الجمهورية التونسية

وزارة العدل

محكمة التعقيب **الحمد لله وحده،**

القضية عدد **61298**

تاريخ القرار **20 فيفري 2019**

اصدرت محكمة التعقيب القرار الاتي:

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 15 مارس 2018 عدد 36600 من الاستاذ أ. الت. المحامي لدى التعقيب .

نيابة عن: الح. لم. بن ع. بن ص. ص. القاطن بنهج * عدد * ***

ضـدّ :

البنك *** في شخص ممثله القانوني الكائن مقره الاجتماعي بشارع ***

نائبه الأستاذ م. الق. المحامي لدى التعقيب

طعنا في القرار الاستئنافي الشغلي عـــدد 71288 الصادر عن المحكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 10-06 - 2016 والقاضي"**نهائيا بقبول الاستئنافين الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي وحمل المصاريف القانونية على المستأنف وتغريمه لفائدة المستأنف ضدها بمبلغ 300 دينار عن أجرة محاماة و أتعاب تقاضي.**

وبعد الإطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ م. الق. حسب محضره عدد 22452 بتاريخ 05 أفريل 2018.

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة بتاريخ 06 افريل2018 حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م م ت.

و بعد الاطلاع على مذكرة الرد على مستندات التعقيب المقدمة لكتابة المحكمة بتاريخ 30 أفريل 2018 من الاستاذ م. الق. في حق المعقب ضدها والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب اصلا متى قبل شكلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى قبول مطلب التعقيب شكلا و رفضه اصلا والحجز.

وبعد الاطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع اوضاعه وصيغه القانونية طبق احكام الفصل 175 وما بعده من م م م ت مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الاصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الاصل المعقب الان بواسطة نائبه لدى دائرة الشغل بالمحكمة الابتدائية بتونس عارضا انه انتدب للعمل لدى المطلوبة المعقب ضدها الان مدير عام شركة لمدة ثلاثة سنوات وشرع في مباشرة مهامه منذ تاريخ 2011/03/15 بأجرة سنوية قدرها 330 ألف دينار مع جزء متغير لا يتجاوز 30 بالمائة من الأجر السنوي إلى حين 2011/11/18 تاريخ عزله بقرار من مجلس ادارة الشركة دون مبرر لذا فهو يطلب على ذلك الاساس الزامها بان تؤدي له المبالغ التالية :

742.500.000 د لقاء غرامة الطرد التعسفي

1000 د عن أجرة محاماة وأتعاب تقاضي وحمل المصاريف القانونية على المدعى عليهما بما في ذلك اجرة رقيم الاستدعاء.

وحيث وبعد استيفاء الاجراءات القانونية أصدرت الدائرة الشغلية الحكم الابتدائي عدد 51133 الصادر بتاريخ 2013/11/29 والقاضي ابتدائيا "برفض الدعوى لعدم الاختصاص الحكمي"

وحيث استأنف المدعي الحكم المذكور بواسطة نائبه وجاء بمستندات طعنه وان منوبه ليس بعضو بمجلس الإدارة وليس مساهما في راس مال الشركة وان مجلس الادارة هو من يحتفظ بأهم الصلاحيات وليس لمنوبه مطلق التصرف وأن جريان العمل بالبنك ان يقع امضاء عقد شغل مع المدير العام باعتباره أجيرا كيفما هو ثابت من المراسلة المؤرخة في 2011/06/23 وكذلك محضر معاينة الاستاذ عدل التنفيذ المؤرخة في 10 أكتوبر 2012 وكذلك كشف التصريح

بالأجور للصندوق الوطني بالضمان الاجتماعي وبأن أعماله تتمثل في اعمال فنية دقيقة وهو ما يتأكد من عناصر تأجيره.

وحيث اصدرت محكمة الاستئناف القرار المشار إليه بالطالع عددا وتاريخا ونصا بناءا على انتفاء صفة الاجير لدى المستأنف لانتفاء عقد شغل بينه و بين المستأنف ضدها كانتفاء عنصر التبعية القانونية في علاقته بها وان تسلمه اجور والتصريح بأجوره لفائدة الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لا تؤثر على الوصف القانوني للعلاقة الرابطة بين الطرفين باعتبار ان الاحكام المنظمة لمهام المدير العام لا تمنع من تمكينه من اجور ومنح استثنائية طبق الفصل 212 من م ش ت فضلا على ان الاجر ليست المعيار الوحيد لقيام العلاقة الشغلية التي تستوجب لقيامها توفر حميع عناصر الفصل 6 من مجلة الشغل التي اهمها التبعية القانونية التي تميز عقد الشغل عن غيره من العقود التي تتعلق بأداء خدمة مقابل أجر معين وبالتالي فليس له ان يحتج بواقعة الطرد التعسفي باعتبار وان مقتضيات الفصل 212 من م ش ت جعلت من صلاحيات مجلس الادارة ان يقوم في اي وقت بعزل المدير العام .

وحيث تولى المستأنف بواسطة نائبه الطعن في القرار المذكور بالتعقيب استنادا الى المطاعن التالية:

مستندات التعقيب

المطعن الأول الخطأ في تطبيق أحكام الفصل 6 من م ش.

