

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

University M'Hamed
BOUGARA
BOUMERDES



جامعة امحمد بوقرة
بومرداس

faculty of Law and Science Politics

كلية الحقوق والعلوم السياسية

خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

شعبة: العلوم القانونية والإدارية

تخصص: القانون الخاص

الأستاذة المشرفة:

من إعداد الطالبة:

الأستاذة الدكتورة: حساين سامية

سهتالي حميدة

لجنة المناقشة

أ.د تريعة نوار، أستاذة بجامعة أمحمد بوقرة بومرداس،..... رئيسا

أ.د حساين سامية، أستاذة بجامعة أمحمد بوقرة بومرداس..... مشرفا ومقرا

د أغليس بوزيد، أستاذ محاضر "أ" بجامعة بجاية.....ممتحنا

د. لوني نصيرة، أستاذة محاضرة "أ" بجامعة البويرة.....ممتحنا

د. مسعودي هشام، أستاذ محاضر "أ" بجامعة المسيلة.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 12 ديسمبر 2023

شكر وتقدير

أحمد الله عز وجل أولاً وأخيراً أن وفقني إلى إنجاز هذا العمل الذي بذلت فيه

قصارى جهدي.

أتوجه بخالص الشكر والامتنان للأستاذة الدكتورة "سامية حساين" لتفضلها

الإشراف على هذا البحث، وتعمدها بالتصويب في مختلف مراحلها، فكانت

لتوجيهاتها القيمة ونصائحها الثمينة أكبر الأثر في إتمام هذا العمل.

فجزاها عني كل خير.

أتقدم بجزيل الشكر وعميق التقدير للأستاذة أعضاء اللجنة على قبولهم

مناقشة هذا البحث.

أتقدم بخالص الشكر والعرفان بالجميل لجميع الأساتذة المحترمين الذين كان

لهم الفضل في وصولي إلى هذه المرتبة من النجاح العلمي، دون أن أنسى الذين

وقفوا إلى جانبي وقدموا لي يد العون والمساعدة.

الطالبة

سهيلي حميدة

إهداء

إلى من قال فيهما الرحمن " واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما
كما ربياني صغيرا".

إلى منبع عطائي ونور حياتي أبي الغالي أدامك الله فخرا لي.

إلى من كانت ومزالت ضياء طريقي وسندي في صلاحي أمي الغالية
أطال الله في عمرك.

إلى زوجي محمد الذي كان سندا لي في هذا العمل.

إلى إخوتي و أخواتي.

إلى ابن أختي عماد الدين

إلى جميع الأصدقاء والصديقات من قريب أو بعيد.

إلى كل عمال مكتبات جامعة بود واو، البويرة، تيزي وزو

إلى كل من علمني حرفا، وأهداني نصيحة، وأسمعني كلمة طيبة.

الطالبة

سمتالي حميدة

قائمة أهم المختصرات:

1- باللغة العربية

ت.ت.ف: التقنين التجاري الفرنسي.

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ص: صفحة.

ع.خ: عدد خاص.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

2- باللغة الفرنسية

Art.: Article

Ed : édition

IDARA: Revue de l'école Nationale d'administration

O.P.U: Office Des Publications Universitaires

Op.cit: Ouvrage précité

P: page.

LGDJ: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

P.U.F : presse universitaire de France

P.U.R : Presses universitaires Rennes

R.D.A.I : Revue de Droit des Affaires Internationales

R.I.D.C: revue internationale de droit comparé

RASJEP: Revue Algérienne Des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques.

RDP: Revue de Droit Public

RFDA: Revue Française De Droit Administratif.

RIDE:Revue Internationale de Droit Economique

مقدمة

تعتبر الصفقات العمومية عقد من العقود الاقتصادية تبرم بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي، ولما كانت ترتبط بأنشطة اقتصادية يسود فيها منطق التجاذب بين العرض والطلب إذ تتقاطع فيه إعلانات المصلحة المتعاقدة عن حاجات مرفقية من سلع أو خدمات مع العروض المقترحة من طرف المتعاملين الاقتصاديين المتنافسين استجابة لهذه الإعلانات، الذي يفرض تنظيماً قانونياً حتى يمكن المحافظة على قوام المنافسة بما يؤدي إلى تجنب الممارسة المنافسة لها، ويرتبط ذلك بتجسيد وانتهاج الدولة لاقتصاد السوق والنظام الليبرالي بالدرجة الأولى الذي يتعدد ويتنوع فيه المتدخلين في السوق، من أجل تحقيق الفعالية الاقتصادية.

تستوقفنا هذه النقطة للحديث عن الاقتصاد الجزائري قبل وبعد اقتصاد السوق وعلاقته بتكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية وبيان ارتباطه بالقطاع العمومي، بتحديد طبيعة العلاقة الممكنة بين القواعد المنظمة لحرية التنافس ونظام الصفقات العمومية، إذ تأثرت المنافسة في الجزائر بتغيير دور الدولة في ممارسة النشاط الاقتصادي من مرحلة إلى أخرى فعلى الرغم من أن سيطرة الدولة كانت السمة الغالبة طوال العقود الماضية، وهي المرحلة الإيديولوجية الاشتراكية، والتي جسدت هيمنة الدولة على الاقتصاد الوطني بصفة كلية⁽¹⁾، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن عدم تجسيد مبدأ المنافسة الحرة في السوق في هذه المرحلة.

وفي نفس المسار وفي ظل ما جاء في قانون الصفقات العمومية وإذا أردنا الحديث عن تجسيد مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية خلال هذه المرحلة أصدر المشرع الجزائري أول قانون خاص بالصفقات العمومية متمثلاً في الأمر رقم 67-90⁽²⁾، والذي أضفى الطابع الاشتراكي على الصفقات العمومية، لذلك فإن مبدأ عدم التمييز بين القطاع العام والقطاع الخاص

(1) اعتمدت الجزائر منذ نيلها الاستقلال السياسي في تسيير دفة النشاط الاقتصادي على نظام المخططات مركزة كل اهتمامها على القطاع العام بصورة كلية، حيث احتكرت الدولة مهام المتعامل الاقتصادي، بحيث كانت الناشط والضابط والمراقب للمجال الاقتصادي، وقد ترتب عن هذا الوضع أن انعدمت المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين لعدم أهمية ذلك بحكم تبعيتهم للقطاع العام المملوك من قبل الدولة وتبعاً للاختيار الإيديولوجي النابع من القانون المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات وقانون الثورة الزراعية والقانون المتعلق بالاحتكار الدولة للتجارة الخارجية، تم تكريس هيمنة القطاع العام على مستوى الاقتصاد الكلي والجزئي.

(2) أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر ج ج عدد 52، صادر بتاريخ 27 يونيو 1967 (ملغى).

الذي يعتبر من أهم إحياءات المنافسة لم يكن له مكان في هذه الحقبة، فقد أقر التمييز في مجال الصفقات العمومية بين المتعامل العمومي والخواص منذ سنوات السبعينات في القوانين المنظمة لها خاصة فيما يتعلق بإجراءات الصفقات العمومية، وبالتالي يمكن القول أنه جسد ضمن حدود ضيقة بما يتوافق ودور الدولة في التدخل في العمليات الاقتصادية عبر المؤسسات العمومية، وبالتالي تكريس نظام اقتصادي احتكاري بما يتوافق والمذهب الاشتراكي.

لقد كانت الأوضاع التي مرت بها الجزائر منذ أواخر الثمانينات المحرك الأساسي والفعال لإحداث التغييرات اللازمة، حيث أن الأمر لم يعد يساير الأوضاع السائدة سواء كان ذلك على الصعيد الداخلي، حيث تفاقمت الأزمة المالية مما انجر عنها زيادة في المديونية نتيجة عجز المؤسسات العمومية عن تلبية الاحتياجات اللازمة، فظهرت بوادر الفشل على القطاع العام في تحقيق الفعالية الاقتصادية المنشودة، أو على صعيد الاقتصاد العالمي الذي أصبح يشهد حركية واسعة للتوجه نحو العولمة بمفهومها الاقتصادي الذي لا مجال فيه للدول المتمسكة بنموذج الاقتصاد المسير وهكذا، وبين ضرورة فرضها واقع اقتصادي وحتمية أوجدها توجه عالمي، أضحى نمط الاقتصاد الحر الخيار الاقتصادي الوحيد في ذلك.

جسدت الإرادة السياسية للدولة تغيير الوضع الاقتصادي وتكريس مبدأ المنافسة صدور العديد من النصوص التشريعية مست القوانين الأساسية ذات البعد الاقتصادي، الذي تحاول فيه مجارة المنظومة الاقتصادية العالمية الجديدة وتشجيع روح المنافسة التي أصبحت ضرورة ملحة لدفع عجلة النشاط الاقتصادي ومن دون هذه الآليات القانونية لن تتمكن من الدفع بعجلة التنمية الاقتصادية دفعا فعالا، وحيث أن أساس كل إصلاح مهما كان شكله ينطلق من إعادة النظر في الأطر القانونية الموجودة وهو ما جسده المشرع الجزائري، حيث شرع في إعادة النظر في تغيير المنظومة القانونية، وتجلت الملامح الأولى لهذا التغيير سنة 1988 بصور القانون رقم 88-01 الذي يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية⁽¹⁾، والذي جسّد رغبة الدولة في

(1) قانون 88-01 مؤرخ في 12 يناير 1988 يتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر ج ج، عدد 02 صادر بتاريخ 13 جانفي 1988، ملغى جزئيا الباب الأول والثاني منه بموجب الأمر رقم 95-25 مؤرخ في 27 سبتمبر 1995، متعلق بحركة رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج ر ج ج عدد 55، مؤرخ في 27 سبتمبر 1995.

الانسحاب من النشاط الاقتصادي، وتدعم هذا المنحى بصدور المرسوم المتعلق بإلغاء الاحتكار⁽¹⁾، بتحديد منحرج في السياسة المتبعة من طرف الدولة، إذ بدأ التخلي نسبيا عن سياستها التدخلية في المجال الاقتصادي لصالح تبني نموذج اقتصاد السوق، الذي غير من شكل ومضمون المؤسسات بما يتوافق وخضوعها لقواعد التجارة والأحكام التجارية.

توالت القوانين الداعمة لتكريس نظام اقتصاد السوق وتجلت هذه النية بصفة واضحة في دستور 1989⁽²⁾، الذي حمل في طياته معالم نظام اقتصادي جديد هو الاقتصاد الحر القائم على مبدأ حرية المنافسة، حيث اعترف المشرع لأول مرة بحرية الملكية الخاصة وجعلها حق دستوري يتماشى وطبيعة النظام الرأسمالي القائم على مبدأ الحرية وإنهاء احتكار الدولة للتجارة الخارجية وإدماج الخواص في تسيير القطاع الاقتصادي لتتولى القوانين التي تجسد اقتصاد السوق وتكريس مبدأ المنافسة الحرة، صدر أول قانون في مجال المنافسة المتمثل في القانون 89-12 المتعلق بالأسعار⁽³⁾، وهو القانون الذي كرس مبدأ المنافسة بصفة غير مباشرة من خلال مبدأ حرية الأسعار، كما أنه أول نص قانوني ينص على بعض الممارسات المنافية للمنافسة والتي اعتبرها المشرع غير شرعية، إلا أن هذا القانون لم يسلم من النقد.

مسايرة لهذه التغييرات وبعد تبني نظام اقتصاد السوق ابتداء من التسعينيات أدرجت ضمن منظومة الصفقات العمومية خصوصيات تتسجم مع الظروف المتداخلة التي لازمت تطبيق نظام اقتصاد السوق الذي أصدرت الجزائر في ظلّه مجموعة من النصوص القانونية التي تجسد هذا التوجه الجديد، ومن ذلك استحداث النظام القانوني المنظم للصفقات العمومية فتم إقرار نص جديد

(1) مرسوم تنفيذي رقم 88-201 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988 يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرّد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة ج ر ج ج عدد رقم 42 صادر بتاريخ 19 أكتوبر 1988.

(2) مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 28 فبراير 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور المرافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج ر ج ج عدد 09 صادر بتاريخ 01 مارس 1989 (ملغى).

(3) قانون رقم 89-12 مؤرخ في 5 يوليو 1989، يتعلق بالأسعار، ج ر ج ج عدد 29، صادر بتاريخ 19 يوليو 1989 (ملغى).

مقدمة

جسده المرسوم التنفيذي رقم 91-434 مؤرخ في 9 نوفمبر 1991⁽¹⁾، محاولا إضفاء طابع ليبرالي على قانون الصفقات العمومية⁽²⁾.

من هذا المنطلق كانت مسألة إيجاد البيئة الاقتصادية القائمة على المنافسة الفعالة في إطار ما يعرف حاليا بقانون السوق قاعدة أساسية وجوهرية للتنمية الاقتصادية باعتبارها الحافز الأساسي للمتعاملين الاقتصاديين لرفع قدراتهم التنافسية، ليجسد المشرع ذلك في الأمر 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة⁽³⁾، إذ انصب وجود هذا القانون بالدرجة الأولى بانتهاج الدولة لاقتصاد السوق والنظام الليبرالي الذي يتعدد ويتنوع فيه المتدخلين الاقتصاديين في السوق، لكن هذا التوجه لم يجسد على أرض الواقع مادام أن مبدأ الحرية الاقتصادية في حد ذاته غير مكرس دستوريا، وهذا يشكل في الحقيقة ثغرة في النظام القانوني الجزائري والذي تم تكريسه في دستور 1996⁽⁴⁾، بصفة صريحة في المادة 37 منه والتي تنص على أن "حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون".

ما يأخذ على الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة أنه لم يظهر كقانون لحرية المنافسة بقدر ما برز كجملة من القواعد المؤطرة للمنافسة في السوق ضمن ضوابط تضمن الحد من كل الممارسات غير المشروعة المخلة بالمنافسة في السوق التي تصدر عن المتعاملين الاقتصاديين

(1) مرسوم تنفيذي رقم 91-434 مؤرخ في 09 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ج ج عدد 57، صادر بتاريخ 13 نوفمبر 1991 (ملغى).

(2) عرفت المنظومة القانونية منذ الاستقلال قوانين وتعديلات كثير عكست في كل من طبيعة النظام السياسي والاقتصادي المتبع، أين تجاذب مضمونها بين تقييد إبرامها بطريقة شديدة وتخفيفها بين الرغبة في الحفاظ على المال العام وفتح المجال الاقتصادي.

(3) أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي 1996، يتعلق بالمنافسة، ج ر ج ج عدد 9 صادر بتاريخ 22 فيفري 1995 (ملغى).

(4) مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر ج ج عدد 76، صادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996 معدل ومتمم بموجب:

- قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002 ج ر ج ج عدد 25، صادر بتاريخ 14 أبريل 2002.

* قانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج ج عدد 63 صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008.

* القانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج ج عدد 14 صادر بتاريخ 07 مارس 2016

* مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، ج ر ج ج رقم 82 صادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

مقدمة

في السوق، أو في إطار إبرامهم العقود، وإن كان الأخذ بمصطلح عقود بمفهومه الواسع يمكن ضم الصفقات العمومية ضمنه، إلا أن حرية المنافسة التي أراد المشرع من خلال الأمر 95-06 السالف الذكر تنظيمها وحمايتها، كان من غير الممكن تجسيدها في مجال الصفقات العمومية، إذ وجه هذا القانون لأعوان الاقتصاديين العموميين والخواص دون الإدارة العامة باعتبار أنها لا تقوم بنشاط اقتصادي وإنما عملها إداري، وإن هذا الأخير لا يؤثر على المنافسة.

أصدر المشرع الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽¹⁾ الذي يعتبر البوابة التشريعية الحقيقية للتصيص الصريح والواضح على تأطير نظام قانوني ينظم العلاقة التعاقدية بين أشخاص القانون الخاص والعام الذي يسهر على حماية هذا العمل التعاقدية، فتدخل أشخاص القانون العام في النشاط الاقتصادي يخضع للقواعد المنصوص عليها في قانون المنافسة مثلها مثل الفاعلين الخواص، بتبني المبادئ والقواعد الخاصة بالمنافسة بغية إعطاء السوق دوره الحقيقي وتكريس طابعه التنافسي، لكنه لم ينص على خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة.

من هذا المنطلق، كانت مسألة إيجاد بيئة اقتصادية قائمة على المنافسة الفعالة في مجال الصفقات العمومية قاعدة أساسية وجوهرية للنمو الاقتصادي باعتبارها الحافز الأساسي للمتعاملين الاقتصاديين لرفع قدراتهم التنافسية، وفي ذلك أكد المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتعلق بالصفقات العمومية⁽²⁾، المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-301⁽³⁾، وبموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338⁽⁴⁾، على ضرورة تكريس مبادئ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية،

(1) أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر ج ج، عدد 43 صادر بتاريخ 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بموجب:

- قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر ج ج، عدد 36 صادر بتاريخ 2 جويلية 2008.

- قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر ج ج، عدد 46، صادر بتاريخ 18 أوت 2010.

(2) مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ج ج عدد 52 صادر بتاريخ 28 جويلية 2002 (ملغى).

(3) مرسوم رئاسي رقم 03-301 مؤرخ في 11 سبتمبر 2003، ج ر ج ج، عدد 55 صادر بتاريخ 14 سبتمبر 2003. (الذي تماشى مع التعديل الدستوري لسنة 2002، والأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة).

(4) مرسوم رئاسي رقم 08-338 مؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج ر ج ج عدد 62، صادر بتاريخ 09 نوفمبر 2008.

(تماشى هذا المرسوم مع التعديل الدستوري لسنة 2008، بموجب القانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، كما تماشى مع تعديل قانون المنافسة بموجب القانون 08-12).

وضرورة احترام المصلحة المتعاقدة ذلك، فالقوانين السابقة للصفقات العمومية لم تكن تهتم بشكل واضح بقواعد المنافسة إلا بذكرها بشكل سطحي في الجانب الذي يهتم بالأسعار، أما بالنسبة لقانون الصفقات العمومية المذكور أعلاه فقد أشار بشكل واضح لحرية المنافسة والنزاهة وعدم التمييز بين المترشحين المتقدمين بالعروض.

حاولت السلطات العمومية تحقيق مبدأ المنافسة الحرة وإضافتها على المناخ الاقتصادي العام للبلاد في كل القطاعات الاقتصادية بما في ذلك الصفقات العمومية، ومع تحرير النشاطات القطاعية ظهر ما يسمى بالنظام العام الضبطي الذي يرمي إلى ظهور المنافسة ويسود النظام العام التنافسي بمجرد عموم منافسة حرة على المرافق العمومية وفتح سوق الطلبات العمومية على المنافسة الحرة، وبذلك تبنى المشرع الجزائري مبدأ المنافسة الحرة عند إبرام الصفقات العمومية من خلال إخضاعها لقانون المنافسة بموجب القانون رقم 08-12.

وعلى هذا الأساس برز قانون المنافسة كسند مرجعي مهم في تطبيقه في مجال الصفقات العمومية، كما أن النصوص القانونية التي كرست الحرية الاقتصادية، والتكريس الدستوري لها من أهم المظاهر التي تعزز خضوع الصفقات العمومية لأحكام قانون المنافسة والتي جسدت كل منها مبادرة المشرع الجزائري نحو الرغبة في تكريس منظومة قانونية متكاملة لنظام التعاقد في مجال الصفقات العمومية في إطار يجمع كل مقومات المنافسة الحرة، ودعم المشرع هذا التكريس القانوني بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁽¹⁾، والذي ألغي بموجب القانون رقم 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية⁽²⁾، إلا أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يبقى ساري المفعول إلى غاية صدور نصوص تنظيمية تنظمها.

إن المتتبع للمسار الاقتصادي والقانوني في الجزائر يمكن له أن يستشف أهمية البحث في موضوع خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة باعتباره من المواضيع الحديثة الجديرة

(1) مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وتقييدات المرفق العام، ج ر ج، عدد 50 صادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

(2) قانون رقم 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية مؤرخ في 5 غشت 2023، ج ر ج ج، عدد 51 صادر بتاريخ 6 غشت 2023.

بالدراسة كونه يلامس الواقع بدرجة كبيرة، فهو يمزج بين الأهمية القانونية والاقتصادية، حيث ترتبط ممارسة أي نشاط بمدى فعالية المنافسة في السوق المعنية بما تعكسه من منافع لكل أطراف السوق، سواء المصلحة المتعاقدة التي تقوم بطرح الصفقة العمومية حيث تستفيد من المنافسة بين أصحاب العروض للحصول على أحسن عرض، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تضمن للمؤسسات تطوير نشاطها ودعمها كما تساهم بنشاطها في تطوير الاقتصاد الوطني.

بالنسبة للأهمية العملية فتتمثل في الممارسات المخلة بالمنافسة التي تؤثر على إبرام الصفقات العمومية وعرقلة إرسائها على معيار أحسن عرض والآليات القانونية التي كرسها المشرع الجزائري من خلال قانون المنافسة والصفقات العمومية، بإبراز مختلف التدابير الوقائية والردعية للتصدي والحد من الممارسات المخلة بالمنافسة من خلال الاطلاع على مدى فعالية السياسة المتبعة من قبل المشرع في مكافحة هذه الممارسات بإلقاء الضوء على دور مجلس المنافسة والهيئات القضائية في التصدي للممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية، وتكريس حمايتها.

انطلاقاً من أهمية الموضوع تم اختياره كموضوع للبحث، ومن بين أهم الأسباب التي دعمت هذا الاختيار أسباب ذاتية تتجسد في الميل نحو المواضيع القانونية المرتبطة بالاقتصاد لما تتميز به من حيوية وحداثة وتطور وتجدد الذي ولد لدي الرغبة في التعمق أكثر في موضوع خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، باعتباره يصب في صميم المواضيع الاقتصادية.

أما بالنسبة للأسباب الموضوعية يعتبر موضوع خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة من المواضيع التي تلامس الواقع، نظراً لأن الصفقات العمومية، وسيلة قانونية للإدارة لاستخدام المال العام، وتخصص لها اعتمادات ضخمة لإنجاز موضوعها، فهي مجال خصب للممارسات المخلة بالمنافسة من طرف المتعاملين الاقتصاديين بغرض الربح، وهذا ما أدى إلى إشكالية تحقيق العدالة في ظل قصور تطبيق قانون الصفقات العمومية، ومبادئه الأساسية، بالنظر للحلول التي تضمنها قانون المنافسة والتي تتلاءم مع ديناميكية العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق وكذلك أهداف النظام العام الاقتصادي في مجال المنافسة، ومحاولة إقامة موازنة بين استخدام المال العام بموجب الصفقة العمومية، واحترام المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين.

ولكن ما استقطب اهتمامنا أكثر في هذا الإطار ودفع اختياري لهذا الموضوع، يتمثل خاصة في تحديد طبيعة العلاقة الممكنة بين القواعد المنظمة لحرية المنافسة في قانون المنافسة وتجسيدها في مجال الصفقات العمومية، وتكريس كل إمكانيات التكامل بينهما لتدعيم الحماية القانونية والقضائية لتفعيل التنافس الحر في ممارسة النشاط الاقتصادي في نطاق الأسواق العمومية، مما يجعل للموضوع أكثر أهمية، وتزداد القيمة القانونية في اختلاف النصوص القانونية التي تحكم الموضوع، والتي من شأنها وضع إطار قانوني وتفعيله في حالة صدور تجاوزات صادرة من الفاعلين الاقتصاديين التي من شأنها التأثير على قواعد العرض والطلب، فلا تستقيم تصرفات أطراف الصفقة العمومية دون مصاحبة القانون له بنصوص قانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، الأمر الذي دفعنا للبحث في كيفية تجاوب المشرع الجزائري مع المعطيات الواقعية من خلال ما كرسته النصوص القانونية.

بناء على المعطيات السابقة الذكر يتبين أن موضوع خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة وبالرغم من تطرق بعض الدراسات إليه، إلا أن إدراج الصريح والمباشر لمبدأ قواعد قانون المنافسة في صلب موضوع الصفقات العمومية لا يزال حديث العهد، باعتباره موضوع يدمج بين قانونين مختلفين قانون الصفقات العمومية باعتباره قانون عام والمرجع الأساسي لتنظيم الصفقات العمومية، وقانون المنافسة باعتباره قانون خاص يضبط المنافسة الحرة في إبرام الصفقة مما يبقى دوماً من أهم المواضيع الاقتصادية التي هي بحاجة إلى دراسة ومناقشة وتحليل خاصة أنه لن يكون بحثاً نظرياً معزولاً عن الواقع.

وعليه تهدف هذه الدراسة إلى رسم التصور الشامل لموضوع خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة والتي تعد من أعقد المواضيع باعتبارها من العقود التي تمتزج بين النشاط الإداري والنشاط الاقتصادي ومتعلقة بالمرفق العام وامتيازات السلطة العامة، ينظمها قانون خاص يفقد إلى مراعاة خصوصية الصفقات العمومية، ومن أجل ضبط الموضوع أمام جملة التعديلات القانونية ذات الصلة بالموضوع التي أحدثها المشرع لمعالجة موضوع خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة كان لنا أن نتساءل عن:

ما مدى كفاية النصوص القانونية التي أقرها المشرع الجزائري في تحديد مظاهر خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة باعتباره قانون خاص يطبق على عقد من عقود القانون العام؟ وما مدى فعالية تدخل الهيئات المختصة بتكريس الإطار القانوني الذي يضبط الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية والموازنة بين حماية المصلحة العامة من جهة وفرض احترام النظام العام الاقتصادي من جهة أخرى؟

من أجل التوصل إلى دراسة علمية وعملية شاملة تربط بين الفهم الصحيح للنصوص القانونية والتطبيق السليم لها، اعتمدنا في ذلك على المنهج الوصفي التحليلي الذي يقوم على جمع الحقائق والمعلومات من أجل تحديد طبيعة المشكلة واستعراض الأحكام القانونية ذات الصلة بها وتحليلها في مختلف النقاط الغامضة، وتجسيد الدراسة التطبيقية المعتمدة على الأحكام القضائية، ما تمنحنا من نتائج مهمة في تقييم وإيجاد الحلول للعديد من المسائل والإشكالات.

كما أنه ومن أجل تبسيط مفاهيم مختلفة تحتاج إلى تفسير ومقارنة اخترنا المنهج المقارن في جانب من جوانب الدراسة مع القانون الفرنسي الذي تعودنا تأثر المشرع الجزائري به لغناها بالتجارب من الناحية العلمية والعملية فيما يخص هذا الموضوع واستنباط منها الحلول القانونية.

كمحاولة منا للإجابة على الإشكالية المطروحة، اعتمدنا التقسيم الثنائي للموضوع تتمحور النقطة الأولى، حول تجسيد خضوع الصفقة العمومية لقانون المنافسة بين المرونة والتقييد حيث اخترنا عناوين في غاية الأهمية تصب في مجملها حول قانون المنافسة والصفقات العمومية بتحديد الإطار القانوني الذي تخضع فيه الصفقة العمومية لقانون المنافسة سواء من الناحية الشكلية بتطبيق قانون المنافسة على أطراف الصفقة العمومية المتمثلة في المصلحة المتعاقدة، والمتعاملين الاقتصاديين المتقدمين بالعروض، أو من الناحية الموضوعية بتطبيق قانون المنافسة على إجراءات إبرام الصفقة العمومية، والتزام كل من أطراف الصفقة باحترام القواعد الموضوعية لقانون المنافسة والكشف عن الممارسات المخلة بالمنافسة الصادرة عن الفاعلين الاقتصاديين (الباب الأول).

لم يقف الأمر عند هذا الحد بل وفي نقطة أخرى، ومن جانب تفعيل الإطار القانوني لخضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة يستلزم تطبيقه من جهات مختصة في ذلك من خلال تجسيد دور مجلس المنافسة في ضبط سوق الطلبات العمومية والتصدي للممارسات المخلة بالمنافسة، وتدخل الجهات القضائية بحماية قواعد المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، بوضع حد للتجاوزات التي تعرقل إرساء الصفقة على أحسن عرض، وحماية المال العام (الباب الثاني).

الباب الأول

الإطار القانوني لخضوع الصفقات

العمومية لقانون المنافسة

أدى التوجه نحو النظام الليبرالي إلى تعزيز دور القطاع الخاص في المجال الاقتصادي وتحرير الأسواق والتي تم تأطيرها بقانون المنافسة، أولى هذا الأخير أهمية كبيرة للعلاقة التعاقدية التي تنشأ في السوق وحظر السلوكات المنافية للمنافسة الصادرة عن المتدخلين الاقتصاديين، باعتباره يجسد الفعل التنظيمي في العمل الاقتصادي ضمن أوجه النشاط الخاص.

حاول المشرع الجزائري مواكبة التطورات الاقتصادية الحاصلة على المستوى الدولي ومسايرة التشريعات المقارنة، والتصديق على الإتحاد الأوربي والذي يجب أن تتوافق قوانينه مع مبدأ المنافسة الحرة، أدرج قانون المنافسة ضمن أحكامه عقود القانون العام والمتمثلة في الصفقات العمومية، باعتبارها مصدرا وحاملا للتصرفات التعسفية التي تظهر في إطار السلوكات المنافية للمنافسة، والتي من شأنها استغلال المال العام.

