جامعة عين شمس
كلية الحقوق
شئون الدراسات العليا
الدكتوراه

نحو نظريـــــة للتعسف في إدارة الشركـــــات التجاريـــــة بين القانون المصري والقانون الكويتي

"رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون"

بحث مقدم

لنيل درجة الدكتوراه في القانون

قسم القانون التجاري والبحري

الباحث

بشار فلاح ناصر الشباك

لجنة المناقشة والحكم:

أ.د/ رضا عبيد **رئيساً**

أستاذ القانون التجاري والبحري – كلية الحقوق – جامعة بني سويف

أ.د/ رضا السيد عبد الحميد **عضواً**

أستاذ القانون التجاري والبحري – كلية الحقوق – جامعة عين شمس

أ.د/ خالد حمدي عبد الرحمن **مشرفاً وعضواً**

أستاذ القانون المدني – كلية الحقوق – جامعة عين شمس.

أ.د/ ناجى عبد المؤمن **مشرفاً وعضواً**

أستاذ القانون التجاري والبحري وعميد كلية الحقوق – جامعة عين شمس

٢٠١٥

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿قَالَ رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِّن لِّسَانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي﴾
صدق الله العظيم

جامعة عين شمس

كلية الحقوق

رسالة دكتوراه

اسم الطالب : بشار فلاح ناصر الشباك

عنوان الرسالة / نحو نظرية للتعسف في إدارة الشركات التجارية بين القانون المصري والقانون الكويتي

اسم الدرجة: دكتوراه

لجنة الإشراف :

أ.د/ رضا عبيد **رئيساً**

أستاذ القانون التجاري والبحري – كلية الحقوق – جامعة بني سويف

أ.د/ رضا السيد عبد الحميد **عضواً**

أستاذ القانون التجاري والبحري – كلية الحقوق – جامعة عين شمس

أ.د/ خالد حمدي عبد الرحمن **مشرفاً وعضواً**

أستاذ القانون المدني – كلية الحقوق – جامعة عين شمس.

أ.د/ ناجى عبد المؤمن **مشرفاً وعضواً**

أستاذ القانون التجاري والبحري – عميد كلية الحقوق – جامعة عين شمس.

تاريخ البحث : / / ٢٠١

الدراسات العليا

ختم الإجازة: **أجيزت الرسالة:**

بتاريخ / / ٢٠١

موافقة مجلس الكلية **موافقة مجلس الجامعة**

جامعة عين شمس
كلية الحقوق
شئون الدراسات العليا
الدكتوراه

نحو نظرية للتعسف في إدارة الشركات التجارية

بين القانون المصري والقانون الكويتي

اسم الطالب : بشار فلاح ناصر الشباك

الدرجة العلمية : دكتوراه

القسم التابع له : القانون التجاري والبحري

اسم الكلية : كلية الحقوق

الجامعة : جامعة عين شمس

سنة التخرج : ٢٠١٥

سنة المنح : ٢٠١٥

شكـــر وتقديـــر

أتوجه بوافر الشكر والتقدير للسادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة:-

الأستاذ الدكتور/ رضا عبيد، أستاذ القانون التجاري والبحري – كليـــة الحقـــوق – جامعة بني سويف.

وكذلك الأستاذ الدكتور/ رضا السيد عبد الحميد، أستاذ القانون التجاري والبحري – كلية الحقوق – جامعة عين شمس، لتفضلهما بالموافقة على مناقشة الرسالة والحكـــم عليها.

وأتوجه بالشكر للأستاذ الدكتور/ ناجى عبد المؤمن، أستاذ القانون التجـــاري بكليـــة الحقوق- جامعة عين شمس.

وكذلك الأستاذ الدكتور/ خالد حمدي عبد الرحمن، أستاذ القـــانون المـــدني – كليـــة الحقوق – جامعة عين شمس. لما بذلاه من جهد كبير ومشقة في الإشراف على هذه الرسالة طوال سنوات البحث.

- كما أتوجه بكل التقدير والاحترام لأبي وأمي الغاليين أعطاهما الله الصحة والعافية ودامت دعواتهما لي.

