- **محاضرات الجزء الثاني و الأخير لمقياس القانون الجنائي للأعمال لطلبة سنة أولى ماستر مالية المؤسسة**

-

- **تطبيقات القانون الجنائي للأعمال :**

إن تطبيقات القانون الجزائي للأعمال كثيرة و متشعبة تشعب التشريعات و التنظيمات المنظمة لعالم الأعمال ، و التي تتصدى بدورها لكل المخالفات الممكن إرتكابها من قبل رجال الأعمال ، التجار و مسيرو الشركات أو حتى من الشركات و المؤسسات نفسها (الأشخاص المعنوية) و تبعا لذلك سنورد بعض الأمثلة التطبيقية لمثل هذه الجرائم :

أولا : الجرائم المتعلقة بإدارة و تسيير الشركات التجارية :

إن الجرائم المتعلقة بإدارة و تسيير الشركات التجارية عديدة و متنوعة ، نذكر منها على وجه المثال :

- عدم وضع سندات المحاسبة في كل سنة مالية : حساب النتائج ، الجرد ، الميزانية و التقرير عن حالة الشركة و نشاطها أثناء السنة المنصرمة (م 801-1 قانون تجاري بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة ، م 813 -1 بالنسبة لشركات المساهمة).
- عدم تقديم سندات المحاسبة للشركاء (م 801-3 بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة) أو للمساهمين (م 819 ق ت بالنسبة لشركات المساهمة).
- نشر أو تقديم ميزانية غير مطابقة للواقع (م 800-3 بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة ، م 811-2 بالنسبة لشركات المساهمة).
- توزيع أرباح صورية (م 800-2 بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة ، م 811-1 بالنسبة لشرات المساهمة).
- التعسف في إستعمال ممتلكات الشركة (م 800-4 و -5 بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة و المادة 811-3 و -4 بالنسبة لشركات المساهمة).

و لما لهذه الجريمة الأخيرة من شيوع بالنسبة للشركات و كذا جريمة التفليس بالنسبة للأشخاص الطبيعية (تجار) و المعنوية (الشركات) فإنه سيتم التطرق لهما ببعض من الدراسة و التحليل :

- **1 - جريمة التعسف في إستعمال ممتلكات الشركة Abus de biens sociaux:**

لم ينص المشرع الجزائري على هذه الجريمة في قانون العقوبات و إنما نص عليها في القانون التجاري (م 804-4 و-5 ، م 811-3 و -4) و ذلك إقتداءا بالمشرع الفرنسي ، و كذلك تم النص عليها في الأمر 03 – 11 المعدل و المتمم المتعلق بالنقد و القرض عندما يتعلق الأمر بالرئيس أو أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين العامين للبنوك و المؤسسات المالية العمومية (م 131 منه).

أ – أركان الجريمة : تقتضي هذه الجريمة توافر ثلاثة أركان : الركن المادي ، الركن المعنوي فضلا عن صفة الجاني :

- **أولا : صفة الجاني :** تشترط جريمة التعسف في إستعمال ممتلكات الشركة أن تتوافر في الجاني صفة معينة تختلف بإختلاف شكل الشركة المعنية بالجريمة ، الأمر الذي يتطلب تحديد نطاق الجريمة قبل تعيين الأشخاص المعنيين بهذه الجريمة :

- **تحديد نطاق الجريمة :** تتعلق جريمة التعسف في إستعمال ممتلكات الشركة بالشركات التجارية و التي تأخذ عدة أشكال :

الشركة ذات المسؤولية المحدودة SARL (م 564 و ما يليها قانون تجاري) : تؤسس هذه الشركة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص .

إذا كانت من شخص واحد تأخذ هذه الشركة تسمية مؤسسة ذات الشخص و ذات المسؤولية المحدودة EURL ، يدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة شخص واحد أو عدة أشخاص طبيعيين من الشركاء و يجوز إختيارهم من خارج الشركاء (م 576).

يتم تعيين المدير أو المسيرين من قبل الشركاء في القانون الأساسي أو بعقد لاحق.

يكون المديرون مسؤولين وفق قواعد القانون العام منفردين أو بالتضامن حسب الأحوال تجاه الشركة أو الغير عن المخالفات و الأخطاء التي يرتكبونها في قيامهم بأعمال إدارتهم (م 578 -1 ق ت) ، و يمكنهم التخلص من المسؤولية إن أقام الدليل على أنهم بذلوا في إدارة شؤون الشركة ما يبذله الوكيل المأجور من النشاط أو الحرص (578-2).

شركة المساهمة (م 592 و ما يليها ق ت) : تحكم إدارة و تسيير هذا النوع من الشركات القواعد الأتية :

الأصل أن يتولى إدارة شركة المساهمة مجلس إدارة يتألف من 3 على الأقل و 12 على الأكثر (م 610 ق ت) ، يتم إنتخابهم من قبل الجمعية العامة التأسيسية أو الجمعية العامة العادية ، و تحدد مدة عضويتهم في القانون الأساسي دون أن يتجاوز ذلك 6 سنوات (م 611).

ينتخب مجلس الإدارة من بين أعضائه رئيسا يتولى تحت مسؤوليتة الإدارة العامة للشركة ، و يمثل الشركة في علاقاتها مع الغير (م 638).
بناءا على إقتراح الرئيس يجوز لمجلس الإدارة أن يكلف شخصا واحدا أو إثنين ليساعدا الرئيس كمديرين عامين (م 639 ق ت).
و من الجائز أن يتولى إدارة شركة المساهمة مجلس مديرين يتكون من 3 إلى 5 أعضاء يعينهم مجلس المراقبة و يسند الرئاسة لأحدهم (م 644).
يمارس مجلس المديرين وظائفه تحت رقابة مجلس مراقبة (م643) يتكون من 7 أعضاء على الأقل و 12 عضوا على الأكثر (م 657) ، و يتم إنتخابهم من قبل الجمعية العامة التأسيسية أو الجمعية العامة العادية ، و ينتخب مجلس المراقبة على مستواه رئيسا يتولى إستدعاء المجلس و إدارة المناقشات (م 666).

