مفهوم المسير الفعلي في شركة المساهمة

The concept of the actual manger in the joint stock company

عبد العزيز بوخرص أستاذ محاضر "أ"(*)
جامعة المسيلة الجزائر
مخبر الدراسات و البحوث في القانون و الأسرة و التنمية الإدارية
azizboukhors@gmail.com

جويدة عماري طالبة دكتوراه
جامعة المسيلة الجزائر
مخبر الدراسات و البحوث في القانون و الأسرة و التنمية الإدارية
djaouida.ammari@univ-msila.dz

تاريخ الإرسال: 2021/12/31	تاريخ القبول: 2022/01/24	تاريخ النشر: 2022/06/10

ملخص:

يضطلع بإدارة شركة المساهمة من حيث الأصل أشخاص يمنحهم القانون هذه المهمة يعبرون عن إرادة هذه الأخيرة ويمثلونها أمام الغير

غير أنه قد يحدث وأن يتدخل أشخاص آخرون في تسيير شؤون شركة المساهمة دون أن تكون لهم الصلاحية القانونية للقيام بهذا الدور، هؤلاء الأشخاص يطلق عليهم المسيرين الفعليين.

تعالج هذه الدراسة إلى مفهوم المسير الفعلي والشروط القانونية التي ينبغي أن تتوافر في شخص ما حتى تلحق به هذه الصفة

الكلمات المفتاحية: شركة مساهمة، مسير فعلي، مسير قانوني

Abstract

The management of the joint-stock company is initially carried out by persons granted this function by the law; they express the will of the latter and represent it before others.

However, other persons may intervene in the conduct of the joint-stock company business without any legal authority to perform this role, so-called actual managers.

This study deals with the concept of the actual manager and the legal requirements that a person must meet in order to become so.

***Key words**: The joint - stock company, the actual manager, the legal manager.*

*المؤلف المؤسل: عبد العزيز بوخرص

مقدمة :

تدار شركة المساهمة بواسطة جهاز مختص تناط به مهمة التسيير على ضوء أحكام القانون والعقد الأساسي ، يتمثل هذا الجهاز في مجلس الإدارة الذي يمكن أن يساعده مدير عام أو اثنين (المادة 610 ، 639 من ق ت) في ظل النظام الكلاسيكي لإدارة شركة المساهمة، أو مجلس المديرين، إذا ما كان هذا التسيير جماعي أي وفق النمط الحديث(المادة 642 وما بعدها من ق ت).

غير أنه قد يحدث وأن يتدخل أشخاص آخرون في تسيير شؤون شركة المساهمة دون أن تكون لهم الصلاحية القانونية للقيام بهذا الدور، هؤلاء الأشخاص يطلق عليهم المسيرين الفعليين، وهو تدخل قد يحدث نوعا من الفوضى في تنظيم الصلاحيات داخل الشركة، يصعب معها على الشركة و على الغير تحديد المسؤول عن الأخطاء و التجاوزات التي قد ترتكب، مما دفع بالقضاء الفرنسي للبحث عن حلول لهذه المسألة فظهرت نظرية المسير الفعلي التي تعتبر أهم الحلول لمواجهة أخطار التسيير الفعلي، و بعد أن أثبتت هذه النظرية نجاعتها اعترفت بها معظم التشريعات في مادة الشركات التجارية.

تعالج هذه الدراسة مفهوم المسير الفعلي ضمن إشكالية تتعلق بمضمون هذا المفهوم وشروطه التي من شأنها أن تضفي هذه الصفة على شخص ما، وبالتبع تحميله المسؤوليات المقررة في حق المسير القانونية.

في سبيل الإجابة عن هذا الإشكالية نحاول ومن خلال دراسة تحليلية لأحكام الفقه والقضاء لا سيما الفرنسي منه -الذي كان له الفضل في تكريس هذا المفهوم- نتناول تعريف المسير الفعلي والتأصيل القانوني له **(مطلب أول)** وشروط إضفاء هذه الصفة على شخص ما **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول: تعريف المسير الفعلي وتأصيله القانوني

في غياب تعريف قانوني لفكرة المسير الفعلي كان للفقه والقضاء الدور البارز في توضيح هذه الفكرة**(أولا)**، مع ذلك فإن هذا المصطلح حاضر في نصوص القانون التجاري سواء الفرنسي أو الجزائري ويجد له أصلا في نظريات القانون المدني **(ثانيا)**.

أولا: تعريف المسير الفعلي

استعمل المشرع الجزائري كنظيره الفرنسي مصطلح المسير أو المدير الفعلي في القانون التجاري[1]، غير أنهما لم يوردا تعريفا له، أو يضعا بعض المعايير التي من شأنها

تصنيف أو تكييف الشخص القائم بإدارة الشركة على أنه مسير فعلي، بالمقابل تكفل الفقه و القضاء -الذي كان له الفضل في تكريس هذا المفهوم- بهذه المهمة

ويعتبر الأستاذ Rives – Lange من بين الأوائل الذين بادروا بإعطاء تعريف واضح للمسير الفعلي، فهو في نظره :" من يباشر بكل سلطة و استقلالية نشاطا إيجابيا للتسيير و الإدارة"[2].

