حماية أعضاء مجلس الإدارة من تبعات إخلالهم بواجباتهم الخاصة: دراسة لتطوير آلية حماية أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة العامة وفق قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦

الدكتور/ فهد نعمة الشمري(*)

ملخص:

شهد قانون الشركات الكويتي الجديد في الأعوام الأخيرة تطورًا هامًا في المفاهيم والقواعد التي تم إدخالها في نصوصه، إلا أن مسألة حماية أعضاء مجلس الإدارة أثناء إدارتهم للشركة لم تشهد أي تطوير من قبل المشرع الكويتي، حيث أعاد ذات التنظيم الذي حمله قانون الشركات القديم، وهو أن إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة في الجمعية لن يحول دون إقامة دعوى المسؤولية تجاه أعضاء مجلس الإدارة؛ الأمر الذي سوف يؤثر سلبًا على أداء مجلس إدارة الشركة وسرعة العمليات التجارية التي تحتاجها الشركة، وذلك لأنه إذا ما فشلت قراراتهم التجارية التي اتخذوها أثناء إدارة الشركة، لن تكون هناك حماية تمنع من خطر الرجوع عليهم شخصياً وفق هذا التنظيم، وفي الوقت ذاته، لم يقيد قانون الشركات الكويتي الجديد الجمعية العامة بأية شروط أثناء منحها موافقتها لعضو مجلس الإدارة للقيام بالتعاملات التي تحمل تعارض مصالح عضو مجلس الإدارة مع الشركة، يترتب على ذلك أيضاً قدرة أعضاء مجلس الإدارة على استخلاص منافع شخصية لهم على حساب المساهمين دون إمكانية الرجوع إليهم بسبب هذه الموافقة، بناء عليه ومن خلال منهج البحث العلمي المقارن، تم تسليط الضوء في هذا البحث على مدى إمكانية الوصول إلى نقطة توازن بين حماية أعضاء مجلس الإدارة عن قراراتهم التجارية وحماية المساهمين من تعاملات أعضاء مجلس الإدارة التي تنطوي على تعارض مصالحهم مع مصلحة الشركة.

المقدمة

يُعد مجلس إدارة شركة المساهمة العامة هو العقل المفكر والمدبر لشؤونها، وهو الذي يقوم بتوجيه نشاط الشركة و أعمالها(١)، حيث يمارس مجلس إدارة شركة المساهمة

(*) قسم القانون الخاص، كلية الحقوق - جامعة الكويت

(١) د. أماني حسن أحمد محمد علي، مجلس الإدارة في شركات المساهمة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، فرع بني سويف، ٢٠٠٢، ص ٦٤٥، وللمزيد حول ذلك انظر: مصطفى طه، مبادئ القانون التجاري، دار الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، ١٩٩٨، ط١.

العامة من الناحية العملية دورًا يفوق في أهميته دور الجمعية العامة للشركة في عالم الأعمال التجارية؛ وذلك بسبب الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها[٢].

وفي الكويت، منح قانون الشركات الكويتي الجديد لمجلس إدارة شركة المساهمة العامة صلاحية التصرف في الأمور التي تحقق أغراض وأهداف الشركة وفقاً لغرض تأسيسها، وأنه لا يحد من هذه الصلاحية، إلا ما تم تقييده في عقد تأسيس الشركة أو القانون،[٣] وبذلك قد أقر قانون الشركات الكويتي أن مجلس الإدارة هو صانع القرار الأساسي في الشركة حينما لم يشترط أن تصدر القرارات المتعلقة بإدارة أمور الشركة التجارية من قبل الجمعية العامة إلا في بعض الحالات الخاصة.

وعلى الرغم من تمتع مجلس الإدارة بسلطات واسعة في إدارة الشركة،[٤] إلا أن هناك بعض المخاوف لدى أعضاء مجلس الإدارة تجاه تعرضهم لدعوى المسؤولية والرجوع عليهم شخصيًا من قبل المساهمين في حال فشل قراراتهم التجارية التي اتخذوها أثناء إدارتهم للشركة،[٥] فالفكرة لدى أعضاء مجلس الإدارة أنه ما دامت الأعمال التجارية المتعلقة بإدارة الشركة تنطوي على درجة من المخاطرة، وأنها قد تسبب خسائر للشركة والمساهمين، فإنه لابد أن يقابل ذلك وجود آلية تحميهم إذا فشلت قراراتهم التجارية دون أن يكون الإهمال أو الاحتيال أو تعارض المصالح سببًا لفشل هذه القرارات.[٦]

---

(٢) ومن أهم مبررات السيادة الفعلية لمجلس إدارة شركة المساهمة العامة هو مبدأ الفصل بين الملكية والإدارة Separation of Ownership and Management الذي يعتبر أحد الملامح الرئيسية لإدارة شركة المساهمة العامة؛ حيث يعتبر مجلس الإدارة صانع القرار الأساسي في الشركة والمسير الرئيسي لمصالح الشركة مقارنة بالمساهمين الذين تكون سلطتهم مقصورة على تقرير المسائل المصيرية في حياة الشركة كحل الشركة أو بيعها دون أن يكون لهم سلطة المشاركة في اتخاذ القرارات التجارية التي يتم من خلالها إدارة الشركة وفقاً لغرض إنشائها. انظر:
Enya He and David W. Sommer, Separation of Ownership and Control: Implications for Board Composition, The Journal of Risk and Insurance Vol. 77, No. 2, (June 2010). At Page 265 - 95.

(٣) نصت المادة ١٨٤ من قانون الشركات الكويتي الجديد على: «لمجلس الإدارة أن يزاول جميع الأعمال التي تقتضيها إدارة الشركة وفقاً لأغراضها، ولا يحد من هذه السلطة إلا ما نص عليه القانون أو عقد الشركة أو قرارات الجمعية العامة. ويبين في عقد الشركة مدى سلطة مجلس الإدارة في الاقتراض ورهن عقارات الشركة وعقد الكفالات، والتحكيم، والصلح، والتبرعات.»

(٤) د. محمد فريد العريني، الشركات التجارية – المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٢١١.

(٥) د. عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية – دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، ط ٣، ٢٠١٢، ص ٣٩٥.

(٦) Jan, S., & Sangmi, M., The Role of Board of Directors in Corporate Governance. Imperial Journal of Interdisciplinary Research, 2 (5), 2016, At Page 710.

بيد أن الإشكالية وفق قانون الشركات الكويتي الجديد تكمن في أنه لم ينظم أي حماية لأعضاء مجلس الإدارة في حالة فشلِ قراراتهم التجارية التي يتخذونها أثناء إدارتهم للشركة؛[٧] حيث نص قانون الشركات الكويتي الجديد صراحةً في المادة ٢٠١ منه على أن إبراء الذمة الصادر من الجمعية العامة للشركة لن يَحول دون إقامة دعوى المسؤولية تجاه أعضاء مجلس الإدارة، بالتالي، حتى لو اتخذ أعضاء مجلس الإدارة قراراتهم التجارية وفق العناية المطلوبة والشروط التي قررها القانون أثناء إدارتهم للشركة، فسوف يتعرضون لخطر المسؤولية الشخصية، وإمكانية الرجوع عليهم شخصيًا من قِبل المساهمين، إذا ما فشلت قراراتهم التجارية؛ وذلك لأن الإبراء الصادر من الجمعية العامة لن يحول دون إقامة دعوى المسؤولية.[٨]

بالمقابل من ذلك، قرر قانون الشركات الكويتي الجديد إمكانية حصول أعضاء مجلس الإدارة على موافقة وترخيص من الجمعية العامة في التعاملات التي تنطوي على تعارض المصالح،[٩] دون أن ينص على أن هذه الموافقة لن تحول دون مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة، كما هو الحال في حالة إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة، إلا أن المعضلة تكمن في كون قانون الشركات الكويتي الجديد لم يقيد الجمعية العامة بأية شروط وقيود

(٧) وقد يرى البعض أن قانون الشركات الكويتي قد قرر حماية لأعضاء مجلس الإدارة من خطر الرجوع عليهم، وذلك حين اشترطت المادة ٢١ معيار الرجل الحريص «الخطأ الجسيم» لعقد مسؤولية عضو مجلس الإدارة، إلا أننا نرى خلاف ذلك؛ لأن اشتراط معيار الرجل الحريص وفق قانون الشركات الكويتي لعقد مسؤولية عضو مجلس الإدارة مسألة تختلف جوهرياً عن مدى ضمان توفير أداة قانونية تمنع من الرجوع شخصياً على أعضاء مجلس الإدارة وفق شروط و ضوابط معينة، فقد يصدر أعضاء مجلس الإدارة قراراتهم التجارية وفق معيار الرجل الحريص، ومع ذلك قد تفشل هذه القرارات، وهذا ما سوف يترتب عليه إمكانية الرجوع شخصياً على أعضاء مجلس الإدارة.

(٨) وتجدر الإشارة إلى أنه لم يرد أي تعريف للخطأ في الإدارة وفق قانون الشركات الكويتي، حيث لم يتبن قانون الشركات الكويتي معيارًا فنيًا واضحًا لماهية الخطأ الذي يصدر من أعضاء مجلس الإدارة أثناء اتخاذهم لقرارتهم التجارية، جاعلاً بذلك مسألة الطعن على قرارات مجلس الإدارة عائمة وقائمة على كل خطأ عن القرارات التي اتخذوها ولم تنجح، الأمر الذي ترتب عليه إن تقدير خطأ أعضاء مجلس الإدارة وفق قانون الشركات الكويتي الجديد بقي لصيقاً بقواعد المسؤولية التقصيرية في القانون المدني من خطأ وضرر وعلاقة سببية، لكن مع اشتراط قياس الفعل الذي قاموا به بذات الفعل الذي قام به الرجل الحريص في ذات الظروف وليس الرجل المعتاد كما كان في قانون الشركات التجارية القديم. انظر: د. أحمد الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن وفق المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ وتعديلاته الصادرة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ الجزء الثاني القواعد الخاصة بالشركات، الطبعة الثانية، مجلس النشر العلمي (الكويت – ٢٠١٥) ص ٢٣٤ – ٢٣٥.

(٩) المادتان ١٩٧و ١٩٩ من قانون الشركات الكويتي الجديد.

لإصدارها لهذه الموافقة، [١٠] فلم يشترط عدالة التعامل الذي هو محل تعارض المصالح، حتى تصدر الجمعية العامة موافقتها على هذا التعامل، كذلك لم يشترط أية شروط خاصة للإفصاح الذي سيقدمه عضو مجلس الإدارة للجمعية العامة ليكون المساهمون على علم تام بطبيعة هذا التعامل، فضلاً عن كونه لم يشترط أن يكون التصويت على هذه الموافقة من قبل مساهمين ليس لديهم أية صلة بعضو مجلس الإدارة الذي يسعى للحصول على هذه الموافقة.[١١]

إن إشكالية عدم موازنة قانون الشركات الكويتي الجديد في تنظيمه لمسألة حماية أعضاء مجلس الإدارة في حالات تعارض مصالحهم مع الشركة، وحمايتهم عند فشل قراراتهم التجارية أثناء إدارتهم للشركة هي التي دفعتنا إلى هذا البحث، حيث إنه من الأهمية بمكان، شعور أعضاء مجلس الإدارة بالثقة مقابل تحقيق الأرباح وهو ما يريده المساهمون منهم، وذلك بفلسفة ذات ديناميكية واضحة، من شأن تلك الفلسفة أن تحقق التوازن بين زرع الثقة والأمان لأعضاء مجلس الإدارة، في حالة فشل قرارتهم التجارية التي لم يصاحبها إهمال أو سوء إدارة، وبين حق المساهمين في مراقبة القرارات والتعاملات التجارية التي يتخذها أعضاء مجلس الإدارة أثناء شغلهم لعضوية مجلس الإدارة. [١٢]

لما كان الواقع كما أسلفنا، فإن هذه الدراسة – من خلال المنهج التحليلي المقارن – ستتعرض للإطار القانوني لحماية أعضاء مجلس الإدارة وفق قانون الشركات الكويتي الجديد، ويتطلب ذلك تعريف القارئ بالواجبات الخاصة التي يلتزم به عضو مجلس الإدارة تجاه الشركة والمساهمين، وبطبيعة هذه الواجبات الخاصة (المبحث الأول)، وذلك قبل أن ننتقل إلى دراسة التنظيم القانوني الحالي لحماية أعضاء مجلس الإدارة وفق القانون الأمريكي؛ حتى يتسنى لنا فهم أساس الإشكالية القانونية لحماية أعضاء مجلس الإدارة من خطر الملاحقة القضائية وفق نصوص قانون الشركات الكويتي الجديد (المبحث الثاني)، وذلك على أن يتم تخصيص المبحث الثالث لتقديم بعض التعديلات على قانون الشركات الكويتي الجديد سعيًا لتفعيل إبراء الذمة الصادر من الجمعية العامة (المبحث الثالث)، وذلك وفقاً للتقسيم التالي:

(١٠) انظر لاحقاً: المبحث الثاني.

(١١) انظر لاحقاً: المبحث الثاني.

(١٢) د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ط ٤، ص ٩٨٠.