قولا أنه استنادا الى أحكام الفصل 6 من مجلة الشغل فان محكمة الحكم المطعون فيه قد خالفت أحكام الفصل المذكور لما اعتبرت أن العلاقة الرابطة بين طرفي التداعي ليست علاقة شغلية وذلك سواء من خلال العناصر المكونة للعلاقة الشغلية او من خلال انتفائها .

-فبخصوص أركان العلاقة الشغلية فانه لا جدال بان قوام العلاقة الشغلية طبقا لأحكام الفصل 6 من مجلة الشغل هو تحقق عنصرين أساسيين هما التبعية الاقتصادية والتبعية القانونية من الأجير للمؤجر

وأن تمضهرات هذه العلاقة تتجلى في معنى اقتصادي هو وجود مقابل مالي للخدمة التي يسديها الأجير للمؤجر وتكون بذلك عناصر عقد الشغل الأساسية هي العمل او الخدمة التي بقدمها العامل للمؤجر اما العنصر الثاني فهو الأجر وهو المقابل المادي الذي يتحصل عليه العامل مقابل عمله لفائدة المؤجر سواء كان نقدي أوعيني أو الاثنين معا ويكون هذا المعطى أساسي في قيام العلاقة الشغلية .

وانه و بالرغم توقف محكمة القرار المنتقد على توفر هذين العنصرين في العلاقة الرابطة بين طرفي التداعي فإنها اعتبرت ان هذين العنصرين لا يكفيان للقول بقيام علاقة شغلية .

وأنه وخلافا لما ذهبت إليه محكمة الحكم المنتقد فان قيام عنصري العمل والأجر هما المعطيان الأساسيان لعقد الشغل وهما ركنان من أركانه وليسا مجرد مميزات لهذا العقد.

وان محكمة الإستئناف لما نزلت بأركان عقد الشغل الثابتة وهي العمل والاجر تكون قد خالفت احكام الفصل 6 من م ش وأسست حكمها على ضعف واضح في التعليل انتهى الى استنتاج قانوني غير متناسق مع نص الفصل 6 من م ش .

وان محل الاركان المكونة لعقد الشغل هو التبعية القانونية أو الادارية للمؤجر .

وأن المشرع التونسي لم يعرف عناصر التبعية القانونية من الأجير للمؤجر إلا ان فقه القضاء أسهب في ذلك معتبرا أنه يشترط لقيام العلاقة الشغلية توفر عنصر التبعية ويعني ذلك الإدارة والإشراف المباشر من المؤجر على الأجير فيما يتعلق بنوعية خدماته وسلطته من الرقابة على كيفية تنفيذ العمل مع وجوب احترام الاجير للتوقيت الذي يضبطه المؤجر مقابل أجر {قرار تعقيبي عدد

16271 صادر بتاريخ 2008/01/19.}وان اركان هذه التبعية حسبما استقر عليه فقه القضاء هو إشراف المؤجر على الأجير في خصوص توقيت العمل أو كيفية تنفيذ العمل .

وأن محكمة الحكم المطعون فيه اعتبرت انه لا وجود لتبعية قانونية أو إدارية بين المعقب أو المعقب ضده وذلك على أساس أن العمل الذي يقوم به ليس عملا ماديا وإنما هو عمل قانوني يسمح له بمجال كبير من الحرية لتنفيذه. وأنه ومع ما شاب هذا التعليل من عيب فانه لا وجود لمبرر في تمييز محكمة الحكم المنتقد بين العمل المادي والعمل القانوني وكيفية استخلاص النتيجة من ذلك.

وان المعقب أدلى للمحكمة بما يفيد انه وضع نفسه وخبرته ومعرفته في مجال التسيير البنكي على ذمة المعقب ضدها ولمدة التوقيت الإداري الذي وضعته الإدارة العامة .

وأن ملف الدعوى كان ناطقا بما يفيد أن السياسة العامة للمعقب ضده تحددها الإدارة العامة للبنك بفرنسا وأن جميع المتداخلين من تونس هم مجرد أدوات تنفيذ للسياسة العامة التي تحددها الإدارة وأن انتداب المعقب وإخضاعه للإختبار كان من طرف الإدارة العامة لفرنسا .

وأن محكمة الإستئناف إلتفتت عن مطلب المعقب الرامي للتحرير على الطرفين للوقوف على مختلف هذه العناصر على ما لها من أهمية من تكييف العلاقة الرابطة بين الطرفين وعناصر المهمة المسندة إليه عند انتدابه وعند مباشرته لوظيفته المذكورة وأن في ذلك هضما لحقوق الدفاع وتقصيرا من المحكمة التي من واجبها استفراغ الجهد من تحقيق عناصر الدعوى والوقوف على المعطيات المفصلية في النزاع وتكون بذلك قد حرمت المعقب من فرصة لإثبات عناصر حقه .

وانه من الناحية الواقعية فان انتداب المعقب كان بصفة أساسية بصفته أداة تنفيذ للسياسة العامة للبنك التي تحدد من طرف الادارة العامة بفرنسا ولا يتدخل المعقب لا في ضبط السياسة العامة ولا في تفاصيل الخدمات المسداة من البنك أو العمولات أو غيرها وإنما تقتصر مهمته على ضمان تنفيذ هذه السياسة وتوفير الظروف الإدارية والمادية لإنجاحها ووضعها حيز التطبيق.