«est un dirigeant de fait celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction»

هذا التعريف حظي بتأييد من الفقه، و اعتمده القضاء في كثير من أحكامه، و حكم محكمة باريس الصادر في 17 مارس 1978 كان أشهرها[3] ، و الذي اعتبر فيه مديرا فعليا " كل شخص طبيعي أو معنوي يضطلع بنفس وظائف و سلطات المدير القانوني، و يمارس بكل سلطة و استقلالية نشاطا إيجابيا للتوجيه و الإدارة"

" ... toute personne physique ou moral qui assume les mêmes fonctions les mêmes pouvoirs qu'un dirigeant de droit, exerce en fait, en toute souveraineté et indépendance, une activité positive de gestion et de dirigeant " [4]

و في معرض تفسيره لهذا المفهوم أكد البروفيسور Rives – Lange بأن هناك فرقا بين التوجيه La direction و التسيير La gestion بالمعنى الدقيق لهذه المصطلحات، فمصطلح التوجيه يبين طبيعة الأعمال التي تم تنفيذها، وأهميتها في الحياة الاقتصادية والمالية للمؤسسة، أما مصطلح التسيير، فيعكس سلطة اتخاذ القرارات لدى من يقومون بهذه الأعمال[5].

و قد حاول قانون 15 ماي 2001 المتعلق بالضوابط الاقتصادية الجديدة[6] توضيح الفرق بين الإدارة و التوجيه في شركات المساهمة، و ذلك بالفصل بين مهام الرئيس و المدير العام. فالإدارة حسب نص المادة L 225-56 من القانون التجاري الفرنسي هي إدارة أعمال الشركة و تمثيلها أمام الغير، أما التوجيه فيعني حسب نص المادة L. 225-35 المتعلقة بمجلس إدارة الشركة تحديد توجهات النشاط الاجتماعي للشركة، مراقبة تنفيذها و تسوية أي مسألة تضمن السير الحسن للشركة [7]

لكن كلا من Rives – lange و Notte أكدا بأن هذين المصطلحين " التوجيه و التسيير " متعادلين بالمعنى الواسع، لأنهما يعينان مجموعة من السلطات المقررة من

طرف القانون و القوانين الأساسية للشركة لشخص أو عدة أشخاص من أجل القيام بأعمال الشخص المعنوي، و استخلصا في الأخير بأنهما يعبران عن الحقيقة نفسها [8]

إلى جانب التعريف السابق للفقيه Rive-lange، يعرف الأستاذ Yves Guyon المسير الفعلي بأنه: " الشخص الذي يقوم بأعمال التسيير كأي مسير قانوني للشركة"، كما أبرزت الأستاذة Mirelle Delmas-Marty موقف المجلس الدستوري بتاريخ 18 أكتوبر 1977 الذي قام بتعريف التسيير الفعلي على أنه: " مشاركة في القيادة العامة للمقاولة، فعالة، منتظمة و تتضمن أخذ القرار ".

وصنفت الأستاذة من خلال تعريفها هذا سلطة التسيير إلى مؤشرات مباشرة و أخرى غير مباشرة :

المؤشرات المباشرة، يمكن أن تظهر أثناء تأسيس الشركة، و ذلك بجعل هياكلها موضع العمل (كتوظيف مسير أو رئيس مدير عام)، إما في الإدارة الداخلية من خلال المراقبة المالية للشركة، و إما في الإدارة الخارجية كتنفيذ الالتزامات اتجاه الغير.

المؤشرات غير المباشرة، و التي يمكن أن تستنتج من الامتياز المتمثل في الأجرة المرتفعة مقابل توليه وظيفة أجير في الشركة، كمدير تجاري أو تقني مثلا.

و قد حكمت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية في قضية Modiano بتاريخ 21 أفريل 1980 برفض وصف المسير الفعلي، الذي قضت به محكمة الاستئناف، حيث أبرزت الأدلة أن المتهم كان يقدم للشركة خدمات تستحق أجرا (و قد استمر بالتدخل لصالح الشركة، مما أوحى ظاهريا ، كما لو انه فعليا، يحتفظ بمهام التسيير داخل الشركة).فالغرفة الجنائية هنا ترفض المماثلة بين مزاولة نشاط الوساطة و بين النشاط الحقيقي في التسيير.[9]

و لأن القضاء الفرنسي يُخضع التاجر الفعلي لقواعد المسؤولية ذاتها التي يخضع لها التاجر القانوني، و قياسا على ذلك، طبق هذا الأخير مفهوم المسير الفعلي على الأشخاص الذين يقومون بلعب دور هام و رئيسي في إدارة و توجيه الشركة، و ذلك بإخضاعهم لقواعد المسؤولية نفسها كالمسير القانوني.[10]

و على العموم يعد مديرا فعليا كل شخص يباشر بحرية و استقلال اختصاصات و سلطات الإدارة على وجه عاد و مضطرد مما يحمل الغير المتعامل مع الشركة على الاعتقاد بأن هذا الشخص يملك سلطة التصرف باسم الشركة في الواقع المادي و القانوني دون أن يكون له في الحقيقة و الواقع سلطة التعامل نيابة عنها.

ولا تبتعد التعاريف التي يقدمها الفقه العربي عن مضمون تعريف محكمة النقض الفرنسي السابق ولا عن تعريف RIVE-LANGE الشهر فيعرفه بعض هذا الفقه بأنه الشخص الذي يمارس نشاطا إيجابيا في الإدارة بكل حرية و استقلال، فلا يكفي أن يظهر بمظهر القائم على إدارة المشروع فقط و إنما لابد أن تصدر عنه أعمالا إيجابية لا تصدر عادة إلا من المسير القانوني كاتخاذ القرارات المهمة و التوقيع على المعاملات البنكية.[11]

أو هو ذلك الشخص الذي يتعامل مع الغير على أنه مسير قانوني بالرغم من أنه ليس كذلك، بحيث يتعامل بصفة واضحة و على وجه الاستقلال بالتصرف إيجابيا في تسيير الشركة و على نحو متكرر [12].

