مدى مسؤلية الشركة القابضة عن الأضرار الناتجة عن أخطاء الشركات التابعة لها

دكتور

راوى محمد عبد الفتاح فولى

أستاذ مساعد بقسم القانون التجارى

كلية الحقوق جامعة أسيوط

مقدمة :

إن ما شهده الأقتصاد العالمي في السنوات الأخيرة من تطور هائل وظهور ما يسمى بدولية الإنتاج، يعتبر امتدادا للعوامل المؤثرةً في العملية الانتاجية لتتجاوز حدود الدولة. وقد اصبح مفهوم الاقتصاد العالمي يحل محل مفهوم الاقتصاد القومي، بعد أن ساد مبدأ حرية التجارة والصناعة، مما جعل الدول تتسابق في تقديم الضمانات للشركات والمؤسسات التي تستثمر في بلادها لأجل تطوير اقتصادها.

في ظل هذه الظروف الاقتصادية ظهر ما يسمى بنظام مجموعة الشركات، وهو ثمرة لعمليات التركيز الاقتصادي بين المشروعات، ووسيلة لتحقيق الاستقرار والتوازن الاقتصادي بينها، عندما تقوم الشركات الكبرى الوطنية والأجنبية بإنجاز هذه العمليات، التى أطلق عليها في الفقه الإنجليزي والأمريكي بالشركة القابضة، فيما اطلق عليها الفقه الفرنسي الشركة الأم . وعلى المستوى الدولي أطلق عليها عدة تسميات، منها الشركة متعددة الجنسيات، أو متعددة القوميات، أو الشركات العابرة للحدود القومية. بالمقابل تسمى الشركة الخاضعة لسيطرتها بالشركة التابعة(١). وقد عالج المشرع المصري موضوع الشركة القابضة من خلال قانون قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١.

لم يتعرض المشرع المصري فى قانون قطاع الاعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، كما لم تتعرض لائحتة التنفيذية صراحة لتعريف الشركة القابضة،(٢) ولكن إذا

(١) أحمد محمود المساعدة،العلاقة القانونية للشركة القابضة مع الشركات التابعة لها (دراسة مقارنة) – الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية. أ/ قسم العلوم الإقتصادية و القانونية. العدد جوان ١٢، ٢٠١٤، ص١١٠.

(٢) مع ذلك يمكن يمكن استخلاص خصائص و تعريف هذه الشركة من التقريب بين بعض النصوص الواردة فى القانون و خاصة نصوص المواد ١، ٢، ١٦ حيث تنص المادة الأولى على أن "......يكون رأسمالها (الشركة القابضة)مملوكا بالكامل للدولة أو للأشخاص العتبارية العامة...." و تنص المادة الثانية على أن " تتولى الشركة القابضة من خلال الشركات التابعة لها استثمار أموالها، كما يكون لها عند الاقتضاء أن تقوم بالاستثمار بنفسها" وتنص المادة السادسة عشر على أنه" تعتبر

طالعنا اللائحة التنفيذية لقانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١نجد الفقره الثالثة من المادة ٨٨ من هذه اللائحة تنص عل أنه" و يجب أن تعد الشركات القابضة قوائم مالية مجمعة و فقا للأوضاع و الشروط و البيانات الواردة بالملحق رقم (٥) بهذه اللائحة و يستثنى من ذلك الالتزام بإ عداد هذه القوائم البنوك و شركات التأمين و إعادة التأمين"

ومفاد ذلك أن الشركات القابضة ملزمة بإعداد القوائم المالية المجمعة وفقا للشروط والأوضاع والبيانات الواردة بالملحق رقم (٥) بلائحة القانون، وباستطلاع الملحق المذكور و بياناته الواردة به نجد تعريفا صريحا وو اضحا للشركة القابضة، حيث جاء بالبند ثانيا منه ما يلى:-

أولا: إذا كانت الشركة و مساهموها مالكة لما يزيد عن نصف رأس مال شركة أو أكثر تابعة.

ثانيا: إذا كانت الشركة و مساهموها مشاركة فى شركة أخري ولها السيطرة على تكوين مجلس ادارتها.

ثالثا: سيطرة شركة قابضة على شركة تابعة وكانت هذه الشركة التابعة تسيطر على شركة أخري (الشركة القابضة تعتبر قابضة للشركة التابعة التي تسيطر على الشركة الأخري)

شركة تابعة فى تطبيق أحكام هذا القانون الشركة التى يكون لأحدى الشركات القابضة 51% من رأس مالها على الأقل" و يمكن استخلاص خصائص الشركة القابضة من هذه النصوص مجتمعة و هى كالتالى:-

١) أن تكون الشركة مملوكة بالكامل للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة.

٢) أن تستثمر الشركة اموالها من خلال الشركة التابعة.

٣) أن تحوز ٥١ % من رأس مال الشركات التابعة.

راجع فى ذلك، صلاح أمين أبو طالب، الشركات القابضة فى قانون قطاع الأعمال العام، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعى، ١٩٩٤، ص ١٩ – ٢٣.

رابعا: صدور حكم قضائى حائز لقوة الأمر المقضى يخول لشركة ما السيطرة علي شركة أخري من حيث الادارة أو تنفيذ اتفاقية معينة.

أما المشرعين الأمريكي والإنجليزى فقد انتهجا نهجا مشابها[١] لذلك الذي انتهجه المشرع المصري حيث ركنا إلى حصر الأمور في حدود واسعة فارتكزت غايتهما

---

(١) يعد المشرع الإماراتى من المشرعين الذين اتخذو نهجا مغايرا لذلك الذي انتهجه معظم المشرعين على مستوى العالم فقد انتهج مسلكا ركن فيه إلى حصر الأمور في حدود ضيقه، حيث ذهب إلى أندماج عدة شركات تنتمي إلى مجموعة مالية واحدة في شركة واحدة، أو أن شركة واحدةً تؤسس شركات أخرى أو تشتري كامل أسهم الشركات الأخرى وقد يكون الأمر قائما بناء على قيام شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة تقوم بتأسيس شركات تابعة لها داخل الدولة وخارجها أو السيطرة على شركات قائمة وذلك من خلال تملك حصص أو أسهم تخولها التحكم بإدارة الشركة والتأثير في قراراتها وذلك هو تعريف الشركة القابضة وفقا لنص المادةً ٢٦٦، من قانون الشركات التجارية لدولة الامارات العربية المتحدة، حيث تم تنظيمها في الفصل الأول من الباب السادس في المواد من ٢٦٦ إلى٢٧٠ فهي إما تلفظ "القابضة Holding" أو "الأم" parent، حيث نصت المادة ٢٦٩على أن: – تعتبر الشركة تابعة لشركة قابضة في أي من الحالات الآتية:

أ– إذا كانت الشركة القابضة تملك حصصا حاكمة و مسيطرة في رأس مالها وتسيطر على تشكيل مجلس إدارتها.

ب– إذا كانت الشركة تتبع شركة تابعة.

٢– لا يجوز لشركة تابعة أن تكون مساهما في الشركة القابضة لها ويقع باطلا كل تخصيص أو تحويل لأية أسهم في الشركة القابضة لإحدى شركاتها التابعة.

٣– إذا أصبحت الشركة التي تملك أسهماً أو حصصاً في شركة قابضة شركة تابعة للأخيرة فإن هذه الشركة تستمر مساهما فى الشركة القابضة مع مراعاة ما يأتيً:

أ– حرمان الشركة التابعة من التصويت في اجتماعات مجلس إدارة الشركة القابضة أو في اجتماع جمعياتها العمومية.

ب– التزام الشركة التابعة بالتصرف في أسهمها في الشركة القابضة خلال (١٢) اثني عشر شهرامن تاريخ تملك الشركة القابضة للشركة التابعة" انظر،أحمد محمد عبدالله الكندري،الجوانب القانونية المنظمة لعلاقة الشركة القابضة بالشركات التابعة لها دراسة مقارنة بين القانون الإماراتي والقانون الكويتي والقانون الأمريكي،رسالة ماجستير،كلية القانون جامعة الإمارات، 2018ص ٨–١١ .

واتجهت بشأن تعريف الشركة القابضة نحو عنصر السيطرة، فبالنسبة للمشرع الأمريكى لم يقيد الأمر في تعريف وحيد، بل صاغ هذا النظام القانوني في تعريفات متعددة حيث أنه قد جاء ذكرها و تعريفها وفقا للقانون الذى وردت بشأنه هذا من جانب ومن جانب آخر تغاير المنهج المتبع من قبل المشرع الأمريكى فى تحديد مفهوم السيطرة حيث أخذ بمفهوم النسبة المؤية الذي يعتمد على مقدار ملكية حقوق التصويت تارة و تارة أخرى بمنهج المعايير الفعلية أو الحقيقية للسيطرة، وعلى ذلك إذا تحقق مفهوم السيطرة فى علاقة الشركة بأخرى، فإن الشركة المسيطرة تعتبر قابضة، و الشركة المسيطر عليها تعد تابعة.(١)

ويظهر من قانون الشركات البنكية القابضة الأمريكى لسنة ١٩٥٦ "أن الشركة تكون مسيطرة على البنك أو أي شركة أخرى إذا: تمتلك الشركة بشكل مباشر أو غير مباشر أو تتصرف من خلال واحد أوأكثر من الأشخاص الآخرين، أو تمتلك نسبة من الأسهم لا تقل عن ٢٥% من حقوق التصويت في البنك أو الشركة. (٢)

وهناك افتراض بأن أي شركة تمتلك بشكل مباشر أو غير مباشر، تسيطر أو تمتلك عدد من الأسهم أقل من 5% من رأس مال بنك معين أو شركة معينة فإنها لا تملك السيطرة على هذا البنك أو الشركة.

ويعد المشرع اللبنانى من المشرعين الذين عرفو الشركة القابضة من خلال حصر موضوعات نشاطها فعرفها من خلال المادة ٢٠ من المرسوم الإشتراعي رقم ٤٥، حزيران ١٩٨٣ " بأنها كل شركة مساهمة عامة ينحصر موضوع نشاطها ببعض الأعمال التي ينص عليها القانون، ولا يحق لها تجاوزها إلى غيرها من الأعمال" انظر، لبعير نسيبة، النظام القانونى للشركة القابضة،رسالة ماجستير،جامعة محمد خيضر بسكرة،كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق،الجزائر، ٢٠١٩، ص ١٢.

(1) 15 U.S.C. s80 a-2 (a) (9)(1982)
(2)12 U.S.C. s1841 (a) 2 (A) 3(1982)

كما أورد المشرع الإنجليزى فى قانون الشركات التجارية الصادر سنة 2006 تعريفا للشركة القابضة فى المادة ١١٥٩ [1] من خلال بيان حالات اعتبار الشركة

(1) Articles 1159 provided that" A company is a "subsidiary" of another company, its "holding company", if that other company (a) holds a majority of the voting rights in it, or (b) is a member of it and has the right to appoint or remove a majority of its board of directors, or (c) is a member of it and controls alone, pursuant to an agreement with other members, a majority of the voting rights in it, or if it is a subsidiary of a company that is itself a subsidiary of that other company"

في سياق متصل تناول المشرع الإنجليزي تعريف الشركة القابضة بشكل مباشر من خلال المادة 154 من قانون الشركات الإنجليزى الصادر سنة 1948 والتى تنص على أنه"لأغراض هذا القانون، تعتبر الشركة، وفقًا لأحكام القسم الفرعي (٣) من هذا القسم، شركة تابعة لشركة أخرى إذا، ولكن فقط إذا:(أ) إما أن تكون – (١) عضوًا فيه ويسيطر على تكوين مجلس إدارته ؛ أو (٢) تحتفظ بأكثر من النصف في القيمة الاسمية لرأس مالها المساهم ؛ أو (ب) الشركة المذكورة هي شركة تابعة لأية شركة تابعة للشركة الأخرى. (٢) لأغراض القسم الفرعي السابق، يعتبر تكوين مجلس إدارة الشركة خاضعًا للسيطرة من قبل شركة أخرى إذا، ولكن فقط إذا،كان لتلك الشركة الأخرى من خلال ممارسة بعض السلطة التي تمارسها دون موافقة أو يمكن لموافقة أي شخص آخر تعيين أو عزل أصحاب جميع أو معظم المديرين ؛ ولكن لأغراض هذا الحكم، ستُعتبر شركة أخرى لديها سلطة التعيين في مجلس الإدارة يتم استيفاء أي من الشروط التالية بشأنها، أي..................-

Article 154 states that" (i) For the purposes of this Act, a company shall, subject to the provisions of subsection(3) of this section, be deemed to be a subsidiary of another if, but only if,—

(a) That other either— (i) is a member of it and controls the composition of its board of directors; or (ii) holds more than half in nominal value of its equity share capital; or

(b) The first-mentioned company is a subsidiary of any company which is that other's subsidiary.

(2) For the purposes of the foregoing subsection, the composition of a company's board of directors shall be deemed to be controlled by another company if, but only if, that other company by the exercise of some power exercisable by it without the consent or concurrence of any other person can appoint or remove the holders of all or a majority of the directorships; but for the purposes of this provision that other company shall be deemed to have power to appoint to a directorship with respect to which any of the following conditions is satisfied, that is to say—

تابعة لشركة قابضة، وعرفعها بأنها" الشركة هي "شركة تابعة" لشركة أخرى، "الشركة القابضة"، إذا كانت تلك الشركة الأخرى: - (أ) تمتلك أغلبية حقوق التصويت فيها، أو (ب) عضوًا فيها ويحق لها تعيين أو عزل أغلبية مجلس إدارتها، أو (ج) عضوا فيها وتسيطر وحدها، بموجب اتفاقية مع الأعضاء الآخرين، على أغلبية حقوق التصويت فيها، أو إذا كانت شركة تابعة لشركة هي نفسها شركة تابعة لتلك الشركة الأخرى."

يتضح من هذا التعريف أن القانون الإنجليزى قد تبنى معيار السيطرة كأساس لتعريف الشركة القابضة، و يمكن طبقا لهذا التعريف تحقيق السيطرة أو الحصول عليها بإحدى طريقين(١) :-

الأولى: حيازة أغلبية الأسهم في الشركة التابعة.

الثانية: التحكم في تشكيل مجلس الإدارة في الشركة التابعة أو الوليدة، وفي هذه الحالة يجب أن تكون الشركة القابضة عضوًا في مجلس إدارة الشركة التابعة، ويكون لها سلطة تعيين أو عزل أغلبية أعضاء مجلس إدارة الشركة التابعة، ويكون للشركة القابضة هذه السلطة في حالتين:

الأولى: إذا كانت الشركة القابضة تحوز أغلبية الأصوات في الجمعية العامة في الشركة التابعة.

الثانية: إذا كان هناك اتفاق بين الشركة التابعة والشركة القابضة بمقتضاه يكون للأخيرة سلطة تعيين أعضاء مجلس إدارة الشركة التابعة.

(a) That a person cannot be appointed thereto without the exercise in his favour by that other company of such a power as aforesaid; or
(b) That a person's appointment thereto follows necessarily from his appointment as director of that other company; or
(c) That the directorship is held by that other company itself or by a subsidiary of it.

(1) See, Palmer's Company Law ,24th ed: Volume 1 - The Treatise, Stevens & Sons Ltd, June 1987,p1090.

ونظرا لإمكانية نشوء شركة قابضة في دولة معينة، ونشأة شركتها أو شركاتها التابعة في دولة أو دول أخرى غير دولة الشركة التى أنشأت فيها، على سبيل المثال كما لو كان للشركة التي لديها مكتب رئيسي في بريطانيا مكاتب فرعية أخرى في آسيا وأوروبا وأفريقيا، من هنا يمكن القول بأن هناك ثمة تشابها; كبيرا بين الشركة القابضة و المشروع أو الشركة متعددة الجنسيات (١)، حيث تعتبر الشركة المتعددة الجنسيات تجمع إقتصادي بين عدة شركات تتمتع بجنسيات دول مختلفة وترتبط فيما بينها عن طريق المساهمة بقصد تحقيق هدف إقتصادي معين وتحقيق وحدة الهدف بوحدة السيطرة على إدارة الشركات أعضاء المجموعة بحيث تكون كيانا إقتصاديا واحدا،أو هي مجموعة من الشركات التابعة التي تتولى الإستثمار التجاري الدولي في دول متعددة وتخضع من ثم لنظم قانونية متباينة وتتمتع بجنسيات مختلفة وتعمل في إطار خطة إقتصادية دولية موحدة تضعها الشركة القابضة (٢).

---

(١) لقد استخدم مصطلح الشركات متعددة الجنسيات لأول مرة فى دراسة قدمها ديفيد لينثال إلى معهد كارنيجى للتكنولوجيا فى شهر أبريل عام ١٩٦٠ و بعد ذلك استخدمتها مجلة أسبوع الأعمال الأمريكية ضمن عددها الصادر بتارخ ٢٠-٤-١٩٦٣ فى تفصيل هذه الفكره انظر،محمد صبحى الأتربى،مدخل إلى دراسة الشركات الاحتكارية المتعددة الجنسية، دار الثورة للصحافة و النشر، بغداد، ١٩٧٧، ص ٢٠.

(٢) انظر، محمود سمير الشرقاوي، المشروع متعدد القوميات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه، مجلة إدارة قضايا الدولة، العدد ٢، ١٩٩٦، ص٢٩ راجع ايضا، رسول شاكر محمود البياتي، النظام القانوني للشركة القابضة، دار الكتب والوثائق القومية، العراق ٢٠١٣ ص١٢ ايضا، لبعير نسيبة، مرجع سابق، ص ٢٨ ايضا،أحمد محمود المساعدة، مرجع سابق ص١١٣ ايضا، محمد حسين اسماعيل،الشركة القابضة و علاقتها بشركاتها التابعة، شركة شقير وعكاشة للطباعة،عمان ط ١، ١٩٩٠ ص٣٧ ايضا، أحمد عبد العزيز وآخرون، الشركات المتعددة الجنسيات وأثارها على الدول النامية، بحث منشور، مجلة الادارة والاقتصاد، العدد ٨٥، ٢٠١٠ ص ١١٦ ايضا، علي كاظم وآخرون، طبيعة علاقة الشركة القابضة بالشركات التابعة، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الأول المجلد ٢٢ ٢٠٠٧ ص١.ايضا، محمود سمير الشرقاوي، المشروع متعدد القوميات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه.بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٧٦ ص ٣١٤ .

من كل ما تقدم يظهر أن مفهوم الشركة المتعددة الجنسيات هو أوسع نطاقا من مفهوم الشركة القابضة، حيث تعد الشركة القابضة نوعا من أنواع المشروع المتعدد الجنسيات كون هذه الأخيرة تعتبر سلسلة من الشركات. أما الشركة القابضة ينظر لها كشركة واحدة.

هذا لا يمنع من وجود سمات تميز الشركة القابضة عن الشركة متعددة الجنسيات [١]:

١- الشركة المتعددة الجنسيات تحكمها نظم قانونية مختلفة لأنها تعمل بعدة أقاليم بينما الشركة القابضة قد يحكمها قانون واحد إذا كانت الشركة القابضة وشركاتها التابعة جميعها داخل دولة واحدة.

٢- تعتبر الشركة القابضة مجرد شريك يمتلك أسهما أو حصصا في شركات أخرى، بينما الشركة المتعددة الجنسيات قد تكون لها ملكية مطلقة على شركات عدة أنشأتها بمفردها أو ساهمت في تأسيسها.

٣- الشركة القابضة قد يحدد لها القانون عدد الشركات التي يحق لها السيطرة عليها، بينما الشركة المتعددة الجنسيات فلا يتحدد لها عدد الشركات التي يمكن لها انشائها.

٤- الشركة القابضة أكثر وضوحا من حيث التنظيم القانوني من الشركة المتعددة الجنسيات، بسبب وصف العديد من التجمعات سواء الإقتصادية أو القانونية بأنها شركات متعددة الجنسيات.

أسباب وجود الشركة القابضة.

يجب التمييز بين الأسباب التي تجعل الشركة تلجأ إلى توسيع أعمالها و بين الأسباب التي أدت إلى قيام الشركة بإنشاء شركة تابعة واحدة أو أكثر – على الرغم من أن الشركتين قد تكونان مترابطتين في بعض الحالات .على سبيل المثال، عندما

---

(١) لبعير نسيبة، مرجع سابق ص٢٥

تتوسع شركة من خلال إدخال خط عمل جديد، يمكنها القيام بذلك عن طريق إنشاء شركة تابعة .ومع ذلك، لن يكون هذا هو الحال بالضرورة.

هناك عدة أسباب لتوسيع الشركة .قد يكون ذلك نتيجة احتمالات تحقيق زيادة في الإنتاج أو التوزيع، أو انخفاض في تكاليف المعاملات.التى تقوم بها الشركة، كما قد ينتج التوسع أيضًا عن الحاجة إلى الوصول إلى أسواق أو إمدادات جديدة، أو القضاء على المنافسة .أو قد يحدث ذلك حتى يتمكن المديرون من تقوية وضعهم الشخصي وتقوية مراكزهم. يلاحظ الفقيه تشاندلر(١) أنه مهما كان الدافع للتوسع:

"نادرًا ما واصلت المؤسسة الصناعية الحديثة نموها أو الحفاظ على وضعها التنافسي على مدى فترة طويلة من الزمن ما لم تسمح بإضافة [أنشطة] جديدة (وبدرجة أقل القضاء على الأنشطة القديمة) من خلال واقع الهرمية الإدارية بتقليل التكاليف، لتحسين الكفاءة الوظيفية في التسويق والشراء وكذلك الإنتاج، لتحسين المنتجات والعمليات الحالية وتطوير منتجات جديدة، وتخصيص الموارد لمواجهة تحديات التقنيات الجديدة والأسواق المتغيرة باستمرار"

لماذا قد تنشئ شركة (٢)، شركة واحدة أو أكثر من الشركات التابعة بحيث تتم أعمالها من خلال مجموعة شركات وليس من خلال شركة واحدة؟

---

(1)" The modern industrial enterprise has rarely continued to grow or maintain its competitive position over an extended period of time unless the addition of new [activities] (and to a lesser extent the elimination of old ones) has actually permitted its managerial hierarchy to reduce costs, to improve functional efficiency in marketing and purchasing as well as production, to improve existing products and processes and to develop new ones, and to allocate resources to meet the challenges and opportunities of ever-changing technologies and markets."

See, Chandler, A D, Scale and Scope: The Dynamics of Industrial Capitalism, Belknap Press: Cambridge, Mass, 1990, p,17

(٢) ومن أشهر الأمثلة لتلك الشركات القابضة التي تشكل نموذجاُ عملاقا لمفهوم السيطرة هى شركة ألفابت

يمكن ايراد أسباب ذلك فيما يلى [1]:-

أولاً : يمكن للشركة تقليل تعرض أصولها للخطر من خلال إنشاء شركة تابعة كما . يضمن مبدأ المسؤولية المحدودة أنه – مع مراعاة الاستثناءات حيث ترفع المحاكم أو البرلمان حجاب الشركة – ستتم حماية أصول الشركة القابضة من أي مسؤولية تتكبدها الشركة التابعة.

ثانيًا : يمكن أن يؤدي إدارة الأعمال التجارية من خلال مجموعة شركات بدلاً من شركة واحدة إلى تقليل الضرائب. وإحدى الطرق التي يمكن من خلالها تحقيق ذلك هي من خلال الكيانات المدرجة في "الملاذات الضريبية ."

ثالثًا : في بعض البلدان يمكن أن تكون هناك اعتبارات تتعلق بإعداد التقارير المالية و الناتجة عن حقيقة أنه لا يجب دمج البيانات المالية للشركات التابعة مع تلك الخاصة بالشركة القابضة.

رابعاً : قد ترغب الشركة في الحصول على عمل بالشراكة مع شركة أخرى أو فرد آخر . تتمثل الطريقة المثلى لهيكلة الاستحواذ في تمثيل المصالح المعنية في الأعمال

(Alphabet) وهي شركة قابضة تسيطر على شركة جوجل (Google) حيث احتلت شركة ألفابت القابضة المرتبة الثالثة في قائمة أكبر الشركات القابضة للعام ٢٠١٧ ببلوغ قيمتها أكثر من ٥٧٩،٥ مليار دولار وفقا لقائمة فوربس.

Forbes, the top regarded companies, 2017 ranking. Written on May 2017, read on: 12/10/2017, the web site link: www.forbes.com/companies/alphabet.

(1) See, LoPucki “The Death of Liability”, Yale Law Journal, , L, L M, 1996, pp 20-23 See also, Gilson, R J, , The Law and Finance of Corporate Acquisitions, Foundation Press: Westbury, NY,1986.pp 298-299 See also , Ford, H A J, Austin, R P, and Ramsay, I M Ford’s Principles of Corporations Law, 8th edn, Butterworths: Sydney. , 1997, para.23.020. see also, Austin, R P, “Corporate Groups” in Grantham, R B, Oxford University Press, 2014 ,p50 see also, Rickett, C E F, eds, Corporate Personality in the 20th Century, Hart Publishing: Oxford,1999, p 74. also, Ramsay, I M, “An Empirical Study of the Use of the Oppression Remedy”, Australian Business Law Review, 1999,p100 , See, Leebron, D W, “Limited Liability, Tort Victims, and Creditors”, Columbia Law Review, 1991,p.1614.

الجديدة بالأسهم .وهذا يستلزم الاستحواذ على الأعمال الجديدة عن طريق شراء أسهم الشركة التي تديرها بدلاً من شراء أصول الشركة .النقطة ذات الصلة هي أنه سيكون من الأفضل في كثير من الأحيان الحصول على أعمال تجارية جديدة للشركة عن طريق شراء أسهم الشركةا لأخري بدلاً من شراء الأصول للأسباب التالية: -

١) رسوم الدمغة أعلى بكثير لمبيعات الأصول من مبيعات الأسهم.

٢) الميزة الضريبية المتمثلة في ترحيل أية خسائر للشركة المستحوذ عليها لن تكون متاحة لمشتري أصولها.

خامساً : قد ترغب الشركة في استثمار خارجي في جزء فقط من أعمالها .يمكن القيام بذلك عن طريق دمج هذا الجزء من الأعمال كشركة تابعة والسماح للجهات الخارجية بالحصول على حصة أقلية في الشركة التابعة .يسمح للشركة بجمع رأس مال إضافي دون فقدان السيطرة.

سادسا وأخيرًا : قد يسمح إنشاء الشركات التابعة بمرونة أكبر في تمويل الديون.

ولكن ثمة تساؤل يثور فى هذا الصدد هل التأثيرالإيجابى الكبير للشركات القابضة يكون خاليا من أية مشكلات؟

فى إطار الإجابة عن هذا التساؤل حدد الفقية الأسترالى "هادن" ست مشاكل محتملة من وجود نظام الشركة القابضة و سيطرتها على شركة أو العديد من الشركات التابعة كما يلى [١]:-

(1) See, Hadden, T, “The Regulation of Corporate Groups in Australia”, 15, University of New South Wales Law Journal, 1992, pp65-66. See also, Landers, J M, “A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy”, University of Chicago Law Review, 1993,p.200 see also, Considine, D, “The Mythology of Corporations and Corporate Groups”, 4 Australian, Journal of Corporate Law,1994, pp.231- 232

(١)يجوز استخدام تقنيات السيطرة الجماعية، ولا سيما تلك التي تنطوي على الأسهم المتداخلة والإدارات المتشابكة، لترسيخ مواقف المديرين الحاليين (والتى قد تكون مخالفة للقانون) ضد أي تهديد محتمل من المساهمين الخارجيين.

(٢)تقنيات التمويل المتكامل، ولا سيما حرية تمرير االمسؤليات والموجودات من شركة إلى أخرى داخل المجموعة، وإنشاء هياكل جماعية معقدة يمكن استخدامها لإخفاء المركز المالي الحقيقي للشركات الفردية أو للمجموعة بأكملها عن مساهميهم أو دائنيهم.

(٣)يمكن استخدام كلتا التقنيتين(السيطرة الجماعية و التمويل المتكامل) لضمان تفضيل مصالح أغلبية المساهمين ومديري المجموعة على مصالح المساهمين الأقلية في الشركات التابعة وإخفاء أن ذلك قد تم.

(٤)يجوز استخدام تقنيات التمويل المتكامل لتجنب الضرائب من خلال ضمان توليد أقصى قدر من الربح في دول تجذب مستويات ضريبية منخفضة.

(٥)يمكن استخدام إنشاء شركات منفصلة لعمليات معينة، تدعمها تقنيات التمويل المتكامل، لتجنب المسؤولية تجاه الدائنين الخارجيين من خلال الاعتماد على المسؤولية المحدودة لكل شركة مكونة داخل المجموعة.

(٦)يمكن استخدام هياكل مجموعات أكثر أو أقل تعقيدًا لتجنب تأثير التدابير التنظيمية على مجموعة واسعة من الأمور، مثل تشريعات الاحتكارات وعمليات الاندماج، وأحكام الصحة والسلامة، ومشاركة الموظفين ومتطلبات التخطيط.

مبدأ المسؤلية المحدودة والشخصية المستقلة للشركة القابضة و الشركات التابعة.

تعد الشركة القابضة و كل شركة في مجموعة الشركات التابعة كيان قانوني منفصل ومستقل تتحمل كل شركة حقوقها ومسؤولياتها على الرغم من أن موقع السيطرة

الحقيقي قد يكون موجودًا في شركة ذات صلة أو الشركة القابضة هذا الوضع ليس له عواقب كبيرة على الدائنين أثناء الملاءة المالية، ولكن عندما تكون أوضاع الشركة المالية المسؤلة عن الضرر في أسوأ حالاتها، فإن مسألة المساءلة عن الخسارة تضع ضغطًا كبيرًا على مبدأى المسؤولية المحدودة [١] والشخصية القانونية المستقلة. يوضح قانون الشركات الإنجليزي أن قواعد المسؤولية المحدودة والشخصية المستقلة لا تستجيب للواقع الاقتصادي والعدالة الموضوعية.

ولقد عبر القاضى Templeman L.J.[٢] عن ذلك بقوله فى إحدى القضايا"يتضمن قانون الشركات الإنجليزي بعض المبادىء الغريبة، والتي قد تولد نتائج غريبة . حيث يجوز للشركة القابضة أن تفرز عددًا من الشركات التابعة، وكلها تخضع لسيطرة مباشرة من قبل مساهمي الشركة القابضة .إذا تبين أن إحدى الشركات التابعة، هي نفايات القمامة و مرت بضائقة مالية، يجوز للشركة القابضة والشركات التابعة الأخرى أن تزدهر رغم ذلك دون أدني مسؤولية عن ديون الشركة التابعة المعسرة"

لقد ظل مبدأ المسؤولية المحدودة لأصحاب الشركات لأكثر من ١٥٠ عامًا، سمة مميزة للعديد من المنظمات التجارية. وغالبًا ما يُنسب هذا المفهوم القانوني إلى تحفيز النمو الاقتصادي وتنمية أسواق رأس المال ويسميها البعض "واحد من أعظم

---

(١) راجع فى تاريخ نشأة مبدأ المسؤلية المحدودة للشركة رسالة الدكتوراة التالية من خلال الصفحات من ١٢ إلى ٢٨

Julia Elizabeth Chaplin, The origins of the 1855/6 introduction of general limited liability in England, University of East Anglia, School of History, July 2016.

(2) English company law possesses some curious features, which may generate curious results. A parent company may spawn a number of subsidiary companies, all controlled directly by the shareholders of the parent company. If one of the subsidiary companies, to change the metaphor, turns out to be the runt of the litter and declines into insolvency to the dismay of creditors, the parent company and the other subsidiary companies may prosper to the joy of the shareholders without any liability for the debts of the insolvent subsidiary. [1979] 1WLR 1198.

الاختراعات البشرية .ومع ذلك، أدرك الاقتصاديون منذ فترة طويلة أن المسؤولية المحدودة تولد مشكلة أخلاقية لأن أصول الشركة قد تكون غير كافية لدفع مطالبات أصحاب المصلحة.، ولاسيما فى حالات الأضرارالناتجة عن التلوث البيئى،وهذا، بدوره، يحفز السلوك الموجه بشكل خاص لتحقيق أرباح فردية ولكنه مكلف اجتماعيًا، و في محاولة للحد من هذه الآثار، يمكن للمحاكم- من بين وسائل أخرى-أن تسمح للدائنين "باختراق حجاب الشركة" (المسؤلية المحدودة و الشخصية القانونية المستقلة للشركة) وفرض المسؤولية على مالكيها .لاحظ كل من Easterbrook and Fischel (١) أن الحالات الناجحة لاختراق الحجاب مرتبطة بشكل كامل تقريبًا بالشركات ذات العلاقات الوثيقة والعلاقات بين الشركة القابضة و الشركة التابعة (٢).

فى ذات السياق ركز القضاء الأسترالي – وغيره- فى الآونة الأخيرة على مشكلتين .**أولاً**: الصعوبات التي نشأت بالنسبة لمطالبي التعويضات عندما تكون إصاباتهم ناجمة عن شركة تابعة غير قادرة ماليا على الوفاء بالتعويضات. **ثانيًا**:، التنازع بين المبدأ القانوني التقليدي الذي يعامل كل شركة في مجموعة الشركات ككيان قانوني مميز له مصالحه الخاصة، والواقع التجاري - والذى عادة ما يشمل المشاركين داخل مجموعة الشركات، والدائنين الذين يتعاملون مع الشركات داخل تلك المجموعة- الذى يركز على مبادئ المجموعة بدلاً من الشركات الفردية، هل ينبغي أن يمدد القانون حقوق وواجبات الشركة داخل المجموعة ليعكس أنشطة شركة أخرى داخل تلك المجموعة؟ يصف الباحث الأمريكي الرائد في مجموعة الشركات، البروفيسور بلومبرج(٣) هذا الموضوع بأنه"إحدى المشكلات الرئيسة في قانون الشركات" (١).

---

(1) See, Easterbrook, Frank H and Daniel R Fischel "Limited liability and the corporation."52 The University of Chicago Law Review(1985), p , 89.

(2) See, Manne, Henry G , "Our two corporation systems: Law and economics."53 Virginia Law Review,1967 ,p 259 see also, Admati, Anat R "A skeptical view of financialized corporate governance." The Journal of Economic Perspectives 2017,pp131, 132

(3) See, Blumberg, P I, "The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations" 15, Delaware Journal of Corporate Law, , 1990, p 288.

ومؤدى ما سبق أنه وفقًا للمبدأ العالمي الراسخ لقانون الشركات، تتمتع الشركات بشخصية اعتبارية منفصلة – تفصلها عن مساهميها ومديريها وموظفيها وغيرهم من الأفراد – بالإضافة إلى المسؤولية المحدودة للمساهمين. (٢) هذين المبدأين اللذان يشكلان معًا درع الشركة corporate shield، ينطبقان بالتساوي على مجموعات الشركات التابعة وبناءً على ذلك، لا تكون الشركة القابضة عادةً مسؤولة عن المخالفات القانونية والديون غير المدفوعة على مستوى الشركات التابعة التي تمتلك فيها أسهم مباشرة أو غير مباشرة. لا سيما فيما يتعلق بالأخطاء وسوء السلوك التي ترتكبها أو تسهلها الشركات الكبيرة والمتعددة الجنسيات، و كما ذكرنا فإن هذه المبادئ تتعرض للنقد بشكل متزايد (٣)، ولا يثير درع الشركة عادة مشاكل في الحالات

---

(1) See, Briggs v James Hardie & Co Pty Ltd (1989) 7 ACLC 841 (New South Wales Court of Appeal). 33 Salomon v A Salomon & Co Ltd [1897] AC 22 (House of Lords); Walker v Wimborne (1976) 137 CLR 1 (High Court of Australia) also, Qintex Australia Finance Ltd v Schroders Australia Ltd (1990) 3 ACSR 267 (Supreme Court of New South Wales).

(٢) انظر، على سبيل المثال، قانون الشركات الإنجليزى الصادر سنة (٢٠٠٦)، القسم٣ . وكذلك قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، على الرغم من أن الشخصية القانونية المستقلة وميزات المسؤولية المحدودة غالبًا ما تتطابق، إلا أنهما على الأقل نظريًا متميزان من الناحية النظرية ومستقلتان عن بعضهما البعض.

(٣) نظراً للاعتراف القديم بالطبيعة الإشكالية والآثار المترتبة على المسؤولية المحدودة داخل شركات المجموعة، فليس من المدهش أن تُقدم جهود كبيرة لمعالجة هذه الأمور، في حين أن التطورات العملية في هذا المجال كانت مدفوعة إلى حد كبير بالمحاكم التي استجابت لنظريات المسؤولية التي أثارها أصحاب المطالبات، كما أثارت قضية مسؤولية الشركة الجماعية أيضًا اهتمامًا كبيرًا من قبل فقهاء القانون وأدت إلى مقترحات مختلفة بشأن الإصلاح القانوني، بما في ذلك في معاهدة مقترحة من قبل الأمم المتحدة ومعاهدة لحقوق الإنسان، والتي قد تتضمن مكونًا يحدد معايير مسؤولية شركات المجموعة.

See, Martin Petrin & Barnali Choudhury, Group Company Liability, European Business Organization Law Review, 2018 p50, https ://doi.org/10.1007/s40804-018-0121-7 see also, Deva S Briefing paper for consultation: parent company liability (2015)p 55. https ://www.escr-

التي يمكن فيها لضحايا الضرر من الغير(١) متابعة الدعاوى ضد الشركة التابعة ولدى الشركة التابعة أصول كافية. ومع ذلك، تنشأ مشاكل عندما تكون مثل هذه المطالبات غير ممكنة أو عقيمة بسبب نقص أصول الكيان، وهي قضية من المتوقع أن تصبح أكثر انتشارًا في المستقبل (٢).

---

net.org/sites /default//parent_company liablity briefing_paper _first _draft _sept_2015_-_eng.pdf. Accessed 11 April 2020

(١) في هذا السياق، يكون دائنو أخطاء الشركات الناتجة عن المسؤلية التقصيرية أكثر عرضة للخطر بسبب طبيعة ضررهم اللاإرادية .يميز Andrew Muscat بين الدائن الطوعي وغير الطوعي .ويعتبر أن التمييز يكمن في ما إذا كان الدائن لديه فرص عملية لتقييم مخاطر التعامل مع المدين الشركة أم لا. وبالتالي، فإن دائنين المسؤلية التقصيرية، الذين ينتمون إلى مجموعة الدائنين غير الطوعيين، في وضع ضعيف للغاية في التعامل مع أخطاء الشركات.

لن يتمكن دائنو الخطأ التقصيرى من تحقيق التكافؤ مع دائنى الخطأ العقدى على الإطلاق، ولديهم القليل من الأساليب المتاحة لحماية مطالباتهم . بعبارات أكثر تحديدًا: (أ) من الصعب إيجاد علاقة وثيقة بين دائني الخطأ التقصيرى في الشركات التابعة والشركة القابضة كمدعى عليه .قد يتمتع الدائنون المتعاقدون بفوائد طويلة الأجل لأن الشركة القابضة توافق على الوفاء بالتزامات شركتها التابعة .ومع ذلك، لا توجد مثل هذه المصالح فيما يتعلق بدائنى المسؤلية التقصيرية. (ب) عادة ما يكون لدى الدائنين من المسؤولية التقصيرية وعي قليل بمخاطر الإصابة .إنهم أقل قدرة على التنبؤ باحتمالية الإصابة التي لحقت بهم، واتخاذ الخطوات المناسبة مثل الحصول على التأمين أو التدابير الأخرى . لا يمتلك ضحايا الخطأ التقصيري المعرفة لتأمين مصالحهم قبل الضرر، مثل تقييم ملاءة الشركة التابعة .

Xue Feng و Corporate Liability Towards Tort Victims in the Personal Injury Contxt, thesis,Queen Marry University of London, June 2017, p 15.see also, Andrew Muscat, The liability of the holding company for the debts of its insolvent subsidiaries (1st edn Dartmouth Publishing company 1996)pp.29-30 see also Stephen Allen Edwards, ‘Tort Claims under the Present and Proposed Bankruptcy Acts’ 11 University of Michigan Journal of Law(1978) , p. 420

(2) See, Witting CA ,Liability of corporate groups and networks. Cambridge University Press 2018 ,p 7

ومع ذلك، هناك استثناءات من هذين المبدأين المميزين لقانون الشركات والتي تسمح أيضًا للمحاكم، إن أمكن، بمساءلة الشركات القابضة عن أخطاء الشركة التابعة كذلك أرسى الفقه بعض المبادىء التى من شأنها تقرير مسؤلية الشركة القابضة عن الأضرار الناشئة عن أخطاء مرتكبة من قبل الشركة أو الشركات التابعة و هذا ما سنعرض له من خلال هذه الدراسة.

خطة الدراسة.

فى ضوء ما تقدم نعالج موضوع الدراسة و المعنون بمدي مسؤولية الشركة القابضة عن الأضرار الناتجة عن أخطاء الشركة التابعة لها من خلال تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث وقد سبقت هذه المباحث الثلاثة مقدمة تعرضنا فيها لتعريف الشركة القابضة ولأسباب انشائها و لمبدأي المسولية المحدودة للشركة و تمتعها بشخصية قانونية مستقلة عن المساهمين فيها. وعلى ذلك نقسم هذه الدراسة إلى المباحث الثلاثة التالية:-

المبحث الأول: اقتراح المسؤلية غير المحدودة للشركة و مبدأ اختراق حجاب الشركة كأساسين لتقرير مسؤلية الشركة القابضة عن أخطاء الشركة التابعة

المبحث الثانى:مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه كأساس لتقرير مسؤولية الشركة القابضة عن أخطاء الشركات التابعة

المبحث الثالث:اتجاهات أخرى لتقرير مسؤولية الشركة القابضة عن اخطاء الشركة التابعة

المبحث الأول

اقتراح المسؤلية غير المحدودة للشركة و مبدأ اختراق حجاب الشركة كأساسين لتقرير مسؤلية الشركة القابضة عن أخطاء الشركة التابعة

أكد مجلس اللوردات في القضية الشهيرة المعروفة باسم (Salomon v Salomon) [(١)]،المبدأين القانونين المميزين لقانون الشركات بأنه عند التأسيس، تعتبر

(1) See, Salomon v Salomon & Co [1897] AC 22 (Salomon).

تتلخص و قائع هذه القضية فى" أن السيد آرون سالومون يمتلك شركة لصناعة الأحذية الجلدية و أدار أعماله لمدة ٣٠ عامًا وكانت الشركة متخذة شكل شركة الشخص الواحد .أراد أبناؤه أن يصبحوا شركاء تجاريين، لذا حول الشركة إلى شركة مسؤولية محدودة .أصبحت زوجته وأبناؤه الخمسة مشتركين واثنين من أبنائه الأكبر سنا مديرين. بعد فترة وجيزة من دمج السيد سالومون لأعماله، أدت سلسلة من الإضرابات في صناعة الأحذية إلى دفع الحكومة، العميل الرئيسي لشركة سالومون، إلى تقسيم عقودها بين المزيد من الشركات (أرادت الحكومة تنويع قاعدة التوريد لتجنب خطر إعاقة عدد قليل من مورديها نتيجة للإضرابات) كان مخزنه مليئا بالمنتجات غير المباعة .أقترض هو وزوجته أموالا للشركة .وألغى سنداته .لكن الشركة كانت بحاجة إلى المزيد من المال، وسعى للحصول على ٥٠٠٠ جنيه إسترليني من السيد إدموند برودريب .كانت تكلفة قرض السيد برودريب ، بفائدة ١٠ ٪ ومضمونة برسوم عائمة .لكن أعمال سالومون ما زالت مضطربة، ولم يتمكن من مواكبة مدفوعات الفائدة .في أكتوبر ١٨٩٣، رفع السيد برودريب دعوى قضائية ضد السيد سالومون للتنفيذعلي الضمان، تم تصفية الشركة .تم سداد مبلغ ٥٠٠٠ جنيه إسترليني للسيد برودريب، ثم أعيد تظهير السندات إلىSalomon ، الذي احتفظ بالرسوم العائمة على الشركة. قابل مصفي الشركة إدعاء برودريب بادعاء مضاد، وانضم إلى Salomon كمدعى عليه و دفع بأن السندات (الضمان) كانت غير قانونية لإصدارها نتيجة لاحتيال و غش .طالب المصفي بجميع الأموال التي تم تحويلها عند بدء الشركة: إلغاء اتفاقية نقل الأعمال نفسها، وإلغاء السندات وسداد رصيد أموال الشراء.قضت محكمة أول درجة لمصلحة السيد برودريب وأيدت محكمة الاستئناف قرار أول درجة ضد السيد سالومون، على الرغم من أن السيد سالومون قد أساء استخدام امتيازات التأسيس والمسؤولية المحدودة، التي كان البرلمان ينوي فقط منحها إلى "المساهمين المستقلين الحقيقيين، الذين لديهم عقل وإرادة خاصة بهم ولم يكونوا مجرد دمى حيث لم تكن مشاركات زوجته وأولاده سوي مشاركة صورية لكن عند الطعن على

الشركة بشكل عام كيانًا قانونيًا جديدًا منفصلًا ومستقلا عن مساهميها كما يتمتع مساهميها بالمسؤلية المحدودة، فعلت المحكمة ذلك فيما يتعلق بما كان في الأساس شركة لشخص واحد .

استمر مبدأى الشخصية القانونية المستقلة للشركة و المسؤلية المحدودة فى قوانين الشركات على مستوى العالم لأكثر من مائة عام .فعندما تتصرف الشركة، فإنها تفعل ذلك في حد ذاتها وليس فقط كاسم مستعار لمساهميها [١]، وبالمثل، فإن المساهمين ليسوا مسؤولين عن ديون الشركة التي تتجاوز استثمار رأس المال الأولي، وليس لديهم حق ملكية في ممتلكات الشركة.

في الوقت ذاته، اعترفت المحاكم بأن حجاب الشركة(مبدأ المسؤلية المحدودة و الشخصية القانونية المستقلة للشركة) قد يتم اختراقه لحرمان المساهمين من الحماية التي توفرها المسؤلية المحدودة .عادة يشير "اختراق حجاب الشركة" إلى الاستثناء المفروض قضائياً على مبدأ الكيان القانوني المستقل و مبدأ المسؤلية المحدودة، حيث تتجاهل المحاكم استقلال الشركة وتحمل المساهم مسؤولية أفعالها كما لو كانت

الحكم امام مجلس اللوردات تم نقض حكم محكمة الاستئناف وأرسي مبدأى المسؤلية المحدودة للشركة وتمتعها بالشخصية القانونية المستقلة........"

لمزيد من التفاصيل حول هذه القضية راجع

R Grantham and C Rickett (eds), Corporate Personality in the 20th Century, Hart Publishing (April 19, 1998)pp45-60 ,also , Hannigan B Company law, 4th edn. Oxford University Press, Oxford, (2016) pp 47-50 ,see also, David Kershaw, "Company Law in Context: Text and Materials", Oxford University Press, UK, 2012, p. 64.

(١) ذكر اللورد سومنر في إحدى القضايا عا م١٩٢٣ "بين المستثمر الذي يشارك كمساهم والتعهد الذي يتم تنفيذه، يتدخل القانون مع شخص آخر، حقيقي وإن كان مصطنعًا، الشركة نفسها، والعمل الذي تقوم به هو عمل تلك الشركة، ورأس المال المستخدم هو رأس مالها وليس في أي من الحالتين عمل أو رأس مال المساهمين .بافتراض، بطبيعة الحال، أن الشركة قد تم تشكيلها على النحو الواجب وليست خدعة ... فكرة أنها مجرد آلية لتحقيق أغراض المساهمين هي مغالطة للشخص العادي.

AC 723 at (740 – 741) :1923

تصرفات المساهم. كما يجوز للمحكمة أيضًا أن تخترق حجاب الشركة عندما يطلب منها ذلك من قبل الشركة نفسها أو المساهمين في الشركة، من أجل توفير تعويض يمكن رفضه من قبل القضاء، أو إنشاء حق قابل للتنفيذ،أو لتخفيف جزاء (١). منذ قضية سالومون، أرست المحاكم في الولايات المتحدة وإنجلترا وأستراليا استثناءات للمبدأ العام المنصوص عليه في سالومون واخترقت حجاب الشركة للكشف عن أولئك الذين يسيطرون على الشركة (٢).

تم وصف عبارة "اختراق حجاب الشركة" to pierce the corporate veil في قضية عرضت على القضاء الأسترالى عام ١٩٧٣ بأنها "عصرية الآن (٣)" . وفي عام ١٩٨٧، تمت الإشارة إلى عبارة "رفع حجاب الشركة" to lift the corporate veil بأنها "قديمة " (٤) ولكن المحاكم الإنجليزية تميز صراحة بين معنى العبارتين.، حيث جاء فى أحد الأحكام الإنجليزية "إن اختراق حجاب الشركة هو تعبير سأحتفظ به للتعامل مع حقوق والتزامات أو أنشطة الشركة على أنها حقوق أو التزامات أو أنشطة مساهميها .لرفع حجاب الشركة أو النظر خلفه، من ناحية أخرى، يجب أن يعني النظر في المساهمة في شركة ما لغرض قانوني ما. (٥)

ربما لم يتم الاعترف بالفرق بين معنى العبارتين على نطاق واسع في أستراليا، حيث تشير المحاكم (٦) في بعض الأحيان إلى الرفع عندما يكون التأثير هو الاختراق .

---

(1) See, R Thompson, 'Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study'76 Cornell Law Review, (1991) p 1036; and a similar study in the United Kingdom; C Mitchell, 'Lifting the Corporate Veil in the English Courts: An Empirical Study' 3 Company Financial and Insolvency Law Review, (1999) p 15.

(2) See, Ian M Ramsay& David B Noakes, Piercing the Corporate Veil in Australia, 19 Company and Securities Law Journal, 2001,p 3

(3) (1973) 4 SASR 476, 480 (Bray CJ).

(4) (1987) 44 SASR 532, 559 (Bollen J).

(5) [1991] 4 All ER 769.

(6) (NSW) 70 (1966)67 SR)6

ولقد عرف القاضىYoung J [١]، فى إحدى القضايا تعبير "رفع حجاب الشركة" على أنه يعني " على الرغم من أنه كلما تم تشكيل كل شركة على حدة، يتم إكتسابها شخصية قانونية مستقلة، ستقوم المحاكم في بعض الأحيان، بالنظر وراء الشخصية القانونية للمسيطرين الحقيقيين للشركة. " من المهم ملاحظة أن المحاكم قد تشير إلى رفع أو النظر إلى ما وراء حجاب الشركة في أي وقت تريد فيه فحص آلية التشغيل وراء الشركة .على الرغم من أن التأثير النهائي للاختراق هو "النظر إلى ما وراء حجاب الشركة"، فإننا نستخدم عبارة "اختراق حجاب الشركة" بدلاً من عبارة "رفع حجاب الشركة"، من أجل تعزيز معناها المنفصل. [٢]

من وجهة نظري، فإن اختراق حجاب الشركة ليس ببساطة حلاً مناسبًا لتقرير مسؤلية الشركة القابضة عن أخطاء الشركة التابعة لها،حيث أن اختبار الاختراق لا يأخذ في الاعتبار المسؤولية المحدودة الظالمة التي يخلقها في حالات معينة، حيث تستفيد الشركات القابضة من وراءه مالياً على حساب انتهاك حقوق الإنسان أو على حساب البيئة لمجتمع غير معترف به غالبًا. لذلك نادي البعض بالاستغناء عن مبدأ المسئولية المحدودة و الاستعاضة عنه بالمسئولية غير المحدودة.