- أيضا أتوجه بكل الحب والعرفان بالجميل لزوجتي العزيزة.

- وأخيرا، أتوجه بالشكر لكل من ساعدني في إتمام هذا العمـــل، ولكـــل الســـيدات والسادة الحضور.

مقدمـــة

أولاً: أهمية البحث:

أن الشركات التجارية تقـــوم بـــدور مهـــم جـــداً فـــي الاقتصـــاد القـــومي والدولي في العالم المعاصر، ذلك أنها تُعـــد تجميعـــاً لجهـــد الأفـــراد ومـــدخراتهم لتضطلع بإنجاز المشروعات الاقتصـــادية الكبـــرى التـــي يعجـــز الأفـــراد عـــن تحقيقها مهما بلغت قـــدراتهم وإمكانيـــاتهم، ممـــا جعلهـــا الأداة المثلـــى للنهـــوض الاقتصادي.

ولئن كانت الشركات التجارية، بصفة عامة، تحتـــل هـــذه الأهميـــة، فـــإن شركة المساهمة بالذات تلعب دوراً رئيسياً في دعـــم مســـيرة الاقتصـــاد القـــومي. وتقوم هذه الشركات بدور هـــام فـــي الاقتصـــاد الكـــويتي حيـــث تعـــددت أوجـــه نشاطها ليشمل كافة ميادين الحياة. والشـــركات التجاريـــة تحكمهـــا فكـــرة النظـــام القانوني حيث تقوم على إدارتها هيئات تـــأتي علـــى رأســـها الجمعيـــة العموميـــة للمساهمين فهي صاحبة السلطة العليا في إدارة الشـــركة، وإلـــي جانـــب الجمعيـــة العمومية توجد هيئة محددة العدد تتـــولي الإدارة الفعليـــة وهـــي مجلـــس الإدارة، كما يقـــوم المســـاهمين بتعيـــين مراقـــب حســـابات أو أكثـــر لفحـــص حســـابات الشركة.

وقد حفل قانون الشركات التجاريـــة بالعديـــد مـــن الحقـــوق والضـــمانات التي كفلهـــا المشـــرع للمســـاهم فـــي شـــركات المســـاهمة، فعلاقـــة المســـاهمين بشركاتهم تتم من خلال الجمعيـــات العموميـــة وهـــي علاقـــة ثلاثيـــة الأطـــراف، وأطرافها هم:

١- المشرع بما يصدره من قوانين وأنظمة ولوائح لتنظيم الإطار القانوني لعمل شركات المساهمة.

٢- الشركة بما في ذلك كادرها التنفيذي ومجلس إدارتها ونظامها الأساسي.

٣- المساهمون.

ومع ازدياد الدور الفعال لشركات المساهمة في دفع عملية التنمية الاقتصادية، عن طريق حجم استثماراتها واتساع قاعدة مساهميها، كان لابد من وضع نظام يهدف إلى وضع مجموعة من الضوابط والمعايير التي تحقق الفعالية في إدارة الشركة من خلال تحديد مسئوليات وواجبات أعضاء مجلس الإدارة أو الإدارة التنفيذية للشركة، مع الأخذ في الاعتبار حماية حقوق المساهمين وأصحاب المصالح وهو مصطلح على تسميته حديثاً "حوكمة الشركات".

ويقصد بالحوكمة: "مجموعة القواعد والنظم والإجراءات التي تحقق أفضل حماية وتوازن بين مصالح إدارة الشركة من ناحية وحملة الأسهم وأصحاب المصالح من ناحية أخري، وبالأحرى هي الإدارة الرشيدة"(١).

ولقد عرفها محافظ البنك المركزي الكويتي(١) بأنها "مجموعة من العلاقات المترابطة بين الإدارة التنفيذية للمؤسسة ومجلس إدارتها والمساهمين فيها والأطراف الأخرى ذات العلاقة.

---

(١) وهو التعريف الذي جاء في دليل قواعد ومعايير حوكمة الشركات لجمهورية مصر العربية والذي أعدته الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة عام ٢٠٠٥ بمساعدة البورصة المصرية ومركز المشروعات الدولية الخاصة.

