسيبة، الإلتزام بالإعلام في عمليات البنوك، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2008-2009.
- 6- سماح يوسف إسماعيل السعيد، العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الاعتماد المستندي، ماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007.
- 7- قويقح نبيل، دور صناديق الثروة السيادية في تمويل اقتصاديات الدول النفطية مع الإشارة إلى حالة الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر 3، 2011.
- 8- مراد لمين، الإطار القانوني لضمان مخاطر الائتمان، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2014-2015.
- 9- هبال عادل، إشكالية القروض المتعثرة دراسة حالة الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
- 10- عمر بن الزبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2016-2017.
2. الأطروحات والرسائل باللغة الأجنبية:

1-Capoen, Anne-Laure, *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté*, Thèse de doctorat, Université de Toulouse I Sciences Sociales, 18 décembre 2008.

2-Gautier, Pierre-Yves, *La caractérisation de l'intention frauduleuse*, Mémoire de Master de Droit privé général, Dirigé par M. le professeur Laurent Leveneur, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2020.

- 3-Harrat, Mohammed, *Le traitement des difficultés de l'entreprise pour assurer sa survie – étude comparative*, Thèse de Doctorat en Sciences en Droit comparé des affaires, Université d'Oran 2, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, 2017-2018.
- 4-Koehl, Marie, *La négociation en droit des entreprises en difficulté*, Thèse de doctorat en droit privé et sciences criminelles, Université Paris Nanterre, 2019.
- 5-Madjour, Oualid, *La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit. Étude de droit comparé français – algérien*, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Faculté de droit, Université Jean Moulin – Lyon 3, 11 décembre 2009.

رابعاً: المقالات والدوريات

1- المقالات باللغة العربية:

- 1- أمين مراد، "صناديق الكفالة المشتركة ودورها في ضمان القروض المصرفية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 02، 2020.
- 2- أنور مطاوع منصور، "دور البنوك في انقاذ المشروعات المتعثرة"، مجلة الدراسات القانونية، العدد 54، الجزء الأول، ديسمبر 2021.
- 3- أزوا عبد القادر، المسؤولية المدنية للمسير عن عدم كفاية أصول الشركة، مجلة آفاق للأبحاث السياسية والقانونية، المجلد 03 العدد 06 نوفمبر 2020 الصفحات 194-208.
- 4- أزوا عبد القادر، "المسؤولية المدنية للبنك عن منح الائتمان للمؤسسات في وضعية مالية صعبة"، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2020.

- 5- أزوا عبد القادر، محرز صليحة، "آليات معالجة التعثر المالي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 09، العدد 02، ديسمبر 2023.
- 6- بداوي علي، "التسوية القضائية في القانون التجاري"، المجلة القضائية، المحكمة العليا، عدد 2، 2003.
- 7- تدريست كريمة، "الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، العدد 01، 2017.
- 8- حليس لخضر، "مرحلة المفاوضات التعاقدية"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الأول، 2017.
- 9- رجائي حسن شنتوي، "آثار كورونا على الالتزامات التعاقدية"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة مدينة السادات، مجلد 06، عدد خاص، صيف 2020.
- 10- الرشيد بن شويخ، "التعسف في استعمال الحق وأثره على المسؤولية المدنية"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 02.
- 11- شريط عابد وبنية صابرينة، "أثر معايير الجدارة الائتمانية المعروفة بـ 5 Cs على اتخاذ القرار الائتماني"، مجلة مخبر التنمية الاقتصادية والبشرية، جامعة لونيبي علي البليدة، العدد 4، 2013.
- 12- فاشي علال، "رقابة البنك المركزي على البنوك التجارية في القانون الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 04، مكتبة الرشاد، جامعة الجبالي اليابس سيدي بلعباس.
- 13- فاطمة الزهراء بوقطة، "سلطة البنك في إنهاء عقد القرض"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 59، العدد 04، 2022.
- 14- محرز صليحة، أزوا عبد القادر، تطور المفاهيم الخاصة بالافلاس، بمجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد 04 العدد 02، تاريخ النشر 2022/06/30 ص 96-116.
- 15- محمد السيد أبو الغيط إسماعيل، "نماذج إدارة القروض المصرفية المتعثرة وسبل علاجها على ضوء القانون الجديد للبنوك"، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية.