و يمكن أن يكون المسير الفعلي شخصا طبيعيا أو معنويا[13]، هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي، قد يكون من الخاضعين للقانون العام أو القانون الخاص[14] (بلدية اعتبرت مسيرا فعليا لجمعية رياضية)، قد يكون المسير الفعلي زوج المسير القانوني[15] و قد يكون عاملا في البنك [16]، كما يمكن أن يكون محامي الشركة[17]، و الذي له دور رائد في صنع القرار في إدارة الشركة، شريطة توفر جميع المعايير الواجبة في صفة المسير الفعلي، من أفعال إيجابية و حرية واستقلالية أثناء ممارسة مهام التسيير، وقد يكون عضو مجلس مراقبة شريطة أن يثبت ذلك بممارسته بكل حرية و استقلال لأفعال و تصرفات تسيير إيجابية بخلاف مهمته الأساسية[18] .

و التسيير الذي يمارسه المسير الفعلي قد يكون كليا أو جزئيا، الأول إذا كان المسير القانوني مجرد واجهة dirigeant de paille أو غير موجود لعيب قانوني[19] أو موضوعي[20]، و الثاني إذا كان بالتوازي و الاشتراك مع المسير القانوني.

نخلص مما سبق أن فئة الأشخاص الذين يمكنهم التمتع بهذه الصفة كبيرة و واسعة، قد تشمل كل شخص له رابطة مع الشركة، سواء بصفة مباشرة (شريك، عقد عمل، ...) أو بصفة غير مباشرة (مستثمر، زبون، ...)، في كل الحالات الشخص الذي يتجاوز المهام والواجبات خلال تسيير الشخص المعنوي فعليا.[21]

ثانيا- التأصيل القانوني لفكرة المسير الفعلي

لم يرد في القانون التجاري الفرنسي ولا الجزائري أي تعريف للمسير الفعلي كما أشرنا سلفا، أو أي مفهوم قانوني يمكن الاستناد عليه من أجل ضبط مضمون الإدارة الفعلية، و لا حتى معايير أو إشارات من شأنها مساعدة القاضي في تحديد حالات التسيير الفعلي.

مع ذلك فإن هذا المصطلح حاضر في نصوص القانون التجاري الجزائري أو الفرنسي، فتناول القانون التجاري الفرنسي هذا المفهوم - المسير الفعلي - في شركات المساهمة بنص المواد L. 245-16 و L. 246-2 من القانون التجاري المعدلة بالأمر رقم 2000-912 الصادر في 18 سبتمبر 2000.[22]

ووضع المشرع الجزائري المسير الفعلي مقام المسير القانوني من حيث المسؤولية في حالات معينة[23]، من قبيل ذلك ما نصت عليه المادة 834 من القانون التجاري على أنه:" تطبق أحكام هذا الفصل الخاصة برئيس الشركة و القائمين بإدارتها أو مديريها العامين على شخص قام مباشرة أو بواسطة شخص بممارسة مديرية تلك الشركات أو إدارتها في ظل محل أو مكان نائبهم القانونيين".

أشار المشرع لتصرفات المسير الفعلي بعبارة "التدخل"، و ذلك في المادة 262 من القانون التجاري و اقتصر هذا التدخل على الجانب المالي للشركة التجارية، و بالذات في حالة الإفلاس عندما يسأل هذا الأخير عن توقفها عن دفع ديونها.

من أجل الإشارة للتسيير الفعلي، استعمل المشرع العبارة نفسها في المادة 224 من القانون التجاري كما في المادة 262، و المتمثلة في "المدير الواقعي"، و التي تدل على أن هذا الشخص المتدخل يتعامل مع الغير و يظهر لهم على أنه الممثل القانوني للشركة، مما يؤكد قيامه بعدة تصرفات إدارية لا تقتصر على التدخل في الذمة المالية للشركة.[24]

حيث بينت المادة 638 الفقرة الثالثة من القانون التجاري ذلك فيما يخص شركة المساهمة التقليدية " و في علاقاتها مع الغير تكون الشركة ملزمة حتى بأعمال رئيس مجلس الإدارة غير التابعة لموضوع الشركة "، تقابلها المادة 649 من القانون التجاري فيما يخص شركة المساهمة الحديثة : " تكون الشركة ملزمة في علاقاتها مع الغير حتى بأعمال مجلس المديرين غير التابعة لموضوع الشركة ... "

إن أساس فكرة المدير أو المسير الفعلي هي نظرية الظاهر التي أوجدها القضاء لحماية الغير حسن النية، و قد أشار القانون المدني الجزائري إلى مبدأ حسن النية بشكل ضمني في المادة 76 التي تنص على:" إذا كان النائب و من تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه"، و المادة 107 من القانون المدني التي جاء فيها" يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه و بحسن نية " و في الواقع إن إلزام الشركة بتصرفات المدير الفعلي، يمكن

تأصيله قانونا استنادا إلى فكرة الوضع الظاهر، و ذلك لإيجاد ملائمة لما قد يحصل من تضارب بين الواقع و القانون.[25]

و من أبرز تطبيقات نظرية الظاهر في القانون الشركة الفعلية، حيث يكون للغير حسن النية أن يعتبرها و بناء على القانون صحيحة و قائمة كما كان يعتقد، وذلك استنادا إلى المادة 418 فقرة 2 من القانون المدني التي تنص على : " غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير و لا يكون له أثر فينا بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان ".

المطلب الثاني: شروط صفة المسير الفعلي

حاول الفقه أن يستخلص شروط التسيير الفعلي بالاستناد لقرارات محكمة النقض الفرنسية لأن القول بأن الشخص هو مسير فعلي هي مسألة موضوعية و القاضي وحده هو الذي يفصل فيها معتمدا في ذلك على دلائل محددة، و تتمثل هذه الشروط في تدخل الشخص الذي يمكن أن يوصف بأنه مسير فعلي في نشاط الشركة بشكل إيجابي **(أولا)**، وأن يكون هذا التدخل بشكل مستقل أي دون سلطة فوقية وأن يكون أيضا بصفة متكررة**(ثانيا)**.