تقسيم:

فى ضوء ما تقدم نعرض بالدراسة فى هذا المبحث للحل الأول للتغلب على مشكلة المسؤولية المحدودة للشركات التابعة والشركات القابضة بتقرير المسئولية غير المحدودة، كما اقترح البعض، و هل سينجح هذا الحل، كذلك نعرض فى هذا المبحث لمبدأ اختراق حجاب الشركة لتقرير مسؤولية الشركة القابضة عن أخطاء الشركة التابعة لها.وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:-

المطلب الأول: تقرير المسئولية غير المحدودة للشركات القابضة و التابعة.

المطلب الثانى: مبدأ اختراق حجاب الشركة." piercing corporate veil "

(1) (1986) 5 NSWLR 254 (SCNSW, Young J).

(2) See, 6 S Ottolenghi, 'From Peeping Behind the Veil to Ignoring it Completely'53 The Modern Law Review (1990) 'p 338

المطلب الأول

تقرير المسؤلية غير المحدودة للشركات القابضة و التابعة

لا بد أن نشير بداية إلى أن مبدأ المسؤولية المحدودة هو نموذج مكمل للشخصية المستقلة للشركة، وفي الآونة الأخيرة، تم التأكيد على العلاقة بين الاثنين في أن إسناد الشخصية المستقلة إلى شركة ذات شخصية اعتبارية من خلال التأسيس جعل الاقتراح بديهيًا بأن الأعضاء لن يكونوا مسؤولين عن التزامات الشركة إلا إذا نص التشريع على خلاف ذلك (١). في البداية، قال القاضى Staughton J (٢) أن الشخصية القانونية المستقلة للشركة، في القانون الإنجليزي، غير متسقة مع كون أعضاء الشركة مسؤولين عن ديونها."عزز هذه العقيدة كذلك القاضي كير في محكمة الاستئناف(٣) بقوله" إن تدخل كيان قانوني بين مجموعة غير مدرجة من الأشخاص من جهة، و الغيرالذى يبرم عقودًا مع الكيان القانوني من ناحية أخرى، يترتب عليه بموجب القانون الأنجلو أمريكى أن أعضاء المجموعة ليسوا مسؤولين عن العقود التي أبرمتها الجهة، ما لم تكن قد أبرمت نيابةً عنها وفقًا لمبدأ الوكالة"

النتيجة المنطقية لتطبيق المسؤولية المحدودة والشخصية المستقلة هي التحديد الدقيق للأدوار بين المشاركين في الشركة، سواء كانوا أفرادًا أو كيانات مؤسسية أخرى.

تعد المسؤولية المحدودة والشخصية المستقلة من المبادئ الأساسية لقانون الشركات التي ترتبط ارتباطًا وثيقًا بالعالم التجاري ونادرًا ما يكون هناك خروج عن

---

(1) See, Schulte, Richard Craig, Groups of companies : the parent subsidiary relationship and creditors remedies, Doctoral thesis, Durham University, Department of Law (1999)p.60

(2) BCLC667 (1987) (35)

(3) ” The interposition of a legal entity between an unincorporated group of persons on the one hand, and third parties who enter into the contracts with the legal entity on the other, has the consequence under the common law that the members of the group have no liability for the contracts made by the entity, unless these were made on their behalf pursuant to the doctrine of agency.” [1988] 3 WLR 1033 at 1087

تطبيقها الصارم .في حين أنه من المسلم به أن الغرض الأصلي من المسؤولية المحدودة والشخصية المستقلة للشركة قد تم وضعه في الاعتبار مع الشركة الواحدة، إلا أنه قد تم تطبيقه على مجموعات الشركات التي تشكل الآن قوة هائلة في التجارة .إن إزالة هذه المبادىء من عمليات الشركات من شأنه أن يؤدى إلى زعزعة الاستقرار التجاري بشكل جذري.

لذا – وفى ضوء ما سبق- نرى أنه من المناسب قبل أن نعرض لاقتراح البعض بتجاهل أو تعديل مبدأ المسؤولية المحدودة للشركة وتقرير المسئولية عير المحدودة، أن نعرض أولا لمبررات المسؤولية المحدودة .

مبررات تطبيق مبدأ المسؤلية المحدودة

عندما تخترق المحاكم حجاب الشركة، يمكنها إزالة حماية المسؤولية المحدودة الممنوحة للمساهمين .لذلك، من المناسب مراجعة أسباب منح الشركات مسؤولية محدودة .على وجه الخصوص، ندرس الظروف التي تخترق فيها المحاكم حجاب الشركة لمعرفة ما إذا كانت بعض أسباب المسؤولية المحدودة أقل صلة في هذه الظروف.

يمكن تقديم خمسة أسباب، بناءً على مبادئ الكفاءة الاقتصادية، لماذا تُمنح الشركات مسؤولية محدودة :-

أولاً، تقلل المسؤولية المحدودة من حاجة المساهمين إلى مراقبة مديري الشركات التي يستثمرون فيها لأن العواقب المالية لفشل الشركة محدودة .قد لا يكون لدى المساهمين الحافز (خاصة إذا كان لديهم فقط حصة صغيرة) ولا الخبرة لرصد تصرفات المديرين .يتم تخفيض التكاليف المحتملة للشركات العاملة لأن

المسؤولية المحدودة تجعل تنوع المساهمين والسلبية استراتيجية أكثر عقلانية [١].

ثانياً : توفر المسؤولية المحدودة حوافز للمديرين للعمل بكفاءة ولصالح مصالح المساهمين من خلال تعزيز التداول الحر للأسهم. هذه الحجة لها جزءان، الجزء الأول: يتم تعزيز التداول الحر للأسهم من خلال المسؤولية المحدودة لأنه بموجب هذا المبدأ، فإن ثروة المساهمين الآخرى غير ذات صلة. إذا تم تطبيق مبدأ المسؤولية غير المحدودة، فسيتم تحديد قيمة الأسهم جزئيًا من خلال ثروة المساهمين. وبعبارة أخرى، فإن السعر الذي يمكن للمساهم الفرد من خلاله شراء السهم يتحدد جزئياً من خلال ثروة هذا المساهم الذي أصبح الآن في خطر بسبب المسؤولية غير المحدودة. الجزء الثاني من الحجة (أن المسؤولية المحدودة توفر للمديرين حوافز للعمل بكفاءة ولمصلحة المساهمين) مشتق من حقيقة أنه إذا كانت الشركة تدار بشكل غير فعال، يمكن توقع أن يقوم المساهمون ببيع أسهمهم بخصم إلى السعر الذي كان سيوجد إذا كانت الشركة تدار بكفاءة. وهذا يخلق إمكانية الاستحواذ على الشركة واستبدال الإدارة الحالية [٢] .

ثالثا : إن المسؤولية المحدودة تساعد على التشغيل الفعال لأسواق الأوراق المالية لأنه، كما لوحظ في الفقرة السابقة، فإن أسعار تداول الأسهم لا تعتمد على تقييم ثروة المساهمين [٣] .

رابعاً : تسمح المسؤولية المحدودة بالتنويع الفعال للمساهمين، والذي بدوره يسمح للمساهمين بتقليل مخاطرهم الفردية .إذا تم تطبيق مبدأ المسؤولية غير

(1) See, Frank H. Easterbrook Daniel R Fischel, The Economic Structure of Corporate Law, Harvard university press Cambridge Harvard University Press , Cambridge, Massachusetts London, England, 1991,p.41
(2) See, Ian M Ramsay & David B Noakes, op cit p.6
(3) Ibid

المحدودة وقد يفقد المساهم ثروته بالكامل بسبب فشل شركة واحدة، فسيكون لدى المساهمين حافز لتقليل عدد الأسهم المملوكة في شركات مختلفة والإصرار على عائد أعلى من استثماراتهم بسبب المخاطر العالية التي يواجهونها .وبالتالي، فإن المسؤولية المحدودة لا تسمح بالتنويع فحسب، بل تسمح للشركات برفع رأس المال بتكاليف أقل بسبب انخفاض المخاطر التي يواجهها المساهمون(١)

خامسا : المسؤولية المحدودة تسهل قرارات الاستثمار المثلى من قبل المديرين .كما رأينا، توفر المسؤولية المحدودة حوافز للمساهمين في امتلاك محافظ متنوعة . في ظل هذه الظروف، يجب على المديرين الاستثمار في المشاريع ذات صافي القيم الحالية الإيجابية، ويمكنهم القيام بذلك دون تعريض كل مساهم لفقدان ثروته الشخصية .ومع ذلك، إذا تم تطبيق مبدأ المسؤولية غير المحدودة، فقد يقوم المديرون برفض بعض الاستثمارات ذات القيم الحالية الإيجابية على أساس أن المخاطر على المساهمين يتم تخفيضها" .بحكم التعريف، ستكون هذه خسارة اجتماعية، لأن المشاريع ذات القيمة الحالية الصافية الإيجابية هي استخدامات مفيدة لرأس المال (٢) .

تجاهل أو تعديل مبدأ المسؤولية المحدودة

يمكن معالجة مشكلة مسؤولية الشركة الجماعية من خلال التعديلات في قواعد قانون الشركات التي تحكم المسؤولية المحدودة وكذلك من خلال تعديل قواعد الإفلاس ذات الصلة .في أكثر أشكاله تطرفًا، يكمن حل مشاكل المسؤولية الجماعية في الإلغاء التام للمسؤولية المحدودة للمطالبات الناتجة عن المسؤلية التقصيرية و تلك الناتجة عن المسؤلية العقدية، ستشهد الحلول الأقل صرامة إلغاء المسؤولية المحدودة لمطالبات التعويض في المجموعات المملوكة بالكامل أو المرتبطة من خلال مجموعات مواقف

(1) See, Frank H. Easterbrook Daniel R Fischel ,op cit p.4
(2) Ibid

الأغلبية، تقرير المسؤولية عن الأضرار والانتهاكات القانونية المفروضة على المساهمين الذين لديهم القدرة على التحكم في نشاط الشركة (١).

تعزل مبادئ قانون الشركات -الشخصية القانونية المستقلة والمسؤولية المحدودة –الشركة القابضة عن شركتها التابعة المرتكبة للخطأ حيث .يُعتقد عمومًا أن الشركة القابضة كمساهم لديها مسؤولية محدودة وليست مسؤولة عن ديون الشركة التابعة لها. في هذا السياق، يرغب دائنو المسؤلية التقصيرية للشركة التابعة في الاعتماد على العلاقة المتكاملة بين الشركة التابعة والشركة القابضة لإقناع المحاكم بمعاملتها كشخص قانوني واحد، وفرض مسؤولية غير محدودة على الشركة القابضة كمساهم .قدم فقهاء القانون اقتراحات وتعليقات من أجل إصلاح مبدأ قانون الشركات المتعلق بالمسؤولية المحدودة كحل لمشاكل الضرر الناتج عن المسؤلية التقصيرية في سياق الإعسار من بينها، الاقتراح الأكثر شيوعا "المسؤولية التناسبية غير المحدودة للمساهمين " عن أضرار الشركات التي قدمها هنري هانسمان ورينير كراكمان حيث . يقترحان أن المساهمين يمكن أن يكونوا مسؤولين عن حصة ديون الشركات المتناسبة

(1) See, Muchlinski, PT Multinational enterprises and the law. Oxford University Press, Oxford (2007) p.925 see also, Leebron DW Limited liability, tort victims, and creditors. Columbia Law Rev(1991), p 1570 see also, Mendelson, A control-based approach to shareholder liability for corporate torts. Columbia Law Rev (2002) pp1271-1272 see also, Halpern etal., An economic analysis of limited liability in corporation law. Univ Tor Law J.1980 pp.148-149 see also, Millon, Piercing the corporate veil, financial responsibility, and the limits of limited liability Emory Law J 2007 p.50 see also, Easterbrook and Fischel, Limited liability and the corporation. Univ Chic. Law Rev.1991p.57 See also Engrácia Antunes, New avenues on intragroup liability (February 28, 2017). English translation of ‘Neue Wege im Konzernhaftungsrecht. Nochmals: Der “Amoco Cadiz”-Fall’, in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag—Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht, Verlag Otto Schmidt, Cologne 2000, p 995–1009. https ://ssrn.com/abstr act=29251 29. Accessed 27 April 2020 see also, Hansmann and Kraakman, Toward unlimited shareholder liability for corporate torts. Yale Law J.1991p 39

مع حصصهم من ملكية الأسهم أما في حالة المطالبات الناتجة عن المسؤلية العقدية، لا يزال المؤلفان يدعمان تطبيق المسؤولية المحدودة. [١].

يمكن تبرير تغيير نظام المسؤولية المحدودة الحالي لسببين .**الأول** : يتعلق بالآثار غير المرغوب فيها للمسؤولية المحدودة .وباعتباره أحد المكونات الهامة لقانون الشركات، يُقال إن مبدأ المسؤلية المحدودة يُنظر إليه دون التقييم والتقدير الكافيين. وقد أدى بالتالي إلى إضفاء الطابع المؤسسي على عدم مسؤولية الشركات. وبالتالي يدعو المعلقون و الفقهاء إلى بدء نظام مسؤولية غير محدودة على الأقل في ظروف معينة، حيث يتم استخدام الشركات للهروب من المسؤولية من خلال الجلوس خلف حجاب المسؤولية المحدودة فمن االجلى جدًا أن مبدأ المسؤولية المحدودة، كما ذ كرنا من قبل، قد تم إنشاؤه في الأصل لحماية مصالح المساهمين، وليس الدائنين الخارجين عن الشركة. وقد قيل بأن الشركات تستغل المسؤولية المحدودة للمساهم للتهرب من مسؤولية الشركة، مثل هذا السلوك يساهم أيضا في عدد متزايد من مطالبات التعويضات . كما تسمح المسؤولية المحدودة بالتكلفة والمخاطر الخارجية، مما يؤدي إلى الإفراط في الاستثمار في الصناعات الخطرة. لقد تحولت العديد من الشركات الكبيرة المتداولة علنًا إلى شركات ذات ارتباط عالٍ وذات رافعة مالية عالية مع حركات الاندماج والاستحواذ. وتفتقر هذه الشركات إلى صافي الأصول وتتعرض لضغوط

---

(1) See, Hansmann and Kraakman, op cit 45.

هناك العديد من الفقهاء الذين تساءلوا عن مدى جدوى الابقاء على المسؤلية المحدودة للشركة على سبيل المثال:

Phillip I Blumberg, Law of Corporate Groups: Substantive Law (1st edn, Little Brown& Co Law & Business 1987) 681-692. (suggesting abolition of limited liability amog firms within "corporate groups");; Trebilcock Halpern & Turnbull, ‘An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law’, 30 U Toronto LJ , (1980)p 148-49 (advocating unlimited liability for small, closely-held corporations in both tort and contract, and suggesting that directors of large, publicly-traded corporations be made personally liable to involuntary creditors).

عالية لتعظيم التدفق النقدي، وبالتالي، لديها دوافع قوية للقيام بأعمال تنطوي على الصناعات الخطرة .كما تتهرب الشركات أحيانًا من الالتزامات وتعزل الأصول عن طريق ترتيب أنشطة خطرة في شركات تابعة مختلفة. يحدث هذا في الغالب في صناعة التبغ وصناعة النفايات الخطرة، وكذلك صناعة الأسبستوس وقد يختار المساهمون حتى حل الشركة ونقل الأصول في حالة إلصاق المسؤولية التقصيرية .على وجه الخصوص، حيث يرى هنري هانسمان ورينير كراكمان، في اقتراحهما –كما ذكرنا، ضرورة التمييز بين الدائنين التعاقديين ودائني المسؤلية التقصيرية، لذلك يعتقدون أنه يجب الاحتفاظ بمسؤولية محدودة للدائنين التعاقديين، ويوصون بتطبيق النسبة التناسبية و المسؤولية غير المحدودة للمساهمين تجاه حالات الضرر الناتج عن المسؤلية التقصيرية [١].

<u>الثاني</u>:إن نظام المسؤولية غير المحدودة له ما يبرره للفوائد التي سيجلبها ١- إزالة مبدأ المسؤولية المحدودة جزئياً كما هو مقترح، وفرض مسؤولية نسبية غير محدودة للمساهمين على عضو المجموعة المعني، قد يتحايل على التأثير غير المرغوب فيه الذي نوقش أعلاه على دائني الضرر. على وجه الخصوص، ستكون المسؤلية غير المحدودة فعالة في الحد من السلوك السيء مثل نقل أصول المجموعة لتجنب المسؤولية التقصيرية .إن تنفيذ المسؤولية التناسبية غير المحدودة سيمنع أيضًا المساهمين في مجموعات الشركات من التصرف دون النظر في وضع دائني الضرر ،حيث يتم إزالة درع المسؤولية المحدودة من خلال هذه الوسائل.٢- يمكن تحقيق تعويض مُرضٍ من خلال المسؤولية التناسبية غير المحدودة دون تهديد الاستثمار أو أعمال الشركات أو سوق الأوراق المالية .ولا يزال مثل هذا النظام يدعم تطبيق المسؤولية المحدودة للدائنين التعاقديين .وهذا يضمن أن معظم الاستثمارات لن

(1) See,Paddy Ireland, ‘Limited Liability, Shareholder Rights and the Problem of Corporate Irresponsibility’ 34(5) Cambridge Journal of Economics(2010) ,p239-245 also Daniel R Kahan, ‘Shareholder Liability for Corporate Torts: A Historical Perspective’ 97 (4) Georgetown Law Journal, (2008)pp. 1085, 1087.

تتأثر، ولكن في الوقت ذاته يمنع المساهمين من تحديد تكاليف الشركات والمخاطر على دائني الضرر.٣- يقال إن نظام المسؤولية غير المحدودة قابل للتنفيذ لأنه يخصص المسؤولية بشكل متناسب .بالمقارنة مع المسؤولية المشتركة للمساهمين، كما أن المسؤولية التناسبية غير المحدودة في الضرر تؤدي إلى تراكم الاسترداد من المساهمين المنتشرين على نطاق واسع .وبهذه الطريقة، يمكن لمطالبي الضرر الحصول على استرداد كبير لديونهم في حين أن تكاليف التحصيل المفرطة لن تفرض على المساهمين .ونادرا ما يضطر المساهمون إلى الإفلاس وسيكونوا قادرين على الدفع لأنه من غير المعتاد أن يتجاوز تقييم التعويضات ضد المساهمين ثروة المستثمرين . وذلك لأن المساهمات الكبيرة تنتمي إلى أغنى الأعضاء أو الأفراد.٤-، يقال إن نظام المسؤولية غير المحدودة من شأنه منع عدد كبير من الحوادث على المدى الطويل(١)

أعتقد أن جدوى نظام المسؤولية غير المحدودة يعتمد على مسألتين .**أولاً** : هل سيجلب إصلاح قاعدة المسؤولية المحدودة المزيد من الفوائد لاقتصادات سوق رأس المال؟ على الأقل لا ينبغي أن يؤدي إلى الارتباك والاضطراب الاقتصادي .**ثانيًا** : هل سيهدد نظام المسؤولية غير المحدودة كحل لمشاكل الضرر المؤسسي هيكل الشركة الحالي ويطرح مشكلات جديدة للشركات؟ في الوقت الحاضر، لا يزال من الصعب الإجابة على هذين السؤالين بالضبط .لا تزال المقارنة الشاملة لعواقب المسؤولية المحدودة والمسؤولية غير المحدودة مفتوحة للنقاش.

من الواضح أن هناك حججًا قوية ضد النظام التناسبي للمسؤولية غير المحدودة. إحداها أن إنفاذ نظام مسؤولية غير محدودة سيكون له تأثير ضار بشكل كبير على اقتصاديات سوق رأس المال والشركات. تعتبر المسؤولية المحدودة دائمًا استثمارًا مشجعًا في الأعمال الخطرة، كما أنها تيسر السيولة عن طريق الفصل بين الإدارة وملكية الأسهم. يستجيب Muzaffer Eroglu في ورقته البحثية أن التغيير في المبدأ الأساسي لقانون الشركات سيؤدي حتمًا إلى تأثير سلبي على هياكل الشركات

(1) See Hansmann and Kraakman op cit p.48

الحديثة، على الرغم من وجود نقص في البحث التجريبي الكافي لتقييم التغيرات في أسواق رأس المال والشركات عندما تم إصلاح قاعدة المسؤولية المحدودة جزئيًا . وهو يعتقد أن إصلاح المسؤولية المحدودة يعني إلغاء المسؤولية المحدودة عن المساهمون في الشركات والأفراد المساهمون، ومن غير المرجح أن يحصل هذا على دعم كبير(١).

فيما يتعلق بالتأثير على الاستثمار والكفاءة الاقتصادية، يجادل أنصار نظام المسؤولية غير المحدودة بأن التأثير السلبي للالتزام غير المحدود على الاستثمار الرأسمالي قد تم التغلب عليه .و يستعرض مارك آر باترسون، في مقاله، التجارب السابقة المتعلقة بالمسؤولية الزائدة للمساهمين ويخلص إلى أنه ليس من الصعب التحكم بها في الأسواق المالية. يأخذ باترسون مثال قانون كاليفورنيا(٢).اعتُمد قانون الشركات في كاليفورنيا لفرض مسؤولية غير محدودة على المساهمين كما يقترح أنه يجب أن يكون لدى الشركة الفردية القدرة على العمل بمسؤولية غير محدودة، كما كان الحال مع شركة واحدة يتم تداولها بشكل عام، أمريكان إكسبريس. (٣)

ومع ذلك، تم إلغاء قانون كاليفورنيا للمسؤولية غير المحدودة في عام ١٩٣١، وتم إيقاف مبدأ المسؤولية غير المحدودة لشركة أمريكان إكسبريس سنة ١٩٦٥. وفي عام ١٩٩٢، أوضح البروفيسورGrundfest أن نظام المسؤولية غير المحدودة، كما هو مقترح، غير واقعي لأن السيولة تحتاج إلى أسواق رأس المال الحديثة وتقلل المسؤولية غير المحدودة من سعر سهم الشركة . ولكن بعد ذلك يلاحظ Daniel R Kahan أن هذا الاستنتاج ليس مقنعًا لأن تأثير المسؤولية غير المحدودة على سعر السهم

(1) See, Joshua Getzler, ‘Disciplining the Corporation Through Tort Liability and Disability’ Law and Finance Workshop paper, University of Oxford. (2010). see also, Xue Feng, op cit. p.51

(2) California Civil Code 1923, s 322

(3)See,Joseph A Grundfest, ‘The Limited Future of Unlimited Liability: A Capital Markets Perspective 102 Yale LJ. (1992) pp. 387, 394.

العادي لشركة أمريكان إكسبريس كان ضئيلاً (١).ونرى أن هناك حاجة ماسة لإجراء مقارنة واضحة بين عواقب المسؤولية غير المحدودة والمسؤولية المحدودة.

إن جدوى نظام المسؤولية غير المحدودة أمر مشكوك فيه أيضًا .ترى البروفيسور جانيت كوبر ألكسندر أنه إذا طبقت دولة واحدة فقط مبدأ المسؤولية غير المحدودة عن الأضرار المؤسسية بينما لم تفعل الدول الأخرى ذلك، فلن تصبح مطالبات التعويض أسهل بسبب مشاكل الاختصاص القضائى و القانون الواجب التطبيق.من الصعب على دائن المسئولية التقصيرية أن يطالب ضد المساهمين المدعى عليهم في شركة تأسست في بلد لا يفرض مسؤولية غير محدودة على المساهمين عن الأضرار (٢).

أخيرا، كحل لمشاكل الأضرار الناشئة عن الشركات، يفتقر هذا الاقتراح إلى الجدوى والعملية. تكمن المخاوف بشأن نظام المسؤولية غير المحدودة في عدم اليقين من عواقب إزالة مبدأ المسؤولية المحدودة ؛ ونقص الأدلة التجريبية لدعم افتراضات مزايا النظام الجديد. قد يؤدي مبدأ المسؤولية المحدودة إلى آثار غير مرغوب فيها لضحايا الضرر الذين يسعون إلى التعويض. ومع ذلك، فإن إجراء إلغاء المسؤولية المحدودة سيؤثر بلا شك على الاستثمار، وخاصة الصناعات التي تنطوي على عمليات خطرة وتصنيع المواد السامة. إن تغيير المبدأ المسيطر على الشركة سيؤثر أيضًا على هيكل الشركة وإدارتها. في الواقع، لا يوجد دليل مقنع، مثل البيانات التجريبية الكافية، لدعم أن نظام المسؤولية غير المحدودة سيجلب المزيد من الفوائد أو لن يؤدي إلى مخاوف معينة. إلى جانب ذلك، فإن أي نقاش حول هذا الاقتراح يتطلب قدرا كبيرا من التفكير والمناقشة والبحث التجريبي، وبالتالي يبدو من الواضح أنه لا ينبغي قبول اقتراح إلغاء المسؤولية المحدودة في الوقت الحاضر.

---

(1) See, Kahan DR, ‘Shareholder Liability for Corporate Torts: A Historical Perspective’ 97(4) Georgetown Law Journal (2008) p.1085.
(2) See,Janet Cooper Alexander, ‘Unlimited Shareholder Liability Through a Procedural Lens’, 106 Harv L Rev. (1992) p. 387, 388

المطلب الثانى

مبدأ اختراق حجاب الشركة

"piercing corporate veil"

ربما بسبب الظلم والعواقب الوخيمة للمسؤولية المحدودة، وضعت المحاكم في دول مختلفة اختبارات لتحقيق مبدأ معين حيث، إذا كان بإمكان المدعين تلبية عوامل معينة، يمكنهم التغلب على المسؤولية المحدودة وتحميل المساهمين، بما في ذلك الشركات القابضة، المسؤولية عن الأضرار، يشار إلي هذا المبدأ عادة بـ "اختراق حجاب الشركة"[1]. حظي اختراق حجاب الشركة، وكذلك تطبيقه الغامض وغير المتسق في كثير من الأحيان، باهتمام أكاديمي كبير [2] .

---

(1) See, Meredith Dearborn, Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups, 97 CAL. L. REV.(2009)p.203,204 see also, Gwynne Skinner, Rethinking Limited Liability of Parent Corporations for Foreign Subsidiaries' Violations of International Human Rights Law, Washington and Lee Law Review, Fall 9-1-2015,p.1796

إن مبدأ اختراق حجاب الشركة مبدأ أساسي متساوٍ في قانون الشركات، ينطبق على العلاقة بين الشركة القابضة و الشركة التابعة وكذلك بشكل عام، وهو أن حجاب االشركة قد يتم اختراقه . . . عندما، من بين أمور أخرى، قد يساء استخدام شكل الشركة لتحقيق بعض الأغراض الخاطئة . . . نيابة عن المساهم "؛ عند اتخاذ هذا القرار [اختراق حجاب الشركة]، تنظر المحاكم إلى مجموعة متنوعة من العوامل، بما في ذلك التداخل بين أموال الشركات والأموال الشخصية، وعدم كفاية رأس مال الشركة، وعدم مراعاة الإجراءات الرسمية للشركات . . .الفشل في دفع أرباح الأسهم . . .وعدم نشاط الموظفين والمديرين الآخرين.

607 F.2d 582, 586 (2d Cir. 1979)

(2) See generally Stephen M. Bainbridge, Abolishing LLC Veil Piercing, U. ILL. L. REV. (2005) p77; Stephen M. Bainbridge, Abolishing Veil Piercing, 26 J. CORP. L. (2001)p 479; J. William Callison, Rationalizing Limited Liability and Veil Piercing, 58 BUS. LAW. (2003) 1063; Thomas K. Cheng, Form and Substance of the Doctrine of Piercing the Corporate Veil, 80 MISS. L.J. (2010) p497; Dante Figueroa, Comparative Aspects of Piercing the Corporate Veil in the United States and Latin America, 50 DUQ. L. REV. (2012) 683p; Franklin A. Gevurtz, Piercing Piercing: An Attempt to Lift the

تختلف الاختبارات من دولة إلى أخرى، ولكن بشكل عام، يمكن اختراق الحجاب، مما يؤدي إلى مسؤولية الشركة القابضة، حيث تسيء الشركة القابضة استخدام نموذج الشركة المنفصل لأغراض غير مشروعة وتسيطر على الشركة التابعة إلى الحد الذي تكون فيه الشركة التابعة مجرد أداة للشركة القابضة، تنظر المحاكم في مجموعة متنوعة من العوامل، مثل: ما إذا كان هناك تحريف أو سلوك خاطئ؛ ما إذا كان هناك اختلاط بين الأموال؛ ما إذا كان هناك فشل في اتباع الإجراءات الشكلية للشركات؛ ما إذا كان هناك نقص في رأس مال الشركة التابعة ؛ استقلالية مجلس إدارة الشركة التابعة؛ وجود صناعة قرار مشترك وسياسات مشتركة وصانعي سياسات مشتركة بين الشركة القابضة والشركة التابعة. (١)

Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil, 76 OR. L. REV (1997) .853; Mark R. Hinkston, Piercing the Corporate Veil, 79 WIS. L. REV. (2006)p12; Rebecca J. Huss, Revamping Veil Piercing for All Limited Liability Entities: Forcing the Common Law Doctrine into the Statutory Age, 70 U. CIN. L. REV. (2001)p95; Mark J. Loewenstein, Veil Piercing to Non-Owners: A Practical and Theoretical Inquiry, 41 SETON HALL L. REV. (2011)p839; Jonathan Macey & Joshua Mitts, Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil, 100 CORNELL L. REV. (2014)p99; Jonathan A. Marcantel, Because Judges Are Not Angels Either: Limiting Judicial Discretion by Introducing Objectivity into Piercing Doctrine, 59 U. KAN. L. REV. (2011)p191; John H. Matheson, The Modern Law of Corporate Groups: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil in the Parent-Subsidiary Context, 87 N.C. L. REV. (2009)p1091; John H. Matheson, Why Courts Pierce: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil, 7 BERKELEY BUS. L.J. 1 (2010); Douglas C. Michael, To Know a Veil, 26 J. CORP. L. (2000)p41; David Millon, Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of Limited Liability, 56 EMORY L.J. (2007) 1305 p; David Millon, Response, The Still-Elusive Quest to Make Sense of Veil-Piercing, 89 TEX. L. REV. (2009)p25; Daniel J. Morrissey, Piercing All the Veils: Applying an Established Doctrine to a New Business Order, 3

(1) 98 F.3d 13, 18 (1996)

تضمنت مجموعة العوامل الأكثر ارتباطًا بالاختراق الناجح (مع النتائج التجريبية الواردة بين قوسين) عدة عوامل تقليدية قاطعة: "أداة" (٩٧,٣٣٪)، " شخصية بديلة" (٩٥,٥٨٪)، و "وهمية" (٨٩,٧٤٪

قد يجادل البعض في أن المبدأ الحالي المتمثل في "اختراق حجاب الشركة" كافٍ، وأن الشركات القابضة يجب أن تكون مسؤولة فقط عندما يتم الوفاء بهذا الاختبار .ومع ذلك، فقد أكد الكثيرون أن الاختبار غامض ولا يتم تطبيقه بشكل متسق من قبل المحاكم .بالتفصيل أدناه، لم يتمكن ضحايا انتهاكات الشركات التابعة لمعايير حقوق الإنسان والكوارث البيئية من اختراق حجاب الشركات (١).

أسباب اختراق حجاب الشركة و تقرير مسؤلية الشركة القابضة

ذكر القاضى الأسترالى Jenkinson J "لا يجوز تجاهل الشخصية القانونية المستقلة لشركة ما إلا إذا كانت المحكمة ترى أن هناك، في الواقع أو في القانون،

). . . . كانت العوامل التي تؤدي في كثير من الأحيان إلى نتيجة ثاقبة هي نقص رأس المال (٧٣٪) والفشل في اتباع الإجراءات الشكلية للشركات (٦٧٪). ومازال أسفل سلم النجاح الاستشهادات القضائية للهيمنة والسيطرة (٥٧٪). . . التداخل بين الشركة والمساهم (٥٧٪). كانت القواسم المشتركة الأخرى أقل ارتباطًا بالاختراق. اخترقت المحاكم ٥٩ ٪ فقط من الوقت عندما أدرجت المكاتب المشتركة ونصف الوقت فقط للضباط العاديين. حتى أقل أهمية كان المديرون العاديون (اخترقت المحاكم ٤٥ ٪ فقط من الوقت الذي تم فيه ذكر هذا العامل) والمالكين العاديين (٤٩ ٪). تشير هذه النتائج إلى أن المحاكم تنظر أبعد من التداخل الرسمي للمساهمين والمديرين والموظفين لمعرفة ما إذا كانت الشركات تظهر علامات أخرى على التداخل بين الشركة والمساهم.

See Robert B. Thompson, Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study, 76 CORNELL L. REV. (1991)p.1064

(2) "بينما كان عضوًا في محكمة الاستئناف في نيويورك، قال القاضي كاردوزو بشكل مشهور أن الاختراق" يلفه ضباب الاستعارة. " أما الأستاذان إيستربروك وفيشيل وضحا: يبدو أن الاختراق يحدث بشكل غريب، مثل البرق، فهو نادر وشديد وغير مبدئي.

Easterbrook & FischelFrank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, Limited Liability and the Corporation, 52 U. CHI. L. REV.(1985)pp 95–97

انظر أيضا فى(تقييم تطبيق المحاكم لمبدأ اختراق الحجاب) ؛ Bainbridge ,op cit p.96، ("يبدو من غير المحتمل أن اختراق الحجاب حتى يعالج عن غير قصد المخاوف بشأن العوامل الخارجية السلبية. كما أوضح استعراضنا للمبدأ، فإن قانون اختراق الحجاب غامض بشكل ملحوظ") .لمراجعة تجريبية مفصلة للتناقضات في اختبار الاختراق انظر see, Thompson,op cit p.1048

شراكة بين الشركات في مجموعة، أو أن هناك مجرد خدعة أو واجهة حيث أن هذه الشركة تلعب دورًا، أو أن إنشاء الشركة أو استخدامها كان يهدف لتمكين التهرب من التزام قانوني أو ائتماني أو ارتكاب احتيال" [١]

اعترفت المحاكم الأسترالية بعدد من العوامل المميزة التي قد تؤدي إلى اختراق حجاب الشركة، بما في ذلك بعض العوامل التي لم يذكرها القاضى.Jenkinson J ، يمكن تصنيف هذه العوامل إلى الفئات التالية:

أولا: الوكالة

ثانيا:الوحدة الاقتصادية الواحدة

ثالثا: الاحتيال

رابعا:_مصلحة العدالة

خامسا: الصورية.

وهذه الفئات على سبيل المثال و ليست حصرية.ونعرض لها بشيء من التفصيل كما يلى:

أولا: الوكالة

أشارت المحكمة الفيدرالية الأسترالية بكامل هيئتها، في إحدى القضايا إلى أن: "إنه قانون مبتذل أن تكون الشركة كيانًا منفصلاً وشخصًا اعتباريًا مميزًا عن مساهميها ولا تصبح وكيلًا لمساهميها لمجرد أنهم مساهمون"[٢] في مجموعات

---

(3) "[T]he separate legal personality of a company is to be disregarded only if the court can see that there is, in fact or in law, a partnership between companies in a group, or that there is a mere sham or facade in which that company is playing a role, or that the creation or use of the company was designed to enable a legal or fiduciary obligation to be evaded or a fraud to be perpetrated" (1988) ALR 267 FC, Woodward, Jenkinson and Foster JJ.

(2) The Full Federal Court, in Balmedie Pty Ltd v Nicola Russo,34 noted that:- ""It is trite law that a company is a separate entity, and distinct legal person, from its shareholders and does not become an agent for its

الشركات، يمكن للشركة أن تعمل كوكيل لمساهميها، ويمكن لعضو الشركة أن يعمل كوكيل للشركة القابضة أو لأي أعضاء آخرين إذا كان مصرحًا بذلك .في هذا السياق، ستكون الشركة القابضة مسؤولة عن سلوك الوكيل الذي يقع في نطاق السلطة. كانت حجة الوكالة تعامل سابقًا كأساس لمبدأ اختراق الحجاب .ومع ذلك، قد يكون من الصعب إثبات الحقائق لدعم علاقة الوكالة لاختراق الحجاب .في الواقع، من الصعب للغاية إقامة علاقة الوكيل بين الشركة القابضة والشركة التابعة المخالفة [(١)].

الوكيل هو الشخص المفوض للتصرف نيابة عن الأصيل في إبرام تصرفات مع طرف ثالث .يشمل الوكيل الأشخاص الطبيعيين والشراكات والشركات وأي كيان قانوني آخر .من الواضح أن الوكالة يمكن أن تنشأ داخل مجموعة الشركات .عادة ما يتم إنشاء وكالة بموجب قانون العقد، ولكنها ليست تعاقدية دائمًا .وتنشأ على النحو التالي:

لا يمكن إقامة علاقة بين الموكل والوكيل إلا بموافقة الموكل والوكيل .و قد حكم بأنهما قد و افقا إذا اتفقا على ما يرقى فى القانون إلى مثل هذه العلاقة، حتى لو لم يعترفوا بها بأنفسهم وحتى إذا كانوا قد أعلنوا إخلاء المسؤولية عنها ... ولكن لا بد من الموافقة من قبل كل منهم، سواء صراحة أو ضمنا من الكلمات[(٢)] .

عادة ما يتم إنشاء علاقة الوكالة الكلاسيكية بموافقة صريحة أو ضمنية .على هذا الأساس، توجد علاقة وكالة بين الشركة القابضة والشركة التابعة عندما يكون هناك اتفاق (ضمني أو صريح) .في هذه الحالة، قد تعمل الشركة التابعة كوكيل يمارس الأعمال نيابة عن الشركة القابضة، وتحت سيطرتها .قد يكون للشركة التابعة السلطة لإلزام الشركة القابضة بأي التزام تعاقدي.

---

shareholders simply because of the fact that they are shareholders'' Federal Court, 21 August 1998).

(1) See, Davies D, 'The Decision of the Supreme Court in VTB v Nutritek' 19 Trusts & Trustees, (2013) p.200.

(2) [1968] AC 1130.

وفي قضية " Adams ضد Cape للصناعات "، رفضت محكمة استئناف إنجلترا حجة الوكالة التي قدمها المدعون. كان هناك نقص في السلطة للشركات التابعة لإلزام الشركة القابضة "Cape " بأي التزامات تعاقدية. إلى جانب ذلك، لم يكن هناك دليل كاف لدعم الاقتراح القائل بأن أعمال الشركات التابعة لم تكن أعمالهم الخاصة وأن "Cape " كانت موجودة داخل الشركات التابعة في أي وقت في الولايات المتحدة على وجه التحديد، نظرت المحكمة في حجة الوكالة فيما يتعلق بالشركةNAAC ، ورفضت قبولها للأسباب التالية.**أولا** : قاما كل من NAAC و CPC بمزاولة الأعمال التجارية بمفردهما في الولايات المتحدة الأمريكية. كانت هناك عدة حقائق لصالح هذا الاستنتاج. على سبيل المثال، كسبت NAAC أرباحًا ودفعت ضرائب عليها ؛ كان لدى NAAC دائنين ومدينين خاصين بها، وليس أصحاب رأس المال ؛ تم التعامل مع Capeكمساهم في NAAC وحصلت على أرباح سنوية. كانت وظائف NAAC هي مساعدة وتشجيع مبيعات وتسويق الأسبستوس. في الولايات المتحدة الأمريكية لمجموعة Cape. أما بالنسبة لـ CPC، فقد كانت وظائفها مماثلة لتلك التي قامت بهاNAAC . على الرغم من إنشاء CPC وإطلاقه مع شركة " Cape "، فقد استند إلى ,وقائع القضية، باعتباره كيان قانوني مستقل وتقوم بجزء كبير من أعمالها بمفردها. مثل NAAC، لم يكن لـ CPC سلطة إلزام Cape بأي التزام تعاقدي. **ثانياً** : لم تكن Cape مسيطرة على أنشطة لـ CPC و .NAAC تُرك لـ CPC حرية بيع المواد والمنتجات بخلاف ألياف الأسبستوس والانخراط في أنشطة تجارية أخرى، ومن الواضح أنها فعلت ذلك. " إلى جانب ذلك، اشترت كل من NAAC و CPC وباعت المنسوجات المصنعة نيابة عن نفسهما كموكل(١).

والأكثر من ذلك، أنه من الصعب بناء علاقة الوكالة هذه بين الشركة التابعة والشركة القابضة بدون عقد واضح، افترض أن الشركة القابضة كانت تنوي تجنب المسؤولية التقصيرية، سيكون من الصعب عادةً على ضحايا الضرر من الخارج العثور

(1)See, Xue Feng, op cit pp.81,82

على أدلة كافية على أي قيام علاقة وكالة. في Cape، بدا من المقبول للمحكمة استخدام هيكل المجموعة لضمان سقوط المسؤولية القانونية للشركة التابعة . يبدو من المعقول أن يتمتع أعضاء المجموعة بفائدة هيكل المجموعة، لذلك لم تجد المحكمة أي سبب لاختراق حجاب الشركة في هذا الظرف (١) .

إن الأساليب القضائية المختلفة لمسألة ما إذا كانت الشركة قد عملت كوكيل تجعل من الصعب تسبيب الأحكام. في إحدى القضايا- فى أستراليا-رفضت المحكمة اختراق حجاب شركة من شخص واحد. تتلخص و قائع هذه القضية فى تعاقد المدّعى عليه مع المدّعين لاستخدام مصدر الطاقة لأعماله لمدة عامين، وعدم تثبيت أي شكل آخر من أشكال القوة المحركة خلال تلك الفترة. خلال فترة السنتين باع المدعى علية أعماله إلى شركة كان مديرا ومساهما فيها. ثم قامت الشركة الجديدة بتركيب قوة دافعة غير تلك التي قدمها المدعون. ولم تجد المحكمة أن المدعى عليه قد انتهك العقد، واعتبرته تعهدًا شخصيًا. اعتبرت المحكمة أن "أفعاله لا تتم في الواقع من قبل المدعى عليه شخصياً، بل من قبله كوكيل لشركة إيه دبليو. شركة.Cormack Ltd ، التي حتى لو كانت "شركة رجل واحد" تعد كيانًا مختلفًا ". لم تجد المحكمة أي دليل على أن المدعى عليه قد قام ببيع الشركة بهدف التهرب من التزاماته الشخصية (٢) .

لقد تطور الفقه الأسترالي إلى حد كبير منذ هذا القرار،و أصبحت المحاكم الآن أكثر استعدادًا لاختراق الوضع القانوني المستقل للشركة لا سيما فى حالات الشركات الصغيرة، ربما تكون المحاكم أكثر رغبة في تطبيق مبادئ الوكالة، وبالتأكيد كلما كانت السيطرة من قبل الشركة القابضة مطلقة بحيث يمكن النظر إلى الشركة بشكل صحيح على أنها مجرد وكيل للمساهم(٣).وفى قضية أخري عرضت على القضاء الأسترالى نظرت المحكمة في مطالبة بعقد سعى فيها المدعى عليه لاختراق حجاب شركته الخاصة لإظهار أن خسائر الشركة كانت خسائره، وبالتالي زيادة كمية الأضرار

(1)See , Davies D, op cit, p.207
(2) (1911) 11 NSWSR 350 (SCNSW, Rich AJ). 42
(3) See, Ian M Ramsay& David B Noakes, op cit p.9

المستحقة .حيث جاء فى حكم المحكمة أنه""إذا شرع المدعى عليه في تحديد الكسب الفائت في تحقيق بشأن الأضرار، فإن المحكمة تعتبر في الحالة الراهنة للأدلة أن" حجاب الشركة "قد يتم اختراقه لهذه الأغراض، أي تعتبرالمحكمة أن المدعى عليه سيكون له الحق في تضمين الخسائر لشركته، شريطة أن يثبت (بالإضافة إلى السببية) أن الخسارة التي لحقت بالشركة كانت خسارته ... الأدلة المعروضة قبل المحكمة توحى بقوة أن المدعى عليه كان يسيطر بالكامل على الشركات التابعة ذات الصلة وأموالها وغيرها من الأصول، وتعامل مع الأموال والأصول كما لو كانت ملكه [١]"

ربما يكون مصدر القلق الرئيسي هو أن معايير علاقة الوكالة في تحديد مسؤولية المجموعة غامضة ويتم تحديدها على أساس كل حالة على حدة .هناك عدم وجود للسوابق القضائية في هذا المجال لمشاكل الضرر االناتج عن الشركات .لا يوجد خط واضح بين قرارات المحاكم المختلفة بحيث لا يزال هناك نقص في الوضوح والقدرة على التنبؤ [٢].

ثانيا :الوحدة الاقتصادية الواحدة"

إن السؤال حول ما إذا كان يجب اختراق حجاب الشركة من خلال تجاهل قاعدة المسؤولية المحدودة والشخصية القانونية المستقلة، هو السؤال الذي تم عرضه على المحاكم في مناسبات عديدة. بعض القضاة يرفضون إساءة استخدام هيكل المجموعة ويدعون لتمييز حالات المجموعة عن الحالات التي تنطوي على أفراد كمساهمين. أحد الأسس البارزة سابقًا لاختراق الحجاب، والتي تم تقييمها في قضية المسؤولية التقصيرية للشركة Cape، هو أساس "وحدة اقتصادية واحدة . "ويقال أنه في ظروف معينة، ينبغي للمحكمة أن تتجاهل الشخصية القانونية المستقلة وتعامل العملية

(1) Ibid

(2)See, Alexander Daehnert, 'Lifting the corporate veil: English and German Perspectives on Group Liability') 18 International Company and Commercial Law Review, , (2007) p. 395.

التجارية ككل كوحدة اقتصادية واحدة .ومع ذلك، فقد تم وضع هذا الأساس موضع التساؤل وفحصه بحذر من قبل المحاكم في القضايا اللاحقة [١]

تم تقديم حجة الوحدة الاقتصادية الواحدة بنجاح كأساس لاختراق حجاب الشركة في إحدى القضايا التى عرضت على القضاء الإنجليزي عام١٩٧٦ ثم تم طرح هذا الأساس فى قضيةِ Cape مرة أخرى، حيث رفضته محكمة استئناف إنجلترا كأساس لاختراق الحجاب عن طريق معاملة أعضاء المجموعة كوحدة اقتصادية واحدة .من الضروري أن أعرض بإيجاز لوقائع كيب مرة أخري .

كانت شركة Cape للصناعات في المملكة المتحدة على رأس مجموعة من الشركات التابعة المملوكة بالكامل لها. قامت بعض الشركات التابعة بتعدين الأسبستوس[٢] في جنوب أفريقيا، وقام البعض الآخر بتسويق منتجاتها في الولايات

---

(1)See,Sealy L, & Worthington's Cases and Materials in Company Law (10th edn, OUP Oxford 2013). p.69 see also Helen Anderson, 'Challenging the Limited Liability of Parent Companies: A Reform Agenda for piercing the corporate veil,22 Australian Accounting Review (2012) p.129, 133

(٢)ا رتبط «الإسبستوس» أو الحرير الصخري، كمادة بناء بالمنشآت العامة الضخمة في الماضي، لكن المنازل العادية قد تحوي هذه المادة الحريرية المسرطنة. وقديماً كان «للإسبستوس» أهمية كبيرة، بفضل مقاومته العالية للحرارة والضرر الناتج عن المواد الكيماوية، إضافة إلى خواصه العازلة.

يقول تورستن ماسدورف من مجموعة تمثل الشركات المتخصصة في إزالة الحرير الصخري شمال ألمانيا «غالباً ما تحتوي المنازل المبنية في ستينيات وسبعينيات وثمانينيات (القرن الماضي) على «الإسبستوس» في الأسقف والواجهات ونظم التدفئة والأرضيات.

وصدر قانون بحظر استخدام الاسبستوس كمادة بناء في ألمانيا عام ١٩٩٣. لكن لم يصدر قانون بحظره بشكل عام في الاتحاد الأوروبي قبل عام ٢٠٠٥.

ويصعب تعريف «الإسبستوس» للرجل العادي. ويحذر ديرك بيترسون من مكتب حماية المستهلك في هامبورغ «يمكن أن تكون (عملية) إزالة المواد التي تحتوي على الحرير الصـخري أمراً خطيرا للغاية». إذ قد يؤدي ذلك إلى أن تتطاير جزيئات الحرير الصخري في الهواء ويتم استنشاقها.

https://www.emaratalyoum.com/life/life-style/2010-07-20-1.268306

المتحدة. رفع عدد من أصحاب المطالبات الذين تعرضوا للتعرض للأسبستوس دعوى ضد الشركة القابضة Cape والشركات التابعة ذات الصلة. في عام ١٩٧٤، رفع ٤٦٢ مدعًيا دعاوى أمام محكمة المقاطعة الفيدرالية بالولايات المتحدة في تايلر، تكساس، ضد الشركة القابضة البريطانية، Cape، وشركة التعدين الفرعية في جنوب إفريقيا NAAC،و شركة التسويق الإنجليزية المملوكة بالكامل Capasco وأطراف أخرى. تمت تسوية هذه الإجراءات في عام ١٩٧٧، مما جعل NAAC مسؤولاً. قامت شركة Capeو Capasco بتقديم احتجاجات قضائية. دخلت NAAC في التصفية في عام ١٩٧٨. ثم قامت شركة Cape بترويج شركة ثالثة CPC لمواصلة أعمال التسويق الخاصة بالأسبستوس في الولايات المتحدة، وكان الرئيس التنفيذي السابق لشركة NAACيمتلك الأسهم فيCPC . بين عامي ١٩٧٨ و ١٩٧٩، رفع عدد كبير من المدعين دعوى قضائية ضد نفس المدعى عليهم أمام محكمة تايلر .زعمت شركة Capeو Capasco أن المحكمة ليس لها اختصاص بنظر الدعوى، ورقضت تنفيذ الأحكام في إنجلترا.

تتعلق قضية Cape بما إذا كان وجود شركة NAAC وشركة CPC في إلينوي يعنى وجود Cape أوCapasco في إلينوي. وادعى صاحب المطالبة أن الحقائق التالية ساهمت في توافر أساس وحدة اقتصادية واحدة: تم إنشاء الشركة التابعة NAACلغرض بيع سلع Cape ؛؛ وكان إعسار NAACبسبب حماية ؛Cape ؛ كانت القرارات الرئيسية ذات الصلة بـ NAAC دائمًا ما تتخذها ؛Cape ؛ مارست الأخيرة السيطرة على مجلس إدارة .NAAC قبلت المحكمة جميع الطلبات الواقعية واعترفت بأن Cape كشركة قابضة لم تعط بالفعل سوى القليل من الاعتبار لإجراءات الشركات بين الأعضاء المنفصلين.، ما زالت المحكمة ترفض اعتبار الشركة القابضة Cape، وشركتها الفرعيةNAAC ، وحدة واحدة وتحويل المسؤولية بينهما بغض النظر عن الشخصية القانونية المستقلة. مع عدم تقديم المزيد من التوضيحات، جادلت

المحكمة فقط، "لم يكن هناك أي اعتراض على استنتاج المحكمة أن نماذج الشركات المطبقة على NAAC ككيان قانوني منفصل تمت ملاحظتها." (١)

وفقًا لهذه القضية، يبدو أنه لا يوجد احتمال أن تنجح حجة وحدة اقتصادية واحدة كأساس لاختراق حجاب الشركة واستحقاق ديون تعويضات الشركات .وأكدت المحكمة أن حجة وحدة اقتصادية واحدة أكثر صلاحية كمنشأة اقتصادية من كونها بنية قانونية .يبدو أن محكمة الاستئناف في قضية Cape مترددة في الاعتراف بوجود وحدة اقتصادية واحدة في القانون، على الرغم من وجود مثل هذا الشكل من العمليات في الممارسة العملية . في الواقع، تتغير مواقف المحاكم في بعض الأحيان عند التمييز بين أعضاء المجموعة المستقلين.