- 16- نبيل إسماعيل الشبلاق، "الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 29، العدد الثاني، 2013.
- 17- نورة بوخضرة، "إعادة تمويل المؤسسات المصغرة المتعثرة على ضوء الأحكام القانونية الجديدة"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 16، العدد 4، 2021.
- 18- يوسف نور الدين، سامي كحلول، "النظام القانوني لخطاب الضمان المصرفي"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 05، العدد 03، 2018.

2- المقالات باللغة الأجنبية:

- 1-Brunop, B., "Responsabilité du banquier en cas de soutien abusif", *Exprime Avocat*, 30 Mars 2022.
- 2-Cabrillac, M., et Teyssié, B., Note sous CA Paris 30 juin 1983, *Gaz. Pal.*, 1983.
- 3-Corinne Saint-Alary-Houin, "De la faillite au droit des entreprises en difficulté Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle", In *Mélanges*.
- 4-Crocq, P., Note sous Cass. com. 17 juin 1997, *RTD. civ.*, 1998.
- 5-Dammann, R., "La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises", *B&D*, septembre/octobre 2005, n° 103.
- 6-Dammann, R., "Soutien abusif : la responsabilité des banques", *Les Echos*, 19 septembre 2005.
- 7-Dammann, R., "Banques et banquiers responsables", In *Responsabilité et régulations économiques*, sous la direction de M-A Frison-Roche, Presse de Sciences Po et Dalloz, 2007.

- 8–Jérôme Lasserre Capdeville, "Précisions sur le devoir de vigilance du banquier en cas de détournements de fonds", *Actu-Juridique*, 17/05/2023.
- 9–Lasserre–Capdeville, J., "Le banquier dispensateur de crédit face au principe de proportionnalité", *B&D*, n°113, mai/juin 2007.
- 10– Legeais, D., Note sous Cass. com. 17 juin 1997, *JCP E*, 1997, II, 1007.
- 11– Legeais, D., et Cerles, A., Note sous Cass. com. 18 mai 2005, *RDBF*, novembre/décembre 2005.
- 12– Lemosles, G., "LE SOUTIEN ABUSIF DE CRÉDIT", *Exprime Avocat*, 29 janvier 2024.
- 13– Michel, O., "La responsabilité du banquier qui accorde un crédit : droit commun et entreprises en difficulté", *Viajuris*.
- 14– Robine, D., "L'article L 650–1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?", *Dalloz*, 2006, n° 1, Cahier de Droit des Affaires, chron.
- 15– Routier, R., "Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif", *BJB*, 2006.
- 16– Stoufflet, J., "Le crédit documentaire", *Revue internationale de droit comparé*, Année 1958, 10–2.
- 17– Stoufflet, J., "Comment la carte bancaire peut-elle être utilisée comme source de responsabilité pour les niveaux ?", *JCP G*, 1965, I, 1882.

18- Vasseur, M., "Des responsabilités encourues par le banquier dispensateur de crédit aux entreprises en difficultés", *Banque*, 1976.

19- Vasseur, M., "La notion de dirigeant de fait : au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967", *Dalloz*, 1975.

خامساً: أعمال المؤتمرات والندوات

1- عاشور مزريق، محمد غربي، "الائتمان الإيجاري كأداة لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الدول العربية"، ملتقى دولي حول متطلبات تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الدول العربية، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، الجزائر، 17-18 أبريل 2006.

2- عبد المطالب عبد الحميد، "مفهوم التعثر ومراحله والمعالجة المصرفية للديون المتعثرة وسبل علاجها في ضوء القانون الجديد للبنوك"، أكاديمية السادات، فبراير 2005.

3- رامي حريد، "صندوق ضمان القروض: هل هو محفز لنمو وتطور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر"، أبحاث المؤتمر الدولي تقييم برامج الاستثمارات العامة وانعكاساتها على التشغيل والاستثمار خلال الفترة 2001-2014، جامعة سطيف.

4- سلطاني آمنة، "حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، دراسة تحليلية للتجربة الفرنسية"، مداخلة، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، أبريل 2008.

سادساً: المعاجم والموسوعات

1- معجم لسان العرب.