- المبحث الأول: الواجبات الخاصة لأعضاء مجلس الإدارة تجاه الشركة
- المبحث الثاني: آلية حماية أعضاء مجلس الإدارة وفق القانون الأمريكي والكويتي
- المبحث الثالث: مقترح تفعيل إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة الصادر من الجمعية العامة لحمايتهم عن واجب بذل العناية وفق قانون الشركات الكويتي الجديد

المبحث الأول
الواجبات الخاصة لأعضاء مجلس الإدارة
تجاه الشركة «Fiduciary Duties»

بادئ ذي بدء لابد من التأكيد على أن قوانين الشركات نظَّمت واجباتٍ خاصةَ لأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة العامة فيما يتعلق بإدارتهم للشركة دون الواجبات المذكورة في القانون المدني، حيث تندرج هذه الواجبات تحت مسمى عام وهو الواجبات الخاصة «Fiduciary Duties»؛[١٣] لذا فمن الضروري قبل تناول الإطار القانوني لحماية أعضاء مجلس الإدارة، أن نستعرض هذه الواجبات الخاصة التي وردت بقوانين الشركات، بأن نحدد المقصود من واجب بذل العناية (المطلب الأول)، وأن نحدد المقصود من واجب الولاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول
واجب بذل العناية « Duty of Care»

يقصد بواجب بذل العناية أنه واجب الانتباه والحرص الذي يجب أن يلتزم به أعضاء مجلس الإدارة أثناء اتخاذهم للقرارات التجارية اللازمة لتسيير نشاط الشركة،[١٤]

(١٣) وتجدر الإشارة إلى أنه تم تقديم مصطلح Fiduciary Dutie للمرة الأولى من قبل القضاء الأمريكي، حيث كانت قوانين الشركات في الولايات المتحدة لا تحتوي على أي نص يفرض واجبات خاصة على أعضاء مجلس الإدارة أثناء شغلهم لعضويتهم. ومن حيث المعنى القانوني لمصطلح Fiduciary Duty، فهو مصطلح قانوني يصف العلاقة التي تكون قائمة بين طرفين والتي تكون مبنية على الثقة والأمانة والإخلاص، بحيث على أساسها يلتزم أحد طرفي هذه العلاقة بالعمل لمصلحة الطرف الآخر والتصرف في أملاكه ويطلق عليه اسم "المؤتمن". ومن الباحثين العرب الذين وضعوا تعريف لمصطلح Fiduciary Duty هو الدكتور أحمد الملحم، حيث عرفه "بأنه واجب الأمانة، ويعني ذلك أن الأشخاص الذين يحوزون أموالاً أو يقومون بأعمال نيابة عن آخرين لتحقيق منفعة لهم، يتعين عليهم القيام بوظائفهم بحسن نية، كما يجب عليهم حماية مصالح الأشخاص الذين يمثلونهم، بما حاصله أن العلاقة بين عضو مجلس الإدارة أو المدير والشركة هي علاقة أمانة وإخلاص". انظر: د. أحمد الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن وفق المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ وتعديلاته الصادرة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ الجزء الأول: القواعد العامة للشركات، الطبعة الثانية، مجلس النشر العلمي، ص ٣٨١ (الكويت - ٢٠١٥)، انظر أيضاً:
Bernard S. Black, The Principal Fiduciary Duties of Boards of Directors, Presentation at Third Asian Roundtable on Corporate Governance Singapore (Apr. 4, 2001), At Page 1, available at www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/1872746.pdf (last visited November 11, 2020).

(١٤) Holger Spamann, Monetary Liability for Breach of the Duty of Care?, 8 Journal of Legal Analysis, Vol. 8, No.2, At Page 6, 2016.

بمعنى أنه الواجب الذي يمكن معه تحديد السلوك الذي يجب اتباعه، والسلوك الذي يجب اجتنابه من قبل أعضاء مجلس الإدارة أثناء إدارتهم للشركة.

ويتفرع من واجب بذل العناية واجبان رئيسان:

الواجب الأول وهو واجب حسن النية «The Duty of good Faith» والذي يحمل في جوهره عدم جواز اتخاذ أعضاء مجلس الإدارة لأي قرار بسوء نية، كأن يُصدر أعضاء مجلس الإدارة قراراتهم في غياب أي دافع أو باعث تجاري يهدف إلى تحقيق مصلحة الشركة.(١٥)

أما **الواجب الثاني المتفرع من واجب العناية فهو واجب العلم،** والذي يَشترِط أن يُصدر أعضاء مجلس الإدارة قراراتهم بناءً على علم ومعلومات وفقاً للمستندات المتاحة لهم، حتى يتم ضمان أن لا يصدر أعضاء مجلس الإدارة لقراراتهم بِناءً على علم شخصي أو سوء نية،(١٦) ولإثبات قيام أعضاء مجلس الإدارة بواجب العلم أثناء اتخاذهم لقراراتهم التجارية، فيجب أن يحضر أعضاء مجلس الإدارة الاجتماعات المقررة؛ لمناقشة القرار المزمع اتخاذه، وأن يسعوا خلال هذه الاجتماعات إلى الحصول علي المعلومات والبيانات الكافية المتاحة، وكذلك طرح الأسئلة من أي مصدر متاح لهم؛ وذلك لضمان صدور قراراتهم المتعلقة بإدارة الشركة وفق أساس معلوم، وبِناءً على يقين كافٍ.(١٧)

---

(١٥) ومع ذلك لا يزال هناك تفاوت بين الأنظمة القانونية المقارنة حول إدراج واجب حسن النية كواجب رئيسي ضمن الواجبات الخاصة، أم أنه واجب ينشق من واجب بذل العناية أو واجب الولاء، فعلى سبيل المثال، نجد أن قانون الشركات البريطاني يعتبر واجب حسن النية من عناصر واجب الولاء، في حين نجد أن قانون الشركات الأسترالي قد نص صراحة على أن واجب حسن النية هو واجب خاص يلتزم به أعضاء مجلس الإدارة علاوة على واجب بذل العناية وواجب الولاء، بالمقابل لم يتطرق قانون الشركات الألماني لواجب حسن النية لأنه وكما يبرر البعض، طالما كان هناك نص يلزم عضو مجلس الإدارة بالسعي لأفضل مصلحة للشركة، فإن عضو مجلس الإدارة سوف يلتزم بإدارة الشركة بحسن نية دون الحاجة لذكر واجب حسن النية كواجب مستقل عن واجب العناية أو واجب الولاء. انظر:
Bryan Horrigan, Directors' Duties and Liabilities - Where Are We Now and Where Are We Going in the UK, Broader Commonwealth, and Internationally?, International Journal of Business and Social Science, Vol. 3 No. 2 [Special Issue - January 2012], At Page 27 - 28.

(١٦) Emerald Partners v. Berlin, 787 A.2d 85, 96 (Del.2001).

(١٧) وتجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط أن يحصل أعضاء مجلس الإدارة على جميع المعلومات بتفاصيلها الفنية الدقيقة حتى لا يعتبر أنهم قد أخلوا بواجب العلم الذي ينشق من واجب بذل العناية، حيث إن القيام بواجب العلم يتحقق إذا قام أعضاء مجلس الإدارة بمجرد قراءة تقارير الجهة المختصة كتقارير البنوك ومستشارين الاستثمار والشركات المحاسبية والمستشارين الذين يعملون بالشركة، =

المطلب الثاني

واجب الولاء «Duty of Loyalty»

ويقصد به عدم جواز وضع عضو مجلس الإدارة نفسه بموضع تتعارض فيه مصلحته المالية مع مصلحة الشركة المالية،(١٨) وذلك عن طريق استغلال فرص الشركة الاستثمارية لمصلحته أو لمصلحة أحد أقربائه في حين قدرة الشركة على استغلال هذه الفرص لتعود عليها بالأرباح.(١٩)

ويتضح من هذا التعريف أن مفهوم استغلال فرص الشركة الاستثمارية والتجارية هو جوهر ولب واجب الولاء، ومع ذلك ما هي الفرصة التي تنتمي إلى الشركة ويجب على عضو مجلس الإدارة عدم استغلالها؟ بمعنى آخر، هل كل فرصة تجارية يستغلها عضو مجلس الإدارة أثناء عضويته تعد خرقًا منه لواجب الولاء الذي يمنع عليه منافسة الشركة؟

بدايةً، تم تقديم معيار العدالة The Fairness Test والذي ظهر في بداية الأربعينات في الولايات المتحدة الأمريكية، عندما قرر القضاء الأمريكي أن عضو مجلس الإدارة سوف يستغل فرص الشركة التجارية إذا لم يراعِ معايير العدالة ومعايير الأخلاق عند

= ومع ذلك، سوف يتم قياس مدى المعلومات التي يجب أن يسعى أعضاء مجلس الإدارة للحصول عليها حتى يتمكنوا من اتخاذ القرار الصحيح على طبيعة الموضوع ودرجة تأثير هذا الموضوع على مصالح الشركة والمساهمين، فإذا كان القرار سيؤثر بشكل كبير على مصالح الشركة فسوف يزداد واجب مجلس الإدارة في السعي للحصول على المعلومات وطرح الأسئلة، وذلك على خلاف ما إذا كان القرار على قدر أقل من الأهمية وهكذا. انظر:
Robert J. Rhee, The Tort Foundation of Duty of Care and Business Judgment, 88 NOTRE DAME L. REV. 1139, 2013, At Page 1193.

(١٨) Gabriel Rauterberg & Eric Talley, Contracting Out of the Fiduciary Duty of Loyalty: An Empirical Analysis of Corporate Opportunity Waivers , Columbia Law Review, Vol. 117:1075, 2017, At page 1084.

(١٩) وتجدر الإشارة إلى أن هناك عدة أنواع تتعارض فيها المصالح بين مجلس الإدارة والشركة ككل، كرغبة أعضاء مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية للشركة في الحفاظ على مناصبهم والبقاء فيها حتى ولو على حساب المساهمين، ومشكلة عضوية مجلس إدارة الشركة لشركتين متنافستين ومشكلة التقصير في أداء العمل، إلا أن استغلال فرص الشركة الاستثمارية من قبل أعضاء مجلس الإدارة يعتبر أكثر أنواع تعارض المصالح خطورة؛ لأن من شأنه أن يؤدي إلى التناقض بين أهداف الإدارة في تحقيق أرباح خاصة على حساب الشركة والمساهمين، وبين أهداف المساهمين في تعزيز قيمة استثماراتهم في الشركة. انظر: د. المعتصم بالله الغرياني، حوكمة شركات المساهمة – دراسة في الأسس الاقتصادية والقانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص١٧٣.

الولوج في تعاملٍ تجاري مع الشركة.[٢٠] وينطلق معيار العدالة من فكرة تتمثل فحواها، في أن عضو مجلس الإدارة يُعد كالوصي على أموال وأصول الشركة عندما يباشر عمله بالشركة، فيُفترض منه دائماً السعي لتحقيق الأرباح للشركة والمساهمين وليس استغلال الفرص المتاحة للشركة بحكم منصبه، حتى وإن كانت هذه الفرص خارج النشاط التجاري للشركة.[٢١]

وتم الاستناد لاحقاً إلى معيار مدى تأثر مصلحة الشركة من الفرصة التي استغلها عضو مجلس الإدارة The interest Test وهو معيار يحمل في مضمونه عدم الجواز لعضو مجلس الإدارة استغلال الفرصة المتاحة للشركة فقط إذا كانت هذه الفرصة تؤثر على مصالح الشركة المالية، بحيث يكون من شأنها أن تعود على المساهمين بالأرباح.[٢٢]

إلا إنه وبسبب اعتماد معيار مصلحة الشركة على عنصر واحد فقط هو – مصلحة الشركة – دون النظر إلى أية عناصر أخرى، ظهر معيار النشاط الذي تزاوله الشركة The Line of Business Test والذي يَعد عضوَ مجلس الإدارة أو الإدارة التنفيذية أنه قد استغل فرصة الشركة التجارية إذا كانت الفرصة التي استغلها بنفس النشاط الذي تزاوله الشركة وفق عقد تأسيسها،[٢٣] مع اشتراط قدرة الشركة ماليًا على استغلال هذه الفرصة في الوقت الذي استغلها عضو مجلس الإدارة.[٢٤] بالتالي ووفقاً لمعيار النشاط الذي تزاوله الشركة، سيتم طرح الأسئلة التالية عند تحديد مدى خرق عضو مجلس الإدارة لواجب الولاء، هل للشركة فائدة مالية وراء استغلال هذه الفرصة التي استغلها عضو مجلس الإدارة؟ وهل الفرصة التي تم استغلالها من قبل عضو مجلس الإدارة بذات النشاط الذي تزاوله الشركة وفق عقد تأسيسها؟ وهل كانت الشركة قادرة ماليًا على استغلال هذه الفرصة وفقاً لمواردها المالية المتاحة؟

---

(٢٠) Durfee v. Durfee & Canning, Inc., 80 N.E.2d 522, 529 (Mass. 1948).

(٢١) Armour John, Henry Hansmann & Kraakman Reinier, Agency Problems, Legal Strategies, and Enforcement, Oxford Legal Studies Research Paper No. 21/2009. At Page 3, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1436555. (Last Visited 10/11/2020).

(٢٢) Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co., 28 So. 199 (Ala. 1900)

(٢٣) Guth v. Loft 5 A.2d 503, 514 (Del. 1939); See also Kelegian v. Mgrdichian, 39 Cal. Rptr. 2d 390, 393 - 94 (Ct. App. 1995); See also Levy v. Markal Sales Corp., 643 N.E.2d 1206, 1214 - 15 (Ill. App. Ct. 1994) .

(٢٤) Ma hew R. Salzwedel, A Contractual theory of Corporate Opportunity and a Proposed Statute, 23 Pace L. Rev. 83, 2002, At Page 17.

