

مجلة الحقوق

فصلية علمية محكمة - تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

مبدأ استغلال الفرص التجارية في الشركة المساهمة العامة في القانون الكويتي: دراسة تحليلية مقارنة مع قانون ولاية ديلاوير الأمريكي •

الدكتور/ عبدالله أحمد الخياط



جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029 - 6069

العدد ٤ - السنة ٤٧

جمادى الآخرة ١٤٤٥ هـ - ديسمبر ٢٠٢٣ م

مبدأ استغلال الفرص التجارية في الشركة المساهمة العامة في القانون الكويتي: دراسة تحليلية مقارنة مع قانون ولاية ديلاوير الأمريكي

الدكتور/ عبدالله أحمد الخياط*

ملخص:

الأهداف: تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على مبدأ استغلال الفرص التجارية في الكويت وإعادة تنظيمه بما يتوافق مع طموحات الكويت المستقبلية لتكون مركزاً مالياً وتجاريًا إقليمياً في المنطقة. **المنهج:** اعتمد على المنهج التحليلي المقارن بين القانون الكويتي وقانون ولاية ديلاوير الأمريكي، من حيث تحديد الأساس التاريخي الذي بدأ معه مبدأ استغلال الفرص التجارية في الشركات المساهمة العامة، وشروطه التي تنطبق، والأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن، مع الإشارة السريعة إلى قوانين مقارنة أخرى غير القانونين الكويتي والأمريكي لدى توافر مسوغاتها. **النتائج:** يمكن تلخيص أبرز نتائج الدراسة فيما يلي: (١) لم ينظم المشرع الكويتي مبدأ استغلال الفرص التجارية في بداية ستينيات القرن الماضي مع صدور أول قانون شركات في الكويت، وبقي الأمر كما هو عليه حتى صدر قانون الشركات الحالي بنسخته الأولى في عام ٢٠١٢. وعلى الرغم من صدور قانون شركات حديث في الكويت وتنظيمه للمبدأ لأول مرة، فإن المشرع لم يذهب بمبدأ استغلال الفرص التجارية لاحقاً ركب التطورات التي حدثت عليه طوال خمسة عقود، والتي كانت متاحة أمام عينيه لتفحصها ومعرفة مزاياها وثغراتها، بل اختار تنظيمه بصورته القديمة التي عفا عليها الزمن، والتي تركتها غالبية التشريعات الحديثة. (٢) التنظيم الحالي للمبدأ تشويه ثغرات عدة؛ إذ ليس ثمة شروط واضحة على أساسها تُمنح الفرصة للعضو المهتم باستغلال الفرصة. وإن ترك الحال على ما هو عليه لن يُعد عاملاً مساعداً على تحقيق ما تتطلع إليه الكويت من طموح لتكون مركزاً مالياً وتجاريًا إقليمياً في المنطقة. **الخاتمة:** خلصت الدراسة إلى ضرورة قيام المشرع الكويتي بتنقيح قانون الشركات الحالي لاستحداث تنظيم تشريعي لمبدأ استغلال الفرص التجارية في الشركات المساهمة العامة المدرجة في بورصة الكويت.

الكلمات المفتاحية: مبدأ استغلال الفرص التجارية، تعارض المصالح، محكمة ديلاوير للمنازعات التجارية، التنظيم الاتفاقي لاستغلال الفرص، الإدارة التنفيذية العليا.

- * عضو هيئة تدريس في قسم القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة الكويت -
الإيميل: aaa466@berkeley.edu
- تُسلم البحث في: ٢٠٢٢/١٢/١٥، أُجيز للنشر في: ٢٠٢٣/٣/١٦.

حقوق الطبع والنشر محفوظة - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

للاستشهاد بهذا البحث انظر ص ١٤٠

المقدمة

كان القرن العشرون عصرًا ذهبيًا شهد فيه فقهُ قانون الشركات تطورًا ملحوظًا على مستوى مختلف الأنظمة القانونية الرئيسية؛ كنظام القانون المدني Civil Law وقانون العموم الإنجليزي Common Law. وتشكَّلت خلاله ملامح نظرية إدارة الشركة من حيث فصل ملكيتها عن إدارتها^(١)؛ وذلك بأن تُنَاط إدارة الشركة بأولئك الذين يَنْتَخبهم مساهموها المتعدِّدون لضمان تسيير أمور الشركة، تحقيقًا للأهداف التي يتوخاها المساهمون كالنموِّ وتعظيم الأرباح، وإيجاد نظام عادل يضمن مساءلة الأعضاء المنتخبين عما تلحَّقه إدارتهم من أضرار بالشركة^(٢). فبعد أن تركَّزت ملامح دور أعضاء مجلس الإدارة في الالتزامات المفروضة عليهم تجاه الشركة ومُلاك أسهمها، وأن ينتهي المطافُ إلى مخالفة أيٍّ منهم بدعوى المسؤولية بصورتها التقليدية التي يمكن للشركة - مساهميها - والغير المتضرر رفعها على مجلس إدارة الشركة؛ ما زالت نظرية منع تعارض المصالح Conflict of Interest Theory في طور النموِّ تشريعًا وقضاءً، تحقِّقًا لأقصى شفافية^(٣) ممكنة تنأى بعضو مجلس الإدارة عن منافسة الشركة تحقيقًا لمصالحه الخاصة، وتحول في الوقت نفسه دون خسارة ربح متوقَّع للشركة كان سيتحقَّق لولا منافسة أحد أعضاء مجلس إدارتها لها في إحدى الفرص التجارية التي كان في وسعها انتهاؤها، وتقع من ضمن أغراض نشاطها.

ومع الدور الحيوي الذي يقوم به مجلس الإدارة في الشركة المساهمة العامة من حيث تسيير أمور الشركة المختلفة، بدءًا بوضع السياسات العامة لإدارة الشركة المتوسطة والطويلة المدى، والحفاظ على مصالح المساهمين، والرقابة على الإدارة التنفيذية وغيرها، يلتزم أيضًا المفروض عليه في القوانين واللوائح ذات الصلة،

Dodd, E.M., & Berle, A.A. (1933). Review of The Modern Corporation and Private Property, by G.C. Means. University of Pennsylvania Law Review, 81 (6), 782-785. (١)

Loewenstein, M.J. & Geyer, J. (2021). Shareholder Primacy and the Moral Obligation of Directors. Fordham Journal of Corporate & Financial Law, 26 (1), 105. (٢)

Peters, A. (2012). Conflict of Interest as a Cross-Cutting Problem of Governance. In A. Peters & L. Handschin (Eds.), Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance (pp. 39-3). Cambridge: Cambridge University Press. (٣)

المتضمنة لأساسيات مبادئ حوكمة الشركات، وأهمها منع تعارض المصالح المحتمل حدوثها ما بين مصالح الشركة التي يتولى إدارتها وغيرها من المصالح؛ كالجمع بين عضوية الشركة وشركة أخرى منافسة^(٤)، وعدم جواز إقراض أعضاء مجلس الإدارة أو أزواجهم وأقاربهم حتى الدرجة الثانية أو الشركات التابعة لهم إلا بتفويض خاص من الجمعية العامة العادية^(٥). وهنا تهدف قواعد منع تعارض المصالح هذه إلى ضمان عدم استفادة بعض أعضاء مجلس الإدارة على حساب الشركة ومساهميها؛ بحيث تسمو هنا مصالح الشركة على مصالح الأعضاء الشخصية.

وقد يقع ألا يجمع عضو مجلس إدارة الشركة ما بين عضوية شركتين متنافستين فقط؛ إذ قد يقوم هو شخصياً بعمل من شأنه منافسة الشركة مباشرة نداءً بنداً في نشاطها، أو قد يتاجر لحسابه أو لحساب غيره في أحد فروع النشاط الذي تزاوله أو الذي يقع من ضمن خططها المستقبلية. وهنا، وحتى لا يغلب عضو مجلس الإدارة مصالحه الشخصية على مصالح الشركة؛ يجب موافقة الجمعية العامة العادية على ذلك، وهذا ما يُعرف بمبدأ الفرص التجارية في الشركة المساهمة العامة Corporate Opportunity Doctrine، وهو المبدأ الذي يتعلق بالفرص التجارية التي إن استغلها أحد أعضاء مجلس الإدارة لحسابه الشخصي في مجالات تقع ضمن نشاط الشركة، فقد ينتهي به الأمر إلى منافستها أو إلى حرمانها من استغلالها الاستغلال الأمثل لتحقيق نمو وأرباح لاحقة تعود على مساهميها بالنفع^(٦). ومن ثم، تكون موافقة الجمعية العامة العادية على ذلك شرطاً للموازنة ما بين أعضاء مجلس الإدارة ومصالح الشركة ومساهميها.

وفي الكويت، لم يُنظم مبدأ الفرص التجارية في الشركات المساهمة العامة

(٤) المادة (١٩٧) من قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦. انظر: د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، شرح قانون الشركات التجارية الكويتي الجديد رقم ١ لسنة ٢٠١٦ وملحق لائحته التنفيذية رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠١٦ معلقاً عليه بآراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الأولى ٢٠١٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٤٧٣-٤٧٤.

(٥) المادة (٢٠٠) من قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦. انظر: محمد احمد عبد الحميد، احكام الشركات في التشريع والقضاء الكويتي، الطبعة الأولى ٢٠٢٠، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ص ٣٢٦-٣٢٨.

(٦) Gelb, H. (1997). The Corporate Opportunity Doctrine: Recent Cases and the Elusive Goal of Clarity. University of Richmond Law Review, 31 (2), 371.

في قانون الشركات الكويتي الملغى رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠^(٧)؛ إذ كان القيد على أعضاء مجلس الإدارة منصباً على منعهم من أن يشتركوا في إدارة شركة مشابهة أو منافسة فقط للشركة التي هم أعضاء فيها^(٨). فلم يمنع المشرع أعضاء مجلس الإدارة هنا من حرية استغلال ما يرونه من فرص تجارية خارج حدود إدارة شركات مشابهة أو منافسة. ثم تطور ذلك التنظيم مع صدور قانون الشركات الحالي الذي أزال السماح المطلق، ومنع أعضاء مجلس الإدارة من الاتجار لحسابهم في أحد فروع النشاط الذي تزاوله الشركة ما لم يكن ذلك بموافقة الجمعية العامة العادية^(٩). ورغم التنظيم الأخير لمبدأ الفرص التجارية الذي أتى به قانون الشركات الحالي في نص المادة (١٩٧) منه، فما زال يكتنفه الغموض في التطبيق فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في الفرص التجارية التي تمنح الجمعية العامة العادية في الشركة بموجبها الإذن لأعضاء مجلس الإدارة. فمن ناحية، ترك كل شركة تحدد الشروط على حدة؛ وهذا ما قد يعطي مجالاً أوسع لعضو مجلس الإدارة لاستغلال الفرص التجارية، ولكن على حساب الشركة ومساهميها. ومن ناحية أخرى، قد تنفرد الشركة بوضع شروط قاسية تحرم عضو مجلس الإدارة من استغلال الفرص التجارية دون أن يكون في وضع منافس للشركة.

أولاً: أهمية البحث

تتمثل أهمية الدراسة في تسليط الضوء على مبدأ الفرص التجارية في قانون الشركات الكويتي من حيث نشأته، تطوره، ووظيفته الحالية؛ ودراسته دراسة مقارنة مع قانون ولاية ديلاوير الأمريكي بوصفه قانون الشركات في الولايات المتحدة بحكم الواقع de facto؛ من أجل خلق توازن بين حقوق أعضاء مجلس الإدارة وحقوق الشركة ومساهميها فيما يتعلق باستغلال الفرص التجارية؛ وذلك بتحديد ماهية الشروط الواجب توافرها في الفرص التجارية المسموح لأعضاء مجلس الإدارة

(٧) ألغى قانون الشركات الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ بصور قانون الشركات الجديد رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢، والمعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣، والذي أعيد إصداره بأثر رجعي بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦ في نسخته الحالية؛ وذلك لإصداره في سنة ٢٠١٢ بمرسوم ضرورة شابهته شبهة عدم الدستورية. انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦، الكويت اليوم - الجريدة الرسمية، ملحق العدد ١٢٧٣، السنة الثانية والستون، الاثنين ٢٢ شهر ربيع الآخر ١٤٣٧هـ = ٢٠١٦/٢/١.

(٨) المادة (١٥١) من قانون الشركات التجارية الملغى رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠.

(٩) المادة (١٩٧) من قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦.

استغلالها دون وجود تعارض للمصالح بين نشاطات أعضاء مجلس الإدارة التجارية خارج منصبهم في الشركة من ناحية، والإخلال بحقوق الشركة من ناحية أخرى.

ثانياً: إشكالية البحث

تتمحور الإشكالية في هذا البحث حول خلو قانون الشركات الكويتي من قواعد واضحة ناظمة لاستغلال الفرص التجارية لأعضاء مجلس الإدارة في الشركة المساهمة العامة؛ إذ ترك المشرع الكويتي الأمر في يد الجمعية العامة العادية في الشركة من حيث السماح لعضو مجلس الإدارة باستغلال الفرص التجارية من عدمه دون شروط؛ الأمر الذي قد يحرم العضو من استغلال فرص مستحقة له، أو يمنحه استغلال فرص تجارية غير مستحقة له بمجرد أخذه الإذن من الجمعية العامة العادية، التي قد تكون غافلة عن الضرر الذي قد يلحق بالشركة ومساهميها عند عدم استحقاق العضو لهذا الإذن، أو الضرر الذي قد يلحق العضو في مصالحه التجارية عند رفض منحه الإذن على الرغم من كونه مستحقاً له.

ثالثاً: أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى التعريف بالشروط الواجب توافرها في الفرص التجارية في القانون الأمريكي، بوصفه الأكثر تطوراً بين القوانين المقارنة من حيث تشكيل أساسيات نظرية استغلال الفرص التجارية التي وضعت شروطاً واضحة لاستغلال الفرص التجارية لادب من توافرها، بدءاً بما قبل منح الجمعية العامة للشركة إذن الاستغلال للأعضاء المهتمين بذلك، وكيفية الاستفادة من مساهمة القضاء الأمريكي في تشكيل هذه الشروط لإسقاطها على قانون الشركات الكويتي؛ لتنقيح تنظيم مبدأ استغلال الفرص التجارية.

رابعاً: أسباب اختيار البحث

تعود أسباب اختيار هذا البحث الرئيسة إلى خلو قانون الشركات الكويتي من شروط محددة سلفاً ومحكمة لاستحقاق أعضاء مجلس الإدارة للفرص التجارية، لادب من توافرها حتى تستند إليها الجمعية العامة العادية للشركة قبل منح الإذن؛ لكي يشعر عضو مجلس الإدارة الراغب في انتهاك فرص تجارية بوجود محدّدات لمنح هذا الإذن أو رفضه. وبالمثل، حتى يكون ثمة أساس يتمكّن بواسطته القضاء من مراقبة منح الجمعية العامة العادية للشركة الإذن أو رفضه؛ لكيلا تستأثر هذه الأخيرة.

خامساً: منهجية البحث

اتبعنا في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن بين القانون الكويتي وقانون ولاية ديلاوير الأمريكي، من حيث تحديد الأساس التاريخي الذي بدأ معه مبدأ استغلال الفرص التجارية في الشركات المساهمة العامة، وشروطه التي تنطبق، والأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن، مع الإشارة السريعة إلى قوانين مقارنة أخرى غير القانونين الكويتي والأمريكي لدى توافر مسوغاتها.

سادساً: مخطط البحث

- المبحث الأول: مبدأ استغلال الفرص التجارية في الشركة المساهمة العامة في القانون الأمريكي.
- المطلب الأول: ماهية مبدأ استغلال الفرص التجارية.
- المطلب الثاني: شروط مبدأ استغلال الفرص التجارية.
- المبحث الثاني: مبدأ استغلال الفرص التجارية في الشركات المساهمة العامة في القانون الكويتي.
- المطلب الأول: التنظيم التشريعي لمبدأ استغلال الفرص التجارية وثغراته.
- المطلب الثاني: مسوغات مهمة لتنقيح شروط مبدأ استغلال الفرص التجارية.
- الخاتمة.
- النتائج.
- التوصيات.
- قائمة المراجع.

المبحث الأول:

مبدأ استغلال الفرص التجارية في الشركة المساهمة العامة في القانون الأمريكي

ظهر مبدأ استغلال الفرص التجارية بدايةً في بريطانيا، إذ بدأت إرهابات تشكيكه بواسطة القضاء الإنجليزي في القرن التاسع عشر. وبدخوله إلى الفكر القانوني الأمريكي في بدايات القرن العشرين، تطور هذا المبدأ وحده سالكاً طريقاً مختلفة قليلاً عما قرره القضاء الإنجليزي، معلناً بذلك ولادة أمريكية جديدة له عبر منح المحاكم الأمريكية شروطاً خاصة به.

في هذا المبحث، سنتناول في مطلبين اثنين ماهية مبدأ استغلال الفرص التجارية في القانون الأمريكي، بدءاً بخلفيته الإنجليزية، ومن ثم نعرض تطور المبدأ النهائي الذي شكله قضاء ولاية ديلاوير الأمريكية.