أولا: ممارسة نشاط ايجابي للإدارة

أن يباشر المسير نشاطا بإيجابية، هو أن يشارك بصفة فعلية في التسيير، و لذا فالسكوت، أو الترك أو المجاملة كلها تصرفات لا يمكن أن تعتبر أعمال تسيير توجب اتخاذ القرارات، و بالتالي لا يمكن أن تكون سندا للمساءلة[26].

معيار الإيجابية هذا له من الأهمية بمكان، إذ على أساسه يمكن التمييز بين المسير الفعلي و المسير الظاهر، حيث يظهر الأخير بأنه مسير حتى و لو يقم بأعمال و لو لم يقم بذلك، بينما يجب أن يقوم المسير الفعلي بأعمال و نشاطات إيجابية أثناء التسيير و تجاه الغير، و أن يكون متعلقا بالتدبير و الإدارة.

لا يعتبر مسيرا فعليا إلا من صدر منه أفعال إيجابية لغرض تسيير الشركة التجارية، لأن الأفعال السلبية كالسكوت و الامتناع لا تدخل في أعمال الإدارة [27]، فمن غير المعقول أن يعتبر شخص من غير المسيرين النظاميين مسيرا فعليا لشركة و هو لا يملك قانونا صفة المسير، و اكتفى بالسكوت عن أمور شاهدها أو عاينها أو واكبها تدخل في صميم أعمال الإدارة، فالترك أو المجاملة كلها تصرفات لا يمكن أن تعتبر أعمال تسيير توجب اتخاذ قرارات، و بالتالي لا يمكن أن تكون سندا للمساءلة[28].

و قد أشار المشرع الجزائري لتصرفات المسير الفعلي بعبارة " التدخل " في المادة 262 من القانون التجاري : " .... كل شخص تدخل في إدارة أموال شخص معنوي مهما كان الزمن الذي ثبت فيه هذا التدخل ".

و استعمل العبارة نفسها للإشارة إلى التسيير الفعلي في المادة 262 [29] و المادة 224 من القانون التجاري، و المتمثلة في " المدير الواقعي" و " المدير الظاهري "، و التي تدل على أن هذا الشخص المتدخل يتعامل مع الغير و يظهر لهم أنه الممثل القانوني للشركة.

يجب أن يكون لتلك الأفعال الإيجابية قدر من الأهمية، كاتخاذ قرارات من شأنها تحديد مصير الشركة، لذلك فان توجيه مجموعة من النصائح أو الملاحظات في التسيير لا يعتبر ممارسة فعلية لسلطات التسيير. إضافة لذلك تصرفات المراقبة التي يمنح المشرع الحق للشركاء أو مجلس المراقبة أو مندوب الحسابات القيام بها.

إن أي تصرف عرضي لا يعد من قبيل التسيير الفعلي في الشركة، فالمدير التجاري أو التقني بعدم تدخله فيه لا يعتبر مسيرا فعليا في حالة قيامه بهذا التصرف مرة في الزمن، و دون سبب وجيه، كما يجب أن تكون تصرفات الإدارة متنوعة و مستمرة.[30]

إذا مناط هذا الشرط هو التدخل في التسيير وهو ما يحتم علينا تعريف عملية التسيير وبيان حدودها على النحو التالي:

يقصد بأعمال التسيير على العموم مجموعة القرارات الضرورية لضمان حسن سير أعمال الشركة، أو كما يعرفها البعض بأنها: " 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 "[31].

ويمكن التمييز بين نوعين من الأعمال، أعمال تسيير داخلية و أعمال تسيير خارجية، و التي بها نستطيع تمييز المسير الفعلي من المسير القانوني[32].

- **أعمال تسيير داخلية:** يمارس المسير سواء أكان فعليا أم قانونيا داخل الشركة نفوذه، و ذلك بما يتمتع به من سلطات في مختلف الأعمال في التسيير الداخلية.[33]

و التسيير الداخلي هو جميع الصلاحيات المنفذة من قبل شخص أثناء توليه و قيامه بالأعمال الداخلية للشركة، و تختلف سلطة التسيير الداخلية عن سلطة المراقبة و سلطة التنفيذ، كما يمكن أن تتحول سلطة المراقبة إلى إدارة فعلية للشركة[34] لكن من

المستحيل أن يتحمل أي عضو من أعضاء المراقبة المسؤولية جراء قيامه بأعمال التسيير، فلا يكون بذلك مهما كان مسيرا قانونيا[35].

من خلال أعمال التسيير الداخلية يثبت المسير وجوده في الشركة أولا و أمام الموظفين ثانيا، و تتمثل هذه الأعمال في التالي :

- إدارة الشركة و تسيير أموالها: أثناء تولي المسير لإدارة الشركة فإنه لا وجود لكتاب تعليمات يتبعه من أجل القيام بذلك، و هو يتمتع بحرية واسعة من أجل إدارتها و تسيير ذمتها المالية.

فالمسير مثلا الذي يسعى إلى مضاعفة رقم أعمال الشركة قد يتبع عدة طرق من أجل تحقيق هدفه، فإما أن يتخذ قرار رفع كمية الإنتاج أو يقرر تنويع النشاط، لكن دون الخروج عن موضوع الشركة، و من أجل اتخاذ هذه القرارات لابد للمسير أن يستعين بدراسة للسوق التي تتعامل الشركة في إطاره و تحديد منافسيها، و دراسة مدى إمكانية توفير جملة الوسائل المادية و البشرية اللازمة لذلك.

قد يسعى المسير إلى زيادة القدرة المالية للشركة أثناء تسييره لأموالها و له في ذلك عدة خيارات، منها على سبيل المثال اقتراح زيادة رأس مال الشركة على الشركاء في ظل الجمعية العامة، أو اللجوء إلى الاقتراض من المؤسسات المالية [36].