ثالثا :الاحتيال.

يتم تطبيق "الاحتيال والواجهة" كأساس لاختراق حجاب الشركة حيث يتم إنشاء الشركة، أو الشركة التابعة على أنها مجرد خدعة، لإخفاء الاحتيال أو التهرب من الالتزامات المقررة .على عكس أساس "وحدة اقتصادية واحدة"، تفضل المحاكم اختراق حجاب الشركة على هذا الأساس(٢) فمن المسلم به على نطاق واسع من قبل المحاكم أن حجاب الشركة يمكن اختراقه عندما يثبت أن الشركة مجرد واجهة تخفي الوقائع الحقيقية.

في قضية Cape، رأى أصحاب المطالبات أن الشركات التابعة كانت CPC و AMC في الولايات المتحدة أداة أو خدعة للاستخدام غير السليم من قبل Cape لتجنب المسؤولية التقصيرية عن إصابات الأسبستوس واستمرار التجارة في الولايات المتحدة. قبلت محكمة الاستئناف الرأي القائل بأن الشركات التابعةCPC و AMC قد تم إنشائهما لمواصلة تجارة الأسبستوس لكنها رفضت الحجة القائلة بأنه تم التعامل

(1) See, Xue Feng,op cit, p65
(2) J Payne, 'Lifting the Corporate Veil: A Reassessment of the Fraud Exception'56 Cambridge Law Journal (1997),p 284, 290

معها كوجود Cape. ولاحظت محكمة الاستئناف أن أصحاب المطالبات فشلوا في تبرير الغرض غير القانوني لإنشاء الشركات التابعة ووجود المخالفة لم يكن مجرد إعادة إنشاء ترتيب التسويق البديل عن طريق إنشاء شركات تابعة جديدة واستخدام نموذج الشركة قد استوفى " حجة الاحتيال والواجهة ". لم يكن هناك عدم شرعية فعلية أو محتملة. (١)

لم تستطع المحكمة أن تجد أي شيء غير قانوني وغير لائق في ترتيبِ Cape لشئونها .وبالتالي، في حالات الاحتيال، ما يهم هو إثبات أن الشركات الزائفة أو "الواجهة" قد تم إنشاؤها لإخفاء أي احتيال أو خرق أي التزامات موجودة .لا ينبغي النظر إلى عنصري "الاحتيال" و "الواجهة أوالصورية" كاستثناءات لمبدأ الشخصية القانونية المستقلة بشكل منفصل .لسوء الحظ، ,في القضايا اللاحقة، لم تقدم محاكم المملكة المتحدة أي توجيه واضح بشأن اختراق حجاب الشركة في قضايا الضررالناتج عن أخطاء الشركات (٢).

ورفضت المحكمة العليا الأمريكية في قضية تجارية محاولة المدعين التماس الاعتماد على هذا الأساس، ورفضت تطبيق مبدأ اختراق الحجاب عند وجود أي سبل انصاف أخرى .كانت المشكلة هي ما إذا كان حجاب الشركة يمكن اختراقه لجعل المتحكمين في الشركة مسؤولين بموجب العقد إذا حث المتحكمين فى الشركة المدعي على الدخول في هذا العقد مع الشركة. (٣)

رابعا : مصلحة العدالة.

أما فيما يتعلق بمصالح العدالة، فيجادل البعض بأنه قد يكون من المناسب تجاهل شخصية الشركة عندما تتطلب العدالة ذلك، على الأقل في حالات المسؤولية التقصيرية حيث يعاني الضحايا من إصابات شخصية شديدة .ومع ذلك، لا تزال

---

(1)See, Xue Feng, op cit p.70
(2)See,Davies PL, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law (10th edn Sweet & Maxwell 2016)p.204
(3)See, Xue Feng, op cit p.70

المحاكم غير راغبة في الاعتماد على هذه الحجة،لأن مصلحة العدالة كاستثناء بحد ذاته ناقص بطبيعته، ولا يوفر للمحاكم ولا للقائمين بالأعمال التجارية توجيهات محددة بشكل جيد. على الرغم من أن مواقف المحاكم تجاه هذا الأمر تختلف من وقت لآخر، إلا أن الإجماع العام حتى يومنا هذا هو أنه لا يمكننا أن نتوقع الكثير من هذه الحجة لاختراق حجاب الشركة في القضايا المستقبلية، بما في ذلك قضايا الضرر (١)

قد يسعى المساهم في الشركة أيضًا إلى اختراق حجاب الشركة للوصول إلى الواقع الأساسي للموقف، من أجل تجنب نتيجة غير عادلة . ففى إحدى القضايا التى عرضت على القضاء الأسترالى سعى مقدمو الطلبات إلى مراجعة قرار اللجنة فيما يتعلق بطلبهم للحصول على معاشات الخدمة بموجب قانون استحقاقات المحاربين القدامى لسنة ١٩٨٦. كان مقدمو الطلبات مساهمين مشتركين في شركتين كانت أصولهما فقط هي ديون مستحقة للشركات من قبل المتقدمين .سعى مقدمو الطلبات لاختراق حجاب شركاتهم الخاصة لمنع الهيئة من عزو قيمة منفصلة لأصول الشركات في شكل قروض وأصول المساهمين في شكل أسهم (من أجل تجنب تأثير مضاعفة مستوى أصولهم) رأت محكمة الاستئناف الإدارية أنه يجب اعتبار قيمة الأصول للأسهم، لغرض حساب أصول المتقدمين، على أنها لا شيء.وقد جاء فى حكم المحكمة""ستكون نتيجة غير معقولة في ظروف هذه القضية الاعتماد ببساطة على حقيقة أن الشركات كيان قانوني مستقل .من المناسب رفع حجاب الشركة للنظر في واقع الوضع وطبيعة العلاقة بين المتقدمين والشركات .إن الطريقة التي قامت بها [اللجنة] بحساب الأصول توفر نتيجة غير عادلة ونتائج لا تتفق مع التفسير المفيد للمتطلب الوارد في التشريع لتقدير أصول الأفراد" (٢)

---

(1)See, Davies, op cit, p.221

(2) "It would be an unreasonable outcome in the circumstances of this case to simply rely on the fact that the companies are a separate legal entity. It is appropriate to lift the corporate veil to consider the reality of the situation and the nature of the relationship between the applicants and the companies. The way in which the [Commission] has calculated the assets provides an unfair result and a result which is inconsistent with the beneficial interpretation of

استأنفت اللجنة أمام المحكمة الفيدرالية على أساس أن المحكمة قد تصرفت مخالفة للقانون في اختراق حجاب الشركة عندما قالت بأن الأسهم ليس لها قيمة. وجاء فى الحكم أن المحكمة "عاملت المديرين المساهمين والشركات ككيان لا يمكن تمييزه لغرض حساب قيمة أصول المساهمين ". وذكرت المحكمة أن اختراق حجاب الشركة في هذه الحالة سيكون" مخالفًا للمبدأ المستقر".(١)

فى إنجلترا وبحلول عام ١٩٦٩، كان اللورد ديننج متحمساً لتشجيع اختراق حجاب الشركة . ومع ذلك، فقد تم نقض حكمه بشأن اعتبار هيكل الشركة كوحدة اقتصادية واحدة في القضايا اللاحقة .في قضيةDHN ، لاحظ اللورد ديننج أنه في بعض الظروف الخاصة، لغرض منع إساءة استخدام المسؤولية المحدودة والشخصية القانونية المستقلة، ولأغراض العدالة، لم يكن التمييز الصارم والرسمي بين أعضاء المجموعة ضروريًا: "لماذا إذن يجب تجاهل هذه العلاقة في موقف لا يؤدي فيه ذلك إلى منع الإساءات ولكن سيؤدي على عكس ذلك إلى ما يبدو أنه إنكار للعدالة؟ (٢)

وبناءً على ذلك، لا يزال هذا الاستثناء قيد التطور، وهناك حاجة إلى مزيد من التوضيح . من الصعب العثور على القضايا التي يكون فيها مبدأ اختراق الحجاب مبررًا جيدًا بمصالح العدالة .

خامسا : الصورية :

يتم استخدام الحجة القائلة بأن الشركة "صورية" أو "واجهة" لاختراق حجاب الشركة على أساس أن شكل الشركة قد تم دمجه أو استخدامه "كقناع" لإخفاء الغرض الحقيقي للمسيطر على الشركة .تُستخدم الصورية "كفئة مرجعية وهمية للتعبير عن رفض المحكمة لاستخدام شكل الشركة للتهرب من الالتزامات، وقد فشلت المحاكم في تحديد اختبار واضح قائم على اعتبارات براجماتية مثل نقص رأس المال أو الهيمنة

---

the requirement in the legislation to value a persons assets" See, Ian M Ramsay & David B Noakes, op cit, p.19
(1)(1997) 24 ACSR 711
(2)[1969] 1 WLR1214(CA)

للدلالة على وجود الصورية (١). وفى تعريف الصورية جاء فى أحد الأحكام الأسترالية على لسان القاضي Lockhart J،أنه" الصورية هى ... شيء يُقصد به أن يُخطئ في شيء آخر أو أنه ليس في الحقيقة ما يُفترض أن يكون .إنه تقليد زائف أو مزيف أو تمويه أو جبهة زائفة .إنه ليس أصليا أو حقيقيًا، ولكن شيئًا تم صنعه لتقليد شيء آخر أو جعله يبدو شيئًا ليس كذلك .إنه شيء كاذب أو خادع" (٢)

كما لوحظ أعلاه، تعتمد حجة "الاحتيال" على حجة "وهمية" حيث رأت المحاكم أنه لا يمكن ارتكاب أي احتيال عندما يكون شكل الشركة حقيقيًا وليس واجهة.

قد قيل أن المحاكم ذهبت بعيداً في اختراق حجاب الشركات التي تعتبر "صورية"، على أساس "عدم ثبات" الاقتراح القائل بأن الشركة التي تم تأسيسها بشكل صحيح يمكن أن تكون أي شيء آخر غير "حقيقي" (٣). لاحظ أحد المعلقين ما يلي::"إذا تم تأسيس الشركة وتسجيلها على النحو الواجب بموجب القانون وتم الاحتفاظ بالسجلات المناسبة بالشكل المناسب وتم إجراء الإقرارات المنصوص عليها، فستظل موجودة ككيان قانوني .بهذا المعنى، إنها حقيقة وليست صورية (٤)

(1) See, J Farrar, 'Legal Issues Involving Corporate Groups'16 Company and Securities Law Journal, (1998) p184, 185

(2) "A 'sham' is…something that is intended to be mistaken for something else or that is not really what it purports to be. It is a spurious imitation, a counterfeit, a disguise or a false front. It is not genuine or true, but something made in imitation of something else or made to appear to be something which it is not. It is something which is false or deceptive"(1988) 82 ALR 530 (FC, Lockhart, Beaumont and Foster JJ).

(3) See H A J Ford, R P Austin and I M Ramsay, Ford's Principles of Corporations Law, 9th ed, Chatswood, NSW : LexisNexis Butterworths, 2018.1999, p. 350

ذكر المؤلف فى كتابه ما يلى:-

"إن القول بأن الشركة صورية لا يقدم للنقاش .عندما ينص القانون على أن الشركة هي شخص فإنه يعبر عن قبول تقليدي للزيف أو التظاهر .وهي تفعل ذلك للعديد من الأغراض المفيدة اجتماعيا .لن يُنظر إلى الشركة على أنها صورية إلا عندما لا يتم استيفاء شروط هذا القبول التقليدي."

(4) Ibid

تشير حجة "الصورية" إلى استخدام شركة شرعية كـ "واجهة" لإخفاء العمليات الحقيقية .في إحدى القضايا أشارت المحكمة العليا لنيو ساوث ويلز باستراليا إلى أن استخدام وصف" الصورية "لا يفسر بسهولة مبدأ الاختراق، مشيرة إلى أن "الصورية هى ظاهر المعاملة التي تهدف إلى إخفاء معاملة مختلفة، وليس المقصود أن تكون سارية المفعول وفقًا لشروطها .إذا كانت المعاملة الظاهرية هي خدعة، فيجب تجاهلها وتحديد الحقوق والمسؤوليات القانونية وفقًا للمعاملة الحقيقية ... إن ما يسمى بالمبدأ المزيف هو مجرد تطبيق لمبدأ أن الاتفاق الظاهر لن يؤدي إلى عقد ملزم إذا لم يكن لدى الأطراف أي نية للدخول في علاقات قانونية (١)

بعد أن عرضنا لأسباب اختراق حجاب الشركة نرى أنه من المناسب أن نعرض أخيرا لحدود تمديد مبدأ اختراق حجاب الشركة.

حدود تمديد مبدأ اختراق حجاب الشركة

قدمت السوابق القضائية في المملكة المتحدة إرشادات محدودة للغاية بشأن اختراق حجاب الشركة في مجموعات الشركات .سيكون من المرجح أن تفرض المحاكم المسؤولية على الشركة القابضة بناءً على الوعد أو التمثيل التعاقدي بأنها ستدعم شركتها التابعة. دون أي اتفاقيات شفوية أو مكتوبة، فمن الصعب على المحاكم أن تفرض المسؤولية على الشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة لها على أساس مبدأ اختراق الحجاب (٢)

(1) (1995) 39 NSWLR 640

(٢) لقد فشلت هذه الحجة فى إحدى القضايا التى عرضت على القضاء الإنجليزى حيث تم تفسير الخطاب الذى قدمته الشركة القابضة على أنه يستبعد نية إنشاء علاقات قانونية.

[1989] 1 WLR 379 (CA)

حتى الآن، عبرت المحكمة العليا بإنجلترا مرتين وبوضوح عن أن تمديد تطبيق خرق حجاب الشركة سيخرج عن السيطرة في قانون الشركات وقانون الإعسار، وكلاهما حاسم لحماية التجارة. (١)

أكدت المحكمة العليا أن توسيع استخدام هذا المبدأ لفرض المسؤولية التعاقدية على مسيطر غير طرف ليس لديه إمكانية أن يتم نشره في المستقبل ونتيجة لذلك، ليس من الحكمة أن يدعي المدّعون، ولا سيما ضحايا الأضرار، مسؤولية الشركة عن طريق تمديد خرق حجاب الشركة .كما أن هناك قضية بارزة أخرى هى قضية Perstبشأن اختراق الحجاب في حالات المجموعة تستكشف الحدود الحالية لظروف اختراق الحجاب في مجموعات الشركات، وتحد من استخدام المبدأ وتوضح صعوبة التمديد(٢)

في قضية perst ,وهى حديثة بشأن المبدأ، فيها قدمت الزوجة طلبًا إلى المحكمة العليا في المملكة المتحدة بعد عدد من الطلبات، وآخرها في محكمة الاستئناف ضد مجموعة من الشركات، مدعيةً نقل ممتلكات مملوكة لبعض الشركات في المجموعة، لصالح زوجها. لم يكن هناك أي مشكلة حول بيت الزوجية الذي تم نقله إلى الزوجة. وقد وجد القاضي أن هذه الشركات مملوكة بالكامل ويسيطر عليها الزوج. كانت القضية التي سيتم البت فيها في محكمة الاستئناف هي ما إذا كان للمحكمة سلطة الأمر بنقل هذه الممتلكات السبعة إلى الزوجة بالنظر إلى أنها تنتمي بشكل قانوني إلى شركات الزوج وليس له. كانت السمة المميزة لنهج القاضي أنه استنتج أنه لا يوجد مبدأ عام في القانون يسمح له بالوصول إلى أصول الشركات من خلال اختراق حجاب الشركة. ويرجع ذلك إلى أن السلطات أظهرت أنه لا يمكن تجاهل الشخصية

(1)See,Wayne McArdle and Gareth Jones, ‘Prest v Petrodel Resources and VTB Capital v Nutritek: A Robust Corporate Veil’14(3) Business Law International journal, (2013) pp 295, 296

(2) See, Mmatjie Meriam Marobela,piercing the corporate veil in a holding/ subsidiary relationship,master thesis of laws(corporate law) university of Pretoria ,December 2017,p.22

القانونية المستقلة للشركة، ما لم يتم إساءة استخدامها لغرض كان، في بعض الجوانب ذات الصلة، غير لائق. ورأى القاضي أنه لا توجد مخالفات ذات صلة. ومع ذلك، نجحت الزوجة على أساس أن الممتلكات قد تم الاحتفاظ بها لصالح الزوج، ولكن ادعاءاتها تم رفضها طالما أنها تعتمد على اختراق حجاب الشركة. (١)

في Perst، اعترف اللورد Sumption أنه كان من التقييد للمحاكم تبرير اختراق الحجاب من أجل منع الإساءة، وتكمن الصعوبة الحقيقية في تعريف "المخالفات ذات الصلة"، ومصطلح "الواجهة" . هذه المصطلحات الغامضة آثارت الكثير من الأسئلة .لذلك قدم اللورد Sumption المبدئين الفريدين، لتوضيح المفاهيم المذكورة أعلاه .هم "مبدأ "الإخفاء" و مبدأ "التهرب"

على وجه التحديد، يمكن فهم مبدأ الإخفاء على أنه ينظر وراء الشركة لاكتشاف ما قد يتم إخفاؤه. يبرر مبدأ التهرب، على عكس مبدأ الإخفاء، مبدأ اختراق الحجاب من خلال الكشف عن أي سلوك مسيء حيث يتم إنشاء شركة للتهرب من الالتزامات القانونية(٢).

فيما يتعلق باللورد Sumption، فإن الظروف الوحيدة التي يُسمح فيها باختراق الحجاب هي عندما يكون المدعى عليه تحت مسؤولية قانونية أو التزام قانوني قائم، وبالتالي فإن المدعى عليه يتهرب عمدا من الالتزام عن طريق إنشاء شركة واجهة يسيطر عليها .لذا يجب أن يكون مبدأ التهرب هو المبدأ الوحيد الذي يُشار إليه لاختراق حجاب الشركة.

في قضيةPerst، وجدت المحكمة العليا الإنجليزية أنه لا يوجد دليل يدعم الرأي القائل بأن إجراء نقل الممتلكات إلى الشركة التي كان يمتلكها المدعى عليه كان

(1) [2013] UKSC 34.

(٢) وفقًا للورد Sumption، فإن مبدأ الإخفاء لا ينطوي على اختراق الحجاب على الإطلاق .في الحالات التي يتم فيها تدخل شركة لإخفاء هوية الممثلين الحقيقيين لها، ستنتظر المحاكم وراءها ببساطة لاكتشاف ما يتم إخفاؤه. Ibid

بهدف التهرب من التزامه تجاه زوجته.، أعلن اللورد Sumption أن الشركات ستحتفظ بالعقارات على ثقة السيد بيرست، المراقب المالي، الذي امتلك أصول الشركة بشكل مفيد، والتي حولت المحكمة بموجبها نصف قيمة العقارات المملوكة للسيد بيرست إلى السيدة بيرست بموجب قانون القضايا الزوجية لعام ١٩٧٣، القسم ٢٤ (١)

العودة إلى حالة المسؤولية التقصيرية للشركات، تلعب شركةCape plc ، وهي شركة تصنيع أسبستوس متعددة الجنسيات، دورًا هامًا في تطوير القانون الأنجلو أمريكى في تحديد مسؤولية الشركة القابضة عن دائني الضرر. Adam v Cape Industries plc، اعتمدت محكمة إستئناف إنجلترا نهج ضيق بشكل ملحوظ لفرض المسؤولية على الشركات القابضة .اعترفت محكمة الاستئناف في Cape بأن الحجة الأكثر معقولية يجب أن تكون "الواجهة والاحتيال" حيث توجد "مجرد واجهة تخفي الوقائع الحقيقية (٢)

وفقًا لبيانات اللورد Sumption في قضيةPerst ، إذا كنا ننوي فرض المسؤولية التقصيرية على الشركة القابضة خارج الشركات التابعة، فيجب تلبية عاملين أساسيين. **<u>إحداهما</u>** :أنه كان ينبغي أن تكون كيب ملزمة بموجب التزام قانوني معين أو تخضع لقيود قانونية قائمة ؛ كان ينبغي إنشاء الشركات التابعة الأجنبية لشركة Cape في الولايات المتحدة وجنوب أفريقيا ليس لحماية الثروة أو ربما لتجنب الضرائب، ولكن للتهرب أو الإفلات من المسؤولية التقصيرية المفروضة على كيب أصلاً. **<u>العامل الثاني</u>** :هو أن الشركة القابضة كان يجب أن ترتكب السلوك غير الصحيح للتهرب، ومن خلال كونها المتحكم في الشركات التابعة، تتجنب الشركة القابضة المسؤولية التقصيرية من خلال الاستفادة من مبادئ المسؤولية المحدودة والشخصية القانونية المستقلة. ومع ذلك، من الصعب للغاية إثبات هذه الشروط في قضايا مجموعة الشركات.

---

(1)Ibid

(2)See,Alan Dignman and John Lowry, Company Law (9th edn, OUP 2016) p 35--36.see also, Sealy, op cit p. 55.

شدد اللورد Neuberger فى قضية VTBأيضًا على أن مبدأ اختراق الحجاب هو آخر علاج، وهذا أيضًا تمت الموافقة عليه من قبل اللورد .Sumption وقد وافق قضاة آخرون في حالة بيرست على أحكام اللورد Sumption لكنهم شككوا في حدود مبدأى التهرب والإخفاء .وفقًا لصيغة اللورد .Sumption، لا يجوز التذرع بمبدأ اختراق الحجاب إلا "عندما يكون الشخص تحت التزام قانوني أو مسؤولية قانونية حالية أو خاضع لالتزامات قانونية قائمة يتهرب منها عمداً أو يحبط تنفيذها عمداً عن طريق مداخلة شركة تحت إشرافه ومراقبتة" (١)

(١) كان الموضوع الذي سيتم تحديده أيضًا من قبل المحكمة العليا (في المملكة المتحدة) فى قضية VTB هو ما إذا كان في حالة استخدم شخص شركة عميل لإبرام عقد مع طرف ثالث من أجل ارتكاب احتيال على هذا الطرف الثالث، يمكن للمحكمة أن تخترق حجاب الشركة وتعامل ذلك الشخص كطرف في العقد. في محكمة الاستئناف، ذكر "مونبي جيه" أنه ليس من الضروري اختراق حجاب الشركة أنه لا ينبغي أن يكون هناك أي علاج آخر متاح ضد المعتدي. كما ذُكر أنه لا يكفي إثبات أنه كان هناك مخالفة لتبرير الاختراق. ومع ذلك، في حالة وجود مخالفات، يجب أن تكون المخالفات ذات الصلة في طبيعتها خطأ مستقل ينطوي على استخدام وسائل احتيالية أو غير شريفة لشخصية الشركة لغرض إخفاء الوقائع الحقيقية. إن التصور بأنه لا يوجد أساس مبدئي يمكن أن يقال أنه يمكن للمرء أن يخترق حجاب الشركة يحظى ببعض الدعم من حقيقة أن طبيعة وأساس ومعنى المبدأ كلها غامضة إلى حد ما، وكذلك الطبيعة الدقيقة للظروف التي يمكن أن يطبق فيها المبدأ. اقترح اللورد نيوبيرغجر أنه قد يكون من الصحيح بشكل عام أن يسمح القانون بخرق الحجاب في ظروف معينة من أجل دحرالظلم .وأشار اللورد نيوبيرجر إلى أنه حتى إذا استطاعت المحكمة من حيث المبدأ اختراق حجاب الشركة، فإن القيام بذلك في الظروف المزعومة سيكون قريبًا من توسيع المفهوم بطريقة تتعارض مع المبادئ .هناك مبدأن كان اللورد نيوبرجر يرى أنهما سيكونان على النقيض من امتداد المفهوم .الأول: هو عدم وجود حاجة أو سبب استثنائي للابتعاد عن مبدأ تجاهل الشخصية الاعتبارية للشركة العميلة المزعومة، وذلك لأن قانون الجرم سبق أن وفر لـ VTB علاجًا للتضليل،الإهمال أو الاحتيال .المبدأ الثاني :، هو أن VTB أرادت تقديم ادعاءات في مرافعتها التأسيسية التي لم تثبت أن الشركة العميلة تم استخدامها كواجهة في إخفاء الوقائع الحقيقية

VTB Capital plc v Nutritek International [2013] UKSC 5.

عبّر كل من اللورد مانس واللورد كلارك عن اعترافهما بوجود مبدأ اختراق حجاب الشركة، وأعربوا عن قلقهم من أن حدوده غير واضحة .واتفق الاثنان على السماح بالاستئناف للأسباب التي قدمها اللورد سمبشن .ومع ذلك، كانا يعتقدان أنه من الخطر وضع مثل هذا الحد من الحالات التي تخترق الحجاب، وأعربوا عن رغبتهم في الاحتفاظ بالوضع لأي حالات أخرى قد تنشأ .هذه مسألة شكك فيها معظم المعلقين والأكاديميين، ولكن يعتقد أيضًا أن أي استثناءات أخرى لن يكون من السهل تحديدها(١).

تبدو الظروف التي يجوز فيها اختراق حجاب الشركة بعيدة عن التحديد فيما يتعلق بالشخصية القانونية المستقلة للشركة وأولئك الذين يسيطرون عليها .قد يكون للتحقيق في وقائع كل حالة وتحديدها، واعتبار السياسة والسوابق القضائية، أهمية كبيرة. ومع ذلك، يبدو أنه تم الاعتراف بأن إثبات الاحتيال أو عدم الأمانة قد يبرر تجاهل شخصية الشركة المستقلة. أصبح من المقبول على مر السنين أن الاحتيال أو عدم الأمانة أو السلوك غير اللائق يمكن أن يوفر أسبابًا للاختراق.

أخيرا وبشكل عام، يمكن القول في تقرير ما إذا كان يجب اختراق الحجاب أو رفعه في القضايا القانونية، بأن المحاكم تسترشد بفهمها للقانون الأساسي، وبالتالي، من المرجح أن يختلف القرار الذي سيتم اتخاذه من قانون إلى آخر. وضعت الهيئة التشريعية فى إنجلترا قواعد لفرض المسؤولية على المساهمين أو مديري الشركات في حالة إساءة استخدام المسؤولية المحدودة(٢)

(1) see, Mmatjie Meriam Marobela,op cit, p.21

(2) See, Davies PL and Worthington S, Gower Principles of Modern Company Law 10th edition Sweet and Maxwell London, (2016)p.206

المبحث الثانى

مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه كأساس لتقرير مسؤولية الشركة القابضة عن أخطاء الشركات التابعة

تمهيد:

لقد تعرض كل من مبدأى اختراق حجاب الشركة والمسؤلية غير المباشرة للشركة القابضة (مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه) عن الشركة التابعة لها للعديد من المناقشات في السنوات الأخيرة .هذه المسألة موضوعية لأنه من ناحية في ضوء تطور الشركات الكبرى، يجب الدفاع عن ضحايا أنشطة هذه الشركات بشكل صحيح، ومن ناحية أخرى، يجب تحديد أسباب مسؤولية الشركة القابضة عن الشركة التابعة لها بشكل مناسب(١) .

وفقًا للقاعدة المقبولة عمومًا فى قانون الشركات، تكون كل شركة ذات مسؤولية محدودة مسؤولة عن سلوكها الخاص في حدود الأصول التي تمتلكها .وتجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد نهج موحد ومتسق فيما يتعلق بقرارات المحاكم المتعلقة بتطبيق المسؤولية عن الإهمال أو الخطأ واختراق الحجاب وتحميل الشركات القابضة المسؤولية عن الأضرار التي ارتكبتها الشركات التابعة لها .تنظر المحاكم التي تصدر

---

(١) هؤلاء الضحايا كثر لا سيما إذا علمنا أن هناك العديد من الشركات القابضة التى لها الكثير جدا من الشركات التابعة من ثم فعدد ضحايا هذه الشركات سيكونون كثيرون جدا وهناك بعض الأمثلة المتطرفة فيما يتعلق بعدد الشركات التابعة التي تحتفظ بها الشركات القابضة : تحتفظ شركة Bank of America بـ٣١٦ شركة تابعة،وشركة Morgan Stanley بـ299 شركة تابعة، شركة 174 Pfizer شركة تابعة . في معظم الحالات، يمكننا رؤية أمثلة أقل تطرفًا : Citigroup - 20 - شركة تابعة، و Google 25 -شركة تابعة، Microsoft 10شركات تابعة .في هذه الحالات، تم إنشاء الشركات التابعة لأغراض خفض الضرائب .ومع ذلك، في كثير من الحالات، تقوم الشركات بإنشاء أو الحصول على شركات تابعة جديدة من أجل تطوير الأعمال التجارية، أو نقل الإنتاج إلى مناطق فعالة من حيث التكلفة، أو التوسع في الأسواق الجديدة.

See, Tetiana Kravtsova , Ganna Kalinichenko,the vicarious liability of parent company liability for its subsidiary, Corporate Ownership & Control / Volume 14, Issue 1, Fall 2016, Continued 2016, pp684,685

القرارات في جميع الظروف ذات الصلة فى القضية المعنية .يمكن تفسير النهج الحذر للمحاكم فيما يتعلق باختراق حجاب الشركة بحقيقة أن جعل الشركة القابضة مسؤولة عن شركاتها الفرعية يتعارض مع المبادئ الرئيسية لكل من قانون المسؤولية وقانون الشركة.

قد تكون الشركة القابضة مسؤولة مع الشركة التابعة لها في حالتين: على أساس الإخلال بواجب العناية وعلى أساس اختراق حجاب الشركة. في الحالة الأولى، يتم إنشاء واجب العناية وخرق هذا الواجب الذي تتحمله الشركة القابضة للأفراد المتأثرين بعمليات الشركة التابعة (على سبيل المثال، العمال الذين يعملون من قبل الشركات التابعة أو المجتمعات المحلية). محكمة الاستئناف في قضية كيب تعتقد أن: [الشركة القابضة] التي ثبت أنها تمارس سيطرة فعلية على عمليات شركة تابعة (أجنبية) وتعلم، من خلال مديريها، أن تلك العمليات تنطوي على مخاطر على صحة العاملين لدى الشركة التابعة و/ أو الأشخاص الموجودين بالقرب من مصنعها أو أماكن العمل الأخرى، يقع عليهم واجب العناية بهؤلاء العمال أو الأشخاص الآخرين فيما يتعلق بالسيطرة التي تمارسها والمشورة التي تقدمها إلى الشركة التابعه. يبدو أن الشركة القابضة في هذه الحالة مسؤولة بشكل مباشر عن سلوكها غير المشروع، أي عن الإخلال بواجبها الخاص في العناية بدلاً من سلوك الشركة التابعة لها. وبعبارة أخرى، "المسؤولية المباشرة هي المسؤولية عن الإخلال بواجب الفرد في العناية، بينما المسؤولية بالإنابة ... هي المسؤولية عن الإخلال بواجب العناية بالآخر". عندما تنتهك شركة تابعة حقوق الإنسان، فإن الشركة القابضة قد تكون مسؤولة إذا كان سلوك الشركة القابضة نفسها مهملاً أو متعمدًا أيضًا (أي أن الشركة القابضة كانت "على خطأ"). وبما أن الشركة القابضة في هذه الحالة مسؤولة عن سلوكها الخاطئ، فإن هذه المسؤولية تتجاوز مفهوم المسؤولية بالإنابة، أي المسؤولية عن الآخرين، وبالتالي تتجاوز نطاق هذا البحث. **<u>الحالة الثانية:</u>** لتحميل الشركة القابضة المسؤولية هو "عندما يساء استخدام مبدأ الشخصية القانونية المستقلة لارتكاب الاحتيال أو تجنب الالتزامات القانونية القائمة، قد تكون المحاكم مستعدة "لرفع حجاب الشركة"، والنظر

خلف هيكل الشركة، وإسناد سلوك الشركة التابعة إلى الشركة القابضة، وتحميلها المسؤولية على أساس المسؤولية بالإنابة عن أعمال شركتها التابعة. ". ولهذه الغاية، لاحظت لجنة العدل الدولية: أنه في بعض الأحيان يكون هناك إخفاق في التمييز بشكل صحيح بين المواقف التي يُدَّعى فيها أن الشركة القابضة مسؤولة على أساس سلوكها الخاطئ، والحالات التي يُطلب فيها من المحكمة "اختراق حجاب الشركة "وتحميل الشركة القابضة المسؤولية بالإنابة عن أفعال شركتها التابعة. (١)

منذ التسعينيات، حدث تطور كبير فيما يتعلق بنظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وقد تم تسليط المزيد من الضوء على التداخل بين المسؤولية التقصيرية وقانون الشركات. أظهرت نظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه أهميتها في تحديد المسؤولية في سياق قانون الشركات. تنتمي هذه النظرية إلى نظام المسؤولية المشتركة والمنفردة، وهي أيضًا فئة واحدة من المسؤولية المشددة. إن الفهم الأكثر شيوعًا للمسؤولية المشددة في المسؤولية التقصيرية هو أن المسؤولية يتم تحديدها بغض النظر عن الخطأ. فهى مسؤولية متميزه عن المسؤولية القائمة على الخطأ مثل الإهمال، هنا، لا يوجد ركن في الفعل يسمى "خطأ" . كطريقة للمطالبة ضد مدعى عليه عن خطأ شخص آخر، إن نظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه تجعل الشخص أو الشخص الاعتباري مسؤولا عن خطأ شخص آخر "بغض النظر عن الخطأ". وهى تتعامل مع القضايا التي تنطوي على أعداد كثيرة من المدعى عليهم، وبالتالي، يزيد من احتمال استهداف المدعى عليه المؤمن عليه الذي لديه القدرة على التعويض، مما يجعله مسؤولا بشكل مشترك. لذلك يمكن استخدامها لتحديد المسؤولية في المدعى عليهم الممولين جيدًا بدلاً من المدعى عليهم غير الممتلئين، ويمكن تطبيقه في الحالات التي

(1) [1998] CLC 1559, 1560 see also, Burns J.J.), "Respondeat Superior as an Affirmative Defense: How Employers Immunize Themselves from Direct Negligence Claims", Michigan Law Review, Vol. 109 No.4, (2010-2011) pp. 657-658 see also, ICJ, Corporate Complicity and Legal Accountability: Facing the Facts and Charting a Legal Path - Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes (Report, Vol. 3: Civil Remedies, 2008), p. 47

لا يكون فيها واجب أو التزام قانونى شخصي. ومن الأمثلة الأكثر شيوعًا لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه هى العلاقة التى توجد بين صاحب العمل والموظف، حيث يكون صاحب العمل مسؤولًا بشكل غير مباشر عن أخطاء موظفيه عند ارتكاب الخطأ في سياق ونطاق العمل. بالإضافة إلى ذلك، فإن العلاقات بين الموكل والوكيل والشركاء هي فئات أخرى تؤدي إلى قيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه. (١)

يتم التعرض لدراسة نظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في هذا المبحث لعدة أسباب. **في المقام الأول** : هي وثيقة الصلة بموضوع الدراسة بأكملها. فالسؤال البحثي الرئيسي لهذه الدراسة هو كيفية تحديد مسؤولية الشركة القابضة عن أضرار شركاتها التابعة. قانون المسؤولية التقصيرية كأداة تنظيم وبناء له أهمية خاصة في تطوير نظام مسؤولية بديلة. كطريقة لتحقيق المسؤولية المشتركة، ولا سيما بناءً على علاقة المدعى عليهم بعضهم البعض ولكن ليس على خطأ، تستحق نظرية مسوولية المتبوع عن أعمال تابعه مزيدًا من الدراسة. **ثانيًا** :، تختلف عن المسؤولية عن الإهمال، ويستند تحقيق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على متطلبات العلاقة. قد يوفر هذا حلولًا في ظروف معينة حيث يكون من الصعب العثور على واجب أو التزام قانونى شخصي بالعناية، ولكن سيكون من المعقول والعادل تحقيق المسؤولية على أساس علاقة مرتكبى الفعل الضار المشتركة. على سبيل المثال، في معظم حالات الشركات، يكون تشغيل وتنظيم الكيانات القانونية المختلفة في مجموعة شركات واحدة أمرًا معقدًا ومن المستحيل على صاحب المطالبة جمع الأدلة وتحديد مرتكب الخطأ وصاحب العمل **ثالثًا** : تم توسيع حدود مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه من قبل المحكمة العليا الإنجليزية خلال السنوات القليلة الماضية، ويقترح تطور هذه النظرية أنه قد يكون من الممكن فرض المسؤولية بالإنابة في حالة المجموعات، مما يعني أنه حان

(1)Graeme Lockwood, 'The Widening of Vicarious Liability: Implications for Employers' 53 (2) IJLM (2011) 149,149. See also, Peter Cane, Responsibility in Law and Morality (1st end,Hart Publishing 2002)p 82. Seealso Allan Beever, A Theory of Tort Liability (1st end, Hart Publishing 2016) p 31. Phillip Morgan, 'Vicarious Liability on the Move' 129 LQR (2013) p 139.

الوقت للنظر في إمكانية جعل الشخص الاعتباري مسؤولًا بالإنابة عن ضرر كيان قانوني آخر. تقليديا، سوف تكون الشركة مسؤولة عن الضرر نتيجة لمساهمتها أو تورطها في الخطأ. تقع المسؤولية نيابة عن الشركة دائمًا عندما يرتكب وكيلها أو موظفيها عملًا ضارا في سياق الوكالة أو التوظيف. الآن أصبح من المفهوم أن درجة العلاقة التي تؤدي إلى المسؤولية بالإنابة إلى ما هو أبعد من اليقين إلى حد ما، لا سيما منذ إدخال اختبار العلاقة المشار إليه باسم "أقرب إلى العمل". وبالتالي، فإنه يترك المجال للمحاكم والمعلقين لمواصلة النظر في المدى الذي قد تفرضه المسؤولية بالنيابة عن علاقة العمل إذا كان سن المسؤولية بالإنابة عن العمل غير التعاقدي قادمًا. **رابعاً** : توفر لنا طبيعة المسؤولية بالإنابة المزيد من الشجاعة لتوسيع نطاقها، والنظر في وسائل بديلة للحصول على تعويض. تنمو نظرية المسؤولية بالإنابة من الملاءمة والعدالة الاجتماعية، بدلاً من المبادئ القانونية الراسخة .

وقد اعترفت محاكم المملكة المتحدة بأن المسؤولية بالإنابة هي إنشاء قضاة مختلفين لديهم أفكار مختلفة عن أسبابها أو سياساتها. (١)

كذلك هناك مبررات كامنة وراء المسؤولية بالإنابة للشركات القابضة عن الشركات التابعة لها حيث يناقش J.W. Neyers ستة أسباب منطقية للمسؤولية بالنيابة لصاحب العمل عن موظفيه يمكن أن ينطبق بعضها أيضًا على مسؤولية الشركات القابضة. (٢)

تكون السيطرة في العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة أكثر تعقيدًا من العلاقة بين صاحب العمل والعمال .في الحالة الأولى تلعب نسبة الملكية دورًا مهمًا للغاية .يقال إن السيطرة هي تفسير غير كافٍ لفرض المسؤولية بالإنابة .ومع ذلك، مع الأخذ في الاعتبار أن المسؤولية بالإنابة هي في الواقع مسؤولية عن الأخطاء التي

---

(1) See,, Phillip Morgan, ‘Vicarious Liability for Group Companies: The Final Frontier of Vicarious Liability?’ (2015) 31(4) Journal of Professional Negligence pp 276, 280. See also, [1965] AC 656 (HL) also, (1957) 20(3) MLR, pp 220, 231

(2) See, Neyers J.W. "A theory of vicarious liability", Alberta Law Review, Vol.43 No. 4, (2005), pp. 287,288.

يرتكبها الآخرون، فإن السيطرة هي عنصر ضروري لفرض هذه المسؤولية، خاصة من حيث مسؤولية الشركة القابضة عن شركتها التابعة .تعكس السيطرة في مثل هذه الحالة العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة وهي العنصر الضروري الثاني [١] للمسؤولية بالإنابة .في الوقت نفسه، من أجل تقريرمسؤولية الشركة القابضة عن شركتها التابعة، يجب أن يكون هناك إهمال من الشركة القابضة مثل إساءة استخدام السيطرة من جانب هذه الشركة[٢]

في سياق مسؤولية صاحب العمل، يبدو أن تفسير تعويض المسؤولية بالإنابة قائم على أسس جيدة للغاية، لأن صاحب العمل عادة ما يكون مدينًا أكثر ملاءة من الموظف. ومع ذلك، في ضوء مسؤولية الشركات القابضة للوهلة الأولى، قد يبدو أن هذه الحجة تفقد وزنها، لأن الشركة التابعة نفسها هي شركة منفصلة برأس مالها

---

(١) حيث يتمثل العنصر الأول فى ارتكاب خطأ أو إهمال من قبل شخص آخر – يرتكب فرع ما خطأ بشكل مستقل، على سبيل المثال، ينتهك القانون البيئي أو قانون المنافسة أو واجب تجاه موظفيه. العنصر الثاني – وجود علاقة بين مرتكب الخطأ أو الفعل الضار والمدعى عليه، أي بين الشركة القابضة والشركة التابعة، في حالتنا. وفقًا للمبدأ العام لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يجب أن يكون أي شخص مسؤولاً عن الآخرين. ومع ذلك، فإن المسؤولية بالإنابة، بشكل عام ومسؤولية الشركة القابضة عن شركتها التابعة، على وجه الخصوص، هي استثناء للمبدأ العام والعنصر الثاني يلعب دورًا مهمًا جدًا في فرض المسؤولية التقصيرية على الشركة القابضة. اما العنصر الثالث – بعض العلاقة بين الفعل أو الإهمال والعلاقة بين مرتكب الخطأ الفعلي والمدعى عليه. على سبيل المثال، في حالة مسؤولية صاحب العمل عن موظفيه، فإنه يتطلب عادة أن يكون الخطأ قد ارتكب أثناء العمل أو إذا كان الفعل، بمعنى أدق، ضمن نطاق التوظيف. في حالة مسؤولية الشركة القابضة عن شركتها التابعة، يتعين على الشركة التابعة ارتكاب الخطأ داخل السلطة المفوضة لها من قبل المساهم (الشركة القابضة). يجب على كل من الشركة نفسها ومديريها ألا يتصرفوا بأكثر مما ينبغي، أي بتجاوز السلطة الممنوحة بموجب عقد التأسيس والنظام الأساسي أو المستندات الداخلية الأخرى للشركة.

See, Johnston D. "Limiting liability: Roman Law and the Civil Law Tradition", Chicago-Kent Law Review, Vol. 70 No.4, Rev (1995), pp. 1515-1519

(2) Ibid

الخاص. من ناحية أخرى، إذا كانت الشركة عضوًا في مجموعة، وفقًا للممارسة العامة، فإن "اللاعب" الرئيسي في هذه المجموعة هو الشركة القابضة التي تجمع الموارد على مستواها في شكل أرباح ويضطر الأعضاء الآخرون إلى دعمها على الرغم من أن هذا قد يكون له تأثير سلبي على ظروفهم المالية. قد يكون رأسمال الشركة التابعة قليلا بصفة متعمدة من قبل الشركة القابضة من أجل حماية الأخيرة من المسؤولية التقصيرية، على الرغم من أنها تحصل على فوائد كمساهم من الأنشطة شديدة الخطورة التي تقوم بها الشركة التابعة. وبالمثل، يجوز للشركة القابضة استخدام سيطرتها على الشركة التابعة لنقل الملكية إلى نفسها، من خلال توزيع الأرباح المفرطة، وتخفيضات رأس المال، وزيادة أسعار المبيعات داخل الشركة، وأسعار المشتريات، والآليات المماثلة. ونتيجة لذلك، تتحول الشركة القابضة إلى مدين أكثر ملاءة من الشركة التابعة لها. لذا، لا ينبغي الاستهانة بهذا الأساس المنطقي لمسؤولية الشركة القابضة عن شركاتها الفرعية [(١)].

يكون تفسير الردع للمسؤولية بالإنابة أكثر وضوحًا في العلاقة بين صاحب العمل والموظف، لأن "صاحب العمل يمكنه في الغالب اتخاذ تدابير للتأثير على سلوك الموظف من خلال الانضباط في العمل أو من خلال العقوبة النهائية "الفصل" .على مستوى الشركة القابضة و التابعة – لا يوجد مثل هذا الاعتماد بين وحدتين اقتصاديتين، ولكن حتى في هذه الحالة فإن الشركة القابضة لها بعض التأثير على الشركة التابعة .مع الأخذ بعين الاعتبار أن الشركة التابعة تعمل عادةً بالتنسيق مع الشركة القابضة، بموافقة الشركة القابضة ولصالح المجموعة بأكملها،تعتمد الشركة التابعة إلى حد ما على الشركة القابضة علاوة على ذلك، يمكن تفويض الشركة القابضة كمساهم للمشاركة في تعيين مديري الشركة التابعة .على الرغم من أن النظام التأديبي يتم تعريفه داخليًا من قبل الشركة التابعة، فإن الشركة القابضة بحكم الواقع يمكن أن تؤثر على إقالة مديري الشركة التابعة .على الرغم من أن تفسير الردع

(1) See, Anderson H., "Parent Company Liability for Asbestos Claims: Some International Insights", Legal Studies, Vol. 31 No.4(2011), pp. 547-551

للمسؤولية بالإنابة للشركة القابضة ليس واضحًا كما هو الحال في المسؤولية بالإنابة لصاحب العمل، فإنه يلعب دورًا كبيرا إلى حد ما (١)

تحظى نظرية مسؤولية الشركة بشعبية كبيرة بين تفسيرات المسؤولية بالإنابة لصاحب العمل عن موظفيه" .إنها تقوم على مفهوم المعاملة بالمثل بين المنفعة والعبء." يمكن أيضًا أن تؤخذ هذه النظرية في الاعتبار في حالة المسؤولية بالإنابة للشركة القابضة عن شركتها الفرعية .وفقًا لنظرية التحليل الاقتصادي، فإن الهدف الرئيسي للشركة هو تحقيق الرفاهية للمساهمين . يحق للشركة القابضة كمساهم استلام أرباح من شركاتها التابعة والتي يمكن اعتبارها منفعة .لذلك، يمكن تبرير العبء المفروض على الشركة القابضة بحكم المسؤولية بالإنابة عن شركاتها التابعة من خلال المنفعة التي تتلقاها الشركة القابضة في شكل أرباح (٢)

تقسيم :-

فى ضوء ما تقدم تقسم الدراسة فى هذا المبحث إلى المطلبين التاليين :-

المطلب الأول: مناقشة مبررات المسؤولية بالإنابة في سياق مجموعة الشركات.

المطلب الثانى:إمكانية تطبيق اختبارات المسؤولية بالإنابة في سياق مجموعة الشركات.

(1)See, Davis K.E. "Vicarious Liability, Judgment Proofing and Non Profits", University of Toronto Law Journal, Vol. 50, No.4 (2000), pp. 407-411

(2)See, Keating G.C. "The Idea of Fairness in the Law of Enterprise Liability", Michigan Law Review, Vol.95 No.2, (1997), pp. 1266,1267

المطلب الأول

مناقشة مبررات المسؤولية بالإنابة في سياق مجموعة الشركات

هناك مبررات و نظريات رائدة توصلت إليها المحاكم والمعلقون لشرح وجود المسؤولية بالإنابة .ويرافق تطور نظرية المسؤولية بالإنابة مناقشات حول مبررات السياسة المختلفة .وقد قوبلت هذه المبررات بالجدل، ولا يعتبر أي منها مرضياً تمامًا . ومع ذلك، فقد خلصت المحاكم إلى أن المسؤولية بالإنابة لها ما يبررها حيث يتم الجمع بين كل هذه المبررات .تشمل المبررات الرئيسية التي تطورت من خلال السوابق القضائية والتعليقات القانونية نظرية مخاطر المؤسسة، ونظرية التعويض/ الجيب الأعمق، ونظرية انتشار الخسائر، ونظرية السيطرة، ونظرية الردع [١].

السؤال الذى يطرح نفسه في هذا المطلب هو ما إذا كان يمكن اعتبار الشركة القابضة مسؤولة بشكل غير مباشر عن خطأ شركاتها التابعة. لسوء الحظ، لا توجد أي قضية محددة تتعلق بمسألة ما إذا كان كيان قانوني واحد يمكن أن يكون مسؤولًا بالنيابة عن كيان قانوني آخر. في هذا السياق، تتمثل إحدى النقاط الهامة للإجابة على هذا السؤال في تقييم ما إذا كانت المبررات الرائدة لوجود المسؤولية بالإنابة يمكن أن تفسر امتدادها في وضع المجموعة. هذا يعتمد على طبيعة المسؤولية بالإنابة. لقد فهمت المحاكم الإنجليزية بالفعل ذلك بشكل واضح. يرى اللورد بيرس أن "مبدأ المسؤولية بالإنابة لم ينشأ من أي مبدأ واضح أو منطقي أو قانوني بل من الملاءمة الاجتماعية والعدالة " .و يمكن العثور على تعليقات مماثلة في أحكام أخرى [٢] :

"المسؤولية بالإنابة هي ابتكار العديد من القضاة الذين لديهم أفكار مختلفة لتبريرها أو سياستها الاجتماعية، أو ليس لديهم فكرة على الإطلاق .ربما قام بعض القضاة بتوسيع القاعدة على نطاق أوسع أو قصرها بشكل أضيق مما يسمح به الأساس

---

(1) See,Howarth D and others, Hepple and Matthews' Tort Law (17th edn, Hart Publishing 2015).p 11

(2) Ibid

المنطقي الحقيقي ؛ ومع ذلك، فإن الأساس المنطقي، إذا تمكنا من اكتشافه، سيظل صالحًا بقدر ما تمتد هذه المسؤولية" (١)

وبهذا المعنى، لا يمكن أن تستمر مناقشة فرض المسؤولية بالإنابة دون فهم مبررات سياستها .تساهم أسباب السياسة هذه أيضًا في توسيع نطاق المسؤولية بالإنابة . وقد تم تقديم المبررات الأساسية للمسؤولية بالإنابة بالفعل في بعض القضايا الكندية الرائدة وقضايا المحكمة العليا البريطانية الأخيرة .فيما يتعلق بنظرية المسؤولية بالإنابة، هناك قضيتان كنديتان مؤثرتان تمامًا وتم اعتمادهما من قبل المحاكم الإنجليزية .هما Bazley وJacobi فيBazley ، اقترحت المحكمة الكندية العليا أنه قد يكون من المفيد تناول فرض المسؤولية بالإنابة في خطوتين .**أولاً**، يجب على المحكمة أن تحدد ما إذا كانت هناك سوابق تحدد بشكل لا لبس فيه ما إذا كانت القضية يجب أن تخضع لتطبيق المسؤولية بالإنابة .إذا لم تقترح الحالات السابقة حلاً بوضوح، **و الخطوة الثانية** هي تحديد ما إذا كان ينبغي فرض المسؤولية بالإنابة في ضوء الأسس المنطقية الأوسع نطاقا وراء المسؤولية المشددة. (٢)

في هذه القضية الكندية الرائدة، أظهر القاضي بالفعل نهجًا لمعالجة مسألة تمديد ظروف فرض المسؤولية بالإنابة.

