An-Najah University Journal for

Law and Economics

مجلة جامعة النجاح

للقانون والاقتصاد

The Legal Status of the De Facto Director of the Company in the Tunisian Commercial Companies Law: An Analytical Study

Racem Gassara[1,*] & Muhammad bin Hassan al-Hammadi [2]

Received: 22nd Jun. 2024, Accepted: 8th Oct. 2024, Published: ××××

Accepted Manuscript, In press

Abstract: The research deals with the subject of the legal status of the actual director of the company as a concept with a changing and renewable content that refers to the de facto situations defined by Professor Laurent Leveneur(*) in his thesis as: «non-legal situations with some of the effects of similar legal situations ». This topic is one of the important legal issues that have been addressed by jurisprudential studies and addressed by the courts in their applications. This study aims to review the conditions and consequences of acquiring the status of the actual director of the company under the Tunisian Commercial Companies Law, and to highlight the criteria for distinguishing between the legal director and the actual director of the company to address the issue of regulating the responsibilities of persons who exercise the management of the company. The research adopted a descriptive and analytical approach with a focus on the legal framework that regulates the issue in Tunisian law, without overlooking the relevant comparative laws. The research reached several conclusions, the most important of which is that the Tunisian legislator, although he adopted the concept of the actual manager of the company, he did not define it, leaving this task to jurisprudence and jurisprudence, and did not take into account cases in which someone takes over the management of a company to help it or save it from the economic difficulties it is going through, and did not allocate an exceptional regime for him. It also subjected both the legal administrator of the company and the actual administrator to a unified legal system.

Keywords: Legal Process, Actual Process, Company Management, Economic Difficulties, Collective Actions, Tunisian Commercial Companies Law.

المركز القانوني للمسير بحكم الواقع للشركة في قانون الشركات التجارية التونسي: دراسة تحليلية

راسم قصارة[1،*]، ومحمد بن حسن الحمادي[2]

تاريخ التسليم: (2024/6/22)، تاريخ القبول: (2024/10/8)، تاريخ النشر: ××××

مخطوطة مقبولة، قيد الطباعة

الملخص: يتناول البحث موضوع المركز القانوني للمسير الفعلي للشركة كمفهوم ذو مضمون متجدد يحيل إلى وضعيات الأمر الواقع التي عرفها البروفيسور لوران ليفينور Laurent Leveneur(*) في أطروحته بأنها: «حالات غير قانونية ترتبط بها بعض الآثار التي تترتب على وضعيات قانونية مشابهة لها». ويعد هذا الموضوع واحدا من المسائل القانونية المهمة التي تطرقت إليها الدراسات الفقهية، وتناولتها المحاكم في تطبيقاتها. وتهدف هذه الدراسة إلى استعراض شروط وتبعات اكتساب صفة المسير الفعلي للشركة في ظل قانون الشركات التجارية التونسي، وتسليط الضوء على معايير التمييز بين المسير القانوني والمسير الفعلي للشركة لمعالجة إشكالية تنظيم مسؤوليات الأشخاص الذين يمارسون ادارة الشركة. وقد اعتمد البحث المنهج الوصفي التحليلي مع التركيز على الاطار القانوني الذي ينظم المسألة في القانون التونسي، دون إغفال القوانين المقارنة ذات العلاقة. وتوصل البحث إلى عدة نتائج أهمها، أن المشرع التونسي، وان تبنى مفهوم المسير الفعلي للشركة إلا أنه لم يعرفه تاركا هذه المهمة للفقه ولفقه القضاء، ولم يأخذ بعين الاعتبار الحالات التي يتولى فيها شخص ما إدارة شركة لمساعدتها، أو إنقاذها من الصعوبات الاقتصادية التي تمر بها، ولم يخصص له نظاما استثنائيا. كما أنه أخضع كلا من المسير القانوني للشركة والمسير الفعلي لنظام قانوني موحد.

الكلمات الدالة: المسير القانوني، المسير الفعلي، إدارة الشركة، الصعوبات الاقتصادية، الإجراءات الجماعية، قانون الشركات التجارية التونسي

1 Higher Institute of Business Administration, University of Sfax. **Currently:** Faculty of Law, University of A'Sharqiyah, Sultanate of Oman.
*Corresponding author email: racem.gassara@asu.edu.om
2 Faculty of Law, University of A'Sharqiyah, Sultanate of Oman.
mohamed.alhamadi@asu.edu.om.

1 المعهد العالي لإدارة الأعمال، جامعة صفاقس. تونس. **حاليا:** كلية الحقوق، جامعة الشرقية، سلطنة عُمان.
*الباحث المراسل: racem.gassara@asu.edu.om
2 كلية الحقوق، جامعة الشرقية، سلطنة عُمان. mohamed.alhamadi@asu.edu.om.

(*) LEVENEUR. L, *Situations de fait et droit privé*, Thèse de doctorat dirigée par GOBERT. M, Paris 2, 1988, p. 27.

LEVENEUR. L, Situations de fait et droit privé, Thèse de doctorat dirigée par GOBERT. M, Paris 2, 1988, p. 27

المقدمة

لا يعد وكيل الشركة التجارية، بوصفه مسيرا للشركة، تاجرا بشخصه، حتى وإن كانت الشركة التي يسيرها تجارية من حيث شكلها أو غرضها[1]. فإذا كان المسير يقوم بأعمال تجارية، فإن ذلك يكون باسم الشركة ونيابة عنها[2]، وهي وحدها التي تكتسب صفة التاجر، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، وتخضع لبعض الاستثناءات[3]. وإذا كان المشرع لا يعتبر المسيرين أجراء[4] ولا يصنفهم ضمن فئة التجار، إلا أنه أخضعهم في بعض الأحيان للقواعد الموضوعة للتجار[5].

وطرحت الطبيعة القانونية لإدارة الشركات جدلا فقهيا كبيرا يتعلق بالتساؤل حول ما إذا كان المسيرون وكلاء للشركاء[6] أو يعدون من أجهزة الشركة، وأصبحوا يُقدَّمون على أنهم « هيئات تابعة للشركة ».[7] ويخفي هذا التعبير فكرتين أساسيتين، فمن جهة أولى يجسد المسير الشركة في تعاملاتها مع الغير، ومن جهة ثانية فإن المسير يعد وكيلا قانونيا وليس تعاقديا[8].

أهمية البحث

تعود سلطة تمثيل الشركات الخفية الاسم التقليدية، التي يسيرها مجلس إدارة، إلى رئيس هذا المجلس الذي يتمتع باختصاص حصري في تسييرها، فهو الوحيد الذي يمثل الشركة في تعاملاتها مع الغير. ويمكن استنتاج ذلك من حكم أصدرته محكمة التعقيب الفرنسية، رقم 04-85.074 بتاريخ 3 نوفمبر 2005[9]. أما في صورة الفصل بين مهام رئيس مجلس الإدارة والمدير عام للشركة، فإن هذا الأخير وحده يتمتع بسلطة تمثيل الشركة وتسييرها. ويمكن استنتاج ذلك من قرار محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 4 ماي 1999[10].

ويعد دور المسير وصلاحياته، بوصفه جهازا من أجهزة الشركة، مسألة يحددها القانون، وخارجة عن إرادة الشركاء. ففي حين لا يكون الموكل في الشريعة العامة[11] « مسؤولا عن الأشياء التي يقوم به الوكيل خارج نطاق سلطاته أو إذا تجاوز حدود وكالته »[12]، وأن « المعاملات التي يقوم بها الوكيل الذي يتجاوز تفويضه، أو يخالف تعليمات موكله، تبقى على حسابه فيما يتعلق بكل ما يتجاوز سلطاته »[13]، فيما عدا الاستثناءات التي نص عليها القانون صراحة[14]، فإن قانون الشركات يميل نحو تكريس المفهوم العضوي للإدارة أو نظرية السلطة القانونية، التي يشار إليها بقاعدة التفويض كامل الصلاحيات[15]، والتي تقتضي أن تكون الشركة ملزمة بأي تصرف يبرمه ممثلها القانوني ويقع في نطاق غرضها وأن أي تقييد لسلطات مسيريها لا يعارض به الغير، وذلك تبديدا للصعوبات التي من شأنها أن تتولد سواء في علاقات المسيرين بالشركاء أو في العلاقات بين الشركة والغير[16]. بيد أن المفهوم

---

(1) يعود ذلك إلى أن شرط الاستقلالية في ممارسة النشاط التجاري اللازم للاعتراف بصفة التاجر غير متوفر.

(2) محمد فوزي سامي، الشركات التجارية الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 43.

(3) تنص الفقرة الأولى من الفصل 213 من مجلة الشركات التجارية المتعلق بالشركات الخفية الاسم التي يتولى ادارتها مجلس إدارة على أنه « يعد الرئيس المدير العام للشركة تاجرا في مجال تطبيق أحكام هذه المجلة ». وتتكرر هذه القاعدة بشكل مماثل تقريبا بالنسبة للمدير العام بموجب الفصل 217 من المجلة نفسها، والذي ورد في نفس عبارات الفصل 73 من المجلة التجارية الذي كان ينص على أنه « يعتبر رئيس مجلس إدارة الشركة تاجراً في مجال تطبيق أحكام هذه المجلة ». كان المشرع التونسي ينظم الشركات التجارية بمقتضى المجلة التجارية الصادرة سنة 1959 ثم صدر سنة 2000 قانون مجلة الشركات التجارية والتي وإن ألغت العمل بالنصوص الواردة في المجلة التجارية، إلا أنها اعتمدت البعض من فصولها في النص الجديد.

(4) حتى إن كان المسيرون يتقاضون رواتبهم من الشركة التي يسيرونها، فهم غير مرتبطين بالشركة بعقد عمل ولا يخضعون إلى علاقة تبعية قانونية كتلك التي تربط بين رب العمل، مالكي الشركة، وأجرائهم، حيث يكون أجيرا تابعا من الناحية التقليدية، من كان يؤدي عملا تحت سلطة صاحب العمل الذي يسدي الأوامر لتنفيذ العمل، ويشرف على أدائه، ويتحقق من النتائج ويعاقب على مخالفتها. بموجب أحكام الفقرة 1 من الفصل 6 من مجلة الشغل، بصيغتها المعدلة بالقانون رقم 96-62 المؤرخ 15 جويلية 1996 المعدل لبعض أحكام مجلة الشغل، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 59 المؤرخة 23 جويلية 1996، ص 1579، « عقد الشغل هو اتفاقية يلتزم بمقتضاها أحد الطرفين ويسمّى عاملا أو أجيرا بتقديم خدماته للطرف الآخر ويسمّى مؤجرا وذلك تحت إدارة ومراقبة هذا الأخير وبمقابل أجر ».

(5) يميل المشرع التونسي إلى معاملة مسيري الشركات بنفس الطريقة التي يعامل بها التجار كلما تعلق الأمر بآثار إفلاس الشركة. الفصول 590 من المجلة التجارية و121 و214 و254 و478 من مجلة الشركات التجارية.

(6) بعد أن كان المسيرون يعتبرون ممثلين للشركاء، يبدو أن المشرع التونسي، في سياق تنظيمه للشركة خفية الاسم، أصبح يؤسس هذه العلاقة على مفهوم الوكالة (الفصول 205 و207 و208 فقرة 2 من مجلة الشركات التجارية). وفي مقال بعنوان « مدير الشركة، وكيل خاص للمصلحة العامة »، يقول البروفيسور ستيفان أسينسيو: « إذا كان مدير الشركة وكيلا، فليس لأن الشركة تعاقدت معه، بل لأنه، من الناحية الفنية، لا يمكن أن يكون إلا وكيلا ».

S. ASENCIO, « Le dirigeant de société, un mandataire spécial d'intérêt commun », Rev. sociétés 2000, n°. 5, p. 682.

(7) توفيق ابن عبد الرحمن، « التزام مسيري المؤسسات بواجب الولاء اتجاه الشركة : دراسة مقارنة بين القانونين الجزائري والفرنسي »، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، الجزائر، المجلد 8، العدد 2، ديسمبر 2021، ص 217.

(8) إن الشركة بوصفها شخصا اعتباريا، لا يمكنها أن تتصرف إلا بواسطة مسيريها. فمن خلاله تعطي الشركة الموافقة على التعهدات التي تلزمها تعاقديا، أو ترتكب الخطأ الذي يلزمها تقصيريا. وتنص الفقرة الأخيرة من الفصل 112 من قانون الشركات التجارية، المتعلقة بالشركات ذات المسؤولية المحدودة، على أن « يتولى الوكيل تمثيل الشركة تجاه الغير وأمام القضاء سواء كانت الشركة طالبة أو مطلوبة ». كما ينص الفصل 211 من المجلة نفسها، والمتعلقة بالشركات خفية الاسم التي يسيرها مجلس إدارة، في فقرته الأولى على أن « يباشر رئيس مجلس الادارة تحت مسؤوليته الادارة العامة للشركة وهو الذي يمثلها في علاقاتها مع الغير ». ونفس القاعدة منصوص عليها في المجلة نفسها، في الفصل 232 المتعلق بالشركات خفية الاسم التي تسيرها هيئة إدارة جماعية تحت رقابة مجلس مراقبة، والذي ينص في فقرته الأولى على أن « يتولى رئيس هيئة الادارة الجماعية أو المدير العام الوحيد تمثيل الشركة في علاقاتها مع الغير ». وبموجب هذه الوكالة تفقد الشركة صفتها كغير فيما يتعلق بالتصرفات أو الأفعال الصادرة من مسيرها، فتتحمل التبعات القانونية للقرارات التي يتخذها مسيرها.