أصبح تطبيق قانون المنافسة في مجال سوق الطلبات العمومية من ركائز النظام الاقتصادي الحر لتحقيق الفعالية الاقتصادية وحماية فعالة للمال العام، ما دفع بالمشرع إلى توسيع مجال تطبيقه ليمتد إلى المصلحة المتعاقدة كطرف في الصفقة العمومية لضمان السير الحسن والفعال للعملية التنافسية وتكريس مبادئ المنافسة الحرة، إلا أن تطبيقه في هذا النوع من العقود مقيدة نسبيا والذي يجب أن يكون في إطار الحدود التي يسمح بها القانون (الفصل الأول).

يظهر الاهتمام المتزايد بتطبيق قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية على وجود إرادة سياسية تهدف إلى تفعيل آليات السوق والحرية الاقتصادية، من خلال إلزام المتعامل الاقتصادي والمصلحة المتعاقدة باحترام قواعد المنافسة في إرساء الصفقة، والامتناع عن منحها لمرتكبي السلوكات المنافية للمنافسة والذي اعتبر معيارا جديدا لمنح الصفقة وذلك في إطار التصدي والكشف عن السلوكات المنافية للمنافسة⁽¹⁾، التي تصدر عن أطراف الصفقة العمومية، حيث ركز كل من قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة في هذا الإطار على وضع تدابير وقائية وحمائية لمواجهة كل أشكال الممارسات التعسفية والتمييزية في سوق العرض والطلب بين المتعاملين الاقتصاديين من جهة، والمصلحة المتعاقدة من جهة أخرى (الفصل الثاني).

(1) الأفضل أن يصطلح على هذه السلوكات تسمية الممارسات المنافية للمنافسة ترجمة للمصطلح les pratiques anticoncurrentielles وليس المقيدة لها les pratiques restrictives de la concurrence أنظر في ذلك: النشرة الرسمية للمنافسة رقم 12 الصادرة سنة 2016 ص 13، النسخة العربية، على الموقع: www.conseil-concurrence.dz.

الفصل الأول

مجال خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

أولى المشرع الجزائري العناية والاهتمام بالصفقات العمومية من جميع الجوانب، وتجلّى ذلك في القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، حيث عرفها في المادة 2 منه بأنها «الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة، تبرم بمقابل من قبل المشتري العمومي المسمى "المصلحة المتعاقدة" مع متعامل اقتصادي واحد أو أكثر والمسمى "المتعامل المتعاقد" لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال والوظائف والخدمات والدراسات، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفي التشريع والتنظيم المعمول بهما»⁽¹⁾.

من خلال نص المادة يمكننا حصر تعريف الصفقات العمومية وفق معايير⁽²⁾ تتمثل أهمها في: المعيار العضوي، المعيار الموضوعي⁽³⁾، المعيار المالي، المعيار الشكلي.

- المعيار العضوي: يتمثل في أطراف الصفقة المصلحة المتعاقدة ممثلة في الأشخاص المحددة في المادة 02 و 09 من القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، من جهة، والمتعامل الاقتصادي من جهة أخرى.

- المعيار الموضوعي: يتمثل في إنجاز الأشغال، واقتناء اللوازم، وإنجاز الدراسات، وتقديم خدمات وفقا لنص المادة 24 من القانون المذكور أعلاه.

- المعيار الشكلي: الصفقات العمومية عقود مكتوبة وفقا للمادة 2 من القانون 12-23.

- المعيار المالي: لم يحدد المشرع في القانون 12-23 المعيار المالي للصفقة، إلا أنه وفقا للمادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لا نكون أمام صفقة عمومية تخضع للإجراءات الشكلية في هذا المرسوم، إلا إذا تجاوز مبلغها 12000000.00 دج بالنسبة للأشغال والوظائف و6000000.00 دج بالنسبة للخدمات

(1) أبقي المشرع في نص المادة 2 من القانون 12-23 المحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية إلا أنه حدد أطراف الصفقة العمومية بشكل واضح ممثلة في المشتري العمومي "المصلحة المتعاقدة" من جهة والمتعامل الاقتصادي "المتعامل المتعاقد" من جهة أخرى على خلاف المرسوم الرئاسي 15-247.

(2) يجب توفر هذه المعايير مجتمعة لإعطاء وصف صفة الصفقة العمومية، لأنه بغياب المعيار المالي تنفي صفة الصفقة العمومية، ونكون بصدد إبرام عقد أو اتفاقية بموجب إجراء استشارة كما هو محدد في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 الذي يبقى سارية المفعول إلى غاية صدور نصوص تنظيمية وفقا لنص المادة 112 من القانون 12-23.

(3) سنركز في هذه الدراسة على المعيار العضوي والموضوعي ودراسة مدى توافقها مع معايير تطبيق قانون المنافسة.

والدراسات، وفي حالة عدم تجاوز المبالغ لا تخضع للإجراءات الشكلية في إبرام الصفقة العمومية، وإنما للإجراءات المكيفة التي تحددها المصلحة المتعاقدة.

يقتضي البحث في حدود خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة الرجوع للأساس القانوني الذي يخضع الصفقات العمومية لأحكامه، والذي يركز على نص المادة 2 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل ومتمم⁽¹⁾، التي تنص على أنه «بغض النظر عن كل الأحكام المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:

- نشاطات الإنتاج، بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي، ونشاطات التوزيع ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها والوكلاء ووسطاء بيع المواشي ويأعو اللحوم بالجملة، ونشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية، مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها.

- الصفقات العمومية بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.
- غير انه، يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية».

من خلال نص المادة نلاحظ أن قانون المنافسة امتد تطبيقه إلى الصفقات العمومية باعتبارها مجال خصب لاستغلال المال العام، وعليه طبقا للمعيار العضوي للصفقة العمومية أصبح يخاطب أطراف الصفقة مهما كانت صفاتهم، على أن يتجسد المعيار المادي بممارستها للأنشطة الاقتصادية، وإذا كان تطبيقه على السلوكات المنافية للمنافسة الصادرة عن المتعاملين الاقتصاديين في قطاع الإنتاج والتوزيع والخدمات يعد أمر طبيعيا ومنطقيا لتأثير هذه الممارسات على قانون العرض والطلب في السوق، فإن تطبيقه على المصلحة المتعاقدة يحتاج إلى توضيح وتدقيق، لما يثيره من إشكالات قانونية وعملية لاختلاف ما ألفه قانون المنافسة عما هو موجود في مجال الصفقات العمومية (المبحث الأول)، كما نعالج الموضوع من خلال تطبيق قانون المنافسة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية دون المراحل الأخرى نظرا لارتباطها بمبدأ المنافسة الحرة والتي يهدف قانون المنافسة لحمايتها (المبحث الثاني).

(1) أمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

المبحث الأول

خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة بين التكريس ومعوقات التطبيق

وسع المشرع الجزائري مجال تطبيق الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، وامتد إلى نشاط جديد من النشاطات الاقتصادية التقليدية للمنافسة وهي الصفقات العمومية، خصت المادة 02 من الأمر رقم 03-03 لنطاق تطبيقه سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الأنشطة الاقتصادية.

تجدر الإشارة إلى أنه نظريا تطبيق قانون المنافسة لا يثير أي إشكال في تطبيق النص القانوني وامتداده إلى الصفقات العمومية، غير أنه إذا عدنا إلى الجانب العملي وطبيعة قانون المنافسة الذي هو قانون اقتصادي يطبق على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات والاستيراد فإننا نجده يتناقض في الأصل مع طبيعة الصفقة العمومية، على اعتبارها عقد إداري يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة يبرم بين المصلحة المتعاقدة ممثلة في الأشخاص المحددة في المادة 09 من القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية من جهة، والمتعاملين الاقتصاديين سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين، من جهة أخرى، والتعمق في الموضوع يجعلنا نجد صعوبة في تطبيق قانون المنافسة في هذا المجال، من خلال صعوبة تحديد طبيعة النشاط ما هو اقتصادي عن ما هو إداري، ومتى نكون بين مزيج للنشطين، ما يؤدي إلى التداخل الواضح بين قواعد القانون العام والقانون الخاص، وتعارض المصلحة العامة بالمصلحة الخاصة.

لهذا نرى ولإلمام بمختلف النقاط التي تبين الحدود والضوابط القانونية التي تعالج إشكال تطبيق قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية إسقاط معايير تطبيق قانون المنافسة على أطراف الصفقة للوصول إلى تحديد علاقته بسوق الطلبات العمومية، وذلك من خلال تطبيقه على المتعاملين الاقتصاديين من جهة (المطلب الأول)، والمصلحة المتعاقدة من جهة (المطلب الثاني)، لتتوصل بذلك إلى معرفة مظاهر خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، ومظاهر التقييد.

المطلب الأول

مظاهر خضوع المتعامل الاقتصادي لقانون المنافسة

يعتبر المتعاملين الاقتصاديين المشاركين في الصفقات العمومية في مركز تنافسي من أجل الفوز بالصفقة، ولأجل ذلك يستعملون وسائل وإستراتيجيات من شأنها الإخلال بالمنافسة وعرقلة إرساء الصفقة وفق المعايير المحددة قانوناً، مما يقتضي الأمر خضوعها لقواعد قانون المنافسة، التي تتحكم وتنظم التنافس بين المتنافسين الاقتصاديين، بفعل الأنشطة المهنية التي تمارسها المتعلقة بالإنتاج، والتوزيع والخدمات، بغض النظر عن الطبيعة القانونية للمؤسسات العارضة، سواء كانت خاصة أو عامة.

تسعى هذه الدراسة إلى تجسيد مظاهر خضوع المتعاملين الاقتصاديين المتقدمين بعروضهم في سوق الطلبات العمومية لقانون المنافسة بتحديد فئات المتعاملين الاقتصاديين التي ينطبق عليها مصطلح مؤسسة بمفهوم المادة 03 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، باعتبار أن الهدف من تحديد الخاضعين لأحكامه ينصرف إلى مساءلة هؤلاء الأشخاص عن السلوكات الصادرة عنهم والتي يترتب عنها إخلال بحرية المنافسة من جهة، ومن جهة أخرى مركزها الأساسي في السوق إذ لا يمكن تجاهلها نظراً لمكانتها (الفرع الأول)، ولتجسيد مدى خضوعها لقانون المنافسة يجب الوقوف على مدى توفر معايير قانون المنافسة على المتعاملين الاقتصاديين بتبيان الشروط الأساسية التي تمنح مفهوم المؤسسة للمتعاملين الاقتصاديين في الصفقات العمومية وفق قانون المنافسة للوصول إلى تحديد علاقتها بالسوق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

معيار المؤسسة من مظاهر خضوع المتعامل الاقتصادي لقانون المنافسة

تعتبر المؤسسة عنصراً جوهرياً وفعالاً لبناء اقتصاد السوق والنواة الأساسية في النشاط الاقتصادي والمفهوم الأساسي في قانون الأعمال⁽¹⁾، وبذلك فهي المحرك الأساسي لقوانين السوق

(1) BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires, commerçant, concurrence, distribution, 7 Edition, l'extenso édition LGDJ, PARIS, 2013, P 163.

القائمة على المنافسة الحرة، ومن أكثر المفاهيم تباينا واختلافا في الأدبيات الاقتصادية، وهذا لاختلاف الأنظمة⁽¹⁾، ومدى فعاليتها في كل بلد.

أدى تجسيد النظام الليبرالي إلى تحرير الأسواق والنشاط الممارس فيها عامة والأسواق العمومية خاصة بولوج أكبر عدد ممكن من المتعاملين الاقتصاديين سواء كانوا طبيعيين أو معنويين خواص أو عموميين، غير أن السعي لتحقيق هذه الغاية صاحب معه إشكالية عدم التحكم في المصطلحات الواردة في النصوص القانونية المنظمة لهذه الأنشطة، ما أفرز العديد من المصطلحات المختلفة حسب كل نص قانوني منها، الأعوان الاقتصاديين، المتعاملين الاقتصاديين، المؤسسة... الخ، ولكن ومهما تعدد المفاهيم فإن المتعامل الاقتصادي في مجال الصفقات العمومية يعتبر مؤسسة إذا انطبق عليه مفهومها وفق قانون المنافسة (أولا)، واستخلاص بذلك كل تصنيفاتها التي تعطي للمفهوم أكثر توضيحا (ثانيا).

أولا: المتعامل الاقتصادي في الصفقات العمومية مؤسسة بمفهوم قانون المنافسة

تناول المشرع الجزائري في القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مصطلح متعامل اقتصادي⁽²⁾، وهو إشارة من المشرع إلى توحيد المصطلحات مع غيرها من القوانين، خاصة قانون المنافسة الذي أخضع الصفقات العمومية لتطبيق أحكامه.

إن الإحاطة بموضوع المتعامل الاقتصادي في مجال الصفقات العمومية باعتباره مؤسسة يتطلب تحديد مفهوم المتعامل الاقتصادي في مجال الصفقات العمومية (1) ومدى توافقه مع مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة من أجل الربط بينهما (2).

(1) تعتبر المؤسسة في النظام الاشتراكي وسيلة لتحقيق أهداف محددة في مخططات التنمية الشاملة ضمن شروط وظروف اقتصادية محددة معتمدة في ذلك على المبادئ الأساسية لهذا النظام، في حين تعتبر في الاقتصاد الحر حقيقة واقعية تركز على الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج وحرية المعاملات الاقتصادية انطلاقا من توازن العرض والطلب، لكن سرعان ما تلاشت هذه الأفكار بعد الأزمة الاقتصادية لسنة 1929، حيث توسع نشاطها ليشمل قطاعات مختلفة وأصبحت وسيلة لا غنى عنها لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية أنظر في ذلك: واضح رشيد، المؤسسة في التشريع الجزائري بين النظرية والتطبيق، ط1، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 31-36.

(2) أنظر المواد 2، 03 من القانون رقم 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

1- المتعامل الاقتصادي في إطار قانون الصفقات العمومية

تضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية عدة مصطلحات حسب كل مرحلة من مراحل مسار الصفقة العمومية لكن ما تهمنا هي مرحلة إبرامها لأنها المرحلة التي تخضع فيها الصفقة لقانون المنافسة، ومن هذا المنطق نجد أن المشرع يستخدم مصطلح المتعامل الاقتصادي كما نجده يستعمل مصطلح المرشح، المتعهد، المتعهد المقبول⁽¹⁾، المتعهد الأجنبي⁽²⁾، المتنافس⁽³⁾، حائز الصفقة⁽⁴⁾، إلا أنه لم يتطرق إلى تحديد مفهوم المتعامل الاقتصادي في الصفقات العمومية عكس ما ذهب إليه في توضيح المتعامل المتعاقد.

تطرق المشرع في القانون 23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية إلى تعريف المتعامل الاقتصادي بشكل ضمني بإعتباره طرف في الصفقة والذي يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا إما بصفة فردية أو في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات⁽⁵⁾، وهو نفس التعريف الذي أورده المشرع في تعريف المتعامل المتعاقد في المادة 37 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه "يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات كما هو محدد في المادة 81 أدناه".

