Journal Of the Iraqia University (77-2) 31 October (2026)

ISSN(Print): 1813-4521 OnIine ISSN:2663-7502
Journal Of the Iraqia University
available online at
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/247

نظرية الفرصة التجارية (دراسة تحليلية لأبعادها القانونية والعملية في شركات المساهمة مقارنة بالقانون الانكليزي)

م. د. حيدر داود سلمان خلف

تدريسي في الجامعة العراقية / كلية القانون والعلوم السياسية

The Theory of Business Opportunity(An analytical study of its legal and practical dimensions in joint-stock companies compared to English law)

hyderalzubaidy@gmail.com

مختصر البحث :

يتناول هذا البحث نظرية الفرص التجارية في القانون العراقي، ويحلل مدى شمول قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧(المعدل) ، للأحكام القانونية المفترضة المتعلقة بهذه النظرية والمنظمة في قانون الشركات الإنكليزي لسنة ٢٠٠٦ ، ويسعى الباحث إلى فهم كيفية تطبيق هذه النظرية في شركة المساهمة، وقدرتها على حماية حقوق المساهمين ولاسيما الأقلية من استغلال الفرص التجارية من قبل أعضاء مجلس الإدارة لمصالحهم الشخصية. كما يتناول البحث أوجه القصور التشريعية في النصوص القانونية الحالية التي قد تؤدي إلى تضارب المصالح، ويقترح تحسينات على التشريعات العراقية لضمان تطبيق مبدأ الفرص التجارية بشكل أكثر فعالية، وحماية مصالح جميع الأطراف المعنية. ويعتمد البحث على المنهج الاستقرائي المقارن، حيث يحلل النصوص القانونية العراقية ويقارنها بالقانون الإنكليزي ، للوصول إلى استنتاجات وتوصيات من شأنها تحسين النظام القانوني العراقي في هذا المجال.

الكلمات المفتاحية: نظرية الفرص التجارية، قانون الشركات العراقي، تضارب المصالح، المساهمون، الحوكمة، الواجب الائتماني .

Abstract:

This research examines the theory of business opportunities in Iraqi law and analyzes the extent to which the Iraqi Companies Law No. 21 of 1997 (as amended) encompasses the legal provisions related to this theory.The research aims to understand how this theory is applied in joint-stock companies and its ability to protect the rights of shareholders, particularly minority shareholders, from the exploitation of business opportunities by board members for their personal gain.The research also addresses legislative shortcomings in current legal texts that may lead to conflicts of interest and proposes improvements to Iraqi legislation to ensure the more effective application of the principle of business opportunities and the protection of the interests of all stakeholders.The research employs a comparative inductive approach, analyzing Iraqi legal texts and comparing them with English law, in particular, to arrive at conclusions and recommendations that will improve the Iraqi legal system in this area.Keywords: Business opportunity theory, Iraqi company law, conflict of interest, shareholders, governance, fiduciary duty.

(مقدمة البحث)

أولاً: فكرة البحث:

من المحتمل أن يحاول المدير استغلال فرص تخص الشركة لمصلحته الشخصية إذا لم تكن هناك ضوابط واضحة تحدد مصلحة الشركة بوضوح من خلال الاعتماد على قانون محكم للشركات يتضمن قواعد تمنع المسيطرين على شؤونها من استغلال الفرص الشخصية أو المعلومات المتعلقة بالشركة لمصالحهم الخاصة .إذ ترتبط فكرة هذا البحث بوصفه أحد المشكلات القانونية التي يفرزها تضارب المصالح الذي ينشأ عادةً عن ضعف العلاقة القانونية الائتمانية بين اجهزة الشركة وتحديداً خرق المسؤولين عن ادارتها لواجبهم الائتماني اذا ما استغلوا فرصاً تجارية كانت لصالح الشركة؛ ومن ثم يقدموا مصالحهم على مصلحة الشركة، لذا تكون هكذا تصرفات مشوبة بسوء النية وقد يمثل خرقاً لواجبهم بالولاء للشركة اذا ما

تحقق تضارب المصالح هذا؛ مما يسبب انهيار العلاقة الائتمانية بين جميع اجهزة الشركة فضلا عن ما سترتبه من خسائر مالية كنتيجة طبيعية لهدر فرص الشركة ، ويعد ذلك اثراً طبيعياً لتجاهل المسؤولين عن ادارة الشركة لواجباتهم في تقديم فرص الشركة وتعاملهم باحتيال وسوء نية لانتهاز تلك الفرص لهم .وتتناول هذه الدراسة نظرية الفرصة التجارية وأثرها في القانون العراقي، وبخاصة في مجال شركة المساهمة، تهدف الدراسة إلى فهم كيفية تطبيق هذه النظرية في البيئة القانونية العراقية، ومدى قدرتها على حماية حقوق المساهمين، وتحقيق العدالة في العلاقة بين أعضاء مجلس الإدارة والشركة. كما تسعى الدراسة إلى فحص القوانين الحالية ومدى توافقها مع هذه النظرية في إطار القانون التجاري العراقي، الذي يعاني من نقص في التنظيم الواضح للفرص التجارية وكيفية معالجتها في حالة تضارب المصالح.

ثانياً: أهمية البحث :

يدفعنا لكتابة هذا الموضوع اهميتين ، نظرية وأخرى عملية ، أما بالنسبة للأهمية النظرية لموضوع الفرصة التجارية؛ فإنها تكمن في كونها إحدى الآليات القانونية التي تهدف إلى حماية مصلحة الشركة و المساهمين من استغلال المسيطرين على شؤون الشركة لما بين أيديهم من مقدراتها ، كما تعتبر هذه النظرية من متطلبات الواجبات الائتمانية الذي يجب أن يلتزم بها المسيطرين على شؤون الشركة؛ أما بالنسبة للأهمية العملية فنرى أن نظرية الفرصة التجارية تعد عنصراً حاسماً في تعزيز حماية حقوق المساهمين– وبخاصة الأقلية منهم– ، الذين قد يتعرضون للاستغلال من قبل الأغلبية الذين يسيطرون عملياً على مقدرات الشركة وقراراتها، وقد تسهم هذه الدراسة في إصلاح قانون الشركات العراقي في مجال نظرية الفرص التجارية وتقديم حلول قانونية لضمان ممارسات أكثر أماناً ونزاهة في البيئة التجارية بصورة عامة وفي الشركات بصورة خاصة .

ثالثاً: فرضية البحث

يفترض الباحث زيادة احتمالية فقدان الشركة لفرص مهمة بسبب استغلال المدير لها شخصيًا كلما زادت فرص تضارب المصالح فيها، وتبدأ فرضية البحث مباشرةً من خلال تسليط الضوء على نص المادة (١٧٥) من قانون الشركات الإنكليزي لسنة ٢٠٠٦ الذي جاء فيها : (((١) يجب على مدير الشركة تجنب أي وضع يكون له فيه، أو قد يكون له فيه، مصلحة مباشرة أو غير مباشرة تتعارض، أو يُحتمل أن تتعارض، مع مصالح الشركة. (٢) ينطبق هذا بشكل خاص على استغلال أي ملكية أو معلومات أو فرصة ولا يُعتد بما إذا كان بإمكان الشركة الاستفادة من الملكية أو المعلومات أو الفرصة)). وفي النص احكاماً واضحة جديرتين بالافتراض على القانون العراقي ، الأولى ان القانون الإنكليزي وفر حماية صريحة لفرص الشركة من الاستغلال غير المشروع من خلال وجود قواعد تمنع المدير من استغلال الفرص الشخصية أو المعلومات المتعلقة بالشركة، والثانية ان المشرع الإنكليزي لم يُعر اهتماماً لنتائج تلك الفرصة، بل افترض انها مكسب للشركة، معتبراً مجرد الفرصة عاملاً مستقلاً يجعل استغلالها من قبل المسيطرين على شؤون الشركة مشكلة محتملة، بغض النظر عن النتائج الفعلية للفرصة.وعليه ستعرفنا هذه الدراسة مدى القيمة القانونية للفرصة التجارية في نظر المشرع العراقي وهل وفر لها مساحة قانونية كافية وبخاصة في اطار حمايتها كما هو حال القانون الإنكليزي ، واذا كان قانون الشركات العراقي لا يحتوي على أحكام قانونية كافية لتغطية نظرية الفرصة التجارية، هل سيفترض أن يؤدي ذلك إلى تضارب المصالح وإلى استغلال غير مشروع للفرص من قبل الأفراد المسؤولين في الشركات، مما يضر بمصلحة الشركة والمساهمين ، وهذا ما سنحاول اثباته أو نفيه خلال هذه الدراسة .

رابعاً: إشكالية البحث

تنبثق إشكالية الدراسة من الفرضية المطروحة أعلاه ، والتي تتعلق بما إذا كان قانون الشركات العراقي قد وفر إطارًا قانونيًا مناسبًا وحماية قانونية كافية لمعالجة نظرية الفرصة التجارية في شركة المساهمة، من عدمه؛ بشكل يحد من ممارسات بعض المديرين من استغلال الفرص التجارية للشركة لمصلحتهم الخاصة.

خامساً: تساؤلات البحث

من خلال ما تقدم ، نرى ان من المهم الإجابة على التساؤلات الاتية للوصول الى معرفة نظرية الفرصة التجارية في اطار شركة المساهمة ، وأهمها ما يأتي :

١. ما هي نظرية الفرصة التجارية وكيف يتم تطبيقها في القانون العراقي؟

٢. هل يحتوي قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ (المعدل) أحكاماً قانونية كافية لمعالجة تضارب المصالح في حالة استئثار أعضاء مجلس الإدارة بالفرص التجارية؟

٣. ما هي علاقة الواجبات الائتمانية ولاسيما واجب الولاء للشركة بحماية فرص الشركة التجارية ؟

٤. ما هو تأثير القصور التشريعي (إن وجد) في اطار الفرص التجارية على حقوق المساهمين الأقلية في الشركة ؟

٥. هل يمكن تعزيز الشفافية والمساءلة في شركة المساهمة من خلال تطبيق نظرية الفرصة التجارية؟

٦. ما هي الحلول القانونية التي يمكن تقديمها لتطوير قانون الشركات العراقي لضمان معالجة الفرص التجارية بشكل أكثر فعالية ؟

سادساً: منهجية البحث

يعتمد هذا البحث بشكل مباشر على المنهج الاستقرائي المقارن ، وذلك من خلال تتبع الأحكام الجزئية الواردة في كل من القانونين العراقي والإنكليزي في اطار الشركات التجارية، ولاسيما ما يتعلق حماية فرص الشركة التجارية، وينطلق التحليل من دراسة هذه الحالات التفصيلية لاستخلاص المبادئ العامة والافتراضات الضمنية التي تقوم عليها النصوص القانونية التي عالجت الفرص التجارية لبيان مدى كفاية وملائمة تنظيمها القانوني، وفي مقدمتها ما أقره قانون الشركات الإنكليزي لسنة ٢٠٠٦ من افتراض الضرر والاكتفاء بمجرد وجود الفرصة من دون الاعتداد بنتائجها الفعلية أو بقدرة الشركة على الاستفادة منها، إضافة الى ان هذا المنهج يهدف إلى الكشف عن الفلسفة الوقائية التي يتبناها النص الإنكليزي، والتي تُقدّم حماية مصلحة الشركة ومنع تضارب المصالح على تقييم الأثر أو الضرر الواقعي، للوصول الى كيفية الاستفادة منه في القانون العراقي.

سابعاً: خطة البحث

سيتم دراسة: (نظرية الفرصة التجارية – دراسة تحليلية لأبعادها القانونية والعملية في شركات المساهمة مقارنة بالقانون الانكليزي) من خلال تقسيمها الى مبحثين ، نخصص المبحث الأول لدراسة مفهوم نظرية الفرصة التجارية وسيقسم هذا المبحث بدوره الى مطلبين نبين في الأول نشأة وتطور نظرية الفرصة التجارية ، من خلال دراسة النشأة التاريخية والتعريف القانوني لهذه النظرية وتطورها في الأنظمة القانونية المختلفة، ونخصص الثاني لدراسة الأساس القانوني لتطبيق نظرية الفرصة التجارية.ونبين في المبحث الثاني الاليات القانونية لحماية الفرصة التجارية في شركة المساهمة ، ونقسمها على مطلبين نبين في الأول مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة في استئثار الفرص التجارية ، من خلال تسليط الضوء على الواجبات الائتمانية وكيفية استئثار المديرين بالفرص التجارية ومدى إمكانية وجود استثناءات، ونبين في الثاني حماية حقوق المساهمين الأقلية في ظل استغلال الفرص التجارية .

المبحث الأول مفهوم نظرية الفرصة التجارية في إطار شركة المساهمة .

لقد أفرزت المشكلات القانونية لإدارة الشركات – ولا سيما في اطار استغلال المسيطرين على شؤون الشركة لمراكزهم القانونية– مجموعة كبيرة من الموضوعات التي ينبغي على المشرع إحكامها ومنها "نظرية الفرصة التجارية" التي تعد من المفاهيم القانونية الأساسية التي تندرج تحت قوانين الشركات، وخاصة في إطار تنظيم عمل شركة المساهمة، وتقوم هذه النظرية على فكرة مؤداها أن أي فرصة تجارية قد تظهر أثناء عمل الشركة، يجب أن تُعرض أولًا على الشركة نفسها متمثلة بهيئتها العامة؛ قبل أن يُسمح للمطلعين على اسرار الشركة من الاستفادة منها شخصياً ، لذا يُعد فهم أصول أو نشأة هذه النظرية أمرًا ضروريًا لضمان العدالة بين المساهمين وحماية مصلحة الشركة، خاصة في ظل التحديات الاقتصادية والتنافسية. يهدف هذا المبحث إلى دراسة ماهية نظرية الفرصة التجارية، مع تسليط الضوء على نشأتها وتعريفها في إطار شركة المساهمة.

المطلب الأول التعريف بنظرية الفرصة التجارية في إطار شركة المساهمة .

إذا من سلمّنا ان الفرصة التجارية في اطار القانون العراقي ليست حقاً مستقلاً قائماً بذاته، فهي ليست حقاً شخصياً او عينياً مستقلاً، الا ان الواقع القضائي الإنكليزي ينظر اليها بشكل خاص بل أسس لها سوابق قضائية أسهمت في تطورها نظرياً وعملياً في القانون الإنكليزي، وعلى أساس ذلك تقتضي الإحاطة بفكرة الفرصة التجارية في اطار الشركات بيان ماهيتها القانونية ولاسيما في القانون الإنكليزي ، ومن ثم بيان نشأتها القانونية من خلال فرعين متتاليين .