المطلب الأول: ماهية مبدأ استغلال الفرص التجارية

أولاً: تعريف مبدأ استغلال الفرص التجارية ومصدره

يرجع أساس مبدأ استغلال الفرص التجارية إلى واجب الولاء الذي يدين به عضو مجلس الإدارة للشركة ومساهميها، مستنداً إلى ضرورة عدم وجود تعارض للمصالح بين الشركة وأعضاء مجلس الإدارة فيها^(١٠). ولأن رئيس مجلس الإدارة وأعضائه يعدون وكلاء عن الجمعية العامة للمساهمين الذين ينتخبونهم كي يقوموا بأعمال الإدارة^(١١)، فإنهم يلتزمون - ما داموا ممثلين لهم - عدم منافسة الشركة في أعمال قد تحقق ربحاً لها، أو اغتنام فرص تجارية كان من الطبيعي أن تنتهزها الشركة وفقاً لأغراض إنشائها. فيترجم هذا المبدأ إلى تسامي أعضاء مجلس إدارة الشركة مضمحين للشركة ومساهميها بالفرص التجارية التي قد تثيرهم شخصياً في

(١٠) Rauterberg, G. & Talley, E. (2017). Contracting Out of the Fiduciary Duty of Loyalty: An Empirical Analysis of Corporate Opportunity Waivers. Columbia Law Review, 117 (5), 1075-1151.

(١١) د. أحمد عبد الرحمن المحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن وفق المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ وتعديلاته الصادرة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣، الجزء الأول: القواعد العامة للشركات، لجنة التأليف والتعريب والنشر، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ص ٣٨٠ - ٣٩٠.

أعمالهم الخاصة، بحيث يُعدُّ هذا التسامي إجبارياً لا تنازلاً عنه إلا إذا قرّرت الجمعية العامة العادية للشركة خلاف ذلك كما سنرى. فالغاية من وراء المبدأ هي تقييد استغلال عضو مجلس الإدارة للفرص التجارية الداخلة من ضمن أغراض الشركة دون إتاحتها بدءاً لها لاتخاذ قرار بشأنها^(١٢).

والتساؤل التقليدي الذي يطلقه بعض الفقه هنا حول مدى مبدأ استغلال الفرص التجارية هو سماعُ عضوٍ في مجلس إدارة شركة مساهمة عامة - غرضها الرئيس هو شراء الوحدات بغرض الاستثمار العقاري - خبراً استباقياً من طرف خارج الشركة يتعلّق بطرح قطعة أرض للاستثمار العقاري، فيؤسّس شركة خاصة به لشراء قطعة الأرض هذه، ويشرع في استثمارها لحسابه الخاص قبل أن تُتاح الفرصة للشركة التي يشغل مقعداً في مجلس إدارتها لبحث موضوع يقع في صلب غرضها الأساسي، وهو المتعلّق بجدوى شراء الوحدة المعروضة للبيع لاستثمارها لحساب الشركة ممثلة بكافة مساهميها؛ تحقيقاً لأرباح متوقعة^(١٣).

ويرجع الأصل التاريخي لمبدأ استغلال الفرص التجارية أوّل ما ظهر إلى القانون الإنجليزي عبر القواعد العامة التي أسّسها القضاء الإنجليزي منذ القرن الثامن عشر^(١٤) بواسطة سلسلة من السوابق القضائية التي استقرّت عليها المحاكم الإنجليزية فيما بعد، والمانعة لكل من له التزام تعاقدي أو قانوني، محله تمثيل الطرف الآخر والحفاظ على مصالحه، من أن يتربّع بشكل أو بآخر من هذه العلاقة بأي صورة كانت، أو أن يكون في موقف تتعارض فيه مصالحه مع مصالح من يمثله؛ من مثل الوصي والقيم والوكيل في عقد الوكالة^(١٥)، كعضو مجلس الإدارة الذي يقوم بجميع الأعمال اللازمة لتسيير أمور الشركة نيابة عن مساهميها. وبعبارة أخرى: وضعت المحاكم الإنجليزية على عاتق عضو مجلس الإدارة واجباً يقتضي تخليه عن أي فرصة

Lowry, J. & Edmunds, R. (1998). The Corporate Opportunity Doctrine: The Shifting Boundaries of the Duty and its Remedies. Modern Law Review, 61 (4), 515-537. (١٢)

Gelter, M. & Helleringer, G. (2018). Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law. Berkeley Business Law Journal, 15 (1), 92-153. (١٣)

Keech v. Sandford, [1726] 25 Eng. Rep. 223 (C.A.); 6 Bray v. Ford, [1896] A.C. 44 (H.L.). (١٤)

Jones, G. (1968). Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty. Law Quarterly Review, 84 (4), 472-474. (١٥)

تجارية فيها شبهة تعارض بين مصالحه الشخصية ومصالح الشركة التي يمثلها^(١٦)، بحيث يُترك موضوع البت فيها لمساهمي الشركة.

واستمر القضاء الإنجليزي في موقفه المتواتر هذا فيما يتعلق باستغلال الفرص التجارية للحد من تعارض المصالح^(١٧)، حتى بعد صدور قانون الشركات الإنجليزي لسنة ٢٠٠٦^(١٨)، فالسياسة التشريعية الجديدة هي امتداد للسوابق القضائية المستقر عليها في هذا الشأن، والتي تقضي بضرورة تأكيد مبادئ الولاء للشركة وعدم تعارض المصالح بين عضو مجلس الإدارة والشركة التي يمثلها حتى لا يكون ثمة شك في أن يُنافس أولئك القائمون على اتخاذ القرارات التجارية للشركة شركتهم باستغلال فرص تجارية هي أولى بها^(١٩). وتنظم المادة (١٧٥) من قانون الشركات الإنجليزي شروط استغلال أعضاء مجلس الإدارة الفرص التجارية، والتي من أهمها الحصول على موافقة مساهمي الشركة بشأن استغلال الفرص التجارية، شريطة عدم تصويت العضو الراغب في استغلال الفرصة التجارية لصالحه، وأن تسبق هذه الموافقة بطبيعة الحال واقعة استغلال الفرصة التجارية^(٢٠).

هذا ولا يعني التصويت على الأمر السماح لعضو مجلس الإدارة المهتم باستغلال الفرصة في كافة الأحوال؛ فالتصويت بالمنع يكون نهائياً بحيث لا يستطيع عضو مجلس الإدارة أن يقدم دفوعاً من شأنها إعادة عرض المسألة من جديد.

Boardman v. Phipps, [1967] 2 A.C. 46. (١٦)

Lowry, J. (2012). Codifying the Corporate Opportunity Doctrine: The (UK) Companies Act 2006. International Review of Law, 2012 (5), 2. (١٧)

(١٨) وظلت القواعد التي تنظم طبيعة العلاقة وحدودها بين أعضاء مجلس الإدارة ومساهميها في الشركات المساهمة العامة في إنجلترا تستند إلى السوابق القضائية، القديم منها والمستحدث، حتى عام ٢٠٠٦ الذي شهد أول تقنين تشريعي لواجب عضو مجلس الإدارة ببذل العناية اللازمة لإدارة الشركة، وذلك بصور قانون الشركات الإنجليزي لعام ٢٠٠٦ Duty of Loyalty وواجب عضو مجلس الإدارة في الولاء للشركة Duty of Care. انظر: نصوص الفصل الثاني من قانون الشركات الإنجليزي المتعلقة بواجبات أعضاء مجلس الإدارة:

Companies Act 2006. Scanlan, G., Harvey, A., Prime, T. & Ogowewo, T. (2007). Companies Act 2006: A Guide to the New Law (1st ed.). London: The Law Society.

Lowry, J. & Edmunds, R. (1998). The Corporate Opportunity Doctrine: The Shifting Boundaries of the Duty and its Remedies. Modern Law Review, 61 (4), 515-537, 521. (١٩)

(٢٠) انظر: نص المادة (١٧٥) من قانون الشركات الإنجليزي، مرجع سابق.

فقانون الشركات الإنجليزي لعام ٢٠٠٦ وضع دائماً مصالح الشركة ومساهميها في مرتبة أعلى من مصالح الأعضاء الشخصية، بطريقة يتضح من خلالها أن واجب الولاء الذي يدين به عضو مجلس الإدارة للشركة هو واجب مطلق من حيث طبيعته Unlimited؛ فهو يماثل الوصاية إذ لا يمكن في أي حال من الأحوال قيام الوصي باستغلال فرصة لحسابه الخاص قد تضر بمصالح من يتولى الوصاية عليه^(٢١). فالقضاء الإنجليزي خشي حينما أسس قاعدة منع تعارض استغلال الفرص التجارية في الشركة المساهمة العامة قبل تقنين القاعدة تشريعياً في قانون الشركات لعام ٢٠٠٦ - تقديم عضو مجلس الإدارة مصالحه التجارية على مصالح الشركة، والتربح من خلال منصبه ولو عن طريق اللاوعي، حين يعتقد بحسن نية أن الفرصة مستحقة له دون رأي الشركة^(٢٢).

ومن ثم، فإن قاعدة الولاء للشركة في القانون الإنجليزي تهدف إلى سد الباب سلفاً أمام أعضاء مجلس الإدارة تجاه أي إغراءات لاغتنام فرص تجارية محتملة، حتى ولو اعتقد عضو مجلس الإدارة أن الشركة قد لا تكون مهتمة أو راغبة فعلاً في استغلال الفرصة التجارية^(٢٣). وذلك ما لم تقرر الشركة عكس ذلك؛ أي: السماح لعضو مجلس الإدارة باستغلال الفرصة التجارية بعد أن تفسح عن نيّتها صراحةً عدم اهتمامها بنوع الفرصة التجارية، وأن الإذن بالسماح لا يشكل منافسة لها. فالأصل هنا قيام عضو مجلس الإدارة بالعمل الجاد على اغتنام كافة الفرص التجارية ذات الأهمية للشركة في المقام الأول، محاولاً ما استطاع النأي بنفسه عن أي وضع يُنتج عنه تعارضاً للمصالح بينه وبين الشركة. فمعيار القانون الإنجليزي هنا يتعلق بصفة من يشغل منصب عضو مجلس الإدارة المتوقع منه الولاء التام للشركة^(٢٤)، دون

(٢١) Gelter, M. & Helleringer, G. (2018). Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law. Berkeley Business Law Journal, 15 (1), 92-153. المرجع السابق.

(٢٢) المرجع السابق.
Lowry, J. (2012). Codifying the Corporate Opportunity Doctrine: The (UK) Companies Act 2006. International Review of Law, 2012 (5), 2.

(٢٣) المادة (١٧٥) من قانون الشركات الإنجليزي، مرجع سابق.
(٢٤) Ahern, D. (2011). Guiding Principles for Directorial Conflicts of Interest: Re Allied Business and Financial Consultants Ltd. O'Donnell v. Shanahan. Modern Law Review, 74 (4), 596-607.

أن يكون له حق المعارضة في حال منعه من استغلال الفرصة التجارية: لأنها ببساطة لا تتعلق بحق مكتسب Acquired Right، وإنما بامتياز ممنوح له Privilege .

ثانياً: تشكل مبدأ استغلال الفرص التجارية في القانون الأمريكي

بدأت إرهابات مبدأ استغلال الفرص التجارية تتشكل في الولايات المتحدة في بدايات القرن العشرين بواسطة قضاء المنازعات التجارية المعروف في ولاية ديلاوير، الذي تختاره ٧٠٪ من الشركات المساهمة العامة الأمريكية S&P 500^(٢٥) كموطن للشركة^(٢٦) Place of Incorporation، بحيث يكون القانون المطبق هو قانون ولاية ديلاوير للشركات التجارية لعدة أسباب مختلفة^(٢٧)، والقضاء المختص هو قضاء

(٢٥) مؤشر Standard & Poor's هو مؤشر أسهم أكبر ٥٠٠ شركة أمريكية مدرجة في بورصات الولايات المتحدة الأمريكية من الناحية السوقية، وقد تجاوزت القيمة السوقية لشركات S & P 500 ٤٠ تريليون دولار أمريكي في بداية عام ٢٠٢٢. وبسبب أهميته: يعطي مؤشر ستاندر أند بورز ٥٠٠ لمحة عامة عن وضع السوق المالية الأمريكية، فإذا ما انخفض فعالباً ما تنخفض السوق معه، والعكس كذلك صحيح. انظر:

<https://www.spglobal.com/spdji/en/indices/equity/sp-500/#overview>

(٢٦) إحصاءات التقرير السنوي لقطاع الشركات في ولاية ديلاوير لعام ٢٠٢١، انظر: Delaware Division of Corporations Annual Report Statistics of 2021 (2021). Delaware: Delaware Government Publications.

(٢٧) إذ ليس ثمة قانون شركات على المستوى الفيدرالي في الولايات المتحدة؛ فقوانين الشركات هي قوانين محلية على مستوى كل ولاية؛ ومن ثم فبدلاً من أن تنشئت الشركات بين قوانين ٥٠ ولاية، كان لابد من ولادة قانون ترى معه الشركات أنه الأكثر تحقيقاً لمصالحها، ولكن ليس على حساب مصالح مساهمي الشركة بالطبع. فاختيار الشركات ولاية ديلاوير موطناً لها يرجع إلى عدة أسباب: أولاً: لأن القانون واضح في تحقيق مصالح الشركة بالمقام الأول. ثانياً: وجود محكمة تجارية على غرار المحاكم التجارية الإنجليزية، عمرها يزيد على ٢٢٠ سنة، خاصة بمنازعات الشركات، ومقرها لا يتغير، تقع في ولاية ديلاوير، قضائها معروفون وذوو سمعة، تصدر أحكاماً مستندة إلى سوابق قضائية مستقرة في الولاية، غير متناقضة مع أحكام سابقة؛ فهي الصانع الحقيقي لقانون الشركات في الولايات المتحدة الأمريكية. ثالثاً: ليس ثمة هيئة محلفين في النزاعات التجارية والمدنية على عكس باقي الولايات التي يكون من حق الخصم الآخر فيها طلب هيئة محلفين، والشركات لا تحب ذلك لأنه يطيل مدة النزاع وتكاليف التقاضي. رابعاً: الضرائب المخفضة، والإعفاءات من بعض أنواع الضرائب على الشركات. خامساً: وجود ديلاوير في موقع حيوي في الساحل الشرقي للولايات المتحدة بين نيويورك العاصمة المالية وواشنطن العاصمة السياسية. انظر:

Black Jr., L.S. (2007). Why corporations choose Delaware? Delaware: Delaware Department of State Division of Corporations.

محكمة ديلاوير للمنازعات التجارية Delaware Court of Chancery بوصفها السلطة الأعلى لإنشاء وتطور السوابق القضائية الحاكمة لمنازعات الشركات في الولايات المتحدة بحكم الواقع^(٢٨). وما زال مبدأ استغلال الفرص التجارية في قانون ديلاوير غير مقنن تشريعياً حتى الآن على غرار القانون الإنجليزي؛ فقد استمر يستند إلى السوابق القضائية حتى يومنا هذا، بحيث يُنقح من فترة إلى أخرى تبعاً للوقائع المعروضة أمام محكمة ديلاوير للنزاعات التجارية.

ثم وإن كان قضاء ولاية ديلاوير هو الذي ساهم في تطور مبدأ استغلال الفرص التجارية في الولايات المتحدة، وما زال مشهوراً بذلك؛ فإن أولى الدعاوى المتعلقة بمنازعات تعارض المصالح واستغلال الفرص التجارية ما بين الشركة وأحد أعضاء مجلس إدارتها سُمِعَت في ولاية ألاباما في عام ١٩٠٠ في دعوى^(٢٩) Lagarde v. Aniston Lime & Stone Company، التي تتلخص وقائعها في شراء إحدى الشركات - التي يدخل ضمن أحد أغراضها التنقيب عن المعادن في المناجم لاستخراجها وبيعها فيما بعد - ثلث ملكية أحد المناجم، مع إعلان رغبتها في المستقبل القريب في شراء الثلث الثاني والاحتفاظ به، وشراء الثلث الثالث وتأجير كأكصل مُدرّ للأرباح. لكنّ عضوين في مجلس إدارة الشركة اشترى الثلثين الآخرين لحسابهما الشخصي بغرض الاستثمار، دون الاكتراث لقرار الشركة الذي كانا عالمين به

= لم يأت تبوؤ ديلاوير هذه المكانة مصادفةً، ففي بداية القرن العشرين فرضت ولاية نيويورك - المكان الطبيعي للشركات الكبرى في الولايات المتحدة - ضرائب ثقيلة على الشركات وتشريعات مقيدة. فاستغلت ولاية نيويورك نيوجيرسي الولاية الجارة لنيويورك ذلك، وشرعت قانوناً يجذب الشركات ويمنح مزايا ضريبية؛ فأصبحت ولاية نيوجيرسي الولاية الرائدة التي تطمح الشركات إلى أخذها موطناً. ولكن بعد مرور الزمن، شددت ولاية نيوجيرسي قوانين المنافسة على الشركات؛ لأنها وجدت أنّ هذا التوطن يشكل تكتلات في سوقها؛ وهذا ما يخالف قانون شيرمان الفيدرالي المتعلق بتنظيم المنافسة، وهنا استغلت ولاية ديلاوير، وهي الولاية الجارة لنيوجيرسي الوضع، ونسخت قانون ولاية نيوجيرسي السابق كاملاً، ومنحت مزايا ضريبية أكثر لجذب الشركات، وما زالت حتى الآن مقصداً لها. انظر:

Sanga, S. (2019). The Origins of the Market for Corporate Law. Corporate Law: Corporate & Takeover Law eJournal, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3503628; How Delaware became no. 1. (1976, May 9). New York Times.