وفقا لهذا المفهوم وبما أن مجال تطبيق قانون المنافسة يكون في زمن قبلي لمنح الصفقة العمومية فهي لا تشمل مرحلة تنفيذ الصفقة وبذلك لا يطبق على المتعامل المتعاقد لأنه الذي ترسو عليه الصفقة وتبرم معه المصلحة المتعاقدة العقد لتنفيذه، بل تطبيقه يشمل المتعامل الاقتصادي، أو المؤسسات، الذين يتنافسون فيما بينهم للحصول على الصفقة العمومية .

(1) المادة 99 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(3) المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(4) المواد 65، 67، 69، 74 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(5) المادة 3 من القانون رقم 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

لكن بالرجوع إلى المادة 26 من قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽¹⁾، حددت المتعامل الاقتصادي بشكل أكثر تفصيلا من خلال نصها على أن "...كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، ولو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ...".

يتصل المتعامل الاقتصادي بالمصلحة المتعاقدة بمناسبة صفقة عمومية، فيكون متعامل اقتصادي قبل الإبرام ومتعامل متعاقد بعده ولكل مرحلة أحكامها، ويتخذ صفة تاجر أو صناعي أو حرفي مقاول، سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، وهو غالبا شخص من أشخاص القانون الخاص، أو العام والظاهر أن المشرع الجزائري عمد إلى تغيير التسمية إلى المتعامل الاقتصادي وفي ذلك توحيد للمصطلح مع قانون المنافسة.

وعليه من خلال ما سبق تحليله يمكن تعريف المتعامل الاقتصادي في مجال الصفقات العمومية بأنه : "كل متعامل اقتصادي يرغب في الترشح في مجال الطلبات العمومية قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا يلتزم في إطار الصفقات العمومية إما فردى أو مجموعة أشخاص أو في إطار تجمع وطنيا كان أو أجنبيا"⁽²⁾.

2- مفهوم المتعامل الاقتصادي في إطار قانون المنافسة والقوانين المتعلقة به

لم يعرف المشرع مصطلح المؤسسة قبل صدور قانون المنافسة، واكتفى بالإشارة إليها فقط في بعض النصوص القانونية لاسيما في ظل المادة 02 من ق.ت.ج⁽³⁾، أين كان يطلق عليها

(1) قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر ج ج، عدد 14، صادر بتاريخ 08 مارس 2006، معدل ومتمم بموجب:

* أمر رقم 10-05 مؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر ج ج، عدد 50، صادر بتاريخ 01 سبتمبر 2010.

* قانون رقم 11-15، مؤرخ في 02 أوت 2011، ج ر ج ج، عدد 44، صادر بتاريخ 10 أوت 2011.

(2) عمرانى مصطفى، تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص التجريم في الصفقات العمومية، فرع قانون عام، جامعة الجبالي ليايس بسيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية (19 مارس 1962)، 2018/2019، ص 123.

(3) أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج، عدد 101 صادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.

مصطلح المقاول التي تعتبر ترجمة لكلمة (Enterprise) بالفرنسية والتي تقابلها بالعربية كلمة المشروع أو المؤسسة، كما تم ذكرها في المادة 549 من القانون المدني⁽¹⁾ لكن المقاول وفقا لأحكام هذا الأخير هي عبارة عن عقد يرد على أساس عمل، ولا علاقة لها بالمؤسسة الممارسة لنشاط اقتصادي أو تجاري⁽²⁾.

جاء مصطلح المؤسسة مع التطور القانوني لقانون المنافسة كبديل لمصطلح العون الاقتصادي الذي ورد في ظل الأمر 95-06 حيث عرفته المادة 03 منه كما يلي:
«يقصد بالعون الاقتصادي في مفهوم هذا الأمر كل شخص طبيعي أو معنوي مهما تكن صفته، يمارس نشاطات أو يقوم بأعمال منصوص عليها في المادة 2 أعلاه» .

إلا أنه في ظل الأمر رقم 03-03 استعمل المشرع مصطلح المؤسسة بمعناه الواسع مع الاحتفاظ بنفس المضمون، إلا أن المشرع الفرنسي لم يعرف المؤسسة في مفهوم القوانين المنظمة للمنافسة، حيث أشارت المادة 53 من قانون المنافسة الفرنسي⁽³⁾، المعدلة بموجب المادة -L410 1من القانون التجاري الفرنسي⁽⁴⁾، إلى عبارة نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات⁽⁵⁾.

عرف المشرع الجزائري المؤسسة في المادة 03 من الأمر 03-03 المتعلقة بالمنافسة المعدلة بمقتضى القانون 08-12 على أنها: « المؤسسة: كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد» .

حذا المشرع في تعريف المؤسسة حذو المحكمة الأوروبية والتي تعتبر مناط تطبيق قانون المنافسة في أحد قراراتها حول المؤسسة في ظل قانون المنافسة على أنها "وحدة اقتصادية من

(1) أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

(2) ولد رايح صافية، المركز القانوني للمقاول الخاصة في القانون الجزائري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007، ص 18-19 .

(3) L'ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (abrogée) JORF 9 décembre 1986. Voir: www.legifrance.gouv.fr.

(4) Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008, JORF du 5 août, 2008. Voir: www.legifrance.gouv.fr

(5) CHARBI Nicola, Le droit de la concurrence et le secteur public, L'Harmattan, France, 2002, p19.

وجهة نظر موضوع الاتفاق المعني، حتى ولو كانت هذه الوحدة الاقتصادية مكونة من الناحية القانونية من عدة أشخاص طبيعية أو معنوية⁽¹⁾.

رجح سبب تغيير المشرع الجزائري التسمية إلى مصطلح المؤسسة⁽²⁾، إلى متطلبات اتفاق الشراكة مع الإتحاد الأوروبي⁽³⁾، الذي فرض على الجزائر تعديل نصوصها بما يتلاءم مع النصوص القانونية للمجموعة الأوروبية، وهو ما جاء في بنود اتفاق الشراكة مع الإتحاد الأوروبي حيث ورد مصطلح المؤسسة بدلا من مصطلح العون الاقتصادي⁽⁴⁾، في حين أبقى المشرع على مصطلح العون الاقتصادي في ظل القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁽⁵⁾، والذي تنص المادة 03 منه على أن « يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

1- عون اقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها».

من خلال التعاريف السابق ذكرها يطغى الجانب الاقتصادي أكثر على مفهوم المؤسسة، وهذا من أجل الدلالة على مفهوم الوحدة الاقتصادية، بالرغم من الطابع القانوني لمعنى المؤسسة، التي تضم جميع الصور القانونية المنصوص عليها في القانون التجاري، والمدني، أو غيرها من

(1) لأكلي نادية، «مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة»، مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة»، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد السابع، فيفري/مارس 2016، ص 172.

(2) براهيم نوال، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2004، ص 21.

(3) الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع بالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7، والوثيقة النهائية المرفقة به، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل 2005، ج.ر.ج عدد 31 صادر بتاريخ 30 أبريل 2005.

(4) تنص المادة 41 من المرسوم الرئاسي 05-159، مرجع سابق على أنه «يتعارض ما يلي مع السير الحسن لهذا الاتفاق، طالما أنه من شأنه أن يؤثر على التبادلات بين المجموعة والجزائر:

(أ) كل الاتفاقات بين المؤسسات وكل القرارات لتجميع مؤسسات والممارسات المتفق عليها بين المؤسسات، التي يكون هدفها أو من أثرها منع المنافسة أو تحديدها أو تعطيلها.

(5) قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج عدد، 41، صادر بتاريخ 27 جوان 2004 معدل ومتمم.

الباب الأول الإطار القانوني لخضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

النصوص الأخرى⁽¹⁾، وللتعمق أكثر في هذا المفهوم نتطرق إلى ما ذهب إليه الفقه في تعريف المؤسسة أنها "شخصاً قانونياً يشتمل على عنصر رأسمالي من جهة، وبشري من جهة أخرى، حيث يساهم العنصر الأول في تكوين المؤسسة في حين يساهم العنصر الثاني في تسيير وإدارتها"⁽²⁾، أو هي "عبارة عن خلية اقتصادية والتي تشكل علاقات وروابط مع أعوان اقتصادية أخرى، تتداخل معها في مختلف الأسواق"⁽³⁾.

وبهذا تعتبر المؤسسة محركاً لاقتصاد السوق فلا يمكن أن تمثل مفهوماً قانونياً حقيقياً وإنما تتماثل بالأحرى بما سماه القانونيون معياراً قاعدة من الدرجة الثانية معدة لإعمال قواعد أخرى بتعديل تطبيقهما⁽⁴⁾، إذ أنه لا يرتبط مفهوم المؤسسة قانوناً بموضوع ثابت بل تتغير بالنظر إلى فرع القانون الذي تتواجد فيه⁽⁵⁾، وبالتالي فإنها مجموعة مشخصة قانونياً تمارس نشاطات اقتصادية، وإن كان يقل الاهتمام بالصفة القانونية للمؤسسة من حيث المبدأ لأنها مهما كانت مجموعة خاصة أو عامة، تجارية أو غير تجارية، تتدخل في السوق وتحركه⁽⁶⁾.

أخذ المشرع الجزائري بالتعريف الوظيفي والاقتصادي لا القانوني ومن أجل متطلبات تطبيق قانون المنافسة تم استبعاد واجتباب التكييف أو المركز القانوني للكيان المتدخل في السوق⁽⁷⁾، من خلال العبارات "مهما تكن صفته"، "أيا كانت طبيعته"، "أيا كانت صفته القانونية"، "كل شخص معنوي أو طبيعي"، وبهذا يمكن القول أن المشرع لا يميز بين الأشخاص الخاضعة لقانون

(1) بن يسعد عذراء، «مبدأ حظر الإتفاقات وإعماله في مجال الصفقات العمومية»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، المجلد 27، عدد 1، جوان 2016، ص 245.

(2) GUEVEL Didier, Droit de commerce et des affaires, 3^{ème} éd., L.G.D.J., 2007, p118.

(3) CONSO Pierre, la gestion financière de l'entreprise, 8^{ème} édition, Duodod, Paris 2000, p60.

(4) بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، الفرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 08.

(5) قادية عبد الله، «الإطار القانوني للمؤسسة العمومية في الجزائر كعون اقتصادي»، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 1، يونيو 2019، ص 611.

(6) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 6 ديسمبر 2012، ص 15.

(7) ZOUAIMIA Rachid, «Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence», Revue critique de droit et sciences politiques, Faculté de droit, Université Mouloud MAMMERRI, Tizi-Ouzou, n° 1, 2012, p 11.

المنافسة، فمهما كانت صفتهم وتسميتهم فإنها لا تخرج عن إطار الشخص الذي يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد، لنذهب في ذلك إلى أن المتعاملون الاقتصاديون هم أعوان اقتصاديون يضمنون توزيع الإنتاج أو الخدمات⁽¹⁾، فأى كيان يمارس نشاطا اقتصاديا ينطبق عليهم اسم مؤسسة بمفهوم قانون المنافسة⁽²⁾.

ما يلاحظ في هذا الإطار أن المتعامل الاقتصادي في مجال الصفقات العمومية يعتبر مؤسسة في مفهوم قانون المنافسة باعتباره مشروع يشترك فيه إلى جانب الأموال عناصر بشرية والتي قد تكون أشخاص طبيعية أو شخصا معنويا كشركة أو جمعية تتدخل في النشاط الاقتصادي⁽³⁾، مما يبين اتصال المفهوم القانوني للمؤسسة بمفهومها الاقتصادي بل تركز المؤسسة على المفهومين معا والجمع بينهما يؤدي إلى إنتاج سلع وخدمات من أجل بيعها في السوق يجني من ورائه ربح مادي وتحقيق مصلحة خاصة⁽⁴⁾، وبهذا فإن الوظيفة الأساسية للمتعامل الاقتصادي باعتباره مؤسسة تكمن في إنتاج السلع والخدمات وعرضها في سوق الطلبات العمومية بوجود الطلب بمفهوم قانون المنافسة.

ثانيا: تصنيفات المتعامل الاقتصادي باعتباره مؤسسة يخضع لقانون المنافسة

يأخذ المتعامل الاقتصادي أو المؤسسة من زاوية النظر إليها من الناحية القانونية عدة أشكال فقد تكون شخص طبيعي سواء كان تاجرا أو حرفيا كما يمكن أن تتمثل في شخص معنوي عام أو خاص كالشركة⁽⁵⁾، لكن لا تخرج في مجملها من المجال الاقتصادي الذين يمارسون فيه نشاطهم ويخضعون فيه في أن واحد للقوانين والنصوص التنظيمية التي تنظمه وتحكم شروط ممارسته، وأهمها الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، وقانون الصفقات العمومية.

(1) «Les opérateurs sont les agents économiques qui assurent la distribution des produits ou services » Voir FERIÉR Didier, Droit de la distribution, 5^{ème} éd, Litec, Paris, 2008, p13.

(2) CHARBI Nicola, Le droit de la concurrence ..., op.cit,p.21

(3) كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2005، ص 93.

(4) FRISON ROCHE Marie Anne, BONFILS Sébastien, Les grandes questions du droit économique, 1^{ème} édition, Presses universitaire de France, Paris, 2005, pp66-67.

(5) بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي...، مرجع سابق، ص 7.

1- الشخص الطبيعي:

تختلف تسمية الأشخاص الطبيعية وفق القوانين التي تخضع له فيعتبر في قانون المنافسة منافس شرعي حر في السوق يخضع لشروط ممارسة المنافسة، كما يعتبر في قانون الصفقات العمومية متعامل اقتصادي متنافس يخضع لقواعد المنافسة في سوق الطلبات العمومية، من أجل نيل الصفقة العمومية، كما يعتبر في نظر قانون الممارسات التجارية تاجر مهني أو محترف يمارس نشاطه في الإطار المهني المعتاد وبما أن تطبيق قانون المنافسة يركز على ممارسة النشاط الاقتصادي فإننا سندرسها من هذا الجانب.

أ- التاجر:

يطلق على المتعامل الاقتصادي أو المؤسسة مصطلح التاجر وفق القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، وتعرفه المادة 01 من الأمر رقم 75-59 من ق.ت.ج على أنه "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له والشركات التجارية هي أعمال تجارية بحسب الشكل وقد نظمها القانون التجاري ووضع قواعد سيرها"⁽¹⁾.