فى قضية Bazley أشارت المحكمة إلى أنه" تستند المسؤولية بالإنابة على الأساس المنطقي القائل بأن الشخص الذي يضع مشروعًا محفوفًا بالمخاطر في المجتمع قد يتحمل المسؤولية إلى حد ما عندما تظهر تلك المخاطر وتتسبب في فقد أو إصابة أفراد من الجمهور. التعويض الفعال هو الهدف. الردع هو أيضا محل اعتبار.

---

(1)”Vicarious liability is the creation of many judges who have different ideas of its justification or social policy, or no idea at all. Some judges may have extended the rule more widely or confined it more narrowly than its true rationale would allow;; yet the rationale, if we can discover it, will rem ain valid so far as it extends”

see,Williams G, ‘Vicarious Liability and the Master’s Indemnity’ 20(3) moden law review, (1957) p.231

(2)[1999] 2 SCR 534

والأمل هو أن تحميل صاحب العمل أو المسؤول الرئيسي سيشجع مثل هؤلاء الأشخاص على اتخاذ خطوات للحد من خطر الضرر في المستقبل. يجب على المدعين أن يثبتوا أن الأساس المنطقي لفرض المسؤولية بالإنابة سيتحقق فى الواقع من ناحيتين. **أولاً** : يجب أن تكون العلاقة بين مرتكب الفعل الضار والشخص الذي تُطلب المسؤولية تجاهه وثيقة بما فيه الكفاية. **ثانيًا** : يجب أن يكون الفعل غير المشروع مرتبطًا بشكل كافٍ بالسلوك الذي يأذن به صاحب العمل.

في القضية الرئيسية الأخيرة لـCCWS ، سعت المحكمة العليا الإنجليزية إلى توسيع مبدأ المسؤولية بالإنابة ليشمل الحالات التي تكون فيها العلاقة بين المدعى عليه ومرتكب الفعل الضار "أقرب إلى العمل ". لإنجاز هذه الحجة، وضع اللورد فيليبس خمسة أسباب منطقية. الأول :هو نظرية التعويض/ جيوب أعمق. هذا يعني أن صاحب العمل لديه القدرة على تعويض الضحية أكثر من الموظف. يركز المبرران التاليان على نقطة العلاقة بين مرتكب الفعل الضار وعمل المدعى عليه. إحداها أن الضرر يُرتكب بسبب النشاط الذي يقوم به المعتدي نيابة عن "صاحب العمل". والآخر هو أن المسؤولية بالإنابة تُفرض لسبب السياسة لأنه من المرجح أن يكون نشاط الموظف جزءًا من عمل "صاحب العمل". يسمى الأساس المنطقي الرابع نظرية مخاطر المؤسسة. هذا يعني أنه من خلال توظيف "الموظف" للقيام بهذا النشاط، تم إنشاء مخاطر الضرر. ويستند المبرر النهائي للسياسة لفرض المسؤولية بالإنابة إلى سيطرة "صاحب العمل" على "الموظف[١]"

بصرف النظر عن المبررات المذكورة أعلاه، يتم الاحتجاج بنظرية نشر الخسائر وملاءمة المرافعة وقد تم الاعتراف بهما من قبل المحاكم وعلماء القانون أيضًا .من بين الأسباب المذكورة أعلاه، قد يقدم بعضها مبررات قوية لتمديد المسؤولية بالإنابة في حالة المجموعة، ومع ذلك، قد لا يكون البعض مقنعًا للغاية .

(1)Various Claimants v Catholic Child Welfare Society [2012] UKSC 56, [2013] 2 AC 1 (CCWS)p. 19

بالإشارة إلى الأحكام المذكورة أعلاه، سيقيم هذا المطلب ما إذا كانت المبررات الرئيسية المعترف بها للمسؤولية بالإنابة يمكن أن تبرر تمديدها إلى تقرير مسؤولية الشركة القابضة عن الأضرار الناتجة عن أخطاء شركاتها التابعة .سنقوم بتقييمهم واحدًا تلو الآخر، وبعد ذلك سيتم مناقشة مدى تفاعلهم مع مبادئ قانون الشركات ذات الشخصية القانونية المستقلة والمسؤولية المحدودة.

أولا : نظرية مخاطر المشروع

قد اعترفت كل من المحاكم و المعلقين فى إنجلترا و كندا بنظرية مخاطر المشروع كسبب منطقي قوي لوجود المسؤولية بالإنابة، إلى جانب المبررات الأخرى. كما يعتقد المعلقون القانونيون عمومًا أنه لا يمكن للشركة أن تتنصل بشكل قاطع من المسؤولية عن أي أضرار ناجمة عن الأخطاء أو الحوادث المتعمدة التي يقال إنها مميزة للأنشطة التجارية. يقول جون فليمنج في كتابه أنه "يجب أن يوضع الشخص الذي يوظف آخرين لتعزيز مصالحه الاقتصادية بإنصاف تحت مسؤولية مقابلة عن الخسائر التي تكبدها في سياق المشروع." بالنظر إلى أنه سلوك تجاري لا مفر منه قد يتسبب الموظفون أو الوكلاء الذين يتصرفون نيابة عن أرباب عملهم أو مديريهم في إلحاق أضرار بأطراف ثالثة، فمن المعقول أن يتحمل أصحاب العمل أي خسائر ناجمة عن تلك الأنشطة، ويقبلون مخاطر تحمل المسؤولية القانونية . وذلك لأن أصحاب العمل أو المدراء يستفيدوا بشكل عام من عمل أو أنشطة موظفيهم. من الإنصاف وضع الخسارة الناتجة عن النشاط على الشخص المستفيد منه (١).

لقدأعربت المحاكم الكندية، لغرض تبرير المسؤولية بالإنابة، عن أن الشخص الذي تسبب في خطر لديه أيضًا مسؤولية تجاه الأشخاص الذين تضرروا من هذا

---

(١) إن المبدأ الأساسي لمسؤولية الشركات هو أنه من الفوائد تجلب الأعباء .تدخل المنشأة مخاطر في المجتمع ؛ إذا تحققت هذه المخاطر، فيجب على المؤسسة دفع ثمنها.

see, Fleming J, The Law of Torts (9th edn, LBC Information Services 1998)p.

410.see also, Lewis N Klar, Tort Law (5th end, Carswell 2012)p. 673 .

الخطر . في القضية الكندية الرائدة فى نطاق المسؤولية بالإنابة قضية،Bazley ، اعتقدت المحكمة أنها كانت منصفةً وعادلة فى فرض المسؤولية على صاحب العمل لأن مؤسسة صاحب العمل "خلقت أو فاقمت" خطر المدعي من التعرض للإصابة . في هذه القضية، فرضت المحكمة الكندية العليا مسؤولية غير مباشرة على منظمة غير ربحية لموظف لإرتكابه سوء السلوك الجنسي. تجاوزت المحكمة "اختبار سالموند" التقليدي في تقرير المسؤولية غير المباشرة لمنظمة غير ربحية، ووضحت خطوتين للمسؤولية بالإنابة عندما لا تكون هناك سوابق للإشارة إليها. في **المقام الأول**، يتعين على المحكمة أن تنظر فيما إذا كان يمكن تطبيق سياسة التبرير على المسؤولية بالإنابة أم لا. **ثانياً**، يجب النظر فيما إذا كان الفعل االضار مرتبطًا بشكل كافٍ بعلاقة العمل . اعتقدت المحكمة أنه من المناسب فرض المسؤولية بالإنابة حيث كان هناك ارتباط كبير بين إنشاء أو تعزيز المخاطر والضرر الناجم عنها، على الرغم من أن صاحب العمل لم يرغب في الضرر عندما بدأ العمل (١) .

(1) See, Bainbridge SM, Henderson MT Limited liability: a legal and economic analysis. Edward Elgar, Cheltenham, (2016)p.102

أثبتت النظرية أنها غير ذات أهمية كبيرة في التوسعات الأخيرة في قانون المسؤولية بالإنابة.، حيث ينتقد ستيفنز استخدام مسؤولية المؤسسة في المسؤولية بالإنابة على أساس أنه لا يمكن أن يفسر المسؤولية غير المباشرة من جانب المنظمات غير الربحية. يستجيب برودي مثل هذه الانتقادات التي "لا تزال المؤسسات الخيرية تواجه مخاطر نتيجة الفائدة التى تجنيها المنظمة"، وأن النقد لا يقف إلا "إذا تم النظر إلى الربح بالمعنى المالي البحت". وقد انتقد ستيفنز ايضا صياغة الأرباح المالية القائمة على مسؤولية المشروع وأنه قد اقترح فى قضية Dubai Aluminium الذي استخدم القاضى فيها مفهوم "أعمال المشروع"، لكنه يركز فقط على مفهوم المسؤولية المالية للشركات القائمة على أساس الربح المأخوذ من مؤلف Stapleton بشأن مسؤولية المنتج. هذا ليس النهج المستخدم لدى القضاء و الفقه الكندى الذى يستند عليه الفقه الإنجليزى حيث تعتبر قضية.Bazley :، القضية الأساسية التي استدعت مسؤولية المؤسسة لتوسيع قانون المسؤولية بالإنابة تتعلق بمنظمة غير ربحية. كما أن مسؤولية المؤسسة المستخدم في قضية CCWS تتعلق أيضًا بمنظمة غير ربحية.

see, J Stapleton, Product Liability (Butterworths, 1994), pp 186–193 also, See generally R Stevens, Torts and Rights (Oxford University Press,

شرحت التعليقات الصادرة عن المحكمة العليا الكندية بشكل معقول كيف تساعد نظرية مخاطر المشروع على تبرير المسؤولية بالإنابة في الحالة التي لا يكون فيها للسوابق القضائية قرارات قاطعة. في قضية Bazley ذات الصلة، عند النظر في ما إذا كانت منظمة غير ربحية يمكن أن تكون مسؤولة بالنيابة عن موظفيها، لاحظت المحكمة العليا الكندية أن المحاكم يجب أن تركز على ما إذا كانت مؤسسة صاحب العمل قد واجهت ماديًا خطر الاعتداء الجنسي وبالتالي الضرر . ثم قالت المحكمة أنه لا يجب تطبيق اختبار المسؤولية بالإنابة ميكانيكيًا. بدلاً من ذلك، يجب أن تحافظ المحاكم دائمًا على حساسيات السياسة المنطقية التي تبرر وجود مسؤولية بالإنابة. بالإضافة إلى ذلك، يحتاج قضاة المحاكمة إلى التحقيق في واجبات محددة للموظفين وهذا لتحديد الفرص الخاصة لارتكاب المخالفات (١) .

الآن، بعد أن سمحت المحكمة العليا في كندا بالمسؤولية في المنظمات غير الربحية حيث تبرر مخاطر المشروع المسؤولية بالإنابة، يمكن الافتراض أن المسؤولية بالإنابة للشركة القابضة ممكنة إذا أمكن تطبيق هذا السبب. قد تكون الشركة القابضة مسؤولة بشكل غير مباشر عن المسؤولية التقصيرية لشركتها التابعة إذا ثبت أن أعمال الشركة القابضة تزيد أو تعزز بشكل جوهري من خطر الضرر الناجم عن الدعم في هذه الحالة، إذا كان هناك أي "سيطرة خاصة قوية، والسلطة التي تتطلبها أي شروط خاصة "في خلق بيئة خاصة أدخلت أو عززت خطر الضرر، يمكن تحديد المسؤولية عن العدالة والردع في المستقبل. إذا نظرنا إلى الوراء في القضايا المتعلقة بـCape، يمكن العثور على ما يسمى "البيئة الخاصة" حيث هناك حاجة إلى عدالة معينة والردع في المستقبل (٢) .

2007)p.259 see also, Douglas Brodie, Enterprise Liability and the Common Law, Industrial Law Journal, 2012,p.1.

(1)[1999] 2 SCR 534

(2) See, Xue Feng, op cit, p.242

أظهرت محاكم المملكة المتحدة احترامًا خاصًا للقضاء الكندي بشأن المسؤولية بالإنابة .بعد صدور أحكامها المضيئة، علقت محاكم المملكة المتحدة بشكل إيجابي على نظرية مخاطر المشروع أيضًا.

في إحدى القضايا التى عرضت على القضاء الإنجليزى، لاحظ القاضى Rix LJأنه يجب فرض المسؤولية بالإنابة على أساس أن أولئك الذين حصلوا على أرباح من أنشطة موظفيهم يجب أن يعوضوا الشخص المتضرر من هذه الأنشطة، بما في ذلك أولئك المتضررين بسبب إهمال الموظف .هذا لأن صاحب العمل في وضع أفضل لتنظيم ومراقبة وتحمل هذا الخطر من الموظفين . لذا فمن المعقول أن تفرض المسؤولية على صاحب العمل إذا تسببت مؤسسته في خطر الضرر، والأهم من ذلك، أن صاحب العمل قادر على تنظيم ومراقبة هذا الخطر (١) .

في سياق مجموعات الشركات، حيث تكون أعمال الشركة القابضة هي نفسها التي تعمل بها الشركة التابعة لها، على سبيل المثال في العديد من الحالات ذات الصلة بـCape ، يمكن استخدام نظرية مخاطر المشروع لشرح المسؤولية غير المباشرة للشركة القابضة .قضية Cape يمكن أن تؤخذ كمثال .على الرغم من أن القضية تم تحديدها بالإهمال، فإن وقائع القضية كان يمكن أن تلهم المدعي للمطالبة بالمسؤولية بالإنابة. تفتح القضية بابًا للمعلقين لاستكشاف طرق بديلة لمسؤولية الشركة القابضة.

---

(1) [2005] EWCA Civ 1151, [2006] ICR 327

إن التصرف بالنيابة عن صاحب العمل، والسيطرة، يرتبط أيضًا بهذا المفهوم الأوسع لمسؤولية الشركة .إنه ليس نموذجًا اقتصاديًا للمسؤولية، بل نموذج أخلاقي .هناك مفهوم أخلاقي يدعم عقيدة المسؤولية بالإنابة، حيث عندما أسند دورًا هادفًا لآخر، فإنني مسؤول عن ذلك إذا كان لدي القدرة (القانونية أو الواقعية) على التحكم بالضبط في كيفية قيامهم بهذا الدور (حتى لو لا تمارس هذه القوة ولن تمارسها أبدًا)، ويمكنني ممارسة التحكم الكافي على الجانب اليومي .غالبًا ما يتم استخدام لغة التحكم والتكامل هنا .قد يُطلق على هذا الدور الهادف مؤسسة، على الرغم من أن هذه اللغة يمكن أن تكون مضللة بعض الشيء، حيث أنها تحمل أمتعة مالية غير ضرورية، أو تستورد أفكارًا للمشروع المشترك.

See, P Morgan, ‘Vicarious liability on the move’ 129 LQR(2013) p 139

يشير بيترين في مذكرة قضيته عن Cape إلى أن مبدأ المسؤولية بالإنابة قد يكون أكثر وضوحًا في تحديد المسؤولية . لن يكون هذا على أساس التوظيف، ولكن على علاقة شبيهة بالعمالة ومبررة بنظرية مخاطر المشروع [1] .

عند النظر في الوقائع المحددة لقضيةChandler v Cape ، ليس من الصعب القول بأن تقرير مسؤولية الشركة القابضة يمكن تفسيره إذا كان قائمًا على نظرية مخاطر المشروع. في قضيةChandler ، تسببت الشركة القابضة في إحداث خطر إلحاق الضرر بموظف الشركة التابعة لها، وفي الوقت نفسه كانت الشركة القابضة قادرة على التحكم في هذا الخطر. وكانت الوقائع المحددة: أعمال الشركة القابضة (كيب)، وشركتها التابعة (كيب برودكتس) في نفس المجال ذات الصلة، كانت الشركة القابضة كيب لديها معرفة فائقة بصناعة الأسبستوس، والجوانب ذات الصلة من قضايا الصحة والسلامة المتعلقة بصناعة الأسبستوس ؛ كانت الشركة القابضة Capeتتحكم يومًا بعد يوم في أعمال الأسبستوس التابعة لشركة Cape Products التابعة لها، وعرفت أن بيئة مكان العمل غير الآمنة للشركة التابعة ستؤدي على الأرجح إلى إلحاق الضرر بالموظفين. علاوة على ذلك، تدخلت كيب بانتظام في سياسات الصحة والسلامة للشركة التابعة وتدخلت أيضًا في عمليات التداول الخاصة بها [2] .

استنادًا إلى الظروف المذكورة أعلاه، يمكن إثبات أن الشركة القابضة كانت لديها سيطرة مكثفة على أعمال الشركة التابعة لها، كما استفادت أيضًا من أعمال الأسبستوس التابعة لها .إلى حد ما، يمكن اعتبار أعمال الأسبستوس التابعة لشركتها التابعة بمثابة المؤسسة الخاصة بالشركة القابضة، مما يؤدي إلى حدوث ضرر لموظفي الشركة التابعة لها .وهكذا، في مواقف خاصة مثل هذه، فإن نظرية مخاطر المشروع لها موقفها في تفسير فرض المسؤولية بالإنابة.

(1)[2012] EWCA Civ p 603
(2) Ibid

لقد أثر مفهوم مسؤولية المشروع على عدد من مجالات قانون المسؤولية التقصيرية، لا سيما تعويض العمال ومسؤولية المنتج. ومع ذلك، لا يقال أن مسؤولية المؤسسة أو المشروع هي أساس قانون المسؤولية التقصيرية، أو المسؤولية بالإنابة ؛ بل يعتبر أنه يمكن التذرع بهذا المفهوم عند النظر في معايير المسؤولية بالإنابة. هذا هو الحال بشكل خاص بالنظر إلى الضوء الذي تم إلقاءه على النظرية في القضايا الرائدة. تشير كل من المفاهيم الاقتصادية والأخلاقية لمسؤولية الشركات نحو المسؤولية بالإنابة داخل مجموعات الشركات،حيث تعرض الشركة القابضة للمخاطر الناتجة عن الشركة التابعة، وتتحمل فائدة نجاحها من خلال استخراج إيراداتها ومكاسبها. (١)

يمكننا القول أخيرا، بأن نظرية مخاطر المشروع لها قصورها الخاص في تفسير وجود المسؤولية بالإنابة. يُعتقد عمومًا أن المسؤولية بالإنابة تُفرض لأن المدعى عليه يقدم المؤسسة الخطرة إلى الجمهور بالإضافة إلى الاستفادة من نجاحها. يقتصر نطاق مفهوم "المنفعة" إلى حد ما على الأرباح المالية في معظم الحالات. تظهر الانتقادات لاحقًا على الجانب القائل بأن نظرية مسؤولية المؤسسة ناقصة في تفسير المسؤولية بالإنابة عن المنظمات غير الربحية . على الرغم من أن القضاء الكندي فى

---

(1) See, S Deakin, '"Enterprise-Risk": The Juridical Nature of the Firm Revisited' 32 ILJ, (2003) pp 97, 98

مع ذلك، ينبغي توخي الحذر عند استخدام مسؤولية المؤسسة ذاتها فى قانون المسؤولية التقصيرية لأن الأخيرة أكثر تعقيدًا .علاوة على ذلك، قد تؤدي مسؤولية المؤسسة التي تم تمديدها المنطقي، كما تستخدمه بعض محاكم وكتاب الولايات المتحدة، إلى مسؤولية مشددة عن المنتج، ومسؤولية جماعية، أو مسؤولية المساهم عن أضرار الشركة .يمثل ذلك إعادة كتابة جذرية لقانون المسؤولية التقصيرية وقانون الشركات .وبالتالي، في حين أن مسؤولية المؤسسة قد تشير إلى مسؤولية شركات المجموعة، فإن هذا بحد ذاته لا يمكن أن يكون حاسمًا .وبدلاً من ذلك، فهي مجرد أحد عوامل السياسة التي يجب أخذها في الاعتبار .ومع ذلك، فمع المفهوم الأخلاقي لمسؤولية الشركات الربح لا يكفي بمفرده لإثارة المسؤولية، وإلا سيكون المساهمون أيضًا مسؤولين عن الشركة .مصلحة المستثمر غير كافية، حتى لو كان ذلك المستثمر هو الشركة القابضة.

See, M Dearborn, 'Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups'97 Cal L Rev, (2009) 195

قضية Bazley v Curry توفر استثناءً واحدًا بأن المنظمة غير الربحية مسؤولة بشكل غير مباشر عن أحد موظفيها الذين ارتكبوا سوء السلوك الجنسي لأن المنظمة عززت خطر الضرر، هذا المثال متطرف إلى حد ما وينحرف عن المعايير الأصلية للنظرية القائلة بأن الأشخاص الذين يتمتعون بالمزايا يجب أن يتحملوا أيضًا المسؤوليات. لذلك، ليس من المقنع أن تكون المنظمة غير الربحية مسؤولة بالإنابة بناءً على نظرية مخاطر المشروع. (١)

ثانيا : نظرية الجيوب العميقة والتعويض

كان لملاءة المدّعى عليه، والثروة المحتملة لصاحب العمل كمدّعى عليه، تأثير غير واعي على تطوير المبادئ القانونية، التي تشمل مبدأ المسؤولية بالإنابة. لقد عرفنا أن الأساس المنطقي لمخاطر المشروع تم تقديمه بغرض تحقيق التوازن بين الفوائد التي تمتلكها المؤسسة والتكاليف الاجتماعية التي يجب أن تدفعها. بشكل مختلف، تعتبر الجيوب العميقة ونظرية التعويض كأسباب أساسية للمسؤولية بالإنابة مبادىء تعزز من موقف المدعين الأبرياء. تضمن القواعد أن المدّعين الأبرياء لديهم مدّعى عليه مليء. مقارنة بالموظفين، فإن أرباب الأعمال لديهم جيوب عميقة، وهم في وضع يسمح لهم بتقديم تعويضات مرضية أو للتأمين ضد المسؤولية القانونية. شدد فليمنج على أن "السيد هو مصدر واعد للتعويض و المكافأه أكثر من خادمه(تابعه) الذي هو أكثر ميلا على أن يكون رجلًا من القش". جادل بعض فقهاء القانون أنه: "إذا لم تكن هناك مسؤولية بالإنابة (مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه)، فإن الكثير من مبادىء قانون المسؤولية التقصيرية ستكون مضطربة، لأنه سيكون من غير العملي (والتبذير) لكثير من الموظفين لتأمين أنفسهم ضد المسؤولية المتكبدة في العمل (٢)

---

(1) See, Robert Stevens, Torts and Rights (1st end, OUP Oxford 2007) p. 259.

(2)See,Howarth D and others, Hepple and Matthews' Tort Law (17th edn, Hart Publishing 2015). p.1067 see also Fleming J, The Law of Torts (9th edn, LBC Information Services 1998). p339 See Peel E and Goudkamp J, Winfifeld and Jolowicz on Tort (19th edn, Sweet& Maxwell Press 2014).p642

تم اعتبار نظريات التعويض والجيوب العميقة كأسباب أساسية لتبرير المسؤولية بالإنابة في العديد من الظروف الخاصة مثل المسؤولية بالإنابة عن منظمة غير ربحية، والمسؤولية بالإنابة عن أفعال الموظف المتعلقة بالانتهاكات الجنسية .على سبيل المثال، في قضيةBazley ، التي واجهت غياب السوابق، وجدت المحكمة العليا الكندية أن المسؤولية غير المباشرة ؛ كان مبررًا فرضها ومجالها التقليدي عن طريق التعويض والردع والخسارة.

في الممارسة القانونية، المبررات التي أوضحتها المحاكم لفرض المسؤولية بالإنابة مختلفة. وهم يعتمدون بشكل عام على وقائع كل حالة على حده، وما تؤكده المحكمة. عندما لا تجد المحاكم سابقة للإشارة إليها، لغرض شرح وجود المسؤولية القانونية، فإنها تحاول تطبيق الأساس المنطقي الأكثر صلة بالوقائع. قد تكون نظرية التعويض والجيوب العميقة أكثر الأسباب إقناعاً للمسؤولية بالإنابة للشركة القابضة. تمامًا كما هو الحال في قضيتى Bazley وLister ، حيث لم يعد من الممكن رفع دعوى قضائية على الموظف الذي يرتكب الفعل التعسفي أو أصبح معسراً، فإن الوصول إلى "جيب أعمق" وتعويض أفضل يمكن أن يدفع المطالبة ضد صاحب العمل. وبالمثل، فإن الغرض من التعويض المرضي والسعي إلى "جيوب عميقة" يبرر مسؤولية الشركة القابضة بالإنابة عن أضرار شركتها التابعة المعسرة (١)

ومع ذلك، فإن نظريتا التعويض العادل و "الجيوب العميقة" توفر فقط دعما إضافيا لفرض المسؤولية بالنيابة على الشركة القابضة. ولا يمكن لهاتين النظريتين أن تبررا بشكل كافٍ المسؤولية بالإنابة وحدها. يُعتقد أن نظرية الجيوب العميقة تفشل في توضيح سبب عدم تطبيق قانون المسؤولية بالإنابة المعترف به على جميع الحالات في تحديد المسؤولية بالإنابة لجميع أصحاب العمل. بالإشارة إلى تعليق لـ Philip Morgan، فإن نظرية الجيوب العميقة غير قادرة على شرح خصائص المسؤولية

(1) Lister v Hesley Hall Ltd [2001] UKHL 22 also, Bazley v Curry, [1999] 2 SCR 53

بالإنابة بحد ذاتها [١]. وسيكون نفس الأمر بالنسبة لنظرية التعويض العادل. يجب أن تؤخذ أسباب السياسة كلها في الاعتبار لتفسير وجود المسؤولية بالإنابة. وبهذا المعنى، لا يمكن أن تكون هاتان النظريتان هما العاملان الحاسمان لتطوير قاعدة مبدئية في مواقف المجموعة، ولكنهما يوفران دوافع تساعد جزئياً على تنميتها. [٢]

ثالثا: نظرية نشر الخسائر

يمكن تبرير المسؤولية بالإنابة بأنها تعمل كأداة لنشر الخسارة، حيث يمكن أن تنتشر الخسارة الاقتصادية الناتجة عن أفعال الموظف التعسفية بطرق متعددة، مثل التأمين .بالمقارنة مع الموظفين، فإن أصحاب العمل قادرون على تحويل الخسائر بسهولة أكبر من خلال التأمين أو تنظيم أسعار السلع والخدمات. بشكل عام، سيتم توزيع تكلفة المسؤولية عن طريق زيادة أسعار السلع أو الخدمات .لذلك يُعتقد أنه في معظم الحالات، لا يتعين على صاحب العمل الذي يتحمل المسؤولية بالإنابة عن أخطائه التي ارتكبها موظفه أن يدفع من أمواله عملياً [٣] .

في سياق مجموعات الشركات، يمكن لنظرية انتشار الخسائر أيضًا أن تبرر وجود المسؤولية بالإنابة. في حالة أرباب العمل في الشركة، سيتم توزيع تكلفة الالتزامات على فترة من الزمن للمجتمع بأكمله. كما ذكر أعلاه، يتم توزيع المسؤولية عادة بفرض سعر أعلى على المستهلكين. ومع ذلك، ليس كل المستهلكين من الأفراد. عندما تلعب الشركة دور صاحب العمل، فإنها تنشر التكلفة على المستهلكين. عندما تلعب المؤسسة التجارية دور المستهلك، فإنها قادرة على توزيع التكلفة بدورها، عن طريق شراء منتجات وخدمات صاحب عمل آخر أثناء توريد السلع والخدمات بأنفسهم . وبهذه الطريقة، يتم توزيع مبالغ كبيرة على الجمهور. علاوة على ذلك، فإن الشركة القابضة قادرة على دفع أقساط التأمين، وترتيب ديونها الداخلية. في بعض الأحيان

---

(1)see, Morgan,op cit, p291

(2)See, Klar LN, Tort Law (5th edn, Carswell 2012)p.675

(3)See,Mark Lunney and Ken Oliphant, Tort Law Text and Materials, (5th edn, OUP 2013) p 802.see also, Klar ,op cit p. 674. See also, Horsey K, Tort Law (3rd edn, OUP 2013). p.56

تكون الشركة القابضة نفسها قادرة على العمل كمؤمن ذاتي. وذلك لأن الشركات الكبيرة لديها القدرة على استيعاب تكلفة المسؤولية داخليًا، عن طريق تقليل أرباح المساهمين، وزيادة الأجور للموظفين. وهكذا، في الممارسة العملية، يمكننا القول أن تكلفة المسؤولية للشركة القابضة يمكن توزيعها داخليًا وخارجيًا. إنها فعالة إلى حد ما في توزيع الخسائر والمخاطر عبر الشركة القابضة، بدلاً من شركة تابعة معسرة. بالإضافة إلى ذلك، يجادل فيليب مورجان أنه بناءً على نظرية انتشار الخسارة، فإن تطبيق المسؤولية بالإنابة في حالة المجموعة "يتحايل على استراتيجية إثبات الحكم من خلال إيجاد مسؤول مليء ومؤمن آخر(1) .

ينطوي نشر الخسارة على توزيع تكلفة المسؤولية على مجموعة كبيرة، على مدى فترة من الزمن . قد يحدث هذا في سياق الشركة من خلال التأمين، ومن خلال تمرير تكلفة الأقساط إلى المستهلكين من خلال ارتفاع الأسعار، والمساهمين من خلال تخفيض الأرباح الموزعة و الموظفين من خلال تخفيض الأجور.

من المقبول أنه بالمقارنة مع الشركة التابعة المعسرة، تكون الشركة القابضة أكثر احتمالاً وقادرة على توزيع الخسارة .ومع ذلك، على غرار المبررات الأخرى، لا يمكن لنظرية انتشار الخسارة وحدها أن تثبت المسؤولية بالإنابة .من غير المقبول جعل الشركة القابضة مسؤولة بشكل غير مباشر عن شركتها التابعة فقط لأن الشركة القابضة لديها قدرة أقوى على نشر الخسارة.

علاوة على ذلك فإن نظرية نتشر الخسارة في حد ذاتها، لا يمكن أن تؤدي إلى تفسير قانون المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية بالإنابة: فهي لا تفسر النطاق الضيق للإصابات التي تغطيها المسؤولية التقصيرية، ولا يمكنها أن تفسر سبب وجود متطلبات لخرق واجب تعويض الخسائر، ولا لماذا يجب على مرتكب الفعل الضار أن يدفع، ولماذا تتطلب المسؤولية بالإنابة نفسها الضرر .إذا كان نشر الخسارة هو هدف الضرر، فمن الواضح أن هناك أنظمة أخرى أكثر فاعلية يمكن استخدامها . غالبًا ما

(1) See, Mark Lunney and Ken Oliphant, op cit, p 802.see also, Morgan, op cit, p.292

يتم اعتماد أنظمة نشر الخسارة كبدائل عن الضرر . في الواقع، تشير نظرية نشر الخسارة نقاطًا نحو العدالة التوزيعية، بدلاً من نموذج العدالة التصحيحية للتعويض [١] .

رابعا : نظرية الردع

تم إدراج الردع في السوابق القضائية كأحد أهم الأسباب الأساسية للمسؤولية بالإنابة. اعتبر فليمنج في كتابه أن أمرين رئيسيين هما قلب المسؤولية بالإنابة:١- فرض علاج عادل وعملي للضرر؛ ٢-ردع الضرر المستقبلي[٢]. فى قضية London Drugs [٣] حددت المحكمة العليا الكندية ثلاثة أمور لتشمل التعويض والردع والخسارة . في قضيةBazley ، حددت المحكمة العليا في كندا مبدأين أساسيين "التعويض العادل والمنصف" و "الردع" للمسؤولية بالنيابة . تبرر هذه النظرية المسؤولية بالإنابة من خلال توضيح أن أصحاب العمل في أفضل وضع للحد من الحوادث الناشئة في مكان العمل، والأضرار المتعمدة للموظفين من خلال التنظيم الفعال والانضباط و الإشراف. تمنع المسؤولية بالإنابة حدوث المخالفات عن طريق ردع أصحاب العمل عن المشاركة في المشاريع الخطرة، ومن توظيف العمال عديمي الخبرة، ومن التغاضي عن بيئة مكان العمل غير الآمنة. لا ينبغي أن يفاجأ أرباب العمل الذين لا يشجعون الموظفين على الاهتمام عن كثب بالإجراءات الخطرة وسلامة الآخرين، أو الذين يفشلون في توفير الإشراف المناسب في الأعمال الخطرة، عند تحمل المسؤولية بالإنابة.

إن مبدأ المسؤولية بالإنابة يردع الأضرار المستقبلية عندما تفشل المبادىء الأخرى في القيام بذلك .على سبيل المثال، قد لا يكون الفشل في العناية ببيئة العمل

(1) See, P Cane, Atiyah's Accidents Compensation and the Law (8th edn, Cambridge University Press, 2013), p.413

(2) Fleming J, The Law of Torts (9th edn, LBC Information Services 1998)p410

(3) [1992] 3 SCR 299 (SC Can) [45].

كافياً للوصول إلى واجب رعاية مباشر ضد صاحب العمل .كما لاحظ ويلكينسون ج في حكم محكمة الاستئناف بكندا.(١)

"إذا كان لابد من القضاء على آفة الافتراس الجنسي، أو على الأقل السيطرة عليه، يجب أن يكون هناك دافع قوي يعمل على أولئك الذين يسيطرون على المؤسسات المشاركة في رعاية الأطفال وحمايتهم ورعايتهم .في رأيي أن هذا الدافع لن يتم توفيره بشكل كافٍ من خلال احتمال المسؤولية في الإهمال .في كثير من الحالات سنفتقر إلى الأدلة أو تكون قد اختفت منذ فترة طويلة .إن إثبات المعايير المناسبة أمر صعب وغير متكافئ"

إن اتجاهات المسؤولية القائمة على خطأ مثل مسؤولية الإهمال، تحتاج إلى مزيد من التحقيقات حول الأدلة الداعمة .على النقيض من ذلك، باعتبارها إحدى فئات المسؤولية المشددة (٢)، من السهل تحقيق المسؤولية بالإنابة لأرباب العمل، وبالتالي،

---

(1) Ibid p. 32

(٢) تعد المسؤولية بالإنابة نوعًا من المسؤولية المشددة. فالمسؤولية بالإنابة هي المسؤولية المنسوبة إلى صاحب العمل عن الضرر الذي ارتكبه الموظف عندما ارتكبه في سياق عمله (في كثير من الأحيان تعتبر المسؤولية بالإنابة فقط مسؤولية صاحب العمل لموظفيه) . يعتبر هذا شكلاً من أشكال المسؤولية المشددة، لأن صاحب العمل "البريء" يتحمل المسؤولية عن خطأ موظفيه. وكما أوضح أوزبورن، فإن المسؤولية بالإنابة "توصف بأنها مشددة لأنها لا تتطلب أي دليل على الإساءات الشخصية من قبل الشخص الخاضع لها". ويذكر ادامز أن "المسؤولية بالإنابة هي شكل من أشكال المسؤولية المشددة، حيث أن أرباب العمل يتحملون المسؤولية عن الأفعال التقصيرية للموظفين دون دليل على أي خطأ من جانب صاحب العمل". في الواقع، توصف المسؤولية المشددة بأنها مسؤولية بدون خطأ،ويشار أيضًا إلى المسؤولية المشددة على أنها مسؤولية موضوعية أو مسؤولية مخاطر، مما يعني أن المسؤولية يجب تحديدها بشكل مستقل عن سلوك مرتكب الفعل الضار.

Osborne P.H. The Law of Torts 2nd ed., Toronto, Carswell (2003),p 405 see also

Waddams S.M., Dimensions of Private Law, Cambridge University Press, United States of America, New York(2003)p.55

تشجع أصحاب الأعمال بشكل فعال على رعاية أفضل للموظفين وعملهم، وبالتالي تقليل الأضرار المستقبلية. [(١)].

ومع ذلك، فإن هذه النظرية لاتخلوا من النقد .فلا يمكن دائمًا الوصول إلى هدف الردع عمليًا .لا يجعل القانون أصحاب العمل مسؤولين بالإنابة عن جميع الأضرار الناتجة عن أخطاء موظفيهم .ينبغي النظر في شرط "اتصال وثيق ."وبهذه الطريقة، لن يتحمل أرباب العمل المسؤولية إذا لم تكن أضرار الموظفين مرتبطة ارتباطًا وثيقًا بالتوظيف .كما لاحظت المحكمة في قضيةBazley ، "عندما لا ترتبط المسؤولية بالإنابة ارتباطًا وثيقًا وماديًا بالمخاطر التي يقدمها أو يعززها صاحب العمل، فإنها لا تخدم أي غرض رادع، وتحيل صاحب العمل إلى حالة شركة التأمين غير الطوعي [(٢)]
.

عموما، يُنظر إلى هدفي السياسة المزدوجة المتمثلان في التعويض العادل والردع على أنهما دافعين مهمين لتطوير المسؤولية بالإنابة. تدعم نظرية الردع بالتأكيد مسؤولية الشركة القابضة بالإنابة عن أضرار شركتها التابعة المعسرة عندما تكون العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة قريبة من العمل ويرتبط الضرر ارتباطًا وثيقًا بهذه العلاقة. عند النظر في معظم القضايا المتعلقة بالصناعات الخطرة التي تشارك فيها مجموعات من الشركات، مثل القضايا المتعلقة بCape، نجد أنه من الضروري تحذير هذه الشركات لرعاية الموظفين الذين يعملون في أماكن عمل غير آمنة، والغير الذى قد يتأثر بهذه الصناعات. وهي ليست مجموعة نادرة من القضايا التي تدخل فيها الشركة التابعة في الإعسار وتترك أعداد كبيرة من الدائنين دون تعويض. يسرد Philip Morgan ثلاثة أسباب تجعل وضع دائني الضررغير المدفوع لهم التعويضات من شركات المجموعة منتشرًا للغاية ويحتاج إلى اهتمام **أولاً**، إن المؤسسات التي تنطوي على صناعات خطرة، في كثير من الحالات، أعادت هيكلة نفسها عمداً للهروب من مطالبات التعويض. **ثانيًا**، تؤدي مطالبات التعويض ضد

(1)See,Lunney M and Oliphant K, op cit p804
(2) Tetiana Kravtsova &, Ganna Kalinichenko, op cit .p.687
[1999] 2 SCR 538

شركات المجموعة المتعلقة بالأضرار البيئية مثل انسكابات النفط وتلوث الأسبستوس دائمًا إلى التقاضي الذي يؤثر بشدة على الشركات الفرعية المؤمن عليها. **ثالثاً**، قد يكون من الصعب تحديد أصحاب العمل في الشركات الكبيرة، مما يجعل من الصعب على المطالبين بالتعويض تقديم أدلة. على وجه التحديد لهذه القضية القانونية المنتشرة، فإنه من الملح بالفعل الدعوة إلى اتباع نهج لردع الأضرار المستقبلية. إن توسيع نطاق المسؤولية بالإنابة على الشركات القابضة في ظروف معينة من شأنه أن يلبي هذه الحاجة (١)

خامسا : نظرية التحكم أو السيطرة و ملاءمة المرافعة

في وقت من الأوقات، كان يُعتقد أن السيطرة بين أصحاب العمل والعاملين أدت إلى مسؤولية غير مباشرة عندما يفشل صاحب العمل في منع حدوث الأضرار . كان هذا الاعتقاد منتشر إلى حد ما في الوقت الذي كانت فيه علاقات العمل عادة ما تنشأ بين أصحاب المصانع والأيدي غير الماهرة . ومع ذلك، في بيئة العمل الحالية، لم يعد أرباب العمل يتحكمون في طريقة العمل. لذا فإن نظرية السيطرة هنا ناقصة في تبرير علاقة العمل. الآن تغيرت أهمية السيطرة من أساليب التحكم في العمل إلى توجيه ما يفعله الموظف . تم تصميم نظرية التحكم كأساس واحد للمسؤولية بالإنابة من أجل المدعين الأبرياء. يجب على أصحاب العمل قبول عبء العمل الذي سيطروا عليه لمصلحتهم الخاصة. بدلاً من ذلك، يُفترض أن الشخص الذي في موقع السيطرة على الآخرين قد يكون في أفضل وضع لتقديم تعويضات ونشر الخسائر أيضًا. علاوة على ذلك، سيحفز هذا الطرف الملتزم على توخي الحذر فيما يتعلق بالمخاطر التي يتم إدخالها من المنشأة الخاضعة لسيطرته. (٢)

ومع ذلك، وبدلاً من كونه تبريرًا، فقد تم تطوير مفهوم التحكم تدريجيًا كاختبار لتحديد "متطلبات الاتصال" لتحديد المسؤولية بالإنابة. أثرت أسس السيطرة

(1) Morgan,op cit, p295

(2) See,Peel E and Goudkamp J, Winfifeld and Jolowicz on Tort (19th edn, Sweet & Maxwell Press 2014).p.645 See also Giliker P, Vicarious Liability in Tort (2nd edn, Cambridge University Press 2013). p244,

على تفسير شروط المسئولية بالإنابة . عند النظر في موقفها المعقد، يمكن اعتبار مفهوم السيطرة بشكل أفضل أحد الأسباب المهمة، ولكنها ليست ضرورية للمسؤولية بالإنابة. ومع ذلك، قد يكون سببًا جيدًا لمسؤولية الشركة القابضة بالإنابة في سياق مجموعات الشركات. في عدد من الحالات، حيث تدير مجموعة من الشركات نفس الأعمال ولديها اتصالات وثيقة، فإن مفهوم السيطرة مهم بشكل خاص في فرض المسؤولية. على سبيل المثال، في حالةChandler v Cape ، حافظت الشركة القابضة على مستوى كبير من السيطرة على أعمال الأسبستوس التابعة للشركة التابعة، بما في ذلك الإشراف على تصنيع المنتجات وتطويرها، ولديها ممارسة التدخل في قضايا التداول، والتمويل، وتمويل الإنتاج. إذا كانت الشركة القابضة لديها مثل هذا المستوى الكبير من السيطرة على الشركة التابعة، فليس من غير المعقول أن نفترض أن الشركة القابضة لا يجب أن تتحمل مسؤولية معينة عن الأضرار ذات الصلة للشركة التابعة. هذا لأنه من خلال السيطرة المشددة اليومية على الشركة التابعة، تعمل الشركة القابضة على أنها سيد بالمعنى التقليدي، ويجب أن تتحمل عبء العمل الذي تسيطر عليه [١].

المبرر العملي الآخر للمسؤولية بالإنابة، وخاصة في سياق مجموعة الشركات، هو نظرية ملاءمة المرافعة .عندما يكون من الصعب تحديد جهة التعويض، أو لم يعد من الممكن رفع دعوى ضد مرتكب الفعل الضار، فإن مبدأ المسؤولية بالإنابة سيكون نهجًا فعالًا لتقديم التعويض وتقليل تكاليف التقاضي .في بعض الأحيان، يكون من الصعب تحديد من هو المخطئ، ولكن يمكنك بدلاً من ذلك تحديد الموظف المسؤول.

ملاءمة المرافعة، الذي يُطلق عليه أحيانًا "نظرية الأدلة"، هو مبرر للمسؤولية بالإنابة، على الرغم من أنه قد لا يكون حاسمًا في تطبيق المبدأ في المواقف الجماعية . لكنه يشرح التمديد جزئيا .إذا تم تقديم المسؤولية بالإنابة لحالة المجموعة حيث تكون العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة أقرب إلى العمل، فلن يضطر ضحية الضرر لدى شركة تابعة معسرة إلى القلق بشأن تحديد مرتكب الفعل الضار، ومسألة

(1)See Giliker P,op cit,p244

الاختصاص عندما تكون مجموعة شركات عبر وطنية .يمكن لمطالبي الضرر أن يقاضوا الشركة القابضة بملاءمة المرافعة .

اقترح فيليب مورجان وضعًا آخر حيث تشير نظرية الأدلة / المرافعة الملاءمة إلى المسؤولية بالإنابة في مجموعات الشركات. تشرح هذه النظرية ضرورة توسيع نطاق المسؤولية بالإنابة في مجموعات الشركات على أساس بعض المشاكل المشتركة للمرافعة الجماعية . من الشائع أن يعمل موظفو مجموعة الشركات على العديد من المشاريع معًا. عندما يرتكب الضرر من قبل مجموعة واحدة من مجموعة صغيرة من الموظفين العاملين في نفس المشروع، فمن الصعب تحديد صاحب العمل المسؤول . مثال آخر هو أن موظفي شركات مختلفة من مجموعة شركات واحدة يعملون في نفس المشروع، ويرتكب أحدهم أو بعضهم فعلا ضارا، مثل الإهمال، ولكن من غير المعروف من يقوم بالعمل غير المشروع. في هذه الحالة، من المستحيل مقاضاة أي صاحب عمل / شركة فردية داخل المجموعة . ويفترض مورجان أنه إذا تم قبول المسؤولية بالإنابة في حالة المجموعة، يمكن حل المشكلة عندما يثبت أن "الشركة القابضة التي تحكم عملية المشروع وجميع الكيانات المحتملة ضمن علاقة كافية للمرحلة الأولى من المسؤولية بالإنابة. " مورجان يوفر بعض المواقف المحتملة حيث يكون من المناسب مقاضاة الشركة القابضة إذا تم تمديد المبدأ. ومع ذلك، قد تنشأ مخاوف جديدة مثل صعوبة تحديد سيطرة الشركة القابضة على المشروع الذي يقوم به موظفو العديد من الشركات التابعة.[١]

بعد أن انتهينا من دراسة النظريات التى تقوم عليها مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه كأساس لتقرير مسؤؤولية الشركة القابضة عن الأضرار التاتجة عن أخطاء شركاتها التابعة نرى أنه من المناسب أن نعرض لبعض المخاوف التى قد تثار بشان النظريات السابق التعرض لها.

(1) See, Morgan , op cit p286

مخاوف بشأن مبررات وضع مجموعة الشركات

تتوافق المبررات التي تمت مناقشتها أعلاه مع تطور المبدأ في الدول المختلفة. وقد أكدت المحكمة العليا الأسترالية بشكل خاص في قضية Hollis، (١) نظرية الردع في الحد من الحوادث والمخاطر الإضافية. وفي قضية New South Wales، (٢) كانت المخاطر، وتوزيع الخسائر، والتعويضات، والوقاية من المخاطر قد تم تبنيها جميعًا على أنها عوامل ذات صلة.كما اعتبرت المحاكم الإنجليزية نظرية مخاطر المشروع ونشر الخسائر والتعويضات هي الأسباب الأساسية الأكثر صلة. وقد تم تسليط الضوء على هذه المبررات في قضية (٣) Listerالشهيرة و في قضية Dubai Aluminium. (٤) وفى القضية الرائدة الحديثة لـCCWS (٥)، تم استخدام نظرية مخاطر المشروع بشكل خاص لتوسيع مفهوم "نطاق التوظيف". ويشير هذا إلى أن المبررات الكامنة وراء المسؤولية بالإنابة ذات أهمية أو قلق عملي كبير . تبدأ المحاكم في بعض الأحيان من تفسير المبررات الأساسية لجعل المبدأ قادر على التكيف والتطوير لتلبية الاحتياجات الاجتماعية الجديدة. تقدم السوابق القضائية أمثلة لتوسيع نطاق المبدأ من خلال الموازنة بين مصالح السياسة. ووسعت المحاكم الإنجليزية المسؤولية عن الأضرار المتعمدة، كما وسعت معنى "صاحب العمل" و "الموظف" من خلال الإشارة إلى نظرية مخاطر المشروع. عند الرجوع إلى الحجج المقدمة أعلاه، يجب أن نعترف بأن المبررات الأولية والتكميلية معًا، قادرة على تبرير المسؤولية بالإنابة لشركات المجموعة .

ومع ذلك، هناك بعض المخاوف، بشأن ما إذا كانت هذه الأسباب لتمديد المسؤولية في حالة المجموعة ستتعارض مع مبادئ المسؤولية المحدودة والشخصية القانونية

(1) Hollis v Vabu Pty Ltd [2001] HCA 44, (2001) 207 CLR 21 [53].
(2) New South Wales v Lepore [2003] HCA 4, (2003) 212 CLR 511 [44].
(3) Lister v Hesley Hall Ltd [2001] UKHL 22
(4) Dubai Aluminium Co Ltd v Salaam [2002] UKHL 48.
(5) The Catholic Child Welfare Society & Ors v Various claimants & Ors [2012] UKSC 56

المستقلة للشركة. إنه ليس مقنعًا بأنه يمكن اعتبار الشركة القابضة مسؤولة مسؤولية مشددة عن الافعال الضارة لشركتها التابعة فقط لأسباب اجتماعية. كل سبب، مثل مخاطر المشروع، وانتشار الخسائر، والتعويض، والردع، والسيطرة، و ملاءمة المرافعة، للمسؤولية بالإنابة للشركة القابضة في الواقع يتعارض مع مبادئ المسؤولية المحدودة والشخصية القانونية المستقلة. عندما يتم تأسيس الشركة، يتم التعامل معها على أنها كيان قانوني منفصل ومميزعن مؤسسيها ومديريها وأعضائها وموظفيها، وبالتالي، نشأ مفهوم حجاب الشركة، الذي يفصل بين هذه الأطراف وبين الشخصية الاعتبارية. تم وصفه بأنه "الأكثر شيوعًا بين المبادئ الأساسية لقانون الشركات"، والذي يشكل مبدأ الأساس الذي تعتبر الشركة بناء عليه "شخصًا" متميزًا عن المساهمين الذين يشكلونه. يمكن تبرير مفهوم الشركة كشخصية قانونية منفصلة من خلال مساهماتها الاقتصادية ووظائفها الاجتماعية ومنطق السياسة من الصعب تحديد المسؤولية المشددة للشركة القابضة تجاه الشركات التابعة لها دون أي خطأ ولكن فقط بناءً على أسباب اجتماعية. حتى أكثر النظريات إقناعاً وهى نظرية مخاطر المشروع لا يمكنها القيام بذلك. توضح نظرية مخاطر المشروع بما أنه سلوك تجاري فلا مناص منه أن يتصرف الموظفون أو الوكلاء نيابة عن أصحاب العمل أو مديريهم وقد يتسببون في أضرار لأطراف ثالثة، فمن المعقول أن يتحمل أصحاب العمل أي خسائر ناجمة عن تلك الأنشطة، ويقبلون تلك المخاطر وتحمل المسؤولية القانونية عنها. ومع ذلك، لا يمكننا أن نفترض أن الشركة القابضة يجب أن تتحمل المسؤولية القانونية لأن أنشطة الشركة التابعة تساهم بمزايا كبيرة للشركة القابضة.. وبالمثل، لا يكفي تحديد المسؤولية المشددة دون أي خطأ على الشركة القابضة فقط لمنع الحوادث في المستقبل، أو لتحقيق تعويضات الضحايا، أو توزيع الخسائر. إلى أي مدى قد تضطر الشركة القابضة البريئة إلى دفع ديون شركتها التابعة؟ من الصعب للغاية رسم الخط. الاستنتاج الوحيد الذي نتوصل إليه هو أن المبررات الاجتماعية قادرة على تقديم أسباب لفرض المسؤولية غير المباشرة للشركة

القابضة بطريقة ثانوية. (١) ولكن يجب أن تتمتع المبادئ القانونية بدرجة عالية من الوضوح والتعريف، كما تم التعبير عنها من خلال قضيةLister :

"عرض أسباب السياسة لقاعدة ما ليس هو نفسه تحديد معايير تطبيقها .يجب أن تتمتع القواعد القانونية بدرجة أكبر من الوضوح والتعريف أكثر مما يتم توفيره من خلال شرح أسباب وجود القاعدة والحاجة الاجتماعية لها، على الرغم من أن ذلك قد يكون مفيدًا." (٢) فقط في الظروف التي تكون فيها العلاقة بين الشركة القابضة وشركتها التابعة "أقرب إلى العمل" (٣)، يمكن أن توضح الأسباب المنطقية للمسؤولية تجاه الشركة القابضة كما قلنا سابقًا. عندما تكون الشركة القابضة في حالة معينة تعمل كصاحب عمل، ويكون موظف الشركة التابعة قريبًا من موظف الشركة القابضة، فمن

(1) See, Goddard D, 'Corporate Personality - Limited Recourse and its Limits', in R Grantham and C Rickett (eds), Corporate Personality in the 20th Century (1st edn, Hart Press 1998)p.11 see also Sealy op cit p,33

(2) [2001] UKHL 22

(٣) بموجب قانون العمل، لا يمكن للشركة أن تكون موظفة .ولكن هذا لا يهم لأغراض المسؤولية بالإنابة" .العمل" في المسؤولية بالإنابة ليس بالضرورة "عمل" لجميع الأغراض الأخرى .تأتي العديد من الاختبارات المستخدمة لتحديد الوضع الوظيفي للمسؤولية بالإنابة من مجالات أخرى من القانون . هذه المجالات لديها سياسات مختلفة للمسؤولية بالإنابة ؛ على سبيل المثال، تختلف سياسة من هو موظف لأغراض التأمين الوطني عن سياسة من هو موظف لأغراض الصحة والسلامة، والتي بدورها لديها سياسة مختلفة للمسؤولية بالإنابة .في JGE ضد The Trustees of Portsmouth Roman Catholic Diocesan Trustحيث أوضحت المحكمة أن "التوظيف" لأغراض المسؤولية بالإنابة قد انفصل عن "العمل" في سياقات أخرى، مثل الضرائب والفصل غير العادل والتمييز الجنسي.