الفرع الأول ماهية الفرصة التجارية

لم تحظ الفرصة التجارية عموماً باهتمام كافٍ من قبل فقهاء القانون التجاري في العراق وقد يعود ذلك بسبب الإشارات التشريعية المحدودة لها في اطار واجبات المسؤولين عن إدارة الشركة [١] فضلاً عن هيمنة المفاهيم التقليدية لقيام المسؤولية في القانون العراقي القائم على الضرر المحقق بخلاف الضرر الاحتمالي الذي ينظر اليه عادة بتحفظ كبير [٢] إضافة الى ضعف التطبيقات القضائية الناشئة عن عدم شيوع ثقافة المطالبة بالتعويض عن هدر الفرص التجارية .لذلك لم نجد في التشريع والقضاء والفقه القانوني العراقي تعريفاً صريحاً للفرصة التجارية ، رغم ما لها من أثر بالغ في تنظيم سلوك القائمين على إدارة الشركات التجارية، ولا سيما أعضاء مجلس الإدارة والمديرين الذين يستغلوا مراكزهم على حساب

مصلحة الشركة، في الوقت الذي وجدنا فيه مساحة قانونية واسعة للفرصة التجارية في القانون والقضاء والفقه الانجلوسكسوني وقد برزت أهمية هذا المفهوم في إطار مبدأ الولاء ومنع تضارب المصالح، حيث يُثار التساؤل حول مدى أحقية الشخص المرتبط بالشركة في استغلال فرصة ذات طابع تجاري لحسابه الخاص؛ مما سنضطر لاستعمال ادبيات القانون الإنكليزي بكثرة في هذه الدراسة والبحث في مدى الاستفادة من تجربتها في قانون الشركات العراقي وفي اطار تعريف الفرصة التجارية في القانون العام الإنكليزي (Common Law)، فإن من الملاحظ ان بيان ماهية الفرصة التجارية تبلورت من خلال القضاء الإنكليزي في مضمون التزام المسؤولين عن إدارة الشركة بالولاء لمصلحتها (أي واجب الولاء Duty of Loyalty)، ويُفهم من خلال استقراء عدة قرارات قضائية ان أن الفرصة التجارية هي: كل تصرف او عمل او حتى منفعة ذات طبيعة تجارية تكون مرتبطة ارتباطًا جوهريًا بأعمال شركة ما ، أو تدخل ضمن نطاق مصالحها، وكان من الممكن للشركة استغلالها لولا تدخل المدير أو استئثاره بها[٣] ويرى الباحثون في قانون الشركات الإنكليزي ان الفرص التجارية استنبطت كمفهوم قانوني مستقل من خلال الواجبات الائتمانية للمسؤولين عن إدارة الشركة، وبالتحديد من خلال مبدأ تجنب تضارب المصالح، وقد شُبّه مديرو الشركات في المملكة المتحدة بالوكلاء المؤتمنون أو أمناء الشركة، وبموجبه يخضع المديرون لواجبات ائتمانية تُشكل بشكل عام مشكلة فرص الشركات للأشخاص الموكل إليهم شؤون الآخرين، وقد أورد الباحثون في اطار بيان مفهوم الالتزام بالمحافظة على فرصة الشركة انه : يجب الاحتفاظ بالفرصة للشركة إذا كان استغلالها سيخلق تعارضًا بين مصلحة المدير في الاستفادة من فرصة مربحة وواجب حسن النية أو الأمانة (المعروف أيضًا باسم "واجب تعزيز نجاح الشركة" ، إذ لا يجوز للشخص الذي يشغل منصبًا ائتمانيًا أن يحقق ربحاً عن طريق استغلال فرص الشركة بأي وجه من الوجوه ، أو أن يضع نفسه في موقف تتعارض فيه مصالحه مع واجباته [٤] وقد اهتم الباحثون في قانون الشركات في اطار الفقه الانجلوسكسوني بوضع معايير عدة لمعرفة ماهية فرص الشركة وما اذا كانت الواقعة تشكل فرصة جديرة بالحماية من عدمه (وبعبارة أخرى اذا ما كانت الفرصة ملكٌ للشركة ، أو لم تكن كذلك فيجوز حينها للمؤتمن [٥]استغلالها)، وسنحاول بيان تلك المعايير بعدة نقاط :

أولاً– تعتبر فرصة للشركة كل مصلحة كانت الشركة قادرة ماليًا على استغلالها

ثانياً– اذا كانت الفرصة ضمن نشاط ومجال عمل الشركة.

ثالثاً– كان للشركة مصلحة أو توقع في الفرصة .

رابعاً– اذا أدت استغلال الفرصة لمصلحته المؤتمن على مقدرات الشركة الشخصية الى تضارب في المصالح او الواجبات .

خامساً– مصدر العلم بالفرصة (هل وصل للمدير بصفته الوظيفية ، ام بطرق أخرى)[٦] .

ونرى بأنه إذا ما عرضت واقعة معينة على المحكمة وقد ادعت الشركة بموجبها ان المسؤولين على إدارة الشركة قد انتهزوا فرص الشركة لمصالحهم، فمن المهم على المحكمة ان تتوصل الى كون ما ادعت به الشركة يمثل (فرصة للشركة) من خلال تطبيق المعايير المذكورة أعلاه ابتداءً ، فضبط ماهية الفرصة التجارية للشركة يمثل الأداة التي تمنح القرار القضائي شرعيته وحدوده، بل ويمكن من خلاله تحول ضياع الفرصة التجارية من فكرة نظرية إلى مفهوم قانوني منضبط ونعتقد أن ضبط ماهية الفرصة التجارية يؤدي الى تحديد ما إذا كان النزاع قانونياً أم خارج نطاق الحماية، ويؤدي من حيث النتيجة الى ضبط نطاق مسؤولية المطلعين على فرص الشركة؛ فمن دون هذه المعايير قد تُوسّع المسؤولية بشكل مفرط، أو تُفرغ واجب الأمانة الذي يقع على عاتق مسؤولي الشركة من مضمونه، ومن جهة أخرى تضمن هذه المعايير تحقيق التوازن بين حماية صاحب الفرصة وعدم شلّ حرية الوكيل أو المبادرة التجارية ، وقد يؤدي ضبط ماهية فرصة الشركة الى ترشيد عبء الإثبات، فمن الممكن بموجب مفهوم منضبط للفرصة ان يحدد بدقة ما الذي يجب على المدعي إثباته، بل ويمنع الاكتفاء بادعاءات عامة عن "ضياع فرصة" مما يؤدي الى تقليل الدعاوى الكيدية ورفع جودة التقاضي ، وتأسيس معيار موضوعي للتعويض .

الفرع الثاني نشأة نظرية الفرصة في القانون الإنكليزي

ان سبب تركيز دراسة نشأة هذه النظرية في إطار القانون الإنكليزي يعود لكون القضاء الإنكليزي والانجلوسكسوني عموماً هو اول من حاول إضفاء حماية خاصة للفرص التجارية من الاستغلال غير المشروع في مطلع القرن العشرين عبر مجموعة من القرارات القضائية [٧].ان نظرية الفرصة ذات ابعاد مختلفة على اختلاف الجهات المستفيدة منها، وقد تطورت في مجالات متعددة أهمها الاقتصاد وريادة الأعمال ، ومع هذا التطور نجد ان هنالك علاقة وثيقة بالقانون ولا سيما الخاص، وهذه العلاقة أصبحت أوضح مع تطور الاقتصاد الحديث وبيئة الأعمال[٨].ومن وجهة نظرنا ان علاقة الفرص التجارية بالقانون عموماً راجعاً الى حاجة المستفيد من الفرص التجارية المشروعة الى حمايتها من الناحية القانونية؛ إذ لا قيمة للفرصة دون القدرة على حمايتها قانونيًا ولا سيما انها (أي الفرصة) مرتبطة بحقوق والتزامات مختلفة ، وهذا ما عزز الاهتمام القانوني بدراسة حيثيات نظرية الفرصة التجارية.وإذا ما انتقلنا لدراسة نشأة نظرية الفرصة التجارية في مجال قانون الشركات، نجد الدراسات القانونية تشير

الى أن نظرية الفرصة لم تظهر كنظرية مستقلة منذ البداية في هذا الجانب، بل تبلورت تدريجيًا نتيجة تداخل الفقه والدراسات الاقتصادية مع القواعد القانونية المنظمة للشركات[٩].

وسنحاول تتبع تطور نشأة (الفرصة التجارية) في مجال الشركات المعاصرة عبر المراحل الآتية :

أولاً- مرحلة عدم الاهتمام المباشر بالفرص التجارية :

وتبدأ هذه المرحلة منذ بدايات تأسيس الشركات وفقاً للمفهوم القانوني التقليدي المعاصر للشركات التجارية؛ إذ كان التركيز منصباً على تأسيس الشركة، وتكوين رأسمالها وإدارتها وجنيها للارباح[١٠]، فلم يكن هنالك اهتماماً باشراً واضحاً بنظرية الفرص التجارية، ويبدو ان الفرصة التجارية كانت تعد اصطلاحاً اقتصادياً صرفاً [١١] ، ليس لها مكانة قانونية تجارية البتة، مع اننا نعتقد بوجودها واقعياً بلا توصيف قانوني .

ثانياً- مرحلة ظهور فكرة الفرصة التجارية مع تقنين الواجبات الائتمانية في الشركات :

لم تظهر نظرية الفرصة التجارية في اطار الشركات كفكرة قانونية مستقلة بذاتها، بل كانت إجابة قانونية لكل من يسأل عن : مدى مشروعية استغلال مديرو الشركة لفرصة علموا بها بسبب منصبهم؟ومن هنا بدأت أهمية دراسة الفرصة التجارية من باب مصلحة الشركة [١٢] فالفرصة التي تفوت الشركة بسبب استغلال المسؤولين عن إدارتها عمل محظور قانوناً لمنافاته احد أهم الواجبات الائتمانية لهؤلاء وهو واجب (الولاء لمصلحة الشركة)[١٣]ويذهب الباحثون في قانون الشركات الإنكليزي ان نظرية الفرصة المرتبطة بالواجب الائتماني في القانون الإنجليزي تطورت عبر قواعد عدم التضارب (no conflict) وعدم الربح الخفي (no profit)[14] ومن بين أهم السوابق القضائية التي تأسست بموجبها نظرية الفرص التجارية ضمن الواجبات الائتمانية للمسؤولين عن إدارة الشركة في القانون الإنكليزي قضية Regal (Hastings) Ltd v Gulliver (1967) إذ تعد أحد أبرز القضايا التي طبقت في حينها مبدأ عدم استغلال فرص الشركة المرتبطة بالواجب الائتماني، وخلاصة القضية هي استثمار مدراء شركة Regalلمصلحتهم الخاصة أسهم شركة فرعية كانت ستستغل فرصة تجارية خاصة بالشركات المسؤولين عن ادارتها ، مما تسبب بفوات الربح لهذه الشركات مقابل تحقيق هؤلاء أرباحًا شخصية، وقد قضت المحكمة بأن استغلال فرصة الشركة يُعد خرقًا لواجب الولاء fiduciary duty حتى لو لم تكن لدى الشركة القدرة المالية للأساس على السعي وراء تلك الفرصة، طالما أن المديرين استفادوا بسبب موقعهم كمديرين من تلك الفرص، وقد نتج عن ذلك مبدأ مفاده أن المدير الذي يستفيد من فرصة صالحة للشركة بدون موافقة قانونية يلزم بإعادة الأرباح وأية منافع إلى الشركة التي فاتها ذلك الربح او المنافع [١٥].

ثالثاً : مرحلة نظرية الفرصة التجارية :

في هذه المرحلة لم تعد الفرصة التجارية مجرد نظرية اقتصادية ولا كونها مجرد تطبيق لواجب ائتماني؛ بل أصبحت نظرية قانونية مستقلة في مجال الشركات لها شروطها القانونية وآثارها .إذ يتزايد في عصرنا الحالي انضمام مستثمر إلى شركتين أو أكثر تعملان في نفس النشاط التجاري، فعلى سبيل المثال، قد يكون مسؤولاً في شركة استثمارية، وشريكاً في شراكة مهتمة بنفس نوع الاستثمارات، وإذا ما سنحت فرصة استثمارية مربحة، فإنه يواجه معضلة تحديد ما إذا كان سيستحوذ عليها لصالح الشركة، أو للشركة الأخرى، أو لنفسه؛ وتمنع الواجبات الائتمانية أعضاء مجلس الإدارة والمسؤولين التنفيذيين في الشركة، بصفتهم من المطلعين[١٦]، من استغلال مناصبهم لتحقيق مكاسب شخصية على حساب مصلحة الشركة، فإذا ما سنحت فرصة استثمارية كان ينبغي الاستحواذ عليها لصالح الشركة، تُسمى "فرصة استثمارية". أما إذا تم استغلالها من قبل أحد المطلعين، فإنها تخضع لأمانة ضمنية لصالح الشركة، إن صياغة القاعدة بسيطة، لكن الصعوبة تكمن في تحديد ما إذا كانت الفرصة بحد ذاتها تُعدّ فرصة للشركة[١٧]. وفي اطار القضاء الأنجلوسكسوني تعد واقعة Guth v. Loft (١٩٣٩) بكونها القضية الرائدة في تحديد مبدأ الفرص التجارية كنظرية قانونية مستقلة ، وقد أحدثت هذه القضية، التي دارت حول نزاع بين شخص وشركة ، التي كان يديرها سابقًا، تحولًا جذريًا في القانون التجاري آنذاك ، إذ أشارت المحكمة إلى أنه عندما تُتاح فرصة عمل لأحد مسؤولي الشركة أو مديريها بصفته الشخصية لا بصفته الرسمية، وكانت هذه الفرصة، بحكم طبيعة المشروع (غير أساسية للشركة) وليس للشركة مصلحة أو توقع فيها، يحق للمسؤول أو المدير اعتبارها فرصة خاصة به، ولا مصلحة للشركة فيها، شريطة ألا يكون المسؤول أو المدير قد استثمر موارد الشركة فيها بطريقة غير مشروعة؛ وقد اكد القرار القضائي الخاص بهذه القضية أن الفرصة تعد للشركة ولا يجوز استغلالها من قبل أحد مسؤولي الشركة أو مديريها؛ مادامت الشركة تستطيع استغلالها مالياً، وتندرج بطبيعتها ضمن نطاق أعمال الشركة، وتُحقق لها فائدة عملية، ولها فيها مصلحة أو توقع معقول[١٨]، وقد ظهرت في هذه المرحلة مبدأ قانوني مهم نشأ في ظل القضاء الإنكليزي وهو مبدأ :

(corporate opportunity doctrine)[19]

من خلال ما تقدم يمكن القول ان حماية الفرص التجارية للشركات مرت بمراحل متعددة ومتطورة في القضاء الانجلوسكسوني، وتظهر لنا في الوقت ذاته ان لدراسة مراحل نشأتها أهمية خاصة في إطار الشركات تكمن في أنها تفسّر الأساس الذي بُنيت عليه حماية الشركة من تضارب المصالح واستغلال المسؤولين عن إدارة الشركة والمطلعين على سرارها عموماً ؛ ولا سيما ان فهم النشأة التاريخية والقضائية للنظرية مدار البحث يوضّح كيفية تطوّر مفهوم الواجبات الائتمانية للمسؤولين عن إدارة الشركة وحدود ما يجوز للإدارة الاستحواذ عليه من فرص تجارية ، وتحفز في الوقت ذاته على سدّ الفراغ التشريعي في قوانين شركات الدول التي لم تنص صراحة على النظرية او لم تتوسع في تنظيمها .

المطلب الثاني الأساس القانوني لحماية الفرصة التجارية للشركة .

