القرار عدد 128
الصادر بتاريخ 20 يناير 2016
في الملف الاجتماعي عدد 2014/1/5/1291

نزاع شغل – صفة الأجير – مدير عام ورئيس مجلس إداري لشركة مساهمة – انتفاء عقد الشغل بينه وبين الشركة – خضوعه في حالة عزله لقانون شركات المساهمة وليس لمدونة الشغل.

لما كانت العبرة في تكييف عقد الشغل بتوفر عناصره ومن أبرزها علاقة التبعية والتي تنتفي في من يقوم بمهمة مدير عام ورئيس مجلس إدارة شركة مجهولة الاسم، باعتبار أن هذا المنصب لا يسمح للشركة أن تباشر عليه سلطة التوجيه والإشراف والمراقبة، وإنما هو الذي يملك هذه السلطة تجاه العاملين بالشركة، كما أن علاقة التبعية لا تثبتها أوراق الأداء وأوراق الانخراط في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي ما دام يخضع في تعيينه للضوابط والشكليات المنصوص عليها في المادة 63 من القانون 17–95 المتعلق بشركات المساهمة، كما أنه يمكن عزله طبقا للمادة 67 مكررة مرتين من نفس القانون، وأما ما كان يتقاضاه من الشركة فيدخل في إطار المكافأة التي يمنحها له مجلس إدارة الشركة ولا يعتبر أجرا تطبيقا للمادة 65 من نفس القانون فإنه تبعا لذلك لا يحمل صفة أجير ولا يستفيد من مقتضيات مدونة الشغل.

رفض الطلب

الأساس القانوني:

"ينتخب مجلس الإدارة من بين أعضائه وفق النصاب والأغلبية المنصوص عليهما في المادة 50 رئيسا يكون، تحت طائلة بطلان تعيينه، شخصا طبيعيا.

يعين الرئيس لمدة لا يمكن أن تتجاوز مدة مأموريته كمتصرف. ويمكن تجديد انتخابه.

يمكن لمجلس الإدارة عزله في أي وقت. وكل شرط مخالف يعد كأن لم يكن."

(مادة 63 من القانون 17–95 المتعلق بشركات المساهمة)

"يحدد المجلس مقدار مكافأة كل من الرئيس وكاتب المجلس وكيفية احتسابها وأدائها."

(مادة 65 من القانون 17–95 المتعلق بشركات المساهمة)

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

في شأن قبول طلب المذكرة التعقيبية المدلى بها من طرف دفاع طالب النقض الأستاذ احمد (ع):

حيث إن طالب النقض لم يلتمس حفظ حقه في تقديم مذكرة تفصيلية عبر عنها بمذكرة تعقيبية طبقا للفصل 364 من قانون المسطرة المدنية، لذلك فهي غير مقبولة لخرق الفصل المذكور.

يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء والمشار إلى مراجعه أعلاه أن طالب النقض تقدم بمقال يعرض فيه أنه كان يشتغل لدى المدعى عليها شركة (...) كمدير عام لها منذ تاريخ 1999/8/1، كما أنه كان رئيسا لمجلس إدارتها، وأنه بصرف النظر عن إقالته فجأة من مهامه كرئيس مجلس إدارتها بمقتضى قرار متخذ بتاريخ 2011/5/12 وكذا تنحيته من العضوية بهذا المجلس، فقد قامت الشركة المدعى عليها بتاريخ 2011/5/31 بطرده كأجير دون أن تعيب عليه أدنى خطأ وسلمت له "توصيلا لتصفية كل حساب" اضطر إلى التوقيع عليه بتاريخ 2011/6/6 لكن مع تذييله من طرفه بتحفظاته شأن كامل باقي حقوقه، وأنه فضلا عن عدم تضمين التوصيل المذكور البيانات المنصوص عليها تحت طائلة البطلان في المادة 74 من مدونة الشغل وكذا عدم احترام المدعى عليها لمقتضيات المادة 63 وما يليها من المدونة المذكورة، فإن طرده من العمل يعتبر طردا تعسفيا، والتمس تبعا لذلك الحكم لفائدته بتعويضات مختلفة، وأدلت المدعى عليها بمذكرة جوابية مع طلب مضاد وآخر إضافي، وبعد فشل محاولة الصلح ومختلف الإجراءات المتخذة ابتدائيا أصدرت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء حكمها القاضي بخصوص المقال الافتتاحي برفضه، وفي المقال المضاد الأول الحكم على المدعى عليه السيد عبد الله العلوي (ص) بأدائه للمدعية شركة (...) في شخص ممثلها القانوني مبلغ 469260 درهم مبلغ الدين المترتب بذمته لفائدتها. ورفض باقي الطلبات، وفي المقال المضاد الإضافي برفضه، استأنفه المدعي عبد الله العلوي (ص) استئنافا أصليا، كما استأنفته المدعى عليها شركة (...) استئنافا فرعيا وبعد الإجراءات أصدرت محكمة الاستئناف بالبيضاء قرارها المطعون فيه بالنقض والقاضي بتأييد الحكم المستأنف.