وقد اعتبرت محكمة الاستئناف أنه لا وجود لعناصر التبعية القانونية بين المعقب والمعقب ضده وأن وجود الأجر وحده لا يقوم عنصرا محددا لقيام العلاقة الشغلية دون أي خوض في المهام المسندة للمعقب وكيفية إنجازها والإطار القانوني والمادي في ذلك مكتفية بطرح نظري يعتبر أن صفة المعقب كمدير عام تتنافى وصفة الأجير.

وأنه كان على محكمة الحكم المنتقد أن تتجاوز مجرد الطرح النظري المذكور على العلاقة وأن تبسط رقابتها على العناصر المحددة لكيفية تنفيذ العقد الرابط بين الطرفين والمهمة الفعلية المسندة للمعقب من طرف مؤجره وما هي الخدمات التي يسديها مقابل الأجر الذي يتلقاه.

وأن القرار المطعون فيه في هذا الجانب مؤسسا على ضعف في التعليل وهضم لحقوق الدفاع ومخالفة للقانون بما يبرر التماس نقضه .

من حيث اثبات العلاقة الشغلية

قولا ان محكمة الحكم المطعون فيه اعتبرت أن المعقب لم يثبت وجود عقد شغل وأن المراسلة الالكترونية المقدمة من طرفه لم تثبت قيام عقد الشغل بين طرفي التداعي .وهو ما يجعل حكمها قد بني على سوء تطبيق لأحكام الفصل 6 من م ش و لعمل فقه القضاء في مجال اثبات العلاقة الشغلية فالفصل 6 من مجلة الشغل جعل عقد الشغل عقدا رضائيا بإمتياز ولم يشترط اي شكلية في تكوينه أو إثباته وأن عقد الشغل يستمد ثبوتيته من جميع العناصر الواقعية والتي تتمثل أساسا في العمل والأجر.

وان المعقب اثبت لمحكمة القرار المنتقد جميع عناصر قيام العلاقة الشغلية من عمل وأجر وعلاقة قانونية إلا أن المحكمة توقفت عن عدم وجود عقد شغل لتقصي قيام العلاقة الشغلية .

وأن ما ذكر يقوم على خلط واضح بين عقد الشغل الذي يمكن أن يكون كتابيا كما يمكن أن يكون رضائيا وبين العلاقة الشغلية التي تتحقق بوجود عمل بمقابل أجر مع تبعية اقتصادية و إدارية .

وأن مطالبة محكمة الاستئناف للمعقب بتقديم ما يفيد عقد شغل فيه مخالفة لأحكام الفصل 6 من مجلة الشغل في خصوص قواعد إثبات العلاقة الشغلية التي تقوم مقام عقد الشغل وتعتبر تجليا له .

وأن من بين العناصر التي قدمها المعقب لإثبات العلاقة الشغلية هي وجود الأجر مقابل شهائد في الأجر وكذلك التغطية الاجتماعية التي يتحمل المؤجر جزءا منها .

وأن محكمة الاستئناف في مخالفة منها لما استقر عليه فقه القضاء في خصوص العناصر المثبتة للعلاقة الشغلية {ق ت م عدد 17518 الصادر بتاريخ 2008/02/02} اعتبرت ان جميع تلك العناصر لا تكفي لإثبات وجود عقد الشغل.

وان تصدي المحكمة لمساعي المعقب في إثبات العلاقة الشغلية ومطالبته بإثبات عقد الشغل يقوم في نفس الوقت على مخالفة لأحكام الفصل 6 من م ش وعمل فقه قضاء محكمة التعقيب وهضم لحقوق الدفاع وضعف التعليل.

المطعن الثاني الخطأ في تطبيق أحكام الفصل 196 من م ش ت

قولا أن محكمة الاستئناف اعتبرت أنه لا يمكن الجمع بين صفة الأجير وصفة المدير العام الا في حالة الفصل 196 من م ش ت واعتبرت أنه طالما لم يثبت المعقب صفته كأجير سابق فإنه لا يمكن له الجمع بين الصفتين.

وان هذا الاعتبار يظهر موطنا اخر من مواطن ضعف التعليل في الحكم المطعون فيه باعتبار ان الفصل 196 من م ش ت يتحدث عن الجمع بين صفة الأجير وصفة عضو مجلس الإدارة.

وأن المعقب لم يتمسك قط بأنه كان عضو مجلس إدارة الشركة ولا نجد أي مبرر لاعتماد المحكمة على أحكام هذا الفصل للقول بمطالبته بإثبات صفته السابقة كأجير.

وان الفصل 196 من م ش ت جاء لمعالجة وضعية معينة وهي أن تسند مهمة عضو مجلس إدارة لأحد الأجراء وشروط ذلك وهي ليست وقائع دعوى الحال.

وأن المشرع لم يقصي الجمع بين صفة الاجير وصفة المدير العام إذا لم يكن عضوا بمجلس الإدارة وهي إمكانية تظل قائمة طالما لم يمنعها المشرع.

وأن مطالبة المحكمة للمعقب بإثبات توفر شروط الفصل 196 من م ش ت حتى يقبل دفعه بوجود عقد شغل مؤسس على تطبيق لأحكام هذا الفصل في غير محله لانعدام أي موجب لذلك لأن منوبه ليس عضوا بمجلس إدارة الشركة.