شركة التضامن (م 551 و مايليها): يستخلص من النصوص التي تحكم هذا النوع من الشركات أن للشركاء بالتضامن صفة التاجر و هم مسؤولون من غير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة ، و تعود إدارة الشركة لكافة الشركاء ما لم ينص القانون الأساسي على خلاف ذلك ، إذ من الجائز أن يعين الشركاء مديرا gérant ، و الذي قد يكون من الشركاء أو من غيرهم.

شركة المحاصة : المنصوص عليها في المادة 795 مكرر و ما يليها : يستخلص من أحكام المواد التي تحكمها أن هذه الشركة تؤسس بين شخصين طبيعيين أو أكثر و تتولى إنجاز عمليات تجارية ، لا تتمتع هذه الشركة بالشخصية المعنوية و لا تكون شركة إلا في العلاقات بين الشركاء و لا تكشف للغير.

التجمعات ذات المصلحة الإقتصادية المنصوص عليها في المادة 796 و مايليها: يستخلص من أحكام المواد المذكورة أنه يجوز لشخصين معنويين أو أكثر أن يؤسسوا فيما بينهم كتابيا (بواسطة عقد) و لفترة محدودة تجمعا لتطبيق كل الوسائل الملائمة لتسهيل النشاط الإقتصادي لأعضائها أو تطويره و تحسين نتائج هذا النشاط و تنميته.
و يسير التجمع شخص واحد أو أكثر و يلزم القائم بالإدارة في علاقاته مع الغير.

حصر القانون التجاري الجزائري أسوة بالتشريع الفرنسي **مجال تطبيق جريمة التعسف في إستعمال ممتلكات الشركة** في **نوعين من الشركات** و هما:

- **الشركات ذات المسؤولية المحدودة SARL** بما فيها المؤسسات ذات الشخص الوحيد و ذات المسؤولية المحدودة EURL مما يؤكد التمييزبين الذمة المالية لمثل هذه الشركة و الذمة المالية للشريك الوحيد الذي يشكل هذه الشركة.
- **شركات المساهمة SA (م 811-3 و -4)** و لا يعير القانون أية أهمية لملكية رأسمال الشركة ، فيستوي أن تكون الشركة خاصة يملك الخواص كل رأسمالها الإجتماعي أو عمومية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام كل رأسمالها الإجتماعي ، و هي ما يطلق عليها إسم المؤسسة العمومية الإقتصادية التي يحكمها الأمر 01-04 المؤرخ في 20-08-2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية و تسييرها و خوصصتها ، او أن تكون ذات رأسمال مختلط تحوز فيها الدولة نصيبا من رأسمالها الإجتماعي و الباقي ملك للخواص .

و تطبق جريمة التعسف في إستعمال ممتلكات الشركة على البنوك و المؤسسات المالية بإعتبارها مؤسسات عمومية إقتصادية و قد خصها المشرع بتجريم خاص في القانون المتعلق بالنقد و القرض المؤرخ في 26-08-2003.
و يثور التساؤل بشأن شركات التوصية بالأسهم المنصوص عليها في المادة 715 -3 و ما يليها من القانون التجاري ، علما أن هذا النوع من الشركات يجمع بين خصائص شركات التوصية البسيطة و بعض خصائص شركات المساهمة.
و تستبعد هذه الجريمة في التشريعين الفرنسي و الجزائري في باقي الشركات كشركات التضامن و شركات التوصية البسيطة و شركات المحاصة و التجمعات ذات المصلحة الإقتصادية و الشركات المدنية ، ما لم يكن الجاني مصفي الشركة (م 840-1 ق ت).

غير أن هذا لا يعني أن مسيري هذه المؤسسات يفلتون من المسائلة الجزائية ، بل أنهم يقعون تحت طائلة قانون العقوبات بعنوان خيانة الأمانة أو قانون الفساد بعنوان إستعمال الممتلكات على نحو غير شرعي.

- **تحديد صفة الجاني :** حصر المشرع صفة الجاني في جريمة إستعمال ممتلكات الشركة في القائمين بإدارة و تسيير الشركات التجارية على النحو الاتي:

- **بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة SARL:** يسأل من أجل جريمة التعسف في إستعمال ممتلكات الشركة ذات المسؤولية المحدودة مسيروها gérants (م 800-**4 و -5 ق ت**) دون سواهم.

و قد يكون المسير شخصا واحدا أو عدة أشخاص طبيعيين و قد يكون شريكا أو تم إختياره خارج الشركاء و قد يكون معينا من قبل الشركاء في القانون الأساسي أو بعقد لاحق.

- **بالنسبة لشركة المساهمة :** يسأل من أجل جريمة التعسف في إستعمال ممتلكات شركة المساهمة كل من رئيس الشركة و القائمين بإدارتها (أعضاء مجلس الإدارة) و المديرين العامين(م 811-3 و-4 ق ت ، م 131 و 133 من قانون النقد و القرض).

يتولى إدارة شركة المساهمة .

- **بالنسبة لكل الشركات التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري :** يسأل مصفي الشركة من أجل جريمة التعسف في إستعمال ممتلكات الشركة أيا كان شكل تلك الشركة (م 840-1 ق ت).

و يستفاد من إستقراء قرارات محكمة النقض الفرنسية أن معظم القرارات صدرت ضد مسيري الشركات ذات المسؤولية المحدودة SARL و أن أغلب الحالات تخص مصاريف الأسفار و المركبات و خدم المنزل و أشياء أخرى مثل التجهيزات الكهرومنزلية الممولة بصفة غير شرعية من قبل المؤسسة.

- **ثانيا : الركن المادي :** و يتمثل في الصور الأتية : إستعمال الممتلكات أو الإعتماد المالي أو السلطات أو الأصوات .

و تقوم الجريمة عندما يكون الإستعمال منافيا لمصلحة الشركة .

- و لذلك يتحلل الركن المادي إلى عنصرين و هما : - إستعمال الممتلكات أو الإعتماد المالي أو السلطات أو الأصوات .
  - و أن يكون ذلك مخالفا لمصلحة الشركة .
  - **إستعمال الممتلكات أو الإعتماد المالي أو السلطات أو الأصوات .**

مفهوم الإستعمال : ما المقصود بالإستعمال ؟ و هل تقوم الجريمة بمجرد الإستعمال أم أنها تقوم أيضا بما هو أخطر مثل الإختلاس ؟

لا شك في أن الإستعمال يشمل ما هو أخطر منه .