في شأن الوسائل الثلاث الأولى والثانية والثالثة المستدل بها للنقض مجتمعة :

يعيب الطاعن على القرار خرق وسوء تطبيق الفصل 345 من ق.م.م وهو من النظام العام. وخرق وسوء تطبيق قاعدة مسطرية تضر بالطالب علاوة على كونها من النظام العام وانعدام التعليل وعدم ارتكاز القرار على أساس، ذلك أن القرار الاستئنافي المطعون فيه يتضمن في صفحته الأولى عنوانا خاطئا لمحل سكنى الطالب لم يعد الطالب يقيم به (وهو إقامة الشاطئ فيلا 27 شارع الحزام الكبير عين الذئاب بالدار البيضاء حسبما ورد خطأ في القرار المطلوب نقضه) وهو مختلف تماما عن عنوان محل السكنى الحقيقي للطالب الذي بينه بكل وضوح في مقال استئنافه الأصلي وهو (60 ب تجزئة اوكوك حي كاليفورنيا بالدار البيضاء)، والحال أن الفصل 345 من ق.م.م وهو له طابع آمر ويتعلق بالنظام العام لأنه ورد بصيغة الوجوب، يوجب أن يتضمن القرار الاستئنافي عدة بيانات أساسية وإلزامية من بينها ضرورة بيان محل سكنى أو إقامة كل من المستأنف والمستأنف عليه، وهذا يقتضي من القرار المطعون فيه ضرورة أن يبين العنوان الحقيقي لمحل سكن الطالب مثلما

ذكره هذا الأخير في مقاله الاستئنافي، لا عنوانا خاطئا مخالفا له لم يرد ذكره في مقال الاستئناف الأصلي لذلك يكون القرار مشوبا بخرق وتطبيق الفصل 345 من ق.م.م وهو خرق يضر بالطالب لأن من شأنه أن يؤدي إلى تبليغه القرار الاستئنافي في عنوان خاطئ ويضر بحقوق الدفاع ومن شأنه أن يفوت عليه أجل الطعن في هذا القرار كما أنه من شأنه أن يجعل الطالب مستهدفا بإجراءات تنفيذ جبري لهذا القرار يباشر بطلب من المطلوبة في النقض على أساس تبليغ باطل في عنوان خاطئ مما وجب معه نقض القرار.

كما يعيب الطاعن على القرار خرق الفصل 345 من ق.م.م والتناقض في التعليل الموازي لانعدامه وعدم ارتكاز القرار على أساس، ذلك أن القرار المذكور أضفى على شركة (...) المطلوبة حاليا صفة "المشغلة" وذكرها حرفيا هكذا وبهذه الصفة في الصفحة الثانية لما أشار إلى كونها استأنفت بدورها الحكم الابتدائي استئنافا فرعيا وكرر هذا في الصفحة التاسعة (السطر 2) إذ وصف شركة (..) حرفيا "المشغلة" وفي نفس الصفحة 9 اعتبر القرار الاستئنافي أن الطالب بقي يشتغل بعد بلوغه سن التقاعد في سنة 2007 إلى حدود "عزله" واستند على هذا التعليل لرد الاستئناف الفرعي لشركة (...)، لكنه تناقض في تعليله (لا سيما في نهاية الصفحة 8) لما اعتبر أن الطالب لم يكن أجيرا وأضاف "أن مقتضيات مدونة الشغل الخاصة بالأجراء غير قابلة للتطبيق في النازلة"، وهذا يشكل حقا تناقضا في التعليل يوازي انعدامه يعرض القرار للنقض.

كما يعيب الطاعن على القرار خرق المادة 586 من مدونة الشغل وخرق الفصل 474 من ق.ل.ع وخرق الفصل 345 من ق.م.م والتناقض في التعليل الموازي لانعدامه وعدم ارتكازه على أساس، ذلك أن القرار المطعون فيه ورد في صفحته 2 (السطر 5) أنه صدر تطبيقا لمقتضيات قرار 1948/10/23 والحال أن هذا القرار نسخ صراحة بموجب المادة 586 من مدونة الشغل والحال أيضا أن الفصل 474 من ق.ل.ع يفيد استقراءه أن القوانين (هنا قرار 1948/10/23) تلغى بقوانين لاحقة وذلك إذا نصت هذه الأخيرة صراحة على الإلغاء، وهذا يفيد أن القرار المطعون فيه مشوب بخرق المادة 586 من مدونة الشغل والفصل 474 من ق.ل.ع وأساء تطبيقهما ما دام أنه اعتمد مقتضيات قرار 1948/10/23، والحال أنه نسخ بموجب أحكام المادة 586 من مدونة الشغل التي دخلت حيز التطبيق قبل فصل الطالب وتقديم دعواه، ومن جهة أخرى اعتبر القرار المطعون فيه في نهاية صفحته 8 أن مدونة الشغل غير قابلة للتطبيق في النازلة وهذا يفيد أن المحكمة طبقت في آن واحد قرار 1948/10/23 رغم أنه نسخ، لذلك يكون القرار المذكور مشوبا بالتناقض في التعليل الموازي لانعدامه وبخرق النصوص القانونية المستدل بها فهو معرض للنقض.