(9) جاء في وقائع هذه القضية، أن شركة خفية الاسم قامت بتأجير مطعم لشركة أخرى. وحظرت على المستأجر في الفصل 6 من العقد المبرم بين الشركتين ادخال تعديلات على المبنى دون إذن مسبق من المؤجر. ومع ذلك، أجرى المستأجر تعديلات بموجب تصريح حصل عليه من أحد موظفي المؤجر. فرفع المؤجر دعوى لإزالة التغييرات التي أجراها المستأجر وطالب بالحصول على تعويضات عن الأضرار الاحقة بالمبنى. وبالنظر إلى أن « الشركة خفية الاسم لا يمكن أن تمثلها إلا هيئة إدارتها »، حكمت محكمة التعقيب بعدم جواز الاعتداد بالترخيص الممنوح من الموظف، باعتباره ليس الممثل القانوني للشركة.

Cass. com, 3 nov 2005, n° 04-85.074, R.J.D.A., 2006, p. 272.

(10) في هذه القضية، رفضت الشركة التونسية السعودية للاستثمار والتنمية تسديد دينها للشركة العالمية للصيانة والمشاريع على أساس أن طلب السداد قدمه كل من المدير العام ورئيس مجلس الإدارة. وبالاستناد إلى الفصلين 72 و72 مكرر من المجلة التجارية التي كانت منطبقة في تلك الفترة، قضت محكمة الاستئناف بتونس « أن الممثل القانوني للشركة هو مديرها العام »، مضيفة أنه « في حالة الفصل بين مهام المدير العام ورئيس مجلس الإدارة، فإن صلاحيات هذا الأخير محددة بموجب القانون، في حين أن المدير العام يتمتع بمطلق الصلاحيات الإدارية الكاملة، بما في ذلك تمثيل الشركة في التعامل مع الغير» واستنتجت تبعا لذلك أنه يحق له مطالبة الشركة السعودية بسداد مبلغ الدين المتخلد بذمتها. محكمة الاستئناف بتونس، القرار رقم 61943 الصادر في 4 ماي 1999، مجلة القضاء والتشريع، 1999، عدد 4، ص 291.

(11) نعني بالشريعة العامة القانون المدني.

(12) الفصل 1155 من مجلة الالتزامات والعقود.

(13) الفصل 1122 من مجلة الالتزامات والعقود، وبعد وضع هذه القاعدة، نص على أنه: إذا فعل الوكيل ما يتجاوز وكالته أو يخالف الإرشاد الصادر له من موكله فعليه ما يترتب على فعله بقدر ما تجاوز به توكيله وينبني على ذلك:
أولا :إذا باع بأقل مما عين له أو بأقل من السعر الرائج إن لم يكن هناك تعيين فعليه أداء الفرق للموكل إلا إذا أثبت عدم إمكان بيعه بالثمن الذي عينه وأثبت أيضا أنه تدارك بذلك خسارة لموكله.
ثانيا :إذا اشترى بأكثر مما عين له فلموكله عدم قبول الشراء وتركه للوكيل إلا إذا رضي الوكيل بأداء الفرق أو كان الفرق مما يغتفر في التجارة.
ثالثا :إذا كان المشترى غير مطابق للنوع الموكل على شرائه فللموكل رده.
رابعا :إذا كان قدر المشتري أكثر مما وكل على شرائه فلا يلزم الموكل إلا القدر الذي وكله عليه.
خامسا :إذا اشترى نقدا ما وكل على شرائه نسيئة فللموكل الامتناع من قبوله.

(14) اقتضى الفصل 1155 من مجلة الالتزامات والعقود بعض الاستثناءات على المبدأ القائل بأن الموكل غير ملزم بما قام به الوكيل خارج نطاق صلاحياته، فنص على أنه: لا يلزم الموكل ما تجاوز به الوكيل حدود وكالته أو كان خارجا عنها إلا في الصور الآتية:
أولا :إذا اطلع عليه وأمضاه ولو بغير تصريح.
ثانيا :إذا انتفع به.
ثالثا :إذا خالف الوكيل أمر موكله بما هو أحسن.
رابعا :إذا خالف الوكيل شرط موكله بالزيادة في التكاليف إذا كان الفرق يسيرا أو مما يتسامح فيه في التجارة أو في عرف مكان العقد.

(15) سيف المري، المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة في الشركة المساهمة العامة، دراسة مقارنة. [رسالة ماجستير]، قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2019، ص 56.

(16) فهد الزميع، « الإطار القانوني لمدير الظل في القانون الإنجليزي - دراسة تحليلية »، المجلة الدولية للقانون، المجلد الثالث عشر، العدد الأول، 2024، ص 23.

العضوي للإدارة لا يقدم تفسيرا لكل الوضعيات، حيث أنه لا يمكن تجاهل اتفاق الإرادات، خاصة وأن فكرة التفويض تطفو على السطح من جديد، إن لم يكن في العلاقات مع الغير، فعلى الأقل في العلاقات بين المسير والشركة أو الشركاء[1]، ويتجلى ذلك بكل وضوح في تجمعات المصالح الاقتصادية وفي الشركات الخفية الاسم. وينص الفصل 452 من مجلة الشركات التجارية، المتعلق بتجمعات المصالح الاقتصادية، في الفقرة 2 على أنه « وفي علاقات التجمع مع الغير يلزم كل عضو في مجلس إدارة التجمع بكل عمل يدخل في موضوعه. وكل تحديد للسلطات لا يعارض به الغير ». كما تمنح الفقرة 1 من الفصل 229 من المجلة نفسها هيئة الادارة الجماعية في الشركة خفية الاسم، والفقرة 1 من الفصل 197 من المجلة نفسها مجلس إدارة الشركة خفية الاسم التقليدية « سلطات موسعة للتصرف باسم الشركة في كل الحالات » وفي جميع الظروف نيابة عن الشركة[2]. غير أن هذه الصلاحيات العامة تتقاطع جزئيا مع الصلاحيات الممنوحة لرئيس مجلس الإدارة بموجب الفقرة 2 من الفصل 211 من المجلة نفسها. ومن المؤكد أن هذا التداخل في الواجبات والصلاحيات يؤدي إلى انسحاب مجلس الإدارة، باعتباره هيئة متقطعة لا تجتمع إلا بضع مرات في السنة، لصالح رئيس مجلس الإدارة، الذي يعتبر هيئة دائمة تسير الشركة بشكل يومي، فينحصر النشاط الرئيسي لمجلس الإدارة في الواقع في مراقبة أنشطة رئيس مجلس الإدارة و/أو المديرين الإداريين[3]. ويستخلص من كل هذه الفصول أن المشرع يمنح أعضاء مجلس ادراة تجمعات المصالح الاقتصادية، وأعضاء هيئة الادارة الجماعية أو مجلس الإدارة في الشركة خفية الاسم صلاحيات موسعة لتمثيل الشخص المعنوي مما يسبب تداخلا في الصلاحيات الممنوحة لهم مع تلك الممنوحة لرئيس مجلس الإدارة، إلا أن الملاحظ أن هذه المجالس لا تمارس فعليا سلطة التسيير، التي تبقى حكرا على رئيس مجلس الإدارة وينحصر دورها فقط في مراقبة قراراته.

وينطبق الحل ذاته على الشركات ذات المسؤولية المحدودة، على الرغم من غموض بعض أحكام مجلة الشركات التجارية. فقبل دخول أحكام هذه المجلة حيز النفاذ، كان الفصل 159 من المجلة التجارية، يعتبر أن الغير لا يعارضون بالقيود المتعلقة بصلاحيات المديرين الواردة في العقود التأسيسية للشركة دون أن يذهب إلى حد حظرها[4]. ويبدو أن قانون الشركات التجارية يكرس القاعدة نفسها. فعلى الرغم من أن الفقرة الأولى من الفصل 114 من مجلة الشركات التجارية تنص على أن «تكون الشركة في علاقتها مع الغير ملزمة بكل الأعمال التي ينجزها الوكيل متى كانت داخلة في موضوع الشركة»، ويستخلص من قراءة هذا الفصل بمفهوم المخالفة إلى أن الأفعال التي يقوم بها المدير والتي لا تدخل في نطاق أغراض الشركة لا تلزم الشركة، إلا أن المشرع كرس حلا معاكسا في نصوص الفقرات 2 و3 و4 من الفصل نفسه. فمن جهة أولى، في حالة تعدد الوكلاء، فإن اعتراض أحدهم على تصرفات الوكيل الآخر لا يكون نافذا في مواجهة الغير إلا إذا ثبت أنه كان على علم بها. ومن جهة ثانية، فإن تصرفات أحد المديرين التي تتجاوز أغراض الشركة تلزم الشركة في مواجهة الغير، إلا إذا ثبت أن هذا الغير لم يكن ليجهل أن هذه الأعمال خارجة عن موضوع الشركة مع مراعاة ظروف حصولها[5]. ولا يمكن اعتبار مجرد إشهار العقد التأسيسي حجة على حصول العلم بذلك[6]. ومن جهة أخيرة، لا يمكن معارضة الغير بالبنود التي تحد من صلاحيات وكيل الشركة والواردة في نظامها الأساسي، حتى لو تم نشره[7]. وعدم إمكانية معارضة الغير كجزاء في الشريعة العامة، يتسلط على تصرفات صحيحة قانونا، لكن يمكن للغير المطالبة بعدم انتاج آثارها تجاههم. فهذا الجزاء « لا ينصرف إلى صحة التصرف في حد ذاته، بل يتسلط فقط على آثاره، دون المساس بوجوده، مؤديا إلى عدم إنتاج آثاره تجاه الغير » [8].

وتشمل عبارة مسيري الشركات في معناها الواسع جميع الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين المخولين، فرديا أو جماعيا حسب الحالة، بواحدة على الأقل من السلطات الثلاث التالية: سلطة التمثيل الخارجي التي تجعل من مسير الشركة متحدثا باسمها في تعاملها مع الغير، وسلطة الإدارة الداخلية التي تضعه في قمة التسلسل الهرمي للشركة، وأخيرا سلطة الرقابة التي تجعله رقيبا على الأعمال التي تقوم بها بقية أجهزة الشركة الأخرى[9]. وقد لا يتمتع المسيرون بجميع هذه السلطات الثلاث، فيتمتعون بواحدة منها فقط، كما هو الحال بالنسبة إلى مجلس المراقبة في الشركة خفية الاسم، والذي يقتصر دوره على مراقبة إدارة هيئة الادارة الجماعية[10]. ومن الممكن أن تتولى الهيئة نفسها سلطتين في نفس الوقت، كما هو الحال بالنسبة لوكيل الشركة ذات المسؤولية المحدودة[11]، ووكيل شركة المقارضة البسيطة، حيث يكونون مسؤولين عن إدارة الشركة داخليا وتمثيلها خارجيا. كما يتمتع مجلس إدارة الشركة الخفية الاسم بصلاحية مزدوجة تتمثل في تمثيل الشركة والإشراف على تصرف المدير العام[12].

وعلى الرغم من هذه التباينات، فإن الأشخاص الذين يشكلون مختلف هيئات الإدارة يخضعون عموما لقواعد متطابقة أو متشابهة فيما يتعلق بصفة المسير. والصفة هي اللقب الذي يظهر به الشخص في تصرف قانوني أو في دعوى قضائية. فيتصرف الوصي بصفته ممثلا للقاصر، والأمين في التفليسة بصفته ممثلا للمفلس ودائنيه. وتُمنح هذه الصفة عادة للمسيرين بحكم القانون، لكنها يمكن أن تمتد أيضا في بعض الحالات إلى المسيرين بحكم الواقع[13].

إشكالية البحث

يسعى هذا البحث إلى دراسة المركز القانوني للميسرين بحكم الواقع في قانون الشركات التجارية التونسي، والذين عادة ما يرغبون في البقاء في الظل من أجل تجنب تحمل المسؤولية التي تنشأ عن تصرفاتهم. وإدراكاً من المشرع للعواقب الوخيمة التي يمكن أن تنجم عن هذه التصرفات، أخضعهم المشرع في عدة مناسبات لنفس النظام القانوني للمسير بحكم القانون.

