الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة مصطفى اسطمبولي معسكر
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

النظام القانوني للمسيّر الفعلي في الشركات التجارية
دراسة مقارنة

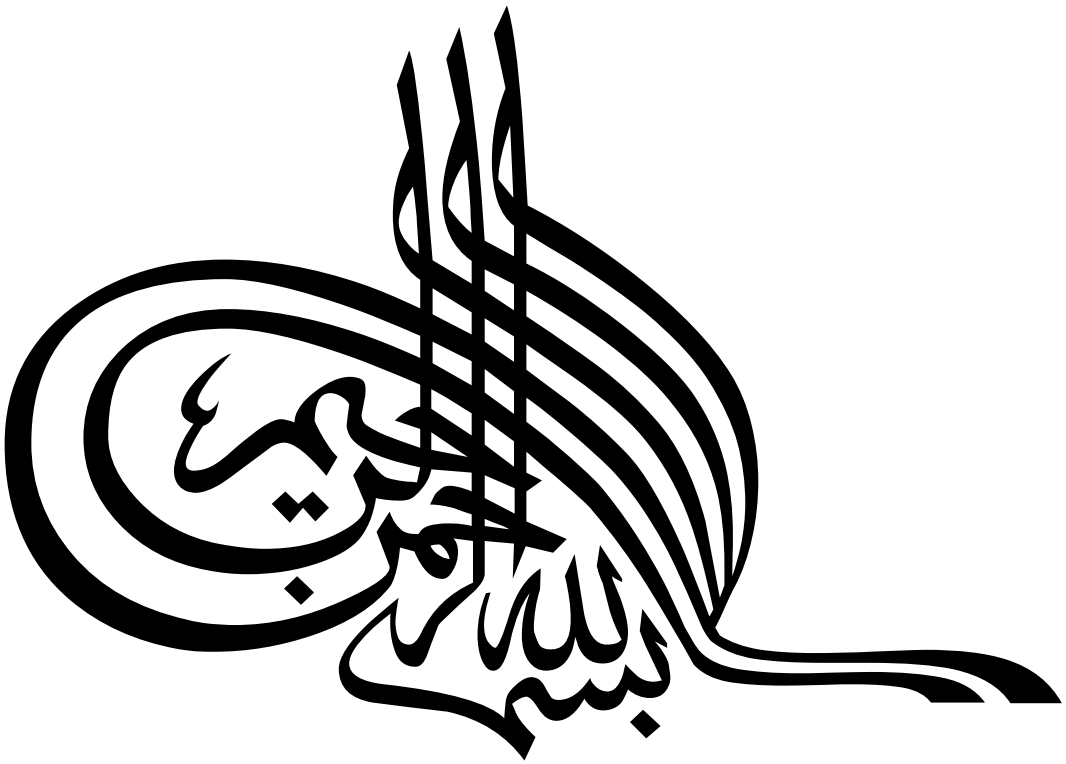
أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص
تخصص قانون الشركات

من إعداد الطالبة **تحت إشراف الأستاذ**
✍ خيار رغدة أ.د بقدار كمال

أعضاء لجنة المناقشة المكونة من السادة الأساتذة

أ.د دحو مختار	أستاذ التعليم العالي	جامعة معسكر	رئيسا
أ.د بقدار كمال	أستاذ التعليم العالي	جامعة معسكر	مشرفا و مقررا
د. بهلولي أبو الفضل محمد	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة معسكر	عضوا مناقشا
د. بوداعة حاج مختار	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة معسكر	عضوا مناقشا
أ.د مغربي قويدر	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة	عضوا مناقشا
أ.د حمو فرحات	أستاذ التعليم العالي	جامعة مستغانم	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2023 – 2024


بسم الله الرحمن الرحيم

قال اللّه تعالى :

﴿ يرفع الله الذين ءامنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات﴾

صدق اللّه العظيم

سورة المجادلة: الآية 11

شكر و تقدير

الحمد لله الذي هدانا لهذا و ما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله ، نحمده حق الحمد لتوفيقه لنا و لمنحه لنا القدرة و العزيمة لإتمام هذا العمل الذي أرجو أن يكون خالصا لوجهه الكريم ، و الصلاة و السلام على خاتم الأنبياء سيدنا محمد و على آله و أصحابه أجمعين

أتقدم بجزيل الشكر و عظيم الامتنان للأستاذ المشرف على هذه الرسالة الأستاذ الدكتور بقدار كمال الذي رافقني بنصائحه و توجيهاته القيمة في سبيل نجاح هذا البحث ، جزاء الله عني خير الجزاء .

كما أتوجه بالشكر و التقدير إلى الأساتذة الأفاضل ، أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول مناقشة هذا العمل و اثراءه بملاحظاتهم القيمة .

كذلك الشكر موصول لكل الأساتذة الذين درسوني بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة مصطفى اسطمبولي معسكر .

و في الأخير أشكر كل من ساهم من قريب و من بعيد في انجاز هذا العمل .

فليجدوا هنا تعبيرا عن امتناني الكامل لهم .

إهـــداء

أهدي ثمرة هذا الجهد إلى من أنار إلي درب الحياة و هيأ لي كل الظروف لمتابعة مشواري الدراسي ، والداي الكريمين أطال الله في عمرهما .

إلى إبنتي الغالية و قرة عيني وئام حفظها الله و رعاها

إلى جميع اخوتي كل باسمه

إلى كل الأهل و الأقارب

إلى كل الزملاء و الأصدقاء

إلى كل هؤلاء أهدي عملي هذا

رغدة

قائمة أهم المختصرات

Liste des principales abréviations

أولا : باللغة العربية

ف : الفقرة

ص : الصفحة

ط : الطبعة

ج : الجزء

ب.س.ن : بدون سنة النشر

ب.م.ن : بدون مكان النشر

ق.ت.ج : القانون التجاري الجزائري

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري

ج.ر : الجريدة الرسمية

ثانيا : باللغة الفرنسية

Al : alinéa
Art : article
AUSC: Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.
Bull :bulletin
Bull.civ : bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambre civile)
Bull.crim : bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambre criminelle)
Bull.Joly : bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
BRDA : Bulletin rapide de droit des affaires
C/ : Contre
CA. : Cour d'Appel
Cass. : Cour de Cassation
C.civ.fr : code civile français

C.com.fr : code de commerce français
C.P.F : Code des procédures fiscales
Cass. civ. : Cour de Cassation, chambre civile
Cass. com. : Cour de Cassation, chambre commerciale.
Cass. crim. : Cour de Cassation, chambre criminelle.
Cass. Soc. : Cour de Cassation, chambre sociale.
CE : Conseil d'État
Ch. : Chambre
Chap. : Chapitre
Ch. mixte : Chambre mixte de la Cour de cassation
Chron : chronique
Civ. 1er : Cour de cassation, 1ère chambre civile.
Civ. 2éme : Cour de Cassation, 2éme chambre civile.
Civ. 3éme : Cour de Cassation, 3ere chambre civile.
Coll : collection
Comm : commentaire
D. : Recueil Dalloz
D.affaires : Recueil Dalloz des affaires
Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
D.G : directeur général
Doctr :doctrine
éd : édition
Gaz.Pal : Gazette du Palais
Ibid ou Ibidem : au même endroit, dans le même texte
Idem : Le même ou la même chose
I.R : Informations Rapides
J.C.P : Juris-classeur périodique
J.C.P. éd. E. : Juris-classeur périodique, édition entreprise
J.C.P. éd. G. : Juris-classeur périodique, édition générale
J.O.R.F : Journal officiel de la république française
Jurispr : Jurisprudence
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
Litec : Librairie technique

N° : Numéro
Obs : Observations
OHADA : Organisation pour L harmonisation en Afrique du droit des affaires
Op.cit : L'ouvrage cité plus haut
P ou PP : Page ou Pages
PCA : Président du conseil d'administration
P.-DG : Président- Directeur Général
Rép.**Civ.Dalloz** : Répertoire civil Dalloz
Req : Requête
Rev . Sociétés : Revue de droit des sociétés
Rev : Revue
RJ .Com : Revue de jurisprudence commerciale
RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJF : Revue de la jurisprudence fiscale
RTD.Civ : Revue trimestrielle de droit civil
RTD.Com : Revue trimestrielle de droit commercial
Sirey : Recueil Sirey
SA : Société anonyme
SARL : Société à responsabilité limitée
SCS :Société en commandite simple
SNC :Société en nom collectif
Somm : Sommaire
Spéc. : Spécialement.
s ou sv. : Et suivants
T : Tome
Trib : Tribunal
Vol. : volume
Vr. : voir
§ : Paragraphe

مقدمة

يعد التسيّير أساس النظام الاقتصادي بصفة عامة ، و الشركات التجارية بصفة خاصة ، إذ يمثل جهازها التنفيذي و الضامن للسير العادي للشركة ، فعن طريقه يتم اتخاذ القرارات القانونية و المالية المؤثرة مباشرة في الجانبين القانوني و الاقتصادي للشركة و يمكنه أن يرسم آفاقها الاقتصادية و يعرف التسيّير بوجه عام بأنه مجموعة من الآليات الهادفة للارتقاء بالشركة سواء من حيث الخدمات الإدارية أو المردود الاقتصادي.

و قد ارتبط مفهوم التسيّير بداية بالمؤسسات ذات الطابع المدني لينتقل فيما بعد إلى عالم المال و الأعمال كوافد جديد و عنصر فعال يمكن بواسطته عقلنة المؤسسات الاقتصادية و جعلها أكثر انتاجا و مردودية و تحقيقا للربح ، و إذا كانت الطبيعة المدنية تختلف عن المؤسسات التجارية فإن المهتمين بالتجارة حاولوا صياغة مبادئ جديدة في مجال التسيير و أصبح علما قائما بذاته و موضوعا لعدة أبحاث و دراسات حاولت تجديده و جعله مواكبا للتطورات الاقتصادية التي يعرفها عالم المال و الأعمال ، و هو ما أدى إلى ميلاد مفهوم الحوكمة ، و التي ليست إلا صورة عن التسيّير الجيد و المعقلن للشركات التجارية .

و في الحقيقة التسيّير يحكمه ضابطين ، أحدهما قانوني يتمثل في الإجراءات القانونية الواجب التقيّد بها و الآخر عضوي يكمن في الآليات التي تترجم ما هو قانوني نظري إلى الواقع العملي. و قد أولت غالبية التشريعات المقارنة أهمية قصوى للتسيّير في الشركات التجارية حماية للاقتصاد الوطني ، الشركة ، الشركاء و الغير ،حيث عملت هذه التشريعات على احتواء الثغرات المعرقلة للسياسة الاقتصادية للشركات خاصة مع ازدياد حجم الجرائم التي تتم من خلالها إذ أصبحت هذه الأخيرة مجالا خصبا للخروقات و التجاوزات لاسيما و أن آثار هذه الجرائم و المخالفات لا تمس فقط مصالح الشركاء و الشركات و إنما المصالح العامة أيضا .[1]

[1]– محمد محبوبي، أساسيات في قانون الشركات ،الطبعة الأولى ، 2005،دار النشر أبي رقراق للطباعة و النشر، ص 235.

و باعتبار الشركة[1] شخصا معنويا فإن طبيعتها المجردة تحول دون تمكنها من التعبير عن إرادتها ، و القيام بالتصرفات بصفة شخصية نظرا لافتقادها للوعي و الإرادة ، و لهذا لا بد من تعيين شخص طبيعي أو أكثر يتولى تسيّير شؤونها و يتصرف باسمها بهدف تحقيق موضوعها . هذا الشخص الطبيعي هو المسيّر الذي يعتبر كقاعدة عامة العمود الفقري و حجر الزاوية لنجاح كل شركة أو فشلها .

يعرف المسيّر بوجه عام على أنه ذلك " الشخص الذي يستطيع القيام بالأعمال و انجاز المهام من خلال الآخرين ، فهو المخطط و المنشط و المراقب و المنسق لجهود الآخرين لبلوغ غرض مشترك و عليه يعتبر من الناحية الأصولية مسيّرا كل مسؤول عن أعمال الآخرين و لا بد من أن يكون للمسيّر سلطة معينة لاتخاذ القرارات و إلا أنه يفقد صفته و يتحول إلى مجرد منفذ فحسب".[2] و يعرف بوجه خاص ، بأنه ذلك الشخص الذي يمارس سلطة داخل هيكل منظم المتمثل في الشركة ، و هو المخول للتصرف باسم الشركة و لحسابها و يمنح لذلك سلطات واسعة في الإدارة و التمثيل تحقيقا لمصلحة الشركة.[3]

و قد استعمل المشرع التجاري مصطلحات متعددة للدلالة على المسيّر ، ففي شركات المساهمة نجد رئيس مجلس الإدارة ، المدير العام ، رئيس مجلس المديرين ، القائم بالإدارة ، المدير العام المفوض ، المدير المؤقت. أما في شركات ذات المسؤولية المحدودة نجد مصطلح المدير و إن كان جانب من الفقه قد انتقد هذه التسمية لأن التعبير الصحيح الذي ينطبق على الشخص الذي يسيّر هذا النوع من الشركات هو " المسيّر" و ليس " المدير" و في شركات الأشخاص كشركة التضامن استعمل المشرع مصطلح " المدير" . ما يعني أن صفة التسيّير في الشركة لا تمنح لأي شخص في الشركة ، بل لابد من توفر شكليات

[1]– إنّ مفهوم الشركة يتجاذب به مجموعة من التصورات : التصور العقدي ، التصور النظامي ، آلية قانونية و تبعا لذلك تعتبر الشركة شخص معنوي منفصل عن الأشخاص المكونين له من الشركاء أو المساهمين ، يستقل المشرع بوضع إطاره أو نظامه التأسيسي الذي يرمي إلى تحقيق الأهداف المالية و الاقتصادية و الاجتماعية للشركة في ظل الارتباط بنظام العقد.

[2]– محمد رفيق الطيب، مدخل للتسيير، الجزء الأول، الطبعة الثانية ، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية،2006 ص27.

[3] - FABRICE FRANCOIS, ISABELLE MAIGRET, AMBOISE MARLANGE , *Dirigeant de société statut social et fiscal* , 1er éd ,Paris , Dalmas,p.10.

معينة حتى يكون تعيين المسيّر في الشركة صحيح من الناحية القانونية ، لذلك يخضع المسيّر إلى أحكام و ضوابط معينة تحدد صفته أي طريقة تعيينه و تحدد الأعمال و التصرفات التي يقوم بها داخل الشخص المعنوي و بطبيعة الحال هذه القواعد تختلف تبعا لشكل أو نوع الشركة التي يسيّرها [1].

في شركات المساهمة تتحدد صفة المسيّر تبعا لنمط التسيّير المعتمد من قبل هذا النوع من الشركات [2] فإذا كانت هذه الشركة تقوم على نظام أحادية التسيّير فإن صفة التسيّير تمنح إلى مجلس الإدارة [3] الذي قد يكون إما شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا و يشترط في هذا الأخير أن يكون مالكا لأسهم الضمان بنسبة 20 % و هذه الأسهم مخصّصة لضمان أعمال التسيّير في الشركة و هي غير قابلة للتصرف فيها[4] ، و لكن هذا النظام أثبت عدم فعاليته في أرض الواقع لأن أجهزة التسيّير في ظل هذا النظام كانت تمارس أيضا مهام الرقابة إلى جانب مهام التسيّير في الشركة إلى أن تدارك المشرع التجاري الوضع لما كشف العديد من الإخلالات و التجاوزات و الغياب التام للنزاهة في تسيّير شؤون الشخص المعنوي فقام بإحداث نظام جديد للتسيّير يتمثل في مجلس المديرين و مجلس المراقبة و هذا النمط في التسيّير يقوم أساسا على مبدأ الفصل بين السلطات.

و تطبيقا لهذا النظام فإنّ التسيّير يعود إلى مجلس المديرين باعتباره الهيئة الوحيدة المخولة قانونا لممارسة سلطات التسيّير في الشركة [5] في حين يتولى مجلس المراقبة سلطة

---

[1]– المادة 544 من الأمر رقم 75–59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 معدلة و متممة بالمادة 02 من القانون رقم 22–09 المؤرخ في 05 ماي 2022 ، ج.ر العدد 32 المؤرخة في 14 ماي 2022 ، ص12 و التي تنص على ما يلي : " يحدد الطابع التجاري للشركة إما بشكلها أو موضوعها. و تعد شركات التضامن و شركات التوصية و الشركات ذات المسؤولية المحدودة و شركات المساهمة و شركات المساهمة البسيطة ، تجارية بحكم شكلها و مهما يكن موضوعها".

[2]– هذا النظام أخذت به العديد من التشريعات المقارنة منها المشرع الفرنسي و الجزائري و المغربي و التونسي.

[3]– المادة 610 من القانون التجاري الجزائري

[4]– المادة 619 من القانون التجاري الجزائري

[5]– المادة 643 من القانون التجاري الجزائري

الرقابة الدائمة على شركة المساهمة[1]. و قد ساهم النظام الحديث في التسيّير بشكل كبير في إضفاء النزاهة و الشفافية على أعمال التسيّير و لم يتوقف المشرع التجاري عند هذا الحد بل كرس أيضا مبدأ الحياد و الاستقلالية في ممارسة مهام التسيّير من خلال فرض نظام رقابي آخر أكثر صرامة يتمثل في مندوب الحسابات الذي أدخله بموجب المرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993 [2] الذي أكد من خلاله صراحة على مبدأ حظر تدخل مندوب الحسابات في تسيّير شركة المساهمة[3].

و يختلف الأمر في الشركات ذات المسؤولية المحدودة ، لأنه في هذا النوع من الشركات التجارية أكد المشرع التجاري على ضرورة أن يكون المسيّر شخصا طبيعيا لا معنويا ، كما اشترط لتعيينه إجراءات خاصة ، فيتم تعيينه في القانون الأساسي من طرف الشركاء الذين يمثلون أكثر من نصف (½) رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة [4].

أما بالنسبة لشركة التضامن فإنّ صفة المسيّر تنسب إلى جميع الشركاء المتضامنين ما لم يتضمن القانون الأساسي للشركة شرطا مخالفا ، و أما بخصوص شركة التوصية بنوعيها البسيطة أو بالأسهم فإنّ صفة المسيّر تمنح فقط للشخص الذي يتمتع بصفة الشريك المتضامن دون الشريك الموصي.

و تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع التجاري قد حرص أيضا على المحافظة و حماية حقوق الشركاء و ذلك من خلال تمكين القضاء من التدخل في تنظيم حياة الشخص المعنوي إذ منح له في سبيل تحقيق ذلك السلطة في تعيّين هذا المسيّر مراعاة للظروف الصعبة التي قد تمر بها الشركة و يكون ذلك في حالات معينة منها شغور منصب القائم بالإدارة ، الوفاة

[1]- المادة 654 من القانون التجاري الجزائري

[2]- المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل و المتم للأمر 75- 59 المؤرخ في 27 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم ،ج.ر العدد 27 المؤرخة في 27 أبريل 1993.

[3]- المادة 715 مكرر 04 من القانون التجاري الجزائري

[4]- المادة 576 من القانون التجاري الجزائري

و الاستقالة [1] و يكون التدخل في هذه الحالة بناء على طلب من له المصلحة و بالعادة يكون الشريك أو المساهم باعتبار أن مصلحتهم تستدعي ذلك و هذا ما أكدته صراحة الفقرة الأخيرة من المادة 580 من القانون التجاري الجزائري التي قضت بما يلي :" يسوغ لكل شريك أن يطالب من القضاء تعيّين وكيل مكلف باستدعاء الشركاء للجمعية و تحديد جدول الأعمال " ، كذلك الفقرة الأخيرة من المادة 618 من نفس القانون :" إذا أهمل المجلس القيام بالتعيينات المطلوبة أو استدعاء الجمعية ، جاز لكل معني بالأمر أن يطلب من القضاء تعيين وكيل يكلف باستدعاء الجمعية العامة ".

علاوة على ذلك ، يجب أن يكون المسيّر متمتعا بالأهلية الكاملة لإبرام التصرفات القانونية ، فيعتبر المسيّر الذي يفقد الأهلية فاقد للصفة القانونية للتسيّير في الشركة التجارية كما لا يكون التعيّين منتظما قانونا إلا بنشره في نشرة الإعلانات القانونية مع الإشارة الدقيقة لهياكل الإدارة و تنظيمها و صلاحياتها و كل تعديل يطرأ عليها و هذا ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 12 من القانون 04-08 المؤرخ في 18 أوت 2004 [2] التي جاء فيها ما يلي : "... كما تكون موضوع إشهار قانوني صلاحيات ..." و يتضح من خلال هذا النص أنّ الاشهار القانوني يعتبر إجراءا ضروريا لإعلام الغير المتعاملين مع الشركة ذلك أنّ نشر القانون الأساسي يعد قرينة على علم الغير بهوية المسيّر في الشركة و على ذلك أقر المشرع التجاري قاعدة عامة تسري على جميع الشركات التجارية مهما يكن شكلها و التي تتمثل في قاعدة عدم الاحتجاج على الغير بالسلطات المحدّدة للمسيّر في الشركة.

و متى تحققت هذه الشروط فإنّ هذا المسيّر يصبح يتمتع بكامل المواصفات و الشكليات القانونية المطلوبة للقيام بعملية التسيّير في الشركة و تكون له كامل الصلاحية

[1] – المادة 617 ف 01 من القانون التجاري الجزائري.

[2]– القانون رقم 04-08 المؤرخ في 18 أوت 2004 يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية ، ج.ر.ج.ج العدد 52 المؤرخة في أوت 2004 المعدل و المتمم بالقانون رقم 13-06 مؤرخ في 23 جويلية 2013 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية ، ج.ر العدد 39 المؤرخة في 2013 .

لتجسيد إرادة الشخص المعنوي من خلال سلطة اتخاذ القرار التي يمنحها له القانون أو القانون الأساسي للشركة.

و في كل حال من الأحوال ، يجب أن تمارس هذه الصلاحيات في إطار الحدود المرسومة له قانونا أي دون الاخلال بالسلطات التي يسندها القانون لأشخاص آخرين كجمعية الشركاء أو المساهمين ، مجلس المراقبة و مندوب الحسابات ، كما يتعيّن على المسيّر أن يسعى من خلال مباشرته لهذه السلطات إلى تحقيق الأهداف المالية و الاقتصادية و الاجتماعية للشخص المعنوي. و في سبيل تحقيق هذه الأهداف أجاز المشرع للمسيّر أن يفوّض جزء من صلاحياته إلى شخص آخر متى اقتضى الأمر ذلك و هذا في حالات معينة يحددها القانون من أجل ضمان حسن سير الشركة.

و من ناحية أخرى هناك بعض الأعمال رأى المشرع التجاري ضرورة اخضاعها لإجراءات و قيود معينة نظرا لخطورة آثارها على الذمة المالية للشركة التي تعد بمثابة الضمان العام للدائنين، و يتعلق الأمر ببعض العقود و الاتفاقيات التي يعقدها المسيّر باسم الشركة ، و حتى لا يتم إهدار أموال الشركة بشكل عشوائي من قبل المسيّرين ، فإنّ هذه الاتفاقيات تخضع وجوبا لترخيص مسبق من الهيئة المختصة قانونا بذلك و قد تم تكرّس هذا الإجراء بموجب نصوص قانونية صريحة في إطار الأحكام المتعلقة بشركات المساهمة نذكر منها المادة 624 من القانون التجاري الجزائري[1] التي تخول لمجلس الإدارة سلطة منح ترخيص لرئيسه أو لمدير عام حسب الحالة بإعطاء الكفالات أو الضمانات الاحتياطية أو الضمانات باسم الشركة في حدود كامل المبلغ الذي يحدده .

و تسري هذه القاعدة أيضا على الشركات ذات المسؤولية المحدودة ، حيث جاء في سياق المادة 575 من نفس القانون ما يلي : " تأذن جمعية الشركاء بتخفيض رأسمال

[1]– تنص الفقرة 01 من المادة 624 من ق.ت.ج على : " يجوز لمجلس الإدارة ، أن يأذن لرئيسه أو لمدير عام ، حسب الحالة باعطاء الكفالات أو الضمانات الاحتياطية أو الضمانات باسم الشركة في حدود كامل المبلغ الذي يحدده".

الشركة حسب الشروط المنصوص عليها لتعديل القانون الأساسي و لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يمس هذا التخفيض بمساواة الشركاء ".

و لكن أحيانا قد يضطلع بمهام التسيّير أشخاص آخرين يتدخلون في سير الشركة و ينصبون أنفسهم كمسيّرين لإدارة أعمالها دون أن يكونوا مكلفين بذلك قانونا ، و بالتالي يكون تسييّرهم لهذه الشركة فعليا لا قانونيا و غالبا ما تتحقق هذه الحالة عندما يكون المسيّر القانوني للشركة غير موجود فيتدخل شخص ما بدلا منه في تسيير أمور الشركة فيكون هذا التدخل إما لمصلحة الشخص المعنوي أو مخالف لهذه المصلحة ، و قد يتم ذلك إما في وجود المسيّر القانوني أو في غيابه ، و يطلق على هؤلاء الأشخاص تسمية " المسيّرين الفعليّين" ، لأنهم ينسبون لأنفسهم سلطات و يمارسون فعليا مهام يعترف بها القانون أو القانون الأساسي للشركة لمدراء نظاميين أو قانونيين.

إنّ تدخل المسيّر الفعلي في التسيّير يخلق إشكالات عديدة بخصوص تحديد الأشخاص الذين يملكون سلطة التصرف باسم الشركة و يؤدي إلى التشكيك حول المسؤولية في إدارة الشركة لأنه يتم خارج القواعد التي تحكم هذا الشخص الاعتباري ، كذلك يؤدي إلى انعدام الثقة بين الشركاء ، أو تشويه سمعة الشركة و ضعف ائتمانها ، ويهدد استمرارية ذلك الشخص المعنوي على المدى الطويل ، مما ينجر عنه انعكاسات على الأصعدة الاقتصادية و المالية.

فضلا عن ذلك، يخلق هذا النوع من التسيّير في أذهان المتعاملين مع الشركة و الشركاء الاقتصاديين و الماليين خلط حول هوية صاحب السلطة في تسيّير الشركة. و هذا من شأنه أن يؤثر سلبا على النزاهة و الشفافية التي يجب أن تتمتع بها الهيئات القانونية لتمكين الشركة من تحقيق الأهداف القانونية و الاقتصادية و المالية و الاجتماعية التي يحدّدها الشركاء ، و لذلك فإنّ تدخل المسيّر الفعلي في شركة ما قد يشكل خطرا على المصالح القانونية و الاقتصادية و المالية المتعددة لتلك الشركة.

و أمام هذه الوضعية كان لازما على المشرع التجاري أن يتصدى لهذه المسألة بوضع جملة من القواعد و الآليات القانونية لضبط سلوكيات و تصرفات المسيّر الفعلي في الشركة إلى جانب المسيّر القانوني و من ثم لم يعد نظام التسيّير يقتصر على طائفة المسيرين القانونيين في الشركة فقط بل أصبح أيضا يشمل المسيرين الفعليين لها و هذا كله رغبة و حرصا من المشرع التجاري على حماية الحقوق و المصالح المرتبطة بالشخص المعنوي أو بالأحرى استقرار المعاملات التجارية.

يكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة من الناحيتين النظرية و العملية ، فمن الناحية النظرية تتجلى هذه الأهمية في الإشكالات القانونية التي أثارها مفهوم المسيّر الفعلي و مازال يثيرها على المستوى التشريعي و في الأوساط الفقهية حول جدوى هذا النظام من عدمه و ما يزيد الأمر أهمية هو إمكانية الوقوف على تعريف جامع و مانع لهذه المؤسسة القانونية حتى تتضح المفاهيم و حتى يكون هناك نظام قانوني واضح المعالم حول هذا المفهوم ، أما من الناحية العملية تظهر هذه الأهمية في الانعدام التام للتطبيقات القضائية الوطنية ، و لعل هذا ما جعلنا نقدم على اختيار هذا الموضوع بالتحديد ، و طبعا أهمية هذا الموضوع لا تتحقق إلا إذا تعرضنا إلى معالجة هذه الإشكالات بالتفصيل من خلال دراسة النظام القانوني للمسيّر الفعلي في الشركات التجارية.

في الحقيقة هناك سبب آخر دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع و هو يكمن في تطور الحياة التجارية و ظهور مفاهيم عديدة في مجال المال و الأعمال ما أدى إلى اتساع دائرة المعاملات التجارية إذ أصبح لازما على المشرع الوطني أن يواكب التطورات الاقتصادية الحاصلة في المجال الاقتصادي كما فعلت التشريعات الأخرى في هذا المجال كالتشريع الفرنسي و المغربي و التونسي من خلال وضع نظام قانوني فعال يتلائم مع المعطيات السياسية و الاقتصادية التي يفرضها الواقع العملي و هذا من أجل بناء نظام اقتصادي

متكامل و كذا حماية النظام العام الاقتصادي في ظل الممارسة الفعلية للسلطات في الشركات التجارية .

و تجب الإشارة إلى أنّ هناك بعض التفاوت في النصوص التي تحدد القواعد المطبقة علي المسيّر الفعلي للشركة التجارية ، فرغم أنّ ظاهرة التسيّير الفعلي هي موجودة في القانون الوضعي و لكن هناك بعض أوجه القصور في معالجة هذه الحالة الفعلية بذات.

و لذلك كان من الضروري تسليط الضوء على هذا الموضوع و ذلك بهدف توضيح المفاهيم و التوجهات النظرية و التطبيقية بخصوص هذا النظام من خلال تحديد الأشخاص و المسائل التي يشملها هذا النظام و كذا فهم بطريقة شاملة المعايير التي تسمح بتحديد صفة المسير الفعلي من جهة و القواعد القانونية التي تحكم تصرفاته في كل شكل من أشكال الشركات التجارية من جهة أخرى .

كذلك تسعى الدراسة إلى تشخيص النقائص بتبيان أوجه القصور و الغموض التشريعي الذي يشوب هذا النظام في ظل التشريع الجزائري و كذا التشريعات الأخرى و بالأخص في الجانب المتعلق بالمسؤولية و نحاول قدر الامكان سد الثغرات التي تعتري النصوص المنظمة للمسيّر الفعلي من خلال إعطاء نظرة واسعة و شاملة حول هذا النظام عسى أن يكون ما نقدمه نواة لمزيد من التعمق و الإضافات في ميدان لا يزال القول فيه شحيحا في حين أن يحتاج إلى الاسهاب فيه ، و عموما يمكن القول أن هذه الدراسة تهدف إلى الوقوف على مدى قدرة القواعد المنظمة للتسيّير الفعلي في ضمان و حماية مصالح الأطراف الفاعلة في الشركة من خلال إضفاء الصورة الحقيقية للمسيّر الفعلي ووضعه في الإطار القانوني المناسب له.

و على هذا الأساس فإنّ الإشكالية التي يطرحها الموضوع تتجلى بوضوح في معرفة **مدى فعالية نظام المسيّر الفعلي في تحقيق الغاية من إقراره ؟**

و للإجابة على الإشكالية المطروحة و من أجل الوصول إلى تحقيق الأهداف المرجوة من هذه الدراسة ، سنقوم بالتركيز على القانون التجاري المنظم لتسيّير الشركات التجارية مع الاستعانة بالقوانين و التشريعات الأخرى و في سبيل ذلك سيتم الاعتماد على مناهج متعددة لدراسة هذا الموضوع و التي تتمثل أساسا في كل من المنهج التاريخي ، المنهج الوصفي ، المنهج التحليلي و كذا المنهج المقارن إذ من غير الممكن ابراز مدى التطور الذي وصل إليه هذا النظام دون تحليل الأحكام القانونية و مقارنة بعضها ببعض ، ثم البحث عما استقر عليه الفقه و القضاء و القانون. و سنحاول على وجه الدقة تسليط الضوء على التشريع الفرنسي نظرا للتقارب الموجود بين النصوص القانونية و الذي يرجع له الفضل في وضع القواعد و المبادئ الأساسية لفكرة المسيّر الفعلي في الشركات و التي ساهمت بشكل كبير في تطور تلك الفكرة بالإضافة إلى بعض التشريعات العربية و نخص بالذكر التشريع المغربي ، المصري ، التونسي .

و تطبيقا لما سبق ، ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى بابين على التوالي:

الباب الأول : الإطار المفاهيمي للمسيّر الفعلي في الشركات التجارية

الباب الثاني: الإطار القانوني للمسيّر الفعلي في الشركات التجارية

الباب الأول : الإطار المفاهيمي للمسيّر الفعلي في الشركات التجارية

لدراسة النظام القانوني للمسيّر الفعلي في الشركات التجارية يتعين أولا تسليط الضوء حول مفهوم المسيّر الفعلي و هذا الأخير يعتبر من المفاهيم الغامضة التي أثارت الجدل و النقاش في الأوساط الفقهية لدى العديد من الباحثين ، في الحقيقة نظام المسيّر الفعلي ليس نظاما حديث النشأة بل ظهر منذ زمن بعيد في فرنسا ثم أخذت به العديد من التشريعات فيما بعد و هذا راجع لأسباب و اعتبارات معينة أملتها فكرة المسيّر الفعلي في الشركة .

و ينبغي القول أنه ليس من السهل تحديد هوية المسيّر الفعلي أمام إحجام المشرع عن إعطاء تعريف واضح و دقيق حول مفهوم الإدارة الفعلية، الأمر الذي قد يجعل هذا النظام يتشابه مع العديد من الأنظمة القانونية الأخرى المعروفة في مجال تسيير و إدارة الشركات التجارية كالمسيّر القانوني ، المتصرف المؤقت ، المدير المفوض و غيرهم من الأشخاص الذين يتولون عملية التسيّير في هذه الشركات ، مما يتعين معه محاولة إعطاء تعريف شامل و جامع لهذا المفهوم انطلاقا من موقف المشرع الجزائري ثم القضاء و الفقه و ذلك من أجل إبراز خصوصية هذا النظام مقارنة مع باقي الأنظمة المشابهة له و جميع هذه المسائل القانونية سندرسها بالتفصيل من خلال **(الفصل الأول)** .

إنّ صفة المسيّر الفعلي تتحدد بناء على مجموعة من المعايير و الشروط ، فلا يعد الشخص مسيّرا فعليا إلا إذا توافرت فيه شروط معينة و إن كان المشرع التجاري لم يحدد بصراحة هذه الشروط رغم أنّ مسؤولية المسيّر الفعلي لا تقل أهمية عن مسؤولية المسيّر القانوني و تستدعي دراستها من جميع جوانبها القانونية . و لكن الفقه حاول من خلال إجتهادات القضاء استخلاص العناصر و الشروط التي تسمح بإسناد صفة المسيّر الفعلي إلى شخص ما و نشير هنا إلى أن هناك معايير متعددة و متنوعة يعتمدها القضاء من أجل إثبات الوجود الفعلي للمسّير و التي سنتناولها من خلال **(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول : نشأة النظام القانوني للمسيّر الفعلي في الشركات التجارية

إنّ تحديد مفهوم فكرة المسيّر الفعلي أمر في غاية الصعوبة ،حيث تعتبر فكرة دقيقة مقارنة مع المفهوم القانوني للمسيّر و هذا راجع إلى عدم وضوح النصوص القانونية بشأنها ، و قد عرفت فكرة المسير الفعلي على مستوى القضاء منذ زمن بعيد و ارتبط ظهورها بالعديد من المفاهيم القانونية لاسيما مبدأ حظر التدخل في التسيّير الذي يشكل الأساس في الاعتراف بالتسيّير الفعلي بالنسبة للأشخاص الذين يمارسون بشكل غير منتظم سلطات التسيير في الشركة بدلا أو محل مسيّريها القانونيين ، ثم تطورت هذه الفكرة مع مرور الوقت إلى غاية الاعتراف التشريعي بها و هذا راجع إلى أسباب و اعتبارات عديدة سنتعرض لها من خلال دراسة التطور التاريخي لنظام المسيّر الفعلي في الشركات التجاري(**المبحث الأول**).

في الحقيقة لم ينظم المشرع الوضعية الفعلية للمسيّر في الشركات التجارية و إنما أشار إليه بصفة عرضية في العديد من المواضع في إطار قواعد القانون التجاري ،رغم أنه يخضعه للالتزامات تجاه الشركة و تجاه الغير ،و يجعله مسؤولا بل و يكسبه صفة التاجر من أجل إخضاعه للالتزامات التجارية ، و على ذلك حاول الفقه تعريف التسيّير الفعلي استنادا على الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي جاء بمعايير التسيّير الفعلي ، حيث تولى القضاء الفرنسي هذه المهمة بوضع العديد من الصور للمسير الفعلي لسد ذلك الفراغ التشريعي. إنّ المسير الفعلي يتمتع بمواصفات و خصائص معينة تجعله يتميز عن غيره من الأطراف الأخرى الفاعلة في الشركة و التي سنحاول دراستها من أجل إبراز خصوصية النظام القانوني للمسيّر الفعلي في الشركات التجارية (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول : التطور التارخي لنظام المسيّر الفعلي في الشركات التجارية

إن فكرة " المسيّر الفعلي " ليست مفهوما حديث النشأة بل ظهر منذ فترة طويلة كما ارتبطت نشأته بالعديد من المفاهيم و التصورات ، اعترفت العديد من التشريعات المقارنة بهذا النظام و لكن بكيفيات و طرق مختلفة ، لذلك و من أجل الوقوف على حقيقة النظام القانوني للمسير الفعلي في الشركات لابد أولا أن نلم بالسياق التاريخي له لنعرف أهم المراحل التاريخية التي مرت بها نظرية المسيّر الفعلي (**المطلب الأول)** و كذا معرفة الأسباب و الدوافع التي أدت إلى نشوء هذه النظرية في أرض الواقع ، فدراسة التطور التشريعي لهذا النظام تكشف لا محالة الغاية من إقراره (**المطلب الثاني)** .

المطلب الأول : تطور نظام المسيّر الفعلي في التشريع الفرنسي و التشريعات العربية

مرّت نظرية المسيّر الفعلي بمحطات تاريخية مهمة برزت معالمها في معظم التشريعات المقارنة و بالأخص في القانون الفرنسي مقارنة مع باقي الأنظمة القانونية الأخرى و التي سنحاول في هذا السياق دراستها مع نوع من التفصيل. سنتعرض في المقام الأول إلى دراسة التطور التشريعي لفكرة المسيّر الفعلي في القانون الفرنسي **(الفرع الأول)** ثم نتطرق بعدها إلى دراسة هذا التطور في ظل القوانين العربية المقارنة و نخص بالذكر القانون الجزائري ، القانون المغربي، القانون التونسي، و كذا القانون المصري**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول : التطور التشريعي لفكرة المسيّر الفعلي في القانون الفرنسي

إنّ نظرية المسير الفعلي شهدت تطورا تشريعيا ملحوظا في ظل التشريع التجاري الفرنسي ، حيث صدر عدة قوانين في هذا الإطار منذ سنة 1953 و ذلك من خلال المرسوم الصادر في 9 أوت 1953 المعدل للقانون المؤرخ في 7 مارس 1925 المتعلق بتأسيس الشركات ذات المسؤولية المحدودة إلى غاية صدور قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 الذي كرّس مفهوم المسيّر الفعلي في ظل شركات المساهمة و الشركات ذات المسؤولية المحدودة من خلال فرضه عقوبات جزائية تنطبق على كل من يتولى تسيير الأعمال في

إحدى هذه الشركات دون أن يكون له صفة المسير القانوني و سنحاول في هذا المقام أن ندرس هذا التطور من خلال مرحلتين كما يلي :

البند الأول : مرحلة ما قبل صدور قانون الشركات المؤرخ في 24 جويلية 1966

في بداية الأمر لم يكن المشرع الفرنسي يعترف صراحة بنظام التسيّير الفعلي في ظل القانون التجاري الصادر سنة 1807 و لكنه كان يقر صراحة بمبدأ حظر التدخل في التسيّير في المادة 27 منه[1] و التي كانت تمنع كل شريك موصي من التدخل في أعمال التسيير في شركة التوصية.

وهذا الحظر يعني أنه ليس بإمكان الشركاء الموصين الإدارة و لا السماح لهم بوضع اسمهم في عنوان الشركة لأن ذلك يعد خاصية من خصائص صفة الشريك المتضامن، لذا كانت المادة 27 من القانون التجاري الفرنسي تشكل أول تعبير تشريعي عن مبدأ حظر تدخل الشريك الموصي في إدارة شركة التوصية و هي أول قاعدة قانونية تحظر الأشخاص الذين ليسوا مسيّرين قانونيين من القيام بأعمال التسيّير في الشركة.

و حتى و إن كانت تقتصر على شركة التوصية و الشركاء الموصين ، إلا أنّ مبدأ عدم تدخل الشريك الموصي في التسيّير يشكل الجذور الأصل لمفاهيم " الإدارة الفعلية " و " المسيّر الفعلي للشركة "[2]. وهي القاعدة التي كان يعتمد عليها القضاة لتوقيع الجزاء في شركات تجارية أخرى عندما يتعلق الأمر بإدارة شؤون الشركة من قبل شخص لم يتم تكليفه بصفة قانونية لممارسة تلك السلطة.

[1] - L'art. 27 du Code de commerce de 1807 : « *l'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration* ».

[2] – بالنسبة للتطور التاريخي لمبدأ حظر تدخل الشريك الموصي في تسيير شركة التوصية أنظر حول ذلك :

Ch. LESCOEUR, *Essai historique et critique sur la législation des sociétés commerciales en France et à l'étranger*, 1874, p. 10.

و قد كان القضاء الإداري أول من أدخل مفهوم " المدير الفعلي" في المسائل الضريبية[1] و التسيّير الفعلي[2] في هذه المسألة كان يعني إدارة شؤون الشركة من قبل الشريك عندما لا تكون تلك السلطة قد أسندت إليه في تلك الشركة. و قد استجاب هذا المفهوم مع متطلبات الاجتهادات القضائية آنذاك لتقدير وجود إدارة الأغلبية أو الأقلية[3] في الشركة ذات المسؤولية المحدودة من أجل تحديد النظام الضريبي للمدير حيث كان الغرض من مفهوم إدارة الأغلبية هو منع التدليس في المادة الجبائية.

و قد تمت المساواة بين المدير المتمتع بأغلبية رأس المال مع الشخص الذي يمارس استغلاله بشكل فردي و كان يخضع للضريبة على الأرباح غير التجارية لأنه كان يمارس التجارة باسمه تحت ستار الشركة ليغطي تصرفاته. و لذلك كان يعتبر تاجرا فعليا [4] .و عليه كان المدير الذي يملك أغلبية رأس المال في الشركة ذات المسؤولية المحدودة يخضع للضريبة على الدخل الإجمالي للمبالغ المحصلة ، دون أن يتمكن من الاستفادة من الخصم الثابت للنفقات المهنية التي تكبدها بالفعل ، و لا من التخفيض بنسبة 20 % المخصصة للعمال. ونتيجة لذلك ، كان المدير الذي يمثل الأقلية يتمتع بنفس المعاملة الجبائية المخصّصة للعمال الأجراء و كان النظام الجبائي للمدير صاحب الأقلية أكثر ملائمة من نظام المدير صاحب الأغلبية .[5]

---

[1] -C. E. 12 mai 1933, Ministre des finances c. Soc. Y… et Cie, G. P. 1933, 2, 199 (délégation de pouvoir). C. E. 19 juill. 1933, SARL X, G. P. 1933, 2, 739.

[2]– بخصوص نظرية المسيّر الفعلي في المادة الجبائية أنظر :

Maurice COZIAN, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, litec, 1999, p. 301 ; Gérard ZAQUIN, *La gérance de fait de la SARL en droit fiscal*, J. C. P. 1976, éd. C. I. , II, 12074.

[3]– إدارة الأقلية هي التي لا يملك فيها مدير أو مديري الشركة ذات المسؤولية المحدودة SARL أكثر من 50 % من رأسمال الشركة ، في حين أن إدارة الأغلبية تعني تسيير الشركة من قبل مدير واحد أو مع مديرين آخرين يملكون أكثر من 50 % من رأسمال الشركة.

[4]– تنسب صفة التاجر الفعلي إلى الأشخاص الذين يمارسون أعمالا تجارية و يتخذونها مهنة معتادة لهم دون التقيّد بالأشكال التي يتطلبها القانون لممارسة هذا النشاط و يترتب عن هذه الصفة أن هؤلاء الأشخاص يخضعون لمسؤولية و التزامات التجار. لكن التجار الفعليين لا يمكنهم التمسك بهذه الصفة تجاه الغير.

Cass. com. 5 oct. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 295, p. 253 ; Cass. com. 27 avr. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 158, p. 109

[5] - Rép. n° 23314 à M. Frédéric DUPONT, *J. O. déb. Ass. nat.* 12 déc. 1975, p. 9715

إنّ مسألة تحديد خاصية الأغلبية أو أقلية في الإدارة كانت لها أهمية كبيرة لكونها تسمح بتحديد النظام الجبائي و الاجتماعي للمدير الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.و في هذا الصدد صدر قرار عن مجلس الدولة الفرنسي يقضي بأن "الشريك الذي كان مسؤولا عن جميع المعاملات المتعلقة بموضوع الشركة بالاشتراك مع المدير النظامي يجب اعتباره " المدير الفعلي و الحقيقي للمؤسسة" [1].

و في أواخر سنة 1950 كان مجلس الدولة الفرنسي قد وسع من تطبيق أحكام المادة 62 من القانون العام للضرائب لتشمل المديرين الفعليين أصحاب الأغلبية بالتساوي مع المديرين القانونيين و الذي على إثره تم الاعتراف بمبدأ المساواة بين المسيّر القانوني و المسيّر الفعلي في المسائل الجبائية و تتجلى هذه المساواة بوضوح من خلال أحكام المادة 267 من قانون الإجراءات الجبائية[2] التي تضع آلية صارمة للتضامن الجبائي بين الشركة و المسيّر المسؤول عن الديون الضريبية لتلك الشركة حيث يمتد تطبيق هذه المادة ليشمل كل شخص يمارس بصفة قانونية أو فعليه ، مباشرة أو غير مباشرة إدارة الشركة أو الشخص المعنوي أو المجمع .

حيث قررت محكمة النقض الفرنسية بأنّ هذا الحكم ينطبق على المديرين الشركاء أصحاب الأغلبية ، سواء كانوا مديرين قانونيين أو فعليين فقط[3]. و من هنا يتضح أن

[1] - C. E. 19 juill. 1933, *SARL X, G. P.* 1933, 2, 739. *« Considérant … que cependant, en vertu de cet acte, il dispose, avec le sieur B…, associé gérant statutaire, de la signature sociale et s'occupe, concurremment avec lui, de toutes les opérations se rattachant à l'objet de la société ; qu'il doit donc être considéré en fait comme un véritable associé gérant ».*

[2] Art. 267 du C .P. F .F. modifié par l'ordonnance n° 2010-420 du 27 avril 2010, J.O.R.F n° 0101 du 30 avril 2010 : « *Lorsqu' un dirigeant d'une société , d'une personne morale ou de tout autre groupements est responsable des manoeuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et et répétée des obligations fiscales qui ont rendu impossible le recouvrement des impositions et des pénalités dues par la société, la personne morale ou le groupement, ce dirigeant peut, s'il n'est pas déjà tenu au paiement des dettes sociales en application d'une autre disposition être déclaré solidairement responsable du paiement de ces impositions et pénalités par le président du tribunal de grande instance. A cette fin le comptable public compétent assigne le dirigeant devant le président du tribunal de grande instance du lieu du siège social. Cette disposition est applicable à toute personne exerçant en droit ou en fait, directement ou indirectement la direction effective de la société de la personne moral ou du groupement* ».

[3] - Cass. com. 14 juin 1977, Bull. civ IV. n° 171, p. 148 ; JCP éd. G 1977, IV, p. 210 .

المشرع الفرنسي من خلال أحكام المادة 267 من قانون الإجراءات الضريبية المشار اليها أعلاه ، أخذ بالحل الذي توصلت إليه الاجتهادات القضائية فيما يتعلق بالمسؤولية الضريبية للمدير القانوني أو الفعلي صاحب الأغلبية في الشركة ذات المسؤولية المحدودة .

و هكذا ، في جميع الشركات ، فإن المسيّر الفعلي المسؤول عن المناورات التدليسية أو عن عدم الإمتثال الخطير و المتكرر للإلتزامات الضريبية للشركة يكون ملزم بتسديد الديون و الغرامات الجبائية المترتبة في ذمة الشركة ، لا سيما عندما تكون هذه الأفعال قد أدت إلى استحالة تحصيل هذه الديون الجبائية.

و تطبيقا للمادة 267 من قانون الإجراءات الضريبية الفرنسي ، فإن المسيّر الفعلي يتحمل الالتزامات الجبائية المفروضة قانونا على الشركة. وبشكل عام ، هو ملزم ، من جهة ، بالتصريح عن دفع الضرائب المفروضة على الشركة ، و من جهة أخرى ، اتخاذ الإجراءات المتعلقة بدفع هذه الضرائب من طرف الشركة و يجب عليه تنفيذ جميع هذه الإلتزامات في الآجال القانونية و إذا لم يتحقق ذلك ، فإن المسيّر الفعلي يتعرض للمسؤولية الجبائية.[1]

و من ثم ، فإن المسيّر الفعلي مثل المسيّر القانوني ، يتعين عليه ضمان تنفيذ الالتزامات الضريبية المترتبة في ذمة الشركة. و في هذا السياق تشير محكمة النقض الفرنسية إلى أن " الامتثال للالتزامات الضريبية للشركة يقع على عاتق المسيرين القانونيين و الفعليين في أي مجمع ، ما لم يثبت خلاف ذلك ، "[2]، بمعنى يجب أن يقوم بتنفيذها أشخاص يتمتعون ، بحكم القانون أو بحكم الواقع ، بسلطة عامة لاتخاذ القرار في الشركة.

[1]– لمزيد من التفصيل حول المسؤولية الجبائية لمسيري الشركات التجارية أنظر:

HOUARI ZENASNI ,*la responsabilité fiscale des dirigeants de sociétés commerciales* , Mémoire de magistère en droit comparé des affaires, université d'Oran , 2012, p.34 et p.35.

[2] - Cass. Com. 6 déc. 2005, Bull. Civ. 2005, IV, n° 243 p. 269

و إلى غاية صدور المرسوم الصادر في 9 أوت 1953 المعدل للقانون المؤرخ في 7 مارس 1925 المتعلق بتأسيس الشركات ذات مسؤولية محدودة[1] بقي الشخص المتدخل في التسيير بدون عقاب إلى أن جاء المشرع الفرنسي بموجب هذا المرسوم بنظام الشريك الفعلي في إطار تسيّير الشركة ذات المسؤولية المحدودة ،حيث كان تدخل الشريك يعتبر بمثابة خطأ. و تنص المادة الثانية منه على ما يلي : " أنّ المحكمة يجوز لها ، في حال عدم كفاية الأصول ، أن تقرر أن تحمل ديون الشركة كلياً أو جزئياً ، إما على كاهل المديرين سواء أكانوا من الشركاء أم لا ، و إما على كاهل الشركاء أو بعض الشركاء أو المديرين على وجه التضامن بينهم ، "بشرط أن يكون الشركاء فيما يتعلق بهم قد شاركوا بالفعل في إدارة الشركة ".

و بموجب هذا الحكم نلاحظ أنّ المشرع التجاري الفرنسي تبنى نهجا واقعيا إزاء إدارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة لكي يفرض على الشركاء الذين ليسوا بمديرين قانونيين المسؤولية عن ديون الشركة في حالة عدم كفاية الأصول.

و في ظل المرسوم الصادر في 9 أوت 1953 كان الشركاء الذين يديرون الشركة دون وكالة قانونية في الشركة ذات المسؤولية المحدودة يخضعون لنفس قواعد المسؤولية المطبقة على المسيّرين القانونيين و التي تختلف عن المسؤولية التضامنية و غير المحدودة المترتبة على التاجر القانوني أو الفعلي ، هذا لأن الشريك الذي تدخّل في إدارة هذه الشركة كان ينظر إليه على أنه مدير فعلي ، و يمكن تحميله ديون الشركة بصفة كلية أو جزئية كما هو الحال بالنسبة للمدير القانوني.

[1] -Décret n° 53-706 du août 1953, J. O.R.F. du 10 août 1953, p. 7050.

أما في شركة المساهمة ، كان القضاء يطبق قواعد الإفلاس على المساهمين ليس لأنهم يتمتعون بصفة التاجر الفعلي[1] ، بل لأنهم تدخلوا في إدارة الشركة. و هؤلاء الأشخاص يمكن وصفهم بأنهم مسيّرون فعليون و يعاملون كتجار بحكم الواقع[2] عندما تخضع الشركة لإجراءات جماعية لعدم تسديد ديونها. وفي جميع الحالات، كان القضاة أنذاك يستندون إلى مبدأ حظر تدخل الشريك الموصي في إدارة شركة التوصية لاستخلاص الممارسة غير المبررة لسلطة التسيّير في شركة المساهة ، و كذا وجود خطأ يمكن أن يؤدي إلى اخضاع صاحب الإدارة إلى قواعد الإفلاس المطبقة على الشخص الذي يتمتع بصفة التاجر.

ولذلك يعتبر كل من المشرع و القضاء ، على التوالي، في الشركة ذات المسؤولية المحدودة و في شركة المساهمة ، أن تدخل الشركاء في التسيّير كان يعد بمثابة خطأ لأنه يخالف القواعد الآمرة المنظمة لممارسة السلطة في تلك الشركات. ولذلك ، يعاقب صاحب هذا الخطأ ، لا سيما عندما تكون الشركة في حالة إفلاس أو تسوية قضائية.

و بالتالي ، تشكل المادة الثانية من المرسوم الصادر في 9 أوت 1953 المذكور أعلاه أول حكم تشريعي يفرض جزاءات على نشاط التسيّير الفعلي في شركة أخرى مختلفة عن شركة التوصية ، دون أن يستخدم صراحة مفهوم الإدارة الفعلية أو المسيّر الفعلي. و لم يوقع المشرع الفرنسي جزاءات ، في أنواع أخرى من الشركات التجارية ، على إدارة أعمال الشركة من قبل أشخاص لا يتمتعون بصفة المسيّر القانوني إلا سنة 1966.

---

[1]– يتم اسناد صفة التاجر الفعلي إلى أشخاص ، مسيّرين قانونيين أو مجرد مساهمين في شركة المساهمة متى قام هؤلاء بأعمال تجارية لحسابهم الخاص تحت ستار الشركة و هذه الصفة يمكن أن تؤدي إلى شهر إفلاس المعني ، نذكر على سبيل المثال : إسناد صفة التاجر الفعلي للمدير العام لشركة المساهمة و إدانته بالإفلاس ، تمديد الإفلاس في حق المساهم المالك للأغلبية بصفته تاجر فعلي.

Req. 29 juin 1908, *D*. 1910, 1, 233, note PERCEROU . Req. 9 févr. 1932, (arrêt Vidal), *S*. 1932, 1, 177, note M. H. ROUSSEAU.

[2]– مثال عن ذلك ، إسناد صفة القائم بالإدارة الفعلي إلى الشريك الذي تدخل في تسيّير الشركة

C. A. Amiens, 10 oct. 1961 , RTD com. 1965, III, p. 177, obs. R. HOUIN.

البند الثاني : مرحلة ما بعد صدور قانون الشركات المؤرخ في 24 جويلية 1966

بعد صدور القانون المؤرخ في 24 جويلية 1966 المتعلق بالشركات التجارية [1] وسّع المشرع الفرنسي نطاق تطبيق مبدأ حظر التدخل في التسيّير في ظل شركات المساهمة و الشركات ذات المسؤولية المحدودة ، حيث لم يعد هذا المبدأ يسري فقط عندما تكون الشركة في حالة عجز بل ينطبق كذلك في حالة سيرها العادي و قد أكد ذلك صراحة في المواد 431 و 463 و 478 من هذا القانون و التي تخضع " كل شخص قام ، مباشرة أو بواسطة شخص بممارسة مديرية أو إدارة أو تسيّير تلك الشركات في ظل محل أو مكان نائبيهم القانونيين "[2] إلى عقوبات جزائية .

و من خلال هذه الأحكام كرّس المشرع الفرنسي عدم شرعية التسيّير من جانب أي شخص لا يتمتع بالسلطة المنتظمة في التسيّير . هذه الأحكام تطبق على كل شخص يتولى أعمال التسيّير في إحدى هذه الشركات دون أن يكون له صفة المسيّر القانوني .

هذا القانون في حقيقة الأمر يتأسس على المفهوم المؤسساتي أو النظامي للشركة[3] ، الذي بموجبه تحل الأحكام القانونية محل الإرادة الأصلية للشركاء في تنظيم إنشاء و سير و حل الشركة. و على ضوء الأحكام الجزائية المذكورة في القانون المؤرخ في 24 جويلية 1966 ، كانت المحاكم تسند صفة المسيّر الفعلي إلى الأشخاص الذين كانوا يديرون هذه الشركة عندما لا تكون لديهم السلطة القانونية للقيام بذلك. و لكن ما يعاب على هذا القانون أنه لا يسري على جميع الشركات بل ينحصر فقط على الشركات ذات الاعتبار المالي فقط.

---

[1]- Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, J.O.R.F. du 26 juillet 1966, p. 6402.

[2]- Loi du 24 juill. 1966, art. 431 (gérant de fait de la SARL) devenu l'art. L. 241-9 du C. com.fr ; art. 463 et 478 (dirigeant de fait de la S.A. et de la SCA) devenus les art. L. 246-2 et L. 245-16 du C. com.fr.

[3]– وفقا لهذا المفهوم ، الشركة هي عبارة عن مؤسسة تنشأ وفق إجراءات محددة قانونا. لها وجود مستقل و منفصل عن الأعضاء المكونين له و هي شخص معنوي يتمتع بخصائص الشخصية القانونية و تخضع لنظام قانوني لا يحدد طابعه الشركاء بل يحدده المشرع و قد اعتمد في فرنسا على النموذج الألماني للطابع المؤسساتي للشركة و تم إدخاله بموجب القانون رقم 537–66 المؤرخ في 24 جويلية 1966 المتعلق بالشركات التجارية ، غير أنّ المشرع الألماني لم يعترف بنفس النظام بالنسبة لجميع الشركات بل اعتبر شركات الأموال هي مؤسسات فقط بينما الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي تبقى دائما خاضعة لقانون العقد .

كما تجب الإشارة إلى أن القانون 24 جويلية 1966 أكد مبدأ حظر تدخل الشريك الموصي في تسيّير شركة التوصية و حصر نطاق هذا الحظر في الأعمال الخارجية[1] التي تجعل الشركة في علاقات مع الغير بعد ما كان هذا الحظر يشمل جميع أعمال التسيّير ، حيث كانت هذه القاعدة تتأسس على فكرة تمكين الشريك الموصي من ممارسة حقوقه كشريك دون أن يكون محل متابعة من أجل مخالفة لمبدأ حظر التدخل في التسيّير.

ثم بعد ذلك جاء المشرع الفرنسي بقانون 13 جويلية 1967 بشأن التسوية القضائية ، وتصفية الأموال ، والإفلاس الشخصي و التفليس[2]. و الذي بموجبه أصبح مبدأ عدم التدخل في تسيير الشركات[3] ينطبق على أي شخص و يسري على جميع الشركات التجارية دون استثناء . ووفقا لهذا القانون تم اخضاع المتدخل في التسيّير ، الذي يوصف بأنه مسيّر فعلي ، لنفس القيود التي يخضع لها المسيّر القانوني عندما تكون الشركة خاضعة لإجراءات جماعية . وهو يحدد الإجراءات و قواعد المسؤولية المطبقة على الأشخاص الذين يديرون الشركة بالفعل كما أنه يكرّس مبدأ عدم التدخل في تسيّير الشركات.

و قد استعمل المشرع الفرنسي عبارة " المسيّر الفعلي" بشكل صريح في نصوص المواد 21 و99 و101 من هذا القانون ، بغض النظر عن شكل الشركة. حيث تتعلق المادة 21 منه بإسقاط حقوق التصويت لمسيّري الشخص المعنوي بموجب حكم صادر من المحكمة يقضي بالتسوية القضائية أو تصفية الأموال. أما المادة 99 من هذا القانون فهي تتعلق بمسؤولية المسيرين عن ديون الشركة في حالة عدم كفاية[4] أصولها في حين أنّ المادة 101

---

[1]- Art 222-6 al1 du C.Com.fr : *« l'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion externe, même en vertu d'une procuration ».*

[2]- Loi n° 67-563 du juillet 1967, J.O.R.F. du 14 juillet 1967.

[3]– لمزيد من الشرح حول هذا المبدأ أنظر :

C. GERSCHEL, *Le principe de non-immixtion en droit des affaires, Petites affiches,* 30 août 1995, n° 104, p. 8 et 1er sept. 1995, n° 105, p. 4.

[4] -Selon l'article 99 de la loi française n°67-563 « *lorsque le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaitre une insuffisance d'actif , le tribunal peut décider à la requête du syndic, ou même d'office, que les dettes sociales seront supportées en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux de droit ou de fait , apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains eux* ».

تقضي بإمكانية التسوية القضائية أو تصفية أموال كل مسيّر لشخص معنوي يخضع لإجراءات جماعية.[1] و هذا خلافاً للقانون الصادر في 24 جويلية 1966 المتعلق بالشركات التجارية المذكور أعلاه الذي لم يستعمل مفهوم المسيّر الفعلي إلا في إطار شركات المساهمة و الشركات ذات المسؤولية المحدودة.

و من هنا يتضح أنّ مفهوم المسيّر الفعلي في جميع الشركات التجارية يشير إلى الشخص الذي يقوم دون أن يتم تعيينه بصفة منتظمة كمسيّر قانوني ، بتسيير شخص معنوي يخضع لإجراء جماعي لعدم تسديد الديون. و بما أنّ القانون الصادر بتاريخ 13 جويلية 1967 سالف الذكر يقتصر على الإجراءات الجماعية ، فمن الممكن أن يؤدي ذلك إلى الاعتقاد بأنّ الغاية من وجود نظرية المسيّر الفعلي حسب المشرع التجاري هو السماح بتوقيع العقاب على الشخص الذي تسند إليه تلك الصفة متى أسهم هذا الشخص بتصرفه في جعل الشركة تواجه صعوبات مالية و اقتصادية .

كما أكد المشرع الفرنسي على هذه النقطة من خلال القانون الصادر في 25 جانفي 1985 المتعلق بالتسوية القضائية و تصفية المؤسسات[2] المعدل بالقانون الصادر في 10 جويلية 1994 المتعلق بالوقاية و إنقاذ المؤسسات التي تعاني من صعوبات [3] و من خلال هذا القانون أخذ المشرع التجاري بعين الاعتبار المسيّرين الفعليين في جميع الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص[4].

[1] -Article 101 de la loi française n° 67-563 du 13 juillet 1967 « *en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en règlement judiciaire ou liquidation des biens ,tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non..* ».

[2] -Loi n° 85-98, J.O.R.F. du 26 janvier 1985, p. 1097 et s., art. 180.

[3] -Loi n° 94-475, J.O.R.F. du 11 juin 1994, relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, p. 8440.

[4] - Art. 180, 182 et 185 de la loi du 25 janvier 1985 devenu l'art. L. 624-3, al. 1er du C.Com.fr.

و لكن لم يأتي هذا القانون بالجديد فيما يخص نظام التسيير الفعلي في الشركات بل اقتصر على معالجة هذه الحالة في إطار الصارم الإجراءات الجماعية لعدم تسديد الديون كما هو الحال في القانون المؤرخ في 13 جويلية 1967 سالف الذكر.

و لم يتوقف المشرع الفرنسي عند هذا الحد بل اتجه أيضا إلى سن قانون آخر يتمثل في القانون الصادر بتاريخ 26 جويلية 2005 المتعلق بإنقاذ المؤسسات [1] أين وسع من نطاق الحالات التي يترتب عنها مد الإفلاس عند قيام مسؤولية المسيّر الفعلي في حالة إفلاس الشركة و هذا ما يستشف من خلال المادة 135 منه التي تقابل المادة 652-4 من القانون التجاري الفرنسي ، كذلك أعطى للمحاكم سلطة تقديرية واسعة بأن تقضي بالإفلاس الشخصي للمدير الفعلي عندما يمتنع عن دفع ديون الشركة أو تعويض العجز في موجوداتها بطرق تدليسية.[2]

الفرع الثاني : التطور التشريعي لفكرة المسيّر الفعلي في القوانين العربية

عالجت العديد من الأنظمة القانونية العربية مسألة تنظيم التسيّير الفعلي في إطار القواعد المتعلقة بتسيير الشركات التجارية و لكن ليس بنفس الطريقة و الكيفية و سنقتصر في هذا المقام على دراسة المراحل التاريخية التي مر بها هذا النظام في كل من التشريع الجزائري ، المغربي ،التونسي ،المصري و توضيح الاختلاف التشريعي بشأنه لمعرفة الغاية أو الحكمة من وجوده على النحو الآتي:

البند الأول : ظهور فكرة المسيّر الفعلي في التشريع الجزائري

لم يعترف المشرع الجزائري بنظام المسيّر الفعلي إلا بعد صدور المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل للأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري

[1] -Loi n° 2005-845,J.O.R.F. du 27 juill. 2005, p. 12187 et s., entrée en vigueur le 1er janvier 2006. V. le texte consolidé de cette loi *in Gaz. Pal*. 31 août 2005, p. 5.

[2] - Art 135 al 5 du la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, J.O.R.F du 27 juillet 2005 énonce : « *le tribunal peut prononcé la faillite personnel de tout dirigeant de droit ou de fait d une personne morale ... avoir de tourné ou dissimilé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale*.

المعدل و المتمم[1] ، و نص عليه في المادتين 224 و 262 من القانون التجاري الجزائري ، حيث نصت المادة 224 على أنه :" في حالة التسوية القضائية لشخص معنوي أو إفلاسه يجوز اشهار ذلك شخصيا على كل مدير قانوني أو واقعي أو ظاهري أو باطني مأجور كان أم لا..."، و المادة 262 على أنه :" اعتبارا من الحكم القاضي بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس لشخص معنوي ، لا يجوز للمديرين بحكم القانون أو الواقع أن يحولوا الحصص أو الأسهم التي تتكون منها حقوقهم في الشركة إلا بإذن القاضي المنتدب و تقضي المحكمة بعدم قبول حوالة الأسهم و الحصص في الشركة و التي يملها كل شخص تدخل في إدارة أموال شخص معنوي مهما كان الزمن الذي ثبت فيه هذا التدخل ".

و تطبيقا لهذه الأحكام يخضع المسيّر الفعلي في جميع الشركات لنفس النظام القانوني المطبق على المسيّرين القانونين عندما تكون الشركة في حالة إفلاس أو تسوية قضائية ،كما أنه يكون مسؤول أيضا عن العجز في موجودات الشركة و قد اعترف المشرع الجزائري بهذه المسؤولية في إطار الشركة ذات المسؤولية المحدودة أين جاء بنظام " الشريك الفعلي" في المادة 578 من القانون التجاري و التي تنص على : "يجوز للمحكمة ، في حالة عدم كفاية الأصول، أن تقرر حمل ديون الشركة على نسبة القدر الذي تعينه إما على كاهل المديرين سواء أكانوا من الشركاء أم لا، أو من أصحاب الأجور أم لا و إما على كاهل الشركاء أو بعض الشركاء أو المديرين على وجه التضامن بينهم أو بدونه ،بشرط أن يكون الشركاء فيما يتعلق بهم قد شاركوا بالفصل في إدارة الشركة." [2]

و هذه القاعدة تهدف إلى اخضاع الشركاء الذين يديرون الشركة دون وكالة قانونية في الشركة ذات المسؤولية المحدودة لنفس قواعد المسؤولية المطبقة على المسيّرين القانونيين

[1]– الأمر 75–59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ، ج.ر.ج.ج العدد 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 15–20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 ، ج.ر.ج.ج ، العدد 71 المؤرخة في ديسمبر 2015 المعدل و المتمم بالقانون رقم 22–09 المؤرخ في 05 ماي 2022 ، ج.ر.ج.ج العدد 32 المؤرخة في 14 ماي 2022 ، ص12.

[2]– وردت في النص الفرنسي عبارة " effectivement " " بالفعل " بدل "بالفصل" كما جاءت في الترجمة العربية و بذلك يمكن صياغة الفقرة الثانية من المادة 578 أعلاه كالآتي "... بشرط أن يكون الشركاء فيما يتعلق بهم قد شاركوا **بالفعل** في إدارة الشركة ".

لأن الشريك الذي يتدخل في إدارة هذا النوع من الشركات كان يُنظر إليه على أنه مدير فعلي ويمكن أن يحكم عليه بتحمل ديون الشركة كلها أو جزء منها مثل المدير القانوني تماما.

و من جهة أخرى أقرّ بمبدأ المساءلة الجزائية للمسيّر الفعلي عن جميع المخالفات و الجرائم التي ترتكب أثناء تسيّيره للشركة أسوة مع المسيّر القانوني و ذلك في نطاق الشركات ذات المسؤولية المحدودة و شركات المساهمة و شركات المساهمة البسيطة ، فالمواد 805 و 834 و 836 من القانون التجاري الجزائري أحالت صراحة إلى تطبيق القواعد الجزائية التي يخضع لها المسيّر القانوني في هذا النوع من الشركات على" كل شخص يقوم مباشرة أو بواسطة شخص بممارسة مديرية و إدارة أو تسيير تلك الشركات في ظل محل أو مكان نائبيهم القانونيين "، و هذه الأحكام استوحاها المشرع الجزائري من قانون الشركات الفرنسي الصادر في 24 جويلية 1966 المذكور آنفا لاسيما المادة 431 منه بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة و كذا المادة 463 من هذا القانون بالنسبة لشركات المساهمة.[1]

البند الثاني : ظهور فكرة المسيّر الفعلي في التشريع المغربي

أوجد المشرع المغربي نظام المسيّر الفعلي بمقتضى أحكام القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة [2] حيث أشار إليه بصورة واضحة في المادة 736 منه و التي جاء فيها : " تطبق مقتضيات هذا القسم على مسيّري المقاولة الفردية أو ذات شكل شركة و التي كانت موضوع فتح المسطرة ، سواء كانوا مسيرين قانونيين أو فعليين ،يتقاضون أجرا أم لا ".

كذلك جاء به في القوانين المنظمة للشركات التجارية و اعترف به كنظام قانوني مستقل مثله مثل المسيّر القانوني و لكن ليس بنفس الطريقة و الكيفية التي اتبعتها باقي

[1]– الملاحظ هنا أنّ المشرع التجاري الجزائري قد تأثر كثيرا بنظيره الفرنسي في تنظيم لمسألة التسيّير الفعلي في الشركات التجارية و لكن تنظيمه لهاته المسألة كان بطريقة مختلفة عن الكيفية و التي سبق شرحها في ص 16 و ما بعدها من هذا البحث.

[2]– القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة صيغة محينة بتاريخ 22 أفريل 2019 ، ج.ر عدد 4418 الصادر بتاريخ 03 أكتوبر 1993 ، ص 2187 .

التشريعات الأخرى كالمشرع الجزائري مثلا ، حيث نظم أحكامه في الباب الثامن تحت عنوان المخالفات و العقوبات الزجرية في المادة 100 من القانون رقم 5.96 المتعلق بشركة التضامن و شركة التوصية البسيطة و شركة التوصية بالأسهم و الشركة ذات المسؤولية المحدودة و شركة المحاصة[1] و التي جاء فيها ما يلي : " تطبق أحكام هذا الباب التي تخص مسيري الشركات موضوع هذا القانون على كل شخص يكون قد زاول فعلا ، سواء مباشرة أو بواسطة شخص آخر ، تسيير شركة إما باسم ممثلها القانوني أو بالحلول محله ".

و تنطبق نفس الأحكام على شركات المساهمة حيث جاء في المادة 374 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة[2] " تطبق أحكام هذا القسم التي تخص أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركات المساهمة على كل شخص يكون قد زاول فعلا ، سواء مباشرة أو بواسطة شخص آخر إدارة الشركات المذكورة أو تدبيرها أو تسييرها إما باسم ممثليها القانونيين أو بالحلول محلهم ".

و الملاحظ من خلال مضمون النصين أنّ المشرع التجاري المغربي استعمل عبارة " زاول فعلا " و هذا للدلالة على صفة المسيّر الفعلي في الشركة حيث أخضعه لنظام مماثل للمسيّر القانوني من حيث المسؤولية الجزائية و وسّع من نطاق تطبيقه حتى على الشركات التجارية التي تقوم على الإعتبار الشخصي كشركة التضامن و التوصية البسيطة على خلاف نظيريه من التشريعات الأخرى كالمشرع الجزائري و المصري و الفرنسي.و لعل الهدف من وراء ذلك يكمن في حماية مصالح الشركاء و الشركة و كذا استقرار المعاملات التجارية.

[1]– القانون رقم 5.96 المتعلق بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة و شركة التوصية بالأسهم و شركة ذات المسؤولية المحدودة و شركة المحاصة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.49 الصادر في 13 فبراير 1997 .

[2]– القانون رقم 95–17 المتعلق بشركات المساهمة المغربي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.124 صادر في 30 أوت 1996 ، معدل و متمم بموجب القانون رقم 05–20 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.18 بتاريخ 16 يونيو 2008 ج.ر العدد 5639 بتاريخ 16 يونيو 2008 .

البند الثالث : ظهور فكرة المسيّر الفعلي في التشريع التونسي

نظم المشرع التونسي الأحكام المتعلقة بالتسيّير الفعلي في إطار قانون عدد 93 لسنة 2000 مؤرخ في 03 نوفمبر 2000 يتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية[1] حيث أشار إلى مفهوم المسيّر الفعلي في مواضع متعددة و هذا ما يستشف صراحة من الفقرة الأخيرة في الفصل 30 من هذا القانون و التي قضت بما يلي : " و يبقى المسيّرون للشركة بعد انحلالها ، و قبل تعيين المصفي ، المسيّرين الفعليين لها في تلك المدة و ليس لهم أن يعقدوا في حقها أية معاملة ، عدا ما يلزم لإتمام الأعمال المشروع فيها قبل حلها ، و ما هو متأكد من الأعمال ."

كما نص عليه في إطار القواعد المتعلقة بتسيير الشركة ذات المسؤولية المحدودة و ذلك بموجب الفصل 117 في الفقرة الثالثة منه المضافة بالقانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 التي تنص على : " وتقضي المحكمة بإلزام الوكيل القانوني أو الفعلي برد ما اخذه من مال الشركة مع الأرباح الحاصلة له من استعمالها لخاصة نفسه أو للغير و يبقى الحق للشركاء في مطالبته بما فوق ذلك من الخسائر و توجيه الدعوى الجزائية عليه عند الاقتضاء ".

و من جهة أخرى عالج المشرع التونسي الأحكام المتعلقة بمسؤولية المسيّر الفعلي في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة حيث تضمن الفصل 121 المعدل أيضا بالقانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 جملة من الشروط و الإجراءات المتعلقة بدعوى سد العجز و حمّلت المسير الفعلي المسؤولية الناتجة عن العجز في أصول الشركة و جعلت هذه المسؤولية قائمة على أساس

[1]– قانون عدد 93 لسنة 2000 مؤرخ في 03 نوفمبر 2000 يتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية التونسي ، الرائد الرسمي التونسي ، العدد 89 المؤرخ في 07 نوفمبر 2000 ، معدل بالقانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009.

الخطأ المفترض من جانب المسيّر الفعلي أو القانوني ، كما حددت صراحة مدة تقادم الدعوى على غرار باقي التشريعات المقارنة .[1]

كذلك في إطار الأحكام المتعلقة بشركة المساهمة ذكر اسم المسيّر الفعلي في مضمون الفصل 214 المعدلة بالقانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 [2]. و نص كذلك على إمكانية اسناد صفة المسيّر الفعلي إلى كل من رئيس مجلس الإدارة إذا ثبت أنه تدخل مباشرة في تسيّير الشركة حسب ما جاءت به الفقرة الأخيرة من الفصل 216 المعدلة بالقانون العدد 36 لسنة 2016 المؤرخ في 29 أفريل 2016 و نفس الحكم ينطبق على المدير العام [3].

علاوة على ذلك ، كرّس نظام مسؤولية المسيّر الفعلي عن العجز في الأصول في الفصل 254 المعدل بالقانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 في إطار النظام المزدوج لشركة المساهمة أو كما يسميه المشرع التونسي "هيئة الإدارة الجماعية و مجلس المراقبة".

بالإضافة الى ذلك أشار أيضا إلى فكرة المسيّر الفعلي في إطار مجمع الشركات من خلال الفصل 478 في الفقرة الأخيرة المتعلقة بتمديد إجراءات الإفلاس على المسيّرين

[1]– ينص الفصل 121 من قانون مجلة الشركات التونسي : " إذا أظهرت التسوية القضائية أو التفليس عجزا في الأصول يمكن للمحكمة بطلب من المتصرف القضائي أو أمين الفلسة أو من أحد الدائنين أن تقرر أن ديون الشركة يتحملها كليا أو جزئيا الوكيل أو الوكلاء أو كل مسير فعلي و بالتضامن فيما بينهم أو دونه إلى حد المبلغ الذي تعينه المحكمة . و لها أن تحجر على المحكوم عليه مباشرة تسيير الشركات أو مباشرة نشاط تجاري لمدة يحددها الحكم . و لا يعفى أو الوكيل القانوني أو الفعلي من المسؤولية إلا إذا أثبتا أنهما بذلا في إدارة الشركة من النشاط و العناية ما يبذله صاحب المؤسسة المتبصر و الوكيل النزيه. و تسقط الدعوى بمضي ثلاث سنوات من تاريخ حكم التسوية القضائية أو الحكم بالتفليس ."

[2]– ينص الفصل 214 من قانون مجلة الشركات التونسي : " إذا أظهرت التسوية القضائية أو التفليس عجزا في الأصول يمكن للمحكمة بطلب من المتصرف القضائي أو أمين الفلسة أو من أحد الدائنين أن تقرر أن ديون الشركة يتحملها كليا أو جزئيا الرئيس المدير العام أو المدير العام المساعد أو المديرون العامون المساعدون أو أعضاء مجلس الإدارة أو كل مسير فعلي آخر و بالتضامن فيما بينهم أو دونه إلى حد المبلغ الذي تعينه المحكمة . و لها أن تحجر على المحكوم عليه مباشرة تسيير الشركات أو مباشرة نشاط تجاري لمدة يحددها الحكم..."

[3]– الفقرة الأخيرة من الفصل 217 من قانون مجلة الشركات التونسي.

القانونين أو الفعليين لبقية الشركات المنتمية إلى مجمع الشركات إذا ثبت أنهم تسببوا في إفلاس الشركة.

و من جهة أخرى أقّر مبدأ مساءلة المسيّر الفعلي مدنيا أمام القضاء من أجل التعويض عن الأضرار التي قد تصيب الذمة المالية للشركة من خلال تمكين كل طرف متضرّر سواء الشركة أو الشركاء و حتى الغير من رفع دعوى المسؤولية المدنية ضد المسيّر الفعلي و هذا ما أكده صراحة في الفقرة الخامسة من الفصل 220 المضافة بالقانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 .

البند الرابع : ظهور فكرة المسيّر الفعلي في التشريع المصري

اتجه المشرع المصري اتجاها مغايرا لباقي التشريعات المقارنة في مسألة تنظيمه للتسيّير الفعلي في الشركات التجارية ، حيث اعترف لأول مرة بهذا النظام ضمن قواعد القانون التجاري في إطار الأحكام المتعلقة بإفلاس الشركات و بالتحديد في الفقرة الأولى من المادة 704 من القانون رقم 17 المتعلق بقانون التجارة[1] التي جاء فيها ما يلي :" إذا طلب شهر إفلاس الشركة جاز للمحكمة أن تقضي أيضا بشهر إفلاس كل شخص قام تحت ستار هذه الشركة بأعمال تجارية لحسابه الخاص و تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة ".

و الملاحظ في هذا النص أن المشرع المصري أشار إلى مفهوم المسيّر الفعلي بصفة ضمنية من خلال قوله " كل شخص قام تحت ستار هذه الشركة " و حصر مسؤوليته عن العجز في أصول الشركة في حالتين : هما ممارسة أعمال تجارية لحسابه الخاص و التصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاص فقط و ما عدا ذلك يخضع حسبه لقواعد المسؤولية المدنية دون قواعد الإفلاس و هذا على خلاف ما جاءت به التشريعات العربية الأخرى بخصوص هذه المسألة. و من جهة أخرى جاء في الفقرة الأخيرة من نفس

[1] – القانون رقم 17 بإصدار قانون التجارة المصري.

المادة 704 المذكورة بالجزاء المترتب على شهر إفلاس المسيّر الفعلي المتمثل في اسقاط حقوق هذا الأخير إذا ارتكب أخطاء جسيمة أدت إلى اضطراب أعمال الشركة و توقفها عن الدفع.

و بعد صدور القانون رقم 159 لسنة 1981 المتعلق بشركات المساهمة و شركات التوصية بالأسهم و الشركات ذات المسؤولية المحدودة[1] أدخل مفهوم الإدارة الفعلية في إطار الشركات التجارية التي تقوم على الاعتبار المالي و بالتحديد في الأحكام المتعلقة بعضوية مجلس الإدارة في شركة المساهمة بدليل ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 93 التي تضمنت ما يلي :" يسري هذا الحظر على رئيس مجلس الإدارة متى كان يقوم بالإدارة الفعلية ، و يعتبر في حكم عضو مجلس الإدارة المنتدب المدير العام للشركة أو من يقوم بالإدارة الفعلية للشركة و لو لم يكن من أعضاء مجلس الإدارة ..." ، حيث يفهم من سياق المادة أنّ المشرع المصري يضع المسيّر الفعلي في نفس المركز القانوني للمسيّرين القانونين في شركة المساهمة و يعتبره عضو في جهاز التسيّير أو الإدارة و بالتالي يخضعه لنفس القيود و الالتزامات المفروضة على المسيّرين القانونين كما يخضعه لنفس القواعد التي تنطبق على المسيّر القانوني من حيث المسؤولية و كذا الجزاءات التي تنجر عنها.

و هذا يعني أنّ المشرع المصري من خلال إدخاله لنظام الإدارة الفعلية في شركة المساهمة إنما يسعى إلى حماية المصالح المالية و اقتصادية لهذه الأخيرة من الأشخاص الذين يتحكمون في مصير الشركة تحت ستار الشخص المعنوي و حرصا منه في حماية الغير حسن النية المتعامل مع الشركة و بالأخص المستثمرين سواء كانوا أجانب أم لا .

[1] – قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 ، المعدل بالقانون رقم 17 لسنة 2015 ،ج ر العدد 11 الصادرة بتاريخ 12 مارس 2015.

المطلب الثاني : أسباب الاعتراف بنظام المسيّر الفعلي في الشركات التجارية

من خلال دراسة السياق التاريخي لنشأة نظام المسيّر الفعلي يتبين أن هذا النظام القانوني لم ينشأ من العدم و إنما أملته اعتبارات معينة و أسباب عديدة دفعت غالبية التشريعات و منها المشرع الجزائري إلى إدخال هذا المفهوم و تكريس نظامه القانوني في إطار قواعد القانون التجاري.

فمن خلال استقراء النصوص التي جاء في سياقها مفهوم المسيّر الفعلي نجد أن الغاية الأساسية من وجود هذه النظرية تكمن بالدرجة الأولى في حماية النظام العام الاقتصادي الذي يتحقق من خلال معاقبة الأشخاص الذين يتدخلون في التسيّير و يتّخذون قرارات مصيرية تهدد وجود و استمرارية الشركة كشخص معنوي باعتبار أن الشركة ترتبط بمصالح كثيرة قانونية و اقتصادية و اجتماعية و مالية و أي تقصير أو إهمال يقع عليها من جانب شخص لا يتمتع بالصفة القانونية للتسيّير قد يؤدي إلى الإضرار بهذه المصالح بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، الأمر الذي يقتضي وجود قواعد قانونية واضحة تعالج هذه الوضعية بالذات بما يضمن تحقيق التوازن المالي و استقرار المعاملات **(الفرع الأول)** .

كذلك التوجه التشريعي إلى تبني هذا النظام و تفعيله كان لأسباب قانونية تتجلى في رغبة المشرع الوطني في مواكبة التشريع أسوة مع نظيريه من التشريعات المقارنة الأخرى خاصة المشرع الفرنسي باعتبار أن القواعد الحالية أضحت غير كافية لمعالجة جميع حالات التسيّير الفعلي مما يستدعي ذلك وضع نظام خاص و استثنائي لمواجهة كافة الأخطاء و المخاطر التي يسبّبها التسيّير العشوائي و غير المنتظم للشركة(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول : مواكبة التشريع التجاري للتطورات الحاصلة في الميدان الاقتصادي

فرضت المادة الاقتصادية منذ ما يزيد عن العشرية نفسها على أعمال المشرع الذي لم يعد بإمكانه سوى توجيه أكبر اهتماماته إلى الحيثيات الاقتصادية من أجل تنظيمها و حفزها على التطور في ظل أحكام قانونية سلسة و بالفعل صارت التشريعات المتعلقة بالمؤسسات

الاقتصادية تهيمن على النظام القانوني و تشكل جانبا وافرا من مكوناته و ليس في الأمر غرابة باعتبار أن الميدان الاقتصادي يمثل المحرك الأساسي لحركة التطور في المجتمعات و الدول و يستحق بذلك سير دواليبه و حماية فاعليه من حالات الزيغ.

و نظرا للتطورات الحاصل في مجال الأعمال كان من الضروري على المشرع أن يتدخل و يتصدى لهذه الحالة غير القانونية ليساير و يواكب هذه التطورات من خلال احداث أنظمة قانونية تتماشى و تستجيب للمعطيات السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية السائدة خاصة أن الواقع العملي كشف قصور بعض الأحكام في مواكبة هذه التطورات الاقتصادية .

إنّ سعي المشرع التجاري إلى مواكبة هذه الحركة الاقتصادية لم يكن سهلا ،فقد واجه المشرع في كل مرة العديد من الإشكالات ، فالميدان القانوني يبنى على أسس تتمحور حول عمومية القاعدة القانونية و حول استمرارها ، أما الميدان الاقتصادي فهو دائما في حركية مستمرة و كلما كانت القاعدة أكثر خصوصية كانت أكثر استجابة لمتطلبات الحياة الاقتصادية و من هذا الاختلاف نشأت إحدى أهم مشكلات القوانين الحديثة التي تعني بالميدان الاقتصادي و هي مشكلة التوفيق بين المتضادات . فكان إذن لازما على المشرع أن يتخلى عن أسلوبه القديم في التشريع و يعتمد منهجا جديدا يتماشى و طبيعة المادة التي تتطلب تقنينا خاصا .

و قد أدت هيمنة الميدان الاقتصادي و المؤسسة الاقتصادية على النظام القانوني إلى ظهور مفاهيم جديدة كنظام المسيّر الفعلي تكشف عن سبيل استفراد الميدان الاقتصادي بقواعد قانونية خاصة به تراعي خصوصياته و تواكب تطوراته ، فالمهمة التشريعية إذن لن تكون سهلة إذ لابد من التوفيق بين ضرورة تنظيم الميدان الاقتصادي تفاديا للتجاوزات من جهة ، و بين خشية تعطيل الدواليب الاقتصادية بنصوص قانونية لا تراعي المقتضيات الواقعية من جهة أخرى.

و مراعاة لهذه الاعتبارات سّن المشرع التجاري نظام قانوني خاص بمسيّر الفعلي في الشركات التجارية من أجل حماية النظام العام الاقتصادي من التجاوزات التي يحدثها التسيّير العشوائي للمؤسسة و كذا استقرار المعاملات التجارية.

الفرع الثاني : حماية المراكز القانونية في ظل التسيّير الفعلي للشركات التجارية

في الحقيقة ظهرت فكرة المسيّر الفعلي كمؤسسة قانونية بهدف حماية الأهداف الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية المتصلة بالشخص المعنوي و التي تقوم على فكرة النظام العام الاقتصادي ، فمصلحة الشركة أصبحت تمتد إلى مصالح أخرى غير مصلحة الشركة و الشركاء ، لذا سعت غالبية التشريعات المقارنة إلى حماية هذه المصالح من خلال تقرير جملة من الآليات القانونية و الأحكام و هذه الأخيرة تنطوي أساسا على تكريس مبدأ النزاهة و الشفافية في المعاملات ، تشجيع الاستثمار و دعم المنافسة في البيئة التجارية بالإضافة إلى التصدي للحالات الخطرة ، باعتبار أن التسيّير العشوائي للشركة قد يؤدي الى الاضرار بمصالحها المالية و الاقتصادية و على ذلك تم الاعتراف بنظام التسيير الفعلي كنظام خاص و مستقل حتى لا يتمكن المسيّر الفعلي من الإفلات و التهرب من العقاب بحجة أنه غير مسير قانوني.

البند الأول: تدعيم الشفافية في المعاملات

إنّ تدعيم النزاهة و الشفافية تعد سببا واضحا لجعل المشرع يتبنى هذا النظام و كما نعلم أن شفافية التسيير قاعدة مهمة في الشركات التجارية و بالأخص في شركات المساهمة باعتبار أن هذا النوع من الشركة يقوم على الاعتبار المالي و قد حرص المشرع على تكريس هذا المبدأ من خلال الفصل بين السلطات داخل الشركة فأحيانا قد يقع التدخل في التسيير من قبل شخص لا يتمتع بالصفة القانونية لمباشرة مهام التسيير و لكنه يتمتع بسلطة الرقابة على هذه الأعمال و عادة ما يكون الشخص المتدخل في هذه الحالة مراقب

الحسابات بحكم أنه قريب من الشركة و عالم بشؤونها فيتعامل مع الغير الذي يعتقد بحسن نية أن من يتعامل معه هو المسيّر الحقيقي للشركة .

و على ذلك أقّر المشرع التجاري مبدأ حظر تدخل مندوب الحسابات في التسييّر و هذا لاعتبارين فمن جهة حماية الغير المتعامل مع الشركة و من جهة أخرى إضفاء الشفافية و الوضوح في ممارسة المهام و كذا استقلالية مندوب الحسابات عند تأديته لمهام الرقابة داخل الشركة كما رتب في حقه جزاءات مدنية و جنائية عند مخالفته لهذا المبدأ باعتبار أن هذا الشخص تتوفر لديه حالة من حالات التنافي القانونية .

البند الثاني : التشجيع على الاستثمار و دعم المنافسة

نظرا لأهمية الاستثمار في الحياة التجارية للشركة حرص المشرع التجاري على إحاطة المستثمر بالضمانات التي تكفل له حقه في مواجهة الشركة باعتباره من ضمن المتعاملين المهمين معها و قد وضع العديد من الأحكام في هذا الإطار في سبيل تقرير حمايته نذكر منها القانون الذي ينظم عقود الاستثمار التي تكون الشركة طرفا مهيمنا فيها و ذلك على نحو يتوافق مع السياسات الاقتصادية الرامية الى تطوير الاقتصاد الوطني و العمل على ازدهاره و نموه.

حيث أصبحت الحاجة الملحة إلى إعادة الثقة إلى المستثمر لذلك تم تعزيز هذه الحماية من خلال إنشاء مؤسسة المسيّر الفعلي لأن العقود التي تبرمها الشركة مع الغير لم تعد تتم من قبل المسيّرين القانونيين فحسب بل تعداه الأمر إلى تدخل أشخاص غير هؤلاء و قد يكون هؤلاء الأشخاص من الغير و ممكن يكون مستثمر مثلا ، لذا رأى المشرع التجاري ضرورة وضع نظام خاص و استثنائي لضبط تصرفات المسيّر الفعلي و هذا من أجل تشجيع الاستثمار و دعم المنافسة و بعث الثقة في نفوس كل شخص يتعامل مع الشركة لأن غياب هذا النظام من شأنه أن يؤثر على التعاملات التجارية و يؤدي إلى عزوف المستثمرين ما ينعكس سلبا على إقتصاد الدول.