لكن، حيث إنه بخصوص ما أثير بالوسائل أعلاه فإن الطالب لم يلحقه أي ضرر من تضمين القرار المطعون فيه عنوانا أخرا والذي هو نفس العنوان الوارد في الحكم الابتدائي والمقال الافتتاحي خاصة، وأن القرار الاستئنافي المطعون فيه لم يبلغ إليه.كما أن عدم الإشارة إلى الموطن الحقيقي أو محل إقامة المستأنف في القرار المذكور لا يشكل خرقا مسطريا يستوجب النقض ما دام أنه لم

يترتب عليه أي نزاع في هوية الأطراف و لم يتضرر منه أي أحد، هذا وأن العبرة بتعليل القرار بخصوص صفة الطالب والمطلوبة وليس بما جاء في الوقائع بخصوص تسمية الطالب أجيرا والمطلوبة مشغلة، كما أن العبرة بالفصول القانونية المطبقة في النازلة والمشار إليها في القرار المطعون فيه سواء المتعلقة بقانون المسطرة المدنية أو مقتضيات القانون عدد 95–17 المتعلق بشركات المساهمة، وأن الإشارة في ديباجة القرار المطعون فيه إلى مقتضيات قرار 1948/10/23 مجرد خطا غير مؤثر في النازلة لم يتضرر منه الطالب، ويبقى ما أثير بهذا الخصوص غير جدير بالاعتبار.

في شأن الوسائل الرابعة والخامسة والسادسة والسابعة والثامنة والتاسعة والعاشرة المستدل بها للنقض مجتمعة :

يعيب الطاعن على القرار خرق الفصل 345 من ق.م.م وعدم الجواب على دفع أساسي أثاره الطالب له تأثير على وجه الفصل في النزاع ونقصان التعليل وفساده الموازي لانعدامه والإخلال بحقوق الطالب في الدفاع وعدم ارتكاز القرار على أساس، ذلك أن الطالب أثار في مقاله الاستئنافي دفعا صريحا وله تأثير على وجه الفصل في النزاع ينصب على أن صفته كأجير لدى المطلوبة في النقض ثابتة من خلال كون هذه الأخيرة بعد أن قررت بتاريخ 2011/5/12 عزله من رئاسة مجلسها الإداري استمر الطالب يمارس عمله يوميا بوصفه أجيرا لديها كمدير عام ويقوم بعمله تحت إشراف ورقابة والتبعية المهنية للرئيس الجديد للمجلس الإداري وهو السيد عبد السلام (س)، لأن الطالب كان مرتبطا مع شركة (...) بعقد عمل كان ساري المفعول إلى غاية شهر أبريل 2012 إلا أنه فوجئ بشركة (...) تقرر بتاريخ 2011/5/31 فصله من عمله بأن قدمت له بمكتبه بشركة (...) "توصيل تصفية كل حسابه"الذي أمضاه بتحفظ بتاريخ 2011/6/6، وهذا يشكل دليلا أساسيا على معرفة شركة (...) أن الطالب كان أجيرا لديها بدليل أنها احتفظت به في العمل بعد عزله من رئاسة مجلسها الإداري في 2011/5/12 ثم بتاريخ 2011/5/31 قدمت إليه وصل تصفية كل حساب يتضمن إشارة صريحة إلي مبالغ بعنوان أجرة وعطلة وما تبعها وتفرع عنها، أفردها المشرع بصريح المادة 73 من مدونة الشغل للإجراء وحدهم وخصهم بها، كما تواجه المطلوبة في النقض بتوصيل كل حساب المقدم من طرفها إلى الطالب بتاريخ 2011/5/31 عملا بمبدأ أن "من أدلى بحجة فهو قائل بما فيها".لكن بالرغم من الطابع الأساسي والحاسم لهذا الدفع وتمسك الطالب به صراحة في مقاله الاستئنافي وفي مذكرته التعقيبية وماله من تأثير على وجه الفصل في النزاع فإن القرار الاستئنافي المطعون فيه لم يجب عنه بتاتا، وهو ما يجعله مشوبا بنقصان التعليل الموازي لانعدامه وبخرق الفصل 345 من ق.م.م ويعرضه للنقض والإبطال.

كما أن نقصان التعليل الذي يشوب القرار المطعون فيه يتجلى أيضا في أن المحكمة المصدرة له اعتبرت في نهاية الصفحة 7 من القرار، أنها أسست قضاءها بتأييد الحكم الابتدائي المستأنف"بعد اطلاعها على وثائق الملف وتصريحات الطرفين والشاهد"...دون أن تبين ما هي الوثائق التي اعتمدتها وجعلتها تعتبر أن مدونة الشغل لا تنطبق على الطالب، وهذا يشكل نقصانا في التعليل.

كما يتجلى أيضا نقصان التعليل في القرار المطعون فيه المصحوب بتحريف لفحوى تصريحات الطالب وتصريحات الشاهد الوحيد للمطلوبة في النقض، وهو تحت تبعيتها المستمع إليه خلال البحث الذي أجري ابتدائيا في أن القرار المطعون فيه في نهاية الصفحة 7 وبتعليل ناقص اقتصر على الاعتماد على "تصريحات الطرفين والشاهد" دون أن يبين فحوى هذه التصريحات التي اعتمدها حتى يتسنى لمحكمة النقض من ممارسة رقابتها القانونية من أجل التأكد من مدى تقيد محكمة الاستئناف بالفحوى الحقيقي لهذه التصريحات دون تحريف لها وما هو مضمن هذه التصريحات التي اعتمدها.

إلى جانب ذلك فإن القرار المطعون فيه استند على تحريف لتصريحات الطالب التي أدلى بها خلال جلسة البحث المجرى في الطور الابتدائي، فخلافا لما نسبته محكمة الاستئناف –بمعية الحكم الابتدائي المؤيد– إلى الطالب أن هذا الأخير لم يصرح خلال البحث أنه لم يكن يتوفر على عقد عمل، وإنما صرح في الحقيقة أنه لم يكن يتوفر على عقد عمل كتابي، وإنما عقد عمله ثابت بالخصوص بشهادة العمل وبطاقات أداء الأجر، وهذا مطابق للمادة 6 من مدونة الشغل التي تعتبر أن عقد العمل هو عقد رضائي وليس شكليا ويجوز إثباته بكل وسائل الإثبات وهذا طبقا للمادة 18 من مدونة الشغل.