وعلى ذلك، فإن حوكمة الشركات هي بشكل عام، القوانين والقواعد والمعايير التي تحدد العلاقة بين إدارة الشركة من ناحية، وحملة الأسهم وأصحاب المصالح أو الأطراف المرتبطة بالشركة (حملة السندات، العمال، الموردين، الدائنين، المستهلكين) من ناحية أخري، وتشمل حوكمة الشركات العلاقة بين المصالح المختلفة والأهداف وإدارة الشركة، أصحاب المصالح الأخرى.

أن قواعد حوكمة الشركات لا تمثل نصوصاً قانونية آمرة، ولا يوجد إلزام قانوني بها، وإنما هي تنظيم وبيان للسلوك الجيد في إدارة الشركات وفقاً للمعايير والأساليب العالمية التي تحقق توازناً بين مصالح الأطراف المختلفة[٢].

---

(١) الشيخ سالم عبد العزيز الصباح محافظ البنك المركزي الكويتي في افتتاح ندوة القيم والأخلاق المنظمة للمؤسسات الاقتصادية في الكويت (التجارب العالمية – الأساليب – النماذج) التي نظمتها اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في دولة الكويت في ٣٠، ٣١ مارس سنة ٢٠٠٠

(٢) وفي عام ٢٠٠١ تم الانتهاء من أول تقرير لتقييم حوكمة الشركات في مصر وقد قام به البنك الدولي بالتعاون مع وزارة التجارة الخارجية وهيئو سوق المال وبورصة الأوراق المالية، وشارك فيه عدد من المراكز البحثية وشركات المحاسبة، والمراجعة والمهتمين من الاقتصاديين والقانونيين، حيث خلص التقرير إلى أن مفهوم ومبادئ حوكمة الشركات في مصر متواجد في نسيج من القوانين الحاكمة ولوائحها التنفيذية وتعديلاتها، ومن همها قانون سوق رأس المال ٩٥/ ١٩٩٢ وقانون الشركات ٥٩ لسنة ١٩٨١، وقانون الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٢ وقانون شركات القطاع العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١.

أما في الكويت فإنه نظراً لعدم وجود قواعد إرشادية موضوعة من جانب إحدى الهيئات أو المؤسسات الكويتية بشأن حوكمة الشركات، فلا بأس أن تأخذ الشركات بالقواعد الدولية في مجال الحوكمة، على أن نسيج التشريعات الكويتية المتعلقة بالشركات والبنوك وسوق المال

وتهدف قواعد وضوابط الحوكمة إلى تحقيق الشفافية والعدالة ومنح حق مساءلة إدارة الشركة، وبالتالي تحقيق الحماية للمساهمين وحملة الوثائق جميعاً مع مراعاة مصالح العمل والعمال والحد من استغلال السلطة في غير المصلحة العامة أي ضمان قدر ملائم من الطمأنينة للمستثمرين وحملة الأسهم بما يؤدي إلى تنمية الاستثمار وتشجيع تدفقه وتنمية المدخرات وتعظيم الربحية وإتاحة فرص عمل جديدة، كما أن هذه القواعد تؤكد على أهمية الالتزام بأحكام القانون والعمل على ضمان مراجعة الأداء المالي ووجود هياكل إدارية تمكن من محاسبة الإدارة أمام المساهمين مع تكوين لجنة مراجعة من غير أعضاء مجلس الإدارة التنفيذية تكون لها مهام واختصاصات وصلاحيات عديدة لتحقيق رقابة مستقلة على التنفيذ، وتهدف قواعد الحوكمة بشكل خاص إلى تحسين نوعية ممارسات مجلس الإدارة وتحسين أداء الشركات ورفع القدرة على المنافسة، ورفع قيمة الشركة وتعزيز ثقة أصحاب المصالح الآخرين في الشركة، كما تساعد الحوكمة في تحسين المناخ الاستثماري، وتفعيل أداء السوق المالي وتوسيعه ورفع القدرة التنافسية للاقتصاد من خلال رفع ثقة المتعاملين بالشركة، وتعزيز قدرة البلد على مواجهة الأخطار.