وتكمن أهمية هذه الأسئلة في أنه قد تكون الفرصة التي استغلَّها عضو مجلس الإدارة من ذات النشاط الذي تزاوله الشركة ونطاق أعمالها؛ ولكن في نفس الوقت لن تعود بالنفع على الشركة لأنها لا تدخل ضمن خطط الشركة القصيرة أو طويلة المدى، أو قد تكون الشركة غير قادرة ماليًا على استغلال هذه الفرصة،[٢٥] بالتالي فإن ولوج عضو مجلس إدارة الشركة في هذه الفرصة لن يترتب عليه أي ضرر مالي على الشركة، ولن يجعل من عضو مجلس الإدارة منافسًا للشركة.[٢٦]

(٢٥) Leo E. Strine Jr. et al., Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law,
98 Geo. L. Rev, 2009, At Page 629.

(٢٦) وتجدر الإشارة إلى أن قانون الشركات الكويتي قد تبنى كلاً من معيار الفائدة ومعيار نشاط الشركة دون معيار العدالة، حيث حظرت المادة ١٩٧ من قانون الشركات على عضو مجلس الإدارة الجمع بين عضويتين لشركتين متنافستين، أو الاشتراك بأي عمل من شأنه منافسة الشركة، أو أن يتجر لحاسبه أو لحساب غيره في أحد فروع النشاط الذي تزاوله الشركة، بالمقابل نجد أن المشرع الكويتي قد تبنى معيار الفائدة وفق المادة ١٩٩ حين نص على أنه لا يجوز لمن له ممثل في مجلس الإدارة أو لرئيس مجلس الإدارة أو أحد أعضاء مجلس الإدارة أو أحد أعضاء الادارة التنفيذية أو أزواجهم أو أقربائهم من الدرجة الثانية مصلحه مباشرة أو غير مباشرة في العقود و التصرفات التي تبرمها الشركة إلا إذا كان هناك ترخيص من الجمعية العامة. انظر: المواد ١٩٧، ١٩٩، ٢٠٠ من قانون الشركات رقم ١ لسنة ٢٠١٦ المعدل بالقانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٩.

المبحث الثاني
آلية حماية أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة العامة

حتى نصل إلى رؤية واضحة إلى فكرة حماية أعضاء مجلس الإدارة عن قراراتهم التجارية، وماهية مبررات هذه الحماية وأثرها في الواقع العملي للشركات، سنتناول في هذا المبحث مفهوم فكرة حماية أعضاء مجلس الإدارة وفقاً لقاعدة القرار التجاري التي نظمها القانون الأمريكي، وما هو التكييف القانوني لهذه القاعدة ؟ وكيف يمكن نقضها من قبل مساهمي الشركة ؟ (المطلب الأول)، وذلك قبل أن ننتقل لتناول أساس الإشكالية القانونية لحماية أعضاء مجلس الإدارة عن واجب بذل العناية، وواجب الولاء وفق قانون الشركات الكويتي الجديد (المطلب الثاني).

المطلب الأول
حماية أعضاء مجلس الإدارة في القانون
وفق القانون الأمريكي «قاعدة القرار التجاري»

ظهرت في الولايات المتحدة قاعدة القرار التجاري والتي تفترض أن أعضاء مجلس إدارة الشركة قد بنوا قراراتهم لمصلحة الشركة، وأنهم قد أصدروا قراراتهم بناءً على أساس معلوم،[٢٧] ولقد عرَّف القضاء الأمريكي قاعدة القرار التجاري بأنها قاعدة تفترض بأن أعضاء مجلس الإدارة قد اتخذوا قراراتهم التجارية وفق إجراءات صحيحة وبناءً على علم شامل تكفل معها تحقيق أفضل مصلحة للشركة، [٢٨] الأمر الذي يترتب

(٢٧) تعدُّ المملكة المتحدة هي صاحبة الفكرة الأولى بافتراض صحة بعض عناصر قرارات مجلس الإدارة، وذلك عندما قررت المحكمة العليا في المملكة المتحدة في قضية Charitable Crop v. Sutton أن قرارات مجلس الإدارة التجارية يفترض بها حسن النية، ومع ذلك قام القضاء الأمريكي مند بداية القرن الثامن عشر بإدخال العديد من التعديلات الجوهرية على فكرة قاعدة القرار التجاري التي قررتها المحاكم البريطانية، وذلك عن طريق افتراض صحة جميع عناصر القرار التجاري الذي صدر من مجلس الإدارة؛ لذلك فإن مفهوم قاعدة القرار التجاري بالمفهوم الذي يطبق في وقتنا الحاضر والتي تفترض صحة إجراءات اتخاذ القرار التجاري من حسن نية أعضاء مجلس الإدارة وإصدارهم للقرار التجاري بناء على علم تام بموضوع القرار ولأفضل مصلحة للشركة تعتبر من صنع القضاء الأمريكي وليس القضاء البريطاني. انظر:
Keay, A and Loughrey, The Concept of Business Judgment, University of Leeds, Legal Studies, 39, 2018, At Page 16.

(٢٨) Parnes v. Bally Entm't Corp., 722 A.2d 1243, 1246 (Del. 1999); Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984).

عليه أن المحكمة لن تنظر في قرار مجلس الإدارة عندما يُطعَن عليه من قبل المساهمين إلا إذا نجح المدعي في إثبات أن مجلس الإدارة قد خالف واجب بذل العناية أثناء إجراءات إصدار القرار المطعون فيه.

وتسعى قاعدة القرار التجاري لضمان ألا يشعر أعضاء مجلس الإدارة بالضغط والخوف من المسؤولية عن عواقب القرارات التي يتخذونها، خاصة إذا كان أعضاء مجلس الإدارة يعملون لتحقيق مصالح المساهمين التي تتطلب نوعًا من المخاطرة لتحقيقها،(٢٩) تأكيداً على ذلك ذكرت المحكمة العليا لولاية ديلاوير – والتي تعد أكثر ولاية جذباً لتأسيس الشركات في الولايات المتحدة الأمريكية – في حكمها الصادر عام ٢٠٠٩، أن الهدف الرئيسي من هذه القاعدة هو تشجيع مجلس الإدارة على اتخاذ القرارات ذات المخاطر، والتي سوف تعود بالنفع على الشركة والمساهمين دون خطر الرجوع شخصياً عليهم لاحقاً.(٣٠)

وفي سياق موازٍ، تهدف قاعدة القرار التجاري إلى عدم إقحام المحكمة في القرارات التي تصدر بشكل يومي من قبل مجلس الإدارة أثناء تسييره لنشاط الشركة، وهذا مهم لسببين: السبب الأول، أن الخبرة الفنية والكفاءة التي يتمتع بها كل من مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية للشركة في إدارتها أعلى بكثير من الخبرة التي تتمتع بها المحكمة، التي قد لا تكون مُلمَّة بجميع الآثار الاقتصادية والتجارية الصادرة وقت اتخاذ القرار التجاري من قبل مجلس الإدارة.(٣١)

أما السبب الثاني، فهو أن قيام المحكمة بإلغاء قرارات مجلس الإدارة أو التعديل عليها سوف يتطلب وقتاً طويلاً؛ بسبب الاستعانة بأهل الخبرة لفحص مضمون هذه القرارات؛ الأمر الذي سيترتب عليه أن تسوية نزاعات الشركة داخل المحكمة سيكون لها تأثير سلبي على سمعة الشركة التجارية، حيث إن إجراءات التقاضي سوف تخلق حالة من عدم الاستقرار، وهذا ما سيعطل من مصالح الشركة.(٣٢)

---

(٢٩) Lyman P.Q. Johnson, Corporate Officers and the Business Judgment Rule, 60 Bus. Law.
439, 2005, At Page 455.

(٣٠) In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964 A.2d 106, 125 (Del. Ch. 2009).

(٣١) Dodge v. Ford Motor Co., 170 N.W 668, 684 (Mich. 1919); Auerbach v. Bennett, 393 N.E.2d 994, 1000 (N.Y. 1979); See also Shlensky v. Wrigley, 237 N.E.2d 776, 780 (Ill. App. Ct. 1968) .

(٣٢) Bernard S. Sharfman The Importance of the Business Judgment Rule, 14 New York University Journal of Law. and Business 27, 2017, At Page 34.

ويثار السؤال بقوة بشأن ما هو التكييف القانوني لقاعدة القرار التجاري؟ فهل هي قاعدة تمنع المحكمة من النظر في قرارات مجلس الإدارة إذا ما طعن عليها المساهمون؟ أم هي قاعدة لتحديد معيار مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة؟

بداية، قام الفقيه ستيفين بينبريج بتكييف قاعدة القرار التجاري بأنها قاعدة تمنع المحكمة من مراقبة أعمال مجلس الإدارة إذا ما تحققت شروطها.[٣٣] ويستند بينبريج في هذا التكييف لقاعدة القرار التجاري على أنه ما دام أحد أهداف قاعدة القرار التجاري هو منع المحكمة من اتخاذ القرارات التجارية الشركة؛ بسبب عدم تمتع المحكمة بالخبرة والكفاءة التي يتمتع بها أعضاء مجلس الإدارة، فإن المحكمة فقط ستمتنع عن مراقبة قرارات مجلس الإدارة تحقيقاً لهذا الهدف.

و قام بعض الفقهاء بتكييف قاعدة القرار التجاري بأنها معيار لمسؤولية أعضاء مجلس الإدارة وليست قاعدة تمنع المحكمة من مراجعة قرار أعضاء مجلس الإدارة فقط، وسبب هذا التكييف لقاعدة القرار التجاري أن المحكمة عندما تنظر في مدى خرق مجلس الإدارة لشروط قاعدة القرار التجاري، فإنها تبحث بذلك عن سلوكٍ قام به أعضاء مجلس الإدارة يترتب عليه انعقاد مسؤوليتهم عن هذا القرار، حتى لو كان في مرحلة إجراءات إصدار القرار؛[٣٤] نتيجة لذلك فإن المحكمة عندما تمتنع عن مراجعة القرار التجاري الصادر من مجلس إدارة الشركة فإنها تقرر عدم مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة، أو تصعّب من عملية انعقاد مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة دون أن تفترض صحة قراراتهم التجارية.[٣٥]

إلا أن هذا التكييف سيترتب عليه عدم تحقيق الهدف والغرض الرئيسي الذي تم سن قاعدة القرار التجاري من أجله – وهو عدم إطلاق سلطة المساهمين بملاحقة أعضاء مجلس الإدارة لتوفير نوع من الثقة والأمان لهم – وليس لتحديد مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة، علاوة على ذلك فإن المحكمة عندما تفترض صحة إجراءات القرار الذي اتخذه مجلس الإدارة فهي فقط تنظر إلى مدى إثبات المدعي مخالفة أعضاء مجلس الإدارة

(٣٣) Stephen M. Bainbridge, The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine, 57 Vand. L. Rev.
83, 2004, At Page 90.

(٣٤) Lyman P.Q. Johnson, Unsettledness in Delaware Corporate Law: Business Judgment Rule, Corporate
Purpose, 38 DEL. J. CORP. L. 405, 2013, At Page 423 - 31.

(٣٥) Randy J. Holland, An Introduction to Delaware Corporation Law Directors' Fiduciary Duties, 19 CIV. & COM. L.J. 92, 2008, At Page 97.

لواجب العناية أثناء سير إجراءات هذا القرار، والتي تختلف اختلافاً جوهرياً عن قواعد المسؤولية التقصيرية عند فحص شرعية قرار مجلس الإدارة والتي تعدُّ مسألة خارج نطاق قاعدة القرار التجاري.(٣٦)

وعلى النسق ذاته، يبرر الفقيه ستيفين بينبريج بكون قاعدة القرار التجاري ليست معيارًا للمسؤولية، مستنِدًا إلى أنه لو استطاع المساهمون نقض قاعدة القرار التجاري، فإن المحكمة لن تقرر مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة مباشرة عن القرار المطعون عليه، بل ستقوم المحكمة فقط بمراجعة قرار مجلس الإدارة الذي طعن عليه المساهمون، وسيقوم أعضاء مجلس الإدارة بتقديم الأسباب والمبررات التي كانت وراء اتخاذهم لهذا القرار.(٣٧) بالتالي، كيف يمكن اعتبار هذه القاعدة معيارًا للمسؤولية دون النظر في شروط تحقق المسؤولية؟

وجملة القول في أن قاعدة القرار التجاري لا تعطي مجلس الإدارة حمايةً كاملةً عن قراراتهم التي اتخذوها أثناء تسييرهم لنشاط الشركة، حيث يستطيع المساهم نقض الحماية التي تفترضها قاعدة القرار التجاري، وذلك عن طريق إثباته أن أعضاء مجلس الإدارة أثناء إصدارهم لقراراتهم لم يكن بذات اليقظة والعناية التي تطلبها القانون، فعلى سبيل المثال، يستطيع أن يثبت المدعي أن مجلس الإدارة قد أصدر قراره بناء على علم شخصي دون اطلاعه على التقارير والمستندات التي كانت متاحة له عند إصدار هذا القرار، أيضاً يستطيع المدعي نقض هذه القرينة عن طريق إثبات أن مجلس الإدارة لم يُصدر قراره مراعيًا أفضل مصلحة للشركة، حيث كانت مصالح أعضاء مجلس الإدارة تتعارض مع مصالح المساهمين وقت إصدارهم لقرارهم، وبذلك سوف ينجح المدعي في إثبات سوء نية مجلس الإدارة أثناء إصداره للقرار.(٣٨)

وما يجب التأكيد عليه في هذا الصدد، أنه إذا نجح المدعي في نقض قاعدة القرار التجاري، فإن مجلس الإدارة لن يكون مسؤولاً مسؤولية مباشرة عن القرار الذي اتخذه، حيث إن المحكمة ستقوم فقط بمراجعة مدى صحة القرار التجاري المطعون عليه؛ لذلك سيتمكن مجلس

(٣٦) (Dennis J. Block, Nancy E. Barton & Stephen A. Radin, The Business Judgment Rule: (Fiduciary Duties of Corporate Directors, (5th ed. 1998), At Page 238 – 88.