يتبين أن تعريف التاجر لا يرتبط بانتمائه إلى هيئة أو طائفة معينة وإنما بالعمل الذي يمارسه ذلك أن احتراف العمل التجاري هو مباشرته بشكل اعتيادي على سبيل الامتحان وبتوافر الشروط سواء الشكلية والموضوعية لاكتساب صفة التاجر⁽²⁾، يلزم على هذا الأخير مسك الدفاتر التجارية والقيود في السجل التجاري، وفي هذا السياق فإن التاجر يعتبر أحد أصناف المؤسسات ومجال تطبيق الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة ويقع عليه التزام بعدم القيام بسلوكات منافية للمنافسة وغير مشروعة حماية للتجارة وسمعة التاجر، طبقا لنص المادة 09 من ق.ت.ج⁽³⁾، وطبقا للمواد 6، 7 من قانون المنافسة.

(1) المادة الأولى من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(2) لا يكفي القيام بالأعمال للقول بتوافر صفة التاجر، ضف إلى ذلك شرط الاستقلالية والقيام بالأعمال التجارية على سبيل الاحتراف، كما يلزم التمتع بالأهلية اللازمة لمباشرة الأعمال التجارية حسب المادتين 05 و06 من القانون التجاري. للتفصيل في الموضوع أنظر في ذلك: بوعجاجة منال، العون الاقتصادي في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع: القانون الخاص، جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2022، ص 11 ما يليها.

(3) الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

ب- المنتج (المحترف):

اعتبر المشرع الجزائري المتعامل الاقتصادي أو المؤسسة منتجا في النصوص المتعلقة بحماية المستهلك وقمع الغش⁽¹⁾ دون إعطاء تعريف خاص به وقد أورد تسمية المنتج تحت تسمية المحترف حسب المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات⁽²⁾، حيث جاء فيها بأن "المحترف هو منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك".

ولكن مهما تعددت التسميات واختلفت فإنها مقيدة بالضوابط التشريعية والتنظيمية عامة وقانون المنافسة خاصة لغرض منع أي انحراف أو إساءة للمنافسة، لأن إقرار حرية المنافسة لا تعني الفوضى في التجارة والتلاعب بقانون العرض والطلب، والمنافسة الغير المشروعة تقتل المنافسة الشريفة والنزيهة وتؤدي إلى تقييد المعاملات التجارية وبروز الاحتكارات التي تضر بالاقتصاد وبمصلحة المستهلكين⁽³⁾.

2- الأشخاص المعنوية:

يكون المتعامل الاقتصادي شخصا معنويا خاص أو عام ويأخذ شكل شركات وتجمعات.

أ- الشركات

وردت الأحكام الخاصة بالشركات في كل من القانون المدني والقانون التجاري، حيث خصص القانون المدني الشركات في المواد من 416 إلى 449 وتمثل هذه المواد الأحكام العامة

(1) مرسوم تنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 30 جانفي 1990، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج ر ج ج، عدد 5، صادر بتاريخ 31 جانفي 1990، معدل ومتمم بموجب:

* المرسوم التنفيذي رقم 01-15 مؤرخ في 16 أكتوبر 2001، ج ر ج ج عدد 61، صادر في 21 أكتوبر 2001.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 90-266 مؤرخ في 15 سبتمبر 1990، يتعلق بضمان المنتجات والخدمات، ج ر ج ج عدد 40، صادر بتاريخ 19 سبتمبر 1990.

(3) بوجميل عادل، «المركز القانوني للوعون الاقتصادي في التشريع الجزائري في ظل التحولات الاقتصادية»، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد 06، العدد 02، 2020، ص 782.

الباب الأول الإطار القانوني لخضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

بالإضافة إلى أركان الشركة وإرادتها وأثارها وانقضائها وكذلك تصنيفها وقسمتها، وتعد هذه القواعد الشرعية العامة التي تخضع لها كل الشركات سواء كانت شركات مدنية أو شركات تجارية⁽¹⁾.

نظم المشرع الشركات التجارية في المواد 544 إلى 840 ق.ت.ج وتتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية أعضائها، فهي أداة المشروع التجاري تتألف أصلا من عناصر مادية وغير مادية يرمي جميعها وتنظيمها لممارسة مهنة تجارية لا تتسم بطابع عام.

تشمل الشركات التجارية شركات الأشخاص⁽²⁾، وشركات الأموال⁽³⁾، وتخضع للقواعد التي تحكم المنافسة بين المؤسسات أي يطبق عليها الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، ولا يمكن الاعتراض على تطبيق قانون المنافسة في حالة حل الشركة بعد عملية إعادة هيكلتها لأن المؤسسة عبارة عن مجموعة موحدة تتمتع باستقلاليتها في ممارسة النشاط الاقتصادي، وعليه فإن الشركات التي تفقد شخصيتها المعنوية يمكن اعتبارها مؤسسة⁽⁴⁾.

استنادا لهذا يمكن القول أن المؤسسة مصطلحا عاما وواسعا يندرج ضمنه العديد من المتعاملين الاقتصاديين، إذ أن مفهوم المؤسسة أشمل من مفهوم المتعامل الاقتصادي تطبق وفقا لأحكام هذا القانون الواسع على أوضاع مختلفة جدا من المنتج الصغير الذي يعمل لوحده، حتى الشركة الخاصة الكبيرة أو المتوسطة وكذلك المؤسسات العامة، وقد تكون ذات الشخص الواحد، بالنسبة للشركة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة المنصوص عليها في المادة 564 من ق.ت.ج، كما تشمل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، حيث عرفت المادة 5 من القانون رقم 02-17 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة⁽⁵⁾ على أن تعرف المؤسسة الصغيرة والمتوسطة مهما كانت طبيعتها القانونية، بأنها مؤسسات إنتاج السلع و/أو الخدمات:

تشمل من واحد (1) إلى مائتين وخمسين (250 شخصا)،

(1) عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2000، ص 145.

(2) تتمثل شركات الأشخاص في: الشركات التضامن، شركة التوصية البسيطة، شركة المحاصة.

(3) تتمثل شركات الأموال الشركة المساهمة شركة التوصية بالأسهم، شركة ذات المسؤولية المحدودة.

(4) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص 15.

(5) قانون رقم 02-17 مؤرخ في 10 جانفي 2017، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج.ر.ج.ج.

عدد 02، صادر بتاريخ 11 جانفي 2017.

لا يتجاوز رقم أعمالها السنوي أربعة (4) ملايين دينار جزائري، أو لا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية مليار (1) دينار جزائري.

ب- تجمع المؤسسات

تتخذ المؤسسات شكل مؤسسة منفرد أو مجموعة مؤسسات وفق المادة 3 من القانون 23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، وتعتبر فكرة المؤسسة المتجمعة إحدى السمات المميزة لاقتصاد السوق، والتي تتجلى في اندماج المؤسسات الاقتصادية مما يساهم في بروز وحدات اقتصادية ضخمة بغرض السيطرة على قطاع معين من قطاعات النشاط الاقتصادي طبقاً لمقتضيات مبدأ حرية المنافسة وفي حدود ما يسمح به القانون.

يهدف تجمع المؤسسات الاقتصادية إلى تجسيد طاقات فنية وقدرات إدارية ومالية كبيرة بالإضافة إلى تخفيض النفقات العامة وتقليل المخاطر التي تتعرض لها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة خاصة، حيث تلجأ هذه الأخيرة إلى التجمع فيما بينها كوسيلة للدفاع عن نفسها ضد تهديدات المؤسسات الاقتصادية الكبرى وضمان بقائها في السوق⁽¹⁾.

سمح المشرع الجزائري في قانون المنافسة باللجوء إلى التجميعات الاقتصادية حفاظاً على الاقتصاد الوطني وتطوره، حيث نص المشرع صراحة على مختلف أشكال التجميع التي قد تتم بين المؤسسات والأعوان الاقتصاديين والتي قد تأخذ شكل الاندماج، المراقبة، مؤسسات مشتركة⁽²⁾، كما كرس القانون 23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية الجديد إلى تجمع المؤسسات في إشارته في المادتين 44 و 55⁽³⁾، وذلك أفضل ما فعل المشرع الجزائري بإضافة تجمع المؤسسات المؤقت بصورته الحديثة، وإن كان من المستحسن إدراجه في نص المادة 15 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

يخاطب قانون المنافسة المؤسسة بصفتها أشخاص طبيعية أو معنوية، وهذه الأخيرة قد تكون مؤسسات خاصة أو عامة وإذا كانت المؤسسة الخاصة لا تطرح إشكال من حيث الطابع

(1) بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي...، مرجع سابق، ص 10.

(2) المادة 15 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم.

(3) المادتين 57 و 81 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام.

الاقتصادي والإطار القانوني الذي تخضع له، بحيث يمتد تطبيق قانون المنافسة إليها، إلا أن الأمر لا يبدو كذلك بالنسبة لأشخاص القانون العام، لذا يثار إشكال كبير بخصوص السماح لأشخاص القانون العام بالمشاركة في الصفقات العمومية إلى جانب أشخاص القانون الخاص⁽¹⁾.

يذهب البعض إلى القول أنه إذا كانت الأنشطة الخاصة لا يمكن ممارستها والقيام بها على نحو تنافسي مع الاحتكارات العمومية، فإنه من المفروض أن هذه الأخيرة يجب استثنائها واستبعادها من نطاق مبدأ حرية التنافس والترشح بتقديم العروض من أجل التعاقد في الصفقة العمومية، ويبرر هذا الحظر أن الأمر لا يتفق مع قواعد المنافسة لمخالفته مبدأ حرية التجارة والصناعة خاصة في ظل وجود عروض من جانب القطاع الخاص⁽²⁾.

رغم كون هذا الطرح قد تجاوزه الزمن بالنسبة للكثيرين فإن مبدأ حرية المنافسة لم يعد يستبعد الشخص العام لأنه لم يعد هناك تمييز مسبق بين القائمين بالنشاط، خصوصا بعد التحولات المهمة للقضاء الإداري بشأن مبدأ حرية المنافسة، فأصبحت فكرة المصلحة العامة تبرر مبادرة الأشخاص العامة في جميع الظروف⁽³⁾، الأمر الذي من أجله رأى مجلس الدولة الفرنسي في رده على تساؤل تلقاه من طرف المحكمة الإدارية حول مدى إمكانية مشاركة شخص عام إلى جانب بقية المتعاملين الاقتصاديين في صفقة عمومية، أنه لا يوجد أي مبدأ أو أي نص قانوني يمنع الشخص العام من الترشح لنيل الصفقات العمومية⁽⁴⁾.

سمح هذا المبدأ بمبادرة الأشخاص العمومية في النشاط الاقتصادي ومبرر ذلك أنه يساعد في تحسين العرض والخدمات المقدمة كما يعزز القدرة الشرائية خاصة إذا كانت تواجه أسعاراً جد مرتفعة يفرضها المتعاملون الاقتصاديون الخواص⁽⁵⁾، وعليه أصبحت القاعدة العامة أن الصفة

(1) للتفصيل في الموضوع: أنظر رقرقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية، دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، فرع: التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، (19 مارس 1962)، 2018، ص 40

(2) تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011، ص 265.

(3) مرجع نفسه، ص 265.

(4) نقلا عن: رقرقي محمد زكرياء، مرجع سابق، ص 40.

(5) جلال مسعد، «مدى إخضاع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود

معمر تيزي وزو، العدد 1، 2014، ص 144.

الباب الأول الإطار القانوني لخضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

العمومية للمرافق العامة لا تحول دون تطبيق قواعد المنافسة⁽¹⁾، فلا تشكل الطبيعة الخاصة أو العامة للمؤسسة معيار حاسم في تحديد مجال تطبيق قانون المنافسة، إلا إذا كانت المؤسسة العمومية تمارس نشاطا اقتصاديا⁽²⁾.

يجب أن تكون المؤسسة العمومية في نفس مرتبة الخواص وبعيدة تماما عن كل الامتيازات التي كانت تتمتع بها باعتبارها سلطة عامة، وحتى إذا تمتعت ببعضها فيجب أن لا تستغلها لظهورها كمركز قوة مقارنة بالخواص، وما يهمننا في هذا هو أشخاص القانون العام التي تخضع لقواعد المنافسة إذا تصرفت فعلا كمؤسسة أو متعامل اقتصادي في إطار المجال التنافسي⁽³⁾.

تتخذ الأشخاص العمومية التي تتصرف كمؤسسة أو متعامل اقتصادي في إطار المجال التنافسي في شكل المؤسسات العمومية الاقتصادية فهي تعتبر من أشخاص القانون الخاص، كما يمكن أن تأخذ شكل المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والتي بإمكانها تقديم عروض في الصفقات العمومية، والدخول في منافسة مع المؤسسات التابعة للقطاع الخاص، هذه المؤسسات تخضع لقواعد قانون المنافسة باعتبارها تمارس نشاطات تجارية مشابهة لتلك النشاطات التي يقوم بها المتعاملون الاقتصاديون الخواص، وبالتالي فهي ملزمة بالامتثال للقواعد المنصوص عليها في قانون المنافسة⁽⁴⁾.

تبقى المؤسسة أحد المفاهيم الأولوية والمميزة لقانون المنافسة باعتبارها الموضوع الحقيقي له⁽⁵⁾، فهي أحد مواضيع هذا القانون حيث يقع التنافس بين مؤسسات متواجدة في نفس السوق، وهي الركيزة الأولى فيه وبدونها لا توجد السوق بمعنى قانون المنافسة.

(1) تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي ...، مرجع سابق، ص 265.

(2) POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine, « La politique de la concurrence », RTD com, n° 01, Dalloz, Janvier/Mars 2002, p 385.

(3) عطوي مريم، بن الشيخ نور الدين، «قواعد المنافسة في إطار الصفقات العمومية وفقا للقانون الجزائري»، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة العربي التبسي تبسة، المجلد 4، العدد 2، سبتمبر 2019، ص ص 100-101.

(4) شايب الراس عبد القادر، المؤسسة العمومية ومبدأ المنافسة، مذكرة للحصول على شهادة ماجستير في القانون العام الاقتصادي جامعة وهران 2، 2017، ص 42.

(5) لاكلبي نادية، «مفهوم المؤسسة...»، مرجع سابق، ص 171.

الفرع الثاني

معيار النشاط الاقتصادي من مظاهر خضوع المتعامل الاقتصادي لقانون المنافسة

ولدت المؤسسة كموضوع لقانون المنافسة من الاقتصاد وضبطت بموجبه، وباعتبار أن النشاط الاقتصادي هو المعيار المادي لتحديد المؤسسة دون القانون⁽¹⁾، ودون الأخذ بمفهوم الشخصية القانونية فالعبرة إذا تتعلق بممارسة النشاط الاقتصادي لا الشكل القانوني للكيان، فممارسة النشاط الاقتصادي المتمثل في الإنتاج والتوزيع والخدمات والاستيراد هو الذي يضيء صفة المؤسسة على المتعامل الاقتصادي في مجال الصفقات العمومية، وبالتالي فهو معيارا ضروريا في تكييفها وتطبيق قانون المنافسة، لهذا سنتطرق إلى تحديد الأنشطة الاقتصادية (أولا)، إلا أن هذا المعيار لا يكفي وحده في سوق الطلبات العمومية، بل يجب توفر شروط أخرى من شأنها أن تمنح مركز قانوني للمتعامل الاقتصادي وفقا لأحكام قانون المنافسة (ثانيا).