فالحوكمة الرشيدة تحمي حقوق المستثمرين، وخاصة حقوق الأقلية من حملة الأسهم، بما في ذلك حقهم في إبداء رأيهم في شأن إدارة الشركة، وفي المعاملات الكبرى.

والتخصيصية تحتوي على قواعد تنظيم مسألة حوكمة الشركات مع عدم استخدام هذه التسمية وهي قواعد لها صفة الإلزام.

ويمكن وصف حوكمة الشركات بأنها وقاية من الفساد، إذ أنها تضع الحدود بين الحقوق العامة والحقوق الخاصة والمصالح العامة، وتمنع إساءة استخدام السلطة، فحوكمة الشركات تكرس القيم الديمقراطية والعدل والمسئولية والشفافية في الشركات، وتضمن نزاهة المعاملات.

ويمكننا القول، أن تطبيق أسس وقواعد الحوكمة يساعد الشركات المساهمة على جذب رؤوس الأموال واستثمارها وتحقيق النمو الاقتصادي، كما يساهم تطبيقها في تحسين سبل إدارة الشركات من خلال وضع إستراتيجية الشركة وتحديد أهدافها وكيفية تحقيقها وتحفيز المديرين والعاملين على أداء عملهم بكفاءة وفاعلية. هذا من ناحية.

ومن ناحية أخري، فإن الأصل أن الجمعية العمومية باعتبارها الجهاز الذي يمثل مصالح المساهمين ومصالح الشركة – من الناحية النظرية – هي صاحبة السيادة والسلطة العليا في الشركة، لذلك تكون لهذه الجمعيات العمومية سلطات كبيرة في إصدار القرارات المتعلقة بالإدارة فهي صاحبة الاختصاص باتخاذ جميع القرارات المتعلقة بنشاط الشركة فتختص باعتماد السياسات العامة واتخاذ القرارات اللازمة لتحقيق أفضل النتائج للشركة، ويتجلي ذلك في دورها الرقابي فالجمعية العامة للمساهمين تظهر كأداة من أدوات التعبير عن إرادة الشركة. وهنا يبرز دور المساهم الفعال في ممارسة حقوقه في الشركة، فمجموع المساهمين هم الجمعية العامة لأية شركة وعليهم تقع مسئولية ممارسة الحقوق التي كفلها لهم القانون بما فيها الدور الرقابي على أعمال مجلس الإدارة.

ويمكن القول، بأن المركز القانوني للمساهم في شركة المساهمة، لم يعد يختلف عن المركز القانوني للمواطن الفرد في الدولة الحديثة، فالشركات لها هيئات تقوم على إدارة حياتها تتمثل في المديرين والجمعيات العامة ومراقبي الحسابات، والتي تشبه إلى حد كبير الهيئات اللازمة لتسيير المجتمع السياسي، فمجلس إدارة شركة المساهمة يمكن تقريبه من الحكومة في المجتمع السياسي، والجمعيات العامة للمساهمين يمكن تقريبها من البرلمانات، ومجلس الإدارة مسئول أمام الجمعية العامة للمساهمين على نحو يشبه مسئولية الوزراء أمام البرلمان، وهيئة مراقبي الحسابات يمكن تقريبها من الجهاز المركزي للمحاسبات.

أن الجمعية العامة تباشر سلطاتها في تسيير أمور الشركة وفقاً لقاعدة الأغلبية، حيث تصدر قراراتها بأغلبية أسهم رأس المال. أي أن الأغلبية تضطهد الأقلية فقط بحكم قانون العددية[1]، وعلى ذلك تكون قرارات الأغلبية التي تصدر عن الجمعيات العمومية سواء العادية أو غير العادية ملزمة لجميع المساهمين في الشركة، ونظراً لأهمية شركة المساهمة وتأثيرها في الاقتصاد القومي فقد اتجه المشرع المصري إلى تنظيمها بنصوص قانونية آمره، وهذا التدخل التشريعي جعل شركة المساهمة أقرب إلى النظام القانوني منها إلى العقد. وطبقاً لفكرة النظام التي أصبحت تسيطر على شركات المساهمة يكون في مقدور الأغلبية أن تعدل نظام الشركة وتفرض إرادتها على الأقلية.