وأن صفة عضو بمجلس إدارة الشركة تكسبه صفة المسير القانوني عملا بأحكام الفصل 189 من مجلة الشركات التجارية وهو بذلك مساهم في وضع سياسة الشركة ويسهر على تنفيذها وهو من عين المدير العام والمديرين العامين وبالتالي فهو يكتسب صفة المؤجر الفعلي وبالتالي فانه لا يمكن الجمع بين صفة عضو مجلس الإدارة والأجير .وقد استقر عمل فقه القضاء الفرنسي على أنه خلال تولي الأجير صفة عضو مجلس الإدارة يتوقف سريان عقد التشغيل طوال فترة تعيينه ليستعيد تلك الصفة بعد انتهاء تسميته .الامر الذي يجعل الحكم المطعون فيه قد قام على خلط بين صفة عضو مجلس الإدارة وصفة المدير العام وانتهى إلى تطبيق أحكام الفصل 196 م ش ت في غير موضعه.

المطعن الثالث الخطأ في تطبيق أحكام الفصل 217 من م ش ت

قولا أن محكمة الاستئناف عند اصدارها للحكم المطعون فيه اعتبرت ان اسناد المعقب صفة المدير العام بالشركة المعقب ضدها تجعله خاضعا لأحكام الفصل 217 من م ش ت والتي

أسندته صفة التاجر. وأنه لا بد في خصوص أحكام الفصل 217 من م ش ت من التمييز بين صفتين من العلاقات القانونية أولها علاقة المدير العام بالغير وثانيها علاقة المدير العام بالشركة.

وان المعقب ليس عضوا بمجلس الإدارة وليس مساهما بها وبالتالي فإن العلاقة الرابطة بينه و بين الشركة هي مجرد عقد وضع بمقتضاه صفته وخبرته ودرايته تحت تصرف الشركة ممثلة في هياكلها الرسمية من جلسة عامة ومجلس إدارة .

وأن الفصل 217 م ش ت نظم علاقة المدير العام بالغير واعتبر ان المدير العام يمثل الشركة تجاه الغير وهو في هذا الجانب من وظيفته يكتسب صفة التاجر وبالتالي فإنه يخضع لأحكام المجلة التجارية في خصوص قواعد الإثبات وخضوعه للتفليس بالتبعية اذا ثبت انه ساهم بصفة فعلية في تسيير الشركة.

وأن هذه الأحكام تنظم علاقة المدير العام بالغير اي التصرفات التي يقوم بها المدير العام في إطار إنجازه لوظائفه المسندة له سواءا بالقانون الأساسي أو بالمجلة التجارية تجاه الغير المتعامل مع الشركة فهو يمثل الشركة وهو يلزم الشركة تجاه الغير وهو أمر اتفق على تسميته بالوكالة الإجتماعية Mandat social وأنه لا جدال أن الشخص الذي تسند له مهمة المدير العام في علاقته بالشركة لا بد أن يكتسب أحد الصور الثلاثة أما أن يكون **شريكا** أو **عضوا بمجلس الإدارة** أو **أجيرا** وان المعقب لم يكن لا شريكا بالشركة ولا عضوا بمجلس الإدارة وإنما وقع انتدابه بعد أن كان موظفا عموميا قدم استقالته ليلتحق بالبنك المعقب ضده بعد أن رغب هذا الأخير في انتدابه للانتفاع بإمكانياته وخبرته .

وقد اعتبر فقه القضاء المقارن الفرنسي بالأساس أنه لا مانع من الجمع بين صفة الأجير وصفة المدير العام في شركة خفية الاسم وانتهت إلى أنه طالما ثبتت العلاقة الشغلية بين المدير العام والشركة وهي أساسا :**–العمل** من خلال ما يقدمه المدير العام من خدمات إدارية ومادية تنتفع بها الشركة

-**التبعية القانونية** من خلال خضوع المدير العام للتوقيت الإداري والترخيص في رخصة الراحة أوالمرض وكذلك خضوعه لتعليمات الرئيس المدير العام ومجلس الإدارة.

-**التبعية الإقتصادية** من خلال عناصر الأجر المسند مقابل الخدمات المذكورة خاصة وانه يقع التمييز بين جزء قار يسند للمدير العام في شكل جراية شهرية وجزء متغير يتمثل في المنح التي يحصل عليها مقابل تحقيق بعض النتائج المسندة له.وقد إعتبر فقه القضاء المقارن على أنه في صورة انتداب مدير عام من خارج مجلس الإدارة فإن عقد شغله يجب أن يخضع لمصادقة مجلس الإدارة ويجب أن يكون مطابقا لمهمة فعلية .

وأن التأسيس على أحكام الفصل 217 من م ش ت للقول بإنعدام أي إمكانية للجمع بين صفة الأجير وصفة المدير العام هو تأسيس مخالف لطبيعة الأحكام المنظمة لإدارة الشركة خفية الإسم باعتبارها جاءت لتنظيم علاقة المسيرين بالغير في تمثيلهم للشركة اين تكون لهم صفة الوكالة الاجتماعية وما يترتب عنها.