- رئاسة مديرية المستخدمين: للمسير سلطة مباشرة على جميع العمال و المستخدمين، فهو الذي يحدد شروط تعيينهم و يتولى مهمة تسطير عملهم بصفة تتوافق مع السياسة المنتهجة في ذلك و له الحق في إعطاء التعليمات و إصدار الأوامر[37] .

أثناء ممارسة التسيير الداخلي للشركة تنتج آثار هامة تساهم في تحديد صفة المسير الفعلي، لكن عموما فإن بعض المحاكم لا ترى أن أعمال التسيير الداخلية من شأنها إثبات صفة المسير الفعلي كأعمال التسيير الخارجية التي يظهر فيها هذا الأخير على أنه ممثل للشركة [38].

بتاريخ 20 ديسمبر 1988، أقرت محكمة النقض الفرنسية صفة المسير الفعلي للرئيس و أعضاء مجلس المراقبة لشركة مساهمة و الذين قاموا بالمشاركة في أنشطة التسيير بتوجيههم لاستراتيجية الشركة [39].

- **أعمال تسيير خارجية**: مبدئيا، يقع التسيير الخارجي على عاتق المسير القانوني، لكن في الواقع يمكن أن يحقق بواسطة من لا يملك هذه الصفة، كالمسير الفعلي الذي يمارس أهم الصلاحيات الخارجية و هي سلطة تمثيل الشركة [40].

يعد المسير وكيلا عن الشركة، و هو ينفرد بسلطة تمثيلها في معاملاتها مع الغير و يتصرف باسمها و لحسابها في كل الظروف، و من أجل ذلك فقد فوض له القانون سلطات واسعة أثناء ممارسته سلطة التمثيل إلى حد إلزام الشركة بتصرفات المسير الخارجة عن موضوع الشركة[41]، لأنه إن قام بالتوقيع باسمه الشخصي فإن هذا يقيم قرينة على أن التصرف تم لحسابه الخاص، و يمكن للغير هنا إثبات عكس هذه القرينة إذا أثبت أن تصرف المسير قد تم لحساب الشركة، لأن ذلك يضمن للغير إثبات مسؤولية الشركة مما يوفر له ضمانا أكبر، لكن من الصعب جدا إثبات الغير بأن التصرف كان للحساب الخاص للمسير، خاصة إذا كان هذا الأخير شريكا في الشركة التي يمثلها في ظل انفصال ذمة الشريك عن الذمة المالية للشركة [42].

و للوكالة أهمية كبيرة في الحياة القانونية للشركة، فهي ضرورية باعتبارها عاجزة عن التعبير عن إرادتها إلا بتواجد شخص طبيعي أو معنوي و هو المسير، و تعرف الوكالة بنص المادة 571 من القانون المدني على أنها: " عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه "[43].

يعتبر المسير وكيلا ظاهريا عن الشركة أثناء تعامله مع الغير، و من أجل اعتباره كذلك لابد من توافر الشروط التالية :

- أن يتمتع المسير بسلطة التمثيل، و المحصورة بيد مدير الشركة في ظل شركة التضامن أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو بيد رئيس مجلس الإدارة في ظل شركة المساهمة التقليدية، و يجوز ممارستها جماعيا في ظل شركة المساهمة الحديثة من خلال مجلس المديرين (المواد 638 و 652 م القانون التجاري).

- على الغير أن يكون على دراية أن المسير ما هو إلا ممثل عن الشركة، و يتم ذلك عن طريق وسائل الإعلام المكتوبة خاصة و المحددة في ظل قواعد القانون التجاري، و هذا ما يميز الدير القانوني عن المدير الواقعي.

- يجب أن تكون إرادة المسير سليمة من أجل أن يكون قادرا على التعاقد مع الغير[44].

و استنادا على أن المسير وكيل ظاهري عن الشركة، يطرح التساؤل التالي : ما هو الأساس الوكالة التي يتمتع بها المسير ؟

نميز بين اتجاهين في هذه المسألة: الاتجاه الأول، ينادي أن العقد هو أساس السلطات التي يتمتع بها المسير، في حين أن الاتجاه الثاني يرى أن أساسها القانون.

فالأول، بأن المسير هو وكيل عقدي عن الشركة، و أن مصدر السلطات التي يتمتع بها هذا الأخير هي الشركة كشخص معنوي استعانت به من أجل التعبير عن إرادتها و تسيير شؤونها، و قد تعاقدت معه من أجل تمثيلها، فالوكالة العادية هي التي تحكم العلاقة بين الطرفي.

لاقى هذا الرأي انتقادا لاذعا، و المتمثل في أن من أهم الأسس التي تقوم عليها الوكالة العقدية هي عدم انصراف أعمال النائب إلى الأصيل في حالة تجاوزه لشروط الوكالة، لكن الواقع يدلي بغير ذلك في ظل الشركات التجارية، و جراء ذلك ظهر الاتجاه الثاني الذي يرى أن المسير هو وكيل قانوني مستندا على الحجج الآتية :

في الوكالة العقدية، الموكل هو مصدر سلطات الوكيل، بينما في ظل الشركة التجارية فإن القانون هو الذي يخول المدير السلطات القانونية من أجل التصرف باسم و لحساب الشركة.

تختلف حدود صلاحيات الوكيل ففي ظل الوكالة العادية حددها الموكل، في حين أن القانون هو الذي يضع حدود صلاحيات المدير أثناء تعامله مع الشركة و الغير.