أولا: ممارسة المتعامل الاقتصادي النشاط الاقتصادي في سوق الطلبات العمومية.

يتجلى الطابع الاقتصادي وفق قانون المنافسة في خضوع جميع النشاطات الاقتصادية لقانون المنافسة، وبهذا المعنى تبنى المشرع المعنى الواسع لمفهوم النشاط الاقتصادي مهما كانت طبيعته⁽²⁾، وعرفت اللجنة الأوروبية النشاط الاقتصادي على أنه: «ذلك النشاط الذي يقوم أساسا على عملية عرض سلع أو خدمات داخل سوق معينة»⁽³⁾.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف النشاط الاقتصادي، وإنما نص في المادة 02 من الأمر رقم 03-03 على أن مجال تطبيق هذا الأمر يشمل نشاطات الإنتاج، التوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون إذا كانت لا تتدرج ضمن إطار أداء مهام المرفق

(1) بن حملة سامي، قانون المنافسة، دراسة في ضوء التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ومقارنة تشريعات المنافسة الحديثة، منشورات نوميديا للطباعة والنشر، الجزائر، 2016، ص 48.

(2) مرجع نفسه، ص 46.

(3) «activité économique une activité consistant à offrir des biens ou des services sur une marché donné.» cité par: AVGERI Parthenia, MAGNILLAT Marie-Pierre, Entreprises Concurrence et Europe, 3^{ème} édition, Sup Foucher, F.E.D.E, Paris, 2009, p9.

الباب الأول الإطار القانوني لخضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة، فأخضع كل النشاطات التي تظهر في السوق إلى قانون المنافسة بما فيها سوق الصفقات العمومية⁽¹⁾.

حدد المشرع الجزائري النشاط الاقتصادي وفق قانون المنافسة بنشاط الإنتاج، التوزيع، الخدمات، وهو المعيار المادي المعتمد للتمييز بين مختلف النشاطات وبهذا فالوظيفة الأساسية للمتعاقل الاقتصادي تكمن في إنتاج السلع والخدمات قصد تبادلها في السوق والتي تتميز بأنها تجارية⁽²⁾، تهدف إلى تحقيق الربح⁽³⁾، وإذا كان هذا الأخير هو أساس العمل التجاري فإن غياب هذا الهدف لا يعطل تطبيق قانون المنافسة⁽⁴⁾ ذلك أن جوهر النشاط الاقتصادي هو التبادل الاقتصادي، وعليه سنحاول إعطاء تعريف لكل من: الإنتاج، التوزيع، الخدمات، الاستيراد.

1 - الإنتاج:

عرف المشرع الجزائري نشاط الإنتاج في المادة 9/3 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽⁵⁾ على أنه: "العمليات التي تتمثل في تربية المواشي وجمع المحصول والجني والصيد البحري والذبح والمعالجة والتصنيع والتحويل والتركيب وتوضيب المنتج، بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه وهذا قبل تسويقه الأول".

يهدف نشاط الإنتاج إلى الاستفادة من المواد الخام المتوافرة ومنتجات الصناعات الأخرى واستغلالها لإنتاج سلع تامة الصنع تساهم في تلبية احتياجات وأذواق المستهلكين، كما تستهدف

(1) عزوز كريمة، «مفهوم المؤسسة ومعايير تكيفها ضمن قانون المنافسة»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، المجلد 32، عدد2، جوان 2021، ص 50.

(2) جواد عفاف، حماية المنافسة من الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، فرع قانون أعمال، تخصص منافسة واستهلاك، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2018، ص 164.

(3) FRANCOIS Souty, Les collectivités locales et le droit de la concurrence, Dexia, paris, 2003, P257.

(4) DECOCQ André et DECOCQ Georges, Droit de la concurrence interne et communautaire, 2^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2004, p52.

(5) قانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مؤرخ في 25 فبراير 2009، ج ر ج ج، عدد 15 صادر في 8 مارس 2009، معدل ومتم بموجب:

*قانون رقم 09-18 المؤرخ في 10 يونيو 2018، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر ج ج، عدد 13، صادر بتاريخ 13 يونيو 2018.

نشاطات الإنتاج إلى العمل على إنتاج الصناعات الحرفية والسلع الغذائية والاستهلاكية التي يتم الحصول عليها من الخارج⁽¹⁾، مما يساهم في سد جانب من احتياجات السوق المحلي.

2- التوزيع

تعتبر الأنشطة الاقتصادية في علم الاقتصاد مترابطة ومكملة لبعضها البعض، إذ تستتبع عملية الإنتاج بعملية لا تقل أهمية عنها وتلحقها بالضرورة وهي عملية التوزيع، فيستعمل النشاط الاقتصادي وسائل ليحقق أهدافه، فالإنتاج هو صنع سلع وخدمات باستعمال وسائل عمل وموارد طبيعية وآلات⁽²⁾، والتوزيع هو تقسيم السلع بين الناس ويحتاج بدوره إلى وسائل توزيع، فإذا كان الإنتاج هو محور الاقتصاد فالتوزيع هدفه وغايته، وبهذا يعتبر الركيزة الأساسية من الركائز التي تقوم عليها الدورة التجارية للمنتجات والتي عادة ما تمر بمراحل ثلاث هي الإنتاج، التوزيع والاستهلاك، وبذلك فهو مرحلة وسطية بين الإنتاج والاستهلاك⁽³⁾، ولم يشترط المشرع مصدر إنتاج السلعة فسواء كانت سلعة محلية وطنية أو سلعة مستوردة⁽⁴⁾.

يقتضي على المتعاملون الاقتصاديون الناشطون في مجال التوزيع الاهتمام والدراسة التامة ببحوث ومسالك التوزيع، من أجل تطوير كفاءتهم في هذا المجال عبر المناطق المختلفة للسوق، وضمان الاعتماد عليهم من طرف المنتجين والصناعيين دون إحلال غيرهم محلهم⁽⁵⁾، بتزويد السوق بما يجب أن يتوفر عليه من المنتجات والسلع.

3- نشاطات الخدمات

عرف المشرع الجزائري الخدمة في نص المادة 17/03 من القانون 03-09 المتعلق بالمستهلك وقمع الغش⁽⁶⁾، والتي تنص على أنه "كل عمل مقدم غير تسليم السلعة، حتى ولو كان

(1) شروط حسين، شرح قانون المنافسة، على ضوء الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم بالقانون رقم 12-08 المعدل والمتمم، بالقانون رقم 05-10 وفقا لقرارات مجلس المنافسة)، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 29.

(2) ونادي رشيد، «آلية تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي عبر سياستها المالية»، مجلة الأبحاث الاقتصادية، جامعة سعد دحلب البلدية، المجلد 05، العدد 04، ديسمبر 2010، ص 191.

(3) بن زيدان زويينة، عقود التوزيع في إطار قانون المنافسة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2017، ص 3.

(4) شروط حسين، مرجع سابق، ص 29.

(5) بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي... مرجع سابق، ص 25.

(6) مرسوم تنفيذي رقم 90-39، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، معدل ومتمم، مرجع سابق.

هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة⁽¹⁾ ولكن بالرجوع إلى المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 90-39، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، نجد أنها قد عرفت الخدمة على أنه "كل مجهود يقدم ما عدا تسليم المنتج، ولو كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدم أو دعما له". بناء على هذه التعاريف، فالخدمات تتمثل في تقديم عرض عمل في السوق، والخدمة في المجال العمومي هي نشاط وليس تنظيما، بحيث هناك نشاطات معينة ومنتوعة مثل الوظائف الأساسية التي تقوم بها الدولة والتي تضمن وتستهدف الصالح العام⁽¹⁾.

4- الاستيراد

يعتبر الاستيراد من النشاطات الاقتصادية الهامة الذي تقوم به الدولة في منظومة الاقتصاد ومهما كان حجم التطور الاقتصادي للدولة فإنها لا تستغني عن عملية الاستيراد سواء كان ذلك راجع إلى انعدام الموارد الطبيعية أو نقص الإمكانيات والخبرات أو عدم تحقيق الاكتفاء الذاتي للدولة بخصوص منتج ما، فهو بالتالي عملية إدخال سلع وخدمات أجنبية للسوق الوطنية عبر حدودها الجمركية من خلال القيام بإجراءات يحكمها القانون.

اعتبر المشرع الجزائري الاستيراد من عمليات التسويق وهذا حسب المادة 02 في فقرتها 07 من المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش بنصها على أنه "مجموع العمليات التي تشمل خزن كل المنتوجات بالجملة ونصف الجملة ونقلها وحيازتها وعرضها قصد البيع أو التنازل عنها مجانا ومنها الاستيراد والتصدير وتقديم الخدمات".

يطبق قانون المنافسة كأصل عام كلما تعلق الأمر بممارسات تمت داخل مجال النشاط الاقتصادي، وبمفهوم آخر يمكن القول أنه يتم إعمال قواعده على كل سوق تنافسية، متى توفر عنصر العرض والطلب بشأن منتج أو خدمة⁽²⁾، وهذا ما أدى إلى اعتماد معايير مرنة، تتسع للعديد من النشاطات والأشخاص، لذلك فإن المشرع لم يكتف من أجل إخضاع النشاطات الاقتصادية لقواعد المنافسة على التعريف الوارد في نصوص القانون التجاري بشأن الأعمال التجارية لعدم كفاية هذا التعريف أو التقسيم للتعبير عن السياسة العامة المبتغاة من وراء تشريع قانون المنافسة، بل وامتد حتى إلى الصفقات العمومية.

(1) صويلح كريمة، تطبيق قانون المنافسة على أشخاص القانون العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص31.

(2) ZOUAIMIA Rachid, Le droit de la concurrence, édition Belkeise, Alger, 2012, p22.

بالرجوع إلى المادة 2/24 من القانون 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية والتي تنص على أنه " تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر، إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، إنجاز الدراسات، تقديم الخدمات"¹

من خلال نص المادة يمكن القول أن العروض التي تقدم من طرف المتعاملين الاقتصاديين في شكل نشاط إنتاج أو توزيع أو خدمات، وتمارس بصفة دائمة وليس بصفة عرضية⁽¹⁾، تخضع لأحكام قانون المنافسة في حالة ارتكابها سلوكات منافية للمنافسة في سوق الطلبات العمومية، باعتبار أن التأهيل القانوني والمهني للمتعاملين الاقتصاديين للمشاركة في الترشح من أجل نيل الصفقة العمومية هو في حد ذاته قرينة حاسمة على تخصصهم في مجال أنشطة الإنتاج والتوزيع والخدمات ولأنه لا يمكن أن يكون صناعيا من يريده، كما أن عناصر الثقافة والكفاءة المهنية لا يمكن الاستغناء عنهما ونحن في عصر يقوم على العلم والمعرفة بالأساس⁽²⁾، وبالرجوع لأحكام قانون الصفقات العمومية نجد أنه يشترط التأهيل القانوني للمتعامل الاقتصادي للحصول على عرض الصفقة وتنفيذها، بالتالي الأعمال التي يتنافسون من أجل إنجازها لفائدة المصلحة المتعاقدة والمتمثلة في إنجاز الأشغال أو تقديم منتجات أو تقديم خدمات والدراسات وغيرها من الخدمات، تندرج لا محالة ضمن الأنشطة الاقتصادية⁽³⁾، والتي تخضع بدورها لأحكام قانون المنافسة.

ثانيا: المركز القانوني للمتعامل الاقتصادي في سوق الطلبات العمومية

يعد معيار النشاط الاقتصادي مهم من جانب تطبيق قانون المنافسة إلا أنه في سوق الطلبات العمومية، يرتبط بتوفر مجموعة من الشروط الأخرى تحكمها قواعد قانون المنافسة والصفقات العمومية التي من شأنها أن تمنح مركزا قانونيا للمتعامل الاقتصادي، منها أن تظهر هذه المؤسسة كعون اقتصادي عارض في السوق التنافسية للطلبات العمومية⁽¹⁾، وأن يكون في مركز تنافسي في السوق⁽²⁾، مع ممارسة النشاط الاقتصادي باستقلالية⁽³⁾.

(1) كتو محمد شريف، الممارسات المنافية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 92.

(2) فايد ياسين، قانون المنافسة والأشخاص المعنوية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2000، ص 59.

(3) رراقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 61.

1 - المتعامل الاقتصادي في مركز العارض في سوق الطلبات العمومية

يتمثل النشاط الاقتصادي في عرض أموال أو خدمات في السوق المعطى، ويعتبر هذا الأخير المكان التي تمارس فيها المؤسسة نشاطاتها التجارية، بحيث يلتقي فيه العرض والطلب على السلع والخدمات وقد عرف المشرع الجزائري السوق في المادة 03 من الأمر رقم 03-03 على أنه "السوق: كل سوق سلع أو الخدمات المعينة بممارسات مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية لاسيما بسبب مميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها تلك السلع أو الخدمات المعنية".

فالسوق بمفهوم قانون المنافسة ليس هو نفسه السوق بالمفهوم المكاني التي تكون مخصصة لممارسة النشاط التجاري وإنما هي السوق بالمفهوم الاقتصادي الذي تظهر فيه مختلف العروض والطلبات على السلع والخدمات الممارسة من طرف المؤسسة الاقتصادية، وبهذا يكون كل إطار يتم فيه التعامل والتعاقد على الصفقات التجارية يسمى سوقا، وتشمل الموضع المادي الحقيقي الذي يتم فيه البيع والشراء⁽¹⁾، وبهذا نعطي تعريفا واسعا للسوق بأنها "مكان تلاقي عروض البائعين بطلبات المشترين، والتي تتوازن عند سعر معين"⁽²⁾.

وبهذا تكون سوق الطلبات العمومية موضع تطبيق قانون المنافسة فقد يظهر أطراف الصفقة كطالب للسلع أو الخدمة، فيكون في نفس المركز الذي يوجد فيه المستهلك العادي وفي هذه الحالة لا يسعى إلى منافسة أي متعامل اقتصادي في السوق إلا أن طلبه قد يؤثر على المنافسة في السوق، كما أنه قد يظهر كعارض للخدمة أو السلعة داخل السوق ويسعى من وراء ذلك إلى تقديم خدمة عمومية أو تحسينها أو تطويرها وفي هذه الحالة يكون في مركز المتعامل الاقتصادي الذي يحاول غزو السوق والذي يخضع لأحكام قانون المنافسة، فلا توجد أية أحكام في قواعده من شأنها أن تمنع هاته الأشخاص من الاعتراف بصفة العارض أو الطالب⁽³⁾.