Pittenger, M.A. & Wolfe, D.J. (2019). Corporate and commercial practice in the Delaware court of chancery (2nd ed.). Delaware: LexisNexis. (٢٨)

Lagarde v. Aniston, 126 Ala. 496, 28 So. 199 (Ala. 1900). (٢٩)

بوصفهما عُضْوَيْن في مجلس إدارتها^(٣٠). وقرّرت المحكمة أنّ العضوين بشرائهما للملكيات في المنجم قد كسرا عروة واجب الولاء الذي بينهما وبين الشركة؛ إذ كانا عالمين بقصد الشركة المتعلّق بشراء الملكيات المتبقية؛ وهذا ما يبرهن على سوء نيتهما من حيث إنّهما سلبا فُرصاً مستحقّة للشركة^(٣١). ولم تُسمّ المحكمة هنا المبدأ صراحةً باستغلال الفرص التجارية، إذ لم يكن مبدئياً سائداً في ذلك الوقت، بل أعطت رأيها استناداً إلى قواعد العدالة المجردة^(٣٢).

وبعد الحكم في دعوى *Lagarde v. Aniston Lime & Stone Company* سادت فترة من السكون لم يتطور خلالها مبدأ استغلال الفرص التجارية، ولم تبرز سوابق قضائية حاسمة بشأن خلق قواعد تنظّمه على أرض الواقع على مستوى المحاكم في كافّة الولايات، محليةً كانت أو فيدرالية؛ بل ظهرت بين الفينة والأخرى منازعات تتعلّق باستغلال الفرص التجارية بين الشركاء في شركات المحاصة وغيرها من شركات الأشخاص، يحكم بواسطتها القضاء بعدم جواز استئثار شركاء دون آخرين بفرص تجارية متاحة لكافة الشركاء على حدّ سواء بحكم واقعة الشراكة^(٣٣)، وهي بطبيعة الحال أبعد ما تكون متعلّقة بمبدأ استغلال الفرص التجارية في الشركات المساهمة العامة، بحيث ينبو مجلس الإدارة عن آلاف المساهمين في اتخاذ القرارات التجارية المتعلّقة بتسيير أمور الشركة المختلفة.

وبعد أربعة عقود تقريباً، مع نهاية النصف الأول من القرن العشرين، بدأت تتوالى دعاوى منازعات استغلال الفرص التجارية لدى محاكم ديلاوير واحدة تلوّ أخرى؛ فتأسست معالم المبدأ الأولى بالحكم الشهير الصادر في عام ١٩٣٩ بدعوى^(٣٤) *Guth v. Loft Inc*، والتي تتلخّص وقائعها في مقاضاة إحدى شركات المساهمة

(٣٠) Gries, J.C. (1968) The Doctrine of Corporate Opportunity: Has it Meaning in Arizona? *Arizona Law Review*, 9 (2) 59.

(٣١) Editors (1935). Duty of a Director Not to Compete with his Corporation. *University of Chicago Law Review*, 2 (2), 323-326.

(٣٢) المرجع السابق (1900) 126 Ala. 496, 28 So. 199 (*Lagarde v. Aniston*).

(٣٣) انظر: الحكم الصادر عن محكمة استئناف ولاية نيويورك في دعوى *Meinhard v. Salmon* لعام ١٩٢٨، المتعلّق بإرساء مبدأ استغلال الفرص التجارية بين الشركاء في غير الشركات المساهمة العامة، كشركات المحاصة المستترة وشركات الأشخاص بأنواعها، بحيث يحصل كل شريك من الشركاء على فرص متماثلة مع باقي الشركاء (1928) 164 N.E. 454, 545-547 (*Meinhard v. Salmon*).
(٣٤) *Guth v. Loft*, 5 A.2d 503, 505-507 (Del. 1939).

العامة - البارزة في صناعة مكائن المشروبات الغازية وتوزيعها في منافذ البيع بنكهات مختلفة في أماكن متعددة في الولايات المتحدة - أحد أعضاء مجلس إدارتها الذي اشترى سرًا عددًا كبيرًا من أسهم شركة Pepsi في سوق الأوراق المالية بعد تعرُّها ماليًا والتخلي عن نسبة مؤثرة من ملكيتها من أجل سداد ديونها المتراكمة^(٣٥). فهنا، توسَّع عضو مجلس الإدارة - بعد استحواذه المؤثر في بيبيسي بما يمتلكه من خبرة - في نشاطات بيبيسي ومنافذ بيعها، محققًا أرباحًا شخصية له؛ ومن ثمَّ نافَس الشركة التي يشغل فيها منصب عضو مجلس الإدارة بالدفع نحو تقليل أرباحها في السوق نتيجة إستراتيجية بيبيسي الجديدة^(٣٦). خلصت المحكمة إلى القول: إن عضو مجلس الإدارة أخلَّ بواجبات الولاء تجاه الشركة؛ لأنه استغلَّ فرصة تجارية مُربحة كانت الشركة أولى بها، لأنها تقع من ضمن نشاطها المتعلق بتوزيع المشروبات الغازية، إذ تعرَّضت في النهاية للمنافسة من أقرب الأشخاص إليها، الذي أظهر سوء نيَّته في حرمانها من استغلال تلك الفرصة^(٣٧).

ورغمَّ اجتهادات محاكم ديلاوير المتعلقة بتأسيس شروط واضحة تُعنى بمبدأ استغلال الفرص التجارية، ظلَّت المحاكم الأدنى في الولاية تُصدر أحكامًا غير متجانسة لفترة من الزمن، حتَّى مع وجود سوابق قضائية مماثلة؛ الأمر الذي استدعى تدخُّل المحاكم الأعلى حتَّى تحسم موضوع إلزامية تطبيق السوابق القضائية في وقائع مماثلة. ففي إحدى الدعاوى لعام ١٩٥٦^(٣٨)، استغلَّ أحد أعضاء مجلس الإدارة في الشركة فرصة تجارية في مشروع خاص لا يدخل ضمن نشاط الشركة، فرفَعَت هذه الأخيرة الدعوى؛ معلِّلة أنَّ العضو أخطأ عندما لم يُبلغ الشركة بشأن استغلاله لتلك الفرصة التي وإن لم تدخل ضمن أغراض الشركة، فقد تكون الشركة مهتمة باستغلالها لو عُرضت عليها^(٣٩). حكمت المحكمة الأدنى هنا بأحقية الشركة في

Ying, J. (2009). Guth v. Loft: The Story of Pepsi-Cola and the Corporate Opportunity Doctrine. Retrieved from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414478. (٣٥)

Guth v. Loft, 5 A.2d 503, 505-507 (Del. 1939) المرجع السابق (٣٦)

Brudney, V. & Clark, R.C. (1981). A New Look at Corporate Opportunities. Harvard Law Review, 94 (5), 997-1062. (٣٧)

Johnston v. Greene, 121 A.2d 919, 923 (Del. 1956). (٣٨)

Gelb, H. (1997). The Corporate Opportunity Doctrine: Recent cases and the Elusive Goal of Clarity. University of Richmond Law Review, 31 (2), 371. (٣٩)

التعبير عن رأيها بشأن استغلال الفرصة، وانتهت إلى مخالفة عضو مجلس الإدارة لواجب الولاء^(٤٠). وعند عَرْض الأمر على المحكمة العليا لولاية ديلاوير، أُلغي الحكم الصادر عن المحكمة الأدنى؛ لأنَّ الفرصة التجارية المُستغلَّة لا تدخل من ضمن أغراض الشركة، وإنَّ لم يلتزم عضو مجلس الإدارة المدعى عليه الإفصاح للشركة؛ لخلو ما قام به من فعل المنافسة^(٤١).

وعلى الرغم من وصول بعض المنازعات للمحكمة العليا، استمرَّ الحال كما هو عليه دون شروط واضحة تنظِّم المبدأ بوضوح تامَّ حتى عام ١٩٩٦ في الدَّعوى الشهيرة^(٤٢) Broz v. Cellular Information Systems, Inc. عندما وضعت المحكمة العليا في ولاية ديلاوير شروطاً حاسمة لمبدأ استغلال الفرص التجارية، ينبغي على المحاكم الأدنى تحليلها بدقة لمعرفة إنَّ كانَ لعضو مجلس الإدارة الأحقية على الشركة باستغلال فرص كهذه. ولا يثير ذلك غرابةً، لأنَّه وفي ظل قانون العموم Common Law الذي ورثته الولايات المتحدة عن إنجلترا، تحتاج السوابق القضائية بعد صدورها عن أعلى محكمة بعض الوقت لتُصبح ذلك القانون الساري في نطاق جغرافي ما، تلتزم المحاكم تطبيقه عند غياب التنظيم التشريعي الصادر عن المجالس المنتخبة^(٤٣).

وتتلخَّص دعوى Broz v. Cellular Information Systems, Inc. في شراء عضو في مجلس إدارة إحدى الشركات المساهمة العامة المزودة لخدمات الاتصالات المتنقلة - رخصة تشغيلية لخدمات الاتصال الهاتفية في مدن ريفية خالية من شبكات اتّصال هوائية، لصالح مشروع استثماري خاص به بعد إبلاغ العضو التنفيذي ورئيس مجلس إدارة الشركة قبل واقعة الشراء، بحيثُ بُلِّغ شفهيّاً أنَّ الشركة غير مهتمة لشراء مثل هذه الرخصة لتعتُّرها مالياً؛ إذ إنَّها على مشارف إعلان إفلاس قريب كما يُعلَم. وبعد إتمام واقعة الشراء، وتجنُّباً لإفلاس الشركة، تمَّ الاستحواذ عليها بالكامل بواسطة شركة اتّصالات أخرى. والمثير للدهشة هنا رَفْعُ الشركة بعد أن استحوذَ عليها دعوى على عضو مجلس الإدارة السابق فيها، تتَّهمه بتضييع فرصة تجارية كانت مستحقَّة

(٤٠) Johnston v. Greene, 121 A.2d 919, 923 (Del. 1956) المرجع السابق .

(٤١) Scott, S. (2003). The Corporate Opportunity Doctrine and Impossibility Arguments. Modern Law Review, 66 (6), 852-869.

(٤٢) Broz v. CIS, 673 A.2d 148, 151 (Del. 1996).

(٤٣) Davis, S. & Coenen, M. (2021). Percolation's value. Stanford Law Review, 73 (2), 363-432.

لها للتوسع في نشاطها، إذ كان من اللازم أن يُبلَّغها كتابةً حتَّى يُعرَض الأمر على مجلس الإدارة بكافة أعضائه للبت فيه، لا شفهيًا كما حصل. لم تلتفت المحكمة لدفاع الشركة، وأكدت عدم وجود تعارض مصالح؛ لأنَّ وضع الشركة المتعثر لم يكن يسمح لها باستغلال الفرصة آنذاك حتى وإن أُبلِّغَتْ كتابةً. وقد أرسَتْ ملامح المبدأ بضرورة توافر شروط في الفرصة التجارية للسماح لأعضاء مجلس الإدارة باستغلالها^(٤٤).

المطلب الثاني: شروط مبدأ استغلال الفرص التجارية

وَفَقَّ للشروط التي وضعتها المحكمة العليا في ديلاوير بدعوى Broz v. Cellular Information Systems, Inc.؛ فمن الناحية المبدئية، لا يستطيع عضو مجلس الإدارة استغلال الفرصة في حال وُجِدَ شرط من هذه الشروط:

- أولاً: إذا كانت الشركة قادرةً ماليًا على استغلال الفرصة التجارية.
- ثانياً: إذا كانت الفرصة المراد استغلالها تدخل ضمن أغراض الشركة.
- ثالثاً: إذا كان لدى الشركة اهتمامٌ حاليٌّ أو توقُّع قريبٌ باستغلال الفرصة.
- رابعاً: إذا كان استغلال الفرصة التجارية من شأنه أن يضع العضو في موقف غير مؤاتٍ لمصالح الشركة.

هذا ويترك تحديد توافق الشروط من عدمه لمحكمة الموضوع التي تنظر الدعوى^(٤٥). وسنتناول هنا كلَّ شرط من هذه الشروط على حدة.

أولاً: إذا كانت الشركة قادرةً ماليًا على استغلال الفرصة التجارية

يجب أن تتوافر لدى الشركة القدرة المادية على استغلال الفرصة التجارية، وتتأتَّى هذه القدرة من أموالها النقدية المتوافرة لديها، أو عن طريق الائتمان حال توافر مسوِّغات معقولة له. وهنا بطبيعة الحال يُترك تحديد مدى توافر المسوِّغات من عدمها لمحكمة الموضوع لكلِّ حالة على حدة^(٤٦). وتُتَّصَل القدرة المالية اتصالاً وثيقاً

(٤٤) Broz v. CIS, 673 A.2d 148, 151 (Del. 1996) المرجع السابق .

(٤٥) Dammann, J.C. (2013). Indeterminacy in Corporate Law: A Theoretical and Comparative Analysis. Stanford Journal of International Law, 49, 54.

(٤٦) Annotation (1982). Financial Inability of Corporation to Take Advantage of Business Opportunity as Affecting Determination of Whether "Corporate Opportunity" was Presented. American Law Reports, 16 (4), 185.

بمشاروعات الشركة الحالية، فإذا كانت الشركة تحت الإنفاق على مشروعات ما زال الإنفاق جارياً عليها، وكان من شأن استغلال الفرصة التجارية الجديدة أن تسبب في تعثر أهداف بعض هذه المشروعات المستمرة؛ فإنها تُعدُّ غيرَ قادرةٍ ماليًا على استغلال ما يأتي من فرص جديدة، وإن توافرت لديها الأموال الحالة اللازمة لذلك.

وبالمثل؛ فلا تُعدُّ الشركة قادرةً ماليًا وإن استطاعت الحصول على تسهيلات عبر اللجوء إلى الاستدانة من المؤسسات التمويلية المختلفة، إذا كان وضع مثل هذا الدين يرتب التزاماً بالسداد على فترات طويلة بفوائد فاحشة، أو قصيرة بدفعات عالية قد تضطرُّ الشركة معها إلى استخدام إجراءات تقشفية مؤثرة في الإنفاق العام المعتاد لفرصة قد لا يُكتب لها النجاح؛ وهذا ما يؤثر سلباً في ملائمتها المالية الحاضرة للضمان العام للدائنين. وبطبيعة الحال، فالمعيار المتبع في تحديد مقدرة الشركة المالية هنا هو مسألة مستندية، تكون باللجوء إلى: دفاتر الشركة، بيان مركزها المالي، محاضر الاجتماعات الدورية لأعضاء مجلس الإدارة، والقرارات التي تتخذها الإدارة التنفيذية بالشركة؛ لمعرفة إن كانت الشركة مقتدرة حقاً أو لا وقت استغلالها للفرصة التجارية^(٤٧). فيجب على محكمة الموضوع أخذ كافة ما يُعرض عليها وتمحيصه جيداً؛ لأنَّ العجز الدفتری لا يمثل العجز الحقيقي في الميزانية، وحتى لا يتمسك العضو المهتم باستغلال الفرصة بعجز وهمي ظاهرٍ على الورق ليستأثر بفرصة ليست له، مخالفاً بذلك واجب الولاء للشركة^(٤٨).

ويُعدُّ الوقت عاملاً حاسماً في تحديد قدرة الشركة المالية من عدمها، فالوقت هنا هو اللحظة التي عُرضت فيها الفرصة التجارية على عضو مجلس الإدارة المهتم باستغلالها. فإذا تزامنت الفرصة المعروضة على عضو مجلس الإدارة مع وقت تكون الشركة فيه غيرَ قادرةٍ ماليًا، فإنَّ العضو المهتم يستطيع استغلال الفرصة عند توافر شروطها، دون احتجاج الشركة بأثر رجعيٍّ إن أصبحت قادرةً ماليًا فيما بعد^(٤٩). وإذا كانت الشركة قادرةً ماليًا وقت استغلال الفرصة، ثم تعثرت أعمالها لاحقاً، فإنَّ العضو المهتم لا يستطيع الادعاء مدنياً ضد الشركة. ويقع عبء إثبات واقعة قدرة

Chew, P.K. (1989). Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine. (٤٧) North Carolina Law Review, 67 (2), 435-502.

Chew, P.K. المرجع السابق. (٤٨)

Begert, M. (1989). Comment, The Corporate Opportunity Doctrine and Outside (٤٩) Business Interests. University of Chicago Law Review, 56, 827-863, 833-834.

الشركة المالية من عدمها وقت توافر الفرصة على المدعي، لكن معظم المحاكم الأمريكية تنتهي إلى ضرورة قيام العضو المهتم بالإثبات دون الشركة؛ لأنها الأصلية باستغلال الفرص التجارية كافة^(٥٠).