البند الثالث : التصدي للحالات الخطيرة

مما لا شك فيه أن التصدي للحالات الخطيرة كانت من أهم الدوافع التي أدت بالمشرع التجاري إلى تبني هذا النظام و إدخاله ضمن الأحكام المنظمة للتسيير في الشركة ، فكما سلف القول أن التسيّير هو سبب نجاح الشركة أو فشلها ، فأحيانا التسيّير العشوائي للشركة قد يؤثر سلبا عليها و يجعلها تعاني من صعوبات مالية و اقتصادية لأنه يتم من قبل شخص لا يتمتع بصفة المسيّر القانوني و بالتالي ، فالحالة التي تؤول إليها الشركة من جراء تصرف هذا الأخير لا تضر بمصلحة الشركة فحسب و إنما يتعداه الأمر إلى مصالح أخرى مرتبطة بالشركة و بالأخص الاقتصاد الوطني.

لذلك فإنّ اخضاع المسيّر الفعلي لنظام الإفلاس أسوة بالمسير القانوني كان أمرا لا بد منه لتقرير الحماية القانونية لهذه المصالح ، بالإضافة إلى ترتيب مسؤوليته في المسائل الجزائية عن الجرائم و المخالفات التي قد يرتكبها بفعل أخطائه في الشركة فهو يعاقب عليها كما لو كان مسيّرا قانونيا و الغاية من ذلك حتى لا يتمكن الفاعل الحقيقي من الإفلات من العقاب .

المبحث الثاني : تعريف المسيّر الفعلي و تميّزه عن النظم المشابهة له

اعترفت جل التشريعات المقارنة بالوجود الفعلي للمسيّر دون أن تضع تعريفا قانونيا واضحا بشأن مفهوم المسيّر الفعلي ، حيث تم اخضاع هذا الأخير لنفس القواعد التي يخضع لها المسيّر القانوني في حالات معينة ، ونظام المسيّر الفعلي يثير بطبيعته إشكالات قانونية كثيرة تتعلق أساسا بمعرفة الأشخاص الذين ينطبق عليهم وصف المسيّر الفعلي في الشركة .

لذلك سنحاول في هذا المقام توضيح المقصود بالمسيّر الفعلي و الوقوف على معناه الحقيقي إستنادا إلى ما جاء به المشرع و الفقه و القضاء في هذا الخصوص، فمن خلال تعريف المسيّر الفعلي يتحدد مفهوم كل نظام من الأنظمة المشابهة لنظام المسيّر الفعلي و

الغاية التي توخاها القضاء و التشريع إزاء هذا النظام و الوقوف على المميزات الذاتية له ، خاصة بعد ما تأكد أخذ التشريعات القانونية بهذا النظام.

المطلب الأول : تعريف المسيّر الفعلي

إنّ مصطلح " المسيّر الفعلي" يعد مفهوم غامض مقارنة مع باقي المفاهيم القانونية الأخرى كالمسيّر القانوني مثلا لكونه يحمل في طياته العديد من المعاني و الدلالات لاسيما و أنّ جل التشريعات المقارنة لم تورد تعريفا قانونيا واضحا و دقيقا حول هذا المفهوم بل ترك الأمر كله لاجتهاد القضاء و الفقه في هاته المسألة ، مما نتج عن ذلك ظهور نظريات و تعاريف متعددة بشأن فكرة المسير الفعلي أولا سنتناول بالدارسة تعريف المسير الفعلي من الناحية القانونية ثم نتطرق فيما بعد الى التعاريف التي جاء بها الفقه و القضاء من أجل تحديد الأشخاص الذين يشملهم النظام القانوني المطبق على المسير الفعلي.

الفرع الأول : التعريف التشريعي للمسيّر الفعلي

عرّفت التشريعات المقارنة المسيّر الفعلي و نصت على ذلك في النصوص القانونية المتعلقة بمسؤوليته في الشركة ، بداية سنتعرض لتعريفه في التشريع المقارن ثم ننتقل إلى تعريفه في ضوء التشريع الجزائري.

البند الأول : تعريف المسيّر الفعلي في التشريع المقارن

عرّفت بعض التشريعات المقارنة المسيّر الفعلي في قوانينها ، و نجد على رأسها التشريع الفرنسي ، حيث عرّف المسيّر الفعلي في نص المادتين 431 و 463 من قانون الشركات المؤرخ في 24 جويلية 1966 ، بأنه :" كل شخص يقوم مباشرة أو بواسطة شخص بممارسة مديرية و إدارة أو تسيير تلك الشركات في ظل محل أو مكان نائبيهم القانونيين ".

كما عرّفه المشرع المغربي في المادتين 374 من قانون 17.95 بأنه :" تطبق أحكام هذا القسم التي تخص أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركات المساهمة على كل شخص يكون قد زاول فعلا ، سواء مباشرة أو بواسطة شخص آخر إدارة الشركات المذكورة أو تدبيرها أو تسييرها إما باسم ممثليها القانونيين أو بالحلول محلهم " و كذا المادة 100 من قانون 5.96 : " تطبق أحكام هذا الباب التي تخص مسيري الشركات موضوع هذا القانون على كل شخص يكون قد زاول فعلا ، سواء مباشرة أو بواسطة شخص آخر ، تسيير شركة إما باسم ممثلها القانوني أو بالحلول محله ".

في حين عرفه المشرع المصري هو الآخر في المادة 704 من قانون التجارة في إطار القواعد المتعلقة بإفلاس الشركات و التي جاء فيها أنه:" كل شخص يقوم تحت ستار الشركة بأعمال تجارية ". أما المشرع التونسي لم يعطي تعريفا للمسيّر الفعلي رغم أنه أشار إليه في العديد من المواضع و اكتفى فقط بذكر القواعد التي تحكم هذا الأخير في مجال المسؤولية.

البند الثاني : تعريف المسيّر الفعلي في التشريع الجزائري

عرّف المشرع الجزائري المسيّر الفعلي في الفقرة الأخيرة من نص المادة 262 من القانون التجاري على أنه " كل شخص تدخل في إدارة أموال شخص معنوي مهما كان الزمن الذي ثبت فيه هذا التدخل ". كما عرفه أيضا في المادتين 805 و 836 من نفس القانون بأنه " كل شخص يقوم مباشرة أو بواسطة شخص بممارسة مديرية و إدارة أو تسيير تلك الشركات في ظل محل أو مكان نائبيهم القانونيين".

و يلاحظ على هذا التعريف أنّ صفة المسيّر الفعلي تسند إلى كل شخص يتدخل في التسيّير إما بنفسه أو بواسطة شخص آخر ، حيث أشار المشرع في المادة 262 سالفة الذكر إلى تصرفات المسيّر الفعلي بعبارة " التدخل" و جعل هذا التدخل يقتصر على الجانب المالي للشركة التجارية رغم أنّ الشخص عندما يتدخل في تسيّير الشركة يقوم بالعديد من التصرفات الإدارية و التي لا تقتصر على التدخل في الذمة المالية للشركة.

لذلك تبقى مسألة التدخل في إدارة أموال الشركة مسألة غير واضحة ، تضيق من مفهوم المسيّر الفعلي الذي اعتبرته معظم التشريعات المقارنة أمر دقيق للغاية.

الفرع الثاني : التعريف الفقهي للمسيّر الفعلي

اختلف الفقه في إعطاء تعريف للمسيّر الفعلي حيث عرفه أحد الفقهاء[1] بأنه " كل شخص يتدخل في إدارة شركة دون أن يحصل على توكيل من الشركة ، أو إذا كانت الوكالة الممنوحة له باطلة و لاغية أو لم تعد سارية المفعول ، يستنتج من هذا التعريف أن المسير الفعلي قد يكون إما مسيّرا سابقا لم تعد وكالته سارية ، أو شخصا لا يُمكن تصوره كمدير بأي شكل من الأشكال في إدارة شركة ما ولكنه يقوم بأعمال التسيّير. كما أن وجوده علامة حقيقية على عدم معرفة قواعد النظام العام فيما يتعلق بنظام إدارة الشركات.

و مثال عن ذلك حالة المسيّر القانوني السابق الذي يصبح مسيرا فعليا طالما أنه كان يمارس الأعمال التجارية ، و أنه يحتفظ ببعض العلاقات مع الشركة. فقد يكون من السهل بالنسبة له التأثير على إدارة الشركة ، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر. وفي معظم الحالات ، قد يكون المسير القانوني شريكا ، و لذلك فهو يبقى في الشركة حتى و إن فقد وكالته. ومع ذلك ، لا شيء يبرر تسييره الفعلي ، أو ذلك الشخص الذي لا يمكن قط تصوره لشغل منصب المدير و تشير الحالة الأخيرة إلى وضعية الغير في الشركة الذي يتدخل في الإدارة دون أن يكون له أي صلة بإدارة الشركة. و بالتالي ظاهرة تسييّر الشركات بدون وكالة تشكل حقيقة واقعية في قانون الشركات. [2]

كما عرفه جانب آخر من الفقه على أنه ذلك " الشخص الذي يقوم بممارسة مهام الإدارة و التسيير دون أن يكون حائزا على سند قانوني "، أو كل شخص يتدخل في شؤون

[1] – FRANÇOIS BIBOUM BIKAY, *les situations de fait en droit des sociétés de l 'OHADA* , R.D.U.S n ° 43, 2013,P .845.
[2] - FRANÇOIS BIBOUM BIKAY, *op.cit.,* P. 846.

التسيير بدون أن تخوله الأنظمة الأساسية للشركة صلاحية القيام بأعمال التسيير[1] و قد يتخذ صفة المسير الفعلي أحد الشركاء أو صفة مؤسسة مالية مثل البنك ، الذي عادة ما يمارس تأثير على المسير عند حضوره في اجتماعات مجلس الإدارة ، و قد تصل إلى درجة النصح بعزل بعض المسؤولين بالشركة . حتى الدولة يمكن أن تتخذ صفة المسير الفعلي بفعل المساعدات المالية التي تمنحها للشركة المتعثرة ماليا و قد تستغل الدولة ذلك للتأثير على سياسة التسيير المتبعة في الشركة.و قد يأخذ المسير الفعلي صورة مندوب الحسابات بفعل أنه قريب من الشركة ،و عالم بكل ما يحيط بها من وسائل بشرية و وسائل مادية. بفعل أنه قريب من الشركة و عالم بكل ما يحيط بها من وسائل مادية و بشرية .[2]

و من جهة أخرى ، يعتبر جانب من الفقه أنّ المسيّر الفعلي هو الشخص الذي يقوم بتصرفات لها صلة بتسيّير و تدبير أنشطة الشركة بشكل مستقل و دون الخضوع لأي تبعية و في مقدمتهم الفقيه RIVERS-LANGE الذي جاء في تعريفه للمسيّر الفعلي بما يلي :"يعد مسيرا فعليا كل شخص يمارس بكل حرية و استقلالية نشاطا إيجابيا يتعلق بإدارة أو تسيير الشركة "[3] من خلال هذا التعريف نفهم ضمنا أن سلطة التسيّير في الشركة لم تسند إلى المسير الفعلي بشكل منتظم ، و قد اعتمد الفقيه NOTTE على هذا التعريف موضحا أنّ " المسير الفعلي إما يعيّن بشكل غير منتظم أو ببساطة يمارس نشاطاً إداريا بمبادرة منه ، وكثيراً ما يكون ذلك نتيجة لحظر أو مخالفة قواعد التسيّير و يضيف أيضا أنّ "عدم مشروعية الإدارة الفعلية هي في المقام الأول تتجلى في غياب تعيين منتظم ". [4]

[1]– عز الدين بنستي ، الشركات في القانون المغربي ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى ، 2014 ،ص 239.

[2] - JEAN PIERRE CASIMIR et AUTRES , *Droit des affaires ,Gestion juridique de l'entreprise* , Sirey, Paris,1987 p.490.

[3] - J.-L. RIVES-LANGE, *La notion de dirigeant de fait au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens* , Recueil Dalloz Sirey, 1975, 8éme cahier , Chron. VII, n° 5, p. 41.

[4] - G. NOTTE, *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives*, JCP. CI. 1980, n° 59, p 62.

كما ذهب الفقيه DONDERO في تعريفه للمسيّر الفعلي إلى القول بأنه" ذلك الشخص الذي يتولى المهام دون أن يكون قد تم تعيينه مسيّرا بموجب النظام الأساسي أو بقرار من الهيئة المختصة ، ومن المرجح أن يتلقى تطبيق جزء من نظام مسيري الشركات ولا سيما نتائج المسؤولية المدنية و المسؤولية الجنائية للمسيّرين".[1]

كذلك يركّز فقهاء آخرون من خلال تعريفهم للمسيّر الفعلي ، على الطبيعة غير المنتظمة لتدخله في تسيّير الشركة ، حيث أشار الفقيه GERSCHEL إلى أنّ "صفة المسير الفعلي تنسب إلى الشخص الذي يتدخل في التسيّير"[2]و التدخل في حقيقة الأمر هو القيام بفعل أو عمل ما دون أن يكون هناك الحق في القيام بذلك.

و بالنسبة للفقيه TRICOT " المدير الفعلي هو الشخص الذي يدير الشركة و يتولى سلطة تمثيلها ، دون أن يتم تعيينه بانتظام من قبل أجهزة الشركة "[3]. و ما يلاحظ في هذا التعريف الذي جاء به هذا الفقيه أنه يحصر صفة المسيّر الفعلي على الأشخاص الذين يمارسون أعمال التسيير الخارجية التي تجعل الشركة في علاقة مع الغير[4] .

علاوة على ذلك يرى الفقيه GIBIRILA أن مفهوم المسيّر الفعلي " يفترض أنّ الشخص المعني، طبيعي أو معنوي ، قد تدخل بشكل فعلي في إدارة الشركة أو مديريتها أو تسييّرها ، دون وكالة قانونية و مارس بصورة مستقلة و بكامل الحرية ، نشاطاً إيجابياً بطبيعته ".[5] و يشير جانب من هذا الفقه ضمنيا إلى أن المسير الفعلي هو الشخص الذي لم يتم تعيّينه بانتظام كمسير للشركة و على الرغم من هذا النقص أو العيب القانوني ، يتولى شؤون تلك الشركة ، و من ثم هو شخص يتدخل في تسيّير الشركة بشكل غير منتظم.

---

[1] -BRUNO .DONDERO , *Droit des sociétés*, 5éme éd, Dalloz, France, 2017.n° 277, p. 196.

[2] -CHRISTOPHE GERSCHEL, *Le principe de non-immixtion en droit des affaires,* (1ère partie), *Petites affiches* 30 août 1995, n° 104, p. 8.

[3] - D.TRICOT, *Les critères de la gestion de fait*, Dr. et patr. janv. 1996, p. 24.

[4] – أنظر حول ذلك ، التسيّير الخارجي و صفة المسّير الفعلي ، ص 81 من هذا البحث .

[5] - DEEN GIBIRILA, *Les responsabilités et les sanctions du dirigeant dans la loi de sauvegarde des entreprises, Répertoire du Notariat Defrénois*, 30 juin 2006 n° 12, p. 989.

و هناك أيضا من يعتبر أن المسيّر الفعلي يحدّد بمفهوم سلبي ، أي كل ما لا ينطبق عليه وصف مسيّر قانوني و يقوم بأعمال التسيّير ، حيث يجب أن تتوافر فيه ثلاث شروط أساسية : أن يباشر نشاطا إيجابيا ، أي يشارك بصفة فعليه في التسيير ، أن يكون التصرف الإيجابي متعلقا بالتدبير أو الإدارة، أن هذا التصرف صادر عن المعني بالأمر بكل حرية و إرادة و بكامل الاستقلالية.[1]

و الملاحظ من خلال هذا التعريف أنه يضع عدة معايير لقيام صفة المسيّر الفعلي . و تتمثل هذه المعايير بالتحديد في القيام بنشاط إيجابي يخص الشركة ، و في الاستقلالية في ممارسة مهام التسيّير و الإدارة ، و هذه الأخيرة تعد قرينة متطلبة في المسيّر الفعلي لإثبات أنّ هذا الأخير قد ساهم فعلا في أعمال الإدارة أو التسيير دون أن يقتصر ذلك على تنفيذ أوامر التبعية السياسية أو المالية بالشركة. و يضيف هذا الفقه أنّه لا يكفي أن يظهر الشخص أمام الغير المتعامل مع الشركة بمظهر حيازة أمور الشركة بيده ، أو أنه صاحب الأمر و النهي فيها كالتوقيع على بعض المستندات الصادرة أو الواردة على الشركة و غيرها من الأمور الشكلية ، بل يلزم القضاء في هذا الخصوص أن يقوم هذا الشخص بأعمال إيجابية و مصيرية لا يقوم بها عادة إلا المسيّر القانوني للشركة صاحب القرار ، كاتخاذ قرار بتعيين أطر جديدة ، و شراء معدات و أجهزة تخص الشركة .[2]

الفرع الثالث : التعريف القضائي للمسيّر الفعلي

في غياب تعريف تشريعي واضح حول مفهوم المسيّر الفعلي فإنّ القضاء هو الذي تولى تحديد و رسم الخطوط العريضة لهذا المفهوم و حسب ما جاء في العديد من قرارات محكمة النقض الفرنسية ، فإن المسيّر الفعلي يعرف على أنه : " الشخص الذي يمارس بكل

[1]– فلاح خدوج ، المسؤولية الجنائية عن التسيير الفعلي لشركات المساهمة ، مقال منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية و الإدارية تم الاطلاع عليه يوم : 2022/02/10 عبر الموقع الآتي :https://revuealmanara.com

[2]– شيباني نصيرة ، هوية المسيّر في ظل الشركة التجارية ، مقال منشور في مجلة الندوة للدراسات القانونية بالمركز الجامعي غليزان ،العدد الأول ، 2013 ، ص 229.

حرية و استقلالية نشاطا إيجابيا في تسيير أو إدارة الشركة كأنه مسير فعلي و حقيقي و هو يمارس هذا النشاط تحت ستار أو بدلا من النائب القانوني [1].

و أحيانا يضيف القضاء أن لا يكون الشخص قد تم تعيينه بانتظام لهذا الغرض و يأخذ بهذه الصيغة بانتظام من قبل المحاكم التي تنظر في وجود هذين المعيارين : تحقيق نشاط إيجابي في الإدارة و التسيير من ناحية ، الحرية و الاستقلال في ممارسة هذا النشاط من ناحية أخرى و هذا التعريف يستدعي بعض الملاحظات المهمة :

الملاحظة الأولى تنبثق من الدراسة المكثفة للقضاء حول هذا الموضوع ، حيث يمكن لأي شخص أن يكون مسير فعلي و يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا[2] بموجب القانون الخاص أو العام على حد سواء ،يمكن أيضا أن تكون زوجة المسيّر القانوني[3] ، المساهم[4]، عضو مجلس المراقبة ، مصرفي ، مورد ، مستثمر أو حتى محام شريطة أن يتم إثبات معايير القيام بأعمال إيجابية في التسيير أو الادارة و الاستقلالية. وفقا لهذه المعايير تزودنا بعض القرارات بمؤشرات مهمة في تحديد مفهوم المسيّر الفعلي.

الملاحظة الثانية هي أن التسيّير الفعلي قد يكون كليا أو جزئيا بعبارة أخرى يمكن للمسيّر الفعلي أن يتولى إدارة الشركة بشكل كامل عندما يكون المسير القانوني المدير أنذاك غير مرئي تماما و لكن يمكن للمسيّر الفعلي أن يتصرف بالموازاة مع المسيّر الحقيقي الذي يمارس هو نفسه مهامه بانتظام و بدلا من أن يعين بصفة رسمية مسيرا لشركة ذات مسؤولية محدودة أو مديرا عاما في شركة المساهمة على سبيل المثال يتدخل المسير الفعلي بدون

[1] -Cass.com 10 octobre 1995, n° de pourvoi 93-15.619 publié au bull. ; cass.crim 23 novombre 2004, n° de pourvoi 04-81.601 publié au bull. https://www.legifrance.gouv.fr , consulté le : 07/08/2020 à 10:30.

[2] -J-M. MACQUERON , *La notion de dirigeant de fait (étude de la jurisprudence française de ses origines à 1981)*, Thèse de doctorat, université de Rouen, 1982 , p.82 et s.

[3]– و قد اعتبرت محكمة النقض تصرف زوج مديرة شركة ذات مسؤولية محدودة بأنه تسيير فعلي لكونه مثّل الشركة مع البنك :
Vr .Cass. com. 20 nov 2007, pourvoi n° 06-16933, https://www.legifrance.gouv.fr .

[4] - Cass. com.,10 févr.2015, n°13/17.589, RJDA 5/15, n°344.

وكالة و بدون سلطة رسمية للإدارة . و قد يتدخل المسير الفعلي في أمور التسيير أو الإدارة إما من تلقاء نفسه أو بموافقة المسيّر القانوني على ذلك .

الملاحظة الثالثة و الأخيرة هي أنّ مفهوم المسيّر الفعلي هو من حيث المبدأ مسألة واقعية تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع و إلى غاية 1980 اختبأت محكمة النقض وراء هذه السلطة السيادية لرفض الرقابة على هذا المفهوم .و مع ذلك في ظل المنازعات المتزايدة فيما يتعلق بالمسيّر الفعلي وحرصهم بلا شك على توحيد هذا المفهوم زادت محكمة النقض تدريجيا قبضتها و هي الآن تمارس رقابة الصارمة على الأسباب في هذا المجال و لا تتردد في نقض القرارات بسبب الافتقار إلى الأساس القانوني عندما تعتبر العناصر المتمثلة في معيار الاستقلالية و معيار النشاط الإيجابي للتسيّير أو الإدارة غير كافية.

و هناك أمثلة كثيرة على ذلك و من أحدث هذه القرارات القرار الصادر عن الغرفة التجارية في 24 جانفي 2018[1] في هذه القضية كانت شركة ذات مسؤولية محدودة محل تصفية قضائية و كان المصفي قد عيّن المسيّر القانوني و شخصا آخر اعتبره مسيّرا فعليا في دعوى عدم كفاية الأصول و قد أدين كلاهما بصفة انفرادية و على وجه التضامن على مستوى محكمة أول درجة و تم تأييد الحكم في الاستئناف من أجل الإبقاء أو الاحتفاظ بصفة المسيّر الفعلي حيث لاحظ قضاة الموضوع عدة عناصر تتعلق على وجه الخصوص بسلبية المسيّر القانوني و القيام بالمهام الموكلة إلى هذا الأخير من طرف المسير الفعلي المزعوم غير أن محكمة النقض رأت أن هذه المؤشرات و الدلالات غير كافية و أن محكمة الاستئناف في تسبيبها لم تعطي أساسا قانونيا لقرارها ، هنا كان معيار النشاط الإيجابي في التسيير أو الإدارة هو الذي لم يتم وصفه بشكل كاف .

[1] - Cass.com., 24 janv. 2018 n°16-23.649, BJS 2018 , p.170, note J.Heinich.

و كما أشار الفقيه TRICOT أن إذا كان المسير القانوني يسأل بسبب ارتكابه لأخطائه ، فإن المسير الفعلي يكشف عن نفسه من خلال عمله غير أنه من الضروري أن يقيم الدليل على هذا الفعل بما يتجاوز السلطات التي تسند بانتظام إلى الشخص المعني.[1]

كذلك تشير محكمة النقض الفرنسية إلى أن صفة المسيّر الفعلي تنطوي على" تدخل حقيقي في تسيير الشركة "[2] أي مشاركة دائمة في إدارتها ، بدلا من التدخل البسيط أو العرضي ، و قد تجلى ذلك في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف في باريس بتاريخ 11 جوان 1987، الذي كان من بين القرارات الأولى التي أقرت أن "صفة المسير الفعلي (...) تتميز بالتدخل في الوظائف المحددة من أجل الإدارة العامة للشركة ، مما يعني المشاركة المستمرة في تلك الإدارة و الرقابة الفعالة و الدائمة على تقدم الشركة المعنية." [3]

فضلا عن ذلك ، عرّف القضاء المغربي المسيّر الفعلي [4] بأنه الشخص الذي يتصرف مثل المسيّر القانوني دون أن يكون معينا لهذه الغاية ، و يمارس نشاطا إيجابيا و مستقلا في إدارة الشركة ، كما أكد القضاء المغربي على أن التسيير الفعلي يقتضي تصرف المسير في مداخيل الشركة دون رقيب أو حسيب.[5]

و من جانب آخر أقر نفس القضاء أعلاه في حكم[6] صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء المماثلة بين المسير القانوني و المسير الفعلي و ذلك وفقا لما جاء في المادة 374 من القانون و المادة 100 من القانون 15.96 و المادة 702 من مدونة التجارة من خلال تحميل المسيّر الفعلي ذات المسؤولية التي يتحملها المسيّر القانوني.

---

[1] - D.TRICOT, *op.cit*., p. 24.

[2] - Cass. civ., 25 févr. 2004 *Bull. Joly*, 2004, p. 666, § 129, note J.-Ph. DOM

[3] - CA Paris, 11 juin 1987 : *Bull. Joly*, 1987, p. 719, § 299.

[4]– حكم صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء تحت الرقم 41 ، ملف عدد 2001/10/197 بتاريخ 2008/11/02 غير منشور.

[5]– قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش تحت الرقم 1263 ، ملف عدد 2010/09/309 غير منشور.

[6]– حكم صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء تحت الرقم 30/08 بتاريخ 2008/01/28 ، ملف عدد 2003/10/285 غير منشور.

كذلك اعتبر القضاء التونسي المسيّر الفعلي الشخص الذي يباشر مهام التسيير و هو يفتقد لإحدى الشروط المطلوبة لمباشرة تلك المهام بصفة قانونية و شرعية حين تعيينه أو أنه فقدها بعد تعيينه كأن يتم تعيين المسير من قبل جمعية عامة لا يتوفر فيها النصاب القانوني أو الأغلبية المنصوص عليهما بالقانون الأساسي[1].

و من بين الحالات التي اعتبرها القضاء تسيّيرا فعليا نذكر حالة المسيّر الذي يكون تعيينه باطل في الشركة و مع ذلك قام بأعمال الإدارة و التسيير [2]، حالة انتهاء مهام المسير القانوني للشركة و رغم ذلك ظل يمارس مهام الإدارة و التسيير و حالة الأشخاص الذين لا يرغبون في الظهور كممثلين قانونيين للشركة لسبب أو لآخر و خاصة إذا تم الحكم عليهم بسقوط الأهلية و حالة الأشخاص الذين يقومون بأعمال الإدارة على الرغم من وجود حالة التنافي في جانبهم أو يقومون باستخدام أشخاص آخرين من أجل استخدام اسمهم في الظاهر و التعامل به.

و هناك أيضا حالة الأشخاص الذين يتدخلون في أعمال الإدارة مباشرة و يفرضون تصوراتهم و مقترحاتهم على المسير القانوني ، و هم غالبا ما يكونوا أشخاصا ذووا نفوذ و تأثير كبير داخل الشركة كمالكي أغلبية الأسهم أو الشركاء ، و يمكن أن يكونوا من دائني الشركة كما يمكن أن يكونوا أشخاص طبيعيين أو معنويين و غيرها من الحالات الأخرى.

و من خلال هذه التعريفات ، نستخلص أنّ المسيّر الفعلي هو ذلك المسيّر الذي يعين بصفة مخالفة للأحكام القانونية التجارية أو النظام الأساسي للشركة أو الشخص الذي له تأثير واضح و دائما على اتخاذ القرارات أو السير العادي لإدارة الشركة و كل شخص يمارس بصورة مباشرة أو عن طريق شخص مسخر نشاطا إيجابيا و مستقلا داخل الشركة

[1]– حكم جزائي صادر عن المحكمة الابتدائية باريانة بتاريخ 17 ماي 1995 تحت عدد 17694/694 مشار إليه في مؤلف كمال العياري ، المسيّر في الشركات التجارية ،شركات الأشخاص و الشركات ذات المسؤولية المحدودة ،ج.1 ، المرجع السابق ، ص 19.

[2]– حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية المسيّر مسؤولا جزائيا نظرا لقيامه باستغلال أموال الشركة بعد توليه أعمال التسيير ، رغم عدم اكتمال إجراءات تعيينه و قبل تسجيله في السجل التجاري و نشر التعيين.

Vr. Cass .com.10 juillet.2012n°11.21.395 juris data,n°2012-015731.

تحت غطاء أو نيابة عن الممثل القانوني أو كان يتلاعب أو يحرك هؤلاء ،و الأمر يفترض نشاطا إيجابيا و معتادا في التسييّر .

المطلب الثاني : تميّيز المسيّر الفعلي عن النظم القانونية المشابهة له

يعد المسيّر بمثابة الأساس و العمود الفقري لقيام الشركة و نجاحها ، باعتباره الشخص الذي يملك القدرة و السلطة على القيام بكافة الأعمال داخل الشركة ، و يمكن التعرف على المسيّر من خلال الأعمال التي يقوم بها المتمثلة في إدارة و تنظيم الشخص المعنوي و من خلال قيامه أيضا بالتصرفات النافعة و الضرورية من أجل تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله الشركة .

و قد استعمل المشرع التجاري في مختلف الأنظمة التشريعية المقارنة عدة مفاهيم و مسميات للدلالة على هذا المسيّر فأحيانا يستعمل مفهوم المسيّر القانوني أو مفهوم المتصرف المؤقت أو المدير المفوض ، و غير ذلك من المفاهيم و هذا إن دل على شيء إنما يدل على أن هناك أنظمة قانونية متباينة داخل الشركة تضطلع كلها بمهام التسييّر أو الإدارة في الشركات التجارية إلى جانب مفهوم المسيّر الفعلي ، و قد يؤدي في الكثير من الأحيان إلى الالتباس أو الخلط بين هذه المفاهيم مما يستدعي ذلك المقارنة بين هذه الأنظمة القانونية من أجل إزالة اللبس و الغموض حول هوية المسيّر الفعلي في ظل الشركة التجارية و إبراز خصوصية هذا النظام مقارنة مع باقي الأنظمة الأخرى المتواجدة في الشركة و يتعلق الأمر بنظام كل من المسيّر القانوني ، المتصرف المؤقت ، المدير المفوض و كذا الوكيل الظاهر.

الفرع الأول : تمييز المسيّر الفعلي عن المسيّر القانوني

المسيّر القانوني هو ذلك الشخص الذي يقوم بمهام الإدارة و التسيّير بموجب سند قانوني ، ففي ظل شركات الأشخاص المسير القانوني هو مدير الشركة إذا كانت الإدارة فردية أو مدراء الشركة إذا كانت الإدارة جماعية ، في حين أن المسير القانوني في ظل

شركة المساهمة التقليدية قد يكون رئيس مجلس الإدارة ، المديرين العامين ،أما إذا كنا بصدد شركة المساهمة الحديثة فالتسيير يكون جماعي و يتم ذلك من قبل مجلس المديرين .

و في حالة تصفية الشركة ، فإن صفة المسيّر القانوني تنتقل إلى الشخص الذي يشرف على أعمال التصفية بمعنى المصفي ، و لا بد من الإشارة إلى أن المدير يحتفظ بصفة المسير القانوني حتى و إن لم يمارس فعليا السلطات الممنوحة له على أرض الواقع ، كما أن هذه الصفة لا تنتفي أيضا في حالة وجود علاقة مرؤوسية بين المسير و المساهم ، و مثال عن ذلك تعيين أجير في شركة ذات المسؤولية المحدودة كمسير لها.

و قد يكون المسيّر القانوني من ضمن الشركاء كحالة شركة التضامن أو حتى من الغير بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة ، في حين أن المسيّر في ظل شركة المساهمة التقليدية لابد أن يكون مساهما في الشركة و مالك لنسبة معينة من الأسهم التي اشترطها المشرع كضمان لتغطية الأضرار التي قد يتسبب فيها عند إدارته للشركة عكس شركة المساهمة الحديثة التي لم يشترط فيها أن يكون المسيّر مالكا للأسهم .

أما المسيّر الفعلي فهو الشخص الذي يقوم بمهام الإدارة و التسيّير دون سند قانوني بمعنى أنه يباشر سلطات فعلية مصدرها الواقع لذا سماه المشرع بالمدير بحكم الواقع في حين أن سلطات المسيّر القانوني مصدرها القانون لذلك سماه المشرع بالمدير بحكم القانون ، و لا تسند صفة المسيّر الفعلي إلا إذا قام الشخص بنشاط إيجابي يتعلق بأمور التسيّير أو الإدارة في الشركة و أن يكون ذلك بكل حرية و استقلالية و كما يشترط بعض الفقهاء أن تكون ممارسة أعمال التسيّير بصفة معتادة لا عرضية .

كذلك يختلف المسيّر الفعلي عن المسيّر القانوني من حيث تفويض السلطات و التفويض هو منح الغير " المفوض إليه" حق التصرف و اتخاذ القرارات في نطاق محدد بالقدر اللازم لانجاز مهام معينة ، فقد يعهد الرئيس الإداري ببعض اختصاصاته لبعض

معاونيه الذين يثق بهم و يفوضهم السلطات التي تمكنهم من التصرف لأداء هذه الاختصاصات بكفاءة و فاعلية[1].

يختلف تفويض الصلاحيات عن توزيع الأعمال داخل الشركة بحكم أن توزيع الأعمال يتم عادة ضمن التنظيم الداخلي للمؤسسة فتتحدد نشاطاتها و يعين الرئيس المباشر لها ، بينما التفويض يفترض تنازلا مؤقتا عن صلاحيات معينة تعود ممارستها أصلا لرئيس المؤسسة كمجلس الإدارة في شركة المساهمة أو الجمعية العامة غير العادية و هذا التفويض يكون دائما بصفة مؤقتة و لأسباب معينة . إذا ما زالت هذه الأسباب زال معها و تبقى ممارسة الصلاحيات خاضعة لإشراف و مراقبة المفوض إلا في حالات التعذر القانونية[2]. ولا يمكن للمسيّر أن يفوض إلا السلطات التي يتمتع بها قانوناً. و يكون تفويض السلطات صحيح إذا كان القانون الأساسي للشركة لا يحظر ذلك[3].

و على ذلك فإنه يجوز للمسيّر القانوني أن يفوض بعض أو جزء من صلاحياته إلى شخص آخر. فعلى سبيل المثال ، يجوز للمسير القانوني أن يمنح وكالة لشخص آخر لاستكمال الإجراءات الشكلية المتعلقة بدفع الضرائب المفروضة على الشركة. ويسمح له هذا التفويض بالإفلات من المسؤولية التي قد تنشأ عند الامتناع عن هذا الالتزام . ومن ناحية أخرى ، لا يعترف القانون للمسير الفعلي بهذا الإجراء لأن الشخص لا يمكنه أن يفوض إلا السلطات التي كانت تسند إليه بانتظام.

---

[1]– زكي محمد هاشم ، أساليب الإدارة ، دار السلاسل ، الكويت ، 2001 ، ص 281.

[2]– مصطفى العوجي ، المسؤولية الجنائية في المؤسسات الاقتصادية،الطبعة الأولى ، مؤسسة نوفل ، بيروت ،1982 ،ص 576 ص 577.

[3]– بمفهوم المخالفة ، يكون التفويض غير صحيح إذا كان القانون الأساسي يحظره صراحة ، و التفويض يتم أو يقع تحت مسؤولية الممثل القانوني، لكن المفوض إليه لا يحصل على سلطته من الممثل القانوني بل من الشركة نفسها .و هذا ما يفسر أن هذه الأخيرة تبقى ملتزمة بغض النظر عن الأحداث التي قد تطرأ على الشخص المفوض أو الموكل ، على سبيل المثال الاستقالة ، العزل ، الوفاة.

Vr .Rép. LEBAS, J. O. Déb. AN. 3 déc.1970, p. 6095.

و استنادا إلى هذه القاعدة ، لا يمكن للمسير الفعلي أن يفوض سلطته في الإدارة إلى شخص آخر لأنها لم تسند إليه قانونا ، و يتعين عليه أن يضمن بنفسه إتمام الإجراءات الشكلية المتعلقة بدفع الضرائب المفروضة على الشركة. ففي حالة وجد تفويض للسلطة فإنه لا يمكننا أن نقول بأن الشخص المفوض له يمارس نشاطه باعتباره مسيرا فعليا[1] و لا يمكنه بصفة عامة ، المطالبة بالحقوق التي يتمتع بها المسيّرين القانونيين حتى عندما يخضع لنفس القيود التي يخضع لها هؤلاء المسيرين و من بين هذه الحقوق الحصول على أجر مقابل الأعمال التي ينجزها و التعويض عند انتهاء المهام أو عزله بدون سبب قانوني أي أنّ المسير الفعلي لا يتقاضى أجرا مقابل الأعمال التي ينجزها حتى و إن كانت هذه الأخيرة تعود بالنفع و الفائدة على الشركة.

إنّ الوضعية القانونية للمسيّر الفعلي مماثلة لحالة التاجر الفعلي ، أي الشخص الذي يمارس نشاطاً تجارياً غير قار أو بشكل غير منتظم ، دون أن يكون مسجلاً في السجل التجاري. فالتاجر الفعلي الذي لا يخضع لالتزامات التجار لا يستطيع أن يطالب بالحقوق المقررة للتاجر القانوني كالاستفادة من الأصل التجاري لأنّ هذه الحقوق ترتبط بالصفة المكتسبة بانتظام. ولذلك فإنّ المسيّر الفعلي و التاجر بحكم الواقع يعانيان من القيود المتعلقة بالأنشطة التي يمارسونها دون الاستفادة من الامتيازات التي يعترف بها القانون لمن تسند إليهم هذه المهام بانتظام.

اعترفت جل التشريعات المقارنة بوجود المسيّر الفعلي و نصت عليه في العديد من أحكامها ، و إذ أسفر تدخله في إدارة الشركة عن نتائج سلبية فهو يتساوى مع المركز القانوني للمسيّر القانوني و في العقوبات الناتجة عن الإدارة الخاطئة التي أدت إلى الاضرار بمصلحة الشركة ، و يمكن ملاحقته قضائيا عن طريق مختلف الدعاوى .

[1] - Cass. com. 27 avr. 1981, *Bull. civ. IV*, n° 186, p. 148

و رغم الفروقات الواضحة بين المسيّر الفعلي و المسيّر القانوني ، إلا أن كلاهما يعتبران مسيّران للشركة ، و لهما نفس المركز القانوني ، و الدليل هو تساويهما عند قيام مسؤوليتهما عن الأخطاء في التسيّير التي ارتكبوها خصوصا عند توقف الشركة عن الدفع ، حيث لم يتوان المشرع عن تمديد إجراءات الإفلاس أو التسوية القضائية بحق المسيّر الفعلي و هذا ما جاء في نص المادة 224 من القانون التجاري الجزائري " في حالة التسوية القضائية لشخص المعنوي أو افلاسه ، يجوز إشهار ذلك شخصيا على كل مدير قانوني أو واقعي ظاهري أو باطني مأجور كان أم لا ".

كما أن هذا التساوي لا يكون فقط عند تأزم الشركة اقتصاديا بل حتى في حالات المسؤولية العادية ، فعندما تطرق القانون التجاري لأحكام المسؤولية المدنية بخصوص الشركة ذات المسؤولية المحدودة فلقد خص المسير الفعلي بالمادة 805 و ذكر من خلالها عبارة عامة تفيد على أن كل شخص قام مباشرة أو بواسطة شخص آخر بتسيير الشركة تحت ظل أو بدل مسيّرها القانوني تطبق عليه نفس أحكام المسؤولية الواقعة على عاتق المدير القانوني .كما أشار المشرع أيضا إلى المسيّر الفعلي في شركات المساهمة و اعتبره مسؤولا عن أي أضرار قد تصيب الشركة جراء تدخله.

الفرع الثاني : تمييز المسيّر الفعلي عن المتصرف المؤقت

لا شك في أن كل من المسيّر الفعلي و المدير المؤقت يمارسان سلطة التسيير و الإدارة في الشركة و لكنهما يختلفان عن بعضهما البعض من حيث كيفية و طريقة ممارسة هذه المهام في الشركة و يتعلق الأمر بالزمان و المكان الذي يتدخل فيه كل واحد منهما من أجل تأدية تلك المهام ، ما يؤدي إلى القول بأن القواعد التي تنظم المسيّر الفعلي في الشركات التجارية تختلف عن القواعد التي تنظم سلطات و صلاحيات المدير المؤقت.

فالمسيّر الفعلي يظهر في أي مرحلة تكون عليها الشركة على خلاف المدير المؤقت الذي يظهر فقط عندما تكون الشركة في حالة إفلاس أو عند التصفية يتم تعيينه وفق

إجراءات معينة عكس المسيّر الفعلي . كما أنّ المسير الفعلي يمارس صلاحيات التسيّير بصفة دائمة و معتادة أما المدير المؤقت فصلاحياته تكون بصفة مؤقتة أو عرضية و يطلق عليه بعض الفقهاء بـ " المسيّر العرضي" [1].

فليس المتصرف المؤقت سوى شخصا كلف بتسيير الشركة و إدارة أمورها بصفة وقتية في إنتظار التوصل إلى حل جذري لوضعية الشركة التي استوجبت حالتها تدخل شخص أجنبي لإدارتها عرضيا .و قد يكون تدخل المتصرف المؤقت ناتجا من أزمة اقتصادية أو سياسية تمر بها الشركة و تستدعي تعيين مدير مؤقت بحكم من القضاء من أجل تأمين استمرار الشركة ريثما تخرج من وضعيتها الاقتصادية أو المالية الصعبة أو حل النزاع الذي نشأ بين الشركاء و استحالت معه عملية التسيير من أحدهم بصفة طبيعية .و قد يتم أيضا تعيين مدير مؤقت لحل الشركة و تصفيتها.

و على هذا الأساس تتعدد الصور التي يقع فيها تعيين المسيّر المؤقت و ذلك وفق حالة الشركة فإذا تعرضت الشركة إلى صعوبات اقتصادية جعلها تخضع لنظام الإفلاس أو التسوية القضائية ، فإنه يمكن للمحكمة تطبيقا للمادة 787 الفقرة الثانية من القانون التجاري الجزائري [2] أن تعين إلى جانب المسير الأصلي متصرفا قضائيا يتولى مساعدة المسير المذكور في جميع أعمال التصرف أو في البعض منها أو إدارة المؤسسة كليا أو جزئيا بمساعدة المدين أو دونها .

ففي هذه الصورة التي يقع فيها استبعاد المسيّر جزئيا أو كليا ، يصبح المتصرف القضائي المسير القانوني للشركة في جميع شؤونها أو في الشؤون التي عهدت بها المحكمة

[1]– كمال العياري ، المسيّر في الشركات التجارية ،شركات الأشخاص و الشركات ذات المسؤولية المحدودة ،ج.1 ، مجمع الأطرش للكتاب المختص تونس ، 2010 ،ص 24 .

[2] – تنص ف02 من المادة 787 من ق.ت.ج على : "... تستدعى الجمعية سواء من طرف هيئة المراقبة إن كانت أو من طرف وكيل معين بقرار قضائي بناء على طلب كل من يهمه الأمر".

إليه . و يخضع المتصرف القضائي في هذه الحالة إلى جميع الأحكام المتعلقة بالتسيير و كل الالتزامات و الضوابط المحمولة على المسير الأصلي و إلا تعرض للمساءلة القانونية.

و فضلا عن الأحكام المتعلقة بالشركات ، يخضع المتصرف القضائي لأحكام الأمر رقم 96- 23 المؤرخ في 09 جويلية 1996 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي [1]و خاصة أحكام المادة و ما بعدها التي تضع جملة من الواجبات التي ينبغي احترامها و كذلك عدد من العقوبات الجزائية التي يمكن أن يتعرض لها المتصرف القضائي .[2]

قد تكون الشركة في حالة اقتصادية جيدة و لكنها تعرف صعوبات في التسيّير قد تؤدي إلى انتهائها .ففي بعض الأحيان ، قد ينشب خلاف بين الشركاء الذين يتنازعون حول مدة التسيّير و الإدارة كما قد يغيب المسيّرون لسبب من الأسباب كالمرض أو الوفاة بما لا يسمح للشركة بالسير و أخذ القرارات المناسبة لذلك .ففي هذه الحالات ، يمكن للمحكمة أن تعين متصرفا قضائيا على رأس الشركة لتسييرها و ادارتها ريثما تتضح الأمور و تعود إلى نصابها سواء بإنهاء النزاع بين الشركاء أو بتعيين مسيرين جدد على رأس الشركة أو غير ذلك من الحلول [3].

و ينبغي الإشارة في هذا الصدد إلى أن الصعوبات في التسيير لا تعني آليا تعيين متصرف قضائي على رأس الشركة بل يجب أن تكون الصعوبات عديمة الحلول بصفة آنية بما يجعل الشركة مهددة بالانهيار لو تواصلت على حالها. و مثال عن ذلك ،يمكن لمجلس الإدارة في شركة المساهمة أن يتعطل عن العمل بسبب فرار أو سجن الرئيس المدير العام و بعض أعضائه بما يجعله غير قادر على أداء مهامه و اتخاذ القرارات المناسبة للشركة .ففي

[1]- الأمر رقم 96 - 23 المؤرخ في 09 جويلية 1996 ، المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي ، ج ر العدد 43 المؤرخة في 10 جويلية 1996.

[2]- كمال العياري، المسيّر في الشركات التجارية ،شركات الأشخاص و الشركات ذات المسؤولية المحدودة ،ج.1 ، المرجع السابق ،ص 25.

[3]- كمال العياري ، المسيّر في الشركات التجارية ،شركات الأشخاص و الشركات ذات المسؤولية المحدودة ،ج.1 ،المرجع السابق ،ص 27.

هذه الحالة يمكن دعوة الجمعية العامة للانعقاد بواسطة مندوب الحسابات أو وكيل تعينه المحكمة على أن تقوم الجمعية العامة بتعيين أعضاء جدد في مجلس الإدارة الذين يتولون بدورهم تعيين رئيس مدير عام لتسيير الشركة .[1]

أما الصورة الثانية فتتجلى في تصفية الشركة و هذه العملية تتم بواسطة مصف يقع تعيينه من الشركاء أنفسهم أو بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة بطلب من كل من يهمه الأمر[2] ، أما إذا كان حل الشركة عن طريق القضاء ، فإن المحكمة هي التي تعيّن المصفي أو المصفين لمباشرة أعمال التصفية القضائية . و في كلا الحالتين يصبح المصفي كما اقتضت المادة 788 من القانون التجاري الجزائري هو الممثل القانوني للشركة الواقع حلها و له بصفته تلك سلطة موسعة لبيع الأصول و تسديد الديون و تمثيلها لدى المحاكم و توزيع ما بقي بين الشركاء و تزول بالتالي صفة تمثيلها عن مسيّريها الأصليين و تؤول الى المصفي اعتبارا من تاريخ توليه لمهامه.

و على هذا الأساس فإن المصفي يصبح هو المتصرف المؤقت و القانوني للشركة و يعد مسؤولا تجاه الشركة و تجاه الغير عن أخطائه المرتكبة أثناء مباشرته لمهامه وفق أحكام المادة 776 من القانون التجاري الجزائري.

الفرع الثالث : تمييز المسيّر الفعلي عن المدير المفوض

يشترك كل من المسيّر الفعلي و المدير المفوض في نقطة واحدة و هي ممارسة مهام التسيير في الشركة ، و لكنهما يختلفان عن بعضهما من حيث كيفية و طريقة ممارسة هذه المهام في الشركة. فالمسيّر الفعلي يباشر نفس السلطات و الصلاحيات المخولة قانونا

[1]– تنص المادة 792 من ق.ت.ج على : " في حالة استمرار استغلال الشركة ، يتعين على المصفي استدعاء جمعية الشركاء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 789 ، و إلا جاز لكل من يهمه الأمر أن يطلب الاستدعاء سواء بواسطة مندوبي الحسابات أو هيئة المراقبة أو من وكيل معين بقرار قضائي ".

[2]– تنص ف 01 من المادة 783 من ق.ت.ج على : " إذا لم يتمكن الشركاء من تعيين مصف فإن تعيينه يقع بأمر من رئيس المحكمة بعد فصله في العريضة."

للمسيّر القانوني في غياب هذه الصفة على خلاف المدير المفوض فهذا الأخير يمارس صلاحيات معينة يحدّدها له المسيّر القانوني ، و هذا التفويض يتم وفق شروط و إجراءات معينة يتعين على المدير المفوض أن يلتزم بها دون أن يتجاوز حدود التفويض باعتبار أنه يمنع على المسيّر القانوني أن يفوض كامل صلاحياته .

و تجب الإشارة إلى إنّ المسيّر الفعلي يختلف عن المدير المفوض من حيث نطاق هذه الصلاحيات حيث يمارس المسير الفعلي صلاحيات واسعة في تمثيل الشخص المعنوي و هو يتمتع بسلطة اتخاذ القرار في الشركة إذ أنه يضطلع بجميع مهام التسيير في الشركة سواء كانت تتعلق بأعمال داخلية أو خارجية كما أن نشاطه يتميز بالديمومة ، بينما تكون سلطة المدير المفوض محدودة و تنحصر في ممارسة أعمال التسيير الداخلية للشركة كما أن نشاطه يكون مؤقت و غير دائم على خلاف المسيّر الفعلي.

و قد استعمل المشرع الجزائري مسميات عديدة للدلالة على المدير المفوض ، ففي شركات المساهمة سماه " المدير العام المفوض" و في القواعد العامة سماه " الشريك المفوض" ، كما أنه حدد في حالات معينة مجال و نطاق هذا التفويض نذكر على سبيل المثال ما جاء في سياق المادة 624 من القانون التجاري الجزائري التي تجيز لرئيس مجلس الإدارة أو المدير العام تفويض جزء من السلطات المسندة إليه في مجال إعطاء الضمانات الكفالات الضمانات الاحتياطية "[1]، كذلك حدد المشرع العراقي صراحة المهام و الصلاحيات التي يضطلع بها المدير المفوض في شركات المساهمة في المادة 123 من القانون رقم 21

[1]– حيث جاء في ف 06 من المادة 624 من ق.ت.ج ما يلي : " يجوز لرئيس مجلس الإدارة أو المدير العام أن يفوض تحت مسؤوليته جزء من السلطات المسندة له..."

لسنة 1997 المعدل و المتمم [1]و أوردها على سبيل الحصر على خلاف التشريعات المقارنة الأخرى كالتشريع الجزائري.

و يبدو أنّ الحكمة من إيجاد نظام المدير المفوض هو تيسير مهام التسيّير في الشركة و تخفيف العبء على الأجهزة المختصة قانونا بممارسة كامل الصلاحيات و السلطات داخل الشركة أما الغاية من إيجاد نظام المسيّر الفعلي فتكمن في توقيع العقاب على الشخص الذي يتدخل في التسيّير و يسبب ضرر للشركة و الشركاء و الغير و حماية المراكز القانونية التي تنشأ في ظل الممارسة الفعلية للسلطات في الشركة.

و من حيث المسؤولية فإنّ المسيّر الفعلي يسأل مدنيا أو جزائيا عن الأخطاء التي يرتكبها في حق الشركة أو الشركاء أو الغير و هو يخضع لنفس قواعد المسؤولية التي يخضع لها المسيّر القانوني أما المدير المفوض فمسؤوليته تكون في إطار التفويض و هو يسأل مدنيا أو جزائيا في حالة تجاوزه لحدود التفويض و يسأل بطريقة غير مباشرة عن الأضرار التي يسببها للشركة و الشركاء إلى جانب المسيّر القانوني.

و بالتالي ينبغي عدم الخلط بين مفهوم المسيّر الفعلي و مفهوم المدير المفوض في الشركات التجارية باعتبار أن كل مفهوم يتميز بنظام خاص به و مستقل عن الآخر ينفرد المشرع بوضع أحكامه صراحة ضمن قواعد القانون التجاري. و من ثم يمكن القول أن الوضعية القانونية للمدير المفوض تختلف عن وضعية المسيّر الفعلي في الشركات التجارية.

[1]– تنص الفقرة الأولى من المادة 123 من قانون الشركات رقم 21 لسنة 1997 المعدل بالقانون رقم 64 لسنة 2004 على : " يتولى المدير المفوض جميع الأعمال اللازمة لإدارة الشركة و تسيير نشاطها ضمن الاختصاصات و الصلاحيات المحددة له من الجهة التي عينته و وفق توجيهاتها ".

الفصل الثاني : شروط تطبيق نظام المسيّر الفعلي في الشركات التجارية

بما أن الإدارة القانونية ناتجة عن منح سلطات التسيير بانتظام للشخص ، فإنّ الإدارة الفعلية تعني قيام شخص ما بممارسة هذه السلطات في غياب هذا الانتظام. و لذلك ، فإنها ليست إدارة نظرية أو مجردة ، بل هي إدارة فعلية. وهكذا فإن صفة المسير الفعلي مستمدة من تقييم ملموس لممارسة شخص ما لمهام تقع عادة ضمن اختصاص شخص آخر يكون مسيرا قانونيا. و لذلك، فإن المسيّر الفعلي يجب أن يكون مديرا فعالا .

و لكن ليس كل تدخل من قبل شخص ما في مهام المسير القانوني في شركة ما يشكل عملا من أعمال الإدارة الفعلية لتلك الشركة.إذا فما هي المعايير و الأسس التي يعتمدها القاضي للتأكد من أنّ التدخل في إدارة شركة ما يشكل نشاطا إداريا فعليا و من ثم إسناد صفة المسير الفعلي إلى الشخص المتدخل في التسيير؟ هل هذه المعايير هي نفسها عندما تكون الشركة في حالة يسر و عندما تكون في حالة افلاس أو على العكس من ذلك ، هل هذه المعايير تختلف تبعا للحالة التي تكون عليها الشركة في الوقت الذي يتم فيه هذا التدخل؟

إنّ مسألة تكيّيف التسيّير الفعلي مسألة مهمة لأنه إذا كانت معايير الإدارة الفعلية هي نفسها عندما تكون الشركة المسيرة فعليا في حالة عادية وعندما تكون في حالة افلاس ، فهذا يعني أن مفهوم المسير الفعلي له معنى واحد. ومن جهة أخرى ، إذا اختلفت هذه المعايير أو إذا كان تقييمها مختلفا تبعا لحالة الشركة ، فينبغي الاعتراف بأن تباين معايير تكييف الإدارة الفعلية يؤدي إلى تعدد المفاهيم حول مفهوم المسيّر الفعلي. وفي هذه الحالة، يمكن تأكيد موقف الفقيه RIVES–LANGE[1]، الذي اعتبر مفهوم المسير الفعلي مفهوما متغيرا .

و هكذا، فإن مفهوم المسيّر الفعلي سيكون في حد ذاته مفهوما موحدا أو متغير ، بالنظر إلى ما إذا كانت معايير الإدارة الفعلية محددة أو متغيرة و عليه ، من الصعب جدا

[1] - J.-L. RIVES-LANGE, *op. cit.* p. 41.

التمسك بتعريف الإدارة الفعلية المتفق عليه بالإجماع في الفقه والقضاء[1] والمعايير التي يستند إليها القضاة في الاعتراف بهذه الطريقة في تسيير الشركة و إسناد صفة المسير الفعلي الى شخص ما. ووفقا لهذا التعريف ، تفترض الإدارة الفعلية "ممارسة نشاط إيجابي في تسيير أو إدارة الشركة بكل حرية و استقلالية كاملتين" من جانب شخص لم يتم تعيينه بانتظام كمسير قانوني. و لذلك فإن المسيّر الفعلي هو الشخص الذي لا يتمتع بصفة المسيّر القانوني ولكنه ينفذ سلطة معترف بها لهذا الأخير.**(المبحث الأول)** .

كما أنه يماثل المسيّر القانوني لكونه يتمتع بقدر كبير من الحرية في أداء المهام المتعلقة بإدارة الشركة. ولذلك فإنّ صفة المسيّر الفعلي تعني ضمنا قيام الشخص المعني بنشاط مستقل في إدارة الشركة . ومع ذلك ، فإن أي تدخل في إدارة الشركة يتم بشكل مستقل لا يشكل بالضرورة حالة من حالات الإدارة الفعلية للشركة. فلا يكفي استقلال الشخص في أداء مهام المسيّر لكي تسند إليه صفة المسيّر الفعلي لأن الاستقلال الذاتي ليس المعيار الوحيد للإدارة الفعلية. و تؤكد محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها أنّ الاعتراف بالتسيّير الفعلي هو مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية المطلقة لقضاة الموضوع[2]. ولذلك ، ما هو المعيار الآخر الذي يحتفظ به قضاة الموضوع من أجل إثبات الوجود الفعلي للمسيّر في الشركة ؟ و من أجل اثبات ذلك ، لا يرى القضاة أن شخصاً آخر غير المسير القانوني يمارس نشاط مستقل في تسيير الشركة فحسب ، بل أيضاً أن هذا النشاط له أهمية خاصة. و لذلك فإن إسناد صفة المسير الفعلي إلى صاحب هذا النشاط يتطلب من جانب القضاة تقييما لديمومة هذا التدخل **(المبحث الثاني)**.

---

[1] - Cass. com. 19 déc. 1995, *Bull. civ.* 1995, IV, n° 307, p. 281 ; Cass. com. 26 oct. 1999, *RJDA* 1999, n° 1213, p. 982 ; Cass. com. 23 nov. 1999, *RJDA*, 2000, n° 270, p. 227. Pour la doctrine : J.-L. RIVES-LANGE, *op. cit.* ; D. TRICOT, *op.cit.*, p. 24 *;* N. DEDESSUS-LE MOUSTIER, *La responsabilité du dirigeant de fait, Rev. sociétés* 1997, p. 499.

[2] – تطبيقات قضائية حول السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تكييف أعمال التسيير الفعلي:

Cass. com. 28 mai 1962, *Bull. civ*. III, n° 279, p. 230 : *« La qualification de gérant de fait relève de l'appréciation souveraine des juges du fond »* ; Cass. com. 15 juill. 1987, *Bull. civ.* 1987, IV, n° 186, p. 137 **;**Cass. com. 22 janv. 2003, pourvoi n° 02-82. 969, inédit, Voir aussi, Cass. crim. 8 nov. 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 280, p. 1015.

المبحث الأول : النشاط الإيجابي في تسيّير الشركة

تفترض الإدارة الفعلية أن يقوم الشخص المتدخل في التسيير بنشاط إيجابي يتعلق بتسيير أو إدارة الشركة و عليه لا يعد مسيّرا فعليا إلا من صدر منه أفعال إيجابية لغرض تسيير الشركة التجارية ، و هو المعيار المادي الذي يعتمد عليه القضاء في تكييف التسيير الفعلي أكثر منه بالنسبة للتسيّير القانوني لأن اتخاذ شخص موقف سلبي أي عدم قيامه بأي فعل إيجابي في الإدارة ، أو حتى من أجل تنفيذ أعمال تجارية أو مالية أو التصرف في أموال الشركة كأنها أمواله الخاصة لا يعتبر معه مسيرا فعليا.و بالتالي يمكن القول أنّ صفة المسيّر الفعلي تتحدد بالنظر إلى طبيعة الأعمال و التصرفات التي يقوم بها ذلك الشخص في الشركة .

يتعلق النشاط الإيجابي في التسيّير بممارسة الصلاحيات و السلطات المخولة قانونا للمسير القانوني و بالتالي يحل المسيّر الفعلي محل هذا الأخير في ممارسة السلطات المتعلقة بالتسيير و الإدارة في الشركة ، و تشمل أعمال الادارة الفعلية كل من أعمال الادارة الداخلية و الخارجية للشركة و هي تعبر عن جميع السلطات الادارية ذات الصلة بمصلحة الشركة **(المطلب الأول)**.

إن السلطات التي يمارسها المسيّر الفعلي هي بطبيعتها غير منتظمة لأنّ الشركة هي مؤسسة و جميع الأشخاص الذين يتدخلون في إدارتها يقومون بنشاط غير قانوني و بالتالي فإنّ عدم انتظام هذه السلطة يستخلص من عدم مشروعية التدخل . و غالبا ما يكون هذا التدخل صادر من أعضاء الشركة كالشريك ، مندوب الحسابات ، عضو مجلس المراقبة كما قد يكون التدخل صادر من الغير المتعاملين مع الشركة كما هو الحال في إطار عقود التوزيع التجاري و التعامل مع البنك **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول : ممارسة السلطات المخولة للمسيّر القانوني

بما أنّ الشركة التجارية ـ باعتبارها شخص معنوي ـ لا يمكنها التعبير عن إرادتها إلا بواسطة شخص طبيعي يمثلها أمام الغير و يكلف قانونا بإجراء مختلف التصرفات باسمها و لحسابها، فقد عهد بهذه المهمة لشخص يدعى المسيّر(dirigeant) في الشركة. و تنسب صفة المسيّر إلى أشخاص معينين تختلف تسميتهم حسب شكل الشركة المعنية : مدير أو مسير أو مدير العام أو رئيس مجلس الإدارة . يدعى هؤلاء "المسيّرين القانونيين (dirigeant de droit)" لأن تعيّينهم يكون وفقاً للقواعد المطبقة على كل نوع من الشركة ، و بحكم هذا التعيين المنتظم يقومون بتسيّير أعمال الشركة . و لكن عندما يتم القيام بهذه المهمة من قبل أشخاص ليس لديهم صفة المسير القانوني ، فإنه يطلق عليهم تسمية " المسيّرين الفعليين." (dirigeant de fait) .

و بالتالي، فإنّ صفة المسيّر الفعلي تسند إلى الشخص الذي يمارس السلطات التي يسندها عادة المشرع و القانون الأساسي للشركة إلى المسير القانوني. و لذلك ، يطرح سؤالان في هذا الخصوص. من جهة ، ما هي هذه السلطات ؟ أو بالأحرى ما هي السلطات التي يتمتع بها المسيّر القانوني، و التي يمكن الاعتراف بها عندما يمارسها شخص آخر تسند إليه صفة المسيّر الفعلي لشركة ما ؟ و من جهة أخرى، ما هي حدود هذه السلطات ؟

إنّ السلطات الممنوحة للمسيّر القانوني عن طريق القانون هي مجموعة من الصلاحيات التي تسمح للشخص بإدارة أعمال الشركة ، و هي تشير وظيفيا إلى جميع الأنشطة التي تشكل وظائف " الإدارة "[1]. و المسيّر الفعلي هو الشخص الذي يمارس هذه السلطات عندما لا يكون قد كلف بها بانتظام. وهو يمارس الصلاحيات و يؤدي المهام التي يعترف بها القانون الوضعي إلى المسيّرين الشرعيين.

[1] – يمكن تعريف " الإدارة " على أنها مجموعة من الأنشطة التي تضمن إدارة الأعمال التجارية للشخص سواء تعلق الأمر بشخص طبيعي أو شخص معنوي ، و هذا من خلال الاستخدام الأمثل للموارد المتاحة ، بالوسائل المعقولة ، و التقنيات و الأساليب المتطورة.

وبوجه عام ، يتمتع المسير الفعلي " بسلطة التسيّير"، أي القدرة العامة على إدارة شؤون الشركة التي يتدخل فيها. و لذلك ، لا بد من توضيح أمرين في هذا السياق. الأمر الأول يتعلق بتحديد مضمون هذه السلطات التي يمارسها المسيّر الفعلي و الأمر الثاني يتعلق بالغرض من ممارسة هذه السلطات.

الفرع الأول : مضمون سلطات التسيّير في الشركة

سلطة تسّيير الشركة هي القدرة العامة على إدارة شؤون تلك الشركة و هي تشير إلى مجموعة من الصلاحيات التي يعترف بها القانون لشخص أو جهاز (عضو) في سبيل التعبير عن إرادة الشخص المعنوي ، تختلف شروط ممارسة هذه السلطات أو الاختصاصات حسب طبيعة الشركة المعنية.[1] ممارسة هذه السلطات قد تكون إما بصفة فردية أو جماعية

و لكن مهما يكن شكل الشركة أو الطابع الفردي أو الجماعي لهيئات التسيير فإن مضمون هذه السلطات يتم تحديده من طرف المشرع[2] سواء في القانون المدني[3] أو في القانون التجاري[4] ، تحدد هذه القوانين الصلاحيات و السلطات القانونية الممنوحة للمسيّر الاجتماعي في مختلف الشركات، و تمارس هذه الصلاحيات في إطار إدارة أعمال الشركة

[1]– يتم تحديد شروط ممارسة سلطات التسيّير بكل حرية من قبل الشركاء في الشركة و لاسيما في الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي كما هو الحال في شركات التضامن ، في حين أنها تخضع لرقابة صارمة من قبل المشرع في الشركات الأخرى مثل شركة المساهمة باعتبار أن هذه الأخيرة تقوم على الاعتبار المالي و جل القواعد المنظمة لها هي من النظام العام .

[2]– هنا تجب الإشارة إلى التمييز بين السلطة القانونية لمسيري الشركة باعتبارها مؤسسة و السلطة التعاقدية ، الأولى تتضمن الأعمال التي تتم مع الغير و التي تلزم دائما الشركة ، في حين أن الثانية تعني ضمنيا أن الأعمال التي تتم مع الغير لا تلزم الشركة إلا إذا كانت تدخل في موضوع الشركة. يتم توسيع السلطات القانونية بموجب القانون في حين أن السلطات التعاقدية تكون محددة بالغرض المتفق عليه في عقد الشركة ، و من ثم فإن تحول العقد إلى مؤسسة يؤدي كذلك إلى ترتيب آثار على المركز القانوني للأشخاص الذين يتدخلون لحساب الشركة.

[3]– أنظر مثلا المادة 427 من القانون المدني الجزائري التي تحدد صلاحيات الشريك المنتدب للإدارة بنص خاص في عقد الشركة.

[4]– أنظر على سبيل المثال ، المواد : 638 من القانون التجاري الجزائري التي تحدد صلاحيات رئيس مجلس إدارة شركة المساهمة في النظام التقليدي و 648 من نفس القانون التي تحدد صلاحيات رئيس مجلس المديرين في النظام الحديث لتسيير شركة المساهمة.

داخل و خارج هذه الأخيرة. لذلك فإنّ صفة المسيّر الفعلي تميز الشخص الذي يمارس سلطات التسيير الداخلية و الخارجية في الشركة التجارية.

البند الأول : التسيّير الداخلي للشركة

يشير التسيّير الداخلي إلى جميع الصلاحيات التي يقوم بها شخص ما في إدارة الشؤون و الأعمال الداخلية للشركة ، هذه الأعمال لا تجعل الشركة مع علاقات بأشخاص خارج عنها و من أجل تقدير هذه الأعمال بشكل أفضل ينبغي التمييز بين أعمال التسيّير الداخلية و الأعمال الداخلية الأخرى التي تساهم أيضا في حسن سير الشركة و كذا معرفة تأثير ممارستها على إسناد صفة المسيّر الفعلي في الشركة التجارية.

أولا : التمييز بين الإدارة الداخلية و السلطات الداخلية الأخرى في الشركة

الشخص الذي يمارس الإدارة الداخلية للشركة يمارس سلطة عامة لاتخاذ القرار لتنظيم الأداء القانوني و الاقتصادي لتلك الشركة . ففي المسائل القانونية ، يقوم المدير بأعمال تتعلق بوظائف السلطة مثل توظيف العمال في الشركة ، وتحديد أجورهم و مكافآتهم ، و ممارسة الرقابة عليهم ، و تسريحهم عند الاقتضاء[1]، كما يقوم أيضا بالأعمال المتعلقة بإدارة الذمة المالية للشركة[2].

كذلك يكون المسيّر مسؤول عن الأداء الاقتصادي للشركة ، أي إدارة الشركة و في سبيل ذلك ، فإنه يعمل على تحديد الاستراتيجيات التي ينبغي أن تمكّنه من تحقيق النشاط الاقتصادي للشركة و تحسين أدائها ، حيث أنه يحدد ساعات و مواقيت العمل و قواعد ممارسة النشاط التجاري في الشركة ويقرر كيفية استخدام موارد الشركة.

[1] – هاني دويدار القانون التجاري البناني، الشركات التجارية،الجزء الثاني، دار النهضة العربية للطباعة و النشر بيروت، 1990 ص 481.

[2] – تهدف هذه الأعمال إلى الحفاظ على استقرار المركز المالي للشركة أي تعزيز الذمة المالية للشخص المعنوي.

تختلف سلطة التسيّير الداخلية عن سلطتين داخليتين أخرى في الشركة و هي تتمثل في : سلطة المراقبة و سلطة التنفيذ.

أ- الإدارة الداخلية و سلطة المراقبة

أحيانا قد تتداخل سلطات الإدارة مع سلطات الرقابة داخل الشركة ، حيث يجب أن تضمن أفعالهما المشتركة حسن سير الشركة ، و لكن هاتين السلطتين تختلفان من حيث مضمونها و أهدافهما و الأشخاص الذين يتعين عليهم ممارستها ، و على ذلك سنسعى من خلال الدراسات الفقهية و القضائية إلى توضيح الحدود الفاصلة بين المراقبة و التسيّير و إثبات أنّ سلطة المراقبة يمكن أن تتحول في بعض الأحيان إلى تسيّير فعلي للشركة.

فمن جهة ، إنّ تسيّير الشركة ما هو إلا ممارسة لسلطة اتخاذ القرارات المهمة في الجوانب القانونية والاقتصادية والمالية والاجتماعية لهذا الشخص المعنوي. يتوافق التسيّير الداخلي مع الإدارة الداخلية للشركة ، بمعنى مع جميع الصلاحيات الواسعة التي يعترف بها المشرع و القانون الأساسي للشركة للشخص من أجل تمكينه من تنظيم ممارسة النشاط الإداري في الشركة ، في حين أنّ سلطة المراقبة ما هي إلا مجموعة من الصلاحيات التي يسندها القانون إلى شخص أو أكثر من أجل مراقبة أداء الشركة و إدارة شؤونها من قبل المسيّرين الاجتماعيّين. و تمارس سلطة المراقبة من قبل الشركاء ، بصفة فردية أو جماعية ، و من طرف مندوب الحسابات أو بواسطة أية هيئة أخرى ، سواء كانت مهنية أم لا ، منصوص عليها في النصوص الخاصة بالشركة[1] أو بموجب القانون الأساسي لها [1] في

[1]- مثلا لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها (COSOB) تقوم هذه اللجنة بوظيفة المراقبة و الرقابة و في هذا الاطار تتاكد اللجنة من ان الشركات المقبولة تداول قيمها المنقولة في بورصة القيم المنقولة تتقيد بالاحكام التشريعية و التنظيمية السارية عليها و هذا عملا بأحكام المادة 35 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 1993/05/23 المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل و المتمم بالأمر رقم 96-10 المؤرخ في 10 جانفي 1996 و بالقانون رقم 03-04 المؤرخ في 17 فيفري 2003 .ج.ر العدد 11 المؤرخة في فبراير 2003.

حين تمارس سلطة التسيّير من طرف المسيّرين الاجتماعيّين و في كل شركة ، يحدد كل من المشرع و الشركاء مختلف أجهزة المراقبة .[2]

و تكفل سلطة المراقبة انتظام أعمال و تصرفات المسيّرين و أعضاء مجلس الإدارة و احترام إرادة الشركاء. تمارس هذه الرقابة على جميع أعمال الإدارة في الشركة [3] و لكن أيضا تنطوي هذه الرقابة على الأعمال الأخرى مثل تعيين أو عزل المديرين الاجتماعيين . كما تشمل أيضا الوضعية الاقتصادية و المالية والإدارية و الأخلاقية للشركة ، بل أحيانا إن القانون يمنح سلطات أخرى لهيئات المراقبة. فعلى سبيل المثال تسمح المادة 715 مكرر 11 من القانون التجاري الجزائري[4] لمندوبي الحسابات بمهمة إخطار رئيس مجلس الإدارة أو مجلس المديرين إذا بلغوا ، بمناسبة قيامهم بمهامهم، عن وقائع تعرقل بطبيعتها استمرارية الاستغلال ، و هذه العملية التي يجريها مندوب الحسابات عبر عنها المشرع الفرنسي بعبارة " procédure d'alerte " و التي نص عليها وفقا للمادتان 1-234 و 2-234 من القانون التجاري الفرنسي.

---

[1]- مثلا في شركة المساهمة نجد أن هناك تنوع في الرقابة بنظر لاختلاف طرقها و تعدد الجهة الممارسة لها ، إذ يمكن تصنيف نظام الرقابة فيها إلى : رقابة خارجية تمارس من قبل أشخاص أجانب عن الشركة يتمثلون في لجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة و مجلس المحاسبة ، بالإضافة إلى القضاء و رقابة داخلية يجريها أشخاص مرتبطين بالشركة إذ تمارس من قبل المساهمين سواء عن طريق ممارسة حق الاعلام أو داخل هيئة الجمعية العامة العادية و لا تقتصر مراقبة التسيير في شركة المساهمة على هذه الأجهزة فقط ، و إنما تمتد كذلك إلى مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة.بخصوص الرقابة الداخلية لشركة المساهمة راجع بدي فاطمة الزهراء الرقابة الداخلية في شركة المساهمة ، أطروحة دكتوراه في قانون الأعمال جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2016-2017.

[2]- بعض أجهزة المراقبة يتم تعيينهم بشكل إلزامي كما هو الحال بالنسبة لمندوب الحسابات في شركة المساهمة و الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

[3]- تمارس سلطة المراقبة في الشركة من جهة ، مسبقا أي قبل القيام بالعمل أو قبل أن ينتج هذا العمل آثاره القانونية. و هي تتمثل في وضع مبادئ توجيهية عامة للمسيّرين من أجل تسيّير الشركة. ومن جهة أخرى، يمكن كذلك أن تتدخل الرقابة لاحقا و في هذه الحالة تمارس بعد القيام بالنشاط المتعلق الإدارة.

[4]- حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 715 مكرر 11 من ق.ت.ج على : " يجوز لمندوب الحسابات أن يطلب توضيحات من مجلس الإدارة أو مجلس المديرين الذي يتعين عليه أن يرد على كل الوقائع التي من شأنها أن تعرقل استمرار الاستغلال و التي اكتشفها أثناء ممارسة مهامه."

فضلا عن ذلك ، قد تؤدي ممارسة الرقابة إلى فرض عقوبات على المسيرين[1]. و هذا الأمر يؤكد فعلا على مبدأ فصل و استقلالية سلطة المراقبة عن سلطة الإدارة. و لكن الخط الفاصل بين المراقبة و التسيّير الداخلي للشركة ليس دقيقا فمن الصعب التمييز بين السلطتين عندما يكون لهيئة المراقبة كمجلس المراقبة مثلا صلاحيات قانونية أو نظامية تقتصر على مجال نشاط المسيّرين الاجتماعيين. ففي هذه الحالة كيف يمكننا إذن رسم الخط الفاصل بين المراقبة و إدارة الشركة ؟

من المستقر عليه فقها و قضاءا أنه من غير الممكن المساواة بين المسيّرين الاجتماعيين ، و الأشخاص الذين يمارسون بصرامة سلطتهم القانونية بالمراقبة على شركة ما ، حتى لو كان تنفيذ تلك السلطة يكشف عن تأثير جهاز المراقبة على تسيّير الشركة. في المسائل الضريبية صدر قرار عن محكمة النقض بتاريخ 18 أبريل 1989 [2] ، يحدّد الطبيعة القانونية لمهام أعضاء مجلس المراقبة في شركة المساهمة. و وفقاً لهذا القرار، فإنّ " التأثير الذي قد يمارسه أعضاء مجلس المراقبة على قرارات الجمعية العامة هو فقط ممارسة لسلطة المساهم و ليس مهام المديرية ، التسيير أو الإدارة..." .

لذلك ، فإنّ مجلس المراقبة هو هيئة رقابية يكمن دورها في المراقبة فقط دون التسيّير و أعضائه ليسوا ، من حيث الأصل ، مسيريّن بحكم القانون أو بحكم الواقع ، حتى لو كانت السلطات المسندة إليهم تقتصر على سلطات المسيّرين ، و بالتالي، لا يمكن اعتبار أعضاء مجلس المراقبة مسيّرين فعليين إلا إذا ثبت أنهم قد قاموا بممارسة اعمال إيجابية في التسيّير أو الإدارة خارج نطاق مهمتهم الأساسية [3].

[1]– أجاز المشرع الجزائري للجمعية العامة في شركة المساهمة سلطة عزل أعضاء مجلس المديرين أو أعضاء مجلس الإدارة و هذا وفقا للمادتين 613 و 645 من ق.ت.ج ، إضافة إلى ذلك أجاز المشرع الفرنسي لمجلس المراقبة القيام بذلك ، إذا كان القانون الأساسي ينص على ذلك.

[2] - Cass. com. 18 avr. 1989, *Bull. Joly Sociétés*, 1989, p. 568, § 210, note en chronique P. LE CANNU, *La nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme, Bull. Joly* 1989, p. 479, § 174.

[3] - Cass.com.,07oct. 2014,n°13-18.871,JCPE 2014,1025, note Y.Paclot.

إنّ هذا الحل يتأسّس على مبدأ توزيع الصلاحيات و الفصل بين السلطات في شركة المساهمة ذات مجلس المديرين و مجلس المراقبة . و وفقا للمادة 654 من القانون التجاري الجزائري المقابلة للمادة 225-68 من القانون التجاري الفرنسي ، يتولى مجلس المراقبة الرقابة الدائمة على تسيّير هذا النوع من الشركات و لا يمكن مساواة وظيفته بوظيفة الإدارة أو التسيّير حتى عندما يمنح القانون الأساسي لأعضائه سلطات خاصة لاتخاذ القرار و التي تسمح لهم بالتأثير على قرارات معينة في الجمعية العامة.

وفي هذه الشركة و في الشركات التي يوجد فيها مجلس المراقبة ، يتم الفصل بين سلطة المراقبة و سلطة التسيّير ، بين أعضاء مجلس المراقبة و المسيّرين الاجتماعيين. و حسب الفقيه LE CANNU ، فإنّ الفصل بين مهام المراقبة و مهام التسيّير يؤدي الى عدم إمكانية اعتبار أعضاء مجلس المراقبة كمسيّرين قانونيين[1].

ويمتد منطق التمييز بين هذه السلطات ليشمل نظام المسؤولية ، فعلى سبيل المثال المادة 715 مكرر 29 من القانون التجاري الجزائري المقابلة للمادة 257-225 من القانون التجاري الفرنسي. ووفقاً لهاتين المادين" لا يتحمل أعضاء مجلس المراقبة المسؤولية عن أعمال الإدارة و نتائجها ". وهذا يعني أنهم ليسوا مسيّرين قانونيين[2]. و نفس الشيء ينطبق على هيئات المراقبة الأخرى مثل الجمعية العامة للشركاء أو المساهمين.

و بالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال ، النظر إلى أعضاء هذه الهيئات الرقابية كمسيّرين اجتماعيين لأنّ دورهم يقتصر على مراقبة أجهزة التسيّير فقط. كما تختلف الإدارة الداخلية للشركة عن سلطة أخرى غير سلطة المراقبة و هي سلطة التنفيذ.

ب- الإدارة الداخلية و سلطة التنفيذ

[1] - Le Pr. F.-X. LUCAS ajoute : « *Si le législateur a imposé une séparation organique entre la direction et le contrôle de la société, c'est bien qu'il faut réserver à l'organe de direction le titre de dirigeant de droit* ». note sous Cass. com. 12 juill. 2005, *Rev. sociétés* 2006, n° 1, p. 162.

[2] - J.-F. MARTIN, *Les membres du conseil de surveillance sont-ils des dirigeants sociaux au sens de la loi du 25 janvier 1985 ? Gaz. Pal.* 1991, 1, doctr. 24.

بما أن التسييّر الداخلي يستلزم وجود سلطة عامة لاتخاذ القرار، فإن التنفيذ هو أداء مهام كانت محددة مسبقا من قبل شخص آخر. و التنفيذ يعني أن الشخص الذي يتولى مهمة تنفيذ القرار يكون في علاقة تبعية مع شخص آخر يعطيه الأوامر. وهذا هو الحال عندما يكون شخص، على سبيل المثال العامل الأجير في الشركة ، يمارس مهامه تحت سلطة و اشراف المسيّر الاجتماعي الذي يعطيه التوجيهات و التعليمات و يراقب تنفيذها.

و يقصد بالتنفيذ ممارسة الوظائف المحددة في مجال معين من عمليات الاستغلال دون استقلالية في العمل ، بينما تنطوي الإدارة الداخلية على سلطة اتخاذ القرارات بشأن جميع الجوانب المتعلقة بالإدارة الداخلية للشركة. سلطة المنفذ هي سلطة تقنية ، محدودة و مخصّصة بجانب معين من الاستغلال و تتمثل في تطبيق قرارات المسيّرين الاجتماعيين في مجال معيّن.

و بالنسبة للقضاء، فإنّ الإدارة و التنفيذ يختلفان عن بعضهما البعض[1]. فالشخص المنفذ يطبق الأوامر الصادرة إليه من شخص آخر وهو لا يمارس سلطة اتخاذ القرار، وبالتالي لا يمكن اعتباره مسيرا فعلياً [2] . و هذا ما أكدت عليه محكمة النقض من خلال تأييدها لقرار محكمة الاستئناف الذي جاء في مضمونه " أنّ قيام المدير الفني بتوظيف العمال و منح خصومات لبعض العملاء لا يمكن أن يشكل معياراً حاسماً في التسيّير الفعلي للشركة "[3] لأنّ ذلك المدير لم يكن يتمتع بالاستقلالية التي يتمتع بها المسيّر الاجتماعي، عند قيامه بتلك الأفعال،[4].

و بالمثل، اعتبرت محكمة الاستئناف في باريس أنّ المدير الإداري الذي سحب شيكات لحساب الشركة و وقّع على شهادات العمل لم ينفذ سوى تعليمات المسيّر القانوني[5]. و بوجه

[1] - Cass. soc. 11 oct. 1961, *Bull. civ.* IV, p. 670 ; Cass. com. 28 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 256, p. 201

[2] - MARIA PAPANTION, *L'immixtion en droit des sociétés*, Bruylant, France 1998 ,p. 270.

[3] - Cass. com. 19 mars 1996, n° 93-16. 527, Sérigraphie industrie c/ Boyeldien

[4] – لمزيد من التفصيل أكثر، أنظر ص 137 من هذا البحث.

[5] - C. A. Paris, 25 sept. 1997, *RJDA* 1998, n° 54, p. 34.

عام ، ترفض المحاكم إسناد صفة المسيّر الفعلي إلى الأشخاص الذين يقومون بأعمال التنفيذ البسيطة لأنهم لم يمارسوا سلطة التسيّير في الشركة.

و في الشركة ، يكون التنفيذ من عمل المديرين التنفيذيين ، التقنيّين وغيرهم من المتعاقدين الذين يساهمون في السّير العادي لهذا الشخص المعنوي. هؤلاء الأشخاص ينفذون القرارات التي يتخذها المسيّرين الاجتماعين و هم لا يتمتعون بصفة المسيّر الاجتماعي لأن أدائهم لواجباتهم لا يشكل ممارسة لسلطة الإدارة.

و بالتالي ، فإنّ العامل الأجير الذي ينفذ أوامر المسيّر الاجتماعي أو بسبب كفاءته يتعامل مباشرة مع الغير في حدود دوره التقني ، لا يمارس وظائف إدارية أو تتعلق بالتسيّير في الشركة و لا يمكن اعتباره مسيّرا فعليا. ولكن من الناحية العملية ، يكون من الصعب في بعض الأحيان فصل سلطة التنفيذ عن سلطة صنع القرار لأن هاتين السلطتين مرتبطة ببعضها في الإدارة فإدارة الشركة تشمل وظائف التنفيذ.

و حسب الفقيه الفرنسي MARTEAU–PETIT ليست هناك حاجة إلى معارضة سلطة اتخاذ القرار لسلطة الإنفاذ لأنّ " التعارض بين القرار و التنفيذ لا يعكس سوى مرحلتين من مراحل تطور نفس التصرف القانوني الذي يقوم به الشخص المعنوي ،و الذي قد يتطلب تنفيذه مشاركة العديد من المتدخلين"[1].

وهذا الموقف له ما يبرره لأنه في الشركة ، يمكن لنفس الأشخاص ، من جهة ، أن يمارسوا سلطة اتخاذ القرار، و أن يكونوا، من جهة أخرى ، مسؤولين عن تنفيذ تلك القرارات. فعلى سبيل المثال ، في الشركات التي تسند فيها سلطة التسيّير إلى شخص أو عضو واحد، و في حالة تعدد المديرين ، يعمل كل واحد منهم على تطبيق التوجيهات و التعليمات التي حددوها من قبل بأنفسهم. و لكن عندما يدير الشركة عدة أجهزة على مستويات مختلفة من التسلسل الهرمي، فإن البعض ينفذ القرارات التي يتخذها آخرون.

[1] - M. MARTEAU-PETIT qui soutient *« l'inopportunité d'opposer le pouvoir de décision au pouvoir d'exécution ». La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés*, thèse Paris II, 1992, n° 167, p. 130

و بالتالي، في شركة المساهمة ذات مجلس إدارة ، يسهر المديرين العامين، و هم مسيّرين اجتماعيّين ، بتطبيق التوجيهات و التعليمات التي يحدّدها مجلس الإدارة . و لذلك فإنّ سلطة التسيّير لا تقتصر على تحديد التوجيهات المتعلقة بإدارة نشاط الشركة فحسب ، بل تشمل أيضا تنفيذ هذه التوجيهات. ومع ذلك، يتمتع المسيّر الاجتماعي بكامل الحرية في اختيار أعمال التنفيذ التي يتعين عليه القيام بها . وهذه الحرية تمنحه استقلالاً ذاتياً يميزه عن الشخص الذي يؤدي ببساطة مهام يحدّدها أشخاص آخرون يكونون خاضعين له .

و لكن القائم بالتنفيذ أو الشخص المسؤول عن مراقبة الشركة قد يتعدى على الوظائف الخاصة بالإدارة الداخلية. في هذه الحالة هل يمكن إسناد صفة المسيّر الفعلي إلى هذا الشخص؟

ثانيا : تأثير الإدارة الداخلية على صفة المسيّر الفعلي

إنّ ممارسة سلطات الإدارة الداخلية للشركة لا تؤدي – من حيث المبدأ– إلى إضفاء صفة المسيّر الفعلي على الشخص الذي يمارس هذه السلطة على الرغم من أن هذه الأخيرة لم تسند إليه بانتظام. لكن في بعض الحالات تبرّر الإدارة الداخلية للشركة إسناد صفة المسيّر الفعلي. و هذه النقطة تم توضيحها في العديد من الاجتهادات القضائية.

و عموماً ، لا تصف المحاكم في كثير من الأحيان الشخص الذي يمارس الإدارة الداخلية للشركة بطريقة غير صحيحة بأنّه مسيّر فعلي. وفي قضية فصلت فيها محكمة الاستئناف في باريس بتاريخ 5 فبراير 1999[1] ، قام وكيل التفليسة (syndic) في شركة ذات مسؤولية محدودة تخضع لإجراءات جماعية بسبب عدم تسديد الديون بتقديم طلب إلى قضاة الموضوع يقتضي إسناد صفة المسيّر الفعلي للمدير الإداري الذي كان يملك 50% من حصص الشركة ، على أساس أنّ الشخص المعني بالأمر قد شارك شخصيا في القرارات المتعلقة بتفويض السلطة و اختيار خبير محاسب و تدخل بصفة مباشرة في الإدارة

[1] - C.A. Paris, 3éme ch. 5 févr. 1999, *RTD com.* 2000, p. 373, note C. CHAMPAUD et D. DANET.

اليومية للشركة. وعلى الرغم من هذه العناصر التي تثبت ممارسة المدير التنفيذي للإدارة الداخلية للشركة ، إلا أنّ قضاة الموضوع لم يعترفوا بوجود المسيّر الفعلي على أساس أنّ الأعمال محل النزاع لا تثبت ممارسة سلطات التسيّير في الشركة.

و حسب ما جاء به هذا القرار ، لا تسند صفة المسيّر الفعلي إلى الأشخاص المعنيّين لأنه بالنسبة للقضاة الإدارة الداخلية للشركة لا تتوافق مع ممارسة سلطات التسيّير الداخلية. المحاكم التي تتبنى هذا الموقف تستعمل مفهوم " المسيّر الفعلي" لتكيّيف نشاط التسيّير الذي ينسب إلى الشخص الذي لم يتم تعيينه بصفة صحيحة و منتظمة لتسيّير الشركة.

و لكن في بعض الحالات ، تعترف المحاكم بصفة المسيّر الفعلي للشخص الذي يمارس الإدارة الداخلية للشركة دون أن يكون له الحق في ذلك. في القرار الصادر عن محكمة النقض في 20 ديسمبر 1988 تم تأييد الحكم المستأنف الذي أسند صفة المسيّر الفعلي إلى رئيس و أعضاء مجلس المراقبة في شركة المساهمة بحكم تدخلهم في أعمال التسيّير من خلال توجيه استراتيجية الشركة[1].

كذلك تنسب صفة المسيّر الفعلي إلى الشخص الذي اتخذ القرار بشأن مدى ملائمة الاستثمارات و تولى الرقابة على موارد الشركة و تقرير تخصيصها[2]. فهذه الوظائف تدخل بطبيعتها في إطار أعمال الإدارة الداخلية للشركة و لكن ممارستها من قبل شخص لا يتمتع بصفة المسيّر القانوني يؤدي إلى وصف ذلك الشخص بأنه مسيّر فعلي لأنّ هذه الصلاحيات تعود في الأصل إلى المسيّر القانوني.

لذلك ينبغي تأيّيد الإجتهادات القضائية التي تسند صفة المسيّر الفعلي إلى الشخص الذي يمارس على نحو غير صحيح مهام الإدارة الداخلية للشركة لأنه من الناحية الواقعية ، قد تؤدي الإدارة الداخلية للشركة إلى ترتيب نتائج تكون أحيانا إيجابية أو ضارة مما قد يؤثر ذلك على مصير الشركة.

[1] - Cass. com. 20 décembre 1988, *Rev. pr. Coll.* 1989, p. 244, obs. Y. CHAPUT .
[2] - C.A. Aix, 30 septembre 1975, *D.* 1976, somm., p. 2

إنّ الآثار المترتبة عن الوظائف المتعلقة بالتسيّير الداخلي للشركة تمس العديد من الأشخاص داخل الشركة و خارجها. فمثلا اختيار الاستثمارات يمكن أن يكون له عواقب على العامل الأجير أو الشركاء أو الموردين. و إذا كانت الإدارة الفعلية هي مفهوم تم تطويره لحماية مصالح الشركة[1] ، فينبغي إذن الاعتراف بأنّ الإدارة الداخلية للشركة يمكن أن تؤدي إلى وصف الشخص الذي يمارسها دون وكالة منتظمة بالمسيّر الفعلي.

لذلك ، من الضروري على المحاكم أن تنسب حالة المسيّر الفعلي إلى الشخص الذي يتولى ببساطة إدارة الشركة دون أن يظهر للغير كمسيّر حقيقي. و هذا بسبب العواقب التي تنتج عن الإدارة الداخلية للشركة حيث ينبغي على المحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار ما ينجر من آثار عن الإدارة الداخلية للشركة عند إسناد صفة المسير الفعلي لشخص ما.

و عليه ، المسيّر الفعلي هو كل شخص يتخذ ، بدلاً من المسيّر القانوني ، القرارات المهمة و الاستراتيجية في المجالات المتعلقة بأعمال الإدارة الداخلية للشركة قد يكون شريكا، هيئة رقابية ، عامل أجير أو شخص خارج الشركة .و لكن صفة المسيّر الفعلي يمكن أن تنسب أيضا إلى الشخص الذي يمارس بدون وجه حق الإدارة الخارجية للشركة.

البند الثاني: التسيّير الخارجي للشركة

يشير مصطلح " الإدارة الخارجية " للشركة إلى القيام بالصلاحيات من قبل شخص بهدف إضفاء الطابع الخارجي على إرادة تلك الشركة ، للتعبير عنها و الدفاع عن مصالحها و تمثيلها في معاملاتها التجارية و القانونية أمام الغير[2].

مبدئيا ، الإدارة الخارجية هي مسؤولية المسيّرين القانونيين. و لكن في الواقع ، يمكن القيام بها من قبل أشخاص لا يتمتعون بهذه الصفة. هذا هو حال المسير الفعلي و هو

[1]– حول مصالح الشركة ، أنظر في تعريف المصلحة الجماعية ، ص 86 من هذا البحث.

[2]– بوجلال مفتاح ، ممثل الشخص الاعتباري في قانون الشركات التجارية ، مقال منشور في مجلة المؤسسة و التجارة و هران، العدد 4 ، 2006 ، ص73.