كما أن القرار الاستئنافي لم يقتصر على تصريحات الطالب فحسب بل حرف أيضا تصريحات الشاهد السيد محمد (ي) خلال البحث المجرى ابتدائيا إذ خلافا لما ارتآه القرار، فإن الشاهد المذكور ورغم تبعيته الاقتصادية والاجتماعية للمشغلة (المطلوبة)، فإن تصريحه بأنه " لم يسبق في عمله الرجوع إلى الطالب، فإنه لم ينف وجود علاقة شغليه بين الطالب وشركة (...)،كما لم يصرح بتاتا بما نسبه له القرار في الصفحة 8 قوله أن الطالب لم يقم بأي عمل، وبالتالي يكون القرار المطعون فيه قد خرق هذه التصريحات وأسس هذا التحريف بتأييد الحكم الابتدائي، فوجب نقض القرار.

كما يعيب الطاعن على القرار، خرق الفصول 55 و280 و345 من ق.م.م وخرق الفصل 754 الفقرة قبل الأخيرتين من ق.ل.ع وانعدام التعليل وعدم الجواب على طلب الطالب إجراء بحث تكميلي والإخلال بحق الطالب في الدفاع وعدم ارتكاز القرار على أساس، ذلك أن الطالب بجلسة 2014/2/18 طلب من محكمة الاستئناف إجراء بحث تكميلي بمكتب المستشار المقرر وعزز طلبه بشهادة كتابية صادرة عن الشاهد نور الدين (ش)، وهو ما لم يعد تحت تبعية شركة (...)، وتثبت شهادته أن الطالب كان أجيرا وطلب الاستماع إليه خلال البحث التكميلي الذي طلب إجراءه، إلا أن القرار الاستئنافي رغم إشارته في الصفحة 7 للطلب المذكور بإجراء البحث، فإنه لم يجب عنه بتاتا و لم يعلل بأي وجه كان سبب عدم استجابته لهذا الطلب، مما يجعل القرار المذكور مشوبا بانعدام التعليل والإخلال بحق الطالب في الدفاع كما أنه مشوب بخرق وسوء تطبيق النصوص القانونية المستدل بها، ذلك أن الفقرة قبل الأخيرتين من الفصل 754 من ق.ل.ع توجب على محاكم الموضوع بما فيها محكمة الاستئناف الاستجابة لطلب التحقيق في الدعوى سيما وأن

الطالب أدلى بمبرر وجيه وجدي لطلبه الرامي إلى إجراء بحث تكميلي ويندرج هذا في إطار حقه في الدفاع، وحتى إذا كان إجراء البحث غير ملزم لمحكمة الدرجة الثانية، فإنها ملزمة بالجواب على هذا الطلب وتعليل عدم استجابتها له، كما أن الفصل 55 يجيز لمحكمة الموضوع إجراء بحث وسائر إجراءات التحقيق سواء بناء على طلب من أحد الأطراف أو تلقائيا، لكن القرار المطعون فيه خرق هذا الفصل و لم يعلل عدم استجابته للطلب المذكور، كما أن القرار خرق أيضا وأساء تطبيق الفصل 280 من ق.م.م المتعلق بالبحث في المادة الاجتماعية وهو بدوره يجيز للمحكمة أن تستدعي الشهود وتستمع إليهم ولاسيما وأن الطالب طلب ذلك صراحة أمام المحكمة، مما وجب معه نقض القرار.

كما يعيب الطاعن على القرار خرق وتحريف المادة 74 من قانون 95–17 المتعلق بشركات المساهمة وخرق الفصل 345 من ق.م.م وفساد التعليل الموازي لانعدامه وعدم ارتكاز القرار على أساس، إذ اعتبر القرار المذكور أن الطالب " كان خاضعا للمادة 74 من قانون 95–17 المتعلق بشركات المساهمة التي تنص بالحرف على أن الرئيس المدير العام لا يعتبر بأي حال من الأحوال أجيرا للشركة لانعدام عنصر التبعية..."، والحال أنه ليس هذا هو نص المادة 74 من قانون 95–17 فهذه الأخيرة التي نسخت وعوضت أحكامها بالقانون رقم 05–20 تنص بالحرف على ما يلي:" يتمتع المدير العام في حدود غرض الشركة بأوسع السلط للتصرف باسمها في جميع الظروف مع مراعاة السلطات التي يخولها القانون بصراحة لجمعيات المساهمين ولمجلس الإدارة، كما يمثل الشركة في علاقاتها مع الأغيار، وتلتزم الشركة حتى بتصرفات المدير العام التي لا تدخل ضمن غرضها ما لم يثبت أن الغير كان على علم بأن تلك التصرفات تتجاوز هذا الغرض أو لم يكن ليجهله نظرا للظروف، ولا يكفي مجرد نشر النظام الأساسي لإقامة هذه الحجة. لا يحتج ضد الأغيار بمقتضيات النظام الأساسي أو قرارات مجلس الإدارة التي تحد من سلط المدير العام". ومن الواضح بالتالي أن القرار المطعون فيه حرف نص المادة 74 من قانون 95–17 وقول هذا النص التشريعي ما لم يقل وأسس قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي على هذا التحريف، مما يجعل القرار مشوبا بخرق النص القانوني وبتعليل فاسد يوازي انعدامه.