(1) Pierre Coppens, L'abus de majorite dans les societies anonymes 1947 p;74

لذلك يعطي قانون الشركات الفرنسي الصادر في ٢٤ يوليو ١٩٦٦ للجمعية العامة غير العادية طبقاً لنظام الأغلبية سلطة تعديل النظام الأساسي للشركة في كل نصوصه، مما يؤكد ازدياد سلطان الأغلبية في شركات المساهمة[1].

وبالمقابل يجب حماية الأقلية من التعسف الذي قد يصدر من الأغلبية عند اتخاذ القرارات في الجمعية العامة. وباستقراء أحكام القضاء، فالثابت أنه كثيراً ما يحدث أن تصدر الجمعيات العامة للمساهمين قرارات مخالفة بوضوح لمصالح بعض المساهمين أو الشركة، وإذا كانت أغلب الجمعيات العامة تكون قد استعملت حقها في اتخاذ القرارات طبقاً لقاعدة قانون الأغلبية، فإن هذه الأغلبية تكون قد استعملت هذا الحق استعمالاً تعسفياً أو أساءت إلي مبدأ سيادة الأغلبية ذاته، وجردت سلطات الجمعية العامة من غاياتها الحقيقية، وهو ما يتقارب من الوضع القانوني لصلاحيات السلطات الإدارية وتعسفها في استعمال سلطاتها. وهو ما يبرر الحماية القضائية للأقليات. لذلك كان من الضروري بيان الوسائل التي تستطيع الأقلية الالتجاء إليها حتى تتمكن من الدفاع عن مصالحها إزاء القرارات الصادرة عن الأغلبية التعسفية.

لذلك فقد كان مسلك التشريعات الحديثة في إيراد الكثير من الأحكام الآمرة فيما يتعلق بتنظيم شركات المساهمة يكفل حماية فعالة للأقلية فقد نص المشرع على حقوق أساسية لجميع المساهمين حيث وضع إطاراً قانونياً

(1) Charles Goyet, les limites du pouvoir majoritaire dans les societes. Revue de la Jurisprudence Commerciale , Nemero special 1991 p.58.

متكاملاً يضمن للمساهم حقوقاً في الجمعيات العامة ويضمن لهم عدم الانتقاص من تلك الحقوق ويؤسس لدور رقابي فعال لكل مساهم على حدة ولمجموع المساهمين الممثلين في الجمعية العمومية، فمن شأن تطبيق قواعد وأحكام نظام الحوكمة والانضباط المؤسسي المنصوص عليها في نظام حوكمة الشركات أن يكمل الدور الرقابي للجمعيات العامة في الشركات. فطبقاً للمبادئ التي أقرتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية "OECD" فإنه يجب على الشركات في الأسواق الناشئة اتخاذ الإجراءات التي تضمن الحفاظ على حقوق أقلية المساهمين، ويجب أن تتاح لحملة الأسهم الفرصة للحصول على المعلومات قبل المشاركة في اتخاذ القرار، بما في ذلك انتخاب المديرين، والمشاركة في الاجتماع السنوي للجمعيات العمومية لحماية الأسهم، ويجب أن تراعي الشركة عدم تضارب المصالح والبيع الصوري من شخص لنفسه، ومنع استغلال المعلومات السرية، كما يجب أن يتم الإفصاح تماماً عن هيكل الملكية والمعاملات المالية التي تتم بين أطراف هذا الهيكل. فهذه الإجراءات تشكل ضماناً للمستثمرين عموماً، وتسمح للمستثمرين الأقلية بأن يلعبوا دوراً رقابياً ملموساً.

وقد نص قانون الشركات الكويتي في المادة ١٣١ منه على حقوق المساهمين في شركة المساهمة، فجعل لهم الحق في الحصول على الأرباح والفوائد واستيفاء حصة من جميع موجودات الشركة عند تصفيتها والمساهمة في إدارة أعمال الشركة والحصول على المعلومات وهو ذات ما نص عليه المشرع المصري في قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في مادته ٦٨.