يقتضي النشاط الاقتصادي كمييار لتطبيق قانون المنافسة وجود علاقة بين العرض والطلب على منتج أو خدمة في سوق معينة فعلاقة العرض والطلب هي آليات السوق ولولا وجود هذه الآليات لما تولد احتمال ارتكاب سلوكات منافية للمنافسة، وبما أن علاقة العرض والطلب تتطلب

(1) تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي ...، مرجع سابق، ص 29.

(2) قايد ياسين، قانون المنافسة ...، مرجع سابق، ص 59.

(3) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة ...، مرجع سابق، ص 15.

وجود طالب وعارض، وهذا الأخير مخاطب بأحكام قانون المنافسة والمعني بممارسة النشاط الاقتصادي في سوق الطلبات العمومية، لأن من يمثل الطالب في السوق لا يمارس بالضرورة نشاطا اقتصاديا.

3- المتعامل الاقتصادي في مركز تنافسي في سوق الطلبات العمومية

يحق لكل شخص أو هيئة مهما كانت صفتهم المشاركة في طلب العروض في سوق الطلبات العمومية دون منع المصلحة المتعاقدة لأي أحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه باعتبار أن الجهة الراغبة في التوريد باللوازم أو الأشغال أو الخدمات موضوع طلب العروض تستفيد من المنافسة بين أصحاب العروض لإرساء الصفقة على أحسن عرض، فيكون ممارسة مهامها على النحو الذي لا يؤدي إلى منع حرية المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها.

لأجل معرفة متى تخضع المؤسسة العارضة في سوق الطلبات العمومية لقانون المنافسة، نرجع في ذلك إلى اللجنة القانونية للإتحاد الأوربي التي ارتكزت على فكرة مدى المشاركة في اللعبة التنافسية في السوق، وبالتالي اعتبرت أي شخص يتصرف داخل السوق بكامل حريته يعتبر مؤسسة⁽¹⁾، وهو ما ينطبق على مفهوم المتعامل الاقتصادي في الصفقات العمومية بمشاركته في طلب العروض والتنافس بين المتعاملين الاقتصاديين، وتتضمن المنافسة من هذا الجانب معنيين، تعدد القائمين أو الممارسين للنشاط الاقتصادي من جهة، ومن جهة أخرى حرية المنافسة من خلال الاستمرار في هذه المنافسة من دون قيود⁽²⁾، فهي بذلك تسابق وتنافس المتعاملين الاقتصاديين العارضين للحصول على عرض الصفقة دون عرقلة المنافسة وإرساء الصفقة على أحسن عرض.

تظهر أهمية التنافس في سوق الطلبات العمومية تفعيل المنافسة وإعطاء منافسة حقيقية، إلا أنه يجب أن يكونوا بعدد جد مرتفع لأنه لا يستطيع أي عون اقتصادي بتصرفه بمفرده أن يؤثر في السوق إذا لجأ إلى تغيير كمية إنتاجه بالزيادة أو النقصان، ولا التأثير على السعر في السوق

(1) تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي ...، مرجع سابق، ص 26.

(2) مخلف عارف صالح، مخلف حماد علي، «مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمنافسة»، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد الخامس، 2010، ص 258.

المعنية⁽¹⁾ هذا من جهة، ومن جهة أخرى يؤدي قلة المتعاملين في السوق إلى نشوء احتكارات وعقد اتفاقات من أجل استبعاد المتنافسين المتواجدين في السوق أو إقصاء المتنافسين المحتملين، فإذا زاد عدد المتعاملين الاقتصاديين تنخفض الأسعار وتسوق البضائع بأقل الأثمان وبأعلى جودة، وبذلك تشتد المنافسة بين العارضين، وترسو الصفقة على العارض الذي قدم أحسن عرض من حيث السعر والجودة لتحقيق الفعالية الاقتصادية.

يخاطب قانون المنافسة المتعاملين الاقتصاديين المتنافسين في سوق الطلبات العمومية ويهدف إلى تحقيق الفعالية الاقتصادية بالتصدي للتجاوزات التي من شأنها تقييد المنافسة، واستغلال المال العام، لهذا كانت الصفقة العمومية ارتباط وثيق وأصيل بقانون المنافسة الذي يحمي المنافسة فيه ويلزم كل متدخل فيها باحترام أحكامه حماية للمصلحة العامة والمال العام.

3- استقلالية المتعامل الاقتصادي في السوق التنافسية للطلبات العمومية

تقتضي حرية المنافسة في سوق الصفقات العمومية الحفاظ على استقلالية قرار كل المتعاملين الاقتصاديين سواء من حيث تحديد الأسعار أو الدخول في السوق، وكل مؤسسة تتمتع باستقلاليتها الاقتصادية تكون كافية في اتخاذها لقرارات متعلقة بتبيان سلوكها في السوق، فيجب أن تكون مستقلة قانونا واقتصاديا وأن تتحمل مخاطر العمليات التي تبرمها، لأن استقلالية المتعاملين الاقتصاديين عن بعضهم البعض يجعلهم في مركز تنافس حقيقي.

تطرح هذه الفكرة أساسا في العلاقات التي تربط الشركة الأم بأحد فروعها ولاسيما إذا كانت الشركة الأم هي التي تراقب أعمال فروعها، فنتحقق الاستقلالية المالية والاقتصادية، في حالة ما إذا تم إثبات الاستقلالية في اتخاذ القرار الاقتصادي وإلا فتعتبر مختلف الشركات التابعة إلى مجموعة واحدة كيانا واحدا في حالة عدم تحديد الشركات المعنية لسلوكهم في السوق بصورة مستقلة، فنكون في هذه الحالة في إطار مجموعة من الشركات تربطها مصالح مشتركة، تتمتع من خلالها الشركة الأم بسلطة على باقي الفروع وتمارس رقابة عليها فتضمن بذلك وحدة القرار، وتعتبر الشركة الأم المسؤولة عن الأعمال المفوضة لفروعها، لأن التصرفات في هذه الحالة، ما هي إلا تنفيذ لتعليمات عون اقتصادي آخر⁽²⁾، وهو ما أشار إليه المشرع في نص المادتين 15

(1) بوجميل عادل، «المركز القانوني للمتعامل الاقتصادي...»، مرجع سابق، ص 782.

(2) شفار نبيلة، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص علاقات الأعوان الاقتصاديين، المستهلكين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013/2012، ص 38.

و16 من الأمر 03-03، حيث نصت على مصادر السيطرة الحاسمة سواء تعلق الأمر برأس المال المتعامل الاقتصادي، أو بفعل عمليات امتلاك أصول الشركة أو إبرام العقود أو أي تصرف ينتج عنه السيطرة الحاسمة.

المطلب الثاني

خضوع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة بين التقييد والتكريس القانوني

تعتبر الصفقات العمومية من التصرفات الهامة التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة لغرض تلبية احتياجات المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، فالأصل أنها عقد إداري يكون أحد أطرافه المصلحة المتعاقدة ممثلة في شخص عمومي وطرف آخر ممثل في المتعامل الاقتصادي، وإن كان خضوع هذا الأخير لقانون المنافسة في حالة ارتكابه لسلوكات منافية للمنافسة أمرا منطقيا لتوافق معايير تطبيق قانون المنافسة عليه إلى حد بعيد، وتأثير سلوكاته المخلة بالمنافسة على قانون العرض والطلب في سوق الطلبات العمومية، ولأن الأصل في قانون المنافسة أنه يخاطب الأشخاص الخاصة وهو ما يخول للوهلة الأولى بالقول بعدم خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، نظرا للشخص العمومي الذي يكونها والذي لا طالما تميز بخصائص تبعده عن مجال المنافسة⁽¹⁾، لخضوعه للضوابط التي تتعلق بالنظام العام من منظورها التقليدي⁽²⁾.

وإن كان تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام أمر قد إستبعد لفترة معينة من الزمن بحجة أن قانون المنافسة يتحدد مجال تطبيقه في النشاط الاقتصادي دون النشاط الإداري للشخص العام (الفرع الأول)، إلا أن هذه النظرة قد تغيرت وذلك بتدخل عوامل كثيرة ساهمت في إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية⁽³⁾ (الفرع الثاني).

(1) رحمانى راضية، «مجال اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المنافية للمنافسة في مادة الصفقات العمومية»، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 29 الجزء الثاني 2010، ص 251.

(2) بن حملة سامي، «قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة»، حوليات جامعة الجزائر 1، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، العدد 05، 2016، ص 282.

(3) كتو محمد الشريف، «حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر العدد 02، 2010، ص 88.

الفرع الأول

مظاهر استبعاد تطبيق قانون المنافسة على المصلحة المتعاقدة

أقر قانون المنافسة مبدأ خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة ولكن هذا الأخير لا يطبق إلا على النشاط الاقتصادي ولا يمتد تطبيقه إلى النشاط الإداري، وهو ما أكده المشرع في نص المادة 4/2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه "غير أنه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام، أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة".

استبعد المشرع تطبيق قانون المنافسة على المصلحة المتعاقدة على اعتبار أنها تقوم بأداء تسيير المرفق العام وممارسة صلاحيات السلطة العامة، لأن الأولوية هي تحقيق المصلحة العامة على حساب المنافسة⁽¹⁾، وردت هذه الاستثناءات في قانون المنافسة ضمن قواعد ومبادئ عامة، وبالرجوع إلى أحكام القانون الإداري عامة وقانون الصفقات العمومية خاصة نجد أن المشرع قد استعمل بصدد الحكم على طبيعة هذه التصرفات معيارين يجب توافرها معاً، المعيار العضوي من جهة، إذ يتم التصرف في هذه الحالة باسم المصلحة المتعاقدة ولحسابها (أولاً)، ومعيار مادي يتعلق بالتصرفات التي تؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة، والمتمثلة في التصرفات المتعلقة بأداء مهام المرفق العام، وامتيازات السلطة العامة، واستعمال أساليب القانون العام (ثانياً).

أولاً: استبعاد خضوع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة باعتبارها شخص عام

حدد المشرع المصلحة المتعاقدة في نص المادة 09 من القانون 23-12 المتعلقة بالصفقات

العمومية حيث تنص على أنه "تطبق أحكام هذا القانون على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة ممثلة في الهيئات والإدارات العمومية،
- الجماعات المحلية،
- المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون العام،
- المؤسسات العمومية والمؤسسات الاقتصادية المكلفة من قبل الدولة أو الجماعات المحلية بالإشراف المنتدب على المشروع،
- المؤسسات العمومية الخاضعة للقواعد التجارية، فيما يخص إنجاز عملية ممولة مباشرة، كلياً أو جزئياً، من ميزانية الدولة أو من ميزانية الجماعات المحلية".

(1) رقراقي محمد زكرياء، الممارسات المنافسة للمنافسة...، مرجع سابق، ص 91.

أضاف المشرع بموجب قانون الصفقات العمومية الجديد صفة المصلحة المتعاقدة إلى المؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية المكلفة من قبل الدولة بالإشراف المنتدب على المشروع، وغير تسمية المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري إلى المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون العام، بالإضافة إلى الهيئات المذكورين في المرسوم 247/15.

1- الأشخاص المعنوية الإقليمية

تنص المادة 15 من الدستور الجزائري لسنة 1996⁽¹⁾، على ما يلي: "الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية، البلدية هي الجماعة القاعدية".

أشخاص القانون العام الإقليمية هي تلك الأشخاص التي تمارس صلاحياتها في حيز جغرافي محدد، سواء كان ذلك شاملا لإقليم الدولة كله أو جزء من هذا الإقليم، وأشخاص القانون العام لا يمكن أن تكون إلا معنوية وأهمها الدولة (أ)، الولاية (ب)، البلدية (ج) وتتمثل أساسا في:

أ- الدولة:

يقصد بالدولة السلطة المركزية، وينطوي تحت المفهوم السلطة التنفيذية المركزية وليس المفهوم الواسع المعتمد في القانون الدستوري (السلطة، الشعب الإقليم)⁽²⁾، وفي هذا نصت المادة 09 من القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية: "تطبق أحكام هذا القانون على الصفقات العمومية محل نفقات: ...-الدولة ممثلة في الهيئات والإدارات العمومية".

تدرج السلطة التنفيذية المركزية في الوزارات، المصالح الخارجية بالولايات، المديرات الولائية، الأمانة العامة لرئاسة الجمهورية، ولرئاسة الحكومة⁽³⁾.

أشارت المادة 49 من ق.م.ج⁽⁴⁾ إلى الدولة كشخص معنوي الأم تتمتع بكل نتائج الشخص المعنوي⁽⁵⁾، وتتفرع عنها باقي الأشخاص سواء كانت عامة أو خاصة، ولها تحت هذا الوصف إبرام العقود باسم الوزارة.

(1) مرسوم رئاسي رقم 96-438 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، مرجع سابق.

(2) كتناوي عبد الله، «أطراف دعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية، - دراسة مقارنة-»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 09، عدد 01، جانفي 2018، ص 299، 293.

(3) بوعلي سعيد، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس الجزائر، 2014، ص 45.

(4) أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.

(5) شريط الأمين، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 86، 87.

ب - الولاية:

تعرف الولاية بأنها وحدة من وحدتي الجماعات المحلية بالجزائر، وهي إحدى الجماعات الإقليمية المنصوص عليها في الدستور بموجب المادة 15 منه، ويقصد بالولاية كشخصية معنوية مختلف الهيئات والأجهزة القائمة بالتنظيم الولائي⁽¹⁾.

تتمتع الولاية بأهلية التعاقد لممارسة وظيفتها داخل التنظيم الإداري للدولة وأعبائها المختلفة تفرض عليها الدخول في علاقات عقدية لتنفيذ مشاريع تنمية وخدمة الجمهور، وعلى هذا الأساس نص قانون الولاية⁽²⁾ في المادة 135 منه على أنه "تبرم الصفقات العمومية الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمطبقة على الصفقات العمومية"، وهي إحالة صريحة من هذه المادة إلى القانون 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية وبالرجوع إلى نص المادة 9 "تطبق أحكام هذا القانون على الصفقات العمومية محل نفقات: ...-الجماعات المحلية" ج - البلدية:

تعتبر البلدية حسب المادة 15 من الدستور بأنها الجماعة القاعدية فهي إدارة ذات صفة عامة تقوم ضمن نطاقها بممارسة الصلاحيات التي يخولها إليها القانون وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري وذلك يعني أنها مستقلة عن الإدارة المركزية وبحق لها أن تمتلك الأموال المنقولة وغير المنقولة وتتقاضى أمام المحاكم⁽³⁾، وهذا ما سيخفف العبء على كل من الدولة كتنظيم إقليمي وكذلك على الولاية، مما ينجم عن هذا الاستقلال الفصل من آثار قانونية سواء في مجال التعاقد أو الذمة المالية أو المسؤولية القانونية وهذا حسب التعديل الأخير لقانون البلدية رقم 10-11 المتعلق بالبلدية في مادته الأولى⁽⁴⁾.