(1) الفصول 121 و198 و207 و214 و254 من مجلة الشركات التجارية.
(2) علي ننى، قانون الشركات التجارية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2021، ص 67.
(3) كرم سلام، « دور حوكمة الشركات في جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة إلى الدول العربية »، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة، جامعة عين شمس، المجلد 48، العدد 2، 2018، ص 387.
(4) كان الفصل 159 من المجلة التجارية ينص على أنه « ما لم ينص النظام الأساسي على خلاف ذلك، فإن وكيل الشركة يتمتع بصلاحيات كاملة للتصرف نيابة عن الشركة في جميع الظروف، ولا يكون لأي تقييد تعاقدي لصلاحيات الوكيل أي أثر تجاه الغير ».
(5) الفصل 114 فقرة أولى من مجلة الشركات التجارية.
(6) الفصل 114 فقرة ثانية من مجلة الشركات التجارية.
(7) الفصل 114 فقرة أخيرة من مجلة الشركات التجارية.
(8) D. BASTIAN, Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, Recueil Sirey, 1929, p. 352. Une vente d'immeuble qui n'a pas fait l'objet d'unepublication sera valable entre les parties, mais inopposable à un autre acquéreur auquel le même vendeur aurait vendu le même bien.
(9) علي ننى، مرجع سابق، ص 87.
(10) بموجب أحكام الفقرة 1 من الفصل 225 من مجلة الشركات التجارية: « يدير الشركة خفية الإسم هيئة إدارة جماعية تتحمل مسؤولية إدارتها وتباشر مهامها تحت رقابة مجلس مراقبة ».
(11) ينص الفصل 113 من مجلة الشركات التجارية: « تحدد بالعقد التأسيسي سلطات الوكلاء في علاقتهم بالشركاء.
وفي غياب شرط منصوص عليه بالعقد التأسيسي يخول للوكيل القيام بكل أعمال التصرف طبق موضوعها وخدمة لمصلحة الشركة.
(12) الفصلان 197 فقرة أولى و208 من مجلة الشركات التجارية.
(13) D. TRICOT, « Les critères de la gestion de fait », Droit et patrimoine. janv. 1996, p. 24

ويثير البحث عددا من التساؤلات أبرزها:

ما هو المركز القانون لمسير الشركة بحكم الواقع في قانون الشركات التجارية التونسي؟ ماهو مفهومه وماهي معايير تمييزه عن المسير بحكم القانون؟، ماهي شروط اكتساب صفة المسير بحكم الواقع ؟ و ماهي التبعات القانونية لاكتساب هذه صفة ؟

منهج البحث

سيعتمد البحث المنهج الوصفي التحليلي بالتركيز على الإطار القانوني المنظم لهذه المسألة في قانون الشركات التجارية التونسي مع الإشارة إلى القوانين المقارنة الأخرى ذات العلاقة.

خطة البحث

قسم البحث إلى مبحثين؛ فجاء المبحث الأول، تحت عنوان « التمييز بين مسير الشركة بحكم القانون ومسير الشركة بحكم الواقع »، وتضمن مطلبين، ورد أولهما تحت عنوان « معايير بين مسير الشركة بحكم القانون ومسير الشركة بحكم الواقع »، وورد المطلب الثاني تحت عنوان « التطبيقات الرئيسية للتمييز بين مسير الشركة بحكم القانون ومسير الشركة بحكم الواقع »، أما المبحث الثاني، فكان بعنوان « وحدة النظام القانوني بين مسير الشركة بحكم القانون ومسير الشركة بحكم الواقع »، وتضمن بدوره مطلبين؛ فجاء المطلب الأول تحت عنوان « توحيد قواعد المسؤولية »، وأما المطلب الثاني فكان تحت عنوان « توحيد القواعد المتعلقة بالإجراءات الجماعية ».

المبحث الأول: التمييز بين مسير الشركة بحكم القانون ومسير الشركة بحكم الواقع

كقاعدة عامة، يعد مسيرا للشركة بحكم القانون كل شخص يمارس مهمة إدارية بصفته. ويُعتبر الشخص مسيرا من حيث القانون في قانون الشركات، إذا تم تعيينه حسب الأصول لإدارة الشركة وتسييرها، إما مباشرة أو من بقرار من مجلس، أو بأمر من المحكمة[1]. وهذا هو الحال بالنسبة إلى مسيري شركات المفاوضة[2] وشركات المقارضة[3] وشركات المحاصة[4] والشركات ذات المسؤولية المحدودة[5]، والشركات ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الواحد[6]. ويكون مسيرا بحكم القانون، في النوع التقليدي من الشركات خفية الاسم، رئيس مجلس الإدارة والرئيس المدير العام والمدير العام المساعد وأعضاء مجلس الإدارة والمدير، إلا إذا تم الفصل بين مهام رئيس مجلس الإدارة والمدير العام للشركة. أما في حالة الشركة خفية الاسم التي تسيرها هيئة إدارة جماعية تحت رقابة مجلس مراقبة، فإن أعضاء هيئة الادارة الجماعية يكونون مسيرين بحكم القانون. ويكون مصفي الشركة مسيرا بحكم القانون، باعتباره الممثل القانوني للشركة خلال هذه المرحلة[7]، كما تمنح هذه الصفة إلى المتصرف القضائي المعين من المحكمة والذي يتولى مراقبة أعمال التصرف، أو مساعدة المدين في جميع أعمال التصرف أو في البعض منها أو إدارة المؤسسة كليا أو جزئيا بمساعدة المدين أو دونها حسب ما تحدده المحكمة[8].

أما المسير بحكم الواقع، فعلى الرغم من أن المشرع قد نص على مفهوم الإدارة بحكم الواقع[9] وحدد العقوبات المترتبة على ممارستها[10]، من أجل تعزيز فاعلية التشريع المتعلق بمسيري الشركات، إلا أنه لم يعرفه، تاركا هذه المهمة للقضاء وللفقه[11].

وصحيح أن الفصل 121 من مجلة الشركات التجارية، قبل تعديله بموجب القانون رقم 2009-16 المؤرخ 16 مارس 2009[12]، المعدِّل والمكمِّل لقانون الشركات التجارية، كان يشير إلى الشخص « الذي يمارس صلاحيات إدارية بحكم الواقع في الشركة »، ويسمح لنا الفصل 30 من المجلة نفسها باستنتاج أن المسير بحكم الواقع يمكن لأن يتخذ صورة المسير بحكم القانون الذي انتهت مهامه بحل الشركة[13]. وعلى أي حال، فإن مفهوم الوكيل أو المسير بحكم الواقع، يمكن أن ينطبق على أي شخص، مهما كان شكل دوره في الشركة، سواء أكان شريكا، أم موظفا، أم مصرفيا، أم صاحب امتياز تجاري، أم مقاولا، والذي يمكن الاحتجاج به ضد الشخص المعني في أي ظرف قد يكون مفيدا لمصلحة الغير، ولا سيما من أجل تحميله المسؤولية. وباستثناء بعض المقترحات الفقهية[14]، يظل تعريف المسير الفعلي قضائيا بالأساس مستندا في ذلك إلى عدة معايير، ومن هنا تأتي الحاجة إلى تحديد معايير التمييز (مطلب أول) وتحديد تطبيقاته الرئيسية (مطلب ثان).

(1) E. DUNET, « Responsabilité fiscale des dirigeants », J-Cl. 1997, fasc. 43-30, p. 4

(2) الفصل 58 من مجلة الشركات التجارية.

(3) الفصل 71 من مجلة الشركات التجارية.

(4) الفصل 83 من مجلة الشركات التجارية.

(5) الفصل 112 من مجلة الشركات التجارية.

(6) الفصل 154 من مجلة الشركات التجارية.

(7) الفصل 42 من مجلة الشركات التجارية.

(8) الفصل 26 جديد من القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 والمتعلق بإنقاذ المؤسسات كما تم تنقيحه بمقتضى القانون عدد 79 لسنة 2003 المؤرخ في 29 ديسمبر 2003.

(9) الفصول 30 و121 و214 و254 و461 من مجلة الشركات التجارية والفصل 55 من مجلة مؤسسات التوظيف الجماعي الصادرة بالقانون رقم 2001-83 المؤرخ 24 جويلية 2001، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 59 المؤرخة 24 جويلية 2001، ص 1790.

(10) الفصول 478 من مجلة الشركات التجارية، والفصل 55 من مجلة مؤسسات التوظيف الجماعي، والفصل 596 من المجلة التجارية.

(11) كمال العياري: المسير في الشركات التجارية الجزء الأول، 2014، ص 20.

(12) المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 22 بتاريخ 17 مارس 2009، ص 781.

(13) تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 30 من مجلة الشركات التجارية، والمتعلقة بآثار الحل، على أنه « ويبقى المسيرون للشركة بعد انحلالها، وقبل تعيين المصفي، المسيرين الفعليين لها في تلك المدة وليس لهم أن يعقدوا في حقها أية معاملة، عدا ما يلزم لإتمام الأعمال المشروع فيها قبل حلها، وما هو متأكد من الأعمال ».

(14) في تعليقه على الفصل 199 من القانون الفرنسي رقم 67-563 المؤرخ 13 جويلية 1967 المتعلق بالتسوية القضائية وتصفية الأصول والإفلاس الشخصي، يعرّف البروفيسور جيرار نوتيه المدير الفعلي بأنه « أي شخص اعتباري أو طبيعي يمارس، دون تفويض من الشركة، وبكامل سيادته واستقلاليته، نشاطاً إدارياً وتوجيهياً إيجابياً داخل شركة أخرى، مما يجعله في وضع يسمح له بتقرير المصير التجاري والمالي للشركة ».

G. NOTTE, « La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives », JCP CI. 1980, 8560 ; G. NOTTE, Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé, Thèse Paris I, 1978 ; J.-M. MAQUERON, La notion de dirigeant de fait : étude de la jurisprudence française de ses origines à 1981, Thèse, Rouen, 1982 ;

D. TRICOT, « Les critères de la gestion de fait », Dr. et patr. janvier 1996, p. 24 ; J.- L. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens » , D. 1975, Chron. VII, p. 41.

ومن جهته، وفي شرحه لقرارين لمحكمة الاستئناف في دواي Douai بتاريخ 3 نوفمبر 2005، يعرّف البروفسور كريستوف ديلاتر Ch. DELATTRE المدير بحكم الواقع بأنه « شخص متدخل في توجيه الشركة أو إدارتها أو تسييرها تحت غطاء الممثل القانوني أو بدلاً منه. وبعبارة أخرى، هو شخص غير مخول رسميًا بمهام المدير ولكنه يمارسها في الواقع. فيحل المدير الفعلي محل هيئة الإدارة ».

Ch. DELATTRE, JCP E. 9 mars 2006, n° 10, p. 476.

وترى السيدة ناتالي ديديسوس لو موستييه Nathalie DEDESSUS-LE MOUSTIER أن « المدير بحكم الواقع هو الشخص الذي يدير الشركة دون أن يكون مخولاً من قبل أجهزة الشركة بسلطة تمثيلها ».

N. DEDESSUS-LE MOUSTIER, « La responsabilité du dirigeant de fait », Rev. sociétés 1997, p. 499.

ومن جانبه، يشير البروفيسور سمير القلسي أن صفة المدير بحكم الواقع تغطي حقيقتين. فهم من جهة « الشخص الذي يشبه المدير بحكم القانون من حيث أنه مكلف بمهامه رسمياً، ولكنه يعد مديرا بحكم الواقع لانتفاء أحد شروط تولي هذه المهام وقت تعيينه، أو لزال أحدها أثناء أداء لمهامه، لكنه استمر في تحمل مسؤولية تسيير شؤون الشركة » . ويعتبر مديرين بحكم الأمر الواقع أيضاً « الأشخاص الذين تولوا بصورة مباشرة ومستقلة إدارة الشركة أو إدارتها أو تسيير شؤونها تحت غطاء أو بدلاً من ممثليها القانونيين ».

S. KOLSI, Le statut juridique des dirigeants de la société anonyme, Thèse en Droit, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, 1997, p. 338.

المطلب الأول: معايير التمييز بين مسير الشركة بحكم القانون ومسير الشركة بحكم الواقع

بعد أن ذكرت محكمة النقض الفرنسية أن مفهوم المسير بحكم الواقع يصعب تعريفه[1]، أضافت أنه « يفترض وجود نشاط إيجابي ومعتاد للإدارة باستقلالية وحرية تامة ». واعتبرت أنه « يعد مسيرا فعليا للشركة الفرعية رئيس مجلس مراقبة الشركة الأم، الذي قدم نفسه كمدير للشركة الفرعية وأنهى عقد الإيجار التجاري الذي كانت الشركة طرفا فيه متسببا في توقف نشاطها الاقتصادي »[2]. ويستخلص من ذلك، أن صفة المسير الفعلي تُنسب إلى الشخص الذي يشارك بنشاط واستقلالية في ممارسة هذه الوظيفة دون أن يكون مكلفا رسميا بها[3].

وغالبا ما تستخدم صفة المسير بحكم الواقع، خلال مرحلة الإجراءات الجماعية لزيادة ضمانات دائني الشركة، ويستند ذلك إلى ثلاثة معايير تراكمية من حيث المبدأ. فيفترض أولا وجود نشاط إيجابي من قبل الشخص الذي يتدخل في تسيير الشركة. إذ لا يمكن أن يشكل موقف الامتناع عن اتخاذ القرار سندا للإدارة الفعلية. ويفترض من جهة ثانية وجود نشاط توجيه أو إدارة. إذ يجب أن تكون طبيعة الأعمال المنفذة ذات تأثير حاسم على المصير التجاري والمالي للشركة. ويستخلص من ذلك أن القيام بعملية معزولة لا يكفي لاعتبارها من الإدارة الفعلية، بل يجب أن تتضافر الأفعال وتتكرر وهو ما يجعل من الممكن إثبات أن الشخص قد تدخل في التسيير والإدارة[4]. وأخيرا، يجب أن يتم تنفيذ النشاط بحرية واستقلالية تامة. وتُعرّف الاستقلالية بأنها « صفة الشخص أو المؤسسة التي لا تتلقى أوامر أو حتى اقتراحات من أي نوع، وتتخذ وحدها القرارات التي ترغب فيها، ولا يتعين عليها تقديم حساب لاي جهة كانت » 5. ويبدو أن مفهوم الاستقلالية ينطبق على القاضي[6]، أكثر من انطباقه على مسير الشركة الذي يخضع، بصفته وكيلا للشركة، لرقابة المساهمين الذين يكون مسؤولا أمامهم عن أداء واجباته[7].