وعلى ذلك فإنه يمكن لأقلية المساهمين الاستعانة بنظرية التعسف في استعمال الحق المعروفة في القانون المدني لحماية حقوقهم، وذلك إذا انحرفت الأغلبية عن مسلك الرجل المعتاد وأصدرت قرارات تنطوي على إخلال بحقوق الأقلية.

وباستقراء اتجاهات الفقه والقضاء الفرنسي في تحديد مفهوم تعسف الأغلبية يلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يضع تعريفاً لتعسف الأغلبية "l'abus de majorite" لذلك حاول البعض في الفقه الفرنسي ربط هذا التعريف بالتعسف في استعمال الحق "l'abus de droit" والذي يعني الإساءة والتجاوز في استعمال الحق(١).

وقد لجأت المحاكم الفرنسية إلي مفهوم التعسف في استعمال الحق لحماية أقلية المساهمين وحملة السندات وحملة حصص التأسيس في مواجهة التعسف في استعمال السلطة "l'abus de pouvoir" من جانب الأغلبية، ويري بعض الفقه مثال M.M.Jasserand, Hauriou et Campion أن مفهومي التعسف في استعمال الحق وإساءة استعمال السلطة مرتبطين بدرجة كبيرة فإساءة استعمال السلطة سيكون التطبيق الخاص للنظرية العامة لانتهاك الحقوق. ويري M.Ripert أن هناك فرق بين المفهومين، "فالحق" يمنح الشخص مصلحة خاصة به في حين أن "السلطة" هي وظيفة تُمنح لصاحبها لتحقيق المصلحة العامة، والأصل أنه ينبغي أن تلعب فكرة إساءة

(1) Mourice Lasry, la protection des actionnaires minoritaire dans les societies anonymes euvisagees isolement. These pour le doctorat de 3eme cycle. Paris 1974 p:63 & Pierre Coppens, l' abus de majorite….op.cit p;79

استعمال الحق لدي الأشخاص احترام حقوق أنفسهم أما الاستثناء فهو مفهوم التعسف في استعمال السلطة الذي يُحمل الشخص بحقوق الوظيفة ويعطيه صفة الموظف العام[1].

وعلى ذلك، يمكن القول، بأنه رغم محاولة ربط تعسف الأغلبية بمفهوم التعسف في استعمال الحق إلا أن الفقه الفرنسي الحديث يؤكد أن تعسف الأغلبية لا يتطابق تماماً مع التعسف في استعمال الحق، ذلك لأن تعسف الأغلبية يكون تعسف في السلطة وليس في استعمال الحق، ويمكن إبراز هذا المعني من خلال أن صاحب الحق يستطيع أن يتصرف في إطار مصلحته الشخصية ولكن بشرط عدم الإضرار بالغير، أما الأغلبية في شركات المساهمة فإنها تتصرف في إطار السلطة التي عهدت إليها استجابة لمصلحة المجموع التي هي جزء منه. أما التعسف في استعمال الحق لا يبرز السلطة المعهود بها للأغلبية والتي تتعسف في استخدامها بأن تصدر قرارات تتضمن بعض المميزات لبعض الأشخاص (الأغلبية) والإضرار ببعض حقوق المساهمين، أو الإضرار بمصلحة الشركة (المصلحة الجماعية) على اعتبار أن الأغلبية تعبر عن إرادة الشركة، وعلى ذلك، فإن مفهوم التعسف في استعمال الحق يتضمن نية الإضرار بالغير فقط، وهو بهذا المعنى يبتعد عن مفهوم تعسف الأغلبية.

ويري M.Jesserand أن الفكرة الأكثر أصولية التي يمكن التذرع بها لتبرير الحماية القضائية للأقليات هي بالتأكيد وحدة التقريب بين الوضع القانوني لصلاحيات السلطات الإدارية وسلطات الأغلبية في الجمعيات

---

(1) Pierre Coppens, l' abus de majorite….op.cit p;80