(٣٧) Stephen M. Bainbridge, The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine, 57 Vand. L. Rev.)
83, 2004, At Page 90.

(٣٨) Kenneth B. Davis Jr., The Business Judgment Rule in Wisconsin, 2015 Wis. L. Rev. 475, 2015, At Page 490 .

الإدارة من الدفاع عن قراره الذي أصدره، وإثباتِ صحة الإجراءات التي اتخذها أثناء إصدار القرار التجاري، وأن هذا القرار يحمل في مضمونه أفضل مصلحة للشركة والمساهمين.[٣٩]

المطلب الثاني

أساس الإشكالية القانونية لحماية أعضاء مجلس الإدارة وفق قانون الشركات الكويتي

بعد أن أوضحنا فكرة حماية أعضاء مجلس الإدارة عن قراراتهم التجارية وفق القانون الأمريكي، نجد أنه من الملائم أن نتناول في هذا المطلب أساس الإشكالية القانونية لحماية أعضاء مجلس الإدارة وفق قانون الشركات الكويتي الجديد، عليه فإن هذا المطلب سيتناول أساس الإشكالية القانونية لحماية أعضاء مجلس الإدارة عن واجب بذل العناية أثناء إصدارهم لقرارتهم التجارية وفق نصوص قانون الشركات الكويتي الجديد (الفرع الأول)، وذلك قبل أن ننتقل لتناول أساس الإشكالية القانونية لحماية أعضاء مجلس الإدارة عن واجب الولاء وفق نصوص قانون الشركات الكويتي الجديد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أساس الإشكالية القانونية لحماية أعضاء مجلس الإدارة عن واجب بذل العناية وفق قانون الشركات الكويتي الجديد

لقد قرر قانون الشركات الكويتي الجديد في البند السادس من المادة ٢١١ جواز إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة عن أعمال السنة الفائتة من قبل الجمعية العامة.[٤٠]

---

(٣٩) على الرغم من أنه تم نقض قاعدة القرار التجاري وتقرير مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة شخصياً عن قراراتهم التجارية التي أصدروها من قبل قضاء ولاية ديلاوير، تم تعديل قانون الشركات في ولاية ديلاوير الأمريكية ليسمح بجواز تضمين عقد تأسيس الشركة على بند يعفي أعضاء مجلس الإدارة من واجب العناية دون واجب الولاء أثناء إدارتهم للشركة، وكان السبب الرئيسي وراء هذا التعديل أن السلطة التشريعية لولاية ديلاوير قد خشيت أنه بعد نقض قاعدة القرار التجاري وتقرير مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة شخصياً عن قراراتهم التجارية التي أصدروها أثناء إدارة الشركة من قبل المحكمة، أن يتعرض أعضاء مجلس الإدارة لخطر الرجوع عليهم شخصياً إذا ما فشلت قراراتهم التجارية في تحقيق الأرباح، دون أن يصاحب هذا الفشل الإهمال في إجراءات اتخاذ القرارات التجارية، وهذا ما سوف يترتب عليه عزوف الأفراد عن تولي عضوية مجالس إدارات الشركات المساهمة والذي سوف ينعكس سلباً على البيئة التجارية والاقتصادية. انظر:
Del. Code Ann. Tit. 8 § 102(b).

(٤٠) البند السادس من المادة ٢١١ من قانون الشركات الكويتي رقم١ لسنة ٢٠١٦ المعدل بالقانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٩.

ويتعلق هذا الإبراء الصادر من قبل الجمعية العامة بأعمال أعضاء مجلس الإدارة أثناء إدارتهم الشركة، أي بواجب بذل العناية، حيث إن قيام الجمعية العامة بإبراء أعضاء مجلس إدارة الشركة يعَدُّ قرينة على أن أعضاء مجلس الإدارة قد قاموا بمسؤولياتهم أثناء إدارتهم للشركة على أكمل وجه.

وعلى الرغم من ذلك، فإن هذه القرينة ليس لها أية قيمة وفاعلية في منع إقامة دعوى المسؤولية تجاه أعضاء مجلس الإدارة والمديرين بعد إبراء ذمتهم من قبل الجمعية العامة وفق قانون الشركات الكويتي الجديد؛[٤١] حيث قررت الفقرة الثانية من المادة ٢٠١ من قانون الشركات الكويتي الجديد – والتي تناولت مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة – أن هذا الإبراء لا يمنع ولا يحول دون إقامة دعوى المسؤولية تجاه مجلس الإدارة وأعضائه.

ومن نافلة القول نجد أن المذكرة الإيضاحية لقانون الشركات الجديد لم تتطرق إلى السبب وراء جعل إبراء الذمة الصادر من الجمعية العامة ليس له فعالية دون إقامة دعوى المسؤولية، بالرغم من أنه صدر من المساهمين في الجمعية العامة،[٤٢] إلا أنه يمكن القول بأن المشرع الكويتي قد خشي أن يصدر هذا الإبراء من الجمعية العامة بناءً على معلومات غير صحيحة تم تقديمها للمساهمين من قبل مجلس الإدارة أثناء تصويتهم على إبراء ذمتهم، بالتالي أراد المشرع أن يفتح المجال أمام المساهمين لتقرير مسؤولية

(٤١) وهذا ما قرره أيضاً المشرع المصري عندما سلب حق الجمعية العامة في التنازل عن دعوى المسؤولية بسبب أخطاء الإدارة التي تصدر عن أعضاء مجلس الإدارة والمديرين، وذلك حين قرر صراحة في المادة ١٠٢ من القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨١ أنه: «لا يترتب على أي قرار يصدر من الجمعية العامة سقوط دعوى المسؤولية المدنية ضد أعضاء مجلس الإدارة بسبب الأخطاء التي تقع منهم في تنفيذ مهمتهم».

(٤٢) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الشركات. وتجدر الإشارة أيضاً إلى أنه حتى اللائحة التنفيذية لقانون الشركات الجديد لم تتضمن أية أحكام خاصة عن مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة عن قراراتهم أثناء إدارتهم للشركة، حيث إن الفصل الخامس من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات الكويتي الجديد – والذي تناول إدارة شركة المساهمة العامة – قد تطرق لمدة عضوية أعضاء مجلس الإدارة وآلية انتخابهم وكيفية تدوين اجتماعات مجلس الإدارة، وذلك دون أن يتضمن أية أحكام خاصة عن مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة عن قراراتهم التي يتخذونها أثناء عضويتهم، أيضاً، لم يتطرق الفصل السادس – الذي تناول الجمعية العامة لشركة المساهمة العامة – إلى أية أحكام خاصة بشأن إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة كاشتراط شروط خاصة على عملية التصويت على إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة، أو اشتراطه شروطًا خاصة للإفصاح الذي يجب أن يقدمه أعضاء مجلس الإدارة عند إبراء ذمتهم في الجمعية العامة. انظر: البابين الخامس والسادس من القرار رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠١٦ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الشركات.

أعضاء مجلس الإدارة الذين تم إبراء ذمتهم في الجمعية العامة، بحيث لا يفلتوا من قواعد المسؤولية التي قررها قانون الشركات إذا قدموا بيانات غير صحيحة وتم إبراء ذمتهم بناء عليها.[٤٣]

مقابل ذلك، فقد سوَّغ بعض الفقهاء عدم فاعلية إبراء الذمة الصادر من الجمعية العامة في إقامة دعوى المسؤولية تجاه مجلس الإدارة؛ بسبب احتمالية انطواء قرار الإبراء على تعسف من قبل الأغلبية، وذلك إذا قامت الأغلبية بالموافقة على قرار إبراء ذمة الأعضاء دون أن تراعي مصلحة الشركة،[٤٤] كأن يتم إبراء ذمة الأعضاء بسبب المجاملة أو تداخل مصالح مجلس الإدارة مع مصالح الأغلبية في الجمعية العامة، وبالتالي لا يمكن أن يكون للإبراء الصادر من الجمعية العامة مانعٌ يحول دون رفع دعوى المسؤولية تجاه مجلس الإدارة؛ لأن الأغلبية قد تكون أساءت إلى حقوق الأقلية بإصدارها الإبراء مجاملةً لأعضاء مجلس الإدارة. [٤٥]

و يرى الأستاذ الدكتور عبد الفضيل محمد أنه لا يمكن تبرير عدم فاعلية إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة والمديرين الصادر من الجمعية العامة بسند من القول وهو أن قرار الأغلبية بإبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة غالبًا ما ينطوي على تعسف من الأغلبية على حساب مصلحة الأقلية، بقوله: «إن هذا المبدأ ينطوي على قدر كبير من المبالغة والتحكم، فليس كل قرار يصدر بإبراء ذمة المديرين وإخلاء مسؤوليتهم عن الإدارة يصدر بدافع تحقيق مصالح بعض الشركاء على حساب الأقلية، إذ إن كثيراً من التنازع في الدعوى

(٤٣) ويرى الدكتور أحمد الملحم أن إبراء الذمة الصادر من الجمعية العامة لا يحول دون رفع دعوى المسؤولية حتى لو كان قد تم بناء على كشف أعضاء مجلس الإدارة لجميع المخالفات التي قاموا بها أعضاء المجلس للقانون أو لنظام الشركة أو للجمعية العامة، وذلك بسبب أن النص الذي أورده المشرع جاء عاماً دون تخصيص على نحو سريانه على جميع حالات إبراء ذمة مجلس الإدارة. انظر: د. أحمد الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن وفق المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ وتعديلاته الصادرة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ الجزء الثاني: القواعد الخاصة للشركات، الطبعة الثانية، مجلس النشر العلمي، ص ٥٦٣ (الكويت – ٢٠١٥).

(٤٤) محمد عطا الله الماضي، دور الهيئة العامة لسوق المال في حماية أقلية المساهمين، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢، ص ١٠٠.

(٤٥) وهذا ما أكده قضاء محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٩٦/٨١ لسنة ١٩٩٨، حيث قضى بأنه «... تحسباً لما قد يصدر من الجمعية العامة من قرارات بسقوط دعوى المسؤولية، قبل أعضاء مجلس الإدارة، من دون علم منهم بحقيقة ما اقترفه المجلس أو أحد أعضائه من خطأ يستوجب المسؤولية أو نتيجة لتدخل منه أو مجاملة حيث تسيء الأغلبية إلى الأقلية، وما قد يحمله إبراء بذمة مجلس الإدارة، .... لا مساغ معه للقول إن الإبراء يحول دون رفع الدعوى،....».

يكون سببه أن الأخطاء عارضة، أو أن الدعوى من شأنها الإساءة إلى سمعة الشركة أو حرمانها من مديرين أكْفاء، ومن هنا تقرر أن النص على عدم جواز صدور قرارات من الجمعية العامة بإبراء ذمة المديرين وإخلاء مسؤوليتهم عن الإدارة – وإن كان هدفهم تفادي التعسف – إلا أنه بإطلاقه وبعموميته يعتبر حكمًا قاسيًا لا مبرر له، وينطوي على نوع من التعسف والتحكم، وبذا يكون المشرع قد استبدل تعسفًا صادرًا عنه هو».[٤٦]

ومن جانبنا، نعتقد أن من أهم الأسباب التي جعلت إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة لا يحول دون رفع دعوى المسؤولية على أعضاء مجلس الإدارة، أن قانون الشركات الكويتي الجديد لم يشترط على أعضاء مجلس الإدارة الإفصاح الجوهري عن الإجراءات التي اتخذوها والأسباب التي دفعتهم لاتخاذ قراراتهم عند سعيهم لإبراء ذمتهم في الجمعية العامة، فبالرغم من التعديل الجديد الذي أدخله المشرع الكويتي في عام ٢٠١٩ على المادة ٢٠٨ الحاكمة لعملية التصويت في الجمعية العامة، والذي أعطى هيئة أسواق المال اختصاص إصدار القواعد المنظمة للإفصاحات المطلوب توافرها في التوكيلات الخاصة لحضور من ينوب عن المساهم في الجمعية العامة،[٤٧] فإنه لم يشترط إفصاح أعضاء مجلس الإدارة عن الإجراءات التي اتخذوها والأسباب التي دفعتهم لاتخاذ قراراتهم أثناء تصويت المساهمين على إبراء ذمتهم في الجمعية العامة. [٤٨]

---

(٤٦) عبد الفضيل محمد أحمد، حماية الأقلية، القرارات التعسفية الصادرة عن الجمعيات العامة للمساهمين: دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الثاني، أكتوبر، ١٩٨٧، ص ١٠٣.

(٤٧) قانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٩ بتعديل بعض أحكام قانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الشركات.