العناصر المكونة للإستعمال : إن الإستعمال في مفهوم جريمة التعسف في إستعمال ممتلكات الشركة أوسع من الإختلاس المكون لجريمتي خيانة الأمانة و التفليس.

الإستعمال و التسيير : يميز عادة بالنسبة لأفعال التدليس بين أعمال التصرف و أعمال الإدارة.

فأما أعمال التصرف فهي العمليات التي تنصب على رأس المال بتحويله أو الإنقاص منه حاضرا و مستقبلا (مثل البيع ، الهبة ، إبرام عقد إيجار..) فكل هذه الأعمال تشكل إستعمالا بمفهوم جريمة التعسف في إستعمال أموال الشركة.

كما يشمل هذا المفهوم أعمال الإدارة ، أي مجرد أعمال التسيير العادي كالصيانة و التأمين و الإيداع و القرض و الإيجار.

- مسألة مجرد الإستعمال المتعسف فيه : من الجائز أن تتكون الجريمة من مجرد الإستعمال المتعسف فيه ، كما خلصت إلى ذلك محكمة النقض الفرنسية حيث قضت بقيام الجريمة حتى و إن غابت نية التملك النهائي.

و قضت بأن إستعمال مدير شركة لقصر تابع للشركة مسكنا له و لعائلته يشكل جريمة التعسف في إستعمال أموال الشركة.

- مسألة الحد الذي تقوم الجريمة عند بلوغه : لا يشترط بلوغ حد معين من الإستعمال لقيام الجريمة ، فهي تقوم بمجرد إستعمال المحلات و مركبات الشركة و كل الوسائل الأخرى مثل الهاتف و الحاسوب مجانا أو مقابل سعر أقل من قيمة الخدمة الحقيقة ما لم تكن هذه المزايا مرتبطة بالوظيفة.

- مسألة الإمتناع : هل تقوم الجريمة لمجرد الإمتناع ؟ أجاب القضاء الفرنسي بالإيجاب ، حيث قضى بقيام الجريمة في حق من إمتنع عن تخفيض الأجرة التي يتقاضاها من الشركة في الوقت التي كانت تعاني من عجز مالي ، و في حق من إمتنع عن فسخ عقد إيجار في غير صالح الشركة تاركا بذلك إستمرار و ضع مالي مضر بها.

ميعاد إرتكاب الجريمة : الأصل أن يكون الإستعمال آنيا ، غير أنه من الجائز أن يكون مستمرا كما هو حال مدير شركة الذي يشغل مسكنا تابعا للشركة بدون مقابل كاف ، ففي هذه الصورة يستمر الإستعمال طيلة شغل العقار.

الضرر : ليس الضرر عنصرا مكونا للجريمة ، ذلك أن المشرع يجرم السلوك أو التصرف أكثر مما يجرم النتيجة ، فتقوم الجريمة بمجرد عدم تمييز مدير الشركة بين ذمته المالية و الذمة المالية للشركة التي يديرها.

- **صور الإستعمال :** إذا كانت الأموال هي المستهدفة أساسا بالتعسف ، فقد ينصب التعسف على الإعتماد المالي ، أو على السلطات أو على الأصوات و هذه الصور الثلاث متقاربة و يصعب التمييز بينها.

  + **إستعمال ممتلكات الشركة أو إعتمادها المالي :** جرى جمع عبارتي " أموال الشركة و إعتمادها المالي" في نفس النص و هكذا أشارت المادتان 800-4 و 811-3 من القانون التجاري إليهما معا.

فإستعمال ممتلكات الشركة يتسع ليشمل كل أصول الشركة التي تحتوي على المنقولات و العقارات و الأموال غير المجسدة.
تكون أموال الشركة محل الجريمة عادة ، كأن يخصص مدير الشركة لنفسه أجرا مبالغا فيه ، أو يسحب من صندوق الشركة نقودا يستعملها لأغراضه الشخصية.
و قد يتعلق الأمر بعقارات الشركة و منقولاتها و عتادها و سلعها و مخزونها و ما لها من ديون ، و حقوقها و علاماتها و براءاتها.
و قد يقتصر الإستعمال على مجرد إستخدام المال ، كإستخدام سيارة تابعة للشركة لأغراض شخصية أو على إستعمال أموال الشركة لتغطية مصاريف شخصية كأن تدفع الشركة ثمن كراء سيارة يستعملها المدير لأغراضه الشخصية كما قضي به في فرنسا.

إستعمال سلطات و أصوات الشركة :

إستعمال السلطات : ما المقصود بالسلطات ؟ تحتمل هذه العبارة تفسيرين :

التفسير الضيق : يقصد بإستعمال السلطات الإستعمال المتعسف فيه للوكالات procurations ، و من ثم فالمقصود بالسلطات هو السلطات التي يحوز عليها المديرون و المسيرون بصفتهم شركاء مساهمين.
التفسير الواسع : يقصد بالسلطات مجموع الحقوق التي يحوز عليها مديرو الشركة فيها بموجب وكالتهم ، و كذا مجموع الحقوق التي يخولها إياهم القانون و الوائح الداخلية للشركة و هذا المفهوم هو المعتمد فقها و قضاءا.
و القضاء الفرنسي زاخر بالأمثلة عن إستعمال السلطات منها :

- مدير شركة مكلف ببيع قطعة الأرض تابعة لشركته فيحصل على وعد بالبيع بسعر 70 أورو للمتر و يتفق مع المشتري على أن يبيعها له بسعر 61 أورو للمتر المربع مقابل تخلي المشتري لشركة له فيها مصالح عن جزء من المحلات التي ستقام على تلك القطعة.
- وضع الأجراء تحت تصرف الغير : يرتكب الجريمة بإستعماله سلطاته مدير شركة الذي وضع عمال و عتاد شركته تحت تصرف شركة أخرى له فيها مصالح.

إستعمال الأصوات : و يتعلق الأمر بالأصوات التي يوكلها المساهمون للمديرين عن طريق الوكالات و الوكالات على البياض بمناسبة إنعقاد الجمعية العامة.