ثانياً: إذا كانت الفرصة المراد استغلالها تدخل ضمن أغراض الشركة

من غير الجائز قيام عضو مجلس الإدارة بمنافسة الشركة في فرصة تجارية في مشروع يقع من ضمن أغراضها؛ درءاً لتعارض المصالح. فإذا كانت أغراض الشركة متعلقة بصناعة بطاريات الشحن الخاصة بالسيارات الكهربائية؛ لا يجوز لأعضاء مجلس الإدارة استغلال فرصة تجارية تتعلق ببراءة اختراع شحن للسيارات الكهربائية تتميز بأنها تتطلب مدة شحن أقل وتدوم لساعات أطول من تلك التي تصنعها الشركة؛ لأنها الأولى باستغلال مثل هذه الفرصة لتطوير الصناعة الداخلة من ضمن أغراضها؛ ولأن استغلال أحد أعضاء مجلس الإدارة مثل هذه الفرصة يحوله إلى منافس حقيقي، مع أنه لا يزال ساكناً في مجلس إدارتها له صوت في شؤون تسيير أعمالها، وهذا ما ترفضه أبسط المبادئ الحديثة لحوكمة الشركات المساهمة العامة^(٥١). وهذا الشرط يأتي لمصلحة أعضاء مجلس الإدارة في المقام الأول، فهو يخلق نقطة توازن ضدّ تعسف الشركة ومساهمتها عبر تصويت الجمعية العامة الذي قد يحرمهم من مباشرة فرص تجارية بعيدة كل البعد عن أغراض الشركة حيث لا منافسة.

والعبرة في مفهوم ما يدخل في أغراض الشركة هو ما نص عليه ميثاق تأسيسها بحيث لا يُضيق على أعضاء مجلس الإدارة باستغلال فرص غير داخلة في أغراض الشركة. ومع ذلك؛ فالأمر يبدو أكثر تعقيداً ممّا هو عليه؛ إذ من ناحية قد تتوسع الشركة في تحديد أغراضها المتعلقة بنشاطها، فإذا كان الاستثمار في الوحدات العقارية هو غرض الشركة، فإن إدارة أملاك الغير قد تندرج من ضمن أغراض الشركة المكّلة لغرضها الأصلي. وإذا كانت أغراض الشركة التنقيب عن المواد البتروكيمياوية، فقد تدخل عمليات النقل من أغراضها اللازمة لذلك. ومن ناحية

Salzwedel, M.R. (2002). A Contractual Theory of Corporate Opportunity and a Proposed Statute. Pace Law Review, 23 (1), 83-145. (٥٠)

Peters, A. & Handschin, L. (2012). Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance. Cambridge: Cambridge University Press. (٥١)

أخرى، من المتصور تعديل الشركة ميثاق تأسيسها لإضافة أغراض أخرى بسوء نية؛ بقصد حرمان أعضاء مجلس الإدارة من فرص ما، لا تُسبب منافسة لها. فلا معيار حاسماً هنا، ومحكمة الموضوع في ديلوير غالباً ما تقع في حيرة من أمرها عند محاولتها تحديد العلاقة بين الفرصة وأغراض الشركة^(٥٢)؛ فإن هي وسّعت من نطاق أغراض الشركة على إطلاقها، فسيضرب ذلك أعضاء مجلس الإدارة^(٥٣)، وإن هي ضيّقت من هذا المفهوم، فالشركة ومساهموها هم المتضررون بلا شك^(٥٤).

على أن عدم توافر معيار قاطع هنا لا يعني بالضرورة استمرار بقاء المحكمة في حيرتها دون حراك منها لتحديد الأكثر استحقالاً باستغلال الفرصة التجارية؛ وفقاً لما تراه واقعياً كخطوط مرسومة لحدود أغراض الشركة. فاستناداً إلى مبادئ العدالة، وفي العقدين الأخيرين على وجه الخصوص، تميل محاكم الموضوع إلى جانب أعضاء مجلس الإدارة بوصفهم الطرف الأقل قوة في المعادلة، من حيث تفسير ما يدخل في أغراض الشركة تفسيراً ضيقاً عند استنتاجها محاولة الشركة توسيع نطاق الأغراض المستهدفة دون مسوغ، وهذا ما توصلت إليه المحكمة في دعوى^(٥٥) Beam Ex Rel. MSO v. Stewart؛ إذ انتهت إلى أن بيع بعض أعضاء مجلس الإدارة حصة مؤثرة من الأسهم التي يملكونها في الشركة لمستثمرين في السوق هو حق خالص لهم^(٥٦)، وليس استغلالاً لفرصة تجارية تدخل في أغراض الشركة عندما ادّعت أن بيع الأعضاء لأسهمهم أدى إلى انخفاض في السعر السوقي لسهم الشركة؛ إذ لها الأولوية ببيع الأسهم في السوق كوسيلة لزيادة رأس مالها، وهي فرصة قد ضاعت عليها^(٥٧).

ثالثاً: إذا كان لدى الشركة اهتمام حالي أو توقع قريب باستغلال الفرصة
يتعلق الأمر هنا بالالتزام التعاقدية من طرف الشركة وفقاً لطموحات الشركة

Hopt, K.J. (1985). Self-Dealing and Use of Corporate Opportunity and Information: Regulating Directors' Conflicts of Interest. In K.J. Hopt & G. Teubner (Eds.), Corporate Governance and Directors' Liabilities (p. 299). Florence: European University Institute. (٥٢)

David J. Greene & Co. v. Dunhill Int'l, Inc., 249 A.2d 427 (Del. Ch. 1968). (٥٣)

Castleman ex rel. Thorpe v. CERBCO, Inc., 676 A.2d 436, 443 (Del. 1996). (٥٤)

Beam ex rel. MSO v. Stewart, 833 A.2d 961 (Del. Ch. 2003). (٥٥)

Beam ex rel. MSO v. Stewart. المرجع السابق (٥٦)

Beam ex rel. MSO v. Stewart. المرجع السابق (٥٧)

في الوقت الحالي أو المستقبل القريب^(٥٨). فإذا أبرمت الشركة عقوداً محلّها استغلالاً فرص معينة مع الأطراف المتعاقدة؛ لا يجوز لأعضاء مجلس الإدارة التعاقد مع الأطراف أنفسهم في حال كانت الشركة مهتمة بالمضيّ قدماً في مشروعات أخرى توسعية دون إذنها. مثال ذلك أن تكون الشركة مختصة ببناء وحدات سكنية في العاصمة لمشروع ممول من مستثمرين أجانب، فلا يجوز لعضو مجلس الإدارة التعاقد مع المستثمرين أنفسهم من الباطن لبناء وحدات للاستخدام المخزني في منطقة حدودية ما لم توافق الشركة على ذلك، وإن اختلف ذلك عن مجال أغراض الشركة الدقيقة المتعلقة ببناء الوحدات السكنية فقط. فمُسوّغات الشركة هنا أن الاستعداد للتوسع الحال في قبول مشروعات أخرى غير سكنية مع المتعاقدين أنفسهم سيحقق لها صيتاً خارج حدود الدولة لدى تكتلات الاستثمار الأجنبيّ الرّغبة في التعاقد معها في الداخل.

وكذلك الأمر بالنسبة إلى التوقعات المحتملة باستغلال الفرص المتعلقة بمعارف الشركة وعلاقاتها في سوق نشاطها، والذي قد يترتب عليه تعاقد مرتقب في المستقبل القريب. فإذا كان من أغراض الشركة الدقيقة تصنيع مواد البناء محلياً لبيعها لمقاولين يتصفون بأنهم زبائن دائمون لها، وعلم أحد أعضاء مجلس الإدارة بوجود مشروعات كبرى للبناء تتطلب مواد مستوردة، وعرض التعاقد على هؤلاء المقاولين مقدماً من دون علم الشركة، فلا شك أنه نافس الشركة بهذا الفعل، لأن الشركة ترنو إلى تعاملات أكثر مع من تورّد لهم باطّراد، إذ تتوقع مثل هذه التعاقدات معهم^(٥٩)، وإن لم تتوافر المعدّات المستوردة لديها عند التعاقد؛ إذ قد تكون قادرة على تنفيذ العقد بالباطن أو استيراد مثل هذه المعدّات فوراً. فالعبرة هنا بالتوقعات المحتملة المستندة إلى علاقات سابقة مستمرة بين الشركة والأطراف الأخرى؛ ممّا يمنحها الأولوية بالحق في التعاقد، وليست بالتعاملات الجديدة^(٦٠)؛ لعدم وجود علاقات سابقة مستمرة.

ورجوعاً إلى المثالين السالفين؛ فتعاقد عضو مجلس الإدارة مع مستثمرين لبناء وحدات للاستخدام المخزني، وتوريد مواد بناء مستوردة لمقاولين لا ترتبط الشركة

Prentice, D. (1979). Corporate Opportunity – Windfall Profits. Modern Law Review, 42 (2), 215-219. (٥٨)

Clark, R.C. (1986). Corporate Law (p. 225). Boston: Little, Brown; Cox, J.D. et al. (1997). Corporations (pp. 236-237). Aspen: Aspen Law & Business. (٥٩)

Talley, E. (1998). Turning Service Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunity Doctrine. Yale Law Journal, 108, 277-375, 292. (٦٠)

معهم بعلاقة تعاقدية مضت - لا يُعدُّ استغلالاً لفرصة تجارية مملوكة لها؛ لأنَّ عضو مجلس الإدارة لم ينافس الشركة في مشروعات تدخل ضمن أغراضها عند انعدام العلاقة السابقة بين الشركة والمتعاقدين أنفسهم.

والشرط الحاليُّ هدفه الحفاظ على مَنْ ترتبط معهم الشركة بعلاقات متواترة تعتقد معها بحسن نية التوسُّع في مثل هذه الالتزامات العقدية قريباً، ما دامت من ضمن أغراض الشركة العامة، وإنَّ مالت قليلاً عن مسار أغراضها الدقيقة. ولا شكَّ في أنَّ ذلك لا يُعدُّ بذاته توسُّعاً لا مُسوّغَ له، فللشركة الحقُّ في الانتفاع الكامل من علاقاتها في مجتمع الأعمال، التي قامت ببنائها تراكمياً عبر الأعوام؛ فخشيَّتها مفهومة إذ هي تتوجَّس من استغلال أعضاء مجلس الإدارة لتلك العلاقات التي اطلَّعوا عليها بحكم تمثيلهم للشركة، والاستفادة تجارياً عبر مشروعات خاصَّة بهم، بحُجَّة عدم انطباق الشرط الثاني المتعلِّق بكون الفرصة المراد استغلالها تدرج ضمن أغراض الشركة^(٦١). بعبارة أخرى؛ تذهب السياسة العامة لمحاكم ديلاوير إلى اعتبار مصالح الشركة في المقام الأول، ومن ثَمَّ مصالح مساهميها، متعديَّة بالضرورة لمصالح مَنْ يديرها في هذا السياق؛ سعياً إلى تحقيق ما تطمح إليه من تطلُّعات دون عرقلة^(٦٢).

رابعاً: إذا كان استغلال الفرصة التجاريَّة من شأنه أن يضع العضو في موقف غير مؤاتٍ لمصالح الشركة

قد تبدو الطريقُ ممهَّدة أمام عضو مجلس الإدارة لاستغلال الفرصة التجارية؛ إذ لا منافسة عندما تكون الشركة غير قادرة مالياً، وعند اختلاف الأغراض، أو عند غياب أيِّ اهتمامات حالية أو توقُّعات قريبة باستغلال الفرصة. على أنَّ ذلك لا يعني حتماً السماح له بالمُضيَّ قدماً إذا كان من شأن ذلك خلق تضارب بين الفرصة التجارية المُستغلَّة والسَّعي إلى تحقيق مصالح الشركة التي تحتمُّها عليه واجباته فيها^(٦٣). يتعلق الأمر هنا بمصالح الشركة الأسمى التي قد تتضرَّر وإنَّ كانت الشروط الثلاثة الأولى تقع في صالح عضو مجلس الإدارة؛ لأنَّ من المحتمل أن يجد نفسه

(٦١) Personal Touch Holding Corp. v. Glaubach, 2019 WL 937180 (Del. Ch. Feb. 25, 2019).

(٦٢) Slaughter, J.C. (1964). Comment, The Corporate Opportunity Doctrine. Southwest Law Journal, 18, 96-116.

(٦٣) المرجع السابق (Broz v. CIS, 673 A.2d 148, 151 (Del. 1996)).

في موقف تتعارض فيه مصالحه وليدة الفرصة التجارية مع واجباته المستمرة في الشركة^(٦٤). وما زال هذا النهج هو المتبع في قضاء ديلاوير حتى اليوم تبعاً لحثثيات كل دعوى على حدة^(٦٥).

والأمثلة التقليدية هنا متنوعة؛ أهمها دخول عضو مجلس الإدارة في علاقة تعاقدية مع أحد تجار الجملة لتوريد مشروبات الطاقة في منطقة يسعى مجلسها المحلي إلى حث السكان على إيجاد بدائل صحية؛ ما يتعارض مع ما تنتجه الشركة من عصائر طازجة يتم في النطاق الجغرافي نفسه، بحكم أن أي توسع تنتجه الشركة قد يربّب ضرراً على مصالح عضو مجلس الإدارة الذي قد يصوت مضطراً بالرفض على مثل هذا التوسع؛ خشية انخفاض الطلب على مشروبات الطاقة؛ ومن ثمّ تحريم الشركة التي يتولى رسم سياستها من فرص توسع مستحقة، وإن لم ينافس العضو الشركة مباشرة هنا، فدخوله في مثل هذه التعاقدات ينتج عنه خياران لا ثالث لهما: إما التضحية بمصالحه الخاصة، وإما التضحية بمصالح الشركة. هذا ولم يكتفِ قضاء ديلاوير بحل الموضوع على نحو تقليديّ باقتراح عدم تصويت عضو مجلس الإدارة المهتمّ هنا على الموضوع الذي يثير شبهة تعارض المصالح لسببين فيما أعتقد؛ الأول: لأنّ الأمر في كثير من الحالات قد لا ينطوي على شبهة واضحة تتعارض فيها مصالح العضو مع الشركة، كما هو الحال في مشروبات الطاقة والعصائر الطازجة، إذ لكل منهما سوق مختلفة، ولكن قد تتضرر مصالح الشركة في النهاية جرّاء ذلك الالتباس. والثاني: أنّ الفرصة التجارية التي يستغلها العضو قد تؤدي إلى التأثير في نشاط الشركة وإيراداتها عبر مقاطعة منتجاتها؛ وذلك في حالة إن كانت القيم الأخلاقية الخاصة بمنّ تعاقد معها العضو لا تتماشى مع تلك التي يتبنّاها جمهور الشركة^(٦٦).

وبتعداد هذه الشّروط الأربعة، أرسّت دعوى Broz v. Cellular Information Systems, Inc. دعائم لقواعد المبدأ التي تبدو الآن أكثر وضوحاً؛ إذ تعدّ هذه الشّروط جوهريةً مكملّة بعضها لبعض، فلا يغني أحدها عن الآخر عند التحليل لمعرفة من له الأحقية في استغلال

McClane, J. & Nili, Y. (2021). Social Corporate Governance. George Washington Law Review, 89 (4), 932. (٦٤)

Dweck v. Nasser, C.A. No. 1353-VCL (Del. Ch. Jan.18, 2012). (٦٥)

McDonnell, M.-H. & Cobb, J.A. (2020). Take a Stand or Keep Your Seat: Board Turnover after Social Movement Boycotts. Academy of Management Journal, 63 (4), 1028–1053. (٦٦)

الفرصة في نهاية المطاف^(٦٧). ولأنّ وقائع كلّ دعوى - محلّها نزاعٌ حول أحقيّة المُستحقّ للاستغلال - تختلف عن الأخرى، وتبدو تفاصيلها في كثير من الأحيان معقّدةً بعض الشيء؛ فعلى محكمة الموضوع التّرويّ قبل أن تبدي رأيها النهائي في النزاع المطروح أمامها؛ لأنّ الشروط نفسها قد تُفرغ من محتواها عند غياب الفحص المتأنّي للظروف المُلبّسة للواقعة^(٦٨). ولذلك، لم تلتزم باطّراد محاكم ولاية ديلاوير الأمريكية فقط شروط المبدأ الجديدة في الدّعاوى المرفوعة التي موضوعها شبهةٌ استغلال فرص تجارية بالمخالفة لها^(٦٩)، بل انتقل المبدأ إلى دول أخرى غير الولايات المتحدة الأمريكية^(٧٠).

المبحث الثاني: مبدأ استغلال الفرص التجارية في الشركات المساهمة العامة في القانون الكويتي

لم ينظّم المشرع الكويتي مبدأ استغلال الفرص التجارية في قانون الشركات القديم رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠؛ إذ ترك الباب مفتوحاً لاستغلال أعضاء مجلس الإدارة الفرص التجارية حسبما يروّنه. ومن ثمّ نقح من هذا التنظيم بصدر قانون الشركات الكويتي الجديد رقم ١ لسنة ٢٠١٦، الذي نظّم فيه المبدأ تشريعياً لأول مرة. ورغم مرور ما يقارب العقد من الزمان على تنظيم مبدأ استغلال الفرص التجارية في القانون الكويتي، يبقى تنظيم المبدأ محلياً دون المستوى المطلوب؛ إذ ما زالت الثغرات التي تحتاج إلى معالجة تشريعية واضحة للعيان. على أنّ مثل هذه المعالجة التشريعية

(٦٧) المرجع السابق (Broz v. CIS, 673 A.2d 148, 151 (Del. 1996)).

(٦٨) المرجع السابق (Broz v. CIS 673 A.2d 148, 151 (Del. 1996)).

(٦٩) انظر على سبيل المثال: C.A. No. 2019-0342-AGB (Del. Ch. 2019), Outlaw Beverage, Inc. v. Lance Collins, et al.,

In re Riverstone Nat'l, Inc. Stockholder Litig., Consol. C.A. No. 9796-VCG (Del. Ch. July 28, 2016); Triton Const. Co. v. E. Shore Elec. Servs., Inc., CA No. 3290-VCP (Del. Ch. May 18, 2009).