ان دراسة الأساس القانوني لأي مسألة قانونية ولا سيما في اطار الفرص التجارية لا يخلو من أهمية كبيرة للمحكمة ، اذ يتمكن القاضي من تحديد سبب الحماية القانونية من عدمها وتحديد مصدر الحماية القانونية، فالقاضي لا يسأل عن ضياع الفرصة التجارية قبل ان يبحث في مصدر حمايته للفرصة من الأساس، هل الحماية نابعة من العقد، ام من واجب ائتماني، أم من المسؤولية التقصيرية للمسؤولين عن إدارة الشركة؛ بغية تحديد ما إذا كانت الحماية قائمة أصلاً من عدمه ، وسيضمن ذلك للقاضي تكييفاً صحيحاً للنزاع ومن ثم يؤدي الى ضبط نطاق الحماية القانونية ومنع التوسع غير المبرر فيها .وعلى أساس ما تقدم ، سنبحث في هذا الموضوع من خلال تقسيمه على فرعين ، نخصص الفرع الأول لدراسة الأساس القانوني لتطبيق نظرية الفرصة التجارية في قانون الشركات الإنكليزي، ومن ثم نبين في الثاني الأساس القانوني لتطبيق نظرية الفرصة التجارية في قانون الشركات العراقي .

الفرع الأول الأساس القانوني لحماية الفرصة التجارية في القانون الانجلوسكسوني

سنحاول بيان الأساس القانوني لحماية الفرصة التجارية في القانون الانجلوسكسوني من خلال فقرتين، كما يأتي:

أولاً- الأساس القانوني لحماية الفرصة التجارية في القانون العام الإنكليزي:

مبدئياً ، يستند أساس فرص الشركات في القانون العام الإنجليزي عمومًا إلى واجب تجنب تضارب المصالح، وهو عنصر من عناصر الواجبات الائتمانية، ويستلزم واجب تجنب تضارب المصالح ألا يضع أعضاء مجلس الإدارة أنفسهم في مواقف تتعارض فيها مصالحهم مع مصالح الشركة ومن تلك المصالح أي فرصة للشركة؛ ومع ذلك قد يستند مبدأ فرص الشركات إلى أسس قانونية أخرى إلى جانب هذا الواجب العام لتجنب تضارب المصالح[٢٠] وعليه سنحاول باختصار تتبع موقف القانون العام وقانون الشركات الإنكليزي لسنة ٢٠٠٦ في اطار الأساس القانوني للفرصة التجارية من خلال فقرتين وكما يأتي :

١ .الواجبات الائتمانية (Fiduciary Duties) عموماً وواجب الولاء (Duty of Loyalty) خصوصاً :

إذ يتفق الباحثين في قانون الشركات الإنكليزي ان الحماية القانونية للفرصة التجارية تجد أساسها في الواجبات الائتمانية للمسؤولين عن إدارة الشركة والمسيطرين على شؤونها فعلياً ، وقد عرف الواجب الائتماني بأنه : ((افتراض قانوني يوجب على وكلاء الشركات (المسيطرين على شؤونها فعلياً) تحقيق مصلحة الشركة الفضلى بحسن نية وعدم تغليب مصالحهم عليها)) [٢١] ، ويتمثل الواجب الائتماني بـ :((الواجبات التي تقع على عاتق أمناء الشركات عموما بما فيهم المدراء ويقوم على واجب الولاء وحسن النية في التعاملات التي تؤثر على ذلك الشخص، ويجب بمقتضاه أن يتصرف أمناء الشركات لمصلحة الشركة فقط، ويجب ألّا يؤثروا مصلحة الشركة لمصلحتهم الشخصية)) [٢٢] وفي هذا الاطار من المهم ان نتساءل عن طبيعة العلاقة القانونية بين الواجبات الائتمانية للمسؤولين عن إدارة الشركة وبين الحماية القانونية للفرص التجارية من حيث أساس تطبيقها ؟ أجاب الفقه الإنكليزي عن ذلك بأن أساس تطبيق حماية الفرص التجارية عبر الواجبات الائتمانية عبر قاعدتين ترسختا في القانون العام الإنكليزي وهما :

أ. قاعدة عدم تعارض المصالح : No Conflict Rule : وبموجبها لا يجوز للمسؤولين عن إدارة الشركة ان يضع نفسه في وضع يتعارض فيه مصلحته الشخصية مع مصلحة الشركة والفرصة التجارية تعد مصلحة محضة للشركة.

ب. قاعدة عدم تحقيق ربح : No Profit Rule : وبمقتضاها لا يجوز للمسؤولين عن إدارة الشركة والمسيطرين على شؤونها من تحقيق ربح من مركزه الائتماني من دون موافقة الهيئة العامة للشركة، ولا حاجة هنا لاثبات تضرر الشركة من فوات الربح ، إذ يكفي ان تتصل الفرصة بأنشطة الشركة أو علم المدير بها بسبب مركزه [23].على الرغم من ان قاعدة عدم تحقيق الربح مستمدة من قاعدة عدم تضارب المصالح، إلا أن قاعدة عدم الربح تُعد مبدأً مستقلاً في القانون العام الإنكليزي، وهي قاعدة صارمة تنص على أنه لا يجوز للشخص الذي يشغل منصبًا ائتمانيًا في الشركة، من دون موافقة الهيئة العامة أن يحقق ربحًا لنفسه من ذلك المنصب، وعلى الرغم من أن قاعدة عدم الربح – وبتعبير أدق، قاعدة عدم الربح السري – نشأت في القانون العام في قضية قانون الأمانات Keech v Sanford، فإن التطبيق الرئيسي لهذه القاعدة في مجال قانون الشركات

الإنكليزي هي قضية Regal (Hastings) Ltd v Gulliver .[٢٤]وقد شُبّه مديرو الشركات في المملكة المتحدة بوكلاء أو أمناء الشركة لأهمية الأمانة الملقاة على عاتقهم في إدارة الشركة، ولهذا يخضع المديرون لواجبات ائتمانية ومبادئ إنصافية تُشكل بشكل عام مشكلة فرص الشركات للأشخاص الموكل إليهم شؤون وأصول الآخرين (سواء كانوا أمناء أو منفذين أو وكلاء أو مديرين)، وبموجبها لا يجوز للشخص الذي يشغل منصبًا ائتمانيًا أن يحقق ربحًا أو أن يضع نفسه في موقف تتعارض فيه مصالحه مع واجباته [٢٥].أما بخصوص حماية فرصة الشركة بوصفها نابعة عن تطبيق واجب الولاء للشركة، فصلتهما وثيقة من حيث اساسهما القانوني ، إذ ينصرف مفهوم واجب الولاء للشركة الى أنه جوهر الواجب الائتماني الذي يمنع مدراء الشركات من تقديم مصالحهم الشخصية على مصلحة الشركة، من خلال تمتعهم بحسن النية وأكبر قدر ممكن من العدالة في تصرفاتهم اذا ما واجهوا مصالح متضاربة [٢٦] ، ويمكن أن يتضمن الولاء للشركة مظاهر ودلالات خارجية يجب على أمناء الشركات القيام بها كدلالة لحسن نواياهم لتحقيق مصلحة الشركة المطلع على اسرارها [٢٧] وقد توصلنا الى ان فرص الشركة احد المصالح التي يحميها القانون للشركة وفقاً لمعايير تم تفصيلها سابقاً، فإذا ما استغل المدراء تلك الفرص انتفى حينها التزامهم بالولاء للشركة ودخلوا في تضارب المصالح ومن هنا نستنتج ان القانون العام الإنكليزي يتشدد كثيراً في تطبيق أحكام فرصة الشركة ، أي يحاول القانون ضبط احكام قانونية وقائية تمنع المدراء من استغلال مراكزهم على حساب مصلحة الشركة، فالقضاء الإنكليزي لا يبحث في مقدرة الشركة على كسب الفرصة التي استغلها المدراء ، ولا في ولا في حسن نية المدير ، بل ان مجرد استغلال المدير للفرصة بسبب مركزه وكونها ضمن نشاط الشركة تدخل هؤلاء في نطاق تضارب المصالح ، ومن هنا تظهر العلاقة بين أساس تطبيق نظرية الفرصة والواجبات الائتمانية للمسؤولين عن إدارة الشركة .

٢. الأساس القانوني لحماية الفرصة التجارية في قانون الشركات الإنكليزي لسنة ٢٠٠٦ :

برزت الحماية القانونية لفرص الشركة في قانون الشركات الإنكليزي في اطار الواجبات الائتمانية للمسؤولين على إدارة الشركة ، ولا نبالغ ان قلنا انها تطبيقات عملية قننها قانون الشركات الإنكليزي من خلال السوابق القضائية المذكورة سابقاً وكذلك من خلال القواعد المستقرة في القانون العام الإنكليزي.وفي هذا السياق نظم المشرع الإنكليزي قاعدة عدم تضارب المصالح في قانون الشركات لعام ٢٠٠٦، اذ رسخ قانون الشركات المذكور آنفاً واجبات المدير، وأبرزها واجب عدم تضارب المصالح ، اذ ورد في عنوان المادة ١٧٥ منه "واجب تجنب تضارب المصالح"، ويُبرز مضمون عدم تضارب المصالح، من خلال التزام مدير الشركة بتجنب أي وضع يكون له فيه، أو يمكن أن يكون له فيه، مصلحة مباشرة أو غير مباشرة تتضارب ، أو قد تتضارب، مع مصلحة الشركة، وينطبق هذا بشكل خاص على استغلال أي ممتلكات أو معلومات أو فرص (ولا يهم ما إذا كان بإمكان الشركة الاستفادة من هذه الفرص) [٢٨].ولا نريد ان نبين مميزات او عيوب هذا النص بقدر هدفنا في الوصول الى الأساس الذي بنا عليه المشرع الإنكليزي حماية فرصة الشركة ، الا وهو الواجب الائتماني للمسؤولين عن ادارتها ولا سيما واجب عدم تضارب المصالح .

ثانياً – الأساس القانوني لحماية فرصة الشركة في القانون الأمريكي :

حاول القانون الأمريكي ان يلطف من نظام حماية فرص الشركة التي اتخذها القانون الإنكليزي المذكور أعلاه، وقد اتخذ القضاء الأمريكي خطوات واضحة للموازنة بين حماية فرصة الشركة من خلال تطبيق الواجبات الائتمانية ولاسيما واجب الولاء لمصلحة الشركة وبين مرونة الإدارة وتطور الوضع الاقتصادي للمديرين بشكل مشروع. وقد ظهر ذلك جلياً في قضية Guth v. Loft, Inc. (1939) التي تمثل الحجر الأساس في بلورة نظرية الفرصة الخاصة بالشركة (Corporate Opportunity Doctrine) في القانون الأمريكي ، وتظهر القضية كيف انتقل القضاء الأمريكي من النموذج الإنكليزي الصارم المذكورة تفاصيله أعلاه والقائم على المنع المطلق لتضارب المصالح من خلال قاعدتي (لا تضارب في المصالح ، ولا ربح) المذكورة تفاصيلهما أعلاه ، إلى نموذج أكثر مرونة يقوم على واجب الولاء أيضاً الا انه مقرون بتطبيق قواعد الانصاف والواقع الاقتصادي لكل دعوى على حدة ، ففي حين لا تسمح المحاكم الإنكليزية بأي تضارب ولو محتمل أو شكلي في المصالح؛ نجد أن القضاء الأمريكي يضع معايير مختلفة ومتعددة لحماية فرص الشركة ومنها : (نشاط الشركة، توقع الشركة للفرصة ، قدرة الشركة المالية لكسب الفرصة او استغلالها ، طريقة حصول المدير على الفرصة)[٢٩] ، وعليه يمكن القول بتحول نظرية الفرصة الخاصة بالشركة من قاعدة أخلاقية صارمة في القانون الإنكليزي إلى أداة قضائية مرنة في القضاء الأمريكي[٣٠] . ويمكن القول ان الأساس القانوني لحماية فرصة الشركة في القانون الأمريكي قائمة على عدة أسس (مجتمعة) ، الأول هو الواجب الائتماني للمسؤولين عن إدارة الشركة والثاني واجب الولاء من خلال معيار الإنصاف والعدالة مع مراعاة الواقع الاقتصادي للشركة وفقاً لمعايير متعددة لمفهوم فرص الشركة .

الفرع الثاني الأساس القانوني لنظرية الفرصة في قانون الشركات العراقي

عند مراجعة قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ (المعدل) نجد ان المشرع العراقي لم ينظم فرص الشركة تنظيماً صريحاً ومن باب أولى لم ينظم أحكاماً قانونية لاستئثار أمناء الشركة (المسؤولين عن ادارتها والمسيطرين على شؤونها)، خلافًا لما استقر عليه القضاء والتشريع القانونين

الإنكليزي والامريكي (محل المقارنة)، غير أن ذلك لا ينفي وجود حماية ضمنية لهذه الفرص، يمكن استخلاصها من الالتزامات الائتمانية المفروضة على أعضاء مجلس الإدارة (وان لم تذكر بوصفها التزامات ائتمانية)، ولا سيما الالتزام بحسن النية ومنع تضارب تعارض المصالح وعليه سنحاول تتبع موقف المشرع العراقي في قانون الشركات من إيجاد أساس قانوني لحماية فرص الشركة من الاستغلال غير المشروع من قبل أمناء الشركة من خلال فقرات عدة وكما يأتي :

أولاً- لقد نظم المشرع العراقي أحكام تضارب المصالح في قانون الشركات العراقي بصورة مبدئية من خلال أهداف القانون [٣١] الا اننا لم نجد تنظيماً قانونياً محكماً للواجبات الائتمانية التي تقع على عاتق أمناء الشركات بل تم عرض بعض الواجبات القانونية بصورة غير مباشرة، فقد وردت في المادة (١١٠) تنظيم منع تضارب الواجبات الإدارية للأمناء في حال توليهم إدارة شركات تمارس أنشطة مماثلة الا اذا حصل على ترخيص من مجلس الإدارة .

ثانياً- وردت في المادة (١١٩) من قانون الشركات العراقي النافذ على منع أمناء الشركات من الانتفاع من أي مصلحة مباشرة او غير مباشرة او صفقات او عقود تبرم مع الشركة الا اذا حصل هؤلاء على ترخيص من الهيئة العامة، ويجب عليه التصريح بأي مصلحة مباشرة او غير مباشرة معروضة على الهيئة العامة للشركة وموافقة اغلبيتهم عليها [٣٢].وعلى الرغم من ان مضمون النص المذكور أعلاه لا يشير صراحة الى الحماية القانونية لفرص الشركة، الا انه يمكن القول إن النص الذي يحظر على المسؤولين عن إدارة الشركة من الانتفاع من أي مصلحة مباشرة أو غير مباشرة من دون ترخيص من الهيئة العامة للشركة ، يتضمن إشارة ضمنية إلى حماية مصلحة الشركة من تضارب المصالح (وهو ظاهر النص)، وقد توصلت الدراسة في الأساس القانوني لفرص الشركة في القانونين الإنكليزي والامريكي انها تقوم على عدة أسس من بينها (الحماية من تضارب المصالح) ، غير أن هذا النص يظل قاصرًا عن استيعاب مفهوم الفرصة بوصفها مصلحة قانونية مستقلة، إذ يربط الحماية بالعقود والصفقات القائمة، ولا يمتد صراحةً إلى الفرص الاقتصادية المستقبلية التي لم تتجسد بعد في تصرف قانوني.