أما الوجه الثاني للعلاقة فهو العلاقة بين المدير العام والشركة والتي تكون كحالة المعقب علاقة انتداب لمباشرة عمل لمدة معينة مقابل أجر ويتولى في هذا الإطار الخضوع لإشراف مجلس الإدارة بصفته مؤجر الفعلي له ويخضع لسلطته المباشرة قانونيا و إقتصاديا .وأنه لا مجال للمعقب للتصرف بصفته تلك في أي جزء من العناصر المسندة له إلا في إطار السياسة العامة لمجلس الإدارة وبعد المصادقة المبينة والاحقة بهذا الاخير .

وأن محكمة الإستئناف رفضت المطالبة المعقب بإجراء بحث مكتبي لغاية الوقوف على عناصر المهمة المسندة له وحدود صلاحياته متوقفة على ظاهر أحكام الفصل 217 م ش ت.

وأن محكمة التعقيب تجد نفسها أمام فرصة لتحديد وجه إنطباق الفصل 217 م ش ت في علاقة المسيرين بالغير وانطباق تشريع الشغل على علاقة المسير بالشركة بحسب طريقة إنتدابهم .

و ان الجمع بين صفة المدير العام للشركة خفية الإسم وصفة الأجير السابق والاحق هي إمكانية قائمة لا يحول دونها وجود الفصل 217 م ش ت لتعلقه بعلاقة المسير بالغير دون علاقته بالشركة وهياكلها .

وان انتداب المعقب لمدة محددة وهي 3 سنوات والإمكانية المخولة لمجلس الإدارة لإنهاء توليه المهمة وإخضاعه للنظام القانوني المتعلق بعقود الشغل المحددة المدة لا يحول دون اعتباره أجيرا خلال فترة توليه المهمة وإخضاعه للنظام القانوني لعقود الشغل المحددة المدة.

وأن مجلة الشغل بدورها لم تمنع المؤجر من إنهاء العلاقة الشغلية في كل وقت غير أنها حملته التتبعات الإقتصادية لذلك حسب صنف العلاقة والنظام القانوني الذي يخضع له عقد الشغل .

وأن إنتداب المعقب للعمل لدى الشركة المعقب ضدها كان بصفته أجير وأن إسناد خطة مدير عام هي خطة وظيفية بحكم علاقته بالغير وتحدد صلاحياتها غير أنها لا تحدد طبيعة علاقته بالشركة.

وأن القرار الإستئنافي لما توقف عند الجزء الظاهر من احكام الفصل 217 م ش ت كان مؤسسا على سوء تطبيق أحكام الفصل المذكور.

المطعن الرابع سوء تطبيق الأمر عدد 1166 لسنة 1995

قولا أن محكمة الإستئناف اعتبرت أن تكفل المؤجر بالتغطية الاجتماعية وبخلاص المساهمات في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لا يقوم حجة على قيام العلاقة الشغلية باعتبار أن الأمر عدد 1166 لسنة 1995 المؤرخ في 1995/07/03 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي للعملة الغير الأجراء اعتبر في فصله الثاني انه لا يعتبر اجيرا كل شخص يقوم بصفة أساسية بنشاط مهني مهما كانت طبيعته لحسابه الخاص أو بصفته وكيلا .

وأن الاستدلال من محكمة الحكم المنتقد كان في غير طريقه لسببين على الأقل:

أولهما أن المعقب لم يكن يخضع للتغطية الاجتماعية بصفته يعمل لحسابه الخاص أو بصفته وكيلا وانما بصفته أجيرا لدى المعقب ضدها كيفما تثبته بطاقات الأجر المضافة بالملف مما يجعل لا مجال لتطبيق المحكمة لأحكام الأمر عدد 1166 المذكور.

وثانيها أن المعقب لا يمارس نشاطه بصفته وكيلا مأجورا ولا بصفته منتصبا لصالح نفسه وإنما بصفته أجيرا لدى المعقب ضدها يتقاضى أجرا قارا ويتبع جهازها الإداري ويخضع لكامل النظام الداخلي للأجراء العاملين لديها وان اي من طرفي العلاقة لم يبادر الى اخضاع التصاريح لنظام العملة غير الأجراء.

الرد على مستندات التعقيب

حيث لاحظ نائب المعقب ضده ردا على مستندات التعقيب ما يلي

في خصوص الطعن المتعلق بوجود علاقة شغلية

قولا ان الفصل 6 من مجلة الشغل عرف عقد الشغل بانه اتفاقية يلتزم بمقتضاها أحد الطرفين ويسمى عاملا أو أجيرا بتقديم خدماته للطرف الاخر ويسمى مؤجرا وذلك تحت إدارة ومراقبة هذا الأخير

وقد اتستوعب هذا التعريف التشريعي جميع الاركان المميزة لعقد الشغل عن غيره من العقود التي يكون موضوعها العمل الإنساني ق ت مدني عدد 2461 مؤرخ في 16 ماي 1963 ق ت عدد1 لسنة 1964 كما جاء في قرار اخر "ان العامل يستمد كامل سلطته من مستأجره ويكون عمله دوما في نطاق الأذون التي يتلقاها منه"ق ت مدني 3261 مؤرخ في 1 مارس 1965 مجلة القضاء والتشريع جويلية 1965

وانه من الثابت ان العامل في عقد الشغل يعمل دائما تحت إشراف رب العمل وتوجيهه فعلاقته به هي علاقة التابع بالمتبوع اما في خصوص الوكيل اوالرئيس المدير العام أوالمدير العام بالنسبة للشركة