(٧٠) كالمحكمة العليا في جمهورية الفلبين التي اعتمدت الشروط الواردة نفسها في ديلاوير لتحليل استحقاق الفرص التجارية بين أعضاء مجلس الإدارة والشركات التي يتولّون إدارتها في حكمها الصّادر حديثاً. انظر: البيان الصّادر عن المحكمة العليا في جمهورية الفلبين في موقعها الرسمي: SC Sets Guidelines in the Application of the Doctrine of Corporate Opportunity (2022, July 7). Retrieved from <https://sc.judiciary.gov.ph/28626/>.

يجب أن تأخذ في الحسبان عَدَمَ التضحية بمصالح أعضاء مجلس الإدارة في كل الأحيان، فأيُّ تعديلاتٍ جديدة على المبدأ يجب أن تُراعي خصوصية سوق مجتمع الأعمال الكويتي ذي المساحة الجغرافية الصغيرة، والخبرة الأجنبية في مجلسي الإدارة والإدارة التنفيذية للشركات المدرجة في الكويت، عبر ضرورة وجود تنظيم اتفافي بين الشركة وأعضاء مجلس الإدارة من شأنه منحهم فرصة تحديد أولي للفرص التجارية التي لا ترغب الشركة في استغلالها.

المطلب الأول: التنظيم التشريعي لمبدأ استغلال الفرص التجارية وثغراته

أولاً: التنظيم التشريعي لمبدأ استغلال الفرص التجارية بين قانوني الشركات القديم والحالي

خلا قانون الشركات الكويتي القديم رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ من تنظيم لمبدأ استغلال الفرص التجارية في الشركات المساهمة العامة. فعند النظر إلى نصوص القانون، انصبَّ المنع على إدارة أعضاء مجلس الإدارة لشركة مشابهة أو منافسة فقط للشركة التي يشغلون فيها منصب عضو مجلس إدارة^(٧١)؛ أي: إنَّ المشرع^(٧٢) اتَّجه نحو سياسة تسمح لأعضاء مجلس الإدارة بمنافسة الشركة دون قيد أو شرط، بغض النظر عن طبيعة النشاط الخاص بأغراض الشركة، وأهدافها المستقبلية، ودون تطلُّب الإذن من الجمعية العامة العادية^(٧٣). ولم يغفل المشرع عن ذلك؛ إذ كان عَدَمُ تنظيم المبدأ في الشركات المساهمة العامة مقصوداً؛ لأنَّه نظَّم المبدأ في قانون الشركة ذات المسؤولية المحدودة نفسه؛ وذلك بمنع مدير الشركة فقط دون سائر أعضاء مجلس الإدارة من أن يقوم لحسابه بصفقات في تجارة منافسة أو مماثلة لتجارة الشركة بغير موافقة

(٧١) المادة (١٥١) من قانون الشركات التجارية الملغى رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠. انظر: د. طعمة الشمري، قانون الشركات التجارية الكويتي، الطبعة الأولى، ١٩٨٦، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ص ٤٣١-٤٣٦.

(٧٢) لم يكن المشرع هنا مجلساً منتخباً، فالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ صدر بتاريخ ١٢/٥/١٩٦٠؛ أي: قبل استقلال دولة الكويت عن بريطانيا، وقبل أول مجلس تشريعي منتخب بعد الاستقلال. فالمشرع آنذاك كان السلطة التنفيذية. انظر: الكويت اليوم - الجريدة الرسمية لحكومة الكويت، ملحق العدد ٢٧٦، السنة السادسة، ١٩٦٠/٥/٢٣.

(٧٣) انظر بالتفصيل في فرضيات المنع المتعلق للشركات المنافسة والمماثلة في النشاط: د. طعمة الشمري، مجلس إدارة الشركة المساهمة، دراسة قانونية مقارنة في القانون الكويتي وقوانين الولايات المتحدة الأمريكية. ١٩٨٥، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، إدارة التأليف والترجمة، الكويت، ص ٤٩-٥٢.

الجمعية العامة للشركاء^(٧٤)، ولو أراد المشرع تطبيق الحكم نفسه على أعضاء مجلس إدارة الشركات المساهمة العامة، لما تأخر في وضع نصٍّ مماثل كما فعل المشرع المصري في القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن بعض الأحكام الخاصة بشركات المساهمة، وشركات التوصية بالأسهم، والشركات ذات المسؤولية المحدودة الملغى^(٧٥).

واستمر خلوق قانون الشركات الكويتي من مبدأ استغلال الفرص التجارية فترة طويلة حتى عام ٢٠١٢؛ أي: مع صدور قانون الشركات الحالي^(٧٦). ويثور التساؤل عن الأسباب الفعلية لذلك التأخير، فعلى الرغم من عدم تنظيم المشرع الكويتي المبدأ في أول قانون شركات تجارية يصدر في البلاد، كما فعلت بعض دول مجلس التعاون للخليج العربي مثل المملكة العربية السعودية^(٧٧)، ومملكة البحرين^(٧٨)، ودولة الإمارات العربية المتحدة^(٧٩)، التي أقرت جميعاً المبدأ ونظمتها في بكر تشريعاتها الوطنية المنظمة

(٧٤) المادة (٢٠٥) من قانون الشركات التجارية الملغى رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠.

(٧٥) انظر: نص المادة (٣٧) من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن بعض الأحكام الخاصة بشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة. الوقائع المصرية، جريدة رسمية للحكومة المصرية، عدد غير اعتيادي، العدد ٤ مكرراً، ١٦ يناير ١٩٥٤، السنة ١٢٥. وتضمن قانون الشركاء المصري الحالي رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨٠ المعدل بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٨ ذات الحكم بنص المادة ٩٨ منه. انظر: د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الخامسة، ٢٠١١، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٠٣٩-١٠٤٢.

(٧٦) انظر في التنظيم الأولي لقانون الشركات الكويتي الجديد الصادر في عام ٢٠١٢ لحالات تعارض المصالح بين الشركة وأعضاء مجلس إدارتها: جلال سعد عثمان، المشكلات العملية الهامة في قانون الشركات الكويتي الصادر برقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ والمعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣، ٢٠١٥، دار أقرأ للنشر والتوزيع، الكويت، ص ٩٣٨-٩٤٩.

(٧٧) نص المادة رقم (٧٠) من نظام الشركات السعودي الملغى للعام ١٣٨٥ هجري (١٩٦٥ ميلادي). انظر: د. محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، ١٩٩٦، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ص ٣٣١-٣٣٥.

(٧٨) نص المادة (١٦١) من المرسوم بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٥ بشأن إصدار قانون الشركات التجارية البحريني الملغى. وتضمن قانون الشركات التجارية البحريني الحالي رقم ٢١ لسنة ٢٠٠١ المعدل بالقانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٢٠ ذات الحكم بنص المادة ١٩١ منه. انظر: أيمن المؤيد، قانون الشركات التجارية البحريني - تجميع لقانون الشركات التجارية البحريني وتعديلاته ولائحته التنفيذية وميثاق حوكمة الشركات البحريني، ٢٠٢١، دون دار نشر، البحرين.

(٧٩) انظر: فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية وفقاً لنص المادة (١٠٨) من قانون الشركات التجارية الإماراتي الملغى رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته.

للانسان الاتحادي رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته بدولة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٤، اكااديمية شرطة دبي، الإمارات، ص ٣٤٥ وما بعدها.

للشركات التجارية؛ فإنَّ المشرَّعَ لم يعدِّل القانونَ حتَّى بإضافة مادةٍ تنظِّم المبدأ، تاركاً الحال كما هو عليه لخمسَةِ عقودٍ من الزمن.

ولم تُشرِ المذكرة الإيضاحية لقانون الشركات الكويتي القديم رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ إلى ما يسفر عن سياسة السماح لأعضاء مجلس الإدارة باستغلال الفرص التجارية على إطلاقها دون الرجوع إلى الشركة؛ ولكنَّ ظروف الطفرة الاقتصادية التي مرَّت بها الكويت في نهاية خمسينيات القرن الماضي وبداية الستينيات، مع بدايات تصدير النفط والانفتاح التجاري - قد تكون من أهم الأسباب التي أدَّت بالضرورة إلى تبني مثل هذا التوجُّه؛ تلافياً لأيِّ مشابهة أو منافسة بين نطاق النشاطات التجارية الخاصة لأعضاء مجلس الإدارة وتلك التي تمارسها الشركة، وإلاَّ لاختار عضو مجلس الإدارة تجارته الخاصة التي يتجاوز مردودها ما قد يحصل عليه مادياً في منصب عضوية مجلس الإدارة^(٨٠). فمع ارتفاع القدرة الشرائية للفرد في الكويت في بداية الستينيات، تسابق التجَّار الكويتيون على الفوز بالوكالات التجارية لمختلف أنواع السلع العالمية، بالقدر الذي وجدت فيه الدول المصدرة أهمية الكويت بوصفها دولةً مستوردة، فسَنَّ المشرَّع القانونَ رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٤ بشأن تنظيم الوكالات التجارية السابق، وقصَّر مباشرة أعمالها في الكويت على المواطنين الكويتيين فقط^(٨١) دون الأجانب المقيمين في الكويت أو خارجها^(٨٢) كقاعدة عامة^(٨٣).

(٨٠) انظر: تفاصيل السباق المحموم بين بريطانيا العظمى والولايات المتحدة الأمريكية على نيل نصيب الأسد بالمشاريع التجارية التوسعية في الكويت في الخمسينيات والستينيات من القرن الماضي، ومحاولة استمالة التجَّار الكويتيين للفوز بأكبر عدد من الوكالات التجارية للسلع البريطانية والأمريكية: Howell, W.N. (2015). Strangers When We Met: A Century of American Community in Kuwait. Washington, D.C.: New Academia Publishing.

(٨١) نصَّ المادة (١) من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٤ بشأن تنظيم الوكالات التجارية في دولة الكويت، المُستبدِّل به القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٦ بتنظيم الوكالات التجارية.

(٨٢) هذا ونصَّ قانون التجارة الكويتي الملغى رقم ٢ لسنة ١٩٦١، المُستبدِّل به القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠، على وجوب قيام الوكلاء غير الكويتيين المشتغلين بالتجارة في الكويت قبل عام ١٩٦١ بتصفية وكالاتهم خلال ثلاث سنوات منذ صدور القانون؛ ممَّا زاد فُرص حصول الكويتيين على وكالات تجارية، وعلى الأخص أولئك الذين يشغلون منصبَ عضو مجلس إدارة شركة مساهمة في الكويت، وهذا ما يدعم ما توجَّه المشرع من حيث عدم تنظيم مبدأ استغلال الفرص التجارية في قانون الشركات الملغى. انظر: نصَّ المادة (٢٧) من قانون التجارة الكويتي الملغى رقم ٢ لسنة ١٩٦١، الكويت اليوم - الجريدة الرسمية لحكومة الكويت، ملحق العدد ٣١١، السنة السابعة، ١٩٦١/١/٢٣.

(٨٣) انظر في تفاصيل ذلك: د. عبد الفضيل أحمد، د. محمد المطيري، د. إبراهيم الرشود، الوجيز في شرح قانون التجارة الكويتي (نظرية الأعمال التجارية والتجار)، الطبعة الأولى، ٢٠١٨، دار العلم، مصر، ص ١٧٢-١٧٤.

وبعد فترة طويلة جداً من عدم وجود قيود على عاتق أعضاء مجلس الإدارة، نظم المشرع لأول مرة مبدأ استغلال الفرص التجارية في قانون الشركات الحالي رقم ١ لسنة ٢٠١٦ في المادة (١٩٧) منه؛ وذلك بمنع أعضاء مجلس الإدارة من القيام بأي عمل من شأنه منافسة الشركة، أو أن يتجروا لحسابهم أو لحساب غيرهم في أحد فروع النشاط التي تزاولها الشركة؛ وإلا كان للشركة أن تطالب بتعويض أو باعتبار العمليات التي زاولها أعضاء مجلس الإدارة بالمخالفة كأنها أُجريت لحساب الشركة، ما لم يكن ذلك بموافقة الجمعية العامة العادية^(٨٤). وتأخر المشرع الكويتي بحق في ذلك، حتى أتت الكويت في مؤخرة دول المنطقة التي تبنت المبدأ في منظومة قوانينها المحلية^(٨٥). ولم تبين المذكرة الإيضاحية للقانون سبب التأخير في تنظيم مبدأ استغلال الفرص التجارية في القانون الكويتي؛ إذ أتت عباراتها عامّة، وضحت فيها سبب إصدار القانون الجديد الذي يعود هدفه الرئيس إلى رغبة الدولة في مواكبة التغيرات المتنوعة، أهمها الاقتصادية، التي صاحبت التطور الذي لحق بتشريعات الشركات التجارية على مستوى العالم^(٨٦)؛ ومن أجل تحسين بيئة عمل الشركات محلياً، وتشجيعاً للاستثمار في دولة الكويت للنهوض بمشروعات التنمية الاقتصادية فيها^(٨٧).

ولكن انتظار المشرع طويلاً لتبني مثل هذا المبدأ أتى بحق مخيباً للآمال؛ فتتظيم المبدأ لم يتغير كثيراً عن تنظيم المشرع المصري له في القانون الملغى الصادر في عام ١٩٥٤، أو المشرع السعودي في القانون الملغى الصادر في عام ١٩٦٥^(٨٨) السالف الإشارة إليهما. ومن الواضح عدم إطلاع المشرع على ما حصل من تطورات خلال ستة عقود لاحقت تطور المبادئ الحاكمة لتشريعات الشركات التجارية. فما كان

(٨٤) نصّ المادة (١٩٧) من قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦.

(٨٥) لم تسبق الكويت من دول مجلس التعاون الخليجي زمنياً في تبني مبدأ استغلال الفرص التجارية إلا سلطنة عُمان التي تبنته في المادة (٢٠٣) من قانون الشركات العُماني الجديد رقم ١٨ لسنة ٢٠١٩؛ وقد تبنته قطر لأول مرة في المادة (١٠٧) من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بإصدار قانون الشركات التجارية القطري المُستبدل به القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٥ بشأن الشركات التجارية الذي أكد المبدأ في نصّ المادة (١٠٨) منه.

(٨٦) المذكرة الإيضاحية لقانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦.

(٨٧) المذكرة الإيضاحية لقانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦.

(٨٨) انظر في تفصيلات ذلك: د. سعيد يحيى، الوجيز في النظام التجاري السعودي، الطبعة الثامنة ٢٠١٨، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ص ٢٤٨-٢٥٠.

صالحاً آنذاك ليس بالضرورة أن يستمر كذلك. لذلك، وُلد التنظيم الجديد مع ثغرات تحدُّ من الأهداف المرجوة وراء تطبيقه.

ثانياً: الثغرات المصاحبة لمبدأ استغلال الفرص التجارية في قانون الشركات الحالي

ثمة ثغرات تعتري تنظيم مبدأ استغلال الفرص التجارية الوارد في نص المادة (١٩٧) من قانون الشركات الكويتي الحالي؛ أولها: سريان المبدأ على أعضاء مجلس الإدارة فقط دون أعضاء الإدارة التنفيذية. ثانيها: ترك موضوع تحديد استحقاق الفرصة التجارية في يد الجمعية العامة العادية للشركة، وهذا ما يثير العديد من التساؤلات حول حدود صلاحياتها والأساس القانوني الذي تستند إليه لمنح استغلال الفرصة أو رفضها. ثم إن طبيعة الجزاء بالتعويض أو اعتبار العمليات التي تم القيام بها كأنها قامت لحساب الشركة تعترضها عقبات عدة.

عدم سريان مبدأ استغلال الفرص التجارية على أعضاء الإدارة التنفيذية

العليا Upper Executive Management

نصت المادة (١٩٧) من قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦ على سريان مبدأ استغلال الفرص التجارية على رئيس مجلس الإدارة وأعضائه فقط، دون أعضاء الإدارة التنفيذية العليا للشركة، والتي يكون دورها الرئيس تنفيذ خطط الشركة الإستراتيجية التي يعتمد عليها مجلس الإدارة، وإعداد التقارير الدورية المتعلقة بنشاط الشركة وعرضها على مجلس الإدارة^(٨٩). يُضاف إلى ما سلف الإدارة اليومية للشركة بوصفها المحرك الأساسي لدفة قيادة الشركة^(٩٠). فوفقاً لقانون الشركات الحالي؛ فإن الرئيس التنفيذي للشركة، والذي تُنَاط به إدارة الشركة، يعينه مجلس الإدارة فور تشكيله من بين أعضاء المجلس الذين انتُخبوا بالتصويت السري أو من غيرهم^(٩١).

فإذا كان الرئيس التنفيذي في الأصل هو عضواً منتخباً في مجلس الإدارة؛ سرى عليه مبدأ استغلال الفرص التجارية. أما إذا لم يكن الشخص عضواً في مجلس الإدارة، وإنما اختير من خارج الشركة؛ فلا يسري المبدأ التزاماً بنص المادة

(٨٩) انظر: المادة (٣-١٠) المتعلقة باختصاصات الإدارة التنفيذية في الشركات المساهمة العامة من اللائحة التنفيذية لقانون هيئة أسواق المال، حوكمة الشركات، الكتاب الخامس عشر.

(٩٠) المادة (٣-١٠)، مرجع سابق.

(٩١) نص المادة (١٨٣) من قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦.