ثالثاً- ما نصت عليه المادة (١١٧/ثامناً) من قانون الشركات في العراق على انه ((يجب أن لا يكون أي من أعضاء (لجنتي التدقيق والاجور) من العاملين أو المساهمين في الشركة وان لا يكون موظفاً رسمياً أو مساهماً في الشركة بما يتجاوز (١٠٪) عشرة بالمائة من أسهمها ، ويجب أن لا يكون له قرابة أو مصلحة شخصية أو اقتصادية مع هؤلاء لدرجة قد تؤدي إلى التأثير على حياد قراراته)وعلى الرغم من ان النص المتقدم لا يندرج ضمن الأسس القانونية الصريحة التي ينبني عليها تنظيم فرص الشركة ويندرج بشروط استقلال أعضاء لجنتي التدقيق والأجور ضمن قواعد الحوكمة المؤسسية للشركات التجارية ، ويهدف أساسًا إلى ضمان حياد القرارات الرقابية داخل الشركة؛ إلا أنه في الوقت ذاته اشتراط عدم وجود مصلحة شخصية أو اقتصادية من شأنها التأثير على الحياد يُعد آلية وقائية غير مباشرة[٣٣] تسهم في منع تمرير قرارات قد تفضي إلى استئثار غير مشروع بفرص الشركة من قبل المسؤولين عن إدارة الشركة .وبناءً على ما تقدم ذكره في الفقرات الثلاثة المتقدمة ، يمكن القول إن المشرّع العراقي لم يتبنَّ أساسًا قانونيًا صريحًا لتنظيم فرص الشركة في قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل، وإنما اكتفى بإشارات متفرقة وغير مباشرة قد يستنبطها القاضي من خلال بعض النصوص المتفرقة ولا سيما في اطار تضارب المصالح والتزام أمناء الشركات بالإفصاح، وقواعد الحوكمة المؤسسية للشركات، وهي إشارات (وإن كانت تعكس اتجاهًا تشريعيًا نحو حماية مصلحة الشركة وهو ظاهر نصوصها) ؛ إلا أنها لا ترقى إلى تنظيم متكامل يعالج مفهوم فرصة الشركة بوصفها مصلحة قانونية مستقلة جديرة بالحماية، وإذا ما عرضت قضية مرتبطة بفرص الشركة؛ فإن الأمر يفتح المجال أمام الاجتهاد القضائي ، ويمكنه الإفادة من التجارب المقارنة لسد هذا النقص التشريعي الذي يدعو المشرع الى تنظيمه بشكل متكامل مستقبلاً .

المبحث الثاني الآليات القانونية لحماية فرص الشركة في مواجهة استئثار أمنائها بها

توصلت الدراسة سابقاً الى ان فرص الشركة تحتل أهمية قانونية تجارية واقتصادية داخل أسواق الشركات بشكل متزايد ، مما يستدعي توفير قدر كافٍ من الحماية القانونية في مواجهة ما تتعرض اليه من مخاطر ولا سيما في اطار استغلالها من قبل المسؤولين عن إدارة الشركة والمطلعين على اسراها.وبعد ان فرغنا من دراسة مفهوم نظرية الفرصة التجارية في إطار شركة المساهمة وحاولنا الإحاطة بأهم جزئياتها القانونية في اطار الشركات التجارية، من المهم بعد ذلك بيان ضوابطها القانونية من خلال دراسة اليات حمايتها في مواجهة المسؤولين عن إدارة الشركة والمطلعين على اسرارها حماية وقائية ولاحقة في حال لو استغل هؤلاء أي من فرص الشركة . وتقوم هذه الحماية على منظومة قانونية متكاملة من الآليات الوقائية والعلاجية التي تهدف إلى صون المصلحة الجماعية للشركة، وعليه سنقسم دراسة هذا المبحث على مطلبين ، نخصص المطلب الأول لدراسة الضوابط القانونية لمنع استئثار أمين الشركة بفرصها (وتمثل حماية سابقة او وقائية)، ونبين في الثاني الحماية القانونية لفرص الشركة عند

استئثار أمينها بها (وتمثل حماية لاحقاً) .وقبل ان نبدأ في بيان ذلك من المهم القول ان الدراسة ستقتصر على تجارب القانونين الإنكليزي والامريكي لعدم تنظيم المشرع العراقي أحكاماً قانونية خاصة بالفرص التجارية للشركة .

المطلب الأول الضوابط القانونية لمنع استئثار أمين الشركة بفرصها

وضعت المحاكم الانجلوسكسونية بعض الضوابط القانونية التي تؤدي الى حماية فرصة الشركة من الاستئثار بها من قبل أمناء الشركات بشكل غير مشروع، وهذا القرارات القضائية وان كانت تعالج واقعة معروضة عليها الا انها قد تشكل سوابق قانونية ترقى لوصفها كقاعدة مستقلة ضمن القانون العام، ومن بين تلك الضوابط القانونية التي وضعها القضاء الأنجلوسكسوني لضبط سلوك أمين الشركة قبل وقوع الاعتداء على تلك الفرص الالتزام ببعض الواجبات الإيجابية وفي مقدمتها الإفصاح عن الفرصة المراد استغلالها ودور الشركة في إجازة استغلال تلك الفرصة من قبل أمناء الشركة ، وعليه سنحاول بيان ذلك من خلال فرعين نبين في الأول واجب الإفصاح عن فرصة الشركة ونخصص الثاني لبيان إجازة الشركة لتلك الفرصة.

الفرع الأول التزام أمين الشركة بالإفصاح عن الفرصة

ينصرف الإفصاح الى : ((عرض المسؤولين عن إدارة الشركة المعلومات الهامة للمساهمين والمستثمرين والدائنين وأصحاب المصالح الاخرين بطريقة تسمح بالتنبؤ بمقدرة الشركة على مدى تحقيق الارباح في المستقبل ومقدرتها على سداد الالتزامات بعدالة ووضوح وأمانة)) [٣٤]؛ وقد يتغير مفهوم الإفصاح تبعاً للجهة الملتزمة به، وفي اطار هذه الدراسة فإن الإفصاح هو اعلان أمناء الشركات عن أي فرصة للشركة يحاول استغلالها او يستأثر بها لنفسه (حسب معايير الفرصة التي بحثناها سابقاً) تعبيراً عن حسن النية؛ ويذهب الباحثون في الفقه الانجلوسكسوني إلى ان "حسن النية" يعد ضمن الواجبات الائتمانية المستقلة كما هو حال الالتزامات التي يتضمنها الالتزام بالولاء لتحقيق مصلحة الشركة [٣٥] ؛ ويعد وسيلة قانونية تمنع **الأمناء** في الشركة من تضارب المصالح [٣٦].وما يهمنا البحث فيه هنا هو دور الإفصاح في الحماية القانونية لفرصة الشركة ؟ وفقاً للقانون الإنكليزي يعد الإفصاح عن الفرصة للهيئة العامة للشركة قبل الاستحواذ الشخصي لها عاملاً هاماً في إعفاء أمناء الشركة من المسؤولية القانونية ، ومن جهة أخرى، يُعتبر عدم الإفصاح وإن لم يكن دليلاً قاطعاً، عاملاً بالغ الأهمية في إثبات المسؤولية بموجب مبدأ حماية الفرصة التجارية للشركة [٣٧].وقد ورد في المادة ٤١٧ من قانون الشركات الانكليزي لسنة ٢٠٠٦: ((ان غاية الافصاح هو إعلام اعضاء الشركة بمدى التزام المسؤولين عن إدارة الشركة بالتزامهم الائتماني في تحقيق مصلحة الشركة))[٣٨]ومن نافلة القول ان القضاء الإنكليزي الى ان الإفصاح لا يعد التزاماً ائتمانياً مستقلاً يقع على عاتق المسؤولين عن إدارة الشركة بل هو جزء لا يتجزأ من واجب الولاء لمصلحة الشركة، وبما ان المدير قد استولى او حاول الاستيلاء على فرصة متاحة للشركة فقد اخل بواجب الولاء ومن ثم دخل في تضارب المصالح ، وتضمن قرارات قضائية إنكليزية عدة ، ان قيام أمناء الشركات باغتنام أي فرصة للشركة لمصالحهم الشخصية تتعارض مع واجباته كمدير للشركة وتتنافى مع حسن نيته، (والاستثناء الوحيد لمشروعية اغتنامه للفرصة) هو إذا سمحت له الهيئة العامة للشركة من اغتنام هذه الفرص بعد أن يفصح عنها بالشكل القانوني إفصاحًا كاملًا وصريحًا، وبعد أن منحوه موافقة كاملة وفقاً للقانون ونظام الشركة[٣٩] وفي القانون الإنجليزي، ذهبت محكمة اللوردات في قضية Regal (Hastings) Ltd v Gulliver أن مجرد عدم الإفصاح الكامل عن الفرصة يوجب رد المكاسب، من دون حاجة لإثبات سوء نية أو تحقق ضرر فعلي للشركة فعدم الإفصاح كافٍ لوجود تضارب في المصالح، وقد اعتبر بعض الفقه الإنكليزي هذا التوجه مساراً متشدداً من قبل المحكمة؛ فالفرصة تبقى فرصة، ولا تتحوّل إلى ملك للشركة لمجرّد احتمالية استفادة الشركة منها، وإذا كان ولا بدّ من منع المدير من استغلال هذه الفرصة، فيجب أن يكون ذلك لأنّ الشركة مهتمّة بها فعلياً، وتسعى إليها بجد، وتملك القدرة المالية على كسبها، وفي هذه الحالة فقط يُمكن اعتبار هذه الفرصة ملكاً للشركة، ومنع المدير من استغلالها، أما إذا كانت الشركة تفتقر ظاهريًا إلى القوة المالية اللازمة لاستغلال هذه الفرصة، فلا أساس لاعتبارها ملكًا للشركة إذا ما نُظر إليها على أنّها من أصولها [40].ونحن نميل الى تبني هذا الرأي فالقانون الإنجليزي يتبنى نهجاً متشدداً في حماية فرص الشركة (مع أهمية منهجه هذا)، الا انه يفترض خطأ المسؤولين عن إدارة الشركة في كافة الأحوال، ويفرض التزاما صارما بعدم تضارب المصالح، من دون الاعتداد بحسن نية الأمين أو بغياب الضرر الفعلي للشركة وهو مخالف للعدالة، وهو ما يعكس أولوية حماية النزاهة الائتمانية على الاعتبارات التجارية أو الكفاءة الفردية في استغلال الفرص التجارية أما بالنسبة للقضاء الأمريكي فلم نجد اختلافاً جوهرياً في ارتباط افصاح المدير – الذي يرغب في استغلال فرصة متاحة للشركة لنفسه – بالواجب الائتماني وحسن النية، وتشير القرارات القضائية الامريكية الى انه لا يجوز للمسؤولين عن إدارة الشركة الاستفادة من فرصة الشركة المتاحة– ويفترض ان مدير الشركة على دراية بالفرصة ويعرف أنها وثيقة الصلة بنشاط تجاري تمارسه الشركة أو تتوقع استثماره مستقبلاً ؛ الا اذا أفصح المدير عن تلك الفرصة وعن أي تضارب محتمل في المصالح قد ينشأ عن استغلالها مستقبلاً ، ويذهب الباحثون في قانون الشركات الأمريكي الى ان الخطأ في تقييم الفرصة كونها للشركة ام لا سيؤدي إلى

مسؤولية مستقبلية عن الإخلال بالواجب الائتماني، وإذا تتردد بعض المسؤولين عن إدارة الشركة في تحمل مخاطرة خطأ تقييمهم لحالة الفرصة وعدم الإفصاح عنها للهيئة العامة ، إضافة الى استغلالها شخصيًا تعرضهم الى خطر وقوعهم في تضارب المصالح[٤١] ويذهب الباحثون الى ان القضاء الأمريكي قد استقر على العمل بواجب الإفصاح والتزام المسؤولين عن إدارة الشركة بعرض الفرصة المراد استغلالها من قبلهم عرضًا كاملًا وصريحًا على الهيئة العامة للشركة متى وُجد ارتباط معقول بينها وبين نشاطها أو مصالحها المتوقعة، ويفهم هذا من قضية Guth v. Loft, Inc. ، التي وضعت معياراً موضوعياً مفاده: أن الفرصة تُعد مملوكة للشركة متى كان من شأن استغلالها أن يضع المسؤول عن إدارة الشركة في موضع تضارب مع واجب الولاء للشركة [٤٢] .وبناءً على ما تقدم وفي اطار الحماية السابقة لفرص الشركة، يمكن القول ان واجب الإفصاح يمثل جوهر الالتزام بالولاء الذي يفرضه القانون على أمين الشركة، إذ يهدف إلى ضمان شفافية العلاقة الائتمانية ومنع اختلال توازن المصالح بين الشركة وأمنائها، ولا يُنظر إلى الإفصاح هنا كإجراء شكلي، بل كشرط جوهري لمشروعية أي تصرف لاحق يتعلق بالفرصة من عدمه .بقي لنا ان نبين موقف المشرع العراقي في قانون الشركات النافذ من الإفصاح عن فرص الشركة كالتزام وقائي لعدم الدخول في تضارب المصالح . على الرغم من غياب تنظيم صريح لواجب الإفصاح عن فرص الشركة في قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل ؛ إلا أن هذا الواجب يمكن استخلاصه ضمنًا من: خلال عدة أحكام قانونية ذكرناها سابقاً، وهي:

١. مبدأ حسن النية في إدارة الشركة: فالتزام المسؤول عن إدارة الشركة بحسن نية يتنافى مع استغلاله لفرصة للشركة المؤتمن عليها .
٢. منع تضارب المصالح .
٣. التزام أعضاء مجلس الإدارة بتحقيق مصلحة الشركة.
٤. الالتزام بالحصول على ترخيص من الهيئة العامة لأية مصلحة مباشرة او غير مباشرة .

وعليه ، يمكن القول ان كتمان الفرصة المرتبطة بنشاط الشركة من قبل أي من أمناء الشركة يعد إخلالًا بهذه الواجبات، وحسب تعبير القانون الإنكليزي اخلالاً بالواجبات الائتمانية الملقاة على عاتق المسؤولين على إدارة الشركة ولا سيماء الولاء للشركة، حتى في غياب نص خاص ، الا اننا ندعو المشرع العراقي الى تنظيم محكم للواجبات الائتمانية التي تعالج عدة مشكلات قانونية ومنها حماية الفرص التجارية للشركة وأخيراً نرى ان من المهم التساؤل عن العلاقة القانونية بين واجب الولاء للشركة مع الإفصاح الذي يلتزم بهما المسؤولين عن إدارة الشركة، وعلاقتهما معاً بحسن النية، وكيف يؤثر تطبيقهما في حماية فرصة الشركة؟من خلال تحليل موقف القانون الانجلوسكسوني يمكن القول ان واجب الولاء يتضمن اخلاص المسؤولين عن إدارة الشركة لتحقيق مصلحتها وعدم الاستئثار بأي مصلحة أخرى لحسابهم، أما الإفصاح فيعد أداة قانونية مثلى لتحقيق بعض مضمون ذلك الواجب من خلال الكشف عن أي مصلحة ثانوية أخرى غير مصلحة الشركة واعلانها للهيئة العامة، أما علاقتهما معاً بحسن النية، فمجرد افصاح المسؤول عن إدارة الشركة عن أي مصلحة يبغي استغلالها لمصلحته الخاصة او يشك انها قد تتضارب مع مصلحة الشركة يمثل أحد أوجه مبدأ حسن النية ، وسيؤدي اعتماد هذه الواجبات جميعاً إلى عدم استغلال أمناء الشركات لأي فرصة كانت للشركة وهو جوهر معالجة تضارب المصالح .