المطلب الثاني: التطبيقات الرئيسية للتمييز بين مسير الشركة بحكم القانون ومسير الشركة بحكم الواقع

يبدو أنه من السهل الملاحظة من خلال التطبيقات فقه القضائية[8] أن المعايير الخاصة بالإدارة الفعلية تتجلى بوضوح في تجمعات الشركات التجاري على مستوى العلاقة بين الشركة الأم والشركة التابعة لها، فغالبا ما تتدخل الأولى في شؤون الثانية. وبصفة عامة، فإن الشركة الأم، تكون شركة تجارية تمتلك عددا كافيا من الأسهم أو الحصص في شركة أخرى تمكنها من السيطرة عليها فتصبح شركة تابعة لها[9]، فيمكن تكييفها كمسير بحكم الواقع بسبب « التبعية الوثيقة التي تجد الشركة التابعة نفسها فيها »[10]، وبحكم السلطة التي تتمتع بها الشركة الأم للتأثير على الشركة التابعة أو فرض قراراتها عليها[11].

كما يمكن أن تنشأ مسألة الإدارة الفعلية أيضا فيما يتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية[12]. فالبنك الذي يمنح ائتمانا لشركة ما، خاصة عندما تواجه الشركة صعوبات اقتصادية[13]، لا يمكنه تجنب التدخل في إدارتها. ويمكن أن يتخذ هذا التدخل أشكالا عادية، مثل اشتراط الحصول على تأمين لتجنب عواقب حوادث الاختفاء العرضي لبعض أصول الشركة، أو التحكم في الضمانات القانونية التي قد يدفع المسيرون إلى منحها لدائنين آخرين، فيشترط المصرف الحصول على وعد من المدين بعدم منح ضمان أو السماح بالاستفادة من أي ضمان ممنوح للغير، للحصول على ائتمان أو الإبقاء عليه[14]. وقد يتخذ التدخل أيضا أشكالا أكثر تقدما، تتمثل في توجيه النشاط الاقتصادي للشركة. وقد يكون ذلك في حالة فرض تخصيص إجباري للأموال المقترضة، وفرض احترام نسبة مئوية بين الأموال الخاصة والأموال المقترضة، أو عندما يفرض المصرف موردا معينا، بحيث لا يمنح ائتمانا مخصوما، إلا للفواتير التي يسحبها ذلك المورد[15].

ولا ينبع هذا الموقف في جانب المصرف من مجرد أدائه لواجبه المهني المحمول عليه في تقديم النصح والمشورة[16] أو التزامه بالحيطة والحذر فقط[17]، بل يفسر أيضا باتحاد المصالح الذي يربطه بعميله، فأي ائتمان يمنح دون دراسة مستفيضة قد يؤدي الى قيام مسؤوليته تجاه الغير. ويكون الامر كذلك عند

(1) الإدارة هي فن تطبيق تقنيات توجيه وتنظيم وإدارة الشركة. وهي تنطوي في معناها المعتاد على حالة ذهنية ديناميكية موجهة نحو التقدم.

(2) C. Cass. Fr. Ch. Com. 6 mai 1980, Bull, Civ. 4, p. 139. V. aussi, Paris, 7 mars 1978, Rev. Banque, 1978, p. 656, Obs. L.-M. ; Paris, 6 VASSEUR MARTIN ; D. 1978, IR. p. 420, Obs. M. janvier 1977, JCP G. 1977, II, 18689; C. Cass. Fr. Ch. Com. 9 mai ; Nancy, 15 1978, D. 1978, IR. p. 419, note M. VASSEUR STOUFFLET. décembre 1977, JCP G. 1978, II, 18912, note J.

(3) Paris, 22 mars 2016, n° 15/14846, ch. 5-8, cité par D. VIDAL et K. LUCIANO, Cours de droit général des sociétés, Amphi LMD, 2ème éd. 2016-2017, p. 211 et 212.

(4) محمد قطاطة، « المسؤولية الجزائية لمسيري الشركات في المادة الجبائية »، مجلة القضاء والتشريع، فيفري 2002، العدد 2، ص 89.

(5) J. PRADEL, « La notion européenne de tribunal impartial selon le droit français », RSC. 1990, p. 692.

(6) L'impartialité du juge », Dalloz, 1999, p. M.-A. Frison-Roche, « .53

(7) Cass, com., 7 juill. 1998, n° 96-15.425, Dict. perm. diff. entr., Bull. 174, p. 6698 ; Cass, com., 22 juin 1970, n° 68-11.936, Bull, civ., IV, p.214; Cass, com., 16 mars 1999, n° 95-17.420, *Bull, civ.,* IV, 1999, p. 64.

(8) المحكمة الابتدائية بصفاقس، الحكم رقم 11120، الصادر في 2 فيفري 1987، غير منشور، استشهد به الأستاذ توفيق بن نصر، أطروحة دكتوراه في القانون ، Le contrôle de fonctionnement des sociétés anonymes، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1994.
محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 21 مارس 1984، نشرية محكمة التعقيب التونسية، الجزء الأول، 1984، ص 358.

CA Paris, 12 janv. 2016, n° 14/24115, R.J.D.A., 2016, p, 194 ; Cass. com. 13 févr. 2007, n° 05-20126, *Bull. Joly,* n° 6, 01 juin 2007, p. 697, note A. LECOURT.

(9) وفقًا للفصل 463 من مجلة الشركات التجارية، تكون الشركة الأم، في معظم تجمعات الشركات التجارية، شركة قابضة، يتمثل نشاطها في إدارة مساهماتها في الشركات الأخرى.

(10) D. SCHMIDT, « Responsabilité civile dans les relations de groupe de sociétés », Rev. sociétés 1981, p. 725.

(11) تجدر الإشارة إلى أن الشركة الأم حتى وإن كانت تمتلك حصة في رأس مال الشركة التابعة لها، فإن ذلك لا يكفي لوحده لتكييفها مسيرة فعلية.

(12) تخضع البنوك والمؤسسات المالية للقانون رقم 2016-48 الصادر في 11 جوان 2016 بشأن البنوك والمؤسسات المالية، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 58 بتاريخ 15 جوان 2016، ص 2195.

(13) يجب التمييز بين الصعوبات الاقتصادية والأسباب الاقتصادية. فالأولى دائماً ما تكون سلبية بطبيعتها، في حين أن الأخيرة يمكن أن تكون إما سلبية أو إيجابية، مثل خفض الوظائف أو التغييرات، وإعادة هيكلة الشركات.

(14) D-P. FIDLER, « Banks as Shadow Directors", *Journal of International Banking Law*, Vol. 7, n°. 3, 1992.

(15) تمارس البنوك الخصم على الائتمان على نطاق واسع رغم ما ينطوي عليه من مخاطر بالنسبة للمصرف الذي قد يجد نفسه في مواجهة أشخاص معسرين في موعد الاستحقاق. والخصم على الائتمان هو العملية التي يقوم بموجبها العميل الحائز على ورقة تجارية بتحويلها إلى مصرفية، فيقوم المصرف بإتاحة المبالغ المدونة عليها في الحال بعد خصم عمولته. وهناك شكلان أساسيان للخصم: الخصم المعزول والخصم الائتماني. الخصم المعزول هو عندما يتفق العميل مع مصرفه على خصم كمبيالة أو ورقة مالية أخرى بمعزل عن غيرها من الأوراق المالية.
ويستخدم مصطلح « ائتمان الخصم »، عندما يتفق العميل مع مصرفه على قبول خصم جميع الأوراق المالية المقدمة له. وبصفة عامة، يتم تحديد سقف معين، بحيث يكون الائتمان الذي يمنحه البنك ثابت المقدار، ويبقى للمصرف حرية رفض خصم الأوراق المالية التي تزيد عن المبلغ المبين في العقد.

(16) فرضت محكمة التعقيب التونسية، واجبًا عامًا في النصح والارشاد، محمولا على جميع المهنيين، وعلى جميع الأطراف القوية في العقد بشكل عام، من أجل إعادة التوازن التعاقدي. قرار تعقيبي مدني عدد 2713، مؤرّخ في 3 أكتوبر 2005، نشريّة محكمة التّعقيب، 2005، ص. 21، « إنّه من المقرّر فقها وقضاء أنّ الفنيين ملزمون بإسداء النّصح وواجب الإرشاد لحرفائهم ولا يمكنهم التّقصّي من هذه المسؤوليّة ».

(17) يعني واجب الرعاية الذي يقع على عاتق المصرفي أن يتصرف بحكمة وفطنة كافيتين للحيلولة دون أن يتسبب القرض المصرفي في ضرر لعميله، دون التدخل في أعماله.

منح الائتمان لتاجر ليس محل ثقة أو لتاجر في حالة توقف عن الدفع[1].

والسؤال الذي يطرح نفسه عندئذ يتمثل في معرفة ما إذا كانت أعمال التدخل التي يمارسها المصرف تؤدي إلى اكتسابه صفة المسير الفعلي؟

يستخلص من السوابق الفقه قضائية[2] بشأن هذه المسألة قاعدتان. فمن ناحية أولى، بما أنه من المستحسن، بل ومن الضروري أن يتخذ البنك خطوات لمراقبة الاستخدام السليم للأموال المقرضة، بما أنه من المرجح أن تساهم هذه المراقبة في تعافي الشركة المدينة واستئنافها لنشاطها الاقتصادي، فإن المصرفي لا يكتسب صفة المسير الفعلي إذا اقتصر تدخله على مراقبة استخدام الأموال المقرضة أو على تقديم المشورة[3]. والسبب في ذلك أن الإشراف والمراقبة وإسداء المشورة لا تندرج ضمن قرارات التسيير وإدارة الأعمال. ولم يعتبر المصرف مسيرا بحكم الواقع، عندما اشترط مساعدته لشركة تواجه صعوبات اقتصادية، بتنفيذ تدابير إعادة تنظيم، أو إعادة هيكلة، أو بمشاركته المباشرة، أو غير المباشرة في جهود الإنعاش، دون أن يحل محل المسيرين بحكم القانون[4]، أو إذا كان قد مارس فقط الرقابة والإشراف المستمر على استخدام الأموال التي أتيحت للشركة[5]، أو طلب معلومات من عميله، أو اتخذ تدابير لحماية ديونه المستحقة[6].

ومن ناحية أخرى، يجب ألا تؤدي وسائل الرقابة التي يستخدمها المصرف، تحت أي ظرف من الظروف، إلى إحلال أشخاص آخرين محل المسيرين القانونيين ليتخذوا القرارات بدلا منهم[7]. واعتبر فقه القضاء الفرنسي المؤسسة المالية مسيرا بحكم الأمر الواقع عندما فوضت أحد موظفيها للعمل في الشركة، وشارك بنشاط في إدارتها، واتخذ قرارات هامة بمفرده[8].

وتجدر الإشارة إلى أن هناك ثلاثة عوامل على الأقل تجعل من الصعب التمييز بين التدخل العادي، الذي لا يمنح صفة المسير بحكم الواقع، والتدخل غير العادي الذي يمنح هذه الصفة. فمن جهة أولى، ليس من الضروري أن تكون الإدارة كاملة ليتم تكييفها على أنها إدارة بحكم الواقع. ومن جهة ثانية، قد تُمارس سلطة اتخاذ القرار بشكل غير مباشر من خلال وسطاء، لا سيما من خلال التلاعب بالمسيرين بحكم القانون. ومن جهة ثالثة، وأخيرة، قد يكون من الصعب إعادة تشكيل عملية صنع القرار في وقت لاحق[9].

المبحث الثاني: وحدة النظام القانوني بين مسير الشركة بحكم القانون ومسير الشركة بحكم الواقع

يقصد بالنظام القانوني، مجموعة القواعد التي تحكم حالة فعلية دون أن يكون معبرا عنه أو مصاغا بالضرورة في التشريع. ويخضع المسير بحكم الواقع أو المسير الفعلي والمسير بحكم القانون في بعض الأحيان للقواعد نفسها، إما لأن القانون يشير إلى المسير دون تمييز[10]، أو لأنه يشير إليهما معا صراحة. وبموجب أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 474 من قانون الشركات التجارية، لا يجوز إجراء معاملة مالية داخل تجمع الشركات إلا إذا كانت العملية « لا تهدف العملية إلى تحقيق أغراض شخصية للمسيرين القانونيين أو الفعليين للشركة المعنية بها » . وبقراءة أحكام هذا الفصل نلاحظ أن المشرع منع على كل من المسير القانوني والمسير الفعلي اجراء معاملات مالية داخل تجمع الشركات إذا كانت الغاية منها تحقيق منافع شخصية لفائدتهم، ويستخلص من هذا الفصل أن المشرع وحد النظام القانوني بين المسير الفعلي والمسير بحكم القانون[11]، فيما يتعلق بقواعد المسؤولية (المطلب الأول)، والتي تبرز أهم آثارها في قانون الإجراءات الجماعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: توحيد قواعد المسؤولية

بالإضافة إلى المسؤوليّة الدّينيّة الّتي أقرّتها كلّ الشّرائع السّماويّة[12] والمسؤولية الأخلاقيّة الّتي يكون فيها محدث الضّرر مسؤولا أمام ضميره، تنقسم المسؤوليّة القانونيّة[13] إلى مدنيّة وجزائيّة[14]. ويتمثّل الفارق الجوهريّ بين المسؤوليّة المدنيّة والمسؤوليّة الجزائيّة في اختلاف أساسهما. ففي حين تقوم المسؤوليّة الجزائيّة على أساس ضرر يلحق بالمجتمع، تقوم المسؤوليّة المدنيّة على أساس الضرر الذي يلحق بالفرد. لذلك فإنّ الدّعوى[15] الجزائيّة أو العموميّة يباشرها المجتمع، كقاعدة عامّة، ممثّلا في النّيابة العموميّة[16]. أمّا الدّعوى المدنيّة فيباشرها المتضرّر. ويفضي اختلاف الأساس بين المسؤوليّة المدنيّة والمسؤوليّة الجزائيّة إلى نتيجتين. فمن جهة أولى، تعد المسؤوليّة

(1) H. BEN LAKHDAR. R, La responsabilité civile du banquier, Regroupement Latrach du livre spécialisé, Tunis, 2009, p. 164 ; S. HENTATI-KTARI, Le banquier dispensateur de crédit, Thèse de doctorat en Droit, Faculté de droit de Sfax, 2018, p. 123 ; F-X. LUCAS, « Responsabilité bancaire : le banquier administrateur de fait par personne interposée », RDBF, 2004, p. 271 ; J. STOUFFLET, « L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers », JCP G. 1965, 1882 ; J. STOUFFLET, Obs. sous Paris, 26 mai 1967, JCP G. 1968, 15518 ; Ch. GAVALDA, note sous C. Cass. Fr. Ch. Com. 25 avril 1967, JCP G. 1967, 15306.