إذا تعدى الوكيل العقدي حدود وكالته أثناء تعامله مع الغير، فإما أن يقبل الموكل تجاوز وكيله أو يرفضه، فيتحمل الوكيل المسؤولية اتجاه الغير، في حين أن الشركة ملزمة بتصرفات المدير أمام الغير حتى و إن تجاوزت نطاق موضوع الشركة، و هو ما نصت عليه المادة 638 الفقرة الثالثة من القانون التجاري، و المتعلقة بشركة المساهمة التقليدية :" في علاقاتها مع الغير تكون الشركة ملزمة حتى بأعمال رئيس مجلس الإدارة غير التابعة لموضوع الشركة..."، أما فيما يتعلق بشركة المساهمة الحديثة فجاء نص المادة 649 من القانون التجاري التالي:" تكون الشركة ملزمة في علاقاتها مع الغير حتى بأعمال مجلس المديرين غير التابعة لموضوع الشركة...".

لكن الأرجح بعد استعراض حجج كلا الطرفين، فالاتجاه القائل بأن المسير هو وكيل قانوني عن الشركة، نظرا لأن فكرة الوكيل العقدي لا تغطي الآثار المترتبة عن ممارسة المسير لسلطاته في ظل الشركة[45].

ثانيا: أن يمارس النشاط الإيجابي بكل حرية و استقلالية وبشكل متكرر

المقصود ابتداء بالحرية هنا قيام الشخص بمحض إرادته دون قيود بأعمال التسيير، مما يتيح لنا إسناد المسؤولية إليه، فيقوم برقابة فعلية و دائمة على سير الشركة في كل مكان و زمان.

أما الاستقلالية، فتتحقق بإثبات أن تصرفات هذا الشخص ليست تنفيذا لأوامر غيره[46]، و خير مثال على ذلك الشريك الذي يتمتع بالأغلبية في رأس المال فيقوم دوما بإملاء قراراته على مجلس الإدارة دون أن يكون عضوا في مجلس إدارة الشركة ولا حتى مديرا عاما لها [47].

عنصرا الحرية و الاستقلالية غالبا ما يتوفران بسهولة لدى المساهمين خاصة الحائزين على أغلبية الأسهم، لكن ذلك لا يعني بالضرورة أنهم مسيرين فعليين، و قد منعت محكمة النقض الفرنسية اعتبار الشريك مسيرا فعليا، و قضت بأنه مهما بلغت قوة تأثير الشريك داخل الجمعية العامة للشركة لا تجعل من هذا الأخير مسيرا فعليا.[48]

و من أمثلة ذلك الشريك الذي يتمتع بالأغلبية كما ذكرنا ذلك سابقا، كأن يكون من المؤسسين الكبار للشركة و يمتلك بهذا نفوذا معنويا ليس باستطاعة أحد الوقوف في وجهه.[49]

أضاف القضاء معيار الاستقلالية كشرط جوهري للتسيير الفعلي، فيجب أن يقوم المسير بالتصرف بصفة مستقلة عن أي عقد أو أي شخص آخر، فيكون له الإرادة الحرة في التصرف و اتخاذ القرار باستقلالية تامة مثل المسير القانوني تماما، فيجب أن تكون تصرفاته بمبادرة شخصية و نابعة عن إرادته هو لا إرادة غيره، مما يؤثر حتما حتى على تنفيذ القرارات التي يصدرها هذا الغير، لتنزع عنه بذلك صفة المسير الفعلي.

و قد ميز القضاء بين شرط استقلالية المسير الفعلي و استقلالية الشريك خاصة الشريك المالك لأغلبية الحصص في الشركة التجارية عند ممارسته لحقه في الرقابة على الشركة و الاطلاع على حساباتها و كذا العقود التي أبرمتها.[50]

تطبيقا لهذا الشرط لا يمكن اعتبار وكيل المسير القانوني مسيرا فعليا، و قد تركت محكمة النقض الفرنسية لقضاة الموضوع سلطة التقدير فيما إذا من قام بالتصرفات الإيجابية و على وجه الاستقلال هو مسير فعلي.[51]

ومعيار أو شرط الحرية و الاستقلالية هو معيار سيادي، فالمسير الفعلي هو سيد نفسه. و يعني حسب Mr Jea-françois MARTIN، كل شخص يوجد في حالة ارتباط بغيره أو تابع لشخص معنوي، ليس بمسير فعلي، بل هو أجير ولو كان يمارس وظيفة الإدارة أو المسؤولية، لا يعد أن يكون سوى عون تنفيذي خاضع لإرادة سلطة أعلى منه، هي من تمارس السلطة فعلا، فليس للأجير أي استقلالية و لا حرية للقيام بفعل من عدمه، و لا حتى مجرد المبادرة باتخاذ القرارات المهمة.[52]

فضلا عن شرط الحرية في ممارسة تسيير الشركة، لا بد أن أي أن تكون هذه الممارسة بصفة معتادة و ليست عرضية[53]، فوقوع التدخل مرة واحدة لا يضفي الصفة الفعلية على المسير، و لأن عنصر التكرار هو الذي ينشئ المظهر الكاذب أو المظهر غير المطابق للحقيقة الذي يتعامل الغير بناء عليه مع هذا الأخير.[54]

نخلص في النهاية أن اجتماع شروط سافة الذكر في شخص ما هو الذي من شأنه أن يضفى على هذا الأخير صفة المسير الفعلي وأن تقدير هذه الشروط يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وقد ساهمت السوابق القضائية لا سيما في فرنسا، في توضيح هذه الشروط ورسم معالمها.

خاتمة :

يظهر من خلال ما سبق أنه شركة المساهمة باعتبارها شخص معنوي تحتاج كغيرها من الشركات التجارية إلى وجود من يعبر عن إرادتها و يسير مصالحها، و يمثلها في معاملاتها التجارية بصفة خاصة و القانونية بصفة عامة أمام الغير و أمام شركائها.