وفقًا لما ورد في حكم المحكمة فى قضيةJGE ، يركز التوظيف في المسؤولية بالإنابة على الوظيفة بدلاً من الشكل . لكي تكون موظفًا لأغراض المسؤولية بالإنابة، ليست هناك حاجة إلى عقد عمل مع صاحب العمل، كما هو موضح من قبل فى قضايا المسؤولية بالإنابة، حيث يُعتبر الكيان مسؤولاً بالإنابة عن الفاعل الذي لا تربطه به علاقة تعاقدية. في الواقع ليست هناك حاجة لعقد على الإطلاق لبدء المسؤولية بالإنابة، كما يظهر من خلال مبدأ "أقرب إلى العمل" المتطور [2012] EWCA Civ 938, [2013] QB 722

الصعب القول أن تطبيق المسؤولية بالإنابة أمر مستحيل. يتم إجراء المسؤولية بالإنابة لفرض المسؤولية على أساس العلاقات. إلى حد ما، فإن توسيع المسؤولية بالإنابة لحالة المجموعة يؤكد على أن الأطراف المختلفة في علاقة عمل، لأنه يوفر الفرصة لجعل الكيان القانوني مسؤولًا بالنيابة عن شخص اعتباري آخر. كما جادل مورغان:

"مثل هذا المبدأ يحترم التصور القانونى القائل بأن الشخص الاعتباري له هوية قانونية منفصلة، ويأخذها إلى عواقبها الطبيعية .والواقع أنه سيجعل الشخص الاعتباري أشبه بالشخص الطبيعي – وبالتالي يحترم هذا المبدأ الأساسي لقانون الشركات ويأخذه إلى نهايته المنطقية." (١).

نحن نفترض أن الشركة القابضة لا يمكن أن تكون مسؤولة بالإنابة عن جميع الأضرار الناتجة عن أخطاء الشركات التابعة لها لأسباب سياسية وراء شخصية الشركة، ولكن في ظروف معينة حيث يوجد علاقة قريبة من العمل، قد يكون التمديد مناسبًا. وتجدر الإشارة إلى أن المحاكم الإنجليزية قبلت مقدارا معينا من الإهمال لتقديم أساس للمسؤولية المباشرة للشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة لها في حالات معينة. لا يعتبر نهج قانون المسؤولية التقصيرية هذا غير متسق مع مبدأ المسؤولية المحدودة والشخصية القانونية المستقلة لذا قد نتساءل عن مدى إمكانية وجود مبدأ قانونى آخر لقانون المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية بالإنابة في إنشاء مسؤولية الشركة القابضة. كما هو معروف جيدًا، بموجب مبدأ قانون الشركة المتمثل في اختراق الحجاب، يمكن اعتبار الشركة القابضة مسؤولة عن ديون الشركة التابعة لها في ظروف معينة بناءً على خطأ الشركة القابضة. كما هو موضح في قضية اختراق الحجاب الرائدة الحيثة لشركةPerst ، و السابق الإشارة إليها، فإن الظرف الوحيد لاختراق الحجاب هو حيث يكون المدعى عليه تحت مسؤولية قانونية أوالتزام قانوني قائم، وبالتالي فإن المدعى عليه يتهرب عمداً من الالتزام عن طريق إنشاء شركة الواجهات التي يسيطر عليها. هذا يشير إلى أنه على الرغم من أن المحاكم الإنجليزية

(1) See, Morgan ,op cit p.289

مترددة في اختراق حجاب الشركة لغرض الامتثال لمبدأ المسؤولية المحدودة والشخصية القانونية المستقلة، إلا أنها تعترف بحالات استثنائية.

نخلص الآن إلى أن مبررات المسؤولية بالإنابة قادرة على تفسير امتداد المبدأ في حالة المجموعة فقط عندما تكون العلاقة بين الشركة القابضة وشركتها التابعة "أقرب إلى العمل"، وأن الفعل الضار للشركة التابعة يرتبط ارتباطًا وثيقًا بهذه العلاقة .

المطلب الثانى

إمكانية تطبيق اختبارات المسؤولية بالإنابة في سياق مجموعة الشركات

لقد تطور مبدأ المسؤولية بالإنابة في المسؤولية التقصيرية مع مرور الوقت لتلبية الاحتياجات الاجتماعية .إنه مبدأ يلعب دوراً هاماً في تقديم تعويضات لضحايا الضرر .اعترفت بولا جيليكر في كتابها بما يلي:

"وبالتالي، فإن المسؤولية بالإنابة هي حل وسط: آلية قانون خاص تسعى إلى توفير حلول لاحتياجات الضحايا وتعكس زيادة الوعي بضرورة الاستجابة للمخاطر التي يشكلها التصنيع والتقدم التكنولوجي على المجتمع". (١) .

يعتقد أن المسؤولية بالإنابة تستمر في التطور والتغير بما يتوافق مع التطور المستمر للقيم الاجتماعية. يُطرح السؤال حول ما إذا كان شخصًا قانونيًا قادرًا على أن يكون مسؤولًا بشكل غير مباشر عن ضرر شخص قانوني آخر في سياق هياكل شركة المجموعة الحديثة وسلوكيات الشركة. تعطينا المحاكم الإنجليزية أسبابًا للنظر في توسيع نطاق المسؤولية بالإنابة عن طريق البحث عن نطاق أكثر سخاء لمفهوم "أثناء العمل" ومعنى أوسع للعلاقة التي تؤدي إلى المسؤولية بالإنابة خارج الشكل التقليدي لعلاقات العمل. فيما يتعلق بمشكلة المسؤولية بالإنابة عن شركات المجموعة، على الرغم من عدم وجود تعليمات واضحة بشأن السوابق القضائية والتعليقات القانونية الكافية، فإن قرارات المحاكم السابقة والتطورات الأخيرة تساعد كثيرًا. في سياق مجموعة الشركات، هناك حالتان مختلفتان. إحداها أن الشركة القابضة تقاضي بسبب خطأ موظفي شركة تابعة واحدة. في هذه الحالة تكون، المسؤولية بالإنابة مزدوجة، يُنظر في المسؤولية بالنيابة المزدوجة ويتوقع العثور على علاقة العمل بين الشركة القابضة والموظف مرتكب الفعل الضار للشركة التابعة. ليس من الصعب تحديد المسؤولية غير المباشرة للشركة القابضة في هذا السياق إذا كان من الممكن تحديد شرط العلاقة "أقرب إلى العمل" ومتطلبات الاتصال الوثيق.الحالة الأخرى هي أن الشركة القابضة تقاضي

(1) See, Giliker, op cit p253

بسبب الخطأ الذي صدر من شركتها التابعة. في هذه الحالة، يمكن تطبيق المسؤولية بالإنابة عندما تكون العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة "أقرب إلى العمل". هنا تكون، الشركة التابعة، كشخص اعتباري، تعادل الموظف. أين تكمن الصعوبة، وما يركز عليه هذا المطلب بالفعل هو الموقف الثاني. هذا لأنه من غير المؤكد ما إذا كان الشخص الاعتباري يمكن أن يكون مسؤولًا بالنيابة عن شخص اعتباري آخر. للإجابة على هذا السؤال، سننظر أولاً في ما إذا كانت العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة هي علاقة قادرة على إثارة المسؤولية بالإنابة. على وجه التحديد، السؤال الأساسي هو ما إذا كانت العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة قد تكون "أقرب إلى العمل". ثانياً، سنناقش العلاقة التي يجب أن تكون موجودة بين الفعل الضار والعلاقة بين الشركة التابعة والشركة القابضة.

متطلبات العلاقة للمسؤولية بالإنابة في حالة المجموعة

تتميز علاقة العمل بحقوق والتزامات معينة. تنص التشريعات المختلفة على هذه المسألة، مثل قانون التوظيف وقانون العمل وقانون حقوق الإنسان. ومع ذلك، فإن تعريف "الموظف" ليس ثابتًا. تم توسيع تعريف علاقة العمل في قضية JGE في المقام الأول، في هذه القضية، ميزت المحكمة العليا الإنجليزية بين تعريف مفهوم "الموظف" في المسؤولية بالإنابة عن تلك الموجودة في مجالات القانون الأخرى. لاحظ القاضى، في فريق الخبراء المشترك، أنه يجب التمييز بين مفهوم التوظيف لغرض المسؤولية بالإنابة عن المفاهيم في مجالات أخري مثل قانون العمل والضرائب. في هذه المجالات، لم يتم ذكر الكيان القانوني (شركة) لديها القدرة على أن تكون موظفًا . ومع ذلك، كما لاحظ القاضى ايضا، لم يعد تنسيق العقد مقصورًا على علاقة العمل . علاوة على ذلك، لحل هذا القيد، كانت فكرة "أقرب إلى العمل" لإنشاء المسؤولية بالإنابة وضعت في هذه القضية. يشار إلى أن الوظيفة وليس الشكل هي التي تحدد علاقة العمل التي يمكنها أن تؤدي إلى المسؤولية بالإنابة. وبالتالي، يتم توسيع نطاق

الموظف أيضًا، وليس لدى الشركة ككيان قانوني أي سبب لعدم إدراجها كموظف لغرض المسؤولية بالإنابة. (١)

لقد تغيرت أشكال التوظيف والهياكل التجارية في العقود القليلة الماضية .يعتقد أن هذه التغييرات غير المسبوقة تؤدي إلى نمو أشكال التوظيف التي تصبح أكثر صعوبة في التحديد . اعترف المعلقون والقضاة بأن فكرة علاقة العمل قد قفزت من قيود عقد الخدمة .جاء في كتاب المسؤولية التقصيرية لإدوين بيل وجيمس جودكامب أنه:

"من الممكن أن نقول أنه في حين لا توجد علاقة مستمرة بين المدعى عليه (D) ومرتكب الفعل الضار (A) تصل إلى عقد الخدمة، فإن A هو موظف / خادم D على الأقل لغرض المسؤولية بالإنابة، بينما يعمل بالفعل." (٢)

تمت الموافقة على نهج قضية JGE لتحديد المسؤولية بالإنابة استنادًا إلى العلاقة "أقرب إلى العمل" من قبل المحكمة العليا الإنجليزية في القضية الرائدة الأخيرة المعروفة باسم CCWS (٣) في هذه القضية، شددت المحكمة العليا على أن علاقة العمل لا تقتصر على عقد الخدمة بالمعنى الدقيق للكلمة، على الرغم من أنها الحالة الأكثر شيوعًا ٠ وقد نقلت المحاكم والمعلقون عدة اختبارات أو أدخلتها لتحديد العلاقة من التوظيف.، مثل اختبار التحكم أو بعض الاختبارات المستخدمة لتمييز الموظف والمقاول المستقل، لكنها لا تزال مفيدة لمناقشة علاقة العمل في حالات المجموعة. من المعتقد حاليًا أنه من المتوقع اتخاذ نهج مركب، حيث يتم النظر في عناصر مختلفة للعلاقة . لذا، ولغرض النظر في إمكانية المسؤولية البديلة للشركة القابضة، يجب علينا

---

see, Morgan, op cit p 295 see also, [2012] EWCA Civ 938, [2013] QB 722 .
(1)
(2)See,Peel E and Goudkamp J, Winfifeld and Jolowicz on Tort (19th edn, Sweet& Maxwell Press 2014). p 646
(3)[2012] UKSC 56

في المقام الأول التحقق من الاختبارات الأساسية لعلاقة العمل، ونناقش ما إذا كانت العلاقة بين الشركة القابضة وشركتها التابعة يمكن أن تلبي تلك الاختبارات. [١]

من المسلم به أن الطريقة الحالية لتحديد علاقة العمل ليست الاعتماد على اختبار واحد، ولكن تطبيق عناصر متعددة ذات صلة، والتي تشمل السيطرة، ملكية الربح، ملكية المعدات، وخطر الضرر الذي يتسبب فيه مرتكب الفعل الضار .وقائمة الاختبارات هذه ليست شاملة .يعتقد أن تطبيق الاختبارات يعتمد على السمات المحددة للعلاقة في كل حالة[٢].

أولا اختبار التحكم أو السيطرة

لقد تم التعامل مع التحكم أو السيطرة كاختبار لعلاقة العمل منذ فترة طويلة على أنه محك العمل .كان هذا الاختبار مناسبًا تمامًا في الوقت الذي كان فيه أصحاب الأعمال لديهم مهارات ومعرفة بالإنتاج، وتم نقل المهارات عن طريق التقاليد الشفوية من أصحاب الأعمال إلى الأيدي غير الماهرة [٣] في إحدى القضايا أوضح وزير المعاشات والتأمين الوطني الإنجليزى أهمية اختبار التحكم في جعل صاحب العمل الآخر صاحب عمل، وقدم أفكارًا كلاسيكية حول المعنى التقليدي لمفهوم التحكم:

"تشمل السيطرة قوة تقرير ما يجب القيام به، والطريقة التي يتم بها، ووسائل استخدامها، والوقت والمكان الذي يتم فيه .يجب مراعاة جميع جوانب السيطرة هذه عند تقرير ما إذا كان الحق موجودًا بدرجة كافية لجعل أحد الطرفين هو المتبوع والآخر تابعه"[٤]

في رأيMcKenna J ، يجب أن تكون السيطرة عاملاً مميزًا مهمًا في علاقة التوظيف .في السنوات الأخيرة، عندما أصبحت الظروف الاجتماعية والاقتصادية معقدة

---

(1)see,Peel E and Goudkamp J op cit, p 647 see also, [1952] 1 TLR 101 (CA) 11

(2)See, Howarth and other, op cit p.1073

(3) See, O Kahn-Freund, ‘Servants and Independent Contractors’ (1951) 14 MLR p504,505.

(4) [1968] 2 QB 497 (QB) 151.

بشكل متزايد، وعندما ظهرت أشكال العمل المختلفة، مثل التعاقد من الباطن للعمل فقط، وعقود ساعات الصفر(١)، تم وضع اختبار التحكم بشروط محدودة أكثر من ذي قبل وفقًا لهذه الحدود، لم يعد يتم التعامل معها على أنها اختبار واحد ومهم للعمل (٢)

على الرغم من عدم اعتباره اختبارًا واحدًا، إلا أن مفهوم التحكم يعتبر أحد العناصر الأساسية لتحقيق الشكل الجديد لعلاقة العمل في القضايا الرائدة الأخيرة. بالنظر إلى الحاجة إلى فهم جديد لعلاقة العمل، تم توسيع نطاق اختبار التحكم أيضًا. في حالة فريق الخبراء المشترك، أكد القضاء الإنجليزى أن مسألة السيطرة يجب أن تُفهم بمعنى أوسع، بدلاً من مجرد السؤال عما إذا كان صاحب العمل يتحكم في عمل الموظف . التحكم كاختبار، على الرغم من أن دوره قد تم تقليصه، مفهوم أكثر أهمية من بعض الآخرين لاختبار العلاقة من أجل المسؤولية بالإنابة. يمكن اعتباره أحد الاختبارات الأساسية العديدة لتحديد العلاقة "أقريب إلى العمل" في الممارسة القانونية الحديثة الحالية. في قضية Market Investigations Ltd ضد وزير الضمان الاجتماعي (٣)، حدد مجلس الملكة الخاص فى إنجلترا اختبارًا من ثلاث خطوات لإثبات علاقة العمل، وأولها هو تقييم ما إذا كان صاحب العمل يملك السيطرة والتوجيه على الموظف المعني.

---

(١) عقد ساعة الصفر هو نوع من العقد المبرم بين صاحب العمل والعامل، حيث لا يكون صاحب العمل ملزماً بتوفير الحد الأدنى من ساعات العمل، في حين أن العامل غير ملزم بقبول أي عمل معروض .١ -يجوز للموظف التوقيع على اتفاق ليكون متاحا للعمل عند الاقتضاء، بحيث لا يتم تحديد عدد معين من الساعات أو أوقات العمل .٢ -اعتمادًا على السائد فى كل دولة وظروف العمل، قد يختلف عقد ساعة الصفر عن العمل العرضي .وغالبًا ما يتم استخدامها في قطاعات الزراعة والفنادق والمطاعم والتعليم والرعاية الصحية .يتم استخدامها لتمكين الجدولة عند الطلب .يستخدم هذا المصطلح للإشارة إلى ممارسات جدولة التحول عند الطلب، على الرغم من أنه مجرد عقد يمكّنه . بينما يُستخدم مصطلح "عقد ساعة الصفر" بشكل أساسي في المملكة المتحدة، يتم توظيف العمال العرضيين والعاملين بدوام جزئي بموجب شروط مماثلة في العديد من البلدان.

https://en.wikipedia.org/wiki/Zero-hour_contract

(2) See, howarth and others, op cit p1037

(3) [1969] 2 QB 173

في قضية JGE ، أدرجت المحكمة خمسة اختبارات أساسية للإشارة إلى المسؤولية بالإنابة، وكان اختبار السيطرة هو الأول الذي يتم النظر فيه .في هذه القضية، قدمت المحكمة معنى جديدًا واسعًا للتحكم لمزيد من الاستخدام:" يجب النظر إلى مسألة التحكم بمعنى أوسع من مجرد الاستفسار عما إذا كان لدى صاحب العمل السلطة القانونية للتحكم في كيفية قيام الموظف بعمله .وينبغي النظر أكثر من حيث ما إذا كان الموظف مسؤولاً أمام رئيسه عن الطريقة التي يؤدي بها العمل لتمكين صاحب العمل من الإشراف على التحسينات في الأداء وإحداث تحسينات وإزالة مخاطر الأذى بالآخرين"(١) .

قدم الحكم في هذه القضية عدة طرق للنظر في اختبار التحكم في المواقف القانونية الحديثة. وفقا للمحكمة، فإن إحدى الطرق للنظر إلى اختبار التحكم، هي فحص ما إذا كان الموظف يتحكم في كل التفاصيل حول كيفية القيام بالأمور. طريقة أخرى هي فحص ما إذا كان يُطلب من الموظف تحقيق نتيجة مفصلة. هناك طريقة أوسع للنظر إلى السيطرة هي "فحص الدرجة التي يكون فيها الموظف مسؤولاً أمام صاحب العمل، أو إلى أي مدى يخضع للإجراءات الإدارية لصاحب العمل فيما يتعلق بمسائل مثل جودة العمل والأداء و الإنتاجية وما إلى ذلك ودراسة درجة السيطرة الإدارية التي تمارس على النشاط وهذا قد يعتمد على مدى اندماج الشخص في تنظيم المؤسسة(٢) .

---

(1) [2012] EWCA Civ 938,

(2) Ibid

تتلخص و قائع هذه القضية فى أنه، كان معهد إخوان المدارس المسيحية، في القانون المدني، جمعية غير مسجلة لأعضائها، أسسها الإخوة العلمانيون للكنيسة الكاثوليكية .ومع ذلك، فقد اعتُبر أن هذا المعهد له سمات مؤسسية مثل التسلسل الهرمي للسلطة. كانت المشكلة التي تم النظر فيها في هذه القضية هي ما إذا كان المعهد مسؤولًا بشكل قانوني عن الأفعال المزعومة للإيذاء البدني والجنسي للأطفال التى ارتكبها أعضاؤها في سانت ويليامز، في يوركشاير. وزُعم أن الأطفال تعرضوا للاعتداء الجسدي والجنسي على أيدي الموظفين في المدرسة فى تسعينيات القرن الماضى. وكانت المجموعة الأولى من المدعى عليهم مديري المدرسة .تأسست المدرسة في عام ١٨٦٥ من قبل مجموعة من

تمت الموافقة على قرار JGE من قبل المحكمة العليا الإنجليزية في قضية CCWS.في هذه القضية، أكد اللورد فيليبس أنه على الرغم من أن اختبار التحكم لم يعد يعتبر اختبارًا حاسمًا للمسؤولية بالإنابة، إلا أن هناك مجالًا واحدًا من قانون المسؤولية بالإنابة حيث كان هذا الاختبار مهمًا بشكل خاص. هذا هو مجال المسؤولية بالإنابة المزدوجة ومنطقة المسؤولية بالإنابة بدون عقد خدمة. بالنسبة لمعظم القضايا في هذا المجال، لا يمكن للشخص أن يجد عقد العمل ضد المدعى عليه الذي ليس صاحب عمل دائم. قرار المحكمة العليا الإنجليزية في قضية CCWS يدعم بشكل كبير تطبيق هذا المبدأ في حالات المجموعة، حيث يمكن للمدعي المتضرر من إحدى الشركات التابعة مقاضاة الشركة القابضة من خلال "المسؤولية بالنيابة المزدوجة" أو ببساطة من خلال الاعتماد على نظرية "أقرب إلى العمل."

في قضيةCCWS ،[١] قبلت المجموعة الأولى من المدعى عليهم الحكم الذي أصدرته المحكمة العليا بأنهم مسؤولون بالإنابة عن أفعال موظفيهم، لكنهم استأنفوا أمام المحكمة العليا على أساس أن معهد إخوان المدارس المسيحية يجب أن يتقاسم المسؤولية بالإنابة .وزُعم أن المعهد مسؤول بشكل غير مباشر عن الإخوة المنتسبين إليه الذين درسوا في المدرسة وأساءوا إلى الأطفال هناك.

أكد اللورد فيليبس، وجود مرحلتين لتحديد المسؤولية بالإنابة التي قدمتها القاضية هيوز إل جيه في محكمة الاستئناف: ١) النظر في علاقة المدعى عليه الأول والمدعى عليه الثاني لمعرفة ما إذا كانت هذه العلاقة قادرة على إثارة المسؤولية بالإنابة ؛ ٢) شرط فحص العلاقة بين المدعى عليه الثاني وفعل أو امتناع مرتكب الفعل الضار.

المتبرعين الكاثوليك، ومنذ عام ١٩٨٢، كانت تديرها جمعية رعاية الطفل الكاثوليكية .وتألفت المجموعة الثانية من المتهمين من أعضاء المعهد .يدعى أخ من المعهد يدعى الأخ جيمس وبعض الاخوة الآخرين أنهم ارتكبوا أعمالا مسيئة ضد صبية المدرسة عند التدريس في المدرسة.

(1) [2012] UKSC 56

لتأسيس الخطوة الأولى، تم النظر في اختبار التحكم. أشار اللورد فيليبس إلى القضايا التي تنطوي على مسؤولية مزدوجة بالإنابة حيث تم فرض اختبار صارم للغاية يجعل نقل المسؤولية بالإنابة يكاد يكون من المستحيل عمليا. ووفقًا للقرارات، يجب أن يكون التركيز على أولئك الذين يمتلكون الحق في "التحكم في الطريقة التي تم بها الفعل الذي ينطوي على الإهمال"، و "يجب أن يركز التحقيق على الفعل المهمل ذي الصلة ثم السؤال عن الجهة المسؤولة عنه لمنعه . "في قضيةCCWS ، اعتبر اللورد فيليبس السيطرة كواحدة من العناصر الأساسية الأربعة لتحديد المسؤولية بالإنابة. وبشكل أكثر تحديدا، مارس المعهد المدعى عليه في هذه الحالة سيطرته على الإخوة القائمين بالتدريس بإصدار التوجيهات والمتطلبات وتحديد موقف العمل أثناء سير العمل.

في سياق مجموعة الشركات، يمكن النظر في المسؤولية بالإنابة في الحالة التي يتم فيها رفع دعوى ضد الشركة القابضة بسبب أذى موظفي شركة تابعة . في هذه الحالة، من المتوقع أن تنشأ علاقة أقرب إلى العمل بين الشركة القابضة والموظف المتعرّض للشركة التابعة. في حالة أخرى، يمكن أيضًا تطبيق المسؤولية بالإنابة عندما تكون العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة "أقرب إلى العمل". في هذه الحالة، الشركة التابعة، كشخص اعتباري، تعادل الموظف. وفقًا للمناقشة السابقة لاختبار التحكم، يمكننا استنتاج أنه في هاتين الحالتين، سيكون اختبار التحكم مهمًا. فيما يتعلق باختبار التحكم المطبق في حالة المجموعة، سننظر في الدرجة التي تكون فيها الشركة القابضة (كصاحب عمل) مسؤولة أمام الشركة التابعة (كموظف)، أو إلى أي مدى تكون الشركة التابعة (مثل موظف) يخضع للإجراءات الإدارية للشركة القابضة (كصاحب عمل) فيما يتعلق بمسائل مثل جودة العمل والأداء والإنتاجية . علاوة على ذلك، ستفحص درجة السيطرة الإدارية للشركة القابضة التي تمارس حول النشاط المرتبط بالتعويض، وقد يعتمد ذلك على مدى اندماج أعمال الشركة التابعة في تنظيم أعمال الشركة القابضة. (١)

(1) [2012] EWCA Civ 939

اختبارات المنظمة والتكامل والمقاول

تم تقديم هذه الاختبارات الثلاثة، جنبًا إلى جنب مع اختبار التحكم، والتأكيد عليها في قضيةJGE ،[١] على الرغم من عدم وجود علاقة عمل، إلا أنه يمكن للأسقف أن ينوب مسؤولة عندما تكون العلاقة أقرب إلى العمل. وسعت محكمة الاستئناف نطاق المبدأ، وخلصت إلى أن "الوقت قد حان بشكل قاطع للإعلان أن قانون المسؤولية بالإنابة تجاوز حدود عقد الخدمة." في محكمة الاستئناف، وجدت المحكمة أنه من الممكن وصف العلاقة بين الأسقف والكاهن بأنها "أقرب إلى العمل". حققت المحكمة ذلك من خلال التعامل مع خدمة الكنيسة الكاثوليكية الرومانية كعمل تجاري يقوم به الأسقف، من خلال اكتشاف أن الكاهن مارس هذا العمل تحت درجة من السيطرة من قبل الأسقف ومن خلال اكتشاف أن الكاهن كان جزءًا لا يتجزأ من تنظيم الأعمال .

(١)تتلخص وقائع هذه القضية فى أنه كانت المدعية عمرها ٤٨ سنة. في مايو ١٩٧٠، عندما كانت في السادسة والنصف من عمرها، تم وضعها في منزل للأطفال تديره راهبات الدير وخضعت لتوجيه ومراقبة المدعى عليه المذكور في الإجراءات،. بقيت هناك لمدة عامين قبل إعادتها إلى والدتها.زعم الادعاء أنه أثناء وجودها في المنزل، تعرضت المدعية للضرب من قبل الراهبة المسؤولة عن المنزل، وهو سبب دعوى كانت بصددها الحصول على تعويضات. زعمت االمدعية أيضًا أن مدعى عليةً آخر شركة اسمهاPortsmouth Roman Catholic Diocesan Trust ، قام بإدارة أو كان مسؤولًا عن كنيسة في أبرشيتها وأن الأب ويلفريد بالدوين كان في جميع الأوقات كاهنًا للرعية في الكنيسة، وبناءً عليه، كان الأب بالدوين في خدمة المتهمين وخاضعًا لإدارتهم وسيطرتهم .زُعم أن الأب بالدوين كان يُدعى بانتظام أو يُسمح له من قبل الراهبات بزيارة منزل الأطفال وقام بذلك أثناء واجباته ككاهن لجمعية .Diocesan بينما كان المقيم في المنزل، كان المدعي أبرشية الكنيسة. وزُعم أنها تعرضت للاعتداء الجنسي من قبل الأب بالدوين، فضلاً عن تعرضها للاغتصاب عدة مرات، وكانت قضية المدعي هي أن الاعتداء الجنسي والاغتصاب اللذين ارتكبهما الأب بالدوين قد ارتكبا في سياق عمله أو أثناء أدء واجباته أو كانا على صلة وثيقة بهما، بحيث كانت جمعية Diocesan مسؤولة بالإنابةIbid.

تم تقديم اختبارات التحكم والمنظمة والتكامل و المقاول من قبل البروفيسور ريتشارد كيدنر في مقالته، وأكدتها المحكمة العليا الإنجليزية على أنها اختبارات أساسية وحاسمة لتحديد "العلاقة الأقرب للعمل" للمسؤولية بالإنابة (١) .

تمثل اختبار المنظمة في فحص مدى أهمية الضرر أو النشاط الذي يؤدي أو يرتبط ارتباطًا وثيقًا بالضرر لأعمال صاحب العمل من وجهة نظر أعمال أو أهداف المنظمة. على وجه التحديد، يجب أن ننظر إلى الشخص الذي ينخرط في هذا الضرر أو النشاط، ويعتقد أنه كلما كان الضرر/ النشاط أكثر صلة بأهداف عمل صاحب العمل، كلما كان من المناسب أن ينسب الضرر/ مخاطر النشاط لهذا العمل. يرتبط اختبار التكامل ارتباطًا وثيقًا باختبار المنظمة وأيضًا جزء من اختبار المقاول.. يفحص اختبار المقاول ما إذا كان الشخص يعمل في الأعمال التجارية على حسابه الخاص أو ليس لدى الموظف فرصة للتصرف كرجل أعمال مستقل. كما أكدت المحكمة العليا الإنجليزية فى هذه القضية، "حتى لو كان نشاط الشخص هامشيًا بالنسبة للمؤسسة وحتى لو لم يكن لأغراض إدارية يعتبر جزءًا من المنظمة، فلا يزال يمكن اعتبار الشخص" موظفًا "إذا كان من الواضح أنه فيما يتعلق بهذا العمل فهو لا يتصرف كرجل أعمال ". وتجدر الإشارة إلى أنه لتحديد فرض المسؤولية بالإنابة، ينبغي النظر في الاختبارات الأربعة معًا لأن كل واحد يشارك بشكل وثيق مع الثلاثة الآخرين. بناءً على هذه الاختبارات الأربعة، أضافت المحكمة أن العلاقة بين المدعى عليه ومرتكب الفعل الضار يجب أن تكون "قريبة جدًا من شخصية صاحب العمل / الموظف بحيث بحيث يكون من العدل والإنصاف تحميل صاحب العمل المسؤولية بالإنابة (٢)

جدير بالذكر أن العلاقة بين الكاهن والأسقف لا يمكن أن تلبي جميع متطلبات علاقة العمل التقليدية .على سبيل المثال، الكاهن لا يحصل على راتب مباشر من أسقفه .ومع ذلك، أكد ت المحكمة أنه على الرغم من أن الكاهن لا يستطيع أن

---

(1) Kidner R, ‘Vicarious Liability: For Whom Should the Employer Be Liable? 15 LS’ (1995)p.47
(2) [2012] EWCA Civ 940

يتطابق مع كل جانب من جوانب الوظيفة وأن يصبح موظفًا، إلا أن الميزات المختلفة تجعله قريبًا جدًا منه.

في قضيةCCWS ، تجاهل اللورد فيليبس مرة أخرى بعض الاختلافات بين العلاقة الحقيقية بين الإخوة القائمين بالتدريس والمعهد المدعى عليه والعلاقة النموذجية بين صاحب العمل والموظف. وفقا له، لم يكن أي من هذه الاختلافات ماديا. على سبيل المثال، لم يكن لدى الإخوة القائمين بالتدريس عقد خدمة مع المعهد، ولم يتلقوا راتبا، كان المعهد يلبي إخوة التدريس من أموال المعهد. أكد اللورد فيليبس أن الاختبارات التي طبقتها المحكمة في قضيةJGE ، وفرض المسؤولية بالإنابة بناءً على العناصر الأساسية لعلاقة العمل. تتضمن تلك العناصر التي يعتقد اللورد فيليبس أنها أساسية (١) أن نشاط التدريس كان تحت سيطرة المعهد ؛ (٢) كان نشاط التدريس تعزيزًا لهدف عمل المعهد ؛ (٣) أسلوب أو طريقة العمل كان تحت إشراف المعهد[١]

توفر هاتان القضيتان الرائدتان إشارة قوية على أنه يمكن تحقيق المسؤولية بالإنابة بناءً على العديد من العناصر الأساسية التي تشير إلى علاقة العمل، علاوة على ذلك، إذا تم العثور على هذه العناصر الأساسية، فإن بعض الاختلافات بين علاقة العمل التقليدية والعلاقة "أقرب إلى العمل " يمكن أن يتم تجاهلها.

وفقًا لاختبارات التحقق من العلاقة القريبة للعمل التي تم تأكيدها في القضايا الرائدة الأخيرة، سيكون من المعقول افتراض أنه في ظروف معينة، لغرض المسؤولية بالإنابة، يمكن أن تكون الشركة القابضة والشركة التابعة في علاقة مماثلة للتوظيف. قد يتم الوفاء باختبارات التحكم والمنظمة والتكامل والمقاول في بعض مواقف المجموعة المعقدة. عندما يكون للشركة القابضة سيطرة يومية على أنشطة معينة للشركة التابعة والتي تؤدي إلى الضرر، وفي نفس الوقت يمارس النشاط لتعزيز أعمال الشركة القابضة، أو يكون النشاط جزءًا من أو مدمجًا في الهيكل المنظم لأعمال الشركة القابضة، والشركة التابعة لا تتولى هذا العمل على حسابها الخاص، يمكن أن تقع العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة في نطاق العلاقة "القريبة للعمل" المحددة

(1) [2012] UKSC 56

في JGE و CCWS . بالطبع، قد تكون هناك صعوبات في جمع الأدلة المناسبة لتحقيق اختبارات السيطرة والمنظمة والتكامل و المقاول.

تم أخذ قضيتا Cape ذات الصلة كأمثلة مرة أخرى حيث ذكر بترين في مذكرة قضيته عن تشاندلر ضد كيب أنه سيكون أكثر وضوحا فرض مسؤولية الشركة القابضة بالإنابة عن الاعتماد على واجب العناية المباشر .فى قضية تشاندلر – كيب .يمكن تحقيق اختبار التحكم بالتأكيد لأن هناك أدلة كافية تشير إلى أن الشركة القابضة لديها سيطرة يومية على أعمال الأسبستوس التابعة للشركة التابعة، وكذلك سيطرت على إدارة شركتها التابعة في بعض الجوانب.

يمكن تحقيق الاختبار الثاني المنظمة والاختبار الثالث التكامل أيضًا. في هذه القضية، أدرجت محكمة الاستئناف عدة فئات من الأدلة على العلاقة القوية بين الشركة القابضة Cape و Cape Products التابعة، لغرض تحديد واجب العناية. من بين هذه الفئات من الأدلة، وأصول أعمال الأسبستوس التابعة لشركة كيب برودكت، والدليل على مشاركة كيب في أعمال الأسبستوس لمنتجات كيب، تُظهر أنه يمكن اعتبار أعمال الأسبستوس التابعة للشركة المساعدة على تلبية أهداف أعمال الأسبستوس الخاصة بالشركة القابضة، و يمكن اعتبارها مدمجة في أعمال الشركة القابضة أيضًا. تكمن المشكلة في الاختبار الأخير المقاول. كشركة تابعة، لم يتم العثور على منتجات كيب كواجهة للقيام فقط بأعمال الشركة القابضة. كانت شركة Cape Productsكيانًا قانونيًا منفصلاً تمامًا، وتمتلك موجوداتها، وتجني الأرباح وتتحمل مسؤولية ديونها الخاصة. من الصعب القول أن شركة كيب برودكتس كانت تقوم بأعمال تجارية نيابة عن الشركة القابضة كيب. لذا في قضية Chandler Cape، لا يكفي إنشاء علاقة قريبة للعمل. هل هناك أي ظروف تخسر فيها الشركة التابعة شخصيتها القانونية المستقلة وتزاول نشاطها التجاري أو أنشطتها نيابة عن الشركة القابضة فقط؟ من الصعب أن تقول لا. يحدث في عالم الأعمال أن يتم تأسيس شركة تابعة كواجهة للهروب من المسؤولية القانونية أو للقيام بأعمال تجارية لمصالح الشركة القابضة فقط. ومع ذلك، فإن هذا سيعيد القضية إلى نفس السؤال الصعب

الخاص بمبدأ اختراق الحجاب مرة أخرى، والسؤال حول أي ظروف تعتبر الشركة التابعة "واجهة"، وتفقد شخصيتها القانونية المستقلة، وتواصل العمل فقط نيابة عن الشركة القابضة. هذه مسألة أكثر تعقيدًا بكثير من إثبات ما إذا كان الكاهن يعمل نيابة عن أسقفه، أو أن الإخوة القائمون بالتعليم يعملون نيابة عن معهدهم.

هناك مشكلة أخرى تتعلق بمسألة ما إذا كانت العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة يمكن أن تكون "أقرب للعمل" تتعلق بالشخصية القانونية للشركة التابعة . المسؤولية بالإنابة هي مبدأ يطبق على المسؤولية عن الأضرار من الأشخاص / الأفراد الطبيعيين .إن السؤال حول ما إذا كان بإمكان الشركة التابعة، أو الشركة / المنظمة، بصفتها فردًا قانونيًا، أن تتصرف كفرد طبيعي في علاقات الشركات أمر مثير للجدل وغامض.

يجادل مورجان في مقاله بأن الشركة يمكن أن تكون في منصب موظف **أولا .** وفقًا للقضايا الرائدة الأخيرة، فإن عقد العمل ليس ضروريًا في تحديد علاقة العمل لغرض المسؤولية بالإنابة . **ثانيًا**، تنطبق المسؤولية بالإنابة على الضرر الذي يلحق بالكيان القانوني لأن هذا التمديد "يحترم بالفعل التصورالقانونى بأن الشخص الاعتباري لديه شخصية قانونية مستقلة، ويأخذها إلى عواقبها الطبيعية من شأنها أن تجعل الشخص الاعتباري أشبه بشخص طبيعي — وبالتالي احترام مبدأ قانون الشركات والوصول به إلى نهايته المنطقية. (١) "

حجج مورجان ملهمة، ومع ذلك، لا تزال لا يمكن أن تدعم بشكل كاف جدوى المسؤولية بالإنابة عن الأضرار الصادرة من الشركة التابعة .وفقًا للقضايا الرائدة لـ CCWSو JGE ، يمكن تحقيق المسؤولية بالإنابة دون عقد العمل .ومع ذلك، لا يزال هذا التمديد ينطبق فقط على العلاقات بين الشخص الاعتباري / الشخص الطبيعي والشخص الطبيعي وفقًا للسوابق القضائية الحالية .يمكن اعتباره إنجازًا يزيد من إمكانية أن يكون الكيان القانوني مسؤولًا بشكل غير مباشر عن أفعال فرد قانوني آخر، ولكن ليس خطوة حاسمة يمكنها أن تؤدي إلى النتيجة على الإطلاق.

(1)See, Morgan, op cit p.295

اختبار الارتباط الوثيق للمسؤولية بالإنابة في حالة المجموعة

عندما يتم استيفاء الشرط الأول لعلاقة العمل، سيكون صاحب العمل مسؤولاً بالإنابة إذا ثبت بعد ذلك أن المخالفة ارتكبت "في أثناء العمل" للموظف. وينطبق الشيء نفسه عندما يكون للعلاقة بين المدعى عليه ومرتكب الفعل الضار علاقة وثيقة مع الضرر. تم تقديم اختبار "الاتصال الوثيق" هذا في قرار مجلس اللوردات في قضية ليستر ضد هيسلي هول [١]. سيتم تحقيق اختبار الاتصال الوثيق عندما تكون العلاقة بين مرتكب الفعل الضار والمدعى عليه "أقرب إلى العمل"، ويكون الضرر ذات صلة وثيقة بهذه العلاقة . أكدت المحكمة العليا الإنجليزية في قضيةCCWS ، بعد مراجعة الحالات السابقة، أنه يمكن تحقيق اختبار الارتباط الوثيق عندما تكون العلاقة بين مرتكب الفعل الضار والمدعى عليه قريبة من العمل، ووجود هذه العلاقة يزيد من خطر حدوث الضرر[٢] .

تم اقتباس الحكم الصادرفى القضية الكندية الشهيرة Bazely v Curry من قبل المحكمة العليا الإنجليزية في:CCWS "يجب أن تكون هناك علاقة قوية بين ما كان صاحب العمل يطلب من الموظف القيام به (الخطر الذي أوجدته مؤسسة صاحب العمل) والفعل غير المشروع .يجب أن يكون من الممكن القول أن صاحب العمل قد زاد بشكل كبير من خطر الضرر بوضع الموظف في منصبه ويطلب منه أداء المهام المسندة." [٣]

في قضية ليستر ضد هيسلي هول، علق اللورد ميليت أيضًا على "اختبار المخاطر" على النحو التالي:" حقيقة أن وظيفته أعطت الموظف الفرصة لارتكاب الخطأ لا تكفي لجعل صاحب العمل مسؤولًا .ولا يتحمل المسؤولية إلا إذا كانت المخاطرة هي التي تظهر التجربة أنها متأصلة في طبيعة العمل[٤] .

---

(1) [2001] UKHL 22
(2) [2012] UKSC 56
(3)[1999] 2 SCR 534
(4)[2001] UKHL 65

يوصف هذا النوع من التفسير لاختبار الاتصال الوثيق بأنه يشير إلى "نهج مخاطر المؤسسة" في قانون الضرر. وتم توسيعه إلى هذا الحد.، فإن خلق المخاطر ليس مجرد اعتبار للسياسة. على الرغم من أن "خلق المخاطر" في حد ذاته لا يكفي لإثارة المسؤولية بالإنابة، فإنه سيتم تضمينها دائمًا في المعايير التي تؤدي إلى مثل هذه المسؤولية . في هذه الحالة، فإن القصد الأولي من تطوير قانون المسؤولية بالإنابة حتى الآن هو ضمان وجود علاج لضحايا الاعتداء الجنسي، يتم توفيره من قبل أولئك الذين يجب أن يتحملوا المسؤولية . لهذا السبب، تم إدخال "اختبار المخاطر" وتأكيده لإيجاد الصلة الوثيقة اللازمة بين العلاقة القريبة للعمل. الآن وقد اعتبرت المحكمة العليا الإنجليزية "إن خلق المخاطر" معيارًا واحدًا للمسؤولية بالإنابة، يجب أن يكون لهذا المبدأ قابلية تطبيق أوسع استنادًا إلى نفس المنطق الأساسي. بالإشارة إلى التفسير والمنطق المقدم في القضايا السابقة، خاصة في حكم المحكمة العليا فى قضية CCWS، يتم التوصل إلى فهم أوسع لاختبار المخاطر على النحو التالي:

يمكن فرض المسؤولية بالإنابة عندما يقوم المدعى عليه، الذي تضعه علاقته بمرتكب الفعل الضار في وضع يسمح له باستخدام مرتكب الفعل الضار للقيام بأعماله أو لتعزيز مصلحته، .لقد عززت العلاقة القريبة مشابهة للعمل من ارتكاب الضرر أو حدوث الضرر .وهذا ينطوي على صلة سببية قوية. [١] .

تم استخدام اختبار المخاطر بعد ذلك قضية Cox في عام ٢٠١٦، والتي توضح بشكل كامل استخدامه الممتد .وفي كوكس، رأت محكمة الاستئناف الإنجليزية أن وزارة العدل كانت مسؤولة بالإنابة عن إهمال السجينه حيث، أصيب مدير تموين في سجن عندما أسقطت سجينة كانت تقوم بعمل وتحميل الإمدادات الغذائية على عربات للمطبخ، حقيبة ثقيلة عليه بإهمال .وبتطبيق الاختبار فيCCWS ، تبين أن الوزارة كانت أكثر قدرة على تعويض المدعي، وتسببت مشاركة السجينة في القيام

(1) Ibid

بالعمل المحدد في خطر حدوث إصابة للمطالب وكانت السجينة تحت سيطرة الوزير[١]
.

اختبار المخاطر قادر أيضًا على شرح العلاقة الوثيقة بين علاقة الشركة القابضة والشركة التابعة، وأضرار الشركة التابعة في الحالات التي يتم فيها الإهمال في حالة المجموعة. وبشكل أكثر تحديدًا، يمكن تطبيق اختبار المخاطر في العديد من الحالات الجماعية التي تنطوي على التلوث البيئي والإصابات الشخصية، حيث سهلت العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة، والأعمال التجارية التي يقومون بها معًا بشكل كبير التعرض للمواد السامة مما يؤدي إلى حدوث أضرار شديدة لموظفي الشركة التابعة والأطراف الثالثة. وذلك لأن العديد من الشركات في الصناعات الخطرة، مثل صناعات الأسبستوس، تحاول إعادة هيكلة نفسها في هيكل مجموعة الشركات للهروب من مطالبات الضرر. في هذه الحالة، فإن الشركة القابضة وشركتها التابعة لها علاقة خاصة تتجاوز العلاقة بين الكيانات القانونية الفردية المستقلة.

قدمت القضيتين المتعلقتين بـCape مثالاً جيدًا لتوضيح هذا النوع من العلاقات الخاصة. في قضيةChandler v Cape ، انخرطت شركة Cape في أعمال إنتاج الأسبستوس من القرن التاسع عشر ولديها بعض المصانع في المملكة المتحدة ؛ و استحوذت على الأسهم البارزة لشركةCape Products ، الشركة التابعة، وعينت مديرًا لإدارة منتجات كيب كـ "فرع لشركة كيب" . ساهمت شركة Cape Products في أعمال كيب . ثم أصبحت منتجات كيب جزءًا من الهيكل التنظيمي، وتم دمجها في

(١) تتلخص و قائع هذه القضية فى أنه كانت كوكس تعمل في مطبخ السجن مع مساعد تموين و ٢٠ سجينًا تحت إشرافها .أثناء هذا العمل سقط سجين كان قد ألقى عليه كيس من لوازم المطبخ – مما أدى إلى إصابته من المقبول أن السجين مهمل.وبالتالي، كان السؤال المعروض على المحكمة واضحًا – ما إذا كانت خدمة السجن مسؤولة بالإنابة عن فعل السجينه أثناء عملها في مطبخ السجن، حيث كان الفعل إهمالًا وأحدث إصابة لأحد أعضاء السجن العاملين.تتعلق القضية بشكل أساسي بالعنصر الأول من اختبار المسؤولية بالإنابة الذي تم تحديده مؤخرًا في قضية CCWS ما إذا كانت العلاقة بين مرتكب الفعل الضار والمدعى عليه قد تجعل المدعى عليه مسؤولًا بشكل غير مباشر عن أفعال الأول.10 UKSC [2016]

مجموعة شركات يرأسها كيب. في عام ١٩٦٥، وافقت شركةCape ، بصفتها الشركة القابضة، على أن تمتلك شركة Cape Products إدارة منفصلة فيما يتعلق بالإدارة والإنتاج والمبيعات، ولكن "وفقًا لسياسة الشركة". يُفهم هذا على أنه "غير متسق مع قدرة منتجاتCape على أن تكون مسؤولة عن أنظمة الإدارة الخاصة بها." في بعض الأوقات، كان مديرو منتجات Cape يسوقون منتجات الأخيرة في معظم الأوقات، وقد عقدت معظم اجتماعات مجلس إدارة هذه الشركة التابعة في لندن في المكتب الرئيسي للشركة القابضة كيب. على الرغم من أن Cape حاولت جعل شركة Cape Productsتعمل كشركة مستقلة في مجموعة شركات كبيرة، إلا أن مجلس إدارة Capeلا يزال "مهتمًا بالقضايا المتعلقة بإدارة الشركات التابعة لأعمالهم الخاصة". قدم Cape باستمرار المساعدة الفنية وعين الخبراء تستخدمها كيب نفسها لتقديم الدعم نحو تطوير المنتجات وقضايا الصحة والسلامة في منتجات كيب. تم تسجيل عدد من محاضر مجلس الإدارة تثبت أن شركة كيب كشركة قابضة لها مشاركة عالية في أعمال الأسبستوس لمنتجات شركة كيب، مثل اتخاذ قرارات بشأن توسيع أعمال الشركة التابعة (١)

ليس من الصعب استنتاج أن شركة Cape كانت تتحكم على الأقل في بعض جوانب أعمال شركة Cape Products وفقًا للعلاقة بين الشركة القابضة Cape وشركة Cape Products التابعة هذا هو أيضا الاستنتاج من حكم محكمة الاستئناف:

حقيقة أن شركة Cape Products حصلت على أعمال الأسبستوس من شركة كيب، و تدخلت كيب في إدارة أعمال شركة Cape Products؛ والخبراء الذين يعملون لدى شركة كيب شاركوا في قضية الصحة والسلامة للمجموعة بأكملها.

ما هو مهم للغاية هو أن الضرر حدث بسبب بيئة العمل غير الآمنة للشركة التابعة، وحدث خلال الفترة التي كانت فيها كيب متورطة بشدة في أعمال منتجات الأسبستوس الخاصة بشركة.Cape Products .

(1) [2012] EWCA Civ 525

وضعت الشركة القابضة Cape الشركة التابعة في وضع يمكنها من القيام بأعمال الأسبستوس لمصلحتها الخاصة، وقد عززت هذه الأعمال بشكل كبير من خطر الضرر .وفقًا لاختبار المخاطر، من المعقول استنتاج أن إهمال الشركة التابعة له علاقة وثيقة جدًا بالعلاقة الخاصة بين الشركة القابضة والشركة التابعة .وبالتالي، من الممكن تطبيق اختبار الاتصال الوثيق في سياق مجموعة الشركات.

المبحث الثالث

اتجاهات أخرى لتقرير مسؤولية الشركة القابضة

عن اخطاء الشركة التابعة

بسبب غموض مبدأ اختراق حجاب الشركة وعدم وضوح حالات تطبيقه واختلاف القضاء حول هذا المبدأ، جادل بعض الفقهاء من أجل المسؤولية غير المحدودة للمساهمين في جميع الحالات، أو على الأقل بالنسبة للشركة القابضة إلا أن هذا الطرح ايضا قوبل بالرفض بسبب عمق و أهمية و مزايا مبدأ المسؤولية المحدودة للمساهمين. وقد دافع آخرون، بشكل مقنع تمامًا، عن "نظرية المؤسسة" للمسؤولية حيث يجب أن تكون الشركة القابضة مسؤولة عن أفعال الشركة التابعة عندما تتحكم وظيفياً في تلك الشركة التابعة . ومؤخراً، جادل أحد المدافعين على الأقل بالنسبة لمسؤولية المؤسسة القائمة فقط على الرقابة الاقتصادية حيث تفيد الشركة التابعة الشركة القابضة كجزء من مخطط اقتصادي أو أعمال اقتصادية موحدة [١] .