(2) CA Paris, 9 sept. 1992, Bull. Joly, 1992, p. 1219 ; Cass. Crim. 12 juillet 1994, J.C.P., éd. E.II., 1995, p. 682 ; Cass, com., 28 janv. 1997, n° 94-18.867, *D.,* I.R., 1997, p. 72; Cass, com., 16 mars 1999, n° 95-17.420, *Bull, civ.,* IV, 1999, p. 64 ; Cass.com., 26 juin 2001, n°98-20.115, Act. proc. Coll., 2001, p. 202; Cass. crim., 3 nov. 2005, n° 04-85.074, R.J.D.A., 2006, p. 272.

(3) من الصعب تقديم النصيحة لأننا لا نعرف مسبقا ما إذا كانت ستؤدي إلى النتائج المرجوة.

(4) Paris, 6 janvier 1977, D. 1977, p. 144, note M. VASSEUR.

(5) C. Cass. Fr. Ch. com. 30 octobre 2007, Banque et droit, n° 117, janvier-février 2008, p. 26, Obs. CRÉDOT et SAMIN ; Paris, 17 mars 1978, D. 1978, IR. p. 420, Obs. M. VASSEUR ; Rev. Banque, 1978, p. 656, note L.-M. MARTIN.

(6) C. Cass. Fr. Ch. com. 3 juillet 2007, JCP E. 2007, 2377, n° 35, Obs. J. STOUFFLET.

(7) P. FIDLER, « Banks as Shadow Directors », *Journal of- International Banking Law*, Vol. 7, n°. 3, 1992, p. 99.

(8) Paris, 3 mars 1978, D. 1978, IR. p. 420, Obs. M. VASSEUR.

(9) J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 6ème éd. Dalloz, Paris, 1995, p. 167.

(10) الفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود والتي تنص على أنه: « إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها ».

(11) F. ROUVIÈRE, « Le revers du principe, différence de nature (égale) différence de régime », in, *Le droit entre autonomie et ouverture*, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis BERGEL, Bruyant, 2013, p. 415.

(12) حرّمت كلّ الشّرائع السّماويّة الإضرار بالغير في نفسه أو في ماله. وتعتبر الشّريعة الإسلاميّة ظالما، كلّ شخص أضرّ بغيره، وأنّ « كلّ المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه ». كما نهى القرآن نهيا صريحا على البغي والظّلم. يقول الله تعالى، « قل إنّما حرّم ربّي الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم والبغي بغير حقّ »، سورة الأعراف، الآية 33.

(13) المسؤوليّة المدنيّة هي التزام بالتّعويض يقع على من يلحق ضررا بالغير سواء بفعله الشّخصيّ أو بفعل الأشخاص المسؤول عنهم أو بسبب حادث نشأ عن شيء كان مالكا أو حائزا له.

(14) المسؤوليّة الجزائيّة ترتّب أثرا إلزاميّا بحكم القانون على المجرم الذي صدر حكم بتجريمه بعد محاكمته قضاء نتيجة لجريمة. والجريمة في الشّريعة الإسلاميّة كلّ محظور بنصّ شرعيّ، عامّا كان النّص أو خاصّا، فعلا كان المحظور أو تركا، عمدا كان المحظور أو شبه عمد أو خطأ، محدّدا كان عقابه، كجرائم الحدود، أو متروكا لتقدير القاضي، كجرائم التّعازير. والجريمة في القانون كلّ فعل أو امتناع يوجب المسؤوليّة الجزائيّة نصّ عليه القانون وعلى عقوبته.

(15) الدّعوى طلب الحقّ والمحاجّة فيه لدى القاضي، تظلّما من اعتداء، وطلبا لاستصدار حكم فاصل برفعه أو بالتّعويض عمّا أحدثه من ضرر. وحقّ الدّعوى أو الادّعاء من الحقوق العامّة المكفولة قانونا، وهو وسيلة قانونيّة لحماية النّفس والحقّ والحصول على التّعويض عن الضّرر.

(16) الفصل 20 من المجلّة الجزائيّة.

المدنيّة أوسع مجالا من المسؤوليّة الجزائيّة[1] ومن جهة أخرى، ترتب المسؤوليّة الجزائيّة نتائج أخطر من المسؤوليّة المدنيّة[2].

وقد تنشأ عن الفعل الضّارّ مسؤوليّة مدنيّة ومسؤوليّة جزائيّة في الآن نفسه. ويكون الأمر كذلك إذا أحدث الفعل الضّارّ ضررا مزدوجا بعضه يقع على شخص معيّن بذاته، وبعضه الآخر يتحمّله المجتمع.

وتكون مسؤولية مسيري الشركات، من حيث المبدأ، ثقيلة نسبيا بالنظر لما يتمتعون به من سلطات واسعة. ويمكن أن تنقسم هذه المسؤولية إلى مدنية وجزائية.

المسؤولية المدنية: بعد أن كان الفصل 117 من قانون الشركات التجارية، والمتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة، ينص في صيغته الأصلية على أن المدير أو وكلاء الشركة مسؤولون بصفة فردية أو بالتضامن حسب الحالة، تجاه الشركة أو تجاه الغير، إما عن مخالفة القانون أو مخالفة النظام الأساسي أو عن سوء التصرف في إدارتهم، فإن الفصل نفسه، بصيغته المعدلة بالقانون رقم 2009-16 المؤرخ 16 مارس 2009[3]، أصبح ينص في فقرته 3 على أنه « وتقضي المحكمة بإلزام الوكيل القانوني أو الفعلي برد ما أخذه من مال الشركة مع الأرباح الحاصلة له من استعمالها لخاصة نفسه أو للغير ويبقى الحق للشركاء في مطالبته بما فوق ذلك من الخسائر وتوجيه الدعوى الجزائية عليه عند الاقتضاء ».

المسؤولية الجزائية: لم تتردد محكمة التعقيب الفرنسية في استبعاد المسؤولية الجزائية للمسير بحكم القانون لصالح مسؤولية المسير بحكم الواقع[4]. أما في القانون التونسي، فإن الفصل 55 من مؤسسات التوظيف الجماعي[5] ينص صراحة على المسؤولية الجزائية للمسير الفعلي التي تعاقب السجن من ستة عشر يوما الى سنة وبخطية تتراوح من ألفين (2000) الى عشرين ألف (20000) دينار أو باحدى العقوبتين فقط كل مسيّر قانوني أو فعلي لمؤسسة تمارس نشاط التوظيف الجماعي في الأوراق المالية دون الحصول على ترخيص أو تواصل تعاطي هذا النشاط بعد سحب الترخيص منها عند انقضاء اجل السنة »[6]. ويضيف الفصل أن العقوبة نفسها تطبق كل من يتعاطى نشاط التصرف في صندوق مشترك للديون دون الحصول على ترخيص وكل من يوظيف الحصص المصدرة من قبل الصندوق دون الحصول على تأشيرة نشرة الإصدار المخصصة لإعلام المكتتبين في العملية مسبقا، وفقا للفصل 2 من القانون رقم 94-117 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية[7]. كما تعاقب الفقرة الأخيرة من الفصل 56 من القانون نفسه بالسجن من ستة عشر يوما الى سنة وبخطية تتراوح من خمسمائة الى خمسة الاف دينار أو باحدى العقوبتين فقط كل مسيّر للتصرف في مؤسسة التوظيف الجماعي أو للمودع لدية موجوداتها وكل شخص تثبت مسؤوليته ممن له صفة لتمثيل المؤسسة، اذا تعمد عرقلة مراقب الحسابات اثناء القيام بالمراجعة أو المراقبة، أو امتنع عن مده بالوثائق اللازمة لاداء مهمته وخاصة كل العقود ومستندات الحسابات ودفاتر محاضر الجلسات[8]. ووسّع الفصل 54 من القانون رقم 53-2015 المؤرخ 25 ديسمبر 2015 المتعلق بقانون المالية لسنة 2016[9] من جهته، نطاق العقوبة البدنية المطبقة على ممثلي الأشخاص المعنويين لتشمل المسيرين الفعليين. وينص هذا الفصل على أن تضاف بعد عبارة « أو على كل شخص له صفة لتمثيل الذات المعنوية » الواردة بالفصل 107 من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية العبارة التالي: « أو تولى تسييرها بصفة فعلية ».

كما أن المسؤولية الجزائية للمسيرين بحكم الواقع منصوص عليها ضمنا في بعض الأحكام التي تنطبق على جميع المسيرين، دون تمييز بين المسيرين بحكم القانون والمسيرين بحكم الواقع. إذ يعاقب الفصل 290 من القانون الجزائي، بصيغته المعدلة بالقانون رقم 2016-36 المؤرخ 29 أفريل 2016 المتعلق بالإجراءات الجماعية[10]، بالسجن لمدة سنتين « كل مسير لمؤسسة فردية أو شركة تسبب في إفلاس المؤسسة المذكورة بتبذيره أو بمجازفته في مضاربات لا تدخل في دائرة العمليات الاعتيادية لتلك المؤسسة ». كما يعاقب الفصل 13 سادسا من

---

(1) يبرز ذلك من خلال معطيين إثنين. فمن جهة أولى، يقتضي مبدأ شرعيّة الجرائم أن تحدّد الأفعال الموجبة للمسؤوليّة الجزائيّة بنصّ، أي ألاّ جريمة ولا عقوبة ولا مسؤوليّة دون نصّ ودون محاكمة علنيّة تؤمّن فيها للمتّهم جميع الضّمانات الضّروريّة للدّفاع عنه. ذلك أنّ العقوبة شخصيّة ولا تكون إلا بمقتضى نصّ قانوني سابق الوضع عدا حالة النّصّ الأرفق بالمتهم. وجاء بالفصل الأوّل من المجلّة الجزائيّة أنّه « لا يعاقب أحد إلا بمقتضى نصّ قانوني سابق الوضع ». أمّا الأفعال الموجبة للمسؤوليّة المدنيّة فغير محدّدة إذ كلّ فعل غير مشروع يسبّب ضررا للغير يوجب التّعويض.

ومن جهة ثانية، يشترط لقيام المسؤوليّة المدنيّة وجود ضرر لحق بالإنسان في شخصه أو في ماله مهما كان الضّرر بسيطا. فالفصل 82 من مجلّة الالتزامات والعقود يقتضي أنّ « من تسبّب في ضرر غيره عمدا منه واختيارا بلا وجه قانونيّ، سواء كان الضّرر حسّيّا أو معنويّا، فعليه جبر الضّرر النّاشئ عن فعله إذا ثبت أنّ ذلك الفعل هو الموجب للضّرر مباشرة. ولا عمل بكلّ شرط يخالف ذلك ». والفصل 83 من مجلّة الالتزامات والعقود يقتضي أنّ « من تسبّب في مضرّة غيره خطأ سواء كانت المضرّة حسّيّة أو معنويّة فهو مسؤول بخطئه إذا ثبت أنّـه هو السّبب الموجب للمضرّة مباشرة. وكلّ شرط يخالف ذلك لا عمل عليه ». والفصل 7 من مجلّة الإجراءات الجزائيّة يقتضي أنّ « الدّعوى المدنيّة من حقّ كلّ من لحقه شخصيّا ضرر نشأ مباشرة عن الجريمة ».