الخفية الاسم فانه يتصرف في حدود التفويض العقدي الممثل لارادة الموكل لكن دون أن يكون خاضعا لسلطته بشكل يرقى الى درجة خضوع العامل لسلطة مؤجره فيقوم أداء ما كلف به مستقلا ولا يخضع لإشراف من يتم العمل لحسابه أو لارادته عملا بأحكام الفصل 217 من مجلة الشركات التجارية وان المدير العام يرث سلطات التصرف والتمثيل عملا بأحكم الفصل 217 من قانون الشركات مع مراعاة السلطات التي يخولها القانون صراحة للجلسات العامة للمساهمين و لمجلس الإدارة ولرئيسه وفي ظل نظام الفصل يستمد المدير العام سلطاته من القانون فهوي عمل بصفة مستقلة تماما عن الرئيس المدير العام . وان سلطته يستمدها من القانون لا من ارادة الشركاء حيث من واجبه أن يحافظ على الذمة المالية للشركة وان يعمل كل ما في وسعه لدرء المخاطر عن الشركة وذلك بالتفاني تنفيذ رؤى المجلس فهو مطالب بالقيام بكل الاعمال الضرورية لحسن تسيير الشركة على ألا يضر بمصالح الشركة من جهة ومصالح الغير من جهة أخرى بل ويمكن للمدير العام ان يفوض كامل وظائفه او بعضها إلى مدير عام مساعد لمدة محدودة ما ينفي معه التبعية الاقتصادية والقانونية وبالتالي ينفي العلاقة الشغلية .

ثانيا بخصوص المطعن المتعلق بالطرد التعسفي

قولا ان محكمة التعقيب قد سعت الى تحديد مفهوم النزاع الشغلي الفردي معتبرة اياه انه كل خلاف بين العامل و المؤجر والمتصل بعقد الشغل بسبب خلافات تخص العقد وانهائه بصفة تعسفية من قبل الاجير او المؤجر ق ت عدد 97999 مؤرخ في1974/04/25 نشرية محكمة التعقيب 1974

وان نظام العزل بالنسبة للمدير العام يخرج من دائرة الشغل وعن إختصاص الدائرة الشغلية فقد ارتأى المشرع التونسي عكس القانون الفرنسي ان يخضع تعيين المدير العام وعزله إلى رقابة الجلسة العامة

وان النص 217من م ش ت ينص بانه يعين مجلس الإدارة المدير العام للشركة لمدة محدودة وإدا كان المدير العام من بين أعضاء المجلس فإن مدة مهامه لا تتجاوز مدة نيابته ويمكن لمجلس الإدارة انهاء مهام المدير العام.

وقد اقتضى الفصل 532 من م اع ان" نص القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الإستعمال ومراد واضع القانون ."

ولا يمكن الاستدلال بفقه قضاء أجنبي مخالف لصريح أحكام مجلة الشركات التجارية

من المجلة التجارية الفرنسية L. 225-55وانه على سبيل النقاش القانوني فان مقتضيات الفصل نص على ما يلي: «Le directeur général est révocable à tout momment par le conseil d'administration .il en est de même sur proposition , du directeur général ,des directeurs généraux délégués.Si la révocation est décidés sans juste motif, elle peut donner lieu à des dommages-intérêts, sauf que le directeur général assume les fonctions de président du conseil d'administration »

وهو أمر لا ينسجم بتاتا مع مقتضيات الفصل 217 من مجلة الشركات التجارية التونسية

علاوة على ذلك فان تدخل الشركاء يكون عن طريق الجلسة العامة عن طريق اتخاذ القرارات الازمة لضمان حسن سيرها وتتجسم الإرادة الجماعية للشركاء في الجلسة العامة التي لها وحدها يرجع الحق بالنطق بالإرادة الجماعية وفقا لقانون الاغلبية وهو ما أكدته محكمة التعقيب في القرار عدد 46113 المؤرخ في 16 أفريل 1997 "ان الشركة الخفية الاسم هي شركة خاضعة للقوانين التجارية ويتولى إدارتها مجلس الإدارة الذي له وحده حق التصرف في شؤونها دون سواه وهو الذي يعين رئيسها ليتولى ادارة شؤون الشركة كما يمكن له اقصاؤه في كل وقت من وضائفه"

ثالثا في خصوص المطعن المتعلق بسوء تطبيق الامر عدد 1166 لسنة 1995

لاحظ ان الفصل الثاني من الامر المذكور المتعلق بالنظام الاجتماعي للعملة الغير اجراء والذي يقتضي انه لا يعتبر اجيرا كل شخص يقوم بصفة اساسية بنشاط مهني مهما كانت طبيعته لحسابه الخاص أو بصفته وكيلا.

وان المعقب ليس بأجير وان الفصل 217 من م ش يعتبره تاجرا وليس اجيرا وهذا التوجه اكدته محكمة التعقيب في العديد من قراراتها وخاصة القرار التعقيبي عدد 1826 المؤرخ في 2004/10/07 الذي جاء فيه ان مديري الشركات ومسيريها ليسوا عملة وان ما يتقاوضونه من رواتب وامتيازات هو مقابل ما يقدمونه من خدمات تجارية للمؤسسة بحكم صفتهم تلك مما يجعل المعاملة القائمة بين الطرفين هي في حد ذاتها تجارية ولا تدخل بحال تحت طائلة قانون الشغل ولا تعد بالتالي من النزاعات الشغلية.