الجلي؛ إذ لا اجتهاد مع وضوح النص. ثم إن باقي أعضاء الإدارة التنفيذية العليا ليسوا أعضاء في مجلس الإدارة بحكم مناصبهم، وهم على سبيل المثال: نائب الرئيس التنفيذي، رئيس المخاطر، رئيس التدقيق الداخلي، ورئيس المالية^(٩٣)؛ أي: إن جلّ الإدارة التنفيذية العليا ليسوا أعضاء في مجلس الإدارة بحكم مناصبهم، باستثناء الرئيس التنفيذي عندما يُعين ممن انتُخبوا لعضوية مجلس الإدارة.

وليس ثمة مسوّغ لاستثناء أعضاء الإدارة التنفيذية العليا في الشركة من الخضوع لتنظيم مبدأ استغلال الفرص التجارية؛ لأنهم الأقرب للإدارة اليومية للشركة من أعضاء مجلس الإدارة، فهم الذين يُشرفون على تطبيق سياساتها، وهم الأكثر احتكاكاً بعملياتها على نحو مباشر. وهذا ما قرّره قضاء ديلاوير في أكثر من دعوى من حيث عدّه أعضاء الإدارة التنفيذية العليا يكتّون بواجب الولاء للشركة كباقي أعضاء مجلس الإدارة^(٩٣)؛ ومن ثم فإنهم يُلْتزَمون المفروض عليهم^(٩٤)، ومن أهمّة عدم منافسة الشركة في استغلال الفرص التجارية.

وعلى مستوى دول الإقليم، نقّح المشرّع في دولة قطر في شهر يوليو من العام ٢٠٢١ قانون الشركات التجارية الحالي رقم ١١ لسنة ٢٠١٥؛ وذلك بإضافة أعضاء الإدارة التنفيذية العليا جنباً إلى جنب مع أعضاء مجلس الإدارة في الشركة، بوصفهم مُلتزمين الخضوع على حدّ سواء لما يتطلبه القانون من شروط لاستغلال الفرص التجارية^(٩٥).

تساؤلات حول صلاحيات الجمعية العامة العادية للشركة لمنح استغلال الفرصة أو رفضه

تركّ تحديد موضوع استغلال الفرص التجارية من عدمه في يد الجمعية

(٩٢) انظر: الخطوط الفاصلة بين دور مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية للشركة في حوكمة الشركات: Klettner, A. (2016). Corporate Governance Regulation: The Changing Roles and Responsibilities of Boards of Directors (1st ed.). Oxford: Routledge.

Gantler v. Stephens, 965 A.2d 695 (Del. 2009). (٩٣)

Singer v. Magnavox Co., 380 A.2d 969, 976-77 (Del. 1977). (٩٤)

(٩٥) انظر: القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٢١ بتنقيح بعض أحكام قانون الشركات التجارية القطري الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٥. نُقِّحَت المادّة (١) منه بإضافة تعريف للإدارة التنفيذية العليا، وهي التي تشمل المسؤول التنفيذي الأول أيّاً كان مُسمّاه والمسؤولين التنفيذيين الآخرين المسؤولين أمامه مباشرةً، والمادّة (١٠٨) منه بإضافة أعضاء الإدارة التنفيذية العليا بعد أن كانت مقصورة فقط على رئيس مجلس الإدارة وأعضائه.

العامة^(٩٦) من شأنه إلحاق الضرر بمصالح الشركة، عندما تمنح الجمعية العامة عضو مجلس الإدارة حق استغلال الفرصة التجارية دون توافر شروط واضحة من شأنها إرشادها قبل التصويت على قرار المنح. بالمثل؛ فإن صدور القرار برفض استغلال الفرصة قد يلحق ضرراً بمصالح مجلس الإدارة عندما لا يكون صادراً بأسباب واقعية تستند إلى شروط محددة سلفاً. فوفقاً للتنظيم الحالي في قانون الشركات الكويتي؛ تجتمع الجمعية العامة لمناقشة موضوع استغلال الفرصة للعضو المهتم، ويصوت على الأمر بعد ذلك، دون حتى منح العضو المرفوض طلبه حق الاستدراك^(٩٧).
ثم إن طبيعة الجمعية العامة التي تشمل الآلاف من المساهمين، لا يتوقع من معظمهم أن يكونوا ملمين بنتائج مثل هذا القرار. ولأن الإنابة في حضور اجتماعات الجمعية العامة جائزة عبر تفويض أو توكيل خاص؛ فثمة تجاوزات قد تحدث واقعاً؛ إذ قد يتفق بالخفاء عضو مجلس الإدارة المهتم، والذي هو أيضاً مساهم في الشركة بطبيعة الحال، مع بعض المساهمين لحضور اجتماع الجمعية العامة للتصويت إيجاباً بمنحه حق الاستغلال^(٩٨)؛ كما قد يجمع منافسو عضو مجلس الإدارة من خارج الشركة عدداً لا بأس به من التفويضات للتأثير في نتائج التصويت بالرفض لإلحاق الضرر به كيلا يستأثر بعدد من الفرص. ويدعم ذلك آلية التصويت الركيكة؛ إذ عندما يستجد موضوع متعلق بمنح الإذن باستغلال الفرصة التجارية لأحد أعضاء مجلس الإدارة، فإن الأمر يستلزم حضور مساهمين لهم حق التصويت، يمثلون أكثر من نصف عدد الأسهم المكتتب بها، وفي حال تعذر ذلك، يُعرض الموضوع على الحاضرين

(٩٦) انظر في الحالات الموجبة الحصول على ترخيص من الجمعية العامة العادية في القانون الكويتي: د. خليل فكتور تاردس، شرح قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦ ولائحته التنفيذية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مطبوعات كلية القانون الكويتية العالمية، ٢٠٢٠، ص ٣٢٣-٣٢٤.

(٩٧) انظر آلية المشاركة والتصويت في الاجتماعات العامة للمساهمين: جلال سعد عثمان، شرح قواعد حوكمة الشركات طبقاً لما ورد باللائحة التنفيذية الجديدة مع بيان منهجية تطبيقها، ٢٠١٦، دار اقرأ للنشر والتوزيع، الكويت، ص ٨٣-٨٦.

(٩٨) عضو مجلس الإدارة هنا المهتم لن يصوت على القرار، ولن يستطيع تفويض غيره أو منحه توكيلاً خاصاً للتصويت لمصلحته، كل ما في الأمر هو اتفاق عضو مجلس الإدارة مع مساهم آخر على الحضور مع تفويضات عن مساهمين آخرين من أجل الحصول على قدرة تصويتية مرفوعة، ولا مخالفة قانونية في ذلك لأن المساهم هنا لا يصوت على منفعة خاصة لعضو مجلس الإدارة المهتم، استناداً إلى توكيل أو تفويض صادر عنه مباشرة. انظر: نص المادة (٢٠٨) من قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦.

أيًا كان عددهم، وفي كل الأحوال تصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للأسهم الحاضرة في الاجتماع^(٩٩). لذلك قد يحدث واقعًا مَنَحُ الموافقة أو رَفْضُهَا من أَقْلِيَّةٍ قليلة في الجمعية العامة العادية دون تسبيب.

وأحد السُّبل لتلافي هذه التجاوزات يكمن في تبني قانون الشركات الكويتي شروطًا مماثلة للشروط الأربعة التي تسير على خطاها محاكم ديلاوير، على أن يكتب أحدُ الأعضاء المستقلين^(١٠٠) فيه إلى مدى جواز مَنَحِ الفرصة لعضو مجلس الإدارة المهتم، وتداعيات ذلك على الشركة استنادًا إلى نشاطاتها السابقة والحالية وتلك التي تطمح إليها مستقبلاً^(١٠١). وفي حال كان أحدُ الأعضاء المستقلين هو المهتم باستغلال الفرصة مع عدم توافر أعضاء مستقلين آخرين، يكونُ الطلب من أحد مكاتب المحاماة الخارجية المستقلة عن الشركة، والتي لا تربطها علاقةً بعضو مجلس الإدارة؛ لتقديم رأيٍ استشاري، على أن يتفق الطرفان على الاختيار.

إنَّ من شأن وجود تقرير مفصل في كل شرط من الشروط إرشاد المساهمين في الجمعية العامة العادية عبر إتاحة أطّلاعهم على رأي استشاري مدروس يساعدهم على الإلمام بشكل جيّد على المسألة قبل تصويتهم عليها، ويُعدُّ هذا أيضًا عاملاً مهماً لمحكمة الموضوع تستطيع من خلاله إصدار حُكْمِهَا عند الطعن ببطلان قرارات الجمعية العامة العادية التي يَرَفَعُهَا أحدُ المساهمين المعترضين على حق استغلال الفرصة التجاريّة في حال كان مخالفاً للقانون أو لمصالح الشركة^(١٠٢).

(٩٩) انظر: نصّي المادتين (١٤٣) و(٢٠٦) من قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦.

(١٠٠) انظر: المادة (٣-٢) من اللائحة التنفيذية لقانون هيئة أسواق المال، حوكمة الشركات، الكتاب الخامس عشر، المتعلقة بمعايير اختيار الأعضاء المستقلين في مجلس الإدارة في الشركات المساهمة العامة.

(١٠١) ولا يثير ذلك تعارضٌ مصالح هنا؛ لأن العضو المستقل لم يَحْتَزْ مجلس الإدارة بأعضائه المهتمين، وإنما الجمعية العامة للشركة. انظر: نصّ المادة (١٨٧) من قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦.

(١٠٢) انظر: نصّ المادة (٢٢٠) من قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦، المنظم لدعوى بطلان القرارات الصادرة عن الجمعية العامة العادية في الشركات المساهمة العامة: د. عبدالله مسفر الحيان، شرح القانون التجاري، ٢٠١٥، دون دار نشر، الكويت، ص ٢٥٦-٢٥٧.

المطلب الثاني: التنظيم الاتفاقي لاستغلال الفرص التجارية

أولاً: مَسْوَغَاتُ التَّنْظِيمِ الاتفاقي لاستغلال الفرص التجارية^(١٠٣)

تتميز سوق الشركات المدرجة في دولة الكويت بصغر حجمها وكثافة تركيزها على قطاعات بعينها^(١٠٤)، فالفرص وإن توافرت فيها فهي لا تضاهي الدول صاحبة الأسواق الأكثر حجمًا، والمتعددة التركيز. لذلك قد تتضاءل واقعًا احتمالات استغلال الفرص التجارية لدى العديد من أعضاء مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية، وذلك عندما تكون للشركات المساهمة العامة الكويتية التي يشغلون مناصب فيها خطط في المستقبل القريب للتوسع في مجالها، عبر استغلال فرص تجارية أخرى في السوق الكويتية. فقبل التفكير في الترشح لمنصب عضو مجلس الإدارة، أو الموافقة على أحد للانضمام بوصفه عضوًا مستقلًا في مجلس إدارة الشركة أو إدارتها التنفيذية؛ قد يكون أحد من هؤلاء لديه مشروعات تجارية خاصة به ربما تتعارض ومصالح الشركة، ويخشى في الوقت نفسه رفض الجمعية العامة العادية السماح بمنحه استغلال الفرصة التجارية المتعلقة بها، لذلك يريد اختصار الأمر من البداية، ومعرفة رأي الشركة سلفًا قبل اتخاذ قرار الترشيح أو استجابته لطلب الانضمام إلى الشركة في إحدى إداراتها؛ بحيث إذا لم يُمنح له حق الاستغلال، فقد يضطر للعدول عن شغل المنصب في الشركة من أجل أن يمارس نشاطاته التجارية بكل حرية^(١٠٥).

هذا ولا تكاد تخلو الشركات المساهمة المدرجة في بورصة الكويت من وجود بعض الأجانب الممثلين في مجالس الإدارة والإدارة التنفيذية العليا^(١٠٦)، وهذا بطبيعة الحال أمر طبيعي، ولا سيما في نطاق الإدارة التنفيذية العليا؛ نظرًا لحاجة الشركات

(١٠٣) مع افتراض تنظيم شرط استغلال الفرص التجارية ليشمل كافة أفراد الإدارة التنفيذية العليا.

(١٠٤) فعلى سبيل المثال، أكثر من نصف عدد الشركات المدرجة في بورصة الكويت، والبالغ عددها ١٧٥ شركة، تعمل في مجال الخدمات المالية والعقار فقط. انظر: قائمة الشركات المدرجة في بورصة الكويت، الموقع الرسمي لبورصة الكويت:

<https://www.boursakuwait.com.kw/ar/participants/participants/listed-companies>

(١٠٥) انظر مزيدًا في دوافع التنظيم الاتفاقي لاستغلال الفرص التجارية:

Effinger, M.M. (2019). A New Corporate Statute: Adding Explicit Procedures to Maryland's Corporate Opportunity Waiver Provision. University of Baltimore Law Review, 48 (2), art. 5.

(١٠٦) لمعلومات تشكيل مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية العليا للشركات المساهمة العامة؛ انظر: قائمة الشركات المدرجة في بورصة الكويت، الموقع الرسمي لبورصة الكويت، مرجع سابق.

إلى الخبرات الأجنبية التي أثبتت جدارتها في إدارة شركات خارج الكويت. وقد تكون هذه الخبرة الأجنبية تعود إلى أجنب غير كويتييين مقيمين في الكويت، أو مختصين أجنب ممن عرض عليهم فرص المشاركة في إحدى إدارات الشركات المدرجة في الكويت، أو أحد المستثمرين الإستراتيجيين الخاضعين لقانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٠ في شأن تنظيم برامج وعمليات التخصيص^(١٠٧)، الذين يكون على عاتقهم الدور الأساسي في نقل الخبرة خلال تحول المشروع العام إلى شركة مساهمة عامة؛ فكل هؤلاء قد يكونون مهتمين باستغلال فرص تجارية ربما تكون متاحة في السوق الكويتي، ويرغبون في معرفة رأي الشركة سلفاً قبل اتخاذ قرار بهذا الشأن.

أمّا المستثمر الإستراتيجي في المشروعات العامة المزمع خصصتها في الكويت، فهو الذي يزايد مقدماً لشراء ٣٥٪ من ملكية الشركة المساهمة العامة التي ستؤسس مستقبلاً بعد الخصخصة لتحل محل المشروع العام^(١٠٨)، والذي قد تؤول إليه نسبة أكبر في حال مزايده مرة أخرى في حالة عجز الاكتتاب العام على أن يغطي كاملاً من أول مرة^(١٠٩). فهذا المستثمر الإستراتيجي قد يكون شركة أجنبية وافق المجلس الأعلى للتخصيص في الكويت على إمكانية دخولها في المزايدة على المشروع العام المراد خصصته. فمع القدرة التصويتية النهائية التي تبلغ ٣٥٪ أو أكثر، سيكون المستثمر الإستراتيجي قادراً على اختيار أجنب غير كويتييين في مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية العليا، وسيكونون بدورهم مهتمين بوجود نظام قانوني سلس لاستغلال الفرص التجارية^(١١٠).

إحدى أهم المميزات التي تدفع أعضاء مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية العليا من الأجنب المهتمين باستغلال الفرص التجارية هي عدم وجود الضرائب في الكويت؛ فلا وجود للضريبة على الدخل، ولا على أرباح الشركات غير الأجنبية^(١١١). فاستغلالهم

(١٠٧) القانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٠ في شأن تنظيم برامج وعمليات التخصيص، جريدة الكويت اليوم، العدد رقم ٩٧٩، ١٣ يونيو ٢٠١٠.

(١٠٨) نص المادة (١٣) من القانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٠ في شأن تنظيم برامج وعمليات التخصيص.
(١٠٩) انظر: قواعد ونسب الاكتتاب في الشركة المساهمة العامة التي تحل محل المشروع العام الذي تمت خصصته، نص المادة (١٣) السابقة.

(١١٠) لم ينظم القانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٠ موضوع استغلال الفرص التجارية في المشروعات التي تمت خصصتها، وإنما أكد في المادة (٣١) منه انطباق قانون الشركات الكويتي على الشركة المساهمة العامة الحديثة بعد طرح أسهمها للاكتتاب العام فيما لم يرد بشأنه أحكام خاصة فيه.

(١١١) لا تفرض الكويت أي نوع من الضرائب على الشركات الكويتية غير المدرجة في بورصة الكويت، فيستطيع عضو مجلس الإدارة غير الكويتي استغلال فرص تجارية مباحة لا تتضمن منافسة مع الشركة التي يشغل منصباً فيها؛ محققاً بذلك ربحاً صافياً دون ضرائب.

لفرص تجارية لا تتعارض وأعمالهم في الشركة متى ما سنحت الإمكانية للدخول في عمل تجاري، في أثناء إقامتهم في الكويت، قد تمثل فرصاً ليس من السهل تكرار حدوثها مرة أخرى. كل ذلك ما هو إلا تطبيق لمقاصد رؤية الكويت للعام ٢٠٣٥، التي تطمح في المقام الأول إلى جعل دولة الكويت مركزاً مالياً وتجاريًا بحيث تصبح عملية ممارسة عمل تجاري يسيرة ومبسطة، ومتاحة لشريحة واسعة من الأفراد دون اعتبار لجنسية البلد الذي ينتمون إليه^(١١٣)، عبر عمل سلسلة متتابعة من التعديلات الجوهرية على القوانين المحلية المنظمة للأعمال التجارية بشتى أنواعها^(١١٣).