(2) يبرز ذلك من خلال المعطيات الثّلاثة الآتية. من جهة أولى، الجزاء في المسؤوليّة المدنيّة هو التّعويض. والتّعويض لغة إبدال شيء بآخر. والتّعويض في القانون إعطاء المتضرّر من الفعل الضّارّ عوضا أو تعويضات عمّا تضرّر به في نفسه أو شرفه أو ماله أو أيّ حقّ من حقوقه. والتّعويضات هي مبالغ نقديّة يلتزم بها مسؤول عن ضرر معيّن ويقصد بها جبر هذا الضّرر. وهي نوعان، قضائيّة يقرّرها القضاء، واتّفاقيّة تحدّد بالاتّفاق بين مرتكب الفعل الضّارّ والمتضرّر. أمّا الجزاء في المسؤوليّة الجزائيّة فهي عقوبة تقدّر بحسب خطورة الجريمة على الأمن والسّلم الاجتماعيّين. والعقوبة لغة الجزاء على الذّنب. والعقوبة في القانون جزاء يفرضه القانون ويقدّره القاضي على مرتكب الجريمة. وهي أنواع، بدنيّة وماليّة، أصليّة وتبعيّة. العقوبة البدنيّة هي الجزاء الّذي يوقع على جسم الإنسان بحبسه2، وتقييد حرّيّته. العقوبة الماليّة هي الخطيّة الّتي تفرض على المجرم. ولئن اتّحد التّعويض والخطيّة من حيث كونهما عقوبتين نقديّتين، إلا أنّهما يختلفان من ناحيتين على الأقل. فمن جهة أولى، تدخل الخطيّة في خزينة الدّولة. في حين يدفع التّعويض إلى المتضرّر. ومن جهة ثانية، لا يتوقّف الحكم بالخطيّة على طلب المجني عليه لأنّها من حقّ المجتمع، بخلاف التّعويض فإنّه من حقّ الشّخص ويتوقّف الحكم به على طلبه.

ومن جهة ثانية، يمكن للإنسان إبرام عقد تأمين الأضرار، وهو التّأمين من كلّ خطر يؤدّي إلى خسائر ماليّة، ويشمل تأمين الأشياء2، وتأمين المسؤوليّة المدنيّة2. لكن لا يمكن للإنسان تأمين مسؤوليته الجزائيّة لأنّ عقوبتها شخصيّة لا تتعدّى مرتكب الجريمة. ومن جهة ثالثة، تنقرض الدّعوى المدنيّة بالتّقادم، حيث جاء بالفصل 115 من مجلّة الالتزامات والعقود ما يأتي، « يسقط القيام بغرم الخسارة النّاشئة عن جنحة أو ما ينزل منزلتها بمضيّ ثلاثة أعوام من وقت حصول العلم للمعتدى عليه بالضّرر وبمن تسبّب فيه. وعلى كلّ حال تسقط الدّعوى المذكورة بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت حصول الضّرر ». كما تنقرض الدّعوى المدنيّة أيضا بالصّلح، إذ يمكن للمتضرّر أن يتنازل عن المطالبة بحقّه أو أن يقبل تعويضا اتّفاقيّا لضرره. أمّا الدّعوى العموميّة فتنقرض هي الأخرى بالتّقادم، أي بمرور عشرة أعوام بالنّسبة إلى الجنايات، وثلاثة أعوام بالنّسبة إلى الجنح، وعام واحد بالنّسبة إلى المخالفات، وذلك ابتداء من يوم وقوع الجريمة على شرط ألاّ يقع في بحر تلك المدّة أيّ عمل تحقيق أو تتبّع. وتنقرض أيضا بالصّلح في الحالات الّتي نصّ عليها القانون صراحة كما هو الحال بالنّسبة إلى الجرائم الاقتصاديّة والقمريّة خاصّة.

(3) المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 22 المؤرخ في 17 مارس 2009، ص 781.

(4) C. Cass. Fr. Ch. Crim. 11 janvier 1972, Bull. crim. 1972, n° 14.

(5) بموجب القانون رقم 2001-83 المؤرخ في 24 جويلية 2001، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 59 المؤرخ في 24 جويلية 2001، ص 1790، كما تم استكماله بالقانون رقم 2005-105 المؤرخ في 19 ديسمبر 2005 المتعلق بإحداث الصناديق المشتركة للتوظيف في رأس مال تنمية، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 101 المؤرخ في ديسمبر 2005، ص. 3595، وعُدّل بالقانون رقم 2008-78 المؤرخ 22 ديسمبر 2008 المعدّل للتشريع المتعلق بتنقيح التشريع المتعلق بشركات الاستثمار ذات رأس مال تنمية والصناديق المشتركة للتوظيف في رأس مال تنمية وتوسيع مجال تدخلاتها، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 105 المؤرخ في 30 ديسمبر 2008، ص 4428.

(6) تضاعف العقوبة عند العود.

(7) المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 90 المؤرخ في 15 نوفمبر 1994، ص 1850.

(8) تضاعف العقوبة عند العود.

(9) المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 104 المؤرخ في 29 ديسمبر 2015 ص. 3137.

(10) المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 34 المؤرخ في 10 ماي 2016، ص 1724.

مجلة الشركات التجارية الذي أضيف بموجب القانون 2005-96 المؤرخ 18 أكتوبر 2005، المتعلق بتدعيم سلامة العلاقات المالية[1]، بالسجن ستة أشهر وغرامة مالية قدرها خمسة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين، « كل مسير شركة تجارية أو تجمع مصالح اقتصادية يعرقل أعمال مراقب أو مراقبي الحسابات أو يرفض مدهم عند طلب ذلك بأي واسطة تترك أثرا كتابيا بالوثائق اللازمة لقيامهم بمهامهم ».

الفرع الثاني: توحيد قواعد الإجراءات الجماعية

يجد توحيد النظام القانوني بين المسيرين بحكم القانون والمسيرين بحكم الواقع، مجال انطباقه جليا في قانون الإجراءات الجماعية من خلال قانون انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية (1)، وتوسيع نطاق الإجراءات الجماعية التي تتخذ ضد الشركة لتشمل مسيريها (2) ودعوى تعويض النقص الحاصل في الأصول (3).

قانون انقاذ إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية:

ينص الفصل 9 من القانون رقم 95-34 المؤرخ 17 أفريل 1995 المتعلق بانقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية(2) على أنه « يمكن لكل مسير مؤسسة، قبل توقف المؤسسة عن الدفع، أن يقدم إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية مطلبا كتابيا في الانتفاع بالتسوية الرضائية طبقا لما جاء بالفصل 4 مكرر من هذا القانون ». كما ينص القانون رقم 2003-79 المؤرخ 29 ديسمبر 2003(3)، والذي جاء ليعدل الفصل 423 من القانون التجاري على أنه « يمكن للمسير أو لصاحب المؤسسة المنصوص عليها بالفصل المتقدم أن يقدم إلى رئيس المحكمة مطلبا كتابيا في الانتفاع بالتسوية الرضائية وذلك وفقا لأحكام الفصل 417 من هذه المجلة ». وتنص الفقرة الأولى من الفصل 419 من القانون نفسه على أنه « يتعين على المسير أو صاحب المؤسسة إشعار لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية ببوادر الصعوبات الاقتصادية التي تمر بها المؤسسة والتي قد تؤدي في صورة تواصلها إلى التوقف عن الدفع ». وتوحي عمومية المصطلحات المستخدمة في هذه الفصول بأنها تنطبق على جميع المسيرين، سواء بحكم القانون أو بحكم الواقع.

توسيع نطاق الإجراءات الجماعية ضد الشركة إلى مسيريها:

ينص الفصل 596 من المجلة التجارية على أنه « إذا تم تفليس شركة يمكن التصريح بأن يكون التفليس مشتركا بينها وبين كل شخص التجأ إلى التستر بها لإخفاء تصرفاته وقام لمنفعته الخاصة بأعمال تجارية وتصرف بالفعل في مكاسب الشركة كما ولو كانت مكاسبه الخاصة » . ويشمل التعبير العام « أي شخص » كلا من المسيرين بحكم القانون و المسيرين بحكم الواقع. وتستكمل قراءة هذا الفصل، بالفصل 589 من القانون نفسه والذي ينص على أنه « يمكن أن تصرح المحكمة التي تقضي بتفليس تاجر شخص طبيعي أو بسحب الفلسة على المسير القانوني أو الفعلي لشركة تجارية أو شريك لم يؤد العجز في موجودات الشركة الذي وضع على عاتقه، بمنع المحكوم عليه من تسيير وإدارة الشركات لمدة يحددها الحكم على أن لا تتجاوز خمس سنوات » .أما الفصل 478 من مجلة الشركات التجارية فقد جاء أكثر وضوحا، فبعد أن نص على أنه « يمكن سحب إجراءات التسوية القضائية أو التفليس التي تفتح ضد إحدى الشركات المنتمية إلى تجمع الشركات على بقية الشركات المنتمية إليه معها في صورة اختلاط ذممهما المالية أو في صورة التحيل أو التعسف في استغلال أموال الشركة موضوع إجراءات التسوية أو التفليس أو إذا ثبت أن الشركة المدينة كانت وهمية وأن الشركات المنتمية إلى تجمع الشركات ظهرت بمظهر الشركاء فيها »، ويضيف هذه الفصل أنه « ويمكن الحكم بسحب إجراءات الفلسة على المسيرين القانونيين أو الفعليين لبقية الشركات المنتمية إلى تجمع الشركات إذا ثبت أنهم تسببوا في تفليس الشركة ».

ويستخلص من استقراء هذه الأحكام نتيجتان. فمن جهة أولى، لا يكتفي المشرع بإعلان مسؤولية مديري الشركة عن الأخطاء التي ارتكبوها، أو تحميلهم كل أو جزء النقص في أصول الشركة، بل يطالهم إفلاس الشركة. ومن جهة ثانية، لا يمكن تبرير هذه العقوبة الخطيرة إلا في ظروف استثنائية. وفي هذا الصدد، يشير الفصل 596 من المجلة التجارية إلى نوعين من التصرفات التي قد تبرر توسيع نطاق إفلاس الشركة إلى مديريها.

ويفترض مد إفلاس الشركة إلى مديرها استيفاء شرطين. يتعلق الأول بأداء الأعمال التجارية[4]. أما الشرط الثاني فيتعلق بالمصلحة الشخصية[5]. ويجب أن يكون المدير قد تصرف في الواقع في « أصول الشركة كما لو كانت أصوله الخاصة »[6].

دعوى تعويض النقص الحاصل في الأصول: كان الفصلان 74 و160 من المجلة التجارية ينصان على دعوى تعويض النقص الحاصل في الأصول، ثم استُعيض عنهما بالفصل 121 من مجلة الشركات التجارية بالنسبة إلى الشركات ذات المسؤولية المحدودة والفصلين 214 و254 من القانون نفسه للشركات خفية الاسم. وعلى الرغم من بعض الاختلافات في صياغة الفصول الثلاث، إلا أن تنفيذ إجراء تعويض النقص في الأصول يتميز من جهة أولى بسهولة تحريكه[7] وصعوبة الإعفاء منه[8].

(1) المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 84 المؤرخ في 21 أكتوبر 2005، ص 3043.

(2) المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 33 المؤرخ في 25 أفريل 1995، ص 792، كما تم تعديله بالقانون رقم 99-63 المؤرخ 15 جويلية 1999، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 57 المؤرخ في 16 جويلية 1999، ص 1175

(3) قانون عدد 79 لسنة 2003 مؤرخ في 29 ديسمبر 2003 يتعلق بتنقيح القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 المنقّح بالقانون عدد 63 لسنة 1999 المؤرخ في 15 جويلية 1999 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية وإتمامه، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 104 المؤرخ في 30 ديسمبر 2003، ص 3929.

(4) ويستفاد من ذلك أن أداء الأعمال المدنية بطبيعتها لا يكفي، وأنه بالنظر إلى الجمع الذي استخدمه المشرع (الأعمال التجارية) لا يبدو أن الفعل المنفرد لا يكفي.

(5) يجب أن يكون مدير الشركة قد قام بأفعال تجارية لمصلحته الشخصية.

(6) يتم إثبات إساءة استخدام أصول الشركة من خلال العوامل التالية:
أولاً، ليس من الضروري أن يكون هناك خلط كامل أو حتى كبير بين أصول الشركة وأصول المدير.
ثانياً، يجب ألا ينطوي الاختلاس على مبالغ مالية، حيث أن الفصل 596 من القانون التجاري يشير إلى أصول الشركة وليس إلى رأس مال الشركة. وأخيراً، يمكن الكشف بسهولة عن الممارسات التعسفية من خلال وقائع معينة، مثل دفع نفقات شخصية باستخدام أموال الشركة، أو صرف شيكات مخصصة للشركة على حساب شخصي.

(7) على الرغم من أن دعوى تعويض النقص في الأصول هي دعوى مسؤولية مدنية وليست عقوبة محددة للإفلاس، إلا أن هذه المسؤولية أشد مما هي عليه في الشريعة العامة، والتي بموجبها، عندما تكون الشركة في حالة إفلاس، فإن مسؤولية مديريها تتطلب إثباتاً صعباً للخطأ والخسارة والعلاقة السببية بين الخطأ والخسارة. ومع ذلك، فإن مهمة المدعي تصبح أسهل بكثير عندما يكون الأخير وصيًا يتصرف على أساس الفصول 121 و214 و254 من قانون الشركات التجارية. وتتضح هذه السهولة بشكل خاص في افتراض الخطأ. فبموجب القانون التجاري، أنشأ المشرع، رغبةً منه في زيادة مسؤولية المديرين في حالة إفلاس الشركة، مقارنةً بالمسؤولية بموجب القانون العادي، افتراضاً للخطأ لصالح المصفي. وقد عكس هذا الافتراض عبء الإثبات. لم يكن الأمر متروكًا للأمين لإثبات خطأ المدير، بل كان الأمر متروكًا للمدير لإثبات أنه قد قدم لإدارة شؤون الشركة كل النشاط والاجتهاد. وتتناول الفصول 121 و214 و254 و254 من قانون الشركات التجارية هذه المسألة وتبقي على افتراض الخطأ من جانب المديرين في حالة وجود نقص في الأصول في حالة الشركة ذات المسؤولية المحدودة والشركة الخفية الاسم التقليدية، حيث أن الفصلين 121 و214 من مجلة الشركات التجارية لا يتطلبان من المصفي تقديم دليل على الخطأ من جانب المدير. ومع ذلك، يبدو أن الوضع مختلف في حالة الشركات الخفية الاسم ذات مجلس الإدارة. ومن المسلّم به أن الفصل 254 من مجلة الشركات التجارية لا ينص صراحةً على أن إجراء تعويض النقص في الأصول يخضع لإثبات خطأ من جانب المدير. ومع ذلك، فإنها تشترط أن يكون طلب المصفي « مدعومًا بالأدلة »، الأمر الذي سيثير حتمًا مسألة الأسباب التي يجب على المصفي الاحتجاج بها.