توكل هذه المهمة من حيث الأصل إلى أشخاص معينين بشكل نظامي وفقا للقانون والنظام الأساسي للشركة.

مع ذلك يحدث وأن يتدخل أشخاص من غير هؤلاء المسيرين في شؤون الشركة، يطبق عليهم المسيرين الفعلين أو القانونين، وقد ساهم القضاء لا سيما الفرنسي منه بشكل كبير في توضيح هذا المفهوم ورسم حدوده.

وقد انتهت بنا الدراسة إلى أن فئة الأشخاص الذين يمكن أن يوصفوا بالمسير الفعلي كبيرة و يكون هؤلاء من أعضاء الشركة أو من خراجها، وقد تربطه صلة مباشرة أو غير مباشرة، يشتركون في كونهم من يباشرون بكل حرية و استقلالية نشاطا إيجابيا لتسيير و إدارة شركة المساهمة وبشكل متكرر.

ورغم أهمية هذه المفهوم ودوره في إيجاد الحلول كلثير من المسائل لا سيا ما يتعلق بالمسؤولية عن تسيير الشركة، فإن المشرع الجزائري لم يذكر المسير الفعلي صراحة في نصوصه، و إنما أشار إليه بعبارات اختلفت من نص إلى آخر، فتارة هو مدير ظاهري، و تارة هو مدير واقعي، و تارة أخرى هو متدخل، مما يفسر الترجمة غير الثابتة في نصوص القانون الجزائري.

ورغم أن المعنى واحد، و الهدف من هذه العبارات موحد، و هو المتفق عليه، ذلك بتحميل كل من يتصف بهذه الأوصاف المسؤولية ذاتها التي يتحملها المدير القانوني، أمام

الشركة و الغير، و حتى الشركاء، مع ذلك يبقى من المهم جدا توحيد مصطلح "المسير الفعلي" في نصوص القانون الجزائري.

أخيرا إذا كانت أحكام القضاء الجزائري في هذا الموضوع قليلة ونادرة، ولا تسعف الباحث في معرفة موقف المشرع الجزائري من هذا المفهوم، فإن الواقع لا يخلو من هذه الوضعيات التي تحتاج إلى معالجة تشريعية قضائية واضحة.

الهوامش

[1] المادة 224 من الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل و المتمم.
والمواد L. 245-16 و L. 246-2 من القانون التجاري الفرنسي.

[2] Nze Ndong Dit Mbele Jean Richard, Le dirigeant de fait en droit privé français, Thèse, Université Nancy 2, Faculté de droit, sciences économiques et gestion, 2008, p 30 ; Cass. Com. , 12 juill. 2005, n°03-14.045 ; Cass. Com. , 20 avr. 2017, n° 15-10.425.

[3] بوخرص عبد العزيز، مسؤولية البنك تجاه الغير، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة،
2015-2016، ص 310.

[4] CA. Paris 2e ch 17 mars ,1978 D. 1978, I.R., p 420, obs. M. Vasseur; banque 1978. p 656, obs. L.M. Martin

[5] Nze Ndong Dit Mbele Jean Richard, **Thè.préc**. ,p 09.

[6] Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 dite loi « NRE», J.O. n°113 du 16 mai 2001, p 7776.

[7] Ibid. ,p 10.

[8] Ibid. ,p 11.

[9] قيسي سامية و زروق يوسف، **المسؤولية الجنائية في جرائم الشركات التجارية**، دراسات و أبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية و الاجتماعية، مجلد 10، عدد 4 ديسمبر 2018، السنة العاشرة، ص 815.

[10] Nze Ndong Dit Mbele Jean Richard**, Thè.préc**. ,p 20.

[11] قاسي عبد الله هند، مسؤولية مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر – 1 –2012، ص 15.

[12] زكري إيمان، حماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2016-2017، ص 238.

[13] Nze Ndong Dit Mbele Jean Richard, Thè.préc. ,p 30.

[14] Cass. Com., 15 juin 2011, n°09-14.578.

[15] CA Paris, 12 janv. 2016, n°14/24115.

[16] Cass. Com., 27 juin 2006, n°04-15.831.

[17] Julia HEINICH, Les dirigeants de fait : du neuf dans de l'ancien, conférence association Droit & Commerce, Tribunal de Commerce de Paris ; 04 juin 2018, Revue de Jurisprudence Commerciale, Septembre / Octobre 2018 – Numéro 5., p 3

[18] Cass. Com. , 12 juill. 2005. n°03-14.045.

[19] يقصد بالعيب الشكلي عدم احترام إجراءات تعيين المسير، فالمشرع يشترط في تعيينه إجراءات خاصة في شركة المساهمة، فيقوم المساهمون بتعيين القائمين بالإدارة التي تكون جماعية، حيث يتألف مجلس إدارة شركة المساهمة من ثلاثة أعضاء على الأقل و من اثني عشر عضوا على الأكثر أو يديره مجلس المديرين و الذي يتكون من ثلاثة إلى خمسة أعضاء (المواد 576، 610 و 643 ق ت).

كما يشترط نشر التعيين في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية كي يعتد به قانونا، مع الإشارة الدقيقة لهياكل الإدارة و تنظيمها و صلاحياتها و كذا كل تعديل يطرأ عليها. إن تكتمل هذه الإجراءات الشكلية لتعيين المسير و قيامه بعدة تصرفات بالرغم من ذلك، اعتبر مسيرا فعليا، و قد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية المسير مسؤولا جزائيا و ذلك لقيامه باستغلال أموال الشركة بعد توليه أعمال التسيير، بالرغم من عدم اكتمال إجراءات تعيينه و حتى قبل تسجيله في السجل التجاري و نشر تعيينه. (Cass.com.10 juillet 2012, n°11-21.395.)