و يكون الإستعمال متعسفا فيه عندما يستعمل المدير الوكالات التي إستلمها من الشركاء من أجل التصويت على توصية إستعمالا مخالفا لمصلحة الشركة.

- **الإستعمال المخالف لمصلحة الشركة :**

ما المقصود بمصلحة الشركة ؟ لا يوجد تعريف قانوني لمصلحة الشركة ، و لكن القضاء إعتمد نظرة واسعة لمصلحة الشركة حيث قضى بأن الجريمة لا ترمي إلى حماية مصلحة الشركاء فحسب بل ترمي أيضا إلى حماية الذمة المالية للشركة و مصالح الغير المتعاقدين معها.

ثالثا : الركن المعنوي : جريمة الإستعمال المفرط فيه لأموال الشركة من جرائم العمد التي تقتضي قصدا عاما و قصدا خاصا.
فأما القصد العام فيتحقق بتوافر سوء النية و هو أن يأتي الجاني عن وعي و إرادة بفعله لأغراض شخصية بصفة مباشرة أو غير مباشرة و هو يعلم أن فعله مخالف لمصلحة الشركة .
أما القصد الخاص (الباعث) فيتمثل في تحقيق مصلحة شخصية ، و قد توسع القضاء في تفسيره للمصلحة الشخصية و تتمثل في فائدة قد تكون مالية و مادية (الأجور المبالغ فيها ، تكفل الشركة بدون وجه حق بالمصاريف الشخصية للمدير) و مهنية ومعنوية (كالأمل في إتقاء شر الغير ، الأمل في حماية مصالح إنتخابية ، الحرص على تمتين وضعية الجاني داخل الشركة و الحفاظ على علاقات مع شخصيات مؤثرة و ذلك عن طريق إعطائهم إمتيازات) بل و حتى فخرية (البحث عن النفوذ و المجد أو الشهرة حتى و لو كانت عن طريق منح مساعدات إجتماعية) .

رابعا : الجزاء (الركن الشرعي): نتناول أولا العقوبات الجزائية المقررة للمدير القانوني للمؤسسة قبل التطرق لمسؤولية المدير الفعلي :
العقوبات الجزائية : تعاقب المادة 800 من القانون التجاري بالسجن لمدة سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 20000 دج إلى 200000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط :
مسيري الشركات ذات المسؤولية المحدودة الذين إستعملوا عن سوء نية الصلاحيات التي أحرزوا عليها أو الأصوات التي كانت تحت تصرفهم بهذه الصفة إستعمالا يعلمون أنه مخالف لمصالح الشركة تلبية لأغراضهم الشخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة.

و تعاقب المادة 811 من ذات القانون بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات و بغرامة من 20000 دج إلى 200000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط :

رئيس شركة المساهمة و القائمون بإدارتها أو مديروها العامون الذين يستعملون عن سوء نية أموال الشركة أو سمعتها في غايات يعلمون أنها مخالفة لمصلحتها لأغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة .

رئيس شركة المساهمة و القائمون بإدارتها أو مديروها العامون الذين يستعملون عن سوء نية و بهذه الصفة ما لهم من السلطة أو حق في التصرف في الأصوات إستعمالا يعلمون أنه مخالف لمصالح الشركة لبلوغ أغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة.

و من جهته نص القانون المتعلق بالنقد و القرض الصادر بموجب الأمر 03-11 المؤرخ في 26-08-2003 على العقوبات التي تطبق على الرئيس أو أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين العامين للبنوك و المؤسسات المالية العمومية الذين يرتكبون جريمة التعسف في إستعمال أموال المؤسسة و هي كالأتي :

الحبس من سنة إلى 10سنوات و غرامة من خمسة ملايين إلى عشرة ملايين دج (م 131).

السجن المؤبد و غرامة من 000 000 20 دج إلى 000 000 50 دج إذا كانت قيمة الأموال محل الجريمة تعادل 000 000 10 دج أو تفوقها (م133).

علاوة على العقوبات السالبة للحرية ، نص القانون المتعلق بالنقد و القرض على حرمان الجاني من أحد الحقوق الوطنية أو من العديد منها و من المنع من الإقامة من سنة إلى خمسة سنوات (م 131 -2).

و ما يلاحظ هنا هو أن العقوبات المقررة لمديري و مسيري المؤسسات المالية أشد بكثير من العقوبات المقررة لمديري و مسيري باقي الشركات التجارية ، كما أن المشرع ربط بين مقدار العقوبة و الضرر الذي لحق المؤسسة ، على خلفية أن التعسف في إستعمال أموال المؤسسة المالية هو شكل من أشكال تبديد المال.

مسؤولية المدير الفعلي : و هو من يدير شركة دون أن يولي بطريقة شرعية من طرف هياكل الشركة بسلطة تمثيلها.

أشار القانون التجاري إلى المدير الفعلي في شكل واحد من الشركات و هي الشركة ذات المسؤولية المحدودة فنصت المادة 805 منه على تطبيق أحكام المواد 800 إلى 804 المتضمنة العقوبات المطبقة على مسيري الشركات ذات المسؤولية المحدودة الذين يرتكبون جريمة الإفراط في إستعمال أموال الشركة على كل شخص قام مباشرة أو بواسطة شخص آخر بتسيير شركة ذات مسؤولية محدودة تحت ظل أو بدلا عن مسيرها القانوني.

و هكذا يكون المشرع الجزائري قد حصر مفهوم الإدارة الفعلية في الشركات ذات المسؤولية المحدودة دون سواها.

يسأل المدير الفعلي جزائيا كما لو كان هو الممثل القانوني الحقيقي للشركة تقتضي الإدارة الفعلية توافر المعايير الآتية :

- ممارسة نشاط إدارة الشركة بطريقة مستقلة ، حيث يجب أن يكون المدير الفعلي مستقلا أي أن تكون له سلطة التصرف كما يشاء دون الخضوع إلى أوامر رئيس تدريجي أو إطاعته و هذا خلافا للأجير الذي يكون في وضع تبعية.
- ممارسة نشاط إيجابي للإدارة أي التدخل في التسيير اليومي للشركة أو تسيير الشركة على الدوام.