(8) يسمح الفصلان 74 و160 من المجلة التجارية لمدير الشركة بتجنب المسؤولية ودفع أي نقص في الأصول من خلال إثبات أنه أدار شؤون الشركة بكل نشاط واجتهاد من قبل ممثل الموظفين. وينص الفصلان 214 و254 من مجلة الشركات التجارية على أنه لتجنب المسؤولية يجب على المدير الذي ترفع عليه الدعوى أن يثبت أنه أدار الشركة بكل نشاط واجتهاد رجل أعمال حصيف ووكيل مخلص. ويمكن أن نستنتج من ذلك ما يلي:

وفي قضية شركة سيكا، رفضت المحكمة الابتدائية بصفاقس أن تأمر المدير العام المساعد لشركة خفية الاسم تم اشهار إفلاسها بتعويض النقص الحاصل في أصول الشركة، على الرغم من أنها أن اعتبرته مسيرا بحكم الواقع، على أساس أن الفصل 74 من المجلة التجارية أنذاك لم يكن يسمح باتخاذ عقوبات إلا ضد المسيرين بحكم القانون[1].

ويبدو أن هذا القرار، جاء متناقضا مع موقف المشرع الحالي، إذ ينص الفصل 121 من مجلة الشركات التجارية، والمتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة، بصيغته المعدلة بموجب بالقانون عدد 16 لسنة 2009 المؤرخ في 16 مارس 2009، المعدِّل والمكمِّل لمجلة الشركات التجارية[2]، على أنه « 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 وبالتضامن فيما بينهم أو دونه إلى حد المبلغ الذي تعينه المحكمة. ولها أن تحجر على المحكوم عليه مباشرة تسيير الشركات أو مباشرة نشاط تجاري لمدة يحددها الحكم[3].

ولا يعفى الوكيل القانوني أو الفعلي من المسؤولية إلا إذا أثبتا أنهما بذلا في إدارة الشركة من النشاط والعناية ما يبذله صاحب المؤسسة المتبصر والوكيل النزيه ».

ونص الفصلان 214 و254 من المجلة نفسها على القواعد والشروط نفسها، بالنسبة إلى مسيري الشركات الخفية الاسم التي يسيرها مجلس إدارة و الشركات الخفية الاسم التي تسيرها هيئة الإدارة الجماعية[4].

الخاتمة

تناول هذا البحث مفهوم المسير الفعلي في قانون الشركات التجارية التونسي، باستعراض معايير التمييز بين هذا المفهوم ومفهوم المسيير بحكم القانون وأهم التطبيقات الرئيسية لتكييف الشخص كمسير بحكم الواقع. ونظرا إلى أن هذا الموضوع يعتبر تقليديا متجددا، فقد ارتأينا تقديمه بشكل مفصل حتى يصبح جزءا من النقاش الأكاديمي والعملي في إطار قوانين الشركات، خاصة وأن إثبات صفة الإدارة الفعلية يوفر مدخلاً لتحميل من قام بها مسؤوليته عن أفعاله.

وفي الواقع، فإن إثبات أن الشخص الطبيعي أو الاعتباري مارس نشاطاً إدارياً إيجابياً واعتياديا وبحرية تامة يكفي لتحميله المسؤولية. ومع ذلك، يجب التحقق من هذه الشروط بدقة من قبل قضاة الأصل وتحت رقابه محكمة القانون.

وكخطوة مستقبلية يمكن للمشرع أن يتبنى تعديلات على مجلة الشركات التجارية الحالية، وإضافة تعريف للمسير بحكم الواقع ضمن فصل خاص، أو أن ينص على أن « جميع التزامات المسيرين القانونيين الواردة في مجلة الشركات تنطبق على المسيرين بحكم الواقع في حال تماشيها مع طبيعة النشاط الذي يمارسونه ».

كما يمكن النظر إلى المسير بحكم الواقع من زاوية إيجابية، عندما يتولى شخص إدارة شركة لمساعدتها على تجاوز صعوباتها الاقتصادية، وتخصيصه بقواعد أكثر تسامحا في الحالات التي تكون فيها الإدارة بحكم الواقع مفيدة أو حتى ضرورية.

ولعل أقرب مفهوم للمسير بحكم الواقع في الفقه يتمثل في التاجر بحكم الواقع، والذي كرسته أغلب التشريعات، وقررت مسؤوليته لاحترافه ممارسة التجارة وأخضعته لنظام الإجراءات الجماعية. ففلسفة المسير بحكم الواقع تتقاطع بشكل كبير مفهوم التاجر بحكم الواقع.

ومع أن مفهوم المسير بحكم الواقع قد يبدو بسيطا، فإنه بعد استعراض المقصود بهذا المفهوم وبيان المعايير والشروط الواجب توفرها لإضفاء هذه الصفة من قبل القضاة، وبدا أن في المسألة الكثير من التفصيل، ويبرز دور القاضي في تحديد الفرق بين الوظائف البديهية للهيئات التسييرية ومعايير الإدارة الفعلية، فالرقابة العادية والطبيعية التي تمارسها هيئة مخولة بالإشراف على الإدارة لا تشكل بأي حال من الأحوال إدارة فعلية، و على العكس من ذلك، فإن الرقابة المفرطة قد تمكّنها من وضع يد على وظائف الهيئات الأخرى، وتنصيب نفسها مسيرة بحكم الواقع.

ولقد خلص البحث إلى النتائج التالية:

- يعد تنظيم المركز القانوني للمسير بحكم الواقع، أحد المسائل القانونية المهمة في قانون الشركات التجارية التونسي.
- لم يعرف المشرع التونسي مفهوم المسير الفعلي وترك هذه المهمة للقضاء الذي ابتكر عددا من المعايير للتمييز بين مسير الشركة بحكم القانون ومسير الشركة بحكم الواقع.
- أن مجال تطبيق النظرية يتحدد من خلال التكييف القانوني للمسير الفعلي، حيث يعتمد القضاء على جملة من المعايير لإسناد هذه الصفة إلى شخص ما وهو ما يخول للقاضي سلطة تقديرية واسعة.
- أخضع المشرع التونسي كلا من المسير بحكم القانون والمسير بحكم الواقع إلى النظام القانوني نفسه
- أن المشرع التونسي لم يتناول فكرة المسير الفعلي في جميع جوانبها لا سيما في مجال المسؤولية رغم أن مسؤولية المسير الفعلي لا تقل أهمية عن مسؤولية المسير القانوني.

وبناء على هذه النتائج يمكن اقتراح التوصيات التالية:

1- أن مصطلح « الوكيل المخلص » قد حل محل مصطلح « الوكيل الموظف »، الذي كان يعتبر قديماً وغير كافٍ لتحديد وضع مديري الشركات الذين ليسوا جميعاً موظفين.
2- حتى وإن كان المشرع لا يزال يفكر من حيث التفويض، إلا أنه احتفظ بواجبات الحرص وأدخل واجبات الولاء ومفهوم صاحب المشروع الحصيف. فواجب الاجتهاد هو « العناية والسرعة والكفاءة التي تؤدى بها مهمة ما »، أو العناية والاهتمام والحرص والحذر. ويتطلب واجب الولاء أن تكون تصرفات المديرين مدفوعة بمصالح الشركة ومساهميها. وفي نهاية المطاف، يجب على المدير الذي تتم مقاضاته أن يثبت ذكاءه وكفاءته وحصافته واحترامه لمصالح الشركة.

(1) المحكمة الابتدائية بصفاقس، الحكم رقم 11120، الصادر في 2 فيفري 1987، غير منشور، استشهد به الأستاذ توفيق بن نصر، في رسالة دكتوراه في القانون بعنوان، Le contrôle de fonctionnement des sociétés anonymes، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1994. وتجدر الإشارة إلى أن الفصل 74 من المجلة التجارية، والذي ألغيت أحكامه بمقتضى القانون عدد 93 لسنة 2000 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000 المتعلق بإصدار مجلة الشركات التجارية، كان ينص على أنه « إذا كشف إفلاس الشركة عن نقص في الأصول، يجوز للمحكمة، بناء على طلب المصفي، أن تقرر تحمل ديون الشركة في حدود المبلغ الذي تحدده، إما من قبل رئيس مجلس الإدارة أو من قبل المديرين، معا أو بدون مسؤولية تضامنية. ولتفادي المسؤولية، يجب على رئيس مجلس الإدارة والمديرين المعنيين أن يثبتوا أنهم أداروا شؤون الشركة بكل نشاط واجتهاد ».

(2) المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 22 المؤرخ في 17 مارس 2009، ص 781.

(3) إيمان زكري، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان ، 2017 ، ص. 236

(4) ينص الفصل 214 من مجلة الشركات التجارية على أنه: « 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 وبالتضامن فيما بينهم أو دونه إلى حد المبلغ الذي تعينه المحكمة. ولها أن تحجر على المحكوم عليه مباشرة تسيير الشركات أو مباشرة نشاط تجاري لمدة يحددها الحكم.
ولا يعفى الأشخاص المذكورون من المسؤولية إلا إذا أثبتوا أنهم بذلوا في إدارة الشركة من النشاط والعناية ما يبذله صاحب المؤسسة المتبصر والوكيل النزيه ».
كما ينص الفصل 254 من مجلة الشركات التجارية على أنه: « 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 رئيس هيئة الإدارة الجماعية أو أعضاؤها أو المدير العام الوحيد أو كل مسير فعلي آخر وبالتضامن فيما بينهم أو دونه إلى حد المبلغ الذي تعينه المحكمة. ولها أن تحجر على المحكوم عليه مباشرة تسيير الشركات أو مباشرة نشاط تجاري لمدة يحددها الحكم.
ولا يعفى الأشخاص المذكورون من المسؤولية إلا إذا أثبتوا أنهم بذلوا في إدارة الشركة من النشاط والعناية ما يبذله صاحب المؤسسة المتبصر والوكيل النزيه ».

- السعي نحو تكريس مبدأ المساواة بين المسير القانوني و المسير الفعلي من حيث تطبيق الجزاءات المدنية و الجزائية على حد سواء و اصلاح العيوب التي تعتري النظام القانوني للمسير الفعلي في الشركات التجارية .
- التشديد في مسؤولية المسير الفعلي حتى لا يتمكن هذا الأخير من الإفلات من العقاب بحجة أنه لا يتمتع بصفة التمثيل القانوني للشركة، وبالمقابل العمل على حماية أو مكافأة الأشخاص الذين يتدخلون في التسيير من أجل الحفاظ على مصلحة الشركة.
- يتعين على المشرع أن يعيد النظر في القواعد المنظمة للتسيير الفعلي في الشركات التجارية من خلال إعادة صياغة بعض نصوص القانون التجاري و العمل على توسيع مجال تطبيق قواعد المسؤولية لتشمل المسيرين الفعلين.
- دعوة المشرع إلى وضع تعريف المسير بحكم الواقع، أو أن ينص على أن « جميع التزامات المسيرين القانونيين الواردة في مجلة الشركات تنطبق على المسيرين بحكم الواقع في حال تماشيها مع طبيعة النشاط الذي يمارسونه».
- تخصيص المسير بحكم الواقع الذي يتولى إدارة شركة لمساعدتها على تجاوز صعوباتها الاقتصادية بقواعد أكثر تسامحا في الحالات التي تكون فيها الإدارة بحكم الواقع مفيدة أو حتى ضرورية.