لذلك، ففي نطاق الدراسة المقارنة لمبدأ استغلال الفرص التجارية، منحت بعض القوانين المكنة لأعضاء مجلسي الإدارة والإدارة التنفيذية بطلب الإذن من الشركة مقدماً لاستغلال بعض الفرص التجارية Corporate Opportunity Waiver، التي ترى الشركة أنها غير مهمة باستغلالها، استناداً - لا استثناءً - إلى مفهوم واجب الولاء بمفهومه التقليدي المستمر^(١١٤)، بحيث تشكل ضماناً لهم في حال أعادت الشركة حساباتها فيما بعد، وقررت أنها عدلت عن رأيها من حيث عدم الاهتمام باستغلال الفرصة. أيضاً، تمنح هذه المكنة الاتفاقية المهتمين باستغلال الفرص ضماناً أخرى ضد مفاجآت اعتراض الجمعية العامة العادية على منح الحق بالاستغلال. وأولى محاولات ذلك بدأت في عام ٢٠٠٠ عندما وضع قانون الشركات في ولاية ديلاوير

(١١٢) انظر لرؤية الكويت للعام ٢٠٣٥ بتفصيلاتها (كويت جديدة)، ولا سيما في مجالي الاقتصاد والتجارة: الموقع الحكومي الرسمي: <http://www.newkuwait.gov.kw/>

(١١٣) عدلت الكويت خلال العقدین السابقین تعديلات مهمة على منظومة القوانين التجارية تمهيداً لرؤيتها المبتغاة، ابتداءً بقانون هيئة أسواق المال رقم ٧ لسنة ٢٠١٠، القانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر، القانون ١٠٣ لسنة ٢٠١٩ في شأن مزاولة مهنة مراقبة الحسابات، إصدار قانون تنظيم المنافسة الجديد رقم ٧٢ لسنة ٢٠٢٠، قانون رقم ٧١ بإصدار قانون الإفلاس، وغيرها من القوانين المهمة. لكن المهم اليوم هو تنقيح ما ورد في هذه المنظومة؛ لأن التعديلات بحد ذاتها لا تعني بالضرورة تبني القواعد الأكثر ملاءمة.

(١١٤) ولا يعني ذلك تغلّت عضو مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية من التزاماتهم بالولاء للشركة ومساهمتها، وإنما تحديد أولي للفرص المسموح لهم باستغلالها. والحق أن طلب المهتم إلى الشركة أن تبين له رأيها مقدماً في الفرص التي يجوز له استغلالها - لم يكن من المسلمات المعترف بها في النظرية التقليدية لقانون الشركات. انظر:

Gordon, J.N. (1989). The Mandatory Structure of Corporate Law. Columbia Law Review, 89 (7), 1549-1598; Coffee, Jr., J.C. (1989). The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role. Columbia Law Review, 89 (7), 1618-1691.

قواعد عامة^(١١٥) تسمح للشركات بإعلام الأعضاء عدم رغبتها في استغلال بعض الفرص التجارية^(١١٦)، ومنح الإذن الرسمي للمهتمين باستغلالها^(١١٧). وسرعان ما نُقح عدد من الولايات الأخرى قوانينه المحلية تبنيًا لسياسة ديلاوير في هذا الشأن^(١١٨)، ولقترحات قواعد قانون الشركات النموذجي التي تُصدرها نقابة المحامين الأمريكية، التي دفعت بضرورة وجود التنظيمات الاتفاقية^(١١٩)، وتبعتها في ذلك دول أخرى^(١٢٠).

(١١٥) سبق هذه المحاولات بعض الدعاوى القضائية المتعلقة بالتنظيم الاتفاقية في محاكم ديلاوير قبل تقنين المبدأ تشريعياً. انظر تفاصيل أهم دعوى:

Siegmán v. Tri-Star Pictures, 1989 WL 48746, reprinted in (1990) Delaware Journal of Corporate Law, 15, 218.

ثم إنَّ التَّنْظِيمَ التشريعيَّ للتنظيم الاتفاقية له أسبابه في قانون الشركات بديلاوير، على الرغم من عدم تنظيم مبدأ استغلال الفرص التجارية تشريعياً حتَّى الآن وتركه يتشكَّل بيد القضاء. وعلة ذلك أنَّ المشرع أراد قطع الشك حول مدى جواز وجود هذه التنظيمات القضائية؛ فتدخل حتَّى يُريح القضاء من تعارض محتمل بين الرُّفْض لحماية واجب الولاء، والقبول لملاحقة تطورات محتومة، وأيضاً لتأكيد أنَّ التنظيمات الاتفاقية لا يمكنها في أيِّ حال من الأحوال أن تلغى أو تحد من واجبات الولاء المفروضة تجاه الشركة ومساهميها. انظر: Delaware Code Annotated, tit. 8, 102(b)(7) (West 2018); Del. S. Res. 363.

Delaware General Corporation Law, Chapter 1, Section 122, Provision 17. (١١٦)

Hamermesh, L.E. (2006). The Policy Foundations of Delaware Corporate Law. Columbia Law Review, 106, 1749-81. (١١٧)

Rauterberg, G. & Talley, E. (2017). Contracting Out of the Fiduciary Duty of Loyalty: An Empirical Analysis of Corporate Opportunity Waivers. Columbia Law Review, 117 (5), 1075-1151 (١١٨)

مرجع سابق .

ويُعَدُّ التنظيم الاتفاقية لاستغلال الفرص التجارية لولاية جورجيا الأمريكية، الذي صدر في عام ٢٠١٦، من أحدث التنظيمات وأشملها، انظر: Georgia Code, tit. 14. Corporations, Partnerships, and Associations 14-2-870.

(١١٩) وهي القواعد التي تُصدرها نقابة المحامين الأمريكية بوساطة لجنة قانون الشركات بها، والتي تُعنى بوضع مشروع قانون شركات نموذجي لدفع أكبر عدد من الولايات إلى تبني ما يُحدث من قواعد، وتبنت ٣٦ ولاية أمريكية من أصل ٥٠ قواعد مستقاة منه. انظر:

Corporate Laws Committee, American Bar Association (2020). Model Business Corporation Act Annotated (5th ed.). American Bar Association Publishing.

(١٢٠) كمقاطعة ألبرتا في كندا، إذ نُقح قانون الشركات التجارية المحلي في عام ٢٠٢١ لإضافة التنظيم الاتفاقية لاستغلال الفرص التجارية، وقد دخل حيِّز التنفيذ في مايو عام ٢٠٢٢. انظر: Bill 84: Business Corporations Amendment Act (2021). Legislative Assembly of Alberta. Retrieved from <https://www.assembly.ab.ca/assembly-business/bills/bill?billinfo=11944&from=bills>

ثانياً: شروط التنظيم الاتفاقي لاستغلال الفرص التجارية

لا يعني التنظيم الاتفاقي بين الشركة والأعضاء المهتمين باستغلال الفرصة فيها أن تتنازل الشركة عن حق من حقوقها الحالية أو المستقبلية، بل يعني تنازل شركة قادرة مالياً على استغلال فرصة تقع في نطاق أغراضها - عن استغلالها بإرادتها؛ لأنها لا تتوقع أن تمضي قدماً في هذا الاستغلال في المستقبل القريب. بعبارة أخرى؛ غرض التنظيم الاتفاقي بث الطمأنينة في نفوس الأعضاء المهتمين باستغلال الفرص قبل انضمامهم إلى الشركة؛ فهو يمثل إجازة سابقة ليس من شأنها انقطاع واجب الولاء الذي يبقى العضو ملتزماً به حتى تنتهي علاقته بالشركة. ولا يعد أيضاً التفافاً على شروط الاستغلال؛ لأنه يصدر في كل حالة على حدة عبر ضمانات رقابية من المساهمين الذين بدورهم يستفيدون من انضمام الأعضاء المهتمين بما لهم من خبرات في إدارة الشركة، مع إتاحة رقابة القضاء على التنظيمات الاتفاقية بوساطة الطعن على القرارات التي يرى المساهمون أنها مخالفة للقانون.

فحفاظاً على حقوق مساهمي الشركة مما قد يشوب التنظيم الاتفاقي من أدنى شبهة مخالفة لتنظيم استغلال الفرص التجارية؛ يجب أن تصدر الموافقة عن الجمعية العامة العادية في هذا الشأن، وذلك عبر طلب فردي يُقدم لمجلس الإدارة لتعيينات الإدارة التنفيذية والأعضاء المستقلين المهتمين. أما بالنسبة للأعضاء المستقبليين الراغبين في الترشح لمقعد في مجلس الإدارة، فيمكنهم تقديم الطلب قبل الانتخابات بفترة بالطريقة نفسها. وضماناً للحيادية؛ يجب أن يقع تصويت الجمعية العامة العادية هنا بتمحيص الشروط الأربعة الخاصة باستغلال الفرص التجارية السابق الإشارة إليها، وبكتاب مسبب يصدر عن مجلس الإدارة فيه توضيح موقف الشركة المبدئي المتعلق بعدم رغبتها في استغلال فرص قد تكون مستحقة لها، وأسباب ذلك، والآثار المحتملة لتفويت هذه الفرص على المدى المتوسط، مع الإشارة إلى ما سيعود على الشركة من نفع عندما يشغل العضو المهتم أحد مناصبها الشاغرة.

وفي حال اعتراض أحد المساهمين على القرار، تكون مدة الطعن قضائياً على قرار الجمعية العامة بالمنح سريعة^(١٣١)؛ حتى لا تصبح مصالح المهتم باستغلال

(١٣١) انظر: نص المادة (٢٢٠) من قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦، المتعلقة بدعوى بطلان قرارات الجمعية العامة العادية المخالفة للقانون أو الإضرار بمصالح الشركة، والتي تسقط بمضي شهرين منذ تاريخ صدور قرار الجمعية.

الفرصة متزعزعة فترةً من الزمن في حال الموافقة؛ إذ إنه سيخشى المضيّ قدماً بحق الاستغلال ما لم تتحصّن هذه الموافقة من الطعن. أما في حال الرفض، فلا يستطيع العضو المهتمّ مخاصمة الشركة؛ لأنه لا يستند إلى حقّ مكتسب له، ليس فقط لأنه لم ينضمّ إلى الشركة بعد، وإنما أيضاً لأن الشركة هي المخوّلة باستغلال الفرص عند اكتمال شروطها. كما يجب أن يحدد التنظيم الاتفاقي الفرص التجارية بوضوح بما لا يدع مجالاً للتأويل؛ فلا يجوز أن تكون عبارات الاستغلال حمالةً أوجه.

فمع إشراك جميع ملاك الأسهم في الشركة للتصويت على الأمر استناداً إلى توافر الشروط من عدمها، والرقابة القضائية الملازمة له حتى يتأكد القضاء من عدالته للشركة؛ فالتنظيم الاتفاقي ليس اعتباطياً ولن يمسّ مطلقاً مصالح الشركة^(١٢٢)، لأنها من ناحية لا تقدّم صكاً على بياض للعضو المهتمّ للنزول عن واجبه بالولاء. وهذا ما تضمّنه ملخص تنقيح قانون الشركات في ولاية ديلاوير؛ إذ جاء فيه: "هذا التنظيم الاتفاقي ليس من شأنه المساس بالرقابة القضائية المتعلقة بقرار نزول الشركة عن اهتمامها باستغلال بعض الفرص التجارية المتاحة لها، حيث سيكون واجب الولاء للشركة حاضراً في ذهن القاضي دائماً قبل أيّ شيء"^(١٢٣).

الخاتمة

يحتلُّ مبدأ استغلال الفرص التجارية حيّزاً مهماً في فقه قانون الشركات في الدول المتبعة لقانون العموم الإنجليزي؛ إذ لا يزال يتطوّر عبر الأحكام القضائية. وبالمثل، قُنن هذا المبدأ في تشريعات تنظيم الشركات التجارية في دول القانون المدني، لكنّ بعضها وضع المبدأ في نطاق (محلّك سر)، فما زال المبدأ هو نفسه لم يلحق بركب التطوّرات الملاحقة له في الدول ذات السبق بتطويره؛ كالولايات المتحدة الأمريكية ممثلة بقانون ولاية ديلاوير. أمّا عن أهمّ النتائج والتوصيات المقترحة، فهي كالآتي:

(١٢٢) تجبّز بعض قوانين الولايات الأمريكية للتنظيم الاتفاقي أن يُنصّ عليه في عقد الشركة، أو في نظامها الأساسي، أو في قرار من مجلس الإدارة؛ مع ضرورة توافر ضمانات معينة. كما تسمح بعض الولايات بالتنظيم الاتفاقي مع المساهمين الحائزين حصصاً مسيطرة في رأس مال الشركة. انظر: Rauterberg, G. & Talley, E. (2017). Contracting Out of the Fiduciary Duty of Loyalty: An Empirical Analysis of Corporate Opportunity Waivers. Columbia Law Review, 117 (5), 1075-1151 مجرماً.

Delaware Bill Summary, § 363, 140th Gen. Assembly (Del. 2000); 72 Del. (١٢٣) Laws, c. 343, § 3 (2000).

أهم النتائج المستخلصة:

- ١ - لم ينظم المشرع الكويتي مبدأ استغلال الفرص التجارية في بداية ستينيات القرن الماضي مع صدور أول قانون شركات في الكويت، وبقي الأمر كما هو عليه مدةً تربو على نصف القرن، حتى صدرَ قانونُ الشركات الحالي بنسخته الأولى في عام ٢٠١٢. وعلى الرغم من صدور قانون شركات حديث في الكويت وتنظيمه للمبدأ لأول مرة؛ فإنَّ المشرع لم يذهب بمبدأ استغلال الفرص التجارية لاحقاً رَكْبَ التَّطَوُّرات التي حدثت عليه طوال خمسة عقود، والتي كانت متاحة أمام عَيْنِيهِ لتفحصها ومعرفة مزاياها وثغراتها، بل اختار تنظيمه بصورته القديمة التي عفا عليها الزمن، والتي تركتها غالبية التشريعات الحديثة.
- ٢ - التَّظيم الحاليُّ للمبدأ تشوبه ثغرات عدة: إذ ليس ثَمَّة شروط واضحة على أساسها تُمنَحُ الفرصة للعضو المهتم باستغلال الفرصة. ثُمَّ إِنَّ هذه الشروط هي المحددُ الرئيسُ الَّذي تستند إليه الجمعية العامة العادية في تصويتها على قرار المنح من عدمه. فقد يُحرَّم العضو المهتمُّ من استغلال فرصة مستحقَّة له بمجرد صدور التَّصويت غير المبنيِّ على أسباب حقيقية في الواقع. وإنَّ تركَّ الحال على ما هو عليه لن يُعدَّ عاملاً مساعداً على تحقيق ما تتطلَّع إليه الكويت من طموح لتكون مركزاً مالياً وتجاريّاً إقليمياً في المنطقة.
- ٣ - يُعدُّ قانونُ ولاية ديلاوير الأمريكية الَّذي يشكِّله في جُلِّه قضاءً محكمة ديلاوير للمنازعات التجارية - من أهمِّ النماذج على المستوى العالمي الَّذي ساهمت في تطوير مبدأ استغلال الفرص التجارية؛ بحيثُ أصبح المنبع الَّذي تنظر إليه باقي الولايات الأمريكية لتنقيح تشريعات الشركات الخاصة بها، وكذا الأنظمة القانونية في دول أخرى عند رغبتها في محاكاة ما تُوصِّل إليه من قواعد جديدة في المبدأ. وهذا ما دَفَعَنَا إلى تناوُّله دراسةً مقارنةً مع القانون الكويتي في هذا البحث.

أهم التوصيات المقترحة:

- ١ - تنقيح مبدأ استغلال الفرص التجارية في قانون الشركات الكويتي؛ ليستوعب الشروط الأربعة الَّتِي أسَّسها قضاءُ ولاية ديلاوير؛ بحيث تلتزم كلُّ شركة محلَّ استغلالِ فرص تجارية مختلفة بهذه الشروط، بحُكم أنَّها تُشكِّل ضماناً

للشركة ولمساهميها من ناحية، ولأعضاء المهتمين الشاغلين لمناصب فيها من ناحية أخرى؛ لتحديد عادل للمستحق بالاستغلال، وحتى تبني الجمعية العامة العادية رأيها بالتصويت على سند في القانون؛ وليتسنى للقضاء أيضاً مراقبة قرار الجمعية بالمنح أو بالرفض.

٢ - إضافة أعضاء الإدارة التنفيذية العليا في الشركات المساهمة العامة المدرجة في الكويت تحت طائفة الأعضاء المهتمين بالاستغلال؛ بحيث تسري عليهم الشروط؛ أسوة بأعضاء مجلس الإدارة في الشركات؛ إذ لا مسوغ لعدم انطباق الشروط عليهم باعتبار حساسية مناصبهم في الشركة التي تمكنهم فعلاً تحت التنظيم الحالي من منافسة الشركة واستغلال فرص تجارية قد تكون مستحقة لها دون حدود؛ أسوة بالتشريعات التي وضعتهم على قدم المساواة مع أعضاء مجلس الإدارة في ذلك.