---

(١) انظر، على سبيل المثال Robert B. Thompson, Unpacking Limited Liability Direct and Vicarious Liability of Corporate Participants for Torts of the Enterprise, 47 VAND. L. REV 1994., 29–39 (مع الأخذ في الاعتبار نظرية مسؤولية الشركات وبعض مبررات استخدامها) ؛ Henry Hansmann & Reinier Kraakman, Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts, 100 YALE L.J. 1991,pp 1916-1919 (مناقشة نظرية مسؤولية الشركات في ضوء الجدل حول ما إذا كانت المسؤولية المحدودة أو المسؤولية غير المحدودة هي أفضل نظام للشركات) ؛ Phillip I. DEL. J. Blumberg, The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations, 15 DEL.J..1990,pp 283, 298 ، (مع ملاحظة أن نظرية المؤسسة تظهر في مجالات القانون التي تتناول حوكمة الشركات) ؛ (تحليل نظرية المسؤولية المؤسسية وملاحظة أنه في بعض الحالات، تكون النظرية هي الخيار الأفضل بينما في حالات أخرى ستحتاج النظرية إلى تعزيز بواسطة تقنيات أخرى) ؛ Howard Klemme, The Enterprise Liability Theory of Torts, 47 U. COLO. L. REV.(1976) pp153, 157(مناقشة نظرية مسؤولية الشركات عن الأضرار واقتراح أن منطق المسؤولية التقصيرية يتجه نحو مسؤولية المؤسسة). كما تم الدفاع عن هذه النظرية في التقاضي ا (مناقشة الحواجز الإجرائية للضحايا المتضررين من إجراءات الشركات التابعة للشركات

يبدو أن المبادئ التوجيهية للأمم للأعمال التجارية وحقوق الإنسان (المبادئ التوجيهية للأمم المتحدة) تؤيد هذا النهج القابل للتطبيق، ولكن لوحظ، أن نظرية مؤسسة التحكم الوظيفي لا تذهب إلى حد بعيد ؛ إن نظرية مؤسسة التحكم الاقتصادي تذهب إلى أبعد من ذلك [١]

ومع ذلك، جادل البعض مؤخرًا في اتباع نهج مختلف قليلاً يطلق عليه "اتجاه العناية الواجبة": أنه يجب أن يكون هناك افتراض للمسؤولية من جانب الشركة القابضة عن الأفعال التي تتجاوز الحدود الإقليمية لشركتها التابعة المملوكة لها بالكامل، ولكن يمكن للشركة القابضة التغلب على هذا الافتراض من خلال إظهار أنها شاركت في جهود "العناية الواجبة" لضمان أن تعمل شركتها التابعة بشكل متسق مع معايير القانون ولم تكن على علم بأي شكل من الأشكال بالتجاوزات .دولة واحدة على الأقل، فرنسا، لديها تشريعات ما زالت إلى الآن معلقة تأخذ بنهج مماثل[٢].

هذا الاتجاه(نهج العناية الواجبة) قابل للتطبيق وسيكون خطوة في الاتجاه الصحيح .ومع ذلك، على عكس نظرية مؤسسة الرقابة الاقتصادية، فإنه لا يحل المشكلة الرئيسية لعدم المساواة والظلم التي تسببها الفوائد المالية والضريبية الكبيرة التي تتحملها الشركة القابضة على حساب الضرر الذي تتكبده أطراف ثالثة، ومن المرجح أن جميعهم تقريبًا تكون أطرافًا غير متوافقة [٣] .

الأمريكية في مجالات مثل حقوق الإنسان والبيئة). للحصول على مناقشة أكثر اكتمالاً لقانون الشركات، وخاصة بالمقارنة مع قانون الكيان، انظر بشكل عامBlumberg Phillip

(1)See John Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect, and Remedy" Framework, U.N. Doc A/HRC/17/L. 17/31 (June 16, 2011)

للحصول على إرشادات إضافية حول تطبيق مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية على الشركات، انظر مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، مسؤولية الشركات عن احترام حقوق الإنسان: دليل تفسيرى، U.N. Doc. HR / Pub / 12/02 June (2012)

(2)See, Lucien J. Dhooge, Due Diligence as a Defense to Corporate Liability Pursuant to the Alien Tort Statute, 22 EMORY INT'L L. REV.(2008)pp 455, 457

(٣) أقوم بهذا التمييز بين الاتجاهات المختلفة، لأنه في المسؤولية المحدودة للشركات القابضة عن خرق عقود الشركات التابعة، تتحمل الأطراف المتعاقدة الخطر عن علم وتتاح لها الفرصة للتأكد من

بالإضافة إلى ذلك، لا يأخذ أي من النهجين المذكورين أعلاه(نظرية المؤسسة و نهج العناية الواجبة) في الاعتبار الحاجز الإضافي الذي تم إنشاؤه في عام ٢٠١٣ لمطالبات الانتهاكات خارج الحدود الإقليمية الأمريكية لمعايير حقوق الإنسان التي تم تقديمها بموجب قانون المسؤولية التقصيرية للأجانب(ATS) (١).

وقد جادل البعض أيضًا في إيجاد مسارات لرفع الدعاوى مباشرة ضد الشركات القابضة بسبب الإهمال بسبب الدور الذي كان للشركة القابضة في الضرر، أو ببساطة لإنشاء أو شراء شركة تابعة منخرطة في صناعة معرضة لخطر كبير لانتهاكات حقوق الإنسان في الدولة التي كان على الشركة القابضة تعلم أو كان ينبغي عليها أن تعرف أنها لن توفر سبل الانصاف . على الرغم من أن مثل هذه المطالبة بالتعويض تقدم أيضًا طريقة محتملة للمضي قدمًا، فهناك مشاكل محتملة مع هذا النهج القائم على الضرر، مثل ما إذا كانت المحكمة ستدرك أن يتم إنشاء واجب في مثل هذه الحالات، خاصة بالنظر إلى السياسات الكامنة وراء المسؤولية المحدودة، وما إذا كانت الشركة قد انتهكت معيار الرعاية (٢) .

نتعرض فى هذا المبحث للظروف والمواقف التي يبرر فيها فرض المسؤولية على الشركات القابضة من أجل توفير تعويض للضحايا عن الضرر الناجم مثلا عن

أن الشركة التابعة يمكنها إما الوفاء بالعقد، أو، في حالة إقراض المال، يمكن أن تطلب للضمان أو كيان آخر لتحمل المخاطر إذا كانت الشركة التابعة لا تستطيع الدفع لمعظم ضحايا الضرر .قد تكون هناك بعض المواقف التي ينخرط فيها المجتمع في عملية الموافقة على النشاط التجاري في مجتمعهم أثناء معرفة المخاطر، ولكن ما إذا كان جميع هؤلاء الضحايا قبلوا عن قصد الخطر سيكون اقتراحًا صعبًا للتأكيد على ديناميات ثقافية مختلفة، مثل النوع الاجتماعي .بالإضافة إلى ذلك، قد لا يكون من المرجح أن يكون لدى هؤلاء السكان مستشار قانوني مناسب عند منح الموافقة أو تقدير كامل للمخاطر الكامنة في الأنشطة.

See Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 133 S. Ct.,(2013)p1659

(١) الحد من تطبيق قانون المسؤولية التقصيرية للأجانب من خلال افتراض الاختصاص خارج الحدود الإقليمية، وجعل الأمر أكثر صعوبة بالنسبة لغير المواطنين لتقديم مطالبات في المحاكم الفيدرالية.

(2)133 S. Ct.,(2013)p1660

انتهاكات إحدى الشركات الأجنبية للقانون الدولي لحقوق الإنسان أو الأضرار البيئية الجسيمة حيث تتميز هذه الأضرار بالتعويضات الكبيرة التى تعجز عادة الشركات التابعة عن دفعها، ونقدم توصية قانونية محددة بشأن مثل هذه مسؤولية.

كذلك، يستعرض المبحث الكيفية التي تتعامل بها الأمم المتحدة مع التزامات الشركات عبر الوطنية فيما يتعلق بمعالجة ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان و البيئة. ويلاحظ هنا أن الشركات التجارية تشارك في العناية الواجبة بحقوق الإنسان وأن البلدان تضمن سبل الانتصاف من انتهاكات حقوق الإنسان من قبل الشركات التابعة والشركات القابضة (المؤسسات التجارية) التي لها سلطة قانونية عليها .، كذلك يوضح المبحث الحلول التي دعا إليها العديد من الفقهاء والمعلقين حتى الآن لمعالجة المشكلة، من خلال ثلاثة مناهج في المقام الأول – نهج المسؤولية المؤسسية، نهج العناية الواجبة ونهج واجب الشركات القابضة المباشر فى الرعاية. يتناول هذا المبحث أيضًا حدود كل حل من هذه الحلول. يتناول هذا القسم بإيجاز ما يحدث في فرنسا وسويسرا بشأن تحميل الشركات القابضة المسؤولية عن أفعال الشركات التابعة لها. في الجزء الأخير من هذا المبحث، يوصي الباحث بنهج مختلف. ويجادل في أنه في المطالبات التي تنطوي على انتهاكات دولية لحقوق الإنسان (مثل تلك التي يتم رفعها بموجب قانون المسؤلية التقصيرية للأجنبى) والأضرار البيئية الجسيمة، ينبغي تجاهل المسؤولية المحدودة للشركات القابضة في الحالات التي تتهم فيها هذه الشركة القابضة أو تنشئ شركة تابعة كجزء من مؤسسة اقتصادية موحدة تعمل في "دولة مضيفة عالية المخاطر"بمعنى، أن هناك نظام قضائي ضعيف أو غير فعال أو فاسد حيث، (أ) لا يمكن للضحايا الحصول على تعويض قضائي مناسب في البلد بسبب هذا الفساد، أو عدم وجود دعوى، أو غير ذلك من الحالات القضائية أو المتعلقة بالقانون ؛ (ب) لا يمكن للضحايا تحديد الكيان المسؤول، وبالتالي أي كيان يُخضع للمساءلة، نظرًا للهيكل المؤسسي المعقد للمؤسسات ؛ أو (ج) وجود شركة تابعة تعاني من نقص التمويل وبالتالي لا يمكنها دفع أي تعويضات ناجمة عن الانتهاكات .ينتقل هذا الحل المقترح بعيدًا عن الفكرة الحالية القائلة بأن الشركة القابضة يجب أن تكون مسؤولة فقط عندما يكون لديها بعض السيطرة الفعلية على شركة تابعة، تجاه مسؤولية الشركة القابضة

حيث تستفيد الشركة القابضة مالياً من إجراءات الشركة التابعة على حساب عدم الموافقة، الأطراف الثالثة – عادةً أفراد المجتمع الذي تعمل فيه الشركة التابعة (١)

من الناحية المثالية، يجب أن يتم إنشاء مثل هذه المسؤولية على الشركة القابضة من خلال تشريع قانوني .وستظل المطالبات الأساسية هي المطالبات المتعلقة بانتهاكات القانون الدولي العرفي بموجب(“ATS” Alien Tort Statute)أو أفعال الدولة التي ترتفع أفعالها إلى مستوى انتهاكات القانون الدولي العرفي، أو الأضرار البيئية الخطيرة .من شأن التشريع أن يتغلب على الحاجز الذي أوجده البعض، بالنظر إلى أنه من خلال مثل هذا التشريع، سيوفر الكونجرس أو الهيئة التشريعية للولاية سببًا للعمل حتى عندما يتم الإجراء في الخارج، وبالتالي، لن يكون هناك افتراض ضد الولاية القضائية خارج الإقليم .في البديل، يمكن للمحاكم أن تدمج هذا النهج في تحليلات "اختراق حجاب الشركة"، وكذلك عند النظر في مسؤولية الشركات وواجب الشركات القابضة القائم على المسؤولية التقصيرية . ولأسباب تتعلق بالسياسة العامة، فإنني أدعو لهذا النهج فقط فيما يتعلق بالمساهمين من الشركات، وليس المساهمين الأفراد.

يختتم المبحث بوصف السابقة التي تغلب فيها الكونجرس على المسؤولية المحدودة من خلال التشريعات القانونية، ولماذا يجب ألا تحظر المجاملة ومخاوف السياسة الخارجية هذا النهج.

تقسيم

فى ضوء ما تقدم تقسم الدراسة فى هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:-

المطلب الأول: الاتجاهات التقليدية لتقرير مسؤولية الشركة القابضة عن أخطاء الشركة التابعة

المطلب الثانى: الاتجاهات الحديثة لتقرير مسؤولية الشركة القابضة عن أخطاء الشركة التابعة

(1) See, Gwynne Skinner, Rethinking Limited Liability of Parent Corporations for Foreign Subsidiaries’ Violations of International Human Rights Law, 72 WASH. & LEE L. REV.(2015)p 1769

المطلب الأول

الاتجاهات التقليدية لتقرير مسؤولية الشركة القابضة عن أخطاء الشركة التابعة

بعد مناقشة عدم جدوى اختراق الحجاب وتحديد نقاط الضعف في اتجاه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه (المسؤولية بالإنابة) لتحميل الشركات القابضة مسؤولية الأضرار الناتجة عن أخطاء شركاتها التابعة، يصبح من الواضح أن هناك حاجة ملحة إلى مناهج أخرى .هذا بالطبع مبني على افتراض أن توسيع مسؤولية شركات المجموعة هو تطور مرغوب فيه.ومع ذلك، في تحديد قضية المسؤولية الموسعة، يركز البحث على وجهة نظر القانون والاقتصاد فيما يتعلق بمسؤولية المجموعة .وذلك لأنه على الرغم من أن أصحاب المصلحة في قانون الشركات سيرحبون على الأرجح بالمسؤولية المتزايدة لشركات المجموعة تجاه الأطراف الثالثة والتي تتأثر بسلوك الشركة المخالف للقانون، نتوقع أن يعارض رجال القانون والاقتصاد هذه الفكرة .ولكن هذا ليس هو الحال .في الواقع، عندما يتعلق الأمر بمسؤولية شركات المجموعة، هناك تقارب في الرأي بين أصحاب المصلحة والقانون والاقتصاد. (١)

نقطة البداية في هذا الشأن هي الفكرة الأساسية للمسؤولية المحدودة للشركات بشكل عام، والتي تقع خارج سياق المجموعة .درس العديد من المعلقين المسؤولية المحدودة من منظور الكفاءة وتعظيم الرفاهية بالنسبة للمجتمع ككل . الحجة الرئيسية هي أنه من خلال تقليل المخاطر على المساهمين، فإن المسؤولية المحدودة تسهل تجميع رأس المال وتشجع الاستثمار، وهو أمر مفيد بشكل خاص للمشروعات الكبيرة كثيفة رأس المال . بالإضافة إلى ذلك، نظرًا للحماية التي توفرها للمساهمين،

---

(1) See, Skinner G, Rethinking limited liability of parent corporations for foreign subsidiaries' violations of international human rights law. Wash Lee Law Rev(2015)p 1769 see also, Dine J, Jurisdictional arbitrage by multinational companies: a national law solution? J Hum Rights Environ (2012)p 50 See also Easterbrook and Fischel op cit p 94

فإن المسؤولية المحدودة (من بين الفوائد الأخرى) تقلل من الوقت والموارد التي يحتاجها المساهمون لإنفاقها على مراقبة وكلاء الشركات الذين يديرون الشركات التي استثمروا فيها، بالإضافة إلى تشجيع الاستثمارات المتنوعة. وبالتالي يُعتقد أن المسؤولية المحدودة لعبت دورًا أساسيًا في تطوير النظم الاقتصادية الحديثة [١] .

نتيجة لما سبق، تقدم الفقهاء والمعلقون في المقام الأول بثلاثة مناهج لتحميل الشركات القابضة المسؤولية عن أفعال الشركات التابعة حيث لا يتمكن الضحايا من اختراق حجاب الشركة أو إثبات خلاف ذلك أن الشركة التابعة كانت تعمل كوكيل للشركة القابضة وتتثمل هذه المناهج فى مسؤولية المشروع، ونهج العناية الواجبة، ونهج واجب الرعاية الملقى على عاتق الشركة القابضة القائم على الضرروأخيرا افتراض مسوولية الشركة القابضة.نعرض لهذه المناهج الأربعة بالتفصيل على النحو التالى:

أولا :مسؤولية المشروع

يتمثل خيار آخر للوصول إلى اتجاه نحو تقرير مسؤولية الشركة القابضة فى مبدأ"مسؤولية المشروع "على الرغم من عدم وجود تعريف فريد لهذا المصطلح، إلا أن مسؤولية المشروع غالبًا ما تكون متساوية مع معاملة جميع الشركات في المجموعة كمشروع واحد وتحميل المشروع الواحد مسؤولية الضرر الذي تسببه أي شركة فردية داخل المجموعة .وهذا يبطل الشخصية القانونية المستقلة لكيانات الشركات ذات الصلة ويسمح بالاختراق الأفقي والرأسي – الذي يوجه المطالبات ضد الشركات القابضة و/ أو الشركات الشقيقة .يعتقد أن هذا النهج يجلب "الواقع القانوني لمجموعات الشركات الأقرب إلى واقعها الاقتصادي "وإجبار شركات المجموعة على تقييم الأنشطة التجارية

---

(١) من الجدير بالذكر أن البعض قد جادل ببساطة عن المسؤولية غير المحدودة لجميع الأضرار بناءً على حقيقة أن المسؤولية المحدودة لم يُقصد أبدًا تطبيقها على الأضرارو هى .تتميز عن مسؤولية المشروع، حيث يمكن أن يكون المساهمون من الشركات فقط مسؤولين . نظرًا لأن المسؤولية غير المحدودة تنطبق حتى على المساهمين الأفراد ولا تفرض أي قيود على الإطلاق ,See Leebron . op cit pp.1574–1578

التي يحتمل أن تكون ضارة لأطراف ثالثة"، بدلاً من نقل الشركات ذات الصناعات الخطرة إلى أماكن بعيدة أوإنشاء الشركات التابعة ذات التمويل الناقص (١)

في المملكة المتحدة، كان لمسئولية المشروع ظهور قصير الأجل عندما دافع عنه اللورد دينتج في شكل نظرية "الوحدة الاقتصادية الفردية"فى قضية Tower (٢) ومع ذلك، لم يكتسب نهج الوحدة الاقتصادية الفردية لدينتج القبول كمبدأ عام لاختراق الحجاب.ومع ذلك، في العديد من الدول الأخرى، هناك أشكال معينة من مسؤولية المشروع على سبيل المثال، يمكن للدائنين في الولايات المتحدة الوصول إلى الأصول الجماعية لجميع الشركات التي يتكون منها المشروع في ظل ظروف معينة ووفقًا لبعض المحاكم فى الولايات المختلفة. وبالتالي فإن مبدأ مسؤولية المشروع يعمل كمبدأ تكميلي لاختراق الحجاب (الذي يطبق بين الشركات القابضة والشركات التابعة ويحكم المسؤولية "الرأسية") من خلال تمكين المحاكم من الحكم بأن الشركة تكون جزءًا من مجموعة شركات مسؤولة عن ديون شركة شقيقة، أو المسؤولية "الأفقية."وبالتالي، تكون مسؤولية المشروع مفيدة بشكل خاص عندما تكون الشركة التابعة غير قادرة على الوفاء

---

(١) قد كان مفهوم مسؤولية المشروع موجودًا لبعض الوقت .فبدأ ظهوره لأول مرة في الأدبيات القانونية في أوائل القرن العشرين، ونشأ في البداية كمفهوم الضرر الذي يختلف عن اتجاه الخطأ، وهو لا يعالج بالضرورة قضايا المسؤولية المحدودة للشركات القابضة . يُنسب مصطلح "مسؤولية المشروع" إلى ألبرت إهرنزفيج الذي استخدمه في كتاب الإهمال بدون خطأ عام ١٩٥١.

Albert A Ehrenzeweig, negligence without fault (The Regents of the Univ. of Cal., 1951), reprinted in 54 CAL. L. REV. 1422, 1424

في عام ١٩٤٧، كان هناك رأى قانونى هام من قبل البروفيسور أدولف بيرل جونيور بشأن مسؤولية المشروع، حيث جادل بأن الدائنين يجب أن يكونوا قادرين على الحصول على التعويض من أي عضو في مجموعة الشركات التي تشكل "مؤسسة ."على الرغم من عدم مناقشة جميع "مسؤولية المؤسسة" حيث يتم استخدام هذا المصطلح في هذا البحث – بشأن ما إذا كان ضحية الضرر قد يحصل على التعويض من الشركة القابضة.

(2) [1976] 1 WLR 85

بالديون أو المطالبات ولكن مجموعة الشركات ككل -ولكن ليس بالضرورة الشركة القابضة للشركة المعسرة - لديها أصول كافية. (١)

يتكون اختبار مسؤولية المشروع كما طورته بعض المحاكم الأمريكية من عنصرين . **أولاً**، يجب أن تكون هناك درجة عالية من الوحدة بين الكيانات المعنية حتى يتوقف على ذلك وجودها كشركة فعلية بحكم الواقع .**ثانياً**، في ضوء هذه الوحدة، فإن معاملة الكيانات على أنها منفصلة من شأنه أن يعزز الظلم لذا اتبعت المحاكم عناصر مختلفة لتفسير المتطلبات الدقيقة بموجب هذا الاختبار، وهي العناصر التي توضح كيف تم تجاهل انفصال كيانات المجموعة (مثل اختلاط الأصول أو غيرها من الأدلة على أنها لم تكن كذلك تعامل ككيانات مستقلة) بالإضافة إلى وجود دافع احتيالي غير مناسب لاستخدام هياكل المجموعة. (٢) .

في ألمانيا، ينص Konzernrecht (قانون مجموعات الشركات) على نظام مميز لمسؤولية مجموعة الشركات – وهذا على عكس قانون الاتحاد الأوروبي - حيث تم وضع مقترحات لغرض تطوير مجموعة مشتركة من القانون لمجموعات الشركات في السبعينيات ولكن لم تأت ثمارها. يوفر هذا القانون من بين أمور أخرى، نموذجًا تعاقديًا (اختياريًا) وإلزاميًا ينطبق على المجموعات الفعلية،وكلاهما ينص على أمثلة من مسؤولية الشركة القابضة أو الشركة المسيطرة. يعترف القانون الألماني بشركات المجموعة بهذه الطريقة وأن الأمر يحتاج لمجهود كبير لمعالجة التناقض الكامن في المصالح الموجود بين الشركات القابضة والشركات التابعة لها، والذي يمكن أن يفيد مساهمي الشركة القابضة على حساب مساهمي الشركة التابعة والدائنين. ومع ذلك،

(1) See, Deva S Briefing paper for consultation: parent company liability. (2015) https ://www.escr-net.org/sites /defau lt/files /paren t_compa ny_liability_briefi ng_paper _first _draft _sept_2015_-_eng.pdf. Accessed 11 june 2020, see also, Dearborn M,op cit p220 see also, Bainbridge SM, Henderson MT,Limited liability: a legal and economic analysis. Edward Elgar, Cheltenham, (2016)p192 see also, Bainbridge and Henderson,op cit pp191-199

(1) see, 166 Cal. App. 2d 652 (1958) see also, Bainbridge and Henderson,op cit pp191-199

هذا يعني أيضًا أن نظام Konzernrecht موجه في الغالب نحو حماية مساهمي الأقلية والدائنين المتعاقدين، وليس ضحايا الأضرار أو انتهاكات حقوق الإنسان التي هي محور الدراسة الحالية. (١)

وبالمثل، بذلت الهند جهودًا كبيرة في الاعتراف بمسؤولية المشروع، على الرغم من أن هذا يكون في ظروف ضيقة للغاية . بعد كارثة بوبال التي تسبب فيها تسرب للغاز من قبل شركة تابعة خاضعة لشركة أمريكية قابضة في وقوع إصابات ووفيات واسعة النطاق في بوبال، الهند، جادلت الحكومة الهندية فى هذه القضية بأنه يجب على الشركة القابضة "أن تتحمل بالضرورة المسؤولية" عن الأضرار التي سببتها "لأنها وحدها لديها الموارد لاكتشاف المخاطر والحماية منها وتقديم تحذيرات من المخاطر المحتملة (٢) . "وقد اعترفت المحكمة العليا الهندية في وقت لاحق بهذه الحجة من خلال الاعتقاد بأن:

" المشروع المنخرط في محاولة صناعية خطرة أو خطيرة بطبيعتها يدين بواجب مطلق وغير قابل للتفويض تجاه المجتمع بأنه ليس للمشروع أى خطر لأي شخص نتيجة ممارسة النشاط الخطر أو الخطير في جوهره لصالحه، يجب أن يفترض القانون أن هذا الإذن مشروط بامتصاص المؤسسة لتكلفة أي حادث." (٣)

أصبح هذا المبدأ مقبولًا لاحقًا كمسئولية محددة للمشروع في الهند،على الرغم من قصره فقط على الشركات العاملة في الصناعات الخطرة أو الخطرة بطبيعتها.

كما تلقت مسؤولية المشروع، بأشكال مختلفة، قدرًا كبيرًا من الاهتمام فى الأدبيات الأكاديمية.حيث قام عدد من الفقهاء بتحليل المسؤولية المحدودة بين

---

(2) See Engrácia Antunes , op cit pp 8–12;see also, Reich-Graefe R Changing paradigms: the liability of corporate groups in Germany. 37West Conn Law Rev(2005)p 795 see also Davies P et al Gower and Davies principles of modern company law, 9th edn. Sweet & Maxwell, London, (2012)p250

(2) See, Muchlinski PT Multinational enterprises and the law. Oxford University Press, Oxford, (2007)p319

(3) AIR 1987 SC 1965

الشركات القابضة والشركات التابعة من منظور القانون والاقتصاد ووجدوا أن هناك دعمًا ضعيفًا لها، مما دفع بعض المعلقين إلى المجادلة لصالح آليات مسؤولية المشروع. توصل Bainbridgeإلى أن احتمالية إثبات الأحكام في المجموعات تعني أن مسؤولية الشركة القابضة وحدها غير كافية وأن نظريات مسؤولية المشروع تبدو أكثر ملاءمة، على الرغم من أنها ليست مثالية، للتعامل مع المخاطر الخارجية واسعة النطاق.[١] ولقد أقترح Blumberg، واحد من أهم المؤيدين لفكرة مسؤولية المشروع لمجموعة الشركات، أن هذه المجموعات تتميز بعوامل توحيد للرقابة والعلاقات الاقتصادية .بينما يقر Blumberg بأهمية العناصر المضافة مثل الاعتماد المتبادل الإداري والمالي، وتكامل علاقات الموظفين، واستخدام شخصية جماعية مشتركة [٢].، لا تزال السيطرة هي المبدأ الرئيسى للمفهوم مما يجعل مجموعات الشركات على هذا النحو، وفقًا لـBlumberg ، تخضع "لشكل من أشكال مسؤولية الشركات القائمة على التحكم [٣].

تتطلب مسؤولية المشروع تاريخياً، وبشكل نموذجي، أن يكون لدى الشركة القابضة سيطرة وظيفية أو سلوكية على الشركة التابعة ولكن ربما ليس بنفس مقدار السيطرة المطلوبة لاختراق حجاب الشركة. هذا النوع من مسؤولية المشروع – الذي يتطلب السيطرة – كان هو القاعدة حتى الآن في تلك المواقف القليلة التي قام فيها صانعو السياسات بتدوين مسؤولية المشروع وفي الظروف النادرة التي فرضت فيها المحاكم ذلك[٤] .

(1) See, Bainbridge SM Abolishing veil piercing. 26 J Corp Law (2001)pp529–532
(2) See, Blumberg PI The multinational challenge to corporation law: the search for a new corporate per-sonality. Oxford University Press, Oxford (1993) pp245,246 see also, Orts EW Business persons. Oxford University Press, Oxford, (2013) p146
(3) See, Dearborn M ,op cit p231
(4) See, See Dearborn, op cit, pp252-254

في السنوات الأخيرة، تم تحديد المقترحات العلمية البارزة التي تستند إلى مفاهيم المسؤولية المؤسسية (مسؤولية المشروع) من قبل المعلقين .يقترح سكينر، على سبيل المثال، أن تُفرض مسؤولية الشركة القابضة من خلال تشريع قانوني لانتهاك حقوق الإنسان الدولية العرفية والأضرار البيئية الخطيرة.ومع ذلك، فإنه يقصر اقتراحه بفرض المسؤولية القانونية على الشركات التي تعمل كجزء من مؤسسة اقتصادية موحدة في "البلدان المضيفة عالية المخاطر" . على العكس، يقترح ديربورن نموذجًا لمسؤولية الشركات التي تتطلب مؤسسة متكاملة اسمياً، تم تحديدها بناءً على حالة محددة "التحقيق في السيطرة الاقتصادية، وليس السلوكية" ؛ ومثال ذلك أى ضرر جماعي أو انتهاك لحقوق الإنسان أو ضرر بيئي[١]

تقييم اتجاه مسؤولية المؤوسسة

على الرغم من أن مسؤولية المؤسسة يمكن أن تكون نهجًا قابلاً للتطبيق، فإن هذه الدراسة لا تقر مسؤولية المشروع كحل لعدة أسباب. أولاً، تتطلب مسؤولية المشروع كما تتم مناقشتها وتطبيقها عادةً إظهار السيطرة الوظيفية أو السلوكية على الشركة التابعة . وبهذه الطريقة لا يختلف الأمر تمامًا عن اختراق حجاب الشركة . ثانيًا، على غرار اختراق حجاب الشركة، والذي يتطلب السيطرة يمكن أن يكون بمثابة مثبط للشركات القابضة للحفاظ على العناية الواجبة حول تصرفات الشركات التابعة – سيرغبون في الابتعاد بأنفسهم قدر الإمكان – ويجب أن يخلق أي نهج حافزًا للشركات القابضة لتقييم المخاطر والقيام بكل ما في وسعها لمنع الانتهاكات ثالثًا، نظرًا لأن الكيانات المؤسسية معقدة وأن المؤسسة تحتفظ بالسيطرة على المستندات، فإن القدرة على تحديدها، ناهيك عن إنشائها، سيكون أمرًا صعبًا للغاية بالنسبة لمعظم الضحايا . رابعاً، لا يوجد تحديد ثابت لمدى السيطرة التي ستحتاج الشركة القابضة إلى ممارستها على الشركة التابعة.خامسا وأخيرًا، لا يأخذ هذا النوع من مسؤولية المشروع في

(١) إن المحاكم فرضت مسؤولية واسعة على الشركات بموجب قانون الاستجابة البيئية الشاملة والتعويض والمسؤولية بسبب الغرض التشريعي الواسع للقانون) ؛ Ibid

الاعتبار الحالات التي لا تزال فيها الشركة القابضة -على الرغم من أنه ليس في السيطرة الوظيفية للشركة التابعة - تستفيد ماليًا من إجراءات الشركة التابعة على حساب ضحايا الأضرار. [١]

إن مسؤولية المشروع تستند ببساطة إلى الرقابة المالية على الشركات التابعة أو الشركات ذات الصلة دون أي قيود على الإطلاق، مثل اشتراط أن تكون الشركة التابعة جزءًا من عمل متكامل بدلاً من مجرد استثمار ؛ قصر المسؤولية على بعض الضرر ؛ أو قصره على الحالات التي لا يمكن للضحايا فيها الحصول على التعويض إنها ببساطة واسعة للغاية .سيحمل هذا النهج الشركات القابضة المسؤولية عن أفعال الشركات التابعة بغض النظر عن وضع أو موقع الشركة التابعة. في نطاق واسع للغاية، فإنه يوفر حلاً للمواقف التي قد لا تكون مشكلة على الإطلاق، مثل الحالات التي يكون فيها الضحايا لديهم القدرة على التماس التعويض من الشركة التابعة في محكمة في البلد المضيف حيث يعيش الضحايا .بالإضافة إلى ذلك، بسبب اتساع نطاقه، من المشكوك فيه ما إذا كانت فوائد هذا النهج تفوق مخاطر التداعيات الاقتصادية والمالية غير المتوقعة [٢] .

إن مسؤولية المشروع في الوضع الذي يدعو إليه ديربورن، حيث تكون الشركة التابعة جزءًا من مؤسسة أعمال متكاملة (أي أنها موجودة أو تم إنشاؤها لتعزيز أهداف عمل الشركة القابضة وترتبط أعمالها بأعمال الشركة القابضة)، وحيث تكون الشركة التابعة متورطة في ضرر جماعي أو انتهاك لحقوق الإنسان، فإن ذلك يمثل حلًا أفضل بكثير للأسباب التي نوقشت فى الفقرة أعلاه . ومع ذلك، فإن هذا النهج، هو أيضًا واسع جدًا، على غرار المشروع العام القائم على المراقبة المالية، وهو لا يقتصر على الحالات التي لا يمكن فيها للضحايا الحصول على تعويض من الشركة التابعة، إما بسبب نقص التمويل أو بسبب عدم فعالية السلطة القضائية في البلد المضيف. [٣]

---

(1) Ibid
(2) Ibid
(3) See, Gwynne Skinner, op cit p 1824

على الرغم من عدم ارتباط مسؤولية المشروع بمسألة المسؤولية المحدودة في حد ذاتها،لا تتصدى التوصيات المتعلقة بالسياسة ولا حلول المسؤولية المؤسسية الأوسع للقيود الأحدث التي فرضتها المحكمة العليا الأمريكية في كيوبل .أنه من غير المرجح أن تتغلب مثل هذه الانتهاكات على افتراض الولاية القضائية الخارجية الذي فرضته كيوبيل، ما لم يتمكن الضحايا من إثبات أن القرارات، التي أدت إلى الضرر، قد تم اتخاذها في الولايات المتحدة .وبالتالي، للتغلب على كيوبيل، يجب أن يتضمن أي حل تشريعًا قانونًا يوفر تأثيرًا خارج الحدود الإقليمية. (١)

ثانيا : اتجاه الرعاية الواجبة

يفرض اتجاه الرعاية الواجبة واجبًا على الشركات القابضة بمراقبة أنشطة الشركات التابعة لها – وخاصة أنشطة حقوق الإنسان – بما يتفق مع الفكرة الناشئة

(1) See Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 569 U.S. 108 (2013),
تتلخص و قائع هذه القضية فى أنه كان المدعون في كيوبيل مواطنين فى نيجيريا زعموا أن شركات التنقيب عن النفط الهولندية والبريطانية والنيجيرية ساعدت وحرضت الحكومة النيجيرية في التسعينيات على ارتكاب انتهاكات للقانون الدولي العرفي. وادعى المدعون أن شركة رويال داتش شل أجبرت شركة شل النيجيرية التابعة لها، بالتعاون مع الحكومة النيجيرية، في سحق وحشي للمقاومة السلمية لتطوير النفط في دلتا نهر أوجوني النيجر .

سعى المدعون للحصول على تعويضات بموجب قانون (ATS (Alien Tort Statute. تحرك المدعى عليهم للرفض بناء على حجة ذات شقين. أولاً، جادلوا في أن القانون الدولي العرفي نفسه يوفر القواعد اللازمة لتقرير ما إذا كان السلوك ينتهك قانون الدول حيث يُدعى أن جهات فاعلة من غير الدول قد ارتكبت الخطأ المعني. ثانياً، زعموا أنه لا توجد قاعدة موجودة بين الدول تفرض المسؤولية على الجهات الفاعلة فى الشركة .في ٢٩ سبتمبر ٢٠٠٦، رفضت محكمة المقاطعة ادعاءات المدعين بالمساعدة والتحريض على تدمير الممتلكات ؛ المنفى القسري والقتل كان خارج نطاق القضاء. ورأى أن القانون الدولي العرفي لم يحدد الانتهاكات بدقة كافية. رفضت المحكمة طلب المدعى عليهم بالرفض فيما يتعلق بالادعاءات المتبقية بشأن المساعدة والتحريض على الاعتقال والاحتجاز التعسفيين ؛ جرائم ضد الإنسانية؛ والتعذيب والمعاملة القاسية واللاإنسانية والمهينة. ثم صدقت محكمة المقاطعة على أمرها الكامل للاستئناف التمهيدي للدائرة الثانية بناءً على الطبيعة الجادة للأسئلة المطروحة.

التي مفادها أن الشركات القابضة عليها التزام العناية الواجبة لضمان الامتثال لحقوق الإنسان في نطاق نفوذها .بدأ بعض الفقهاء والمدافعين في الجدل حول هذا النهج، وقد تم اقتراح مثل هذا النهج في كتابات أخيره ناقشت طرق التغلب على الحواجز التي تحول دون الوصول إلى العدالة بالنسبة لانتهاكات حقوق الإنسان للشركات خارج الولايات المتحدة .، وتكرس المبادئ التوجيهية للأمم المتحدة أيضًا مساحة كبيرة لالتزامات العناية الواجبة للشركات القابضة والشركات التابعة لها. كما تدعو المبادئ التوجيهية لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) بشأن الشركات متعددة الجنسيات إلى هذا النهج [١]

هناك دولتان على الأقل تتحركان بالفعل في اتجاه إنشاء مسؤولية من جانب الشركة القابضة أو المشروع بأكمله الممارس من قبل الشركة القابضة و مجموعة الشركات بأكملها عن انتهاكات حقوق الإنسان التي تتجاوز الحدود الإقليمية للشركات التابعة في حالات معينة بموجب نهج العناية الواجبة. على سبيل المثال، مشروع قانون تم تقديمه في فرنسا من شأنه أن يخلق افتراضًا بمسؤولية الشركة القابضة عن أضرار الشركات التابعة في الخارج والتي يمكن للشركات القابضة التغلب عليها إذا شاركت في "العناية الواجبة" لحقوق الإنسان فيما يتعلق بأعمال تلك الشركات التابعة. ومن غير الواضح من مشروع القانون، على وجه التحديد، ما هي أنواع الإجراءات التي تشكل العناية الواجبة، بخلاف "جميع التدابير الضرورية والمعقولة".[٢]

بالإضافة إلى ذلك، في ١ سبتمبر ٢٠١٤، دعت لجنة الشؤون الخارجية للغرفة الدنيا في سويسرا، من خلال طلب، الشركات السويسرية العاملة في الخارج إلى إرساء حقوق الإنسان والعناية الواجبة البيئية . تطلب الاقتراح أن يقوم المجلس الاتحادي

(1)See, Gwynne L. Skinner, Beyond Kiobel: Providing Access to Judicial Remedies for Corporate Accountability for Violations of International Human Rights Norms by Transnational Corporations in a New (Post-Kiobel) World, 46 COLUM. HUM. RTSL. REV. (2014) pp260,261

(2) Ibid

السويسري "بصياغة قانون لتنفيذ هذا الشرط – إن أمكن في سياق الإصلاحات المقبلة لقانون الشركات المساهمة. (١)

أوصى المجلس الاتحادي برفض الاقتراح على أساس أنه سيتطلب أكثر مما هو موجود بلوائح الاتحاد الأوروبي الحالية، التي لا تفرض العناية الواجبة بحقوق الإنسان، ولأنها ستضع سويسرا في وضع غير موات كوجهة تجارية .تم تأجيل الاقتراح في مجلس النواب إلى جلسة الربيع لعام ٢٠١٥ في البرلمان. في مارس ٢٠١٥، رفض اقتراح اللجنة بفارق ضئيل في الغرفة الدنيا . ومع ذلك، فإن ائتلافًا في سويسرا يجمع التوقيعات للاستفتاء لتقديمه، على غرار مشروع القانون الفرنسي، سيتطلب من الشركات الكبيرة المشاركة في العناية الواجبة، وتقييم المخاطر، ووضع تدابير لمنع الانتهاكات المحتملة لحقوق الإنسان والأضرار البيئية، وإعداد تقارير شاملة عن هذه السياسات والإجراءات(٢).

يعتبر نهج العناية الواجبة جيدا لأنه يقدم شيئًا مشابهًا للوضع الراهن للمسؤولية المحدودة ولكنه يحفز الشركات القابضة على المراقبة عن كثب والعمل مع الشركات التابعة لمنعها من الانخراط أو المساعدة والتحريض على انتهاكات حقوق الإنسان، بدلاً من تحفيز الأمر لمنع الجدل لاختراق حجاب الشركة أو مسؤولية الشركة عندما تعتمد هذه المسؤولية على السيطرة (٣) .

---

(1) See , public eye, Bern decleration & Greenpeace, business and human rights (2015), http://publiceye.ch/wp-content/uploads/2014/10/Fact sheet_BusinessHuman-Rights_EN_DEF.pdf

(2) See Press Release, Swiss Coal. for Corp. Justice, Swiss Parliament Motion for Mandatory Human Rights Due Diligence Narrowly Turned Down, Conservative Backlash Blocks Increased Corporate Accountability (Mar. 13, 2015), http://www.corporatejustice. ch/media/ medialibrary/ 2015/03/150311_sccj_ press_release_-_swiss_vote_on_ mandatory_ human_ rights_due_ diligence.pdf

(3) See, Skinner, op cit p 261

(موضحا أن شرط العناية الواجبة يخلق حافزًا للشركات القابضة لضمان أن الشركات التابعة لها تحترم حقوق الإنسان.)

سيكون نهج العناية الواجبة أفضل مما هو موجود حاليًا وسيكون خطوة في الاتجاه الصحيح للأسباب المذكورة أعلاه . وتكمن جاذبية نهج العناية الواجبة أيضًا في حقيقة أن المجتمع قد نسب المسؤولية تقليديًا على أساس الجرم ؛ عندما يقوم شخص أو كيان بما هو مطلوب منه، فإن القانون عادة ما يعفيهم من المسؤولية . إذاً، فإن العناية الواجبة تبدو كمقاربة مجدية محتملة من وجهة نظرالجميع (١) .

تقدير اتجاه العناية الواجبة

ومع ذلك، فإن نهج العناية الواجبة له حدوده .أولاً، من غير الواضح ما هي معايير "العناية الواجبة"، على سبيل المثال، سيحكم التشريع الفرنسي بأن "الأشخاص الاعتباريين"، مثل الشركات التي تعمل في الخارج، تكون مسؤولة أمام القضاء الفرنسى عن أفعال الشركات التابعة والمتعاقدين من الباطن التي تنتهك الحقوق الأساسية ما لم تكن الكيانات التجارية قد شاركت في إجراءات لمنع أو ردع مثل هذه الانتهاكات التي "لا يمكن أن تكون على علم بها". ولم تناقش ما هى الإجراءات التي تكون كافية. (٢)

ثانيًا، على الرغم من أن هذا النهج سيحفز الشركات القابضة على مراقبة إجراءات الشركات التابعة الأجنبية عن كثب، إلا أنه قد "يؤدى الأمر بالشركات القابضة من خلال الطلبات " و "التتحقق من الصناديق"، تمامًا مثلما تفعل الآن فيما

(1) See, DAN B. DOBBS, The Law of Torts American Casebooks Hornbook series Practitioner treatise series West Group, 2000 pp550,551

(2) See, Radu Mares, Responsibility to Respect: Why the Core Company Should Act When Affiliates Infringe Rights, The UN Guiding Principles on Business and Human Rights – Foundations and Implementation, Martinus Nijhoff Publishers (Leiden, Boston 2012),pp 169, 170

ستتم مسائلة أي شخص اعتباري مسؤول، في سياق أنشطته مع تلك الشركات التابعة له أو تلك التابعة لمقاوليه من الباطن، لا يثبت أنه اتخذ جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو ردع حدوث الأضرار أو خطر الأضرار، لا سيما تلك المتعلقة بالصحة أو البيئة أو التي تشكل انتهاكًا للحقوق الأساسية والتي كان من الممكن أن يكون على علم بها قبل وقوعها .تم حذف الحكم الذي يتطلب أن تتحمل الشركة عبء إثبات أنها اتخذت جميع التدابير التي في صلاحيتها في النسخة النهائية المعلقة. من القانون انظر [مشروع القانون رقم ١٥٢٤ المتعلق بالعناية الواجبة للشركات القابضة والمساهمين]، المسجل في رئاسة الجمعية الوطنية الفرنسية، ٦ نوفمبر ٢٠١٣

يتعلق ببعض لوائح الشراء وسلسلة التوريد إلى وجود حدود غير مبررة وغير عادلة. علاوة على ذلك، فإن تقرير مسؤولية الشركات القابضة في حالات أخرى، سيكون له تأثير مماثل – سيتم تحفيز الشركات القابضة بالمثل لفحص إجراءات الشركات التابعة عن كثب وتقليل المخاطر. ولكن الحافز سيكون حقيقيًا، لتجنب المسؤولية حقًا حتى لا تضطر إلى دفع تعويض كبير للضرر والدعاية السيئة التي تتماشى معها. (١)

ثالثًا، لا يعالج هذا النهج بشكل كامل الحجج الأخلاقية بشأن السبب الذي يجعل الشركات القابضة مسؤولة عن أفعال الشركات التابعة في حالات معينة، مثل الحالات التي يكون فيها القضاء فاسدًا أو لا يعمل، أو حيث لا يمكن للضحايا الحصول على تعويض. على سبيل المثال، حتى في الحالات التي تنخرط فيها الشركة القابضة في العناية الواجبة – أيًا كان الحال الذي قد ينتهي به الأمر – فقد تظل إحدى الشركات التابعة متورطة في انتهاكات حقوق الإنسان وتتسبب في الضرر. إن الفوائد المالية التي تتحصل عليها الشركة القابضة من وجود شركة تابعة تعمل في الخارج ستظل موجودة ؛ وعدم قدرة الضحايا على الحصول على تعويض لن يحدث فرقا. بعبارة أخرى، ستظل الشركة القابضة مستفيدًا، في حين أن التكلفة الخارجية، غالبًا ما تكون تكلفة باهظة – للأفراد أو المجتمعات دون موافقتها (٢) .

ثالثا :اتجاه العناية الواجبة

الخيار الثالث هو تنفيذ نهج واجب العناية المباشر وشروطه المسبقة، المنصوص عليها في Chandler وعدد من القضايا الأخرى التي تم البت فيها في القوانين الأجنبية، على أساس قانوني. ومع ذلك، فإن نهج العناية المباشر محدود – وغالبًا ما يكون مرهقًا للغاية- فهو في حد ذاته لا يمثل حلا كافيا لمعالجة مسؤولية

(1) See, Radu Mares, Responsibility to Respect: Why the Core Company Should Act When Affiliates Infringe Rights, The UN Guiding Principles on Business and Human Rights – Foundations and Implementation, Martinus Nijhoff Publishers (Leiden, Boston 2012),pp 169, 170

(2) See Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 133 (2013) S. Ct. 1659, 1669

مجموعات الشركات .إن تحديد النطاق والمحتويات الدقيقة لواجب عناية الشركة القابضة أمر صعب وقد يغري المحاكم بتوسيع حدود قانون المسؤولية التقصيرية من أجل التوصل إلى النتيجة المرجوة. و هذا النهج يعد حديثا إلى حد ما، حيث اتخذ المعلقون وبعض المدافعون الفكرة التقليدية عن مسؤولية الشركة القابضة عن إخلالها الخاص بالواجبات المستحقة لأطراف ثالثة وجادلوا بأن مثل هذا الواجب القانوني يتم إنشاؤه حيث تمتلك الشركة القابضة أو تخلق أو تسمح لشركة تابعة بالعمل بطريقة تؤدي إلى ضرر متوقع لأطراف ثالثة غير موافقة. (١)

تستند المناقشة الأكثر حداثة فيما يتعلق بمسؤولية الشركة القابضة بموجب نهج واجب العناية المباشر لإجراءات الشركة التابعة بشكل أساسي على قضيتين: قضية المملكة المتحدة لعام ٢٠١٢، قضية,Chandler v. Cape PLC ، (٢) والقضية الكندية لعام ٢٠١٣، قضية" .Choc v. Hudbay Minerals " (٣) كلتا القضيتين مهمتان لأنه لأول مرة وجدت المحاكم في المملكة المتحدة وكندا أنه بصرف النظر عن

---

(١) في وقت مبكر من عام ١٩٢٩، لاحظ الأستاذان دوجلاس وشانكس أنه كانت هناك مواقف حيث،أنه على الرغم من أن الشركات التابعة حافظت على انفصالها عن الشركات القابضة، فقد تم الحكم على الشركات القابضة على ما يبدو بأنها مسؤولة عن الضرر في أعمال الشركات التابعة لها. انظر See William Douglas & Carol Shanks, Insulation from Liability Through Subsidiary Corporations, 39 YALE L.J.(1929) 205-210 (و قد أشارا إلى الظروف التي تُعتبر فيها الشركة القابضة عادةً مسؤولة عن سلوكها المخالف للقانون). ومع ذلك، قاما بمراجعة القضايا عن كثب ولاحظا أن المسؤولية إما بسبب دور الشركة القابضة المباشر في الضرر أو أن الشركة التابعة كانت تعمل على وجه التحديد كوكيل للقابضة في تنفيذ قرار من الأخيرة. انظر Ibid. (مشيرا إلى أمثلة وكالة الشركة القابضة أو المشاركة المباشرة في سلوك الشركة التابعة). في القضايا الأكثر حداثة، وجدت المحاكم أنه بموجب نظرية "الغير "، لا يتوفر إجراء لخرق واجب العناية ضد الشركة القابضة إلا إذا كان الموظف قادرًا على إثبات أن الشركة القابضة تفترض، إما باتفاق صريح أو ضمناً، "المسؤولية الأساسية" عن توفير السلامة للآخرين. انظر 424 F.3d 35, 37 (1st Cir. 2005)

(2)See Chandler v. Cape PLC [2012] EWCA (Civ) 525

(3)See Choc v. Hudbay Minerals, Inc., 2013 ONSC 1414

اختراق حجاب الشركة أو الوكالة، يمكن أن تكون الشركات القابضة مسؤولة بشكل مباشر عن أفعال شركاتها التابعة على أساس "واجب العناية تجاه الغير. تمت مناقشة هذه القضايا باستفاضة في المنتدى السنوي الثالث للأمم المتحدة للأعمال التجارية وحقوق الإنسان في ديسمبر ٢٠١٤ باعتبارها تقدم سبيلًا للمضي قدمًا لتحميل الشركات القابضة المسؤولية عندما تتسبب الشركات التابعة لها في حدوث إصابة في الخارج .إنه على الرغم من أن هذه القضايا هي نماذج مهمة عند النظر في ما إذا كانت الشركة القابضة مسؤولة عن أفعال شركاتها التابعة في ظروف معينة . فإن القرارات لا تشير إلى أن واجبًا يحدث ببساطة لأن الشركة القابضة تنشئ أو تشتري شركة تابعة وتعلم أنها ستشارك في عمليات قد تشكل خطرًا على أطراف ثالثة.

تستند تشاندلر إلى دعوى ضد شركة قابضة بريطانية لإصابة عانى منها موظفو شركة تابعة نتيجة التعرض لغبار الأسبستوس. في تشاندلر، رأت محكمة الاستئناف الإنجليزية أنه في الظروف المناسبة، يجوز للقانون فرض واجب العناية على الشركة القابضة فيما يتعلق بصحة وسلامة الغير (في هذه القضية، موظفيها)، وأنه كان هناك افتراض للمسؤولية عن صحة وسلامة موظفي الشركة التابعة بموجب وقائع هذه القضية.