2- الشيخ عبد الله البستاني، الوافي للمعجم الوسيط، مكتبة لبنان للطباعة، بيروت، 1980.

3- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1368.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

2.....	مقدمة
19.....	الباب الأول : مبدأ عدم مسؤولية البنك عن منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة
22.....	الفصل الأول نشأة وتطور مبدأ عدم مسؤولية البنك عن منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة
24.....	المبحث الأول نشأة مبدأ عدم مسؤولية البنك عن منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة في فرنسا
25.....	المطلب الأول المراحل القديمة لتطور مبدأ عدم مسؤولية البنك قبل سنة 1976
25.....	الفرع الأول تخفيف الطابع العقابي في قوانين انقاذ المؤسسات المتعثرة من سنة 1804 إلى غاية 1967
28.....	الفرع الثاني قانون إصلاح المؤسسات المتعثرة لسنة 1967
31.....	الفرع الثالث قصور قانون الإصلاح لسنة 1967
33.....	المطلب الثاني المراحل الحديثة لتطور مبدأ عدم مسؤولية البنك بعد سنة 1985
35.....	الفرع الأول قانون التدابير الوقائية والتسوية لعثرات المشروع لسنة 1985
39.....	الفرع الثاني فشل قانون حماية المؤسسات لسنة 1985
40.....	الفرع الثالث بداية إصلاح قانون الإجراءات الجماعية لسنة 1994 و 2005
43.....	المبحث الثاني : ظهور مبدأ عدم مسؤولية البنك عن منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة
45.....	المطلب الأول : بواكر ظهور مبدأ عدم المسؤولية البنك في مشروع قانون 12 ماي 2004.
45.....	الفرع الأول: النص على مبدأ عدم المسؤولية لأول مرة ضمن اتفاقية التوفيق
46.....	البند الأول : مفهوم إجراء التوفيق
49.....	البند الثاني : آثار إجراء التوفيق
52.....	الفرع الثاني: عرض مبدأ عدم مسؤولية البنك على البرلمان.
55.....	البند الأول : المناقشات العامة لمبدأ عدم مسؤولية البنك

البند الثاني: المناقشات النهائية للمواد 08 و 142	59
الفرع الثالث : مناقشة مبدأ عدم مسؤولية البنك من قبل مجلس الشيوخ	60
المطلب الثاني :المراحل النهائية لاعتماد مشروع القانون عدم مسؤولية البنك	61
الفرع الأول : عرض نص مبدأ عدم مسؤولية البنك على المجلس الدستوري	62
الفرع الثاني :الاعتراض على مبدأ عدم مسؤولية البنك	62
البند الأول :الاعتراض على مبدأ عدم المسؤولية بحجة عدم فهمه	62
البند الثاني :الاعتراض على المشروع بحجة انتهاك الحق في اللجوء الى القضاء	67
الفرع الثالث : إقرار مبدأ عدم مسؤولية البنك من قبل المجلس الدستوري	68
الفرع الرابع : آخر إصلاحات قانون المؤسسات عقب جائحة كوفيد 19	70
الفصل الثاني: نطاق تطبيق مبدأ عدم المسؤولية	74
المبحث الأول: نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية من حيث الاعتبار الشخصي	75
المطلب الأول: البنوك	76
الفرع الأول :التعريف وشروط ممارسة النشاط البنكي	78
البند الأول: تعريف البنوك	78
البند الثاني : ترخيص انشاء البنوك	82
الفرع الثاني :طرق تدخل البنوك لإنقاذ المؤسسات المتعثرة	86
البند الأول :توجهات البنوك في علاج تعثر المشروعات	87
البند الثاني : مراحل انقاذ المؤسسات المتعثرة من قبل البنوك	89
الفرع الثالث :صناديق الاستثمار البديل	94
البند الأول: تعريف صناديق الاستثمار البديل لدى المشرع الفرنسي «les hedge funds spécifiques»	94
البند الثاني: الطبيعة القانونية لصناديق الاستثمار البديلة	96