الفرع الثاني ترخيص الشركة لاستغلال الفرصة

تتعدد المصطلحات القانونية الدالة على موافقة الهيئة العامة للشركة على استئثار احد أمناء الشركات بفرصة كانت للشركة، فقد اصطلح عليها المشرع الإنكليزي في قانون الشركات الانكليزي لسنة ٢٠٠٦ عدة مصطلحات منها (Consent, approval or authorization) [٤٣] ، وقد اطلق عليه المشرع العراقي في قانون الشركات عدة تسميات من بينها (التصريح ، والاذن والكشف ، والترخيص ، والموافقة) [٤٤] ولم نجد من عرف الترخيص في اطار تنازل الهيئة العامة عن فرصة الشركة للمسؤول عن الإدارة بشكل مباشر الا انه وبالاطلاع على النصوص القانونية المقارنة ان هذا المصطلح يدل على عدم ممانعة الهيئة العامة للشركة من قيام أي من أمناء الشركة أو احدهم باستئثار فرصة كانت تدخل ضمن مصلحة الشركة –بعد ان يفصح هؤلاء عن جميع تفاصيل تلك الفرص– للهيئة العامة ومن المهم القول هنا ان حصول الترخيص من الهيئة العامة يعد –من جهة المسؤولين عن إدارة الشركة– اجراء قانوني وقائي يقيهم من الدخول في تضارب المصالح؛ والا اعتبرت تصرفاتهم تحت طائلة المسؤولية القانونية.وإذا كان الترخيص يعد عاملاً وقائياً سابقاً على تحقق المسؤولية، نتساءل هنا عن طبيعته القانونية؟اذا ما تمعنا في موقف القوانين المقارنة من الإفصاح عن الفرصة وموقف القرارات القضائية السابقة، نتوصل الى ان من يفصح عن الفرصة ينفي سوء نيته للهيئة العامة للشركة من الدخول في تضارب المصالح من جهة ، ومن جهة ثانية الفرصة ملك للشركة ومن حق الهيئة العامة التنازل عنها والترخيص لمدير الشركة استغلالها، فالترخيص بهذا المعنى (تنازل الشركة عن حق ثابت لها للغير) وهو استثناء لا أصل، لان الأصل يكمن في ان الفرصة للشركة ولا يجوز لمدير الشركة الاستئثار بها .ومن نافلة القول ان قانون الشركات الإنكليزي قد الحق (الاعلان عن المصلحة للحصول على

الترخيص) من قبيل الولاء للشركة ويدخل ضمناً في الواجبات الائتمانية الذي يلتزم بها المسؤولين عن ادارتها[٤٥]واذا ما سلمنا ان الترخيص يعد اجراءً وقائياً غايته هو اسباغ صفة المشروعية لاستغلال الفرصة وإعطاء غطاء قانوني لاستئثار المسؤولين عن إدارة الشركة للفرصة ، فما هي احكامه القانونية في القانونين الإنكليزي والامريكي وهل نظمه المشرع العراقي ؟

سنحاول الإجابة عن ذلك من خلال نقاط عدة :

أولاً – الاحكام القانونية للترخيص في اطار فرصة الشركة في القانون الإنكليزي :

لقد أوجب قانون الشركات الإنكليزي لسنة ٢٠٠٦ بموجب المادة ١٧٥ منه على أمناء الشركات الإفصاح عن الفرصة التجارية وعدم استغلالها إلا بعد الحصول على ترخيص من الهيئة العامة للشركة، مع اشتراط استقلال القرار وعدم مشاركة المدير صاحب المصلحة. ومن خلال التمعن بالنص المتقدم واستقراء بعض القرارات القضائية المذكورة سابقاً تظهر لنا بعض الشروط والاحكام الخاصة بتطبيق هذا النص، وهي كما يأتي :

أ. الإفصاح مسبقاً عن الفرصة للهيئة العامة افصاحاً كاملاً عن طبيعتها وحجمها ومدى قدرة الشركة على استغلالها، والا كان افصاحه باطلاً

ب.صدور الترخيص من الجهة المختصة في الشركة وحسب النظام الداخلي او عقد الشركة .

ت. منع المدير الذي يسعى لاستغلال الفرصة من التصويت ولا يحسب الأخير في النصاب .

ث.لا يوجد ما يمنع من ان يكون الترخيص سابق او لاحق لاستغلال الفرصة .

ج. لا يفسر الترخيص ان يكون اذناً مفتوحاً.

ح. مع وجود الترخيص يبقى المدير ملتزماً بالواجبات الائتمانية ولاسيما حسن النية، وفي كل الأحوال لا يحمي الترخيص مدير الشركة من قيامه بأي اعمال احتيالية او إساءة في استعمال السلطة [٤٦] ومن هنا نجد ان القانون الإنكليزي قد أحاط الترخيص باستغلال الفرصة التجارية بشروط وأحكام قانونية حازمة ، تتمثل في الإفصاح الكامل، وصدور الترخيص من الجهة المختصة، واستقلال القرار، وعدم مشاركة المدير صاحب المصلحة في التصويت، فضلاً عن بقاء المدير ملتزمًا ببقية واجباته القانونية.

ثانياً – الاحكام القانونية للترخيص في اطار فرصة الشركة في القانون الامريكي :

توصلنا اثناء دراسة الأساس القانوني لحماية فرصة الشركة ان مصدر حماية الفرصة التجارية للشركة في القانون الأمريكي يكمن في (واجب الولاء للشركة (Duty of Loyalty) المتفرع عن الواجبات الائتمانية للمسؤولين عن إدارة الشركة، إضافة الى السوابق القضائية وبخاصة قضية (Guth v. Loft, Inc.)وعند استقراء السابقة القضائية المشار اليه أعلاه نجد ان القانون الأمريكي يجيز ترخيص الشركة على استغلال الفرصة التجارية، الا انه يفرض شروط مرنة[٤٧]؛ ويمكن ايجاز الاحكام القانونية لترخيص أمناء الشركة باستغلال فرصة الشركة بالنقاط الاتي ذكرها:

١. ان الأساس القانوني لترخيص أمناء الشركة يكمن في السوابق القضائية الامريكية.

٢. لا يوجد نص تشريعي مباشر يفرض الإفصاح والترخيص.

٣. من حيث إجراءات الترخيص :

أ. الإفصاح: يفترض ان تعرض الفرصة على مجلس الإدارة او على احد لجانه المستقلة .

ب.لا يشترط القضاء الأمريكي العرض الشكلي للفرصة، بل يكفي أن تكون الشركة غير راغبة باستغلالها أو غير قادرة على استغلالها مادياً أو فنياً .

٤. حسن النية(Good Faith) ، اذ يعد حسن النية شرطاً جوهرياً في صحة الترخيص، وإن أي سوء نية في الإفصاح قد يُبطل الترخيص .

٥. معايير صحة الترخيص : يمكن استنتاج بعض المعايير القضائية لصحة ترخيص أمناء الشركة لاستغلال فرصة الشركة، إذ يبحث القضاء الأمريكي عن :

أ. هل تعد فرصة حقيقية للشركة

ب.هل للشركة قدرة مالية وفنية (واقعية) لاستغلال الفرصة ؟

ت.هل الفرصة تدخل ضمن غرض الشركة وأنشطتها ؟

ث.هل استغل أمين الشركة مقدرات الشركة ومنصبه لاستغلال الفرصة ؟

ج. هل تم الإفصاح وفقاً لمعايير حسن النية ؟ [48]

وبصدد الإجابة عن موقف المشرع العراقي بخصوص تنظيم احكام ترخيص أمناء الشركات لاستغلال الفرص، فإنه من المهم القول ان المشرع العراقي في قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ (المعدل) لم ينظم بصورة صريحة الفرص التجارية للشركة، الا انه ومن خلال تنظيمه لتضارب

المصالح نجد انه وبشكل غير مباشر نظم الترخيص .ويمكن إيجاز أهم الاعمال التي تتطلب استحصال ترخيص الهيئة العامة للشركة من قبل أمناء الشركات في القانون العراقي بما يأتي :

١. العقود والصفقات : إذ نظمت المادة ١١٩ من قانون الشركات العراقي آلية ترخيص عضو مجلس الإدارة عن أي مصلحة مباشرة او غير مباشرة في العقود ويقوم على كشف تفاصيل تلك المصالح ومداها ، ولا يجوز للمسؤولين عن إدارة الشركة الذين لديهم مصالح خاصة الادلاء باصواتهم أو المشاركة في اي امر يكون لهم فيه مصلحة مباشرة أو غير مباشرة من، من خلال كشف كامل بتلك المصالح يقدم الى الهيئة العامة للشركة ومن ثم الحصول على موافقة اغلبيتهم [٤٩].

٢.تضارب الواجبات الإدارية من خلال تولي أي من أمناء الشركة إدارة شركة أخرى : إذ ورد في المادة (١١٠) من قانون الشركات العراقي عدم جواز عضوية او رئاسة اكثر من شركة تمارس نشاطاً مماثلاً للشركة المسؤول عن ادارتها الا بترخيص يصدر عن الهيئة العامة للشركة ابتداءً

المطلب الثاني الحماية القانونية للشركة عند استئثار أمينها بفرصها

عند استقراء القرارات القضائية الإنكليزية والأمريكية تظهر لنا أوجه متعددة لحماية الشركة من استئثار أمنائها بفرص تجارية خاصة بها من دون حصوله على ترخيص بذلك، ويمكن اجمالها على شكل آثار قانونية مترتبة على ذلك، فهي قد تكون آثاراً مالية مباشرة وأهمها التزام المدعى عليه (أمناء الشركات) برد الأرباح إضافة الى تعويض الشركة ، وهنالك اثار مالية غير مباشرة منها ابطال التصرف او نقل الحق الناشئ عن الاستئثار بالفرصة الى الشركة حسب رغبة الشركة، فضلاً عن وجود آثار غير مالية تأديبية بحق من استأثر بفرصة الشركة قد تصل الى عزله .وسنحاول في هذه الدراسة تسليط الضوء على نوعين من الحماية، نراهما مهمين لهذه الدراسة وهما (رد الأرباح ، والتعويض) وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين ، كما يأتي :

الفرع الأول رد الأرباح

من المهم القول ابتداءً ان موضوع مدى تأثير التزام المسؤولين عن إدارة الشركة بتحقيق مصلحة الشركة عموماً وحظر استئثاره بفرصة تعود للشركة ليس مجرد مسألة قانونية مثيرة للبحث العلمي؛ بل هو سؤال ملح ذو أهمية خاصة في مجال الشركات التجارية، ففي الوقت الذي يتسع المجال امام أعضاء مجلس الإدارة من العمل الفردي الحر لمصلحته الخاصة خارج اطار الشركة؛ الا ان عمله مديراً او عضواً في مجلس إدارة شركة ما ومطلع على جميع اسرارها وفرصها، يحتم عليه الالتزام بولائه للشركة كأمين عليها قبل ان يحقق مصالحه الفردية.واذا ما انتقلنا الى تمييز قاعدة رد الأرباح في القانون الإنكليزي عن التعويض نجد انها مختلفة تماماً عن التعويض ؛ فرد الأرباح نظام قضائي إنكليزي قائم على فكرة جزاء عدم الالتزام بالواجبات الائتمانية، ولا يفترض فيه ربط اركان المسؤولية لتطبيقه، بل يكفي في اطار دراستنا ان يرد ما كسبه مدير الشركة عن استغلاله للفرصة من دون ترخيص، ويسمى (التجريد من الربح غير المشروع)، أما التعويض فقائم على إطفاء خسارة الشركة بسبب الضرر الذي الحقه المدير للشركة [٥٠] .وإذا ما اخذنا قضية:

[51]. Rukhadze and others (Appellants) v Recovery Partners GP Ltd and another 2025

مثالاً لتبيان الأحكام القانونية لقاعدة رد الأرباح يظهر لنا الآتي:

١. ردّ الأرباح هو جزاء عادل لخرق واجب ائتماني (Equitable Remedy) لا يهدف إلى تعويض المتضرر (الشركة) عن خسارته الفرصة التجارية ؛ بل يهدف إلى تجريد المخالف من الأرباح التي حققها نتيجة سلوكه غير المشروع، ومن خلال الاطلاع على وقائع الدعوى وجدنا ان المحكمة الإنكليزية لم تسأل كم خسر المدّعي؛ بل سألت كم ربح المدّعى عليه بسبب استغلاله الفرصة .

٢. تأكيد تشديد القضاء الإنكليزي للتعامل بالواجبات الائتمانية : ويظهر ذلك من خلال ما قررته المحكمة من أن الواجب الائتماني المفروض على المسؤولين على إدارة الشركة وأي مؤتمن فيها هو واجب صارم لا يقبل التخفيف بل يفترض مخالفته سلفاً ما دام قام هؤلاء بأي تصرف او فعل يدخلهم في تضارب مصالح، ويُلزم صاحبه على كل حال بتقديم مصلحة شركته التي يمثلها على مصلحته الشخصية او شركات اخرى في جميع الأحوال.

٣. قاعدة لا ربح من استغلال غير مشروع لفرصة الشركة: اذ تضمن القرار حظراً مباشراً من تحقيق الربح الشخصي من خلال المنصب الائتماني، وظهر من خلال التمعن بقرار المحكمة في الدعوى مدار البحث مبدأ أساس، مفاده: أن أي ربح يحققه المؤتمن في الشركة نتيجة استغلاله فرصة للشركة يُعد ربحاً غير مشروع، ويتعين رده بالكامل جزاءً لذلك الخرق لا تعويضاً عن الضرر .

٤. ومن خلال عجز الفقرة السابقة يظهر مبدأ مهم اخر في هذه القضية وهو مبدأ استقلال ردّ الأرباح عن فكرة التعويض في اطار استغلال المؤتمن في الشركة لفرصها؛ إذ أكدت المحكمة الإنكليزية في القرار المذكور أعلاه أن ردّ الأرباح ليس وسيلة لتعويض الخسارة؛ بل جزاءً عادلاً

يهدف إلى تجريد المخالف من المنفعة التي جناها بسبب عدم الالتزام بالواجب الائتماني للمسؤولين عن إدارة الشركة، الامر الذي يترتب عليه عدم الحاجة لإثبات وقوع ضرر أو خسارة للشركة من تطبيق قاعدة رد الأرباح .

٥. ومن الملفت للإشارة اليه ان المحكمة الإنكليزية في القرار أعاله قضت بعدم جواز تمسك المسؤولين عن إدارة الشركة (المدعى عليهم) بحسن النية أو بما بذلوه من جهد للحصول على الربح من وراء استغلال تلك الفرصة الخاصة بالشركة؛ فالعبرة ليست بكيفية تحقيق الربح، بل بمدى كسبه عن طريق استغلال واجب ائتماني، وهو إشارة غير مباشرة لقوة الواجب الائتماني في ضمير القاضي الإنكليزي .

٦. لم تسمع المحكمة دفوع المدعى عليهم الخاصة بطلب عدم شمول او خصم (المصروفات او افتراض بعض المعوقات التي قد تواجه الشركة اذا ما استغلت هي الفرصة)، وقد يمثل ذلك ردعاً عاماً للمسؤولين عن إدارة الشركة في تطبيق الواجب الائتماني ومن هنا نجد ان وظيفة قاعدة رد الأرباح تمثل حماية سابقة ولاحقة للشركة في الوقت ذاته [٥٢] .