إن وقائع هذه القضية هامة فى فهم افتراض و اجب العناية . وجدت محكمة الاستئناف، التي أكدت المحكمة العليا قرارها، أن المدعى عليه استخدم مسؤولًا علميًا ومسؤولًا طبيًا، وكانوا معًا مسؤولين عن صحة وسلامة جميع الموظفين داخل الشركات التابعة للمدعى عليه ؛ إن الأدلة أثبتت أن المدعى عليه وليس الشركات التابعة هي التي "فرضت سياسة تتعلق بالصحة والسلامة" للموظفين ؛ أن الشركة القابضة "احتفظت بالمسؤولية عن ضمان أن موظفيها لم يتعرضوا لخطر الضرر من خلال التعرض للأسبستوس"؛ وأن الأدلة أظهرت بشكل قاطع أن المدعى عليه يضطلع بالمسؤولية الكاملة.

وفقًا للمحكمة العليا الإنجليزية، يمكن أن ينشأ واجب من جانب الشركة القابضة بسبب "معرفتها الفائقة بطبيعة وإدارة مخاطر الأسبستوس"، وأن "كيب يمكن،

وقد فعلت في أمور أخرى، إعطاء تعليمات لمنتجات كيب فيما يتعلق بكيف كان العمل، والتي، على حد علمنا، تمتثل لها على النحو الواجب. وهكذا، قضت محكمة الاستئناف:

باختصار، توضح هذه القضية أنه في الظروف المناسبة قد يفرض القانون على الشركة القابضة مسؤولية صحة وسلامة موظفي الشركة التابعة لها. وتتضمن هذه الظروف ما يلى (١) تكون أعمال الشركة القابضة والشركة التابعة في نفس الصدد ذات صلة ؛ (٢) أن يكون لدى الشركة القابضة أو يجب أن يكون لديها معرفة فائقة ببعض الجوانب ذات الصلة بالصحة والسلامة في صناعة معينة ؛ (٣) نظام عمل الشركة التابعة غير آمن كما عرفت الشركة القابضة، أو كان يجب أن تعرف ؛ و (٤) كاننت الشركة القابضة تعلم أو كان يجب أن تتوقع أن الشركة التابعة أو موظفيها سيعتمدون عليها باستخدام تلك المعرفة المتفوقة لحماية الموظفين. ليس من الضروري إثبات أن الشركة القابضة تتدخل في ممارسة سياسات الصحة والسلامة التابعة للشركة التابعة. ستنظر المحكمة في العلاقة بين الشركات على نطاق أوسع. قد تجد المحكمة أن العنصر (٤) قد تم إثباته حيث تظهر الأدلة أن الشركة القابضة قد مارست التدخل في عمليات التداول للشركة التابعة، على سبيل المثال قضايا الإنتاج والتمويل [(١)] .

قبل تشاندلر، اعتمدت العديد من قضايا أخري للمدعى فى بريطانيا على نفس نظرية واجب العناية، على الرغم من أن تشاندلر كانت أول قضية تقبل النظرية في محكمة الاستئناف الإنجليزية . كما لاحظ أحد المعلقين، بموجب هذه النظرية، قد تكون الشركة القابضة "مسؤولة عن الضرر الناجم عن فشلها في أداء الوظائف التي تسيطر عليها بكفاءة، أو إعطاء الشركات التابعة الأجنبية نصيحة سليمة بشأن السياسات البيئية، وسلامة العمال، وسياسات حقوق الإنسان. وبصورة عامة، فإن النظرية هي أن الشركة تشارك بشكل مباشر في عمليات الشركة التابعة لها أو تمارس السيطرة الفعلية، ثم تدين بواجب العناية بها لأي شخص متضرر من عمليات الشركة التابعة. ومع ذلك، فإن نظريات المسؤولية هذه موجودة فقط عندما يكون هناك مشاركة كافية في العمليات

(1) See Chandler v. Cape PLC [2012] EWCA (Civ) 525

الفرعية من قبل الشركة القابضة وسيطرتها ومعرفتها، بالإضافة إلى ذلك، عند النظر إلى العناصر، من الواضح أنه لكي تكون هناك مسؤولية بموجب هذه النظرية، يجب أن يكون لدى الشركة القابضة أو يجب أن يكون لديها معرفة فائقة بالمشكلة المطروحة، ويجب أن يكون من المتوقع أن تعتمد الشركات التابعة أو الغير (في هذه الحالة، الموظفين) على معرفة الشركة القابضة الفائقة لحماية الغير. [١] .

تتمثل أهمية تشاندلر فى أن المحكمة رأت أن الشركة القابضة يمكن أن تكون مسؤولة عن أفعال شركة تابعة حتى عندما لا يكون لديها سيطرة فعلية على العملية المحددة المعنية . بهذه الطريقة، كان قرارًا رائدًا لأنه يشير إلى أنه قد يكون على الشركة القابضة واجب العناية اعتمادًا على الوقائع الخاصة .لكنه قرار محدود، على الرغم من كل شيء.

قرار محكمة العدل العليا في أونتاريو(كندا) لعام ٢٠١٣ في Choc مماثل لحكم المحكمة العليا الإنجليزية في تشوك، وجدت المحكمة الكندية أن الشركة القابضة الكندية ربما كانت مدينة بواجب عناية مباشر إلى مجتمع السكان الأصليين الجواتيماليين الذين انتهكت حقوقهم عندما قامت إحدى الشركات التابعة للشركة القابضة باستئجارقوات الأمن لإخلاء أفراد مجتمع المايا قسراً . زعم المدعون في القضية أن أفراد الأمن في مشروع التعدين السابق لشركة Hudbay Mineral في جواتيمالا تورطوا في العديد من الانتهاكات بما في ذلك قتل أحد الثائرين، وإطلاق النار على رجل آخر، واغتصاب العديد من النساء أثناء قيام أفراد الأمن والشرطة والجيش بإخراجهن من قريتهن. بشكل ملحوظ، رفضت المحكمة حجة Hudbay Minerals بأن القضية يجب أن تُرفض بسبب مسؤوليتها المحدودة فيما يتعلق بإجراءات الشركة التابعة الجواتيمالية . من بين النتائج الأخرى، وجدت المحكمة أن المدعين قد التمسوا بشكل صريح المسؤولية المباشرة ضد Hudbay بموجب قانون الضرر المحلي .على

---

(1) See, Richard Meeran, Litigation of Multinational Corporations: A Critical Stage in the UK, in liability of multinational corporation under international law (Menno T. Kamminga & Saman Zia-Zarifi eds., 2000) p251

وجه التحديد، وجدت المحكمة أن المدعين يمكنهم المضي في قضيتهم إذا تعهدوا بشكل كاف بواجب عناية "جديد"، نظرًا لأنهم لم يقروا بواجب عناية معترف به بالفعل من قبل القانون. حددت المحكمة عناصر ثلاثة يجب على المدعين أن يترافعوا بشكل ملائم عن واجب العناية هذا(١):

١- أن الضرر الذي تم الشكوى منه هو نتيجة متوقعة بشكل معقول للانتهاك المزعوم

٢- أن هناك تقارب كافٍ بين الطرفين بحيث لن يكون من الظلم فرض واجب عناية على مرتكب الفعل الضار

٣- عدم وجود أسباب سياسية تتعلق بنفى أو تقييد هذا الواجب.

ثم طبقت المحكمة القانون الكندي على كل من هذه الموضوعات. بموجب القانون الكندي، يمكن توقع الضرر لأغراض الواجب إذا كان من الممكن توقع حدوث الضرر بشكل عام وكان نوع الضرر متوقعًا. وجدت المحكمة أن ادعاء المدعون يؤدى بشكل ملائم إلى إمكانية التنبؤ لأنهم تعهدوا على وجه التحديد بأن Hudbay كانت تعرف أو كان يجب عليها أن تعرف أن قوات الأمن استخدمت العنف كثيرًا لطرد أفراد من المجتمع ؛ أن المدراء التنفيذيين للمدعى عليهم كانوا يعرفون أن العنف استخدم في عمليات الإخلاء السابقة التي طلبوها ؛ أن المديرين التنفيذيين يعرفون أن هناك خطر أعلى من العنف الشديد ضد هذا المجتمع. أنهم يعرفون أن أفراد الأمن لم يتلقوا تدريباً كافياً وأنهم يمتلكون أسلحة نارية غير قانونية ؛ أنهم يعرفون أن الاغتصاب ضد النساء في جواتيمالا يحدث بمعدل مرتفع ؛ وأنهم كانوا يعرفون أن نظام العدالة في جواتيمالا يعاني من مشاكل خطيرة وأن الغالبية العظمى من العنف مرت دون عقاب.

(1) See Choc v. Hudbay Materials, Inc., 2013 ONSC 1414

كانت هناك أيضًا ادعاءات محددة مشابهة جدًا فيما يتعلق بحوادث أخرى. المعروفة أيضًا للشركة القابضة والمديرين التنفيذيين لديها. (١)

علاوة على ذلك، رأت المحكمة أن المدّعين قد توصلوا إلى التقارب الكافي، وهو موجود بموجب القانون الكندي إذا كانت "ظروف العلاقة التي تكمن بين المدعي والمدعى عليه ذات طبيعة يمكن أن يقال فيها أن المدعى عليه ملزم بها وإذ تضع في اعتبارها المصالح المشروعة للمدعي في إدارة شؤونه. ولاحظت المحكمة أن المدعين التمسوا أن الشركة القابضة تولي اهتمامًا خاصًا لمشاكل النزاع على الأرض بين شركتها التابعة وقرية المايا ؛ أن الرئيس التنفيذي صرح علنًا بأن الشركة القابضة فعلت كل ما بوسعها لضمان تنفيذ عمليات الإخلاء وفقًا لحقوق الإنسان ؛ أن الشركة القابضة أدلت بتصريحات علنية بشأن علاقتها بقرى المايا ؛ أن الشركة القابضة كانت مسؤولة مباشرة عن العمليات ؛ واستناداً إلى كل هذا، وجدت المحكمة أن الادعاءات قريبة بشكل كاف . كما وجدت المحكمة أنه لا يوجد سبب سياسي واضح لتقييد واجب العناية (٢).

على غرار قضية المملكة المتحدة، تعتبر هذه القضية مهمة، لكن تطبيقها لا يزال محدودًا إلى حد ما نظرًا لعنصر القرب. في قضية شوك، زعم المدعون حقائق مهمة تثبت العلاقة بين الشركة القابضة والمجتمع، وأن الشركة القابضة قد تقوم بالسيطرة على أفراد الأمن. وبالتالي، فإن القضايا لها تطبيق واعد في حالات معينة

(١) تجعل هذه المرافعات أمرًا متوقعًا إلى حد معقول أن طلب الإخلاء القسري لمجتمع باستخدام مئات من أفراد الأمن، كما يُزعم أنHudbay / Skye ، قد يؤدي إلى استخدام أفراد الأمن للعنف، بما في ذلك اغتصاب المدعين و أن التصريح باستخدام القوة ردًا على المعارضة السلمية من المجتمع المحلي يمكن أن يؤدي إلى قيام أفراد الأمن بارتكاب أعمال عنف، بما في ذلك القتل وإصابة الضحايا بجروح خطيرة. Ibid

(٢) يجب أن تحجم المحكمة عن رفض الدعوى لأنها لا تكشف عن أي سبب معقول لاتخاذ إجراء بناءً على أسباب السياسة في مرحلة الطلبات قبل وجود سجل يمكن للمحكمة من خلاله تحليل نقاط القوة والضعف في حجج السياسة. Ibid.

ومحدودة، لكنها لا تمثل اقتراحًا لواجب عام للعناية على أساس إنشاء شركة تابعة في بيئة عالية المخاطر.

رابعا: قرينة المسئولية

الخيار الرابع و الأخير هو تقرير قرينة قابلة للدحض لمسؤولية الشركة القابضة عن أخطاء الشركات التابعة .في حالة إلحاق الضرر بالغير، تتحمل الشركة القابضة بالتالي عبء إثبات أنه لا ينبغي أن تكون مسؤولة تجاه الضحايا من الغير هذا هو النهج الذي تفضله اللجنة العاملة على معاهدة الأعمال التجارية وحقوق الإنسان المقترحة، وقد اكتسبت، بشكل منفصل، اهتمامًا أو بدأت تؤتي ثمارها في بعض الدول . تقترح لجنة الأمم المتحدة، على سبيل المثال، أن نظام الافتراض يكون مستندا على دليل على أن الشركة القابضة لم تكن تعرف (أو لم يكن لديها أسباب لمعرفة ذلك) "بشأن الشكاوى المعنية" أو أن الانتهاكات حدثت على الرغم من أن الشركة القابضة تتخذ الإجراءات الوقائية والجزائية المناسبة لخطوات العناية الواجبة. [١] .

في فرنسا، يتطلب الواجب القانوني الذي تم تطبيقه حديثًا من اليقظة أن تأخذ بعض الشركات العناية المعقولة في تحديد ومنع المخاطر على حقوق الإنسان والحريات الأساسية، أو الإصابة الجسدية الخطيرة أو الضرر البيئي أو المخاطر الصحية الناتجة بشكل مباشر أو غير مباشر عن عمليات الشركة وترتبط التزامات اليقظة بمسؤولية المجموعة لأنها تمتد إلى الشركات التابعة (الشركات الخاضعة للرقابة) وكذلك المقاولين من الباطن أو الموردين .وبالمثل، فإن المبادرة الشعبية "للشركات المسؤولة"[٢] في سويسرا تضع العناية الواجبة التزام على الشركات باحترام حقوق الإنسان والمعايير البيئية. إذا تم قبول ذلك، فإن هذا الواجب يتطلب من الشركات

---

(1) See, Deva S Briefing paper for consultation: parent company liability. (2015)p4 see also, Muchlinski PT Multinational enterprises and the law. Oxford University Press, Oxford, (2007)p332 see also Muchlinski PT Limited liability and multinational enterprises: a case for reform?34 Camb J Econ (2010)pp923,924

(٢) ينطبق القانون على الشركات التي لديها أكثر من ٥٠٠٠ موظف مسجل في فرنسا

تحديد الآثار الحقيقية والمحتملة على حقوق الإنسان والبيئة المعترف بها دوليًا ؛ واتخاذ التدابير المناسبة لمنع انتهاك هذه المعايير، ومراعاة الإجراءات المتخذة .يمتد هذا الالتزام ليشمل كل من الشركة القابضة وأي شركة محلية أوأجنبية تسيطر عليها .يهدف كل من القانون الفرنسي والمبادرة السويسرية إلى تحميل الشركات المسؤولية عن عدم الالتزام بالواجبات المحددة ما لم تتمكن الشركة من إثبات أنها بذلت العناية الواجبة، وهى التي تتحمل عبء الإثبات[١].

من وجهة نظر الضحايا، فإن المناهج التي تفرض واجبات على الشركات وتفرض العبء عليها لتثبت أنها لم تخل بالتزاماتها تسهل العملية بالنسبة لهم بشكل واضح. كما يتضح أنها مشابهة جدًا للمسؤولية استنادًا إلى واجبات عناية الشركات القابضة، والفرق الرئيسي هو أن عبء الإثبات ينتقل إلى الشركة المدعى عليها. لهذا السبب، فإن النهج الفعلي نفسه لا يزال في الأساس يعاني من نفس المشاكل التي تم تحديدها ومناقشتها في سياق واجبات العناية فى قضية تشاندلر و الشركات القابضة المباشرة. بشكل أساسي، لا يزال من غير الواضح لماذا يجب أن تعتمد المسؤولية (حصريًا) على "التحكم غير الفعال"، أو نقص المعرفة، أو أي إغفالات أخرى من جانب الشركات، بالنظر إلى الحالة المقنعة للمسؤولية الأوسع لمساهمي الشركات المستقلين عن هذه العوامل، والتي هي أقرب إلى المسؤولية المشددة للشركة .

المشاكل التي تتعلق بقرينة المسؤولية

رأت محكمة استئناف إنجلترا في قضية تشاندلر أن استخدام قرينة المسؤولية يمكن أن يقع في متطلب "القربProximity" [٢] من اختبار كابارو. ومع ذلك، يبدو

(١) مبادرة شعبية "للمؤسسات المسؤولة – لحماية البشر والبيئة (مبادرة مسؤولية المؤسسة)" للحصول على معلومات رسمية عن المبادرة، انظر

www.bj.admin .ch / bj / de / home / wirts chaft / geset zgebu ng / konze rnver antwo rtung sinit iativ e.html 25/6/2020 تم اخر دخول للموقع ف

(٢) في قضيةConnelly v RTZ ، رأت المحكمة أنه يمكن تحديد القرب من خلال سيطرة الشركة القابضة في وضع سياسة مناسبة لنظام السلامة للشركة التابعة.

أن الاستخدام المشترك لهاتين النظريتين من قبل المحكمة في Chandler يثير بعض الارتباك. في بعض القضايا الحديثة، يُعتبر نهج قرينة المسؤولية لإنعقاد مسؤولية الشركة القابضة عن الإهمال مختلفًا عن نهج تطبيق اختبار .Caparo على سبيل المثال، في قضية NewtonSealey ضدArmor Group Services Ltd ، اقترح المدعى والمدعى عليه حلولًا مختلفة لتحقيق واجب العناية للشركة القابضة. جادل المدعي بتطبيق الاختبار الثلاثي في حين رأى المدعى عليهم أنه من الأفضل استخدام نهج قرينة المسؤولية لتأكيد خسارة المدعين. لم تجب المحكمة على السؤال حول الفرق بين هذين النهجين، ورأت أن الفرق قد لا يغير من الأمر شيء. يجب أن يكون هناك احتمال حقيقي لنجاح المدعي، إما عن طريق تحديد العناصرفي اختبارCaparo (١)، أو بناءً على نهج قرينة المسؤولية.

في مطالبات الإصابة الشخصية ضد الشركة القابضة، ممثلة في قضايا مثل قضية كيب للصناعات، فإن نهج قرينة المسؤولية ذو صلة كبيرة، بغض النظر عما إذا كان يعتبر نهجًا مستقلًا للمسؤولية عن الإهمال أو يعتبر بمثابة اختبار يساعد على إنشاء " القرب ". وذلك لأن المطلب الرابع لـ "اختبار الأجزاء الأربعة" لتحديد مسؤولية

---

(١) قضية Caparo Industries PLC v Dickman هي قضية رائدة في قانون المسؤولية التقصيرية الإنجليزي في اختبار واجب العناية. قام مجلس اللوردات، بعد محكمة الاستئناف، بوضع "اختبار ثلاثي الأبعاد". لكي ينشأ واجب العناية:

١- يجب أن يكون الضرر متوقعًا بشكل معقول نتيجة لسلوك المدعى عليه

٢- يجب أن تكون الأطراف في علاقة تقارب، و

٣- يجب أن يكون من المنصف والعادل والمعقول أن تفرض المسؤولية صدر القرار في سياق مناقشة إهمال فى حسابات إحدى الشركات. كانت القضايا السابقة المتعلقة بالبيانات الخاطئة المهملة تندرج تحت مبدأ هيدلي بيرن ضد هيلر. و الذى ينص على أنه عندما يدلي شخص ببيان، فإنه يتحمل المسؤولية طواعية تجاه الشخص الذي يدلي إليه به (أو أولئك الذين كانوا في تفكيره). إذا شاب هذا البيان إهمالا، فسيكون مسؤولاً عن أي خسارة تنتج عن ذلك. كان السؤال في كابارو هو نطاق تحمل المسؤولية، وما هي حدود المسؤولية التي يجب أن تكون. *Caparo Industries PLC v Dickman* [1990] UKHL 2

إهمال الشركة القابضة له صلة كبيرة بنظرية افتراض المسؤولية. وفقًا لما ذكرنا، فإن الشرط الرابع للمسؤولية عن الإهمال هو: "(٤) أن الشركة القابضة كانت تعرف أو كان يجب أن تتوقع أن الشركة التابعة أو موظفيها سيعتمدون عليها باستخدام تلك المعرفة المتفوقة لحماية الموظف". لذلك، لتحديد مسؤولية إهمال الشركة القابضة لموظف الشركة التابعة لها، يجب تلبية هذا الشرط مع الثلاثة الآخرين في "اختبار الأجزاء الأربعة". ومن المثير للاهتمام، وفقًا لنظرية قرينة المسؤولية، أنه إذا تم استيفاء الشرط الرابع، يمكن أيضًا إثبات مسؤولية إهمال الشركة القابضة، لأنه تم إثبات افتراض المسؤولية على أساس الاعتماد بين المدعى عليه والمدعي. [1] .

يمكن اعتبار اختبار قرينة المسؤولية بمثابة اختبار مستقل عندما يتم تطبيقه بشكل رئيسي في المطالبات المتعلقة بالخسارة الاقتصادية الخالصة. على أساس قرينة المسؤولية، يتم تحديد واجب العناية بسبب وجود اعتماد من قبل المدعي على المعلومات أو النصائح الكاذبة وإهمال المدعى عليه. وقد تم تطوير هذا النهج من قبل المحاكم على نطاق أوسع في بعض حالات الإصابة الجسدية. يربط هذا الاعتماد بشكل وثيق بين المدعى عليه والمدعي ويقيم علاقة خاصة. تقول محكمة استئناف إنجلترا بأن افتراض تحمل المسؤولية يمكن أن يقع في الجزء الثاني (القرب) والثالث (العادل والمعقول) من اختبار المراحل الثلاث. هذا يعني أنه يعتبر جزءًا من اختبار القرب العام في حالة Chandler v Cape. وبالتالي، في بعض حالات الإصابة الشخصية المحددة مثلChandler v Cape ، أو الحالات الجديدة الأخرى التي ليس من السهل فيها تحديد واجب العناية، على وجه الخصوص، يصعب العثور على علاقة القرب، يمكن اعتبار اختبار قرينة المسؤولية جزء أساسي لاستدعاء علاقة القرب. في الواقع، لا يحتوي اختبار القرب على محتوى ثابت في استخدامه في تحديد واجب

(1) See, Witting C, Street on Torts (14th edn, Oxford University Press , 2015) p 52 .

العناية. لذا، فمن المعقول أن نعتقد أنه يمكن التذرع بعلاقة التقارب عندما نجد تسوية للمسؤولية. مثلما أشار اللورد أوليفر في كابارو[١] :

"القرب هو بلا شك تعبير مناسب طالما أنه تم إدراك أنه ليس أكثر من تسمية لا تشمل مفهومًا محددًا بل مجرد وصف للظروف التي تستنتج فيها المحاكم، عمليًا، أن واجب العناية موجود" من المتوقع أن تواصل المحاكم الانخراط في نظرية تحمل المسؤولية في تحديد مسؤولية إهمال الشركة القابضة في قضايا الضرر المؤسسي.

(1) [1990] UKHL 2 p 633

المطلب الثانى

الاتجاهات الحديثة لتقرير مسؤولية الشركة القابضة عن أخطاء الشركة التابعة

أولا: سن تشريع يقرر مسؤولية الشركة القابضة عن انتهاكات الشركات التابعة الاجنبية لاسيما انتهاكات حقوق الانسان و الأضرار البيئية

في الحالات التي تتمتع فيها الشركات القابضة بمزايا عديدة مثل مدفوعات المساهمين والمزايا الضريبية من أنشطة الشركات التابعة لها، وفي الوقت نفسه تحديد التكاليف البيئية وتكاليف حقوق الإنسان، يمكن تقديم حجة أخلاقية قوية مفادها أن الشركات القابضة يجب أن تضمن تضرر الضحايا من جراء انتهاكات الشركات التابعة علي سبيل المثال لقواعد حقوق الإنسان والأضرار البيئية الجسيمة عندما لا يمكن الحصول على تعويض مناسب في البلد المضيف أو ضد الشركة التابعة، لا ينبغي أن تكون الشركة القابضة قادرة على رفع درع المسؤولية المحدودة، خاصة عندما تعلم أن الشركة التابعة تعمل في بلد عالي المخاطر حيث يكون هناك علاج لمثل هذه الخطورة سيكون من الصعب أو المستحيل تحقق أية أضرارلذلك كله يجب سن تشريع قانوني ينص على المسؤولية الكاملة للشركات القابضة عن انتهاكات الشركات التابعة الأجنبية لقواعد حقوق الإنسان وغيرها من الأضرار في البلدان "المعرضة للخطر" حيث لا يمكن للضحايا الحصول على تعويض بخلاف ذلك.

علاوة على ذلك، كما سيناقش فيما بعد، بالنسبة لمطالبات القانون الدولي العرفي الحالية المرفوعة بموجب قانون الضررالأجنبي الأمريكى، يجب التغلب على الافتراض ضد الولاية القضائية المنصوص عليه في كيوبل، حتى في الحالات التي يمكن فيها للضحايا تقديم مطالبات أو التماس تعويضات من الشركات القابضة عن الضرر خارج الحدود الإقليمية، مثال ذلك من خلال اختراق الحجاب. إن التشريع القانوني من النوع المدعو هنا من شأنه أن يتجنب مشكلة كيوبل .إن إصدار قانون يسمح لضحايا الأضرار الجسيمة التي تتجاوز الحدود الإقليمية بتجاهل المسؤولية المحدودة والوصول إلى الشركات القابضة هو في الأساس سبب من إجراءات تطبيق

السلوك خارج الحدود الإقليمية .وبالتالي، لن يتم إنشاء أي افتراض في المقام الأول . هناك سابقة لذلك – هناك أمثلة عديدة من الكونجرس توضح أن قوانين معينة يجب أن تطبق خارج الحدود الإقليمية في حالات معينة، ويمكن للكونجرس أن يفعل الشيء نفسه بالنسبة للانتهاكات الخطيرة لقانون حقوق الإنسان. (١)

بالنظر إلى قيود مسؤولية المشروع والعناية الواجبة ونهج واجب العناية الموضحة أعلاه، تتخذ هذه الدراسة الموقف الذي لايحد من مسؤولية الشركات القابضة عن المطالبات بالانتهاكات الدولية العرفية لحقوق الإنسان (مثل تلك التي يتم رفعها بموجب قانون الضررالأجنبي الأمريكى) ولا يجب تجاهل الأضرار البيئية الجسيمة عندما تأخذ الشركة القابضة حصة الأغلبية أو تنشئ شركة تابعة كجزء من مؤسسة اقتصادية موحدة(٢) تعمل في "بلد مضيف عالي الخطورة"، و(أ) لا يمكن للضحايا الحصول على تعويض قضائي مناسب لمثل هذه الأضرار في البلد المضيف بسبب الفساد، أوعدم وجود سبب للدعوى، أو أسباب قضائية أو أسباب أخرى ذات صلة بالقانون(٣)؛ (ب) لا يمكن للضحايا تحديد الكيان المسؤول وبالتالي أي كيان يُخضع للمساءلة، نظرًا لهيكل الشركة المعقد للمؤسسات ؛ أو (ج) وجود شركة تابعة تعاني من نقص التمويل وبالتالي لا يمكنها دفع أي تعويضات ناجمة عن الانتهاكات. "الدولة

(1) See, Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 569 U.S. 108 (2013)
صدرفيها قرارعن المحكمة العليا في الولايات المتحدة، حيث وجدت المحكمة أن قانون دعاوى التعويض عن الأجانب لا يُفترض تطبيقه خارج الحدود الإقليمية.

(٢) عني من خلال هذا، أن أعمال الشركة التابعة التي تشتريها أو تنشئها الشركة القابضة تتم لتعزيز أعمال الشركة الأخيرة كجزء من مؤسسة تجارية متكاملة، بدلاً من مجرد شراء الأسهم كجزء من محفظة استثمارية حيث أعمال الشركة التابعة لا علاقة لها بأعمال الشركة القابضة.

(٣) يشترك هذا الجزء من الاختبار كثيرًا في الكيفية التي يتغلب بها الفرد على طلب المدعى عليه بالفصل بناءً على مبدأ المحكمة غير الملائمة، بالإضافة إلى استنفاد سبل الانتصاف في البلد المضيف .إن أوجه التشابه ليست مقصودة ولكنها تعكس أفكارًا متشابهة للعدالة عند النظر فيما إذا كان ينبغي أن يكون الضحايا قادرين على التماس الانتصاف في محكمة خارج البلد المضيف، مثل البلد الذي وقع فيه الضرر.

المضيفة عالية المخاطر" هي دولة لديها نظام قضائي ضعيف أو غير فعال أو فاسد[١].

من الناحية المثالية، يجب أن يتم هذا التغيير من خلال تشريع قانوني يشير إلى أن الشركات القابضة ستكون مسؤولة في الحالات المذكورة أعلاه .وستظل المطالبات الأساسية هي المطالبات المتعلقة بانتهاكات القانون الدولي العرفي بموجب قانون الضرر الأجنبى، أو أفعال الدولة التي ترتفع وقائعها إلى مستوى انتهاكات القانون الدولي العرفي، أو الأضرار البيئية الخطيرة [٢].

كما ذكرنا أعلاه، فإن سن هذا التشريع سيتغلب على الحاجز الذي أوجده كيوبيل، بالنظر إلى أنه من خلال مثل هذا التشريع، سيقدم الكونجرس أو الهيئة التشريعية للولاية تطبيق سبب الدعوى في مكان حدوث الإجراء في الخارج، وبالتالي لن يكون هناك قرينة ضد خارج الحدود الإقليمية.

هذا النهج له الكثير من القواسم المشتركة مع نهج مسؤولية المؤسسة المالية القائمة على التحكم، ولكنه أكثر محدودية في نطاقه ويستهدف المشكلة المحددة المقدمة: عدم وجود تعويض للضحايا بسبب النظم القانونية غير الفعالة .كما أنه يشترك في فلسفتة مع نهج واجب الرعاية ولكنه يقترح، في المقام الأول، نهجًا قانونيًا للمشكلة . وهو يتعامل مع مسألة مسؤولية الشركة القابضة عن تصرفات الشركة التابعة بنفس الطريقة التي يقوم بها نهج واجب الرعاية: يجب أن تكون الشركة القابضة مسؤولة عند شراء أو إنشاء شركة تابعة للعمل في بلد يعرف أو يشك فيه أن الضحايا سيكونون غير قادرين على التماس تعويض عن أي ضرر من الشركة التابعة، خاصة عندما تعمل الشركة التابعة في الصناعات عالية المخاطر، مثل صناعة الاستخراج أوصناعة الملابس [٣] .

---

(١) وما إذا كانت دولة ما دولة "عالية المخاطر" أم لا، فهذا مسألة واقع.

see, Gwynne Skinner,op cit p 1849

(2) See David D. Christensen, Note, Corporate Liability for Overseas Human Rights Abuses: The Alien Tort Statute after Sosa v. Alvarez-Machain, 62 WASH. & LEE L. REV.(2005)pp 1219, 1220

(3) See Dearborn, op cit p 197

أقترح هذا النهج المحدد لعدة أسباب .أولاً، إنه أوسع من تحليل "اختراق الحجاب"، ونهج المسؤولية المؤسسية القائم على التحكم، ونهج العناية الواجبة من حيث أن الضحايا لا يحتاجون إلى إقامة الحجة على وجود سيطرة أو نقص في العناية الواجبة من جانب الشركة القابضة وبدلاً من ذلك، يوفر هذا الحل تعويضًا للضحايا في الحالات التي تتمتع فيها الشركات القابضة بمزايا النشاط الاقتصادي لشركة تابعة على حساب الضحايا الذين لا يوافقون، بغض النظر عن أفعالهم .بالإضافة إلى ذلك، من خلال عدم اشتراط الرقابة من قبل الشركة القابضة، فإن هذا النهج لا يوفر "مثبطًا" للشركة القابضة لمراجعة أنشطة الشركة التابعة والمشاركة في العناية الواجبة .يحفز هذا النهج الشركات القابضة لضمان امتثال الشركات التابعة لمعايير والتزامات حقوق الإنسان.

ثانيًا، يتجنب هذا النهج القانوني العديد من العوائق التي نوقشت سابقًا والتي قد يواجهها الضحايا في محاولة إرساء واجب الشركة القابضة في العناية وخرق القانون من خلال النظريات التقليدية القائمة على الضرر .بالإضافة إلى ذلك، يعالج النهج القانوني أيضًا حاجز الانتهاكات خارج الحدود الإقليمية التي أقامها كيوبل لأن النظام الأساسي سيشير إلى نية الهيئة التشريعية بوجود المسؤولية عن السلوك خارج الحدود الإقليمية (١)

ثالثاً، هذا النهج أضيق من العديد من الاتجاهات الأخرى لأن مسؤولية الشركة القابضة لا تنطبق إلا على انتهاكات المعايير الدولية لحقوق الإنسان والأضرار البيئية الخطيرة .فتقريرمسؤولية الشركات القابضة عن الأضرار العامة سيكون أكثر صعوبة في جعل واضعي السياسات والمحاكم تعتمد مثل هذا التشريع. بالإضافة إلى ذلك، فإن السماح بدعاوى الأضرار العامة يمكن أن يخلق صعوبات لا مبرر لها وتداعيات مالية على الشركات القابضة التي لا تفوقها

---

(١) إن القرينة ضد تجاوز الحدود الإقليمية هو "المبدأ القديم للقانون الأمريكي" الذي يقصد به تشريع الكونجرس، ما لم يظهر نية مخالفة، لتطبيقه فقط داخل الولاية القضائية الإقليمية للولايات المتحدة".
See, Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 569 U.S. 108 (2013)

فوائد توفير التعويض .علاوة على ذلك، يمكن أن يحد ذلك عن غير قصد من الاستثمار المباشر الذي تحتاجه العديد من هذه البلدان للتغلب على الفقر(١) .

يتطلب الاتجاه أيضًا أن يثبت المدعون أن البلاد "عالية الخطورة"، وأن الضحايا لا يمكنهم الحصول على تعويض بخلاف ذلك لأسباب قانونية أو قضائية لأنهم لا يستطيعون تحديد الكيان الذي سيقاضونه أو لأن الشركة التابعة تعاني من نقص التمويل . في ظل هذا الاتجاه، الحل يستهدف ظروف إشكالية محددة .من خلال كونه أضيق ومتاح فقط في المواقف التي يمكن القول أنها أكثر إنصافًا، فمن المرجح أن يتم أخذ هذا النهج من قبل صناع السياسات والمحاكم.

قد يتساءل البعض لماذا لا يكفي أن يكون هناك نقص في التمويل أو عدم القدرة على التحقق من الكيان المسؤول ليكون هناك مسؤولية على الشركة القابضة دون الحاجة إلى إثبات أن الحكومة المضيفة لديها نظام قضائي ضعيف أو غير فعال . وذلك لأنه من الناحية النظرية، يجب على الدولة التي لديها نظام قضائي فعال، ومن المرجح أن توفر، أن توفر بالفعل حلولًا لهذه المشاكل .ومن المرجح أن تطرح مسؤولية الشركة القابضة عن إجراءات الشركات التابعة في البلدان ذات الأنظمة القضائية الفعالة مشكلات السياسة الخارجية والمجال الأكثر تعقيدًا، كما هو موضح بمزيد من التفاصيل أدناه.

أخيرًا، أنا أهدف فقط إلى القاء مثل هذه المسؤولية علي الشركات القابضة، وليس المستثمرين الأفراد .فيمكن تقديم حجة مفادها أن جميع المستثمرين، سواء كانوا أفرادًا أو غيرهم، في شركة أجنبية، يجب أن يكونوا مسؤولين عن أعمال الشركة الأجنبية حيث تستفيد الشركة، وبالتالي المساهمون، على حساب الأفراد غير الموافقين الذين ليس لديهم تعويض متاح معهم .ومع ذلك، فإن الأسباب الأولية للسياسة وراء المسؤولية المحدودة – لحماية أصول المساهمين الأفراد – لا تنطبق بالتساوي على الشركات .بهذه الطريقة، لا توجد أصول فردية في خطر .بالإضافة إلى ذلك، لا

(1) See Case Comment, F. Corporations: Perpetual Real Estate v. Michaelson Properties, 50.Wash & Lee L. Rev.(1993) pp285,286

تتصرف الشركات لأسباب أخلاقية، حيث يتمتع الأفراد بالقدرة على القيام بذلك. وقد أبدى آخرون أسبابًا مفادها أنه لا ينبغي أن تمتد هذه المسؤولية إلى المستثمرين الأفراد كما قد تمتد إلى المساهمين من الشركات (١). وقد ذكر البروفيسور ستراسر على وجه الخصوص الأسباب ببلاغة،حيث ذكر:

"في حين أن قانون الشركات التقليدي لم يحدد قواعد مختلفة للشركة القابضة في دورها كمساهم كما فعل بالنسبة للمساهمين الأفراد المستثمرين، فإن الشركات القابضة في الواقع تقدم موضوعات سياسة مختلفة ويجب تحديد مسؤوليتها المحدودة من خلال تحليل مختلف .الفكرة الأساسية هي أن الشركة القابضة كمساهم في الشركات التابعة لها تلعب دورًا اقتصاديًا مختلفًا تمامًا وتؤدي وظيفة إدارية مختلفة تمامًا عن المستثمرين الأفراد المساهمين .فتقوم الشركة القابضة بإنشاء وتشغيل وحل الشركات التابعة في المقام الأول كجزء من إستراتيجية العمل لتحقيق الأهداف التجارية للمشروع الأكبر، والتي تسعى الشركة القابضة وجميع الشركات التابعة لها إلى تحقيقها معًا . الشركة القابضة ليست مستثمر مستقل" (٢).

علاوة على ذلك، من المرجح أن يكون الحصول على تشريع قانوني أو الحصول على محكمة تقررهذه المسؤولية ضد الشركة القابضة أكثر صعوبة.

---

(1) See Ronald J. Colombo, Toward a Nexus of Virtue, 69 Wash. & Lee L. Rev.(2012)pp 3, 4 see also, Adolf A. Berle, Jr., The Theory of Enterprise Entity, 47 COLUM. L. Rev.(1947)pp 343, 344

(2)"While traditional corporate law has not articulated different rules for a parent company in its role as a shareholder than for individual investor shareholders, parent companies in fact present different policy issues and their limited liability should be determined by a different analysis. The core idea is that a parent company as a shareholder in its subsidiary companies is in quite a different economic role and performs quite a different management function than individual investor shareholders . . . . A parent company creates, operates and dissolves subsidiaries primarily as part of a business strategy in pursuit of the business goals of the larger enterprise, which the parent and all the subsidiaries are pursuing together. The parent is not an independent investor"

See,Kurt A. Strasser, Piercing the Veil in Corporate Groups, 37 CONN. L. REV.(2005)p 638

ثانيا : مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية بشأن الأعمال التجارية وحقوق الإنسان

كما ذكرنا سابقًا، لا توجد سلطة ملزمة حتى الآن لمطالبة الشركات القابضة بمعالجة الأضرار الناجمة عن انتهاكات الشركات التابعة الأجنبية لا سيما لمعايير حقوق الإنسان. ومع ذلك، هناك سلطة قانونية مقنعة للمتطلبات في شكل المبادئ التوجيهية للأمم المتحدة . كما نوقش هنا، يجب على الشركات القابضة أن تنخرط في العناية الواجبة بحقوق الإنسان لكامل مشروعها التجاري وتوفر علاجًا للضحايا المتضررين من الشركات التابعة لها. ولا سيما تلك التي تعمل في البلدان المعرضة لخطر كبير حيث لا يمكن للضحايا الحصول على تعويض، مدعومة فى ذلك بالمبادئ التوجيهية للأمم المتحدة للأعمال التجارية وحقوق الإنسان(١) صادق مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة على المبادئ التوجيهية في ٢٠١١، وبالتالي ينبغي النظر إلى المبادئ التوجيه على أنها مقنعة، إن لم تكن ملزمة، لجميع أعضاء مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة. بالإضافة إلى ذلك، قد تجد بعض هذه المبادئ في مرحلة

(1)See John Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect, and Remedy” Framework, U.N. Doc A/HRC/17/L.17/31 (June 16, 2011))

(تلخيص عمل الممثل الخاص من عام ٢٠٠٥ إلى عام ٢٠١١ فيما يتعلق بالوعي الاجتماعي المتزايد لتأثير الشركات على حقوق الإنسان .(للحصول على إرشادات إضافية حول تطبيق مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية على الشركات، انظر مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، مسؤولية الشركات عن احترام حقوق الإنسان: دليل تفسيري، U.N. Doc. HR / Pub / 12/02(يونيو ٢٠١٢) (شرح إضافي لمبادئ الأمم المتحدة التوجيهية والمساعدة على تفسير معانيها وأهدافها الأصلية) .انظر بشكل عام & BUS. هم.RITHTS RESOURCE CTR ،. http://www.businesshumanrights.org(تمت آخر زيارة في 12 مايو 2020) (توفير معلومات عن سياسات حقوق الإنسان الخاصة بالشركات) توجد نسخة لدى Washington and Lee Law Review)؛ انظر أيضًا الجزء الذى نحن بصدده (يوضح بالتفصيل كيف يبدو أن المبادئ التوجيهية للأمم المتحدة تؤيد مسؤولية المؤسسة بناءً على الرقابة الاقتصادية حيث تفيد الشركة التابعة الشركة القابضة).

ما طريقها إلى معاهدة تتعلق بالأعمال التجارية وحقوق الإنسان [١]، وبذلك تصبح ملزمة لتلك البلدان لتي تصدق عليها .حتى إذا لم تصدق الولايات المتحدة على مثل هذه المعاهدة، فمن المحتمل أن الدول التي تعمل فيها الشركات التابعة ستفعل ذلك،

---

(١) يتم مناقشة هذه المعاهدة والترويج لها بجدية بعد أن أصدر مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة قرارًا في يونيو ٢٠١٤ لإنشاء فريق عمل لإعداد معاهدة تفرض التزامات قانونية دولية لحقوق الإنسان على الشركات عبر الوطنية. انظر قرار مجلس حقوق الإنسان.

Rev.1 (June 26, 2014)، / U.N. Doc A / HRC / 26 / L.22، (تشرح بالتفصيل نصا دوليًا ملزمًا قانونًا بشأن الشركات عبر الوطنية وغيرها من مؤسسات الأعمال فيما يتعلق بحقوق الإنسان). يعتقد الكثيرون أنه أمر لا مفر منه. انظر، على سبيل المثال

See, e.g., Salil Shetty, Corporations Have Rights.
Now We Need a Global Treaty on Their Responsibilities, THE GUARDIAN (Jan. 21, 2015), http://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2015/ jan/21/corporations-abuse-rights-international-law (last visited Nov. 12, 2015)

(تمت آخر زيارة في 12 مايو 2020) (دعم وضع معاهدة دولية حول الأعمال التجارية وحقوق الإنسان)

on file with the Washington and Lee Law Review); Puvan Selvanathan, The Business and Human Rights Treaty Debate: Is Now the Time?, THE DUKE HUMAN RIGHTS CENTER AT THE KENAN INSTITUTE FOR ETHICS1–3(2014) ، http://kenan.ethics. duke.edu/ humanrights/files /2014/11/Business-and-HumanRights-Treaty-Is-Now-the-Time.pdf (يصف

الالتزامات المتطورة للشركات باحترام حقوق الإنسان)

UN Business & Human Rights Framework: More Action Required at National and International Level to Stop Human Rights Abuses by Business, CIDSE (Dec. 2014), http://www.cidse.org/publications/business-and-human-rights/business-and-human-rights-frameworks/un-business-human-rights-framework-more-action-required-at-national-and-international -level-to-stop-human-rights-abuses-by-business.

(تمت آخر زيارة في ١٢ نوفمبر 2020) (مع ملاحظة أن "العمل نحو قانون دولي ملزم قانونًا، إذا تم تطويره بعناية، يمكن أن يوفر أداة إضافية مهمة لضمان احترام الشركات لحقوق الإنسان"). بالإضافة إلى ذلك، تمت مناقشة هذا الموضوع بجدية في المنتدى السنوي الثالث للأعمال التجارية وحقوق الإنسان، ١–٣ ديسمبر ٢٠١٤، في جنيف، سويسرا

الأمر الذي قد يؤدي إلى الحجج القائلة بأن الشركات القابضة المسيطرة على هذه الشركات التابعة ملزمة بأي معاهدة . علاوة على ذلك، فإن الالتزامات التي تتضمنها المعاهدة قد تكون في بعض الأحيان نقطة فارقة في القانون الدولي العرفي الذي ستلتزم به الولايات المتحدة. (١)

تنقسم المبادئ التوجيهية للأمم المتحدة إلى ثلاث "ركائز": (١) واجب الدولة في حماية حقوق الإنسان ؛ (٢) مسؤولية الشركات عن حماية حقوق الإنسان ؛ و (٣) ضمان الوصول إلى سبل الانتصاف لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان. من المهم ملاحظة أن المبادئ التوجيهية، التي تحدد التزامات كل من الدول والشركات، تنطبق "على جميع مؤسسات الأعمال، عبر الوطنية وغيرها، بغض النظر عن الحجم والقطاع والموقع والملكية والهيكل (٢).

الركيزة الثانية، التي تتناول مسؤولية الشركات، تناقش في المقام الأول التزام الشركات بالانخراط في العناية الواجبة بحقوق الإنسان لضمان قيام جميع أجزاء مشروعها بتقييم مخاطر حقوق الإنسان، والتواصل الفعال مع السكان المتضررين،

---

(١) لم أتمكن من تحديد أي جهة محددة فيما يتعلق بالأثر القانوني لقرارات مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة. ومع ذلك، على سبيل القياس، وجدت المحكمة العليا الأمريكية أن دليل الإجراءات والمعايير لتحديد وضع اللاجئ الصادر عن المفوض السامي للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين هو سلطة مقنعة لتفسير مصطلح "اللاجئ" في اتفاقية الأمم المتحدة للاجئين.

See Immigration & Naturalization Serv. v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 439(1987) ؛ (تقديم الدعم لكتيب الأمم المتحدة بشأن تحديد وضع اللاجئ)

انظر أيضًا William Thomas Worster, The Inductive and Deductive Methods Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches, 45 GEO. J. INT'L L.(2014) 445،

(مستشهدا بالمصادر القائلة بأن قرارات الأمم المتحدة ليست ملزمة، ولكن يمكن اعتبارها تعبيرات عن المبادئ العامة للقانون الملزمة). على الرغم من أنه صحيح أن قرارات مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة قد لا يكون لها نفس تأثير قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، فإن مثل هذه القرارات من المحتمل أن يكون لها بعض التأثير المقنع، إن لم يكن إلزاميا.

(2)See, William Thomas Worster,op cit p 446

والانخراط في عمليات الكشف عن العناية الواجبة .يكرر المبدأ العام القائل بأن مسؤولية المؤسسات التجارية عن احترام حقوق الإنسان تنطبق على جميع المؤسسات بغض النظر عن حجمها وقطاعها وسياقها التشغيلي وملكيتها وهيكلها[(١)]

على الرغم من أنه يمكن القول إن المبدأ ١٤ ينطبق بشكل أساسي على التزامات العناية الواجبة التي تتبع في المبادئ ١٧-٢٢، إلا أن المبدأ ٢٢ من الركيزة الثانية يعالج على وجه التحديد سبل الانتصاف .ويلاحظ أنه جاء فيه ما يلي: "عندما تحدد مؤسسة تجارية مثل هذا الموقف، سواء من خلال إجراءات العناية الواجبة بحقوق الإنسان أو وسائل أخرى، تتطلب مسؤوليتها عن احترام حقوق الإنسان المشاركة النشطة في الإصلاح، من خلال نفسها أو بالتعاون مع الجهات الفاعلة الأخرى".[(٢)]

يلاحظ أخيرا، أنه عند قراءة المبادىء التوجيهية بشكل إجمالي، يبدو من الواضح أنه على الرغم من عدم ذكر ذلك بوضوح، فإنها تتطلب أن تضمن البلدان التي يوجد فيها الشركات القابضة التجارية، مثل الولايات المتحدة، أن يتلقى الضحايا علاجًا للضرر الناجم عن أي شركة فرعية تابعة لـ مؤسسة الأعمال عندما لا يمكنهم الحصول على تعويض في بلدانهم . على الرغم من أن هذا العلاج يمكن أن يتضمن إجراء تظلم

---

(١) فى المبدأ ١٤ تمت مناقشة مسؤولية مؤسسات الأعمال عن احترام حقوق الإنسان، بغض النظر عن حجم المؤسسات والقطاع والسياق التشغيلي والملكية والهيكل .ومع ذلك، يشير المبدأ ١٤ إلى أن نطاق وتعقيد الوسائل التي تفي بها الشركات بهذه المسؤولية قد تختلف وفقًا لهذه العوامل وشدة التأثيرات الضارة على المؤسسات في مجال حقوق الإنسان .يقرّ التعليق على المبدأ 14 أيضًا بأن كيفية تلبية مؤسسة الأعمال لالتزاماتها يعتمد على حجمها، وشدة الانتهاك والأذى، و "مدى ممارسة الأعمال التجارية من خلال مجموعة شركات أو بشكل فردي ."ومع ذلك، يقول التعليق: "على أي حال، تنطبق مسؤولية احترام حقوق الإنسان بشكل كامل وعلى قدم المساواة على جميع المؤسسات التجارية

See John Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect, and Remedy” Framework, U.N. Doc A/HRC/17/ L.17/31 (June 16, 2011)

(2) Ibid

يستوفي معايير معينة، إلا أن المبادئ التوجيهية واضحة بأن العلاج يجب أن يشمل أيضًا اللجوء النهائي إلى علاج قضائي. [١]

ثالثا : تقرير المسؤولية المباشرة للشركة القابضة

بعد أن ضيقت قضية آدامز[٢] إلى حد كبير من إمكانية الدعوى الناجحة لاختراق الحجاب، بعد آدمز، تحول التركيز نحو سبل جديدة لتحميل الشركات القابضة المسؤولية .لتجاوز الثغرات المرتبطة بخرق الحجاب، بدأت الأطراف المتضررة بسلوك صادر من شركات تابعة برفع دعاوى ضد الشركات القابضة على أساس أن الأخيرة نفسها تدين للمطالبين بواجب عناية مباشر.

على سبيل المثال، بعد مرور عقد من الزمن على آدامز، بدأت محاكم المملكة المتحدة في التعرف على إمكانية مساءلة الشركة القابضة فرفعت العديد من القضايا أمام محاكم المملكة المتحدة من قبل موظفين أصيبوا من قبل شركات تابعة خارج المملكة المتحدة وأبدت المحاكم استعدادًا للاعتراف بمسؤولية الشركة القابضة . ومع ذلك، في كثير من الأحيان لأسباب إجرائية، لم يتم إصدار أي حكم في هذه القضايا.[٣]

في عام ٢٠١٢، تغير هذا الوضع مع القرار الأول بإثبات مسؤولية الشركة القابضة،فى قضية Chandler v. Cape. [٤] حيث قضت المحكمة لمصلحة موظف في شركة تابعة لشركة Cape plc عن إصابات ناجمة عن التعرض للأسبستوس، وحيث أن الشركة التابعة قد تم حلها في هذه الأثناء، رفعت مطالبات ضد الشركة القابضة قبلت محكمة الاستئناف وجهة نظر واسعة لمفهوم "افتراض المسؤولية" والتحقق من استخدامه كأداة لضحايا الضرر الذين أصيبوا من خلال أنشطة شركة تابعة وتسعى

---

(١) طبقا للمبدأ ٢٩" لا يجوز استخدام هذه الوسيلة لتقويض دور النقابات الشرعية في معالجة النزاعات المتعلقة بالعمل، ولا لمنع الوصول إلى آليات التظلم القضائية أو غير القضائية الأخرى."