الشخص الذي يتولى سلطة مهمة في الإدارة الخارجية تتمثل في سلطة تمثيل الشركة . إنّ القيام بأعمال التسيّير الخارجية من قبل شخص ما أمر مهم لإسناد صفة المسيّر الفعلي لهذا الشخص. فهناك بالفعل علاقة بين الممارسة غير النظامية للإدارة الخارجية للشركة و صفة المسير الفعلي.

أولا : سلطة التمثيل في الشركة

إنّ دراسة التمثيل في إطار الشركات التجارية مسألة في غاية الأهمية من أجل تحديد صفة المسيّر القانوني و تمييزه عن الأطراف الأخرى الفاعلة في الشركة و هذه المسألة اختلف فيها العديد من الفقهاء نظرا لصعوبة التمييز و الفصل بين أعمال الإدارة و أعمال التمثيل خصوصا أن سلطة التمثيل أحيانا قد تتداخل مع سلطة الإدارة .

في الواقع ليس كل مسيّر يمكن القول عنه أنه ممثل للشركة و من هنا فإنّ السؤال المطروح يكمن في معرفة ما إذا كان بإمكان ممارسة سلطة التمثيل بشكل قانوني من طرف جميع المسيّرين أو ما إذا كانت ، على العكس من ذلك ، تقتصر على البعض منهم فقط ؟ والإجابة على هذا السؤال تحدد ما إذا كان هناك تمييز بين صفة الممثل القانوني و صفة المسيّر الاجتماعي أم لا. و يستخلص ذلك من خلال التميّيز بين سلطة التمثيل و سلطة الإدارة. و قبل أن نتعرض إلى دراسة هذا التمييز يجب أولا أن نحدد المقصود بالتمثيل في مجال الشركات التجارية.

أ- المقصود بسلطة التمثيل

التمثيل[1] هو آلية قانونية يتصرف بموجبها شخص يدعى الممثّل مكان شخص آخر ، بحكم الصلاحيات التي يتمتع بها بموجب القانون أو الحكم القضائي أو الاتفاقية. و تعني سلطة تمثيل الشركة أهلية الشخص للتعبير و التصرف مع الغير، باسم و لحساب تلك

[1]- حول التمثيل القانوني أنظر :

AMEL MAMLOUK, *La représentation des sociétés commerciales et la protection des tiers*, annales de sciences juridique périodique F.S.J.E.G Tunisie, 2010, p.75.

الشركة . و ومن الناحية العملية ، يقوم المدير بتمثيل الشركة من خلال توقيع وثائق معدة لتقديمها خارج الشركة مثل توقيع الحسابات المصرفية للشركة و العقود التي تكون الشركة طرفا فيها.

ب- التميّيز بين سلطة التمثيل و سلطة الإدارة

تتشكل سلطة تمثيل الشركة و سلطة إدارتها من أداء الأعمال و التصرفات القانونية باسم ولحساب الشخص. و بصفة عامة ، تكمن سلطة تمثيل الشركة في تعبير شخص ما عن إرادة الشركة في علاقتها مع الغير في حين أنّ سلطة الإدارة تتجلى في سلطة عامة لاتخاذ القرارات بشأن إدارة شؤون الشركة. لكن بالمعنى الدقيق للكلمة ، التمثيل و الإدارة في الشركة هما جانبين من جوانب سلطات التسيير، لكونهما يشكلان معا السلطة التي يعترف بها المشرع عموما للشخص الذي يدعى بـ " المسيّر الاجتماعي". و أحكام القانون التجاري المتعلقة بالتسييّر تشير معظمها إلى فكرة أنّ جميع المسيرين قادرين على القيام بجميع أعمال الإدارة ، و حتى لو تعلق الأمر بأعمال تمثيل الشركة. لذا وقع جدال فقهي حول مسألة الفصل بين سلطة الإدارة و سلطة التمثيل.

فجانب من الفقه يرى بأن الفصل بين سلطة الإدارة و سلطة التمثيل أمر مستحيل و من أنصار هذا الرأي نجد الفقيه الفرنسي MARTIN الذي يعتبر أن التميّيز بين الإدارة و التمثيل مسألة غير دقيقة في تنظيم السلطات في الشركات[1]. و يعتقد هذا الفقيه أن " تكوين الروابط القانونية بين الشركة و الغير لا ينتج عن ممارسة سلطة واحدة، بل ينتج عن ممارسة سلطتين مختلفتين ، متكاملتين..."، " إنّ سلطة التمثيل بالمعنى الدقيق للكلمة لها جانب شكلي بحت ، بحكم أنها تسمح بتنفيذ القرارات التي تتخذها هيئات الإدارة "[2]. لذا يرى هذا

[1] - G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, thèse Nancy, 1977, p. 8 à11.
[2] - Ibis.

الفقيه عدم التمييز بين الإدارة و التمثيل، باعتبار أن هاتين السلطتين تشكلان ثنائي قائم لصالح أو لفائدة الممثلين القانونيين.[1]

و قد استند على هذا الرأي الفقيه الفرنسي STORCK الذي أكد هو الآخر على صعوبة الفصل بين الإدارة – الداخلية – و التمثيل في الشركة. و في نظر هذا الفقيه ، " لا يتمتع العضو بصفة واحدة ، ولا يتدخل دائماً بتمثيل الشخص الاعتباري فقط " ، تنقسم سلطات المسيّرين في الشركة إلى سلطة إتخاذ القرار المتعلقة بتكوين الإرادة الجماعية وسلطة التمثيل التي تتعلق بتنفيذ العمليات في العلاقات مع الغير"[2]. و بالتالي، فإن سلطة التمثيل بالنسبة STORCK و MARTIN هي جزء من سلطة التسيّير في الشركة. و قد منح القانون هذه السلطة لكل شخص يتمتع بصفة المسيّر في الشركة.

غير أنه من خلال دراسة الصلاحيات التي يعترف بها القانون للمسيّرين يتبيّن أنه ليس لكل هؤلاء السلطة القانونية لتمثيل الشركة. و يختلف نطاق سلطات المسيّرين تبعا لشكل أو نوع الشركة و الأنظمة القانونية التي تحكم سيرها.

ففي الشركات ذات المسؤولية المحدودة ، تعود سلطة التمثيل إلى المدير و هذا ما عبر عنه المشرع الجزائري صراحة في الفقرة الثانية من المادة 577 من القانون التجاري الجزائري[3] التي تنص على أنه " في العلاقات مع الغير، للمدير أوسع السلطات للتصرف في جميع الظروف بإسم الشركة ، من دون الاخلال بالسلطات التي يمنحها القانون صراحة للشركاء ". كما اشترطت غالبية التشريعات أن يكون هذا المدير شخصا طبيعيا و ليس معنويا بخلاف ما هو الحال في شركة التضامن و شركة المساهمة و من ثمة يمنع على

[1] - G. MARTIN, *op. cit.* p. 245.

[2] - M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques,* L.G.D.J. 1982, n° 284. p.215,

[3] – أنظر كذلك المادتين 60 من قانون الشركات الأردني و الفقرة الخامسة من المادة 223–18 من القانون التجاري الفرنسي التي تضمنت نفس الأحكام التي جاء بها المشرع الجزائري.

الشخص المعنوي تمثيل الشركة ذات المسؤولية المحدودة و هذا تطبيقا لأحكام المادة 576 من القانون التجاري. [1]

و في شركة التضامن ، تقضي المادة 555 من نفس القانون على أنه " تكون الشركة ملزمة بما يقوم به المدير من تصرفات تدخل في موضوع الشركة،و ذلك في علاقاتها مع الغير ". و تنص الفقرة الأخيرة من المادة نفسها على أن " لا يحتج على الغير بالشروط المحددة لسلطات المديرين الناتجة عن هذه المادة ".[2] و تنطبق هذه الأحكام أيضا على شركات الأشخاص الأخرى[3]. و بالتالي ، في الشركة ذات المسؤولية المحدودة و في شركات الأشخاص، كل مدير أو شخص يتم تحديد صلاحياته كمدير في القانون الأساسي للشركة يكون أهل لتمثيل الشركة أمام الغير.

أما بالنسبة لشركات المساهمة ، فإنّ العضو أو الجهاز المكلف قانونا بالتمثيل القانوني يختلف تبعا لنمط التسيّير المعتمد من قبل الشركة[4] ، ففي إطار النظام التقليدي لتسيّير شركة المساهمة تعود سلطة تمثيل هذه الشركة لرئيس مجلس الإدارة ، حيث يتمتع هذا الأخير بسلطة واسعة لتمثيل الشركة أمام الغير و هذا ما استقرت عليه غالبية التشريعات كالمشرع الجزائري[5] و الأردني[6] ، كما يجوز لمجلس الإدارة أن يكلف شخصا واحد أو اثنين من الأشخاص الطبيعين ليساعد الرئيس كمديرين عامين و في هذه الحالة يكون المدير العام

---

[1]– تنص المادة 576 من ق ت ج :" يدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة شخص أو عدة أشخاص طبيعيين ".

[2]– قضت بنفس الأحكام المواد 8 من قانون الشركات المغربي ، 25 من قانون الشركات الأردني و المادة 221–5 من قانون التجاري الفرنسي.

[3]– بالنسبة لشركة التوصية البسيطة أنظر المادة 563 مكرر من القانون التجاري الجزائري التي تقابلها المواد : 21 من قانون الشركات المغربي، المادة 48 من قانون الشركات الأردني و كذا المادة من القانون التجاري الفرنسي.

[4]– هذا النوع من الشركات يعتمد على نظام ازدواجية التسيّير : النظام التقليدي و المتمثل في شركة المساهمة ذات مجلس إدارة و النظام الحديث المتمثل في شركة المساهمة ذات مجلس المديرين و مجلس المراقبة و هذا النظام استوحاه المشرع الفرنسي من نظيره الألماني و كرسته بدورها العديد من التشريعات القانونية نذكر منها المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي 93–08 سالف الذكر.

[5]– تنص الفقرة الأولى من المادة 638 من ق.ت.ج على :" يتولى رئيس مجلس الإدارة تحت مسؤوليته،الإدارة العامة للشركة ،و يمثل الشركة في علاقاتها مع الغير."

[6]– أنظر المادة 152 من قانون الشركات الأردني التي جاءت بنفس الأحكام الواردة في المادة 638 من ق.ت.ج سالفة الذكر.

مجرد مدير مفوض ، و ما يؤخذ على هذه التشريعات أنها لم تعطي للمدير العام السلطة الكاملة لتمثيل الشركة بل جعلت مهامه محددة بناءا على تفويض من رئيس مجلس الإدارة و هذا ما يستشف صراحة من أحكام المادة 639 من القانون التجاري الجزائري و كذا المادة 153 من قانون الشركات الأردني ، و من ثم تنحصر سلطة التمثيل في رئيس مجلس الإدارة لوحده .

و لكن المشرع الفرنسي ذهب إلى أبعد من ذلك من خلال تكريس مبدأ الفصل بين السلطات في شركة المساهمة ، فبعد صدور القانون المؤرخ في 15 ماي 2001 المتعلق بالتنظيمات الاقتصادية الجديدة [1]، أصبح رئيس مجلس الإدارة يمارس سلطة تمثيل الشركة إذا كان لديه أيضًا صفة المدير العام[2]. ومن ناحية أخرى، عندما يتم فصل مهام الرئيس و المدير العام [3] فإنّ هذا الأخير هو الوحيد الذي يملك السلطة القانونية لتمثيل الشركة في علاقاتها مع الغير [4].

فحسب المشرع الفرنسي يتمتع المدير العام في شركة المساهمة بسلطات واسعة للتصرف في جميع الظروف باسم و لحساب الشركة أما صلاحيات الرئيس تكون داخلية في الشركة و تقتصر على رئاسة المجلس فقط دون الإدارة العامة و قد تبنى هذا الموقف كل من المشرع المغربي[5] و التونسي[6] على حد سواء.

---

[1] - Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, J.O.R.F du 16 mai 2001, dite « loi Ner » n°113, p.7776.

[2] – في ظل القانون الفرنسي المؤرخ في 24 جويلية 1966، كان رئيس مجلس الإدارة يتولى مهام الإدارة العامة للشركة و كان يتمتع بأوسع السلطات للتصرف في جميع الظروف باسم و لحساب الشركة و يمثلها أمام الغير، أنظر المادة 113 من هذا القانون.

[3] – في التشريع الفرنسي ، يملك مجلس الإدارة حق الخيار بين فصل مهام رئيس مجلس الإدارة (P.C.A) و المدير العام(.D.G) في شركة المساهمة و الجمع بين هذه المهام على رأس شخص يدعى الرئيس المدير العام(.P.D.G) وعندما يتحقق هذا الفصل في السلطات، يكون دور الرئيس محدود . (أنظر المادة 51–225 من القانون التجاري الفرنسي).

[4] - Art. L.225-56 al.1er du C.com.fr : « Le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société ».

[5]– المادة 67 ف 02 من القانون رقم 95–17 المتعلق بشركات المساهمة المغربي، سالف الذكر.

[6]– الفصل 215 ف 01 من القانون رقم 93– 2000 المتعلق بمجلة الشركات التجارية التونسية، سالف الذكر.

أما في شركة المساهمة ذات مجلس المديرين و مجلس المراقبة ، فإنّ السلطة القانونية لتمثيل الشركة أمام الغير تقع على عاتق رئيس مجلس المديرين و هذا متفق عليه في أغلب التشريعات بما في ذلك المشرع الجزائري[1] و الفرنسي[2]، و كذلك يملك المدير العام كامل الصلاحيات في تمثيل الشركة [3]. و هذا ما أكده المشرع الفرنسي من خلال أحكام المادة 225–66 من القانون التجاري الفرنسي بمعنى أنه لا يملك جميع المسيّرين السلطة القانونية لتمثيل هذه الشركة.

و عليه ، يتطلب إسناد سلطة تمثيل الشركة إلى بعض المسيّرين ، الاعتراف بأن هناك تمييزا بين الإدارة و التمثيل ، بين المسيّرين و الممثلين القانونيين في هذا النوع من الشركات. و يمكن أن يؤدي هذا التمييز، من حيث المبدأ، إلى إضفاء صفة المسيّر الفعلي على رئيس مجلس إدارة شركة المساهمة الذي يقوم بأعمال تمثيل الشركة دون أن يكون له صفة المدير العام ، على الرغم من أن هذه الشركة لم تمنح له سلطة القيام بذلك.

بالمعنى الدقيق للكلمة ، الإدارة هي ممارسة الصلاحيات التي تهدف إلى تحقيق غرض الشركة دون أن يؤدي ذلك إلى فعل أو تصرف قانوني يلزم الشركة تجاه الغير. وبهذا المعنى، فإن المسيّرين هم الأشخاص الذين يعينهم الشركاء بانتظام لممارسة هذه السلطة. من ناحية أخرى، فإن الممثلين القانونيين هم "جميع الأشخاص المخولين قانوناً بتمثيل الشركة أمام الغير." [4] إن سلطة التمثيل القانوني تجسد فئة هؤلاء الأشخاص الذين تكون صلاحياتهم واسعة ، على الرغم من أن لا الإدارة الخارجية و لا الإدارة بالمعنى الأوسع للكلمة تقتصر على تمثيل الشركة.

[1]– المادة 652 من ق. ت. ج : " يمثل رئيس مجلس المديرين الشركة في علاقاتها مع الغير".

[2] - Art.L225-64 al.1erdu C.Com.fr modifié par la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, J.O.R.F. du 23 mai 2019, dite « loi Pacte »

[3] Art. L. 225-66 al.1er du C. com.fr.

[4] - Rép. M. COLETTE qui ajoute que la notion de représentants légaux « *ne saurait être étendue aux personnes auxquelles les associés ou les dirigeants sociaux ont conféré le pouvoir d'accomplir un acte déterminé pour le compte de la société* ».

و هكذا ، يشير مفهوم الممثل القانوني إلى الأشخاص الذين تكون سلطتهم ذات طابع عام،[1] بما في ذلك الإدارة الداخلية و الخارجية للشركة. و لا يمكن أن يمتد إلى الأشخاص الذين لا يملكون سوى السلطة القانونية لإدارة الشركة داخليا. و نتيجة لذلك ، ليس كل المسيّرين الاجتماعيّين ممثلين قانونيين بل تقتصر هذه الصفة الأخيرة على المسيّرين الذين يمارسون الإدارة الداخلية و الخارجية للشركة ، على سبيل المثال مديري الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو شركة التضامن و على رؤساء شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة الذين يتمتعون أيضاً بصفة المدير العام في هذه الشركة.

ومع ذلك ، حتى و إن كان من الممكن التميّيز بين الإدارة الداخلية و الخارجية بالمعنى الضيق ، و بين المسيّر الاجتماعي و الممثل القانوني ، يبقى اليقين أن مفهوم المسيّر يشير عادة إلى سلطة عامة لاتخاذ القرار بشأن إدارة شؤون الشركة. و تمثيل الشركة يتلائم تماما مع سلطة الإدارة باعتبار أنّ هذه الأخيرة تدمج الإدارة الداخلية و الخارجية للشركة. وهكذا، بالمعنى الواسع و العام ، يشير مصطلح " المسيّر" إلى الشخص الذي يمارس هذه السلطات.

و نتيجة لذلك ، يبدو أن استبعاد سلطة التمثيل من صلاحيات المسيّر هو أمر استثنائي، لأنّ المسيّر عموماً هو الشخص الذي يتمتع أيضاً بسلطة التسيّير الخارجية للشركة. ومن ثم فإن ممارسة هذه السلطة من قبل شخص آخر غير الممثل القانوني للشركة يمكن أن يؤدي إلى إسناد صفة المسيّر الفعلي إليه.

ثانيا : تأثير التسيّير الخارجي على صفة المسيّر الفعلي

تنظر المحاكم إلى الشخص الذي يمارس بشكل غير صحيح سلطات التسيّير الخارجية للشركة كمسيّر فعلي ، في حين أنها ترفض في بعض الأحيان إضفاء هذا الوصف على

[1] -Vr. Lamy société commerciales 2008, n° 594 : sont des « représentants légaux » : les gérants, P-DG, directeurs généraux, administrateur provisoire délégué , président du directoire, directeur général unique, président de la SAS, liquidateurs.

الشخص الذي يقوم بأعمال الإدارة الداخلية للشركة دون وكالة منتظمة[1]. وستوضح الأمثلة الملموسة هذا الموقف، الذي ينبغي الإشارة أيضا إلى نطاقه فيما يتعلق بمفهوم المسيّر الفعلي.

تسند صفة المسير الفعلي إلى اللأشخاص الذين يمارسون سلطة التمثيل أو غيرها من الصلاحيات في إطار السلطات الإدارية الخارجية للشركة. وهكذا ، في القرار الصادر في 12 جوان 1972 [2]، أكدت محكمة النقض صفة المسير الفعلي للشريك الذي طلب افتتاح إجراءات جماعية باسم الشركة. و ينطبق الأمر كذلك على الشريك الذي كان مسؤول عن إدارة الشركة و العلاقات مع البنوك و الموردين و العملاء عن طريق وكالة قانونية [3]. و في هذه الحالات، يقوم التكييف القانوني للمسيّر الفعلي على أساس ممارسة الشخص لسلطة تمثيل الشركة في علاقتها مع الغير. وقد تنشأ صفة المسير الفعلي أيضا عن قيام شخص ما بتنفيذ مختلف الصلاحيات الإدارية الخارجية للشركة.

و قد أكد القرار الصادر عن محكمة النقض في 6 جويلية 1999 على تمسك محكمة الاستئناف بصفة المدير الفعلي لإبن المدير القانوني لشركة ما على أساس استنتاج قيام الشخص المعني بابرام عقد تأجير التسيّير لمحل تجاري مستغل من قبل الشركة ، وتوقيع المراسلات التجارية والشيكات[4]. و كثيرا ما تسند المحاكم صفة المسيّر الفعلي إلى شخص ما على أساس قيامه بالإدارة الداخلية و الخارجية للشركة و هذا عندما لا تسند إليه هذه السلطات بصفة منتظمة.

[1]– أنظر بالتفصيل في تأثير أعمال التسيّير الداخلية على صفة المسيّر الفعلي أعلاه في ص 72 من هذا البحث.

[2]– هنا يتعلق الأمر باسناد صفة المسيّر الفعلي إلى المدير التقني الأجير باعتباره مدير سابق قام بالاستمرار في التسيّير باسم الشركة :

Vr.Cass. com. 12 juin 1972, *Bull. civ.* IV, n° 187, p. 182.

3 - C.A. Paris, 23 mai 1997, *BRDA* 1997, n° 18, p. 2.

4 - Cass. com. 6 juill. 1999, *n° 1373 D*, inédit.

وهكذا أيدت محكمة النقض في قرارها الصادر في 22 جانفي 2002 [1]، قرار قضاة الموضوع الذي منح صفة المسيّر فعلي لشريك في شركة بناء و كان هذا الأخير يشارك في الاجتماعات التي تتحدد من خلالها استراتيجية الشركة ، كما أنّ المعني تلقى تفويض للسلطات من المدير القانوني ، و في بعض الأحيان قام بالتوقيع على الوثائق بصفة المدير التجاري ، كما أنّ مكتب المحاسبة في الشركة قد زوده بجميع المعلومات المحاسبية خلال ممارسته. وتبين هذه القضية ، شأنها شأن الحالات السابقة ، أنّ الشخص الذي لا يتمتع بصفة المسيّر القانوني يوصف بأنه مسيّر فعلي بمجرد أن يمارس سلطة إدارية خارجية للشركة.

و على العكس من ذلك، فإن الإدارة الداخلية للشركة من جانب شخص لا يملك وكالة منتظمة لممارسة هذه السلطة لا يشار إليها في كثير من الأحيان على أنها إدارة فعلية من جانب المحاكم وهي لا تؤدي في كثير من الأحيان إلى إسناد صفة المسير الفعلي إلى صاحبها. و لذلك فإن الإدارة الداخلية و الإدارة الخارجية للشركة ليس لهما نفس الأثر على التكيّيف القانوني للمسيّر الفعلي بل الثانية فقط لها تأثير حاسم في هذا التكييف. ما يعني أنّ هناك علاقة بين ممارسة الإدارة الخارجية للشركة من جانب شخص لا يملك السلطة القانونية و وضعية ذلك الشخص كمسيّر فعلي لذا فالسؤال الذي يطرح نفسه هو كيف يمكن تبرير العلاقة بين الإدارة الخارجية للشركة و صفة المسيّر الفعلي؟

إنّ القيام بأعمال الإدارة الخارجية لشركة ما يدل على أنّ الشخص الذي هو صاحبها يتمتع بسلطة عامة في صنع القرار في إدارة الشؤون الإجتماعية ، و أنه يتمتع بجميع الصلاحيات التي تشكل سلطة الإدارة بمفهومها الواسع. ولذلك فإنّ الإدارة الخارجية هي معيار حاسم لوجود سلطة التسيّير لأنه لا يمكن أن يقوم بها إلا الأشخاص الذين يتمتعون بأوسع السلطات للتصرف في جميع الظروف باسم الشركة و ممارستها من قبل شخص لا

[1] - Cass. com. 22 janv. 2002, *RJDA* 2002, n° 502, p. 426.

يتمتع بصفة المسيّر القانوني يثبت أن ذلك الشخص يتمتع بكامل السلطات لإدارة تلك الشركة و بالنتيجة يمكن الاعتراف به كمسيّر فعلي.

و علاوة على ذلك ، ثمة أساس آخر للعلاقة التي يقيمها الفقه بين الإدارة الخارجية للشركة وصفة المسير الاجتماعي يتجلى في مبدأ حظر الشريك الموصي عن التدخل في إدارة شركة التوصية ، و هذه القاعدة تتجلى في الحرص على منع الغير من الاعتقاد بأن الشريك الموصي يسأل من غير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة ، حتى لو كان الهدف منها أيضاً الحفاظ على المركز القانوني للشريك الموصي الذي يهدف إلى السماح لهذا الأخير بالمشاركة ، كشريك ، في الأنشطة الاقتصادية ، دون إدارة الشركة التي تقوم بهذه الأنشطة.

و لذلك، فإنّ تقيّيد الحظر المفروض على الإدارة الخارجية يدل على أن هذه الأخيرة تشكل ، في رأي المشرع ، الامتياز الذي يثبت فعلا ممارسة سلطة التسيّير في شركة التوصية. وبالتالي فإنّ العلاقة بين الإدارة الخارجية و الإدارة الفعلية تقوم على التأثير الذي ترتبه ممارسة سلطة التسيّير الخارجية خارج الشركة.

إنّ الأهمية التي يوليها القضاة بخصوص ممارسة الإدارة الخارجية للشركة في التكيّيف القانوني للإدارة الفعلية تشير إلى أنّ القضاء يهدف من خلال مفهوم المسيّر الفعلي إلى حماية مصالح الأشخاص خارجين عن الشركة. ومع ذلك ، من المهم أن تؤخذ مصلحة الشركة نفسها و الشركاء بعين الاعتبار أيضا.

إنّ تكريس مفهوم المسيّر الفعلي في قانون الشركات يظهر أنّ اهتمام المشرع هو ضمان و حماية مصلحة الجميع في الشركة فالممارسة الداخلية للسلطات في الشركة من شأنها المساس بهذه المصالح و تحديد مصيرها.

لذلك ، تعتبر الإدارة الداخلية للشركة من قبل شخص لا يتمتع بصفة المسيّر القانوني إدارة فعلية و على ذلك من الأفضل أن تعترف المحاكم للإدارة الداخلية للشركة بنفس التأثير

الذي تمنحه للإدارة الخارجية من أجل ضمان حماية مصلحة الشركة و الشركاء و الغير من خلال إعمال نظرية المسيّر الفعلي في كلتا الحالتين.

و تجب الإشارة إلى أن التسيّير الداخلي و التسيّير الخارجي كلاهما يتعلقان بسلطة الإدارة و يتم تحديد مضمونها و شروط إسنادها من قبل المشرع لذلك لا توجد حدود بين سلطة الإدارة من ناحية و سلطة المراقبة و سلطة التنفيذ من ناحية أخرى. ويمكن لهذه الأخيرة أن تتحول إلى إدارة [1] عندما يكون الأشخاص المسؤولين عن ممارستها يؤدون مهام تدخل ضمن اختصاص المسيّرين الاجتماعيين.

و بالتالي، فإنّ المسيّر الفعلي هو الشخص الذي يقوم بالتعدي أو الاستيلاء على سلطات التسيّير الداخلية أو الخارجية التي يعترف بها القانون أو القانون الأساسي للشركة للمسيّر القانوني. فهو بذلك يمارس الصلاحيات المخولة قانونا للمسيّر القانوني و التي تهدف إلى ضمان حماية المصلحة الجماعية.

الفرع الثاني: الغاية من سلطة التسيّير

إنّ تحقيق المصلحة الجماعية هو الغاية الأساسية من وراء ممارسة سلطات التسيير. فالمصلحة الجماعية تحدد أعمال و تصرفات المسيّرين في الشركة و تعزيزها من قبل شخص لا يتمتع بصفة المسيّر القانوني يؤدي إلى إسناد صفة المسيّر الفعلي إلى ذلك الشخص. فالقضاة يأخذون بعين الاعتبار هذه المصلحة عند تحديد الطبيعة القانونية للأعمال التي يمارسها شخص ما في تسيّير الشركة. و لذلك تلعب المصلحة الجماعية دورا هاما و رئيسيا في تحديد صفة المسيّر الفعلي في الشركات التجارية.

البند الأول : تحقيق المصلحة الجماعية

رغم أهمية المصلحة في تنظيم سلطات التسيّير إلا أنها لم تحظى بتعريف دقيق و واضح من قبل المشرع رغم أنه تم التأكيد عليها أكثر من مرة في القواعد الخاصة المنظمة

[1] - Cass. com., 6 févr. 2001, *Bull. Joly Sociétés*, 2001, p. 593, § 150, note J.-F. BARBIERI.

للشركات التجارية [1]، الأمر الذي أدى الى احتدام الصراع و تضارب الآراء بين الفقه و القضاء حول تعريف مصطلح " المصلحة " و كانت مواقفهم تتأرجح بين الفكرة العقدية للشركة و الفكرة النظامية للشركة ، و من أجل حسم هذا الخلاف كان لابد من التعرض إلى دراسة و تحليل هذه المواقف حتى نتمكن من الوصول الى رأي ترجيحي يجمع بين هذين الموقفين ، و من ثم نعرج إلى تبيان الجهة المكلفة بتحديد مصلحة الشركة.

أولا : تعريف المصلحة الجماعية

إنّ تعريف مصلحة الشركة (intérêt social) يعد مسألة مهمة لمسيّري الشركات الذين يمكنهم الاعتماد عليها لتوجيه أعمالهم غير أن مفهومها يثير العديد من الإشكالات القانونية فيما يتعلق بتعريفها ، و قد اختلف الفقهاء في تحديد هذا المفهوم و من خلال محاولة الفقه تحديد مصلحة الشركة ظهرت عدة مذاهب فقهية .

فجانب من الفقه استند على نظرية أن الشركة عقد بين أشخاص يطلق عليهم بالشركاء و ينطلق أصحاب هذه النظرية [2] من فكرة مفادها أن الشركة تنشأ و تسيير من أجل مصلحة الشركاء أو الشريك الوحيد ، فغاية كل شريك هي الحصول على أكبر قدر ممكن من الربح . فحسب هذه النظرية فإنّ مصلحة الشركة هي مصلحة الشركاء [3] و أنصار هذا الرأي كانوا يبرّرون موقفهم من خلال أحكام المادتين 1832 و 1833 من القانون المدني الفرنسي ،

[1]– تطبيقات تشريعية حول مصلحة الشركة في ظل التشريع الجزائري ففي القانون المدني تنص المادة 432 من ق.م. ج على :" على الشريك أن يمتنع عن أي نشاط يلحق ضررا بالشركة أو يعاكس الغاية التي أنشئت من أجلها ." ، كذلك في القانون التجاري نجد أن المشرع الجزائري يشير إلى مصطلح المصلحة في العديد من المواضع ، بالنسبة لشركات الأشخاص كشركة التضامن تنص المادة 554 ف 01 من هذا القانون على :" يجوز للمدير في العلاقات بين الشركاء و عند عدم تحديد سلطاته في القانون الأساسي أن يقوم بكافة اعمال الإدارة لصالح الشركة " و في الشركة ذات المسؤولية المحدودة أنظر المادة 577 ف 01 من ق.ت.ج ، و في إطار توقيع الجزاءات الجنائية على مسيري شركة المساهمة الذين يقومون لمصلحتهم الخاصة و بسوء نية استعمال أموال الشركة على نحو يتعارض مع مصلحة هذه الأخيرة ، نذكر على سبيل المثال المادة 811 من ق.ت.ج.

[2]– وجدي سلمان حاطوم ، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية ، دراسة مقارنة ،منشورات حلبي الحقوقية ، لبنان الطبعة الأولى، 2007 ، ص 76.

[3] - D. SCHMIDT , *De l'intérêt commun des associés*, Rev. Dr. Banc. Et Bourse, 1994, p. 204 ; *De l'intérêt social*, Rev. Dr. Banc. Et Bourse, 1995, p. 130. Vr. aussi, A. COURET, *Le gouvernement d'entreprise, la « corporate governance »*, D. 1995, chron. p. 163.

فالأولى تعرف الشركة " بأنها عقد ناتج عن مجموع إرادات فردية التي اجتمعت من أجل تحقيق مشروع اقتصادي مشترك بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد ،كما يتحملون الخسائر التي تنجر عن ذلك" [1]، و الثانية تضيف أن " كل شركة يجب أن يكون لها غرض مشروع و أن تتكون في المصلحة المشتركة للشركاء".[2]

و قد وقع جدل فقهي حول اعتبار المصلحة التي يجب أن تسعى الشركة نحو تحقيقها هي مصلحة الشركاء لأن هذه المصلحة تتضمن المصلحة الفردية لكل شريك و من ثم فإن المصلحة الجماعية حسب نظرهم هي مصلحة غالبية الشركاء و الجلي من خلال هذه الدراسة أن مصلحة الشركة يتم استنباطها من مصالح الشركاء.

لكن ما يعاب على هذه النظرية أنها لم تأخذ بعين الاعتبار الشخصية المعنوية للشركة و بالأخص استقلاليتها، حيث يرى فقه آخر عدم إمكانية الأخذ بالموقف السابق كما ينادي أنصار هذا الرأي الى تحليل و دراسة الوظيفة المؤسساتية للشركة و هو يأخذ بعين الاعتبار الشخصية المعنوية للشركة [3] و يعتبر هذه الأخيرة كيان قانوني مستقل له شخصية قانونية و ذمة مالية مستقلة و متميزة عن الشركاء المكونين له و يستند هذا الرأي كذلك على فكرة تعدد المصالح الموجودة داخل الشركة من أجل تحديد المصلحة الجماعية و حسب اعتقادهم الشركة هي مؤسسة تغطي مصالح متعددة و متباينة في بعض الأحيان بما في ذلك مصلحة الكيان القانوني نفسه ، الشركاء ، العامل الأجير ، الدائنين ، الموردين ، و حتى الدولة فحسب هذا الرأي تمتد المصلحة الجماعية إلى ما وراء مصلحة الشركاء و الكيان القانوني نفسه لأنه يشمل المصالح الأخرى المذكورة آنفا أي مصالح الشركة.

[1]– و هو نفس التعريف الذي اعتمدته باقي التشريعات المقارنة : المشرع الجزائري في المادة 416 من ق.م و كذا المشرع المصري في المادة 505 من ق.م و المشرع المغربي في الفصل 982 من قانون الالتزامات و العقود.

[2] -Art.1833 du C.Civ.fr modifié par la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, J.O.R.F. du 23 mai 2019, dite « loi Pacte ». Cette article énnonce que : «*Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés.. ».*

[3] - J. PAILLUSSEAU, *Le droit moderne et la personnalité morale*, RTD civ. 1993, n° 4, p. 705.

و قد أيّد هذا الموقف جانب من الفقه[1] الذي يرى أن قيام الشركاء أو الشريك الوحيد بتأسيس شركة إنما يعملون على خلق مولود جديد له شخصيته المعنوية المستقلة و المتميزة عنهم و كيان و حياة خاصة به ، و بالتالي يصبح له مصلحة خاصة تستوجب الحماية عند حدوث تنازع بين مصلحته و مصلحة الأشخاص المكونين له. و بذلك مصلحة الشركة هي مصلحة كل الأطراف المشاركين في حياتها الاجتماعية و تتداخل كل هذه المصالح رغم اختلافها لتشكل المصلحة الجماعية أو ما يسمى بمصلحة الشركة المتمثل في ضمان استمراريتها .[2]

إنّ النظرية التي يدافع عنها " فقه المؤسسة" تشبه إلى حد كبير "نظرية أصحاب المصلحة"، وهي النظرية التي يهدف من خلالها الفقه الأنجلوسكسونية إلى "إعادة تعريف الشركة من منظور لم يعد مقتصر على مساهمة الشركات ، بل يتعداه إلى ما هو أبعد من ذلك ، و هذه نظرية " تنادي الى الاهتمام بأي شخص يعاني من عواقب نشاط الشركة التجارية والذي قد يكون لفعلها تأثير عليه ".[3] و حسب هذه النظرية ، تشمل المصلحة الجماعية مصالح أصحاب المصلحة ، أي مختلف الأشخاص الذين هم على اتصال بالشركة ، أو هؤلاء الذين يستفيدون من وجود الشركة، أو هؤلاء الذين يؤثر عليهم النشاط الذي يمارس في الشركة.

و هذه النظرية أيضا وجهت لها انتقادات لأنها تعطي أهمية أكبر لمصالح الشخص المعنوي على حساب مصلحة الشركاء ، فبعض الفقهاء[4] يعتبرون أن مصلحة الشركة ليست هي المصلحة الجماعية للأشخاص الذين يهتمون بوجود الشركة فقط بل هي مصلحة عليا يهيمن عليها ، فبالنسبة للمصالح الجماعية التي تشكلها المصالح المختلفة للشخص المعنوي

[1] - J.MESTRE, *Droit commercial* ,L.G.D.J ,24éme éd,1999,n° 253, p196.
[2] - S.HADJI-ARTINIAN, *La faute de gestion en droit des societes* ,éd., Litec, Paris , 2001, p 129.
[3] - F.-G. TREBULLE, *Stakeholders Theory et droit des sociétés,* (1er partie), *Bull. Joly* 2006, n° 12, p.1337.
[4] - M. COZIAN et A. VIANDIER, Droit des sociétés, 20éme éd., Litec, 2007, n° 448.

قد تم استبدالها " بالمصالح العليا للشركة" ، مما يعني ذلك مصلحة الموظفين ، الدائنين ، الشركاء و مصلحة الضرائب ...إلخ.

كذلك هناك نظرية أخرى يمكن استخلاصها من الملاحظات التي جاء بها الاجتهاد القضائي بخصوص الجزاءات المقررة عند انتهاك المصلحة الجماعية ، فغالبا ما يتم تجريم و معاقبة المسيّرين الاجتماعيين من قبل القضاء بسبب مخالفتهم لمصلحة الشركة و هذا على أساس جريمة إساءة استعمال أموال الشركة ، فالقضاة بمناسبة فصلهم في المنازعات التي تعرض عليهم ، نجد أن تركيزهم دائما ينصب حول مفهوم المصلحة الجماعية و قد يضفي القضاة على هذا المفهوم معنيين بديلين ، فمصلحة الشركة هي إما مصلحة الشركاء أو المصلحة العامة أي مصلحة الشركة قد تكون هذه المصالح متوافقة أو متعارضة حسب الحال .

و الجدير بالذكر، أن انتهاك المصلحة الجماعية من قبل المسيرين الاجتماعيين، بحكم القانون أو الواقع، غالباً ما يتم تجريمه ومعاقبته من قبل القضاة بسبب جريمة إساءة استعمال السلطة[1] أو أموال الشركة. و من خلال القضايا المعروضة أمام القضاء يتبين أن القاضي يضفي معنيين بديلين على مفهوم المصلحة الاجتماعية هي إما مصلحة الشركاء أو المصلحة العامة، أي مصلحة الشركة. وقد تكون هذه المصالح متصلة ببعضها أو متعارضة. وكثيرا ما يوفق القضاة بين المصلحة العامة و مصلحة الشركاء.

ويتجلى ذلك في العديد من القرارات التي تعاقب على استعمال الأموال أو السلطات لأغراض غير مشروعة على أساس أنها تخالف أو تعارض المصلحة الجماعية[2]. وفي هذه

[1]– تعرَّف إساءة استعمال السلطة بأنها الحالة أو الوضعية التي يتخذ من خلالها المسير، بسوء نية، سلطات كان يملكها استخداماً كان يعلم أنه يتعارض مع مصالح الشركة لأغراض شخصية أو لصالح شركة أو شركة أخرى كان مهتماً بها بشكل مباشر أو غير مباشر. أما فيما يتعلق بإساءة استعمال أموال الشركة، فهو أن المسير يقوم، بسوء نية، لجعل أموال أو قروض للشركة، باستخدام يعلم أنه يتعارض مع مصلحة الشركة، لأغراض شخصية أو لصالح شركة أو مؤسسة أخرى يكون فيها هو المستفيد بشكل مباشر أو غير مباشر.

[2] - Cass. crim., 22 avr. 1992 (arrêt Carpaye), *Rev. Soc.* 199, p. 124 et *B.R.D.A.* 1992, n° 19, p. 7 . Cass. crim. 11 janv. 1996 (arrêt Rosemarin), *Petites affiches*, n° 41, avr. 1996, p. 23.

القرارات، ينظر القضاة إلى المصلحة الاجتماعية على أنها نقطة تلتقي فيها مختلف المصالح داخل الشركة و حولها[1].

و كما هو معلوم أن القانون الجنائي يهدف إلى ضمان حماية النظام العام ، و هذا ما يبرر بالتأكيد التقدير الواسع للمصلحة الجماعية. في بعض الأحيان قد تتعارض مصلحة الشركاء مع المصلحة العامة. و يتضح هذا الموقف من خلال ممارسة دعوى المسؤولية ضد المدير في المؤسسة ذات الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحدودة بسبب إساءة استخدام أموال الشركة بينما هو يعد كذلك شريك وحيد[2].

و كذلك الأمر في المسائل الجنائية ، عندما يعترف القضاء للشركاء بالتأسيس كطرف مدني و يحرم الغير الضحية من ذلك الإجراء في حالة الاستعمال التعسفي للسلطات أو أموال الشركة من قبل المسيّرين في الشركة[3].

و بالتالي يتبين مما سبق أنّ مفهوم مصلحة الشركة له طابع نسبي أي متغير و من باب أولى تبني مفهوم مختلط عن المصلحة الجماعية لأن الشركة عقد و مؤسسة في آن واحد ، حيث أنها تتضمن مصلحة الشركاء مادام أن تأسيس المشروع قد تم من طرفهم ،فمن الطبيعي أن تلبي سياسة الشركة حقوقهم المشروعة ، و من جهة تضم مصلحة المشروع ، و لا يمكن الاعتماد على أحد المفهومين بل لا بد من دمجهما معا ،و على المسير إيجاد سياسة توفيقية بين الحرية الفردية و سلطات الإدارة من جهة أولى و الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المشروع من جهة ثانية .[4] لكن من يحدد هذه المصلحة؟

---

[1] - Cass. crim. 26 mai 1994, *JCP éd. E.* 1994, n° 1014 . I. VEZINET, *La position des juges sur l'intérêt social, Dr. et Patr.* Avr. 1997, p. 50.

[2] - Cass. crim. 14 juin 1993, *Bull. crim.* n° 208 ; *Rev. sociétés* 1994, p. 90, note B. BOULOC. Cass. 1994, *Bull. Joly* 1995, p. 427. Cass. crim. 22 sept. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 45, note J.-F. crim. 12 déc. BARBIERI.

[3] - Cass. crim. *9 nov. 1992, Rev. sociétés,* 1993, p. 433, note BOULOC.

[4]– صمود سيد أحمد ، معيار مشروعية تصرفات مسيري الشركات التجارية مقال منشور مجلة العلوم القانونية و الإدارية ،جامعة سيدي بلعباس، الجزائر ، العدد السادس، 2007 ، ص 151.

ثانيا : تحديد المصلحة الجماعية

من الضروري معرفة الجهة المختصة التي تتولى مهمة تحديد مصلحة الشركة إن كان المشرع أم الشركاء أم الشريك الوحيد أم المسيّر داخل الشركة أم الفقه أم القضاء ؟ لأن الاجابة عن هذا السؤال تمكن من فهم مدى صلاحيات المسير في الشركة و كذلك نسبة الحرية التي يتمتع بها في ممارسة هذه الصلاحيات ، في الواقع اعتمادا على ما إذا كانت المصلحة الجماعية تتوافق مع مصالح الشركاء أم لا ، ستكون صلاحيات هذا المسير في تحديد هذه المصلحة مختلفة .

إنّ الملاحظات و الاستنتاجات التي توصل اليها هؤلاء الفقهاء حول تعريف المصلحة الجماعية تمحورت أساسا حول مسألة تحديد هوية الشخص الذي يتعين عليه أن يحدد مصلحة الشركة و يسهر على ضمان احترامها و عليه تباينت النظريات التي حاولت تحديد المصلحة الجماعية لفائدة الشركاء [1] ، و التي تعتبر أن الشريك هو الشخص الوحيد الذي يمكنه تحديد المصلحة الجماعية ،في حين أن الفقهاء الذين يدافعون عن فكرة المصلحة الجماعية التي تشمل مصالح الشركاء في الشركة يؤكد على أنّ هذه المهمة تقع على عاتق المسيّرين الاجتماعيّين.

أما بالنسبة للفقه [2] الذي يأخذ بعين الاعتبار الطابع المؤسساتي للشركة ، يعتبر المصلحة الجماعية على أنها المصلحة العليا للشركة ، و هي تؤكد على أنه ليس على الشركاء أو المديرين تحديد مصلحة الشركة لأنها أمر ملزم لهم جميعا و واجب عليهم فقط احترامها. و بالنسبة لهذا الفقه يتعيّن على القاضي تحديد الخطوط العريضة للمعيار الذي يشكل المصلحة الجماعية . [3]

1 - D. SCHMIDT, *De l'intérêt commun des associés*, *op.cit*., p. 204 .
2 -C. CHAMPAUD et J. PAILLUSSEAU , *Le pouvoir de concentration de la société par actions* , Sirey 1962 .
3 - JEAN-PIERRE BERTREL, *Dossier L'intérêt social, Dr. et patr.* avr. 1997, p. 42.

لكن ما يعاب على هذين الموقفين أنها ينطلقان من مفهوم خاطئ ، لكونهما يخلطان بين تحديد المصلحة و مراقبة مطابقة أعمال المسيّر و تصرفاته مع المصلحة الجماعية ، في هذه الحالة يطرح إشكالين مختلفين ، فمن جهة أصحاب النظرية التعاقدية للشركة يتجاهلون دور القاضي و من جهة ثانية هؤلاء الذين يأخذون بالنظرية النظامية أو المؤسساتية للشركة يحرمون الشركاء من جميع الصلاحيات و يمنحونها للقاضي.

في حقيقة الأمر ، من الضروري التميّيز بين أمرين هما تحديد المصلحة الجماعية و مراقبة مطابقة تصرفات المسيّر مع هذه المصلحة، و يبدو أنّ هذا التمييز لا يأخذ في الاعتبار من قبل الفقهاء الذين يسندون سلطة تحديد المصلحة إلى القاضي معتقدين بذلك أنّ تحديد المصلحة هو مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي فقط . و على ذلك يتعين عند تحديد المصلحة الجماعية النظر في فرضيتين:

– **الفرضية الأولى** : عندما يتم منح سلطة تحديد مصلحة الشركة إلى الشركاء، هنا يقتصر دور المسيّر في ممارسة الإدارة من خلال تبرير تطابق أفعاله مع هذه المصلحة التي يحددها الشركاء و حسب هذه الفرضية تخضع سلطة المسيّر لمراقبة الشركاء. [1]

– **الفرضية الثانية** : إذا سمح للمسيرين بتحديد مصلحة الشركة ، فقد يتمتعون بحرية كبيرة لأنهم سيحددون وحدهم معيار مطابقة أفعالهم مع مصلحة الشركة ،و قد يستغل هؤلاء مصلحة المشروع كوسيلة للاستحواذ على السلطة و تهميش مصلحة الشركاء ، و يستعملون سلطتهم لارتكاب الجرائم [2] في هذه الحالة سيكون دور الشركاء شبه منعدم لأنهم لا يستطيعون التدخل في تحديد الغاية من السلطات التي يسندونها إلى المسير الاجتماعي ، مما يؤدي ذلك إلى تقليص سلطتهم في مراقبة الإدارة لأن المسيرين وحدهم سيحددون

[1] - D. SCHMIDT, *Considération des intérêts des actionnaires dans les prises de décision et le contrôle du juge*, Petites affiches, 19 nov. 1997, n° 139.

[2]– شيباني نصيرة ، مسؤولية مسيري الشركات التجارية في ظل الإفلاس و التسوية القضائية ،مذكرة ماجستير في قانون المسؤولية المهنية ، جامعة تلمسان، 2012، ص 127.

المعايير التي يجب أن يراقبوها و هذا الحل غير مقبول لأنه يمنح الكثير من السلطة و الحرية للمسيرين على حساب الشركاء.

و على ذلك ، يتعين على الشركاء تحديد المصلحة الجماعية عن طريق التوفيق بين مصالحهم الشخصية و المصلحة العامة تحت الرقابة المحتملة للقاضي من ناحية و ضمان استمرارية الشركة من ناحية أخرى و هذا من خلال مراعاة المتطلبات المتعلقة بها و احترام القواعد القانونية المعمول بها في هذا الشأن . أما بخصوص مراقبة مطابقة تصرفات المسير مع هذه المصلحة فهي أيضا من مسؤولية أجهزة المراقبة في الشركة أما في حالة وقوع نزاع يجب أن تندرج هذه المراقبة ضمن اختصاص القاضي و هذا بصرف النظر عن الدور الذي يمنحه المشرع للقاضي للتدخل في حياة الشركة فمثلا في شركة المساهمة عندما لا يمتثل المسيرين لهذه الشركة امتثالا كاملا لالتزامهم بالاعلام تجاه المساهمين ، في هذه الحالة يجوز لرئيس المحكمة التجارية أن يأمر على وجه الاستعجال الشركة بتبليغ هذه الوثائق تحت طائلة الإكراه المالي.[1]

تجدر الاشارة في هذا الصدد ، إلى أنّ الدور الذي يمارسه القاضي في الأساس يكون بناء على طلب الأشخاص المعنيين الذين تكون لهم علاقة قانونية مع الشركة [2] و على ذلك لا يمكن أن يكون للقاضي دور في تحديد مصلحة الشركة لأن القاضي لا يتمتع بسلطة انشاء الحقوق و الالتزامات للخصوم ، فالتدخل في عمل الشركات و سيرها لا يدخل في نطاق عمل القاضي ، لذلك ليس من حق هذا الأخير التدخل من أجل تحديد المصلحة الجماعية التي يجب على جميع الأطراف الفاعلة في الشركة احترامها و لا حتى اختيار الوسائل التي سيتم تطبيقها من أجل حماية هذه المصلحة و بالتالي دور القاضي يكمن في إعادة التوازن الذي يختل بسبب سلوك غير المشروع .

[1]– المادة 683 من القانون التجاري الجزائري.

[2] - Cass. com. 16 fév. 1988, Bull. Joly 1988, p. 270, n° 68.

و بالنتيجة تشكل مصلحة الشركة أداة أو مبرّر لتدخل القاضي في حياة الشركات التجارية كلما تعرضت هذه الأخيرة لنزاعات يصل معها الأمر إلى تعريض مصلحتها للخطر و و ذلك بفرض رقابة على أعمال هيئات التسيير[1] ، فالقاضي له اختصاص محدود يتجلى في مراقبة مطابقة نشاط المديرين أو الشركاء للمصلحة الجماعية التي يحددها هؤلاء مسبقا. و في اطار هذه المراقبة يمكن له أن يقرر عقوبات في حق المسيرين القانونين الذين تكون تصرفاتهم تتعارض مع مصلحة الشركة.

و لكن هل تعتبر المصلحة الجماعية معيارا يخص فقط ضبط و تحديد سلطات التسيير الممارسة من قبل المسير القانوني فقط أم أنها تحدد كذلك السلطة التي يمارسها الشخص بدون صفة منتظمة؟

البند الثاني : دور المصلحة الجماعية في تحديد صفة المسيّر الفعلي

المسيّر الفعلي هو الشخص الذي يستولي على سلطة المسيّر القانوني و لكن هل حقيقة أن يكون الشخص مسيّر فعلي تفترض أن الشخص الذي تسند إليه هذه الصفة يسعى إلى تحقيق الهدف المبتغى من وراء ممارسة سلطة التسيير ؟ الاجابة عن هذا السؤال مسألة مهمة لأنها تثبت وجود أو عدم وجود تأثير للمصلحة الجماعية في تحديد صفة المسيّر الفعلي . يكمن الهدف من وراء ممارسة سلطات التسيير ، سواء كانت قانونية أو فعلية ، في تعزيز المصلحة الجماعية. و بالتالي تتحدد أعمال التسيّير الفعلي في الشركة بالمصلحة الجماعية و هذا ما سيتم توضحه من خلال ما يلي.

أولا : تحديد أعمال المسيّر الفعلي

الإدارة الفعلية للشركة هي ممارسة السلطات العامة التي لا تخرج عن إطار اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الشركة ، حيث يقوم المسير الفعلي بأفعال تتصل بالغرض من سلطات التسيير و هذه الأفعال تسمى بـ " أعمال الإدارة الفعلية " و بعد تحديد هذه

1- وجدي سلمان حاطوم ، المرجع السابق، ص 283.

الأعمال ينبغي دراسة النطاق الذي تندرج فيه هذه الأعمال و الهدف منها من أجل إثبات التصرف الذي قام به المسيّر الفعلي.

تقوم المحكمة بتكيّيف أعمال الإدارة أو التسيّير على أساس الأفعال التي تدخل في اختصاص المسيّر الاجتماعي[1] و التي تتوافق مع مصلحة الشركة أي التي يتم إنجازها من أجل تحقيق موضوع الشركة. و يتشكل عمل التسيّير أو الإدارة من مظهرين. فمن الناحية الشكلية ، إنه قرار يتخذه شخص ما و يجسد سلطة عامة لصنع القرار في إدارة شؤون الشركة. و فيما يتعلق بمضمونه ، فإنّ التصرف الإداري هو قرار يتخذه الشخص، باسم الشركة و لحسابها، لادارة شؤون تلك الشركة. و يترتب على هذين المظهرين أنّ عمل التسيير هو أي فعل يعبّر بموجبه الشخص عن سلطة عامة في اتخاذ القرارات في إدارة شؤون الشركة[2].

و هناك من يعرفه على أنه مجموعة التصرفات الضرورية و النافعة من أجل تحقيق موضوع الشركة و المتمثلة في ممارسة أنشطة قانونية محددة في الزمان لخدمة المصلحة العليا للشركة تحت رقابة القضاء الذي يتدخل عند ارتكاب المسيرين أخطاء في التسيير.[3] و أعمال الإدارة الفعلية هي تلك التي يمارس من خلالها الشخص فعليا المهام الملازمة لإدارة الشركة.

يتحدد مجال أو نطاق أعمال الادارة الفعلية بالسلطات الإدارية التي يتم تحديدها بشكل قانوني ، هذه الأعمال تدخل في الادارة الداخلية للشركة كأن يقوم المسيّر الاجتماعي الفعلي باتخاذ الاجراءات التي تنظم سير نشاط الشركة و تحديد دور مختلف الموظفين و تخصيص مهام معينة لهم و تحديد كيفية استعمال ممتلكات الشركة ، كذلك تشمل أعمال الادارة الخارجية للشركة ، لذلك فإنّ ابرام العقود باسم و لحساب الشركة و تمثيل الشركة في

[1] - Cass. com., 12 janvier 1993, JCP. 1993. II. 22029, note Y. GUYON .
[2] - SORAYA MESSAI BAHRI, *la responsabilité civile des dirigeants sociaux*,Paris ,Litec ,2009 ,p.222.
[3]- SERGE –HADJI ARTINIAN,*op.cit*.,p.4 et p.535.

علاقاتها مع الغير القيام بالتصريح الضريبي للشركة ، هي أعمال الإدارة الفعلية الخارجية عندما يقوم بها شخص ما لم تسند إليه هذه السلطات بشكل منتظم. و بالتالي أعمال الادارة الفعلية تشمل أعمال الادارة الداخلية و الخارجية للشركة و هي تعبر عن جميع السلطات الادارية ذات الصلة بمصلحة الشركة .

و العمل الإداري كما يشير اسمه منبثق من سلطة التسيّير و هذا معناه أنّ الشخص يتصرف ، ليس في مصلحته الشخصية ، بل في مصلحة أخرى كانت محددة له في الشركة. إنّ الغرض من وراء ممارسة تلك السلطة في الشركة يكمن في تعزيز المصلحة الجماعية. [1] حتى عندما تمارس هذه السلطة بدون وجه حق ، فإن هذا الظرف لا يغير الغرض منها. لذلك ، ينبغي على أعمال المدير الفعلي أن لا تخرج عن اطار الهدف الأسمى المتمثل في ضمان حماية مصلحة الشركات. و من ثم فإن إسناد صفة المسير الفعلي إلى شخص ما يدل على أن ذلك الشخص يقوم ، دون أن يكون له الحق في ذلك ، بأفعال يكون الغرض منها تحقيق مصلحة الشركة. قد يكون الفعل من أجل تنظيم العمل في الشركة ، أو يتعلق باستعمال أموال الشركة أو توقيع عقد مع الغير ، باسم الشركة و لحسابها.

و في جميع الأحوال ، يهدف عمل التسيّير إلى أداء وظيفة متأصلة في إدارة شؤون الشركة ، بمعنى اتخاذ قرار يسمح بتعزيز المسار العادي لنشاط الشركة ، أو المشاركة في تعزيز مصالح الشركة ، أو ضمان استمرارية هذا الشخص المعنوي. ولذلك فإنّ أعمال التسيّير مرتبطة بالمصلحة الجماعية. و بالنتيجة ، فإن سلطة التسيّير لا تسعى إلى تحقيق غرض آخر عندما تمارس بصفة فعلية لا قانونية بل تهدف إلى ضمان تعزيز المصلحة الجماعية .

[1] - Art.1833 al.2 du C.Civ.fr : *« La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité «.*

و على هذا الأساس ، يمكن تحديد فعل الإدارة بمعيار المصلحة الجماعية ، و هنا يتعلق الأمر بالفعل الذي يمارس لمصلحة الشركة ، أي يؤدي وظيفة ملازمة لسلطة المدير الفعلي حتى و إن كان من الناحية العملية ، لا يسمح بتعزيز مصلحة الشركة ، فليست كل الأفعال التي يقوم بها شخص لديه سلطة اتخاذ القرار بتسيّير شؤون الشركة تشكل أعمال إدارة .

فالقرار الذي ينظّم نقل أو تحويل موارد الشركة إلى شركة أخرى يعد بمثابة تحويل لأموال الشركة [1] و ليس فعل الإدارة بالمعنى الدقيق للكلمة حتى لو أثبت هذا الفعل أن القائم به لديه سلطة واسعة في الشركة باستثناء الأفعال التي تتم باسم و لحساب الشركة و في مصلحة هذه الأخيرة يمكن اعتبارها أعمال الإدارة ، و بالتالي فإنّ المصلحة الجماعية تساهم في تحديد طبيعة أعمال و تصرفات المدير الفعلي في الشركة.

و نتيجة لما ذكر، فإنّ الشخص الذي يمارس سلطة اتخاذ القرار في الشركة و لكن أفعاله لا تشكل ممارسة وظائف ملازمة لسلطة التسيّير لا يمكن اعتباره مسيّرا بحكم القانون أو بحكم الواقع . حيث تفترض صفة المدير الفعلي أن الشخص الذي تنسب إليه هذه الصفة يسيطر على سلطة المدير القانوني من أجل تحقيق المصلحة التي يقرّها و يحميها القانون فلا يكفي أن يمارس الشخص صلاحياته بشكل غير صحيح حتى يعتبر ذلك الشخص مسيراً بحكم الواقع بل يجب على هذا الأخير أن يسعى من خلال ممارسته لهذه الصلاحيات إلى تحقيق الغرض المخصّص لتلك السلطات الإدارية. و لذلك فإنّ وصف الشخص بأنه مسيّر فعلي يفترض وجود علاقة بين سلطة اتخاذ القرارات غير المنتظمة و مصلحة تلك الشركة.

و يترتب على هذا القول أن مصلحة الشركة تؤثر في اسناد صفة المسير الفعلي إلى الشخص الذي لا يتمتع بالصفة القانونية للتسيّير، كما أنها تضع حدا لسلطات المسير الفعلي

[1]– وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بإدانة المسير الفعلي بسبب ارتكابه لجريمة اختلاس أموال الشركة.
Cass. crim. 5 sept. 2007, pourvoi n°06-85902, www.legifrance.gouv.fr .

من خلال رسم الحدود التي يجب عليه عدم تجاوزها أثناء أو بمناسبة قيامه بمهام التسيّير داخل و خارج الشركة.

ثانيا : المصلحة الجماعية كمعيار لتحديد أعمال المسيّر الفعلي

يجب أن تمارس سلطات التسيّير سواء كانت قانونية أو فعلية لمصلحة الشركة. هذه الأخيرة تساهم في تحديد هوية المسيّر الفعلي كونها تحدد الأعمال التي ينبغي أن لا يقوم بها هذا المسير. و تعمل على تنظيم العلاقة بين المسيّر الفعلي و الشركة من خلال تحديد سلطاته تحت طائلة العقوبات المقررة في حالة إنتهاك هذه المصلحة.

الإدارة هي سلطة اتخاذ القرار بهدف تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله الشركة. لذلك فإن وجودها مرتبط باحترام أجهزتها لمصالح الشركة[1]. ومن ثم تقيّيد سلطة المسيّر القانوني أو الفعلي بغرض ضمان حماية مصلحة الشركة ضد إساءة استعمال تلك السلطة لأغراض شخصية خاصة بالمسيّر و التي تعود بالضّرر على الشركة. [2] ففي كل من شركات المساهمة و شركات المساهمة البسيطة و كذا الشركات ذات المسؤولية المحدودة ، يعاقب المشرع على ممارسة سلطات التسيّير التي تكون في مصلحة " تتعارض مع مصلحة الشركة "[3].

و عليه ، فإن تجريم جنحة إساءة استعمال أموال[4] أو السلطات أو الأصوات يسمح بمعاقبة المسيّرين الذين يمارسون صلاحياتهم من أجل تحقيق مصلحة شخصية بما يتعارض مع مصلحة الشركة. ومن ناحية أخرى ، عندما تكون الشركة في حالة إفلاس فإنّ العديد من

---

[1]– على سبيل المثال في شركات التضامن و الشركات ذات المسؤولية المحدودة تحدد مصلحة الشركة نطاق و مجال سلطات المسيرين القانونيين وفقا للمادتين 554 و 577 من القانون التجاري الجزائري و التي تقضي في فحواها على ما يلي: " يمكن للمدير أن يقوم بكافة أعمال التسيّير التي تكون في مصلحة الشركة".

[2] - Cass. Com. 6 oct. 1992, JCP éd. G. 1992, IV, p. 325, n° 2983.

[3]– يعتبر القضاء أن عمل الإدارة يكون يتعارض مع مصلحة الشركة عندما يصيب الذمة المالية للشركة بضرر أو يؤدي إلى خسارتها و نقص في الربح أو يعرض هذه الأخيرة الى مخاطر غير عادية بدون عوض.

Cass. crim. 26 juin 1978, *JCP éd G.* 1978, IV, p. 273 ; Cass. crim. 14 déc. 2000, *Bull.Joly* 2001, p. 488

[4] - Cass. Crim. 10 mai 2007, pourvoi n° 06-86173, www.legifrance.gouv.fr.

أحكام القانون التجاري المطبقة على جميع أشكال الشركة تثبت أنّ أعمال التسيّير التي يسعى من خلالها المسيّرون ، بحكم القانون أو بحكم الواقع ، إلى تحقيق مصلحة مخالفة لمصلحة الشركة ، هو معيار لتحديد سلطات التسيّير في جميع الشركات التجارية.

و بالتالي ، تمثل المصلحة الجماعية معيارا لتحديد سلطات المسيّر الفعلي في المسائل الضريبية ، بفضل نظرية " التصرف غير العادي " (acte anormal de gestion) [1]. و هذه النظرية من خلق القضاء[2] و تم تكريسها من طرف المشرع التونسي في مجلة الشركات التجارية و التي تعني أنّ بعض التصرفات التي يقوم بها المسيّر لا تحاجج بها الإدارة الجبائية التي يمكنها أن تعتبرها أعمالا غير سليمة من الناحية الجبائية و تفرض عليها الضريبة كما لو كانت عملية عادية ذلك أنّ أعمال التصرف غير العادية هي أعمال يعتبرها المشرع و الفقه و القضاء كأعمال تخرج عن الإطار العادي للتصرف[3].

و يتم تقدير الطابع غير العادي لفعل الإدارة بالنظر إلى المصالح الاقتصادية والمالية الخاصة بالشركة المعنية[4] و يأخذ بهذا المفهوم كلما تصرف المسيّر لمصلحة الغير إلى حد ما، و أن الشركة تأخذ فائدة قليلة من جراء هذا التصرف فيما يتعلق بالنفقات التي تتحملها عادة و لا يهم ما إن كان الفعل المعني قانوني أو لا .[5]

و لكن في المسائل الجنائية ، فإن محكمة النقض الفرنسية تعتبر أن فعل المدير الفعلي الذي يشكل جريمة هو تصرف إداري غير عادي عندما يشكل خطرا محدقا على الشركة المستهدفة و على ذلك قامت جل التشريعات بالاعتراف بجريمة إساءة استعمال أموال الشركة

[1]– لمزيد من المعلومات حول نظرية أعمال التسيّر غير العادية أنظر:

R. GOUYET, *La théorie de l'acte anormal de gestion, Petites affiches,* 10 nov. 2000, n° 225, p. 4 ; voir aussi Th. LAMORLETTE, *Les actes anormaux de gestion,*Économica, 2éme éd., 1985, p. 1.

[2] - C.E., plén., 27 juillet 1984, req. 34-588, R.J.F.1984, n° 10, p. 562.

[3]– كمال العياري، المسيّر في الشركات التجارية ،شركات الأشخاص و الشركات ذات المسؤولية المحدودة ، ج.01 ، المرجع السابق ، ص 154 ، ص 155.

[4] - C.E. 28 avr. 2006, n° 277572, *Bull. Joly,* 1er août 2006, p. 1019-1024, note S. REEB-BLANLUET : *« La normalité d'une décision de gestion prise par une société membre d'un groupe intégré doit être appréciée uniquement au regard de l'intérêt propre de cette société ».*

[5] - C.E. 11 juillet 1983, req. 33-942, *Rev. sociétés* 1984, n° 3, p. 556 .

لما يقوم مسيّر فعلي أو قانوني بإدارة مصلحة الشركة بطرق غير قانونية [1] و قد يمتد هذا المفهوم الذي تبناه القاضي الجنائي في المسائل الضريبية ، و هذا المفهوم لا يقتصر على غياب المصلحة الاقتصادية و المالية للشركة لأنّ القيام بالأعمال غير المشروعة لا يدخل في إطار الممارسة العادية لسلطات التسيّير.

علاوة على ذلك يشكل عدم مشروعية العمل خطرا محدقا على الشركة بالنظر إلى الامتيازات التي تستفيد منها و من ثم يمكن اعتبار خاصية عدم مشروعية عمل الإدارة كمعيار للتصرف غير العادي. و هذا يعني أنّ انتهاك مصلحة الشركة لا يعتبر انتهاك لمصلحة الشخص الاعتباري فحسب بل انتهاك لمصلحة الدولة أيضا ، لأنه في الأخير تضمن المصلحة الجماعية حماية حقوق الدولة في المادة الضريبية عن طريق التقيّيد من حرية المدير القانوني أو الفعلي للحد من الغش الضريبي.

في المسائل التجارية تأخذ المحكمة كذلك بمفهوم أعمال التصرف غير العادي و في إحدى القضايا التي فصلت فيها محكمة النقض[2] بتاريخ 14 أكتوبر 1997 و تتلخص وقائع القضية في أنّ مدير سابق أصبح مديرا فعليا بعد أن تم استبداله بإبنته على رأس الشركة و الذي قام بمنح قرض بدون فائدة للشركة ، هذه الوقائع تم تكييفها على أنها أعمال تصرف غير عادي تجاه إدارة الضريبة و قضت بفتح إجراءات التصفية القضائية استنادا على أحكام المادة 182 من القانون المؤرخ في 25 جانفي 1985 ، و هذا على أساس أن هذه الأخيرة كشفت عن السعي نحو تحقيق مصلحة مخالفة لمصلحة الشركة و أيدت محكمة النقض هذا القرار بناءا على تسبيب قضاة الموضوع .[3]

و أخيرا ، تحدد المصلحة الجماعية مدى قانونية عمل الإدارة أو التسيّير و ذلك بفضل مفاهيم " أعمال التصرف غير العادي للإدارة " و " العمل الإداري المتعارض مع مصلحة

[1] -Cass. crim. 22 avr. 1992, Rev. sociétés 1993, p 124, note crit. B. BOULOC .
[2] -Cass. com. 14 oct. 1997, n° 94-14146, inédit.
[3] -Cass. com. 8 oct. 2003, pourvoi n° 01-00236, inédit .

الشركة " ، هذه الأخيرة لها تأثير في تحديد سلطة المسيّر الفعلي و كذا في إسناد تلك الصفة إلى شخص ما و بالتالي ، إنّ تطابق عمل الإدارة مع المصلحة الجماعية هو مطلب يجب أن يلتزم به كل شخص يتولى تسيّير الشركة سواء أكان شخص طبيعيا أو معنويا ، مديرا قانونيا أو فعليا .

و هذا الالتزام لا يوفر الحماية للشركة و شركائها فحسب، بل أيضا للدائنين و العمال الأجراء و المتعاقدين و جميع الأشخاص الآخرين المهتمين بوجود الشركة. فالمصلحة الجماعية تفرض توجها محددا على سلطة التسيير، حتى عندما تمارس هذه الأخيرة بصورة غير منتظمة من قبل شخص ما.

و بالتالي ، المسيّر الفعلي ليس فقط الشخص الذي يعتدي على السلطة التي يعترف بها القانون للمسير القانوني ، بل يمارس هذه السلطة لنفس الغرض الذي يمارس من أجله المسيّر القانوني سلطاته. لذلك ، هناك علاقة وظيفية بين سلطة المسيّر القانوني و سلطة المسيّر الفعلي.

وبهذا المعنى ، فإنّ المسيّر الفعلي ، مثل المسيّر القانوني، هو طرف فاعل في الشركة لأنه يتمتع بسلطة التأثير على مصير الشركة ، من خلال الصلاحيات الإدارية، القانونية ، الاجتماعية ، الاقتصادية و المالية التي يمارسها في الشركة.

و لكن بما أنّ سلطة المسيّر القانوني يتم إسنادها إليه بانتظام ، فإن سلطة المسيّر الفعلي تمارس بشكل غير منتظم بدلا أو محل المسيّر القانوني أو بموازاة مع هذا الأخير. و يمارس الشخص الذي يوصف بأنه مسيّر فعلي لشركة ما سلطة إدارية غير قانونية. وهو يؤدي المهام التي تدخل في اختصاص المسيّر القانوني ، على الرغم من أنّ هذه السلطة لم تسند إليه بشكل قانوني. و من ثم فإنّ إدارته للشركة هي بطبيعتها غير منتظمة و توصف هذه الحالة بالتدخل في التسيّير.

المطلب الثاني : التدخّل في التسيّير

التدخل في معناه العام هو القيام بفعل ما أو تصرف دون الحصول على إذن مسبق أو دون وجه حق[1]. أما التدخل في تسيّير الشركة يعني أن الشخص قد اقتحم إدارة تلك الشركة و تصرف في مجال نشاط لا يجيزه له القانون بمعنى هو التعدي أو الاستيلاء على صلاحيات شخص آخر في الشركة ، و قد أشارت جل التشريعات المقارنة إلى مفهوم " التدخل في التسيير" لكنها لم تعطي تعريفا قانونيا يوضحه.

إنّ إسناد صفة المسيّر الفعلي إلى شخص ما يفترض أن الشخص كان قد تدخل دون وجه حق في إدارة الشركة ، و أنه إنتهك مبدأ عدم التدخل في إدارة تلك الشركة و التدخل في إدارة الشركة معناه قيام شخص ما بممارسة السلطة التي يعترف بها القانون عادة للمسيّر المعيّن بانتظام.

يتضمن مفهوم التدخل في التسيّير بداخله على عنصر عدم المشروعية لأنه يفترض إنتهاك للحدود التي بموجبها يتمتع الشخص بسلطة التصرف بانتظام ، وهو يشير في قانون الشركات، إلى أي مشاركة في إدارة الشركة من قبل شخص لا يتمتع بصفة المسيّر القانوني.

حيث تنعدم الصفة القانونية للمسيّر عندما يقوم بالتدخل في إدارة الشركة عن طريق إخلاله بمبدأ الفصل بين السلطات ، فيقوم بالتدخل في صلاحيات أجهزة إدارة الشركة دون تمتعه بصفة قانونية و عدم المشروعية هنا تكون مزدوجة فهو من جهة لا يتمتع بصفة المسيّر ، و من جهة أخرى قام بالاعتداء على صلاحيات جهاز آخر.[2]

و يتخذ التدخل في التسيّير عدة أشكال و صور فقد يكون التدخل بشكل مباشر أو غير مباشر ،كما قد يكون صادر من أشخاص يكونون أعضاءا في الشركة كالشريك في

[1] - G. NOTTE, *op.cit*, p. 112, n° 113.
[2] - M. PAPONTONI, *op.cit.*, p 271.

شركة التضامن أو أحد المساهمين في شركة المساهمة أو مندوب الحسابات و قد يكون التدخل صادر من أشخاص خارجين عن الشركة أي من الغير كالبنك مثلا .

الفرع الأول : التدخل الصادر عن أعضاء الشركة

قد يميل الأشخاص الذين يمارسون سلطة الرقابة[1] أو الإشراف في شركة ما إلى الخروج من دورهم للمشاركة في إدارة الشركة محل أو مكان المسيّرين الاجتماعيين أو بالاشتراك معهم ، إما لتعويض عن قصور أو إهمال المسيّرين الاجتماعيين أو بشكل أفضل من أجل حماية مصالحهم الخاصة[2]. وهذا التدخل هو نتيجة لتعدي سلطة المراقبة على سلطة الإدارة . وفي كثير من الأحيان ، قد يتم هذا التدخل إما من قبل الشركاء في الشركة أو من قبل أعضاء المراقبة في تلك الشركة.

البند الأول : تدخل الشريك في التسيّير

كأصل عام ، يمنع على الشركاء من غير المسيّرين التدخل في أعمال الإدارة[3] ، و لا يجوز لهم أن يعترضوا على الأعمال التي يجريها المسيّر إلا إذا تجاوزت حدود العمليات التي هي محل الشركة ، أو تضمنت مخالفة واضحة للعقد أو القانون و على الرغم من هذا المنع إلا أنهم يتمتعون ببعض الصلاحيات الأساسية التي تتعلق بتسيير الشركة منها مراقبة التسيّير و إعطاء الإذن بخصوص بعض أعمال التسيّير[4].

[1]– حول سلطة المراقبة ، أنظر الاختلاف بين الإدارة الداخلية و السلطات الداخلية الأخرى في الشركة ، ص 65 و ما بعدها من هذا البحث.

[2]– هناك أساليب أخرى يتيحها قانون الشركات للشركاء أو المساهمين للتعويض عن عدم كفاية المسير القانوني أو غيابه أو حتى سلبيته دون اللجوء إلى التسيير الفعلي و يتعلق الأمر بعزل المدير قضائيا أو تعيين وكيل من أجل عقد الجمعية العامة بغرض تعيين مدير جديد أو مدير مؤقت ، حيث تظل الإدارة الفعلية تقتصر فقط على أكثر الحالات خطورة و الحاحا،و التي تكون فيها المطالبة القضائية طويلة جدا و في نفس الوقت ينظر القاضي في هذه المسائل من أجل تنظيم وضع الشركة و إدارتها في أسرع وقت ممكن.

[3]– هذا المبدأ متفق عليه في جميع التشريعات المقارنة نذكر منها المشرع الجزائري في المادة 430 من ق.م.ج و كذا المشرع المغربي في الفصل 1027 من قانون الالتزامات و العقود.

[4]– فؤاد معلال، المرجع سابق، ص 75.

وتبعا لذلك يمكن أن يشكل تدخلا في التسيّير الأعمال التي يقوم بها الشريك الموصي في شركة التوصية و التي تخرج عن إطار مهامه الرقابية ، كذلك يمكن أن يكون التدخل عادة بفعل هؤلاء الذين تكون مشاركتهم في رأس المال الشركة مهمة لأن لهم تأثيراً كبيراً في الشركة و يمكنهم التمتع بالسلطة اللازمة للقيام بأعمال الإدارة و هؤلاء هم الشركاء أصحاب الأغلبية و الشريك الوحيد و حتى العضوية في نفس مجمع الشركات يمكن أن تكون في بعض الأحيان عاملاً يسهل تدخل شركة في إدارة شركة أخرى و هذه الحالات يتعين دراستها.

أولا : تدخل الشريك الموصي

من المقرر قانونا أنه لا يجوز للشريك الموصي التدخل في التسيّير بأي حال من الأحوال و هذا المبدأ تقرر في ظل القانون التجاري الفرنسي سنة 1807 [1] و بعد أن كان المشرع الفرنسي يحظر على الشريك الموصي التدخل في أعمال التسيير أصبح هذا الحظر يقتصر على أعمال التسيّير الخارجية فقط و هذا ما أكدته صراحة الفقرة الأولى من المادة 222-6 من القانون التجاري الفرنسي [2].

و قد تم تكريس هذا المبدأ كذلك من قبل المشرع الجزائري في ظل المرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 27 أفريل 1993 [3] المعدل و المتمم للأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري و هذا بموجب الفقرة الأولى من المادة 563 مكرر 5 من القانون التجاري و التي جاء فيها ما يلي: " لا يمكن للشريك الموصي أن يقوم بأي عمل من أعمال التسيير

[1]- أصل هذه القاعدة يرجع الى المادة 27 من القانون التجاري الفرنسي لسنة 1807 المعدلة بموجب الفقرة الأولى من المادة 28 من القانون رقم 66-537 المؤرخ في 24 جويلية 1966 المتعلق بالشركات التجارية و الذي كرّس بدوره التمييز القضائي بين التسيير الداخلي و التسيّير الخارجي أنظر أعلاه ص 16 ، ص 17 من هذا البحث.

[2] - Art. 222-6 al 1er du C.Com.fr dispose : « *L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion externe, même en vertu d'une procuration* ».

[3]- المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993 سالف الذكر.

الخارجية، و لو بمقتضى وكالة ".[1] هذه القاعدة تحظر صراحة على أي شريك تكون له صفة الشريك الموصي التدخل في الإدارة الخارجية لشركة التوصية[2].

و عند مخالفة هذا الحظر من قبل الشريك الموصي نكون أمام حالة عدم انتظام سلطات التسيّير في شركة التوصية. و قبل التعرض إلى مسألة إثبات العلاقة بين مخالفة هذا المبدأ و إسناد صفة المسيّر الفعلي إلى الشريك الموصي ينبغي توضيح نطاق هذه القاعدة و الغاية من تقريرها.

أ- نطاق تطبيق قاعدة الحظر

يسري مبدأ حظر التدخل في تسيير شركة التوصية البسيطة كذلك على شركة التوصية بالأسهم. حيث تقضي الفقرة الأخيرة من المادة 715 ثالثا من القانون التجاري الجزائري و كذا الفقرة الثانية من المادة 1-226 من القانون التجاري الفرنسي [3] بتطبيق الأحكام المتعلقة بشركة التوصية البسيطة على شركة التوصية بالأسهم نظرا للتقارب الموجود بين القواعد المنظمة لكليهما.

و لا ينبغي التمييز بين الشركاء الموصين سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين الحظر مفروض على الجميع. وبالتالي، لا يجوز لأي شريك موصي في شركة التوصية أن يتدخل في إدارة هذا الشخص المعنوي. كما ليس له الحق في ذلك و لو وافق جميع الشركاء

[1]- أنظر كذلك الفصل 25 من قانون الشركات المغربي ، الفصل 71 من مجلة الشركات التونسي ، المادة 43 من قانون الشركات الأردني .

[2]- شركة التوصية البسيطة هي شركة تضم فئتين من الشركاء تختلف حقوقهم و التزاماتهم : الشركاء المتضامنين و هم تجار و هم في مركز الشركاء المتضامنين و هم مسؤولين من غير تحديد عن ديون الشركة و الشركاء الموصين تكون مسؤولية محدودة بقدر الحصة المقدمة في الشركة كما هو الحال في شركة ذات المسؤولية المحدودة و شركة المساهمة و بالتالي لا يتمتع الشريك الموصي بصفة التاجر.

[3] - Art. L. 226-1 al. 2 : « *Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés en commandite simple et les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 225-17 à L. 225-93, sont applicables aux sociétés en commandite par actions* ».

المتضامنين و الموصين، فإدارة الشركة تكون جائزة للشريك المتضامن أو لشخص غير الشريك فقط[1].

يتعلق الحظر أساسا بالتدخل في الإدارة الخارجية لشركة التوصية[2] . وقد تشمل هذه الأعمال عمليات شراء أو بيع لوازم أو المنتجات باسم الشركة ، أو التوقيع على الأوراق التجارية و كذا الاجراءات التي يتخذها من أجل الحصول على قرض للشركة ، أو بيع محل تجاري خاص بالشركة ، وتمثيل هذه الأخيرة من قبل الشريك الموصي أمام المحكمة التي تنظر في إجراءات الإفلاس أو التسوية القضائية[3]. و ينحصر مبدأ حظر التدخل على الأعمال التي يتصرف بموجبها الشريك الموصي مع الغير باسم و لحساب الشركة.

و استثناءا من القاعدة ، يجوز للشريك الموصي ممارسة الإدارة الداخلية لشركة التوصية لأن هذا النشاط لا يجعله في اتصال مع الغير ، بإسم الشركة. و كأي شريك يتمتع الشريك الموصي بسلطة ممارسة الرقابة على الشركة[4]. كما يمكنه المشاركة في نشاط الشركة كعامل. ولذلك فإنّ مبدأ حظر التدخل لا يؤدي إلى الاستبعاد التام للشريك الموصي من سير شركة التوصية ، بل يترك ببساطة الإدارة الخارجية منحصرة على الأشخاص الوحيدين الذين يخولهم القانون تلك السلطة.

ب- الغاية من تقرير قاعدة الحظر

يقوم مبدأ حظر تدخل الشريك الموصي في تسيير شركة التوصية على أساس فكرتين أساسيتين. من ناحية، الحرص على حماية الغير الذي قد يسيء فهم صفة الشريك الموصي، ويعتقد أنه شريك متضامن، وملزم بديون الشركة. ولذلك، يقتصر الحظر على أعمال الإدارة التي يتصرف بموجبها الشريك الموصي مع الغير، باسم و لحساب شركة التوصية. وهو لا

[1] – سميحة القيلوبي،الشركات التجارية، الطبعة الخامسة ،دار النهضة العربية للنشر، القاهرة،2011.ص 378

[2]– سميحة القيلوبي،المرجع السابق ،ص 380 ، عمورة عمار، المرجع السابق، ص218.

[3] - CA Poitiers 9 févr. 1999, *Juris-Data* n° 1999-115085.

[4]– عمورة عمار، المرجع السابق،ص 219.

ينطبق إلا على الشركة التي تتواجد فيها هذه الصفة و لذلك يمكن للشريك الموصي أن يدير شركة توصية أخرى يتمتع فيها بصفة الشريك المتضامن و في أي نوع آخر من الشركات.و بالنتيجة ، يستند مبدأ حظر تدخل الشريك الموصي إلى إرادة المشرع في ضمان حماية الأشخاص الذين يتعاملون مع شركة التوصية[1].

ومن ناحية أخرى، فإن مبدأ حظر تدخل الشريك الموصي في إدارة شركة التوصية يستند إلى رغبة المشرع في الحفاظ على استقلالية الشركاء المتضامنين ، الذين يتمتعون بسلطة تسيّير شركة التوصية البسيطة، مقارنة بالشركاء الموصيين اللذين تم اختيارهم للمشاركة في أرباح الشركة و لكن دون التدخل في إدارتها. ذلك أنّ الشريك الموصي يكون مسؤولا عن ديون الشركة في حدود الحصة المالية التي يقدمها في رأسمال و قد يوحي تدخله في الإدارة على أنه شريك متضامن.[2]

وعلاوة على ذلك ، مادام أنّ الشركاء المتضامنون يسألون من غير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة ، فإنّ هذا الحظر يحافظ على الذمة المالية للشركاء المتضامنين من الآثار الضارة التي يمكن أن يتعرضوا لها من جراء التسيّير الخارجي للشريك الموصي[3] و بموجب الفقرة الأولى من المادة 563 مكرر 05 من القانون التجاري الجزائري ، لا يجوز للشركاء الموصين في شركة التوصية المساهمة في الإدارة الخارجية لتلك الشركة. و نتيجة لذلك، فإن السلطة الإدارية الخارجية التي يمارسها الشريك الموصي غير منتظمة بطبيعتها لأنها تشكل مخالفة لقاعدة قانونية من النظام العام ، بغض النظر عما إذا كان لهذا التدخل آثار إيجابية على الشركة أم لا.

إنّ تدخل الشريك الموصي يشكل ممارسة سلطة التسيّير من قبل الشريك الموصي لأنّ التسيّير الخارجي للشركة يعتبر في نظر القضاء مثل النشاط الذي يظهر أنّ الشخص القائم

[1]– فؤاد معلال، المرجع سابق، ص 81 و ص 82 ، هاني دويدار، المرجع السابق ، ص 479.

[2]– فؤاد معلال،المرجع السابق،ص 21 و ص79.

[3]– هاني دويدار، المرجع السابق، ص 480.

به يتمتع بسلطة اتخاذ القرار في إدارة شؤون الشركة. و من ثم هل يجوز عندئذ القول على أنّ مخالفة الشريك الموصي لمبدأ حظر التدخل يشكل في حقيقة الأمر إدارة فعلية لتلك الشركة من قبل هذا الشريك ؟

تنص الفقرة 2 من المادة 563 مكرر 05 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: " في حالة مخالفة هذا الحظر، يتحمل الشريك الموصي ،بالتضامن مع الشركاء المتضامنين ،ديون الشركة و التزاماتها المترتبة عن الأعمال المحظورة. و يمكن أن يلتزم بالتضامن بكل التزامات الشركة أو بعضها فقط حسب عدد أو أهمية هذه الأعمال المحظورة " بمعنى يعتبر الشريك الموصي المتدخل في التسيّير في حكم الشريك المتضامن و تكون مسؤوليته التضامنية بحسب عدد الأعمال المخالفة و جسامتها و للقاضي سلطة تقديرية في تحديد نطاق هذه المسؤولية[1].

و بالنتيجة حتى و لو قام الشريك الموصي بعمل واحد من أعمال التسيّير الخارجية يمكن اعتباره تدخلا في إدارة شركة التوصية ، لأن هذا التدخل قد يكون له آثار مهمة بالنسبة الشركة. و لذلك فإنّ تعدد أعمال التدخل و أهميتها ليستا سوى ظروف مشددة لمسؤولية هذا الشريك و ليستا شروط للاعتراف بهذا التدخل. لذلك ، يعترف المشرع بنوعين من التدخل للشريك الموصي في تسيير شركة التوصية و ينص على الجزاء المقرر لكل منهما[2]: التدخل المؤقت و التدخل الدائم أو المعتاد.

عموما، ترفض المحاكم تكييف تدخل الشخص مرة واحدة في تسيير شركة ما على أنه إدارة فعلية. و تشير في العديد من الأحكام إلى أنّ صفة المسير الفعلي لا يمكن استنتاجها من فعل منعزل من أعمال التدخل أي التدخل المؤقت[3] ولكنها تفترض وجود ممارسة معتادة لأعمال التسيّير في الشركة ونتيجة لذلك، يتضح أن صفة المسير الفعلي ترتبط بتحقيق

[1]– إلياس ناصيف ، المرجع السابق، ص51 .

[2]– مسؤولية الشريك الموصي هي مسألة يحددها القاضي بالنظر إلى النتائج الضارة المترتبة عن بعض أعماله في التدخل .

[3] - C.A Paris, 6 oct. 2000, *Bull. Joly 2001*, p. 33 ; CA. Toulouse, 11 mars 1993, *JCP*. 1993, IV, n° 1625 .

تدخل معتاد في إدارة الشركة. ولذلك، فإن تدخل الشريك الموصي في الإدارة الخارجية لشركة التوصية يمكن وصفه بالإدارة الفعلية فقط إذا كان ذلك معتاداً. وفي هذه الحالة، تتحدد صفة المسير الفعلي لهذا الشريك[1]. و عليه يعتبر ركن الاعتياد أو التكرار[2] شرطاً أساسياً للاعتراف بصفة المسيّر الفعلي.

يوجد مقاربة فقهية بين لإدارة الفعلية و التدخل المحظور في المادة 563 مكرر 05 من القانون التجاري الجزائري ، وهذا التمييز يستند على مدى النشاط الإداري المنجز. و تدخل الشريك الموصي في التسيير لا يثبت بالضرورة صفة المسير الفعلي لذلك الشريك لأنّ هذا الوصف يتطلب أن يكون هذا التدخل متكرر. وبالتالي ، فإن النظام القانوني لمبدأ حظر تدخل الشريك الموصي هو نظام مستقل و مخالفة هذا الحظر يستتبع معه تطبيق قواعد المسؤولية التي يحددها المشرع صراحة ، دون الحاجة إلى اللجوء إلى نظرية المسيّر الفعلي.

ثانيا: تدخل الشركاء أصحاب الأغلبية و / أو الشريك الوحيد

قبل أن نتطرق إلى دراسة مسألة تدخل الشركاء الأغلبية و الشريك الوحيد في الإدارة عندما تكون الشركة في حالاتها العادية وعندما تكون في حالة إفلاس أو تسوية قضائية يتعين أولا أن نحدد مفهوم الشريك و سلطاته في المراقبة.

أ- تحديد مفهوم الشريك و سلطاته في المراقبة

في غياب تعريف قانوني، يُعرَّف الشريك عموما بأنه الشخص الذي يساهم في تكوين عقد الشركة من خلال قيامه بتقديم حصص للمشاركة في الأرباح و الخسائر الناتجة عن

[1]- وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا في المادة الجزائية يقضي بإضفاء صفة المسير الفعلي على الشريك الموصي الذي مارس بكل حرية الإدارة الفعلية لشركة التوصية بالأسهم، حيث أنّ وصف المسير الفعلي في هذه الحالة كانت شرطا ضروري لتطبيق العقوبات الخاصة بجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة على الشخص المعني بالأمر ، أنظر حول ذلك:
Cass. crim. 23 févr. 2005, pourvoi n° 04-82821, *inédit*

[2]- أنظر في هذا الخصوص، الممارسة الاعتيادية لنشاط المسيّر الفعلي ، ص 147 و ما بعدها من هذا البحث.

ذلك. و تتمثل صلاحياته الأساسية هي المشاركة في سير و نتائج الشركة. ويجوز للشريك أن يتخذ صفة العامل الأجير[1] في الشركة أو تسييرها إذا كان قد تم اختياره بانتظام لممارسة هذه السلطة.[2]

و السلطات الملازمة لصفة الشريك تكمن في سلطة مراقبة نشاط المسيرين في الشركة. ويجب على الشريك ، عند ممارسته لسلطته الرقابية ، سواء خارج الهيئات الرقابية أو داخلها مثل الجمعية العامة أو مجلس المراقبة ، ألا يتدخل في صلاحيات المسيّرين في الشركة[3]. فالشريك ، حتى ولو كان يمثل الأغلبية أو شريك و حيد ، يجب عليه ألا يتدخل في إدارة الشركة. وفي حالة عدم القيام بذلك، فإنه يواجه خطر اعتباره مسيّرا فعلياً مع ما يترتب على ذلك من نتائج قد تفرضها عليه هذه الصفة.

ب- تداخل النشاط الرقابي للشريك مع صلاحيات المسيرّ

من الناحية العملية، قد يتداخل النشاط الرقابي لأغلبية الشركاء أو الشريك الوحيد مع ممارسة صلاحيات المسيّر ، و غالبا ما يكون المتدخل في شؤون إدارة الشركة هو الشريك صاحب الأغلبية الذي يمتلك أغلبية الحصص أو الأسهم ، فيقوم بإدارة الشركة من أجل الحفاظ على مصالحه ، و ذلك باستخدام شخص يقوم بالتسيير لحسابه ، و هنا يعتبر هذا الشخص الذي يظهر ممثلا للشركة مسيرا فعليا حتى و لو قام بالتسيير بأمر من الشريك ، و لا يعتبر القاضي هذا الشريك مسيرا فعليا نظرا لصعوبة الفصل بين ما قام به و بين حقه في

[1]- لا تتعارض صفة الشريك في شركة ذات مسؤولية محدودة مع صفة الأجير في الشركة ، شريطة أن لا يتجاوز الشخص المعني صلاحياته كشريك ، و ألا يتدخل في التسيّير، كذلك مهامه المأجورة تمارس في إطار حالة تبعية حقيقية تجاه المدير.
Cass. com. 28 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 256, p. 201

[2]- تنص المادة 615 من ق.ت.ج على ما يلي : " لا يجوز للأجير المساهم في الشركة أن يعين قائما بالإدارة إلا إذا كان عقد عمله سابقا بسنة واحدة على الأقل لتعيينه و مطابقا لمنصب العمل الفعلي دون أن يضيع منفعة عقد العمل ".

[3]- في شركة التضامن يمكن للشركاء المتضامنين تسيّير الشركة عندما لا ينص القانون الأساسي على تعيين المدير و هذا ما تقضي به المادة 553 من ق.ت.ج و كذا المادة 221-3 من ق.ت.ف.

التدخل و الرقابة المرتبط بالأسهم التي يمتلكها.[1] . و من ثم تكمن الصعوبة في فصل الرقابة الصارمة عن التدخل في تسيير الشركة.