المطلب الثاني :	الدائنون الآخرون للمؤسسة المتعثرة.....	98
الفرع الأول :	الائتمان بين الشركات في المعاملات التجارية أو le créditprésentiel	100
البند الأول :	الائتمان بين الشركات لدى المشرع الفرنسي	100
البند الثاني :	الائتمان بين الشركات لدى المشرع المصري.....	102
الفرع الثاني :	الائتمان داخل المجموعات المختلفة le crédit intra-group	105
البند الأول :	مزايا الائتمان داخل المجموعات المختلفة.....	105
البند الثاني :	شروط الائتمان داخل المجموعة.....	106
المطلب الثالث :	الأشخاص العموميين	107
الفرع الأول :	دور مساعدات الممنوحة من قبل الدولة ترسيخ مبدأ عدم مسؤولية البنك ..	108
الفرع الثاني :	أشكال تدخل الدولة لإنقاذ المؤسسات المتعثرة لدى المشرع الفرنسي	108
البند الأول :	المساعدات المباشرة في فرنسا	109
البند الثاني :	المساعدات غير المباشرة في فرنسا	109
البند الثالث :	أشكال مساعدات الدولة للمؤسسات المتعثرة عقب كوفيد 19.....	115
الفرع الثالث :	أشكال تدخل الدولة لإنقاذ المؤسسات المتعثرة لدى المشرع الجزائري...118	118
البند الأول :	المساعدات المباشرة في الجزائر	119
البند الثاني :	المساعدات غير المباشرة في الجزائر.....	121
الفرع الرابع :	مخاطر المساعدات الدولة على المؤسسات المتعثرة.....	126
البند الأول :	المخاطر المتعلقة بالمساس بمبدأ حرية المنافسة.....	126
البند الثاني :	المخاطر المتعلقة بقيام مسؤولية الدولة.....	130
المبحث الثاني	نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية من حيث الاعتبار الموضوعي.....	131
المطلب الأول :	الائتمان البنكي.....	132
الفرع الأول :	تعريف الائتمان البنكي :	132

139	الفرع الثاني : مصادر الائتمان البنكي
142	الفرع الثالث : عناصر الائتمان البنكي
144	المطلب الثاني :أنواع الائتمان
144	الفرع الأول : أنواع الائتمان المالي
148	الفرع الثاني :أنواع الائتمان غير المالي :
163	الباب الثاني: حالات قيام مسؤولية البنك عند منح الائتمان لمشروع المتعثر
166	الفصل الأول :حالات قيام مسؤولية البنك عند منحه للائتمان للمؤسسات المتعثرة في إطار نص المادة L.650 من القانون التجاري الفرنسي.
167	المبحث الأول: قيام مسؤولية البنك بسبب الاحتيال
168	المطلب الأول: مفهوم الاحتيال حسب نص المادة 1-L.650 من القانون التجاري الفرنسي.
168	الفرع الأول : تعريف للاحتيال حسب مفهوم "fraus omnia corrumpit"
171	الفرع الثاني :تعريف للاحتيال في إطار نص المادة 1-L.650.
173	المطلب الثاني: مفهوم النية الاحتيالية
173	الفرع الأول : النية الاحتيالية حسب مبدأ fraus omnia corrumpit
174	الفرع الثاني : النية الاحتيالية حسب نص المادة 1-L.650.
175	الفرع الثالث : الصعوبات المرتبطة بالنية الاحتيالية
176	المطلب الثالث: حالات الاحتيال البنكي حسب السوابق القضائية
176	الفرع الأول : الاحتيال البنكي عن طريق "الدعم المسيء" "les soutien absutive"
178	الفرع الثاني: حالات الاحتيال البنكي عن طريق تمويل أنشطة غير مشروعة
179	الفرع الثالث : حالات الاحتيال البنكي عن طريق تمويل أنشطة مشروعة
184	المبحث الثاني: قيام مسؤولية البنك عند التدخل في شؤون المشروع المتعثر
185	المطلب الأول: مفهوم التدخل المصرف في المؤسسة المتعثرة بصفته مديرا فعليا.