المراجع

- ننى، علي. (2021). *قانون الشركات التجارية*، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس.
- العياري، كمال. (2014). *المسير في الشركات التجارية*. الجزء الأول.
- سامي، محمد فوزي. (2012). *الشركات التجارية الأحكام العامة والخاصة*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- ابن عبد الرحمن، توفيق. (2021)؟ التزام مسيري المؤسسات بواجب الولاء اتجاه الشركة : دراسة مقارنة بين القانونين الجزائري والفرنسي. *مجلة الدراسات الحقوقية*، *8*(2)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، الجزائر. 217.
- الزميع، فهد. (2024). الإطار القانوني لمدير الظل في القانون الإنجليزي - دراسة تحليلية. *المجلة الدولية للقانون*، 3(1)، 23.
- سلام، كرم. (2018). دور حوكمة الشركات في جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة إلى الدول العربية. *المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة*، *48*(2)، كلية التجارة، جامعة عين شمس، 387.
- قطاطة، محمد. (2002)، المسؤولية الجزائية لمسيري الشركات في المادة الجبائية، *مجلة القضاء والتشريع، (2)*، 89.
- زكري، إيمان . (2017). *حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية*.(رسالة دكتوراه في القانون الخاص)، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان.
- المري، سيف. (2019). *المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة في الشركة المساهمة العامة، دراسة مقارنة*. (رسالة ماجستير)، قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- القانون رقم 2005-105 المؤرخ في 19 ديسمبر 2005 المتعلق بإحداث الصناديق المشتركة للتوظيف في رأس مال تنمية، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 101 المؤرخ في ديسمبر 2005، ص. 3595.
- القانون رقم 2008-78 المؤرخ 22 ديسمبر 2008 المعدّل للتشريع المتعلق بتنقيح التشريع المتعلق بشركات الاستثمار ذات رأس مال تنمية والصناديق المشتركة للتوظيف في رأس مال تنمية وتوسيع مجال تدخلاتها، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 105 المؤرخ في 30 ديسمبر 2008، ص 4428.
- القانون رقم 2016-48 الصادر في 11 جوان 2016 المتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 58 بتاريخ 15 جوان 2016، ص 2195.
- القانون رقم 95-34 المؤرخ 17 أفريل 1995 المتعلق بانقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 33 المؤرخ في 25 أفريل 1995، ص 792.
- القانون عدد 117 لسنة 1994 مؤرخ في 11 سبتمبر 1994يتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 90 المؤرخ في 15 نوفمبر 1994، ص 1850.
- القانون عدد 16 لسنة 2009 مؤرخ في 16 مارس 2009 يتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الشركات التجارية، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 22 بتاريخ 17 مارس 2009، ص 781.
- القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 والمتعلق بإنقاذ المؤسسات كما تم تنقيحه بمقتضى القانون عدد 79 لسنة 2003 المؤرخ في 29 ديسمبر 2003، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 104 المؤرخ في 30 ديسمبر 2003، ص 3929.
- القانون عدد 53 لسنة 2015 مؤرخ في 25 ديسمبر 2015 يتعلق بقانون المالية لسنة 2016 المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 104 المؤرخ في 29 ديسمبر 2015 ص. 3137.
- القانون عدد 63 لسنة 1999 مؤرخ في 15 جويلية 1999 يتعلّق بتنقيح القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995و يتعلّق بانقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 57 المؤرخ في 16 جويلية 1999، ص 1175.
- القانون عدد 96 لسنة 2005 مؤرخ في 18 أكتوبر 2005 يتعلق بتدعيم سلامة العلاقات المالية، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 84 المؤرخ في 21 أكتوبر 2005، ص 2811.
- مجلة الالتزامات والعقود التونسية.
- المجلة التجارية التونسية
- مجلة الشركات التجارية التونسية.
- مجلة الشغل التونسية.
- مجلة مؤسسات التوظيف الجماعي الصادرة بالقانون رقم 2001-83 المؤرخ 24 جويلية 2001، المنشور بمنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 59 المؤرخة 24 جويلية 2001، ص 1790.
- المحكمة الابتدائية بصفاقس، الحكم رقم 11120، الصادر في 2 فيفري 1987، غير منشور.
- محكمة الاستئناف بتونس، القرار رقم 61943 الصادر في 4 ماي 1999، مجلة القضاء والتشريع، 1999، عدد 4، ص 291.
- محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 21 مارس 1984، نشرية محكمة التعقيب التونسية، الجزء الأول، 1984، ص 358.
- قرار تعقيبي مدني عدد 2713، مؤرّخ في 3 أكتوبر 2005، نشريّة محكمة التّعقيب، 2005، ص. 21.

REFERENCES

- AL-MARRI, Saif. (2019). *The Civil Liability of Board Members in a Public Joint Stock Company: A Comparative Study*. [Master's Thesis], Private Law Department, College of Law, United Arab Emirates University.
- AL-ZAMEA, Fahad. (2024). The legal framework of the shadow director in English law - an analytical study, *International Journal of Law*. *13*(1), 23.
- AYARI, Kamal. (2014). *Al-Masir in Commercial Companies*. Part I.
- Civil cassation decision n° 2713, dated October 3, 2005, Tunisian Court of Cassation Bulletin, 2005, p. 21.
- Court of First Instance of Sfax, Judgment n° 11120, issued on February 2, 1987, unpublished.
- FAWZI, Sami MOHAMED. (2012). *Commercial Companies, General and Special Provisions*, Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution, Amman.
- IBN ABDELRAHMAN, Tawfik. (2021). The obligation of managers of organizations to the duty of loyalty towards the company: A comparative study between Algerian and French law, *Journal of Legal Studies, Faculty of Law and Political Science*, University of Saida, Algeria, 8(2). 217.

DRAFT

in the Official Gazette of the Republic of Tunisia n° 59 of July 24, 2001, p. 1790.
- Tunis Court of Appeal, Decision n° 61943, May 4, 1999, Journal of Judiciary and Legislation, 1999, n° 4, p. 291.
- Tunisian Code of Obligations and Contracts.
- Tunisian Commercial Code
- Tunisian Commercial Companies Code.
- Tunisian Court of Cassation, March 21, 1984, Tunisian Court of Cassation Bulletin, Part I, 1984, p. 358.
- Tunisian Labor Code.
- ZEKRI, Iman. (2017). *Protection of third parties dealing with commercial companies*. PhD in Private Law, Abi Bakr Belkaid University, Tlemcen.

Other references

- D. BASTIAN, Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, Recueil Sirey, 1929, p. 352.
- G. NOTTE, Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé, Thèse Paris I, 1978.
- H. BEN LAKHDAR. R, La responsabilité civile du banquier, Regroupement Latrach du livre spécialisé, Tunis, 2009, p. 164.
- J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, Droit bancaire, 6ème éd. Dalloz, Paris, 1995, p. 167.
- J.-M. MAQUERON, La notion de dirigeant de fait : étude de la jurisprudence française de ses origines à 1981, Thèse, Rouen, 1982.
- LEVENEUR. L, Situations de fait et droit privé, Thèse de doctorat dirigée par GOBERT. M, Paris 2, 1988, p. 27.
- M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », Dalloz, 1999, p. 53.
- S. HENTATI-KTARI, Le banquier dispensateur de crédit, Thèse de doctorat en Droit, Faculté de droit de Sfax, 2018, p. 123.
- S. KOLSI, Le statut juridique des dirigeants de la société anonyme, Thèse en Droit, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, 1997, p. 338.
- T. BEN NASR, Le contrôle de fonctionnement des sociétés anonymes, Thèse de doctorat, faculté de Droit et des sciences politiques de Tunis, 1994.

Articles

- Ch. DELATTRE, JCP E. 9 mars 2006, n° 10, p. 476.
- Ch. GAVALDA, note sous C. Cass. Fr. Ch. Com. 25 avril 1967, JCP. G, 1967, p. 15306.
- D. SCHMIDT, « Responsabilité civile dans les relations de groupe de sociétés », Rev. sociétés 1981, p. 725.
- D. TRICOT, « Les critères de la gestion de fait », Droit et patrimoine. janv. 1996, p. 24
- D-P. FIDLER, « Banks as Shadow Directors », Journal of International Banking Law, Vol. 7, n°. 3, 1992, p. 99.
- E. DUNET, « Responsabilité fiscale des dirigeants », J-Cl. 1997, fasc. 43-30, p. 4.
- F. ROUVIÈRE, « Le revers du principe, différence de nature (égale) différence de régime », in, Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis BERGEL, Bruyant, 2013, p. 415.
- F-X. LUCAS, « Responsabilité bancaire : le banquier administrateur de fait par personne interposée », RDBF, 2004, p. 271.
- G. NOTTE, « La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives », JCP CI. 1980, 8560.
- J.- L. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens », D. 1975, Chron. VII, p. 41.
- J. PRADEL, « La notion européenne de tribunal impartial selon le droit français », RSC. 1990, p. 692.
- J. STOUFFLET, Obs. sous Paris, 26 mai 1967, JCP G, 1968, p. 15518.
- KETTATA, Mohamed. (2002). The Criminal Responsibility of Company Directors in the Tax Article, *Journal of Judiciary and Legislation,* 89.
- Law N. 2005-105 of December 19, 2005 on the creation of mutual funds for employment in development capital, published in the Official Gazette of the Republic of Tunisia n° 101 of December 2005, p. 3595.
- Law n° 117 of 1994 dated September 11, 1994 on the reorganization of the financial market, published in the Official Gazette of the Republic of Tunisia n° 90 of November 15, 1994, p. 1850.
- Law n° 16 of 2009 dated March 16, 2009, revising and supplementing certain provisions of the Commercial Companies Code, published in the Official Gazette of the Republic of Tunisia, n° 22 of March 17, 2009, p. 781.
- Law n° 2008-78 of December 22, 2008 amending the legislation on the revision of the legislation on investment companies with development capital and mutual funds for the employment of development capital and expanding the scope of their interventions, published in the Official Gazette of the Republic of Tunisia n° 105 of December 30, 2008, p. 4428.
- Law n° 2016-48 of June 11, 2016 on banks and financial institutions, published in the Official Gazette of the Republic of Tunisia n° 58 of June 15, 2016, p. 2195.
- Law n° 34 of 1995 dated April 17, 1995 relating to the rescue of institutions as amended by Law n° 79 of 2003 dated December 29, 2003, published in the Official Gazette of the Republic of Tunisia n° 104 of December 30, 2003, p. 3929.
- Law n° 53 of 2015 dated December 25, 2015 relating to the 2016 Finance Law, published in the Official Gazette of the Republic of Tunisia n° 104 of December 29, 2015, p. 3137.
- Law n° 63 of 1999 dated July 15, 1999 amending Law n° 34 of 1995 dated April 17, 1995 on the rescue of enterprises in economic difficulties, published in the Official Gazette of the Republic of Tunisia n° 57 of July 16, 1999, p. 1175.
- Law n° 95-34 of April 17, 1995 on the rescue of institutions in economic difficulties, published in the Official Gazette of the Republic of Tunisia n° 33 of April 25, 1995, p. 792.
- Law n° 96 of 2005 dated October 18, 2005 on strengthening the integrity of financial relations, published in the Official Gazette of the Republic of Tunisia n° 84 of October 21, 2005, p. 2811.
- NENNI, Ali. (2021). *Commercial Companies Law*, Al-Atrash Specialized Book Complex, Tunis, Tunisia.
- SALAM, Karam. (2018). The role of corporate governance in attracting foreign direct investment to Arab countries, *Scientific Journal of Economics and Commerce, 48*(2). Faculty of Commerce, Ain Shams University, 387.
- The Code of Collective Employment Institutions promulgated by Law n° 2001-83 of July 24, 2001, published

DRAFT

- CA Paris, 9 sept. 1992, Bull. Joly, 1992, p. 1219.
- Cass. crim, 12 juillet 1994, J.C.P., éd. E.II., 1995, p. 682.
- Cass. com, 28 janv. 1997, n° 94-18.867, D., I.R., 1997, p. 72.
- Cass. com, 16 mars 1999, n° 95-17.420, Bull, civ., IV, 1999, p. 64.
- Cass. com, 26 juin 2001, n°98-20.115, Act. proc. Coll., 2001, p. 202.
- Cass. com, 3 nov 2005, n° 04-85.074, R.J.D.A., 2006, p. 272.
- Cass. Com, 13 févr. 2007, n° 05-20126, Bull. Joly, n° 6, 01 juin 2007, p. 697, note A. LECOURT.
- Cass. com, 3 juillet 2007, JCP E. 2007, 2377, n° 35, Obs. J. STOUFFLET.
- Cass. com, 30 octobre 2007, Banque et droit, n° 117, janvier-février 2008, p. 26, Obs. CRÉDOT et SAMIN.
- CA Paris, 12 janv. 2016, n° 14/24115, R.J.D.A., 2016, p, 194.
- Paris, 22 mars 2016, n° 15/14846, ch. 5-8, cité par D. VIDAL et K. LUCIANO, Cours de droit général des sociétés, Amphi LMD, 2ème éd. 2016-2017, p. 211 et 212
- N. DEDESSUS-LE MOUSTIER, « La responsabilité du dirigeant de fait », Rev. Sociétés, 1997, p. 499.
- S. ASENCIO, « Le dirigeant de société, un mandataire spécial d'intérêt commun », Rev. sociétés 2000, n°. 5, p. 682.
- STOUFFLET, « L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers », JCP. G, 1965, p. 1882.

Jurisprudence:

- Cass. com, 7 juill. 1998, n° 96-15.425, Dict. perm. diff. entr., Bull. 174, p. 6698.
- Cass. com, 22 juin 1970, n° 68-11.936, Bull, civ., IV, p. 214.
- Cass. crim, 11 janvier 1972, Bull. crim. 1972, n° 14.
- Paris, 6 janvier 1977, D. 1977, p. 144, note M. VASSEUR.
- Nancy, 15 décembre 1977, JCP G. 1978, II, 18912, note J. STOUFFLET.
- Paris, 3 mars 1978, D. 1978, IR. p. 420, Obs. M. VASSEUR.
- Paris, 7 mars 1978, Rev. Banque, 1978, p. 656, Obs. L.-M. MARTIN ; D. 1978, IR. p. 420, Obs. M. VASSEUR.
- Paris, 17 mars 1978, D. 1978, IR. p. 420, Obs. M. VASSEUR ; Rev. Banque, 1978, p. 656, note L.-M. MARTIN.
- Cass. com, 9 mai 1978, D. 1978, IR. p. 419, note M. VASSEUR.
- Cass. com, 6 mai 1980, Bull, Civ. 4, p. 139.

DRAFT