وبالنسبة للقضاء، " فإنّ صفة الشريك، حتى ولو كان من أصحاب الأغلبية ، لا يتخطى بالضرورة صفة المسيّر الفعلي، لأنه لا يمكن اعتباره في حد ذاته ضمنياً مشاركة فعالة في تسيّير الشركة "[2]. وهذا يعني أنه حتى الشريك الذي يتمتع بالأغلبية لا يمكن وصفه كمسيّر فعلي إلا إذا كان قد تدخل في إدارة الشركة. و على ذلك يستبعد القضاء من نطاق التسيّير الفعلي الشركاء المالكين لأغلبية الحصص في الشركة حتى و لو تجاوزت هذه الملكية أكثر من نصف الحصص أو الأسهم ، فإن حقهم في الرقابة على الشركة و تمتعهم بحقوق واسعة لا يعني أنهم يملكون كل السلطات فيها[3].

لذلك ينبغي تفادي الخلط بين التسيّير الفعلي و الرقابة التي يجريها الشريك[4] و في هذا الصدد قضت محكمة استئناف باريس بعدم اعتبار الشريك الذي يمتلك أغلبية الحصص في الشركة ذات المسؤولية المحدودة مسيّرا فعليا لأنّ امتلاكه لأغلبية الحصص لا يخول له حق التسيّير خاصة في حالة عدم قيامه بتصرفات إيجابية للتدخل في إدارة الشركة فلا يمكن معه اعتباره مسيّرا فعليا.[5]

أما بالنسبة للشريك الوحيد ، أكدت محكمة النقض من جديد، في قرارها الصادر في 12 جويلية 2005، أنه في غياب دليل يثبت التدخل في إدارة الشركة ، لا يمكن اعتبار

---

[1] - MAURICE COZIAN , *Droit des sociétés commerciales*, lexis-nexis, Paris, 2012 , p. 159.

[2]– و بهذا المعنى حتى لو كان الشريك يملك 50 **%** من الأسهم و الحصص لا يمكن أن نفترض فيه صفة المسيّر الفعلي للشركة .

C. A. Paris, 6 oct. 2000, *Bull. Joly* janv. 2001, § 6, p. 32

[3] -Y.GUYON , *Droit des affaires droit commercial et sociétés*, t.1, 6éme éd Economica , Paris, 1991, p. 429.

[4]– كمال العياري، المسير في الشركات التجارية ،شركات الأشخاص و الشركات ذات المسؤولية المحدودة، ج.1 ، مرجع سابق، ص 19.

[5]– زكري إيمان ، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، 2016/ 2017 ، ص 252.

الشريك الوحيد في شركة ذات مسؤولية محدودة بأنه المدير الفعلي لتلك الشركة[1]. هنا عندما، تكون الشركة في حالة إفلاس. وعندما تكون الشركة في حالة يسر فإنّ المحكمة تشترط أيضا وجود دليل إثبات على تدخل ذلك الشريك في إدارة الشركة[2]و هذا من أجل استخلاص صفة المسيّر الفعلي تجاه الشريك الوحيد أو غالبية الشركاء.

وهكذا، سواء كانت الشركة خاضعة للإجراءات الجماعية لعدم تسديد ديونها أو كانت في حالة عادية ، تؤكد الاجتهادات القضائية باستمرار أن صفة المسير الفعلي ليست نتيجة لصفة الأغلبية أو الشريك الوحيد للشركة ، بل نتيجة للمشاركة الفعلية و غير المبرّرة لذلك الشريك في إدارة الشركة. ولا تعني صفة الأغلبية أو الشريك الوحيد للشركة أنّ الشخص المعني يدير ذلك الشخص المعنوي و لكنها توفر وسائل التدخل في الإدارة أو على الأقل تسهلها لأن مثل هذا الشريك يتمتع بتأثير كبير في الشركة ويمكنه استخدام هذه الميزة لممارسة السلطات التي يتمتع بها المسيّرين الاجتماعيين.

ولذلك، فإن الأمر متروك لقضاة الموضوع لوضع خط فاصل بين ما هو من خصائص ممارسة السلطات المعترف بها للشريك و ما يشكل تدخل في إدارة الشركة ، الدليل على التدخل يكون وفقا لنفس المعايير ، سواء كانت الشركة تخضع لإجراء جماعي لعدم سداد الديون أو تعمل بشكل طبيعي.

و لاتخاذ قرار بأن الشريك قد تدخل في إدارة الشركة ، يجب على قضاة الموضوع أن يثبتوا أن الأعمال المنسوبة إليه تشكل أفعالا إيجابية من أعمال الإدارة. وفي حالة عدم خضوع الشركة لإجراءات جماعية لعدم تسديد الديون أيدت محكمة النقض قضاة الموضوع الذين اعتبروا أن الشريك المتمتع بأغلبية في شركة ما قد تدخل في إدارة هذا الشخص

[1]– التصفية القضائية للشريك الوحيد في المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة بصفته مسيّرا فعليا لها.

Cass. com. 12 juill. 2005, *Bull. Joly 2006*, n° 1, p. 34.

[2] - Cass. crim., 12 déc. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 252, § 80, note Y. STREIFF. Cass. crim. 16 oct. 2002, pourvoi n° 01-87298, inédit

المعنوي من خلال ضمان إدارته وعلاقاته مع البنوك و الموردين و الزبائن عن طريق وكالة رسمية[1].

وبالمثل، صدر قرار عن محكمة النقض بتاريخ 13 سبتمبر 2006 يؤيد كذلك قضاة الموضوع لاعترافهم بتدخل الشريك المالك للأغلبية في شركة ما قيد التصفية القضائية و إثبات " توقيعه على الوثائق الإدارية الخاصة بالشركة، و لا سيما التصريح بالضريبية...".[2]

وفي القضيتين المعروضتين على محكمة النقض، أثبت قضاة الموضوع الوقائع التي سمحت لهم بتأكيد أن الشريك، صاحب هذه الوقائع، قد خالف مبدأ حظر التدخل في إدارة الشركة، وأنه مارس سلطة اتخاذ القرارات العامة في إدارة شؤون الشركة. إن تحديد أعمال التسيير التي تنسب إلى الشريك يؤدي ، كما هو الحال بالنسبة لأي شخص، إلى الاعتراف بمشاركة ذلك الشريك، سواء كانت الشركة في حالة عادية أو تخضع لإجراء جماعي لعدم تسديد الديون. و لكن السؤال المطروح هل الحل هو نفسه إذا كان التدخل في إدارة الشركة، حسب الفرضية، صادر من الشريك ، شخص معنوي ، ينتمي إلى نفس التجمع الذي تنتمي إليه تلك الشركة؟

ثالثا : تدخل الشركة الأم في تسيّير شركاتها التابعة في مجمع الشركات

تنشأ علاقة الشركة الأم بالشركات التابعة في إطار ما يسمى بمجمع الشركات و هذا المجمع يتميز بأنه ينشأ دون عقد بين أعضائه و لا يكتسب الشخصية القانونية مطلقا و ليست له هياكل مداولة أو تسيير أو رقابة خاصة به ، كما يتميز بوجود تركيز للقرار داخله بفضل علاقة الهيمنة التي تمارسها شركة تسمى بالشركة الأم على بقية الشركات داخله ، و هذه الهيمنة مردها مسك الشركة الأم نسبة هام من رأس مال أو تملكها لحقوق التصويت في مجمل الشركات المنتمية إلى المجمع بما يمكنها من السيطرة الفعلية على عملية اتخاذ

[1] - C. A. Paris, 23 mai 1997, *BRDA* 1997, n° 18, p. 2 .
[2] - Cass. crim. 13 sept. 2006, pourvoi n° 05-86489, inédit.

القرار داخل الشركة التابعة و من احتلال مراكز التسيير و الإدارة داخلها ، فتتمكن بذلك من تمرير القرارات و التوجيهات التي تريدها دون حاجة إلى التقنية التعاقدية.[1]

تحتفظ الشركات التجارية العضوة في المجمع [2] أو المرتبطة فيما بينها بالمساهمات باستقلالها القانوني الكامل[3] و لكن هناك علاقة وثيقة جدا بين هذه الشركات. و عليه، عندما تخضع إحدى هذه الشركات لإجراءات جماعية ، كثيرا ما يحاول الأعضاء الخاضعين لهذه الإجراءات و كذا الدائنين إثبات أن شركة أخرى في نفس المجمع أو الشركة الأم قد تدخلت في تسيّير الشركة التي تكون في حالة إفلاس. و هذا الأمر قد يؤدي بالمحكمة إلى إسناد صفة المسير الفعلي للشركات التي ساهمت في إدارة الشركة التي تواجه صعوبات مالية ، من أجل تحميل المسيّر الفعلي المسؤولية ، عن كل أو جزء من ديون تلك الشركة.

و السؤال الذي يطرح نفسه هو ما إذا كانت العضوية في نفس مجمع الشركات أو صفة الشركة الأم عامل يمكن أن يؤدي إلى الاعتراف بالتدخل في تسيّير شركة أخرى أو الشركة التابعة ؟

حيث أنه بتاريخ 25 فبراير 2004 [4] صدر قرار عن محكمة النقض الفرنسية يقضي بعدم قبول الطعن الموجه من قبل دائن شركة تابعة ضد القرار الصادر عن محكمة استئناف الذي رفض الاعتراف للشركة الأم بصفة المسيّر الفعلي لتلك الشركة التابعة و في هذه الحالة ، أثبت الدائن أن الشركة الأم و الشركة التابعة لها يستعملان نفس العلامة ، و

[1] – أحمد الورفلي ، الوسيط في قانون الشركات التجارية الطبعة الثالثة مجمع الأطرش للكتاب المختص تونس 2015 ،ص471

[2]– يتميز مجمع الشركات بوجود حالة من التبعية بين مختلف أعضائه وهو يتكون من عدة شركات مستقلة عن بعضها البعض أو توضع تحت إشراف واحدة منها تسمى الشركة الأم أو الشركة القابضة. تحتفظ الشركات العضو في المجمع ، مثل أي شركة تجارية أو مدنية ، باستقلالها القانوني الكامل بغض النظر عن درجة التبعية التي تربطهم ببعضهم البعض أو بالشركة الأم.

Le droit OHADA est plus précis puisque selon l'article 173 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique du 17 avr. 1997 entré en vigueur le 1er janvier 1998 : *« Un groupe de société est l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres ».*

[3]– تطبيقات قضائية حول مبدأ الاستقلالية القانونية للشركات العضوة في المجمع :

Cass. com., 28 mai 1991, *Rev. sociétés*, 1991, p. 764 ; Cass. com., 9 mai 1995, *RJDA*, 1995/11, p. 979, no 1262 ; CA Paris, 29 nov. 1962, *D.*, 1963, jur., p. 648, note J.-M. VERDIER.

[4] - Cass. civ. 25 févr. 2004, *Bull. Joly* 2004, n° 5 p. 666, note J.-P. DOM.

بالأخص، أن رئيس مجلس المديرين في الشركة الأولى شارك في مجلس إدارة الشركة الثانية ، وأنه قرر بصفة انفرادية وقف أنشطة الشركة التابعة و المباني التي تستأجرها الشركة هذه الأخيرة. وعلى الرغم من أهمية هذه العناصر، إلا أن محكمة النقض أيدت محكمة الاستئناف لعدم تمسكها بوصف تدخل الشركة الأم في تسيّير الشركة التابعة لها. و يمكن تفسير رفض القضاة بوصف الأعمال المنجزة من قبل الشركة الأم في إدارة الشركة التابعة بأنها تدخل في التسيير بالنظر في الصلات بين الشركتين.

و في الواقع هناك علاقة وثيقة جدا بين الشركة الأم و الشركة التابعة لها من حيث تكوين رأس المال، وتنظيم الإدارة، والمراقبة على الشركة، بل وحتى السياسة العامة. وفي كثير من الأحيان، تدمج إدارة الشركة التابعة في استراتيجية شاملة للمجمع و لذلك ، فإن الشركة التابعة تتمتع باستقلالية نسبية لأنها يجب أن تتطور بالانسجام مع الأعضاء الآخرين في المجمع .

ويفترض أن قرار محكمة النقض الصادر في 25 فبراير 2004 يميز بين العناصر المميزة لتدخل الشركة الأم في إدارة شركة التابعة و أعمال الحوكمة داخل مجمع الشركات. فأعمال التسيّير المنسوبة إلى الشركة الأم ، و المتعلقة بوقف أو إنهاء نشاط الشركة التابعة المتعثرة و إخلاء المباني المستأجرة ، هي مسألة تتعلق بالحوكمة الرشيدة و لا تعتبر تدخلا في إدارة الشركة التابعة لها.[1] ولكن التمييز بين أعمال التسيّير و أعمال الحوكمة الرشيدة للشركة هو تمييز سطحي.

بشكل عام ، جميع الأعمال التي تقوم بها الشركة الأم قد تتعلق في بعض الأحيان بتسيير الشركات التابعة لها. حيث أنّ التصرفات التي قام بها مسيّر الشركة الأم يتلائم و معايير أعمال التسيّير. لذلك تكيّف أعمال التسيّير أو الإدارة من قبل المحاكم على أنها " الأعمال التي تدخل في اختصاص المسيّر الاجتماعي و الذي يتطابق مع مصلحة

[1] - CA Paris, 3éme ch. sect. C, 7 févr. 1997, *Bull. Joly* 1997, n° 5, p. 480.

الشركة ." [1] و لا جدال في أن قرار وقف نشاط الشركة التابعة ، من جهة، و الإخلاء اللاحق بالمباني التي تستأجرها الشركة التابعة ، من جهة أخرى ، هما عملان يكشفان عن وجود سلطة لاتخاذ القرارات العامة لصالح الشركة الأم في إدارة الشركة التابعة.

وعلاوة على ذلك ، تم اتخاذ هذه القرارات من جانب الشركة الأم من أجل تجنب تفاقم ديون الشركة التابعة لها و لذلك فهي لا تتعارض مع مصلحة الشركة. و من ثم فإن التصرفات المنسوبة إلى الشركة الأم هي أعمال إدارية. و هذه الأخيرة تثبت تدخل صاحبها في تسيّير الشركة لأنها تمت بدون وجه حق. ومن المحتمل أن تؤدي إلى إسناد صفة المسيّر الفعلي إلى الشركة الأم . و بالتالي ، يمكن القول أنه يجوز للشركة أن تتدخل في إدارة شركة أخرى عندما تقوم بأعمال تتعلق بإدارة هذه الشركة من خلال شخص يتصرف تحت مراقبتها.

كذلك لا تقدر المحاكم بنفس الطريقة تدخل شركة في تسيّير شركة أخرى تنتميان إلى نفس المجمع وعندما تكون إحداهما أجنبية عن الأخرى ، ففي الحالة الثانية كثيرا ما تعترف المحاكم بتدخل شركة في إدارة شركة أخرى وتصف هذا التدخل بأنه تسيّير فعلي إستنادا إلى مبدأ استقلالية الأشخاص المعنوية و مبدأ حظر التدخل في إدارة الشركات.

ومن ناحية أخرى ، كثيرا ما لا تعترف المحاكم في مجمع الشركات بالتدخل عندما يكون النشاط الإداري غير المبرر للشركة مقترن بالحفاظ على مصالح تلك الشركة و متطلبات الحوكمة الرشيدة للمجمع لأن هذا التدخل ، حتى و إن كان يشكل تسيّير حقيقي للشركة ، لا يؤدي في الكثير من الأحيان إلى الاعتراف بالإدارة الفعلية[2]. و لذلك فإن جميع أشكال التدخل لا تعتبر إدارة فعلية.

[1] - Cass. com., 12 janvier 1993, *JCP*. 1993. II. 22029, note Y. GUYON .

[2]– في هذه الحالة ، فإنّ العديد من المصالح لا تكون محمية بشكل جيد ، و هذا هو الحال بالنسبة لمصالح الغير، و لاسيما اذا كانت الشركة المتدخل في تسيّيرها تخضع لإجراءات جماعية بسبب النقص في أصولها.

فعند تقدير تدخل شركة في إدارة شركة أخرى من نفس المجمع ، تطبق المحاكم بدقة موقف الاجتهادات القضائية بأن صفة المسير الفعلي لا تستخلص من صفة الأغلبية أو الشريك الوحيد للشركة بل من قيام ذلك الشريك بأفعال إيجابية لإدارة الشركة[1]. وهكذا تؤكد محكمة النقض أنه لا يوجد قط افتراض للإدارة الفعلية و أي مسيّر في الشركة الأم ليس بالضرورة أن يكون المسيّر الفعلي للشركة التابعة ، حتى و إن كانت الشركة الأم تملك 99 % من رأس المال[2]. و حتى يمكن القول أنّ الشركة الأم أو مسيّرها قد تدخل فعليا في إدارة الشركة التابعة ، يتعين على قضاة الموضوع أن يثبتوا أن الشركة الأم أو مسيّريها قد قاموا بالفعل بإدارة الشركة التابعة. و هذا ما استقرت عليه أيضا البلدان الأعضاء في منظمة تنسيق قانون الأعمال في أفريقيا ، على خلاف ما يؤكده جانب من الفقه[3] .

إنّ المادتين 174 و175 من القانون المتعلق بالشركات التجارية و تجمع المصالح الاقتصادية المعروف بقانون" OHADA "، تحكم العلاقة بين الشركات التي تنتمي إلى نفس المجمع[4]. ووفقاً للمادة 174، " إن مراقبة الشركة هي الحيازة الفعلية لسلطة صنع القرار داخل تلك الشركة ". كما تنص المادة 175 على أنه "يفترض أن الشخص الطبيعي أو المعنوي يمارس رقابته على شركة ما : عندما يكون حائزا، بصورة مباشرة أو غير مباشرة أو عن طريق شخص، أكثر من نصف حقوق التصويت في الشركة بموجب اتفاق أو اتفاقات مع شركاء آخرين لتلك الشركة."

و بالنسبة للفقيه TIGER [5]، " من الواضح أن الحيازة الفعلية لسلطة صنع القرار تشكل " التدخل الفعال في الإدارة " الذي تتصف به الإدارة الفعلية. ووفقاً لهذا الفقيه " هناك بالتالي تطابق دقيق بين مفهومي المراقبة في قانون الشركات و الإدارة الفعلية في قانون

[1]– تدخل الشركاء أصحاب الأغلبية و /أو الشريك الوحيد في تسيّير الشركة ، أنظر ص 108 و ما بعدها من هذا البحث.

[2] - Cass. com. 2 nov. 2005, *Bull. Joly*, 01 avr. 2006 n° 4, p. 469, note F.-X. LUCAS.

[3]- P. TIGER, *Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'Ohada, Petites affiches*, 13 oct. 2004, n° 205, p. 35.

[4] - L'article 173 de l'AUSCGIE définit le groupe de sociétés comme un ensemble « *formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres* ».

[5] -P. TIGER, *op. cit.*p.35.

الإجراءات الجماعية ". و في نهاية المطاف، يرى هذا الفقيه بأن الجمع بين هذه المواد يضع قانون OHADA في تعارض مع القضاء الفرنسي الذي يؤكد على أن صفة المسيّر الفعلي ليست مفترضة بل واجبة الاثبات من قبل المدعي.[1]

حسب هذا القانون ، لا يوجد علاقة بين المراقبة على الشركة والإدارة الفعلية. بطبيعة الحال، تنص المادة 174 أعلاه على أن " الرقابة على الشركة هي الحيازة الفعلية لسلطة صنع القرار داخل تلك الشركة ". غير أن المشرع لم يبين ما إذا كانت سلطة صنع القرار في إدارة الشركة أو في الرقابة على أجهزة الإدارة. و يجوز أن يمتلكَ شخص في أي من أجهزة الشركة هذه السلطة. لذلك لا يجوز استنتاج أنّ سلطة اتخاذ القرار التي أشار إليها المشرع في قانون" OHADA " ترتبط بالضرورة بتسيّير الشركة. حتى لو كانت سلطة صنع القرار في إدارة الشركة ، فإن الشخص الذي سيتمسك بتلك السلطة لا يمكن وصفه بأنه مسير فعلي إلا إذا كان قد مارس تلك السلطة بالفعل، أي إذا كان قد تدخل فعلا في إدارة الشركة التي يتولى رقابته عليها.

وبالتالي، وفقا لهذا القانون فإن مجرد امتلاك سلطة اتخاذ القرار في إدارة الشؤون الاجتماعية لا يكفي لإثبات صفة المسير الفعلي في الشخص الذي يمارس رقابته على شركة ما. وبالإضافة إلى ذلك، يجب على هذا الشخص استعمال هذه السلطة، أي يتدخل في إدارة الشركة من خلال القيام بأعمال التسيير في الشركة من أجل أن يتم إسناد صفة المسير الفعلي إليه والنتيجة هي أنه في قانون" OHADA " ، كما هو الحال في القوانين و الأنظمة القانونية الأخرى ، لا يفترض التدخل ولكن يجب إثباته من خلال الوقائع التي تثبت أن الشخص قد مارس من حيث الواقع سلطات التسيّير في الشركة عندما لا تكون هذه السلطات قد أسندت إليه بصورة قانونية ، فوجود نشاط إداري أيضا يشكل شرط لتدخل الهيئات الرقابية في تسيير الشركة كمندوب الحسابات مثلا.

[1] - Cass. com., 13 avr. 1970, pourvoi n° 68-10.816, *Bull. Joly* 1970, p. 347.

البند الثاني : تدخل مندوب الحسابات

من أجل تنظيم الجهاز الوظيفي في الشركة و الفصل بين السلطات ، سعت غالبية التشريعات إلى إيجاد السبل القانونية من أجل تحقيق غرضها و ذلك من خلال تقرير مبدأ حظر تدخل مندوب الحسابات في تسيير الشركة التي يمارس فيها مهامه كمراقب و قد اعترف المشرع الفرنسي صراحة بهذا المبدأ من خلال قانون الشركات و أكد عليه من خلال المادة 823-10 من القانون التجاري الفرنسي[1]

كما كرسه بعد ذلك المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي 93-08 المذكور سابقا في الفقرة الأولى من المادة 715 مكرر 04 من القانون التجاري الجزائري و التي جاء فيها : " و تتمثل مهمتهم الدائمة ، باستثناء أي تدخل في التسيير، في التحقق في الدفاتر و الأوراق المالية للشركة و في مراقبة انتظام حسابات الشركة و صحتها ...." و كذا المادة 23 الفقرة الأخيرة من القانون المنظم للمهنة [2] التي تنص على ما يلي : " و تخص هذه المهام فحص قيم وثائق الشركة أو الهيئة و مراقبة مدى مطابقة المحاسبة للقواعد المعمول بها ، دون التدخل في التسيير" .

هذه النصوص القانونية تحظر صراحة تدخل مندوب الحسابات في إدارة الشركات التي يؤدي فيها مهامه. و من ثم فإن تدخل مندوب الحسابات في تسيير الشركة يمكن اعتباره بمثابة تسيّير فعلي لتلك الشركة و لكن قبل دراسة هذه الوضعية ، يجب أولا توضيح نطاق هذا الحظر و الغرض منه.

[1]- L'alinéa 1 de l'article L. 823-10 du C.Com fr dispose : « *Les commissaires aux comptes ont pour mission permanente, à l'exclusion de toute immixtion dans la gestion, de vérifier les valeurs et les documents comptables de la personne ou de l'entité dont ils sont chargés de certifier les comptes et de contrôler la conformité de sa comptabilité aux règles en vigueur* ».

[2]- القانون رقم 10-01 المؤرخ في 29 يونيو 2010 يتعلق بمهن الخبير المحاسب محافظ الحسابات و المحاسب المعتمد ، ج.ر العدد 42 ، المؤرخة في 11 يوليو 2010 .

أولا : نطاق تطبيق قاعدة الحظر

إنّ القاعدة التي تحظر على مندوب الحسابات التدخل في تسيير الشركة الخاضعة لرقابته لها معنى مزدوج . فمن جهة ، يجب على مندوب الحسابات أن يمارس رقابته في حدود الصلاحيات المخولة له قانونا ، دون التعدي على دور المسير الاجتماعي أي لا يمكنه أن يقوم أثناء وكالته بأعمال التسيير بصفة مباشرة أو بواسطة الاشتراك أو الاحلال محل المسيرين[1]. و تحقيقا لهذه الغاية، يجب عليه أن يشير في تقريره إلى المخالفات وعدم الدقة التي يجدها في حسابات الشركة و لكنه لا يستطيع أن يقترح أو يقوم بهذه الأعمال بنفسه لتصحيح هذه المخالفات القانونية. ومع ذلك، بإمكانه أن يقدم للمسيرين النصائح بشأن المخالفات التي يلاحظها في الشركة ، كما يشير في تقريره الى ذلك [2].

كما تخوله المادة 715 مكرر11 من القانون التجاري الجزائري الحق في لفت انتباه المسيرين الاجتماعيين(رئيس مجلس الإدارة أو مجلس المديرين)، أو حتى الشركاء ورئيس المحكمة ، حول الوقائع التي يمكن أن تعرض بطبيعتها استمرارية الاستغلال في الشركة للخطر[3]. كما يجوز له أن يطلب توضيحات من رئيس مجلس الإدارة أو مجلس المديرين الذي يتعين عليه أن يرد على كل الوقائع التي من شأنها أن تعرقل استمرار الاستغلال. ومن جهة أخرى، يجب على مندوب الحسابات أن يمارس رقابته بنزاهة و حيادية . فهو لا يعتبر وكيلا عن الشركاء[4]، و لا حتى وكيلا عن المسيرين في الشركة. و ينبغي عليه أن لا يتدخل

[1]– عمورة عمار،المرجع السابق،ص 266

[2]– و قد قضت محكمة الاستئناف بباريس في قرارها الصادر بتاريخ 25 أفريل 1989 بعدم تحميل مندوب الحسابات المسؤولية على أساس أن هذا الأخير كان قد قام بإعلام المسيرين بأوجه القصور الموجودة في حسابات الشركة ، كما أنه قدم لهؤلاء النصيحة لتحسين الوضعية المالية للشركة

CA Paris, 25 avr. 1989 : *Bull. CNCC*, n° 77, mars 1990, p. 94

[3] - Art. L. 234-1 al 4 C. com.fr : « *Si, à l'issue de la réunion de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe de ses démarches le président du tribunal de commerce et lui en communique les résultats* ».

[4]– محمد سويلم، حوكمة الشركات في الأنظمة العربية و المقارنة بين التنظيم و المسؤولية التأديبية و المدنية و الجنائية، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2010، ص 325.

في العلاقات بين هؤلاء الأشخاص(علاقة الشركة مع الشركاء) و لا يصدر حكما بشأن مدى ملاءمة أعمال التسيير.

ثانيا : الغاية من تقرير قاعدة الحظر

يهدف مبدأ حظر تدخل مندوب الحسابات في تسيّير الشركة إلى ضمان استقلال هذا العضو في أداء مهامه بصفته كمراقب لها[1]. في الواقع لا يستطيع مندوب الحسابات أن يمارس دوره الرقابي بكل حرية وموضوعية و مع ذلك فإنّ المشرع يعترف له في بعض الأحيان بسلطة القيام ببعض الأعمال التي هي في الأصل من مهام المسيّر. و يتعلق الأمر بمهمة دعوة الجمعية العامة غير العادية للانعقاد و في الأصل استدعاء الشركاء إلى الاجتماع يكون من طرف مدير الشركة و إذا تعذر ذلك فيمكن أن يقوم مندوب الحسابات بذلك بدلا من المدير إذا كانت ظروف و أحوال الشركة توجب انعقادها و أهمل المديرون أو قصروا في دعوتها [2]

وبصرف النظر عن المهام التي يأذن بها المشرع ، فإن تدخل مندوب الحسابات في مجال نشاط المسير القانوني قد يشكل مخالفة لمبدأ حظر التدخل. لكن الاشكال يكمن في صعوبة إثبات تدخل مندوب الحسابات في شؤون الشركة ، خصوصاً عندما يقوم هذا الأخير بمهمة تعود في الأصل إلى المسيّرين الاجتماعيين ولكن المشرع يأذن له بأدائها. وهذا هو الحال عندما يقوم مندوب الحسابات باستدعاء الجمعية العامة ، إذا أغفلت الهيئة المختصة قانونا بذلك عن قصد أو إهمال،[3] و التي سبق شرحها ، كذلك عندما يقوم باتخاذ الإجراءات الخاصة المنصوص عليها في المادة 715 مكرر 11 من القانون التجاري الجزائري سالفة الذكر، هل ممارسة مندوب الحسابات لهذه المهمة يمكن أن يشكل تدخلا في تسيير الشركة

[1] -E.DU.PONTAVICE, *Le principe de non immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion à l'épreuve des faits* , Rev.soc, 1973 , p.599.

[2]– تنص المادة 715 مكرر 4 في ف 05 من ق.ت.ج على :" كما يمكنهم استدعاء الجمعية العامة للانعقاد في حالة الاستعجال".

[3]– عمورة عمار، المرجع السابق، ص 266.

التي يمارس رقابته عليها ؟ و هل ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إسناد صفة المسيّر الفعلي إلى هذا الجهاز الرقابي ؟ إذا كان الأمر كذلك، وفق أي شروط؟

وفي قضية عرضت أمام محكمة الاستئناف في فرساي بتاريخ 19 جانفي2006[1] أين طلب من القاضي البت في مدى صحة عقد الجمعية العامة من طرف مندوب الحسابات في شركة المساهمة . وفي هذه الحالة ، و بضغط من المساهمين أصحاب الأغلبية الذين كانوا يرغبون في عزل بعض المديرين من الشركة على وجه السرعة ، قام مندوب الحسابات بعقد الجمعية العامة للمساهمين التي تم من خلالها عزل رئيس مجلس الإدارة – الذي كان غيابه مبرر و تم اشهاره. وكانت المحكمة قد صرحت بعدم صحة هذه الجمعية العامة و أصدرت قرارا في حق مندوب الحسابات يقضي بدفع مبلغ 10.0000 فرنك لرئيس مجلس الإدارة كتعويض عن الضرر الذي لحق بكرامته وسمعته نتيجة عزله المتسرع و غير المشروع و حرمانه من أجره الذي نتج عن ذلك.

و بالنسبة لمحكمة الاستئناف، فإنّ استدعاء مندوب الحسابات للجمعية العامة غير قانوني لأنه في هذه الحالة " لم يكن هناك أي قصور من جانب أجهزة التسيير ". و يرى قضاة الموضوع أن مجرد وجود نزاع بين المساهمين لا يمكن أن يبرر استبدال جهاز المراقبة بالمسير الاجتماعي. وعلاوة على ذلك، أخل مندوب الحسابات بواجبه المتمثل في الاستقلالية و النزاهة بعقد الجمعية العامة لمصلحة مجموعة من المساهمين أصحاب الأغلبية فقط. ولم تكن هذه الظروف مطابقة للظروف التي يقوم عليها حقه في عقد الجمعية العامة للشركة.

و من ثم ، يمكن اعتبار الفعل الذي قام به مندوب الحسابات بمثابة تدخل في تسيير الشركة الخاضعة للرقابة لأنه لم يكن يقصد به تعويض قصور أو غياب أجهزة التسيير بل كان بغرض إرضاء مجموعة من المساهمين. وعلى العكس من ذلك، قضت محكمة

[1] - CA Versailles, 19 janv. 2006, *Bull. Joly* juin 2006, n° 6, p. 705, note J.-F. BARBIERI.

الاستئناف في باريس بأنه" إذا كان مندوب الحسابات قد قام فعلا و بمبادرة منه عقد الجمعية العامة لشركة ما يشكل تدخلا في الإدارة ، فإن الأمر لا يكون كذلك إذا كان الاستدعاء له ما يبرره لمصلحة الشركة " في ظل وجود تجاوزات و خلافات خطيرة بين المسيرين و كذا المخالفات المرتكبة في تسيير أموال الشركة " والتي تتطلب اعلام الشركاء و اتخاذ قرارات بشأنها[1].

ولذلك يبدو أنّ الاعتراف لمندوبي الحسابات ببعض السلطات التي تسند عادة إلى مسيري الشركات هو أمر استثنائي فقط ، لأن هؤلاء لا يمارسون هذه السلطات إلا لتعويض قصور أو إهمال الأجهزة الإدارية المختصة عادة. فعلى سبيل المثال، فيما يخص استدعاء الجمعية العامة للانعقاد ، فإنّ الفقه يعتقد أنّ السلطة الممنوحة لمندوب الحسابات في استدعاء الجمعية العامة للشركاء أو المساهمين لا تدخل ضمن المهام العامة للمراقب المالي ، بل هي مجرد مهمة فرعية. وينطبق نفس الشيء على حق مندوب الحسابات في ابلاغ رئيس المحكمة بالوقائع التي يمكن أن تعرض استمرارية عمل الشركة للخطر. إذ يجب على مندوب الحسابات ألا يستعمل هذه السلطة إلا للتعويض عن تقصير أو إهمال المسيّرين الاجتماعيين.

وعندما يمارس مندوب الحسابات في ظل هذه الشروط الصلاحيات التي يعترف بها له المشرع و التي تقع عادة ضمن اختصاص مسيّر الشركة، فإنه لا يتدخل في تسيّير الشركة. ولذلك، فإنّ ممارسة بعض المهام الإدارية التي يأذن بها المشرع لمندوب الحسابات يجب أن تظل استثنائية حتى لا يثبت التدخل في إدارة الشركة. و لكن هل أي تدخل من طرف مندوب الحسابات في إدارة الشركة التي يراقبها يمكن أن يشكل تسيّير فعلي لتلك الشركة ؟

يرى جانب من الفقه أنه يوجد فرق بين تدخل مندوب الحسابات و الإدارة الفعلية فيما يخص مدى النشاط الإداري الذي يمارسه. وقد يتشكل تدخل مندوب الحسابات في إدارة

[1] - CA Paris, 22 févr. 1980, *Gaz. Pal.*, 1980, 1, p. 359, concl. M. ECOUTIN .

الشركة من أداء فعل واحد يندرج ضمن اختصاص مسيري الشركات يمكن انشائه من خلال نشاط إداري مؤقت. لذلك ليس من الضروري أن يكون مندوب الحسابات قد مارس التسيير في الشركة بشكل معتاد أو أنه قام بالعديد من أعمال التسيّير ، و لكن الإدارة الفعلية تنطوي على تدخل معتاد أو أداء فعل يثبت وجود سلطة التسيّير لفائدة صاحبه ، بسبب تأثيره على استمرارية الشركة.

كذلك إنّ تدخّل كل من مندوب الحسابات و المسيّر الفعلي يختلفان من حيث الجزاءات المفروضة على كل واحد منهما. فقد يؤدي الأول ، كما هو الحال في القضية التي فصلت فيها محكمة النقض في 18 أكتوبر 1994، إلى إنهاء مهام مندوب الحسابات ، بينما يؤدي الثاني إلى إخضاع المسيّر الفعلي لقواعد المسؤولية المطبقة على المسيّر القانوني[1]. غير أنه يمكن وصف تدخل مندوب الحسابات بأنه تسيّير فعلي إذا قام هذا العضو بنشاط يتعلق بتسيير الشركة أي نشاط اعتيادي أو متكرر، يكشف عن أنّ له سلطة عامة في اتخاذ القرار بشأن إدارة شؤون الشركة .

البند الثالث : تدخل العامل الأجير في التسيّير

من بين العديد من الأشخاص الذين يتعاونون في سير نشاط الشركة العامل الأجير و هو الشخص الذي يجعل نشاطه تحت تصرف شخص آخر أو يضع نفسه تحت تبعية هذا الأخير مقابل أجر. و تعتبر صفة الأجير تلك الصفة التي تطلق على الشخص الذي يربطه بصاحب العمل علاقة تتجسد في عقد العمل و به يتحدد مجال تطبيق قانون العمل[2].

[1] - Cass. com. 18 oct. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1305, note J.-F. BARBIERI, confirmant Paris, 1er ch. A, 24 juin 1992, *Bull. Joly* 1992, n° 388, p. 1195 .

[2]– بن عودة ليلي، الجمع بين وظيفة مدير و أجير في شركة المساهمة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ،تخصص قانون الأعمال ،جامعة وهران 2012/2011 ،ص 13.

أولا : المقصود بالعامل الأجير

ينحدر مفهوم الأجير من تعريف عقد العمل و الواقع أن المشرع الجزائري لم يورد ضمن قانون العمل[1] تعريفا لعقد العمل و لكن الفقه استند في تعريفه لعقد العمل على التعريف الذي جاء به القضاء كالاتي:" عقد العمل هو اتفاق يتعهد بموجبه شخص طبيعي بوضع نشاطه تحت تصرف شخص طبيعي آخر أو معنوي تحت التبعية التي يضع نفسه فيها ،مقابل أجر" و من خلال هذا التعريف يتبين أن صفة العامل الأجير ترتكز على ثلاث عناصر ،عقد العمل ،علاقة التبعية ، و الأجر.[2]حيث يعتبر العقد قائما عندما يقوم شخص بأداء عمل لصالح شخص آخر مقابل أجر و متى اعترف بوجود عقد العمل اعتبر ذلك اعترافا بصفة الأجير و هو ما يكرس حماية تشريع العمل لهذا الأخير[3].

في الحقيقة لم يكن الأجراء في القانون التجاري التقليدي يشاركون في تسيّير الشركة و إنما بموجب عقد العمل الذي يربطهم بالشركة كانوا بمثابة دائنين لها بالأجر المقابل للعمل الذي يؤدونه.[4] و قد جاء القانون المتعلق بتنظيم المؤسسات الاقتصادية و تسييرها و خوصصتها حيث يخضع انشاء هذه المؤسسات و تنظيمها و سيرها للأشكال الخاصة بشركات رؤوس الأموال المنصوص عليها في القانون التجاري و يفرض اشتمال مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة حسب الحالة على مقعدين لصالح العمال الأجراء الذين يتم تعيينهم وفقا للكيفية المنصوص عليها في قانون علاقات العمل[5].

---

[1]– القانون رقم 90–11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل الفردية المعدل و المتمم ، ج.ر العدد17 مؤرخة في 25 أفريل1990، ص 562.

[2] - J. PELISSIER, A. SUPPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 23éme éd. Précis Dalloz, 2006, n° 127, p. 188.

[3]– بن عودة ليلى ، نفس المرجع، ص 14.

[4] - Y.GUYON , *Droit des affaires*, T.1, 11éme éd., Economica, Paris, 2003,n° 392, p. 422.

[5]– الأمر 01–04 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية و الاقتصادية، ج.ر العدد47 المؤرخة في 22 أوت2001 المعدل و المتمم بالقانون 08–10 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية و الاقتصادية و تسييرها و خوصصتها، ج.ر العدد 27 المؤرخة في 28 ماي 2008 ، ص9.

و بصفة عامة ، عمل الأجير في الشركة يكون محدد بعقد العمل. وهو يتألف من ممارسة المهام التقنية، و التي تعتبر مهام تنفيذية تختلف عن المهام الإدارية التي تتسم بالاستقلال الذاتي الذي يتمتع به الشخص الذي يؤديها.

ثانيا : التداخل بين مهام العامل الأجير و مهام المسيّر في الشركة

قد يوصف العامل الأجير بأنه مسيّر فعلي عندما يقوم بمهام يمارسها عادة المسيّر في الشركة و في هذه الحالة تعتبر تلك المهام بمثابة تدخل في إدارة الشركة. وتكمن صعوبة إثبات هذا التدخل عندما يكون العامل الأجير مسؤولاً عن مجال معين مثل الإدارة الفنية، و الإدارة التجارية، و توظيف العمال لأنه يتمتع بحرية كبيرة في أداء هذه المهام.و السؤال المطروح هنا هل هذه الاستقلالية الذاتية كافية أم لا لوصف تدخل العامل الأجير في إدارة الشركة ؟ كيف يمكن أن نثبت تدخل العامل الأجير بصفته مسيّر فعلي؟

و قد صدر قرار عن محكمة النقض بتاريخ 30 ماي 2006 ، يقضي بإلغاء قرار قضاة الموضوع الذي أسند صفة المسيّر الفعلي لمدير تقني لشركة ما على أساس أنّ الشخص المعني وقّع عقود طلب العمل. و بالنسبة لمحكمة النقض، لم تثبت هذه العناصر أنّ المدير المعني بالأمر قد تدخل في إدارة الشركة [1] لأنّه لا يوجد دليل على أنّ الشخص المعني يتمتع بالاستقلالية في أداء هذه الأعمال. كذلك لما يتصرف الأجير بموجب تفويض للسلطة فإنّه يتصرف في إطار المهام المسندة إليه و تحت علاقة التبعية و بالتالي لا يعد مسيّرا فعليا و على ذلك تم رفض منح صفة المسير الفعلي للمدير التجاري.[2]

من جهة أخرى ، أيّدت محكمة النقض في 12 سبتمبر 2000 قرار قضاة الموضوع بشأن التدخل في إدارة شركة من قبل المدير السابق الذي كان يحتفظ في تلك الشركة " بوضع خاص يتجاوز مجرد دور المدير الفني بأجر، بحيث يمكنه توظيف العمال وتوزيع

[1] - Cass. com. 30 mai 2006, pourvoi n° 03-16179, inédit.
[2] - Cass.com., 24 janv. 2018 n°16-23.649, BJS 2018 , p.170, note J.Heinich

الموظفين على المواقع التي تفاوض عليها ... »[1]. كذلك صدر قرار آخر عن نفس المحكمة بتاريخ 29 أبريل 1997 يقضي بتأييد قضاة الموضوع لاعتبارهم أن المدير التقني و التجاري الذي قام باستلام محل تجاري قبل التعاقد و استخدم حساباته الشخصية لتسيّير الشركة و لم يتلق أي توجيه و لم يخضع لأية رقابة يعد قد تدخل في إدارة شركة "[2].

و يتضح من خلال هذه القرارات ، أن تدخل العامل الأجير في التسيّير يعني أن هذا الأخير قام باقتحام مجال النشاط الذي لا يمنحه له القانون. وبعبارة أخرى ، فإنه بوسائله الخاصة و دون أن يوضع تحت تبعية شخص آخر يمارس مهام إدارية في الشركة عندما لا تكون لديه السلطة القانونية للقيام بذلك. وللإبقاء على تدخل العامل الأجير في إدارة الشركة تثبت المحاكم أن هذا العامل يمارس بكل حرية مهام معترف بها للمسير الاجتماعي ، أي خارج نطاق رقابة المسيّر الاجتماعي.

وبالتالي، فإن قيام العامل الأجير بمهام تقنية لا يشكل تدخلا في إدارة الشركة ، على الرغم من أن ذلك العامل يتمتع بالاستقلال في مجال تقني محدد غير أن القرار الصادر عن محكمة النقض في 26 مارس 2002 [3] أيّد قرار قضاة الموضوع الذي اعتبر أن المدير الفني و التجاري للشركة ، والد المدير القانوني ، قد تدخل في إدارة الشركة، مشيراً إلى أن الشخص المعني مارس وظائف تقنية و تجارية دون تلقي تعليمات أو إخضاعه لرقابة عامل أو مدير آخر الذي كان إبنه.[4] و في هذه الحالة إنّ عدم تبعية المدير تتحدد بممارسته لمهامه التقنية. و في الحقيقة يبدو أنّ هذا القرار يثير بعض التناقضات حيث أن الحرية الوحيدة التي يتمتع بها العامل المعني في ممارسة مهامه التقنية لم تكشف عن تدخله خارج المجال الذي كان يمنح له بانتظام ، في جميع جوانب النشاط الاجتماعي و دون رقابة هرمية من المسيّر الاجتماعي.

---

[1] - Cass. crim. 12 sept. 2000, pourvoi n° 99-88011, inédit.
[2] - Cass. soc. 29 avr. 1997 : CSBP 1997, n° 92 S. 125.
[3] - Cass. soc. 26 mars 2002, pourvoi n° 00-42.223, R. Foegle c/ Windenberger-Jenner et CGEA-AGS de Nancy, inédit
[4] - Cass. soc. 26 mars 2002, pourvoi n° 00-42223, inédit.

والواقع أنه حتى لو لم يتلق المدير الفني تعليمات أثناء أداء مهامه التقنية ، فإن هذا لا يدل على أنّ لديه سلطة عامة في صنع القرار في الشركة ، ولا أنه يستطيع التدخل في مجالات أخرى، كما يفعل المسيّر. ولذلك لا ينبغي الإعتراف بوجود التدخل لأنّ المعني أدى مهام تقنية كانت تسند إليه بانتظام. ولم يستولي أو يتعدى على سلطة المسيّر الاجتماعي. وهذا القرار يشكل حالة استثنائية من حيث أنه ، على حد علمنا ، لا يوجد قرار آخر يؤسس الاعتراف بالتدخل في التسييّر على الحرية التي يتمتع بها العامل عند أدائه لمهامه التقنية.

لذلك ،على الرغم من هذا القرار، يتعيّن النظر في أن تدخل العامل الأجير يثبت بالنسبة للمحاكم عن طريق إقامة الدليل على أنّ الشخص المعني قد أدى وظائف تسند إلى المسيّر الاجتماعي ، دون أن يكون له الحق في القيام بذلك و دون أن يخضع للسلطة الهرمية لهذا الأخير. فبدون تبعية للشخص ، لا محل لصفة العامل الأجير.

إنّ وجود تدخل العامل الأجير في تسيّير الشركة من عدمه يخضع للسلطة التقديرية للقاضي . و هنا يجب على المدعي أن يثبت أن العامل الأجير مارس سلطة اتخاذ القرار في مختلف المجالات المتعلقة بتسيّير شؤون الشركة. و لا يهم ما إذا كان العامل يسمى في نهاية المطاف "مدير" أو "مسيّر للشركة ". فهذا الاسم لا يثبت أنّ الشخص المعني مارس بالفعل مهام الإدارة في الشركة ، أو حتى أن لديه سلطة القيام بذلك[1].

بشكل عام ، العناصر التي لا تثبت القيام بنشاط في الشركة من طرف ذلك العامل هي غير كافية لإثبات تدخل العامل الأجير في تسيّير الشركة.[2]

[1] - Paris, 11 juin 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 719, n° 299.

[2] - Cass. com. 16 mars 1999, pourvoi n° 95-17420, *Bull. civ.* 1999, IV, n° 64, p. 53. La Cour de cassation a décidé dans cet arrêt que *« sont impropres à caractériser la direction de fait d'une société les motifs suivant lesquels, après une cession de parts à un proche, l'intéressé était devenu directeur technique salarié de la société, qu'en cette qualité, il avait perçu une rémunération double de celle du gérant de droit, ancien salarié de la société qu'il avait recruté lorsqu'il était lui-même dirigeant de droit, et que l'organigramme de la société plaçait le nouveau gérant sous son autorité ».*

و خلافاً لمسيّر الشركة ، لا يتمتع العامل الأجير بسلطة لصنع القرارات العامة في الشركة ، بل يتمتع بسلطة محدودة في مجاله التقني ويمارسها تحت السلطة الهرمية لذلك المدير. ولذلك، لكي تميز المحاكم التي تنظر في الموضوع تدخله في إدارة الشركة، يجب أن تبيّن أن العامل المذكور قد قام بأعمال مستقلة ، وهي أفعال تقع ضمن السلطة المعترف بها للمسيّر[1].

إنّ التدخل يثبت كذلك عندما يواصل مدير سابق للشركة ، أصبح مديرا تقنيا بأجر، تعيّين الموظفين ، تحديد السياسة التجارية و المالية للشركة و التفاوض بشأن المشاريع بإسم الشركة [2] ودون أن يكون تابعا لمسيّر الشركة .

و بالتالي إذا تدخل العامل الأجير في التسيّير و قام بمهام لا تدخل في نطاق اختصاصه بل تدخل في اختصاص مسيّر الشركة. عندئذ يمكن النظر إليه على أنه تعدي للمهام التقنية على المهام الإدارية. و لكن الأشخاص الآخرين الذين يتعاونون تقنياً في ممارسة نشاط الشركة يمكنهم أيضاً أن يتخلوا عن مهامهم التقنية للتدخل في تسيّير الشركة.

الفرع الثاني: التدخل الصادر عن المتعاملين مع الشركة

لا يقتصر التدخل في التسيّير على الأشخاص الذين تربطهم علاقة داخل الشركة بل أصبح بإمكان الغير القيام بهذا التدخل و هؤلاء الأشخاص هم أطراف فاعلة خارجية تسهم في الشركة دون أن تخضع لمسيّر الشركة. فالحرية و السلطة التي يتمتعون بها أثناء أداء واجباتهم تدفعهم في بعض الأحيان إلى القيام بأعمال يمكن وصفها بأنها تدخل في إدارة الشركة. و في هذا المقام سنسلط الضوء حول تدخل مانح الحق في الاستغلال و المتنازل في إدارة الشركة ثم نتعرض فيما بعد إلى دراسة حالة تدخل البنك في تسيير الشركة المتعامل معها.

[1]– و لكن هذا التدخل لا يمكن وصفه بالتسيير الفعلي إلا إذا استوفى شروط معينة تتعلق بوجود نشاط إداري مستقل في الشركة ، أنظر أدناه ص 134 و ما بعدها من هذا البحث.

[2] - Cass. com. 22 janv. 2002, *RJDA* 2002, n° 5 et n° 502, p. 426 .

البند الأول : التدخل في إطار عقود التوزيع التجاري

في بعض الأحيان، من الصعب إثبات أن الأشخاص يتدخلون في إدارة الشركة عندما يدعون أنهم يتصرفون بموجب اتفاقيات تمنحهم سلطات تقنية واسعة في تنظيم نشاط الشركة وتسييره. إذن كيف يمكن إثبات أن ممارسة السلطات العادية لهؤلاء الأشخاص قد امتدت إلى إدارة الشركة. سنحاول الإجابة على هذا السؤال من خلال دراسة الاجتهادات القضائية المتعلقة بالتدخل في إدارة الشركة من خلال عقود التوزيع مثل عقد الفرانشيس(franchise) و عقد الامتياز التجاري (concession).

و الفرانشيز (la franchise) هو " عقد تعاون يسمح بمقتضاه صاحب علامة ما المرخص أو مانح الحق في الاستغلال التجاري أو براءة اختراع و الذي له شهرة معتبرة بأن تستعمل علامته من طرف تاجر آخر شريطة أن يخضع لمتطلبات السياسة التجارية للمرخص و بالمقابل يقدم المرخص له للمرخص نسبة مئوية من رقم المبيعات[1]. كذلك يمكن تعريفه على أنه :" اتفاق تمنح بمقتضاه مؤسسة (le franchiseur) في مقابل حقوق مالية مباشرة أو غير مباشرة لمؤسسة أخرى (le franchisé) الحق في استغلال الاسم التجاري بهدف تسويق منتج أو عدة منتجات." [2]

و يعد عقد التوزيع بترخيص استعمال العلامة التجارية عقد غير مسمى بعوض ملزم للجانبين يتم ابرامه بين طرفين مستقلين[3]. أما بالنسبة لعقد الامتياز التجاري أو التنازل، فهو يشكل عقد توزيع يمنح بموجبه المرخص، المتنازل عادة ما يكون الموزع التاجر، المتنازل إليه الحق في إعادة بيع منتجاته في إقليم أو منطقة معينة. وفي مثل هذه العقود، لا يندمج

[1] - B.MERCADAL et P. MACQUERON la franchise est *« un système de commercialisation de produits ou de services ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et ses franchisés »*, Y. MAROT, *La collaboration entre franchiseur et franchisé, Petites affiches* 31 août 2000, n° 174, p. 4 .

[2]– قندلي رمضان ، عقود التوزيع،رسالة دكتوراه في قانون الأعمال ،جامعة الجيلالي ليابس بسيدي بلعباس،2018/2017 ، ص330

[3]– قندلي رمضان، نفس المرجع، ص.333

المتنازل أو مانح الحق في الاستغلال التجاري أي المرخص مع الشركة المتنازل إليها أو المرخص لها و هي التاجر" franchisee ". ويحتفظ طرفا العقد باستقلالهما القانوني والمالي وتظل إداراتهما منفصلة عن بعضها البعض.

أحيانا إن المرخص و المتنازل لهما دور رائد في تنفيذ نشاط الشركة المتعاقدة المشتركة. تربطهم علاقة فنية ومالية معها. كما أنهم يتمتعون بصلاحيات واسعة تدفعهم في بعض الأحيان إلى التدخل في تسيّير أعمال التاجر المتنازل إليه أو المرخص له .

وبموجب هذه السلطات، فإنهم يساهمون في تنظيم شؤونها ويقومون مباشرة بتقديم خدمات معينة للشركة. و يرتب عقد الفرانشيز و الامتياز التجاري على عاتق المرخص أو المتنازل مسؤولية تقنية ومالية للشركة المرخص لها. و على ذلك، يُنظر إليها على أنها عقود " تبعية"[1]. وفقا لهذه الفرضية ، فإن الخط الفاصل بين التعاون والتدخل غير واضح. ومن الصعب إثبات أن مانح الحق في استغلال الترخيص التجاري أو المتنازل قد تدخل في تسيّير شؤون الشركة التي منح لها هذا الترخيص أو المتنازل لها.

وفي قضية بُت فيها في 10 سبتمبر 1996، أين رفضت محكمة الاستئناف في مونتبلييه اسناد صفة المسير الفعلي لمانح الحق في استغلال الترخيص التجاري على أساس أن الأدلة لم تثبت أن مانح الحق في استغلال الترخيص التجاري قد تورط في " تدخل ملحوظ في إدارة أعمال الشركة التي منح لها هذا الترخيص ، متجاوزا قواعد مانح الحق في الاستغلال في اطار عقد الفرانشيس[2]." ومن جانبها، أصدرت محكمة النقض حكما في 26 أكتوبر 1999 بشأن طعن قدمته المتنازل لها ضد قرار محكمة الاستئناف في تولوز[3] الذي

[1] - La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 2 mars 1999, *Petites affiches* ,10 janv. 2000, n° 6, fait sienne la notion de contrat de dépendance en indiquant que *« le contrat de franchisage s'il suppose l'indépendance juridique des partenaires, reste néanmoins un contrat de dépendance économique »*.

[2] - CA Montpellier, 2éme ch. B., 10 sept. 1996, *Petites affiches*, 20 févr. 1998, n° 22, p. 21, note G.-A.LIKILLIMBA.

[3]– بالنسبة لمحكمة الاستئناف في تولوز فإن صفة المسير الفعلي لا يمكن تقديرها بطريقة مجردة بل يجب تقييمها و دراستها بالنظر إلى خصوصية العلاقات التعاقدية التي تربط بين الأطراف.

CA Toulouse, 30 juin 1997, *Bull. Joly*, 1998, p. 53, § 16

رفض الاحتفاظ بصفة المسير الفعلي للمتنازل الذي كان يتولى من جهة الرقابة على أماكن نشاط وكالة بيع السيارات، ومخزوناتها، وعقودها، وحساباتها، ومعداتها ومرافقها، و من جهة أخرى وقع عقودا باسم المتنازل لها.

وتذكر محكمة النقض أن محكمة الاستئناف لاحظت أن تدخلات المتنازل في الأماكن و في أنشطة المتنازل إليها تشكل تنفيذاً لأحكام عقد الامتياز التجاري أي التنازل الذي يربط الشركتين. و أيدت المحكمة العليا رفض محكمة الاستئناف وصف هذا التدخل بأنه إدارة فعلية[1]. و يقضي على أن " الإدارة الفعلية لا يمكن أن (...) من مجرد وجود عقد فرانشيس (...) ولكن يجب التحقق منه ، في ظروف القضية و لا يمكن الاعتراف بها إلا إذا كانت النتيجة تشكل تجاوزا للالتزامات الملازمة في تعاون الأطراف التي يحدّد بموجبها هذا النوع من العقود". ويأخذ على نفس المنطق في قرار أصدرته محكمة الاستئناف Orléans في 8 مارس 2001[2].

جميع هذه القرارات تبيّن أنّ ممارسة المرخص أو المتنازل للمهام الملازمة لإدارة الشركة مشروعة إذا تم تنفيذها بموجب شرط في العقد مع الشركة. هذا التدخل في مجال النشاط المخصص للمتنازل اليه قانوني. ولذلك، فإنه لا يشكل تدخلا يمكن أن يؤدي إلى إسناد صفة المسيّر الفعلي إلى الشخص الذي قام به.

وينتج عن الفرانشيز و الامتياز التجاري تفويض لمانح الحق في الاستغلال و المتنازل بمنح بعض السلطات التي يعترف بها القانون عادة لمسير الشركة المرخص لها أو المتنازل إليها. وهذا تفويض خاص للسلطات لأن المرخّص ، على سبيل المثال ، لا يمكن أن يحل تماما محل مسيّر الشركة المرخص لها لممارسة جميع صلاحيات ذلك المسير بصورة مستقلة.

[1] - Cass. com. 26 oct. 1999, *RJDA* 1999, n° 1213, p. 982
[2] - C.A. Orléans, 8 mars 2001, *RJDA* 2001, n° 589, p. 524.

و كما يقول الفقيه LE.CANNU ، " و بالتالي هناك مجال قانوني للتدخل، وهو المجال منصوص عليه في العقد." [1]و لكن يجب على المتعاقد مع الشركة عدم توسيع هذه المنطقة دون مبرر للاستفادة من وضعيتها المهيمنة. حيث اعتبرت محكمة الاستئناف بروان أن قيام مانح الترخيص بتجاوز حقوقه في الرقابة على العمل الممنوح له و قياهم بالتدخل بفرض قراراته على العمال و المستخدمين في وجود المسيّر القانوني ، يعتبر تسيّيرا فعليا، و قررت المحكمة المسؤولية التضامنية لكل من المسيّر الفعلي و المسيّر القانوني عن ديون الشركة التجارية.[2]

وفي قرار صدر في 9 نوفمبر 1993 ، أيدت من خلاله محكمة النقض قضاة الموضوع لاقرارهم بالتدخل في إدارة المرخص لها ، من قبل المرخص الذي " كان يحمل الوثائق المحاسبية والاجتماعية والمصرفية اللازمة لإدارة الشركة المرخص لها، وكان لديه توقيع مصرفي من المرخص لها، وأعد جميع الوثائق الإدارية و سندات الدفع التي وقعتها لاحقا الشركة المرخص لها ، و وضع التصريحات الضريبية و الاجتماعية، و تولى مراقبة تعيين الموظفين ، وشارك في استمرار نشاط خسار للمرخص لها ، على الرغم من أنه كان يعلم ، من خلال حيازة للوثائق المحاسبية التي كانت بحوزته ، عدم كفاية أصولها[3]."

و طبقت محكمة النقض نفس الحكم في قرارها الصادر في 19 ديسمبر 1995. وفي هذه القضية،أسند قضاة الموضوع صفة المسير الفعلي للشركة التي احتفظت في تسيير شركة أخرى بمجالات تتعلق بالتوظيف وتسريح العمال ، وإنشاء التنظيم الإداري و المالي للفندق الذي تستغله ، وتحديد سياسة التسعير، و ابرام العقود، وتحديد السياسة التجارية. حيث قضت المحكمة العليا بعدم قبول الطعن في هذا القرار[4] على أساس أن الوقائع التي عرضت أمام قضاة الموضوع تثبت تدخل الشركة المتنازل إليها في إدارة الفندق.

---

[1] - LE.CANNU, *Direction de fait et contrat avec la société dirigée, Bull. Joly,* 1998, n° 1, p. 5.

[2]– زكري إيمان ، المرجع السابق ، ص 252.

[3] - Cass. com. 9 nov.1993, *Bull. civ.* IV, n° 390, p. 284

[4] - Cass. com. 19 déc. 1995, *Bull. civ*. IV, n° 307, p. 281 .

وتبين وقائع القرارين الصادرين في 9 نوفمبر 1993 و19 ديسمبر 1995 الصادرين عن محكمة النقض أنّ المرخص و المتنازل كل واحد منهما يؤدي مهام في إدارة المتعاقد معه و بكل استقلالية ، في حين أن هاتين الوظيفتين لم تحد من التزاماتهما التعاقدية. و لذلك ، فإن تدخل مانح الحق في الاستغلال في إدارة الشركة المرخص لها يثبت عندما تقوم الشركة الأولى، في إدارة الشركة الثانية، بأعمال لم يرخص بتنفيذها العقد المبرم بين الطرفين. و لكن، من المناسب أيضا النظر في التدخل على النحو المقرر عندما يؤدي نشاط المرخِّص أو المتنازل – بحجة الوفاء بالالتزامات التعاقدية – إلى حرمان مسيّر الشركة المتعاقدة من سلطته في اتخاذ القرارات العامة في إدارة شؤون الشركة.

و جميع قرارات المحاكم المتعلقة بتقيّيم تدخل المرخص أو المتنازل في إدارة الشركة المتعاقدة المشتركة قد تمت في الحالات التي تكون فيها الشركة المرخص لها أو المتنازل إليها في عجز مالي . وفي هذه الحالة ، أثبت القاضي التدخل في إدارة الشركة على أساس استيفاء معيارين: عدم وجود حق للشخص في القيام بأعمال تدخل في اختصاص المسيّرين في الشركات، و الممارسة الفعلية لتلك الأعمال بكل استقلالية. و هذه المعايير تثبت تدخل شخص ما في إدارة الشركة و هي لا تختلف سواء كانت الشركة في حالة عادية أم لا. و في كلتا الحالتين ، يكون التدخل تعدي غير مشروع على مهام المسيّر في الشركة.

البند الثاني : تدخل البنك في التسيّير

يمكن وصف البنك بالمسيّر الفعلي لأنه عادة ما يمارس تأثيره على المسيّر عند حضوره في اجتماعات مجلس الإدارة ، و قد تصل إلى درجة النصح بعزل بعض المسؤولين بالشركة و قد صدرت عدة قرارات تؤكد على هذا القول منها القرار الذي أصدرته محكمة النقض في 27 جوان 2006[1] ضد قرار محكمة الاستئناف [2] الذي أسند صفة المسير الفعلي إلى الشركة "WORMS" على أساس أن هذه الأخيرة ، وهي بنك ينتمي إلى مجمع

[1] - Cass. com. 27 juin 2006, *Bull. Joly* 2006, n° 12, p. 1372, note F.-X. LUCAS
[2] - CA Versailles, 29 avr. 2004 : *Dr. sociétés*, 2004, comm. n° 188, obs. J.-P. LEGROS

" SPAD 24 " ، كانت تدير هذا المجمع من خلال مسؤولين كانا عضوين في مجلس إدارة المجمع.

حيث اعتبرت محكمة الاستئناف البنك بأنه مسيّر فعلي على أساس أن اثنين من موظفيه كانا عضوين في مجلس إدارة مجمع الشركات على الرغم من أن هذه الظروف لا تشكل إدارة فعلية لأنها لم تثبت أن البنك قام شخصيا بأعمال إيجابية لإدارة ذلك المجمع. ورداً على ذلك ، رفضت محكمة النقض هذا الطعن على أساس أن صفة المسير الفعلي يمكن أن تنسب إلى " الشخص الاعتباري الذي مارس في الواقع سلطات التسيّير في الشركة عن طريق شخص طبيعي اختاره و يتصرف تحت مراقبته [1] دون أن يكون مسيّرا قانونياً لشركة في حالة إفلاس أو تصفية قضائية ".

وفي هذه القضية ، وصف قضاة الموضوع تدخل الشركة في المجمع في تسيير شركة أخرى بالإشارة إلى الأداء الفعلي للإدارة من قبل شخص ما في غياب السلطة الإدارية المنتظمة للشركة. وتؤكد محكمة النقض أن الوقائع التي حددها قضاة الموضوع تؤدي إلى استنتاج أنّ البنك قد مارس الادارة الفعلية للمجمع من خلال شخص يتصرف تحت مراقبته.

و عليه ، ينشأ تدخل الشخص في إدارة الشركة عندما يقوم هذا الشخص بأعمال تدخل في نطاق السلطة التي توكل حصرا إلى المسير الاجتماعي. وفي بعض الأحيان، قد تؤدي العلاقة القانونية بين ذلك الشخص و الشركة أو الذي قام بهذه الأفعال إلى أن تدفع المحاكم إلى عدم الاعتراف بالتدخل وهذا هو الحال في مجمع الشركات حيث لا يعترف القضاء بالتدخل على الرغم من وجود إدارة غير منتظمة للشركة ، أو عندما تعترف بتدخل لا يؤدي إلى ترتيب آثار سلبية ، لا سيما فيما يتعلق بتكييف الإدارة الفعلية.

[1] - F.-X. LUCAS, *Responsabilité bancaire : le banquier administrateur de fait par personne interposée, RD bancaire et fin.,* 2004, p. 271 ; B. AMIGUES, *Le banquier peut-il être administrateur de fait par personne interposée* ? : *Banque et droit*, mars-avr. 2005, p. 7.

و يقودنا هذا الموقف إلى الاعتقاد بأن مفهوم التدخل يختلف باختلاف العلاقة بين الشخص المتدخل و الشركة التي هي محل التدخل. فالتدخل يحتوي على عنصر عدم المشروعية ، بغض النظر عمن يُكلَف به. و هو مفهوم موحد ، سواء كانت الشركة في حالة عادية أو تخضع لإجراءات جماعية ، حتى لو لم يسفر عن ذلك إسناد صفة المسيّر الفعلي إلى المتدخل. و يجب أن تقيّم المحاكم وجود التدخل في إدارة الشركة وفقا لنفس المعايير ، بغض النظر عن حالة تلك الشركة أو الشخص الذي ينسب إليه هذا التدخل.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول أنّ المسيّر الفعلي هو الشخص الذي يتدخل في إدارة الشركة من خلال ممارسة السلطات المعترف بها عادة لمسيّري القانون عندما لا تكون هذه السلطات قد أُسندت إليه بانتظام و من ثم تكون صلاحياته في الإدارة غير قانونية ، نتيجة لانتهاك القواعد المتعلقة بممارستها. و بهذا المعنى ، فإنّ الإدارة الفعلية للشركة هي نشاط مشوب بعيب مخالفة القانون. إنها في الحقيقة غير قانونية أو ضارة لأنها تنطلق، مهما كانت الحالة المتوخاة من تدخل شخص في إدارة شركة ، أي انتهاك مبدأ عدم التدخل في إدارة الشركة.

و لكن ليس كل تدخل في إدارة الشركة يعتبر تسيّيرا فعلياً لتلك الشركة. كما لا يؤدي بالضرورة إلى إسناد صفة المسيّر الفعلي إلى صاحبه. فلكي يُعتَبِّر الشخص مسيّرا فعليا ، تشترط المحاكم إضافة إلى قيام ذلك الشخص بنشاط إيجابي في التسيير ، أن يُميِّز تدخله في إدارة الشركة المعنية نشاطاً مستقلا و دائما من أنشطة الإدارة في تلك الشركة .

المبحث الثاني : النشاط المستقل و الدائم في تسيّير الشركة

إنّ قيام الشخص بنشاط إيجابي يتعلق بتسيير أو إدارة الشركة لا يؤدي بالضرورة إلى اسناد صفة المسير الفعلي إلى صاحب هذا النشاط بل ينبغي على القاضي أن يبحث في طبيعة الأفعال لمعرفة ما إذا كانت تكشف عن وجودة حالة من حالات التسيير الفعلي أم لا.

و من ثم لا يشكل النشاط الإيجابي في التسيّير المعيار الوحيد لتحديد صفة التسيير الفعلي بل هناك دلائل و مؤشرات أخرى يمكن للقاضي أن يعتمد عليها لتحديد مضمون التسيير الفعلي ، لذلك من ضروري توضيح الشروط الأخرى التي يجب أن يستوفيها التدخل في تسيّير الشركة و التي تنطوي أساسا في وجود نشاط إداري مستقل. **(المطلب الأول)**

و لكن لا يكفي استقلال الشخص في أداء مهام المسيّر القانوني لكي يسند إلى ذلك الشخص صفة المسيّر الفعلي لأنّ الاستقلال الذاتي ليس المعيار الوحيد لتحديد حالة التسيّير الفعلي بل يجب على القاضي تقيّيم مدى النشاط الإداري الذي يتم بدون وجه حق و في هذه الحالة يكون تقيّيم التدخل كميا أو نوعيا و عليه يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار عدد الأعمال المنجزة من قبل الشخص أو مدة التدخل لإثبات الوجود الفعلي للمسيّر في الشركة التجارية .و من ثم يوصف التدخل في تسيّير الشركة بأنه تسّيير فعلي عندما يكشف عن نشاط إداري دائم له تأثير على وجود و استمرارية الشركة كشخص معنوي**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول : تسيّير الشركة على وجه الاستقلال

لا يكفي لاثبات صفة المسير الفعلي أن يقوم الشخص بممارسة نشاط إيجابي في الشركة فقط ، بل ينبغي أن يقوم هذا الشخص بأعمال التسيّير في الشركة على وجه الاستقلال و من ثم يعد عنصر الاستقلال شرطا ضروريا لاسناد صفة المسيّر الفعلي إلى شخص ما في الشركة إذا ماذا نقصد باستقلالية نشاط التسيّير؟ و كيف يتم تقدير هذا الشرط و على أي أساس ؟ هذه التساؤلات سيتم الإجابة عنها من خلال ما يلي :

الفرع الأول : المقصود باستقلالية النشاط في التسيير

يشير مفهوم الاستقلال إلى قدرة الشخص على التصرف بنفسه بمطلق الحرية دون الحاجة إلى اللجوء إلى شخص آخر. وهو يكشف عن وجود شخص و حريته تجاه أشخاص آخرين ، وسلطة لصنع القرار لا تعترض عليها سلطة أخرى أو شخص آخر[1].

والاستقلال هو العنصر المعنوي للإدارة الفعلية. و هذا العنصر لا يزال يثير العديد من الإشكالات بشأن تحديد مفهوم " النشاط المستقل في الإدارة أو التسيير". وبوجه عام ، يبت القضاة في القضايا المعروضة عليهم بالإشارة بطريقة ضمنية إلى ما إذا كانت الأفعال المعنية تنشئ نشاطاً مستقلا للشركة أم لا.

أما بالنسبة للفقه ، فهو لم يضع بعد نظرية صريحة من شأنها أن تؤكد تطبيقها على أن الشخص مارس نشاط إداري بصفة مستقلة ، ولذلك من الضروري تحديد معايير الاستقلال و التحقق من ديمومتها أو تغيّرها وفقا للحالات التي تكون عليها الشركة .

و من خلال استقراء القرارات الصادرة عن المحاكم بشأن الوجود الفعلي للإدارة ، نجد أن القضاة عند تحديدهم لمفهوم "الإدارة المستقلة للشركة " يستخدمون مجموعة متنوعة من التعبيرات لوصف استقلالية الإدارة. وفي كثير من الأحيان، يشيرون إلى أنّ" النشاط المستقل في الإدارة أو التسيّير هو ذلك النشاط الذي يمارسه الشخص بكل حرية و استقلالية "[2]. وكثيراً ما يستعمل الفقه هذا التعبير. [3] و يقصد بالاستقلال حالة شخص أو شيء لا يعتمد على شخص آخر ، أي لا يخضع لأي شخص آخر. أما بالنسبة للحرية ، فهي تعكس

[1] - M. PAPANTION, *op, cit*, p. 270.

[2]– تتطلب صفة المسير الفعلي إنشاء فعل يتمثل في ممارسة سلطة مستقلة في إدارة و مراقبة الشركة ، بعبارة أخرى وصف الشخص بالمسيّر الفعلي يتميز بممارسة نشاط إيجابي في تسيير و إدارة الشركة و أن يتم ذلك بحرية كاملة و على وجه الاستقلال.

Cass. com. 20 juill. 1973, *Bull. civ. IV*, n° 260, p. 233 **;** C.A. Toulouse, 30 juin 1997, *Bull. Joly* 1998, § 15, p. 53 : « *Attendu… que les actes de direction ou de gestion doivent avoir été accomplis en toute souveraineté et indépendance* » ; C.A Paris, 7 oct. 1997, *Bull. Joly* 1998, § 55 p. 16 *: la qualification de dirigeant de fait d'une société se caractérise par l'exercice en toute souveraineté et indépendance, d'activités positives de gestion et de direction engageant celle-ci* ».

[3] - J.-L. RIVES-LANGE, op. cit. n° 5 et 15 in fine ; G. NOTTE, *op. cit*., n° 5 ; D. TRICOT, *op. cit*.

سلطة لا يحدها شخص آخر و تفرض على كل شخص في حيز معين. يستعمل كلا المصطلحين بشكل مختلف من قبل القضاء و الفقه السائد[1] لتحديد نشاط الإدارة المستقلة ، في حين أن كليهما يعبر عن نفس الفكرة : الحرية و التأثير اللذين يتمتع بهما الشخص في القيام بهذا النشاط الإداري. وهكذا ، فإنّ نشاط الإدارة الفعلية يتسم أولا باستقلاليته .

ويسمح الاستقلال بإثبات الطابع المستقل لنشاط التسيّير مباشرة. و لكن ليس من السهل دائما تقديره حتى عندما يكون حقيقيا لأنه قاعدة غير مادية. كذلك ، تبحث المحاكم في بعض الأحيان عن عناصر تكشف بشكل غير مباشر عن استقلالية النشاط المنجز. و هذه العناصر التي تثبت أن النشاط الإداري المنجز مستقل ، تبيّن أنه لا تعترض عليها أطراف فاعلة أخرى و أن الغير يمنحها ائتمانه . و يكشفون أن صاحب هذا النشاط لديه سلطة تسمح له باتخاذ القرارات بنفسه أو من خلال شخص آخر في مجال إدارة الشركة و جعلها إلزامية. و بالتالي ، فإن نشاط الإدارة المستقلة هو أيضاً النشاط الذي يتمتع فيه صاحبه بسلطة يعبر عنها داخل الشركة و خارجها على حد سواء و التي سبق شرحها.

يعتبر القاضي أن شخصاً غير المسيّر القانوني يمارس نشاطاً إدارياً مستقلاً عندما يتمتع بالاستقلالية في القيام بهذا النشاط. يؤكد الفقيه TRICOT " إن المسيّر ، سواء بحكم القانون أو بحكم الواقع هو بحكم طبيعته ، مستقل..." [2] و أضافت الأستاذة DEDESSUS–LE–MOUSTIER أن " شرط الاستقلال أو الحرية يبدو ملازما لممارسة سلطة التسيّير.."[3].

و من هنا يكتسي معيار الاستقلال أهمية كبيرة في تحديد حقيقة النشاط الإداري المستقل لأنه يكشف أن الشخص الذي هو موجود في ممارسة نشاط إدارة الشركة ، و لا يخضع لشخص آخر ، بأنه مسيّر إجتماعي. و بالتالي ، فإن الاستقلال هو جوهر كل نشاط

[1] - D.TRICOT, *op. cit.* ; N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *op.cit*.
[2] -D.TRICOT *Op. cit.* p. 26.
[3] -N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *op.cit.*, p. 499
.

إداري قانوني أو فعلي للشخص المعنوي. و يمكن اعتباره المعيار العام أو الدائم لاستقلالية نشاط التسيّير.

و لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو كيف تقدر المحاكم عموما عنصر استقلال نشاط الإدارة الفعلية للشركة. و تتسم هذه المسألة بأهمية خاصة عندما يقوم بهذا النشاط شخص معنوي. و لذلك من الضروري ، من جهة ، دراسة معايير تقدير استقلالية نشاط التسيّير في الشركة ، ومن جهة أخرى ، تحديد قواعد تقدير استقلالية نشاط التسيّير الفعلي الذي ينسب إلى الأشخاص المعنوية.

الفرع الثاني : تقدير خاصية الاستقلالية

كيف يمكننا الاعتراف بأنّ شخص ما يمارس بكل استقلالية نشاطا في إدارة الشركة ؟ أو بالأحرى يمارس نشاط التسيّير في الشركة بشكل مستقل عندما لا يخضع الشخص القائم به لأي عضو في الشركة يكون مسيّرا ، و لا لأي شخص آخر داخل الشركة أو خارجها. و الغياب التام للتبعية لشخص آخر هو معيار لتقيّيم استقلالية النشاط الإداري للشركة.ولكن بعض القرارات تعترف بوجود نشاط إداري قائم بذاته في الحالات التي لا يكون فيها لصاحب هذا النشاط سوى حرية جزئية. وعلى أي حال ، فإن عدم التبعية يثبته الطابع الإنفرادي للقرارات المتخذة في الشؤون المتعلقة بالإدارة.

البند الأول : معيار إنعدام علاقة التبعية

يشكل الغياب التام للتبعية لشخص آخر معيارا لتقييم استقلالية النشاط الإداري للشركة حيث أن الافتقار التام للخضوع للمسيّر القانوني للشركة هو العنصر الذي يثبت على وجه اليقين أن الشخص الذي يشارك في الإدارة يتمتع بالاستقلالية في ممارسة هذا النشاط و الذي يجب أن يكون مرتبطًا بإدارة الشركة. حيث صدر قرار عن محكمة النقض في 13

فبراير 2007 [1] يفرض رقابة على قرار قضاة الموضوع ، الذي أسند صفة المدير الفعلي لشركة ما إلى شخص كان مسؤولاً عن فرع في تلك الشركة.

وفي هذه الحالة ، كان الشخص المعني، المستفيد من توكيل من أجل القيام بعمليات مصرفية ، قد وقّع على العديد من الشيكات باسم الشركة. و كانت المحكمة العليا قد صرحت أن هذه الأسباب غير كافية لوصف السبب الذي يجعل هذا الشخص " يمارس بشكل مستقل نشاطاً إيجابياً لإدارة الشخص المعنوي بأكمله ، بغض النظر عن الأعمال المتعلقة بتسيّير ذلك الفرع و التي كان يتصرف من خلالها بموجب توكيل ممنوح له من قبل المسيّر القانوني للشركة ".

وهذا القرار يتفق مع اجتهاد محكمة النقض الذي يشترط لإسناد صفة المسير الفعلي ممارسة شخص لنشاط في إدارة الشركة خارج عن أي رقابة من جانب المسيّر القانوني[2]. خصوصية هذا القرار تكمن في حقيقة أنه يحدد العنصر المميز للاستقلال الذي يمكن أن يبرر الاعتراف بنشاط مستقل في تسيّير الشركة. وبالنسبة للمحكمة العليا ، لا يمكن الاعتراف بصفة المدير الفعلي للشركة بالنسبة للشخص الذي يتولى إدارة فرع في الشركة لأنه لم يمارس نشاطاً إدارياً مستقلاً خارج ذلك الفرع.

وهكذا ، ووفقاً لمحكمة النقض ، لا يمكن تصور الإدارة الفعلية إلا إذا كانت تتعلق بالشركة بأكملها ، وليس بفرع واحدة فقط من بين فروعه. و عليه لا يمكن اعتبار شخص مكلف بإدارة فرع في الشركة بمثابة مسير فعلي باعتبار أن إدارته و تصرفه ليستا مستقلتين عن رقابة و تعليمات المسيّر القانوني للشركة .[3]

[1] - Cass. com. 13 févr. 2007, n° 05-20126, *Bull. Joly*, 01 juin 2007 n° 6, p. 697, note A. LECOURT.

[2] -Cass. soc. 20 janv. 1999, pourvoi n° 96-45.642, Cass. crim. 12 oct. 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 319, note B. BOULOC

[3]– كمال عياري، المسير في الشركات التجارية ،شركات الأشخاص و الشركات ذات المسؤولية المحدودة، ج.1 ،المرجع السابق، ص 19.

و بالتالي فإنّ استقلال النشاط الإداري للشركة تفترض ممارسة سلطة اتخاذ القرار في إدارة الشركة بأكملها ، في حرية تامة و ليس في إدارة عدد قليل فقط من منشآتها. وهذا ما يميز سلطة اتخاذ القرارات العامة المعترف بها قانونا للمسير الاجتماعي في إدارة شؤون الشركة. و من ثم تنطوي الإدارة الفعلية على تنفيذ سلطة اتخاذ القرارات العامة في الشركة من جانب شخص لا يتمتع بوكالة منتظمة لإدارة تلك الشركة. وهو يشير إلى نشاط إيجابي ينفذ بشكل مستقل في مجال يقع ضمن اختصاص المسيّرين الاجتماعيين.

البند الثاني : معيار طبيعة النشاط

عند تحديد الطابع المستقل للإدارة ، فإن طبيعة النشاط عنصر ينبغي النظر فيه بقدر ما هو عنصر من عناصر الحرية التي يتمتع بها الشخص الذي يمارس ذلك النشاط. حيث ينبغي أن تتسم هذه الحرية بأداء المهام المتعلقة بتسيير الشركة وليس بممارسة المهام التقنية. والاستقلالية التي يتمتع بها التقني في أدائه مهامه محدودة و لا تشكل نشاط في التسيير. ومن ناحية أخرى ، فإن الاستقلال الذي يميز النشاط الإداري المستقل واسع لأنه يتعلق بالسلطة العامة للمسير في التدخل في جميع المجالات التي تهم الشركة ، باستثناء المجالات المسندة إلى الهيئات الأخرى في الشركة . وبسبب هذا التمييز ، وبقدر ما لم يؤكد أي قرار آخر إمكانية الاعتراف بالإدارة الفعلية على أساس "غياب التبعية في الشخص عند ممارسة المهام التقنية "، يمكن القول إن مفهوم المسير الفعلي لا يزال ثابتا.

إنّ غياب التبعية للمسيّر أو العضو في الشركة هو عنصر معنوي ليس من السهل إثباته لأن الاعتراف به يعني إظهار فعل سلبي. وبالإضافة إلى ذلك ، فإن مفهوم استقلال النشاط الإداري هو جزء من تعريف الإدارة الفعلية. غير أن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع ليست مطلقة في هذه النقطة. وعلى ذلك فإن تعريف الادارة الفعلية و التسبيب الذي يحتفظ به قضاة الموضوع لدعم تكييفهم يخضع لرقابة المحكمة العليا[1].

[1]- Cass. com. 4 janvier 2005, *Gaz. Pal.* du 30 avr.2005.

ونتيجة لذلك ، فإن الاستقلال ، يعني عدم الخضوع لأي عضو في الشركة ، و هو معيار يخضع لرقابة محكمة النقض. ويتحقق منه قضاة الموضوع عند تكييفهم الوقائع التي تثبت أن القائم بأعمال التسيّير قام بهذه الأعمال بحرية دون استفسار من جانب الشخص الذي يتمتع بصفة المسير القانوني أو من جانب شخص آخر أو هيئة اجتماعية أخرى.

وكثيراً ما يتجلى غياب التبعية في الطبيعة الانفرادية للقرارات التي يتخذها الشخص في إدارة الشركة. ففي القرار الصادر عن محكمة النقض في 13 فبراير 2007 و الذي أيد قضاة الموضوع لإسنادهم صفة المدير الفعلي للرئيس السابق لمجلس إدارة شركة ما ، الذي أصبح مديراً تجارياً بسب منعه من الإدارة بموجب حكم قضائي، على أساس أنه وقّع تقريباً جميع العقود التي تمثل الجزء الأكبر من النشاط الاجتماعي بصفته الرئيس المدير العام للشركة[1]. والطبيعة الانفرادية للنشاط الإداري لهذا المدير التجاري تثبت أنه لم يخضع ، من حيث المبدأ أو بعد الواقعة ، لمراقبة المسيّر القانوني. و تبين ممارسة هذه السلطات على أن المعني بالأمر اتخذ قرارات إدارية دون أن يخضع للسلطة الهرمية للمسيرين النظاميين[2].

وتحظى القرارات الإدارية الفردية بالتقدير فيما يتعلق بالرقابة النظامية السابقة أو اللاحقة التي يمارسها المسيّرون القانونيون على نشاط الشركة. وهي مستمدة من غياب هذه الرقابة. و في بعض الأحيان ، تحول العلاقات القائمة بين الشركة و الشخص دون أي فكرة عن استقلال ذلك الشخص وهذا هو الحال بالنسبة لعقد عمل و في هذه الحالة ، يقوم العامل وهو شخص ملزم مع الشركة بموجب عقد عمل ، بمهام تحت تبعية المدير.و لكن جانب واحد من نشاطه يمكن أن يسبب له فقدان صفته كعامل و يؤدي إلى إسناد صفة المسير الفعلي إليه ، ولا سيما إذا كان النشاط الذي يميزه يتعلق بإدارة الشركة لأن صفة العامل

[1]- Cass. com. 13 févr. 2007, pourvoi n° 05-12261, www.legifrance.gouv.fr

[2]– و قد تكون الطبيعة الانفرادية للقرارات المتعلقة بتسيّير الشركة حقيقية على الرغم من أن المسيّر الفعلي المزعوم لم يساهم بصفة مباشرة في التسيّير. و يكون الحال كذلك عندما يتصرف شخص عن طريق الاختباء وراء مسيّر قانوني يلهمه أو يملي عليه قرارات التسيّير .و يسمى ذلك بالتسيير المستتر.

الأجير لا تجتمع مع صفة المسيّر الفعلي ، بل مع صفة المسيّر القانوني فقط [1]. حتى لو كانت الوظائف الفنية للعامل لا تزال تمارس في الشركة ، يجب أن يفقد العامل هذه الصفة طالما أنه يكون قد أدى أيضا مهام التي تعتبر جزء من إدارة الشركة.

و عنصر الاستقلال هو الذي يسمح وجوده للقضاة بالتأكد من أن النشاط الذي يجري في المجال الذي يؤول عادة إلى المسيّر في الشركة هو نشاط مستقل. وهو يميز أي نشاط إداري قانوني أو فعلي. فأعمال الإدارة في الشركة ينبغي أن تكون ذاتية و مستقلة عن المسيّر القانوني و الشركاء و أي شخص آخر. ولكن على الرغم من دقة معيار الاستقلالية و أهميته في تقدير العلاقات داخل الشخص المعنوي إلا أنه ليس من السهل إثباته ، لا سيما إذا كان النشاط ينسب إلى شخص معنوي.

الفرع الثالث : مدى استقلالية الشخص المعنوي في التسيّير

هناك تساؤلات عديدة تطرح بخصوص مسألة استقلالية الشخص المعنوي في تسيّير الشركة ، فهل يمكن للشخص المعنوي أن يمارس نشاط التسييّر بكل حرية و استقلالية ؟ هل هذا الشخص مستقل حقاً عندما لا يستطيع التصرف إلا من خلال أشخاص طبيعية ؟ أليس استقلال الشخص المعنوي يعني استقلال أعضائها أو الأشخاص الطبيعيين الذين يتصرفون باسمه ؟ هذه التساؤلات تبين أنه قد يكون من الصعب الاعتراف باستقلال النشاط الإداري المنسوب إلى شخص معنوي ما. ومن الناحية النظرية ، فإن الشخص المعنوي مستقل لأنه يتمتع بالشخصية القانونية. غير أنه من الناحية العملية ، الأشخاص الذين يتصرفون باسم الشركة هم المستفيدون الحقيقيون من حرية التصرف هذه.

من الثابت قانونا أنّ الشخص المعنوي يتمتع بنفس الأهلية القانونية التي يتمتع بها الشخص الطبيعي وله شخصية قانونية ، وبالتالي يتمتع بوجود مستقل و إرادة مستقلة عن

[1]– حول الجمع بين صفة الأجير و المدير ، أنظر بن عودة ليلى ، المرجع السابق ، و كذلك أنظر :
Cass. com. 19 juin 2001, *Bull. Joly* 2001, n° 12, p. 1279, note P. SCHOLER ; Cass. soc. 11 mars 2003, *Petites affiches*, 8 mai 2003 n° 92, p. 11, note S. MENEGAKIS .

الأشخاص الذين أنشئوه أو الذين يتعاملون باسمه و لحسابه مع أشخاص آخرين تطبيقا لقواعد التمثيل القانوني [1]. كما أن استقلال الشخص المعنوي ليست محل شك حتى عندما يوضع هذا الشخص تحت رقابة أو وصاية شخص آخر لأن الشخص المعنوي يحتفظ باستقلالية حقيقية في اتخاذ القرار[2].

و على العموم ، يتمتع الشخص الاعتباري في القانون العام أو الخاص بالاستقلالية في صنع القرار لأن شخصيته القانونية تميزه عن الأشخاص الذين أنشئوه ، أو الذين يتولون الرقابة عليه ، أو الذين يتصرفون باسمه و لحسابه. و بالتالي ، فإن الرقابة التي يمارسها شخص أو مجموعة من الأشخاص على شركة ما لا تكفي لانتفاء استقلالية تلك الشركة. لذلك ، يجوز للشخص المعنوي أن يقوم بنشاط إداري في شركة ما دون أن يخضع لأشخاص طبيعيين أو أشخاص معنوية الذين أنشئوه و الذين يمارسون رقابتهم عليه.

و هذا القول يمكن أن يكون له عواقب وخيمة على مسؤولية مسيري الأشخاص المعنوية. وهو يؤدي إلى إنكار الاستقلال القانوني لكل شخص معنوي و تجاهل لسلطة اتخاذ القرارات العامة لمسيّري الشركات التابعة أو الأشخاص المعنوية الخاضعة للوصاية ، باعتبار أن هؤلاء المسيرّين لا يتمتعون بالاستقلال الذاتي. وهو يتيح للمسيّرين القانونيين إمكانية الاستفادة من الرقابة التي تمارسها عليهم الشركات الأم أو الهيئات الوصية من أجل الدفع بعدم استقلاليتهم ، من جهة ، في إدارة الشركة التي يتمتعون فيها بصفة المسيّر القانوني ، ومن جهة أخرى ، في الإدارة الفعلية لشركة أخرى.

وقد يؤدي ذلك إلى عدم مسؤولية مسيري أي شخص معنوي يخضع لرقابة شخص معنوي آخر ، ما لم تكن المسؤولية مشتركة بين مسيّري الشخص المعنوي الخاضع للرقابة و الشخص المعنوي الذي يمارس تلك الرقابة. و يمكن أن تحول الشخصية القانونية دون

[1]– محمد فريد العريني، المرجع السابق ، ص 9 ، إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 237 و ص 238.

[2] - Cass. civ.15 juill. 1999, *Bull. civ.* I, n° 241 .

تحقيق كل هذه الآثار الضارة لأنها تدعم قانونيًا إمكانية الشخص المعنوي على ممارسة نشاط مستقل في إدارة الشركة .

و لكن الشخصية المعنوية هي خيال قانوني يهدف إلى خلق مظهر لصالح المستفيد منها ، وظهور وجود مستقل و حقيقي لضمان الحفاظ على مصالح هذا الأخير ومصالح المرتبطين به. إن مصلحة هذا الخيال القانوني لا يمكن أن تمنع من التشكيك في حقيقة السلطة التي يتمتع بها الشخص المعنوي. ومن الناحية العملية ، فإن الشخص المعنوي لا يمكنه أن يقرر أو يتصرف إلا من خلال أشخاص طبيعيين. و لذلك ، أليس استقلالها يعد استقلالا للأشخاص الطبيعيين الذين يتصرفون باسمه ؟ ألا ينبغي اعتبارهم ليس فقط على أنهم ممثلوها ، ولكن أيضا على أنهم الأشخاص الذين يتمتعون حقا باستقلاليته؟

و من خلال دراسة النصوص التشريعية و كذا الاجتهادات القضائية المتعلقة بإدارة الشركة من قبل الأشخاص المعنوية و بإسناد صفة المسيّر الفعلي لهؤلاء الأشخاص ، يتبين أن استقلال الشخص المعنوي هو في الواقع استقلال مسيّريها و أن تقدير استقلالية النشاط الإداري المنسوب إلى الشخص المعنوي يكون بالنظر إلى حرية هؤلاء المسيّرين.

حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 612 من القانون التجاري الجزائري على أنه في شركة المساهمة ذات مجلس إدارة ، "يجوز تعيين شخص معنوي مديراً لها ". وتضيف هذه المادة أنه "عند تعيينه ، يطلب منه تعيين ممثل دائم يخضع لنفس الشروط والالتزامات ويتحمل نفس المسؤوليات المدنية والجنائية كما لو كان مديراً باسمه ، دون المساس بالمسؤولية التضامنية للشخص المعنوي الذي يمثله " و هو نفس الحكم الذي جاءت به الفقرة الأولى من المادة 225-20 من القانون التجاري الفرنسي و من هنا يتضح أن المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي يعترف ، بموجب هاتين القاعدتين ، بأن القدرة على التصرف و الاستقلال هي صلاحيات لا يمكن للشخص المعنوي أن يمارسها بشكل مباشر و لكن فقط عن طريق أشخاص آخرين هم ممثليه الأشخاص الطبيعيين .

ولذلك فإن هؤلاء الأشخاص هم المستفيدين من استقلالية الشخص المعنوي المسيّر ، ولكن لمصلحة هذا الأخير كذلك هم يتحملون المسؤولية المدنية و الجنائية مثل الشركة التي يتصرفون باسمها و لحسابها[1].