الفرع الأول : تعريف تدخل البنك في شؤون المشروع المتعثر بصفته مديرا فعليا.....	186
البند الأول : المدير الفعلي لدى المشرع الفرنسي.....	186
البند الثاني : المدير الفعلي لدى المشرع الجزائري.....	188
الفرع الثاني : شروط ومعايير التدخل كمدير فعلي.....	189
البند الأول : الشرط الموضوعي لإعتبار البنك مديرا فعليا.....	190
البند الثاني: الشرط الشخصي لإعتبار البنك مديرا فعليا.....	192
المطلب الثاني : حالات تدخل البنك في المؤسسات المتعثرة.....	193
الفرع الأول : قيام مسؤولية البنك بإعتباره مديرا واقعا.....	194
الفرع الثاني : حالة قيام مسؤولية البنك بإعتباره مديرا فعليا أو قانونيا أو بالوساطة....	195
المبحث الثالث: قيام مسؤولية البنك عند عدم تناسب قيمة الانتماء مع قيمة الضمان.....	198
المطلب الأول: مفهوم الضمان.....	199
الفرع الأول : تعريف الضمان.....	200
الفرع الثاني : خصائص الضمان.....	202
المطلب الثاني: أنواع الضمان.....	204
الفرع الأول : التأمينات الشخصية.....	205
البند الأول : تعريف التأمينات الشخصية.....	205
البند الثاني : آثار التأمينات الشخصية على البنوك.....	207
الفرع الثاني : التأمينات العينية.....	208
البند الأول : تعريف التأمينات العينية.....	208
البند الثاني :آثار التأمينات العينية على البنوك.....	210
المطلب الثاني: الأسس القانونية لمبدأ التناسب.....	211
الفرع الأول : غموض مبدأ عدم التناسب.....	212

213	الفرع الثاني : التعريف القانوني لمبدأ عدم التناسب
214	الفرع الثالث : أشكال عدم التناسب
215	المطلب الثالث: تطبيق مبدأ التناسب
216	الفرع الأول: الصعوبات المرتبطة بتطبيق مبدأ التناسب
216	البند الأول :صعوبة تقييم مبدأ عدم التناسب
219	الفرع الثاني : تطبيقات مبدأ التناسب في السوابق القضائية
221	المطلب الرابع: بطلان الضمانات الناتجة عن منح الائتمان للمؤسسة المتعثرة
221	الفرع الأول :تفسير بطلان الضمانات
222	الفرع الثاني : آثار بطلان الضمانات
226	الفصل الثاني: قيام مسؤولية البنك خارج نطاق المادة L-650.1 من القانون التجاري
	المبحث الأول: قيام مسؤولية البنك نتيجة إخلاله بالتزامات البنك عند منح الائتمان للمؤسسات
227	المتعثرة
227	المطلب الأول: التزامات البنك السابقة لعقد منح الائتمان
227	الفرع الأول:الإلتزام بالتحري والتحقق من الجدارة الائتمانية لطالب الائتمان
228	البند الأول : تقييم الجدارة الائتمانية لطالب الائتمان
230	البند الثاني : معايير الجدارة الائتمانية
232	الفرع الثاني : عناصر الجدارة الائتمانية
232	البند الأول : الإلتزام بالاستعلام عن طالب الائتمان
237	البند الثاني : الإلتزام بالتحليل والملائمة
239	البند الثالث : التحليل المالي للمؤسسات المتعثرة
244	المطلب الثاني: الإلتزامات البنك أثناء إبرام العقد الائتمان
245	الفرع الأول: مفهوم الإلتزام بالنصح والمشورة و الاعلام

البند الأول: تعريف الإلتزام بالاعلام والنصح والمشورة	245
البند الثاني : الطبيعة القانونية للإلتزام بالنصح والمشورة.....	246
الفرع الثاني: التزام البنك بمتابعة استخدام الائتمان للغرض الذي أخذ من أجله.	248
البند الأول: تعريف الإلتزام بمتابعة ومراقبة الائتمان	248
البند الثاني :الطبيعة القانونية للإلتزام بالمتابعة والرقابة	249
المطلب الثالث: التزام البنك بتحصيل قيمة الائتمان المتعثر عند إنهاء العقد.....	253
الفرع الأول : المعالجة غير القضائية لتعثر الائتمان	253
البند الأول: أسباب تعثر تحصيل الائتمان	254
البند الثاني :تحصيل الائتمان المتعثر عن طريق التسوية الودية البنكية.....	256
البند الثالث :خصائص وشروط التسوية الودية البنكية	257
البند الرابع : أشكال التسوية الودية لتحصيل الائتمان المتعثر	260
الفرع الثاني :المعالجة القضائية لتعثر الائتمان.....	264
البند الأول : التسوية القضائية لتحصيل الائتمان المتعثر.....	265
البند الثاني : التصفية القضائية لتحصيل الائتمان المتعثر	267
البند الرابع : تحصيل الائتمان بالأولوية عن طريق "امتياز ديون مساعدة المؤسسات المتعثرة".....	269
المبحث الثالث: قيام مسؤولية البنك نتيجة تصرفاته التعسفية عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة	271
المطلب الأول : حالات تعسف البنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة	271
الفرع الأول : تعسف البنك في المرحلة التي تسبق التعاقد.....	271
البند الأول : التعسف قبل التفاوض	272
البند الثاني : التعسف عند التفاوض على ابرام العقد	274