و في القضاء الفرنسي أمثلة عديدة للإدارة الفعلية حيث أعتبر مديرا فعليا :

الشريك صاحب الأغلبية الذي يستفيد من الأجرة الأكثر إرتفاعا و الذي كان مكلفا بالتفاوض مع الزبائن بإسم الشركة و يتولى توجيه نشاطها الإجتماعي .

الشريك و الأجير الذي يتمتع بسلطات واسعة للإدارة و التنظيم و إتخاذ القرار و يتقاضى أجرا في مستوى يجعله مديرا فعليا.

جريمة التفليس Banqueroute

و هي الجريمة المنصوص و المعاقب عليها في المادتين 383 و 384 ق.ع. و في المواد 369 ، 379،378،374،371 و380 قانون التجاري.

من مميزات القانون التجاري أنه أراد فصل مصير المؤسسة الاقتصادي عن المصير الشخصي لمن أساءوا تسييرها،و على هذا الأساس نص القانون التجاري على نوعين من التفليس الذي من المحتمل أن يرتكبه التاجر كشخص طبيعي،و نص في فصل آخر على الجنح الشبيهة بالتفليس و التي يمكن إسنادها لمديري الشخص المعنوي.

نتناول هاتين الحالتين في مبحثين فرعيين.

المبحث الفري الأول : جريمة التفليس المرتكبة من قبل التاجر باعتباره شخصا طبيعيا

تأخذ الجريمة في هذه الحالة صورتين:

التفليس بالتقصير أو التفليس البسيط،

التفليس بالتدليس.

المطلب الأول : أركان الجريمة

نتناول أولا شروط قيام الجريمة في مختلف صورها ثم الشروط الخاصة بكل صورة.

أولا: شروط قيام الجريمة في مختلف صورها:

تقوم هذه الجريمة المنصوص و المعاقب عليها في المادة 383 ق.ع.على عنصرين و هما:

أن يكون الجاني تاجرا،

و أن يكون قد توقف عن الدفع.

أ- صفة الجاني :

يشترط أن يكون الجاني تاجرا ،و التاجر بمفهوم المادة الأولى من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون التجاري هو : "كل شخص طبيعي (أو معنوي) يباشر عملا تجاريا و يتخذه مهنة معتادة له"

فيما نصت المادة 2 على الأعمال التي تعد تجارية بحسب موضوعها ،كما نصت المادة 3 على الأعمال التي تعد تجارية بحسب شكلها،منها: التعامل باالسفتجة بين كل الأشخاص،الشركات التجارية ،وكالات الأعمال مهما كان هدفها ،العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية.

و نصت المادة4 على الأعمال التجارية بالتبعية و يتعلق الأمر بالأعمال التي يقوم بها التاجر و المتعلقة بممارسة تجارية أو حاجات متجره،و بالالتزامات بين التجار.

وفي ضوء ما سبق يكون تاجرا كل من يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له حتى وإن كان ينتمي إلى مهنة أخرى يمنع عليه قانونهاالأساسي ممارسة نشاط تجاري كالقاضي مثلا و الموظف و المحامي الذين يتمتعون بالأهلية القانونية لممارسة التجارة ومن ثم فمن الممكن إرتكابهم جريمة التفليس.

وأما التنافي بين النشاطين فلا يؤدي إلا إلى عقوبات تأديبية في حين تبقى الأعمال التجارية صحيحة.

ب.التوقف عن الدفع:

ماهو تعريفه ؟كيف يتم إثباته؟

1.**تعريف التوقف عن الدفع** :لم يعرف المشرع الجزائري التوقف عن الدفع لا في قانون العقوبات ولا في القانون التجاري .

وكان الأمر كذلك في فرنسا إلى غاية صدور قانون 25 يناير 1985 المعدل و المتمم للقانون التجاري الذي عرف التوقف عن الدفع في المادة 3 الفقرة الأولى منه كالآتي: الإستحالة التي يكون فيها التاجر لمواجهة الديون واجبة الأداء بالأصول القابلة للصرف .

ويقصد بالديون واجبة الأداء الديون المستحقة passif échu ،واجبة الأداء و المطالب بها exigé.

ويقصد بالأصول القابلة للصرف actif disponibleالأصول الجائز التصرف فيها ،أي الحاضرة ،وتشمل مجموع الأموال السائلة (نقود) الموجودة في الصندوق وفي البنك وما يمكن تحويله حالا إلى نقود قابلة للصرف كالأوراق التجارية (سفتجة،شيكات ....).

وهذا التعريف تكريس للاجتهاد القضائي الفرنسي الذي صدر في ظل التشريع السابق ، لا سيما قانون 13 يوليو 1967 الذي استلهم منه المشرع الجزائري مجمل أحكام القانون التجاري المتعلقة بالتسوية القضائية و الإفلاس ،و تحديدا القرار الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في 14 فبراير 1978.

و على هذا الأساس ، يمكن اعتماد هذا التعريف في القانون الجزائري في انتظار تدخل المشرع.

2-إثبات التوقف عن الدفع : الأصل ان تثبت حالة التوقف عن الدفع بحكم قضائي يصدره القاضي التجاري . و في هذا الصدد ،رسمت المادة 215 و ما يليها من القانون التجاري الاجراءات الواجب اتباعها أمام القاضي التجاري لإثبات حالة التوقف عن الدفع و ما يترتب عنها من نتائج ، و هي كالاتي :

يتعين على كل تاجر او شخص معنوي خاضع للقانون الخاص و لو لم يكن تاجرا ،اذ توقف عن الدفع ان يدلي بإقرار للمحكمة في مدة 15 يوم قصد افتتاح اجراءات التسوية القضائية او الافلاس (المادة 215 القانون التجاري).

يمكن ان تفتح كذلك التسوية القضائية و الإفلاس بناء على تكليف الدائن بالحضور كيفما كانت طبيعة دينه.

يمكن المحكمة ان تتسلم القضية تلقائيا بعد الاستماع للمدين او استدعائه قانونا.

لرئيس المحكمة ان يأمر بكل اجراءات التحقيق لتلقي جميع المعلومات عن وضعية المدين و تصرفاته.