٧. إن رد الأرباح غير المشروعة المطلوبة يشمل جميع الأرباح (الصافية) التي حققها المدعى عليه نتيجة إخلاله بواجباته الائتمانية، أي أنه يجب على المدعى عليه رد جميع الأرباح غير المصرح بها التي حصل عليها بحكم منصبه كأمين للشركة ، ويجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الأرباح وإخلال الأمين بواجباته، وليس أي ربح حققه الأمين هو ما يجب رده، بل إن الأرباح غير المرتبطة بمنصب الوصي [٥٣].وبالانتقال الى القانون الأمريكي وموقفه من قاعدة رد الأرباح ، فإن من المفيد تسليط الضوء هنا على قضية : (1939) *Guth v. Loft, Inc.* ، التي تُعدّ حجر الأساس في نظرية الفرصة والواجب الائتماني في القانون الأميركي، ولا سيما في اطار قاعدة ردّ الأرباح وخلاصة القضية أن Guth، رئيس شركة Loft ، على فرصة تطوير منتجات Pepsi–Cola لنفسه بدلاً من عرضها على الشركة، وقررت المحكمة الامريكية مسؤولية Guth والزامه برد الأرباح والتعويض، لأن ما قام به من اعمال غير مشروعة تمثل خرقاً للواجب الائتماني وقضت إلزامه برد كل الأرباح والمنافع التي جناها نتيجة استغلاله الفرصة المؤسسية للشركة[٥٤].ومن هنا يظهر أن هنالك أوجه شبه بين النظامين المذكورين من حيث الأساس القانوني لمسؤولية أمناء الشركة متمثلاً (بالواجب الائتماني **fiduciary duty**) ، إضافة الى ان النظامين القانونيين يعملا بقاعدة رد الأرباح كجزاء قانوني لاحق لاستغلال أمناء الشركة لواجبهم الائتماني اذا ما استأثروا فرصة الشركة وإذا كان من سؤال يطرح في سياق هذه الاحكام فهو مدى إمكانية تطبيق قاعدة رد الأرباح المعمول بها في القانون الإنكليزي والامريكي ضمن القضاء العراقي اذا ما استغل المسؤولين على إدارة الشركة لواجباتهم الائتمانية (ان جاز التعبير بهذا الوصف) ؟لا نجد في قانون الشركات العراقي (النافذ) إجابة صريحة لهذا التساؤل وقد يكمن ذلك في ان المشرع العراقي لم ينظم الواجبات الائتمانية للمسؤولين عن إدارة الشركة بشكل واسع ومتسلسل ، الا انه وبالانتقال القى القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتحديدا في اطار المصدر الرابع من مصادر الالتزام، قد نجد نظاماً قريباً من قاعدة رد الأرباح في القانون الإنكليزي وتتمثل في قاعدة (الكسب بلا سبب) اذ تنص المادة (٢٤٣) منه على ان الشخص ملزم بتعويض مقابل لما كسبه دون سبب لكل من تضرر من ذلك، الا ان ذلك يصطدم بأمرين : الأول مصطلح التعويض ، والثاني ان التعويض مقابل هذا الضرر ويدور وجوداً وعدماً معه، لذلك من الصعب ان نفترض تطبيق هذا النص في قبال قاعدة رد الأرباح اذا ما خرق المسؤولين عن إدارة الشركة لواجبهم الائتماني ومن هنا ندعو المشرع العراقي لتنظيم قاعدة رد الأرباح ضمن احكام فرصة الشركة التي قد تستغل بشكل غير مشروع من قبل المسؤولين عن ادارتها .

الفرع الثاني التعويض عن استغلال فرصة الشركة

ان موضوع التعويض في اطار خرق الواجبات الائتمانية للمسؤولين عن إدارة الشركة وبخاصة في اطار استئثار هؤلاء لفرصة الشركة، يحظى بأهمية القضاء والفقه الإنكليزي، وكذلك الأمريكي ، أما الفقه القانوني العراقي فإنه لم يؤسس نظريات قانونية مستقلة بسبب ندرة التطبيقات القضائية التي تتضمن دعاوى عن استئثار المسؤولين عن إدارة الشركة لفرصها من دون ترخيص وقد توصلت الدراسة سابقاً الى ان الأساس القانوني لمسؤولية هؤلاء تكمن في الواجبات الائتمانية التي تربطهم بالشركة ، وقد توصلت الدراسة ايضاً الى ان الإخلال القانوني بالواجبات الائتمانية من قبل أمناء الشركة لا يقتصر على تحقيق خسارة مباشرة للشركة فحسب، بل يمتد إلى حرمانها من فرصة مشروعة، ووجدنا أن هذا النوع من الضرر (الضرر المترتب عن استغلال فرصة الشركة من دون ترخيص) له أهمية خاصة في القانونين الإنكليزي والامريكي ، إذ يمثل ضرراً قائماً بذاته يتجاوز النموذج التقليدي لتعويض الضرر المادي في القانون العراقي، ويعالج الحرمان من الاستفادة من الفرص الحقيقية التي كانت من شأنها أن تعود بالنفع على الشركة لو تم عرضها عليها بالإفصاح الكامل وترخيصها من قبل الشركة (وفقاً لما تم دراسته في المطلب الأول من هذه الدراسة)، ويستلزم التعويض في هذا السياق جبر الأثر التجاري السلبي الناتج عن فقدان تلك الفرصة، ومن هنا تنبع أهمية تناول موضوع التعويض ضمن اليات الحماية اللاحقة للشركة .وعليه سنتناول بإيجاز موقف القضاء (الإنكليزي والامريكي) من تعويض الشركة عن استغلال الفرصة من قبل أمناء الشركة ومن ثم نبين موقف القانون العراقي منها ، من خلال فقرات ثلاثة :

أولاً: موقف القانون الإنكليزي :

استمراراً لما تم دراسته من تطبيقات قضائية إنكليزية ، سنتتبع موقف القانون الإنكليزي من تعويض الشركة عن الاستغلال غير المشروع للفرصة من قبل المؤتمنين على الشركة في كل من القانون العام الإنكليزي (Common Law) ومبادئ التعويض العادل (الانصافي) (Equitable Compensation) من خلال فقرتين موجزتين، كما يأتي :

١. التعويض وفقاً لأحكام القانون العام Common Law Damages :

ابتداءً من المهم القول ان القانون العام الإنكليزي يعني مجموعة السوابق القضائية (Judicial Precedent) التي استخلصت فيها المحاكم الإنكليزية قواعد قانونية غير مدونة في تشريعات؛ بل ترسخت عبر التاريخ القضائي عبر تكرار الاحداث المشابهة [٥٥].ويشير الفقه القانوني الإنكليزي الى ان تعويض الشركة عن فوات فرصة الشركة بسبب استغلالها من قبل المسؤولين عن إدارة الشركة وفقاً للسوابق القضائية الإنكليزية يجد أساسه القانوني في اخلال المسؤولين عن إدارة الشركة (الوكلاء) بواجباتهم العقدية او القانونية التي ينتج عنها مسؤولية تقصيرية[٥٦] ، وليس بسبب الاخلال بواجباتهم الائتمانية [٥٧]، وعليه فإن مدير الشركة لا يسأل عن استغلاله لفرصة الشركة الا اذا ثبت عليه انه اخل بواجب عقدي او قانوني مرتبط به ، وتضررت الشركة تضرراً فعلياً ، وان الضرر كان بسبب هذا الاخلال[٥٨]، وبموجب ما تقدم لا تعوض الشركة عن الاخلال بالواجب العقدي او القانوني الا اذا اثبت الشركة انها ستكسب الفرصة فعلاً، لا على أساس ما ربحه المدير من استئثاره بفرصة الشركة، هذا حسب القواعد العامة في القانون العام الإنكليزي للمسؤولية بشكل عام [٥٩] وعليه ، يمكن القول ان التعويض وفقاً للقانون العام الإنكليزي قائم على ذات اركان المسؤولية المدنية في القانون العراقي (ان جاز القياس بين النظامين)، إذ يجب اثبات الضرر الذي تسبب به اخلال المدير بواجب عقدي او قانوني ، والتعويض سيقدر وفقاً لما سيلحق بالشركة من خسارة يمكن للشركة اثباتها (وهو أمر صعب على الشركة ولاسيما اذا كانت الفرصة محتملة احتملاً ضعيف التحقق)والسؤال الذي يطرح هنا ، هل يستعمل القضاء الإنكليزي أدوات القانون العام **Common Law** في جبر ضرر الشركة ؟ لا يوجد قرار إنكليزي واضح استقرّ فيه القضاء على تعويض الشركة عن استئثار المدير بالفرصة التجارية على أساس قواعد القانون العام وحدها من دون استعمال القانون الانصافي، ومن خلال الاطلاع على خلاصة قضية Regal (Hastings) Ltd v Gulliver (1942) ، إذ حاولت المحكمة الابتدائية الإنكليزية اخضاع القضية للقانون العام وتأسيس مسؤولية المدير على أساس العقد والاخلال بواجب قانوني (المسؤولية التقصيرية) ، الا انه فشل عمليا ، وتضمن القرار أن التعويض القائم على الضرر غير مناسب في قضايا الاخلال بالواجبات الائتمانية، لأن القضية لا تتعلق بخسارة الشركة فحسب؛ بل بسلوك المدير وتحقيقه ربحاً غير مشروع بسبب عدم ولائه للشركة [٦٠] ويمكن القول ان القانون العام الإنكليزي قد فشل في تعويض الشركة عن فوات الفرصة التي استأثر بها المسؤول عن إدارة الشركة لنفسه من دون ترخيص قانوني؛ ويكمن السبب في اشتراط القانون العام اثبات (السببية بين الخطأ والضرر) وانه يعامل القضايا المطروحة امام القضاء على أسس من الاخلال بالعقد والتقصير ، لا بوصف الفرصة كمصلحة مستقلة بذاتها وجديرة بالحماية، مما برر للقضاء الإنكليزي الانتقال الى قواعد الانصاف التي سنبين احكامها في الفقرة الثانية .

٢. التعويض الانصافي في القانون الإنكليزي *Equitable Compensation*

تبين من خلال دراسة الفقرة الأولى القضاء الإنكليزي لا يطبق أحكام التعويض التقليدية وفقاً لأحكام القانون العام الإنكليزي وقد أوضحنا الأسباب التي دفعته لذلك من خلال الاستشهاد بالقرارات القضائية الإنكليزية، وقد بيّنا انه انتقل الى آلية أخرى لتعويض الشركة عن استئثار المسؤولين عن إدارة الشركة للفرصة بشكل غير مشروع، قائمة على التعويض الانصافي، والسؤال الذي يتبادر للذهن هنا، ما هو التعويض الانصافي بموجب القانون الإنكليزي وما هو أساسه ؟ وما هي شروط تطبيقه؟ وما هي آثاره القانونية ؟

سنحاول الإجابة عن ذلك من خلال عدة فقرات في ظل قضية:

Rukhadze and others (Appellants) v Recovery Partners GP Ltd and another 2025 وهي من أحدث القضايا الإنكليزية التي فصلت هذا الموضوع تفصيلاً دقيقاً ، كما يأتي :

أ. المقصود بالتعويض الانصافي في اطار فرصة الشركة في القانون الإنكليزي :

يقصد به وسيلة قضائية انصافية لإصلاح خيانة المسؤولين على إدارة الشركة لواجباتهم الائتمانية، ويهدف لإعادة أمانة الشركة عن طريق تعويضها [٦١] . ويظهر من ذلك ان الهدف من التعويض ليس جبر المتضرر بسبب خطأ؛ بل صيانة وحماية الأمانة التي خرقها المسؤول عن إدارة الشركة، ويظهر أيضاً ان الأساس القانوني لتطبيق التعويض العادل ليس قائماً على الخطأ التقصيري ، بل على مساءلة المؤتمن في الشركة عن الاخلال بالواجبات الائتمانية [٦٢] .

ب.**شروط تطبيقه :** وتشترط المحكمة العليا الإنكليزية في القرار المذكور سابقاً لتطبيق التعويض الانصافي وجود واجب ائتماني ، واخلال المسؤول عن إدارة الشركة بهذا الواجب ، وخسارة لحقت بأمانة الشركة من جراء هذا الاخلال، فالقاضي لا يسأل عن الاخلال بالعقد او بالخطأ التقصيري ، بل يبحث في مدى سلامة أمانة الشركة من جراء خرق الواجب الائتماني [٦٣] .

ح. .**آثار اعتماد قواعد التعويض العادل:**

بخصوص الآثار القانونية لتطبيق التعويض العادل في القضاء الإنكليزي ، فقد جاء في القضية المذكورة آنفاً ، أن الإخلال بالواجب الائتماني مُنشئاً لنوعين مختلفين من التعويضات العادلة، الأول هو التعويض عن الخسارة ، والذي يُعنى بتعويض المستفيد عن الخسارة التي فاتته بسبب الاخلال بالواجب الائتماني ، أما النوع الثاني فهو رد الأرباح، والذي يُعنى برد أرباح الأمين إلى المستفيد (التي تم دراسته سابقاً)[٦٤] وبخصوص خلاصة الاثار المترتبة على اعتماد التعويض العادل في القضية الإنكليزية مدار البحث هي ما يأتي :

- التعويض العادل ليس بديلًا رسميًا أو خيارًا يُختار بدلًا من تطبيق قاعدة رد الأرباح، بل هو تعديل محتمل لمقدار ما يُردّ في الحساب اذا ما بذل المسؤولين عن إدارة الشركة جهداً واضحاً في ازدياد كمية الأرباح التي كانت كفرصة للشركة .

- التعويض ناشئ عن استغلال أمناء الشركة فرص الشركة ، ورفضت المحكمة الإنكليزية تطبيق فرضية ما إذا كان الربح كان سيُحقق لولا الخرق كشرط لمسؤولية التعويض العادل، أي أن المسؤولية تتعلق بوجود اخلال للواجب بذاته، لا بما إذا كان الربح مُرتقباً من الشركة من دون هذا الاخلال.

- التعويض العاد يبقى أداة لتخفيف شدة قاعدة (رد الارباح) إذ يجوز للمحكمة أن تمنح إنصافاً يمثل تقدير عمل لمدير الشركة في تحقيق الأرباح.

- تعزيز مبدأ الولاء الكامل للشركة .

- حماية قانونية للمسؤولين عن إدارة الشركة من قسوة تطبيق قاعدة رد الأرباح((تقديرًا لجهودهم ومهارتهم في تحقيق الأرباح)) [٦٥].

نستخلص مما سبق ان التعويض الانصافي في القانون الإنكليزي يمثل وسيلة قضائية لتخفيف حدة القانون العام الإنكليزي (متمثلاً بالسوابق القضائية) في اطار مسؤولية الائتماني، إذ ستتقصى المحكمة المنظور امامها النزاع اثناء تعويض الشركة عن الجهد أو المهارة المبذولة من قبل الائتماني (المدعى عليه)، فللمحكمة بموجب التعويض العادل منح تخفيض إنصافي (equitable allowance) للمدعى عليه .