ومن الثابت ان المعقب يضطلع بمهام الادارة وما ينجر عنها من مسؤوليات وصلاحيات مقابل منح في شكل مبالغ مالية تسندها الجلسة العامة عملا بأحكام الفصول 200 و 204 من م ش ت ولا يؤثر معه بحال من الاحوال على الوصف القانوني للعلاقة الرابطة بين الطرفين وجود تصريح بالأجور لفائدة الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي.

المحكمة

عن جملة المطاعن لترابطها و اتحاد القول فيها

حيث ان تقدير الوقائع واعطائها الوصف القانوني الملائم لها وتنزيل القاعدة القانونية الصحيحة عليها يرجع لخالص سلطة محكمة الموضوع بشرط البقاء في إطار النزاع واقعا وقانونا حتى تضفي على قضاؤها المشروعية القانونية التي يجب ان يصدر بها.

وحيث يتضح من اوراق الملف و مستندات القرار المطعون فيه أن الإشكال القانوني المطروح تمحور حول توصيف الرباط القانوني القائم بين المعقب بصفته مديرا عاما لدى شركة خفية الاسم المعقب ضدها ان كانت تتنزل في إطار علاقة شغلية يحكمها قانون الشغل وتخضع ترتيبا لاختصاص قضاء الشغل أم هي علاقة قانونية تنتفي فيها الرابطة الشغلية وتخضغ فقط لاحكام المنظمة لقواعد تسيير الشركات التجارية الواردة بمجلة الشركات التجارية.

حيث عرف المشرع صلب الفصل 6 من مجلة الشغل عقد الشغل بأنه اتفاقية يلتزم بمقتضاها أحد الطرفين ويسمى عاملا أو أجيرا بتقديم خدماته للطرف الأخر ويسمى مؤجرا وذلك تحت إدارة ومراقبة هذا الأخير وبمقابل أجر

وحيث يؤخذ من هذا الفصل ان المشرع أعطى تعريفا ضمنه الأركان المميزة لعقد الشغل والمتمثلة في وجود اتفاق على ان يؤدي العامل نشاطا مهنيا مقابل أجر لفائدة مؤجره و ذلك تحت سلطة و إشراف هذا الاخير .

وحيث يتضح من هذا التعريف انه لتتوفر الرابطة الشغلية يجب ان تتوفر جميع الاركان القانونية المميزة له المنصوص عليها صراحة صلب الفصل 6 من مجلة الشغل دون إستثناء لأي منها.

وحيث وعليه فإن محكمة القرار المطعون فيه لما لم تكتفي في تكييفها للعلاقة الرابطة بين المعقب والمعقب ضده بعنصري الأجر و إشترطت لزوم توفر عنصر التبعية تكون قد أحسنت تطبيق القانون ضرورة ان المناط في تكييف عقد العمل وتمييزه عن غيره من العقود التي يتوفر فيهما عنصري الاجر و الخدمة كعقد الاجارة على الصنع او عقد الوكالة بأجر هو توفر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف رب العمل.

وحيث أن المحكمة استندت في تقديرها لوجود ركن التبعية من عدمه على صفة المعقب في الشركة المعقب ضدها وقد تبين لها مما له أصل ثابت بالملف انه تم تعيينه بموجب قرار من مجلس ادارة الشركة بصفة مدير عام وأنه لا وجود لعقد شغل مبرم بين الطرفين على خلاف ما

تمسك به الطاعن في دفوعاته الامر الذي جعلها تنتهي بان صفة المدير العام المسندة للمعقب تنفي لوحدها عنصر التبعية مؤسسة تمشيها على اعتبار المدير العام يخضع لنظام قانوني يحدد طبيعته القانونية و مهامه المتمثلة في الادارة العامة للشركة تحت مسؤوليته .

وحيث يتضح من احكام مجلة الشركات التجارية ان المشرع حمل لمدير مسؤولية العجز المسجل في الشركة في صورة خضوعها للتسوية القضائية أو التفليس طبق ما هو جلي من خلال احكام الفصل 214 من ش ت و اوجب عليه تجنب تضارب المصالح صلب الفصل 200 باعتبار انه من بين المسيرين للشركة الخفية الإسم مثله مثل الرئيس المدير العام الامر الذي يعكس استقلالية في اداء مهامه وتمتعه بصلاحيات تتوافق مع ما تقتضيه الإدارة العامة للشركة .وهو عين ما نصت عليه احكام الفصل 217 الذي جاء فيه ان المدير العام يتولى تحت مسؤوليته الادارة العامة للشركة مع مراعاة السلطات التي يخولها القانون صراحة للجلسات العامة للمساهمين و لمجلس الادارة و رئيسه كما اعطاه المشرع اذا حصل له مانع حق تفويض كامل وضائفه او بعضها الى مدير عام مساعد فضلا على أن القانون اعتبره تاجرا و اخضعه طبق ما نصت عليه احكام الفصل 218 في حال افلاس الشركة مثله مثل الرئيس المدير العام الى تحمله كليا او جزئيا بديون الشركة فضلا على تحمله بكل الالتزامات و المسؤوليات التي يتحملها اعضاء مجلس الادارة او رئيسه الا اذا نص العقد التأسيسي على الفصل بين مهام رئيس مجلس الادارة ومهام المدير العام للشركة.