فور اثبات التوقف عن الدفع تحدد المحكمة تاريخه كما تقضي بالتسوية القضائية او الافلاس (المادتان 221-222ق ت).

وقد أوضح القانون انه لا يترتب افلاس و لا تسوية قضائية على مجرد التوقف عن الدفع بغير صدور حكم مقرر لذلك ، أي ان تقرير التوقف عن الدفع بحكم شرط أولي من أجل القضاء بالتسوية القضائية أو بالافلاس .

و بالمقابل ، تجوز الادانة من أجل التفليس البسيط او التدليسي دون حاجة الى حكم قضائي مقرر للتوقف عن الدفع المادة (225-2).

ومما سبق ، نستنتج مايلي:

المبدأ: يقع عبء إثبات حالة التوقف عن الدفع على عاتق من طلب افتتاح اجراءات التسوية القضائية و الافلاس .

فقد يصدر الطلب عن المدين الذي يدلي بإقرار التوقف عن الدفع ، وقد يصدر الطلب عن الدائن ، و قد يكون بمبادرة من المحكمة .

و لا يكفي بالنسبة للدائن عدم تلقيه المبالغ المستحقة بل يتعين عليه إقامة الدليل على إن المدين في وضعية لا يمكنه فيها مواجهة ديونه واجبة الأداء بأصوله القابلة للصرف ، و من ثم فإن عبء الإثبات لا يقع على المدين.

يمكن القاضي الجزائي،حال فصله في قضية تفليس محالة إليه ،إثبات التوقف عن الدفع بكافة الطرق باعتبارها مسألة وقائع .
لم يحدد القانون وسائل معينة يمكن بها البث في التوقف عن الدفع ،وقد إعتمد القضاء الفرنسي عددا من وسائل الإثبات ،يمكن الأخذ بها في الجزائر ،تشمل كافة الدلائل التي تسمح ببيان إستحالة مواجهة الديون واجبة الأداء بالأصول قابلة الصرف و بتأكيد الطابع غيرالمؤقت (الظرفي) لتلك الوضعية ،وذلك للتمييز بين التوقف عن الدفع والضائقة المالية الضرفية،منها:
_وثائق الحسابات الخاصة بالمؤسسة ،والتي تحتل صدارة وسائل الإثبات ،
_الاحتجاج في الأوراق التجارية Prôtetsالذي يثبت الامتناع عن التسديد ،
_الدعاوى المرفوعة إلى القضاء والمتابعات الممارسة ضد المدين من أجل ديون غير متنازع فيها،
_محاضرعدم وجود المحررة إثر حجز procés –verbal de carence،
_بيع الاصول بثمن بخس،
_المعاينة التي تقيم الدليل على أن الشركة ليس لها مقرا اجتماعيا ،ولا منقولات ولا عتاد ،وذلك من أجل الإفلات من أبحاث الدائنين،
_ إقرار المدين،ومع ذلك يتعين التاكيد من ذلك في الحكم القاضي بفتح إجراءات التسويةالقضائية أو الإفلاس ،ويمكن استخلاص اعتراف المدين من بعض أعماله: كتوجيه رسائل الى الدائنين يخبرهم فيها بانه لا يمكنه تسديد ما عليه او يطلب منهم اجلا للتسديد او يعرض عليهم اقتراحات للتسوية الودية.
واذا كان لقضاة الموضوع البحث بكل سيادة عن الوقائع المكونة للتوقف عن الدفع. فان تقديرها يتم تحت رقابة المحكمة العليا لان مفهوم التوقف عن الدفع شرط قانوني لافتتاح التسوية القضائية او الافلاس.
.ان اثبات حالة التوقف عن الدفع قضائيا ليس شرطا اوليا للمتابعة من اجل التفليس اذ يجوز للنيابة العامة مباشرة المتابعة و للقاضي الجزائي . حال فصله في الدعوى . كامل السلطة لاثبات حالة التوقف عن الدفع و تحديد تاريخها دون ان يكون مقيدا في ذلك بقرار مسبق من القاضي التجاري.
و الثابت ان المشرع الجزائري قد تاثر في ذلك بالقانون الفرنسي الصادر 24-7-1967 فنقل منه محتوى نص المادة 139 الى المادة 225 من ق ت جزائري التي تنص على جواز الادانة و الحكم من اجل التفليس حتى وان لم يتم اثبات حالة التوقف عن الدفع من قبل القاضي التجاري ..

ثانيا:الشروط الخاصة بكل صورة.

يميز القانون بين نوعين من التفليس:
-التفليس بالتقصير banqueroute simple.
-التفليس بالتدليس banqueroute frauduleuse.
يتميز التفليس بالتقصير عن التفليس بالتدليس كون الاول ناتجا عن اهمال وعدم احتياط في حين ان الثاني ناتج عن التدليس.

ا.التفليس بالتقصير.

وله صورتان:

1.**التفليس بالتقصير الإجباري**:تكون المحكمة في هذه الصورة ملزمة بالتصريح بالعقوبة بمجرد اثبات قيام الجنحة. وقد عددت المادة 370 من القانون التجاري حالات التي تكون فيها هذه الصورة وهي 7 بنصها " يعد مرتكب التفليس بالتقصير كل تاجر في حالة توقف عن الدفع يوجد في احدى الحالات الاتية :

ـ اذا ثبت ان مصاريفه الشخصية او مصاريف تجاريه مفرطة

ـ اذا استهلك مبالغ جسيمة في عماليات نصيبية محضة او عمليات وهمية

ـ اذا كان قد قام بمشتريات لاعادة البيع باقل سعر السوق بقصد تاخير اثبات توقفه عن الدفع او استعمل بنفس القصد وسائل مؤدية للافلاس ليحصل على اموال .

ـ اذا قام بعد التوقف عن الدفع بايفاء احد الدئنين اضرار بجماعة الدائينين

ـ اذا كان قد اشهر افلاسه مرتين واقفلت التفليستان بسبب عدم كفاية الاصول.