ونتيجة لذلك ، عندما يمارس شخص معنوي ما إدارة شركة ما فعليا أو بحكم القانون ، فإن المسؤولية المترتبة عن ذلك النشاط قد لا تقع على عاتق تلك الشركة نفسها فحسب ، بل تقع أيضا على عاتق الشخص المعنوي المسيّر و ممثليه الشخصيين الطبيعيين و حتى مسيّرها الفعلي.

وتؤكد كذلك الاجتهادات القضائية علاقة الشخص الطبيعي بالشخص المعنوي و لاسيما في تحديد الإدارة الفعلية و الخطأ المنسوب إلى الشخص المعنوي. فعندما تعترف المحاكم بأن شخص معنوي ما قد قام فعليا بتسيّير شركة ما ، تجد أن أشخاص طبيعيين يتصرفون باسمه قد قاموا بأعمال مستقلة لإدارة تلك الشركة[2]. أي أنّ صفة المسيّر الفعلي يمكن أن تنسب إلى الشخص المعنوي ذاته ، وهو في الواقع تم تسيّيره فعليا.

و في هذا الصدد ، قضت محكمة الاستئناف بباريس[3] في 23 ماي1997 بأن الشركة الأم التي إدعت أنها كانت في الواقع مسيّرة من قبل الشركة القابضة في المجمع الذي تنتمي إليه تتمتع بصفة المسيّر الفعلي للشركة التابعة لها . و يعتبر القضاة أنه على الرغم من تأثير الشركة القابضة ، فإن الأشخاص الطبيعيين الذين يسيّرون الشركة الأم قد مارسوا بشكل مستقل أعمال إدارة الشركة التابعة.

---

[1]– و بصفة عامة ، تقضي الأحكام المتعلقة بالمسؤولية الناشئة عن تسيّير الشركة على أنّ الالتزام بديون شخص معنوي ينطبق على هذا الأخير ، و لكن أيضا الشخص الطبيعي الذي هو ممثله الدائم يتحمل نفس المسؤولية كما لو كان يدير شؤون الشركة باسمه.

[2]– هناك العديد من القرارات و الأحكام القضائية التي تسند صفة المسيّر الفعلي إلى الأشخاص المعنوية نذكر منها على سبيل المثال:

Cass. com. 2 nov. 2005, *Bull. Joly Sociétés*, 01 avr. 2006 n° 4, p. 469, note François-Xavier LUCAS ; 27 juin 2006, *Bull. Joly* 2006, n° 12, p. 1372, note F.-X. LUCAS

[3] - C.A. Paris, 23 mai 1997, *RJDA* 1997, n° 1277.

ومن ناحية أخرى ، يتم تقدير الخطأ العمدي للشخص المعنوي بالموازاة مع الشخص الطبيعي سواء أكان مسيّرا قانونيا أو فعليا لذلك الشخص المعنوي. و هكذا، فإن تصرفات الشخص الطبيعي الذي يسيّر الشركة هي التي تثبت الخطأ العمدي من جانب ذلك الشخص المعنوي لأن الشخص الطبيعي وحده هو الذي يمكنه التصرف بحرية وقصد. وفي مادة العقود ، قضت محكمة النقض كذلك في 6 أبريل 2004[1] بأنه عندما يتم إبرام عقد التأمين باسم الشخص المعنوي ، يُقيَّم الخطأ المتعمد الذي يجوز بموجبه للمؤمن أن ينكر ضمانه على المؤمن عليه في شخص المسيّر القانوني أو الفعلي لذلك الشخص المعنوي.

و بناء على ما سبق ، تحدد المحاكم استقلالية النشاط الإداري الذي يقوم به شخص معنوي مع مراعاة حقيقة السلطة في ذلك المجمع. و لذلك ، فإن شرط الاستقلال يتم تقديره من خلال الحرية التي يتمتع بها الشخص الذي يتصرف باسم الشخص الاعتباري المسيّر[2]. وهذا لا يعني إنكار وجود الشركة ، بل الاعتراف بحدود الخيال القانوني الذي تمثله الشخصية القانونية. لأن الشخص الذي يمارس الأعمال التجارية لإدارة شركة واحدة يمكنه الاختباء وراء شركة أخرى.

ولذلك من المهم أن يسعى القضاة للبحث في جميع الحالات التي تعرض أمامهم ، عن الأشخاص الذين يتمتعون حقاً بالحرية اللازمة لممارسة سلطة مستقلة في إدارة شركة ما. فاستقلالية النشاط في إدارة الشركة تتضح من خلال الاستقلال الذي يتمتع به الشخص القائم بهذا النشاط و في الوقت الذي يقوم به. ولكن عندما لا يكون الاستقلال واضحا ، فإن خاصية الاستقلالية تنشأ من السلطة التي يتمتع بها صاحب هذا النشاط داخل الشركة و خارجها.

ونتيجة لذلك ، فإن الاستقلال هو المعيار الأساسي لاستقلالية النشاط الإداري ، في حين أن السلطة ليست سوى المعيار الثانوي. ولذلك ، ومن أجل التحقق من أن شخصاً ما

[1] - Cass. civ. 6 avr. 2004, *Bull. civ.* I, n° 108 p. 88.
[2] - Cass. com. 27 juin 2006 précitée ; Cass. com. 31 janv. 1978, *D.* 1978, *I.R.* 286.

يمارس نشاطاً مستقلاً دون مبرر في إدارة شركة ما ، من المهم إثبات أن الشخص لم يكن ، أثناء القيام بهذا النشاط ، خاضعاً للمسيّر القانوني أو لشخص آخر. ومع ذلك ، سواء كان استقلال النشاط الإداري غير المبّرر يستند إلى الاستقلال أو السلطة التي يتمتع بها صاحب هذا النشاط ، فإن إسناد صفة المسيّر الفعلي إلى ذلك الشخص يتطلب أيضا تقدير لمدى النشاط.

فالإدارة الفعلية تعني أنّ الشخص قد تدخل بشكل كبير في إدارة الشركة. و من ثم يجب على القضاة تقييم مدى النشاط الإداري المستقل الذي يتم على نحو غير منتظم. و تكمن الصعوبة في تحديد المعيار الذي يكشف موضوعياً عن مدى هذا التدخل الذي يمكن تكييفه على أنه تسيير فعلي. ويمكن أن يكون تقيّيم التدخل كميا أو نوعيا. و الواقع أنه يمكن أن يؤخذ في الاعتبار إما عدد أعمال الإدارة الفعلية التي تُنجز و مدة التدخل ، أو تأثير هذا التدخل على الشركة.

المطلب الثاني : تسيّير الشركة بصفة دائمة

النشاط الإداري الدائم هو الذي يكشف عن مساهمة نشطة ومستمرة من قبل شخص ما في إدارة الشركة. و لا يحدد الفقه ديمومة التدخل بما فيه الكفاية كعنصر محدد للاعتراف بالتسيير الفعلي. و يحلل الفقيه RIVES-LANGE [1] نشاط التسيير أو الإدارة الفعلية وفقاً لمعيار نوعي ، مشيراً إلى أن هذا النشاط يجب أن يخرج من الإدارة العامة بالمعنى المقصود في قانون الشركات. و يضيفNOTTE [2] معياراً كمياً للإعتراف بصفة المسيّر الفعلي. ووفقاً لهذا الفقيه ، لا يوجد تسيّير فعلي إذا كان النشاط المعني مؤقتا أو عرضياً. أما بالنسبة للأستاذ TRICOT ، فهو يذكر تكرار الأفعال كمعيار تكميلي لتحديد صفة المسيّر الفعلي[3].

[1] - J.-L. RIVES-LANGE, *op.cit.* ,p. 41.
[2] - G. NOTTE, *op.cit.*, p. 129 et s
[3] - TRICOT, *op.cit.*, p. 24.

في الواقع ، تنطوي الإدارة الفعلية على تدخل دائم و ليس مؤقتا أو عرضيا في نشاط المسيّر. ويشمل مفهوم الديمومة في التسييّر الفعلي، جانبين يتعلقان بالانتظام ومدة النشاط الذي يتم ممارسته دون وكالة منتظمة. و يفترض تكيّيف الإدارة الفعلية ، من ناحية، وجود نشاط لا مبرر له في تسيّير الشركة و يمارس من قبل شخص بطريقة معتادة ، ومن ناحية أخرى ، أن هذا النشاط يشكل استمرارية معينة.

الفرع الأول : الممارسة الاعتيادية للنشاط

العادة هي مصطلح يستخدم غالباً في مختلف التخصصات القانونية[1]. في قانون الأعمال ، يتم تعريف مفهوم العادة في إطار تحديد صفة التاجر[2]. وفي هذا المجال ، يشير الفقه و القضاء إلى أن هذه العادة تتسم بوجود حالة أو فعل متكرر[3]. وهذا هو أيضا المعنى الذي يشمله هذا المفهوم في مجال الإدارة الفعلية هذا.

يتم تحديد هذا الأسلوب من الإدارة من خلال الممارسة المعتادة لأعمال التسيير الفعلي للشركة.و بالتالي ، فإن النشاط الإداري المعتاد هو النشاط الذي يتسم بتعدد أعمال الإدارة الفعلية .و هنا الأمر لا يتعلق بالأداء المتكرر لنفس الفعل بل بأعمال تسيير مختلفة. ولذلك فإن تنوع أعمال التسيير يميز إذن الممارسة المعتادة لنشاط التسيير في الشركة.

البند الأول : تعدد أعمال التسيّير

ينتج النشاط الاعتيادي في التسيّير من خلال القيام بأعمال متعددة في التسيّير. يلعب التعدد بالنسبة للعادة نفس الدور الذي يلعبه العرف ، الذي يقال عنه القول المأثور المعروف " مرة واحدة ليست عرفا ". تعدد أعمال التسيّير هو العنصر المادي للتدخل المعتاد في إدارة

[1] – حول نظرية الاعتياد في القانون الخاص أنظر:
E.-H. PERREAU, *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé, RTD civ.* 1911, p. 229

[2]– عرّف المشرع الجزائري التاجر في المادة 1 من ق.ت.ج على أنه : " كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس عملا تجاريا و يتخذه مهنة معتادة له".

[3] - G. RIPERT et R. ROBLOT, par L. VOGEL *Traité de droit commercial* , 18éme éd. *L.G.D.J.* 2002 ; Cass. com. 10 déc.1991, *RJDA* 1992, n° 225

الشركة[1]. و لكن السؤال المطروح كيف يقدّر القضاة تعدد أعمال التسيّير؟ الإجابة عن هذا التساؤل يسمح بحل الإشكالات المتعلقة بعدد الأفعال التي يعتبر من بينها نشاط التسيّير معتادا.

يجب على القضاة أن يبيّنوا العناصر التي تثبت الطابع الكمي أو المتكرر لأعمال التسيير. وتذكر محكمة النقض هذا الشرط ضمناً و الأخذ في قراراتها بالأسانيد التي جاء بها قضاة الموضوع و التي تثبت خاصية تعدد أعمال الإدارة التي تشكل أساساً للاعتراف بالتسيّير الفعلي. وفي قرار صدر بتاريخ 19 فبراير 2002 عن محكمة النقض ، يقضي بتأييد قضاة الموضوع لإسناد صفة المدير الفعلي لشركة ذات مسؤولية محدودة إلى المدير الذي يتقاضى أجراً والذي تصرف كمسير للشركة[2].

وأخذت المحكمة العليا في قرارها الأسانيد التي اعتمدها قضاة الموضوع ، التي كشفت عن أنّ هذا الأجير كان قام و بمبادرة منه بتعيين موظفين ، و اتخاذ القرارات في المسائل المصرفية و المحاسبية ، ومخول بتسيّير الحسابات المصرفية التي وقعّها و قدم تسبيقات في الحساب الجاري لشركة ذات مسؤولية محدودة. وتشير إلى إن محكمة الاستئناف لاحظت أن مساهمة هذا العامل الأجير في الإدارة تجلت في علاقاته مع الزبائن و الموردين و العمال ، وهي علاقات متعددة تدخل في اختصاص المسير الاجتماعي.

وبالمثل، أيدت محكمة النقض في قرار لها صدر في 23 نوفمبر 2004[3] إسناد صفة المسيّر الفعلي لعامل أجير من قبل قضاة الموضوع ، وأيدت الاستنتاجات التي توصل إليها هؤلاء القضاة حول هذا الأخير ، حيث أشارت إلى أن هذا الأجير ، وهو مدير في مكان انجاز أشغال البناء ، كان يسهر على ضمان متابعة الأشغال ويعطي تعليمات

[1] - Y. GUYON, *Traité de droit des affaires*, T. 1, 12éme éd., Economica, 2003, n° 51.
[2] - Cass. com. 19 février 2002, *RJDA* 2002, n° 763, p. 638.
[3] - Cass. crim. 23 nov. 2004, pourvoi n° 04 -80 830, inédit.

للموظفين و يتخذ قرارات بشأن سير العمل. وفي هذا الصدد ، قام هذا الأجير بأعمال إدارية متعددة.

و في جميع هذه القرارات ، يتضح من النتائج التي توصل إليها القضاة ، تعدد أعمال التسيّير التي تتم دون سلطة نظامية. وهذا التعدد يؤدي إلى وجود تدخل معتاد في تسيّير الشركة وهو يبرر إسناد صفة المسيّر الفعلي إلى الشخص القائم بهذه الأعمال.

وعلى العكس من ذلك ، لا يمكن لعمل واحد من أعمال الإدارة أن يصف التدخل المعتاد في تسيّير الشركة[1] ، معنى ذلك التدخل المؤقت في إدارة الشركة لا يشكل نشاطًا إداريًا . إذا الإدارة الفعلية تنطوي على قيام الشخص بصورة متكررة أو معتادة بأعمال الإدارة الفعلية لشركة ما[2]. و لا يمكن ، من حيث المبدأ ، أن تنجم عن أداء عمل إداري منعزل ، حتى وإن اعترف القضاة أحيانا بخلاف ذلك[3]. و بهذا المعنى ، فإن النشاط الإداري المعتاد يتعارض مع النشاط الإداري العرضي أو المؤقت.

و لكن كم من الأعمال يمكن اعتبارها تدخلاً معتاداً في تسيير الشركة ؟ و بعبارة أخرى ، هل تعدد الأفعال كاف أم أن الأمر يتطلب عددا كبيرا من الأفعال لتشكل تدخلا معتادا في إدارة شركة ما ؟ هذا السؤال يتجنبه الفقه ، فالأستاذ NOTTE ، على سبيل المثال ، يؤكد أنه " في غياب توجيه بشأن عدد الأفعال التي تكفي للإعتراف بالإدارة الفعلية من الأفضل التركيز على مضمون النشاط المزعوم ". و لذلك ، فإن تحديد عدد معين و دقيق لأعمال الإدارة التي تثبت من خلالها العادة يبقى غير مؤكد.

---

[1]- C.A Paris, 6 oct. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 33.

[2]– كمال عياري ، المسير في الشركات التجارية ،شركات الأشخاص و الشركات ذات المسؤولية المحدودة، ج.1 المرجع السابق ،ص 18 ص 19 .

[3]– في بعض الحالات يوصف التدخل المؤقت بالتسيّير الفعلي إذا كان النشاط الذي قام به الشخص له تأثير واضح على الذمة المالية للشركة و يشكل خطورة كبيرة على المصالح المرتبطة بالشخص المعنوي، أنظر حول ذلك :

Cass. com. 15 juin 1993, *Dr. Sociétés* 1993, n° 200, obs. T. BONNEAU ; CA Paris, 27 oct. 1988, *JCP. éd. E*, 1989, II, p. 106

يتميز الإعتياد بنشاط غير أن ذلك لا يمكن تحقيقه إلا إذا كان عدد أعمال التسيير الفعلي المنجزة تسمح بإثبات وجود نشاط ما. و لذلك فإن الإعتياد له معنى كمي. وهو ينطوي على إنجاز عدد معين من الأعمال الإدارية التي تعطي هذه المجموعة صفة النشاط. إن تعدد الأفعال لا يكفي ، بل يتطلب عدد كبير من الأفعال.

و عليه ، يشترط أن يكون الطابع المعتاد للتدخل ناتجا عن قيام شخص ما بالعديد من أعمال الإدارة دون وكالة منتظمة. ومن ثم فإن تعدد أعمال التدخل يساهم في تكييف مجموع هذه الأعمال بالتسيّير الفعلي. غير أن هذه الأفعال يجب ألا تكون قد نفذت إكراها أو بأمر من شخص آخر. فلا ينشأ الإعتياد إلا من خلال الأداء الإرادي لأفعال متعددة. فالطابع الإرادي يسمح بإسناد المسؤولية عن الأفعال إلى مرتكبها. و هو يتعلق بأمرين أولا يعني أنّ الشخص يقوم بالأعمال بحرية و طواعية و دون أي قيود و دون أن يوضع تحت سلطة شخص آخر. كما أنه يشير إلى أن هذا الشخص يؤديها لغرض إدارة الشركة. وبهذا المعنى فإن القصد هو إتجاه الإرادة نحو تحقيق نتيجة.

و نتيجة لذلك ، فإن الأداء العرضي أو غير الإرادي للعديد من أعمال التسيير لا يكفي لوصف الممارسة المعتادة للنشاط على أنها تسيّير فعلي. و لذلك فإن الاعتياد هو معيار يبيّن ، فيما يتعلق بالتسيّير الفعلي للشركة ، أن شخصا ما قد تدخل في إدارة شؤون الشركة في العديد من المناسبات لغرض إدارتها. و لكن بقدر ما يكون من الصعب تحديد عدد أعمال التسيّير التي ينشأ منها النشاط الإداري الفعلي المعتاد تحديدا دقيقا ، ينبغي ألا ينصب التركيز بعد الآن على كمية أعمال التسيّير فقط ، بل على تنوعها.

البند الثاني : تنوع أعمال التسيّير

إنّ اشتراط خاصية الاعتياد في التدخل يثير مسألة الأعمال التي يجب تكرارها لكي يشكل هذا النشاط إدارة فعلية للشركة. هل أي تعدد في أعمال التسيّير ينشأ عنه نشاط إداري معتاد ؟ في هذا الشأن يذكر الفقيه TRICOT إنه من أجل الاعتراف بصفة المسيّر الفعلي

لشخص ما ، يجب أن يكون هذا الشخص أهل لاكتساب هذه الصفة ، " و من ثم فإن تكرار نفس الأعمال ، على الأقل مجموعة كافية من الأعمال ، من شأنها أن تثبت أن المهام التي يؤديها لا تقتصر على المعاملات المؤقتة ، بل تتعلق بجميع مصالح الشركة ".

وفي الواقع ، حتى لو كان تكرار نفس فعل الإدارة يشكل عمل اعتياديا ، فإنه ليس كل أداء معتاد لأعمال التسيّير يشكل ممارسة لنشاط التسيّير. ولتقدير هذا الفارق الدقيق ، من الضروري التذكير بمفهوم نشاط التسيّير الفعلي.

يمكن تعريف النشاط ، بشكل عام ، بأنه مجموعة من الأعمال التي تهدف ، في مجال محدد ، إلى تلبية الاحتياجات من خلال إنتاج وتبادل السلع والخدمات. فيما يتعلق بالإدارة الفعلية ، يجب تحديد النشاط مع الأخذ في الاعتبار العناصر المكونة لإدارة الشركة. و هي سلطة عامة لاتخاذ القرار في الشركة . وهو ينطوي على صلاحيات في مجالات متنوعة تدخل في اختصاص مسيري الشركات. وهذا التنوع يدل ، في جميع نطاقه ، على سلطة المسير الاجتماعي على تقرير المصير الاقتصادي و المالي للشركة. و هكذا يمكن تعريف نشاط التسيّير الفعلي بأنه الأداء المعتاد لأعمال التسيّير في مختلف مجالات الشركة، من قبل شخص ليس لديه وكالة منتظمة لإدارة تلك الشركة.

لا تُثبت الإدارة الفعلية إذا كان تعدد الأعمال يشكل في حقيقة الأمر تكرار لنفس عمل التسيّير. و هي لا تساوي توحيد الأعمال ، أو حتى أداء أعمال تسيّير مختلفة في مجال واحد يقع ضمن اختصاص المسيّرين الاجتماعيين. ومن حيث المبدأ ، يجب ألا تقتصر الأعمال التي تضفي على التدخل وصف التسيّير الفعلي على مجال محدد من الشركة ، و لا ينبغي أن تُلحق بمهام تقنية لأنها ، في ظل هذه الشروط ، لا تنشئ تنفيذ سلطة عامة لاتخاذ القرار في الشركة ، بل مجرد ممارسة معتادة لسلطة اتخاذ القرار في مجال معين من

الشركة. و بالتالي ، فإن مجرد إجراء معاملات على الحسابات المصرفية للشركة[1] لا يكفي لوصف نشاط التسيّير بأنه تسيّير فعلي حتى لو تكرر هذا التوقيع نفسه[2].

و تعتبر المحاكم أن الشخص الذي يمارس وظيفة واحدة تدخل في اختصاص المسيرين في الشركة لم يقم بنشاط التسيّير في الشركة لأن هذا النشاط لا يقتصر على أداء وظيفة واحدة. و نتيجة لذلك ، يرفضون إسناد صفة المسيّر الفعلي إلى ذلك الشخص. وبهذا المعنى ، فإن تأكيد الفقيه TRICOT غير صائب من حيث أنه يعتبر أن " تكرار نفس الأعمال" هو معيار محدد للتسيّير الفعلي ، حتى وإن كان ، بالنسبة له ، معياراً تكميلياً[3].

إنّ موقف هذا الفقيه لا أساس له من الصحة لأنه يجعل الشرط المتعلق " بتنوع أعمال الإدارة " في المرتبة الثانية عند تحديد التسيّير الفعلي. و هو يعتبر أن " تنوع أعمال الإدارة " هو شرط ثانوي أو بديل للشرط المتعلق " بتكرار نفس الأعمال " في حين أنه في الحقيقة شرط أساسي للاعتراف بصفة المسيّر الفعلي.

و في حقيقة الأمر ، النشاط الإداري في الشركة هو مجموعة من الوظائف و المهام المتعلقة بالجوانب المختلفة لحياة الشركة. و تتسم الإدارة الفعلية بنشاط يتشكل من ممارسة سلطة عامة في اتخاذ القرارات بشأن هذه الجوانب الاجتماعية. و بالتالي ، فإن كل نشاط يشكل تسييرا فعليا ينبغي أن يكون له بالضرورة هذا الطابع العام. ومن المهم أن يشمل هذا النشاط مختلف المجالات التي تدخل في اختصاص المسيرين الاجتماعيين.ويجب أن تشكل الأعمال التي يتحقق منها، وفقاً للقضاء ،من " أعمال الإدارة العامة للشركة [4]."

ومن ثم ، فمن الضروري ، عند تحديد التسيّير الفعلي، إثبات أن الشخص الذي تتم متابعته يمارس سلطة اتخاذ القرار في مختلف المجالات التي تدخل في اختصاص مسيري الشركات. و هذا التنوع هو الذي يبين الطابع العام للسلطة الممارسة و ما ينتج عنها من

1 - C.A Paris, 7 oct. 1997, *RJDA* 1998, n° 55, p. 35.
2 - C.A Paris, 6 oct. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 33.
3 - D.TRICOT,*op.cit.*,p.24.
4 - Cass. com. 20 janv. 1998, RTD com. 1998, p. 357

التباس مع مسيري القانون. و بالنتيجة ، فإن الاعتراف بالإدارة الفعلية لا يعني تكرار أعمال التدخل في إدارة شؤون الشركة فحسب ، بل يعني أيضا تنوعها.

و غالباً ما يلاحظ القضاة تنوع الأفعال التي يقوم بها شخص بصورة تلقائية في إدارة شركة ما لإنكار وجود إدارة فعلية أو الاعتراف بها. وفي قرار صدر في 12 جويلية 2005 ، فرضت من خلاله محكمة النقض رقابتها على قرار قضاة الموضوع الذي أسند صفة المسير الفعلي إلى أجير دون الإشارة إلى مختلف أعمال التسيير الفعلي المنسوبة إلى الشخص المعني بالأمر و التي يمكن أن تبرر هذا الوصف.[1]

وعلى العكس من ذلك ، أيدت بموجب قرارها الصادر في 6 جويلية 1999 قرار محكمة الاستئناف الذي اعترف بصفة المدير الفعلي لابن المديرة القانونية الذي كان قد أنهى عقد تأجير التسيير للمحل التجاري المستغل من قبل الشركة ، ووقّع مراسلات تجارية وشيكات و فصل الموظفين [2].و بالمثل ، قضت محكمة الاستئناف في Versailles[3] بموجب قرارها الصادر في 6 نوفمبر 1997 بإسناد صفة المسير الفعلي لشخص كان يملك ثلث (3/1) رأس المال في الشركة بالإشارة إلى أن الشخص المعني يتمتع بسلطة تمثيل الشركة في جميع المجالات. و ذكر القضاة أن هذا الشخص عيّن موظفين و وقّع عقودا مع الشركاء الاجتماعيين للشركة.

وفي هذه القرارات التي تعترف بوجود إدارة فعلية ، فإن الأفعال المنسوبة إلى الأشخاص الذين يوصفون بمسيرين فعليين قد تمت ممارستها في مجالات مختلفة تدخل في اختصاص المسيرين الاجتماعين. إن تعدد هذه الأعمال وتنوع المجالات التي تدخلت فيها يعطيان هذا النشاط الطابع العام المعترف به لنشاط إدارة الشركة. وهي تبرر إسناد صفة المسير الفعلي إلى كل شخص من هؤلاء الأشخاص. و عموما ، يحرص القضاة بإدراج

1 - Cass. com. 12 juill. 2005, Bull. civ. 2005, IV, n° 169, p. 183.
2 - Cass. com. 6 juill. 1999, n° 1373 D, inédit.
3 - C.A. Versailles, 13e ch., 6 nov. 1997, rép. gén., n° 2706/97, inédit.

أعمال الإدارة الفعلية من أجل إبراز التنوع في المجالات التي يتم في إطارها ممارسة نشاط التسيير في الشركة.

و من الناحية العملية ، ليس من الضروري أن تكون أعمال التدخل قد تمت ممارستها في جميع مجالات الإدارة. و لا يهم ما إذا كانوا يمارسون سلطات الإدارة في مجالات معينة من نشاط الشركة. و يكفي أن تتحقق هذه الأعمال من ممارسة المهام الإدارية في مختلف مجالات الشركة من أجل اثبات التسيير الفعلي لهذه الأخيرة. و هذا هو الحال ، على سبيل المثال ، عندما تؤثر الأعمال التي تتم بدون مبرر من قبل شخص لا يتمتع بصفة المسير القانوني على تنظيم الشركة و العلاقات مع الغير ونتيجة لذلك ، فإن شرط تنوع أعمال التسيير لا ينعكس في الحاجة إلى تنفيذها في جميع المجالات التي تدخل في اختصاص مسيري الشركات. والمهم هو أن الأعمال التي تمت تكشف عن مدى السلطة التي يتمتع بها الشخص المعني في إدارة الشركة.

و يسمح شرط تعدد وتنوع أعمال التسيير الفعلي بالتمييز بين ممارسة مهام إدارية محددة و ممارسة نشاط التسيير في الشركة. وهو يمنع أن تنسب صفة المسير الفعلي إلى أشخاص يتصرفون في جانب معين من الشركة يؤول عادة إلى المسير الاجتماعي ولكنهم لا يمارسون أي سلطة عامة في الشركة. وهو يميز المدير الفعلي عن المدير التنفيذي أو الفني أو الأجير في الشركة.

و نستنتج مما سبق ، أنّ النشاط الإداري المعتاد هو الذي يتشكل من ممارسة أعمال تسيّير متعددة في مجالات مختلفة تدخل ضمن اختصاص المسيرين بمجرد أن تتم دون وكالة منتظمة و بكل استقلالية . ولكن هذه العادة غير مستقرة : فالعادة غالبا ما يتم فقدانها أو التخلي عنها وهي لا تسمح لنا بالحكم مسبقا على مدة نشاط التسيير الفعلي و التي تعد أحد جوانب الديمومة ، ما يعني ذلك أن نشاط التسيّر يدوم لبعض الوقت و هو مستمر.

الفرع الثاني : الممارسة المستمرة للنشاط

استمرارية نشاط التسيّير هي المسألة التي تجاهلها جانب من الفقه [1] من أجل الاعتراف بالتسيّير الفعلي للشركة. رغم أنها تعد العنصر الثاني للديمومة. وتثير مسألة الاستمرارية استقرار نشاط الإدارة الفعلية و هي ترتبط بمدة و تواتر هذا النشاط. و عليه يتعين تحديد و ضبط مفهوم الاستمرارية الذي يميز نشاط الإدارة الفعلية للشركة قبل تحديد كيفية تقدير استمرارية نشاط الإدارة الفعلية من قبل المحاكم.

البند الأول : المقصود بالاستمرارية

و يختلف مفهوم "الاستمرارية" في وصف الإدارة الفعلية عن مفهومه في مجال الشركات التي تواجه صعوبات ، في هذا المجال فإن مصطلح "الاستمرارية" يثير مسألة مصير و مستقبل الاستغلال في الشركة [2]. وهو يشير إلى بقاء أو استمرار الشركة التي يجب أن يضمن وجودها أي نشاط إداري لذلك الشخص المعنوي. أما بالنسبة للتسيير الفعلي، فإن الاستمرارية هي العلاقة بين تواتر التدخّل و الوقت. وهي تشكل العنصر الزمني لنشاط التسيير الفعلي ، و لذلك يجب تعريفه بالرجوع إلى ذلك العنصر. كما أن الأخذ بعين الاعتبار المعيار الزمني في تحديد الإدارة الفعلية يميز هذه الأخيرة عن الإدارة العرضية.

الاستمرارية هي خاصية ما هو غير منقطع أي متواصل أو غير مؤقت أو مستمر مع مرور الوقت. و عندما تميّز نشاط التسييّر الفعلي، فإن الاستمرارية تعكس فكرة أن هذا النشاط قد تم ممارسته بشكل طبيعي دون انقطاع. وفي قرار صادر عن محكمة الاستئناف في باريس[3] في 11 جوان 1983 ، ركز القضاة للمرة الأولى على الاستقرار أو الانتظام اللذين يجب أن يتسم بهما نشاط الإدارة الفعلية.و في ذلك القرار، تؤكد المحكمة أن "صفة

---

[1] - G. NOTTE *op. cit*. p. 130

[2] – لقد أشار المشرع الجزائري إلى مفهوم استمرارية النشاط التجاري في العديد من المواضع ضمن قواعد القانون التجاري نذكر منها على سبيل المثال : المادة 715 مكرر 11 من ق.ت.ج المتعلقة بحق الإخطار المخول قانونا لمندوب الحسابات في شركة المساهمة .

[3] - C.A. Paris, 11 juin 1987, Bull. Joly 1987, n° 299, p. 719.

المسير الفعلي (...) تتميز بالتدخل في المهام المحددة في الإدارة العامة للشركة التي تنطوي على مشاركة مستمرة في هذه الإدارة..."

كما أيّد قرار آخر صدر في 25 يناير 1994 عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض [1] إسناد قضاة الموضوع لصفة المسيّر الفعلي إلى الشريك صاحب الأغلبية في الشركة ذات المسؤولية المحدودة على أساس أنه قام ، منذ بداية الشركة المنشأة و بمبادرة منه ، بممارسة نشاط إيجابي في تسيّير تلك الشركة ، و هذا بشكل مستمر و منتظم. حيث أعادت محكمة النقض النظر في النتائج التي توصل إليها قضاة الموضوع و التي مفادها أن هذا الشريك كان المتسبب في انهاء عقد إيجار العقار الذي كان يتواجد به مقر الشركة ثم قام بالتصويت في الجمعية العامة لتحويل ذلك المقر ، كما أنه استعمل المدير كإسم مستعار لأن جنسيته الأجنبية كانت تمنعه من الحصول على تلك الصفة و تفاوض مع الموردين بخصوص عقود شراء سلع و بضائع موجهة إلى الشركة.

و هذه الوقائع تبين أن المعني قام بأعمال التسيير في الشركة منذ فترة طويلة من الزمن و بشكل مستمر. و عليه ، يؤكد هذا القرار على وجود نشاط إداري مستمر أو دائم الذي تم الأخذ به في قرار محكمة الاستئناف في باريس أعلاه. و من ثم تعد الاستمرارية شرط للاعتراف بصفة المسير الفعلي .

و يكون نشاط التسيّير الفعلي مستمراً[2] إذا لعب القائم به دورا أساسيا و مهما في إدارة شؤون الشركة. وبهذا المعنى ، في القرار الصادر في 25 يناير 1994 المذكور أعلاه ، فإن الأعمال التي مارسها الشريك في إدارة الشركة تمت مع مرور الوقت. و تمكن القضاة من استنتاج أنه مارس أنشطة مستمرة متعلقة بإدارة الشركة. وفي ذات السياق ، أيدت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض[3] في 20 أكتوبر 2004 قرار محكمة الاستئناف بإسناد صفة المدير

[1] - Cass. com. 25 janv. 1994, RJDA 1994, n° 457, p. 358.
[2] - MARIA ,PAPANTONI , *op.cit.*,p. 271.
[3] - Cass. crim. 20 oct. 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 249, p. 935. Arrêt déféré : CA. de Saint-Denis- De-La- Réunion, ch. correctionnelle, 26 mars 2003.

الفعلي إلى شريك و إدانته بهذه الصفة بالتفليس و الاشتراك في جريمة إصدار شيك بدون رصيد.

وفي هذه القضية، لاحظت محكمة الاستئناف، فيما يتعلق بصفة المسيّر الفعلي، أنه وفقاً لمختلف الشهادات، أعطى الشخص المعني أوامر وتعليمات للمسيّر القانوني الذي أخطره بنشاطه، وأنه ضمن له العلاقات مع الموردين و حل بتدخلاته جميع صعوبات دفع تكاليف الشركة. وتؤكد هذه القرارات على طول المدة الزمنية التي تم فيها التدخل في إدارة الشركة. وهي تثبت أن نشاط التسيير الفعلي يكون مستمر عندما يكون غير مؤقت أو دائم. كذلك، ومنذ صدور قرار محكمة الاستئناف في باريس في 11 جوان1987 ، أخذ القضاة في الاعتبار تدريجياً مدة التدخل من أجل التقرير ما إذا كان هذا التدخل يشكل تسييراً فعلياً أم لا.

يسمح مفهوم الاستمرارية بالتمييز بين الإدارة الفعلية و الإدارة العرضية . و الإدارة العرضية هي التي توصف بالأداء المؤقت أو غير الدائم لأعمال التسيّير في الشركة[1]. وهي لا تؤدي ، من حيث المبدأ ، إلى إضفاء صفة المسيّر الفعلي على الشخص القائم بها. فعلى سبيل المثال ، هناك قرار شهير أصدرته محكمة الاستئناف في تولوز في 30 جوان1997 [2]و أكدته محكمة النقض في 26 أكتوبر 1999 [3] الذي قضى بإلغاء حكم المحكمة التجارية Saint–Gaudens ، التي منحت صفة المسيّر الفعلي و أدانت المرخص بتكملة الديون في شركة تخضع للتسوية القضائية. و رأت محكمة الاستئناف أن المرخص لا يمكن أن تسند إليه صفة المسيّر فعلي لأن تدخله كان عرضيا.

و بتاريخ 19 سبتمبر 1995 تبنت محكمة الاستئناف في باريس[4] نفس الموقف برفضها وصف المدير التجاري و التقني لشركة ذات مسؤولية محدودة بالمسير الفعلي بحكم

[1]– حول مفهوم الإدارة العرضية، أنظر أعلاه ، ص 52 و ما بعدها من هذا البحث.

[2] - C.A Toulouse, 30 juin 1997, *Bull. Joly* 1998, § 16, p. 53.

[3] - Cass. com. 26 oct. 1999 *(affaire Ford France)*, *RJDA* 1999, n° 1213, p. 982

[4] - C.A Paris, 19 sept. 1995, *RJDA* 1995, n° 1368, p. 1051.

أنه كان لديه توكيل صادر عن المدير للتوقيع على الحساب المصرفي للشركة.و بالنسبة للمحكمة ، فإنّ أعمال التسيير القليلة التي قام بها المدير التقني لم تثبت أنه شارك بشكل دائم في مراقبة فعالة و مستمرة لتقدم و سير الشركة.

و في هذه القضايا المختلفة ، كانت أعمال التسيّير معترفا بها جيدا ، و لكنها لم تكن منتظمة أو ممارسة بطريقة معتادة و مستمرة. حيث كان يتألف نشاط التسيير المعني من أعمال إدارية عرضية. لذلك ، رفض القضاة الاعتراف بوجود نشاط التسيّير الفعلي في مثل هذه الحالات.

وعلى العكس من ذلك ، في قضية عُرضت على محكمة النقض في 4 جوان 2002 [1]، طعن شريك في شركة ذات مسؤولية محدودة في قرار محكمة الاستئناف لكونها أسندت إليه صفة المسير الفعلي دون التحقق مما إذا كانت الأعمال الإدارية المنسوبة إليه " لم تمارس بطريقة عرضية " في إطار التبعية للمدير القانوني.في هذه الحالة قضت المحكمة العليا برفض الاستئناف ، مشيرة إلى أن القيام بعمل إداري واحدا و المتعلق بالتوقيع على الحساب المصرفي للشركة ، غير كاف لإثبات التسيير الفعلي ، رغم أن قضاة الموضوع حددوا أيضا أعمالا إدارية أخرى تعود إلى هذا الشريك.

ويتضح من هذه القرارات المختلفة أن التدخل الذي يشكل تسييراً فعلياً يتسم بالإستمرارية أو الدوام . و لذلك فإن الاستمرارية تعكس ديمومة نشاط التسيير الفعلي أو سيره لفترة طويلة من الزمن. وهو عنصر هام في تحديد صفة التسيير الفعلي. ولكن كيف يتم تقديره ؟

[1] - Cass. com. 4 juin 2002, pourvoi n° 99-10973, inédit, www.legifrance.gouv.fr.

البند الثاني : تقدير خاصية الاستمرارية

إنّ معايير تقدير استمرارية نشاط الإدارة الفعلية ليست واضحة في الاجتهادات القضائية ، ناهيك عن الفقه الذي لا يزال صامتاً في هذه النقطة. و بقدر ما تسهم الاستمرارية في تكيّيف التدخل في التسيير الفعلي، من المهم جدا محاولة سد هذا النقص و إزالة الغموض بخصوص تحديد العناصر التي يمكن أن تثبت استمرارية نشاط التسيير الذي يتم ممارسته بدون وجه حق. و لهذا الغرض ، يمكن إيلاء اهتمام خاص بمجال و أهمية النشاط المنجز.

و فيما يتعلق بمجال هذ النشاط ، من المهم فقط أن نتذكر أنّ الإدارة الفعلية هي ممارسة المهام التي تدخل في اختصاص المسيرين الاجتماعيين دون وكالة منتظمة. يتم استنتاج خاصية الاستمرارية من الممارسة غير المبررة لاختصاصات المسيرين الاجتماعيين من قبل شخص ما خلال فترة ليست عرضية. و من ثم فإن مهام التسيير في الشركة تشكل الإطار لتقييم الاستمرارية لأن ممارستها هي التي تثبت أن الشخص القائم بها قد استولى على السلطات المخولة قانونا للمسيّر القانوني.

و لكن فيما يتعلق بأهمية نشاط الإدارة الفعلية ، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو معرفة ما إذا كان بالإمكان تقييم هذا العنصر بالنظر إلى التسيّير القانوني أو بالنظر إلى جميع الأنشطة التي يقوم بها صاحب الإدارة الفعلية.

وفي الكثير من الحالات ، تمارس أعمال التسيّير الفعلي في نفس الوقت الذي يمارس المسير القانوني أيضا سلطاته الإدارية. نطاق أعمال المسيرين الاجتماعيين واسع لدرجة أن العديد من المسيرين القانونيين أو الفعليين يمكنهم إدارة شؤون الشركة معاً. وبالتالي فإن الاستمرارية لا تعني حصرية الإدارة الفعلية كأسلوب لإدارة الشركة. و لكن هل يعني استمرار نشاط الإدارة الفعلية أن هذا النشاط يحتل دورا رئيسيا في إدارة شؤون الشركة مقارنة بالإدارة القانونية ؟

ولا تعني استمرارية نشاط الإدارة الفعلية أن هذا النشاط أكثر أهمية من نشاط الإدارة القانونية في إدارة شؤون الشركة.و هي لا تعني أن أعمال التدخل هي، بعددها أو بتأثيرها ، أكثر أهمية من أعمال الإدارة القانونية. فقد يكون نشاط الإدارة الفعلية مستمراً على الرغم من أنه ليس مهيمناً في الشركة. و من المهم ببساطة أن يعكس ممارسة سلطة لاتخاذ القرار في الشركة من قبل الشخص و لفترة طويلة من الزمن.

و معيار تقدير استمرارية التدخل في إدارة الشركة هو ممارسة سلطة عامة لاتخاذ القرار دون انقطاع من جانب شخص لا يتمتع بصفة المسير القانوني. و في بعض الأحيان ، عندما يكون نشاط الإدارة الفعلية هو الرئيسي أو المهيمن في إدارة الشركة ، هذا الظرف يسهل الاعتراف باستمرارية هذا النشاط.

وتتجلى استمرارية نشاط الإدارة الفعلية في تسبيب قرارات المحاكم التي تسند صفة المسير الفعلي إلى شخص ما. وفي قرار صدر في9 نوفمبر 1993 أيّد قرار قضاة الموضوع الذي منح صفة المسير الفعلي لمانح الحق في الاستغلال للشركة ، تذكر محكمة النقض [1] أن محكمة الاستئناف لاحظت ، من ناحية ، أن المرخص كان يحتفظ بالوثائق المحاسبية والاجتماعية والمصرفية اللازمة لإدارة الشركة المرخص لها ، ومن ناحية أخرى ، أنه أعد جميع الوثائق الإدارية والتصريحات الضريبية والاجتماعية ، انشاء بطاقات الدفع و مراقبة توظيف العمال.وتتعلق هذه المؤشرات بأعمال التسيير التي استمرت في الأجل. و هي تبين الطابع المتواصل لنشاط الإدارة الفعلية بإثبات مدته أو فترته.[2]

ولكن إذا كنا بصدد تقدير استمرارية نشاط إدارة الفعلية من خلال المقارنة بين هذا النشاط و نشاط الإدارة القانونية ، فمن الممكن أن نأخذ في الاعتبار العلاقة بين الشركة و الشخص الذي يتدخل في تسيّيرها. أي يمكن تقيّيم استمرارية التدخل بالنظر في العلاقة التي تربط الشخص القائم بالتدخل بالشركة. وفي هذه الحالة ، هل يمكن للتدخل أن يشكل ،

[1] - Cass. com. 9 nov. 1993, précité, Bull. civ. IV, n° 390, p. 284
[2] - Cass. com. 13 mai 2003, D. 2003, p. 2537, comm. J.-P. KARAQUILLO

بالنسبة لصاحبه، النشاط الحصري أو الرئيسي الناشئ عن علاقته بالشركة المعنية ؟ هل الإدارة الفعلية هي ، بالنسبة لصاحبها و إطار علاقاته مع الشركة ، هي نشاط أساسي أم ثانوي ؟ وينشأ عن هذا السؤال عدة فرضيات ، فعندما لا يكون فيها الشخص المتدخل أجنبيا تماما عن الشركة و لكن تربطه علاقات معها سواء بموجب عقد الشركة أو بموجب اتفاق آخر.

وهذا هو الحال بالنسبة للشركاء و المتعاقدين مع الشركة و العمال الأجراء. و هنا يتعين دراسة وضعية الأجير بشكل منفصل عن وضعية الأشخاص الآخرين لأن الأجير ، بحكم وضعيته ، يوضع تحت التبعية القانونية للمسير القانوني.

وفي قرار صدر في 21 فبراير 2006 ، أيدت من خلاله محكمة النقض [1] قضاة الموضوع لإسنادهم صفة المدير الفعلي إلى عامل أجير على أساس أن الأفعال التي قام بها الشخص المعني في إدارة الشركة تستبعد وجود عقد عمل وبالتالي صفته كأجير. وفي هذه القضية ، " لاحظت محكمة الاستئناف أن الشخص المعني قد تدخل في تسيير الشركة و إدارتها و مديريتها ، من خلال قيامه بأعمال التسيير لحساب الشركة ، وتلقى أجرا لا علاقة له بواجباته التقنية ". وفي هذا القرار ، كما هو الحال في القرارات أخرى[2] ، يستنتج القضاة صفة المدير الفعلي من خلال ممارسة نشاط إداري مستمر من قبل العامل الأجير.

وفي الواقع ، فإن مدى السلطات التي تمارس في الإدارة الفعلية تتطلب أن لا يكون الشخص الذي يمارس هذه السلطات تابع لسلطة شخص آخر في الشركة. و من الناحية العملية ، فإن سلطة اتخاذ القرار من قبل الشخص الذي يدير شركة بالفعل تجعل من المستحيل تقريبا الحفاظ على رابطة التبعية بين الأجير و المدير النظامي أو المؤسساتي. فالمهام التي تمارس بصفة الأجير هي جزء فقط من المهام الإدارية حتى على المستوى

[1] - Cass. soc. 21 févr. 2006, pourvoi n° 03-41487, inédit
[2] - Cass. com. 19 févr. 2002, *RJDA*, 2002, n° 7, n° 763, p. 638. Cass. com. 22 janv. 2002, *RJDA* 2002, n° 5 et n° 502, p. 426 .

الكمي ، و قد لا تكون تلك المهام أكثر أهمية من هذه المهام ، و عليه يعتبر نشاط الإدارة الفعلي مستمرا.

كذلك ، تفترض مسألة الجمع بين صفة الأجير و المدير الاحتفاظ بوظيفة فعالة بأجر و هذا الشرط لا يكفي لوصف الأجير بالمدير الفعلي حتى لو كانت المهام التقنية للأجير تمارس دائما ، لكن يمكن وصف الأجير بأنه مدير فعلي إذا قام بأداء مهام تدخل في إطار تسيّير الشركة و ذلك بكل حرية و على وجه الاستقلال. والنتيجة هي أنه عندما نأخذ بعين الاعتبار العلاقة بين العامل الأجير و الشركة ، تفترض الإدارة الفعلية من قبل العامل الأجير أن هذا النشاط يصبح في الواقع أساسيا أو مهيمنا ، في المقابل ، يصبح النشاط المأجور مؤقت أو غير دائم ، لأن سلطة التسيير تزيل رابطة التبعية التي تميز صفة الأجير.

ومع ذلك ، وبصرف النظر عن الافتراض بأن الشخص الذي قام بأعمال التسيير الفعلي هو أجير ، فإن استمرارية نشاط الإدارة الفعلية لا تحددها خاصيته الأساسية. و ليس من الضروري أن يكون نشاط الإدارة الفعلية ، في الشركة المعنية ، نشاطا مهيمنا ، ناهيك عن النشاط الإداري الوحيد لتلك الشركة ، من أجل إسناد صفة المدير الفعلي إلى صاحبها.فيكفي أن يقوم الشخص بأعمال التسيير بطريقة معتادة ، حتى لو كان له نشاط آخر في الشركة. وهكذا ، وباستثناء فرضية العامل الأجير ، يمكن الاعتراف بخاصية الاستمرارية في نشاط الإدارة الفعلي الذي يقوم به أي شخص دون الحاجة إلى إثبات أن هذا النشاط مهيمن أو حصري في الشركة.

و لكن بغض النظر عن الشخص المعني ، من المهم أن يمارس نشاط التسيير الفعلي من قبل هذا الشخص لفترة غير محددة من الزمن ، أي أنه ليس مؤقت. والاستمرارية عنصر زمني لتقييم ديمومة نشاط الإدارة الفعلي ، في حين أن العادة هي العنصر الكمي.

إن الشروط المتعلقة بالطابع المستمر و المعتاد للتدخل في إدارة الشركة تحول دون وصف النشاط الإداري العرضي أو المؤقت بأنه إدارة فعلية. و يجب أن يحدد وجودها ، من حيث المبدأ ، وصف أي تدخل في الإدارة الفعلية. غير أن المحاكم لا تأخذ هذه الشروط في الاعتبار دائماً. وفي بعض الأحيان، تنسب صفة الإدارة الفعلية إلى التدخل الذي يُجرى خلال فترة زمنية قصيرة جدا أو يتألف من فعل منعزل.

وفي قرار صدر في 12 جوان 1972، أيدت من خلاله محكمة النقض قضاة الموضوع الذين اعتبروا أن الوقائع المعروضة أمامهم تشكل تسيّيرا فعليا ، وهو العمل الذي سعى من خلاله أحد الشركاء إلى فتح إجراءات جماعية أمام المحكمة و ذلك باسم الشركة[1]. ولذلك وُصف هذا الشريك بأنه مسير فعلي.

و بالمثل ، في قرار آخر صدر في 27 أكتوبر 1988 ، منحت محكمة الاستئناف في باريس صفة المسير الفعلي للشركة الأم التي أدى تدخلها في تسيير شركتها التابعة إلى الاعتقاد بأنها " تأخذ حقا على العملية التجارية لحساب هذه الأخيرة ." [2] و في هذه القضايا ، يمكن اعتبار التدخل في إدارة الشركة عرضيا لأنه لا يستوفي الشروط المتعلقة بالديمومة. وهو لا يشكل حتى نشاطا طالما أنه لا يتميز بخاصية الإعتياد و لا بالاستمرارية. و أمام هذا القصور ، لا يمكن الاعتراف بالإدارة الفعلية.

بناء على ما تقدم يتبين أن إثبات الوجود الفعلي للمسيّر يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع [3]، حيث تتمتع المحاكم بحرية كبيرة لتقرير ما إن كان الشخص يمارس السلطات التي يعترف بها القانون للمسيّر القانوني دون أن يكون له الحق في القيام بذلك .

1 - Cass. com. 12 juin 1972, *Bull. civ*. IV, n° 187, p. 182.
2 - CA Paris, 27 oct. 1988, *JCP. éd. E*, 1989, II, p. 106.
3 - Cass. com. 4 avr. 1962, *RTD com.* 1962, 752 : *« la preuve de la gérance de fait est souverainement appréciée par les juges du fond qui doivent toutefois préciser les éléments caractéristiques de la participation à la gérance, afin de permettre le contrôle de la Cour de cassation »*. Cass. com. 16 mars 1999, *Bull. civ*. IV, n° 64, p. 53, *RJDA* 1999, n° 557, p. 437; *Bull. Joly*, 1999, p. 768, § 169 : *« Mais attendu que le pouvoir souverain du juge du fond s'exerce par une décision dont les motifs, propres à caractériser, en fait, la direction de la société, sont soumis au contrôle de la Cour de cassation ; que le moyen est recevable »*.

ويمكن تبرير هذه الحرية بالرغبة في تمكين هؤلاء القضاة من تحديد صفة المسيّر الفعلي إذا لزم الأمر وفقا للظروف و المصالح المراد حمايتها و المعروضة عليهم. وبسبب هذه السلطة التي تمنحها لهم محكمة النقض ، فإنّ مفهوم المسير الفعلي يُبنى تدريجياً من طرف قضاة الموضوع و تبعاً للمصالح التي يريدون حمايتها من خلال هذا المفهوم.

بمعنى أنه لا يمكن الاعتراف بالإدارة الفعلية إلا إذا كان النشاط محل النزاع له آثار سلبية على المركز القانوني للشركة أو على مركز الغير المتعامل معها [1]، أي لا يمكن الاعتراف بصفة المسيّر الفعلي تجاه شخص ما إلا إذا تبين من خلال الوقائع المطروحة أمام القاضي أن الضرر الذي أصاب الشركة أو الغير كان نتيجة نشاط قام به شخص لا يتمتع بصفة المسيّر القانوني من جهة ، ومن جهة أخرى ، يؤدي ذلك إلى تحميل الشخص الذي تسند إليه هذه الصفة المسؤولية عن ذلك الضرر.

و بالتالي فإنّ التدخل في التسيّير الذي لا يلحق ضررا بالشركة لا يعتبر تسيّيرا فعليا و تبعا لذلك إنّ تقدير صفة المسيّر الفعلي ينبغي أن يكون بالنظر إلى الآثار القانونية المترتبة عن هذه الصفة.

[1] – حيث قضت محكمة النقض برفض إسناد صفة المسيّر الفعلي إلى المدير الإداري الذي تدخل في تسيّير الشركة و الذي اعتبر نشاطه مفيدا للشركة و الدائنين و السبب يرجع إلى كون ذلك النشاط قد كشف عن مخالفات في التسيّير و حافظ على موجودات الشركة .

C.A. Paris, 3éme ch. 5 févr. 1999, *RTD com.* 2000, p. 373, note C. CHAMPAUD et D. DANET.

الباب الثاني : مسؤولية المسيّر الفعلي في الشركات التجارية

يتحدد نظام مسؤولية المسيّر الفعلي بالنظر إلى الآثار القانونية التي يرتبها المشرع التجاري على التسيّير الفعلي للشركة ، و تسيّر الشركة فعليا عندما يقوم شخص ما من الشركاء أو شخص آخر في الشركة بممارسة سلطات التسيّير في الشركة دون أن يكون له الصفة القانونية لتسيير شؤونها و قد يكون التدخل في التسيّير إما لمصلحة الشركة أو ضدها.

و نظرا لأهمية الحماية القانونية لهذه المصلحة ، كان لازما على المشرع التجاري أن يتصدى إلى هذه المسألة بإخضاع هذا المسيّر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا لنفس القواعد التي تضبط سلوكيات و تصرفات المسيّرين القانونين في الشركة ، باعتبار أن هذه القواعد تسري على كل شخص يتمتع بصفة المسيّر في الشركة ، و مادام أن المسيّر الفعلي يمارس نفس المهام و الصلاحيات المخولة للمسيّر القانوني فيفترض أن يكون نظامه القانوني مماثل للنظام الذي يخضع له هذا الأخير أي المسير القانوني. و يتعلق الأمر أساسا بمسؤولية المسيّر الفعلي عن أعماله سواء كانت هذه الأعمال تسبب ضررا بالشركة أو الشركاء أو الغير أم تشكل جريمة من الجرائم التي يرتكبها المسيّر في حق الشركة .

فرغم أنّ هذا المسيّر لم يتم تعينه بانتظام للقيام بتلك المهام و أن تدخله في التسيّير ينتهك الطابع النظامي للشركة إلا أن المشرع التجاري يعترف بأعماله في ظل قواعد القانون التجاري و يرتب عليها آثار قانونية مهمة ، كما هو الشأن بالنسبة للمسيّر القانوني و هذا في حالات معينة . و من ثم فالشخص الذي تسند إليه صفة المسير الفعلي يصبح مسؤولا عن الأخطاء التي يرتكبها في ظل وجود المسيّر القانوني أو في ظل غياب هذا الأخير باعتبار أنه يمارس نفس السلطات و الصلاحيات التي يعترف بها القانون للمسير القانوني للشركة و هذا القول يفترض وجود نظام حقيقي لهذا المسير بالموازاة مع المسير القانوني.

فمن جهة ، إن القواعد المطبقة على المسير الفعلي في مجال المسؤولية المدنية جاءت غير واضحة و تتحدد في إطار ضيق و محدود باعتبار أن القانون لا يعتبر هذا المسيّر

مسؤول مدنيا إلا إذا كانت الشركة في حالة إفلاس أو تسوية قضائية و في ظل هذه الحالة يكون هذا المسير يخضع لنفس الالتزامات التي يخضع لها المسير القانوني كما أنه يخضع من حيث هذه المسؤولية لنفس القواعد التي تنظم وضعية المسير القانوني في الشركة بمعنى أن المشرع في هذه الحالة لم يميز بين المسيّر الفعلي و المسيّر القانوني بل اعتبر كل واحد منهما مسؤول عن أعماله بخصوص الوضع الصعب الذي تؤول إليه الشركة.

أما عندما تكون الشركة في حالة عادية ، فلا يوجد نص صريح يقضي بمماثلة المسير الفعلي بالمسيّر القانوني في نطاق هذه المسؤولية غير أن هذا لا يعني أن هذا المسيّر لا يسأل مدنيا عن أخطائه أثناء سير الشركة ، لذلك فمن المهم جدا دراسة قواعد المسؤولية التي تنظم وضعية المسيّر الفعلي في هذه الحالة لإيجاد الحلول و الآليات القانونية التي تسمح بمساءلة هذا المسير مدنيا إلى جانب المسير القانوني عن الأخطاء و المخالفات التي يرتكبها أثناء سير الشركة بما يتلائم و خصوصية هذا النوع من التسيّير مقارنة مع المسيّر القانوني .(**الفصل الأول**).

و من جهة أخرى ، إنّ الأخطاء التي قد يرتكبها المسيّر الفعلي في حق الشركة قد تشكل أحيانا جريمة من الجرائم المنصوص عليها في القانون التجاري ، مما يستدعي الأمر تطبيق قواعد المسؤولية الجزائية في هذه الحالة . و لما كان مجال تطبيق هذه القواعد يشمل فقط المسيّر القانوني حيث كان هذا الأخير يتحمل المسؤولية الجزائية عن تلك الجرائم باعتباره الشخص المسؤول عن تسيير شؤون الشخص المعنوي و ليس المسيّر الفعلي و كان يسأل جزائيا حتى في ظل الوجود الفعلي للمسيّر. و لكن بعد الإقرار التشريعي بالمسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي في الشركات التجارية ، أصبحت قواعد هذه المسؤولية لا تخاطب فقط المسيّر القانوني بل تخاطب أيضا كل شخص يتدخل في تسيّير الشركة (**الفصل الثاني**).

الفصل الأول : مماثلة المسيّر الفعلي بالمسيّر القانوني في نطاق المسؤولية المدنية

أثارت المسؤولية المدنية للمسير الفعلي جدلا كبيرا في الأوساط الفقهية خصوصا مع التطورات الاقتصادية الحاصلة في البيئة التجارية ما أدى إلى ازدياد حجم المخاطر و تدهور وضعية الشركة من الناحية القانونية و المالية و الاقتصادية و الاجتماعية في ظل المخالفات و التجاوزات الناتجة عن التسيير الخاطىء للشركة ، حيث أصبح من الصعوبة بمكان تحديد الشخص المسؤول عن الأضرار التي تلحق الشركة و الشركاء في ظل وجود ما يسمى بالمسير الفعلي إلى جانب المسير القانوني في الشركات التجارية و ما يزيد الأمر صعوبة أنه لا يوجد تعريف قانوني جامع و شامل لهذا المفهوم أو حتى معايير ثابتة تسمح بتحديد هذه الصفة و من ثم تحديد الشخص المسؤول عن الأضرار الناتجة عن التسيير تجاه الشركة و الشركاء و حتى الغير المتعامل معها .

والأصل أنّ نظام المسؤولية المدنية للمسيّرين في الشركات التجارية يقضي أن المسيّر القانوني هو الشخص الذي يسأل قانونا عن الأضرار التي تصيب الشركة و الشركاء متى كانت هذه الأضرار بسبب أخطاء أو مخالفات ارتكبها شخص أو عدة أشخاص يتمتع بصفة التسيير القانوني في الشركة و لكن قد يختلف الوضع إذا تم ارتكاب الخطأ من قبل شخص لا يتمتع بالصفة القانونية للتسيّير خصوصا أنّ المشرع التجاري لم يوضح حقيقة معالم هذه المسؤولية في إطار قواعد القانون التجاري مقارنة مع مسؤولية المسير القانوني في الشركات التجارية بل اقتصر فقط على معالجة هذه الوضعية القانونية في إطار القواعد المتعلقة بالإفلاس أو التسوية القضائية للشركة فقط و من ثم لنا أن نتساءل حول إمكانية مساءلة المسيّر الفعلي مدنيا عن أعماله تجاه الشركة و الشركاء و الغير.

و على هذا الأساس سوف نعالج في هذا المقام مسألتين الأولى تتعلق بمسؤولية المسيّر الفعلي عن أخطائه تجاه الشركة التي يسيّرها فعليا سواء كانت هذه الأخيرة في حالاتها العادية أو كانت في حالة عجز مالي يجعلها غير قادرة على الوفاء بديونها **(المبحث الأول)**

ثم ننتقل إلى دراسة مسألة أخرى تتعلق بإمكانية مساءلة المسيّر الفعلي مدنيا تجاه الشركاء و كذا تجاه الغير المتعاملين مع الشركة المسيّرة فعليا بناء على الأحكام و النصوص التشريعية التي جاءت بها التشريعات المقارنة في هذا الشأن انطلاقا من موقف المشرع الجزائري و كذا الوقوف على موقف القضاء و الفقه في هذا المجال و نحاول قد الإمكان إيجاد الحلول للإشكالات القانونية التي كانت و لا تزال تطرحها فكرة المسيّر الفعلي في أرض الواقع خاصة في نطاق هذه المسؤولية و الهدف من ذلك هو معرفة إن كان النظام القانوني الخاص بالمسؤولية المدنية للمسيّر الفعلي يماثل النظام القانوني الخاص بالمسؤولية المدنية للمسيّر القانوني (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول : مسؤولية المسيّر الفعلي عن أخطائه تجاه الشركة

تتمتع الشركة التجارية بالشخصية القانونية المستقلة عن شخصية مسيّرها إلا أن دورها في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية لن يبرز إلا من خلال اكتسابها القدرة و الإرادة على التصرف ، و الذي لن يتم إلا وفق إرادة ممثليها الذين يكلفون قانونا بالتعبير عن إرادة الشركة. و من ثم تكون الشركة مسؤولة أمام الغير فيما أجراه المسيّرين من تصرفات بإسمها أو لحسابها الخاص ، بالمقابل فإنه من غير المنطقي أن يتجرد المسيّرون من المسؤولية عن الأخطاء التي يرتكبونها أثناء القيام بمهامهم إذا أدت هذه الأخطاء إلى تضرر مصالح معينة لاسيما مصلحة الشركة و لكن إذا كانت هذه الأخطاء صادرة من شخص لا يتمتع بالصفة القانونية للتسيّير فإن الأمر يستدعي التساؤل حول إمكانية مساؤلة هذا الشخص عن أخطائه تجاه الشركة ؟

و بشكل عام ، كل شخص يتمتع بصفة المسيّر و يقوم بسلطات التسيّير يكون مسؤول مدنيا عن أخطائه تجاه الشركة سواء كانت هذه الأخيرة في حالة عادية أو في حالة عجز مالي ، غير أنه بالرجوع إلى الأحكام الخاصة بالمسؤولية المدنية للمسيّرين تجاه الشركة نجد أنّ المشرع الجزائري لم ينص صراحة على قيام مسؤولية المسيّر الفعلي عن أخطائه تجاه الشركة في حالاتها العادية و هذا في جميع الشركات التجارية لاسيما شركات المساهمة و شركات المساهمة البسيطة حاله في ذلك حال باقي التشريعات المقارنة الأخرى، بل حصر نطاق هذه المسؤولية على المسيّرين القانونين فقط بما فيهم أعضاء مجلس الإدارة في شركة المساهمة .

و في غياب نص تشريعي صريح على ذلك يمكن تأسيس نظام مسؤولية المسيّر الفعلي تجاه الشركة وفق لقواعد النظام الكلاسيكي للمسؤولية المدنية المعروف في القانون المدني عندما تكون الشركة في حالة سير عادي **(المطلب الأول)** غير أنه عندما تكون هذه الشركة تعاني من عجز في موجوداتها يجعلها غير قادرة على الوفاء بديونها تجاه دائنيها

فإن المسيّر الفعلي في هذه الحالة يكون مسؤول مدنيا عن أعماله تجاه الشركة إذا ثبت أن عجز هذه الأخيرة عن الوفاء بديونها يرجع إلى أخطاء ارتكبها ذلك المسيّر في حقها(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول : المسؤولية الناتجة عن الفعل الشخصي

إنّ تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية على المسيّر الفعلي تختلف تبعا لشكل أو نوع الشركة إذا كانت شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة أو شركة تضامن أو غيرها و في ظل هذه الشركات لم ينص المشرع الجزائري صراحة على قواعد مسؤولية خاصة بالمسيّر الفعلي حاله في ذلك حال باقي التشريعات الأخرى ، في حين أنه وضع نظاما خاصا بمسؤولية المسيّرين القانونيين في القانون التجاري عندما تكون تلك الشركات في حالة عادية.

ففي الشركة ذات المسؤولية المحدودة تنص الفقرة الأولى من المادة 578 من القانون التجاري على أن :" يكون المديرون مسؤولين بمقتضى قواعد القانون العام منفردين أو بالتضامن حسب الأحوال تجاه الشركة أو الغير، سواء عن مخالفة أحكام هذا القانون أو عن مخالفة القانون الأساسي أو الأخطاء التي يرتكبونها في قيامهم بأعمال إدارتهم".

و في شركات المساهمة تقضي المادة 715 مكرر 23 من نفس القانون بما يلي:"يعد القائمون بالإدارة مسؤولين على وجه الانفراد أو بالتضامن ، حسب الحالة ، اتجاه الشركة أو الغير ،إما عن المخالفات الماسة بالأحكام التشريعية أو التنظيمية المطبقة على شركات المساهمة و إما عن خرق القانون الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة اثناء تسييرهم ،إذا شارك عدد كبير من القائمين بالإدارة في نفس الأفعال فإن المحكمة تحدد حصة كل واحد في تعويض الضرر". و نفس الأحكام تنطبق على الشركات المساهمة البسيطة طبقا للمادة

715 مكرر 135 و التي تضمنت هي الأخرى تطبيق قواعد المسؤولية المدنية التي يخضع لها مسيري شركات المساهمة على مسيري هذا النوع من الشركات .[1]

و قد تناول المشرع الفرنسي نفس الأحكام في المواد 223-22 و 225-251 من القانون التجاري بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة و شركة المساهمة على التوالي.

و قد أكدت محكمة النقض الفرنسية من خلال قراريها الصادرين بتاريخ 6 أكتوبر 1981 و 21 مارس 1995 ، بأنّ النظام الخاص لمسؤولية المسيرين لا ينطبق على المسيّر الفعلي في الشركة ذات المسؤولية المحدودة. ولهذه القرارات أهمية كبيرة في تحديد قواعد المسؤولية المدنية المنطبقة على المسيّر الفعلي عندما تكون الشركة في حالة يسر.

و في القضية التي فصلت فيها محكمة النقض في 6 أكتوبر 1981[2]، أسندت محكمة الاستئناف في روان ، في قرار أصدرته في 26 ماي 1977 ، صفة المدير الفعلي إلى شريك في شركة ذات مسؤولية محدودة ، وأقرت المسؤولية المدنية لذلك المسيّر الفعلي على أساس الخطأ في التسيّير[3] بموجب المادة 52 من القانون الصادر في 24 جويلية 1966 المتعلقة بمسؤولية المديرين في هذا النوع من الشركات في حالة يسر ،حيث دفع الطاعن بأن هذا الحكم لا ينطبق على الشخص الذي لا يتمتع بصفة المسير القانوني للشركة. وطلب من المحكمة إلغاء قرار قضاة الموضوع ، الذي وصفه بأنه مسير فعلي وتحميله المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن أفعاله ، التي وصفتها محكمة الاستئناف بأنها خطأ في التسيير. وقد أيدت المحكمة العليا هذا الطلب على أساس أن المادة 52 تتعلق " فقط بالأخطاء التي يرتكبها المديرون القانونيون في إدارتهم."

[1]- تنص المادة 715 مكرر 143 من القانون التجاري على ما يلي :" تطبق على رئيس شركة المساهمة البسيطة أو مديرها العام أو مديرها العام المفوض ، قواعد المسؤولية المطبقة على رئيس شركة المساهمة أو القائمين بإدارتها ".

[2] - Cass. com. 6 oct. 1981, *D.* 1983. 133, note B. SOINNE ; *JCP* 1982. II. 19891, note G. NOTTE.

[3]- حول مفهوم الخطأ في التسّيير ، أنظر ص 183 و ما بعدها من هذا البحث.

أما في القضية التي بتت فيها محكمة النقض بتاريخ 21 مارس 1995[1] ، حيث قام الشركاء في شركة ذات مسؤولية محدودة برفع دعوى الشركة ضد المسيّر الفعلي في تلك الشركة ، من أجل الحصول على تعويض عن الضرر الذي تعرضت له تلك الشركة نتيجة لخطأ في التسيّير. وقد أيدت محكمة الاستئناف في قضية " إيكس أون بروفانس" على هذا الطلب بتاريخ 18 فبراير 1993 على أساس أن المادة 52 من القانون الصادر في 24 جويلية 1966 لا تميز بين المسيرين القانونيين و الفعليين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة . ولكن المحكمة العليا عارضت هذا القرار على أساس أن " النص يتعلق فقط بالأفعال التي يرتكبها المديرين القانونيين ، كما هو الحال في قرار 6 أكتوبر 1981 ".[2] و طبقت في هذه الحالة تفسير حرفي للنص.

بالنسبة للمحكمة العليا ، فإنّ الشخص الذي لم يعين بانتظام كمسير للشركة ليس له أي مهام في إدارة الشركة. وهذا هو الحال بالنسبة للمسير الفعلي. و بما أن جمعية الشركاء لم تعهد إليه بمهمة إدارة الشركة ، فإن أيا من أفعاله لا يشكل جزءا من هذا النشاط. و لا يمكن تقييم خطئه في الإطار المحدود لالتزامات المتعلقة بإدارة الشركة ، لأنه في الأصل لا يتمتع بالسلطة القانونية.

و هذا الموقف تم تأييده من قبل جانب من الفقه[3] على أساس أنه لو أراد المشرع إخضاع المسيّر الفعلي لنفس القواعد التي تحكم المسيّر القانوني ، لتم التعبير عن ذلك صراحة. كما هو الحال في النصوص المتعلقة بالإجراءات الجماعية التي ينص فيها المشرع على أن هذه النصوص تنطبق أيضا على المسيّر الفعلي[4].

[1]- Cass. com. 21 mars 1995, *Bull.* IV, n° 98, p. 87 ; *JCP* 1995, éd. E, pan. 502 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 501, note B. SAINTOURENS ; *JCP* 1996. II. 22603, note Y. REINHARD et I. BON-GARCIN.

[2] - Voir aussi, CA Paris, 6 mai 1997 : *Rev. sociétés*, 1997, p. 626, obs. Y. GUYON.

[3] - P. LE CANNU, *Les responsabilités distinctes du gérant de fait et du gérant de droit, Répertoire notarial Defrénois*

[4]– أنظر المادة 224 من ق.ت.ج و كذا المواد 121 و 214 من مجلة الشركات التجارية التونسية.

و لكن من جهة أخرى انتقدت غالبية الفقهاء[1] موقف محكمة النقض ، بحكم أنه لو كان المشرع يريد قصر تطبيق نظام المسؤولية الخاصة على المسيرين القانونيين فقط لكان قد أكد ذلك صراحة. و خلص هؤلاء إلى وجوب إخضاع المسيّر الفعلي للشركة ذات المسؤولية المحدودة لنفس قواعد المسؤولية المدنية التي يخضع لها المسيّر القانوني لتلك الشركة . ويؤكدون أن موقف محكمة النقض لا يتفق مع تطور القانون الوضعي المتعلق بنظام المسيّر الفعلي.

علاوة على ذلك يوجد سبب أساسي لاخضاع المسيّر الفعلي لنفس قواعد المسؤولية المقررة للمسيّر القانوني و هو يكمن في قيام المسيّر الفعلي بنفس الالتزامات التي يفرضها القانون على المسيّر القانوني عندما تكون الشركة في حالة عادية.

إنّ موقف محكمة النقض يعبر – في ظاهره – عن مفهوم مؤسساتي لفكرة المسيّر الفعلي. حيث ترى أنّ المسيّر الفعلي لا يعد هيئة نظامية بل هو شخص ينتهك قواعد تنظيم الشركة و يتم تحليل تدخله في إدارة الشركة المعنية في شكل نشاط تقصيري لأنه يتم خارج القواعد التي تحكم توزيع السلطات الإدارية في الشركة. و لذلك ، لا يمكن للمسيّر الفعلي أن يستفيد من نظام المسؤولية الخاصة الذي ينطبق على المسيّرين القانونيين.[2]و لا يمكنه إصلاح الضرر الذي يسببه إلا على أساس القواعد العامة للمسؤولية المدنية التقصيرية ، حتى عندما تكشف الوقائع المعنية عن ممارسة نشاط يتعلق بتسيّير الشركة.

إنّ الحل الذي اعتمدته محكمة النقض في قراريها الصادرين في 6 أكتوبر 1981 و 21 مارس 1995 يؤدي إلى استبعاد تطبيق قواعد المسؤولية المدنية العقدية على المسير الفعلي. لأن نشاطه الذي يتسبب في الضرر لم يكن بسبب أداء لالتزام تعاقدي . ونتيجة

[1] - B. SOINNE a vu dans l'arrêt du 6 oct. 1981, « un arrêt de circonstance », note sous Cass. com.21 mars 1995 ; C.CHAMPAUD et D.DANET,*RTD* com.1992 , p.396.

[2] - Cass. com. 6 octobre 1981, *JCP*. 1982. II., 19891, note G. NOTTE ; *D*. 1983, Jurisp. p. 133, note SOINNE : l'article 52 de la loi de 1966 ne *« concerne que les agissements commis dans leur gestion par les gérants de droit ».*

لذلك ، عندما تكون الشركة في حالة عادية ، يخضع المسيّر الفعلي لقواعد القانون العام للمسؤولية المدنية لأنه ليس مسيّرا قانونيا.

أما في إطار شركات التضامن و شركات التوصية ، فإنّ المسؤولية المدنية للمسيّرين القانونيين تتفق مع أحكام القانون المدني المنطبقة على جميع الشركات ، و أحكام القانون التجاري المتعلقة بالشركات التي تعاني من صعوبات مالية. وهكذا ، فإن المسيّرين القانونيين يسألون شخصيا ، بموجب القواعد العامة ، عن الضرر الذي تسبب فيه خطأهم للغير. لأن المسيّرين القانونيين في هذا النوع من الشركات عموما هم شركاء بالتضامن[1]. في هذه الحالة لديهم صفة التاجر لذلك ، فإن المشرع لا يخضعهم للقواعد الخاصة بالمسؤولية المدنية التي هي أكثر ملائمة من قواعد القانون العام و التي وضعت خصيصا لمديري أنواع أخرى من الشركات . و بالتالي فإنّ المسؤولية المدنية للمسيّرين القانونيين و الشركاء بالتضامن في شركات الأشخاص تخضع لقواعد القانون العام.

يعتبر المسيّر غير الشريك المتضامن في شركة التضامن و كذا المسيّر الفعلي لهذا النوع من الشركات بالتجار الفعليين[2]، و لذلك ، فإنّ المشرع يخضعهم لنفس قواعد المسؤولية المدنية التي يضعها للمسيّر القانوني ، و بالتالي وفي مادة المسؤولية المدنية ، لا يوجد أي فصل بين المسيّرين القانونيين و المسيّرين الفعليين في شركات الأشخاص التي تكون في حالة عادية ، بل يخضع الجميع لقواعد القانون العام.

و مع ذلك ، فإنّ المسؤولية المدنية للمسيّر القانوني في شركات الأشخاص تكون عقدية تجاه الشركة و الشركاء لأنّ هذا المسيّر مكلف من قبل جماعة الشركاء بإدارة الشركة

[1] – يتمتع الشركاء المتضامنين في شركات التضامن بصفة التاجر و هم مسؤولين من غير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة .المدير في شركة الأشخاص لا يتمتع بصفة التاجر إلا في الحالة التي يجمع فيها مهامه كمدير للشركة مع صفته كشريك و يذكر اسمه في عنوان الشركة المعنية. أنظر المواد : 551 و 552 من ق.ت.ج ، المادة 221–1 من القانون التجاري الفرنسي و المواد 3 و 4 من قانون الشركات المغربي ، المادتين 9 و 10 من قانون الشركات الأردني.

[2]– تجدر الإشارة إلى أنّ التاجر الفعلي لا يستفيد من الحقوق المترتبة عن اكتساب الصفة التجارية و لكنه يتحمل المسؤولية و الالتزامات الملازمة لهذه الصفة و هذا من أجل حماية الغير و استقرار المعاملات التجارية.

و لذلك فهو مسؤول عن عدم التنفيذ أو التأخر في تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد و تكون مسؤوليته عقدية أما في شركات المساهمة أو شركات ذات المسؤولية المحدودة ، فلا يعتبر المسيّر مجرد وكيل عادي عن الشركة بل جهاز إدارة و تسيّير ، و من ثم تستبعد مسؤوليته العقدية تجاه الشركاء لتصبح مسؤولية قانونية ، أساسها الإخلال بالتزام قانوني متمثل في حسن إدارة و تسيير شؤون الشركة.

و لكن الوضع يختلف بالنسبة للمسيّر الفعلي فهذا الأخير مهما يكون شكل الشركة فإنه لا تربطه بالشركة أي علاقة تعاقدية ، و بما أنه لم يتم اختياره بانتظام لإدارة الشركة فإنّ أفعاله الضارة بالشركة أو الغير تقيَّم على أساس أحكام المواد 124 وما يليها من القانون المدني الجزائري[1] و خطأه لا يشكل خرقاً لواجب يتعلق بإدارة الشركة.

وبالتالي يتبين أنّ المسؤولية المدنية للمسيّر الفعلي في الشركات التجارية هي مسؤولية تقصيرية بطبيعتها لأن تطبيقها يتطلب إثبات خطأ ارتكب خارج أي علاقة تعاقدية بخلاف مسؤولية المسيّر القانوني و هذا بغض النظر عن الطرف المتضرر من الفعل ، و بالنتيجة يسأل المسيّر الفعلي تجاه الشركة وفقا لقواعد المسؤولية المدنية التقصيرية في جميع أنواع الشركات. و هذا بالفعل ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي[2] ، حيث قضت محكمة النقض بتاريخ 5 نوفمبر 2002 بتأييد قرار محكمة الاستئناف الذي قضى بإلزام المدير الفعلي بالتعويض على أساس دعوى المسؤولية المدنية التقصيرية التي مارسها الشركاء ضده بصفته المسيّر الفعلي للشركة بسبب الضرر الذي لحق بهم من جراء تصرف ذلك المسيّر.

[1]– تقضي المادة 124 من القانون المدني الجزائري : " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير ،يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " نفس الحكم قضت به المادة 1240 من القانون المدني الفرنسي و كذا الفصل 77 من قانون الالتزامات و العقود المغربي ، المادة 163 من القانون المدني المصري.

[2] - Cass. com. le 5 nov. 2002, pourvoi n° 00-17028, www.legifrance.gouv.fr.

الفرع الأول : أركان المسؤولية

تتمثل المسؤولية تجاه الشركة في مطالبة الشركة للمسيّر بالتعويض عن الضرر اللاحق بها من جراء الخطأ الذي ارتكبه في حقها و إن كانت تقوم على نفس الأركان التي تنص عليها القواعد العامة للمسؤولية المدنية من خطأ و ضرر و علاقة سببية بينهما إلا أن خصوصيتها تتعلق بالخطأ الذي يرتكبه المسيّر.

و قد حدد المشرع الجزائري صراحة الأخطاء التي ترتب مسؤولية المسيّر القانوني المدنية سواء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو في شركة المساهمة على غرار باقي التشريعات المقارنة و هي لا تخرج عن ثلاث حالات: مخالفة القواعد القانونية المعمول بها ، أو النظام الأساسي للشركة و الخطأ في التسيير و لكنه لم يشير صراحة إن كان المسير الفعلي معني بهذه الأخطاء أم لا ، الأمر الذي يدفع إلى البحث : هل يسأل المسير الفعلي عن نفس الأخطاء التي يسأل عنها المسير القانوني في الشركة ؟ و هذا ما سنجيب عنه من خلال دراسة كل حالة لمعرفة إن كان المسير الفعلي يسأل فعلا عن ذات الأخطاء التي توجب مسؤولية المسيّر القانوني تجاه الشركة.

البند الأول : ركن الخطأ

إنّ المسؤولية المدنية التي يتحملها المسيّر الفعلي على أساس قواعد القانون العام تشترط أن يقوم هذا المسير بارتكاب خطأ و بشكل عام ، يعرف الخطأ الذي يرتكبه المسيّر الفعلي في إطار القواعد العامة بأنه "عمل غير مشروع ينسب إلى صاحبه" . و بموجب مبدأ عدم التدخل في إدارة الشركات ، ينشأ خطأ المسير الفعلي عن الإدارة الفعلية نفسها لأن هذه الأخيرة هي عمل غير مشروع.

و هذا الخطأ لا يمكن أن يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية للقائم بالعمل إلا إذا تسبب هذا الأخير في إحداث ضرر للغير. وفي غياب هذه الآثار ، لا تنشأ المسؤولية المدنية .[1]و عليه ، فإن الخطأ الذي يمكن أن يؤدي إلى مسؤولية المسيّر الفعلي بموجب قواعد القانون العام يتجلى في " عمل غير مشروع يلحق ضرر بالغير ".

إنّ الخطأ الذي يؤسس المسؤولية المدنية للمسير الفعلي ينشأ من فعل شخصي. قد يكون هذا الخطأ نتيجة إهمال أو تقصير و قد يكون هذا الخطأ سابق أو لاحق على الحكم بفتح الإجراءات الجماعية[2]و هو يتميز بأفعال قد تكون أو لا تكون ذات صلة بمهام التسيير أو قد يكون تكييفها جنائي عندما تشكل هذه الوقائع انتهاك لقواعد القانون الجنائي.

حيث لا يختلف الخطأ الذي ينسب إلى المسيّر الفعلي وفقا لقواعد القانون العام عن الأخطاء التي تؤدي إلى المسؤولية المدنية للمسيّر القانوني بموجب المادتين 578 و 715 مكرر 23 من القانون التجاري ، و الأخطاء التي من خلالها يتحمل المسيّر القانوني مسؤوليته المدنية تجاه الشركة و الغير تقع إما عن مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية المنطبقة على الشركات التجارية ، أو عن مخالفة القانون الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة في التسيّير.

أولا: مخالفة أحكام القانون التجاري

تسير الشركات التجارية وفق شروط و إجراءات معينة يحددها المشرع صراحة بموجب نصوص قانونية واضحة و هذه القواعد تختلف بحسب نوع أو شكل الشركة و يميز المشرع بين نوعان من القواعد من جهة القواعد العامة و التي تسري على جميع الشركات التجارية بدون استثناء و نجدها في القانون المدني ، و من جهة أخرى هناك قواعد خاصة تنفرد بها

[1]– تهدف قواعد المسؤولية المنطبقة على المسير الفعلي إلى جعل هذا الأخير يقوم بتعويض الضرر الناتج عن تدخله في تسيير الشركة أو جزاء مخالفاته المرتكبة أثناء هذا التدخل.

[2] - Cass. com. 14 mars 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 602, § 133, note J.-J. DAIGRE ; CA Versailles, 22 juin 2000, *D.* 2000, *act. jur.*, p. 367, obs. A. LIENHARD.

كل شركة على حدة و التي نجدها في القانون التجاري ،هذا بالإضافة إلى الأحكام التشريعية و التنظيمية الأخرى المنظمة للشركات و هذه القواعد إنما وضعها المشرع أساسا من أجل حسن سير الشركة كشخص معنوي و حماية مصالحها المالية و الاقتصادية ضد أي اعتداء قد يقع عليها من المسيّر لا سيما و أن مخالفة هذه القواعد من شأنها أن تعرض مصلحة الشركة للخطر.

إنّ كل شخص يتمتع بصفة المسيّر في الشركة يكون ملزم بالقواعد القانونية التي تحدد سير مختلف الشركات التجارية سواء تضمنها القانون التجاري أو القوانين الخاصة و قد اعتبر المشرع أنّ مخالفة هذه القوانين من جانب المسيّر يشكل خطأ يستوجب معه المساءلة المدنية تجاه الشركة أو الشركاء أو الغير مؤكدا على ذلك صراحة في أحكام المادتين 715 مكرر 23 و 578 الفقرة الأولى من القانون التجاري المذكورة آنفا.

و في إطار قواعد القانون التجاري ، نجد أن هذه المخالفات تختلف بحسب نوع الشركة فمثلا في شركة المساهمة نذكر على سبيل المثال مخالفة إجراءات التأسيس و التي تؤدي الى بطلان الشركة كمخالفة قواعد النشر ففي هذه الحالة يسأل أعضاء مجلس الإدارة إذا كانوا قد تسببوا في هذا البطلان طبقا للمادة 715 مكرر 21 من القانون التجاري ، مخالفة الإذن الذي يشترطه القانون بموجب أحكام المادة 624 من القانون التجاري و المتعلق بتقدم الضمانات و الضمانات الاحتياطية و الكفالات ، أيضا تقديم قروض مخالفة للتشريع القانوني ، مخالفة الإجراءات التي تفرضها المادة 816 المتمثلة في استدعاء الجمعية العامة للمساهمين .

أما في الشركة ذات المسؤولية المحدودة نذكر مثلا مخالفة الإذن الذي يشترطه القانون لتخفيض رأسمال الشركة و المنصوص عليه بموجب المادة 575 من القانون التجاري أو كأن يقوم المسيّر بإحالة حصص الشركاء إلى الأجانب عن الشركة دون أخذ موافقة أغلبية الشركاء التي تمثل ¾ رأسمال الشركة على الأقل مخالفا بذلك أحكام المادة 571 من القانون

التجاري ، بل الأكثر من ذلك ، يمكن أن يسأل المسيّر الفعلي مدنيا عن مخالفة للقوانين الخاصة التي تخضع لها الشركات التجارية كالقانون الجبائي مثلا الذي ينظم أنواع الضرائب التي تفرض على الشركات و كيفيات تحديد أسسها ووعائها و أوقات دفعها بالتفصيل[1] .

و بالتالي، بما أنّ المسيّر الفعلي يمارس نفس السلطات و الصلاحيات التي يخولها القانون للمسير القانوني فإنه بذلك يكون مسؤول أمام الشركة عن مخالفته لقواعد التسيير في الشركات التجارية و من ثم يكون ملزم بالتعويض عن الضرر الذي يصيب الشركة من وراء مخالفته لهذه القواعد شأنه في ذلك شأن المسير القانوني . و لا يسأل المسيّر بسبب مخالفته للقيود التي يفرضها المشرع التجاري على سلطة التسيّير فقط بل أيضا يسأل عن مخالفته للشروط التي يحددها الشركاء مسبقا في القانون الأساسي للشركة .

ثانيا: مخالفة القانون الأساسي

يعد النظام الأساسي للشركة بمثابة القانون الذي يحكم الشركاء و المسيّرين داخل و خارج الشركة كشخص معنوي كونه يحدد السلطات و الصلاحيات التي ينبغي على كل شخص في الشركة أن يلتزم بها و يتقيد بها و بالمقابل يبين الحقوق و الامتيازات التي يتمتع بها هؤلاء الأشخاص في الشركة و هذا القانون الأساسي تدون فيه جميع التعديلات التي تطرأ على الشركة من تاريخ تأسيسها الى غاية حلها و انقضائها و كل شركة تجارية لها قانون أساسي خاص بها.

يحدد القانون الأساسي السلطات و الصلاحيات التي يمارسها المسيّر في الشركة و هي طبعا تختلف تبعا لشكل الشركة فمثلا في الشركة ذات المسؤولية المحدودة تنص المادة 577 من القانون التجاري على :" يحدد القانون الأساسي سلطات المديرين في العلاقات بين الشركاء... " و تنص ذات المادة في الفقرة الثالثة منها على: " لا احتجاج تجاه الغير

[1] – المادة 135 و ما يليها من قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة.

بالشروط التي يتضمنها القانون الأساسي و المحددة لسلطات المديرين الناتجة عن هذه المادة ".

و في شركة المساهمة ذات مجلس المديرين تنص المادة 646 من القانون التجاري :" يحدد القانون الأساسي مدة عضوية مجلس المديرين ضمن حدود تتراوح بين عامين إلى ست سنوات..." ، كما تنص المادة 650 من ذات القانون على :" يتداول مجلس المديرين و يتخذ قراراته حسب الشروط التي يحددها القانون الأساسي " و أيضا تقضي المادة 652 في الفقرة الأخيرة بأنه :" لا يحتج على الغير بأحكام القانون الأساسي التي تحدد سلطة تمثيل أعضاء مجلس المديرين".و من خلال استقراء أحكام هذه المواد يتبين أنّ المسيّر في الشركة سواء كان مدير أو عضو مجلس المديرين فإنه عندما يمارس صلاحياته يكون ملزم قانونا بعدم مخالفة الشروط و البنود التي يتضمنها صراحة القانون الأساسي لتلك الشركة .

و قد اعتبر المشرع التجاري مخالفة القانون الأساسي من قبل المسيّر خطأ يمكن أن يؤدي الى قيام مسؤوليته تجاه الشركة متى كان الضرر الحاصل لهذه الأخيرة قد نتج بسبب خرق المسيّر للقانونها الأساسي و تتحقق هذه الحالة عندما يقوم المسيّر بتجاوز حدود الصلاحيات المحددة له بموجب القانون الأساسي أو يخالف شرط تضمنه هذا الأخير.

و عليه ، بما أنّ المسيّر الفعلي يمارس نفس الصلاحيات التي يمارسها المسيّر القانوني في الشركة فإن تجاوزه لحدود صلاحياته يعد خرق لأحكام القانون الأساسي الأمر الذي من شأنه أن يعرضه إلى المسؤولية المدنية تجاه الشركة شأنه في ذلك شأن المسيّر القانوني و لا تتوقف مسؤوليته عند هذا الحد بل تشمل أيضا الأخطاء الأخرى التي يرتكبها أثناء تسيّيره للشركة .

ثالثا: الأخطاء المرتكبة في التسيّير

يعرّف الخطأ في التسيّير على أنه كل تصرف غير مطابق لمصلحة الشركة يهدد الشخص المعنوي في استمراريته ، أو هو ذلك القرار في التسيّير الناتج عن تهور أو إهمال

أو تصرف غير شرعي مخالف لمصلحة الشركة [1] " و هذا الخطأ لا ينتج عن عدم تطبيق نص ، بل عن مخالفة ذات طابع عام ، إنه الاخلال بواجب العناية و التبصر من جانب أي شخص مسؤول عن الشركة. يشمل مفهوم الخطأ في التسيّير أفعال المسيّر القانوني أو الفعلي التي تشكل تعديا على مصلحة الشركة أو تثبت السعي إلى مصلحة مخالفة لمصلحة الشركة. ينشأ الخطأ في التسيّير من الإخلال المتعمد لالتزام أو أكثر من الالتزامات الخاصة بمهام التسيّير في الشركة و التي تهدف إلى تعزيز مصلحة الشركة.

يرتكب المسيّر الفعلي خطأ في التسيّير غير مقصود عندما يظهر سلبية[2] أو إهمال أو تقصير[3] في تسيّير شؤون الشركة على نحو يضر بمصالحها. و هذا الخطأ يكون نتيجة عدم كفاءة المسيّر، أو عدم بذل العناية اللازمة أو عدم الحيطة الذي لا يمكن للرجل العادي ارتكابه. وهو يشكل تدخلاً غير إرادي في المصلحة الجماعية [4]. و هو ينشأ من أفعال تثبت، من جهة ، أنّ المسيّر قد قام بنشاط إداري اعتبره القضاة غير كاف لضمان تعزيز المصلحة الجماعية ، ويكشف من جهة أخرى عن مسيّر غير كفء. و قد يرتكب المسيّر الفعلي خطأ في التسيير عندما يغفل عن الاعلان عن حالة التوقف عن الدفع[5] وقد يؤدي هذا التقصير أو الإهمال إلى تدهور الوضع المالي للشركة.

يمكن أيضاً إثبات الخطأ في التسيّير الصادر من المسيّر الفعلي بأفعال عمدية من ذلك المسير تضر بمصلحة الشركة. و كذلك الحال لما يقوم المسير الفعلي عمداً بالاخلال بالتزاماً أو أكثر متعلقة بالمهام التي يمارسها و هذا الإخلال يضر بالشركة أو الشركاء أو يكون الهدف منه السعي وراء مصلحة مخالفة لمصلحة الشركة.