كما يتجلى فساد التعليل الموازي لانعدامه في أنه اعتبر خطأ أن اجتهاد محكمة النقض أكد على عدم اعتبار الرئيس المدير العام أجيرا، والحال أن الاجتهادات العديدة التي ذكر بها الطالب بالخصوص في الصفحة 18 من مقاله الاستئنافي الصادرة عن محكمة النقض المغربية تعتبر أن قانون شركات المساهمة ليس به ما يمنع الجمع بين صفتي مدير عام للشركة متصرف عضو بمجلس الإدارة، وصفة الأجير وخضوع هذا الأخير لأحكام مدونة الشغل، وأن الطالب تم تشغيله وانتدابه كمدير بعد أن كان مساهما ومتصرفا وهو ما يفيد نقصان التعليل ما دام لم يجب عن تمسك الطالب صراحة بها وأن محكمة الاستئناف أنكرت وجود هذه الاجتهادات المستدل بها رغم تواترها ودأبت على ترجيح توفر العناصر الأساسية التي تميز عقد الشغل وهي خاصة تقاضي المدير العام أجرة شهرية وتوابعها وانخراطه في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وقيامه بعمل فعلي

يتجلى بالخصوص في تواجده اليومي وكامل الوقت في المقاولة، مثلما هو الحال بالنسبة للطالب، وأن كل هذه العناصر متوفرة بالنسبة للطالب في نازلة، وأنه خلافا للاتجاه الخاطئ الذي نحا إليه القرار المطعون فيه أن محكمة النقض المغربية أكدت عدة مرات على عدم وجود أي مانع قانوني للجمع بين صفة متصرف ومدير عام للشركة كأجير يربطه عقد عمل ووضعت لذلك شرطا واحدا وهو: " أنه لا يتجاوز عدد المتصرفين الذين تربطهم عقود عمل ثلث أعضاء مجلسها الإداري".

كما أنه خلافا لما نحى إليه غلطا القرار المطعون فيه، فإن عنصر التبعية الذي كان الطالب خاضعا له بوصفه مديرا عاما أجيرا موجود بدوره في هذه النازلة وذلك سواء قبل عزل الطالب بتاريخ 2011/5/12 من رئاسة المجلس الإداري إذ كان الطالب خاضعا لتبعية المجلس الإداري وكذلك ومن باب الأولى والأحرى بعد تاريخ عزله من رئاسة المجلس المذكور إلى تاريخ فصله التعسفي بتاريخ 2011/5/31 إذ كان الطالب خاضعا لتبعية رئيس المجلس الإداري الجديد الذي تم تعيينه بتاريخ 2011/5/12، ولا أدل على هذا من كون ثبوت عنصر التبعية في حالة متشابهة تماما أكدته محكمة النقض وحسمت فيه بكل وضوح في قرارها عدد 1101 الصادر بتاريخ 2008/11/19 إذ أكدت أن الذي يكون" مديرا عاما إلى جانب رئاسة مجلس الإدارة فإنه كان يقوم بعمله تحت إشراف ورقابة المجلس الإداري ويتقاضى أجوره من طرف الشركة حسب أوراق الأداء الصادرة عنها والمثبتة لتوصله بأجور وتعويضات لا تمنح إلا لمن له صفة الأجير، وبالتالي فإنه يستفيد من قانون الشغل حتى وإن كان مساهما في الشركة...."، وخلافا للتعليل الفاسد الذي اعتمده القرار المطعون فيه فإن هذا الاجتهاد ينطبق تماما على حالة الطالب.

كما يتجلى فساد التعليل في أن القرار اعتمد القياس على القانون الفرنسي وهو من قبيل التزيد في التعليل لا مبرر له، علاوة على عدم توفر شروط القياس وانعدام الحاجة له بخصوص هذه المسألة ما دام أن اجتهاد محكمة النقض المغربية متواتر بشأنها، فوجب معه نقض القرار.

كما يعيب الطاعن على القرار خرق وتحريف وسوء تأويل المادة 43 من قانون 95–17 المتعلق بشركات المساهمة، وخرق الفصل 345 من ق.م.م وفساد التعليل ونقصانه الموازي لانعدامه وعدم ارتكازه على أساس، ذلك أن القرار الاستئنافي أسس قضاءه أيضا على تحريف لمضمن المادة 43 من قانون 95–19 المتعلق بشركات المساهمة، ذلك أنه اعتبرها "تنص على أن المدير العام.. لا يمكن أن يجمع بين الصفتين معا إلا إذا توفر على عقد خاص يحدد مهامه التقنية والشرط الثاني هو قيام عنصر التبعية"، والحال أن الفحوى الحقيقي للمادة 43 لا ينص على ذلك بتاتا، إذ تنص المادة 43 صراحة في فقرتها الأولى أنه: " لا يمكن تعيين أجير للشركة في منصب متصرف إلا إذا كان عقد عمله يتعلق بمنصب فعلي ويظل مستفيدا من عقد عمله ويعتبر باطلا كل تعيين تم خرقا لأحكام هذه المادة ولا يترتب على ذلك بطلان المداولات التي شارك فيها المتصرف المعني بصورة غير قانونية"، كما أنه علاوة على خرقه وسوء تطبيقه وتأويله للمادة 43 نتيجة تحريفه لنصها، فإن القرار المطعون فيه مشوب أيضا بنقصان التعليل الموازي لانعدامه بسبب عدم جوابه عن دفع

أساسي أثاره الطالب له تأثير على وجه الفصل في النزاع مستمد من كون المادة 43 لا تنطبق على حالته، لذلك فالقرار معرض للنقض والإبطال.