(٤٨) وتجدر الإشارة إلى أن أحكام الحوكمة وفق الكتاب الخامس عشر من اللائحة التنفيذية لقانون هيئة أسواق المال قد تضمنت بعض القواعد الخاصة لإفصاح أعضاء مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية للشركة، وذلك دون أن تشترط إفصاح أعضاء مجلس الإدارة عن أسباب اتخاذهم لقراراتهم التجارية التي اتخذوها في السنة المالية المنتهية في الجمعية العامة، فعلى سبيل المثال نصت المادة ٨ – ٦ من الفصل الثامن – الإفصاح والشفافية بشكل دقيق وفي الوقت المناسب – من كتاب الحوكمة على: "يتعين على الشركة أن تضع سجلاً خاصاً بإفصاحات أعضاء مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية، على أن يكون السجل متاحاً للاطلاع عليه من قبل كافة مساهمي الشركة، هذا ويحق لكافة مساهمي الشركة الاطلاع على هذا السجل دون أي رسم أو مقابل، كما يجب على الشركة أن تلتزم بتحديث بيانات هذا السجل بشكل دوري بما يعكس حقيقة أوضاع الأطراف ذات العلاقة". ونصت المادة ٨ – ٧ من ذات اللائحة على: " يجب أن تنشئ الشركة وحدة تنظم شئون المستثمرين، وتكون هذه الوحدة مسئولة عن إتاحة وتوفير البيانات والمعلومات والتقارير اللازمة للمستثمرين المحتملين لها، ويجب أن تتمتع وحدة شئون المستثمرين بالاستقلالية المناسبة، وعلى نحو يتيح لها توفير البيانات والمعلومات والتقارير في الوقت المناسب وبشكل دقيق، وأن يكون ذلك من خلال وسائل الإفصاح المتعارف عليها ومنها الموقع الإلكتروني للشركة".

وفي ذات السياق، لم يتطرق قانون الشركات الكويتي الجديد لآلية التصويت في الجمعية العامة على مسألة إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة، فوفقاً للتنظيم الحالي، يستطيع المساهم الذي له ممثلون بمجلس الإدارة الاشتراك في التصويت على مسألة إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة دون أي اعتبار من قبل المشرع على العلاقة الاجتماعية أو صلة القرابة أو المصالح التجارية التي قد تربط عضو مجلس الإدارة بالمساهم، حيث نصت المادة ٢٠٨ من قانون الشركات الكويتي الجديد على التالي:

« لكل مساهم أياً كان عدد أسهمه حق حضور الجمعية العامة، ويكون له عدد من الأصوات يساوي عدد الأصوات المقررة لذات الفئة من الأسهم، ولا يجوز للمساهم التصويت عن نفسه أو عمن يمثله في المسائل التي تتعلق بمنفعة خاصة له، أو بخلافٍ قائم بينه وبين الشركة، ويقع باطلاً كل شرط أو قرار يخالف ذلك....،»

والبادي من المادة ٢٠٨ أنها قد حظرت على المساهم التصويت لنفسه أو لمن يمثله في المسائل التي تتعلق بمنفعة خاصة للمساهم، وليس بمنفعة خاصة بممثل المساهم أي عضو مجلس الإدارة، فالنص هنا خاطب المساهم بكل وضوح وذكر مصلحة خاصة له ولم يحظر على المساهم التصويت؛ إذا كان عضوُ مجلس الإدارة الذي عيَّنه المساهم له مصلحة من وراء هذا التصويت، لذلك – وبمفهوم المخالفة – فإذا كانت المسألة المعروضة للتصويت عليها تحمل فقط مصلحة لعضو مجلس الإدارة كما هو في حالة إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة، فإن المساهم الذي عَيَّن عضو مجلس الإدارة يستطيع التصويت على هذه المسألة وفق هذا التنظيم.

ومن الملائم أن نسوق هنا حكمًا لمحكمة الاستئناف الكويتية، عندما أيدت أسباب حكم أول درجة، والذي قرر عدم بطلان قرار الجمعية العامة للشركة بحجة أنه تم مخالفة آلية التصويت التي وردت في عجز المادة ٢٠٨ من قانون الشركات حين صوَّت المساهمون على مسألة تتعلق بمنفعة خاصة لممثليهم، حيث أكدت المحكمة في حكمها « أن المقصود من النص سالف الذكر – مادة ٢٠٨ – هو حماية مصلحة الشركة عند تعارض مصلحتها مع مصلحة بعض المساهمين فيها، فيمنعهم من التصويت على القرارات التي تتعلق بمنفعة مرجوَّة لهم، إلا أن تلك الفكرة غير مطروحة عند التصويت على مكافآت عضو مجلس الإدارة؛ ذلك أن المجلس يمثل الشركة وليس شخص المساهمين ....». [٤٩]

(٤٩) حكم المحكمة الكلية رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٨ – تجاري مدني حكومة – الصادر بتاريخ ٢٠١٨/١١/١٩، حكم محكمة الاستئناف رقم ١٠ لسنة ٢٠١٩ – تجاري مدني حكومة – الصادر بتاريخ ٢٠١٩/٢/٢٠.

من جهة أخرى، قد يرى البعض أن هذا النقص التشريعي الذي يلحق بالمادة ٢٠٨ من قانون الشركات الكويتي الجديد، يمكن تفاديه عن طريق الاستناد إلى نص المادة ٩ – ٩ البند الثاني من الكتاب الخامس عشر «حوكمة الشركات» من اللائحة التنفيذية لقانون هيئة أسواق المال والتي نصت على:

«التأكد من أنه يحق للمساهم أن يوكل غيره في حضور اجتماع الجمعية العامة، وذلك بمقتضى توكيل خاص أو تفويض تعده الشركة لهذا الغرض، ولا يجوز لأعضاء مجلس الإدارة الاشتراك في التصويت على قرارات الجمعية العامة الخاصة بإبراء ذمتهم من المسؤولية عن إدارتهم أو التي تتعلق بمنفعة خاصة لهم أو لأزواجهم أو أقاربهم من الدرجة الأولى أو بخلاف قائم بينهم وبين الشركة».

إلا أن هذا النص لن يسعفنا أيضاً لحل هذه المعضلة التي ذكرناها؛ وذلك لأنه عندما نصت هذه المادة على عدم جواز تصويت أعضاء مجلس الإدارة على القرارات الخاصة بإبراء ذمتهم، فإن هذا الحظر لم يأت بتنظيم جديد، وسبب ذلك أن الفقرة الثانية من المادة ٢٠١ من قانون الشركات الكويتي الجديد قد قررت صراحة عدم جواز أن يشترك أعضاء مجلس الإدارة بالتصويت على مسألة إبراء ذمتهم من المسؤولية عن إدارتهم في الجمعية العامة،[٥٠] تأكيداً على ذلك، قرر مجلس التأديب في قراره رقم ٤٢ لسنة ٢٠١٩ أن تصويت المساهم على إبراء ذمة ممثله لا يعتبر مخالفاً للمادة ٢٠٨ وفق قانون الشركات أو قواعد الحوكمة التي وردت في الكتاب الخامس عشر من اللائحة التنفيذية لقانون هيئة أسواق المال؛ وسبب ذلك أن التصويت على إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة يتعلق بمصلحة الشركة وليس بمصلحة خاصة لمساهمي الشركة.[٥١]

الفرع الثاني

أساس الإشكالية القانونية لحماية أعضاء مجلس الإدارة عن واجب الولاء وفق قانون الشركات الكويتي

أجاز قانون الشركات الكويتي لعضو مجلس الإدارة القيام بالتعاملات التي تجعله في موضع تعارض المصالح مع الشركة، بشرط حصوله على موافقة ورخصة من قبل الجمعية العامة،[٥٢] إلا إن ما يميز هذه الموافقة التي ستصدر من الجمعية العامة للشركة

(٥٠) مادة ٢٠١ من قانون الشركات رقم ١ لسنة ٢٠١٦. المعدل بالقانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٩

(٥١) قرار رقم ٤٢ لسنة ٢٠١٩ في المخالفة رقم ٢٠١٩/٤٢ مجلس التأديب ٢٠١٩/٢٤ – هيئة أسواق المال (الكويت).

(٥٢) وترجع الفلسفة القانونية وراء هذا التنظيم إلى أنه ليس جميع حالات تعارض المصالح بين عضو =

أنها ستَحول دون تقرير مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية عندما يتم رفع دعوى المسؤولية تجاههم أمام القضاء بحجة خرقهم لواجب الولاء؛ وذلك لأن قانون الشركات الكويتي الجديد لم ينص على أن هذه الموافقة لن تحول دون عقد مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة كما قرر في حالة إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة.(٥٣)

ونستطيع القول إن تنظيم المشرع الكويتي لإجراءات الحصول على منح هذه الموافقة يفتقر إلى الدقة، حيث أغفل قانون الشركات الكويتي الجديد تنظيم أية شروط من شأنها أن تضمن أفضل مصلحة للمساهمين والشركة أثناء منح هذه الموافقة من قبل الجمعية العامة للمساهمين؛ لذا فمن الضروري أن نتناول أهم الشروط التي أغفلها قانون الشركات الكويتي الجديد أثناء تنظيمه لهذه الموافقة، وهي عدالة التعامل محل تعارض المصالح تجاه الشركة (الغصن الأول)، والإفصاح عن تعارض المصالح أمام الجمعية العامة (الغصن الثاني)، وعدم وجود مصلحة للمساهمين الذين سيصوتون في الجمعية العامة (الغصن الثالث).

الغصن الأول

عدالة التعامل محل تعارض المصالح تجاه الشركة

ويقصد به ألا يكون التعامل الذي يريد عضو مجلس الإدارة القيام به يحمل ضررًا لمصالح الشركة المالية، وينقص من فرص تحقيقها للأرباح، وبذات الوقت يزيد من منافعه الخاصة، فيجب أن يعود هذا التعامل بالنفع على الشركة وإلا لما أجاز القانون القيام به.(٥٤)

= مجلس الإدارة والشركة سوف تنقص من الفائدة المالية للشركة ويترتب عليها الإضرار بمصالحها ومصالح المساهمين وانتفاع عضو مجلس الإدارة، حيث إنه قد تكون الشركة بحاجة إلى هذا التعاقد الذي ينوي عضو مجلس الإدارة القيام به مع الشركة حتى تستطيع الشركة تحقيق أهدافها التجارية، خصوصاً أنه قد يكون عرض عضو مجلس الإدارة من أفضل العروض التي تحقق العدالة للشركة مقارنة ببقية العروض المتاحة للشركة. بالتالي، إن عدم تعاقد الشركة مع عضو مجلس الإدارة في هذه الحالة سوف يترتب عليه الإضرار بمصالح الشركة المالية بدلاً من حمايتها تحت مظلة واجب الولاء. انظر: د. أحمد الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن وفق المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ وتعديلاته الصادرة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ الجزء الثاني: القواعد الخاصة للشركات، الطبعة الثانية، مجلس النشر العلمي، ص ٣٧٢ (الكويت – ٢٠١٥).

(٥٣) المواد ١٩٧، ١٩٩، ٢٠٠ من قانون الشركات رقم ١ لسنة ٢٠١٦ المعدل بالقانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٩.

(٥٤) Holland, Delaware Directors' Fiduciary Duties: The Focus on Loyalty, 11 U Penn J Bus L 675, 2009, At Page679.

وبمعاينة تنظيم قانون الشركات الكويتي الجديد، نجد أن المواد التي حظرت تعارض المصالح بين عضو مجلس الإدارة والشركة – والتي اشترطت حصول عضو مجلس الإدارة أو الإدارة التنفيذية على موافقة الجمعية العامة – لم تشترط ألا يترتب على التعامل الذي يريد عضو مجلس الإدارة القيام به ضرر لمصالح الشركة المالية حتى توافق عليه الجمعية العامة،[٥٥] فعلى سبيل المثال لقد نصت المادة ١٩٧ من قانون الشركات الكويتي على أنه: «لا يجوز لرئيس مجلس الإدارة أو لأي من أعضاء المجلس أن يجمع بين عضوية مجلس إدارة شركتين متنافستين، أو أن يشترك في أي عمل من شأنه منافسة الشركة، أو أن يتجر لحسابه أو لحساب غيره في أحد فروع النشاط الذي تزاوله الشركة، وإلا كان لها أن تطالبه بالتعويض، أو باعتبار العمليات التي زاولها لحسابه كأنها أجريت لحساب الشركة، ما لم يكن ذلك بموافقة الجمعية العامة العادية».

أيضاً نصت المادة ١٩٩ من ذات القانون على أنه: «لا يجوز أن يكون لمن له ممثل في مجلس الإدارة أو لرئيس أو أحد أعضاء مجلس الإدارة أو أحد أعضاء الإدارة التنفيذية أو أزواجهم أو أقاربهم من الدرجة الثانية مصلحةٌ مباشرةٌ أو غير مباشرة في العقود والتصرفات التي تبرم مع الشركة أو لحسابها إلا إذا كان ذلك بترخيص يصدر عن الجمعية العامة العادية».

وقد يرى البعض أن هذا النقص التشريعي – وهو ألا يترتب على التعامل الذي يريد عضو مجلس الإدارة القيام به ضرر لمصالح الشركة المالية – يمكن تفاديه عن طريق المادة ٢٢٠ من قانون الشركات الكويتي، والتي نصت على حق المساهم بالطعن على أي قرار يصدر من الجمعية العامة أو مجلس الإدارة، إذا كان القرار الصادر يضر بمصلحة الشركة، أو كان مخالفًا للقانون أو عقد الشركة،[٥٦] لذلك، إذا أصدرت الجمعية العامة موافقتها لعضو مجلس الإدارة – بالرغم من عدم عدالة التعامل محل تعارض المصالح بالنسبة للشركة – فإن المحكمة ستبطل هذه الموافقة.