[1] - SERGE HADJI ARTINIAN,*op.cit.*, p. 180.
[2] - Cass. com. 27 févr. 2007 pourvoi n° 05-20038 ,www.legifrance.gouv.fr
[3] - F. DERRIDA, *Procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 (Action en comblement d'insuffisance d'actif social) Petites affiches* 19 juill. 2001, n° 135, p. 6
[4] - CA Paris, 25éme ch., sect. B, 4 février 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 402.
[5] - Cass. com. 26 oct. 1999, *RJDA* 1999, n° 1368, p. 1100

و في هذا الصدد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية ، أن المسيّر الفعلي الذي يقوم من جهة بتعيين أحد أفراد عائلته كعامل أجير في الشركة ، بهدف التحضير لتحويل الزبائن المتعاملين مع الشركة و تشكيل شركة منافسة أخرى، ومن جهة أخرى ، يمتنع عن متابعة المقترحات الرامية إلى زيادة رأس المال المتوخاة لمعالجة الوضع المالي للشركة يعد مرتكبا لخطأ عمدي في التسيير يستوجب معه المساءلة [1].

إنّ الخطأ العمدي في التسيير ليس هفوة أو سهو غير إرادي من جانب المسيّر الفعلي، بل يشير إلى تسيير الشركة لغرض مختلف عن الغرض الذي أنشئت من أجله سلطة التسيّير ، أي في مصلحة شخصية أو لمصلحة مخالفة لمصلحة الشركة.[2] وبشكل عام ، فإن مثل هذا الخطأ تثبته أفعال تكشف عن عدم استقامة المسيّر و التي تظهر من خلال ممارسة سلطات التسيير أو استعمال أموال الشركة في مصلحة شخصية. [3]

إنّ التعدي على مصلحة الشركة يعطي مفهوم الخطأ في التسيّير معنى واسعاً. فحسب القضاة يعد خطأ في التسيّير" الفعل المتمثل في تأسيس شركة دون توفير رأس المال الكافي لضمان عملها في ظل الظروف العادية " [4] و الخطأ في التسيّير قد يصدر قبل أو بعد توقف الشركة عن دفع ديونها، لذلك فإن هذا الخطأ له معنى واسع يتعلق بممارسة سلطات التسيير من قبل المسير القانوني أو الفعلي و إثبات وجوده يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع [5].

إنّ تكيّيف الخطأ في التسيّير هو نيجة تقييم وظيفي لأعمال المسيّر سواء تعلق الأمر بمسير قانوني أو فعلي ، و مبدئيا المسيّر الفعلي هو مسيّر غير نظامي و أفعاله غير

---

[1] - Cass. Com. 6 oct. 1992, *JCP éd. G*. 1992, IV, p. 325, n° 2983.

[2]– كذلك يشمل الخطأ في التسيّير الأفعال التي تشكل سببا للالتزام بديون الشركة ، و كذلك الأمر بالنسبة للأفعال التي تشكل مخالفة جنائية مثل إساءة استعمال أموال الشركة ، فهذه الأفعال تثبت وجود مخالفة للمصلحة و اتجاه المسير المعني إلى تحقيق مصلحة مخالفة لمصلحة الشخص المعنوي.

[3] - Cass. com. 27 juin 2006, Gaz. Pal. 07 octobre 2006, n° 280, p. 25, note Ph. ROUSSEL GALLE

[4] - Cass. com. 23 nov. 1999, *BRDA* 2000, n° 5, p. 4.

[5] - Cass. Com. 13 nov.2007, *Gaz. Pal*. 24 janv. 2008, n° 24, p. 68, note Th. MONTERAN.

قانونية لأنها تنتهك مبدأ حظر التدخل في تسيّير الشركة و لكن عندما تكون الشركة في حالة افلاس أو تسوية قضائية فإنه يعتبر مسيّرا للشركة .و في هذه الحالة قد تشكل تصرفات المسير الفعلي خطأ في التسيّير .و بالتالي فإن الخطأ في التسيّير بالنسبة للمسيّر الفعلي لا يمكن تحققه إلا عندما تكون الشركة في حالة عجز مالي أو إفلاس .

و كما هو معلوم أنّ التسيّير الفعلي هو بطبيعته نشاط ينتهك قواعد التنظيم وممارسة سلطات التسيّير في الشركة و حسب النهج المؤسساتي ، تعتبر أعمال التدخل في تسيّير الشركة غير قانونية و لكن عدم مشروعية هذه الأعمال لا يثبت وجود الخطأ في التسيّير. فالقاضي عند تكييفه للخطأ في التسيّير المنسوب إلى المسيّر الفعلي، لا يأخذ في الاعتبار عدم انتظام سلطات التسيّير التي يمارسها ذلك المسيّر، بل يراعي في تقديره عدم تطابق هذه الأعمال مع مصلحة الشركة.

و هذا ما ذهبت اليه بالفعل محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 نوفمبر 2007 [1] في أحد القضايا المعروضة أمامها حيث أدان قضاة الموضوع المسيّرين القانونيين والفعليين في شركة محل التصفية القضائية لسد جزء من العجز في أصول تلك الشركة على أساس الخطأ في التسيّير.وقد لاحظت محكمة الإستئناف مسؤولية هؤلاء المسيّرين ، وتأخر في الإعلان عن حالة التوقف عن الدفع ، وعدم وجود محاسبة منتظمة ، عدم التصريح بالضرائب ، و سحب غير مبرر من حسابات الشركة.

وقد أشار قضاة الموضوع إلى أنّ هذه الأفعال أدت إلى تفاقم الديون المترتبة على الشركة و قد طعن المسيّرون المدانون في الحكم بالنقض على أساس أنّ محكمة الاستئناف لم تكيف الخطأ في التسيّير المزعوم. ورفضت محكمة النقض هذا الطعن بالقرار الصادر في 13 نوفمبر 2007 ، وذكرت أنّ جميع الأفعال التي حددتها محكمة الاستئناف " تشكل خطأ في التسيّير أسهم بوضوح في تفاقم الديون المترتبة على الشركة مما أدى ذلك إلى خسارتها

[1] - Com. 13 nov. 2007, *Gaz. Pal*. 24 janv. 2008, n° 24, p. 68, note Th. MONTERAN.

و بناء على ما توصلت إليه هذه الاستنتاجات و التقييمات ، فإن محكمة الاستئناف لم تستخدم سوى سلطاتها بموجب المادة 3-624 من القانون التجاري بالحكم كما فعلت."

و يتضح مما سبق أنّ الخطأ في التسيّير الصادر من المسير الفعلي شأنه شأن الخطأ في التسيير المرتكب من قبل المسير القانوني يتحدد بعمل غير مشروع يتم أثناء إدارة الشركة أو بمناسبة ادارتها ، و يشكل إخلال من جانب المسيّر الفعلي لالتزام مفروض على الشخص الذي يعترف له القانون بسلطة التسيّير أو على الشخص الذي يمارس تلك السلطة فعلا ، يتم تحديد هذا الخطأ بالنظر إلى غرضه فالمسيّر الفعلي يكون ملزم بالتعويض تجاه الشركة إذا لحق بهذه الأخيرة ضرر سببه خطأ في التسيّير ارتكبه ذلك المسيّر في حقها.

و في الأخير نستنتج أن الأخطاء التي بموجبها يتحمل المسير الفعلي مسؤوليته المدنية تجاه الشركة هي ذات الأخطاء التي يسأل عنها المسيّر القانوني و هذه الأخطاء تثبتها أفعال تشكل إخلال بالتزام يتعلق بالتسيّير و قد يكون نتيجة مخالفة أحكام القانون التجاري أو عن مخالفة القانون الأساسي للشركة أو الأخطاء التي يرتكبها في قيامه بأعمال الإدارة .

البند الثاني : ركن الضّرر

لا يكفي لقيام مسؤولية المسيّر الفعلي توفر شرط الخطأ فقط بل ينبغي أن ينتج عن هذا الخطأ ضرر و هو شرط أساسي و ضروري لمساءلة هذا المسير مدنيا و إذا انتفى هذا العنصر تكون دعوى المسؤولية المدنية المرفوعة ضد هذا المسيّر غير مقبولة لانتفاء المصلحة.

و يقصد بالضّرر وفقا لقواعد القانون العام بالأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له ، أو بحق من حقوقه[1] و الضّرر الموجب للتعويض يعرف على نطاق واسع جدا بأنه اعتداء على مصالح الشخص المادية و غير المادية. و يشترط

[1]– محمد صبري السعدى ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، ج1 ، دار الكتاب الحديث ، 2003 ، ص 81

القانون في هذا الضرر حتى يكون قابلا للتعويض أن يكون ضررا شخصيا و مباشرا و حالا أي مؤكد و أن يلحق بحق مكتسب للمتضرر .

أما في إطار الشركات التجارية، فالضرر يعني المساس أو الاعتداء على مصالح مشروعة للشركة و قد تكون تلك المصالح مادية أو غير مادية و غالبا ما يتم هذا الفعل من طرف المسيّر مما يؤثر ذلك على مركزها القانوني و على علاقاتها تجاه دائنيها ، و الضرر الذي يلحق بالشركة قد يكون ماديا أو معنوي و مثال عن ذلك وجود نقص في رأسمالها أو تشويه سمعتها مما قد يؤدي ذلك إلى ضعف ائتمانها و تدهور نشاطها الاقتصادي و معظم الشركات و بالأخص شركات المساهمة تعاني من الضرر المادي و الناتج عن سوء التسيير الحاصل من قبل المسيّرين و مثال ذلك التعسف في استعمال أموال الشركة الذي يؤدي الى اضعاف ذمتها المالية و ممكن أن تؤدي بالشركة إلى خسائر، كذلك استعمال الاسم التجاري للشركة من أجل تحقيق أغراض شخصية على نحو يضر بمصالحها.

يتم تقدير الأضرار التي تنسب إلى المسيّر الفعلي وفقا لقواعد القانون العام[1] . و في حالة وقوع الضرر على يد عدة أشخاص ، يحدد القاضي طبقا لسلطته التقديرية حصة المسير الفعلي استنادا الى جسامة الأضرار التي تعرضت لها الشركة و مدى مساهمة خطأ ذلك المسيّر في إحداث الضرر. كما لا يمكن مساءلة المسيّر الفعلي إلا إذا أثبت المتضرر وجود علاقة سببية بين خطأ المسيّر و الضرر الحاصل له و بانتفاء هذه العلاقة تنتفي مسؤولية المسيّر الفعلي تجاه الشركة .

البند الثالث : العلاقة السببيّة

تقضي القواعد العامة للمسؤولية المدنية اشتراط ركن العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر لتقرير مسؤولية الشخص تجاه الغير و عليه إذا ارتكب المسيّر خطأ أثناء أو بمناسبة

[1] – لا يحدد المشرع قواعد خاصة بتقيّيم الضرر بل يخضع تقيّيم الضرر للسلطة التقديرية المطلقة لقضاة الموضوع .

تسييره للشركة و سبب ضررا لهذه الشركة فإن مسؤوليته المدنية تجاه هذه الأخيرة لا تقوم إلا إذا كانت هناك علاقة سببيّة بين هذا الخطأ و الضرر الحاصل.

فالقاضي عند تقديره لهذه العلاقة ينبغي عليه أن يأخذه بعين الاعتبار السبب الرئيسي الذي أدى إلى وقوع الضرر و لما كانت المسؤولية عن الفعل الشخصي تقوم على أساس الخطأ الواجب الاثبات حيث كان عبء الإثبات يقع على عاتق المضرور و ليس المسؤول عن الضرر إلا أنّ مسؤولية المسيّر تجاه الشركة هي مسؤولية خاصة و هي تقوم على أساس الخطأ المفترض حيث يقع عبء الاثبات على عاتق المسيّر المسؤول و افتراض الخطأ في تسيّير الشركة هو قرينة قانونية بسيطة تقبل اثبات العكس بكافة وسائل الاثبات المقررة قانونا.

و يمكن للمسيّر الفعلي أن يتحلل من هذه المسؤولية إذا أثبت أنّ الضرر الحاصل للشركة يرجع إلى سبب أجنبي خارج عن إرادته كالحادث المفاجئ و القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المتضرر كأن يكون الضرر بفعل أو بسبب خطأ ارتكبه المسيّر القانوني و ليس المسيّر الفعلي أو بسبب تدهور الوضع الاقتصادي و المالي في المجتمع و في هذه الحالات لا يمكن القول بوجود علاقة سببية بين الخطأ و الضرر و بالتالي تنتفي المسؤولية المدنية للمسيّر الفعلي و تقوم بالنتيجة مسؤولية المسير القانوني تجاه الشركة .

و لكن إذا كان الخطأ مشترك بينهما و كانت هناك علاقة سببية بين هذا الخطأ و الضرر اللاحق بالشركة ففي هذه الحالة تقوم مسؤوليتهما معا تجاه الشركة و لا يستطع المسيّر الفعلي أن يتخلص من هذه المسؤولية بحجة أنّ المسير القانوني ساهم بخطئه في إحداث الضرر إلا إذا أثبت أنه لم يكن له دخل في إحداث الضرر و في الأخير تبقى للقاضي السلطة التقديرية في تقرير وجود العلاقة السببية من عدمها[1].

[1] - Selon la Cour de cassation, *« les juges du fond justifient l'existence du préjudice invoqué par l'évaluation qu'ils en font »*. Cass. civ. 8 févr. 1989, *Gaz. Pal.* 1989, I, pan., p. 91., C.A. Paris, 3éme ch. C., 4 févr. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 817.

الفرع الثاني : دعوى المسؤولية المدنية

نظّم المشرع الجزائري أحكام هذه الدعوى في إطار شركات المساهمة و الشركات ذات المسؤولية المحدودة في المادة 715 مكرر 23 من القانون التجاري الجزائري و التي جاء في نصها ما يلي : "يعد القائمون بالإدارة مسؤولين على وجه الانفراد أو بالتضامن ، حسب الحالة ، اتجاه الشركة أو الغير " و كذا المادة 578 من القانون التجاري التي تنص في الفقرة الأولى منها على مايلي :" يكون المديرون مسؤولين بمقتضى قواعد القانون العام منفردين أو بالتضامن حسب الأحوال تجاه الشركة أو الغير"

و من خلال استقراء هذه النصوص نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يدرج مفهوم المسيّر الفعلي ضمن الأحكام الخاصة بالمسؤولية المدنية للمسيّرين في الشركات التجارية و إنما استعمل مفهوم القائمين بالإدارة في المادة 715 مكرر 23 من القانون التجاري من جهة للدلالة على المسيّر في شركة المساهمة و شركات المساهمة البسيطة و من جهة أخرى استعمل مفهوم المديرون في الفقرة 01 من المادة 578 من القانون التجاري للدلالة على المسيّر في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، و كذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي في المادة 225-251 المتعلقة بشركات المساهمة و كذا المادة 223-22 المتعلقة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة.

غير أنّ المشرع التونسي على خلاف باقي التشريعات المقارنة أشار صراحة إلى مفهوم المسير الفعلي ضمن الأحكام المتعلقة بالمسؤولية المدنية للمسيرين في الشركات التجارية و عبّر عن ذلك صراحة في الفصل 220 من مجلة الشركات التونسي المضافة بالقانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 و الذي قضي في الفقرة الأولى منه على ما يلي : " تثير الشركة دعوى المسؤولية ضد أعضاء مجلس الإدارة بناء على قرار من الجلسة العامة الذي يمكن اتخاذه و لو لم يكن موضوعه مدرجا بجدول أعمالها ".

كما أضاف في الفقرة الخامسة من هذا الفصل : " وتقضي المحكمة بإلزام الوكيل القانوني أو الفعلي برد ما اخذه من مال الشركة مع الأرباح الحاصلة له من استعمالها لخاصة نفسه أو للغير و يبقى الحق للشركاء في مطالبته بما فوق ذلك من الخسائر و توجيه الدعوى الجزائية عليه عند الاقتضاء ". ما يعني أن المسير الفعلي يخضع قانونا لنفس قواعد المسؤولية المدنية المنطبقة على المسير القانوني و يترتب عن هذا القول أن دعوى الشركة التي تثار عادة ضد المسيرين القانونين في الشركة يجوز أيضا إقامتها ضد المسير الفعلي أو كما سماه المشرع التونسي بـ " الوكيل الفعلي" ، عندما يرتكب هذا الأخير أخطاء أثناء تسيّيره للشركة و يؤدي إلى إحداث الضّرر بمصلحتها.

و من ثم يمكن لذي المصلحة إقامة دعوى الشركة ضد المسيّر الفعلي باعتبار أنّ قواعد المسؤولية المدنية في الشركات التجارية تسري على كل شخص يتمتع بصفة المسير في الشركة سواء كان مسيّرا قانونيا أو فعليا. غير أن السؤال الذي يطرح هنا يتمثل في معرفة من هو الشخص الذي تكون له الصفة و المصلحة في رفع هذه الدعوى ضد المسير الفعلي ؟ هل هو المسير القانوني أم الشركاء أم الغير ؟

ولما كان الطرف المضرور – كأصل عام – هو الشخص الوحيد الذي يحق له أن يقيم دعوى المسؤولية من أجل المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به غير أنّ نظام المسؤولية المدنية في الشركات التجارية يخول للشركاء القيام بالدعوى إضافة إلى حق الممثل القانوني للشركة مما يخلق هذا الأمر نوع من الإزدواجية في ممارسة الدعوى التي تؤول لمصلحة الشركة مهما كان القائم بها على الرغم من أن الحق مخول للشركة المتضررة نفسها .

ففي الحقيقة لم ينص المشرع التجاري على حق ممثل الشركة في القيام بدعوى المسؤولية في حقها بل هذه القاعدة قررتها الأحكام العامة التي تعتبر الشركة شخصا معنويا يستدعي شخص طبيعي يمثله يقوم في حقه في الدعاوى القضائية ، و لكنه نص على

إمكانية رفع هذه الدعوى من قبل أي شريك إما بصفة فردية أو من طرف مجموعة من الشركاء لذلك يحق للشركاء أن يقيموا منفردين أو مجتمعين دعوى الشركة ضد المسير أو المسيرين المسؤولين عن الضرر و هذا طبقا للمادة 715 مكرر 24 من القانون التجاري التي تنص صراحة على حق الشريك في ممارسة دعوى الشركة .

و قد كرّس المشرع التجاري حق الشركاء في مساءلة المسير لمصلحة الشركة كشكل من أشكال الرقابة التي يمكن ان يسلطها الشريك على المسير بالرغم من أنه لا يتوافق مع القواعد العامة للمسؤولية التي تمنح المتضرر و خلفه فقط الحق في ممارسة دعوى المسؤولية [1].

فضلا عن ذلك ، يمكن أيضا للمصفي أو الوكيل المتصرف القضائي أن يقيم هذه الدعوى على المسير لمساءلته عن الضرر اللاحق بالشركة متى نص القانون على ذلك و يمكن للمسيّر الجديد أن يرفع الدعوى على المدير السابق و هكذا[2].

و بالتالي فإنّ المسيّر الفعلي الذي يرتكب خطأ و يسبب بفعله ضررا للشركة يكون ملزم تجاه هذه الأخيرة بالتعويض عن ذلك الضرر ما لم يثبت أنّ الضرر كان بفعل المسيّر القانوني لها و إذا تحققت هذه الحالة تنتفي عندئذ مسؤوليته و تقوم مسؤولية المسيّر القانوني تجاه الشركة المتضررة. كذلك الحال إذا ما انعدمت شروط قيام هذه المسؤولية ، و يعتبر باطلا بطلانا مطلقا كل قرار يصدر من الجمعية العامة للشركاء أو المساهمين يقضي بعدم القيام بدعوى المسؤولية ضد المسيّر بخصوص الخطأ الذي يرتكبه أثناء تسيّيره للشركة.[3]

يرى القضاء الفرنسي أنّ القاعدة التي تقضي بعدم اسقاط دعوى المسؤولية ضد المسيرين بقرار من الجمعية العامة لا تسري على المسيّر الفعلي و اعتبرت أن هذا الأخير

[1]– كمال العياري ، المرجع السابق ،ص 160.

[2]– كمال العياري ، المرجع السابق ،ص 158.

[3]– المادة 715 مكرر 25 الفقرة الأخيرة : " لا يكون لأي قرار صادر عن الجمعية العامة أي أثر لانقضاء دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة لارتكابهم خطأ ".

لا يتمتع بالصفة القانونية للتسييّر لذا فهو لا يكون مسؤول أمام الشركة عن الأعمال التي تخضع للإعفاء .

و في هذا الصدد أصدرت محكمة النقض قرارا بتاريخ 14 فبراير 2018 [1] و تتلخص وقائع القضية في أنّ مدير مستقيل استمر في مهامه دون وكالة و باع الأصول الوحيدة قي الشركة في خرق للقانون الأساسي الذي يحدد صلاحياته و مع ذلك رفضت المحكمة أن تكون الشركة مسؤولة عن أعماله ، لأنّ الجمعية منحته إبراء الذمة و تنازلت عن أي حق للرجوع تجاهه و لو كان مسيّر قانوني لكان الحل مختلف تماما و ما كان لقرار الجمعية أن يعرقل دعوى المسؤولية و لكن بصفته مسيّرا فعليا لم تنطبق عليه تلك القاعدة ، مما أدى إلى هذا الحل

وحسب هذا الاجتهاد القضائي يكون المسيّر القانوني على خلاف المسير الفعلي مسؤول تجاه الشركة و يلتزم بتعويض الأضرار الناتجة عن أخطائه المرتكبة أثناء القيام بوكالته في تسييّر شؤون الشركة حتى و إن كانت الجمعية العامة قد أصدرت بشأنه قرار يقضي بإعفائه من تحمل هذه المسؤولية تجاه الشركة ، باعتبار أن دعاوى المسؤولية ضد المديرين أو القائمين بالإدارة تعتبر من النظام العام و لا يمكن تقييد ممارستها في النظام الأساسي أو إسقاطها بقرار من الجمعية العامة.[2]

و ما جعل القضاة يأخذون بالتفسير الضيق للنص القانوني في هذه المسألة هو أن المشرّع التجاري لم ينص صراحة إن كان تطبيق هذه قاعدة الإعفاء من المسؤولية بقرار من الجمعية العامة يقتصر على المسيرين القانونين فقط أم أنها تشمل أيضا كل شخص يتدخل في التسيّير و لكن على اعتبار أن المسيّر الفعلي يتمتع بصفة المسير في الشركة فإنه يقوم

[1] -Cass.com.,14 févr. 2018 n° 15-24.146, *Dr.sociétés* 2018, comm.84,note J.Heinich .

[2]– أحمد شكري السباعي ، الوسيط في الشركات و المجموعات ذات النفع الاقتصادي ، الجزء 5 ، طبعة الأولى ، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط ، 2005 ، ص 333.

في مقام المسير القانوني و بالتالي يستحيل اعفاءه من تحمل المسؤولية بموازاة مع المسير القانوني .

و من ثم يستحيل على الجمعية العامة أن تعفي المسيّر عن أفعاله سواء كان مسيّرا قانونيا أو فعليا و الهدف من ذلك يكمن في منع المسيّر و عادة ما يكون المساهم المالك لأغلبية الأسهم في الشركة من التهرب مسبقا من أي مسؤولية عن الخطأ المرتكب أثناء و كالته.

و عليه لا تسقط دعوى المسؤولية الممارسة ضد المسيّر الفعلي للشركة إلا بمرور 03 سنوات تبدأ من تاريخ ارتكاب الفعل الضار غير أنه إذا وصف الفعل بجناية فإنّ الدعوى تنقضي بمرور 10 سنوات عملا بأحكام المادة للمادة 715 مكرر 26 من القانون التجاري و هذا استثناء على القاعدة العامة التي تجعل مدة التقادم في دعوى التعويض محددة بـ 15 سنة و التي تبدأ من تاريخ ارتكاب الفعل الضار.

و إضافة إلى ذلك ، إذا كانت مسؤولية المسيّر الفعلي مؤسسة على بطلان الشركة أو الأعمال و المداولات اللاحقة لتأسيسها فإنّ دعوى الشركة المقام ضده تتقادم بثلاث سنوات تسري من التاريخ الذي اكتسب فيه حكم البطلان قوة الشيء المقضي فيه و هذا طبقا للمادة 715 مكرر 21 من نفس القانون ، كما لا يحول زوال سبب البطلان دون ممارسة دعوى التعويض الرامية إلى تعويض الضرر اللاحق من العيب الذي كانت الشركة مشوبة به و في هذه الحالة تتقادم هذه الدعوى بمرور ثلاث سنوات تسري من تاريخ كشف البطلان و هذا طبقا للمادة 743 الفقرة الأخيرة من القانون التجاري الجزائري .

و بناء على هذا القول فإنه يجوز للشركة أن ترفع دعوى المسؤولية المدنية على المسيّر القانوني أو المسيّر الفعلي باعتبار أنّ كل واحد منهما يتمتع بصفة المسيّر في الشركة ، كما أنّ القواعد التي تسري على الأول تنطبق على الثاني الأمر الذي تقتضيه الحماية القانونية للمصالح المتعلقة بالشخص المعنوي و حتى لا يتمكن المسيّر الفعلي من

التنصل من مسؤوليته الناتجة عن أخطائه في التسيير بحجة أنه غير موجود قانونا بل تقوم مسؤوليته تجاه الشركة المتضررة لأنه و إن كان غير موجود قانونا إلا أن وجوده الفعلي يرتب نفس الآثار القانونية التي تترتب عن الوجود القانوني للمسيّر و قد يتحقق هذا الأمر حتى في علاقته تجاه الشركاء و الغير المتعامل مع الشركة مادام أنّ مصلحة الشركة تشمل أيضا مصلحة الشركاء و مصلحة الغير.

الفرع الثالث :آثار المسؤولية

إنّ الآثار المترتبة عن قيام هذه المسؤولية هي نفسها الآثار التي يرتبها القانون العام تجاه أي شخص سواء كان مسيّر قانوني أم مسيّر فعلي و تكمن في جبر أو إصلاح الضرر الذي لحق بالشركة أو الشركاء أو الغير دون وجه حق ، و تبعا لذلك يكون المسيّر الفعلي ملزم تجاه الشركة و يتحمل شخصيا التعويض عن الضرر الذي تسبب فيه و تسري هذه القاعدة على كل شخص يتدخل في التسيّير سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا.

غير أنه يعفى هذا المسيّر من تحمل المسؤولية إذا ثبت أنّ الخطأ الذي سبب ضررا للشركة لم يكن بفعله و إنما يرجع إلى أسباب أخرى خارجة عن إرادته ، و في ظل توافر شروط مسؤوليته ، يجوز له أن يتخلص من عبء التعويض بفضل نظام التأمين من المسؤولية المدنية للمسيّرين إذا كان ذلك ممكنا.

البند الأول : التعويض عن الضرر

تتمثل آثار المسؤولية أساسا في التعويض المدني للمتضرر بعد اثبات جميع العناصر المكونة للمسؤولية الخطأ و الضّرر و العلاقة السببية و انطلاقا من هذه العناصر تتعدد أنظمة المسؤولية المدنية من مسؤولية مبنية على الخطأ الواجب الاثبات إلى المسؤولية المبنية على الخطأ المفترض.

فبعض الأنظمة القانونية تؤسس المسؤولية المدنية للمسيّر على الخطأ الواجب الاثبات كالمشرع الفرنسي ، في حين أن بعض الأنظمة كالمشرع الجزائري تعتمد أنظمة مغايرة و تعتبر أن مسؤولية المسيّر بصفة عامة و المسيّر الفعلي بصفة خاصة تقوم على أساس الخطأ المفترض و هذا بدليل ما جاءت به الفقرة الأخيرة من المادة 578 من القانون التجاري بقولها :" و على المديرين أو الشركاء المورطين كي يتخلصوا من المسؤولية الملقاة على عاتقهم أن يقيموا الدليل على أنهم بذلوا في إدارة شؤون الشركة ما يبذله الوكيل المأجور من النشاط و الحرص " و هذه القاعدة تحكم كل شخص يتمتع بصفة المدير في الشركة سواء أكان مديرا قانونيا أو مديرا فعليا ، و عليه يفترض في الشخص الذي تدخل في تسيّير الشركة بدون وجه حق أنه خالف بفعله أحكاما قانونية أو خرق القانون الأساسي للشركة أو إرتكب أخطاء في التسيّير هنا عبء الإثبات يقع على عاتق هذا المسيّر و ليس على عاتق الشركة المتضررة و افتراض الخطأ في المسيّر الفعلي هو قرينة قانونية بسيطة تقبل اثبات العكس.

و على هذا الأساس إذا تبيّن للقاضي أن الشخص الذي يوصف بالمسيّر الفعلي قد قام فعلا بارتكاب احدى تلك الأخطاء و سبب ضررا للشركة و كانت هناك علاقة سببية بين خطأه و ذلك الضرر ، فإن هذا المسيّر يتعرض إلى جزاء مدني يكمن في الالتزام تجاه الشركة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها من جراء تصرفه الخاطئ في حقها و هذا وفقا للأحكام العامة للمسؤولية و هي نفس الأحكام التي يخاطب بها المسيّر القانوني الذي تتم مساءلته في إطار المسؤولية المدنية بموجب المادتين 578 الفقرة 01 و 715 مكرر 23 من القانون التجاري أو بموجب المادة 124 و ما يليها من القانون المدني .

كما لا يهم إن كانت تلك الأخطاء صادرة من شخص لا يتمتع بصفة التسيّير القانوني ما دام أن هذا المسيّر يتمتع بنفس الصلاحيات و السلطات التي يمارسها المسيّر القانوني في الشركة ، كما أنه يخضع لنفس الالتزامات المترتبة عن ذلك.

وفي جميع الأحوال ، يجب أن يكون التعويض الذي يلتزم به المسيّر الفعلي يتناسب مع الضرر الحاصل للشركة على أن تقدره المحكمة تبعا لسلطتها أو بناء على تقرير خبير تعينه لهذا الغرض [1] بل الأكثر من ذلك إلى جانب إلزام المسيّر الفعلي بالتعويض لجبر الضرر اللاحق بالشركة ، ذهبت بعض التشريعات المقارنة و منها المشرع التونسي إلى إلزام هذا المسيّر أيضا برد جميع المبالغ التي أخذها من الشركة بالإضافة إلى الأرباح التي تحصل عليها من وراء استعماله لهذه الأموال لمصلحته الخاصة و هذا ما أكدته صراحة الفقرة الخامسة من الفصل 220 من مجلة الشركات التجارية المضافة بالقانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 و التي تنص على :" و تقضي المحكمة بإلزام الوكيل القانوني أو الفعلي برد ما أخذه من مال الشركة مع الأرباح الحاصلة له من استعمالها لخاصة نفسه أو للغير و يبقى الحق للشركاء في مطالبته بما فوق ذلك من الخسائر و توجيه الدعوى الجزائية عليه عند الاقتضاء ".

و يتحمل المسيّر القانوني أو الفعلي هذه المسؤولية بصفة فردية أو تضامنية حسب الأحوال فمن جهة تكون مسؤولية المسيّر الفعلي فردية إذا ارتكب الفعل أو الخطأ أو التقصير بمفرده دون باقي المسيّرين على أن أثرها قد يمتد إلى كل مسير آخر شاركه في إحداث الفعل أو الخطأ أو التقصير بحكم أن تقرير المسؤولية الفردية لأحد المسيّرين في الشركة لا يعني عدم متابعة باقي المسيّرين مدنيا عن الأخطاء التي ارتكبها المسيّر المتابع فرديا ، إذا لوحظ في مراقبتهم لأعماله تقصير و إهمال و عدم اليقظة في الاشراف على شؤون الشركة أو تبين أنه كان بإمكانهم منعه من الوقوع في الخطأ لو أنهم تحلوا بالحرص و العناية اللازمة .

و من جهة أخرى تكون المسؤولية تضامنية بين كل المسيّرين عندما يكون الفعل أو الخطأ مشتركا أو جماعيا يتعذر معه تحديد المسؤول ، و إذا اشترك أو ساهم عدة مسيرين

[1]– يتم تقدير التعويض تبعا للظروف بصرف النظر عما إذا كان الشخص المدعى عليه مسير قانوني أو فعلي.

في نفس الأفعال أو الأخطاء فإن المحكمة تحدد النسبة التي يتحملها كل واحد منهم في التعويض عن الضرر وفقا لقواعد القانون العام[1] و مبدأ التضامن في الالتزام بالتعويض تسري على جميع الشركات التجارية مهما يكن شكلها .

ففي شركة المساهمة و شركة المساهمة البسيطة ، تنص المادة 715 مكرر 23 من القانون التجاري على : "يعد القائمون بالإدارة مسؤولين على وجه الانفراد أو بالتضامن ، حسب الحالة ، اتجاه الشركة أو الغير ،إما عن المخالفات الماسة بالأحكام التشريعية أو التنظيمية المطبقة على شركات المساهمة و إما عن خرق القانون الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء تسيّيرهم ، إذا شارك عدد كبير من القائمين بالإدارة في نفس الأفعال فإن المحكمة تحدد حصة كل واحد في تعويض الضرر".

و بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة تنص المادة 578 الفقرة 01 من القانون التجاري على أن :" يكون المديرون مسؤولين بمقتضى قواعد القانون العام منفردين أو بالتضامن حسب الأحوال تجاه الشركة أو الغير " كذلك تؤكد المادة 568 في فقرتها الأخيرة من القانون التجاري الجزائري أنّ المسيرين يتحملون المسؤولية التضامنية المطلقة لمدة 05 سنوات تجاه الغير بخصوص القيمة المحددة للحصص العينية المقدمة في حالة عدم وجود مندوب للحصص أو كانت هذه القيمة مخالفة لتقييم مراقب الحصص إن وجد[2] .

أما في شركة التضامن يسأل المسيّرين بصفة غير محدودة و على وجه التضامن عن ديون الشركة و هذا عملا بأحكام المادة 551 من القانون التجاري الجزائري [3]، و نفس

[1]– تنص المادة 126 من القانون المدني الجزائري " إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بالتعويض ، و تكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض ".

[2]– تنص الفقرة الأخيرة من المادة 568 من ق ت ج على :" يكون الشركاء مسؤولين بالتضامن مدة خمس سنوات تجاه الغير عن القيمة المقدرة للحصص العينية التي قدموها عند تأسيس الشركة ".

[3]– تنص المادة 551 من ق.ت.ج على :" للشركاء بالتضامن صفة التاجر و هم مسؤولين من غير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة ".

الأحكام تنطبق كذلك على المسيرين في شركة التوصية البسيطة أو بالأسهم[1]. و يعتبر المسيّرون أو الشركاء المنسوب إليهم بطلان الشركة أو بطلان أحد مقرراتها مسؤولين بالتضامن تجاه الشركاء الآخرين و الغير عن الضرر الناتج عن هذا البطلان و هذا وفقا لما تقضي به المادة 715 مكرر 21 من القانون التجاري [2].

و إذا كان الضرر اللاحق بالشركة ناتج عن خطأ ارتكب من قبل مجموعة من المسيّرين ، و تعذر على المحكمة تحديد مساهمة كل واحد منهم في الخطأ في الحالة التي تفتح في مواجهة الشركة إجراءات الإفلاس أو التسوية القضائية ، يمكن للمحكمة التجارية أن تقضي بمسؤولية المسيرين التضامنية عن النقص الحاصل في أصول الشركة متى ثبت لها أن هذا النقص كان النتيجة المباشرة لأخطاء التسيير المنسوبة إليهم. و لكن السؤال المطروح هل يمكن للمسيّر الفعلي الذي أثيرت في حقه دعوى المسؤولية إلى جانب باقي المسيّرين الآخرين و ثبت الخطأ في ذمتهم أن يتخلص منها ؟

إذا أقيمت دعوى المسؤولية في آن واحد ضد أكثر من مسيّر فلا يمكن لأحدهم التحلل من مسؤوليته بحجة أن هناك مسيّرين آخرين ساهموا في إحداث الضّرر بخطئهم متى كان الخطأ ينسب اليهم جميعا و يمكن لكل واحد منهم أن يتحلل من مسؤوليته إذا أثبت أنه لم يكن له دخل في إحداث الضرر و هنا يتم الإثبات بكافة طرق الإثبات المقررة قانونا ، فلا يسأل هذا المسيّر عن أخطاء الغير و تنتفي مسؤوليته تجاه الشركة في هذه الحالة .

و يكون الأمر كذلك بالنسبة للمسيّر الفعلي فإذا لم تكن لهذا الأخير علاقة في إحداث الضرر اللاحق بالشركة فإنه لا يسأل تجاه الشركة . و لكن إذا تبين أنّ الخطأ ينسب إليه فعلا ففي هذه الحالة لا يستطيع هذا المسير أن يتخلص من المسؤولية الملقاة على عاتقه

[1]– المادتين 563 مكرر 1 من ق.ت.ج بالنسبة لشركة التوصية البسيطة و المادة 715 ثالثا بالنسبة لشركة التوصية بالأسهم.

[2]– تنص المادة 715 مكرر 21 في ف 01 من ق.ت.ج على ما يلي :" يجوز أن يعتبر مؤسسو الشركة ، الذين أسند إليهم البطلان و القائمون بالإدارة الذين كانوا في وظائفهم وقت وقوع البطلان ، متضامنين بالمسؤولية عن الضرر الذي يلحق المساهمين أو الغير من جراء حل الشركة ".

إلا إذا أثبت أنه بذل في إدارة شؤون الشركة ما يبذله الوكيل المأجور من النشاط و الحرص كما سلف الذكر .

البند الثاني : الإعفاء من المسؤولية

وفقا لقواعد القانون العام ، لا يعفى الشخص من عبء المسؤولية الملقاة على عاتقه إلا إذا أثبت أنّ الضرر الذي تعرض له المضرور يعود إلى سبب أجنبي خارج عن إرادته كإثبات القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه و هذا عملا بأحكام المادة 127 من القانون المدني.

غير أنه بالرجوع إلى أحكام القانون التجاري فإنّ المسيّر في الشركة سواء أكان مسيّرا قانونيا أو فعليا لا يعفى من مسؤوليته تجاه الشركة إلا إذا أثبت من جهة أنّ الخطأ الذي تسبب في إحداث الضرر يرجع إلى أحد المسيّرين سواء أكان مسيّر قانوني أو فعلي آخر أو أي سبب آخر ، لأنه ليس من العدل أن يتحمل الشخص نتيجة أخطاء غيره ، فمن يتحمل هذه المسؤولية هو الشخص نفسه مالم يثبت عكس ذلك.

و من جهة أخرى يجب على هذا المسيّر حتى يتخلص من هذه المسؤولية أن يثبت أنه قد يبذل في إدارة شؤون الشركة مايبذله الوكيل المأجور من النشاط و الحرص طبقا للمادة 578 الفقرة الأخيرة من القانون التجاري سالفة الذكر.

و حتى و إن كان المسيّر الفعلي هو الشخص المسؤول عن الضرر اللاحق بالشركة إلا أنه يمكنه أن يتخلص و لو جزئيا من عبء التعويض الذي هو من مسؤوليته بفضل نظام التأمين من المسؤولية المدنية ، فالاستفادة من هذا النظام تنقص من آثار المسؤولية المدنية لذلك المسيّر،فغالبا ما يتجه المسيّرون لتجنب المسؤولية التي تهددهم تجاه الضحايا المحتملين لأخطائهم الثابتة أو المفترضة عن طريق عدة وسائل منها الاتفاق مع شخص آخر يتحمل عبء المسؤولية بدلا منه و ذلك بدفع التعويض للضحية و بنقل آثار هذه المسؤولية إلى هذا الشخص و هو ما يعرف بالتأمين من المسؤولية المدنية.

و بشكل عام ، يعرف التأمين بأنه عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن بضمان المستأمن أو المستفيد ضد رجوع الغير الذي أصيب بضرر يكون المستامن مسؤولا عنه مقابل دفع أقساط يؤديها المؤمن لصالح المستفيد من عقد التامين و ذلك عن طريق وسيط و هو شركة التامين التي يتمثل دورها في إدارة الأموال التي تجمعها من الدفعات التي يؤديها المؤمن ، معتمدا على تقنيات معينة ليدفع للذين أصابهم الضرر التعويض الذي سيحكم لهم نتيجة مسؤولية المستأمن ، فالتأمين يؤدي إلى توزيع أو نقل أعباء المسؤولية المدنية إلى جهة أخرى غير المتسبب في الضرر.[1]

يضمن التأمن من المسؤولية المدنية للمسيرين حماية ذممهم المالية إذ الهدف من التأمين هو تغطية الأضرار المالية التي قد تفرض على المسيرين في الشركة إن خالفوا التزامهم تجاه الشركة أو الشركاء أو الغير و قد نشأ هذا النظام في ألمانيا من طرف شركات التأمين الأمريكية و البريطانية ثم فرنسا.[2]

و على الرغم من عدم وجود قواعد توضح العمل بهذا النظام في ظل التشريع الجزائري إلا أنه كان من الضروري دراسة هذا النظام نظرا لأهميته من عدة جوانب ، فقد ظهرت الحاجة الماسة لهذا النظام في المانيا و فرنسا بسبب التشديد الذي أدخلته تشريعات هذه البلدان على مسؤولية المسيرين أين تزايدت الالتزامات المفروضة عليهم ، فكان نظام تأمين المسؤولية وسيلة للتخفيف من آثار المسؤولية المدنية على المسيرين و بذلك تصبح الشركة دائنة بدفع أقساط التأمين لشركة التأمين باعتبارها الطرف المتعاقد عن المستأمن.[3]

[1]– محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية في الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية ، ج2 ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1990 ، ص 04.

[2]– أمال بلمولود ، المرجع السابق ، ص 163.

[3]– أمال بلمولود ، نفس المرجع ، ص 164.

فالتأمين من المسؤولية يتعلق بالجانب السلبي للذمة المالية ، ذلك أن الضرر الذي يريد المؤمن تجنبه يتمثل في دين المسؤولية أو الالتزام بالتعويض .[1] على أن لا يتجاوز التعويض قيمة التأمين حسب ما نصت عليه المادة 623 من القانون المدني الجزائري و لما كان موضوع التامين من المسؤولية هو ضمان الضرر الذي يتحمله المستأمن نتيجة الرجوع عليه بالمسؤولية ، فإن المؤمن لا يلتزم بالدفاع عن هذا الأخير في الدعوى التي أقيمت ضده بل يمكنه الانتظار حتى الحكم عليه بالتعويض عندئذ يتعين عليه ضمانه في حدود عقد التأمين.

يهدف نظام التأمين إلى حماية المسيّرين ضد الآثار التي ستترتب عن أخطائهم أثناء ممارستهم لمهام التسيير إذ تتحمل الشركة دفع التعويض بدلا من المسيّر المسؤول عن الخطأ ، حيث تتكفل شركة التأمين بإجراءات دفع التعويض عن المسير في حال قيام مسؤوليته أما عن المسيّر المعني بالغاية المقررة لعقد التأمين فهو كل مسير قام بأعمال التسيير و إن لم يكن بصفة إعتيادية فيتشارك الحماية بواسطة عقد التأمين كل مسيّر سواء أكان مسيّرا قانونيا أو فعليا ، ذلك أنّ عقد التأمين هو الذي يحدد ما إذا كان العقد يغطي شخصا معينا أم وظيفة التسيّير بعينها ، لذلك فإنه في حالة تغيير المسيّر ستطرح إشكالية حول المستفيد من عقد التأمين هل المسير السابق أو اللاحق و عليه ينبغي أن يبيّن عقد التأمين حل مسبق لهذه المسألة ، و ذلك بتوضيح و تبيان العملية المراد حمايتها بعقد التأمين.[2]

لا تستفيد الشركة من ضمان شركة التأمين في حالة قيام مسؤولية المسيّر تجاه الشركة لأنه يخشى أن يكون هناك تواطىء بين الشركة المتضررة و بين المسيّر المخطئ و بالتالي

[1]– محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 394.

[2] - Fabrice François, Isabelle Maigret, Amboise Marlange , *op.cit*.,p. 312.

لا يمكن تغطية هذه الأضرار عن طريق التأمين على المسؤولية المدنية للمسيرين بخلاف القانون الألماني الذي لا يمنع الشركة من الاستفادة.[1]

المطلب الثاني : المسؤولية الناتجة عن العجز في موجودات الشركة

إذا تم تسجيل عجز حاد في ميزانية الشركة و أصبحت هذه الأخيرة غير قادرة على الوفاء بديونها مما أدخلها لمرحلة التسوية القضائية أو الإفلاس ، يمكن للمحكمة في هذه الحالة أن تقرّر مسؤولية المسيّر الفعلي على أساس دعوى تكملة الديون أو سد العجز و قد تناول المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بدعوى تكملة ديون الشركة بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة في الفقرة الثانية من نص المادة 578 من القانون التجاري[2] و بالنسبة لشركة المساهمة في المادة 715 مكرر 27 من نفس القانون.[3]

تم اقتباس هذه الدعوى من القانون الفرنسي و بالتحديد المادة 99 من القانون رقم 67-563 الصادر في 13 جويلية 1967 المتعلق بالتسوية القضائية و تصفية الأموال و كذا الإفلاس الشخصي و التفليس[4] و كذا المواد من 651-2 إلى 651-4 .L من القانون التجاري. أما المشرع التونسي هو الآخر تعرض لها في الفصلين 121 و 214 من مجلة الشركات التونسي.

[1]- أمال بلمولود ، المرجع السابق ، ص 170.

[2]- تنص المادة 578 ف 02 من القانون التجاري على :" يجوز للمحكمة إذا أسفر تفليس شركة عن عجز فيما لها من الأموال ، أن تقرر بطلب من وكيل التفليسة حمل الديون المترتبة عليها على نسبة القدر الذي تعينه إما على كاهل المديرين سواء أكانوا من الشركاء أم لا ،أو من أصحاب الأجور أم لا و إما على كاهل الشركاء أو بعض الشركاء أو المديرين على وجه التضامن بينهم أو بدونه ، بشرط أن يكون الشركاء فيما يتعلق بهم قد شاركوا بالفعل في إدارة الشركة ".

[3]- تنص المادة 715 مكرر 27 من القانون التجاري الجزائري على :" في حالة التسوية القضائية للشركة أو افلاسها ،يمكن أن يكون الأشخاص الذين أشارت إليهم الأحكام المتعلقة بالتسوية القضائية أو الإفلاس أو التفليس ،مسؤولين عن ديون الشركة وفقا للشروط المنصوص عليها في الأحكام المذكورة ".

[4] - Selon l'article 99 de la loi française n°67-563 « *lorsque le règlement judiciaire ou la liquidation des bien …ou par certains eux* ».

هذه الدعوى تختلف عن دعوى المسؤولية الناتجة عن الفعل الضار لكونها تمارس وفق شروط و إجراءات خاصة ، كما أنها ترتب آثار قانونية معينة سنتعرض لها بالتفصيل من خلال هذه الدراسة.

الفرع الأول : شروط قيام المسؤولية

يشترط لقيام هذه المسؤولية أن تصل الشركة إلى مرحلة الإفلاس أو التسوية القضائية بسب خطأ في التسيّير إرتكبه المسيّر الفعلي و أن يكون هذا الخطأ قد أدى إلى وجود عجز في موجودات الشركة يجعلها غير قادرة على الوفاء بديونها ، فلا تقوم مسؤولية المسيّر الفعلي عن هذا العجز إلا إذا بلغت الشركة هذه المرحلة الخطيرة من العجز. و من ثمة يعتبر العجز أساس لقيام هذه المسؤولية.

و على الرغم من أنّ غالبية التشريعات لم تتطرق الى تعريف العجز إلا أن الفقه عرّفه بأنه ذلك الفارق بين أصول الشركة و ديونها التي حل أجل الوفاء بها ، أين تفوق نسبة الديون نسبة موجودات الشركة ، بما يشكل عجزا عن سدادها قبل أن تدخل الشركة مرحلة التسوية القضائية أو الافلاس[1].

و يتحدد العجز بعدم كفاية المبالغ المحصلة من بيع موجودات الشركة لتسديد ديونها و يشترط أثناء تحديد نسبة العجز أن يكون نقص الموجودات محقق، بمعنى لابد من تحديد قيمة كل الموجودات و الخصوم ، إضافة إلى ذلك فإن الديون التي تأخذ بعين الاعتبار عند تقيّيم نسبة العجز هي فقط تلك الديون السابقة عند افتتاح الإجراءات الجماعية و حسب القضاء الفرنسي يكفي أن تتأكد حالة عدم كفاية الموجودات لسداد ديون الشركة مهما كانت قيمة هذه الأخيرة ، إذ يكفي أن تعجز الشركة عن سداد 01 % من الديون للقيام بهذه الدعوى.[2] ما يعني أنّ القاضي له سلطة تقديرية واسعة في تحديد قيمة التعويض.

[1]– أمال بلمولود ، المرجع السابق ، ص 87.

[2] - FABRICE FRANÇOIS ; ELVIRE DE FRONDVILLE ; AMBOISE MARLANGE, *op.cit.*, p. 351.

أما المشرع المصري فإنه على عكس المشرع الفرنسي لم يأخذ بمطلق العجز في موجودات الشركة لإلزام المسير الفعلي بدفع كل أو جزء من الديون ، إنما اشترط نسبة معينة من العجز في الموجودات و التي يتحقق معها أقصى الضرر بالدائنين بما يوجب التدخل لحمايتهم و ذلك عن طريق قواعد خاصة لتعويضهم عن هذا الضرر ، باعتبار أن دعوى سد العجز دعوى خاصة فإن المشرع المصري اشترط أن تكون موجودات الشركة غير كافية لسداد 20 % على الأقل من ديونها ، و بمفهوم المخالفة ، فإنه لا مجال لإقامة دعوى تحمل العجز أو الديون إن كانت موجودات الشركة كافية لسداد 20 فما أكثر من ديونها.[1]

و يبدو أنّ اتجاه المشرع المصري في تحديد نسبة العجز في الموجودات أفضل من الاتجاه الذي سلكه المشرع الفرنسي الذي اكتفى بمجرد وجود عجز في أصول الشركة التي افتتحت ضدها إجراءات التسوية أو التصفية ، باعتبار أن المشرع الفرنسي قد توسع في تحديده لحالة العجز ، مما يعرض المسيرين لدعوى سد العجز في جميع مراحل الإجراءات الجماعية من إجراءات الإنقاذ إلى التسوية القضائية أو تصفية للديون أو الإفلاس ، و باعتبار أنه لا توجد حالة افلاس تخلو من العجز مهما كانت نسبته ، و هذا ما قد يؤدي إلى المسؤولية الشخصية و غير المحدودة عن ديون الشركة.[2]

و ما ينبغي الإشارة إليه أنّ الأنظمة القانونية اختلفت بخصوص تحديد هذه المسؤولية فمنها من اتجهت إلى تبني نظام المسؤولية القائمة على افتراض الخطأ في التسيير من جانب المسيرين كالمشرع الجزائري و التونسي[3] و هذا الاتجاه يتأسس في الحقيقة على اعتبارين : فمن جهة ، يعتبر المشرع وجود العجز قرينة على سوء تصرف المسيرين . لأنه

[1]– عبد الرحمان السيد فرمان ، مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة عن ديون الشركة المفلسة ، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي و القانون المصري ،دار النهضة العربية ، بدون ذكر بلد النشر، 2001 ، ص 113.

[2]– عبد الرحمان السيد فرمان ، نفس المرجع ، ص 113.

[3]– هذا ما تضمنه الفصل 121 من مجلة الشركات التونسي : " لا يعفى الوكيل القانوني أو الفعلي من المسؤولية إلا إذا أثبتا أنهما بذلا في إدارة الشركة ما يبذله صاحب المؤسسة من العناية و الحرص ".

لولا انحراف المسيّر عن السلوك المهني أثناء تسيّيره للشركة لما أدى إلى ظهور العجز و هذه القرينة بسيطة تقبل الاثبات العكسي [1].

و من جهة أخرى يعود بناء هذه المسؤولية على أساس الخطأ المفترض إلى صعوبة اثبات الخطأ من جانب المسيرين[2].و عليه فانّ العلاقة السببية بين العجز المالي و الخطأ في التسيير تكون مفترضة ما لم يتم اثبات خلاف ذلك .و بالتالي لا يمكن للمسيّر الفعلي التنصل من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أنّه بذل من العناية في إدارة الشركة ما يبذله صاحب المؤسسة المتبصر و الوكيل النزيه.

غير أن بعض القوانين المقارنة كالنظام الفرنسي تبنت النظام القانوني الكلاسيكي للمسؤولية القائمة على الخطأ الواجب الاثبات. و لما كان المشرع الفرنسي يفترض وقوع الخطأ في ظل القانون 1967 إلا أنه تخلي عن قرينة الخطأ المفترض بحق المسيرين في ظل دعوى تكملة الديون عند اصدار القانون 85-98 الصادر في 25 جانفي 1985 المتعلق بالتسوية و التصفية القضائية للمؤسسات[3].

و لكن رغم هذا الاختلاف إلا أنّ المسألة التي تشترك فيها هذه الأنظمة هي: أن القاضي يملك سلطة تقديرية في تحديد مسؤولية المسير الفعلي عن تحمل ديون الشركة ، و هذا راجع أنّ حالة عدم كفاية الموجودات تحكمه عده اعتبارات فقد تكون الظروف الاقتصادية للشركة هي التي أدت بها الى الدخول الى مرحلة الإفلاس او التسوية القضائية فالمحكمة عند إقرارها بمسؤولية المسيرين عن عجز الشركة عليها النظر في كل الظروف الداخلية و الخارجية فقد يكون العجز نتيجة تغير المعطيات و أخرى تتعلق بتسيير الشركة

[1]– شيباني نصيرة ، المرجع السابق ، ص 132.

[2]– كمال العياري ، المسير في الشركات التجارية ،شركات الأشخاص و الشركات ذات المسؤولية المحدودة ، ج.1 ، المرجع السابق ، ص 175.

[3] Selon l'article 180 de la loi française n° 85-98 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises « *lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation dune personne morale…entre eux.* »

لذلك فعلى القاضي مراعاة مبدأ التناسبية بين الخطأ و الضرر لتقدير قيمة التعويض حتى لا يتحمل المسير نتيجة أضرار ليس مسؤول عنها.[1]

يتم تحريك دعوى تكملة الديون وفق إجراءات خاصة نظرا لارتباطها بقواعد الإفلاس ، بمجرد صدور حكم الإفلاس بحق الشركة يتم غل يد المسير عن إدارة شؤون الشركة و تنتقل الإدارة إلى الوكيل المتصرف القضائي، في هذه المرحلة يعد هذا الأخير وكيلا عن الشركة و الدائنين لذا منح المشرع الجزائري مهمة تحريك الدعوى ضد مسير الشركة إلى الوكيل المتصرف القضائي[2].

و بالنسبة للمشرع التونسي ، فإنه منح دائني الشركة الحق في إقامة دعوى سد العجز على المسيرين لأول مرة بموجب تعديل 2009 و ذلك تأثرا بالقانون البلجيكي ،و ربما يرجع السبب في منح الحق للدائنين من ممارسة هذه الدعوى ، هو اعراض أمناء التفليسة أو المصفين[3] .

أما المشرع الفرنسي فقد منح سلطة تحريك الدعوى للمحكمة في ظل القانون 1967 [4] و إلى النائب العام ، وكيل الدائنين ،المختص بتنفيذ خطة التسوية و المصفي و هذا طبقا للمادة 183 من القانون رقم 98 الصادر سنة 1985 المتعلق بالتسوية و التصفية القضائية للمؤسسات. و المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى هي المحكمة التي أصدرت حكم الإفلاس بحق الشركة[5] و هذه الأخيرة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد المبلغ الذي يلتزم به المسيّر.

---

[1]– كمال العياري ، المسيّر في الشركات التجارية ، شركة خفية الاسم ، ج.2 ،المرجع السابق ،ص 313.

[2]– إنّ المادة 578 من القانون التجاري الجزائري منحت سلطة تحريك الدعوى الى الوكيل المتصرف القضائي حيث جاءت أكثر تفصيلا من حيث أركان الدعوى و إجراءاتها على خلاف المادة 715 مكرر 27 من نفس القانون.

[3]– كمال العياري ، المرجع السابق ، ص 179.

[4] Selon l'article 651-3 de la loi de sauvegarde française : « *dans le cas prévu à l'article 651-2,le tribunal est saisi par le mandataire judiciaire ,le liquidateur, ou le ministère public* ».

[5]– المادة 40 من القانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج. ر العدد 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008 المعدل و المتمم .

بخصوص مسألة التقادم لم ينص القانون التجاري الجزائري على مدة تقادم الدعوى لكن باعتبارها تصنف ضمن دعاوى المسؤولية ضد المسيرين ، فهي تأخذ نفس حكم تتقادم دعوى تكملة الديون ضد المسيرين بمرور ثلاث سنوات. أما في القانون التونسي فقد حددها المشرع بمرور ثلاث سنوات من تاريخ الحكم بالإفلاس أو التسوية القضائية و هذا ما يؤكده الفصلين 121 و 214 من مجلة الشركات سالفي الذكر.

إلى جانب دعوى تكملة الديون هناك دعوى أخرى تسمى " بدعوى الالتزام بديون الشركة" [1] و هي دعوى حديثة أنشأها المشرع الفرنسي بموجب قانون 26 جويلية 2005 المتعلق بإنقاذ المؤسسات [2] هذه الدعوى تلزم المسيرين عند افتتاح إجراءات التصفية القضائية بحق الشركة [3]سواء كانوا قانونيين أو فعليين على تسديد ديون الشركة في حالة ارتكابهم أخطاء في التسيير المحددة في هذا القانون و أدت بتوقف الشركة عن الدفع [4]، كما أنها تقوم على قرينة الخطأ الواجب الاثبات إذ يتعين على المدعي أن يثبت أن خطأ المسير الفعلي ساهم في عدم قدرة الشركة على الوفاء بديونها المستحقة من أصولها المتاحة ، لكن سرعان ما تم التخلي عن تطبيق هذه الدعوى بحق مسيري الشركة و تم الغائها بموجب أمر رقم 08-1345 الصادرة في 18 ديسمبر 2008 المعدل لقانون المؤسسات التي تعاني من الصعوبات.

---

[1]- استعمال مصطلح "الالتزام " يشير إلى عدم وجود دعوى مسؤولية حقيقية و إنما عقوبة مهنية تتقرر في حق المسير بسبب خطورة الأفعال المرتكبة من قبله إذ لا يوجد علاقة بين الضرر الحاصل الذي يلحقه المسيّر و الالتزام المفروض عليه .

[2] Loi n° 2005-845,J.O.R.F. du 27 juill. 2005, p. 12187 et s., entrée en vigueur le 1er janvier 2006. V. le texte consolidé de cette loi *in Gaz. Pal*. 31 août 2005, p. 5.

[3] -Art. L. 652-1 al. 1 du C.Com.fr.

[4]- لم يعرّف المشرع الجزائري حالة التوقف عن الدفع لا في قانون العقوبات و لا في القانون التجاري ، و كان الأمر كذلك في فرنسا إلى غاية صدور القانون المؤرخ في 25 جانفي 1985 المعدل و المتمم للقانون التجاري الفرنسي الذي عرّف حالة التوقف عن الدفع في المادة 3 الفقرة الأولى منه كالآتي : الاستحالة التي يكون فيها التاجر " شركة " لمواجهة الديون واجبة الأداء بالأصول القابلة للصرف.

« l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible ».

و هذا التعريف تكريس للاجتهاد القضائي الفرنسي الذي صدر في ظل التشريع السابق ، لاسيما قانون 13 جويلية 1967 الذي استلهم منه المشرع الجزائري مجمل أحكام القانون التجاري المتعلقة بالتسوية القضائية و الإفلاس ،و تحديدا القرار الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في 14 فبراير 1978. أنظر أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق، ص 237.

و يكمن الفرق الأساسي بين الدعويين في أنّ الضرر الذي تسعى دعوى تكملة الديون إلى تعويضه هو متعلق بعدم كفاية الموجودات قبل افتتاح إجراءات الإفلاس أما دعوى الالتزام بالديون تتعلق بكل الديون السابقة و اللاحقة ، كما أنّ نطاق تطبيق هذه الدعوى محدد بالأخطاء المذكورة في المادة 652-1 في حين أنّ دعوى تكملة الديون غير مقترنة بخطأ محدد [1].

الفرع الثاني : آثار المسؤولية

ترتب المسؤولية بسبب العجز في الموجودات آثار على الذمة المالية للمسيّر الفعلي لا تعادل و لا تتطابق مع آثار المسؤولية المدنية وفقا لقواعد القانون العام.

حيث يجوز للمحكمة التي تنظر في دعوى تكملة الديون أن تأمر المسيّر الفعلي بدفع كل أو جزء من ديون الشركة التي لا يمكن دفعها بأصول الشركة. إن إدانة المسيّر الفعلي قد تتعلق بعدم كفاية الأصول بالكامل ، حتى و إن كان خطأ ذلك المسيّر في التسيّير لم يتسبب إلا في جزء من هذا العجز في الأصول. و لذلك لا يوجد تناسب بين مبلغ الإدانة و الضرر الناجم عن خطأ المسيّر الفعلي.

و من جهة أخرى ، المبالغ التي يدفعها المدير لسد العجز في الموجودات تدخل في الذمة المالية للشركة و توزع على الدائنين بالتساوي. و حالة المسيّر الذي يلتزم بتسديد ديون الشركة كحالة الشخص المسؤول من غير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة. ولذلك فإن

[1] D'après l'article 652-1 de la reforme des procédure collectives française qui concerne l'action en obligation des dette sociales : *« Au cours d'une procédure de liquidation judiciaire, le tribunal peut décider de mettre à la charge de l'un des dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale la totalité ou une partie des dettes de cette dernière lorsqu'il est établi, à l'encontre de ce dirigeant, que l'une des fautes ci-après a contribué à la cessation des paiements : 1° Avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ; 2° Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ; 3° Avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ; 4° Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ; 5° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale ».*

هذه الدعوى ليس إجراءا من إجراءات التعويض بل هي عقوبة مفروضة على المسيّر القانوني أو الفعلي الذي ارتكب خطأ عند ممارسة لسلطة التسيّير لمصلحته الشخصية .

إن دعوى المسؤولية الناتجة عن العجز في موجودات الشركة هي تعد من دعاوى المسؤولية الخاصة بالإجراءات الجماعية لذلك فهي لا ترمي إلى ضمان التعويض عن الأضرار التي لحقت بالشركة أو الشركاء أو الغير ، بما أن المحكمة تحتفظ بسلطتها التقديرية في القضاء بدفع مبلغ أكبر أو أقل من مبلغ الضرر المنسوب إليه. كما يجوز للمحكمة أن تقرر عدم الحكم على المسيّر الفعلي بدفع مبلغ من المال.

وهكذا ، تطبيقا لقواعد المسؤولية الخاصة بالإجراءات الجماعية ، يعاني المسيّر الفعلي من الآثار المترتبة على ذمته المالية بسب عدم الوفاء بالتزاماته المتعلقة بإدارة الشركة. ولذلك يعتبر مسيرا للشركة و خاضعا لقواعد لا يكون الغرض منها ضمان جبر الضرر بل فرض جزاء على العمل التقصيري الذي يضر بالشركة أو الشركاء أو الدائنين.

و تجب الإشارة إلى أنّ هذه الإجراءات لا ينطبق إلا على الشخص الذي يمارس سلطات التسيّير في الشركة ، لذلك فإنّ المسيّر الفعلي يتساوى مع المسيّر القانوني في تحمل المسؤولية الناتجة عن العجز في الموجودات بحكم المهام التي يمارسها في إدارة الشركة ، و يلتزم بصفته مسيّر للشركة و على ذمته المالية الشخصية ، بدفع المبالغ التي ترتبت على عاتقه من قبل المحكمة.

من خلال ما تقدم نخلص إلى أن المسيّر الفعلي في علاقته مع الشركة يتمتع بنفس المركز القانوني الذي يتمتع به المسيّر القانوني لها من حيث أنه يقوم بنفس السلطات و الصلاحيات المخولة قانونا لهذا الأخير كما أنه يخضع لنفس القيود القانونية و النظامية على الرغم من أنه لم يتم تعيينه بصفة منتظمة من أجل تسيّير شؤون الشركة و لكن مادام أنه يتدخل في تسييرها و يقوم بتصرفات تمس بمصلحتها المالية فمن الطبيعي أن يخضع بالنتيجة لنفس الآثار القانونية التي يرتبها القانون على التسيّير القانوني و تبعا لذلك تنطبق

على المسيّر الفعلي نفس قواعد المسؤولية المدنية التي تنطبق على المسيّر القانوني في علاقته مع الشركة.

و بالتالي إذا ثبت أنّ المسيّر الفعلي قام بتصرفات أدت بإلحاق الضرر بالشركة ، فإنّه في هذه الحالة يكون مسؤول مدنيا تجاه هذه الأخيرة بصفته مسيّرا للشركة و يلتزم بتعويض الضرر الحاصل لها وفقا لقواعد القانون العام متى كانت هناك علاقة سببية بين الخطأ المرتكب من قبله و الضرر الحاصل للشركة و هنا تمارس في حقه دعوى تسمى بدعوى الشركة و هذه المسؤولية مبنية على أساس الخطأ المفترض في المسيّر و ليس الخطأ الواجب الاثبات ، كما أنه يتحمل المسؤولية الناتجة عن العجز في موجودات الشركة إذا سبب بخطئه عجزا للشركة مما جعلها غير قادرة على الوفاء بديونها تجاه الغير و هنا تمارس ضده دعوى مسؤولية خاصة تسمى بدعوى سد العجز أو تكملة الديون ، و تخضع هذه المسؤولية لقواعد القانون التجاري.

المبحث الثاني : مسؤولية المسيّر الفعلي عن أخطائه تجاه الشركاء و الغير

من المقرر قانونا أنّ المسؤولية المدنية للمسيّر الفعلي لا تقتصر على الشركة لوحدها بل تتعداه إلى الشركاء و الغير و من ثم لا يسأل هذا المسيّر عن أعماله و تصرفاته تجاه الشركة فحسب بل يسأل أيضا تجاه الشركاء المكونين لها و الغير المتعاملين معها فبالنسبة للشركاء قد يسأل مدنيا عن الأخطاء التي يرتكبها في التسيّير داخل الشركة و تسبب ضرر للشركاء أو لأحدهم **(المطلب الأول)**

و بالنسبة للغير يتحمل مسؤوليته المدنية عندما تكون الشركة في علاقات مع الغير و باعتبار أن الشركة شخص معنوي فهي لا تعبر عن إرادتها إلا من خلال شخص طبيعي يتولى تمثيلها و يتعامل مع الغير باسمها و لحسابها و هنا تكون مسؤوليته مزدوجة فمن جهة يكون ملزم بالتعويض عن الأضرار التي تلحق هذا الغير أثناء سير الشركة و من جهة أخر يتحمل مسؤوليته عند إفلاس الشركة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول : المسؤولية تجاه الشركاء

خول القانون للشركاء الحق في ممارسة دعوى المسؤولية ضد المسيّر و بما أن المسير الفعلي يعتبر مسيرا للشركة فإنه يكون مسؤول مدنيا تجاه الشركاء عن الأخطاء التي يرتكبها سواء عند تسييره للشركة أو عند مخالفته للقانون الذي تسير عليه الشركة أو عند خرقه للقانون الأساسي .

و تتحقق مسؤوليته في هذه الحالة عندما يصيب الشركاء أو أحدهم ضرر شخصي من جراء خطأ ارتكب من طرف ذلك المسيّر و ليس من طرف الشركة أو مسيّرها القانوني ، كذلك يشترط أن يكون الخطأ أو الضّرر منسوب إلى هذا المسيّر في الشركة ، و كذا أن يكون الضرر شخصي و مستقل عن الضرر اللاحق بالشركة و أن تكون المسؤولية شخصية و ليست وظيفية.

و على الرغم من أنّ المشرع الجزائري لم ينص صراحة على إمكانية رفع هذه الدعوى على المسير الفعلي إلا أن المنطق القانوني يقتضي إخضاع هذا المسير لنفس قواعد المسؤولية التي تطبق على المسيرين القانونيين في علاقتهم مع الشركاء ، بمعنى لا تمارس دعوى المسؤولية المدنية الخاصة بالمسيرين ضد المسيّرين القانونيين في الشركة فقط و إنما يمكن مباشرتها أيضا ضد المسيّرين الفعليين لتلك الشركة .

و هذه القاعدة تسري على جميع الشركات التجارية مهما يكن شكلها باعتبار أنّ لفظ " القائمين بالإدارة" أو " المدير" تنطبق على كل شخص يتمتع بصفة المسيّر في الشركة سواء كان مسيّرا قانونيا أو فعليا و استنادا إلى هذا القول فإنّ الخطأ الذي يرتكبه المسيّر الفعلي و يسبب ضررا بالمصلحة المادية أو المعنوية للشركاء أو المساهمين يكون موجب للتعويض متى كانت هناك علاقة سببية بينهما.

و هذا ما أكده المشرع التونسي في الفقرتين الرابعة و الخامسة من الفصل 220 المضافة بالقانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009 ، حيث جاء في الفقرة

الرابعة من هذه المادة أنه :" يحق لكل مساهم أو مساهمين ... أن يرفعوا في إطار المصلحة المشتركة دعوى المسؤولية ضد أعضاء مجلس الإدارة من أجل خطا ارتكبوه اثناء ممارستهم لمهامهم و لا يمكن للجلسة العامة أن تتخذ قرارا بالرجوع في الدعوى و يعتبر باطلا كل تنصيص مخالف بالعقد التأسيسي" .

كما تقضي الفقرة الخامسة من هذه المادة على :" وتقضي المحكمة بإلزام الوكيل القانوني أو الفعلي برد ما أخذه من مال الشركة مع الأرباح الحاصلة له من استعمالها لخاصة نفسه أو للغير و يبقى الحق للشركاء في مطالبته بما فوق ذلك من الخسائر و توجيه الدعوى الجزائية عليه عند الاقتضاء ".

و نلاحظ هنا أن المشرع التونسي قد أشار صراحة إلى لفظ " الوكيل الفعلي" ما يعني أن دعوى المسؤولية المدنية الممارسة ضد المسيّر من أجل تعويض الضرر لا تقتصر على المسيّر القانوني فحسب بل تشمل أيضا المسيّر الفعلي و الأخطاء التي يسأل عنها المسيّر الفعلي تجاه الشركاء هي نفسها الأخطاء التي يسأل عنها المسيّر القانوني.

و بالتالي يكون المسيّر الفعلي ملزم تجاه الشركاء بتعويض الضرر الذي يلحقهم شخصيا نتيجة أفعاله و في الحقيقة تصرفات المسيّر الفعلي لا تلحق الضرر بالشركاء فحسب بل الغير أيضا يمكن أن يكون هو الآخر ضحية الأخطاء التي يرتكبها هذا المسير في الشركة.

المطلب الثاني : المسؤولية تجاه الغير

إن مسؤولية المسيّر عن أعماله تجاه الغير لا تقوم إلا إذا تعاملت الشركة مع الغير و لما يتم هذا التعامل وفق الشكل الذي يتطلبه القانون ينشأ عن ذلك حقوق و التزامات متقابلة في ذمة كل طرف و باعتبار أن الشركة شخص معنوي لا يتصرف إلا من خلال شخص طبيعي يمثلها و يقوم مقامها في إبرام التصرفات تجاه الغير باسمها و لحسابها، الأمر الذي من شأنه أن يخلق علاقة غير مباشرة بين المسيّر و الغير المتعامل مع الشركة.

و عليه كل ضّرر يلحق بالشركة من شأنه أن يؤثر بطريقة غير مباشرة على مصلحة الغير و بالأخص عندما تصبح الشركة غير قادرة على الوفاء بديونها تجاه الغير لأن أموال الشركة تعتبر ضمان عام لدائنيها ، و لما يكون الشخص المسؤول عن هذه الوضعية التي آلت إليها الشركة شخص لا يتمتع بالصفة القانونية للتسيّير، ففي هذه الحالة هل هذا الشخص يسأل مدنيا عن ذلك تجاه الغير المتعامل مع الشركة ؟ أو بالأحرى هل المشرع التجاري متع الغير بدعوى خاصة به لحماية مصالحه ؟

و للإجابة عن هذا السؤال لا بد من البحث عما إذا كان يحق للغير أن يرفع دعوى ضد المسيّر الفعلي و يطالبه بالتعويض عن الضرر اللاحق به شخصيا من جراء الأخطاء التي يرتكبها ذلك المسيّر أثناء سير الشركة ، و ما إذا كان المسيّر الفعلي يلتزم تجاه الغير بسداد ديون الشركة من ذمته الخاصة متى قام بارتكاب أخطاء في التسيّير و إنجر عنها دخول الشركة في حالة إفلاس أو تسوية قضائية.

الفرع الأول : المسؤولية أثناء سير الشركة

لم يولي المشرع تفصيلا واضحا بشأن مسؤولية المسير تجاه الغير و التي أشار اليها ضمن المادة 715 مكرر 21 من القانون التجاري المتعلقة بالمسؤولية عن الضرر الناتج عن بطلان الشركة و كذا المادة 715 مكرر 23 القانون التجاري المتعلقة بمسؤولية المسيّر تجاه الشركة و بصرف النظر عن الصورة الأولى المتعلقة بحالة البطلان جاءت أحكام المادة 715 مكرر 23 عامة و حسب هذه المادة فالمسيّر يمكنه أن يكون مسؤولا تجاه الغير عن مخالفة الأحكام الخاصة بكل شكل من الشركات التجارية أو عن مخالفة قانونها الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء التسيّير ، و إن كان في الحقيقة المسؤولية تجاه الغير تتحملها الشركة عادة و ليس المسيّر بحيث أن مسؤولية المسيّر تجاه الغير عن هذه الأخطاء تبقى مسألة غير واضحة لكون أن هذه المخالفات إنما تمس مصلحة الشركة و الشركاء .

و لكن مادام أنه يوجد نص يجيز ذلك ،فإنه بإمكان أن يسأل المسيّر تجاه الغير عن تلك الأخطاء إذا سببت لهم ضرر و يمكن تجسيد هذه الحالة في علاقة الشركة مع إدارة الضرائب و بما أنّ المسيّر بصفته ممثلا للشركة فهو ملزم بأداء الالتزامات الجبائية المفروضة على الشركة و في حالة امتناعه عن أداء هذا الالتزام يمكن لمصلحة الضرائب إذا تضررت بسبب الإخلال بهذا الالتزام القانوني أن تطالب المسيّر شخصيا بالتعويض لها عن الضرر اللاحق بها عملا بأحكام المادة 155 من قانون الإجراءات الجبائية [1] ، إذ أنه يتعين عليها أن تثبت أنّ المسيّر قد أخل بشكل خطير و متكرر بمختلف الالتزامات الجبائية المفروضة على الشخص المعنوي و أن هذا خطأ نتج عنه تعذر أو استحالة التحصيل الضريبي في مواجهة الشركة ما لم يثبت هذا المسيّر بأنّ استحالة التحصيل الضريبي راجع إلى الصعوبات المالية و الاقتصادية للشركة باعتبار أن الأصل في الخضوع الضريبي متعلق بذمة الشركة.

وقد كان المشرع الفرنسي في هذه المسألة أكثر وضوحا حيث أقر صراحة بالمسؤولية الجبائية للمسيّرين عن الديون الجبائية بموجب أحكام المادة 267 من قانون الإجراءات الجبائية ووسّع من مجال تطبيق هذه المسؤولية على كل مسيّر قانوني أو فعلي قام بتسيّير الشركة بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

و بصرف النظر عن مسؤولية المسيّر القانوني ، فإنّ مسؤولية المسيّر الفعلي تجاه الغير تعتبر من بين المسائل المثيرة للجدل و يتعلق الأمر على وجه التحديد بالأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية أو بالأحرى ماهي الأخطاء التي تبنى عليها مسؤولية المسيّر الفعلي تجاه الغير ؟

[1] – تنص المادة 155 من قانون الإجراءات الجبائية على :" عندما يتعذر تحصيل الضرائب ،من أي نوع كانت ، و الغرامات الجبائية التي يسند تحصيلها لمصلحة الضرائب و المترتبة على الشركة ، من جراء مناورات تدليسية أو عدم التقيد بصفة متكررة بمختلف الالتزامات الجبائية ، يمكن أن تحمل المسؤولية بالتضامن بين المدير أو المديرين و المسير او المسيرين أصحاب الأغلبية أو الأقلية ، بمفهوم المادة 32 من قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة ، مع هذه الشركة، عن دفع الضرائب و الغرامات المذكورة...."

إتجه بعض الفقهاء إلى قيام هذه المسؤولية على أساس الخطأ المنفصل عن المهام و اشترط هؤلاء أن يكون الخطأ الذي يرتكبه المسيّر منفصل عن مهام التسيير ليؤدي إلى مسؤوليته تجاه الغير في الشركة و قد عرّفت محكمة النقض الفرنسية مفهوم الخطأ المنفصل بأنه ذلك الخطأ الذي يرتكبه المسيّر بدوافع شخصية فلا يكون المسير مسؤولا إلا إذا كان الخطأ شخصيا ، خطيرا ، فادحا بما يجعله خارجا عن مجال التسيير العادي للشركة... [1] كما ضبطت مفهوم الخطأ المنفصل بثلاث معايير لتميزه عن الخطأ الوظيفي الذي قد يرتكب أثناء عملية التسيير ، و الذي يقيم المسؤولية على الشركة و ليس على المسير لأنه يعمل لحسابها.

و عليه يعتبر الخطأ شخصيا مقيما لمسؤولية المسير الشخصية إذا كان منفصل عن وظيفة التسيير و كان على قدر من الجسامة.[2] و منه لا يمكن للمسيّر القانوني أو الفعلي – حسب القضاء– أن يتحمل المسؤولية الشخصية تجاه الغير إلا اذا كان قد ارتكب خطأ منفصل عن المهام أي خارج عن مهام التسيّير ، بمفهوم المخالفة ارتكاب خطأ متصل بمهام التسيير لا يشكل خطأ شخصيا للمسير. [3]

وقد صدر في هذا الشأن قرار عن الغرفة التجارية بمحكمة النقض بتاريخ 08 مارس 1982 [4]يقضي بتحميل كل من المسيّر القانوني و المسيّر الفعلي المسؤولية المدنية تجاه الغير دون تحديد الأسباب و الظروف التي أدت بهؤلاء المسيرين الى ارتكاب خطأ خارج عن العقد المبرم بين الشركة و الغير و في هذه القضية يلاحظ أنّ المحكمة جعلت المسيّر الفعلي في نفس المركز القانوني للمسير القانوني ووسعت قواعد المسؤولية المدنية التي

[1]– كمال العياري ، المرجع السابق ، ص 328.

[2]– أمال بلمولود ، المرجع السابق ، ص 77.

[3] - G. AUZERO, *L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé, D. affaires*, 1998, p. 502

[4] - Cass.com.08 mars 1982 , bull.civ.n° 92.

يخضع لها الثاني على الأول أي أخضعت المسير الفعلي لنفس نظام المسؤولية المدنية الخاص بالمسيرين القانونيين في شركة المساهمة و الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

و قد أيد جانب من الفقه هذا الحل و اعتبر أن المسيّر الفعلي في الشركة لا يكون مسؤولا مسؤولية مدنية شخصية تجاه الغير إلا إذا ارتكب خطأ منفصلا عن المهام و تستند هذه الفكرة إلى ضرورة أن تطبق على المسيّر الفعلي نفس قواعد المسؤولية التي تسري على المسيّرين القانونيين مادام أنه يؤدي نفس المهام التي يؤديها هؤلاء.

و لكن ليس من الضروري أن يكون خطأ المسير الفعلي منفصلا عن المهام ليؤدي الى مسؤوليته المدنية تجاه الغير في الشركة ذلك أن الخطأ الذي يرتب هذه المسؤولية يشمل كل عمل غير مشروع يرتكبه ذلك المسيّر و يلحق ضررا بالغير ، و معناه أوسع من معنى الخطأ المنفصل عن المهام.

و بالتالي يتحمل المسيّر الفعلي سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا مسؤوليته المدنية تجاه الغير وفقا لقواعد القانون العام متى ارتكب خطأ و سبب ضررا للغير و في هذه الحالة يجب عليه أن يتحمل بنفسه عبء تعويض الضرر الذي ألحقه خطأه بالغير ، ما لم يثبت أنّ المسير القانوني هو من كان المسؤول عن إحداث ذلك الضرر بحكم وجوده القانوني في الشركة إذ يفترض في المسيّر القانوني أن يتصرف و يتعامل مع الغير باسم الشركة و لحسابهاو ليس المسيّر الفعلي.

و في هذه الحالة ، لا تقع المسؤولية على عاتق المسيّر الفعلي بل يتحملها المسيّر القانوني و هذا الأخير لا يستطيع أن يتنصل من مسؤوليته بحجة أن هناك شخص آخر ساهم بخطئه في إحداث الضرر للغير ذلك أنّ قيام المسؤولية المدنية للمسيّر الفعلي تجاه الغير لا تعفي المسيّر القانوني منها ، كما أن قيام مسؤولية هذا الأخير لا يؤدي بالضرورة إلى عدم مساءلة المسيّر الفعلي.

حيث أنه من المقرر قانونا أنّ الشركة في علاقاتها مع الغير تكون ملزمة بالأعمال و التصرفات التي يقوم بها المسيّر و متى ارتكب هذا الأخير خطأ و سبب ضررا للغير فإن الشركة تكون مسؤولة عن هذه الأخطاء متى كانت هذه الأعمال تتم باسمها و لحسابها و من هنا لنا أن نتساءل حول ما إذا كان الأمر كذلك ينطبق عندما يتم الفعل من قبل شخص يتدخل في تسيّيرها ، فهل أعمال هذا الأخير ملزمة للشركة تجاه الغير كما هو الحال بالنسبة للمسير القانوني لها أم لا ؟

من المفروض أنّ الأعمال التي يقوم بها المسيّر الفعلي تعتبر باطلة و هذا هو الأثر الطبيعي الذي يلحقه المفهوم النظامي للشركة على الممارسة غير المنتظمة لسلطات التسيّير الخارجية لهذا الشخص المعنوي غير أنه و لاعتبارات تقتضيها ضرورة حماية الغير حسن النية ، فإن أعمال التسيّير الفعلي تجاه الغير تترتب عليها آثار التسيّير المنتظم أي القانوني ، باعتبار أنّ التسيّير الفعلي مثل التسيّير الظاهر حالة غير نظامية تقوم على الوضع الظاهر و هذا الوضع غير نظامي يؤدي إلى إحداث نفس الآثار التي تترتب عن الوضعية النظامية[1].

و تبعا لذلك ، فإن تصرفات المسيّر الفعلي تجاه الغير تعتبر صحيحة إلى حد ما ، لكن مازال هناك غموض حول مصير تصرفات المسيّر الفعلي التي تتجاوز السلطات المعترف بها قانونا للمسيّر القانوني و لذلك من الضروري تحديد تصرفات المسيّر الفعلي التي تجعل الشركة ملزمة في علاقاتها مع الغير.

و قد جرى القضاء الفرنسي على إلزام الموكل بتجاوز وكيله حدود الوكالة في الصورة التي تكون فيها الظروف لا تسمح للغير بأن يتحرى عن نطاق الوكالة و مداها [2]و يتجلى

[1] -ANNICK BATTEUR, *La théorie du mandat apparent et la protection des tiers contractants, Petites affiches,* 26 avr. 1996, n° 51, p. 13.

[2]– سعودي حسن سرحان ، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية ،دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة المتحدة للطباعة ، مصر ، 1999 ، ص 218.

ذلك بوضوح في قرار محكمة النقض الصادر في 13 ديسمبر 1962 و حسب ما جاء في هذا القرار " قد يكون الموكل ملزم على أساس الوكالة الظاهرة بالأعمال التي تتم باسمه و لحسابه من قبل الوكيل المزعوم ،كما لو كانت السلطة التي يمارسها هذا الأخير قد أسندت إليه بانتظام ".

و فيما يتعلق بالإدارة الفعلية ، يعترف القضاء في العديد من الحالات بأنّ الأعمال التي يقوم بها المسيّر الفعلي باسم الشركة أو لحسابها ، تجعل هذه الأخيرة ملزمة في علاقتها مع الغير على الرغم من عدم انتظام السلطة التي يمارسها ذلك المسيّر و من ثم يتعين تقييم نطاق هذه الاجتهادات القضائية لإثبات مدى صحة الأفعال التي يقوم بها المسيّر الفعلي.

ففي بعض القضايا نجد أنّ المحاكم تعترف صراحة بصحة الأفعال التي يصدرها المسيّر الفعلي و تجعلها نافذة في مواجهة الغير حسن النية المتعاملين مع الشركة و تبرر موقفها بالاستناد على نظرية الظاهر. ففي قرار صدر بتاريخ 15 جوان 1999 أيدت من خلاله محكمة النقض قرار محكمة الاستئناف الذي اعترف بصحة عقد عمل وقعه المسؤول عن أعمال شركة ما ، على أساس أن الشخص المعني ، الذي يوصف بأنه مسيّر فعلي ، كان لديه – في نظر الغير– "مظهر وكيل اجتماعي "[1]. وفي هذه القضية ، تقر المحكمة العليا بأن العقود التي أبرمها المسيّر الفعلي باسم الشركة و لحسابها ، تلزم هذه الأخيرة تجاه الغير الذي يعتقد أن المسؤول عن أعمالها له سلطة تمثيل تلك الشركة.

وقد اعتمدت محكمة النقض نفس المنطق في قرارها الصادر في 5 ديسمبر 2000[2] و في هذه الحالة تعاقد شريك باسم الشركة و لحسابها و حصل على قرض نقدي دُفع لحساب تلك الشركة و لما سعى البنك المقرض إلى مطالبة الشركة بسداد مبلغ الدين رفضت هذه الأخيرة ذلك على أساس أنّ الشريك لا يملك سلطة تمثيلها.

[1] - Cass. com. 15 juin 1999, *Bull. civ.* V, n° 282, p. 203.
[2] - Cass. com. 5 déc. 2000, pourvoi n° 97-19.582, www.legifrance.gouv.fr .

حيث أنّ قضاة الموضوع ، قاموا بإسناد صفة المسيّر الفعلي لذلك الشريك ، و قاموا بإدانة الشركة بسداد الدين المتنازع عليه على أساس أنّ الشريك قد ظهر بمظهر الوكيل الاجتماعي ، و قد أيدت محكمة النقض هذا القرار على أساس أن محكمة الاستئناف استطاعت أن تستنبط من الظروف التي حددتها ، أنّ الغير ربما كان يعتقد أن الشريك هو مدير الشركة. و هذا القرار يعترف صراحة بأن الشركة قد تكون ملتزمة تجاه الغير من خلال الأعمال الصادرة من المسير الفعلي لأنه يظهر بمظهر وكيل الشركة.

وبناء على هذه القرارات يمكن القول أنّ الغير بإمكانه أن يستخدم نظرية الظاهر و يشترط على الشركة أن تحترم التعهدات التي تعهد بها المسيّر الفعلي باسمها ، و وفقا لهذه النظرية تعتبر تصرفات و أفعال المسيّر الفعلي صحيحة و نافذة في حق الغير.

و لكن حتى في الحالات التي لا تجد فيها المحاكم صراحة أنّ المسير الفعلي قد ظهر أمام الغير بمظهر المسيّر القانوني ، فإن نظرية الظاهر يمكن أن تبرر آثار التسيّير الفعلي تجاه الغير ، و تبعا لذلك تعتبر تصرفات المسير الفعلي صحيحة على أساس أن الغير يعتقد بأن الشخص الذي يمارس بكل حرية و استقلالية سلطة التسيير في الشركة له صفة المسيّر ، ذلك أن الاعتقاد المشروع هو العنصر الذي تطبق بموجبه نظرية الظاهر في مادة الشركات و هو يشكل الأساس للاعتراف بصحة الأفعال التي يصدرها المسيّر الفعلي في الشركات التجارية. [1]

و على ذلك تقتضي الإدارة الفعلية من الشركة الالتزام بما تعهد به المسيّر الفعلي باسمها كما لو أن الشركة قد منحت بشكل منتظم سلطة ممارسة إدارتها الخارجية للمسيّر الفعلي و تمثيلها تجاه الغير ، فمن خلال النشاط الذي يقوم به هذا المسيّر ،فإنّ الغير يعتقد

[1]– حيث اعتبرت المحكمة الوكيل المفوض عن الشركة ذات المسؤولية المحدودة مديرا فعليا استنادا إلى أنه كان يتعامل مع الغير على الوجه المعتاد بصفته مدير للشركة ، كما كان من شأنه أن يخلق وضعا ظاهرا يولد لدى الغير الاعتقاد بمطابقة هذا المظهر للحقيقة.

Cass. com. 19 nov. 2002, *RJDA* 2003, p. 229, n° 259 ; CA. Paris, 3éme ch. B, 2 mai 2003, *Rev. sociétés* 2003, p. 574, *RJDA* 2004, n° 817, p. 763 .

بانتظام سلطاته ، و من هنا تلتزم الشركة تجاه الغير على أساس التسيّير الفعلي و هذه الأخيرة تكرس وجود علاقة تعاقدية بين الشركة و الغير في حين أنه لا يوجد إتفاق إرادي من الأساس ذلك أنّ تطبيق نظرية الظاهر على المسيّر الفعلي تنشىء حالة شبه تعاقدية بين الشركة و المسيّر الفعلي بسبب طبيعتها القانونية و آليتها المماثلة للفضالة [1] و ينطبق الشيء نفسه على التسيّير الفعلي حيث يؤثر هذا الوصف الشبه التعاقدي على الطبيعة القانونية للالتزامات الشركة تجاه الغير و التي يمثلها المسيّر الفعلي .

و بالتالي فإنّ الأفعال التي يصدرها المسيّر الفعلي تعتبر صحيحة تجاه الشركة المسيّرة على هذا النحو و من هنا لنا أن نتساؤل ببساطة حول تصرفات المسير الفعلي التي قد تلزم الشركة تجاه الغير لاسيما و أن المشرع التجاري لم يحدد بصراحة و لا حتى القضاء أعمال التسيير الفعلية التي يمكن أن تجعل الشركة ملزمة في علاقاتها مع الغير كما لم يتم توضيح شروط أداء أعمال التسيير من طرف المسيّر الفعلي حتى تكون نافذة في مواجهة الغير ، كذلك الفقه لم يتعرض الى هاته المسألة ؟

و ما يزيد الأمر أهمية هو عندما يقوم المسيّر الفعلي بأعمال تتجاوز السلطات التي يعترف بها القانون صراحة للمسيّر القانوني و على ذلك لا يزال هناك اشكال قائم بخصوص صحة الأعمال التي يقوم بها المسير الفعلي في ظل القيود القانونية أو النظامية المفروضة على سلطة التسيير .

و إعمالا للمنطق القانوني يمكن القول إنّ الأعمال و التصرفات التي يقوم بها المسيّر الفعلي و التي تلزم الشركة مع الغير هي نفسها الأفعال التي يمكن للمسيّر القانوني أن يؤديها بشكل صحيح ، و هنا ينبغي التمييز بين القيود القانونية و القيود النظامية المفروضة على سلطة التسيير في الشركة .

[1]– مفهوم " الفضالة " يمثل حالة شخص يتولى إدارة أعمال و شؤون شخص آخر يسمى رب العمل دون أن يكون ملزم أو مجبر على القيام بذلك ، نظم المشرع الجزائري أحكامها في القانون المدني ضمن القواعد المتعلقة بشبه العقود و الذي يعتبر مصدر من مصادر الإلتزام و ذلك في المواد من 150 إلى 159 .

قد يحد القانون الأساسي من سلطة المسيّر القانوني في التعامل مع الشركة تجاه الغير و في هذه الحالة فإنّ صحة الأعمال التي يقوم بها المسيّر الفعلي تتوقف على نوع أو شكل الشركة .

في الشركات التي تكون فيها مسؤولية الشركاء محدودة بالحصة التي يقدمونها مثل الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو شركة المساهمة ، فإنّ الشركة نفسها ملزمة بتصرفات المسيّر التي لا تدخل في نطاق موضوع الشركة ما لم يثبت أن الغير كان عالما أن التصرف يتجاوز ذلك الموضوع أو أنه لم يخف عليه ذلك نظرا للظروف و ذلك بصرف النظر على كون نشر القانون الأساسي وحده كاف لتكوين ذلك الاثبات [1] ، و من ثم لا يمكن للشركة أن تلتزم مع الغير الذي ثبت أنه كان على علم بحدود موضوع الشركة .