كما أن المادة 43 المذكورة تنطبق في الحقيقة على شخص سبق تشغيله أجيرا في شركة مساهمة تم يقرر مجلسها الإداري تعيينه في منصب متصرف لأجل هذا تقتضي هذه المادة أن يكون قد أسند لهذا الأجير منصبا فعليا، وذلك للحيلولة دون الصورية أو التحايل الذي قد يلجأ إليه المشغل للمساس بالحقوق المكتسبة من طرف الأجير عملا بالتشريع الاجتماعي، ولأجله أيضا نصت المادة 43 على شرط ثاني وهو: " أن يظل الأجير مستفيدا من عقد عمله"، وذلك أيضا حماية له حتى لا يقع المساس بحقوقه التي اكتسبها كأجير لأنها أفيد وأصلح له وتوفر له حماية أكثر، لكن الطالب لا تنطبق عليه المادة 43 لعدم توفر شروطها على حالته، ذلك أنه قبل تعيينه بتاريخ 1999/8/1 مديرا عاما أجيرا لم يكن الطالب مرتبطا بأي عقد عمل مع شركة (...) و لم يكن أجيرا لديها وكان فقط مساهما بجزء ضئيل من رأسمالها لا يتعدى 6 % لا تخول له أية رقابة ولا اتخاذ أي قرار، علاوة على هذا قبل تعيين الطالب مديرا عاما أجيرا بتاريخ 1999/8/1 سبق تعيينه متصرفا في مارس 1991 وفي يناير 1997 رئيسا منتدبا، وفي إطار هاتين الصفتين وقبل 1999/8/1 لم تكن له صفة أجير لأنه لم يكن يمارس أي عمل لدى شركة (...) كما لم يتقاض منها أية أجرة، و لم يبدأ في تقاضي أجوره شهريا وبانتظام إلا ابتداء من غشت 1999 إثر تعيينه مديرا عاما، وكل هذه العناصر تثبت أن المادة 43 من قانون 95–17 لا تنطبق على الطالب،ورغم أهمية دفعه هذا وتمسكه به صراحة في مقاله الاستئنافي وتأثيره الحاسم على وجه الفصل في النزاع فإن القرار المطعون فيه لم يجب على هذا الدفع وأكثر من هذا طبقا خطأ على الطالب المادة 43 وحرف نصها وأخطأ في تأويلها، فوجب نقض القرار.

كما يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه خرق الفصل 461 من ق.ل.ع والفصل 345 من ق.م.م وفساد التعليل الموازي لانعدامه وعدم ارتكازه على أساس، إذ علل القرار نفيه صفة الأجير عن الطالب بأن اعتبر من جهة أن ما كان يتقاضاه شهريا هو مجرد مكافأة عن التسيير والإشراف فقط وليس أجرة، ومن جهة أخرى أن أوراق الأداء المدلى بها من طرف الطالب وشهادة العمل وشهادة الأجر من صنع الطالب بصفته رئيسا مديرا عاما، وأن منجزها تابع له ويشتغل تحت إمرته، والحال من جهة أن أوراق أداء أجور الطالب وشهادة أجره وتوصيل كل حساب المسلم له بتاريخ 2011/5/31 تنص صراحة على أجرته وتوابعها من مكافأة أقدمية وتعويض عن عطلة وغيرها وعن اقتطاعات الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، ولا تنص بتاتا عن مكافأة التسيير والإشراف، ورغم صراحة البيانات والألفاظ المنصوص عليها في هذه الحجج فإن القرار المطعون فيه قام بتأويل بدون موجب وأخطأ في تأويلها وهو ما يجعله مشوبا بخرق الفصل 461 من ق.ل.ع الذي لا يجيز التأويل لما تكون ألفاظ العقد صريحة، يعتبر أي تأويل بدون موجب، مثلما هو عليه الحال في هذه النازلة يشكل تحريفا وخرقا للفصل المذكور من ق.ل.ع. علاوة على أن القرار أدى به التأويل الخاطئ إلى اعتماد تعليل فاسد يوازي انعدامه.

كما أن فساد التعليل الذي يشوب القرار يتجلى أيضا في أن الحجج المذكورة أعلاه من أوراق الأداء، وشهادة العمل، وشهادة الأجر ليست من صنع الطالب، وإنما هي صادرة عن شركة (...) بوصفها المقاولة المشغلة ولها شخصيتها القانونية والاعتبارية وذمتها المالية المستقلة، وليس من الضروري أن تكون صادرة عن مجلس إداراتها بالذات لأنه مجرد هيكل تسيير ورقابة للمقاولة التي تتوفر وحدها على الشخصية القانونية دون مجلسها الإداري، كما أن منجز هذه الوثائق لم يكن تابعا للطالب وإنما هو تابع للشركة وأنجز هذه الوثائق في إطار عمله سواء التي تتعلق بالطالب أو سائر مستخدمي وعمال شركة (...)، وبالتالي فإن القرار جاء مشوبا بنقصان التعليل وفساده الموازي لانعدامه فهو معرض للنقض.