ثانياً– تعويض الشركة بموجب القانون الامريكي :

سبق القول ان قضية Guth v. Loft, Inc. (1939) تمثل اساساً قضائياً في القانون الأمريكي لحماية فرصة الشركة من أي استغلال غير مشروع، ولا نريد الغوص في تفاصيل هذه القضية ونبتعد في ذلك عن التكرار، ونركز باختصار على موقف القضاء الأمريكي في هذه القضية من التعويض عن قيام المسؤولين عن إدارة الشركة باستئثار فرصة الشركة .اذ بينت المحكمة الامريكية في القضية المذكورة سابقاً انه يحق للشركة إضافة الى مطالبتها برد الأرباح وجميع المنافع التي كسبها المسؤول عن الاخلال بالواجبات الائتمانية ، فإنه يحق للشركة نقل ملكية أي أصول مالية متحصلة من الفرصة الى الشركة ، إضافة الى إمكانية الشركة من مطالبة المحكمة بالتعويض اذا ترتب على فوات الفرصة على الشركة ضرراً مالياً فعلياً وللمحكمة سلطة تقديرية في تقديره، ومن المهم القول ان معيار التعويض لم يكن مجرد تعويض مالي، بل يلزم الائتماني الذي استغل الفرصة أيا كان منصبه بردها ذاتها إلى الشركة، أو تحويل الأرباح الناتجة عنها إليها [٦٦]وهو قريب جداً من توجه القضاء الإنكليزي .

ثالثاً– موقف قانون الشركات العراقي من تعويض الشركة عن استئثار المسؤولين عن إدارة الشركة للفرصة:

من خلال مراجعة قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ (المعدل) نجد ان المشرع العراقي قد وضع قواعد عامة غير تفصيلية لاستغلال المسؤولين عن إدارة الشركة لمراكزهم القانونية على حساب مصلحة الشركة؛ الا انه يمكن القول انه لم ينص صراحة على تنظيم الفرصة التجارية للشركة ، بوصفها حق يحميه القانون بصورة مباشرة ، وإن كنا نرى انه عالجه بصورة غير مباشرة من خلال بعض الواجبات التي فرضها على المسؤولين عن إدارة الشركة كواجب الأمانة وحسن النية، او واجب عدم تضارب المصالح، او من خلال تنظيم مسؤولية المدير عن أي ضرر يسببه للشركة.والخلاصة ان المشرع العراقي لا يتبنى أحكاماً قانونية صريحة للفرصة التجارية بوصفها حق للشركة كما هو حال القانونين الإنكليزي والامريكي ، مما يفتح المجال امام تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية، وعليه وبسبب الأهمية العملية لتنظيم احكام الفرصة التجارية للشركة ، فإننا ندعو المشرع العراقي لتنظيمها ضمن قانون الشركات بوصفه خطوة إيجابية لتعزيز واجب الولاء وتطوير قواعد حوكمة الشركات ، وفقاً لصياغة دقيقة لحماية مصلحة الشركة وفقاً لأحكام قانونية تتضمن بالضرورة معايير الفرصة وإمكانية الترخيص باستغلالها، والاثار القانونية المترتبة على استغلالها بشكل غير مشروع .

الخاتمة :

من خلال دراسة موضوع ((**نظرية الفرصة التجارية– دراسة تحليلية لأبعادها القانونية والعملية في شركات المساهمة مقارنة بالقانون الانكلوسكسوني**)) فقد أسفر بحثها عن جملةٍ من الاستنتاجات والتوصيات، نفصلهما تباعاً على النحو الاتي :

أولاً: الاستنتاجات

١. ان من بين أهداف كل من القوانين محل المقارنة هو تحقيق مصلحة الشركة وحمايتها وعدم تقديم المصالح الفئوية عليها مع اختلاف تلك القوانين في نطاق تلك المصلحة والياتها وإجراءات تحقيقها.

٢. ان فرصة الشركة ما هي الا مصلحة أو منفعة ذات قيمة ترتبط بنشاط الشركة ويفترض ان تعود عوائدها الربحية لها، ويمنع استغلالها من قبل المسيطرين على شؤون الشركة .

٣. ان ضبط ماهية الفرصة في اطار الشركات التجارية يؤدي الى تحديد ما إذا كان النزاع قانونياً أم خارج نطاق الحماية القانونية لمصلحة الشركة، ويؤدي من حيث النتيجة الى ضبط نطاق مسؤولية المطلعين على فرص الشركة؛ فضلاً عن انه قد يؤدي الى منع الدعاوى الكيدية ورفع جودة التقاضي، وتأسيس معيار موضوعي للتعويض عن استغلال فرصة الشركة .

٤. لم نجد في التشريع والقضاء والفقه القانوني العراقي تعريفاً صريحاً للفرصة التجارية بل لتنظيمها القانوني عموماً ، رغم ما لها من أثر بالغ في تنظيم سلوك القائمين على إدارة الشركات التجارية، في الوقت الذي وجدنا فيه مساحة قانونية واسعة للفرصة التجارية في القانون والقضاء والفقه الانجلوسكسوني.

٥. إن من بين معايير فرص الشركة التي وضعها القضاء الانجلوسكسوني هي: (نشاط الشركة، توقع الشركة للفرصة ، قدرة الشركة المالية لكسب الفرصة او استغلالها ، طريقة حصول المدير على الفرصة)

٦. توصلت الدراسة الى ان الأساس القانوني لحماية فرصة الشركة في القانون الأمريكي قائمة على عدة أسس قانونية (مجتمعة) ، الأول هو الواجب الائتماني للمسؤولين عن إدارة الشركة والثاني واجب الولاء من خلال معيار الإنصاف والعدالة مع مراعاة الواقع الاقتصادي للشركة وفقاً لمعايير متعددة لمفهوم فرص الشركة .

٧. وجد الباحث ان حماية فرصة الشركة قد تكون سابقة من خلال التزام المسؤولين عن الإدارة بواجبات ائتمانية عدة، أهمها (واجب الإفصاح، وترخيص الشركة باستغلال الفرصة)، ويهدف هنا إلى ضمان شفافية العلاقة الائتمانية ومنع اختلال توازن المصالح بين الشركة وأمنائها.

٨. ان كتمان الفرصة المرتبطة بنشاط الشركة من قبل أي من المسؤولين عن إدارة الشركة يعد إخلالًا بهذه الواجبات، وحسب تعبير القانون الإنكليزي اخلالاً بالواجبات الائتمانية الملقاة على عاتق المسؤولين على إدارة الشركة ولا سيماء الولاء للشركة،

٩. كشفت الدراسة عن احاطة القانون الانكليزي الشركة بحماية لاحقة لاستغلال الفرصة بشكل غير مشروع من خلال قاعدة (رد الأرباح) التي تعد مختلفة تماماً عن التعويض .

١٠.أخذ القانون الإنكليزي بما يسمى قضائياً بـ (التعويض الانصافي) وهو وسيلة قضائية لتخفيف حدة القانون العام الإنكليزي (متمثلاً بالسوابق القضائية) في اطار مسؤولية الائتماني.

ثانياً: التوصيات

١. نوصي المشرع العراقي الى تنظيم احكام قانونية لفرصة الشركة بوصفها احد أهم حقوقها التي قد تستغل من قبل المسؤولين عن إدارة الشركة، ولا سيما ان قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل، اكتفى بإشارات غير مباشرة لها قد يستنبطها القاضي من خلال بعض النصوص المتفرقة ولا سيما في اطار تضارب المصالح والتزام أمناء الشركات بالإفصاح، وقواعد الحوكمة المؤسسية للشركات ، وهي لا ترقى إلى تنظيم متكامل يعالج مفهوم فرصة الشركة بوصفها مصلحة قانونية مستقلة جديرة بالحماية

٢. ندعو المشرع العراقي الى ان يتضمن التنظيم القانوني المقترح أعلاه كحد أدنى الاحكام الاتية :

أ. اعتبار فرصة الشركة حق خالص للشركة ويدخل ضمن مفهوم (مصلحة الشركة)

ب. وضع معايير عامة ضابطة لمفهوم (فرصة الشركة) وقد تم دراسة ذلك تفصيلاً خلال هذه الدراسة .

ت. بيان الاحكام القانونية لإمكانية عرضها على مجلس الإدارة او الهيئة العامة ، واحكام الترخيص باستغلالها من قبل أي من المطلعين على تلك الفرصة) ضمن احكام (الإفصاح و الترخيص).

ث. بيان المسؤولية القانونية لمن استغل فرصة الشركة خلافاً لاحكام الإفصاح والترخيص .

ج. بيان احكام التعويض الخاصة بالاستغلال غير المشروع لفرصة الشركة ، وندعو لدراسة إمكانية تطبيق قاعدة رد الأرباح المعمول بها في القانون الإنكليزي والامريكي ضمن القضاء العراقي اذا ما استغل المسؤولين على إدارة الشركة لواجباتهم الائتمانية .

٣. في حال غياب النص القانوني ، ندعو القضاء العراقي لتطبيق احكام الكسب غير المشروع اذا ما قدمت اليه دعاوى بشأن الاستغلال غير المشروع لفرصة الشركة، اذا لم تكفي قواعد المسؤولية العقدية بجبر اضرار الشركة من فوات الفرصة، بعد ان يكيف الواقعة المعروضة على مخالفة المبدأ العام الذي قام عليه قانون الشركات العراقي (النافذ) في اطار منع تضارب المصالح وفقاً للاستنتاجات المذكورة في متن البحث ، بوصف الفرصة مصلحة قانونية مستقبلية للشركة جديرة بالحماية.

١١.ندعو المشرع العراقي الى تنظيم محكم للواجبات الائتمانية التي تعالج عدة مشكلات قانونية ومنها حماية الفرص التجارية للشركة .

قائمة المصادر :

أولا : المصادر باللغة العربية

الكتب :

١. د.باسم محمد صالح ، د. عدنان احمد ولي : القانون التجاري ، الشركات التجارية ، مكتبة السنهوري ، بغداد.

٢. د.حسين فتحي : تعاملات المطلعين على اسرار اسهم الشركة ، دار النهضة العربية ، مصر– القاهرة ، ١٩٩٦.

٣. د.حكمت رشيد سلطان ، د.محمود محمد أمين عثمان: الريادة منظور استراتيجي دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان–الأردن،٢٠٢١ .

٤. د.حيدر داود سلمان ، تضارب المصالح في شركة المساهمة– دراسة قانونية مقارنة ، مكتبة السنهوري، بيروت – ٢٠٢٢.

٥. د.سلامة عبد الصانع امين : مسؤولية مجلس إدارة الشركة المساهمة ولجانه عن حوكمة الشركة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٦.

٦. د.سلامة عبد الصانع امين، الوجيز في الرقابة على تعاملات المطلعين على اسرار الشركة، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة،

٧. د. سلامة عبد الصانع امين علم الدين : الالتزام بالإفصاح والشفافية كأحد معايير حوكمة الشركات ، دار النهضة العربية، القاهرة–٢٠١٦

٨. د.فاروق إبراهيم جاسم : القانون التجاري العراقي ، ج٤ ، المكتبة القانونية ، بغداد–٢٠٢٤.

٩. د.فاروق إبراهيم جاسم : الموجز في الشركات التجارية ، المكتبة القانونية، بغداد – ٢٠١٨.

١٠.د. لطيف جبر كوماني : الشركات التجارية/ دراسة مقارنة ، الجامعة المستنصرية ، ٢٠٠٦.

١١.د. محمد علي سويلم : حوكمة الشركات في الأنظمة العربية والمقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠١٠.

١٢.د.عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني/ مصادر الالتزام، المكتبة القانونية ، بغداد، ٢٠٠٧.

١٣. وجدي سلمان حاطوم : دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية– دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي القانونية ، بيروت – ٢٠٠٧

ب ـ الرسائل:

١. د. حيدر داود سلمان : تضارب المصالح في شركة المساهمة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء/كلية القانون، ٢٠٢١

ج الدوريات والبحوث:

١. د. نهى خالد عيسى، د. ميثاق طالب عبد : عروض الشراء وأثرها في تداول الأسهم في سوق الأوراق المالية – دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون – جامعة بغداد ، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد في ٧/١١/٢٠١٩ تحت عنوان "استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة "

د القوانين:

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ (المعدل) .

٢. قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ (المعدل) .

second : English References:

A-Articles and Papers:

1. AHERN, Deirdre. Guiding rinciples for Directorial Conflicts of Interest: Re Allied Business and Financial Consultants Ltd; O'Donnell v Shanahan. The Modern Law Review, 2011, 74.4
2. ANABTAWI, Iman; STOUT, Lynn. Fiduciary duties for activist shareholders. Stan. L. Rev., 2007, 60
3. CARPENTER, Charles E. Court Decisions and the Common Law. Columbia Law Review, 1917, 17.7.

4. CHURK, Shue Sing. Avoidance of Loss, Regal Hastings and the No Conflict Rule. Company Lawyer, 2013, 34.
5. BEVERIDGE JR, Norwood P. The Corporate Director's Fiduciary Duty of Loyalty: Understanding the Self-Interested Director Transaction. DePaul L. Rev., 1991, 41.
6. BISHOP, Carter G. A good faith revival of duty of care liability in business organization law. Tulsa L. Rev., 2005, 41 .
7. GARTNER, William B., et al. A brief history of the idea of opportunity. In: Research handbook on entrepreneurial opportunities. Edward Elgar Publishing, 2017.
8. GELTER, Martin; HELLERINGER, Geneviève. Corporate opportunities in the US and in the UK: how differences in enforcement explain differences in substantive fiduciary duties. In: Research Handbook on Fiduciary Law. Edward Elgar Publishing, 2018.
9. GELTER, Martin; HELLERINGER, Geneviève. Opportunity makes a thief: Corporate opportunities as legal transplant and convergence in corporate law. Berkeley Bus. LJ, 2018, 15: 92.
10. GOLD, Andrew S. The New Concept of Loyalty in Corporate Law. UC Davis L. Rev., 2009, 43
11. John Lowry , Chris Riley DIGNAM, Alan. Hicks & Goo's cases and materials on company law. Oxford university press, USA, 2011.
12. KERR, Janet E. Developments in Corporate Governance: The Duty of Good Faith and Its Impact on Director Conduct. Geo. Mason L. Rev., 2004, 13. .
13. KLAUS, Mika. Corporate Opportunities in a Comparative Perspective. PhD diss., Tilburg University, 2017.
14. KOCH, Julien. Law of Corporate Opportunities: A Comparative Analysis. Revue Droit & Affaires, 2017, 142.
15. Lord Sales, 'Default Rules in the Common Law: Substantive Rules and Precedent' (paper presented at the International Workshop on Default Rules in Private Law, University of Oxford, 24 March 2023).
16. LOWRY, John. Codifying the corporate opportunity doctrine: The (UK) Companies Act 2006. International Review of Law, 2012, 2012.1: 5.
17. MAHONEY, Patricia. Corporations-Doctrine of Corporate Opportunity. Marq. L. Rev., 1951, 35: 44.
18. MAHONEY, Patricia. Corporations-Doctrine of Corporate Opportunity. Marq. L. Rev., 1951, 35
19. NOLAN, Richard. Regal (Hastings) Ltd v Gulliver (1942). 2012.
20. NWAFOR, Anthony O.; OKOLI, Chinwe Kate. THE CORPORATE OPPORTUNITY DOCTRINE–AN INFLEXIBLE OR FLEXIBLE RULE.
21. OYSON III, Manuel Jose. The Law on Corporate Opportunity Transactions by Directors: A Comparative Analysis of Australian Law and Delaware Law. Perspective, 2005, 25.4.
22. PRESTIDGE, Patrick. Do not adopt a double negative: an international comparison of the Corporate Opportunities Doctrine. Plymouth Law Review, 2020, 13.1
23. SCOTT, Struan. The Corporate Opportunity Doctrine and Impossibility Arguments. The Modern Law Review, 2003, 66.6
24. BERRYMAN, Jeffrey. The compensation principle in private law. Loy. LAL Rev., 2008, 42: 91..
25. SLAUGHTER, James C. The Corporate Opportunity Doctrine. Sw. LJ, 1964, 18.
26. STEEL, Sandy. Causation in English tort law: Still wrong after all these years. University of Queensland Law Journal, The, 2012, 31.2.
27. WITNEY, Simon. Corporate opportunities law and the non-executive director. Journal of Corporate Law Studies, 2016, 16.1.
28. YING, Jennifer. Guth v. Loft: The Story of Pepsi-Cola and the Corporate Opportunity Doctrine. Loft: The Story of Pepsi-Cola and the Corporate Opportunity Doctrine (May 8, 2009).
29. YING, Jennifer. Guth v. Loft: The Story of Pepsi-Cola and the Corporate Opportunity Doctrine. Loft: The Story of Pepsi-Cola and the Corporate Opportunity Doctrine (May 8, 2009), 2009.
30. ZION, Yifat Naftali Ben. Cleaning Up the Corporate Opportunity Doctrine Mess: A First Principles Approach. Wash. & Lee L. Rev., 2023, 80

A- Legislation

U.K Legislation:

- The Companies Act 2006

c- Official Website of the Supreme Court of the United Kingdom, *Default Rules in Common Law*, available at: Supreme Court of the United Kingdom and: UKSC-2023-0062 Judgments

هوامش البحث

[١] ينظر : د. فاروق إبراهيم جاسم : القانون التجاري العراقي ، ج٤ ، المكتبة القانونية ، بغداد–٢٠٢٤ ، ص٤٧٠–٤٨٥ .