و حيث ان هذا النظام القانوني الذي ينظم خطة المدير العام بالشركة الخفية الاسم من حيث اعطائه صفة تاجر ومن حيث صلاحيات التسيير و الادارة العامة للشركة و من حيث جسامة المسؤوليات المترتبة عن أداء مهامه تقيم الدليل بوضوح على ان المشرع يعتبر المدير العام للشركة الخفية الاسم مسير و ليس أجيرا و ان تقاضيه لأجر طبق الفصل 212 من م ش ت مقابل مهامه لا تعطيه صفة الاجير لتعارض هذه الصفة مع ما منحه له المشرع من صلوحيات و مهام تسيير عامة و شاملة لا تخرج عنها الا تلك الممنوحة بموجب القانون لمجلس الادارة ورئيسه .

وحيث أضحى بالتالي تمشي المحكمة في اعتماد الاثار القانونية لصفة المدير العام لشركة الخفية الاسم و طبيعة المهام المسندة اليه طبق الفصل 217 من م ش ت و المسؤوليات التي يتحملها طبق مجلة الشركات التجارية لإستخلاص وجود عنصر التبعية من عدمه و للوقوف على الطبيعة القانونية للمدير العام في شركة خفية الأسم ان كان مسيرا او أجيرا تمشي لا يستند الى نظريات و انما الى قواعد قانونية واضحة و صريحة الامر الذي يجعل ايضا رفض المحكمة اجراء التحريرات ليس فيه هضم لحق الدفاع سيما ان صفة المعقب كمدير عام ليست محل جدال وثابتة بمحضر الجلسة الذي تم تعيينه بمقتضاه هذه الصفة التي تجعله خاضع لنظام قانوني يتجافى ومفهوم التبعية التي يخضع لها الاجير في العلاقة الشغلية.

وحيث و من جهة أخرى فإن المحكمة لما اعتمدت على أحكام الامر عدد 1116 لسنة 1995 المؤرخ في 1995/07/03 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي للعملة غير الأجراء في القطاعين الفلاحي و غير الفلاحي للاستدلال به بان الانخراط بالصندوق ليس مؤشرا للقول بوجود العلاقة الشغلية كان تمشي صحيح من حيث ان هذا الامر اوجد نظام خاص لانخراط صنف العمال الغير اجراء بمعنى ان الانخراط بصندوق الضمان الاجتماعي يمكن ان ينتفع به الغير الأجير وهو الشخص الذي يقوم بنشاط مهني لخاصة نفسه او يقوم به بوصفه وكيلا. و انه طالما ان المدير العام ليس اجير و انما هو مسير طبق قانون الشركات التجارية باعتبار شمولية مهامه في الشركة الخفية الاسم و صلوحياته التي يتمتع فيها باستقلالية واضحة و المسؤوليات التي يتحملها في المقابل فإن اعتباره عامل غير أجير وفق الامر 1166 كان في طريقه سيما ان صفته كمسير للشركة تجعله وكيلا عنها فيما يقوم به من تصرفات في حقها .

وحيث وفي خصوص ما عابه الطاعن على محكمة القرار المنتقد في خصوص تطبيقها لاحكام الفصل 196 من مجلة الشركات التجارية لما اعتبرت انه لا يمكن الجمع بين صفة الاجير و صفة المدير العام الا اذا اثبت المعقب صفته كأجير سابق و ان كان نقدا في طريقه باعتبار ان الفصل المذكور تعرض لمسالة الجمع بين صفة الاجير وعضو مجلس الإدارة و شروط ذلك الامر الذي

لا علاقة له بوقائع قضية الحال خاصة ان المعقب لم يدفع بكونه عضو في مجلس الإدارة فانه لا تأثير له على البناء القانوني للحكم المنتقد باعتبار ان المحكمة اعتمدته كاستدلال إضافي مدعم لما انتهت إليه من انتفاء الصبغة الشغلية في علاقة المدير العام بالشركة بما يجعله من باب التزيد الذي لا يؤثر على صحة الحكم حتى ولم يكن صائبا .

وحيث وقد استبان ان المحكمة قد عللت وجهة نظرها تعليلا مستساغا عماده من ناحية النظام القانوني للمدير العام بالشركة الخفية الاسم كيفما اورده المشرع بمجلة الشركات التجارية و مفهوم عقد الشغل طبق صريح احكام الفصل 6 من م ش ف والوقائع الثابتة بالملف من ناحية أخرى فان الطعن يصبح غير قائم على أساس بما يتعين رده.

لذا ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وبرفضه اصلا وبحجز معلوم الخطية المؤمن

صدر هذا القرار عن الدائرة السابعة المجتمعة بحجرة الشورى بوم الاربعاء 20 فيفري2019 برئاسة السيدة سارة العياري وعضوية المستشارتين السيدتين هالة البجار وايمان الشرفي وبحضور المدعي العام السيدة فيروز العباسي وبمساعدة كاتبة المحكمة السيدة امال بن نصر.

حرر في تاريخه