كما يعيب الطاعن على القرار خرق المادة 67 المكررة مرتين من القانون عدد 95–17 المتعلق بشركات المساهمة وخرق الفصل 345 من ق.م.م ونقصان التعليل وفساده الموازي لانعدامه وعدم ارتكازه على أساس.

ذلك أن القرار علل تأييده للحكم الابتدائي بأن اعتبر أن الطالب لم يكن أجيرا والحال أن القرار لم يجب بتاتا على دفع بأن الطالب أقام دعواه الحالية ليس بسبب عزله من رئاسة المجلس الإداري بتاريخ 2011/5/12 وإنما لجأ إلى القضاء الاجتماعي بسبب فصله عن عمله كمدير عام بتاريخ 2011/5/31 وهو فصل تم بطريقة مخالفة للأحكام الآمرة لمدونة الشغل، وإلى جانب نقصان التعليل فإن القرار خرق أيضا المادة 67 من المكررة مرتين من قانون 95–17 ذلك أن فقرتها الأخيرة تنص صراحة أنه: " لا يفسخ عقد عمل المدير العام أو المدير العام المنتدب المعزول الذي يكون في نفس الوقت أجيرا للشركة بسبب مجرد العزل"، وأنه خلافا لما ارتأته محكمة الاستئناف، فإن المادة المذكورة تنطبق على الطالب والقرار خرقها أيضا ما دام أنه لم يراعها و لم يطبقها والحال أنها واجبة التطبيق على نازلة الحال.

كما يعيب الطاعن على القرار خرق المادة 526 من مدونة الشغل وخرق الفصل 345 من ق.م.م وانعدام التعليل وفساده الموازي لانعدامه وعدم ارتكازه على أساس، ذلك أن القرار المطعون فيه اعتبر أن الطالب لم يكن أجيرا دون أن يجيب عن تمسك الطالب صراحة في مقاله الاستئنافي أن صفته كأجير ثابتة بقوة القانون وهي المادة 526 من مدونة الشغل مادام أن شركة (...) تعلم جيدا أنه تم تأخير إحالة الطالب على التقاعد وأبقي عليه بشركة (...) يواصل عمله، وذلك بتاريخ 2007/10/25 إثر بلوغه سن الستين وذلك إلى غاية 2010/4/10، وتم ذلك بقوة القانون عملا بالفقرة الأخيرة من المادة 526 من مدونة الشغل، فهذه الأخيرة تؤخر وجوبا–لأنه بقوة القانون–الإحالة على التقاعد إلى تاريخ اكتمال مدة التأمين بالنسبة إلى الأجراء الذين لم يكونوا عند بلوغهم سن الستين قد قضوا فترة التأمين المحددة بموجب الفصل 53 من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 1972/7/27 المتعلق بالنظام الاجتماعي، وخلافا للاتجاه الخاطئ الذي نحا إليه القرار المطعون فيه، مادام من الثابت أنه تم تطبيق الفقرة الأخيرة من المادة 526 من مدونة الشغل على الطالب، وأن القرار لم يجب على هذا الدفع رغم طابعه الحاسم وتأثيره على وجه

الفصل في النزاع، فيكون مشوبا بنقصان التعليل وفساده، كما يتجلى نقصان التعليل وفساده في كون القرار لم يجب أيضا على تمسك الطالب بمقتضى استئنافه في أن صفته كأجير ثابتة أيضا من كون شركة (...) هي التي طلبت من وزارة التشغيل الموافقة على إبقاء الطالب يواصل عمله في خدمتها لمدة سنتين إضافيتين من 2010/10/1 إلى غاية 2012/4/1 ووافقتها وزارة التشغيل على طلبها، فوجب معه نقض القرار.

لكن، حيث أنه لما كانت العبرة في تكييف العلاقة التعاقدية بين الطرفين على أنها علاقة شغل ترجع إلى توافر عناصر عقد الشغل بمفهومه القانوني هي إثبات عنصر التبعية القانونية، فإن الثابت من وثائق الملف أن طالب النقض كان مديرا عاما مع المطلوبة ورئيسا لمجلسها الإداري بصفتها شركة مساهمة ومجهولة الاسم، لذلك فإنه لا يمكن اعتبار التوجيهات التي يتلقاها طالب النقض بصفته أعلاه من طرف الجمعية العامة للمساهمين أو مجلس إدارة الشركة بمثابة عنصر كاف لإثبات التبعية القانونية وإنما يدخل ذلك في إطار التطبيق السليم لمقتضيات المادة 74 من قانون 95–17 المتعلق بشركات المساهمة وتسييرها، ولا يرقى إلى درجة ثبوت عنصر التبعية، كما أن أوراق الأداء وما يفيد انخراط الطالب في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي هي عناصر غير كافية لوحدها لإثبات وجود علاقة شغل بمفهوم مدونة الشغل في المادتين 6و21 منها، وأن المنصب الذي يتقلده الطالب لا يسمح للمطلوبة في النقض أن تباشر عليه سلطة التوجيه والإشراف والمراقبة بحكم مركزه ومنصبه المذكور بل أنه هو من يملك هذه السلطة تجاه باقي العاملين والمأجورين، لذلك فعلاقة التبعية بين الطرفين غير قائمة لا واقعا أو قانونا مادام أن الطالب بصفته مديرا عاما ورئيس مجلس إدارة الشركة يخضع في تعيينه للضوابط والشكليات التي نص عليها في القانون رقم 95–17 المشار إليه أعلاه طبقا للمادة 63 منه كما أنه يمكن عزله في أي وقت عملا بالمادة 67 مكررة مرتين من القانون المذكور، هذا وأن قيامه بعمله باستقلال تام تنتفي معه علاقة التبعية مع مجلس إدارة الشركة وما ذلك إلا تطبيق لما نصت عليه المادة 74 من قانون شركات المساهمة، إضافة إلى أن ما كان يتقاضاه الطالب حسب أوراق الأداء المدلى بها يدخل في إطار المكافأة التي يمنحها له مجلس إدارة الشركة ولا يشكل ذلك أجرا تطبيقا للمادة 65 من قانون شركات المساهمة وبالتالي لا يعتبر أجيرا، وهو المنحى الذي اعتمدته محكمة الموضوع المطعون في قرارها معتبرة أن الطالب ليس أجيرا مع المطلوبة لانعدام عنصر التبعية وأن المدير العام بالشركة المساهمة لا يمكن له الجمع بين الصفتين معا إلا إذا توفر عقد خاص يحدد مهامه التقنية وأن ملف النازلة خال من هذا العقد، مرتبة الآثار القانونية على ذلك وعن صواب، وتبعا لذلك لم تكن المحكمة في حاجة إلى إجراء بحث تكميلي، فيكون القرار المطعون فيه معللا بما فيه الكفاية وغير مشوب بأي خرق للمقتضى القانوني المستدل به ومبنيا على أساس قانوني سليم، وما أثير بالوسائل المذكورة على غير أساس.