[٢] ينظر : د. لطيف جبر كوماني : الشركات التجارية/ دراسة مقارنة ، الجامعة المستنصرية ، ٢٠٠٦ ، ص٢٤٥–٢٥٠ .

[3] See: LOWRY, John. THE CODIFICATION OF DIRECTORS'DUTIES: CAPTURING THE ESSENCE OF THE CORPORATE OPPORTUNITY DOCTRINE. *Corporate Ownership and Control*, 2006.p29 . and: AHERN, Deirdre. Guiding Principles for Directorial Conflicts of Interest: Re Allied Business and Financial Consultants Ltd; O'Donnell v Shanahan. *The Modern Law Review*, 2011, 74.4: p.596

[4] GELTER, Martin; HELLERINGER, Geneviève. Opportunity makes a thief: Corporate opportunities as legal transplant and convergence in corporate law. Berkeley Bus. LJ, 2018, 15: 92. P.120 .

[٥] د. حيدر داود سلمان : تضارب المصالح في شركة المساهمة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء/كلية القانون، ٢٠٢١ ، ص٨٥.

[6] KOCH, Julien. Law of Corporate Opportunities: A Comparative Analysis. Revue Droit & Affaires, 2017, 142. p.144.

[7] GELTER, Martin; HELLERINGER, Geneviève. Corporate opportunities in the US and in the UK: how differences in enforcement explain differences in substantive fiduciary duties. In: Research Handbook on Fiduciary Law. Edward Elgar Publishing, 2018. p. 33٥-3٣٧.

[٨] ينظر: د.حكمت رشيد سلطان ، د.محمود محمد أمين عثمان: الريادة منظور استراتيجي دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان–الأردن،٢٠٢١، ص٢٨٦.

[٩] ينظر : د. نهى خالد عيسى، د. ميثاق طالب عبد : عروض الشراء وأثرها في تداول الأسهم في سوق الأوراق المالية – دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون – جامعة بغداد ، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد في ٧/١١/٢٠١٩ تحت عنوان "استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة " ، ص ٢٠٤–٢٠٥ .

[١٠] ينظر : د. باسم محمد صالح ، د. عدنان احمد ولي : القانون التجاري ، الشركات التجارية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ص ١٢–١٤.

[11] GARTNER, William B., et al. A brief history of the idea of opportunity. In: Research handbook on entrepreneurial opportunities. Edward Elgar Publishing, 2017. p. 46.

[١٢] ينظر: وجدي سلمان حاطوم : دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية– دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي القانونية ، بيروت – ٢٠٠٧، ص١٩٧–٢٠١.

[١٣] د.حسين فتحي : تعاملات المطلعين على اسرار اسهم الشركة ، دار النهضة العربية ، مصر– القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص٢٠–٢٥ .

[14] WITNEY, Simon. Corporate opportunities law and the non-executive director. *Journal of Corporate Law Studies*, 2016, 16.1: p.149-150.
LOWRY, John. Codifying the corporate opportunity doctrine: The (UK) Companies Act 2006. International Review of Law, 2012, 2012.1: 5.p.4.

[15] NOLAN, Richard. Regal (Hastings) Ltd v Gulliver (1942). 2012.p.499-504. And: CHURK, Shue Sing. Avoidance of Loss, Regal Hastings and the No Conflict Rule. Company Lawyer, 2013, 34: p.73 .

[١٦] للمزيد عن الاحكام القانونية للمطلعين على اسرار الشركة، ينظر : د. سلامة عبد الصانع امين، الوجيز في الرقابة على تعاملات المطلعين على اسرار الشركة، دار النهضة العربية ، مصر – القاهرة، ٢٠١٧، ص ٨٠.

[17] SLAUGHTER, James C. The Corporate Opportunity Doctrine. Sw. LJ, 1964, 18: p.96.

[18] YING, Jennifer. Guth v. Loft: The Story of Pepsi-Cola and the Corporate Opportunity Doctrine. *Loft: The Story of Pepsi-Cola and the Corporate Opportunity Doctrine (May 8, 2009)*, 2009.

[19] LOWRY, John: op cit , p. 4,5 .

[20] KLAUS, Mika. Corporate Opportunities in a Comparative Perspective. PhD diss., Tilburg University, 2017.p.33 .

[(21)] ANABTAWI, Iman; STOUT, Lynn. Fiduciary duties for activist shareholders. Stan. L. Rev., 2007, 60: P.1262

[(22)] John Lowry , Chris Riley DIGNAM, Alan. Hicks & Goo's cases and materials on company law. Oxford university press, USA, 2011. P.41

[23] CASSIM, Maleka Femida. Op.cit 1: p.93 .

[24] CASSIM, Maleka Femida. Op.cit 1: p.94.

[25] GELTER, Martin; op.cit, p.119 .

(26) BEVERIDGE JR, Norwood P. The Corporate Director's Fiduciary Duty of Loyalty: Understanding the Self-Interested Director Transaction. *DePaul L. Rev.*, 1991, 41: 687-688 .

ومن المهم الاشارة الى ان قانون الشركات الانكليزي لسنة ٢٠٠٦ قد اخرج الالتزام بـ"الرعاية" من ضمن اطار الالتزامات الائتمانية كما سنرى ذلك تفصيلا.

(27) GOLD, Andrew S. The New Concept of Loyalty in Corporate Law. *UC Davis L. Rev.*, 2009, 43: P. 487 .

28 See : Article 17 ٥ than Companies Act 2006 . and, GELTER, Martin; HELLERINGER, Geneviève: op.cit, 122-123.

29 MAHONEY, Patricia. Corporations-Doctrine of Corporate Opportunity. Marq. L. Rev., 1951, 35: 44. p.44.

30 See : YING, Jennifer. Guth v. Loft: The Story of Pepsi-Cola and the Corporate Opportunity Doctrine. Loft: The Story of Pepsi-Cola and the Corporate Opportunity Doctrine (May 8, 2009).

(٣١) تنص المادة (١) من القانون اعلاه على انه : ((يهدف هذا القانون إلى: ٣- حماية حاملي الاسهم من تضارب المصالح ومن سوء تصرف مسؤولي الشركة ومالكي أغلبية الاسهم فيها، والمسيطرين على شؤونها فعلياً.)) .

٣٢ ينظر : د. فاروق إبراهيم جاسم : الموجز في الشركات التجارية ، المكتبة القانونية، بغداد – ٢٠١٨ ، ص١٩٠.

٣٣ ينظر : د. سلامة عبد الصانع امين : مسؤولية مجلس إدارة الشركة المساهمة ولجانه عن حوكمة الشركة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٦،ص١٣٢ .

(٣٤) د. سلامة عبد الصانع امين علم الدين : الالتزام بالإفصاح والشفافية كأحد معايير حوكمة الشركات ، دار النهضة العربية، القاهرة-٢٠١٦، ص ٧ .

(35) KERR, Janet E. Developments in Corporate Governance: The Duty of Good Faith and Its Impact on Director Conduct. Geo. Mason L. Rev., 2004, 13: 1040-1049 .

(36) BISHOP, Carter G. A good faith revival of duty of care liability in business organization law. Tulsa L. Rev., 2005, 41:p. 477-480 .

37 SLAUGHTER, James C : op.cit , p.104 .

(38) See : Article 417 than Companies Act 2006 Which states: "Contents of directors' report: business review (1) Unless the company is subject to the small companies' regime, the directors' report must contain a business review. (2) The purpose of the business review is to inform members of the company and help them assess how the directors have performed their duty under section 172 (duty to promote the success of the company). "

39 LOWRY, John: op.cit, p.8

40 NWAFOR, Anthony O.; OKOLI, Chinwe Kate. THE CORPORATE OPPORTUNITY DOCTRINE–AN INFLEXIBLE OR FLEXIBLE RULE. p. 26-27 .

41 SCOTT, Struan. The Corporate Opportunity Doctrine and Impossibility Arguments. The Modern Law Review, 2003, 66.6: p.٨٦٥-866

42OYSON III, Manuel Jose. The Law on Corporate Opportunity Transactions by Directors: A Comparative Analysis of Australian Law and Delaware Law. Perspective, 2005, 25.4: 603. And: CHEW, Pat K. Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine. NCL Rev., 1988, 67: 455-556.

٤٣ المواد (١٧٧-١٨٤) من قانون الشركات الإنكليزي لسنة ٢٠٠٦ .

(٤٤) ينظر لطفا ، المواد (١١٠)و (١١٩) من قانون الشركات العراقي النافذ .

(45) See s.178 of the C.A. 2006 which states: ((1) The consequences of breach (or threatened breach) of sections 171 to 177 are the same as would apply if the corresponding common law rule or equitable principle applied. (٢)The duties in those sections (with the exception of section 174 (duty to exercise reasonable care, skill and diligence)) are, accordingly, enforceable in the same way as any other fiduciary duty owed to a company by its directors " .

46 WITNEY, Simon. Corporate opportunities law and the non-executive director. Journal of Corporate Law Studies, 2016, 16.1: p.164-166 .and ; LOWRY, John. Codifying the corporate opportunity doctrine: The (UK) Companies Act 2006. International Review of Law, 2012, 2012.1: 5. P.15-16 . and; PRESTIDGE, Patrick. Do not adopt a double negative: an international comparison of the Corporate Opportunities Doctrine. Plymouth Law Review, 2020, 13.1: 168-169.

47 SCOTT, Struan. The Corporate Opportunity Doctrine and Impossibility Arguments. *The Modern Law Review*, 2003, 66.6: p.854 .

[48] MAHONEY, Patricia. Corporations-Doctrine of Corporate Opportunity. Marq. L. Rev., 1951, 35: p.45 , and: ZION, Yifat Naftali Ben. Cleaning Up the Corporate Opportunity Doctrine Mess: A First Principles Approach. *Wash. & Lee L. Rev.*, 2023, 80: 1655- 1656 .

[٤٩] ينظر في علاقة الصفقات وفرص الشركة: د. محمد علي سويلم : حوكمة الشركات في الأنظمة العربية والمقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠١٠ ، ص ٢٧٤-٢٧٨ .

[٥٠] الموقع الالكتروني الرسمي للمحكمة العليا في المملكة المتحدة :

https://www.supremecourt.uk/cases/judgments/uksc-2023-0062?utm

[51] المصدر نفسه . وخلاصة القضية أعلاه، ان المدعى عليه كان في مركز ائتماني ، وقام مع مجموعة من المؤتمنين في الشركة باستغلال فرصة تجارية مرتبطة بعملهم لصالحهم الشخصي بدلاً من الشركة التي يمثلونها، خلصت المحكمة الى ان ذلك يعد خرقاً لواجبات الأمانة والولاء .

[٥٢] الموقع الالكتروني الرسمي للمحكمة العليا في المملكة المتحدة، مصدر الكتروني سابق .

[٥٣] المصدر نفسه ، الفقرة ٢٧٠ .

[54] YING, Jennifer; op cit . p.13 .

[55] See: Lord Sales, 'Default Rules in the Common Law: Substantive Rules and Precedent' (paper presented at the International Workshop on Default Rules in Private Law, University of Oxford, 24 March 2023)p.1 .

الموقع الرسمي الالكتروني للمحكمة العليا الإنكليزية :

https://supremecourt.uk/uploads/Default_Rules_in_Common_Law_Lord_Sales_5fbadbd54a.pdf

and: CARPENTER, Charles E. Court Decisions and the Common Law. Columbia Law Review, 1917, 17.7: 599-60.

[56] See: BERRYMAN, Jeffrey. The compensation principle in private law. Loy. LAL Rev., 2008, 42: 91.p. 93 .

[٥٧] وهذا ما يميزها عن التعويض الانصافي كما سنرى في الفقرة الثانية .

[٥٨] ويعبر عنه بالرابطة السببية في المدني العراقي ، ينظر : المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ (المعدل) وكذلك : د.عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني/ مصادر الالتزام، المكتبة القانونية ، بغداد، ٢٠٠٧ ، ص٤١٥.

[59] STEEL, Sandy. Causation in English tort law: Still wrong after all these years. University of Queensland Law Journal, The, 2012, 31.2: 243-٢٤٤.

[60] NOLAN, Richard. Regal (Hastings) Ltd v Gulliver (1942). 2012. p. 504

[٦١] الموقع الرسمي للمحكمة العليا الإنكليزية الالكتروني ، مصدر سابق ، فقرة (The current law) .

[٦٢] وأهمها الولاء للشركة وواجب عدم تضارب المصالح وواجب لا ربح غير مشروع التي تم دراستها سابقاً في المبحث الأول، وللمزيد عن تفاصيلها ينظر: د. حيدر داود سلمان ، تضارب المصالح في شركة المساهمة- دراسة قانونية مقارنة ، مكتبة السنهوري، بيروت – ٢٠٢٢ ، ص ٧٨ وما بعدها.

[٦٣] الموقع الرسمي للمحكمة العليا الإنكليزية الالكتروني ، مصدر سابق، الفقرة (١٧).

[٦٤] الموقع الرسمي للمحكمة العليا الإنكليزية الالكتروني ، مصدر سابق ، الفقرة ٢٦٢ .

[٦٥] المصدر نفسه ، الفقرة ٥٧، ٥٨ من القرار . .

[66] OYSON III, Manuel Jose. The Law on Corporate Opportunity Transactions by Directors: A Comparative Analysis of Australian Law and Delaware Law. *Perspective*, 2005, 25.4: 603.