ويمكن لنا القول إن المادة ٢٢٠ لن تسعفنا في سد هذا النقص التشريعي، فكيف يمكن إبطال قرار الجمعية العامة الصادر من المساهمين وقد جاء هذا القرار موافقاً للشروط والضوابط التي قررها المشرع؟ فالفكرة هنا أنه ما دام أن قانون الشركات

(٥٥) انظر: إلى المادتين ١٩٧ و١٩٩ من قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦ المعدل بالقانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٩.

(٥٦) مادة ٢١١ من قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦ المعدل بالقانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٩ .

الكويتي أجاز للجمعية العامة أن تُصدر هذه الموافقة بالشروط التي حددها، فإنه لا يمكن إلغاء قرارات الجمعية العامة المتوافقة مع القانون، وإلا أصبحت قرارات الجمعية العامة المتوافقة مع القانون عديمة القيمة.

ومن أسباب عدم إمكانية سد هذا النقص التشريعي عن طريق الطعن على قرار الجمعية العامة بالموافقة على التعامل محل تعارض المصالح هو أن المساهمين – وهم مستثمرون وملّاك للشركة – الذين وافقوا على هذه الموافقة قد يرون أن هذا التعامل محل تعارض المصالح لا يضر بمصالح الشركة، بالتالي فإن المحكمة سترى أن مساهمي الشركة سوف يملكون دافعًا أفضل منها في تقدير مدى الضرر الذي يحمله التعامل الذي يريد عضو مجلس الإدارة القيام به تجاه الشركة في ظل هذا النقص التشريعي في قانون الشركات الكويتي الجديد.(٥٧)

الغصن الثاني

الإفصاح عن التعامل محل تعارض المصالح أمام الجمعية العامة

ويقصد به أن يفصح عضو مجلس الإدارة للجمعية العامة للشركة أو لمجلس إدارة الشركة بأنه ينوي التعامل مع الشركة وذلك قبل قيامه فعلياً ببدء هذا التعامل.(٥٨)

وسيحقق إفصاح عضو مجلس الإدارة عن تعارض مصالحه مع الشركة عدة فوائد، فأولاً: سيترتب على هذا الإفصاح وضوح طبيعة التعامل محل تعارض المصالح بالنسبة للمساهمين؛ الأمر الذي سيترتب عليه قدرة المساهمين على اتخاذ القرار الصحيح

(٥٧) ومن الأنظمة القانونية العربية التي فطنت لشرط العدالة في العقود والأعمال التي تعقد مع الشركة من قبل عضو مجلس الإدارة هي المملكة العربية السعودية، حيث إن مشروع نظام الشركات الجديد قرر صراحة أنه حتى لو حصل عضو مجلس الإدارة الذي تكون له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في العقود والأعمال التي تعقد مع الشركة أو لحسابها، على موافقة مجلس الإدارة على هذا التعامل، فسوف تنعقد المسؤولية الشخصية لعضو مجلس الإدارة إذا ثبتت أن هذه الأعمال والعقود غير عادلة، بل ستنعقد المسؤولية الشخصية لأعضاء مجلس الإدارة الذين صوتوا بالموافقة على هذه الأعمال والعقود، إذا ثبت أن هذه الأعمال والعقود غير عادلة بالنسبة للشركة، بالتالي فإنه لابد أن يكون هذا التعامل عادلاً بالنسبة للشركة والمساهمين، بحيث لا يترتب عليه أي ضرر للشركة، حتى يستطيع عضو مجلس الإدارة التعاقد مع الشركة إذا كانت له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة. انظر: البند الأول والثاني من المادة (٧٧) من مشروع نظام الشركات السعودي الجديد، الباب الخامس، متاح خلال:

https://mc.gov.sa/ar/Pages/CSD.aspx (تاريخ الدخول: ٢٠٢٠/١١/١٣)

(٥٨) § 15.06[2] at 15 - 45 (Supp. 2009). David A. Drexler Et AL., 1 Delaware Corporation Law And Practice.

بشأن منح هذه الموافقة من عدمه. ثانياً: سيُعد هذا الإفصاح دليلًا على حسن نية عضو مجلس الإدارة، وعلى أن التعامل الذي ينوي القيام به لن يضر بمصالح الشركة، بل إنه سيعود بالربح على الشركة وسوف يساعدها في زيادة أرباحها. (٥٩)

وبإسقاط شرط الإفصاح على قانون الشركات الكويتي، لقد فطن المشرع الكويتي لأهمية الإفصاح في هذه الحالة حينما قام بتعديل قانون الشركات في عام ٢٠١٩ بإضافة فقرة ثانية إلى المادة ١٩٩ لتنص على التالي: « لا يجوز أن يكون لمن له ممثل في مجلس الإدارة أو لرئيس أو أحد أعضاء مجلس الإدارة أو أحد أعضاء الإدارة التنفيذية أو أزواجهم أو أقاربهم من الدرجة الثانية مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في العقود والتصرفات التي تبرم مع الشركة أو لحسابها، إلا إذا كان ذلك بترخيص يصدر عن الجمعية العامة العادية، وفي هذه الحالة يلتزم العضو بالإفصاح عن المصلحة لمجلس الإدارة والامتناع عن التصويت، وتلتزم الشركة بوضع سجل يتضمن كافة التعاملات مع الأطراف ذات الصلة التي تم الإفصاح عنها، ويحق للمساهمين الحصول على نسخة من السجل.»

وقد يبدو للوهلة الأولى أن هذا التعديل الجديد الذي أدخله المشرع الكويتي على قانون الشركات الجديد سيقضي على عقبة الإفصاح في حالات تعارض المصالح، إلا أننا في حقيقة الأمر نجد أن هذا التعديل الجديد لم يبين طبيعة المعلومات التي يجب أن يفصح عنها عضو مجلس الإدارة أمام الجمعية العامة، فهل يجب أن يفصح عضو مجلس الإدارة فقط أن له مصلحة شخصية في التعاقد مع الشركة أو العقود التي تبرمها الشركة، أم يجب عليه أن يفصح عن ماهية هذه المصلحة، وذلك ببيان جميع المعلومات والبيانات الجوهرية المتعلقة بهذه المصلحة؛ حتى يتمكن المساهمون من اتخاذ القرار الصحيح وقت التصويت على إصدار الموافقة لهذا التعامل؟(٦٠)

(٥٩) Black Rohrabacher, John Mark, And Thomas A., Finding Safe Harbor: § Clarifying The limited Application Of Section 144, Delaware Journal of corporate law (DJCL),Vol. No. 3, 640, 2008, At Page 730.

(٦٠) إن ذات النقد يوجه إلى أحكام الفصل السابع – تعزيز السلوك المهني والقيم الأخلاقية – من الكتاب الخامس عشر من اللائحة التنفيذية القانونية لقانون هيئة أسواق المال – حوكمة الشركات – والتي ألزمت مجلس الإدارة بوضع سياسة وآليات بشأن الحد من حالات تعارض المصالح وأساليب معالجتها والتعامل معها، فنصت المادة ٧ – ٥ من الفصل السابع على « يتعين على عضو مجلس الإدارة أن يبلغ مجلس الإدارة بما له من مصلحة شخصية في الأعمال والعقود التي تتم لحساب الشركة، ويثبت هذا التبليغ في محضر الاجتماع، ولا يجوز للعضو ذي المصلحة الاشتراك في التصويت على القرار الذي يصدر في هذا الشأن»، ونصت المادة ٧ – ٦ من ذات اللائحة على «يبلغ رئيس مجلس الإدارة الجمعية العامة عند انعقادها عن الأعمال والعقود التي يكون لأحد أعضاء مجلس الإدارة مصلحة شخصية فيها، ويرفق بهذا التبليغ تقرير خاص من مراقب الحسابات». =

علاوة على ذلك، إن الفقرة المضافة للمادة ١٩٩ لغرض ضمان إفصاح عضو مجلس الإدارة عن مصلحته في العقود التي تبرمها الشركة وفق التعديل الذي أدخله المشرع الكويتي لم تحدد قيدًا زمنيًا يجب الحصول فيه على ترخيص الجمعية العامة، الأمر الذي سيترتب عليه نتيجة في غاية الأهمية، وهي استطاعة عضو مجلس الإدارة أن يفصح عن هذه المصلحة بعد بدئه فعلياً بالتعامل محل تعارض المصالح وحصوله على موافقة لاحقة من قبل الجمعية العامة حتى لو كان التعامل محل تعارض المصالح غير عادل بالنسبة للشركة، وقوام ذلك أن المادتين ١٩٧ و ١٩٩ واللتين حظرتا تعارض المصالح بين عضو مجلس إدارة الشركة، اشترطتا أن يحصل عضو مجلس الإدارة على موافقة من الجمعية العامة دون أن يشترطا أن تكون هذه الموافقة سابقة على إبرام العقود التي يكون لعضو مجلس الإدارة مصلحة مباشرة أو غير مباشرة فيها أو الاشتراك في عمل من شأنه منافسة الشركة.

الغصن الثالث

عدم وجود مصلحة للمساهمين الذين سيصوتون في الجمعية العامة

و قوام هذا الشرط أن يتم التصويت على الموافقة التي سوف تصدرها الجمعية العامة من قبل المساهمين الذين ليست لديهم صلة أو مصلحة مع عضو مجلس الإدارة الذي يسعى إلى الحصول على هذه الموافقة.[٦١] ويكون المساهم صاحب مصلحة في التصويت على هذه الموافقة إذا كانت له مصلحة شخصية من وراء هذا التعامل الذي يسعى عضو مجلس الإدارة للحصول على موافقة عليه، كأن يعمل في ذات الجهة التي تعاقد معها عضو مجلس الإدارة محل تنازع المصالح، أو كان المساهم أو أحد أقربائه من الدرجة الأولى يملك نسبة مؤثرة في رأس مال الشركة التي تعاقد معها عضو مجلس الإدارة.

وفي هذا السياق، نجد أن قانون الشركات الكويتي قد ترك عملية التصويت على منح هذه الموافقة للقاعدة الرئيسية التي تحكم عملية التصويت في الجمعية العامة والتي وردت في المادة ٢٠٨ دون أن يشترط أية شروط خاصة تحكم عملية التصويت

(٦١) William T. Allen, Jack B. Jacobs, & Leo F. Strine, Jr., Function Over Form: A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law, The Business Lawyer, Vol. 56, No. 4, 2001, At Page 1294.

على منح هذه الموافقة كما بينا في الفرع الأول من هذا المطلب، فبالرغم من كون المادة ٢٠٨ قد نصت صراحة على عدم اشتراك المساهم في التصويت على المسائل التي تحمل منفعة خاصة له، إلا أنها أجازت للمساهم الاشتراك في عملية التصويت إذا كانت المسألة المطروحة على الجمعية العامة تحمل منفعة خاصة لمثل المساهم الذي انتخبه في مجلس الإدارة،[٦٢] وهذا ما سيترتب عليه – في اعتقادنا – عدم حياد المساهم أثناء التصويت على منح هذه الموافقة؛ وذلك لسببين، السبب الأول: أن المساهم حتى لو لم يكن له مصلحة مباشرة في التعامل الذي يقوم به عضو مجلس الإدارة، فإن له مصلحة غير مباشرة مع عضو مجلس الإدارة تتمثل في مراعاة عضو مجلس الإدارة لمصالح المساهم أثناء إدارة الشركة وتسيير نشاطها. السبب الثاني: أن قانون الشركات الكويتي الجديد لم يفرض واجب حسن النية على المساهمين أثناء تصويتهم في الجمعية العامة، والذي يشترط إدراك المساهمين لواجباتهم من بذل عناية وولاء لصالح الشركة وبقية زملائهم المساهمين غير متأثرين بأعضاء مجلس الإدارة الذين انتخبوهم عند التصويت في الجمعية العامة[٦٣].

(٦٢) المادة ٢٠٨ من قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦ المعدل بالقانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٩ والتي نصت على: « لكل مساهم أياً كان عدد أسهمه حق حضور الجمعية العامة، ويكون له عدد من الأصوات يساوي عدد الأصوات المقررة لذات الفئة من الأسهم، ولا يجوز للمساهم التصويت عن نفسه أو عمن يمثله في المسائل التي تتعلق بمنفعة خاصة له، أو بخلافٍ قائم بينه وبين الشركة، ويقع باطلاً كل شرط أو قرار يخالف ذلك....».

(٦٣) وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا لولاية ديلاوير الأمريكية قد أرست قاعدة رئيسية فحواها أن الموافقة التي تمنحها الشركة لعضو مجلس الإدارة في حالات تعارض المصالح سوف تكون باطلة إذا لم يصوت المساهمين أو مجلس الإدارة على هذه المسألة بحسن نية حتى إذا لم تكن لهم فائدة ومصلحة من وراء هذه المسألة، حيث إن مجرد علم بعض المساهمين بهذا التعامل من قبل ممثليهم – عضو مجلس الإدارة الذي تتعارض مصلحته مع الشركة – قبل إفصاح عضو مجلس الإدارة عن هذا التعامل للشركة سوف يترتب عليه عدم ضمان حياد المساهم أثناء التصويت في الجمعية العامة. انظر:
Walt Disney Co. Derivative Litig., 907 A.2d 693, 756 n.464 (Del. Ch. 2005).