في شأن الوسيلة الحادية عشر المستدل بها للنقض :

يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه بالنقض خرق وسوء تطبيق وتأويل الفصول 388– الفقرة قبل الأخيرتين– و405 و410 من ق.ل.ع، وخرق مبدأ قانوني عام وهو أن " النص الذي يرد

مطلقا يؤخذ على إطلاقه" وخرق الفصل 345 من ق.م.م وفساد التعليل الموازي لانعدامه وعدم ارتكازه على أساس، ذلك أن القرار المطعون فيه رد الدفع بالتقادم السنوي الجزئي الذي أثاره الطالب عملا بالفصل 388 من ق.ل.ع في مواجهة الطلب المضاد الأول لشركة (...) اعتبرت محكمة الاستئناف أن الأمر يتعلق بدين وليس بأجرة، والحال: –من جهة أن الفصل 388 من ق.ل.ع في فقرته قبل الأخيرتين يخضع لأجل التقادم السنوي دعوى المخدوم من أجل المبالغ التي لا تنحصر في الأجرة وحدها وإنما من أجل جميع المبالغ المسبقة للعمال والمستخدمين من أجورهم أو عملاتهم أو كل المبالغ التي أنفقوها بسبب خدماتهم، وأن هذه الفقرة من الفصل المذكور لا تقتصر على الأجرة وحدها بل تنص على كل المبالغ المسبقة من المخدوم إلى العامل وتخضع دعوى المطالبة بها كلها لأجل التقادم السنوي، وما دام أن هذا النص ورد مطلقا فإنه يؤخذ على إطلاقه ولا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تضيق بدون مبرر نطاقه بحصره في الأجرة وحدها لأن ذلك يشكل خرقا وسوء تأويل وتطبيق لهذه النص.

كما أن شركة (...) أقرت قضائيا في طلبها المضاد الأول بأن المبالغ التي طالبت بها هي:" مجموعة من المبالغ الناتجة عن التسبيقات والأداءات التي كانت تنفذها لفائدة الطالب، وبطبيعة الحال يعد هذا إقرارا قضائيا بذلك من شركة (...) وهو إقرار ينطبق عليه الفصل 405 من ق.ل.ع وهو حجة قاطعة في مواجهة شركة (...) عملا بالفصل 410 من ق.ل.ع، وحجيته القاطعة هذه تقيد سلطة محكمة الموضوع التي لا يجوز لها تحريف إقرار شركة (...) واعتبار هذه المبالغ دينا عاديا وإخضاعه لأجل التقادم العادي، على ضوء إقرار الشركة قضائيا كما هو مشار إليه فإن دعوى المطالبة بها تخضع وجوبا لأجل التقادم السنوي المنصوص عليه في المادة 388 من ق.ل.ع وهو نص خاص يقدم على النص العام وتم خرقه من طرف المحكمة لأنها لم تطبقه والحال أنه هو الواجب التطبيق، مما وجب معه نقض القرار.

لكن، حيث إن محكمة الموضوع المطعون في قرارها لما عللت قرارها بأنه لا محل للتقادم المدفوع به طبقا للفصل 388 من قانون الالتزامات والعقود لكون الأمر يتعلق بدين وليس بأجر وأنه يخضع للتقادم العادي وليس السنوي بعدما خلصت إلى أن طالب النقض ليس له صفة أجير وردت الدفع المذكور، يكون قرارها معللا تعليلا قانونيا سليما فجاء غير مشوب بخرقه المقتضى القانوني المستدل به وما أثير بهذا الخصوص على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد رئيس الغرفة محمد سعد جرندي **رئيسا** والمستشارين السادة: محمد برادة **مقررا** ونزهة مرشد واحمد بنهدي وخالد بنسليم **أعضاء**، وبحضور **المحامي العام** السيد رشيد صدوق وبمساعدة **كاتب الضبط** السيد سعيد احماموش.