ـ اذا لم يكن قد امسك اية حسابات مطابقة لعرف المهنة نظرا الاهمية تجارية

ـ اذ كان قد مارس مهنته مخالفا لحظر منصوص عليه في القانون

2 ـ **التفليس بالتقصير الاختياري** : يكون للقاضي الجزائي في هده الصورة الخيار بين ادانة الجاني او الحكم عليه بعقوبة او اخلاء سبيله وذلك اما بسبب تفاهة الاخطاء المنسوبة اليه وإما بسبب وضعيته .

وقد عبر المشرع الجزائري عن هذه الصورة بالاستعمال عبارة "يجوز ان يعتبر مرتكبا للتفليس ..." في حين استعمل في صورة التفليس بالتقصير الاجباري عبارة "يعد مرتكبا للتفليس ..

وقد عددت المادة 371 من القانون التجاري حالات هذه الصورة وهي خمس فنصت على مايأتي :

يجوز ان يعتبر مرتكبا للتفليس بالتقصير كل تاجر في حالة توقف عن الدفع يوجد في احدى الحالات الاتية :

- اذا كان قد عقد لحساب الغير تعهدات ثبت انها بالغة الضخامة بالنسبة لوضعه عند التعاقد بغير ان يتقاضى مقابلها شيئا .
- اذاكان قد حكم بافلاسه دون ان يكون قد اوفي بالتزاماته عن صلح سابق
- اذاكان لم يقم بالتصريح لدى كاتب ضبط المحكمة عن حالة التوقف عن الدفع في مهلة خمسة عشر يوما ودون مانع مشروع .
- اذا كان لم يحضر بشخصه لدى وكيل التفليسة في الاحوال والمواعيد المحددة دون مانع مشروع .

اذا كانت حساباته ناقصة او غير ممسوكة بانتظام ويكون الفعل تفليسا بالتقصير الاجباري في حالة عدم مسك الحسابات .

ب ـ التفليس بالتدليس

عددت المادة 374 من القانون التجاري الحالات التي يكون فيها التاجر في وضع التفليس بالتدليس وهي تلاث

- من اخفى حساباته
- اوبدد او اختلس كل او بعض اصوله
- او اقر بمديونيته بمبالغ ليست في ذمته سواء كان هذا في محرراته باوراق رسمية او تعهدات عرفية او في ميزانيته.

ثالثا : الركن المعنوي

اذا كانت الجريمة في صورة التفليس بالتقصير تقوم على مجرد خطا عدم الاحتياط فانها على خلاف ذلك تقتضي سوء نية الجاني في صورة التفليس بالتدليس الذي يتطلب لقيامه الاخفاء او التبديد او الاختلاس وهي اعمال تنطوي في مجمعها على سوء نيه .

المطلب الثاني : الجزاء

اولا : جزاء التفليس بالتقصير

تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 383-1 من القانون العقوبات على الاشخاص الذين تثبث ادانتهم بالتفليس بالتقصير (المادة 369 قانون تجاري) بالرجوع الى المادة 383-1 ق.ع نجدها تعاقب عاى التفليس البسيط بالحبس من شهرين الى سنتين وغرامة من 25.000 الى 200.000 دج

ثانيا: جزاء التفليس بالتدليس :

أ – جزاء الفاعل

تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 383-2 من قانون العقوبات على الاشخاص الذين تثبث ادانتهم بالتقصير او بالتدليس (المادة 369) وبالرجوع الى المادة 383-2 ق.ع نجدها تعاقب على التفليس بالتدليس بالحبس من سنة الى 5 سنوات وغرامة من 100.000 الى 5.000.000 دج

ويجوز علاوة على ذلك ان يقضي على المفلس بالتدليس بالحرمان من حق او اكثر من الحقوق الواردة في المادة 9 مكرر1 لمدة سنة الى 5 سنوات .

ب – جزاء الشريك :

يعاقب الشريك ولولم تكن له صفة التاجر ، بنفس العقوبات المقررة للفاعل (المادة 384.ق.ع)

المبحث الفرعي الثاني : جرائم التفليس المرتكبة من قبل مديري الشركات

الاصل ان جنحة التفليس لاتطبق الا على التجار ومن ثم يثار التسائل حول مصير مديري الشريكات عندما تتوقف الشركة عن الدفع ، علما ان مديري الشريكات التجارية ليسوا بالضرورة تجارا .

فاما مديرو ومسيرو شركة التضامن وشركة التوصية فان مساءلتهم لاتثير اي اشكال باعتبار أن لهم صفة التجار لذا نصت المادة 371 من القانون التجاري في فقرتها الاخيرة على مايلي : بالنسبة للشركات التى تشمل على شركاء مسؤولين بالتضامن بدون تحديد عن ديون الشركة يجوز ان يعتبر الممثلون القانونيون مرتكبين للتفليس بالتقصير إذا بغير عذر شرعي لم يقوموا بالتصريح لدى كتابة ضبط المحكمة المتخصصة خلال الخمسة عشر يوما عن حالة التوقف عن الدفع دون مانع مشروع او لم يتضمن هذا التصريح قائمة بالشركاء المتضامنين مع بيان أسمائهم ومواطنهم .

أما باقي الشركات فقد أجازت المواد 378 إلى 380 من القانون التجاري مساءلة القائمين بالادارة والمديرين والمصفين في الشركة ذات مساهمة والمسيرين والمصفين في شركة ذات مسؤولية محدودة والمفوضين من قبل الشركة ايا كان شكلها من اجل جنحة التفليس ، كما ياتي بيانه تفصيلا من خلال عرضنا لاركان الجريمة والجزاء المقرر لها وقد استفاد المشرع الجزائري في هذا الصدد من تطور التشريع الفرنسي الذي اقر مساءلة مديري ومسيري الشركات المذكورة من اجل التفليس منذ صدور القانون المؤرخ في 1967/07/13 .

المطلب الأول :أركان الجريمة

أولا : الركن المادي

تشترط الجريمة في هذه الصورة توافر الشروط الآتية :

- أن يكون الجاني مديرا للشركة
- إن يقوم بعمل من الاعمال المنصوص عليها في المواد 378 الى 380 قانون تجاري .