المبحث الثالث
مقترح تفعيل إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة الصادر من الجمعية العامة لحمايتهم عن واجب بذل العناية وفق قانون الشركات الكويتي الجديد

طالما أن قانون الشركات الكويتي الجديد قد تبَنى – من حيث المبدأ – فكرة توفير حماية لأعضاء مجلس الإدارة عن خرق واجب الولاء،[٦٤] وذلك عندما نص صراحة على جواز الحصول على موافقة الجمعية العامة في التعاملات التي تنطوي على تعارض مصالح مع الشركة – والتي سوف نقدم عدة توصيات لتطويرها في نهاية البحث – فإنه من غير المنطقي باعتقادنا أن يتمتع أعضاء مجلس الإدارة – وفق قانون الشركات الكويتي – بحماية عن واجب الولاء دون واجب بذل العناية الذي يتصل بشكل مباشر بأمور إدارة الشركة.

بالمقابل من ذلك، إن نجاح قاعدة قانونية في مجتمع ما، لا يعني بالضرورة نجاحها في مجتمع آخر يختلف عن هذا الأخير بالنظام القانوني الحاكم في هذا المجتمع وبيئته التجارية، وبالتالي نعتقد أنه لا يمكن الاستعانة بقاعدة القرار التجاري وتطبيقها في دولة الكويت؛ لأن المساهمين سيواجهون صعوبة في إثبات مدى مخالفة أعضاء مجلس الإدارة لإجراءات إصدار قراراتهم التجارية تحت مظلة قاعدة القرار التجاري،[٦٥] في حين أن هدفنا في هذا البحث هو الوصول إلى نقطة توازن تكفل حماية أعضاء مجلس الإدارة من خطر الرجوع عليهم شخصيًا بسبب قراراتهم التجارية التي اتخذوها، وعدم جعل هذه الحماية ترتقي إلى أن تكون بمثابة حصانة مطلقة لا يمكن معها مساءلة أعضاء مجلس الإدارة عن واجب بذل العناية أثناء اتخاذهم لقراراتهم التي اتخذوها أثناء إدارتهم للشركة.

عليه، سأخصص هذا المبحث لتناول كيفية توفير حماية لأعضاء مجلس الإدارة عن قراراتهم التجارية وفق قانون الشركات الكويتي، وذلك عن طريق اقتراح عدة تعديلات على آلية إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة من قبل الجمعية العامة للشركة (المطلب الأول)،

---

(٦٤) انظر سابقاً: المبحث الثاني

(٦٥) N. Young QC, Has Directors' Liability Gone Too Far or Not Far Enough?: A Review of the Standards of Conduct Required of Directors Under Sections 180 - 184 of the Corporations Act' (2008) 26 Companies and Securities Law Journal 216 at Page 222.

وذلك قبل أن نتطرق إلى بعض التحديات التي سوف تواجه تفعيل إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة وفق قانون الشركات الكويتي الجديد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التنظيم المقترح لآلية إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة وفق قانون الشركات الكويتي

إن الحماية التي نسعى لتطبيقها لأعضاء مجلس الإدارة وفقاً لقانون الشركات الكويتي الجديد، تقوم على فكرة مضمونها أن يكون إبراء الذمة الصادر من الجمعية العامة له قيمة وفاعلية في منع إقامة دعوى المسؤولية على أعضاء مجلس الإدارة إذا ما تحققت شروط وضوابط معينة.

وحتى نستطيع تنظيم هذه الحماية، فلابد أولاً من تفعيل الإبراء الصادر من قبل الجمعية العامة، وذلك عن طريق إلغاء الفقرة الثانية من المادة ٢٠١ من قانون الشركات الكويتي التي قررت أن الإبراء الصادر من الجمعية العامة لا يحول دون رفع دعوى المسؤولية، حيث إنه لا قيمة لأية شروط أو ضوابط معينة يتم تقديمها للإبراء الصادر من الجمعية العامة إذا كانت الفقرة الثانية من المادة ٢٠١ قائمة.

وبعد إلغاء الفقرة الثانية من المادة ٢٠١ من قانون الشركات الكويتي، فإنه يجب أيضاً أن يتم تعديل آلية عملية التصويت في الجمعية العامة، وذلك بالنص صراحة على منع المساهم الذين اشترك في تعيين عضو مجلس الإدارة من التصويت على مسألة إبراء ذمة هذا العضو في الجمعية العامة، بمعنى آخر، إن التصويت على مسألة إبراء ذمة عضو مجلس الإدارة سيكون من قبل مساهمين لم يشتركوا في انتخاب هذا العضو، وهذا ما سينتج عنه ضمان عدم منح هذا الإبراء بنوع من المجاملة، دون أي اعتبار فني أثناء عملية التصويت في الجمعية العامة.

أما التعديل الثاني الذي يجب أن يصاحب عملية التصويت على مسألة إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة فهو اشتراط إفصاح أعضاء مجلس الإدارة عن الإجراءات التي اتخذوها قبل اتخاذهم لقراراتهم التجارية، وتقديم جميع المعلومات والبيانات عن جميع أسباب قراراتهم الصادرة أثناء فترة عضويتهم، وذلك قَبل التصويت على مسألة الإبراء في الجمعية العامة، حيث إن قانون الشركات الكويتي الجديد لم يشترط على أعضاء مجلس الإدارة تقديم إفصاح شامل للجمعية العامة عن جميع الأسباب والمستندات التي

تدعم أسباب اتخاذهم لقراراتهم التجارية التي اتخذوها في السنة المالية المنتهية.[٦٦] عليه، إذا كان قانون الشركات الكويتي الجديد قد قرر عدم فاعلية الإبراء الصادر من الجمعية العامة بسبب خشيته من أن هذا الإبراء قد يصدر بناءً على معلومات غير صحيحة أو تم الاعتماد على مستندات لا أصل لها في الواقع، فإن اشتراط الإفصاح سيكفل ضمان القضاء على هذه المخاوف التي كانت وراء عدم تفعيل الإبراء الصادر من الجمعية العامة.

وعلى ضوء هذين التعديلين اللذين اقترحناهما على عملية إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة، نستطيع القول إن الإبراء الصادر من قبل الجمعية العامة سيكون بمثابة نقطة توازن بين أعضاء مجلس الإدارة والمساهمين، وآية ذلك أن تصويت المساهمين على هذا الإبراء سيكون بناء على علم كافٍ من قبلهم؛ لأن أعضاء مجلس الإدارة سوف يكونون ملزمين قانونًا بتقديم كافة التقارير والمستندات والدراسات التي استندوا عليها أثناء اتخاذهم لقراراتهم التجارية في السنة المالية الفائتة وماهية الإجراءات التي اتخذوها قبل إصدارهم لهذه القرارات؛ حتى يتم ضمان أفصل مصلحة للشركة والمساهمين، فضلاً عن أن التصويت على هذا الإبراء سيكون من قبل مساهمين لا تربطهم مصلحة بأعضاء مجلس الإدارة الذين سوف يتم إبراء ذمتهم.

وفي ذات الوقت، أن إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة وفق هذه الآلية سيضمن نوعًا من الأمان لأعضاء مجلس الإدارة أثناء مباشرتهم أعمالهم؛ وذلك لأنه لن يستطيع المساهم لاحقًا رفع دعوى على عضو مجلس الإدارة بعد إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة وفق الطريقة التي اقترحناها؛ لأنه إذا استوفى الإبراء الصادر من الجمعية العامة الشروط التي اقترحناها دون أية مخالفة، فسيكون هذا الإبراء ملزمًا لجميع الأطراف المتأثرة من هذا الإبراء؛ حيث إن النص الذي قرر أن الإبراء الصادر من الجمعية العامة لن يحول دون رفع دعوى المسؤولية قد ألغِي.

المطلب الثاني

التحديات التي سوف تواجه تفعيل إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة وفق قانون الشركات الكويتي الجديد

تُمثل الشركات العائلية في الكويت نحو ٨٠٪ من الشركات العاملة في السوق الكويتي،[٦٧] الأمر الذي يترتب عليه أن هيكل الملكية للشركات في السوق الكويتي يكون

(٦٦) مادة ٢١١ من قانون الشركات رقم ١ لسنة ٢٠١٦ المعدل بالقانون رقم ٧٥ لسنة ٢٠١٩

(٦٧) يوسف حمود، الشركات العائلية بالخليج نجاحات كبيرة وعوائق تواجهها، جريدة الخليج أون لاين، عدد ٢٠٢٠/٩/٢٢٨، متاح خلال:

=

مركّزا Concentrated Ownership على عدد قليل من المساهمين وليس مشـتّتًا بين عدد كبير من المساهمين.

وبربط هذه الخاصية للسوق الكويتي بآلية إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة التي اقترحناها، قد يرى البعض أن تطبيق هذه التعديلات سيجعل من مسألة إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة بيد أقلية المساهمين دون الأغلبية؛ حيث إنه إذا كان أحد المساهمين يملك ٧٠٪ من رأس مال الشركة أو أكثر، فسوف تنفرد الأقلية بإبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة بالرغم من تضرر كبار المساهمين بشكل أكبر من أقلية المساهمين من القرارات التي يصدرها أعضاء مجلس الإدارة.

ونستطيع الرد على هذا الرأي بأن الشرط الثاني الذي اقترحناه والذي يلزم أعضاء مجلس الإدارة بتقديم بيانات ومعلومات صحيحة وكاملة عن جميع أسباب قراراتهم الصادرة أثناء فترة عضويتهم سيحقق اليقين القانوني للمساهمين الأغلبية، حيث إنه إذا قررت الأقلية إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة بالرغم من علمهم بأن مجلس الإدارة قد أخل بواجب بذل العناية وفق المستندات التي قدمها، فإن هذا الإبراء لن يَحُول دون إقامة دعوى المسؤولية عن أعضاء مجلس الإدارة؛ لأنه حتى يكون الإبراء الصادر من الجمعية العامة ذا فاعلية ومانعًا من رفع دعوى المسؤولية وفق المقترح الذي قدمناه، فإنه يجب ألا يكون قد صدر بناء على غش أو تواطؤٍ بين أعضاء مجلس الإدارة والمساهمين.

ولضمان أفضل مصلحة للشركة والمساهمين، فإنه إذا كانت الملكيةُ مركزةً في الشركة وقام المساهم المسيطر بتعيين أغلبية أعضاء مجلس الإدارة، فإنه يمكن وضع استثناء على المقترح الذي نسعى لتطبيقه بحيث يتماشى مع طبيعة هيكل الملكية في الشركة، والذي يسمح في مثل هذه الحالة بأن يصوت المساهم على إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة على غرار ما إذا كانت الملكيةُ مشتتةً بين عدد كبير من المساهمين؛ وسبب هذه المغايرة من قبلنا لا يعود لسبب الشك في قدرة شرط الإفصاح الذي اقترحناه على تحقيق الحماية الكافية للأغلبية، بل يعود إلى فكرة فحواها أن الأغلبية في هذه الحالة سيملكون دافعًا أفضل لتقييم القرارات التي اتخذها أعضاء مجلس الإدارة من الأقلية، حتى وإن لم تتواطأ الأقلية مع مجلس الإدارة لإبراء ذمتهم.

= https://alkhaleejonline.net/اقتصاد/الشركات - العائلية - بالخليج - نجاحات - كبيرة - وعوائق - تواجهه (تاريخ الدخول: ٢٠٢٠/١١/١٤).

وقد يرى البعض أن هذا الاستثناء قد يترتب عليه أن المساهم المسيطر قد يَضُر بمصالح الأقلية عند تصويته على مسألة إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة، حيث إن مجلس الإدارة سيمثل مصالح هذا المساهم المسيطر أثناء إدارة الشركة، الأمر الذي يترتب عليه أن الإبراء قد يصدر بنوع من المجاملة على حساب الأقلية.(٦٨)

ومع ذلك وطالما كان إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة يتعلق بواجب بذل العناية والذي يدور وجودًا وعدمًا حول سلوك أعضاء مجلس الإدارة أثناء تسييرهم لنشاط الشركة لضمان نجاح الشركة، فإن المساهم المسيطر نفسه سيتضرر بشكل أكبر من المساهمين الأقلية إذا وافق على إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة بالرغم من علمه أنهم قد خرقوا واجب بذل العناية أثناء اتخاذهم لقراراتهم التجارية.

وقد يفترض البعض سؤالاً، وهو كيف ستتم حماية أعضاء مجلس الإدارة وفق هذا التنظيم الجديد إذا ما رفضت الجمعية العامة الموافقة على إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة، بالرغم من تقديم أعضاء مجلس الإدارة جميع المستندات والبيانات الفنية التي تدعم قراراتهم التجارية التي أصدروها؟

يمكن القول إن افتراض امتناع الجمعية العامة عن إبراء أعضاء مجلس الإدارة بالرغم من تقديم بيانات صحيحة وجوهرية مشفوعة بجميع الآراء من ذوي الاختصاص افتراضٌ غير ممكن حصوله بالواقع العملي؛ لأن التصويت على إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة سيكون إلزاميًا وليس جوازيًا للجمعية العامة؛ لذلك إذا لم يحصل أعضاء مجلس الإدارة على أغلبية الحضور لتمرير قرار إبراء ذمة الأعضاء، فإن ذلك سيُعد بمثابة رفض من قبل الجمعية على إصدار هذا الإبراء، وهنا لابد من احترام قرار الجمعية العامة صاحبة القرار النهائي في إدارة أمور الشركة؛ لأن المساهمين قد يرون أن أعضاء مجلس الإدارة قد أخلوا بواجب بذل العناية ولم يرتقوا إلى المستوى المطلوب، خصوصاً أنهم يتمتعون بخبرة وكفاءة عالية بالرغم من تقديم إفصاح جوهري وشامل من قبل أعضاء مجلس الإدارة؛ الأمر الذي سيترتب عليه أن القضاء سيكون هو الفاصل في هذه المسألة.