[20] العيب الموضوعي يكون عند عدم الالتزام بالنصوص القانونية التي تمنع أشخاص معينة من تولي مهام التسيير في الشركة التجارية، و هو ما يسمى بالحظر، كالمساهم الأجير الذي منعه المشرع في شركة المساهمة من أن يعين مسيرا للشركة إلا بعد مرور سنة على الأقل على عقد عمله في شركة المساهمة، على ألا يكون تعيينه قائما بالإدارة من شأنه أن يؤثر على المنفعة التي آلت للشركة من عقد العمل (المادة 615 ق ت)

كما منع المشرع المسير في شركة المساهمة من التسيير في حالة عدم امتلاكه لأسهم الضمان و التي بين حدها الأدنى و جعلها ضامنة لأعمال التسيير، و غير قابلة للتصرف فيها، و منعه من مواصلة مهام التسيير في حالة عدم امتلاكه لهذه الأسهم. (المادة 619 ق ت)

من أجل صحة التصرفات القانونية التي يقوم بها المسير و تطبيقا للأحكام العامة، يجب أن يكون هذا الأخير متمتعا بأهلية قانونية، كما أن تمثيل المسير في الشركة التجارية لا يقتصر على تمثيل الشخص المعنوي، بل أنه يمثل أعمال التسيير التي يقوم بها كل من الشركاء و الشركة، خاصة هذه الأخيرة التي تعتمد بالدرجة الأولى على حسن تسيير القائمين بإدارتها.(لأكثر تفصيل أنظر زكري إيمان، المرجع السابق، ص 247.)

من أجل ذلك نص المشرع الجزائري على صفة التاجر الخاصة بمسيري الشركات التجارية في المادة 31 من الأمر رقم 90-22 المتعلق بالسجل التجاري على أنه : " تكون لأعضاء مجالس الإدارة و الرقابة في الشركات التجارية صفة التاجر بعنوان الشخصية المعنوية التي يضطلعون نظاميا بإدارتها و تسييرها ". قانون رقم 90-22 مؤرخ في 27 محرم عام 1411 الموافق 18 غشت سنة 1990 ،يتعلق بالسجل التجاري ج.ر رقم 36 المعدل والمتمم

و بذلك تم إكساب مسيري الشركات التجارية، و إخضاعهم لالتزاماتها، فلا يكون المسير في الشركة التجارية إلا متمتعا بالأهلية التجارية بحسب ما جاء في المواد 5، 6 و 7 من القانون التجاري.

[21] - FAIK Idriss, La responsabilité patrimoniale des dirigeants au cour de la procédure collective, Université Cadi AYYAD- Merrakech, Faculté des sciences juridiques et économiques et sociales, sur le site www.ucam.ac.ma,. p 08.

[22] L'article L. 245-16 du code de commerce français : *« Les dispositions du présent chapitre visant le président, les administrateurs, les directeurs généraux et les gérants de sociétés par actions sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion desdites sociétés sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux* ».

L'article L. 246-2 : « Les dispositions des articles L. 242-1 à L. 242-29 visant le président, les administrateurs ou les directeurs généraux et les gérants de sociétés anonymes et les gérants de sociétés en commandite par action sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, a, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion desdites sociétés sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux ».

[23] زكري إيمان، المرجع السابق ، ص 241.

[24] المرجع نفسه، ص 241 و 242.

[25] بن تشيش مصطفى، شروط و حالات قيام المسؤولية الجزائية للشركة التجارية في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، العدد الأول، جامعة البليدة، ، ص 726.

[26] قيسي سامية و زروق يوسف، المرجع السابق، ص 815.

[27] زكري إيمان، المرجع السابق، ص 240.

[28] كمال العياري، المسير في الشركات التجارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للكتاب المختص،2011 تونس، ص 355.

[29] " .....لا يجوز للمديرين بحكم القانون أو الواقع أن يخولوا الحصص أو الأسهم...."

[30] زكري إيمان، المرجع السابق، ص 241.

[31] شيباني نضيرة، المرجع السابق ، ص 230.

[32] Nze Ndong Dit Mbele Jean Richard, Thè.préc. ,p 36.

[33] شيباني نضيرة، المرجع السابق، ص 230.

[34] Nze Ndong Dit Mbele Jean Richard, Thè.préc. ,p 37.

[35] Ibid. ,p 40.

[36] شيباني نضيرة، المرجع السابق، ص 230.

[37] شيباني نضيرة، المرجع نفسه، ص 230.

[38] Nze Ndong Dit Mbele Jean Richard, Thè.préc. ,p 43 (C.A. Paris, 3ème ch.5 févr. 1999).

[39] Ibid.

[40] Ibid. ,p 45.

[41] شيباني نضيرة، المرجع السابق، ص 230.

[42] زكري إيمان، المرجع السابق 231.

[43] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم.

[44] شيباني نضيرة، المرجع السابق، ص 231.

[45] المرجع نفسه، ص 232.

[46] المرجع نفسه، ص 227.

[47] كمال العياري، المسير في الشركات التجارية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 23.

[48] زكري إيمان، المرجع السابق، ص 239.

[49] كمال العياري، المسير في الشركات التجارية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 23.

[50] زكري إيمان، المرجع السابق، ص 244.

[51] قيسي سامية و زروق يوسف، المرجع السابق، ص 815.

[52] FAIK Idriss, Art. préc. p 07; Cass. Soc. , 27 sept. 2017, n°16-17.619; Cass. Com. , 24 janv. 2018, n°16-23.649.

[53] كمال العياري، المسير في الشركات التجارية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 22.

[54] سليماني جميلة، تقرير مبدأ المساءلة الجنائية للمسير الفعلي للشركات التجارية، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد التاسع، ص 252.