275	الفرع الثاني : تعسف البنك في المرحلة التعاقدية.....
276	البند الأول : التعسف عند ابرام عقد منح الائتمان
277	البند الثاني:التعسف عند تنفيذ العقد.....
278	الفرع الثالث: تعسف البنك في إنهاء عقد الائتمان.....
278	البند الأول : أسباب وحالات تعسف البنك في إنهاء عقد الائتمان.....
279	البند الثاني: مظاهر التعسف عند إنهاء عقد الائتمان
280	المطلب الثاني :أركان المسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسة المتعثرة.....
281	الفرع الأول : طرق تقدير الخطأ البنكي المرتبط بالائتمان
285	الفرع الثاني :الضرر البنكي المرتبط بالائتمان.....
285	البند الأول : تقدير الضرر من حيث الأشخاص
289	الفرع الثالث : العلاقة السببية بين الخطأ والضرر المرتبطين بالائتمان
289	البند الأول : إثبات وتقدير العلاقة السببية.....
291	البند الثاني: نفي العلاقة السببية.....
292	المطلب الثالث : أثار مسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة.....
292	الفرع الأول : تصنيف مسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة.....
293	البند الأول : حالات قيام المسؤولية التقصيرية.....
294	البند الثاني : حالات قيام المسؤولية التعاقدية.....
295	الفرع الثاني : صاحب الصفة في رفع دعوى التعويض
296	البند الأول :صاحب الصفة في رفع دعوى التعويض في ظل القانون الفرنسي.....
296	البند الثاني :صاحب الصفة في رفع دعوى التعويض في ظل القانون المصري.....
297	البند الثالث :صاحب الصفة في رفع دعوى التعويض في القانون الجزائري
298	الفرع الثالث :تقدير قيمة التعويض.....

البند الأول : تقدير التعويض في إطار المسؤولية العقدية	298
البند الثاني : تقدير التعويض في إطار المسؤولية التقصيرية	299
البند الثالث : مصير التعويض المحكوم به في مواجهة البنك المسؤول عن الضرر ..	299
خاتمة	303
قائمة المصادر و المراجع	319
الملخص	

ملخص

لقد تطرقنا في هذا البحث لمبدأ قانوني مستحدث لم تتطرق له التشريعات قبلا ، وهو عدم مسؤولية البنك عند منح الائتمان للمؤسسات المتعثرة، وقد جاء هذا المبدأ لأسباب اقتصادية بحتة ، تمثلت امتناع البنوك الفرنسية عن منح الائتمان بسبب ازدياد المطالبة بمسؤوليتها بسبب منحها للائتمان للمؤسسات المتعثرة حيث جاء هذا المبدأ لتبرير المفهوم المتناقض الذي يتبادر إلى ذهننا ، وهو مساءلة المؤسسة المتعثرة للبنك ومطالبتها بالتعويض منه ، في حين أن هذا الأخير قام بمنحها ائتمان وهي في مركز مالي متعثر فاعتبرت المؤسسة المتعثرة هذا الدعم بمثابة "دعم مسيء" أضاف لها أعباء إضافية وذلك من خلال منحها مائة مائة مالية زائفة، توهي بثقة في حين أن مركزها المالي الفعلي مهتز، مما يضر بمصالح المدينين والغير، ان دراستنا لهذا المبدأ الفريد من نوعه استدعت من البحث في أصوله الأولى و اسباب نشأته وبلورته في شكله الحالي ، دون أن نغفل تطبيقه من حيث الاعتبار الشخصي والاعتبار الموضوعي.