أ .صفة الجاني

يجب أن يكون الجاني مديرا قانونيا للشركة او مديرا فعليا وقد عددت المواد 378 الى 380 الاشخاص المعنيين ويتعلق الأمر بـ :

- القائمين بالادارة والمديرين والمصفين في شركة مساهمة
- المسيرين والمصفين في الشركة ذات مسئولية محدودة
- المفوضين من قبل الشركة ايا كان شكلها

ب .الأفعال المجرمة

يجب أن يرتكب الجاني فعلا من الأفعال المنصوص عليها من المادتين 378 و379 قانون تجاري او في المادة 380 من نفس القانون وتشكل هذه الأفعال إما تفليسا بالتقصير وإما تفليسا بالتدليس وإما تنظيم إعسار.

1 . التفليس بالتقصير (المادة 378) : ويتعلق الامر تقريبا بنفس الاخطاء التي تؤدي الى التدليس بالتقصير بالنسبة للتاجر العادي وهي ان يكون الجاني قد :

- استهلاك مبالغ جسيمة تخص الشركة في القيام بعمليات نصيبية محضة او عمليات وهمية
- او قام بقصد تأخير إثبات توقف الشركة عن الدفع بمشتريات لإعادة البيع بأقل من سعر السوق او استعملوا بنفس القصد وسائل مؤدية للافلاس للحصول على اموال وهو مايسمى استعمال وسائل مؤدية للافلاس .

ولايكفي في هذه الصورة إعادة البيع بالخسارة لقيام الجريمة وانما يجب فضلا عن ذلك النظر في شروط الشراء واعادة البيع لتحديد ما اذا كانت العمليات المتتالية طبيعية او غير طبيعية (يخضع البيع بالخسارة لقانون المنافسة) وهذه الصورة لاتنطبق على الانتاج بالخسارة لانه من الصعب اثبات ان الغرض منها هو الافلاس ، فقد يكون الغرض هو تفادي تسريح العمال .
والوسيلة الاكثر إستعمالا في الميدان اللجوء العشوائي للاقتراض البنكي في اطار السحب على المكشوف الذي عادة ماتسمح به المؤسسات المالية لزبائنها.
وقد اعتبر القضاء وسائل مؤدية للافلاس اللجوء الى الاقتراض بفوائد مفرط فيها او التي تكون مثقلة بتامينات لاتطاق وقد استقر القضاء الفرنسي على الاخذ بالمفهوم الواسع للعبارة اذا يكفي مجرد اللجوء الى اقتراض يتجاوز بصفة بينة القدرات المالية للدائن ، وكثيرا ما تتابع وتدان البنوك على اساس الاشتراك .

- او قام بعد توقف الشركة عن الدفع بايفاء احد الدائنين او جعله يستوفي حقه اضرار بجماعة الدائنين
- اوجعل الشركة تعقد لحساب الغير تعهدات ثبت انها بالغة الضخامة بالنسبة لوضعها عند التعاقد وذلك بغيران تتقاضى الشركة مقابلا.
- أو أمسك أو أمر بإمساك حسابات الشركة بغير انتظام ، و يأخذ هذا الفعل عدة صور منها إنعدام الحسابات و إخفائها و استبدالها و مسك حسابات خيالية .

2-التفليس بالتدليس (المادة 379):و يتعلق الأمر هنا أيضا بنفس الأخطاء المؤدية إلى التفليس بالتدليس بالنسبة للتاجر العادي.
و قد تم تعداد هذه الأخطاء في المادة 379 و هي ثلاثة :
-اختلاس دفاتر الشركة،
- تبديد أو إخفاء أصول ، و في هذا الصدد ينبغي بادئ ذي بدء التنبيه إلى أنه من الجائز أن يرتكب الركن المادي للتفليس قبل التوقف عن الدفع.
و لا يقوم فعل اختلاس أو إخفاء الأصول إلا إذا كان الجاني قد تصرف في أموال الشركة التي كان يتولى فيها الإدارة ، و لا يقوم الفعل لمجرد استعمالها و لو بصفة مفرط فيها،و هذا عنصر من عناصر التفريق بين جريمة التفليس و جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة.

- الإقرار بمديونية الشركة بمبالغ ليست في ذمتها و هو ما يعبر عنه بالزيادة بالتدليس في الخصوم (الديون) ويتعلق الأمر هنا أساسا بمن يقر سواء في محررات أو وثائق رسمية أو تعهدات عرفية أو في ميزانية (bilan) بأن الشركة مدينة بمبالغ ليست في ذمتها.

و بهذه الطريقة يتمكن المدين غير النزيه بالتواطؤ مع الغير ،أي الدائن المزور، من الاحتفاظ لنفسه بأموال الشركة على حساب الدائنين الحقيقيين.
و كثيرا ما يكون الدائن المزور، شريك المدين،شركة يديرها المدين نفسه .
3- **تنظيم الإعسار** : في حالة تصفية أملاك شركة أجاز القانون التجاري للقاضي التجاري إذا تبين أن مدير الشركة ارتكب أخطاء جسيمة أن يحمله مسؤولية النقص المسجل في مال الشركة (الأصول).
و حتى يتفادى التسديد من ماله الشخصي يلجأ مدير الشركة إلى تنظيم إعساره سعيا منه إلى سبق أثر الحكم الصادر عن القاضي التجاري.
و للحيلولة دون ذلك نصت المادة 380 على تطبيق العقوبات المقررة للتفليس بالتقصير على القائمين بالإدارة و المديرين أو المصنفين في شركة مساهمة ،و المسيرين أو المصفين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ،و بوجه عام كل المفوضين من قبل الشركة يكونون عن سوء قصد اختلسوا أو أخفوا جانبا من أموالهم أو أقروا تدليسا بمديونيتهم بمبالغ ليست في ذمتهم.

ثانيا:الركن المعنوي

اشترط المشرع في هذه الحالة قصدا عاما يتمثل في وعي الفاعل بالوضعية الصعبة التي تعيشها المؤسسة،و قصدا خاصا يختلف باختلاف صور التفليس و هي ثلاث : الاختلاس و التبديد و الزيادة بالتدليس في الخصوم.

المطلب الثاني : الجزاء

يخضع مديرو الشركات لنفس العقوبات المقررة للتاجر عن التفليس بالتقصير أو التفليس بالتدليس..