٣ - تبني التنظيم الاتفاقي لاستغلال الفرص التجارية إتاحة الفرصة لأعضاء مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية العليا والمهتمين من الكويتيين وغير الكويتيين لاقتناص فرص في السوق عبر الإذن السابق؛ لكي يستطيعوا اتخاذ قرار بشغل المقعد في الشركة من عدمه. كذلك إفساح الطريق أمام المستثمر الإستراتيجي لاستغلال فرص مماثلة في السوق الكويتية غير ضارة بمصالح الشركة. وبشكل عام، تمهيد الطريق لرؤية الكويت لسنة ٢٠٣٥ الرامية إلى أن تكون الكويت مركزاً مالياً وتجاريًا؛ مع ضمان شروط للتنظيم الاتفاقي من شأنها حماية حقوق الشركة ومساهميها، والأعضاء المهتمين على حد سواء.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية:

- أحمد عبد الحميد، محمد. (٢٠٢٠). احكام الشركات في التشريع والقضاء الكويتي، الطبعة الأولى، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة.
- أحمد عبد الفضيل، المطيري محمد، الرشود إبراهيم. (٢٠١٨). الوجيز في شرح قانون التجارة الكويتي (نظرية الأعمال التجارية والتجار)، الطبعة الأولى، ٢٠١٨، دار العلم، مصر.
- الجبر، محمد حسن. (١٩٩٦). القانون التجاري السعودي، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض.

- الحيان، عبدالله. (٢٠١٥). شرح القانون التجاري، دون دار نشر، الكويت.
- سعد عثمان، جلال. (٢٠١٥). المشكلات العملية الهامة في قانون الشركات الكويتي الصادر برقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ والمعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣، دار اقرأ للنشر والتوزيع، الكويت.
- سعد عثمان، جلال. (٢٠١٦). شرح قواعد حوكمة الشركات طبقاً لما ورد باللائحة التنفيذية الجديدة مع بيان منهجية تطبيقها، دار اقرأ للنشر والتوزيع، الكويت.
- الشمري، طعمة. (١٩٨٥). مجلس إدارة الشركة المساهمة، دراسة قانونية مقارنة في القانون الكويتي وقوانين الولايات المتحدة الأمريكية، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، إدارة التأليف والترجمة، الكويت.
- الشمري، طعمة. (١٩٨٦). قانون الشركات التجارية الكويتي، الطبعة الأولى. مؤسسة دار الكتب، الكويت.
- عبد الرؤوف صالح رزق، طارق. (٢٠١٧). شرح قانون الشركات التجارية الكويتي الجديد رقم ١ لسنة ٢٠١٦ وملحق لائحته التنفيذية رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠١٦ معلقاً عليه بآراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الأولى ٢٠١٧، دار النهضة العربية، القاهرة.
- فيكتور تاردرس، خليل. (٢٠٢٠). شرح قانون الشركات الكويتي رقم ١ لسنة ٢٠١٦ ولأئحته التنفيذية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مطبوعات كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت.
- القليوبي، سميحة. (٢٠١١). الشركات التجارية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الملحم، أحمد. (٢٠١٣). قانون الشركات الكويتي والمقارن وفق المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ وتعديلاته، الجزء الأول: القواعد العامة للشركات. لجنة التأليف والتعريب والنشر، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، الكويت.
- المؤيد، أيمن. (٢٠٢١). قانون الشركات التجارية البحريني - تجميع لقانون الشركات التجارية البحريني وتعديلاته ولأئحته التنفيذية وميثاق حوكمة الشركات البحريني، دون دار نشر، البحرين.
- نعيم رضوان، فايز. (٢٠٠٤). الشركات التجارية وفقاً للقانون الاتحادي رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته بدولة الإمارات العربية المتحدة، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات.

- يحيى، سعيد. (٢٠١٨). الوجيز في النظام التجاري السعودي، الطبعة الثامنة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية.

ثانياً: مواقع إنترنت:

- مؤشر Standard & Poor's لأكبر ٥٠٠ شركة أمريكية مدرجة في بورصات الولايات المتحدة الأمريكية من الناحية السوقية لعام ٢٠٢٢
<https://www.spglobal.com/spdji/en/indices/equity/sp-500/#overview>
- حكم المحكمة العليا لجمهورية الفلبين المتعلق باستغلال الفرص التجارية
SC Sets Guidelines in the Application of the Doctrine of Corporate Opportunity, July 7, 2022: <https://sc.judiciary.gov.ph/28626/>
- قائمة الشركات المدرجة في بورصة الكويت، الموقع الرسمي لبورصة الكويت:
<https://www.boursakuwait.com.kw/ar/participants/participants/list-ed-companies>
- رؤية الكويت للعام ٢٠٣٥ بتفصيلاتها «كويت جديدة»، الموقع الحكومي الرسمي:
<https://www.newkuwait.gov.kw/>
- نص تعديل قانون الشركات التجارية المحلي لمقاطعة ألبيرتا في كندا في عام ٢٠٢١
لإضافة التنظيم الاتفاقي لاستغلال الفرص التجارية:
Bill 84: Business Corporations Amendment Act (2021). Legislative Assembly of Alberta. <https://www.assembly.ab.ca/assembly-business/bills/bill?billinfoid=11944&from=bills>

ثالثاً: المراجع باللغة الإنجليزية:

- Ahern, D. (2011). Guiding Principles for Directorial Conflicts of Interest: Re Allied Business and Financial Consultants Ltd. O'Donnell v. Shanahan. *Modern Law Review*, 74 (4), 596–607.
- Annotation (1982). Financial Inability of Corporation to Take Advantage of Business Opportunity as Affecting Determination of Whether “Corporate Opportunity” was Presented. *American Law Reports*, 16 (4), 185.
- *Beam ex rel. MSO v. Stewart*, 833 A.2d 961 (Del. Ch. 2003).

- Begert, M. (1989). Comment, The Corporate Opportunity Doctrine and Outside Business Interests. *University of Chicago Law Review*, 56, 827-863.
- Bill 84: Business Corporations Amendment Act (2021). Legislative Assembly of Alberta. Retrieved from <https://www.assembly.ab.ca/assembly-business/bills/bill?billinfoid=11944&from=bills>.
- Black Jr., L.S. (2007). *Why Corporations Choose Delaware?* Delaware: Delaware Department of State Division of Corporations.
- *Boardman v. Phipps*, [1967] 2 A.C. 46.
- *Bray v. Ford*, [1896] A.C. 44 (H.L.).
- *Broz v. CIS*, 673 A.2d 148, 151 (Del. 1996).
- Brudney, V. & Clark, R.C. (1981). A New Look at Corporate Opportunities. *Harvard Law Review*, 94 (5), 997-1062.
- *Castleman ex rel. Thorpe v. CERBCO, Inc.*, 676 A.2d 436, 443 (Del. 1996).
- Chew, P.K. (1989). Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine. *North Carolina Law Review*, 67 (2), 435-502.
- Clark, R.C. (1986). *Corporate Law* (p. 225). Boston: Little, Brown.
- Coffee, Jr., J.C. (1989). The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role. *Columbia Law Review*, 89 (7), 1618-1691.
- Corporate Laws Committee, American Bar Association (2020). *Model Business Corporation Act Annotated* (5th ed.). American Bar Association Publishing.
- Cox, J.D. et al. (1997). *Corporations* (pp. 236-237). Aspen: Aspen Law & Business.
- Dammann, J.C. (2013). Indeterminacy in Corporate Law: A Theoretical and Comparative Analysis. *Stanford Journal of International Law*, 49, 54.

- *David J. Greene & Co. v. Dunhill Int'l, Inc.*, 249 A.2d 427 (Del. Ch. 1968).
- Davis, S. & Coenen, M. (2021). Percolation's value. *Stanford Law Review*, 73 (2), 363-432.
- Delaware Code Annotated, tit. 8, § 102(b)(7) (West 2018).
- Delaware Division of Corporations Annual Report Statistics of 2021(2021). Delaware: Delaware Government Publications.
- Delaware General Corporation Law, Chapter 1, Section 122, Provision 17.
- Dodd, E.M., & Berle, A.A. (1933). Review of *The Modern Corporation and Private Property*, by G.C. Means. *University of Pennsylvania Law Review*, 81 (6), 782-785.
- *Dweck v. Nasser*, C.A. No. 1353-VCL (Del. Ch. Jan.18, 2012).
- Editors (1935). Duty of a Director not to Compete with his Corporation. *University of Chicago Law Review*, 2 (2), 323-326.
- Effinger, M.M. (2019). A New Corporate Statute: Adding Explicit Procedures to Maryland's Corporate Opportunity Waiver Provision. *University of Baltimore Law Review*, 48 (2), art. 5.
- *Gantler v. Stephens*, 965 A.2d 695 (Del. 2009).
- Gelb, H. (1997). The Corporate Opportunity Doctrine: Recent Cases and the Elusive Goal of Clarity. *University of Richmond Law Review*, 31 (2), 371.
- Gelter, M. & Helleringer, G. (2018). Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law. *Berkeley Business Law Journal*, 15 (1), 92-153.
- Georgia Code, tit. 14. Corporations, Partnerships, and Associations § 14-2-870.
- Gordon, J.N. (1989). The Mandatory Structure of Corporate Law. *Columbia Law Review*, 89 (7), 1549-1598.

- Gries, J.C. (1968) The Doctrine of Corporate Opportunity: Has it Meaning in Arizona? *Arizona Law Review*, 9 (2) 59.
- *Guth v. Loft*, 5 A.2d 503, 505-507 (Del. 1939).
- Hamermesh, L.E. (2006). The Policy Foundations of Delaware Corporate Law. *Columbia Law Review*, 106, 1749-81.
- Hopt, K.J. (1985). Self-Dealing and Use of Corporate Opportunity and Information: Regulating Directors' Conflicts of Interest. In K.J. Hopt & G. Teubner (Eds.), *Corporate Governance and Directors' Liabilities* (p. 299). Florence: European University Institute.
- How Delaware Became no. 1. (1976, May 9). *New York Times*.
- Howell, W.N. (2015). *Strangers When We Met: A Century of American Community in Kuwait*. Washington, D.C.: New Academia Publishing.
- *In re Riverstone Nat'l, Inc. Stockholder Litig.*, Consol. C.A. No. 9796-VCG (Del. Ch. July 28, 2016).
- *Johnston v. Greene*, 121 A.2d 919, 923 (Del. 1956).
- Jones, G. (1968). Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty. *Law Quarterly Review*, 84 (4), 472-474.
- *Keech v. Sandford*, [1726] 25 Eng. Rep. 223 (C.A.).
- Klettner, A. (2016). *Corporate Governance Regulation: The Changing Roles and Responsibilities of Boards of Directors* (1st ed.). Oxford: Routledge.
- *Lagarde v. Aniston*, 126 Ala. 496, 28 So. 199 (Ala. 1900).
- Loewenstein, M.J. & Geyer, J. (2021). Shareholder Primacy and the Moral Obligation of Directors. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 26 (1), 105.
- Lowry, J. (2012). Codifying the Corporate Opportunity Doctrine: The (UK) Companies Act 2006. *International Review of Law*, 2012 (5), 2.

- Lowry, J. & Edmunds, R. (1998). The Corporate Opportunity Doctrine: The Shifting Boundaries of the Duty and its Remedies. *Modern Law Review*, 61 (4), 515-537.
- McClane, J. & Nili, Y. (2021). Social Corporate Governance. *George Washington Law Review*, 89 (4), 932.
- McDonnell, M.-H. & Cobb, J.A. (2020). Take a Stand or Keep your Seat: Board Turnover after Social Movement Boycotts. *Academy of Management Journal*, 63 (4), 1028-1053.
- *Outlaw Beverage, Inc. v. Lance Collins, et al.*, C.A. No. 2019-0342-AGB (Del. Ch. 2019)
- *Personal Touch Holding Corp. v. Glaubach*, 2019 WL 937180 (Del. Ch. Feb. 25, 2019).
- Peters, A. (2012). Conflict of Interest as a Cross-Cutting Problem of Governance. In A. Peters & L. Handschin (Eds.), *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance* (pp. 393-). Cambridge: Cambridge University Press.
- Peters, A. & Handschin, L. (2012). *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pittenger, M.A. & Wolfe, D.J. (2019). *Corporate and Commercial Practice in the Delaware Court of Chancery* (2nd ed.). Delaware: LexisNexis.
- Prentice, D. (1979). Corporate Opportunity – Windfall Profits. *Modern Law Review*, 42 (2), 215-219.
- Rauterberg, G. & Talley, E. (2017). Contracting Out of the Fiduciary Duty of Loyalty: An Empirical Analysis of Corporate Opportunity Waivers. *Columbia Law Review*, 117 (5), 1075-1151.
- Salzwedel, M.R. (2002). A Contractual Theory of Corporate Opportunity and a Proposed Statute. *Pace Law Review*, 23 (1), 83-145.

- Sanga, S. (2019). The Origins of the Market for Corporate Law. *Corporate Law: Corporate & Takeover Law eJournal*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3503628.
- SC Sets Guidelines in the Application of the Doctrine of Corporate Opportunity (2022, July 7). Retrieved from <https://sc.judiciary.gov.ph/28626/>.
- Scanlan, G., Harvey, A., Prime, T. & Ogowewo, T. (2007). *Companies Act 2006: A guide to the new law* (1st ed.). London: The Law Society.
- Scott, S. (2003). The Corporate Opportunity Doctrine and Impossibility Arguments. *Modern Law Review*, 66 (6), 852–869.
- *Siegman v. Tri-Star Pictures*, 1989 WL 48746, reprinted in (1990) *Delaware Journal of Corporate Law*, 15, 218.
- *Singer v. Magnavox Co.*, 380 A.2d 969, 976-77 (Del. 1977).
- Slaughter, J.C. (1964). Comment, The Corporate Opportunity Doctrine. *Southwest Law Journal*, 18, 96-116.
- Talley, E. (1998). Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunity Doctrine. *Yale Law Journal*, 108, 277-375.
- *Triton Const. Co. v. E. Shore Elec. Servs., Inc.*, CA No. 3290-VCP (Del. Ch. May 18, 2009).
- Ying, J. (2009). *Guth v. Loft*: The Story of Pepsi-Cola and the Corporate Opportunity Doctrine. Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=1414478>.

The Corporate Opportunity Doctrine in Public Shareholding Company under Kuwaiti Legislation: A Comparative Analytical Study with Delaware Law

Dr. Abdullah Ahmed Alkayat*

Abstract:

Objectives: This study aims to shed light on the corporate opportunity doctrine in Kuwait and reorganizing it in line with Kuwait's future aspirations to be a regional financial and commercial center. **Methodology:** Is based on a comparative analytical approach between the Kuwaiti law and US state of Delaware law in terms of defining the historical foundation of the corporate opportunity doctrine in public shareholding companies, its applicable conditions, and judicial rulings issued in this regard, with quick reference to comparative laws, besides the Kuwaiti and American laws, whenever needed. **Results:** 1) The Kuwaiti legislator did not regulate the doctrine in the 1960s with the issuance of the first companies law. The situation remained unchanged until the current companies law was issued in its first edition in 2012. However, the legislator did not keep pace with the developments that occurred over five decades, which were readily available to examine and know their advantages and inadequacies, but instead chose to regulate it in its old and outdated form, which was abandoned by the majority of modern legislations. 2) The current regulation of the doctrine contains several loopholes. There are no clear conditions under which the opportunity is granted to the member who wishes to exploit it. Leaving the situation as it is will not advance Kuwait's goals of becoming a financial and commercial center in the region. **Conclusion:** The study concluded that the Kuwaiti legislator should revise the current companies' law presenting a legislative regulation for the corporate opportunity doctrine in the public shareholding companies listed on Boursa Kuwait.

Keywords: Corporate Opportunity Doctrine, Conflict of Interests, Delaware Court of Chancery, Corporate Opportunity Waiver, Upper Executive Management.

* Professor of Law Private Law Department - Kuwait University - College of Law.

Email: aaa466@berkeley.edu

- Submitted: 15/12/2022, Accepted: 16/3/2023.

All Rights Reserved-Academic Publication Council-Kuwait University.

To Cite P. 140

أ.د. عبدالله أحمد الخياط، أستاذ القانون التجاري المساعد في كلية الحقوق بجامعة الكويت. حصل على درجتي الماجستير والدكتوراه من كلية القانون بجامعة كاليفورنيا، بيركلي. كان عضواً في مركز بيركلي للقانون والأعمال، جمعية بيركلي للقانون التجاري، ومساعداً خاصاً في مكتبة الكونجرس القانونية في واشنطن العاصمة، وباحث زائر في كلية القانون بجامعة كورنيل. كما عمل متدرباً في معهد القانون وتخطيط السياسات في بيركلي، كاليفورنيا. يعكف المؤلف حالياً على تدريس موضوعات تعنى بقانون الشركات، أسواق المال والتعاملات التجارية الدولية.

الإيميل: aaa466@berkeley.edu

للاستشهاد:

الخياط، عبد الله. (٢٠٢٣). مبدأ استغلال الفرص التجارية في الشركة المساهمة العامة في القانون الكويتي: دراسة تحليلية مقارنة مع قانون ولاية ديلاوير الأمريكي. *مجلة الحقوق*، ٤٧(٤)، ٩٣ - ١٤٠.

To Cite:

Alkayat, Abdullah.(2023).The Corporate Opportunity Doctrine in Public Shareholding Company under Kuwaiti Legislation: A Comparative Analytical Study With Delaware Law. *Journal of Law*, 47(4), 93 - 140.

JOURNAL OF LAW

A Refereed Academic Quarterly, Published by the Academic Publication Council - University of Kuwait

The Corporate Opportunity Doctrine in Public Shareholding Company under Kuwaiti Legislation: A Comparative Analytical Study with Delaware Law.

Dr. Abdullah Ahmed Alkayat



جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029 - 6069

No. 4 - Vol. 47

Jamada II 1445 - December 2023