أضف إلى ذلك أن عدم موافقة الجمعية العامة على منح هذا الإبراء لا يعني انعقاد مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة أمام القضاء، بل يعني فقط أن أعضاء مجلس الإدارة لم يحصلوا على حماية الجمعية العامة من الطعن على قراراتهم التي اتخذوها أثناء إدارتهم للشركة، عليه فإذا رفضت الجمعية العامة للمساهمين إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة

(٦٨) انظر سابقاً: المبحث الثاني، ص ٢٥.

لأن المساهمين رأوا أن أعضاء مجلس الإدارة لم يرتقوا إلى المستوى المطلوب في إدارة الشركة، فإن المحكمة لن تقرر مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة مباشرة عن قراراتهم التجارية، حيث ستفحص المحكمة القرار المطعون عليه ومسوغات اتخاذ القرار من قبل مجلس الإدارة ة قبل تقرير مدى مسؤوليتهم.

لما كان ذلك، فإن رفض المساهمين التصويت على إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة يختلف اختلافًا جوهريًا عن فكرة عدم تنظيم حمايةٍ لأعضاء مجلس الإدارة من خطر الرجوع عليهم؛ حيث إن الهدف من إعطاء قيمة وفاعلية للإبراء الصادر من الجمعية العامة ليس فرض هذه الحماية على المساهمين، بل يهدف إلى خلق نوع من التوازن بين المساهمين وأعضاء مجلس الإدارة إذا التزم أعضاء مجلس الإدارة بواجباتهم الائتمانية أثناء إدارتهم للشركة.

الخاتمة

سرنا في هذا البحث تجاه ضمان الموازنة بين حماية أعضاء مجلس الإدارة والمساهمين وفق قانون الشركات الكويتي الجديد، وذلك عن طريق سعينا إلى تفعيل الإبراء الصادر من الجمعية العامة لأعضاء مجلس الإدارة وفقاً لضوابط وشروط معينة حتى يحمي أعضاء مجلس الإدارة من قراراتهم التجارية التي يتخذونها أثناء إدارتهم للشركة، كما سعينا في هذا البحث إلى تبيان ماهية الشروط التي غفل عنها المشرع الكويتي أثناء تنظيمه لحماية أعضاء مجلس الإدارة عند خرق واجب الولاء، وذلك عندما قرر جواز منح عضو مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية موافقة مسبقة للقيام بالتعاملات التي تشكل خرقًا لواجب الولاء، دون أن يقرر أية شروط تضمن حماية مصالح الشركة والمساهمين خلال منح هذه الموافقة.

عليه، فإن هذه الدراسة توصي المشرع الكويتي بهذه التعديلات على قانون الشركات الجديد:

- وجوب تعديل المادة ٢٠١ وذلك بإلغاء الفقرة الثانية التي تنص على أن الإبراء الصادر من قبل الجمعية العامة لن يحول دون إقامة دعوى المسؤولية.
- تعديل المادة ٢٠٨ وذلك بالنص صراحة على أنه لا يجوز للمساهم التصويت عن نفسه أو عمن يمثله في المسائل التي تتعلق بمنفعة خاصة لهم.
- تعديل المادة ٢٠٨ وذلك بفرض واجب حسن النية على المساهمين أثناء ممارستهم لحق التصويت في الجمعية العامة.

- ضرورة تعديل المادة ٢١١ من قانون الشركات الكويتي الجديد وذلك باشتراط الإفصاح الجوهري لجميع الإجراءات التي صاحبت اتخاذ أعضاء مجلس الإدارة لقرارتهم التجارية، وذلك قبل التصويت على مسألة إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة.
- تعديل المادتين ١٩٧ و١٩٩ من قانون الشركات الكويتي الجديد وذلك باشتراط:
- عدالة التعامل محل تعارض المصالح بالنسبة للشركة.
- عدم اشتراك المساهم في التصويت على الموافقة التي ستصدرها الجمعية العامة إذا كان المساهم قد انتخب عضو مجلس الإدارة.
- إفصاح عضو مجلس الإدارة عن مصلحته قبل الولوج في التعامل الذي يحمل تعارض مصالح مع الشركة.
- أن تكون موافقة ورخصة الجمعية العامة سابقة على بدء التعامل الذي يحمل تعارض مصالح عضو مجلس الإدارة مع الشركة.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

الكتب والأبحاث العلمية:

- د. أحمد الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن وفق المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ وتعديلاته الصادرة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ الجزء الثاني: القواعد العامة للشركات، الطبعة الثانية، مجلس النشر العلمي، (الكويت – ٢٠١٥).
- د. أحمد الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن وفق المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ وتعديلاته الصادرة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣ الجزء الأول: القواعد العامة للشركات، الطبعة الثانية، مجلس النشر العلمي، (الكويت – ٢٠١٥).
- د. أماني حسن أحمد محمد علي، مجلس الإدارة في شركات المساهمة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، فرع بني سويف، ٢٠٠٢.
- د. المعتصم بالله الغرياني، حوكمة شركات المساهمة – دراسة في الأسس الاقتصادية والقانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ط ٤.
- مصطفى طه، مبادئ القانون التجاري، دار الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، ١٩٩٨، ط١.
- عبد الفضيل محمد أحمد، حماية الأقلية: القرارات التعسفية الصادرة عن الجمعيات العامة للمساهمين: دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الثاني، أكتوبر، ١٩٨٧.
- د. عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية – دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، ط ٣، ٢٠١٢.
- محمد عطا الله الماضي، دور الهيئة العامة لسوق المال في حماية أقلية المساهمين، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢.

- د. محمد فريد العريني، الشركات التجارية - المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.

التشريعات والقوانين:

- مرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني الكويتي.
- قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦ المعدل بالقانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٩.
- القرار رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠١٦ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الشركات.
- المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الشركات.
- اللائحة التنفيذية لقانون هيئة أسواق المال الكويتي، الكتاب الخامس عشر، حوكمة الشركات.

الأحكام القضائية وقرارات مجلس التأديب:

- حكم المحكمة الكلية رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٨ - تجاري مدني حكومة - الصادر بتاريخ ٢٠١٨/١١/١٩.
- حكم محكمة الاستئناف رقم ١٠ لسنة ٢٠١٩ - تجاري مدني حكومة - الصادر بتاريخ ٢٠١٩/٢/٢٠.
- حكم محكمة التمييز رقم ٩٦/٨١ لسنة ١٩٩٨ - تجاري مدني حكومة - الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٣/٢٩.
- قرار رقم ٤٢ لسنة ٢٠١٩ في المخالفة رقم ٢٠١٩/٤٢ مجلس التأديب ٢٠١٩/٢٤ - هيئة أسواق المال (الكويت).

المقالات:

- يوسف حمود، الشركات العائلية بالخليج نجاحات كبيرة وعوائق تواجهها، جريدة الخليج أون لاين، عدد ٢٠٢٠/٩/٢٢٨، متاح خلال:
- https://alkhaleejonline.net/اقتصاد/الشركات - العائلية - بالخليج - نجاحات - كبيرة - وعوائق - تواجهه (تاريخ الدخول: ٢٠٢٠/١١/١٤).

ثانياً: المراجع الأجنبية

الكتب والأبحاث العلمية:

- Armour John, Henry Hansmann & Kraakman Reinier, Agency Problems, Legal Strategies, and Enforcement, Oxford Legal Studies Research Paper No. 2009/21, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1436555. (last Visited 2020/11/10).
- Black Rohrabacher, John Mark, And Thomas A, Finding Safe Harbor: Clarifying The limited Application Of Section 144, Delaware Journal of corporate law (DJCL),Vol. No. 2008 ,640 ,3, At Page 730.
- Bryan Horrigan, Directors' Duties and Liabilities - Where Are We Now and Where Are We Going in the UK, Broader Commonwealth, and Internationally?, International Journal of Business and Social Science, Vol. 3 No. 2 [Special Issue - January 2012].
- Bernard S. Black, The Principal Fiduciary Duties of Boards of Directors, Presentation at Third Asian Roundtable on Corporate Governance Singapore (Apr. 2001 ,4), Available at www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/1872746.pdf (last visited 2020/11/12).
- Bernard S. Sharfman , The Importance of the Business Judgment Rule, 14 New York University Journal of Law and Business ,27 2017. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2888052. (Last Visited 2020/11/12).
- Dennis J. Block, Nancy E. Barton & Stephen A. Radin, The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors, (5th ed. 1998).
- Enya He & David W. Sommer, Separation of Ownership and Control: Implications for Board Composition, The Journal of Risk and Insurance Vol. 77, No. 2 (June 2010), At Page 295 - 265.

- Gabriel Rauterberg & Eric Talley, Contracting Out of the Fiduciary Duty of Loyalty: An Empirical Analysis of Corporate Opportunity Waivers , Columbia Law Review, Vol. 2017 ,117:1075.
- Holland, Delaware Directors' Fiduciary Duties: The Focus on Loyalty, 11 U Penn J Bus L 2009 ,675.
- Holger Spamann, Monetary Liability for Breach of the Duty of Care?, 8 Journal of Legal Analysis, Vol. 8, No. 2016 ,2.
- Jan, S., & Sangmi, M., The Role of Board of Directors in Corporate Governance. Imperial Journal of Interdisciplinary Research, 2016 ,(5) 2.
- Kenneth B. Davis Jr., The Business Judgment Rule in Wisconsin, 2015 Wis. L. Rev. 2015 ,475.
- Keay, A and Loughrey, The Concept of Business Judgment, University of Leeds, Legal Studies, 2018 ,39.
- Leo E. Strine Jr. et al., Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law, 98 Geo. L. Rev, 2009.
- Lyman P.Q. Johnson, Corporate Officers and the Business Judgment Rule, 60 Bus. Law. 2005 ,439.
- Lyman P.Q. Johnson, Unsettledness in Delaware Corporate Law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose, 38 DEL. J. CORP. L. 2013 ,405.
- Ma hew R. Salzwedel, A Contractual theory of Corporate Opportunity and a Proposed Statute, 23 Pace L. Rev. 2002 ,83.
- Randy J. Holland, An Introduction to Delaware Corporation Law Directors' Fiduciary Duties, 19 CIV. & COM. L.J. 2008 ,92.
- Robert J. Rhee, The Tort Foundation of Duty of Care and Business Judgment, 88 NOTRE DAME L. REV. 2013 ,1139.
- Stephen M. Bainbridge, The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine, 57 Vand. L. Rev. 2004 ,83.

- William T. Allen, Jack B. Jacobs, & Leo F. Strine, Jr., Function Over Form: A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law, The Business Lawyer, Vol. 56, No. 2001 ,4.

التشريعات والقوانين:

- قانون الشركات لولاية ديلاوير الأمريكية
- Del. Code Ann. Tit. 8 § 102(b).

الأحكام القضائية:

- Aronson v. Lewis, 473 A.2d 812 ,805 (Del. 1984).
- Durfee v. Durfee & Canning, Inc., 80 N.E.2d 529 ,522 (Mass. 1948).
- Parnes v. Bally Entm't Corp., 722 A.2d 1246 ,1243 (Del. 1999).
- Dodge v. Ford Motor Co., 170 N.W 684 ,668 (Mich. 1919).
- Auerbach v. Bennett, 393 N.E.2d 1000 ,994 (N.Y. 1979).
- In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964 A.2d 125 ,106 (Del. Ch. 2009).
- Walt Disney Co. Derivative Litig., 907 A.2d 756 ,693 n.464 (Del. Ch. 2005).
- Kelegian v. Mgrdichian, 39 Cal. Rptr. 2d 94 - 393 ,390 (Ct. App. 1995).

Shielding Board of Directors in Case of Breaching of Fiduciary Duties: A Study to Develop Protective Mechanisms for Board of Directors Under the Kuwaiti Corporate Law No 1 of 2016

Dr. Fahad Neamah Alshammari

Although Kuwaiti corporate law has developed significantly over the last few years, the issue of protection for board members when making routine decisions and managing corporate affairs was not addressed with the enactment of new corporate Law No 1 of 2016. In fact, the Kuwaiti legislature utilized the unchanged rules adopted under the old Kuwaiti corporate law that did not preclude lawsuits against a company's board of directors for resolutions and decisions made during a general meeting. However, the existence of this rule has a chilling effect on the board members' willingness to make managerial changes or engage in commercial transactions that may benefit the company because if the board's actions fail to achieve the desired goals, a shareholder or other affected party may attempt to hold the board members personally liable. At the same time, the new Kuwaiti corporate law does not require the general assembly to satisfy any particular condition when granting the board approval to initiate transaction that results in a board member's breach of the duty of loyalty. Thus, there remains a lingering concern that transactions that may still be approved that result in a board member's breach of the duty of loyalty and result in a personal gain at the expense of the shareholders. Hence and by engaging in a comparative analytical approach, this article focuses on the need for balance between protecting board members from personal liability for decisions made in the ordinary course of business and protecting the interests of shareholders from conflicts of interest or cases of inurement through the breach of fiduciary duties.