لكن المشرع التجاري ينص على أنّ الشروط التي تحد من سلطة المسيّرين لا يحتج بها في مواجهة الغير ، لذلك تعتبر التصرفات و الأعمال التي يقوم بها المسيّر الفعلي باسم الشركة ملزمة لها في مواجهة الغير الذي يتعامل مع الشركة بحسن نية حتى عندما تكون تلك التصرفات قد أجريت بما يتجاوز غرض الشركة و يمكن تطبيق هذه القاعدة على التسيير الفعلي لأن نظرية الظاهر ترتب على أعمال المسير الفعلي نفس آثار التسيير القانوني تجاه الغير .

و بالتالي ،في الشركات التي تقتصر فيها مسؤولية الشركاء على مساهماتهم ، من الممكن أن تلزم أعمال المسير الفعلي الشركة تجاه الغير حتى عندما تكون هذه الأعمال قد أنجزت بما يتجاوز السلطة التي تعترف بها جماعة الشركاء للمسيّر القانوني .

و من جهة أخرى ، في الشركات التي يكون فيها الشركاء مسؤولين شخصيا و بالتضامن عن ديون الشركة كشركة التضامن و شركة التوصية ، فإنّ الشركة تكون ملزمة بما يقوم به المسيّر من تصرفات و أعمال تدخل في موضوع الشركة و ذلك في علاقاتها

[1]– المواد 577 ، 623 و 638 الفقرة 03 ، 649 ، 715 ثالثا 04 الفقرة 03 من القانون التجاري الجزائري.

مع الغير[1] و بقدر ما يكون المسيّر الفعلي قد ظهر بمظهر المسيّر القانوني و أن ذلك المظهر قد خلق في أذهان الغير اعتقادا مشروعا بأن له سلطة ممارسة الإدارة الخارجية للشركة ، عندئذ تكون تلك الشركة ملزمة تجاه الغير بتصرفات ذلك المسيرّ و التي تدخل في موضوع الشركة حتى عندما تنتهك هذه الأعمال القيود المفروضة على سلطات التسيير و التي يحددها القانون الأساسي للشركة.

و بالتالي فإنّ الأعمال التي يقوم بها المسيّر الفعلي و تتجاوز الحدود التي يحددها القانون الأساسي تعتبر صحيحة و نافذة في حق الغير لأنه لا يحتج على الغير بالشروط المحددة لسلطات المديرين و قد يؤدي خرق أحكام القانون الأساسي أي انتهاك القيود المفروضة على سلطة التسيير إلى مسؤولية المسير الفعلي تجاه الشركاء أو الشركة.

و نظرا لطبيعة هذه الأعمال و خطورتها على مصلحة الشركة ، تخضع بعض التصرفات التي يقوم بها المسيّر ، و على وجه الخصوص في شركة المساهمة إلى إذن مسبق من مجلس الإدارة و يتعلق الأمر بالكفالات والضمانات الاحتياطية و الضمانات التي يوقعها المسير باسم الشركة و لحسابها و لفائدة الغير المتعامل معها و تفاديا للإضرار الجسيم بمصالح الشركة و لمنع المسير من تحقيق مصلحة مخالفة لمصلحة الشركة ، قرر القضاء أنّ الشركة غير ملزمة بالضمانات الممنوحة دون إذن مسبق من مجلس الإدارة و لو على أساس نظرية الظاهر لأنه لا يعذر أحد بجهله للقانون.

و على ذلك لا يستطيع الدائن و لو كان حسن النية أن يستفيد من نظرية الظاهر من أجل الحصول على سداد من قبل شركة المساهمة لديون مضمونة بضمان إذا لم يكن هذا الضمان الذي وقعه الرئيس قد أذن به مجلس إدارة تلك الشركة من قبل و عليه فإن تصرفات المسيّر الفعلي التي تنتهك القيود القانونية المفروضة على سلطة التسيّير لا يمكن أن تجعل الشركة ملزمة تجاه الغير لأنّ القضاء لا يطبق نظرية الظاهر على مثل هذه الأعمال.

[1] – المادتين 555 و 563 مكرر من القانون التجاري الجزائري

مما تقدم يمكن القول بأنّ الشركة قد تكون ملزمة بأعمال المسيّر الفعلي بمجرد أن يمارس هذا الأخير السلطات المعترف بها للمسيّر القانوني وهذا المنطق يمنع المسيّر الفعلي من أن يكون له سلطة أكبر من المسير القانوني في تمثيل الشركة . و نظرية الظاهر تجعل من أعمال المسيّر الفعلي في شركة ما صحيحة و منتجة لآثارها كما لو أن تلك الأعمال قام بها المسيّر القانوني لتلك الشركة و هذا ما يؤدي إلى قيام مسؤولية الشركة عن أعمال المسيّر الفعلي تجاه الغير بحكم أن فكرة المسيّر الفعلي هي التي تسمح للشركة بأن تتحمل الأخطاء التي يرتكبها شخص ما بدون وكالة.

و بالتالي عندما تكون الشركة في حالة عادية ، فإن المسيّر الفعلي يعتبر مسيّرا للشركة و يخضع لنفس قواعد المسؤولية التي يخضع لها المسيّر القانوني لكونه يمارس نفس السلطات التي يتمتع بها هذا الأخير في إدارة الشركة و في هذه الحالة تكون مسؤوليته أثناء سير الشركة مطابقة تماما لمسؤولية المسيّر القانوني حماية للأوضاع الظاهرة.

الفرع الثاني: المسؤولية في حالة إفلاس الشركة

بما أن المسيّر الفعلي يمارس نفس السلطات المخولة قانونا للمسير القانوني في الشركة ، فإنه يتحمل بالنتيجة مسؤوليته تجاه الغير متى قام بأفعال أدت إلى إفلاس الشركة و في هذه الحالة تكون مسؤوليته عن إفلاس الشركة مطابقة تماما لمسؤولية المسيّر القانوني، حيث يعد الإفلاس الشخصي من بين أهم الآثار القانونية المدنية التي قد تلحق المسيّر الفعلي عند إفلاس الشركات التجارية و إن كان في الأصل أنّ نظام الإفلاس لا يطال إلا الشركة نظرا لتمتعها بالشخصية المعنوية و الصفة التجارية و رأس مالها هو الضمان الوحيد لحقوق الدائنين[1]، في حين أنّ المسيّر ما هو إلا مجرد وكيل عنها يقوم

[1] – مصطفى كمال طه ، أصول القانون التجاري (الأوراق التجارية و الافلاس) ، ط1 منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان،2006 ، ص317.

بتدبير شؤونها و بتسيّير أمورها و يتعامل مع الغير باسمها و لحسابها و مع ذلك يحمله المشرع الجزائري المسؤولية و يقضي بشهر إفلاسه تبعا لإفلاس الشركة .[1]

البند الأول: شروط الإفلاس الشخصي للمسيّر الفعلي

إنّ إمتداد إفلاس الشركة يفترض أن تكون هناك شركة تخضع إلى إجراءات التسوية أو التصفية القضائية [2]، إذ أنّ إمتداد الإفلاس ما هو إلا نتيجة حتمية لصدور الحكم بشهر إفلاس الشركة[3] إلا أنّ هذا الإجراء لا يشترط صفة التاجر في الشخص الذي يمتد إليه إفلاس الشركة و هذا يعد استثناء على القاعدة التي تتطلب هذه الصفة من أجل شهر الإفلاس. و قد ذهب المشرع الجزائري إلى إضفاء صفة التاجر على القائم بالإدارة من خلال المادة 31 من القانون 90-22 المؤرخ في 18 أوت 1990 المعدل و المتمم بالأمر 96 - 07 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بالسجل التجاري التي منحت صفة التاجر لكل من أعضاء مجلس الإدارة و مجلس المراقبة في شركة المساهمة[4] .

و من جهة أخرى لا يمتد إفلاس الشركة إلى المسيّر الفعلي لها إلا إذا تبين أنّ هذا الأخير قد إرتكب أخطاء في الإدارة أدت إلى إفلاس تلك الشركة ، و قد حددت غالبية التشريعات الحالات التي تؤدي إلى إخضاع المسيّر الفعلي إلى نظام الإفلاس ، فالمشرع الجزائري حدد هذه الحالات على سبيل الحصر في المادة 224 من القانون التجاري

---

[1]- عزيز العكيلي ،الوسيط في الشركات التجارية دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة و الخاصة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ط 2010 ص 382 و ص 383.

[2]- تنص المادة 224 من القانون التجاري الجزائري على :" في حالة التسوية القضائية لشخص معنوي أو افلاسه يجوز اشهار ذلك شخصيا على كل مدير قانوني أو واقعي او ظاهري او باطني مأجور كان أم لا..." تقابلها في التشريع الفرنسي :

Article 101 de la loi française n° 67-563 du 13 juillet 1967 « *en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens dune personne morale, peut être déclaré personnellement en règlement judiciaire ou liquidation des biens ,tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non..* »

[3]- شيباني نصيرة ، المرجع السابق ،ص 139.

[4]- تنص المادة 31 من من القانون رقم 90-22 المؤرخ في 18 أوت 1990 المعدل و المتمم بالأمر رقم 96 -07 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بالسجل التجاري على ما يلي : " تكون لأعضاء مجالس الإدارة و الرقابة في الشركات التجارية ، صفة التاجر بعنوان الشخصية المعنوية التي يضطلعون نظاميا بتسييرها و إدارتها ".

الجزائري و هي تتمثل أساسا في قيام المسيّر الفعلي بأعمال تجارية لحسابه الخاص تحت ستار الشركة ، و تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة و على هذا النحو أيضا سار المشرع الفرنسي و المصري و التونسي و المغربي .

لكن المشرع الفرنسي قد وسع من نطاق هذه الحالات التي يترتب عليها مد الإفلاس في قانون 1967/07/13 و قانون 1985/01/25 و قانون 2005/07/26 ، حيث قام بإضافة ثلاث أسباب جديدة لامتداد شهر افلاس الشركة إلى المسير الفعلي و ذلك بموجب القانون المؤرخ في 25 جانفي 1985 حسب المادة 182 منه.

و يتمثل السبب الأول في استعمال أموال الشخص المعنوي و الائتمان الممنوح له بصورة تتعارض مع مصلحة هذا الشخص ، لتحقيق غايات شخصية له أو لتحقيق مصلحة شخص معنوي آخر له فيه مصلحة مباشرة أو غير مباشرة ، و اتباع و بشكل تعسفي و من أجل مصلحته الشخصية سياسة استغلال خاسرة بحيث لن يؤدي اتباعها إلا إلى توقف الشخص المعنوي عن الدفع .

و يتمثل السبب الثاني في مسك حسابات صورية أو إخفاء المستندات المحاسبية للشخص المعنوي أو الامتناع عن مسك دفاتر محاسبية وفق القواعد القانونية المقررة ،امساك حسابات غير كاملة أو غير منتظمة ،القيام باختلاس أو إخفاء كل الأصول أو بعضها أو القيام بزيادة ديون الشخص المعنوي عن طريق الغش.[1] و هي نفس الحالات التي جاء بها في المادة 740 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة سالف الذكر على خلاف المشرع المصري الذي حصر تمديد الإفلاس إلى المسيّر الفعلي في حالتين فقط [2].

[1]– ج.ريبير و ر. روبلو، المطول في القانون التجاري الشركات التجارية ، ج 1 ، المجلد الثاني ، ترجمة منصور القاضي و سليم حداد ، ط 1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ،2008 ، ص 1761 و ص 1762.

[2]– تنص ف 01 من المادة 704 من القانون رقم 17 المتعلق بقانون التجارة على ما يلي :" إذا طلب شهر افلاس الشركة جاز للمحكمة أن تقضي أيضا بشهر إفلاس كل شخص قام تحت ستار هذه الشركة بأعمال تجارية لحسابه الخاص و تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة " .

و تجب الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري هو أيضا وسع من نطاق هذه التصرفات المولدة للمسؤولية لكن ليس بنفس الكيفية و الطريقة التي عمل بها المشرع الفرنسي.[1] و يكمن الاختلاف في أنّ المشرع الجزائري اشترط لتمديد الإفلاس توافر أحد الحالات المذكورة أعلاه و كذلك فعل المشرع المغربي[2] و الهدف من ذلك هو التشديد من مسؤولية المسير الفعلي عامة في حالة إفلاس الشركة ، في حين أن المشرع الفرنسي جعل القيام بتمديد الإفلاس مرهونا بتوافر تلك الشروط مجتمعة و على هذا النحو سار المشرع التونسي[3].

و على كل حال إنّ هذه الأفعال تثبت استعمال سلطات التسيير من جانب المسير الفعلي لمصلحة مخالفة لمصلحة الشركة و الأكثر من ذلك ذهب المشرع الفرنسي إلى تمكين المحكمة بتمديد الإفلاس في حالة إخلال المسيّر بالالتزامات المفروضة عليه عندما تكون الشركة خاضعة لإجراءات جماعية.[4]

إنّ الأخطاء التي قد تؤدي بالمسيّر الفعلي إلى إفلاسه الشخصي قد ترتكب قبل أو بعد افتتاح الإجراءات الجماعية. و بهذا المعنى ، يجوز فرض إفلاس شخصي على المسيّر الفعلي الذي لم يصرح بحالة التوقف عن الدفع[5] في أجل 15 يوما أو الذي لم يحتفظ بالحسابات ، تبعا للنصوص المعمول بها في الشركة المعنية ، من أجل إخفاء أو استعمال أموال الشركة لأغراض أخرى غير السعي وراء مصلحة الشركة.[6] و ينطبق ذلك أيضا على

---

[1]– هاني سمير عبد الرازق، مسؤولية أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة في حالة إفلاس الشركة ، دار الحقانية للإصدارات القانونية ، القاهرة ،ط 2006 ،ص 165 و ص 166.

[2]– المادة 740 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة سالف الذكر تنص على أنه: " في حالة التسوية أو التصفية القضائية لشركة ما يجب على المحكمة أن تفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية تجاه كل مسؤول يمكن أن تثبت في حقه إحدى الوقائع التالية : 1. التصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة ،... ".

[3]– ينص الفصل 596 من مجلة الشركات التونسي على :" إذا أفلست شركة يمكن التصريح بأن يكون التفليس مشتركا بينها و بين كل شخص إلتجأ إلى التستر بها لإخفاء تصرفاته و قام لمنفعته الخاصة بأعمال تجارية و تصرف بالفعل في مكاسب الشركة كما لو كانت مكاسبه الخاصة.

[4]- L'article L.653-6 du C.Com.fr dispose en effet que « *le tribunal peut prononcer la faillite personnelle du dirigeant de la personne morale qui n a pas acquitté les dettes de celle-ci mises à sa charge* ».

[5] - Cass. com. 23 mai 2006, pourvoi n° 05-11989, *Bull. civ*. 2006, IV, n° 125, p. 128.

[6] - Cass. com. 18 janv. 2005, *Gaz. Pal. spécial procédures collectives* 2005, n° 1, p. 49 .

المسيّر الفعلي الذي يعرقل السير الحسن للإجراءات و يمتنع إراديا عن التعاون مع هيئات هذا الإجراء.

و من الناحية الإجرائية لم يشمل نظام المسؤولية في حالة الإفلاس على قواعد إجرائية خاصة لمد الإفلاس إلا أنه يمكن استنباطها من المواد المتعلقة به في القانون التجاري و من قانون الإجراءات و كذلك من القواعد العامة في الإفلاس. فبالنسبة للمحكمة المختصة بمد شهر الإفلاس لم يحدد المشرع التجاري الجزائري في المادة 224 و كذلك المصري في المادة 704 المحكمة المختصة بمد شهر افلاس الشركة إلى الذين قاموا تحت ستار الشركة بأعمال تجارية لحسابهم أو تصرفوا في أموال الشركة كما لو كانت أموالهم الخاصة أو باشروا بشكل تعسفي لمصلحتهم الخاصة باستغلال خاسر لا يمكن ان يؤدي إلا إلى توقف الشركة عن الدفع.

غير أنه بالتمعن و التمحص في هذه النصوص التشريعية ، نجدها قد أشارت و بصفة ضمنية و هذا ما يستشف من عبارات المادة 704 الفقرة 1 من القانون التجاري المصري " إذا طلب شهر افلاس الشركة جاز للمحكمة أن تقضي أيضا بشهر إفلاس كل شخص ..." كما قد أشارت كذلك المادة 224 تجاري جزائري "...تشمل الديون علاوة على الديون الشخصية ، ديون الشخص المعنوي..."، فشهر إفلاس الشركة هنا يمكن تمديده إلى المسير الفعلي بمعنى آخر للمحكمة أن تفصل في ديون الشخص المعنوي و ديون المسير الفعلي عند إقدامه على حالة من حالات التمديد المذكورة أعلاه. و حتى في نصوص القوانين الإجرائية سواء تعلق الأمر بقانون المرافعات المدنية و التجارية المصري المادة 54 منه أو قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري[1] في المادة 40 الفقرة 3 منه فلقد منحت اختصاص كامل لمحكمة الإفلاس بالنظر في جميع الدعاوى المتعلقة بالإفلاس.

[1]– القانون رقم 22–13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر العدد 48 المؤرخة في 17 يوليو 2022 ص 03.

أما المشرع الفرنسي فقد كان أكثر وضوحا حيث قضت المادة 97 من المرسوم الصادر في 22 ديسمبر 1967 على أن المحكمة المختصة بإجراء مد الإفلاس الى المدير طبقا لأحكام المواد 101،100،99 من قانون 13 جويلية 1967 هي المحكمة المختصة بنظر إجراءات التسوية أو التصفية القضائية التي بدأت ضد الشخص المعنوي ،و في القانون المؤرخ في 25 جويلية 2005 جعل المشرع كذلك محكمة التصفية القضائية هي المحكمة المختصة بمد شهر الإفلاس ، أين نص على إمكانية المحكمة أن تقضي بمد الإفلاس إلى كل المديرين قانونيين كانوا أم فعليين في حالة ارتكاب فعل أو حالة من حالات المد. و من خلال هذه النصوص القانونية كلها سواء في التشريع الجزائري أو المصري أو الفرنسي ، يتبين أن منح السلطة للمحكمة في مد الإفلاس الشخصي للمسيّر الفعلي من عدمه هو أمر جوازي فقط .[1]

و من جهة أخرى ، لم يتعرض المشرع الجزائري لصاحب الصفة في تقديم طلب تمديد إجراءات الإفلاس أو التسوية القضائية حاله في ذلك حال المشرع التونسي [2] ، مما يتعين الرجوع للقواعد العامة المبني عليها نظام الإجراءات الجماعية ، فالممثل القانوني هو أول الأشخاص الذين لهم الحق في تقديم طلب شهر الإفلاس الشركة ثم دائني الشركة ، المحكمة غير أنّه بمجرد رفع دعوى الإفلاس يتم استبعاد المسيّر و دائنو الشركة ليحل محلها الوكيل المتصرف القضائي الذي يمثل كلا الطرفين[3]. أما المحكمة ، فلها الحق و من تلقاء نفسها أن تقضي بتمديد الإفلاس أو التسوية القضائية باعتبار أنها تملك السلطة التقديرية اللازمة لإقرار مسؤولية مسيري الشركة عن انهيارها ، كما تستطيع كذلك النيابة العامة أن تتقدم

[1]– رضا السيد عبد الحميد ، أثر إفلاس الشركة على الشركاء ، دار النهضة العربية ، د.س.ن ،ص 124.

[2]– كمال العياري المسير في الشركات التجارية ،شركات الأشخاص و الشركات ذات المسؤولية المحدودة ،ج 1 ، المرجع السابق ، ص 196.

[3]– الأمر رقم 96– 23 المؤرخ في 09 جويلية 1996 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي ، ج ر العدد 43 المؤرخة في 10 جويلية 1996.

بطلب التمديد إذا كانت هناك دعوى جزائية و تبين من خلال التحقيقات أن تصرف المسيّر الفعلي كان بأموال الشركة و كأنها أمواله الخاصة فهنا تمدد دعوى الإفلاس.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإن تقديم طلب تمديد إجراءات الإفلاس أو التسوية القضائية إلى المسيّر الفعلي في ظل القانون المؤرخ في 25 جانفي 1985 كان يتم بناء على طلب من الوكيل المتصرف القضائي أو المصفي أو النيابة العامة ، غالبية الدائنين في حالة تقصير الوكيل المتصرف القضائي ، غير أنه بموجب القانون المؤرخ في 26 جويلية 2005 حصر الحق في طلب مد شهر الإفلاس على المحكمة من تلقاء نفسها دون أن يكون لغيرها ممارسة هذا الحق.[1]

البند الثاني : آثار الإفلاس الشخصي للمسيّر الفعلي

يترتب عن إمتداد إفلاس الشركة إلى المسيّر الفعلي تكوين جماعة الدائنين تجاه المسير الفعلي و هم دائني الشركة المفلسة و دائني الشخص الذي امتد إليه إفلاس الشركة و عليه يلتزم المسيّر الفعلي المحكوم عليه بمد الإفلاس بسداد ديون الشركة كأنها ديونه الشخصية[2] و يسأل عن كل ما يسأل عنه المسير القانوني [3] ، و مد الإفلاس هو استثناء من الأصل العام لقواعد الإفلاس و لا يكون إلا بحكم من المحكمة و ليس نتيجة حتمية لشهر إفلاس الشركة كما هو الحال في شركة التضامن و حكم القضاء هو الذي يجب أن يأخذ بعين الاعتبار عند تحديد مدى مسؤولية من امتد إليه الإفلاس عن ديون الشركة ما

[1]– قدوري حميد ، تمديد الإفلاس كجزاء عن قيام المسؤولية في حالة افلاس شركة المساهمة ، مقال منشور في مجلة معهد العلوم القانونية و الإدارية ، المركز الجامعي أحمد زبانة غليزان ، العدد 07 ديسمبر 2016.،ص 183 و ص 184.

[2]– تنص الفقرة الرابعة من المادة 224 من القانون التجاري الجزائري على :" في حالة التسوية القضائية أو شهر الإفلاس الصادر طبقا لهذه المادة ، تشمل علاوة على الديون الشخصية ، ديون الشخص المعنوي".

[3] - DANIEL VEAUX, *La responsabilité personnel des dirigeants dans les sociétés commerciales* , librairie de la cour de cassation, France ,1947 , p 813.

لحق الأخيرة من ضرر من جراء ذلك العمل و التصرف المذكور في النصوص التشريعية سالفة الذكر.[1]

علاوة على ذلك، تسقط الحقوق السياسية و المهنية للمسيّر الفعلي و كل ذلك طبقا للقواعد العامة في الإفلاس ، و هذا بالفعل ما أقره المشرع الفرنسي من خلال أحكام المادة 105 من القانون الصادر في 13 جويلية 1967 و التي تخضع الشخص الذي امتد إليه الإفلاس للقواعد العامة في الإفلاس ، و على وجه الخصوص أعمال الإدارة و الرقابة في الشركات التجارية ، فمنع عنه كل شكل من أشكال التوجيه ، التسيير ، الإدارة و الرقابة كذلك في الشركات . كما وسّع من نطاق الحظر على المدير من خلال القانون 25 جانفي 1985 في حالة صدور حكم الإفلاس الشخصي و ذلك بمنعه من إدارة أي شركة سواء كانت شركة أشخاص أم أموال و دون التمييز بين النشاط التجاري أو المهني أو الفلاحي.[2] و ذلك بهدف استبعاد المسير المعني من البيئة المهنية لتسيير الشركات. و هكذا و لفترة تحددها المحكمة لا يمكن قانونا اختيار المسيّر الفعلي المحكوم عليه بالإفلاس الشخصي مسيرا قانونيا للشركة.

كما يمارس حق التصويت المخول قانونا للمسيرين المتأثرين بالإفلاس الشخصي أو حظر التسيّير في الجمعية العامة للأشخاص المعنوية الخاضعة لإجراءات جماعية من قبل وكيل تعينه المحكمة لهذا الغرض أي الوكيل المتصرف القضائي ، بل يجوز للمحكمة أن تجبر المدير المفلس على التنازل عن الأسهم و الحصص التي يمتلكها في الشركة ، و تسمح هذه الإجراءات بتحييد المسير الفعلي بإسقاط الحقوق التي كان يتدخل بموجبها قانونا في عمل الشركة أو التي ربما سهلت تدخله في إدارة ذلك الشخص المعنوي ، و من ثم من

[1] – هاني سمير عبد الرازق ، المرجع السابق ، ص 286.

[2] -Art.653-8 du C.Com.fr : « *Dans les cas prévus aux articles L. 653-3 à L. 653-6, le tribunal peut prononcer, à la place de la faillite personnelle, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci* ».

الممكن أن تؤدي هذه التدابير إلى استبعاد المسيّر الفعلي من إدارة أعمال الشركة لأن سلطاته داخل هذه الشركة تكون باطلة.

و قد تبنى المشرع الجزائري أيضا هذا التوجه من خلال المادة 262 من القانون التجاري ، فضلا عن هذا يتم منعه من الترشح من أي وظيفة عامة تتم عن طريق الانتخاب و ذلك لمدة 05 سنوات و لا تزول هذه الأشياء إلا برد الاعتبار.[1]

و مما سبق يتضح أن الإفلاس الشخصي و الحظر على الإدارة لا يؤديان بشكل منهجي إلى الإدانة النقدية للمسيّر القانوني أو الفعلي ، حتى لو كان من الممكن ، بطريقة تبعية ، أن ينتجا مثل هذه الآثار. و في هذا السياق صدر قرار عن محكمة النقض بتاريخ 25 جوان 2002 يقضي بتأييد إدانة رئيس مجلس المراقبة في شركة بصفته مسيّر فعلي بالإفلاس الشخصي لمدة 07 سنوات بسبب عدم قيامه بالإعلان عن حالة توقف الشركة عن الدفع في الآجال القانونية المحددة ، حيث أيدت كذلك محكمة النقض رفض قضاة الموضوع بإدانة المسير الفعلي بسداد ديون الشركة. [2]

و لا تشكل هذه الجزاءات جزاءات نقدية و لا تشكل تعويضاً ، ولكنها تفرض رقابة على الأخطاء التي يرتكبها المسيّر الفعلي بوصفه عضواً في البيئة المهنية و هي تسيير الشركة. ولذلك فإنها ليست إجراءات ترمي إلى التعويض[3]، أو حتى تدابير تستهدف في المقام الأول الذمة المالية للشخص ، على عكس الالتزام بسد العجز في الموجودات التي

[1]– تنص المادة 262 من ق.ت.ج على :"...لا يجوز للمديرين بحكم القانون أو الواقع أن يحولوا الحصص أو الأسهم التي تتكون منها حقوقهم في الشركة إلا بإذن من القاضي المنتدب..." ، تقابلها المادة 588 من القانون التجاري المصري.

[2]– و قد بيّن القضاء الفرنسي من خلال هذا القرار أنّ الإفلاس الشخصي لا يستهدف الذمة المالية للمسيّر المعني .

Cass. com. 25 juin 2002, pourvoi n° 99-18643, www.legifrance.gouv.fr

[3]– تحديد الضرر الذي يلحق بالشركة من جراء سلوك المسير المعيب ليس شرطا للنطق بتمديد الإفلاس أو حظر التسيّير.

Cass. com. 26 oct. 1999, *Juris- Data* n° 003877, *Rev. proc. coll.* 2000, p. 115, n° 6

تستهدف الذمة المالية[1]. وعندما تفرض على المسيّر الفعلي ، فإن الإفلاس الشخصي و حظر الإدارة يقصد به استبعاد ذلك المسيّر من بيئة التسيّير في الشركة.

و خلاصة لما تقدم يتبين أن المسيّر الفعلي في علاقته مع الشركاء و الغير يتمتع بنفس المركز القانوني الذي يتمتع به المسير القانوني لكونه يمارس نفس الصلاحيات التي يقوم بها هذا الأخير كما أنه يخضع لنفس القيود و الالتزامات المفروضة قانونا على هذا الأخير ، فحتى و إن كان المسير الفعلي لم يتم تعيينه بانتظام لتسيير شؤون الشركة إلا أنه في يتولى تسيير الإدارة الداخلية و الخارجية للشركة .

فمن جهة يفترض أنه يقوم بأعمال التسيّير الداخلية للشركة كما لو كان هو المسير القانوني و بحكم ذلك تكون له علاقة مع الشركاء داخل الشخص المعنوي و من ثم إذا ارتكب أخطاء أثناء قياه بتلك الأعمال فإنه يصبح مسؤول مدنيا تجاه هؤلاء الشركاء و في هذه الحالة يتحمل نفس المسؤولية المدنية التي يخضع لها المسيّر القانوني تجاه الشركاء و يكون ملزم بالتعويض عن الضرر اللاحق بالشريك المتضرر وفقا لقواعد القانون العام و كذا قواعد القانون التجاري.

و من جهة أخرى قد يتولى المسيّر الفعلي أعمال التسيّير الخارجية و يتجلى ذلك في تمثيل الشركة في علاقاتها مع الغير بدلا أو محل مسيّرها القانوني و في هذه الحالة إذا قام المسير الفعلي بتصرفات و أعمال باسم الشركة و ظهر للغير بمظهر المسيّر القانوني فإن هذه التصرفات و الأعمال تعتبر صحيحة و نافذة في حق الغير حسن النية المتعامل مع الشركة بل أن تلك التصرفات تلزمه قانونا و بالتالي إذا ارتكب أخطاء أثناء تسييره للشركة و سبب بفعله ضررا للغير فإنه في هذه الحالة يكون مسؤول مدنيا تجاه الغير بصفته مسيرا للشركة و يلتزم بتعويض الضرر الحاصل للغير وفقا لقواعد القانون العام و مسؤوليته تجاه

[1]– تجدر الإشارة إلى إمكانية الجمع بين الإفلاس الشخصي و الجزاءات المالية ، أنظر حول ذلك :
Cass. com. 12 janv. 1988, *Bull. civ.* n° 18, p. 13.

الغير تكون على أساس الخطأ المفترض كما هو الحال بالنسبة لمسؤولية المسير القانوني تجاه الغير.

و هذه المسؤولية لا تلزم هذا المسيّر لوحده بل تمتد أيضا إلى إلزام المسيّر القانوني إذا كان الخطأ الذي أضر الغير راجع إلى كليهما و من ثم تقوم مسؤولية كل من المسيّر الفعلي و القانوني تجاه الغير من أجل نفس الأفعال و ينتقل عبء هذه المسؤولية أيضا إلى الشركة باعتبار أن التصرفات التي كان يقوم بها ذلك المسيّر تجاه الغير كانت تتم باسم و لحساب الشركة و بالتالي لا تسأل الشركة تجاه الغير عن الأعمال التي يقوم بها المسير القانوني فقط بل أيضا عن أعمال مسيّرها الفعلي.

و الأكثر من ذلك ،يسأل أيضا هذا المسيّر تجاه الغير عندما تكون الشركة في حالة إفلاس أو تسوية قضائية و في هذه الحالة يمتد إليه إفلاس الشركة بقوة القانون و يسأل عن ديون الشركة بصفة شخصية و من ذمته الخاصة و يترتب عن هذا الإفلاس الشخصي، حظر هذا المسيّر من التسيّير و هي نفس الإجراءات الجماعية المطبقة على المسيّر القانوني للشركة.

الفصل الثاني : مماثلة المسيّر الفعلي بالمسيّر القانوني في نطاق المسؤولية الجزائية

قد يوجد إلى جانب المسيّر القانوني للشركات التجارية ، شخص آخر يقوم من حيث الواقع بإدارة و تسيير هذه الشركات و يدعى هذا الشخص بالمسيّر الفعلي و سمي كذلك لأنه يقوم بالتسيير الفعلي للشركات ، و تعد مهمة التسيّير الفعلي نظرية قديمة ارتبط ظهورها بظهور مهمة التسيّير و الإدارة ، و لكن و على العكس من ذلك تعد المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي حديثة الظهور و قبل الاعتراف الصريح بالمسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي فقد ظل هذا الأخير في مأمن من المتابعة الجنائية من أجل الأفعال الإجرامية المتعلقة بالتسيّير أو الإدارة إلا في الحالة التي كان يدان فيها بوصفه شريكا أو تتم إدانته عن الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات .و قد كان القضاء يبرر تحفظه هذا بمبدأ التفسير الضيق للنص الجنائي ، و بالتالي الاقتصار على مسؤولية المسيّر القانوني.

و كان من نتائج تردد القضاء في قبول المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي ، إفلات هذا الأخير من المسؤولية عن الجرائم التي يرتكبها ، أثناء تدخله لإدارة الشركة ، و هذا ما تنبهت إليه العديد من التشريعات المقارنة كالمشرع الفرنسي و نظيريه الجزائري و المغربي و التونسي واتجهت إلى إقرار المسؤولية الجنائية للمسير الفعلي بموجب نصوص قانونية صريحة ضمن قواعد القانون التجاري أثناء الحديث عن العقوبات المتخذة ضد مسيري الشركات التجارية.

و من ثم لم يعد نظام المسؤولية الجزائية يخاطب المسيّرين القانونيين للشركة فقط بل أصبح أيضا يخاطب المسيّرين الفعليين لها بموجب نصوص تشريعية صريحة و عليه فإن السؤال المطروح يكمن في معرفة النظام القانوني لهذه المسؤولية و إن كان نظام المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي يماثل أو يختلف عن نظام المسؤولية الجزائية الذي يخضع له المسيّر القانوني ؟

و للإجابة عن هذا التساؤل سندرس في المقام الأول الأسس القانونية التي تستند عليها هذه المسؤولية و كذا تحديد الحالات التي تقوم فيها مسؤولية المسير الفعلي جزائيا للوقوف عما إذا كان السلوك المادي الذي يأتيه المسيّر الفعلي يختلف عن السلوك الذي يقوم به المسيّر القانوني في ارتكاب الجريمة و متى يسأل بصفه فاعلا أصليا و شريكا إلى جانب المسيّر القانوني في الجريمة ثم نتعرض لتبعات هذه المسؤولية فهل الشركة تسأل عن الجرائم التي يرتكبها هذا المسيّر أم لا و هل قيام المسؤولية الجزائية لهذا الأخير تؤدي إلى استبعاد مسؤولية المسيّر القانوني لها ؟

المبحث الأول : قيام المسؤولية الجزائية للمسيرّ الفعلي

قبل أن نتطرق إلى دراسة و تحليل السلوك الإجرامي الذي يأتيه الشخص المتدخل في التسيير لابد بداية الأمر تتبع المسار التاريخي الذي مرت به هذه المسؤولية منذ نشأتها إلى غاية الاعتراف التشريعي بها لمعرفة الأسباب و الدوافع التي أدت إلى إيجاد هذا النظام باعتبار أن القضاء لم يكن يعترف بمسؤولية المسير الفعلي الجزائية و يكتفي فقط بقيام مسؤولية المسير القانوني و بعد الاعتراف بهذا النظام اختلف الوضع ، حيث أصبح المسير الفعل يساءل جزائيا كما لو كان هو الممثل القانوني و الشرعي للشركة و هذا في جميع المخالفات و الجرائم التي يحدّدها المشرع بنص القانون **(المطلب الأول)**.

و لكن لتقرير هذه المسؤولية لابد أن تتوفر في المسيّر الفعلي شروط معينة تتعلق بارتكاب الجريمة من قبل شخص لا يتمتع بصفة التسيير القانوني للشركة و أن تتم هذه الجريمة باسم الشركة و لحسابها و كذا قيام المسيّر الفعلي بتجاوز حدود الصلاحيات التي يسندها القانون أو النظام الأساسي للمسيّر القانوني للشركة. إن دراسة هذه الشروط تسمح بمعرفة أنواع الجرائم التي يسأل عنها المسير الفعلي و إن كان السلوك المادي الذي يأتيه المسير الفعلي مماثل للسلوك المادي الذي يأتيه المسير القانوني لو ارتكب بنفسه الجريمة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول : أساس المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي

مرت المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي بمرحلتين ، المرحلة السابقة لتنظيمها صراحة من قبل المشرع و في هذه المرحلة كان القضاء لا يقر بمسؤولية المسيّر الفعلي و يكتفي فقط بقيام مسؤولية المسيّر القانوني. أما المرحلة اللاحقة فقد تدخل المشرع لتنظيم مسؤولية المسيّر الفعلي و النص على قيامها صراحة وعيا منه بخطورة الآثار المترتبة من عدم تنظيمها و على هذا الأساس نقسم هذا المطلب إلى فرعين : يتناول الفرع الأول تنظيم المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي وفقا للقضاء ، و الفرع الثاني يتناول تبني المشرع لنظام المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي عن الجرائم التي يرتكبها في حق الشركة .

الفرع الأول : التوجه القضائي نحو تنظيم المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي

أخذ القضاء بالمسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي في وقت مبكر ، حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا بتاريخ 28 جوان 1902 ، قررت فيه بأن المدير هو : الرئيس المباشر و الفعلي للشركة التي وقعت فيها الجريمة ، و الذي له الاختصاص و السلطة الضرورية للسهر فعلا على تطبيق القانون ، و فضلا عن ذلك فإن المسؤولية الجزائية طبقا لهذا الاجتهاد يمكن ان تقف عند درجات وسيطة من الموظفين منذ اللحظة التي يكون لهؤلاء حق التصرف ابتداء ،أي بصورة مستقلة و سلطات كافية ،و قد طبقت هذه النظرية في ظل قانون العقوبات الاقتصادي في فرنسا ، فكانت نصوص قانون الأسعار الصادر سنة 1940 موجهة لمن هو مكلف بالإدارة تحت أي صفة .[1]

و يرى البعض أن مدير فرع مستقل من الشركة يمكن أن يكون مسؤولا بمفرده عن فعل عمال هذا الفرع ، إذ يكفي أن يكون قد تصرف باعطائه أوامر باعتباره رئيسا أيا كان مركزه الوظيفي و علاقته بالشركة ، و قد استمر الوضع كما هو عليه في قانون 30 جوان 1945

[1]– عبد الرؤوف مهدي ،المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية ،دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ،الإسكندرية مصر ، ص 389 .

و استقر القضاء على نفس الموقف ، حيث قضى مجلس الدولة في قرار مؤرخ في 16 ماي 1941 بأن السيدة Auguenof التي كانت شريكة في شركة franco_montre إلا أنها كانت هي المسيطرة على الأعمال ، و لما كانت هذه الحالة مما يستقل به قضاة الموضوع ، فإن هؤلاء دون تجاهل للقانون أن يرو في الطاعنة مسؤولة أيضا عن الجرائم التي ارتكبتها الشركة في تاريخ سابق 20 سبتمبر 1942 على الرغم من أنها لم تكن قد حصلت على صفة المدير إلا اعتبارا من هذا التاريخ ، و لكن لا يعتبر المديرين الذين تنطبق عليهم أحكام هذه المسؤولية المديرون الذين تعينهم المحاكم و لا الحراس الذين لم تختارهم الشركة و لا تستطيع عزلهم.[1]

و خلافا لذلك كان المبدأ السائد في مجال جرائم الشركات قبل صدور قانون الشركات الفرنسي المؤرخ في 24 جويلية 1966 ، هو عدم مسؤولية المسير الفعلي جزائيا ، و كان المسؤول الوحيد جزائيا هو المسيّر القانوني و وكيل الشركة و المسيّر الفعلي ليس مسيّرا قانونيا و ليس وكيلا عن الشركة لذلك كان القضاء يطبق القانون بحرفية تامة استنادا إلى معيار أساسي هو صفة الوكيل التي كانت تتطلبها النصوص القانونية و يستبعد مسؤولية هذا النوع من المسيّرين ، تطبيقا لنظرية التحديد القانوني للمسؤولية و التزاما بمبدأ الشرعية الجنائية[2] و مبدأ التفسير الضيق للنصوص الجنائية .

و تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بقيام مسؤولية المسيّر القانوني على جريمة التفليس رغم أن الأفعال المكونة لها صدرت عن زوجة المسيّر القانوني و التي كان لها تفويض سلطات من طرف هذا الأخير ، و لم تقض المحكمة بقيام مسؤولية هذا الأخيرة ، لأن جريمة التفليس تشترط الصفة القانونية في مرتكبها[3] . من جهة أخرى كان على المسير

[1] –عبد الرؤوف مهدي ،المرجع السابق ،ص 399 .

[2]– في التشريع الجزائري تنص المادة الأولى من قانون العقوبات على ما يلي :" لا جريمة و لا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون" .

[3] - Cass .Crim 24 octobre 1957. Bull. crim n° 673.

طبقا لالتزامه القانوني العمل على تحقيق مصلحة الشركة و معارضة كل عمل مناف لها ، و من مهامه الحفاظ على الشركة و متابعة نشاطاتها و الحرص على شؤونها بنفسه.

كذلك قضت محكمة yaoundé بإدانة المسيّر الفعلي عن جريمة الإفلاس لأنه كان يتصرف بصفته مديرا للشركة ، و يمارس بنفسه كل العمليات التي تخص الشركة بما فيها وضع الميزانية إلا أن محكمة النقض نقضت هذا الحكم و قررت استبعاد مسؤولية المسير الفعلي و استندت في ذلك إلى عدم توافر صفة الوكيل القانوني في جانبه.[1]

و تجب الإشارة إلى أنّ القضاء كان يرفض قيام المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي بالنسبة للجرائم التي تتطلب في مرتكبيها صفة الوكيل ، و يقبل مسؤوليته عن جرائم القانون العام مثل خيانة الأمانة ، حيث يعاقب بموجبها أي شخص يرتكب الوقائع ،و لا يشترط في الفاعل صفة الوكيل أو المسيّر القانوني[2] ، فهي لم ترفض المسؤولية الجزائية للمسير الفعلي بصفة كلية ، و في نفس الوقت بقية متمسكة بالتطبيق الدقيق لنظرية التحديد القانوني[3] ، و رأت أن الحل هو إعادة تكييف الجريمة و اخضاعها لنص من نصوص القانون الجنائي العام حتى لا يفلت المتهم من العقاب ، كتكييف الجريمة على أنها خيانة أمانة بدلا من التعسف في استعمال أموال الشركة. [4]

---

[1]– عمار مزياني ،المسؤولية الجزائية لمسيري الشركات ، رسالة دكتوراه تخصص قانون جنائي ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، كلية الحقوق،2013/2012 ، ص 45.

[2]– إن وصف المسيّر بأنه " وكيل " كانت محل نقاش من قبل العديد من الفقهاء و الباحثين ، و مفهوم الوكيل يشير إلى الأشخاص الذين يكون لهم سلطة تمثيل الشركة و هو يشمل كل من : الرئيس ، المدير العام ، المدير العام المفوض في الشركات ذات مجلس الإدارة ، الرئيس و أعضاء مجلس المديرين في الشركات ذات مجلس المديرين و مجلس المراقبة .و لا يمكن اعتبار المساهمين ، حتى المالكين لأغلبية على هذا النحو وكلاء للشركة لأنهم لا يملكون سلطة القيام بالأعمال و التصرفات باسم و لحساب الشركة . لمزيد من التفصيل حول هذه النقطة أنظر :

Stéphane ASENCIO, *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun, Rev. Sociétés*, octobre - décembre 2000, p. 690, n° 8 .

[3]– صيدي عبد الرحمان، المسؤولية الجزائية لمدير الشركة التجارية الخاصة،مذكرة ماجستير في القانون الجنائي ، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق، بن عكنون ،سنة 2011/2010 ، ص 104.

[4]– صيدي عبد الرحمان،المرجع السابق ، ص 104.

و قد يتم استخدام نظرية الاشتراك للتوصل إلى قيام المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي و معاقبته باعتباره شريكا في الجريمة مع المسيّر القانوني ، و هذا من أجل تغطية النقص الوارد في النصوص و عدم إمكانية المسيّر الفعلي من الإفلات من العقاب ، غير أن هذا الحل قليلا ما ينجح لأن سلوك المسيّر القانوني غير مجرم في أغلب الحالات ، و بالتالي يكون الاشتراك مستحيلا في غياب الفعل الأصلي المجرم ، بالإضافة إلى وجود حالات و أوقات لا يوجد فيها المدير أصلا ، كما هو الحال عند انتهاء عقده دون تعيين آخر بدلا عنه ، أو عندما يكون تعيينه باطلا أو قبل بدأ سريان العقد ، ففي مثل هذه الحالات رفضت محكمة النقض إدانة المسيّر الفعلي مع ثبوت ممارسته لسلطة و اختصاصات المدير في الواقع ، و مع ذلك فعندما يوجد في الشركة مدير قانوني مستقل و متميز عن المدير الفعلي فإن المبدأ هو قيام مسؤولية المسير القانوني. [1] لأنه هو الممثل القانوني للشركة حتى إن لم يصدر عنه أي نشاط ، لأن سلطاته و صلاحياته يمارسها شخص آخر هو المسير الفعلي و هذا ما يصعب إقامة مسؤوليته واقعيا ، و يستحيل معه تطبيق نظرية الاشتراك في مواجهة هذا الأخير .

إذن محكمة النقض الفرنسية كانت تستند في المسؤولية الجزائية للمسيّر القانوني على أسس قانونية طبقا للنصوص التي تقرّر أن المسؤولين جزائيا هم : الرؤساء ،المديرون ، أعضاء مجلس الإدارة ، المصفون ، و بصفة عامة الوكلاء القانونيين للشركة ، و على هذا الأساس كان يتم رفض توقيع المسؤولية الجزائية على المسيّر الفعلي ، لكون هذه النصوص تتعلق بالجرائم الخاصة لذوي الصفة فقط ، و هذه الصفة تنطبق على المسيّر القانوني فتقوم مسؤوليته ، بالمقابل لا تقوم مسؤولية المسيّر الفعلي لعدم انطباق هذه الصفة عليه ، و تقوم

[1]– عبد الرزاق الموافي عبد اللطيف ، المسؤولية الجناية لمدير المنشأة الاقتصادية الخاصة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق،جامعة المنصورة ، القاهرة ، مصر ، 1999،ص 499.

أحيانا مسؤولية المسيّر القانوني مع المسير الفعلي في حالة الاشتراك فقط ، و تستبعد عندما لا تتوافر هذه الأخيرة. [1]

و في هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف بقيام مسؤولية المسير القانوني عن جريمة إساءة استعمال أموال الشركة و اشتراك بإساءة استعمال أموال الشركة و خيانة الأمانة ارتكبها مساهم يملك أغلبية الأسهم ، و هو في الحقيقة مدير الشركة و قد طعن في هذا الحكم إلا أن محكمة النقض رفضت هذا الطعن و أقرت مسؤوليته كمسيّر فعلي ، و قضت أيضا بقيام مسؤولية المسيّر القانوني بصفته فاعلا أصليا و شريكا.[2]

الفرع الثاني : تبني المشرع التجاري لنظام المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي

أقرت غالبية التشريعات المقارنة بالمسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي في المسائل التجارية و على رأسهم المشرع الفرنسي الذي اعترف لأول مرة بموجب قانون 24 جويلية 1966 بمسؤولية المسير الفعلي الجزائية في كل من شركة المساهمة و الشركة ذات المسؤولية المحدودة و ذلك في أحكام المادتين 431 و 463 و أخضعه لنفس العقوبات الجزائية المفروضة على المسير القانوني عندما يرتكب جرائم مماثلة لهذا الأخير ثم أكد على هذه الأحكام بموجب القانون رقم 420- 2001 المؤرخ في 15 ماي 2001 المتعلق بالتنظيمات الاقتصادية الجديدة ، حيث أصبح تنظيم المسؤولية الجنائية للمسير الفعلي في شركة المساهمة في المادة 246 من القانون التجاري الفرنسي و في الشركات ذات المسؤولية المحدودة في 241-9 من نفس القانون[3].

أما المشرع الجزائري هو الآخر تناول مسألة المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي في كل من شركة المساهمة في المادتين 834 و 836 من القانون التجاري الجزائري و كذا

[1]- عمار مزياني، المرجع السابق ، ص 47.

[2]- عبد الرزاق الموافي عبد الطيف ، المرجع السابق ، ص 449.

[3] - Art. 241-09 du C .Com .fr « *Les dispositions des articles l 241- 2 a 241-6 sont applicables a toute personne qui, directement ou par personne interposé aura en fait exercé la gestion d'une société à responsabilité limitée sous le couvert ou au lieu et place de son gérant légal* ».

الشركات ذات المسؤولية المحدودة في المادة 805 من القانون التجاري الجزائري و هذه الأحكام تحيل بشكل صريح إلى تطبيق العقوبات المتعلقة بالجرائم المرتكبة من طرف مسيّري الشركات ذات المسؤولية المحدودة و شركات المساهمة على كل شخص يتدخل في التسيّير.

كذلك نظم المشرع المغربي أحكام هذه المسؤولية في جميع أشكال الشركات حيث نص في المادة 100 من القانون رقم 5.96 المتعلق بشركة التضامن و شركة التوصية البسيطة و شركة التوصية بالأسهم و الشركة ذات المسؤولية المحدودة و شركة المحاصة على ما يلي : " تطبق أحكام هذا الباب التي تخص مسيّري الشركات موضوع هذا القانون على كل شخص يكون قد زاول فعلا ، سواء مباشرة أو بواسطة شخص آخر ، تسيير شركة إما باسم ممثلها القانوني أو بالحلول محله ".

و نفس الأحكام تطبق على شركات المساهمة حيث جاء في المادة 374 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة " تطبق أحكام هذا القسم التي تخص أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركات المساهمة على كل شخص يكون قد زاول فعلا ، سواء مباشرة أو بواسطة شخص آخر إدارة الشركات المذكورة أو تدبيرها أو تسييرها إما باسم ممثليها القانونيين أو بالحلول محلهم " .

فقبل صدور قانون 24 جويلية 1966 كان المشرع يعول على قاعدة القانون الجنائي العام لحماية الشركة و المتعاملين معها من التصرفات و الأفعال الاجرامية التي تمس مصالحها و مصالح المجتمع ، إلا أن عدم مسؤولية المسيّر القانوني للشركة في بعض الحالات ،و خصوصية التجريم المتعلقة به باعتباره ذو صفة جعلت المسيّرين الفعليين في منأى عن سلطة قانون العقوبات العام ، مما أدى إلى ازدياد هذه الجرائم ، و أمام هذا الواقع حاول قضاة الموضوع بمحاكم الدرجة الأولى و الثانية التوسع في تفسير النص الجنائي المتعلق بالمسيّر القانوني و تطبيقها على المسيّر الفعلي ، و لكن محكمة النقض كانت تتصدى لها محاولة إعادة تكييف الوقائع بما يتطابق مع أحكام القانون الجنائي العام كلما

كان ذلك ممكنا ، و كثيرا ما أعادت تكييف جريمة إساءة استعمال أموال الشركة التي يسأل عنها المسيّرون القانونيون للشركة فقط إلى جريمة خيانة الأمانة حتى لا يفلت الجاني أي المسيّر الفعلي من العقاب ،و في حالة عدم تمكنها من إعادة تكييف الوقائع فإنها تتصدى بالنقض و الابطال .

و لما ظهرت بوادر تغيير محكمة النقض اتجاهها بمسايرة المحاكم و قضاة الموضوع ، تدارك المشرع الأمر و أقر مسؤولية المسيّر الفعلي بموجب قانون 24 جويلية 1966 ، و بذلك يكون قد سد ثغرة في وجه المجرمين ، و هذا بموجب أحكام المادة 431 الخاصة بالجرائم المرتكبة من طرف المسير الفعلي للشركات ذات المسؤولية المحدودة ، و أحكام المادة 463 الخاصة بالجرائم التي يرتكبها المسيّر الفعلي في شركات المساهمة ،و اللتان تقابلهما المادتين 805 و 834 من القانون التجاري الجزائري.

و منذ تاريخ إصدار هذا التشريع إنتهى الخلاف حول مسؤولية المسير الفعلي ، و أصبحت المحاكم على مختلف درجاتها تؤسس أحكامها بالاستناد على القواعد نفسها التي تجرم أفعال المسيّر القانوني.[1]و هذا ما أكدته الغرفة الجنائية لمحكمة النقض في قرار الصادر في 6 أكتوبر 1980 ، أين قضت بإدانة عامل أجير في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بتهمة مخالفته للتشريع الخاص بالشركات التجارية. رغم أن هذا الأخير دفع أمام محكمة الاستئناف بأن " الأحكام الجنائية لا تنطبق عليه ، لأنه لم يكن مديراً قانونياً أو مديراً فعلياً للشركة ، بل كان مجرد عامل أجير فقط ".

غير أن قضاة الاستئناف ، استنادا إلى المادة 431 من القانون الصادر في 24 جويلية 1966 ، وهي الآن المادة 241-9 من القانون التجاري ، اعتبروه مديرا فعليا للشركة و من ثم يمكن متابعته على المخالفات التي قام بها "بصفته مسيّر للشركة ".

[1]- عمار مزياني ، مرجع سابق ، ص 49 ص 50 .

و في قضية مماثلة قضت نفس المحكمة بتاريخ 16 أكتوبر 2013 [1] بتأييد قرار محكمة الاستئناف التي أدانت شركة بتهمة النصب و الاحتيال المرتكب من طرف عصابة منظمة و التي أدين مديرها الفعلي. و لكن هذا الأخير دفع أنه مجرد عامل بأجر في الشركة ، قائلاً إنّ " الإدارة الفعلية للشركة لا يمكن أن تقوم إلا عن النتائج التي تبين أن الشخص المعني قام بأعمال إيجابية في الإدارة أو التسيّير أو الإدارة العامة للشركة بشكل مستقل ، غير أن قضاة الموضوع رفضوا دفاعه و استدلوا من الوقائع على أنه المدير الفعلي للشركة و في هذه القضية تم تكيّيف المعني بالأمر كمدير فعلي للشركة على أساس أنه كان الموظف الرئيسي و أنه يتمتع بوكالة على الحسابات المصرفية ، باستثناء أي اعتبار آخر لإثبات أنه قد تدخل في تسيّير ، إدارة و تدبير الشركة "، و أنّ جرائم النصب و الاحتيال ، التي زُعم ارتكابها ضده ، قد ارتكبت باسم و لحساب الشركة ، و أنه بهذه الصفة كان يتحمل المسؤولية الجنائية للشركة.

لكن لم يقتصر القضاء على تطبيق مبدأ قيام مسؤولية المسيّر الفعلي على قانون الشركات ، بل مده إلى قوانين خاصة ، مثل قانون العمل ،و الضمان الاجتماعي ، حيث سلمت محكمة النقض الفرنسية بفكرة المسيّر الفعلي في كل من القانونين السابقين ، إذ اعتبرت مصطلحّ رب العملّ مصطلحا واسعا يشمل كافة المسيّرين القانونيين منهم و الفعليّين[2].

و بعد صدور القانون الفرنسي المؤرخ 10 جويلية 2000 [3]، لم يعد هناك أي اشكال بخصوص مسألة إخضاع المسيّر الفعلي لالتزام الأمن الذي يقع على عاتق صاحب المؤسسة لاسيما بعد تعديل المادة 121-3 من قانون العقوبات الفرنسي بشأن هذه الجرائم.

[1]- Cass. crim. 16 octobre 2013, pourvoi n° 05-82121cité par GERARD HERVE VILON GUEZO, *responsabilité pénale du dirigeant regard critique* , thèse de doctorat en droit privé, université d'Orléans, 2016. p114.

[2] -Cass. soc., 21 juin 2006, D. 2006, no 41, p. 2831, note M. MINE ; Cass. crim. 30 juin 1998, Bull. crim. 1998, n° 210, p. 602 .

[3] - Loi n° 2000-647, J.O.R.F. du 11 juill. 2000, p. 10484.

و التي تنص حاليا على أنّ " الأشخاص الطبيعيين الذين لم يتسببوا مباشرة في إحداث الضرر ، ولكنهم خلقوا أو ساهموا في الحالة التي سمحت بحدوث الضرر أو لم يتخذوا التدابير اللازمة لمنعه ، يكونون مسؤولين جزائيا إذا ثبت أنهم قد خالفوا ، بشكل واضح ، التزام الحيطة أو الأمن ينص عليه القانون أو التنظيم ، من خلال ارتكاب خطأ جسيم يعرض الآخرين لخطر كبير لا يمكنهم تجاهله ".

تسمح هذه المادة بالاعتراف لأي شخص لديه سلطة اتخاذ القرار في الشركة ، بالالتزام باتخاذ تدابير لمنع ارتكاب جريمة تضر بالآخرين وهي تفرض التزام المسيّر القانوني بالأمن على المسيّر الفعلي ، لاعتبار أن هذا الأخير يلعب دور الأول بمعنى لديه السلطة و الوسائل لضمان الوفاء بهذا الالتزام و تؤكد الاجتهادات القضائية باستمرار خضوع المسيّر الفعلي لهذا التزام.

حيث أيدت الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية قرار قضاة الموضوع بإدانة مدير الفعلي لشركة التضامن ، والمدير القانوني ، بجريمة القتل غير العمدي لعامل في مكان العمل و هذا بتاريخ 12 سبتمبر 2000[1]. أين تبين للقضاة من وقائع هذه القضية ، أنّ العامل كان يعمل في منجم و قُتل بسبب إنهيار المنجم بعد صدور قرار من المدير الفني ، والد مدير الشركة ، يتضمن ترك المعدات و أدوات الحماية في المستودع.

و في هذه القضية اعتبرت محكمة الاستئناف هذا المدير الفني بأنّه مسيّر فعلي و رأت أنّ لديه السلطة والوسائل اللازمة لضمان أمن مواقع البناء. و أكدت من خلال قرارها على أنه "يجوز في الوقت نفسه إدانة مسيري القانون أو بحكم الواقع لنفس الشركة بالقتل غير العمدي في حالة وفاة عامل بسبب مخالفة التنظيمات المتعلقة بأمن و سلامة العمال ، حيث

[1] - Cass. crim., 12 septembre 2000, *Bull. crim.*, n° 268 p. 791, décision attaquée : Cour d'appel de Riom, Ch. correctionnelle, 24 nov. 1999.

أنه في حالة عدم تفويض الصلاحيات ، فإن كل من المديرين المساهمين ، قانونيين أو فعليين ، من واجبهم السهر على احترام هذه التنظيمات[1] ".

وفي قرار آخر صدر بتاريخ 4 سبتمبر 2007 ، أين حللت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض [2] قرار قضاة الموضوع الذي كان قد أقر المسؤولية الجنائية لرئيس مجلس المراقبة بصفته مسير فعلي في شركة المساهمة بسبب القتل غير العمدي بالإخلال بواجب عام للأمن. وفي هذه الحالة ، عامل تم تكليفه من قبل الرئيس المذكور بقيادة مركبة نقل مخصصة لخدمة الأرض الفلاحية على الطريق سريع العام رغم أنه لم يكن يحمل رخصة القيادة اللازمة لأداء هذه المهمة تسبب في وقوع حادث مرور أدى إلى وفاة سائق دراجة نارية. و تم تأييد هذا القرار من قبل محكمة النقض على أساس أن الرئيس المدان ، بصفته مسيرا فعلياً ، لم يتخذ التدابير و الوسائل اللازمة و الضرورية للحفاظ على سلامة و أمن العمال و الأغيار المعرضين لنشاط هؤلاء العمال.

و كذلك بتاريخ 23 نوفمبر 2004 أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرار عن غرفتها الجنائية تؤيد من خلاله المسؤولية المدنية والجنائية للمسيّر الفعلي تجاه العامل الذي أصيب بسبب سقوط أحد الأعمدة المخصصة لإنجاز العمل و التي وضعتها الشركة لحماية العمال و لكنها غير ملائمة للأشغال التي سيتم انجازها في ذلك المكان. [3]

المطلب الثاني : شروط قيام المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي

بما أنّ المسيّر الفعلي يأخذ نفس المركز القانوني للمسيّر القانوني في مجال المسؤولية الجزائية عن جرائم التسيّير في الشركة ، فإن مسؤوليته الجزائية لا تقوم إلا إذا قام فعلا بارتكاب الأفعال المنصوص و المعاقب عليها بنص القانون ، و هذه الأفعال حددها المشرع الجزائري في ظل أحكام القانون التجاري في نوعين من الشركات فقط شركات المساهمة و

[1] - Cass. soc., 31 oct. 2002, pourvoi n°00-18.359, www.legifrance.gouv.fr
[2] - Cass. crim. 4 sept. 2007, pourvoi n° 06-87946, www.legifrance.gouv.fr
[3] - Cass. crim. 23 nov. 2004, pourvoi n° 04-80.830, www.legifrance.gouv.fr

الشركات ذات المسؤولية المحدودة على خلاف نظيره المشرع المغربي الذي حددها في جميع الشركات مهما يكن شكلها.

و عليه يقتضي لقيام هذه المسؤولية توفر جملة من الشروط و هي تتمثل في ارتكاب الجريمة من قبل المسيّر الفعلي و أن يتم ذلك باسم الشركة و لحسابها.

الفرع الأول : إرتكاب الجريمة من قبل المسيّر الفعلي

من الناحية القانونية لا يسأل المسيّر الفعلي جزائيا إلا إذا قام بإحدى الأفعال المجرمة المنصوص عليها في القانون التجاري و التي تختلف نوعا ما باختلاف كل شركة ، في الشركة ذات المسؤولية المحدود تنص المادة 805 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي : " تطبق أحكام المواد من 800 إلى 804 على كل شخص قام مباشرة أو بواسطة شخص أخر بتسيير شركة ذات المسؤولية المحدودة ،تحت ظل أو بدلا من مسيرها القانوني ".

و عليه بالرجوع إلى أحكام المواد 800 ، 801 ، 802 ، 803 ، 804 من القانون التجاري فإن المسيّر الفعلي يسأل جزائيا في حالة ما إذا زاد لحصص عينية قيمة تزيد عن قيمتها الحقيقية عن طريق الغش أو تعمد توزيع أرباح صورية بين الشركاء بدون جرد أو بواسطة جرد مغشوش ، كذلك إذا قام باعداد ميزانية غير صحيحة لاخفاء الوضع الحقيقي للشركة و أيضا عندما يستعمل عن سوء نية أموالا أو قروضا للشركة أو صلاحيات أو الأصوات التي كانت تحت تصرفهم بهذه الصفة[1] استعمالا يعلم أنه مخالف لمصلحة الشركة تلبية لأغراضه الشخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى له فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة و تكون العقوبة المقررة للمسيّر الفعلي عن هذه الجرائم بالسجن لمدة سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.[2]

[1]– لمزيد من التفصيل حول هذه النقطة أنظر : أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثانية دار هومة 2012–2013 ، ص 227 ص 228.

- Cass. crim. 30 novembre 2005, pourvoi n° 05-82707, www.legifrance.gouv.fr.

[2]– المادة 800 من القانون التجاري الجزائري

كذلك ، يسأل المسيّر الفعلي جزائيا بسبب عدم وضعه في كل سنة مالية الجرد و حساب الاستغلال العام و حساب النتائج و الميزانية و في حالة الامتناع عن تقديم الوثائق الحسابية للشركاء و في كلتا الحالتين يعاقب هذا المسيّر بغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج [1] ، كما تقوم مسؤوليته الجزائية عند عدم قيامه باستدعاء الشركاء في الآجال القانونية لحضور الجمعية العامة و في حالة التخلف عن استشارة الشركاء إذا قل رأسمال الشركة عن الربع (¼) و في هاتين الحالتين يعاقب المسيّر الفعلي بالحبس من شهر واحد إلى ثلاث أشهر و بغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين. [2]

و بالنسبة لشركة المساهمة تنص المادة 834 من القانون التجاري على أن الأحكام و العقوبات المنصوص عليها بخصوص الجرائم المتعلقة بشركات المساهمة تطبق على الأشخاص الذين يقومون بممارسة التسيير أو الإدارة في تلك الشركات سواء كان ذلك بطريقة مباشرة أو من خلال شخص مسخر لذلك في ظل أو مكان ممثلها القانوني [3]. كما تنص المادة 836 من نفس القانون على : " الأحكام الجزائية المتعلقة بالأسهم تطبق على كل شخص قام مباشرة أو بواسطة شخص آخر بممارسة تسيير أو إدارة تلك الشركات في ظل محل أو مكان نائبيهم القانونيين ".

حيث تحدد المواد من 811 إلى 827 ، 828 إلى 833 من نفس القانون الجرائم التي يمكن ارتكابها في إدارة الشركة من قبل المسيّرين القانونيين و تنص على العقوبات المقررة في حقهم و توسّع المادة 834 من نفس القانون نطاق هذه الأحكام لتشمل المسيّر الفعلي لكونها تحيل إلى تطبيق الأحكام سالفة الذكر على الشخص الذي يتدخل في التسيّير.

[1] – المادة 801 من القانون التجاري الجزائري

[2] – المادتين 802 و 803 من القانون التجاري الجزائري

[3] – صيدي عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 106.

و من بين الأفعال التي يسأل عنها المسير الفعلي في هذا النوع من الشركات التخلف في كل سنة مالية عن وضع حساب الاستغلال العام و حساب النتائج و الجرد و الميزانية و التقرير كتابي عن حالة الشركة و نشاطها أثناء السنة المنصرمة طبقا للمادة 813 من قانون التجاري الجزائري. و في هذه الحالة يعاقب المسيّر الفعلي بغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج ، يكون المسيّر الفعلي مسؤولاً عن عدم إنشاء الحسابات السنوية للشركة أو عدم وجودها ، أي بسبب عدم تدخله أو رفضه أداء المهام المتعلقة بإنشاء حسابات الشركة.

كذلك تحيل المادة 836 إلى تطبيق أحكام المادة 835 على المسيّر الفعلي بشأن المخالفات المتعلقة بالأسهم و تبعا لذلك يعاقب المسيّر الفعلي بغرامة من 20.000 دج إلى 50.000 دج إذا قام بإصدار أسهم تقل قيمتها الإسمية عن الحد الأدنى القانوني.

و لكن من خلال استقراء هذه النصوص نلاحظ أنّ المشرع لما اعترف بمسؤولية المسير الفعلي عن جرائم الامتناع فهو يخرج عن الفكرة القائلة أنّ المسيّر الفعلي هو كل شخص يقوم بأداء عمل يتعلق بالتسيّير ، بمعنى يمكن تصور المسيّر الفعلي في الشخص الذي يمتنع عن أداء عمل في الشركة و لكن في هذه الحالة يكون من الصعب جدا اثبات الوجود الفعلي للمسيّر باعتبار أنّ هذا الأخير يكشف عن نفسه من خلال الأعمال التي يمارسها لاسيما في تعامله مع الغير باسم الشركة و لحسابها و من المفروض في حالة الامتناع تقع المسؤولية على عاتق المسيّر القانوني للشركة فقط.

و من ثم إستحالة تطبيق نظام المسيّر الفعلي على كل جرائم المدير القانوني لأن المنطق يفترض أن تكون الأعمال التي تصدر عن المدير الفعلي أعمالا إيجابية ،فلا يتصور معاقبته على الامتناع و هو غير ملزم قانونا بذلك ، لذلك لا نرى ضرورة اخضاع المسير الفعلي لأحكام المواد 801 إلى 804 و كذا المواد 812 إلى 833 من القانون التجاري و المتعلقة كلها بجرائم الامتناع مثل عدم إعداد الجرد ، عدم استدعاء الشركاء أو المساهمين في الآجال القانونية لحضور الجمعية العامة ، كل هذه الجرائم و غيرها مما ورد

في المواد المذكورة تتعلق بعدم تنفيذ التزامات قانونية تقع على عاتق المدير القانوني للشركة و لا تقع على شخص آخر و إن ظهر بمظهر هذا الأخير.

و بالنتيجة فإن السلوك المادي الذي يجب أن يأتيه المسيّر الفعلي ينبغي أن يكون إيجابي على خلاف الحال بالنسبة للمسير القانوني لأن الأصل في تنفيذ الالتزامات يعود إلى المسير القانوني فقط أما وجود المسيّر الفعلي من الناحية الواقعية يثبت من خلال قيامه بسلوك إيجابي فقط و قد يتم هذا السلوك إما بصفة شخصية أو بواسطة الغير. فالمسيّر الفعلي يرتكب هذه الجرائم إما بشكل مباشر أو غير مباشر، بمعنى أنّ المسيّر الفعلي قد يكون هو الشخص الذي يقوم ماديا بالسلوك المكون للجريمة إلى جانب المسيّر القانوني و في هذه الحالة يتابع بصفته كفاعل أصلي في الجريمة و قد يكون مشاركا في إرتكاب تلك الأفعال و في هذه الحالة يسأل بصفته شريك في الجريمة التي يرتكبها المسيّر القانوني في حق الشركة.

البند الأول : المسيّر الفعلي فاعل أصلي في الجريمة إلى جانب المسير القانوني

إن السلوك الاجرامي الذي يأتيه المسيّر الفعلي كفاعل أصلي يأخذ صورتين : الفاعل المادي و الفاعل المعنوي أو المحرض[1] فمن جهة قد يقوم المسيّر الفعلي بالعمل المادي المكون للجريمة بشكل مباشر نذكر على سبيل المثال الاستعمال التعسفي لأموال الشركة أو يحاول ارتكاب هذه الجريمة ، كما قد يقوم المسير الفعلي بالأفعال المادية المشكلة للجريمة بمفرده أي شخصيا أو رفقة شخص أو عدة أشخاص يكونوا كلهم فاعلين لنفس الجريمة هنا يثور التساؤل حول من قام بالفعل المادي رغم أنه حاضر وقت ارتكاب الجريمة ؟ في هذه الحالة الفاعل المادي المساعد يعد شريكا و ليس فاعلا أصليا.

[1]– المادة 41 من قانون العقوبات الجزائري تنص على :" كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو التحريض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي ".

و من جهة أخرى قد يقوم المسيّر الفعلي بالتحريض أي دفع المسير القانوني إلى ارتكاب السلوك المجرم بالتأثير على إرادته أو هو حمله على ارتكاب جريمة باللجوء إلى إحدى الوسائل التي ورد ذكرها في المادة 41 سالفة الذكر على سبيل الحصر و يقتضي التحريض لكي يكون معاقبا عليه توافر شروط معينة و ذلك أن يتم التحريض بإحدى الوسائل المحددة قانونا كأن يمنح المسيّر الفعلي هدية مادية أو عينية للمسيّر القانوني من أجل أن يقوم هذا الأخير بارتكاب الوقائع المجرمة و يكون تقديم الهبة قبل ارتكاب الجريمة لكي تعتبر وسيلة ، فإذا قدمت بعد ارتكاب الجريمة تعتبر مكافئة و لا تعدو وسيلة من وسائل التحريض أو يقوم المسيّر الفعلي بوعد المسيّر القانوني بإعطائه مكافأة عند تنفيذ الجريمة و يشترط في الوعد هو الآخر أن يكون قد تم قبل تنفيذ الجريمة حتى يمكن الاعتداد به كوسيلة من وسائل إغراء الجاني.

و هناك حالة أخرى للتحريض و هي أن يقوم المسيّر الفعلي مثلا بالتهديد من خلال الضغط على إرادة المسيّر القانوني لإقناعه بتنفيذ الجريمة و يكون التهديد ماديا كأن يهدده بالقتل أو بأي أذى إذا لم يرتكب الجريمة و قد يكون كذلك معنويا كأن يتوعد بنشر صوره أو خبر يسيء إلى سمعته و هنا يجب أن يكون التهديد من أجل ارتكاب الجريمة. وكذلك إساءة استعمال السلطة لأغراض شخصية من جانب المسيّر الفعلي تعد وسيلة لارتكاب الجريمة و تكون هنا السلطة فعلية لا القانونية لأن المسيّر الفعلي لا يتمتع بالصفة القانونية لتسيّير أو إدارة الشركة و مع ذلك فهو يملك سلطة فعلية لاتخاذ القرارات المهمة التي تؤثر في استمرارية الشركة .

كذلك قد يلجأ المسيّر الفعلي إلى استعمال طرق احتيالية أو تدليسية للتحريض على ارتكاب الجريمة و لا يكون التحريض منتجا لأثره إلا إذا ارتكب الجريمة أو شرع في ارتكابها. كما لا يشترط أن يقوم المسيّر الفعلي بارتكاب الجريمة بل يكفي أن يقوم بالتحريض

لوحده لتتم معاقبته بوصفه محرضا على ارتكاب السلوك المجرم [1] و هذا ما قضت به المادة 46 من قانون العقوبات الجزائري : " إذا لم ترتكب الجريمة المزمع ارتكابها الجرم من كان ينوي ارتكابها بإرادته وحدها فإن المحرض يعاقب رغم ذلك بالعقوبات المقررة لهذه الجريمة".

و تبعا لهذه الأحكام يمكن القول أنّ المسيّر الفعلي يعاقب بوصفه فاعلا أصليا كما لو كان هو الممثل الحقيقي للشركة و يتحقق ذلك إذا قام بارتكاب الجريمة أو حرض على ارتكابها بإحدى الوسائل المحددة في القانون.

البند الثاني : المسيّر الفعلي شريك في الجريمة إلى جانب المسيّر القانوني

عرّفت المادة 42 من قانون العقوبات الجزائري الشريك بنصها: " يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا، و لكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك ".[2] و بهذا المعنى إن الشريك لا يساهم مساهمة مباشرة في ارتكاب الجريمة و إنما يساهم فيها بصفة عرضية أو ثانوية و من ثم يعد المسيّر الفعلي شريكا في الجريمة إذا قام هذا الأخير بنشاط معين لمساعدة المسيّر القانوني بوصفه الفاعل الأصلي على ارتكاب الجريمة أو قام بأفعال من شأنها أن تسهل على هذا الأخير تنفيذ الجريمة و في هذه الحالة يعد نشاطه الإجرامي مستقل عن نشاط الفاعل أي المسيّر القانوني.

و تبعا لذلك يسأل المسيّر الفعلي بصفته كشريك للمسيّر القانوني في إرتكاب السلوك المادي المكون للجريمة و هذا تبعا لمدى خطورته الخاصة بصرف النظر عن خطورة الفاعل الأصلي ، كما أنه لا يسأل إذا امتنع المسيّر القانوني أي الفاعل عن إرتكاب الجريمة و تكون مسؤوليته في حدود الجريمة التي يرتكبها المسيّر القانوني فقط .[3]

---

[1]– أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، الطبعة 9 ، دار هومة ، الجزائر،2009 ،ص 145 و ص 146.

[2]– المادة 42 من قانون العقوبات الجزائري

[3]– أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ،ص 173 و ص 172.

و ترتكب هذه الجريمة باسم الشركة و لحسابها ، فالجرائم التي يرتكبها المسيّر الفعلي خارج تمثيله للشخص المعنوي لا تخضع بطبيعتها لقواعد المسؤولية الجزائية المنصوص عليها في القانون التجاري بل يسأل عنها وفقا لقواعد القانون الجنائي العام.

الفرع الثاني : إرتكاب الجريمة باسم الشركة و لحسابها

يشترط أن يقوم المسيّر الفعلي بارتكاب الجريمة باسم الشركة و لحسابها و ليس لحسابه الخاص و كما هو معلوم أنّ المسيّر يمارس سلطات التسيّير من أجل تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله الشركة و من ثم يمنع عليه أن يقوم بأي تصرف يلحق ضرر بهذه المصلحة ، و على ذلك فإن تصرفاته التي تشكل ممارسة سلطة التسيّير لمصلحة تتعارض مع مصلحة الشركة يمكن أن تؤدي إلى متابعته جزائيا إلى جانب المسيّر القانوني. [1] و يسأل عنها وفقا لقواعد القانون التجاري و هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها التي تقضي بمعاقبة المسيّر الفعلي إلى جانب المسيّر القانوني عن الجرائم التي يرتكبها في حق الشركة و من بينها القرار الصادر بتاريخ 5 سبتمبر 2007 ، الذي أيدت من خلاله قرار الاستئناف الذي قرر المسؤولية الجنائية للمدير الفعلي لشركة ذات مسؤولية محدودة استناداً إلى المادة 3-241 من القانون التجاري الفرنسي باعتبار أنه انتهك المصلحة الجماعية باختلاسه لأموال الشركة. [2]

كذلك القرار الصادر بتاريخ 8 نوفمبر 2006 الذي يقضي بإدانة المسيّر الفعلي من أجل تهمة التعسف في استعمال أموال الشركة المفلسة عن طريق اختلاس موجودات شركة تخضع للتصفية القضائية و كذا إعداد حسابات غير منتظمة و الحكم عليه بالحبس لمدة سنة واحدة و حظره من التسيّير لمدة 15 سنة و هذا استناداً إلى أحكام المادة 653-11 من القانون التجاري الفرنسي. [3]

[1] - Cass. crim. 19 oct. 1967, *Bull. Crim.* n° 272 ; 30 sept. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 153, note BARADERIE ; Cass. crim. 30 novembre 2005, pourvoi n° 05-82707, www.legifrance.gouv.fr
[2] - Cass. crim. 5 sept. 2007, pourvoi n° 06-85902, www.legifrance.gouv.fr .
[3] - Cass. crim. 8 nov. 2006, *Bull. crim.* n° 280 p. 1015.

و بالتالي إذا قام المسير الفعلي أثناء ممارسته لمهام التسيّير بارتكاب أفعال مجرمة في حق الشركة و تمت هذه الأفعال باسم و لحساب هذا الشخص المعنوي، فإنه يتحمل المسؤولية الجزائية المترتبة عن تلك الأعمال بصفته مسيّرا للشركة ، و قد يتابع من أجل هذه الأفعال إما بصفته فاعل أصلي في الوقائع المنسوبة إليه أو كشريك إلى جانب المسيّر القانوني للشركة ، و لكن آثار هذه المسؤولية لا تنصرف إلى المسيّر الفعلي لوحده بل تشمل أيضا الشركة المسيّرة بصورة فعلية و كذا مسيرّها القانوني.

المبحث الثاني : تبعات المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي

بما أنّ المسيّر الفعلي يقوم بأعمال التسيّير باسم و لحساب الشخص المعنوي في غياب الصفة القانونية للتسيّير كما أنه يقوم بتلك الأعمال في وجود أو غياب المسيّر القانوني فإن الآثار القانونية الناتجة عن تلك الأخطاء لا تنصرف إلى المسيّر الفعلي لوحده بل تنصرف أيضا إلى الشركة كشخص معنوي و كذا المسيّر القانوني لها و يؤدي ذلك إلى القول بأن المسؤولية الجزائية للمسير الفعلي هي مسؤولية مزدوجة فمن جهة يمكن مساءلة الشركة عن الأفعال التي يرتكبها المسير الفعلي في حقها ، و من جهة أخرى تأثر المسؤولية الجزائية للمسير الفعلي على مسؤولية المسير القانوني و هذا في حالات معينة سندرسها بالتفصيل من خلال هذه الدراسة.

المطلب الأول : المسؤولية الجزائية للشركة عن أفعال المسيّر الفعلي

تعتبر مسألة إخضاع الشركة للمسؤولية الجنائية من المسائل التي تثير جدلا فقهيا و قانونيا منذ وقت طويل حتى يومنا هذا ، و من المتفق عليه تشريعا و فقها و قضاء قيام مسؤولية الشركة مدنيا ،و ذلك استنادا إلى المسؤولية العقدية أو التقصيرية أو غيرها . و أن تقرير أو إنكار المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي يدور وجودا و عدما مع النظرة إلى طبيعته ،فإذا اعتبرت هذه الأشخاص مجرد افتراض فيبنى على ذلك انتفاء مسؤوليتها

الجنائية ،أما إذا ثبت تمتع الشخص المعنوي بالمقومات التي تجعله شخصا حقيقيا كالإنسان ،أصبح من الممكن البحث في مسؤوليتها الجنائية و أساسها و شروطها.

و لكن التساؤل الذي يثور هو مدى إمكانية مساءلة الشخص المعنوي عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوه و باسمه و لمصلحته ، و هل تنسب الجريمة في هذه الحالة إلى الشخص المعنوي الذي وقعت الجريمة تحت مظلته ،أم أن الشخص الطبيعي الذي ارتكبها هو من يسأل عنها ، و بالتالي فهل من الممكن اسناد الجريمة للشركة كشخص معنوي؟

يعترف فقهاء القانون بالشخصية القانونية للشركة في حدود الغرض الذي أنشىء لتحقيقه و يقرر له شخصية مستقلة عن شخصية الأعضاء المكونين له و أصحاب المصالح فيه كما يمنحه الوسائل اللازمة لتحقيق غرضه ، فمن المسلم به قانونا أن الشركة كشخص معنوي يمكن له أن يتعاقد بواسطة من يمثلوه قانونا أو فعلا و أن يتمتع بكافة الحقوق و من المتفق عليه فقها و قضاء أن الشخص المعنوي يسأل مدنيا عن أفعاله التي تسبب ضررا بالغير.

لكن قد يرتكب ممثلي الشخص المعنوي باسم هذا الشخص و لحسابه أفعالا إجرامية ،أو يخالفون الغرض من إنشائه و يوجهون نشاطه إلى بعض صور السلوك التي يعاقب عليها القانون و التي سبق أن ذكرناها فاختلف الفقهاء في إمكانية مساءلة الشركة باعتبارها شخصا قانونيا مستقلا و لم تحسم نهائيا حتى الآن ، و لقد انقسم الفقهاء ما بين المنكرين و المؤيدين للمسؤولية الجنائية للشركة.

الفرع الأول : استبعاد المسؤولية الجنائية للشركة عن أفعال المسيّر الفعلي

يرى جانب من الفقه أن الشركة كشخص معنوي لا تسأل عن الجرائم التي يرتكبها المسيّر سواء كان هذا الأخير مسيّرا فعليا أو قانونيا . فالأصل أنّ الشخص الطبيعي هو الذي يرتكب الجريمة و توقع عليه العقوبة الجنائية أما الشخص الاعتباري فلا يتصور أن يرتكب جريمة بالمفهوم المادي يسأل عنها لانعدام إدراكه و إرادته التي هي مناط المسؤولية

أي عدم وجود عناصر ذهنية و التي لا توجد إلا في الشخص الطبيعي [1] فالسلوك المادي المكون للجريمة لا يأتيه إلا شخص طبيعي.

و قد استند أنصار هذا الاتجاه إلى الطبيعة الافتراضية للشخص المعنوي ، فالأهلية الجنائية تفترض التمييز و الإرادة الحرة و هما لا يتوفران إلا لدى الشخص الطبيعي و بالتالي فإنّ الشخص المعنوي يكون غير أهل لتحمل المسؤولية الجنائية ثم إن انتفاء التمييز و الإرادة لدى الشخص المعنوي يجعل من المستحيل الاسناد المادي و المعنوي للجريمة إليه و بالتالي عدم قابلية اخضاعه للعقاب.[2]

ومن جهة أخرى يرى المنكرون للمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي بأن وجود الشخص المعنوي من الناحية القانونية محدد بالغرض الذي أنشء من أجل تحقيقه بحيث ينعدم هذا الوجود إذا ما خالف الغرض من انشائه [3]و لا يدخل ارتكاب الجريمة بطبيعة الحال ضمن الأغراض التي تهدف اليها الشركة و يترتب على ذلك أنه إذا تجاوزت الشركة حدود الغرض الذي انشء من اجله و ارتكب جريمة فتنعدم شخصيته المعنوية و لم يعد لها وجود من الناحية القانونية و بالتالي لا يمكن أن تنسب إليه الجريمة.

كذلك إنّ الاعتراف بالمسؤولية الجنائية للشركة يؤدي إلى إهدار قاعدة شخصية العقوبة و هي من الضمانات الأساسية في القانون الجنائي الحديث و مؤداها ضرورة اقتصار تطبيق العقوبة على من ارتكب الجريمة وحده دون غيره و يؤدي تحميل الشخص المعنوي بمسؤولية الجرائم التي يرتكبها ممثلوه إلى توقيع العقوبات المقررة عليه و في ذلك إخلال بمبدأ شخصية العقوبة.[4]

---

[1]– سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص 1071.

[2]– محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ج1 ، النظرية العامة للجريمة ، دار النهضة العربية ، 1994 ص 650.

[3]– فتوح عبد الله الشاذلي ، شرح قانون العقوبات القسم العام الكتاب الثاني ، المسؤولية و الجزاء ، دار الهدى، الإسكندرية ، 1997 ص 30.

[4]– جرجس يوسف طعمه ،مكانة الركن المعنوي في الجرائم الاقتصادية ،دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان، 2005 ،ص 324.

يضيف المعارضون لمبدأ المسؤولية الجنائية للشركة أن الاعتراف بالمسؤولية الجنائية للشركة يترتب عليه ازدواج المسؤولية الجنائية أي مساءلة شخصين عن نفس الجريمة دون أن تجمع بينهما رابطة المساهمة الجنائية فالشخص الطبيعي يسأل عن الجريمة التي ارتكبها باسم الشخص المعنوي و لحسابه مسؤولية شخصية ، ثم تقرر بعد ذلك مساءلة الشخص المعنوي عن الجريمة ذاتها بوصفه شخصا مستقلا له ذاتية خاصة تميزه عن الشخص الطبيعي مرتكب الجريمة ، و يعني ذلك أننا نقرر نسبة الفعل الواحد إلى شخصيين متميزين باعتبار أن كلا منهما قد ارتكبه وحده مستقلا عن الآخر ، و يسأل كلاهما مسؤولية مستقلة عن الآخر و هو ما يناقض المنطق القانوني و يستحيل التسليم به.[1]

و هناك حجة أخرى يستند عليها القائلون بعدم إمكان مساءلة الشركة جنائيا و هي مستمدة من طبيعة العقوبات الجنائية و كذا الأغراض المستهدفة من العقاب و مفاد ذلك أنه لا يمكن أن توقع على الشخص المعنوي العقوبات السالبة للحق في الحياة مثل عقوبة الإعدام أو تلك المقيدة للحق في الحرية كالسجن و الحبس و كذلك أغراض العقاب لا يتصور توقيعها.

كذلك استبعدت بعض التشريعات المقارنة الشخص المعنوي من دائرة المساءلة الجنائية و اقتصرت فقط على قيام المسؤولية الجزائية للشخص الطبيعي و من بينها المشرع الألماني[2] و لكن لم يبقى الوضع على هذا الحال بل رأى بعض المفكرين أنه لا يوجد ما يمنع من مساءلة الشركة باعتبار أن هذه الأخيرة تتمتع بالشخصية المعنوية و هي أهل لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات و لم تعد تسأل الشركة فقط في مجال المسؤولية المدنية بل أصبح بالإمكان توقيع جزاءات وعقوبات على الشركة بسبب الأفعال الاجرامية التي

[1]– محمد عبد القادر العبودي ،المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي ، دار النهضة ، القاهرة ، 2006 ص 28 .

[2]– المادة 14 من قانون العقوبات الألماني :" أنه إذا ارتكبت جريمة ضمن اعمال الشخص المعنوي فيسال عنها الشخص الطبيعي الذي قام بارتكابها " أشار إليها الفقيه إبراهيم علي صالح في كتابه " المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية" ، دار المعارف القاهرة ، 1980 ص 235.

يرتكبها المسيرين باسمها و لحسابها و هذا من أجل حماية المصالح داخل الشخص المعنوي و تكريس مبدأ العدالة و الانصاف.

الفرع الثاني : إقرار المسؤولية الجنائية للشركة عن أفعال المسيّر الفعلي

اتجهت غالبية التشريعات المقارنة إلى تقرير مبدأ المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية اعتبارها مبدأ عاما ولا يمنع ذلك المبدأ ايراد بعض الاستثناءات عليه كاستبعاد بعض الجرائم التي لا تتفق مع طبيعة الأشخاص المعنوية مثلا أو تقييد هذه المسؤولية ببعض القيود ، يعتبر القانون الإنجليزي من اقدم التشريعات التي أقرت هذه المسؤولية [1] و في هذا الصدد أصدر مجلس اللوردات قرارا سنة 1972 يقضي بإدانة شركة بمخالفتها القانون الصادر عام 1968 الذي يعاقب على بيع سلعة بأكثر من السعر المعلن عنه و لكن الشركة حاولت أن تدفع التهمة عن نفسها فدفعت بأنها قد اتخذت جميع الاحتياطات لمنع وقوع الجريمة و أنّ هذه الأخيرة قد وقعت من شخص لا تنسب أفعاله إلى الشركة ذاتها إلا أن محكمة أول درجة أدانت الشركة بغرامة قدرها 25 جنيها استرالييني فطعنت الشركة على هذا الحكم أمام مجلس اللوردات فقضى بأنّ المدير في أحد المحال التابعة لهذه الشركة لا يدخل في نطاق الأشخاص الطبيعين الذين تصلح أفعالهم لقيام المسؤولية الجنائية الشخصية لها.[2]

و جاء بهذا الحكم أن الأشخاص الطبيعيين الذين يجسدون الشخص المعنوي أو يتطابقون معه هم الذين يتولون إدارته و الرقابة على سير أعماله أو الذين أسند إليهم جزء من اختصاصات الإدارة بناء على التفويض ،و بالتالي لا مجال للحديث عن المسؤولية عن فعل الغير لأنّ الشخص الطبيعي الذي تصرف إرتكب الفعل باعتباره تابعا أو ممثلا أو

[1]– أنور محمد صدقي المساعدة ، المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية ، دار الثقافة ،الأردن ، 2009 ص 404.

[2]– شريف سيد كامل ، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية ،دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،دار النهضة العربية ، 1997 ص 42

وكيلا أو مفوضا و إنما هو يجسد الشركة فاذا توافرت لديه الإرادة الآثمة فإن هذا الإثم يكون إثم الشركة ذاتها.[1]

و يتضح مما سبق بأن القانون الإنجليزي يقر مبدأ المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي و أن مساءلته لا تحول دون مساءلة الشخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة سواء كان مسيرا قانونيا أو فعليا.

كذلك حسم قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر عام 1992 و المعمول به سنة 1994 الخلاف حول مسؤولية الشخص المعنوي جنائيا بنص صريح اعترف فيه بمسؤولية جميع الأشخاص المعنوية باستثناء لدولة ، فنصت المادة 121-2 منه على ما يلي :"بعد استبعاد الدولة تسأل الأشخاص المعنوية جنائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابها بواسطة أجهزتها أو ممثليها وفقا للقواعد الواردة في المواد 121-4 الى 121-7 و الحالات المنصوص عليها في القانون او اللائحة و مع ذلك لا تسال الهيئات المحلية و لا تجمعاتها جنائيا الا عن الجرائم التي تقع اثناء ممارسة أنشطة قابلة لأن تكون موضوع اتفاقيات تفويض للخدمة العامة ." [2]

و بذلك فإنّ المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية لا تستبعد معاقبة الأشخاص الطبيعيين الفاعلين أو الشركاء عن نفس الأفعال لتجنب تحمل الشخص الطبيعي الأثر القانوني للجريمة بمفرده مما يعني بان المسؤولية تتعدد بين الشخص المعنوي و الشخص الطبيعي. و ان المسؤولية الجنائية للشركة محددة في جرائم تم تحديدها على سبيل الحصر

[1]– شريف سيد كامل ، نفس المرجع ،ص 43.

[2] - Art. 121-2 code pénal Français : « *les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat ,sont responsables pénalement ,selon les distinction des articles 121-4 à121-7 ,des infractions commises pour leur compte , par leurs organes ou représentants* ».

و ان كانت تشمل العديد من الجرائم و حدد العقوبات التي يمكن توقيعها على الأشخاص المعنوية .[1]

و قد حذى المشرع الجزائري حذو نظيره الفرنسي في الاعتراف بهذه المسؤولية ، حيث اشترط ضرورة وجود شخص طبيعي يترتب على ارتكابه السلوك الإيجابي أو السلبي الذي تقوم عليه الجريمة بمعنى أن الجريمة تقع من شخص طبيعي ذو صفة معينة لحساب الشخص المعنوي[2] ،و في هذا الصدد تنص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات على : " يكون الشخص المعنوي مسؤولا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك "[3].

و من هذا النص نستنتج أنّ الشخص المعنوي يعامل تماما مثلما يعامل الشخص الطبيعي إذ بإمكانه أن يسأل عن أية جريمة منفذة أو تم الشروع فيها ،كما يمكنه أن يكون فاعلا أو شريكا ، غير أن تطبيق هذا الحكم يتوقف على مسألة تحديد الأشخاص محل المساءلة الجزائية .[4]

و قد قام المشرع الجزائري بحصر أصحاب الصفة في الأجهزة (organe) أو ممثليها الشرعيين (représentants légaux) و يقصد بالأجهزة كل كيان مؤهل لاتخاذ القرارات أو تطبيقها ممن يخولهم القانون أو النظام الأساسي لهذه الشركة سلطة إدارتها و التصرف باسمها و لتحديد أجهزة الشركة يجب الرجوع الى النصوص القانونية و القانون الأساسي

[1]– علوي علي أحمد الشارفي ،المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي ، دراسة مقارنة ، طبعة الأولى ،المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية و السياسية و الاقتصادية برلين ،ألمانيا ، 2019 ،ص 69.