(2)*Adams v Cape Industries plc* [1990] Ch 433

(3)See, e.g., Connelly v. RTZ Corp plc [1999] CLC 533; Lubbe v. Cape plc [2000] 1 WLR 1545; New- ton-Sealey v. ArmorGroup Services Ltd. [2008] EWHC 233 (QB)

(4) 1 WLR 3111 (237)

إلى تحميل الشركة القابضة المسؤولية .وبذلك، طورت المحكمة أيضا نهجا جديدا لتقييم واجبات الشركة القابضة المتعلقة بصحة وسلامة الموظفين الفرعيين.

واجهت محكمة استئناف إنجلترا تباينًا في سيناريو تشاندلر الواقعي في قضية Thompson v. The Renwick Group plc. [(1)] كان السؤال الذي يتعين على المحكمة أن تقرره هنا، أولاً، "ما إذا كان يمكن اعتبار الشركة القابضة قد اضطرت إلى القيام بواجب عناية لموظفي الشركة التابعة لها في شؤون الصحة والسلامة والتي عينت فردًا كمدير لشركتها التابعة كمسؤول فيما يتعلق بمسائل الصحة والسلامة . قررت المحكمة هذا السؤال بشكل سلبي حيث أن المدير لم يكن يتصرف نيابةً عن الشركة القابضة بل قام بواجباته تجاه الشركة التابعة .ثانياً، قررت المحكمة أيضاً أنه بصرف النظر عن هذا السؤال المحدد، فإن مجموع الأدلة لا يبرر فرض واجب العناية على الشركة القابضة لحماية موظفي الشركة التابعة من خطر الإصابة الناشئة عن التعرض للأسبستوس في العمل.

ومع ذلك، خلصت المحكمة إلى أن دور الشركة القابضة المدعى عليها كان يقتصر على امتلاك أسهم في الشركة التابعة، ورأت المحكمة أنه لا يوجد أساس يمكن أن يستنتج على أساسه أن الشركة القابضة كانت في وضع المعرفة الفائقة، الأمر الذي كان سيمكنها من حماية الموظفين الفرعيين وتستحق القضية المزيد من الفحص للظروف الدقيقة للإصابات .ومع ذلك، في حين أوضحت المحكمة فى قضية طومسون أن الشركات القابضة التي اقتصر دورها على– امتلاك أسهم فرعية دون أن يكون لها أنشطة تجارية خاصة بها – عادة ما تكون آمنة من المسؤولية تجاه موظفي الشركة في المجموعة، كما أعادت هذه القضية التأكيد على التزام محكمة الاستئناف تجاه تشاندلر ونظرية المسؤولية المباشرة للشركة القابضة التي تطورت فيها.

ومؤخراً، كُلفت محكمة الاستئناف بالبت في ثلاث قضايا أخرى ذات سيناريوهات واقعية تشبه تشاندلر. في قضية Lungowe ضد Vedanta

(1) 2 BCC 855

Resources، [١] يدعي صاحب الشكوى أنه تضرر من التلوث والأضرار البيئية التي تسببت فيها الشركة التابعة في زامبيا. اتفقت محكمة الاستئناف مع المحكمة العليا على أن المحاكم الإنجليزية لها اختصاص في هذه القضية على الرغم من أن الضرر قد تحقق في زامبيا. كما قامت بتقريربعض المعايير الأولية لتحديد مسؤولية الشركة القابضة عن أفعال شركتها التابعة. ولاحظت المحكمة أن الشركات القابضة قد يكون عليها واجب العناية لموظف الشركة التابعة، أو أى طرف يتأثر مباشرة بعمليات تلك الشركة التابعة، في ظروف مؤلمة. قد تنشأ هذه الظروف عندما تتحمل الشركة القابضة المسؤولية المباشرة عن وضع سياسة الصحة والسلامة المادية التي تكون كفاءتها موضوع المطالبة، أو تتحكم في العمليات التي تؤدي إلى المطالبة.في الواقع، قد ينشأ الواجب لأن الشركة القابضة في وضع جيد، بسبب معرفتها وخبرتها في حماية موظفي الشركة التابعة. كما وجدت المحكمة أن العوامل المفصلة في تشاندلر ورينويك ذات صلة.

فى قضيتان إضافيتان، Okpabi [٢] وUnilever، [٣] اللتان تنطويان مرة أخرى على مطالبات الموظفين و الغير الذين تضرروا في دول أجنبية من قبل الشركة الفرعية، لم يتم استقبالها بشكل جيد من قبل المحاكم .في كلتا الحالتين، رفضت المحكمة العليا الدعوى المرفوعة ضد الشركة القابضة بناءً على أسباب الإثبات بشكل رئيسي، وهو استنتاج أقرته محكمة الاستئناف في .Okpabi أما قضية يونيليفر لا تزال قيد الاستئناف.

حدود المسؤولية المباشرة للشركة القابضة

يجب من حيث المبدأ أن يتم التعامل مع المسؤولية المباشرة (التقصيرية) للشركات القابضة كما هو موضح أعلاه بالطريقة نفسها التي يتم بها تناول مطالبات

(1) Lungowe & Others v. Vedanta Resources Plc & Amor [2016] EWHC 975; [2017] EWCA Civ 1528.

(2) His Royal Highness Okpabi v. Royal Dutch Shell plc [2017] EWHC 89 (TCC)

(3) AAA etal v. Unilever and Unilever Tea Kenya Ltd. [2017] EWHC 371 (QB)

التعويض ضد أي شركة، سواء كانت جزءًا من شركة جماعية أم لا .وفقا للآليات المعمول بها حاليا للشركات القابضة، يمكن تحمل المسؤولية من خلال المسؤولية غير المباشرة للأفراد أو المسؤولية المباشرة .ومع ذلك، فإن المطالبات ضد الشركات القابضة، عندما تنبع من حوادث تتعلق بشركة تابعة، لا يتم التعامل معها على أنها مجرد تطبيق لمبادئ المسؤولية العامة .سبب المعاملة الخاصة والاهتمام الذي تتلقاه هذه المطالبات ينبع من إمكانياتها التحايل على القيود المفروضة على اختراق الحجاب، كما يفرضها آدمز وقضايا أخرى، وفي نهاية المطاف، قدرتها على تقويض مبادئ الشخصية القانونية المستقلة والمسؤولية المحدودة. الاستفسار في هذه الحالات لا يتعلق كثيرًا بأخطاء الشركة القابضة مباشرة تجاه طرف ثالث، ولكن على وجود فعل أو إهمال يزعم طرف أنها تشكل خطأ من جانب الشركة القابضة لأنها أدت بدورها إلى فعل أو إهمال في شركة تابعة أضرت بموظف أو طرف ثالث.

تم تقديم مثال مهم للآثار والآليات المحتملة للاتجاهات الحديثة لمسؤولية الشركة القابضة في .Chandler بدلاً من الاعتماد على اختراق الحجاب أو الادعاءات التقليدية بأن الفعل أو الأهمال من قبل ممثلي الشركة القابضة كان السبب المباشر لضرر المدعي، فقد كانت فكرة فضفاضة لسيطرة الشركة القابضة على شركتها التابعة التي أدت، جنبًا إلى جنب مع مفاهيم القرب والإنصاف والاعتماد، بالمحكمة إلى إيجاد علاقة خاصة بين الشركة القابضة وموظف الشركة التابعة، مما أدى إلى تقرير افتراض مسؤولية الشركة القابضة .بالتزامن مع الاختبار المكون من أربعة أجزاء المذكور سابقا، أدى هذا إلى مسؤولية الشركات القابضة [١] .

كان النهج المتبع فى قضية Chandler بطرق مختلفة غير مناسب للوقائع المطروحة، ولكنه أيضًا ذو فائدة محدودة كأساس عام للقرارات المستقبلية.، فمن غير الواضح ما هو نوع ومستوى التحكم المطلوب لتلبية متطلبات المحكمة بأن تكون هناك "سيطرة ذات صلة". يبدو أن تشاندلر تشير إلى أن المشاركة في عمليات تداول الشركة

(1) Thompson v. The Renwick Group plc [2015] 2 BCC 855

تقترح ضرورة أن يحدث الاعتماد من جانب الشركة التابعة وليس الطرف الثالث المصاب

التابعة كافية، حتى لو كانت هذه التدخلات غير مرتبطة بالمنطقة التي حدثت فيها الإصابة. بصرف النظر عن عدم الوضوح ومشاكل السببية، فإن استخدام "التحكم" بهذه الطريقة يمثل مشكلة لأنه واسع وغير حصري. وبالتالى فهو شامل للغاية لأنه تتضمن ممارساته الطموحة الشائعة في كل مجموعة شركات تقريبًا، حيث توجد على الأقل بعض الجوانب التي تخضع لسياسة مجموعة موحدة ؛ وبالتالي، كل الشركات القابضة تقريبا ستفي بهذا الجزء من اختبار المسؤولية. كما أنه غير حاسم لأن فشل الشركة القابضة في ممارسة السيطرة يجب ألا يستبعد المطالبات ضدها. فالشركة القابضة التي لا تتدخل بأي شكل من الأشكال في عمل شركتها التابعة- قد تكون أعمال الشركة – بما في ذلك نوع الشركة القابضة "الخالصة" التي كان المدعى عليه في - Renwick مدعى عليه مناسبًا، وأخيرًا، فإن التحكم كما هو مستخدم في (Chandler كشرط مسبق للمسؤولية هو أيضًا سياسة سيئة لأنها قد تردع تطوير سياسات المجموعة الشاملة المرغوبة من قبل الشركات القابضة التي تعزز الصحة والسلامة أو الممارسات المالية والتشغيلية الجيدة. (١)

أما العناصر الأخرى الأكثر تحديدًا في اختبار المسؤولية فى قضية تشاندلر فهي أيضًا إشكالية .في حين أن الشق الأول من فكرة اختبار تشاندلر بأن الأصل والفرع يجب أن يكونا في نفس العمل وبالتالي يشكلان مشروعًا واحدًا له ميزة – على الرغم من أنه يجب تحديده بشكل مختلف تمامًا عن تشاندلر وأوسع نطاقًا منه – فإن العناصر الأخرى للاختبار هي محدود.ة وبالتالي، فإن معرفة الشركات القابضة الفائقة تعتبر الجوانب الواضحة للصحة والسلامة في الصناعة ومعرفتها بقضايا السلامة في الشركة التابعة متطلبات غير ضرورية .إذا تم تصور مسؤولية الشركة القابضة والمجموعة على أنها محاولة لاستيعاب مخاطر العمل – وهو ما ينبغي أن تكون عليه – عندئذٍ يمكن تعيين المسؤولية للشركة القابضة.

في الوقت نفسه، تعد مسؤولية الشركة القابضة المباشرة بعيدة جدًا بحيث يبدو أنها تجعل اختراق الحجاب أو محاولة التحايل على درع الشركة أمرًا صعبًا – ليس

(1) Ibid

لأنها لديها القدرة على التغلب على المسؤولية المحدودة – ولكن لأنها في شكلها الحالي تخلق عدم اليقين وتمدد دون مبرر مبادئ الضرر. وبالفعل، فإن قضية تشاندلر، بإشاراتها إلى مفهوم الإنصاف في قانون المسؤولية التقصيرية، تثير تساؤلات حول مدى تأثر تحديد المسؤولية في هذه القضية وغيرها من القضايا باعتبارات السياسة والعدالة.، من المفهوم أن المحاكم ستكون متعاطفة وتسعى لتسهيل المطالبات التي يقدمها ضحايا الأضرار المؤسسية وبالفعل، فإن أهداف السياسة هذه قابلة للدفاع عنها ودعمها على أساس الإنصاف وكذلك الاعتبارات الاقتصادية. ومع ذلك، يجب أن تكون هناك وسائل بديلة ومبدئية أكثر لعقد مسؤولية الشركات القابضة – وفي الواقع فإن تقرير مسؤولية شركات المجموعة بأكملها – يؤدي إلى نتائج أفضل لمطالبي التعويضات ويؤدي إلى مزيد من اليقين القانوني المسبق للمدعى عليهم المحتملين.

الخاتمة

بدأت الدراسة بالنظر في مسؤولية الشركة القابضة عن ديون شركاتها التابعة في سياق إعسار تلك الشركات أو عدم قدرتها المالية على الوفاء بالتعويضات المحكوم بها للمتضررين من أخطائها. تبرز المشكلة الرئيسية في حالات الأضرار البيئية و حقوق الإنسان، حيث تتسبب الشركات التابعة في إلحاق أضرار جسيمة بالبيئة وغيرها من الأضرار التى تؤثر على حقوق الإنسان و لعل أكبر الأمثلة الشائعة فى هذا الصدد هى قضية الاتجار بالبشر التى ترتكبها الشركات الدولية العملاقة و التى لا تهدف إلا إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح حتى و لو كان ذلك على حساب الحقوق الاساسية للعديد من العاملين لديها. و تنشأ المطالبات من إعسار الشركة التابعة التي لا تستطيع تقديم تعويضات مرضية تجاه دائني الضرر. لذلك، حاولت المحاكم النظر في إمكانية إنشاء مسؤولية الشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة المعسرة. أو غير القادرة على الوفاء بالتعويضات الكبيرة جدا للمضرورين . وقد كان الدافع وراء هذه الدراسة هو العناصر التالية: العلاقة المكثفة بين دائني الضرر والشركات المدعى عليها، والوضع غير المواتي لدائني المسؤولية التقصيرية مقارنة بالدائنين التعاقديين في السعي للحصول على تعويض ضد مجموعات الشركات، وصعوبات توسيع المسؤولية خارج نطاق الشركات الفردية، وغياب المناهج الفعالة لمسؤولية الشركة القابضة في الفقه و القضاء.

ذكرنا، أنه لا القانون الذي يتدخل في مبادئ المسؤولية المحدودة والشخصية القانونية المستقلة للشركة، ولا مبدأ القانون الأنجلوأمريكى المتمثل في اختراق حجاب الشركة فعال في التعامل مع مشاكل الضرر الناتج عن أخطاء الشركات التابعة. ناقشنا طوال هذه الدراسة قانون المسؤولية التقصيرية كبديل لاختراق قيود حلول قانون الشركات التقليدية. تناولت هذه الدراسة التحدي القائم بشأن تقييم مبادئ القانون الأنجلوأمريكى المتطورة بشكل جيد في تحديد مسؤولية الشركات. وخلصنا إلى أن مبدأ الإهمال فى قانون المسؤولية التقصيرية سيكون وسيلة انتصاف مناسبة لضحايا

الأضرار من الشركات، والتي يمكن على أساسها تحديد مسؤولية الشركة القابضة. علاوة على ذلك، سعينا إلى تقديم مساهمة في الأدبيات القانونية حول توسيع مسؤوليات مجموعات الشركات من خلال مبدأين آخرين هما: الضرر المشترك والمسؤولية بالإنابة(مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه). هذين النهجين الأخيرين نادرا ما نوقشا في الدراسات القانونية، ولم يطبقا بشكل جيد في السوابق القضائية الإنجليزية. وقد تم التوصل إلى الاستنتاجات التالية: (١) يعد مبدأ الأضرار المشتركة واعدا للغاية في امتداده للتعامل مع مشكلات الأضرار المؤسسية التي تشمل العديد من الأشخاص الاعتباريين. يمكن تمديد اختبارات المشاركة لتحديد المسؤولية المشتركة لربط الشركة القابضة والشركة التابعة لنفس الضرر. (٢) المسؤولية بالإنابة باعتبارها فئة واحدة من المسؤولية المشتركة المشددة، لها متطلبات أكثر صرامة للعلاقة بين المدعي والمدعى عليه. قد يكون من الممكن جعل الشركة القابضة مسؤولة بشكل غير مباشر عن المسؤولية التقصيرية لشركتها التابعة في مواقف معينة، حيث تقوم الشركة التابعة بأعمال نيابة عن الشركة القابضة وتتصرف مثل الموظف. ومع ذلك، لا يمكن تجاهل أن المحكمة مترددة في اختراق حجاب شخصية الشركات. سوف ينظر بناء مسؤولية مشتركة صارمة بين الشركة القابضة والشركات التابعة لها بشكل خاص في متطلبات العلاقة، والتي نادرا ما تكون قادرة على الإثبات.

إن الدافع لتقييم منهج قانون الضرر لتقرير المسؤولية، يعتمد على القيود التى تعتورالطرق التقليدية في معالجة المشكلة، حيث تتعامل الدراسة مع ثلاث إجابات بارزة وتقليدية لمسؤولية الشركة القابضة في مجموعات الشركات: اقتراح المسؤولية غير المحدودة بالتناسب، والاستثناءات القانونية للمسؤولية المحدودة في قانون الإعسار ١٩٨٦ (القسم ٢١٤)، ومبدأ القانون الأنجلوأمريكى المتمثل في اختراق حجاب الشركة و قد كشفت تقييمات هذه المناهج الثلاثة الفجوات الحالية والحاجة إلى إجابات بديلة.

في الحالات التي تكون فيها الشركة القابضة غير مسؤولة عن ديون الشركة التابعة لها لأن الشخصية القانونية المستقلة تعزل الأشخاص الاعتباريين في المجموعة

ومبدأ المسؤولية المحدودة يجعل كل عضو مسؤولاً بمبلغ محدود عن استثمار رأس المال، يشك الفقهاء في مسؤولية المساهم المحدودة عن تعويضات الشركات. اقترح البعض نظامًا يسمى "مسؤولية المساهمين غير المحدودة بالتناسب" عن أضرار الشركات، مما يشير إلى أن المساهمين سيكونون مسؤولين عن حصة ديون أضرار الشركات بما يتناسب مع حصتهم من ملكية الأسهم. وقدمت مبررات من جوانب التأثير غير المرغوب فيه للمسئولية المحدودة على مطالبات التعويض ضد الشركات وفوائد الإصلاح. قيل أن نظام المسؤولية غير المحدودة فعال في الحد من السلوكيات المسيئة في هيكل المجموعة مثل نقل أصول المجموعة لتجنب المسؤولية التقصيرية. كما كان يعتقد أن النظام قابل للتنفيذ بسبب طبيعته في توزيع المسئولية بشكل متناسب. وهكذا يمكن للمطالبين بتعويض الضرر أن يحصلوا على تعويضاتهم. علاوة على ذلك، سيكون له تأثير الردع، لمنع أعضاء مجموعة الشركات من التصرف دون مراعاة كافية لضحايا الضرر. ومع ذلك، يبدو أن مخاوف نظام المسؤولية غير المحدودة معقولة. إن نتائج إزالة المسؤولية المحدودة غير مؤكدة، وهناك نقص في الأدلة التجريبية لدعم الفوائد المفترضة بشكل كامل. والجدير بالذكر أنه يمكن توقع نتيجة واحدة: إصلاح مبدأ قانون الشركات المسيطر بهذه الطريقة سيهدد بالتأكيد الاستثمار في الصناعات التي تنطوي على عمليات خطرة وتصنيع المواد السامة. في هذه الحالة، يجب أن يتجه تركيزنا إلى تطوير مناهج أكثر واقعية

بالتالي فإن الحماية القانونية تجذب انتباهنا. فبدلاً من قانون الشركات، تحمل المادتان ٢١٣ و ٢١٤ من قانون الإعسارالإنجليزى لسنة ١٩٨٦ الوزن الرئيسي لحماية الدائنين فيما يتعلق بالإعسار. على وجه الخصوص، يُعتبر القسم ٢١٤ شرطًا قانونيًا لاختراق حجاب الشركة، والذي ينطبق على المدير الذي كان يعرف أو كان يجب أن يعرف أن الشركة قد دخلت في الإعسار في وقت ما قبل بدء الإنهاء، ولكن لم يتخذ إجراءات لتقليل خسائر الدائنين إلى أدنى حد . التطور الأخير في تفسير هذا القسم هو أنه، "المدير"، في هذا الحكم يمكن أن يمتد إلى مدير الظل، والذي يجب أن يشمل الشركة القابضة عندما تكون الشركة التابعة معتادة على التصرف حسب توجيهات

الشركة القابضة. وهكذا يمكن اعتبار القسم ٢١٤ بمثابة نهج لتمكين مساهمة الشركة القابضة في ديون الشركة التابعة لها. ومع ذلك، لم يثبت أن هذا العلاج القانوني فعال كما هو متوقع في التعامل مع مشاكل المجموعة ونادرا ما يغطي حالة مطالبات التعويض. يعتمد هذا الاستنتاج على العيوب المتأصلة في القسم ٢١٤ في تطبيقه، والسوابق القضائية غير الحاسمة وغير الكافية على الشركات القابضة كمديرين ظل.

في المقام الأول، من الصعب تحقيق النجاح في رفع الدعاوى واستيفاء شروط إثبات المسؤولية بموجب القسم ٢١٤. الحالات المبلغ عنها قليلة العدد لأن الإجراء يجب أن يرفعه المصفي شخصياً والذي سيكون مسؤولاً عن أي تكاليف يتم تكبدها . هذا يمنع إلى حد كبير المصفين من اتخاذ الإجراءات. ثانياً، بما أن القسم ٢١٤ لا يقدم تعليمات واضحة بشأن العناصر الأساسية لإثبات المسؤولية، مثل "وقت الإعسار" أو "فشل الأعمال"، فإن المحاكم تعاني من مشاكل فنية. على وجه الخصوص، يفتقر هذا القسم إلى مؤشرات محددة حول تأهيل الشركة القابضة كمدير ظل لشركة تابعة. علاوة على ذلك، يبدو أن دائني الضرر، المدرجين في فئة الدائنين غير المضمونين، يمكن أن يحصلوا على تعويض محدود للغاية في عملية إعسار الشركات. كل هذا بسبب قاعدة الأولوية التي تقرر أن فئات الدائنين الأقل مرتبة ستدفع بعد الفئات الأعلى.

مقارنةً باقتراح نظام المسؤولية غير المحدوده التناسبيه، ومعالجات قانون الإعسار، فإن التدخل القضائي في الشخصية الاعتبارية للشركات – يعتبر مبدأ اختراق حجاب الشركة أكثر نجاحًا في تحقيق مسؤولية الشركة القابضة عن ديون الشركات التابعة لها. القلق هو أن هذا المبدأ يطبق في ظروف محدودة للغاية من قبل المحاكم الإنجليزية ونادرا ما يمكن توسيعه ليشمل مطالبات التعويض. بشكل عام، الحجج المتعلقة بخرق الحجاب التي أدرجتها المحاكم الإنجليزية غير متسقة ويتم اتخاذ القرار على أساس كل حالة على حدة يتم استخدام اختبارات اختراق الحجاب بالتبادل، أو

معًا. تحافظ المحاكم على موقف شكلي للغاية تجاه مبدأ المسؤولية المحدودة والشخصية القانونية المستقلة، مما يجعلها حذرة للغاية في قضايا اختراق الحجاب.

كما تناولت الدراسة إمكانية مسؤولية الشركة القابضة بالإنابة(مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة)عن أضرار الشركة التابعة لها. تنتمي المسؤولية بالإنابة إلى نظام المسؤولية المشتركة، وهي أيضًا إحدى فئات المسؤولية المشددة. كطريقة واحدة لتحقيق المسؤولية المشتركة، تجعل هذه النظرية الشخص مسئولا تمامًا عن أفعال شخص اخر بناءً على العلاقة ولكن ليس على وجود خطأ. كفئة خاصة من المسؤولية المشتركة لتوفير حل حيث يصعب العثور على واجب شخصي، فإن نظرية المسؤولية بالإنابة تستحق المزيد من الدراسة. كشفت السوابق القضائية الأخيرة في المملكة المتحدة أنه تم توسيع حدود المسؤولية بالإنابة، وقد جادلت هذه الدراسة بأنه حان الوقت للنظر فيما إذا كان الشخص الاعتباري يمكن أن يكون مسؤولًا بشكل غير مباشر عن الضرر الذي يلحقه كيان قانوني آخر. ثم تناولت الدراسة ما إذا كانت المبررات الرائدة لوجود المسؤولية بالإنابة يمكن أن تفسر امتدادها في حالات مجموعة الشركات. ثم، ناقشت إمكانية تطبيق اختبارات المسؤولية بالإنابة في حالات المجموعة.

يمكن استنتاج أن المبررات الكامنة وراء المسؤولية بالإنابة قادرة تمامًا على تفسير امتداد النظرية في حالات المجموعة، ولكن يجب أن تكون المسؤولية مشروطة بالعلاقة ومتطلبات الاتصال الوثيق التي يتم الوفاء بها .وذلك لأنه لا يوجد سبب منطقي واحد يمكن أن يفسر النظرية بشكل مثالي، وقد رسمت المحاكم الخيط الذي يجب تبرير المسؤولية بالإنابة على أساس مجموعة من المبررات .على وجه الخصوص، فإن النظر في المبررات هو من منظور الأسس الاجتماعية والسياسية، وبالتالي فإن المبررات وحدها لا يمكن أن تبرر وجود المسؤولية بالإنابة، ولكنها تساهم في التفسير المنطقى عندما يتم استيفاء اختبارات المسؤولية.

ومع ذلك، ليست كل السياسات ذات الصلة في صالح تطبيق النظرية في الحالات الجماعية. إحدى المشاكل البارزة هي أنه من الصعب جدًا أن نقول أن إدراك

المسؤولية بالإنابة عن أضرار الشركة لا يتعارض مع سياسة المسؤولية المحدودة. إذا كانت الشركة التابعة تتصرف كموظف لدى الشركة القابضة، فستفقد بالتأكيد شخصيتها الاعتبارية، لأنه كموظف، يجب على هذه الشركة القيام بأعمال تجارية بالكامل من أجل فوائد وأهداف الشركة القابضة. لا يعتبر الشخص الاعتباري شخصًا طبيعيًا، والغرض من إنشاء شخص اعتباري ليس جعله يتصرف مثل الشخص الطبيعي بل لإعطائه بعض "السمات" مثل الشخص الطبيعي. من الناحية العملية، من الصعب للغاية تحديد أن الشركة تفقد شخصيتها الاعتبارية، وهذه عقبة أمام تحقيق المسؤولية بالنيابة عن الشركة القابضة.

فيما يتعلق بتطبيق اختبار المرحلتين للمسؤولية بالإنابة في حالة المجموعة، يُستنتج أنه في حين أن اختبار "الاتصال الوثيق" يمكن أن يتحقق بشكل جيد في الوضع المناسب، فإنه لا يزال من الصعب للغاية تلبية متطلبات العلاقة. على الرغم من أنه فى القضايا الرائدة في الآونة الأخيرة، وسعت المحكمة العليا الاختبار بطريقة تجعل العلاقة "قريبة من العمل" ولكن بدون علاقة عقد حقيقية كافية، فمن الصعب إثبات العلاقة "أقرب إلى العمل" بين الشركة القابضة والشركة التابعة. أحد الأسباب التي قدمتها الدراسة هو أنه من النادر أن يتحقق اختبار رجل الأعمال للتأكد من علاقة مماثلة للتوظيف. وذلك لأن هذا الاختبار يفحص ما إذا كان الشخص يعمل لحسابه الخاص. ومع ذلك، في علاقة جماعية حقيقية، ستكون لحظة نادرة أن تفقد شركة تابعة شخصيتها القانونية المستقلة وتزاول نشاطًا تجاريًا نيابة عن الشركة القابضة، وتتصرف كموظف. سبب آخر هو أن شرط "أقرب إلى العمل" في العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة سوف يجر النقاش مرة أخرى إلى نفس المشكلة التي يواجهها إنفاذ مبدأ اختراق حجاب الشركة.

على وجه الخصوص، ينبغي التركيز على مسألة "السيطرة"، والتي تعتبر أساسية لتحديد مسؤولية إهمال الشركة القابضة والمسؤولية المشتركة ومناقشة المسؤولية بالإنابة. يعتبر عنصر التحكم حاسمًا في إنشاء واجب عناية مباشرة للشركة القابضة

لموظفي الشركات التابعة لها، أو لأطراف ثالثة تتأثر بالأفعال التعسفية للشركات التابعة. السؤال المحورى هو ما هي درجة التحكم التي يمكن أن تؤدي إلى علاقة قرب كافية لواجب العناية. يمكن الاستنتاج بشكل عام أنه، من أجل تحديد واجب العناية، يجب أن تكون هناك علاقة سببية وثيقة بين مستوى وشكل السيطرة التي تمارسها الشركة القابضة والضرر المزعوم. لا تتطلب المحاكم الإنجليزية بشكل صارم المساهمة بالأغلبية أو السيطرة الكاملة. تتيح لنا مطالبات الضرر المؤسسي الأخيرة فرصة لرسم بعض المبادئ التوجيهية المحددة والعملية حول مدى "السيطرة"، والتي يمكن على أساسها تحديد واجب الرعاية بشكل معقول.

لاستخلاص استنتاج موجز، على النحو الذي نظرت فيه المحاكم الإنجليزية في قضايا الضرر المؤسسي الأخيرة، يجب أن يكون مستوى أو شكل التحكم الذي يفي بعلاقة التقارب من أجل واجب العناية: (١) تتمتع الشركة القابضة بمستوى عالٍ من السيطرة على التدابير والسياسات (على سبيل المثال، سياسات الصحة والسلامة) التي يتم اتخاذها لحماية المدعي من خطر التعرض للضرر ؛ (٢) تمارس الشركة القابضة السيطرة على المواد التابعة أو العمليات المحددة، والتي تؤدي إلى الانسجام وتجدر الإشارة إلى أن مجرد حقيقة أن الشركة القابضة تُصدر متطلبات وسياسات عامة وإلزامية عبر جميع الشركات التابعة ليست كافية بما يكفي لبناء واجب العناية ؛ (٣) تمتلك الشركة القابضة تحكمًا مكثفًا ويوميًا على إدارة الشركة التابعة.

أما الاستنتاج النهائي فإنه، مقارنةً بالعلاجات المستندة إلى الضرر الناتج عن الإهمال والأذى المشترك بناءً على مشاركة المدعى عليه مرتكب الفعل الضار، فإن نظرية المسؤولية بالإنابة لها عيوب محتملة كنهج مبدئي. قد يكون من الممكن أن تكون الشركة القابضة مسؤولة بشكل غير مباشر تقصيريا عن شركتها التابعة في ظروف خاصة حيث تتصرف الشركة التابعة كموظف وتواصل العمل نيابة عن الشركة القابضة. ومع ذلك، سيكون هذا نادرًا للغاية. لذلك، يوصى في هذه الدراسة بتطوير نظرية الإهمال والضرر المشترك في حالات مجموعة الشركات، لتغطية المزيد من

الظروف الجديدة مثل بعض دعاوى الإصابة الشخصية ضد الشركة القابضة. نظرًا لأن مبدأ قانون الشركات المتمثل في اختراق حجاب الشركة لا يزال يعاني من درجة من عدم اليقين، فمن المتوقع حلول أكثر ملاءمة، ليس فقط لتعويض دائني الشركات غير المضمونين، ولكن أيضًا للحفاظ على مبادئ قانون الشركات السائدة .

التوصيات

١- ضرورة عقد معاهدة دولية تحت مظلة الأمم المتحدة على غرار المبادىء التوجيهية للأمم المتحدة،بشأن تقرير مسؤولية الشركات القابضة عن الأضرار الناتجة عن أعمال و أخطاء الشركات التابعة لها لا سيما تلكَ الأضرار المتعلقة بحقوق الانسان و البيئة. ونرى وجوب أن تكون هذه المعاهدة ملزمة لكل الدول الى وقعت عليها مع الأخذ فى الاعتبارإمكانية عدم موافقة الدول الصناعية الكبري مثل الولايات المتحدة الأمريكية و غيرها من الدول الكبري على الانضمام إلى هذه المعاهدة .لذا نري وجوب البحث عن آلية معينة لحمل هذه الدول على أخذ ما ستصل اليه المعاهدة من نتائج فى اعتبارها.

٢- ضرورة تطوير الظروف التي توفر التوجيه والتبرير لتجاهل الشخصية القانونية للشركة ككيان قانوني مستقل، في القانون الأنجلوأمريكى .سواء كان اختراق الحجاب يمكن استخدامه كملاذ أخير أم لا، وعندما تملي الظروف ذلك، فإن هذا السؤال يتعامل معه معظم القضاة في إنجلترا والدول الأخرى بحذر .في القانون الأنجلوأمريكى، يتم استخدام مبدأ اختراق حجاب الشركة كملاذ أخير. المبدأ الذي تم تطويره فيSalomon v Salomon ، والذي لا يزال مبدأ مفيدًا في المحاكم، حيث توجد مشكلة حول ما إذا كان سيتم تجاهل الشخصية القانونية المستقلة للشركة أم لا، و معاملة الشركة المؤسسة قانونًا مثل أي شخص مستقل آخر مع حقوقها ومسؤولياتها المناسبة لها وليس لأعضائها.

٣- يجب أيضا أن يتم استخدام اختراق حجاب الشركة على نطاق واسع لوصف المناسبات المتميزة حيث يوجد استثناء لمبدأ الشخصية القانونية المستقلة للشركة، والذي تم التأكيد عليه مرة أخرى في Salomon v Salomon قد تنتج هذه المناسبات عن نص قانوني أو من المسؤولية المشتركة في الضرر أو الجرم، أو من قانون الإثراء بلا سبب، أو من مبادئ الإنصاف.

٤- ضرورة أن يتم الاعتراف بين الدول المختلفة -ليست فقط دول النظام القانونى الأنجلوأمريكى و لكن أيضا دول النظام القانونى اللاتينى- بأن إثبات الاحتيال أو

عدم الأمانة قد يبرر تجاهل الشخصية القانونية المستقلة للشركة. علاوة على ذلك، يجب أن تظهر سلطات الدول أن المحاكم ستتجاهل أو تنظر خلف الشخصية القانونية المستقلة للشركة كلما تطلبت العدالة ذلك، وليس فقط عندما لا يكون هناك علاج بديل، على الرغم من التأكيد المتكرر بأن المحاكم لا تتمتع بسلطة تقديرية عامة لاختراق حجاب الشركة لمجرد أنه سيكون عادلاً ومنصفاً القيام بذلك . في معظم القضايا التى تم فيها تجاهل مبدأ الشخصية القانونية المستقلة، تم إثبات الاحتيال أو السلوك غير السليم كأساس لاختراق حجاب الشركة.

٥- يجب مراعاة أصول الشركة وخصومها، كعضو في المجموعة، مع تلك الخاصة بالمجموعة كلها، كما يجب أن يُطبق اختبار الملاءة في الغالب على التوزيع في مجموعات الشركة .يستلزم الاختبار أن تتجاوز أصول الشركة التزاماتها بعد أخذ التوزيع في الاعتبار. وبالتالي، يُحظر على الشركة الشروع في التوزيع إذا كان الوضع المالي للشركة لا يسمح بذلك. اختبار الملاءة والسيولة هو تدبير وقائي منصوص عليه في القانون لتأمين مصالح الدائنين.

٦- ضرورة العمل على إيجاد أساس أومبدأ موحد مشترك بين الدول، لتمكين المحاكم من اختراق حجاب الشركات. وضرورة اتساق المبادئ القانونية أو المناهج المتبعة التي يمكن تمييزها من قبل السلطات لاختراق الحجاب في الشركات . من ناحية أخرى، في حين أن مبدأ اخترق حجاب الشركة كان متاحًا كعلاج قانوني بموجب القانون الأنجلوأمريكى، إلا أنه محدود للغاية من حيث المدى، لمعالجة جميع أشكال إساءة استخدام المسؤولية المحدودة بشكل ملحوظ.

٧- إن المبررات الكامنة وراء المسؤولية بالإنابة(مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه) قادرة تمامًا على تفسير امتداد النظرية في حالات المجموعة، ولكن يجب أن تكون المسؤولية مشروطة بالعلاقة ومتطلبات الاتصال الوثيق التي يتم الوفاء بها .وذلك لأنه لا يوجد سبب منطقي واحد يمكن أن يفسر النظرية بشكل مثالي، ,ويجب على المحاكم أن ترسم الخيط الذي يجب تبرير المسؤولية بالإنابة على أساس مزيج من جميع المبررات .على وجه الخصوص، فإن النظر في المبررات هو من

منظور الأسس الاجتماعية والسياسية، وبالتالي فإن المبررات وحدها لا يمكن أن تبرر وجود المسؤولية بالإنابة، ولكنها تساهم في تفسير الأساس المنطقى عندما يتم استيفاء اختبارات المسؤولية.

٨- إن إسناد المشرع واكتفائه بما ورد ضمن القواعد العامة المتعلقة بشكل الشركة لتنظيم عنصر المسؤولية في الشركة القابضة والشركة التابعة أمر يستوجب إثراؤه، لحفظ حقوق الغير المتعاملين مع الشركة القابضة والشركة التابعة لها، وذلك من خلال حماية حقوق الدائنين، والتطرق ضمن التنظيم القانوني للشركة القابضة لمدى مسؤولية الشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة لها.

قائمة المراجع

أولا : مراجع باللغة العربية

- أحمد عبد العزيز وآخرون، الشركات المتعددة الجنسيات وأثرها على الدول النامية، بحث منشور، مجلة الادارة والاقتصاد، العدد ٨٥ ،٢٠١٠
- أحمد محمد عبدالله الكندري،الجوانب القانونية المنظمة لعلاقة الشركة القابضة بالشركات التابعة لها دراسة مقارنة بين القانون الإماراتي والقانون الكويتي والقانون الأمريكي،رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة الإمارات، ٢٠١٨.
- أحمد محمود المساعدة،العلاقة القانونية للشركة القابضة مع الشركات التابعة لها (دراسة مقارنة) – الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية. أ/ قسم العلوم الإقتصادية و القانونية. العدد جوان ١٢ ، ٢٠١٤
- رسول شاكر محمود البياتي، النظام القانوني للشركة القابضة، دار الكتب والوثائق القومية، العراق ٢٠١٣
- صلاح أمين أبو طالب، الشركات القابضة فى قانون قطاع الأعمال العام، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعى، ١٩٩٤
- علي كاظم وآخرون، طبيعة علاقة الشركة القابضة بالشركات التابعة ٣٢، العدد الأول، ٢، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد 22 العدد الأول،٢٠٠٧
- لبعير نسيبة، النظام القانونى للشركة القابضة،رسالة ماجستير ،جامعة محمد خيضر بسكرة،كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق،الجزائر ،٢٠١٩
- محمد حسين اسماعيل،الشركة القابضة و علاقتها بشركاتها التابعة، شركة شقير وعكاشة للطباعة،عمان ط ١،١٩٩٠
- محمد صبحى الأتربى،مدخل إلى دراسة الشركات الاحتكارية المتعددة الجنسية، دار الثورة للصحافة و النشر، بغداد، ١٩٧٧

- محمود سمير الشرقاوي، المشروع متعدد القوميات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه.بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد،١٩٧٦
- محمود سمير الشرقاوي، المشروع متعدد القوميات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه، مجلة إدارة قضايا الدولة، العدد٢. ١٩٩٦

ثانيا كتب باللغة الانجليزية

- Alan Dignman and John Lowry, Company Law (9th edn, OUP 2016.
- Peter Cane, Responsibility in Law and Morality (1st end, Hart Publishing 2002
- Allan Beever, A Theory of Tort Liability (1st end, Hart Publishing 2016)
- Andrew Muscat, The liability of the holding company for the debts of its insolvent subsidiaries (1st edn Dartmouth Publishing company 199)
- Austin, R P, “Corporate Groups” in Grantham, R B, Oxford University Press, 2014
- Bainbridge SM, Henderson MT Limited liability: a legal and economic analysis. Edward Elgar, Cheltenham, (2016
- Bainbridge SM, Henderson MT,Limited liability: a legal and economic analysis. Edward Elgar, Cheltenham, (2016)
- Blumberg PI The multinational challenge to corporation law: the search for corporate per-sonality. Oxford University Press, Oxford (1993)
- Chandler, A D, Scale and Scope: The Dynamics of Industrial Capitalism, Belknap Press: Cambridge, Mass, 1990
- DAN B. DOBBS, The Law of Torts *American Casebooks Hornbook series Practitioner treatise series* West Group, 2000
- David Kershaw, "Company Law in Context: Text and Materials", Oxford University Press, UK, 2012

- Davies P et al Gower and Davies principles of modern company law, 9th edn. Sweet & Maxwell, London, (2012)
- Deva S Briefing paper for consultation: parent company liability. (2015)
- Fleming J, The Law of Torts (9th edn, LBC Information Services 1998)
- Fleming J, The Law of Torts (9th edn, LBC Information Services 1998).
- Fleming J, The Law of Torts (9th edn, LBC Information Services 1998)
- Ford, H A J, Austin, R P, and Ramsay, I M Ford's Principles of Corporations Law, 8th edn, Butterworths: Sydney. , 1997
- Frank H. Easterbrook Daniel R. Fischel, The Economic Structure of Corporate Law, Harvard university press, Cambridge, Massachusetts London, England, 1991
- Giliker P, Vicarious Liability in Tort (2nd edn, Cambridge University Press
- Goddard D, 'Corporate Personality Limited Recourse and its Limits', in R Grantham and C Rickett (eds), Corporate Personality in the 20th Century (1st edn, Hart Press 1998)
- Gower and Davies' Principles of Modern Company Law (10th edn, Sweet & Maxwell 2016
- Gwynne L. Skinner Transnational Corporations and Human Rights, Cambridge University Press, 2020
- Hannigan B Company law, 4th edn. Oxford University Press, Oxford, (2016)
- H A J Ford, R P Austin and I M Ramsay, Ford's Principles of Corporations Law, 9th ed, Chatswood, NSW : LexisNexis Butterworths, 2018
- Horsey K, Tort Law (3rd edn, OUP 2013)
- Howarth D and others, Hepple and Matthews' Tort Law (17th edn, Hart Publishing 2015)

- Howarth D and others, Hepple and Matthews' Tort Law (17th edn, Hart Publishing 2015).
- J Stapleton, Product Liability (Butterworths, 1994
- Klar LN, Tort Law (5th edn, Carswell 2012)
- Lewis N Klar, Tort Law (5th end, Carswell 2012
- Lunney M and Oliphant K, Tort Law Text and Materials (5th edn, OUP 2013)
- Mark Lunney and Ken Oliphant, Tort Law Text and Materials, (5th edn, OUP 2013)
- Mark Lunney and Ken Oliphant, Tort Law Text and Materials, (5th edn, OUP 2013)
- Muchlinski PT Multinational enterprises and the law. Oxford University Press, Oxford, (2007)
- Muchlinski PT, Multinational enterprises and the law. Oxford University Press, Oxford, (2007)
- Muchlinski, PT Multinational enterprises and the law. Oxford University Press, Oxford (2007)
- Orts EW Business persons. Oxford University Press, Oxford, (2013)
- Osborne P.H. The Law of Torts 2nd ed., Toronto, Carswell (2003)
- P Cane, Atiyah's Accidents Compensation and the Law (8th edn, Cambridge University Press, 2013)
- Palmer's Company Law ,24th ed: Volume 1 - The Treatise**,** Stevens & Sons Ltd, June 1987
- Peel E and Goudkamp J, Winfifeld and Jolowicz on Tort (19th edn, Sweet& Maxwell Press 2014).
- Peel E and Goudkamp J, Winfifeld and Jolowicz on Tort (19th edn, Sweet& Maxwell Press 2014)
- Peel E and Goudkamp J, Winfifeld and Jolowicz on Tort (19th edn, Sweet& Maxwell Press 2014)
- Phillip I Blumberg, Law of Corporate Groups: Substantive Law (1st edn, Little Brown& Co Law & Business 1987)

- R Stevens, Torts and Rights (Oxford University Press, 2007)
- Radu Mares, Responsibility to Respect: Why the Core Company Should Act When Affiliates Infringe Rights, The UN Guiding Principles on Business and Human Rights – Foundations and Implementation, Martinus Nijhoff Publishers (Leiden, Boston 2012)
- Richard Meeran, Litigation of Multinational Corporations: A Critical Stage in the UK, in liability of multinational corporations under international law (Menno T. Kamminga & Saman Zia-Zarifi eds., 2000)
- Rickett, C E F, eds, Corporate Personality in the 20th Century, Hart Publishing: Oxford,1999
- Robert Stevens, Torts and Rights (1st end, OUP Oxford 2007)
- Sealy & Worthington's Cases and Materials in Company Law (10th edn, OUP Oxford 2013)
- Waddams S.M., Dimensions of Private Law, Cambridge University Press, United States of America, New York(2003)
- Witting C, Street on Torts (14th edn, Oxford University Press , 2015)
- Witting CA () Liability of corporate groups and networks. Cambridge University Press 2018

ثالثا رسائل دكتوراه و ماجستير باللغة الانجليزية

- Julia Elizabeth Chaplin, The origins of the 1855/6 introduction of general limited liability in England, University of East Anglia, School of History, July 2016
- Mmatjie Meriam Marobela,piercing the corporate veil in a holding/ subsidiary relationship,master thesis of laws(corporate law) university of Pretoria ,December 2017
- Schulte, Richard Craig, Groups of companies : the parent subsidiary relationship and creditors remedies, Doctoral thesis, Durham University, Department of Law (1999)

- Xue FengCorporate Liability Towards Tort Victims in the Personal Injury Contxt, thesis, QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON, June 2017

رابعا مقالات باللغة الانجليزية

- Allen Edwards, 'Tort Claims under the Present and Proposed Bankruptcy Acts' 11 University of Michigan Journal of Law(1978)
- Anderson H., "Parent Company Liability for Asbestos Claims: Some International Insights", Legal Studies, Vol. 31 No.4(2011)
- Bainbridge SM Abolishing veil piercing. 26 J Corp Law (2001)
- Blumberg, P I, "The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations" 15, Delaware Journal of Corporate Law, , 1990
- Considine, D, "The Mythology of Corporations and Corporate Groups", 4 Australian, Journal of Corporate Law,1994
- Daniel R Kahan, Shareholder Liability for Corporate Torts: A Historical Perspective Georgetown Law Journal, Vol. 97, No. 4, 2009
- David D. Christensen, Note, Corporate Liability for Overseas Human Rights Abuses: The Alien Tort Statute After Sosa v. Alvarez-Machain, 62 WASH. & LEE L. REV.(2005)
- Davis K.E. "Vicarious Liability, Judgment Proofing and Non Profits", University of Toronto Law Journal, Vol. 50, No.4 (2000)
- Deva S Briefing paper for consultation: parent company liability (2015)
- Dine J, Jurisdictional arbitrage by multinational companies: a national law solution? J Hum Rights Environ (2012)
- Douglas Brodie, Enterprise Liability and the Common Law, Industrial Law Journal, 2012

- Easterbrook, Frank H and Daniel R Fischel “Limited liability and the corporation.”52 The University of Chicago Law Review(1985),
- Graeme Lockwood, ‘The Widening of Vicarious Liability: Implications for Employers’ 53 (2) IJLM (2011) 149,149.
- Gwynne L. Skinner, Beyond Kiobel: Providing Access to Judicial Remedies for Corporate Accountability for Violations of International Human Rights Norms by Transnational Corporations in a New (Post-Kiobel) World, 46 COLUM. HUM. RTSL. REV. (2014)
- Gwynne Skinner, Rethinking Limited Liability of Parent Corporations for Foreign Subsidiaries’ Violations of International Human Rights Law, Washington and Lee Law Review, Fall 9-1-2015
- Gwynne Skinner, Rethinking Limited Liability of Parent Corporations for Foreign Subsidiaries’ Violations of International Human Rights Law, 72 WASH. & LEE L. REV.(2015)
- Hadden, T, “The Regulation of Corporate Groups in Australia”, 15, University of New South Wales Law Journal, 1992
- Helen Anderson, 'Challenging the Limited Liability of Parent Companies: A Reform Agenda for piercing the corporate veil,22 Australian Accounting Review (2012)
- Ian M Ramsay& David B Noakes, Piercing the Corporate Veil in Australia, 19 Company and Securities Law Journal, 2001
- Janet Cooper Alexander, ‘Unlimited Shareholder Liability Through
- Joseph A Grundfest, ‘The Limited Future of Unlimited Liability: A Capital Markets Perspective 102 Yale LJ. (1992)

- Kahan DR, ‘Shareholder Liability for Corporate Torts: A Historical Perspective’ 97(4) Georgetown Law Journal (2008)
- Kidner R, ‘Vicarious Liability: For Whom Should the Employer Be Liable? 15 journal of legal studies (1995)
- Kurt A. Strasser, Piercing the Veil in Corporate Groups, 37 CONN. L. REV.(2005)
- Leebron DW Limited liability, tort victims, and creditors. Columbia Law Rev(1991),
- Leebron, D W, “Limited Liability, Tort Victims, and Creditors”, Columbia Law Review, 1991
- LoPucki “The Death of Liability”, Yale Law Journal, , L, L M, 1996
- Lucien J. Dhooge, Due Diligence as a Defense to Corporate Liability Pursuant to the Alien Tort Statute, 22 EMORY INT’L L. REV.(2008)
- M Dearborn, ‘Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups’97 Cal L Rev, (2009)
- Manne, Henry G , “Our two corporation systems: Law and economics.”53 Virginia Law Review,1967
- Mark R Patterson, ‘Is Unlimited Liability Really Unattainable?: Of Long Arms and Short Sales’, 56 Ohio St LJ, (1995)
- Martin Petrin & Barnali Choudhury, Group Company Liability, European Business Organization Law Review , 2018
- Mendelson, A control-based approach to shareholder liability for corporate torts. Columbia Law Rev (2002)
- Meredith Dearborn, Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups, 97 CAL. L. REV.(2009)
- Mitchell, ‘Lifting the Corporate Veil in the English Courts: An Empirical Study’ 3 Company Financial and Insolvency Law Review, (1999)

- Muchlinski PT Limited liability and multinational enterprises: a case for reform?34 Camb J Econ (2010)
- Neyers J.W, "A theory of vicarious liability", Alberta Law Review, Vol.43 No. 4. (2005)
- Paddy Ireland, ‘Limited Liability, Shareholder Rights and the Problem of Corporate Irresponsibility’ 34(5) Cambridge Journal of Economics(2010)
- Phillip Morgan, ‘Vicarious Liability for Group Companies: The Final Frontier of Vicarious Liability?’ (2015) 31(4) Journal of Professional Negligence.
- Phillip Morgan, ‘Vicarious Liability on the Move’ 129 LQR (2013)
- R Thompson, ‘Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study’76 Cornell Law Review, (1991
- Ramsay, I M, “An Empirical Study of the Use of the Oppression Remedy”, Australian Business Law Review, 1999
- Ramsay, I M, “An Empirical Study of the Use of the Oppression Remedy”, Australian Business Law Review, 1999
- Reich-Graefe R Changing paradigms: the liability of corporate groups in Germany. 37West Conn Law Rev(2005)
- Robert B. Thompson, Unpacking Limited Liability Direct and Vicarious Liability of Corporate Participants for Torts of the Enterprise, 47 VAND. L. REV 1994
- S Deakin, ‘“Enterprise-Risk”: The Juridical Nature of the Firm Revisited’
- S Ottolenghi, ‘From Peeping Behind the Veil to Ignoring it Completely’53 The Modern Law Review (1990
- Skinner G, Rethinking limited liability of parent corporations for foreign subsidiaries’ violations of international human rights law. Wash Lee Law Rev(2015)

- Tetiana Kravtsova , Ganna Kalinichenko,the vicarious liability of parent company liability for its subsidiary, Volume 14, Issue 1, Fall 2016
- Trebilcock Halpern & Turnbull, ‘An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law’, 30 U Toronto LJ (1980)
- Wayne McArdle and Gareth Jones, ‘Prest v Petrodel Resources and VTB Capital v Nutritek: A Robust Corporate Veil’14(3) Business Law International journal, (2013)
- William Thomas Worster, The Inductive and Deductive Methods Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches, 45 GEO. J. INT’L L.(2014).