لكن مبدأ عدم المسؤولية لم يلغى الأصل العام، المبني على قيام المسؤولية المدنية للبنك والذي تؤكدته المادة L.650-1 من القانون التجاري الفرنسي ، بحيث ركزت على الاستثناءات الثلاثة لمبدأ عدم المسؤولية والتي ترتبط بثلاثة أخطاء هي : الاحتيال، والتدخل في إدارة المدين، - أخذ ضمانات لا تتناسب مع قيمة القرض . و الأمر متروك للمؤسسة المتعثرة أو جماعة الدائنين لتقديم دليل على الضرر المرتبط بأحد هذه الأخطاء الثلاثة ، وتكون ملزمة بإثبات الدعم المسيء، أو إثبات إخلال البنك بأحد التزاماته القانونية أو تعسفه عند منح الائتمان.

Summary

In this research, we addressed an innovative legal principle that has not been previously tackled by legislation, which is the bank's non-responsibility when granting credit to distressed institutions. This principle arose for purely economic reasons, represented by the reluctance of French banks to grant credit due to increasing demands for their responsibility for providing credit to distressed institutions. This principle was introduced to justify the contradictory concept that comes to mind, which is holding the distressed institution accountable to the bank and demanding compensation from it, while the latter provided credit when it was in a financially distressed position. The distressed institution considered this support as "irresponsible support" that added extra burdens to it by providing a false financial solvency, suggesting confidence, while its actual financial position was shaky, harming the interests of creditors and others. Our study of this unique principle required us to explore its origins, reasons for its emergence, and its formulation in its current form, without neglecting its application in terms of personal consideration and objective consideration.

However, the principle of non-responsibility did not abolish the general rule, based on the civil liability of the bank, which is confirmed by Article L.650-1 of the French Commercial Code, focusing on the three exceptions to the principle of non-responsibility that are linked to three errors: fraud, interference in the debtor's management, and taking guarantees that do not correspond to the value of the loan. It is up to the distressed institution or the group of creditors to provide evidence of the damage related to one of these three errors, and they are obligated to prove the abusive support or to demonstrate the bank's breach of one of its legal obligations or its abuse of discretion when granting credit.

Résumé

Nous avons abordé dans cette recherche un principe juridique innovant que les législations n'avaient pas traité auparavant, à savoir la non-responsabilité de la banque lors de l'octroi de crédits aux entreprises en difficulté. Ce principe est apparu pour des raisons économiques pures, résultant du refus des banques françaises d'accorder des crédits en raison de l'augmentation des demandes de responsabilité liées à l'octroi de crédits aux entreprises en difficulté. Ce principe a été établi pour justifier le concept contradictoire qui nous vient à l'esprit, à savoir la responsabilité de l'entreprise en difficulté envers la banque et sa demande de compensation, alors que cette dernière lui a accordé un crédit alors qu'elle se trouvait dans une situation financière précaire. L'entreprise en difficulté a considéré ce soutien comme un "soutien nuisible" qui lui a imposé des charges supplémentaires en lui conférant une solvabilité illusoire, suggérant une confiance alors que sa situation financière réelle est instable, ce qui nuit aux intérêts des créanciers et des tiers. Notre étude de ce principe unique a nécessité de rechercher ses origines, les raisons de sa naissance et son élaboration dans sa forme actuelle, sans négliger son application en termes de considération personnelle et objective.

Cependant, le principe de non-responsabilité n'a pas annulé le principe général, basé sur la responsabilité civile de la banque, qui est confirmé par l'article L.650-1 du Code de commerce français, se concentrant sur les trois exceptions au principe de non-responsabilité, qui sont liées à trois fautes : la fraude, l'intervention dans la gestion du débiteur, et la prise de garanties non proportionnelles à la valeur du prêt. Il appartient à l'entreprise en difficulté ou au groupe de créanciers de fournir la preuve du préjudice lié à l'une de ces trois fautes, et elle est tenue de prouver le soutien nuisible ou de prouver le manquement de la banque à l'une de ses obligations légales ou son abus lors de l'octroi de crédit.