[2] – محمد حزيط ، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري و القانون المقارن،دار هومة ، الجزائر، 2013 ،ص 197.

[3]– المادة 51 مكرر من القانون رقم 04–15 المؤرخ في 14 نوفمبر 2004 المعدل و المتمم للأمر رقم 66–156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بالقانون رقم 06–23 المؤرخ في 02 ديسمبر 2006 ، و القانون رقم 09–01 المؤرخ في 25 سبتمبر 2009 ،ج.ر عدد 15 المؤرخة في 08 مارس 2009 ، و القانون رقم 14–01 المؤرخ في 04 فبراير 2014 ، ج.ر العدد 07 المؤرخة في 16 فبراير 2014 المعدل و المتمم.

[4]– أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، المرجع السابق، ص 232 و ص 233.

الذي يحكم كل نوع من هذه الشركات ، أما المقصود بالممثلين الشرعيين للشركة التجارية ، عرفتهم الفقرة الثانية من المادة 65 مكرر 02 من قانون الإجراءات الجزائية[1] " الممثل القانوني هو الشخص الطبيعي الذي يخوله القانون أو القانون الأساسي للشخص المعنوي تفويضا لتمثيله."

و عليه فإن عبارة الممثل القانوني التي استعملها المشرع في نص المادة تعني بالتحديد الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بالسلطة القانونية بموجب القانون أو الاتفاقية بموجب نظام الشركة أو العقد للتصرف باسم الشركة كذات معنوية[2] لذا يتعين الرجوع لأحكام القانون التجاري لتحديدهم حسب شكل الشركة .و لكن السؤال المطروح هل الأشخاص الذين حددهم المشرع في المادة 51 مكرر المذكورة أعلاه هم مسيّرين و ممثلين نظاميين ، أم على العكس من ذلك ، أي شخص يتصرف باسم و لحساب الشركة و لو بدون وكالة منتظمة ؟

لقد اعترف القضاء الفرنسي في مجال أمن وسلامة العمال ، بتمديد أحكام المسؤولية الجنائية التي كانت تقضي على أن يكون المسيّر القانوني مسؤولاً عن عدم الامتثال للأحكام القانونية والتنظيمية المتعلقة بحماية صحة وسلامة العمال إلى المسيّر الفعلي[3] .و استنادا إلى ذلك ، فإن الخطأ الجنائي للشركة لا ينتج عن الأفعال التي يرتكبها المسير القانوني بل أيضا ينتج عن الأعمال التي يقوم بها المسير الفعلي متى كان هذا الأخير يتصرف باسم و لحساب الشركة. و قد استقر المشرع الفرنسي على هذا الموقف من خلال القانون الصادر في 10 جويلية 2000 سالف الذكر ليفتح المجال القانوني لإمكانية معاقبة المسيّرين الفعليين على أساس أحكام تتعلق بحماية صحة و سلامة العمال و كذا لتقرير المتابعة الجزائية للشركة عن الخطأ الجنائي الناتج عن الأفعال التي يرتكبها المسير الفعلي باسم و لحساب تلك الشركة.

[1]– المادة 65 مكرر 02 من الأمر رقم 66–155 المؤرخ في يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 06–22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 ،ج.ر عدد 84 المؤرخة في 24 ديسمبر 2006 المعدل و المتمم.

[2]– أحمد الورفلي ، المرجع السابق ، ص 725 و ص 726.

[3] - Cass. crim. 30 juin 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 210, p. 602

لكن الاعتراف القضائي و التشريعي بتصرفات المسير الفعلي التي تثبت الخطأ الجنائي للشركة ، قد يكون غير عادل لأنه في العديد من الحالات ، قد تخضع الشركة للإدارة الفعلية دون أن تكون موافقة عليها. وفي مثل هذه الظروف ، تكون ضحية وليس مذنبة بارتكاب أفعال المسير الفعلي غير أنه من الضروري أيضا منع شركة ما من الاستفادة من الأفعال الإجرامية التي يرتكبها مسيرها الفعلي دون أن تُفلت من العقاب ، أو استخدام خدمات المسير الفعلي ، للقيام بأعمال إجرامية ، وبالتالي التهرب من المسؤولية الجنائية عن هذه الأعمال.

ولذلك قد يكون من الجيد متابعة للشركة عن الخطأ الجنائي بسبب أعمال المسير القانوني أو الفعلي لها ، و التي تكون في إطار تمثيل الشركة. و لكن إذا قامت مسؤولية الشركة عن ارتكاب الجريمة ، فهل يعني ذلك اعفاء المسير الفعلي من المسؤولية أم أنه يسأل رغم ذلك ؟

و أمام مبدأ شخصية الجريمة قد يظهر للوهلة الأولى أن قيام مسؤولية الشركة يستبعد مساءلة المسيّر الفعلي ، فالمسؤولية شخصية في القانون الجنائي و لا تقوم إلا على مرتكب السلوك المجرم و لا يتحملها غيره ، و كذلك العقوبة لا تطبق إلا على من اتجه فعله و إرادته إلى القيام بالجريمة ، غير أن هذه الصورة لا تتحقق في مجال الشركات ، حيث أن المرتكب الفعلي للجريمة كما سبق ذكره لا يكون إلا شخصا طبيعيا ، و الحقيقة أنه لا نقاش حيث وجد نص ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 51 مكرر من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي : " إنّ المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال " و يظهر جليا من خلال هذا النص أنّ الشخص الطبيعي مرتكب الجريمة أي المسيّر الفعلي ، لا يمكنه التملص من المسؤولية بدافع قيام مسؤولية الشركة ، بل إنّ مسؤوليته تقوم بالتوازي مع مسؤولية الشركة التي يمثلها فقد يكون فاعلا أصليا أو شريكا كما جاء في المادة ، و ذلك حسب درجة مساهمته في الجريمة.إن

قيام مسؤولية الشركة عن أفعال المسيّر الفعلي لا تنفي قيام مسؤولية هذا الأخير، و لا يمكنه الدفع بها للتملص من المسؤولية .

المطلب الثاني : المسؤولية الجزائية للمسيّر القانوني إلى جانب المسيّر الفعلي

لم يعمل لا المشرع الجزائري و لا نظيره الفرنسي و كذا التشريعات الأخرى عند تنظيمهم لمسؤولية المسيّر الفعلي على بيان أثر مسؤولية المسيّر الفعلي على مسؤولية المسيّر القانوني ، و لكن بالرجوع إلى الاجتهادات القضائية المتعلقة بمسؤولية المسيّر الفعلي ، نجدها تقرر في العديد من المناسبات بأنّ المسؤولية الجنائية للمسيّر الفعلي ليس لها أي أثر على مسؤولية المسيّر القانوني و مفاد ذلك أنّ قيام مسؤولية المسيّر الفعلي لا تستبعد قيام مسؤولية المسيّر القانوني ، بل قد تقومان معا ، و عن نفس الفعل و ذلك حسب الحالات و المواضع .

فأحيانا قد تقوم مسؤولية المسيّر الفعلي على الرغم من أنه لم يرتكب الفعل المادي للجريمة باعتبار أن المسؤول الأول و الرئيسي في الشركات التجارية هو المسيّر القانوني بالمفهوم العام للكلمة ، و أن تدخل المشرع لتنظيم مسؤولية المسيّر الفعلي لم يكن بهدف إعفاء المسير القانوني من المسؤولية أو التقليص منها ، بل جاء للحيلولة دون إفلات المسير الفعلي من المساءلة الجنائية ، كما أنه لا يمكن منطقيا القول بإبعاد مسؤولية المسير القانوني لأنه المسؤول قانونا أمام الشركة و الشركاء و الغير عن تسيير و إدارة الشركة ، و الملزم الأول بالسهر على تطبيق و احترام كافة القواعد القانونية و التنظيمية التي لها علاقة بالشركة التي يديرها ، و ذلك في إطار السلطة المخولة له قانونا أو المنصوص عليها في النظام الأساسي للشركة .

إن المركز الذي يحتله المسير القانوني في الشركة يفترض فيه أن يكون عالما و ملما بكل ما يدور حوله و بكل صغيرة و كبيرة تتعلق بإدارة الشركة و من ثم التهاون أو التقصير في ممارسة أعمال الإدارة و التسيّير تعتبر ظرفا مشددا لمسؤوليته الجنائية [1].

و على ذلك تقوم مسؤوليته الجنائية لأنه سواء أكان شخصا مسخرا برضاه أو بدون رضاه ، أم غير قادر على منع تدخل الغير في أمور التسيير أو الإدارة التي هي من اختصاصاته أصلا ، يكون بفعله هذا قد ساهم في اختلال سير و نظام الشركة .هذا الوضع لا يرغب فيه المشرع لما له من سلبيات قد تصل إلى زعزعة ثقة المتعاملين مع الشركة و الغير حسني النية و بالتالي انهيار الاقتصاد الوطني.

الفرع الأول : مسؤولية المسيّر القانوني في حالة وجود مسيّر فعلي

إنّ المساواة بين المسيّر الفعلي و المسيّر القانوني يؤدي إلى توسيع دائرة الجهات الفاعلة التي يحتمل أن تكون مسؤولة عن الجريمة التجارية ، في حين أن هذه الأخيرة كانت في الأصل تستهدف عددا محدودا من الأشخاص الذين يعددهم القانون. و بالنتيجة إن مسؤولية المسير الفعلي لا تستبعد أو تحل محل مسؤولية المسير القانوني ، بل تضاف إليها إذا لزم الأمر. وقد يكون كل منهما ، على حد ، محل إدانة من أجل نفس الأفعال [2] .

و من ثم يمكن مساءلة المسيّر القانوني في حالة وجد مسيّر فعلي و يتحقق ذلك متى قام المسيّر القانوني بإتيان سلوك مجرم على نحو يخالف الأنظمة التشريعية المعمول بها في مجال تسيير الشركات التجارية و يتم ذلك إما بشكل إيجابي من خلال القيام المادي بالأفعال أو بشكل سلبي بالامتناع عن ارتكاب السلوك المكون للجريمة المرتكبة فعليا من طرف المسيّر الفعلي.

[1]– فلاح خدوج ، المسؤولية الجنائية عن التسيّير الفعلي لشركات المساهمة ، مقال منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية و الإدارية تم الاطلاع عليه يوم : 2022/02/08 عبر الموقع الآتي : https://revuealmanara.com .

[2]- Gérard Hervé VILON GUEZO ,*op.cit*, P. 113.

البند الأول : المشاركة الإيجابية للمسيّر القانوني

في هذه الحالة يقوم المسيّر القانوني ماديا بإتيان السلوك المكون للجريمة و يتم ذلك بطريقة شخصية و مباشرة في وجود المسيّر الفعلي ، كأن يقوم بإعداد ميزانية غير صحيحة أو التعسف في استعمال أموال الشركة من خلال إبرام عقود و اتفاقيات يعلم أنها تؤدي إلى تدهور الوضعية المالية للشركة و بالتالي تقوم مسؤولية كل واحد منهما على نفس الأفعال و أحيانا تقوم مسؤولية كل واحد مستقلة عن الآخر حسب الحالة.

و في هذا الصدد قضت محكمة النقض بإدانة المدير التجاري و بمشاركة المدير القانوني للشركة بتهمة تقديم حسابات سنوية غير صحيحة والتفليس باستخدام وسائل احتيالية . وفي هذه القضية ، استنتج القضاة أن المدير التجاري ، الذي لعب دورا حاسم في الأساليب الاحتيالية المستخدمة لزيادة رقم أعمال الشركة بشكل مصطنع ، قد تصرف كمسير فعلي.

أما بالنسبة للمسيّر القانوني ، فقد اتُهم بأنه قام بمنح شهادات مزورة تهدف إلى زيادة رقم أعمال الشركة من أجل زيادة القروض المصرفية للشركة. ولذلك تمت معاقبة كل من المسيّر القانوني و المسيّر الفعلي بوصفهما مشاركين لمشاركتهما شخصيا في ارتكاب الجريمة.[1]

البند الثاني : المشاركة السلبية للمسيّر القانوني

تتحقق هذه الحالة عندما يقوم المسير القانوني بارتكاب الجريمة بطريق الامتناع من خلال احجامه عن إتيان فعل إيجابي مفروض عليه اتيانه كواجب قانوني و عدم التنفيذ الصادر من هذا المسير مع إتيان الفعل الإيجابي من شخص لا يتمتع بصفة التسيير القانوني في هذه الحالة يسأل المسير القانوني الى جانب المسير الفعلي لأنه و إن لم يقم بالفعل المادي المكون للجريمة إلا أنه كان عالما به و من المفروض أن يعلم و من خلال

[1]- Gérard Hervé VILON GUEZO,*op.cit*, p114.

تكييف الوقائع تحدد مدى المساهمة الجنائية إن كان فاعل أصلي أم شريك تبعا لظروف و ملابسات القضية.

في هذه الحالة تقوم مسؤولية المسير القانوني إلى جانب مسؤولية المسيّر الفعلي مرتكب الجريمة على أساس عدم تنفيذ الالتزامات القانونية و التنظيمية المفروضة عليه بوصفه وكيلا و ممثلا قانونيا للشركة بحيث أنه سمح للغير بالتدخل في شؤون إدارة الشركة بدلا عنه أو في مكانه ، و يعد هذا التصرف بمثابة تسهيل ارتكاب الجريمة من طرف هذا الغير . و يبدو واضحا أن المساعدة تتوافر متى كان المسير القانوني يتيح لغيره فرصة القيام بأعمال الإدارة من الناحية الفعلية[1] ، أي في حالة علمه أو كان باستطاعته العلم لارتكابه لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة.

كما يمكن بناء مسؤولية المسيّر القانوني عند دفعه بجهله لتدخل المسير الفعلي في أمور الإدارة على أساس الإهمال في الاشراف و الرقابة و عدم منعه له من التدخل في اختصاصاته القانونية أو النظامية. فحتى لو لم يكن المسير القانوني عالما بذلك فإنه يتوفر في جانبه إهمال في الرقابة و الاشراف . [2]

وقيام شخص غير المسيّر بإدارة الشركة و تسيير شؤونها يفترض تقصيره في أداء مهامه باعتباره ممثلا للشركة ، فإن لم يقم بالجريمة ماديا إلا أنه سهل بسلبيته ارتكابها من طرف شخص آخر و في ذلك إضرار بمصالح الشركة و الشركاء و مصالح الغير و لا يمكن تبعا لذلك بقاء الجريمة دون مسؤول في هذه الحالة.

و بالتالي يتابع المسيّر القانوني كشريك للمسيّر الفعلي و ذلك بسبب امتناعه عن التدخل مع علمه بارتكاب الفعل المجرم ، كما لا يمكن للمسير القانوني الدفع بأنه كان يجهل الأعمال الجنائية التي قام بها المسير الفعلي الذي حل محله في إدارة الشركة ، لأنه تقوم في

[1]– غنام محمد غنام ،المسؤولية الجزائية للتاجر و مدير الشركة عن جرائم الإفلاس ، دار النهضة ،مصر ، 1993،ص 52.

[2]– عبد الرزاق الموافي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 464.

جانبه قرينة العلم بالأعمال الجنائية. و تستشف هذه القرينة من قبول المسير القانوني التعامل باسمه و أن يكون مجرد صورة في الشركة أو قبوله أن يكون مسخرا من غيره مع علمه التام بالجريمة التي يقوم بها ، أو قبوله القيام بدور ثانوي تاركا بذلك مهمة اتخاذ القرارات المصيرية من قبل المسير الفعلي.

و قد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد إلى القول بأن المسيّر القانوني عندما يقبل القيام بدور ثانوي تاركا بذلك أمر اتخاذ القرارات الهامة للمسير الفعلي تقوم مسؤوليته الجنائية إلى جانب المسير الفعلي. و تعتبر قرينة العلم المفترضة في جانب المسير القانوني ، قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، على أنه في الحالة التي لا يعبر فيها المسير القانوني موافقته الصريحة لتدخل المسير الفعلي في إدارة الشركة ، فإن قرينة العلم هذه تستنتج من مجرد ثبوت تدخل الغير في شؤون الإدارة و التسيير و ارتكابه للفعل المجرم المعاقب عليه. [1]

استنادا على ما سبق فإنّ مسؤولية المسيّر الفعلي لا تستبعد أو تنفي مسؤولية المسير القانوني للشركة سواء أكان هذا الأخير عالما بتدخل المسير الفعلي في أمور الإدارة و التسيير أو جاهلا له و سواء أكان راضيا أو رافضا لهذا التدخل و ذلك على أساس عدم احترامه لتنفيذ الالتزامات القانونية و التنظيمية المفروضة عليه بصفته الوكيل و الممثل القانوني للشركة ،أو على أساس أنه أهمل واجب الرقابة و الاشراف و لم يمنع تدخل الغير من ممارسة اختصاصاته القانونية أو النظامية ، و هذا ما ذهبت إلى تأكيده محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 31 ماي 2012 أين قضت بإدانة كل من المسير الفعلي و المسير القانوني للمسؤوليته الجزائية المترتبة عن جريمة التعسف في استعمال أموال

[1]– فلاح خدوج ، المسؤولية الجنائية عن التسيير الفعلي لشركات المساهمة ، مقال منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية و الإدارية تم الاطلاع عليه يوم : 2022/02/08 عبر الموقع الآتي : https://revuealmanara.com

الشركة و قررت عدم اعفاء المسير القانوني من هذه المسؤولية بسبب عدم توليه لمهام التسيير.[1]

و هذا و تقوم مسؤولية المسير القانوني إلى جانب المسير الفعلي بحسب قواعد المساهمة الجنائية إما بوصفه فاعلا أصليا أو مساهما أو مشاركا في الجريمة حسب الحالات و يختص القضاء بتحديد نسبة مساهمته في الفعل المرتكب وفق ما تقضي به القواعد العامة للمساهمة الجنائية.

إنّ الهدف من إقرار مسؤولية المسير القانوني إلى جانب المسير الفعلي يكمن من محاصرة كل الأشخاص القائمين على الإدارة في الشركة سواء كانوا قانونيين أو فعليين و تفويت الفرصة عليهم في ارتكاب الأفعال الاجرامية أو الإفلات من المسؤولية و العقوبة.و كذا حماية جميع المصالح المتواجدة في الشركة و على رأسها مصلحة الغير حسني النية المتعاملين مع الشركة بصفة عامة.

و نتيجة لما تقدم فإن قيام المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي لا تعني استبعاد مسؤولية المسيّر القانوني ، كما أن اخضاع هذا الأخير للمسؤولية لا يعني اعفاء المسير الفعلي منها[2]. لكن بالإمكان إعفاء المسيّر القانوني منها و في هذه الحالة تخضع المسؤولية لقواعد الإعفاء المقررة في القانون الجنائي العام ، و هكذا فإن القضاء يقرر إعفاء المسيّر القانوني في حالة التأكد من وجود أسباب تعفيه من المسؤولية كتوافر حالة الاكراه أو القوة القاهرة أو إنتفاء الخطأ في جانبه ، أو وجود تفويض صحيح من المسيّر القانوني لفائدة المسيّر الفعلي مرتكب الفعل المجرم.

[1] - Cass.crim.31 mai 2012, n° 1186.234 , jurisData, n° 2012-105056, Rev.Soc jurisclasseur, novembre 2012, p 832.
[2]- M. COZIAN , *op, cit* , p 160.

الفرع الثاني : مسؤولية المسيّر القانوني في حالة تفويض سلطاته للمسيّر الفعلي

إن مبدأ شخصية العقوبة معترف به منذ القدم ، يتمثل فحواه في أن العقوبة تصيب الجاني و لا تتعداه إلى غيره ، مهما كانت درجة القرابة أو الصداقة بينهما ، فلا يسأل عن الجرم إلا فاعله ، و لكن هناك بعض الاستثناءات حيث يمكن مساءلة المسيّر القانوني– في ظل شروط معينة– جزائيا عن أفعال تابعيهم في حالة تفويض السلطة ، مبدئيا يستطيع المسيّر الملاحق جزائيا في ظل جرائم التسيّير أن يحتج بتفويض السلطة للدفاع عن نفسه أمام الجهات القضائية ، حيث لا تقوم مسؤولية المفوّض إذا أثبت أنه فوّض سلطاته محترما لشروط التفويض ، في حين إذا قصر في حسن اختيار المفوّض له أو في مراقبته فإنه يسأل جزائيا بجانب المفوّض له.

إنّ التفويض بالسلطة لا يشكل أداة لتوزيع السلطات فقط ،و إنما هو أيضا وسيلة لنقل المسؤولية إلى الطرف المفوّض إليه بالسلطة ، و يشكل في نفس الوقت وسيلة لدفع المسؤولية بالنسبة للمفوّض إذا احترم شروط التفويض.[1]

البند الأول : شروط التفويض

يقصد بالتفويض منح الغير المفوض إليه حق التصرف و اتخاذ القرارات في نطاق محدد بالقدر اللازم لانجاز مهام معينة فقد يعهد الرئيس الإداري ببعض اختصاصاته لبعض معاونيه الذين يثق بهم و يفوّضهم السلطات التي تمكنهم من التصرف لأداء هذه الاختصاصات بكفاءة و فاعلية .[2] و يختلف تفويض الصلاحيات عن توزيع المهام داخل الشركة بحكم أن توزيع المهام يقع عادة ضمن التنظيم الداخلي للمؤسسة فتتحدد نشاطاتها و يعين الرئيس المباشر لها ، بينما التفويض يفترض تنازلا مؤقتا عن صلاحيات معينة تعود ممارستها أصلا لرئيس المؤسسة كمجلس الإدارة في شركة المساهمة أو الجمعية العامة غير

[1] - FRANÇOIS DANGER, *La Délégation, en matière de Risque Professionnels*, www.groupe-danger.com ,consulté le 07/12/2021.

[2]– زكي محمد هاشم ، المرجع السابق ، ص 281.

العادية و هذا التفويض يكون دائما بصفة مؤقتة و لأسباب معينة إذا ما زالت هذه الأسباب زال معها التفويض و تبقى ممارسة الصلاحيات خاضعة لإشراف و مراقبة المفوض إلا في حالات التعذر القانونية .[1]

و لا يمكن للمسيّر أن يفوض إلا السلطات التي يتمتع بها قانونا . و يكون تفويض السلطات صحيح إذا كان القانون الأساسي للشركة لا يحظر ذلك. ففي حال وجد تفويض للسلطة لا يمكن القول بأن الشخص المفوض إليه يمارس نشاطه باعتباره مسيّرا فعليا و هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في 22 أكتوبر 1997 [2]من خلال تأييدها لقرار قضاة الموضوع الذي أقر بأنّ " الشخص لا يملك سلطة تمثيل الشركة أمام المحكمة بموجب تفويض السلطة لأنه لم يكن يتمتع بصفة الممثل القانوني أو النظامي أو القضائي لتمثيل ذلك الشخص المعنوي و هذا الأخير هو الشخص الوحيد الذي يتمتع بسلطة التصرف باسم الشركة و لحسابها أمام المحكمة أو يتلقى تفويضا بشأن هذا الغرض "[3]

و بهذا المعنى يجوز للمدير أن يمنح للغير سلطة القيام بعمل محدد باسم الشركة في إطار إختصاص المسيّر و في هذه الحالة يكون تفويض السلطات خاص لأنه يقتصر على تصرفات محددة ، فهو لا يعطي المفوّض له سلطة اتخاذ القرار المخولة قانونا للمسير في إدارة شؤون الشركة ، بل يمنح فقط سلطة القيام ببعض الأعمال التي تقع في الأصل ضمن اختصاص مسير الشركة.

فضلا عن ذلك ، يجب أن يكون التفويض الخاص للسلطات مؤقت و ليس دائما و لذلك يعترف القضاء بهذا النوع من التفويض[4] و يقرر أن الشخص المستفيد منه لا يتمتع

[1]– مصطفى العوجي ، المرجع السابق ،ص 576 و ص577.

[2] -Cass. civ. 2e 22 oct. 1997, *Bull. Joly*, 1998, n° 4, p. 360, note P. LE CANNU , *Les précisions apportées par le droit des procédures collectives au régime de la délégation de pouvoirs dans une société, Bull. Joly*, 1997, p.628,§ 243.

[3] -Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 3 février 1994.

[4] -Cass. com. 22 déc. 1975, *Bull. civ. IV*, n° 314, p. 262

بصفة المسير الفعلي[1] ، فالسلطة التي تمارس من أجل تنفيذ أعمال إدارية محددة هي بطبيعتها منتظمة و من ثم فإن التفويض الخاص للسلطة هو قانوني. و من جهة أخرى إن التفويض العام للسلطة يمنح المفوض إليه سلطة عامة لاتخاذ القرار في إدارة الشركة و يمكن اعتباره اسنادا غير منتظم للسلطة إلى شخص ما أو بالأحرى تنازل غير منتظم في إدارة شؤون الشركة من جانب المسير القانوني و كان هذا بالفعل منطق القضاة قبل صدور قانون الشركات الفرنسي المؤرخ في 24 جويلية 1966 .[2]

وهكذا فإن تفويض السلطة الذي يحرم المسير القانوني من صلاحياته في إدارة الشركة تعتبر دائما غير قانونية لأنها تؤدي إلى ممارسة سلطة التسيير من جانب شخص ليس مسيرا قانونيا ،أي الاخلال بمبدأ عدم التدخل في التسيير و من ثم اسناد صفة المسير الفعلي إلى المفوض إليه.

البند الثاني : آثار التفويض

المسيّر القانوني مسؤول عن أخطائه الشخصية سواء كانت عمدية أو غير عمدية ، و لا يعفى منها إلا إذا عارضه عارض من موانع المسؤولية المتعارف عليها في المبادئ العامة للقانون الجنائي ، و لا يمكنه التنصل من هذه المسؤولية و الدفع بتفويض السلطة ليتحرر من الأخطاء التي يرتكبها . و تعتبر من الأخطاء الشخصية سوء التنظيم في الشركة سوء توزيع المهام و الصلاحيات ، منح تفويض في غير محله بالإضافة الى الخطأ الناتج عن الإهمال و عدم الاحتياط و عدم احترام القوانين و اللوائح.و في جميع هذه الحالات تقوم مسؤوليته الجزائية و ليس بإمكانه التخلص من المسؤولية عن طريق التفويض لأن التفويض في هذه الحالة لا يشكل مانع من موانع المسؤولية .[3]

[1] -Cass. com. 27 avr. 1981, *Bull. civ. IV*, n° 186, p. 148.
[2] -Cass. com. 28 janv. 1956, *Bull. civ. III*, n° 314, p. 273 .
[3] – مصطفى العوجي ، المرجع السابق ،ص 591 ص 592.

و لكن الاشكال يثار في حالة أخطاء تابعيه ، في هذه الحالة يمكن أن يصبح للتفويض أثر و يتحمل المسؤولية المفوّض إليه بدلا من المسيّر أي المفوّض و هذه الحالة تتحقق عندما تفوّض الصلاحيات إلى أحد الأشخاص الذين يحدد المشرع صفاتهم في الشركة و يقوم هؤلاء بتجاوز حدود التفويض أو تجاوز المدة المحددة للقيام بتلك الصلاحيات ، ما لم يثبت بأنه كان سببا في ذلك بأي شكل من الأشكال كأن يرتكب خطأ شخصي يجر بالمفوض إليه إلى ارتكاب خطأ أيضا ، مثلا سوء التسيّير و قلة الرقابة من طرف المسيّر تساهم في ارتكاب الخطأ من طرف التابع و بالتالي لا تخلي المسيّر من المسؤولية.

أما إذا تم تفويض السلطة لشخص لا يتمتع بالصفة القانونية للتسيير في هذه الحالة لا يستطيع المفوّض أن يتمسك بتفويض السلطة ليتنصل من المسؤولية بل تقوم مسؤوليته على أساس منح تفويض في غير محله لأنّ المشرع حدد صراحة الأشخاص الذين يسري في حقهم تفويض السلطة و هؤلاء هم مسيّرين قانونيين لا فعليين ، كما تقوم مسؤوليته أيضا إذا قام بتفويض كامل صلاحياته في حين أن التفويض يكون محدد فقط ببعض الصلاحيات و يكون محدد بمدة زمنية معينة كما سلف الذكر بمعنى تفويض السلطة للمسيّر الفعلي لا يعد سببا خاصا لانتفاء مسؤولية المسيّر القانوني بل يسأل هذا الأخير عن نفس الجريمة المرتكبة من قبل المسيّر الفعلي لانعدام الشروط القانونية اللازمة لتفويض السلطة.

و لكن القضاء الفرنسي كان له موقف مغاير حيال هذه المسألة لأنه يعتبر تفويض السلطة إلى المسيّر الفعلي سببا يعفي المسيّر القانوني من المساءلة الجنائية ، و في هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف بتاريخ 26 فبراير 2003 بإدانة زوج المديرة القانونية للشركة بصفته مسيّرا فعليا على أساس أنه " كان لديه تفويض السلطات من مديرته ، و هذا التفويض و إن كان غير مكتوب إلا أنه كان حقيقيا و ظاهريا للجميع في الشركة "[1] .

[1]- C. A. Douai, 4éme, 26 févr. 2003, décision n° 02/721, inédit

و نفس المنطق تم اعتماده في القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 08 جون 2004 و الذي يقضي بتأييد قرار محكمة الاستئناف التي أسندت صفة المسيّر الفعلي إلى الشخص الذي قام بتسيّير الشركة في إطار تفويض عام للسلطة. في هذه القضية كان وصف المسيّر الفعلي بمثابة الأساس لإدانة المفوّض له بالسلطات العامة في التسيّير بجريمة التفليس.[1] و في هذه الحالة لاحظ قضاة الموضوع أنّ تفويض السلطة محل النزاع لم يقتصر على أفعال محددة ، بل أعطى المفوض له سلطة في اتخاذ القرار بشأن تسييّر الشركة و لم يكن هذا التفويض مؤقت لذا منحت صفة المسيّر الفعلي إلى المفوّض له.

و نظرا لعدم وجود أحكام تشريعية تحدد صراحة المسؤولية الجزائية للمسيّر القانوني إلى جانب المسيّر الفعلي في إطار تفويض السلطة ، يمكن القول أنّ المسيّر الفعلي مادام أنه يتابع جزائيا كما لو كان هو المسيّر القانوني للشركة فإن تفويض السلطة لهذا الأخير يمكن اعتباره صحيح و منتج لآثاره تجاه الشركة و الشركاء و الغير على أساس الظاهر حتى و إن كان هذا التفويض غير مكتوب لأنّ المشرع لم يحدد شكلا معينا للتفويض و من ثم قد يكون تفويض السلطة الصادر من قبل المسيّر القانوني للمسير الفعلي شفهيا ، و إن كان في حقيقة الأمر هذا التفويض للسلطة غير منتظم لكونه منح لشخص لا يتمتع بالصفة القانونية لتسيّير الشركة ، و لكنه يرتب آثاره تجاه الغير و الشركة كما لو كان تفويض منتظم و قد اعترف محكمة النقض الفرنسية بصحة هذا التفويض من خلال القضية التي فصلت فيها بتاريخ 26 فبراير 2003 المذكورة آنفا.

و بالتالي يمكن أن نعتبر تفويض السلطة للمسير الفعلي سببا لإعفاء المسيّر القانوني من تحمل المسؤولية الجزائية مادام أنّ الجريمة ارتكبت في إطار هذا التفويض، و كما نعلم أنه من الناحية القانونية التفويض بالسلطة لا يشكل أداة لتوزيع السلطات فقط ،و إنما هو

[1] Cass. crim. 8 juin 2004 ,pourvoi n° 03-86331, www.legifrance.gouv.fr .

أيضا وسيلة لنقل المسؤولية إلى الطرف المفوض إليه و لو كان هذا الأخير مسيّرا فعليا ، و يشكل في نفس الوقت وسيلة لدفع المسؤولية بالنسبة للمفوّض أي المسّير القانوني.

و على ضوء ما تقدم يمكن القول أنّ المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي في الشركات التجارية هي مسؤولية مزدوجة لأنّ الأفعال الإجرامية التي يرتكبها الشخص المتدخل في التسيّير لا تقتصر على قيام مسؤولية هذا الأخير بل تؤدي كذلك إلى مساءلة الشركة كشخص معنوي متى كانت هذه الأفعال تتم باسم و لحساب هذا الأخير و في هذه الحالة تسأل الشركة إما كفاعل أصلي أو كشريك إلى جانب المسيّر الفعلي بشأن نفس الأفعال الإجرامية ، و تبعا لذلك يمكن أيضا أن يسأل المسيّر القانوني عن هذه الأفعال في حالة وجود المسيّر القانوني متى ثبت من خلال الوقائع مشاركة هذا الأخير بصورة إيجابية أو سلبية في السلوك المادي المكون للجريمة ، كما أنه يمكن إعفائه من هذه المسؤولية في حال تفويض السلطات للمسيّر الفعلي و إن كان لم يحدد المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات حدود المسؤولية الجزائية لكل من المفوّض و المفوّض إليه بخصوص الجرائم التي ترتكب باسم الشركة من قبل المسيّر الفعلي بل ترك المسألة لاجتهاد الفقه و القضاء .

و خلاصة القول ، لا تؤدي صفة المسيّر الفعلي إلى ترتيب نفس النتائج المتعلقة بصفة المسيّر قانوني باعتبار أنه لا يوجد هوية كاملة بين الآثار المرتبطة بكلتا الصفتين. فلا يمكن لصفة المسيّر الفعلي أن تبرر استفادة هذا الأخير من الحقوق و الامتيازات المرتبطة أحيانا بالإدارة القانونية و لكن تنطوي هذه الصفة على جميع القيود التي ترتبها الإدارة القانونية للشركة على المسيّر القانوني ، و من ثم يخضع المسيّر الفعلي لنفس الالتزامات التي يخضع لها المسيّر القانوني و له أن يقوم بكل السلطات المخولة قانونا إلى هذا الأخير و عدم تنفيذ هذه الالتزامات قد يعرضه للمسؤولية التي تحدد خصوصية القواعد المنظمة له و التي لا تكون مطابقة تماما للقواعد المنظمة للمسيّر القانوني.

خاتمة

من خلال دراسة هذا الموضوع نستخلص أنّ المسيّر الفعلي ينفرد بنظام قانوني خاص يميزه عن باقي الأنظمة الأخرى المتعارف عليها في القواعد المنظمة للتسيّير في الشركات التجاري ، هذا النظام ينطبق على كل الأشخاص الذين يتدخلون مباشرة أو بواسطة شخص أخر في تسيّير الشركة في ظل محل أو مكان مسيّرها القانوني ، و ينبغي القول أنه لا يوجد معايير محددة لتحدد صفة المسيّر الفعلي في الشركات التجارية بل أن إثبات الوجود الفعلي لهذا المسيّر يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يعتمد على معايير و مؤشرات عديدة لإسناد تلك الصفة إلى شخص ما في الشركة و قد يكون هذا الشخص شخصا طبيعيا أو معنويا كما قد تكون له صلة مباشرة أو غير مباشرة بالشركة المعنية.

و قد اعترفت غالبية التشريعات القانونية بنظام المسيّر الفعلي و هذا راجع لأسباب و اعتبارات معينة تعود بالدرجة الأولى إلى حماية المراكز القانونية التي تنشأ في ظل الممارسة الفعلية للسلطات من خلال إضفاء النزاهة و الشفافية على أعمال التسيّير و بالدرجة الثانية إلى استقرار المعاملات التجارية و تدعيم الائتمان التجاري .

حيث وضع المشرع جملة من القواعد و الآليات القانونية من أجل تقرير هذه الحماية و التي تتجلى بوضوح في الاعتراف بالمسؤولية المدنية للمسيّر الفعلي و إلزامه بتعويض الأضرار الناتجة عن أعماله التي تسبب ضررا للشركة و الشركاء و الغير استنادا إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية .

كما أخضع هذا المسيّر لنظام الإفلاس عندما تكون الشركة في حالات غير عادية بالموازاة مع المسيّر القانوني ، كذلك اعترف بصحة التصرفات الصادرة عن هذا المسيّر و جعله مسؤولا عن أخطائه تجاه الشركة و الشركاء و الغير و بالمقابل ألزم الشركة بها تجاه الغير كما هو الحال بالنسبة للمسيّر القانوني و قد أثبت القضاء في العديد من المناسبات صحة هذا القول و اعتبر التسيّير الفعلي كحالة ظاهرة و رتب عليها نفس الآثار القانونية كما لو كانت حالة قانونية .

فضلا عن ذلك اعترفت أيضا التشريعات المقارنة بمسؤوليته الجزائية و اعتبره كفاعل أصلي في جميع الجرائم التي يرتكبها بنفسه في حق الشركة إلى جانب المسيّر القانوني بهدف إدانة المسؤول الحقيقي عن الجريمة ، كذلك جعل الشركة كشخص معنوي مسؤولة عن الجرائم التي يرتكبها المسيّر الفعلي كما لو كان هو الممثل القانوني و الحقيقي لها.

و هنا ينبغي القول أن المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي لا تستبعد مسؤولية المسيّر القانوني كما أن اخضاع هذا الأخير للمسؤولية لا ينفي مسؤولية المسير الفعلي بل أن هذه المسؤولية قد تقوم عن نفس الفعل أو عن أفعال مستقلة عن بعضها البعض.

إنّ مماثلة المسيّر الفعلي للمسيّر القانوني في نطاق المسؤولية غير آلية في نصوص القانون التجاري فمن جهة ، بعض القواعد الملزمة المطبقة على المسير القانوني لا تسري في حق المسير الفعلي الأمر الذي قد يسمح لهذا الأخير بالإفلات من المسؤولية بحجة أن القواعد لا تنطبق عليه ناهيك عن التقدير الصارم للنصوص من قبل القضاء في بعض المسائل القانونية ، من جهة أخرى بعض التصرفات تصدر من المسيّر الفعلي و لكنها لا تحظى بالحماية القانونية من جانب المشرّع ، حتى لو كانت الحالة نادرة جدا يجب أن لا نتجاهل الدور الإيجابي و الفعال للتسيّير الفعلي ففي بعض الحالات قد يكون التدخل في التسيير ضروري لتعويض النقص أو الاهمال من جانب المسير القانوني مما تستدعي نظاما استثنائيا.

وهذا يدل على أنّ النظام القانوني المطبق على المسيّر الفعلي كان يهدف إلى فرض الآثار السلبية الناتجة عن ممارسة سلطة التسييّر على الشخص الذي يتمتع بهذه الصفة أي معاقبة الشخص الذي يتدخل في التسيّير على نحو يضر بمصلحة الشركة أو الشركاء أو الغير و تبعا لذلك لا يطبق نظام المسيّر الفعلي إذا كان التدخل الصادر من شخص لا يتمتع بصفة التسيير القانوني إيجابيا أو نافعا للشركة التجارية ، و لكن حتى و إن كان بالإمكان الاعتقاد بأنّ المسيّر الفعلي يمكن أن يتدخل ليقوم بتصرفات يمكن أن تسهم في حسن سير الشركة ، فإنه لا يزال حالة في غاية الخطورة.

وهذا ينطبق على الشركة التي لا يمكن أن تحكم حكما صحيحا على حسن نية الفاعل بحكم الواقع ، بحيث يمكن أن يؤدي تشجيعه إلى خراب المؤسسة ، لأنه لا يشعر بأنه ملزم قانوناً بالإدارة السليمة.

و مما تقدم يتضح أن الآليات القانونية التي فرضها المشرع بموجب هذا النظام تبدو غير كافية لضمان و حماية حقوق جميع الأطراف الفاعلة في الشركة لاسيما الغير المتعاملين مع الشخص المعنوي ، خصوصا أن المشرع لم يعطي تعريفا أو مفهوما واضح للمسيّر الفعلي ، كما أنه لم يحدد المعايير التي تكشف عن وجوده من الناحية العملية بل اكتفى فقط بتحديد القواعد التي تضبط سلوكياته في الشركة و لكن هذه القواعد أثبتت عدم نجاعتها و كفايتها لمعالجة جميع حالات التسيير الفعلي لذا جاءت الترسانة غير كاملة.

و بالتالي من أجل تفعيل النظام القانوني للمسيّر الفعلي و تحقيق الغاية المرجوة من إقراره يقترح الباحث التوصيات الآتية:

– العمل على تكريس مبدأ المساواة الفعلية بين المسيّر الفعلي و المسيّر القانوني في جميع الحالات و المواضع القانونية و ذلك من خلال إعادة النظر في بعض القواعد المنظمة للتسيّير الفعلي في الشركات التجارية و بالأخص القواعد المتعلقة بالمسؤولية المدنية عندما تكون الشركة في حالة عادية و ذلك بإدراج نصوص قانونية تقضي صراحة بتطبيق قواعد هذه المسؤولية على المسيّر الفعلي.

– التشديد في مسؤولية المسيّر الفعلي حتى لا يتمكن هذا الأخير من الإفلات من العقاب بحجة أنه لا يتمتع بصفة التمثيل القانوني للشركة ،و بالمقابل العمل على حماية أو مكافأة هؤلاء الأشخاص الذين يتدخلون في التسيّير من أجل الحفاظ على مصلحة الشركة.

– كذلك يجدر بالمشرع تحديد نوعية الجرائم التي تنطبق على المسيّر الفعلي و يقتضي الأمر إعادة صياغة النصوص المتعلقة بالمسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي ، فهذا الأخير من المفروض أنه لا يسأل عن جرائم الامتناع التي ترتكب في حق الشركة بل يسأل عنها المسيّر القانوني فقط باعتبار أنّ السلوك المادي للجريمة الذي يتجسد في إمتناع المسيّر

يتنافى مع طبيعة المهام التي يأديها المسيّر الفعلي ، فكما هو معلوم صفة التسييّر الفعلي تثبت من خلال القيام بالعمل و ليس من مجرد الامتناع و هذا الأمر متفق عليه فقها و قضاءا.

تم بعون الله و توفيقه

قائمة المصادر و المراجع

المصادر

أولا : أهم النصوص القانونية الخاصة بالتشريع الجزائري

- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل الفردية المعدل و المتمم ، ج ر العدد17 المؤرخة في 25 أفريل1990 ،ص 562.
- القانون 90-22 المؤرخ في 18 أوت 1990 المعدل و المتمم بالأمر 96 -07 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بالسجل التجاري ، ج ر العدد 03 المؤرخة في 14جانفي1996.
- القانون رقم 03-04 المؤرخ في 17 فبراير 2003 يعدل و يتمم المرسوم التشريعي 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة ، ج ر العدد 11 المؤرخة في فبراير 2003.
- قانون رقم 04-08 المؤرخ في 18 أوت 2004 يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية ،ج ر العدد 52 مؤرخة في أوت 2004 المعدل و المتمم بالقانون رقم 13-06 المؤرخ في 23 جويلية 2013 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية ،ج ر العدد 39 المؤرخة في 2013.
- القانون رقم 10-01 المؤرخ في 29 يوليو 2010 المتعلق بمهنة الخبير المحاسب و محافظ الحسابات ، ج ر العدد 42 المؤرخة في يوليو 2010 .
- القانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 ، المتضمن القانون التجاري ج ر العدد 71 المؤرخة في 30 ديسمبر 2015 المعدل و المتمم .
- القانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 ، ج.ر العدد 48 المؤرخة في 17 يوليو 2022 المعدل و المتمم للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج ر العدد 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.

- القانون رقم 22-09 المؤرخ في 05 ماي 2022 ، و المتضمن القانون التجاري ج.ر العدد 32 المؤرخة في 14 ماي 2022 المعدل و المتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في سبتمبر 1975 ، ج.ر العدد 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975 .
- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بالقانون رقم 04-15 المؤرخ في 14 نوفمبر 2004 ، و القانون رقم 06-23 المؤرخ في 02 ديسمبر 2006 ، و القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 سبتمبر 2009 ، ج.ر عدد 15 المؤرخة في 08 مارس 2009 ، و القانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2014 ،ج.ر عدد 07 المؤرخة في 16 فبراير 2014 ، و القانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو 2016 ، ج ر العدد 37 المؤرخة في 22 يونيو 2016 المعدل و المتمم.
- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 ،ج.ر عدد 84 المؤرخة في 24 ديسمبر 2006 المعدل و المتمم.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني ، ج.ر العدد 78 المؤرخة في ماي 2007 .
- الأمر رقم 96- 23 المؤرخ في 09 جويلية 1996 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي ، ج ر العدد 43 المؤرخة في 10 جويلية 1996.
- الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996 المعدل و المتمم للقانون التجاري ، ج.ر المؤرخة في 11 ديسمبر 1996 ، عدد 77، ص 4
- الأمر رقم 01-04 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية و الاقتصادية ،ج ر العدد 47 المؤرخة في 22 أوت2001 المعدل و

المتمم بالقانون رقم 08-10 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية و الاقتصادية و تسييرها و خوصصتها ج ر العدد 27 المؤرخة في 28 ماي 2008 .

- المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل و المتمم للأمر 75- 59 المؤرخ في 27 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم ،ج.ر العدد 27 المؤرخة في 27 أبريل 1993.

ثانيا : النصوص القانونية الخاصة ببعض التشريعات العربية

- قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 ،المعدل بالقانون رقم 17 لسنة 2015 ،ج ر العدد 11 الصادرة بتاريخ 12 مارس 2015.
- قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 و تعديلاته لغاية القانون رقم 57 لسنة 2006 ،ج ر الصادرة بتاريخ 1 نوفمبر 2006.
- قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل بالقانون رقم 64 لسنة 2004 .
- قانون عدد 93 لسنة 2000 مؤرخ في 03 نوفمبر 2000 يتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية التونسي ، الرائد الرسمي التونسي ، العدد 89 المؤرخ في 07 نوفمبر 2000 ،معدل بالقانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009.
- القانون رقم 5.96 المتعلق بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة و شركة التوصية بالأسهم و شركة ذات المسؤولية المحدودة و شركة المحاصة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.49 الصادر في 13 فبراير 1997 .
- القانون رقم 95-17 المتعلق بشركات المساهمة المغربي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.124 صادر في 30 أوت 1996 ، معدل و متمم بموجب القانون رقم 05-20 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.18 بتاريخ 16 يونيو 2008 ج.ر العدد 5639 بتاريخ 16 يونيو 2008.
- القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة صيغة محينة بتاريخ 22 أفريل 2019 ، ج.ر عدد 4418 الصادر بتاريخ 03 أكتوبر 1993 ، ص 2187.

- القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني المصري
- القانون رقم 17 بإصدار قانون التجارة المصري.

المراجع باللغة العربية

أولا : المراجع العامة

- إبراهيم علي صالح ،المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية ، دار المعارف القاهرة ، 1980.
- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، الطبعة 9 ، دار هومة ، الجزائر،2009 .
- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص الجزء الثاني الطبعة الثانية دار هومة 2012-2013 .
- أحمد الورفلي ، الوسيط في قانون الشركات التجارية الطبعة الثالثة مجمع الأطرش للكتاب المختص تونس 2015.
- أحمد شكري السباعي ، الوسيط في الشركات و المجموعات ذات النفع الاقتصادي ، الجزء 5 ، طبعة الأولى ، مطبعة المعارف الجديدة ،الرباط ، 2005.
- إلياس ناصيف موسوعة الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة الجزء الأول الطبعة الثالثة 2008.
- ج.ريبير و ر. روبلو، المطول في القانون التجاري الشركات التجارية ، الجزء الأول ، المجلد الثاني، ترجمة منصور القاضي و سليم حداد ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ،2008 .
- جرجس يوسف طعمه ،مكانة الركن المعنوي في الجرائم الاقتصادية ،دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2005.
- رضا السيد عبد الحميد ، أثر إفلاس الشركة على الشركاء ، دار النهضة العربية .
- زكي محمد هاشم، أساليب الإدارة، دار السلاسل، الكويت، 2001

- سميحة القيلوبي ،الشركات التجارية، الطبعة الخامسة ،دار النهضة العربية للنشر، القاهرة،2011.
- شريف سيد كامل ، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية ،دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ،دار النهضة العربية، 1997.
- عبد الرحمان مصلح الشرادي ،الخطأ في المسؤولية المدنية و التقصيرية، الطبعة الأولى، 2001
- عز الدين بنستي ، الشركات في القانون المغربي ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى ، 2014
- عزيز العكيلي ،الوسيط في الشركات التجارية دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة و الخاصة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ط 2010.
- عمورة عمار ، شرح القانون التجاري الجزائري ، الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية،دار المعرفة ، الجزائر،2018 .
- فتوح عبد الله الشاذلي ، شرح قانون العقوبات القسم العام الكتاب الثاني، المسؤولية و الجزاء ،دار الهدى، الإسكندرية ، 1997.
- فؤاد معلال،شرح القانون التجاري المغربي الجديد، الجزء الأول،دار الأفاق المغربية للنشر و التوزيع،دار البيضاء،المغرب،2016.
- محمد عبد القادر العبودي ،المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي ، دار النهضة ، القاهرة ، 2006.
- محمد علي سويلم ،حوكمة الشركات في الأنظمة العربية و المقارنة بين التنظيم و المسؤولية التأديبية و المدنية و الجنائية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010.
- محمد عيد الغريب ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة ،دار النهضة العربية ، 1994.

- محمد صبري السعدى ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول، دار الكتاب الحديث ، 2003 .
- محمد فريد العريني،المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، 2006.
- محمد فوزي سامي، الشركات التجارية، الأحكام العامة و الخاصة ،الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،2009.
- محمد محبوبي ،أساسيات في قانون الشركات ،الطبعة الأولى،دار النشر أبي رقراق للطباعة و النشر،2005 .
- مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري ، الأوراق التجارية و الإفلاس ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان،2006.
- هاني دويدار ، القانون التجاري البناني ، الشركات التجارية ، الجزء الثاني ،دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، بيروت، 1990.
- وجدي سلمان حاطوم دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية دراسة مقارنة منشورات حلبي الحقوقية ، لبنان ، الطبعة الأولى 2007.

ثانيا : المراجع المتخصصة

- أنور محمد صدقي المساعدة ، المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية ، دار الثقافة ،الأردن ، 2009 .
- سعودي حسن سرحان ، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية ،دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة المتحدة للطباعة ، مصر ، 1999.
- عبد الرحمان السيد قرمان ، مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة عن ديون الشركة المفلسة ، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي و القانون المصري ،دار النهضة العربية ، 2001.

- غنام محمد غنام ،المسؤولية الجزائية للتاجر و مدير الشركة عن جرائم الإفلاس ، دار النهضة ،مصر ، 1993
- كمال العياري، المسير في الشركات التجارية ،شركات الأشخاص و الشركات ذات المسؤولية المحدودة ، الجزء الأول ،مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2010.
- كمال العياري، المسير في الشركة خفية الاسم ، الجزء الثاني ،منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص ،تونس، 2011.
- محمد حزيط ، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري و القانون المقارن،دار هومة ،الجزائر، 2013.
- محمد رفيق الطيب، مدخل للتسيّير،الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر.
- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية في الاتفاقيات المتعلقة بالمسؤولية ، الجزء الثاني ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1990.
- مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية في المؤسسات الاقتصادية، الطبعة الأولى، مؤسسة نوفل ، بيروت،1982.
- هاني سمير عبد الرازق، مسؤولية أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة في حالة إفلاس الشركة ، دار الحقانية للإصدارات القانونية ، القاهرة ،الطبعة 2006.

ثالثا : المقالات

- بوجلال مفتاح ،ممثل الشخص الاعتباري في قانون الشركات التجارية ، مجلة المؤسسة و التجارة ،جامعة وهران ،العدد الرابع ، 2006 .
- شيباني نضيرة ،هوية المسير في ظل الشركة التجارية ، مجلة الندوة للدراسات القانونية ، المركز الجامعي بغليزان ،العدد الأول، 2013.

- صمود سيد أحمد ، معيار مشروعية تصرفات مسيري الشركات التجارية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية ،جامعة الجيلالي اليابس ،سيدي بلعباس، الجزائر ، العدد السادس ،2007 .
- قدوري حميد ،تمديد الإفلاس كجزاء عن قيام المسؤولية في حالة إفلاس شركة المساهمة ،مجلة معهد العلوم القانونية و الإدارية ،المركز الجامعي أحمد زبانة غليزان ، العدد 07 ،ديسمبر 2016.

رابعا : الرسائل الجامعية

- أمال بلمولود ، المسؤولية المدنية للمسيرين في شركة المساهمة ، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال ، جامعة محمد الأمين دباغين سطيف 2 ، 2015.
- بدي فاطمة الزهراء ، الرقابة الداخلية في شركة المساهمة ، أطروحة دكتوراه في قانون الأعمال ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2017/2016.
- بن عودة ليلى،الجمع بين وظيفة مدير و أجير في شركة المساهمة ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون الأعمال ،جامعة وهران، 2012/2011 .
- زكري إيمان حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ،رسالة دكتوراه في القانون الخاص ،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، 2017/2016.
- شيباني نضيرة ،مسؤولية مسيري الشركات التجارية في ظل الإفلاس و التسوية القضائية ، مذكرة ماجستير في قانون المسؤولية المهنية ،جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2012.
- صيدي عبد الرحمان، المسؤولية الجزائية لمدير الشركة التجارية الخاصة، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي ، جامعة الجزائر1 كلية الحقوق، بن عكنون ،سنة 2011/2010.

- عبد الرزاق الموافي عبد اللطيف ، المسؤولية الجناية لمدير المنشأة الاقتصادية الخاصة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق،جامعة المنصورة ، القاهرة مصر ، 1999.
- عبد الرؤوف مهدي ،المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية ،دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ، الإسكندرية مصر .
- عمار مزياني ،المسؤولية الجزائية لمسيري الشركات ، رسالة دكتوراه تخصص قانون جنائي ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، كلية الحقوق،2013/2012.
- قندلي رمضان ، عقود التوزيع،رسالة دكتوراه في قانون الأعمال،جامعة الجيلالي ليابس بسيدي بلعباس،2018/2017 .

خامسا : الأحكام و القرارات القضائية

1. قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش تحت الرقم 1263 ، ملف عدد 2010/09/309 غير منشور.
2. حكم صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء تحت الرقم 41 ، ملف عدد 2001/10/197 بتاريخ 2008/11/02 غير منشور.
3. حكم صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء تحت الرقم 30/08 ، ملف عدد 2003/10/285 بتاريخ 2008/01/28 غير منشور.
4. حكم جزائي صادر عن المحكمة الابتدائية بأريانة تحت عدد 17694/694 ، بتاريخ 17 ماي 1995.

Bibliographie en langue française

I. Principaux textes de législation française

- Décret n° 53-706 du août 1953, J. O.R.F. du 10 août 1953, p. 7050.
- Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, J.O.R.F. du 26 juillet 1966, p. 6402.
- Loi n° 85-98, relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises , J.O.R.F. du 26 janvier 1985, p. 1097.
- Loi n° 94-475, du juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, J.O.R.F. du 11 juin 1994, p. 8440.
- Loi n° 2000-647,du juill.2000, J.O.R.F. du 11 juill. 2000, p. 10484.
- l'ordonnance 2000-912 du 18.09.2000, J.O.R.F.du 21 septembre 2000.
- Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, J.O.R.F du 16 mai 2001,dite « loi Ner » n°113, p.7776
- La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, J.O.R.F du 27 juillet 2005, p. 12187.
- l'ordonnance n° 2010-420 du 27 avril 2010, J.O.R.F n° 0101 du 30 avril 2010.
- l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 , J.O.R.F. n°0035 du 11 février 2016.modifiée le code civile français et ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018.
- la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, J.O.R.F. du 23 mai 2019, dite« loi Pacte ».

II. Ouvrages généraux

- **BRUNO .DONDERO,** *Droit des sociétés* ,5éme éd, Dalloz, France, 2017.
- **C. CHAMPAUD et J. PAILLUSSEAU**, *Le pouvoir de concentration de la société par actions* , Sirey 1962 .
- **G. RIPERT et R. ROBLOT**, par L. VOGEL, *Traité de droit commercial*, 18éme éd. *L.G.D.J*. 2002
- **J. PELISSIER, A. SUPPIOT et A. JEAMMAUD**, *Droit du travail*, 23éme éd. Précis Dalloz, 2006.
- **J.MESTRE**, *Droit commercial* ,L.G.D.J ,24éme éd,1999
- **Y. GUYON**, *Traité de droit des affaires*, T. 1, 12éme éd., Economica, 2003
- **JEAN PIERRE CASIMIR ET AUTRES**, *Droit des affaires « gestion juridique de l'entreprise »*,Sirey, Paris, 1987.
- **LESCOEUR**, *Essai historique et critique sur la législation des sociétés commerciales en France et à l'étranger*, 1874
- **M. STORCK**, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, L.G.D.J. 1982.
- **MAURICE COZIAN**, *Droit des sociétés commerciales*, lexis-nexis, Paris, 2012.
- **MAURICE COZIAN**, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 1999.
- **M. COZIAN** et **A. VIANDIER**, *Droit des sociétés*, 20éme éd., Litec, 2007.
- **Y. GUYON**, *Droit des affaires*, T.1, 11éme éd., Economica, Paris, 2003.
- **Y.GUYON**, *Droit des affaires droit commercial et sociétés*, T.1, 6éme éd Economica , Paris, 1991.

III. Ouvrages spéciaux

- **DANIEL.VEAUX** , *La responsabilité personnel des dirigeants dans les sociétés commerciales*, Librairie de la cour de cassation, France, 1947.
- **FABRICE FRANÇOIS, ISABELLE MAIGRET, AMBOISE MARLANGE**, *Dirigeant de société statut social et fiscal*, Dalmas, 2éme éd, Paris, 2009-2010 .
- **SORAYA MESSAI BAHRI,** *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Litec, Paris, 2009.
- **SERGE-HADJI ARTINIAN**, *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, Paris, 2001.
- **MARIA PAPANTONI** , *L'immixtion en droit des sociétés*, Bruylant, France 1998.
- **Gérard ZAQUIN**, *La gérance de fait de la SARL en droit fiscal, J. C. P*, éd. C. I., 1976.
- **JEAN.CALAIS AULOY**, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial* , L.G.D.J ,1959.
- **Th. LAMORLETTE**, *Les actes anormaux de gestion*, Économica, 2éme éd., 1985.

IV. Thèses et mémoires

- **Gérard Hervé VILON GUEZO**, *responsabilité pénale du dirigeant regard critique* , Thèse de doctorat, université d'Orléans, 2016.
- **HOUARI ZENASNI** ,*la responsabilité fiscale des dirigeants de sociétés commerciales* , Mémoire pour l'obtention du diplôme de magistère, université d'Oran , 2012.
- **MACQUERON (Jean-Marie)**, *La notion de dirigeant de fait (étude de la jurisprudence française de ses origines à 1981)*, Thèse de doctorat, université de Rouen 1982.

- **G. MARTIN**, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes* , Thèse de doctorat, université de Nancy, 1977.
- **M. MARTEAU-PETIT** , *La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés*, Thèse de doctorat, université de Paris II, 1992,

V. Articles

- **ANNICK BATTEUR**, *La théorie du mandat apparent et la protection des tiers contractants, Petites affiches,* 26 avr. 1996, n° 51, p. 13
- **AMEL MAMLOUK**, *La représentation des sociétés commerciales et la protection des tiers*, annales de sciences juridique périodique F.S.J.E.G Tunisie, 2010 p.75.
- **ASENCIO STEPHANE**, *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, Rev. Sociétés, Dalloz paris, 2000, p 683
- **B. AMIGUES**, *Le banquier peut-il être administrateur de fait par personne interposée* ? : *Banque et droit*, mars-avr. 2005, p. 7.
- **BARBIERI JEAN-FRANÇOIS**, *Immixtion dans la gestion d'une filiale et responsabilité de la société mère*, Rev. sociétés 2004, p. 418
- **CHRISTOPHE GERSCHEL**, *Le principe de non-immixtion en droit des affaires, Petites affiches,* 30 août 1995, n° 104, p. 8 et 1er sept. 1995, n° 105, p. 4.
- **D. SCHMIDT** ,*De l'intérêt social*, Rev. Dr. Banc. Et Bourse, 1995, p. 130.
- **D. SCHMIDT,** *De l'intérêt commun des associés*, Rev. Dr. Banc. Et Bourse, 1994, p. 204
- **D. SCHMIDT**, *Considération des intérêts des actionnaires dans les prises de décision et le contrôle du juge*, Petites affiches, 19 nov. 1997, n° 139
- **DEDESSUS- LE- MOUSTIER** (Nathalie), *La responsabilité des dirigeant de fait* , Rev. sociétés 1997, p. 499

- **DELEBECQUE (Philippe),** *L'administrateur de fait par personne interposée : une notion à définir*, JCPE, 2005, n° 234
- **E.DU PONTAVICE ,** *Le principe de non-immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion à l'épreuve des faits* : Rev. sociétés, 1973, p. 599
- **E.-H. PERREAU**, *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé, RTD civ.* 1911, p. 229
- **F.-G. TREBULLE**, *Stakeholders Theory et droit des sociétés*, (1er partie), *Bull. Joly* 2006, n° 12, p.1337.
- **F.-X. LUCAS**, *Responsabilité bancaire : le banquier administrateur de fait par personne interposée*, *RD bancaire et fin.*, 2004.
- **FRANÇOIS BIBOUM BIKAY**, *les situations de fait en droit des sociétés de l 'OHADA* , R.D.U.S n ° 43, 2013.
- **G. AUZERO**, *L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé, D. affaires*, 1998, p. 502
- **D.GIBIRILA** , *Les responsabilités et les sanctions du dirigeant dans la loi de sauvegarde des entreprises*, Répertoire du Notariat Defrénois, 30 juin 2006 n° 12, p. 989
- **J. PAILLUSSEAU**, *Le droit moderne et la personnalité morale*, RTD civ. 1993, n° 4, p. 705.
- **J.F. MARTIN**, *Les membres du conseil de surveillance sont-ils des dirigeants sociaux au sens de la loi du 25 janvier 1985 ? Gaz. Pal.* 1991, 1, doctr. 24.
- **J.P. BERTREL**, Dossier *L'intérêt social, Dr. et patr.* avr. 1997, p. 42
- **JULIA HEINICH**, *Les dirigeant de fait du neuf dans de l'ancien*, revue de jurisprudence commerciale n° 5 septembre /octobre 2018.
- **P.LE CANNU**, *Direction de fait et contrat avec la société dirigée*, Bull. Joly, 1998, n° 1, p. 5.
-

- **MAROT YVES**, *La collaboration entre franchiseur et franchisé*, Petites affiches 31 août 2000, n° 174, p. 4
- **NOTTE (Gérard)**, *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives*, *JCP*. CI. 1980, 8560.
- **P. LE CANNU**, *La nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme*, *Bull. Joly* 1989, p. 479
- **P. LE CANNU**, *Les précisions apportées par le droit des procédures collectives au régime de la délégation de pouvoirs dans une société*, *Bull. Joly*, 1997.
- **R. GOUYET**, *La théorie de l'acte anormal de gestion, Petites affiches*, 10 nov. 2000, n° 225, p. 4
- **RIVES-LANGE (Jean-Louis),** *La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens)*, D. 1975, Chron. p. 41, n° 5
- **P.TIGER ,** *Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA*, Petites affiches, 13 oct. 2004, n° 205, p. 35
- **D.TRICOT,** *Les critères de la gestion de fait*, Dr. et patr. janv. 1996, p. 24

VI. Notes et Jurisprudence

- T. confl., 30 juillet 1873, arrêt Pelletier, n° 00035 .
- Req. 9 févr. 1932, (arrêt Vidal), *S.* 1932, 1, 177, note M. H. ROUSSEAU.
- C. E. 12 mai 1933, G. P. 1933, 2, 199 .
- C. E. 19 juill. 1933, G. P. 1933, 2, 739.
- Cass. com. 28 janv. 1956, *Bull. civ. III*, n° 314, p. 273 .
- Cass. Crim 24 octobre 1957. *Bull crim.* n ° 673.
- Cass. soc. 11 oct. 1961, *Bull. civ.* IV, p. 670 .

- C. A. Amiens, 10 oct. 1961 , *RTD com.* 1965, III, p. 177, obs. R. HOUIN.
- Cass. ass. plén., 13 décembre 1962 : JCP, 1963, II, 13105, note ESMEIN.
- CA Paris, 29 nov. 1962, *D.*, 1963, jur., p. 648, note J.-M. VERDIER.
- Cass. com. 28 mai 1962, *Bull. civ*. III, n° 279, p. 230
- Cass. com. 4 avr. 1962, *RTD com.* 1962, 752.
- Cass. crim. 19 oct. 1967, *Bull. Crim.* n° 272
- Rép. LEBAS, J. O. Déb. AN. 3 déc.1970, p. 6095.
- Cass. com., 13 avr. 1970, pourvoi no 68-10.816, *Bull. Joly* 1970, p. 347.
- Cass. com. 12 juin 1972, *Bull. civ.* IV, n° 187, p. 182.
- Cass. com. 20 juill. 1973, *Bull. civ*. *IV*, n° 260, p. 233
- Cass. crim. 16 déc. 1975, *JCP éd. G.* 1976, II, n° 18476
- C.A. Aix, 30 septembre 1975, *D.* 1976, somm., p. 2
- Cass. com. 22 déc. 1975, *Bull. civ. IV*, n° 314, p. 262 .
- Rép. n° 23314 à M. Frédéric DUPONT, *J. O. déb. Ass. nat.* 12 déc. 1975, p. 9715.
- Cass. com. 14 juin 1977, Bull. civ IV. n° 171, p. 148
- Cass. com. 31 janv. 1978, *D.* 1978, I.R. 286 .
- Cass. crim. 26 juin 1978, *JCP éd G.* 1978, IV, p. 273
- CA Paris, 22 févr. 1980, *Gaz. Pal.*, 1980, 1, p. 359, concl. M. ECOUTIN
- Cass. com. 27 avr. 1981, *Bull. civ. IV*, n° 186, p. 148.
- Cass. com. 6 octobre 1981, *JCP*. 1982. II., 19891, note G. NOTTE .
- Cass. com. 5 oct. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 295, p. 253 .

- C.E. 11 juillet 1983, req. 33-942, *Rev. sociétés* 1984, no 3, p. 556
- C.E., plén., 27 juillet 1984, req. 34-588, *R.J.F.*1984, n° 10, p. 562.
- Cass. com. 15 juill. 1987, *Bull. civ*. 1987, IV, n° 186, p. 137 ; *Rev. pr. Coll.* 4/1987, p. 95, obs. Y. CHAPUT .
- C.A. Paris, 11 juin 1987, *Bull. Joly* 1987, n° 299, p. 719.
- Cass. com. 12 janv. 1988, Bull. civ. n° 18, p. 13.
- Cass. crim., 12 déc. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 252, § 80, note Y. STREIFF.
- Cass. com. 16 fév. 1988, Bull. Joly 1988, p. 270, n° 68.
- CA Paris, 27 oct. 1988, *JCP. éd. E*, 1989, II, p. 106.
- Cass. com. 20 déc. 1988, *Rev. Proc. Coll.* 1989, p. 244, obs. Y. CHAPUT.
- Cass. civ. 8 févr. 1989, *Gaz. Pal.* 1989, I, pan., p. 91.
- Cass. com. 18 avr. 1989, *Bull. Joly Sociétés*, 1989, p. 568, § 210.
- CA Paris, 25 avr. 1989 : *Bull. CNCC*, n° 77, mars 1990, p. 94
- Cass. com. 10 déc.1991, *RJDA* 1992, n° 225 ;30 mars 1993, *Bull. civ*. IV, n° 126
- Cass. com., 28 mai 1991, *Rev. sociétés*, 1991, p. 764 ;
- 30 sept. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 153, note BARADERIE.
- Cass. crim., 22 avr. 1992 (arrêt Carpaye), *Rev. Soc.* 199, p. 124 et *B.R.D.A.* 1992, n° 19, p. 7
- Cass. soc. 19 nov. 1992, pourvoi n° 91-43.689, Gantinc/ S. Prit's.
- Paris, 1er ch. A, 24 juin 1992, *Bull. Joly* 1992, n° 388, p. 1195
- Cass. crim. 9 nov. 1992, *Rev. sociétés*, 1993, p. 433, note BOULOC.
- Cass. Com. 6 oct. 1992, *JCP éd. G.* 1992, IV, p. 325, n° 2983**.**

- Cass. com. 15 juin 1993, *Dr. Sociétés* 1993, n° 200, obs. T. BONNEAU.
- Cass. com., 12 janvier 1993, JCP. 1993. II. 22029, note Y. GUYON .
- Cass. com. 27 avr. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 158, p. 109 .
- CA. Toulouse, 11 mars 1993, *JCP*. 1993, IV, n° 1625 .
- Cass. com. 9 nov.1993, *Bull. civ.* IV, n° 390, p. 284
- Cass. crim. 14 juin 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1139, note SAINTOURENS**.**
- Cass. crim. 26 mai 1994, *JCP éd. E.* 1994, n° 1014 ; *Bull. Joly* 1994, p. 1295 .
- Cass. com. 18 oct. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1305, note J.-F. BARBIERI.
- Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 3 février 1994.
- Cass. com. 25 janv. 1994, *RJDA* 1994, n° 457, p. 358.
- Cass. com. 21 mars 1995, *Bull.* IV, n° 98, p. 87 .
- Cass. com., 9 mai 1995, *RJDA*, 1995/11, p. 979, n° 1262
- Cass. com. 19 déc. 1995, *Bull. civ*. IV, n° 307, p. 281
- Cass.com 10 octobre 1995, n° de pourvoi 93-15.619 publié au *bull.*
- CA Montpellier, 2éme ch. B., 10 sept. 1996, *Petites affiches*, 20 févr. 1998, n° 22, p. 21, note G.-A.LIKILLIMBA.
- Cass. crim. 11 janv. 1996 (arrêt Rosemarin), *Petites affiches,* n° 41, avr. 1996, p. 23.
- Cass. com. 19 mars 1996, n° 93-16. 527, Sérigraphie industrie c/ Boyeldien
- C. A. Paris, 23 mai 1997, *BRDA* 1997, n° 18, p. 2.
- CA Paris, 3e ch. sect. C, 7 févr. 1997, *Bull. Joly* 1997, n° 5, p. 480.

- Cass. soc. 29 avr. 1997 : CSBP 1997, n° 92 S. 125.
- C. A. Paris, 25 sept. 1997, *RJDA* 1998, n° 54, p. 34.
- Cass. com. 14 oct. 1997, n° 94-14146.
- Cass. civ. 2e 22 oct. 1997, *Bull. Joly*, 1998, n° 4, p. 360, note P. LE CANNU.
- C.A Paris, 7 oct. 1997, *Bull. Joly* 1998, § 55 p. 16
- C.A Toulouse, 30 juin 1997, *Bull. Joly* 1998, § 16, p. 53.
- C.A. Paris, 23 mai 1997, *RJDA* 1997, n° 1277.
- C.A. Versailles, 13éme ch., 6 nov. 1997, *rép. gén.*, n° 2706/97.
- CA Paris, 6 mai 1997 : *Rev. sociétés*, 1997, p. 626, obs. Y. GUYON.
- Cass. crim. 30 juin 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 210, p. 602 .
- Cass. com. 20 janv. 1998, *RTD com.* 1998, p. 357 .
- Cass. com. 16 mars 1999, pourvoi n° 95-17420, *Bull. civ.* 1999, IV, n° 64, p. 53
- Cass. com. 26 oct.1999, *RJDA* 1999, n° 1213, p. 982
- Cass. com. 6 juill. 1999, n° 1373 D
- C.A. Paris, 3éme ch. 5 févr. 1999, *RTD com.* 2000, p. 373, note C. CHAMPAUD et D. DANET.
- CA Poitiers 9 févr. 1999, *Juris-Data* n° 1999-115085.
- Cass. com. 23 nov. 1999, *BRDA* 2000, n° 5, p. 4.
- Cass. com. 26 oct. 1999, *RJDA* 1999, n° 1368, p. 1100
- Cass. com. 15 juin 1999, *Bull. civ.* V, n° 282, p. 203.
- Cass. com. 26 oct. 1999, Juris- Data n° 003877, Rev. proc. coll. 2000, p. 115, n° 6 .
- C.A. Paris, 2 mars 1999, *Petites affiches* ,10 janv. 2000, n° 6.
- Cass. soc. 20 janv. 1999, pourvoi n° 96-45.642 .
- C. A. Paris, 6 oct. 2000, *Bull. Joly* janv. 2001, § 6, p. 32 .

- Cass. com. 5 déc. 2000, pourvoi n° 97-19.582.
- C.A. Paris, 3éme ch. C., 4 févr. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 817.
- CA Paris, 6 oct. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 263, obs. A. MARTIN-SERF.
- Cass. crim. 14 déc. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 488.
- Cass. com. 28 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 256, p. 201
- CA Paris, 4 févr. 2000, *RTD com.* 2000, p.386, note C. CHAMPAUD et D. DANET.
- Cass. com. 14 mars 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 602, § 133, note J.-J. DAIGRE .
- CA Versailles, 22 juin 2000, *D.* 2000, *act. jur.*, p. 367, obs. A. LIENHARD.
- Cass. com. 6 fév. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 33, p. 30 ; *Bull. Joly*, juin 2001, § 150, p. 593, note J.-F. BARBIERI .
- C.A. Orléans, 8 mars 2001, *RJDA* 2001, n° 589, p. 524.
- Cass. com. 19 juin 2001, *Bull. Joly* 2001, n° 12, p. 1279, note P. SCHOLER
- Cass. soc., 31 oct. 2002, pourvoi n°00-18.359
- Cass. crim. 16 oct. 2002, pourvoi n° 01-87298.
- Cass. com. 4 juin 2002, pourvoi n° 99-10973
- Cass. com. 5 nov. 2002, pourvoi n° 00-17028.
- Cass. soc. 26 mars 2002, pourvoi n° 00-42.223, R. Foegle c/ Windenberger-Jenner et CGEA-AGS de Nancy.
- Cass. com. 19 nov. 2002, RJDA 2003, p. 229, n° 259
- Cass. com. 25 juin 2002, pourvoi n° 99-18643.
- CA. Paris, 3éme ch. B, 2 mai 2003, Rev. sociétés 2003, p. 574, RJDA 2004, n° 817, p. 763.
- Cass. com. 22 janv. 2003, pourvoi n° 02-82. 969.

- Cass. com. 13 mai 2003, *D.* 2003, p. 2537, comm. J.-P. KARAQUILLO.
- Cass. soc. 11 mars 2003, *Petites affiches*, 8 mai 2003 n° 92, p. 11, note S. MENEGAKIS.
- CA. de Saint-Denis- De-La- Réunion, ch. correctionnelle, 26 mars 2003.
- Cass. com. 8 oct. 2003, pourvoi n° 01-00236
- C. A. Douai, 4éme, 26 févr. 2003, décision n° 02/721.
- Cass. com., 20 mai 2003, *D.* 2003, p. 1502, obs. LIENHARD .
- Cass. com. 7 juill. 2004, *Bull. Joly sociétés*, 2004, p. 1531, § 303, note H. Le NABASQUE .
- Cass. crim. 23 nov. 2004, pourvoi n° 04 -80 830.
- Cass. civ., 25 févr. 2004 *Bull. Joly*, 2004, p. 666, § 129, note J.-Ph. DOM
- Cass. crim. 12 déc. 2004, pourvoi n° 03-83474.
- CA Versailles, 29 avr. 2004 : *Dr. sociétés*, 2004, comm. n° 188, obs. J.-P. LEGROS .
- Cass. civ. 6 avr. 2004, *Bull. civ.* I, n° 108 p. 88.
- Cass. crim. 20 oct. 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 249, p. 935.
- Cass. crim. 22 sept. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 45, note J.-F. BARBIERI.
- Cass. crim. 23 nov. 2004, *JCPE* 2005, n° 736, p. 815, obs. FORTIS et MULLER.
- Cass. crim. 5 mai 2004, pourvoi n° 03-87366.
- Cass. crim. 8 juin 2004 ,pourvoi n° 03-86331.
- Cass. com. 25 janv. 2005, *Bull. Joly sociétés*, 2005, p. 599, § 135, note B. Le BARS.
- Cass. crim. 30 novembre 2005, pourvoi n° 05-82707.
- Cass. com. 4 janvier 2005, *Gaz. Pal.* du 30 avr.2005.

- Cass. com. 12 juill. 2005, *Bull. civ.* 2005, IV, n° 169, p. 183.
- Cass. crim. 23 févr. 2005, pourvoi n° 04-82821.
- Cass. com. 12 juill. 2005, *Rev. sociétés* 2006, n° 1, p. 162.
- Cass. com. 12 juill. 2005, *Bull. Joly 2006*, n° 1, p. 34.
- Cass. com. 2 nov. 2005, *Bull. Joly*, 01 avr. 2006 n° 4, p. 469, note F.-X. LUCAS.
- Cass. Com. 6 déc. 2005, Bull. Civ. 2005, IV, n° 243 p. 269
- Cass. com. 18 janv. 2005, *Gaz. Pal. spécial procédures collectives* 2005, n° 1, p. 49.
- Cass. com. 23 mai 2006, pourvoi n° 05-11989, *Bull. civ*. 2006, IV, n° 125, p. 128.
- Cass. com. 27 juin 2006, Gaz. Pal. 07 octobre 2006, n° 280, p. 25, note Ph. ROUSSEL GALLE.
- Cass. com. 30 mai 2006, pourvoi n° 03-16179.
- Cass. soc. 21 févr. 2006, pourvoi n° 03-41487.
- Cass. crim. 13 sept. 2006, pourvoi n° 05-86489.
- Cass. com. 27 juin 2006, *Bull. Joly* 2006, n° 12, p. 1372, note F.-X. LUCAS .
- CA Versailles, 19 janv. 2006, *Bull. Joly* juin 2006, n° 6, p. 705, note J.-F. BARBIERI.
- Cass. crim. 8 nov. 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 280, p. 1015.
- C.E. 28 avr. 2006, n° 277572, *Bull. Joly*, 1er août 2006, p. 1019-1024, note S. REEB-BLANLUET
- Cass. soc., 21 juin 2006, *D.* 2006, no 41, p. 2831, note M. MINE.
- Cass. com. 11 juill. 2006, pourvoi n° 05-14890.
- Cass. com. 27 févr. 2007, pourvoi n° 05-20038 .
- Cass. com. 13 févr. 2007, n° 05-20126, *Bull. Joly*, 01 juin 2007 n° 6, p. 697, note A. LECOURT.

- Cass. crim. 4 sept. 2007, pourvoi n° 06-87946.
- Cass. crim. 5 sept. 2007, pourvoi n° 06-85902.
- Cass. com. 20 nov 2007, pourvoi n° 06-16933.
- Cass. Crim. 10 mai 2007, pourvoi n° 06-86173.
- Cass. Com. 13 nov.2007, *Gaz. Pal*. 24 janv. 2008, n° 24, p. 68, note Th. MONTERAN.
- Cass .com.10 juillet.2012 n°11.21.395 Juris Data,n°2012-015731.
- Cass. crim. 16 octobre 2013, pourvoi n° 05-82121
- Cass.com.,07oct. 2014,n°13-18.871,JCP E 2014,1025, note Y.Paclot.
- Cass. com.,10 févr.2015, n°13/17.589, RJDA 5/15, n°344.
- CA Paris,12 janv.2016, n°14/24.115, RJDA 3/16 , n°194.
- Cass.com.,14 févr. 2018 n° 15-24.146, *Dr.sociétés* 2018, comm.84,note J.Heinich
- Cass.com., 24 janv. 2018 n°16-23.649, BJS 2018 , p.170, note J.Heinich.

المواقع الإلكترونية

- www.juris-classeur.com
- www.legifrance.gouv.fr
- www.lextenso.fr
- www.groupe-danger.com
- https://revuealmanara.com

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

مقدمة 01

الباب الأول : الإطار المفاهيمي للمسيّر الفعلي في الشركات التجارية 11

الفصل الأول : نشأة النظام القانوني للمسيّر الفعلي في الشركات التجارية 13

المبحث الأول : التطور التارخي لنظام المسيّر الفعلي في الشركات التجارية 14

المطلب الأول : تطور نظام المسيّر الفعلي في التشريع الفرنسي و التشريعات العربية 14

الفرع الأول : التطور التشريعي لفكرة المسيّر الفعلي في القانون الفرنسي 14

البند الأول : مرحلة ما قبل صدور قانون الشركات لسنة 1966 15

البند الثاني : مرحلة ما بعد صدور قانون الشركات لسنة 1966 21

الفرع الثاني : التطور التشريعي لفكرة المسيّر الفعلي في القوانين العربية..... 24

البند الأول : ظهور فكرة المسيّر الفعلي في التشريع الجزائري..... 24

البند الثاني : ظهور فكرة المسيّر الفعلي في التشريع المغربي..... 26

البند الثالث : ظهور فكرة المسيّر الفعلي في التشريع التونسي 28

البند الرابع : ظهور فكرة المسيّر الفعلي في التشريع المصري 30

المطلب الثاني : أسباب الاعتراف بنظام المسيّر الفعلي في الشركات التجارية .. 32

الفرع الأول : مواكبة التشريع التجاري للتطورات الحاصلة في الميدان الاقتصادي 32

الفرع الثاني : حماية المراكز القانونية في ظل التسيّير الفعلي للشركات التجارية 34

البند الأول: تدعيم الشفافية في المعاملات 34

البند الثاني : التشجيع على الاستثمار و دعم المنافسة..... 35

البند الثالث : التصدي للحالات الخطيرة..... 36

المبحث الثاني : تعريف المسيّر الفعلي و تمّيزه عن النظم المشابهة له 36

المطلب الأول : تعريف المسيّر الفعلي..... 37

الفرع الأول : التعريف التشريعي للمسيّر الفعلي..... 37

البند الأول : تعريف المسيّر الفعلي في التشريع المقارن..... 37

البند الثاني : تعريف المسيّر الفعلي في التشريع الجزائري 38

الفرع الثاني : التعريف الفقهي للمسيّر الفعلي 39

الفرع الثالث : التعريف القضائي للمسيّر الفعلي 42

المطلب الثاني : تميّيز المسيّر الفعلي عن النظم القانونية المشابهة له..... 47

الفرع الأول : تمييز المسيّر الفعلي عن المسيّر القانوني 47
الفرع الثاني : تمييز المسيّر الفعلي عن المتصرف المؤقت 51
الفرع الثالث : تمييز المسيّر الفعلي عن المدير المفوض..... 54
الفصل الثاني : شروط تطبيق نظام المسيّر الفعلي في الشركات التجارية 57
المبحث الأول : النشاط الإيجابي في تسيّير الشركة 59
المطلب الأول : ممارسة السلطات المخولة للمسيّر القانوني 60
الفرع الأول : مضمون سلطات التسيّير في الشركة 61
البند الأول : التسيّير الداخلي للشركة 62
البند الثاني: التسيّير الخارجي للشركة 71
الفرع الثاني: الغاية من سلطة التسيّير 82
البند الأول : تحقيق المصلحة الجماعية..... 82
البند الثاني : دور المصلحة الجماعية في تحديد صفة المسيّر الفعلي..... 91
المطلب الثاني : التدخّل في التسيّير 99
الفرع الأول : التدخل الصادر عن أعضاء الشركة..... 100
البند الأول : تدخل الشريك في التسيّير 100
البند الثاني : تدخل مندوب الحسابات 116
البند الثالث : تدخل العامل الأجير في التسيّير 121
الفرع الثاني: التدخل الصادر عن المتعاملين مع الشركة 126
البند الأول : التدخل في إطار عقود التوزيع التجاري 127
البند الثاني : تدخل البنك في التسيّير 131
المبحث الثاني : النشاط المستقل و الدائم في تسيّير الشركة 134
المطلب الأول : تسيّير الشركة على وجه الاستقلال..... 134
الفرع الأول : المقصود باستقلالية النشاط في التسيير 135
الفرع الثاني : تقدير خاصية الاستقلالية..... 137
البند الأول : معيار إنعدام علاقة التبعية..... 137
البند الثاني : معيار طبيعة النشاط..... 139
الفرع الثالث : مدى استقلالية الشخص المعنوي في التسيّير 141
المطلب الثاني : تسيّير الشركة بصفة دائمة 146
الفرع الأول : الممارسة الاعتيادية للنشاط..... 147
البند الأول : تعدد أعمال التسيّير..... 147
البند الثاني : تنوع أعمال التسيّير 150
الفرع الثاني : الممارسة المستمرة للنشاط..... 155
البند الأول : المقصود بالاستمرارية 155
البند الثاني : تقدير خاصية الاستمرارية..... 159

الباب الثاني : مسؤولية المسيّر الفعلي في الشركات التجارية 165

الفصل الأول : مماثلة المسيّر الفعلي بالمسيّر القانوني في نطاق المسؤولية المدنية . 168

المبحث الأول : مسؤولية المسيّر الفعلي عن أخطائه تجاه الشركة..... 170

المطلب الأول : المسؤولية الناتجة عن الفعل الشخصي 171

الفرع الأول : أركان المسؤولية 177

البند الأول : ركن الخطأ 177

البند الثاني : ركن الضّرر 185

البند الثالث : العلاقة السببيّة 186

الفرع الثاني : دعوى المسؤولية المدنية 188

الفرع الثالث :آثار المسؤولية 193

البند الأول : التعويض عن الضرر..... 193

البند الثاني : الإعفاء من المسؤولية 198

المطلب الثاني : المسؤولية الناتجة عن العجز في موجودات الشركة..... 201

الفرع الأول : شروط قيام المسؤولية 202

الفرع الثاني : آثار المسؤولية..... 207

المبحث الثاني : مسؤولية المسيّر الفعلي عن أخطائه تجاه الشركاء و الغير..... 209

المطلب الأول : المسؤولية تجاه الشركاء 210

المطلب الثاني : المسؤولية تجاه الغير..... 211

الفرع الأول : المسؤولية أثناء سير الشركة..... 212

الفرع الثاني: المسؤولية في حالة إفلاس الشركة..... 222

البند الأول: شروط الإفلاس الشخصي للمسيّر الفعلي 223

البند الثاني : آثار الإفلاس الشخصي للمسيّر الفعلي..... 228

الفصل الثاني : مماثلة المسيّر الفعلي بالمسيّر القانوني في نطاق المسؤولية الجزائية 233

المبحث الأول : قيام المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي..... 234

المطلب الأول : أساس المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي..... 235

الفرع الأول : التوجه القضائي نحو تنظيم المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي 235

الفرع الثاني : تبني المشرّع لنظام المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي..... 239

المطلب الثاني : شروط قيام المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي 244

الفرع الأول : إرتكاب الجريمة من قبل المسيّر الفعلي..... 245

البند الأول : المسيّر الفعلي فاعل أصلي في الجريمة..... 248

البند الثاني : المسيّر الفعلي شريك في الجريمة..... 250

الفرع الثاني : إرتكاب الجريمة باسم الشركة و لحسابها 251

المبحث الثاني : تبعات المسؤولية الجزائية للمسيّر الفعلي 252
المطلب الأول : المسؤولية الجزائية للشركة عن أفعال المسيّر الفعلي..... 252
الفرع الأول : استبعاد المسؤولية الجنائية للشركة عن أفعال المسيّر الفعلي. 253
الفرع الثاني : إقرار المسؤولية الجنائية للشركة عن أفعال المسيّر الفعلي.... 256
المطلب الثاني : المسؤولية الجزائية للمسيّر القانوني إلى جانب المسيّر الفعلي 261
الفرع الأول : مسؤولية المسيّر القانوني في حالة وجود مسيّر فعلي 262
البند الأول : المشاركة الإيجابية للمسيّر القانوني..... 263
البند الثاني : المشاركة السلبية للمسيّر القانوني 263
الفرع الثاني : مسؤولية المسيّر القانوني في حالة تفويض سلطاته للمسيّر الفعلي
..... 267
البند الأول : شروط التفويض 267
البند الثاني : آثار التفويض 269
خاتمة.....274

قائمة المصادر و المراجع 278

فهرس المحتويات 302

النظام القانوني للمسيّر الفعلي في الشركات التجارية
(دراسة مقارنة)

ملخص :

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد النظام القانوني للمسيّر الفعلي في الشركات التجارية و هذا النظام ينطبق على كل شخص يتدخل إما مباشرة أو بواسطة شخص آخر في تسيّير أو إدارة الشركة في ظل محل أو مكان المسيّر القانوني لها و نظرا لخطورة هذا النوع من التدخل على مصير و مستقبل الشركة ، فقد كان من الضروري إيجاد قواعد لضبط سلوكات و تصرفات المسيّر الفعلي في الشركة ، و على ذلك اتجهت التشريعات المقارنة إلى الاعتراف بهذا النظام حتى لا يتمكن هذا المسيّر من الافلات من العقاب بحجة أنه غير مسيّر قانوني.

و قد بينت الدراسة بأنّ المسيّر الفعلي يخضع ضمنيا لنفس الالتزامات و القيود الملازمة لمهام التسيّير في الشركة ، كما أنه يتحمل نفس قواعد المسؤولية المدنية و الجنائية التي تحكم المسيّر القانوني عندما تكون الشركة في حالة عادية أو في حالة إفلاس أو تسوية قضائية ، غير أنه بالمقابل لا يتمتع بنفس الحقوق المقررة قانونا للمسيّر في الشركة ، لذا لا يوجد تطابق تام بين القواعد المنظمة للتسيّير القانوني و التسيّير الفعلي في الشركات التجارية بل ينفرد المسيّر الفعلي بنظام قانوني خاص يميزه عن باقي الأنظمة القانونية الأخرى المعروفة في مجال تسيّير الشركات التجارية.

كلمات مفتاحية : المسيّر الفعلي ، الشركات التجارية ، التدخل في التسيّير، المسؤولية المدنية ، المسؤولية الجزائية.

Le régime juridique du dirigeant de fait dans les sociétés commerciales (Etude comparé)

Résumé :

Cette étude vise à déterminer le régime juridique du dirigeant de fait dans les sociétés commerciales et ce régime s'applique à toute personne qui intervient soit directement ou par une autre personne dans la gestion et la direction de la société sous le lieu ou le lieu de dirigeant légale de laquelle et en raison de la gravité de ce type d'ingérence sur le sort et l'avenir de l'entreprise, il était nécessaire de trouver des règles pour contrôler les comportements et les actes du dirigeant de fait dans l'entreprise, et donc la législation comparative tendait à reconnaître ce système pour que ce dirigeant ne puisse rester impunie au motif qu'il n'est pas légale.

L'étude a montré que le dirigeant de fait est implicitement soumise aux mêmes obligations et restrictions inhérentes aux fonctions de gestion de la

société et porte les mêmes règles de responsabilité civile et pénale qui régissent le dirigeant de droit lorsque la société est dans un état normal ou en cas de faillite ou de règlement judiciaire, mais, il ne jouit pas des mêmes droits prévus par la loi pour le dirigeant de la société , donc il n'y a pas de correspondance parfaite entre les règles régissant la gestion juridique et la gestion effective des sociétés commerciales, mais le dirigeant de fait est unique à un régime juridique spécial qui la distingue des autres systèmes juridiques connus. Dans le domaine de la gestion d'entreprises.

Mos-clés : Dirigeant de fait , sociétés commerciales ,l'immixtion dans la gestion , responsabilité civile , responsabilité pénale .

Legal system of the facto manager in commercial companies (Comparative study)

Abstract:

This study aims to determine the legal system of facto manager in commercial companies and this system applies to everyone who intervenes either directly or by another person in the management of the company under the place or place of the legal manager to it and due to the seriousness of this type of interference on the fate and future of the company, it was necessary to find rules to control the behaviors and acts of the facto manager in the company, and therefore the comparative legislation tended to recognize this system so that this manager cannot go unpunished on the grounds that it is not legal.

The study showed that the facto manager is implicitly subject to the same obligations and restrictions inherent in the company's management functions, and bears the same rules of civil and criminal liability that govern the legal manager when the company is in a normal state and in the case of bankruptcy or judicial settlement, but there is no perfect match between the rules governing the legal management and the facto management of commercial companies, but the facto manager is unique to a special legal system that distinguishes it from other known legal concepts. In the field of business management.

Keywords :facto manager, commercial companies, interference in management , civil liability, criminal liability.