تخضع البلدية عند استعمالها لوسيلة القانون العام لتنظيم الصفقات العمومية، وأفرد المشرع أحكاماً خاصة بصفقات البلدية تحت عنوان "المناقصات والصفقات العمومية"، حيث أشارت المادة

(1) شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثالث، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص 357.

(2) قانون رقم 07-12 مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج ج ج ج، عدد 12، صادر بتاريخ 29 فبراير 2012.

(3) بعلي محمد الصغير، القانون الإداري - التنظيم الإداري -، دار العلوم، الجزائر، 2002، ص 28.

(4) القانون رقم 10-11 مؤرخ في 22 جوان 2011 يتعلق بالبلدية، ج ج ج ج عدد 37 صادر بتاريخ 3 جويلية 2011.

189 من القانون المتعلق بالبلدية إلى أنه يتم إبرام صفقات اللوازم والأشغال وتقديم الخدمات التي تقوم بها البلدية والمؤسسات العمومية البلدية ذات الطابع الإداري طبقا للتنظيم الصفقات العمومية ووفقا لنص في المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنص على أنه "تطبق أحكام هذا القانون على الصفقات العمومية محل نفقات: ...الجماعات المحلية"

2- الأشخاص العمومية المرفقية: (المؤسسات العمومية)

يطلق عليها الفقه اسم المؤسسات العمومية وهي عبارة عن مرافق حدد اختصاصها على أساس موضوعي أو إقليمي، وتدار عن طريق منظمة عامة تتمتع بالشخصية المعنوية، وتتمثل في المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسة الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري.

أ- المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون العام:

عرف المشرع في قانون الصفقات العمومية الجديد تسمية المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون العام، بعد أن كان ينص عليها في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وأحسن المشرع في ذلك إذ شملت جميع المؤسسات الخاضعة لقانون العام وعرفها في المادة 4 بأنها "المؤسسات ذات الشخصية المعنوية والإستقلال المالي التي أنشأتها الدولة والجماعات المحلية، وتتسم هذه المؤسسات بطابع إداري أو علمي أو ثقافي أو مهني أو صحي أو أي طابع آخر، وتمسك حساباتها وفقا لقواعد المحاسبة العمومية".

يتضح من خلال نص المادة أن المؤسسات العمومية الخاضعة لقواعد القانون العام تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي وهو ما يظهر كذلك من خلال نص المادة 49 من ق.م.ج فهي تنظيم إداري يقوم بإدارة أموال الدولة أو الجماعات المحلية بصورة غير مباشرة وفقا للأهداف التي يحددها التنظيم القانوني وذلك تحت رقابتها، وتشمل المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري باعتبارها تمارس نشاطا ذا طبيعة إدارية محضة وتتخذها الدولة والجماعات المحلية كوسيلة لإدارة مرافقها العمومية الإدارية بتسيير مرفق عام إداري تعتمد في أساسها على نظريات القانون الإداري، ويطلق عليها الفقه كذلك اسم "المرافق الإدارية البحتة أو المحضة"⁽¹⁾، ويصنف عمالها على أنهم موظفون عموميون، يخضعون للقانون العام، ولم يقتصر المشرع على

(1) عوايدي عمار، القانون الإداري، (النظام الإداري)، الجزء الأول، الطبعة الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000،

المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري للخضوع للقانون العام بل إمتدت إلى المؤسسات ذات الطابع العلمي أو ثقافي أو مهني أو صحي أو أي طابع آخر، وتمسك حساباتها وفقا لقواعد المحاسبة العمومية.

ب- المؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية

تنص المادة 9 من القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية على أنه " تطبق أحكام هذا القانون على الصفقات العمومية محل نفقات:
- المؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية المكلفة من قبل الدولة أو الجماعات المحلية بالإشراف المنتدب على المشروع".

وبالرجوع إلى المادة 4/4 من نفس القانون نجده عرف المؤسسات العمومية الاقتصادية بأنها "الشركات التجارية التي تملك فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام بشكل مباشر أو غير مباشر غالبية رأسمالها الاجتماعي".

يخاطب المشرع المؤسسات العمومية الاقتصادية التي تعتبر من أشخاص القانون الخاص، ولكن تكون مكلفة من قبل الدولة أو الجماعات المحلية بالإشراف المنتدب، وتملك فيه هذه الأخيرة غالبية رأسمالها الاجتماعي، وفي هذه الحالة تخضع في إبرامها لعقودها لقانون الصفقات العمومية، وهذه الإضافة جاءت لترشيد النفقات وحماية للمال العام من الفساد.

ج- المؤسسة العمومية الخاضعة لقواعد القانون التجاري

تنص المادة 9 من القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية على أنه " تطبق أحكام هذا القانون على الصفقات العمومية محل نفقات:

- المؤسسات العمومية الخاضعة للقواعد التجارية، فيما يخص إنجاز عملية ممولة مباشرة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة أو من ميزانية الجماعات المحلية".

بالرجوع إلى المادة 3/4 من القانون 12-23 عرفت المؤسسات العمومية الخاضعة لقواعد القانون التجاري على أنها "المؤسسات التي لها شخصية معنوية واستقلال مالي، المنشأة من قبل الدولة أو الجماعات المحلية، يمكن أن تكون هذه المؤسسات في شكل مؤسسة تسيير خاص، أو ذات طابع علمي تكنولوجي أو غير ذلك، وتمسك محاسبتها وفق النظام المحاسبي المالي المنصوص عليه في القانون 07-11 المؤرخ في 25 نوفمبر 2007، والمذكور أعلاه.

يخضع العقد المبرم من طرف المؤسسة العمومية الخاضعة لقواعد القانون الخاص وهو القانون التجاري لأحكام الصفقات العمومية إلا أن امتداده مرهون بتوافر شرطين وهما كالتالي:

- المؤسسة الخاضعة للقواعد التجارية مؤسسة عمومية

يمتد تطبيق قانون الصفقات العمومية إلى المؤسسات الخاضعة للقانون الخاص في إبرام الصفقات العمومية إلا أنه يجب أن لا تكون مؤسسة تابعة لأحد الخواص بل مؤسسة عمومية من أشخاص القانون العام مكلفة بأداء نشاط مرفقي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وفي هذه الحالة لا تعتبر متعاملا اقتصاديا وإنما مصلحة متعاقدة مكلفة بالرقابة والإشراف على عملية إنجاز الصفقة لحساب الدولة أو الجماعات الإقليمية، وعلى هذا الأساس يتم منحها بعض امتيازات السلطة العامة، ويسري عليها ما يسري على الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية الخاضعة لقواعد القانون العام الوطنية منها والمحلية⁽¹⁾، وتصنف المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ضمن فئة المؤسسات العمومية الخاضعة لقواعد القانون التجاري.

- أن يكون للمال العام دور في تمويل الصفقة:

يجب أن تكون الصفقة التي تتولاها المؤسسة العمومية الخاضعة لقواعد القانون التجاري ممولة مباشرة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة أو الجماعات المحلية حتى تتصف بالطابع الإداري وبالتالي تخضع لقانون الصفقات العمومية الجديد ويفصل القضاء الإداري في كل الدعاوى المتعلقة بها، بما فيها دعوى الاستعجال قبل التعاقد في حالة ما إذا أخلت المؤسسة العمومية المشار إليها أعلاه بقواعد الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية⁽²⁾.
اكتفى المشرع باعتبار العقد الذي تبرمه المؤسسة العمومية لقواعد القانون التجاري إلى أحكام قانون الصفقات العمومية إذا كان ممول من طرف الدولة، وهكذا يمكن اعتبار المال العام شرط أساسي ليصطبغ عقدها بوصف الصفقة العمومية⁽³⁾، أي بمفهوم المخالفة تستبعد من إبرام الصفقات العمومية في حالة ما لم تكن ممولة من طرف الدولة.

(1) كنتاوي عبد الله، «أطراف دعوى الاستعجال...»، مرجع سابق، ص 300، 301.

(2) كنتاوي عبد الله، «أطراف دعوى الاستعجال...»، مرجع سابق، ص 301.

(3) عمارة مسعودة، «دراسة نقدية لمفهوم الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي الجديد 247/15 المؤرخ في

2015/9/16 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام»، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة

2، العدد الحادي عشر، المجلد 6، عدد 1، ماي 2017، ص 43.

ثانياً: استبعاد خضوع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة لممارسة نشاط إداري

سمح المشرع الجزائري بتطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية إذا كان ذلك لا يعيق الأداء القانوني والفعلي للمهمة التي كلفت بها المصلحة المتعاقدة فإذا كان تطبيقه يعيق أداء مهام المرفق العام وممارسة امتيازات السلطة العامة يتم استبعاده⁽¹⁾، وبهذا وضع المشرع نظام استثنائي على المبدأ الأصلي بموجبه يستبعد تطبيق قانون المنافسة، في إطار معيار شهير يطلق عليه المعيار المادي أو الموضوعي، ليتبنى ثنائية قانونية معقدة جدا ناجمة عن ارتباط نظريتي أداء مهام المرفق العام (1)، وامتيازات السلطة العامة (2)، بالصفة العمومية.

1- اتصال الصفة العمومية بأداء مهام المرفق العام

تعد فكرة المرفق العام أساس القانون الإداري، الأمر الذي دفع بعض الفقهاء تسمية القانون الإداري بقانون المرافق العامة⁽²⁾، حيث استندت مدرسة المرفق العام على هذه الفكرة واعتبرتها أساساً لتحديد نطاق القانون الإداري وتطبيق أحكامه⁽³⁾.

يعتبر المرفق العام أساس القانون الإداري باعتباره يقدم خدمة عمومية لتلبية حاجيات الأفراد قصد تحقيق المصلحة العامة والتي تعتبر الهدف الرئيسي للمرفق العام، وسبب وجوده⁽⁴⁾، ووفقاً لهذا المعيار لا يكون العقد إدارياً إلا إذا ارتبط بإحدى المرافق العامة، وتلتزم فيه الإدارة بغاية تحقيق المصلحة العامة من خلال هذه المرافق⁽⁵⁾، إذ لا يمكن تصور مرفق عام بدون مصلحة عامة وإلا خرج عن فكرة وتعريف المرفق العام، إلى استثمار خاص خارج عن القانون⁽⁶⁾.

(1) جلال مسعد، «مدى إخضاع الأشخاص...»، مرجع سابق، ص 155-156.

(2) DUBOIS Louis et PEISER Gustave, Droit public, 17^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2005, p172.

(3) عمروش أحسن، المرفق العام في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن، دراسة قانونية وعملية، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي الأول: المرفق العمومي، جامعة الجبيلي بونعامة، خميس مليانة، يوم 2015/04/22، ص 2.

(4) سلطاني نجوى، بوصنيرة خليل، «تأثير قانون المنافسة على المرفق العام»، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 12، عدد خاص (العدد التسلسلي 22)، أبريل 2020، ص 458.

(5) زيان محمد أمين، ديبح زهيرة، «موقف المشرع من معايير تحديد العقد الإداري»، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 2 لونيبي علي، العدد الثاني عشر، 2017، ص 395.

(6) ضريفي نادية، تفويض المرفق العام في الجزائر، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات الملتقى الدولي حول: "المرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن"، جامعة جيلالي بونعامة، يومي 13 و 14 ماي 2015، ص 50.

وعلى هذا الأساس عرف المرفق العام بأنه ذلك النشاط الذي تتولى الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى، بواسطة أجهزتها إدارته مباشرة، أو تعهد به إلى الغير من الأفراد وباقي الأشخاص المعنوية العامة، ولكن تحت مراقبتها ونشاطها وتوجيهها، وتخضع في ذلك ولو جزئياً إلى قواعد القانون العام⁽¹⁾، وما لجوء الدولة إلى التسيير المفوض إلا رغبة منها في تحسين جودة الخدمات على أساس أن طرق التسيير المعتمدة من شأنها التأثير على مردودية المرافق العامة، بشكل من شأنه الحفاظ على المال العام وصيانة المصلحة العامة، في مقابل ترقية حقوق المتعاملين الاقتصاديين الراغبين في دخول ميدان التسيير العمومي⁽²⁾.

تخرج المرافق التي تشرف عليها الدولة مباشرة أو الغير مباشر من نطاق خضوع لأحكام قانون المنافسة، على أساس أن القاعدة الأساسية التي تحكم هذه المرافق استمرارية المرفق العام، بحيث أن إخضاع المصالح العامة لمثل هذه القواعد قد يمثل خطراً عليها ويهدد بزوالها، أما فيما يخص المرافق التي قد تعهد بها الدولة إلى مشروعات خاصة، فإن استثناءها مرتبط بالغاية من وراء ذلك، وهي تحقيق مصلحة عامة، والتي تفوق آثار الحد من الحرية التنافسية⁽³⁾.

إن تحديد درجة اتصال العقد بالمرفق العام لاستبعاده من تطبيق قانون المنافسة ليس بالأمر السهل ويبدو مكن الصعوبة في تحديد إطار ثابت لحالات اتصال العقد بالمرفق العام، هناك صور عديدة لاتصال العقد بالمرفق العام وساوت بين جميع الصور من حيث الأثر في تمييز العقد الإداري، والمعيار الذي يميز العقود الإدارية هو موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور، سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق العام، أم باستغلاله أم تسييره، أم المعاونة أو المساهمة في ذلك أو استخدام المرفق ذاته⁽⁴⁾.

نعني باتصال الصفقة العمومية بخدمة أغراض المرفق العام أن يتصل موضوعها بتحقيق نشاط المرفق العام الذي يهدف أساساً لتلبية حاجات الأفراد، وتعد مسألة ارتباط الصفقة العمومية

(1) لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، لباد للنشر، الجزائر، 2009، ص 190.

(2) رقرقي محمد زكرياء، «واقع المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرافق العامة في الجزائر»، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة د. مولاي الطاهر، سعيدة، العدد 8، ديسمبر 2017، ص 57.

(3) تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي...، مرجع سابق، ص 269، 270.

(4) عاطف محمد سعدي محمد علي، «الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في العقود الإدارية ماهيتها، قيمتها القانونية»، مجلة القانونية، العدد التاسع، يناير 2019، ص 29، 30.

بالمرفق العام أحد أبرز المعايير المعتمدة لإضفاء الصبغة الإدارية على العقد الإداري⁽¹⁾، فالمرفق العام معيار به يتم تحديد العقد الإداري، الذي يتوجب أن يكون محله أو موضوعه المرفق العام الذي يستهدف تقديم خدمات للمنتفعين منه، وبالتالي تحقيق المنفعة العامة⁽²⁾، دون أن يتجاوز ذلك إلى الاهتمام بما يمكن أن يفضي إليه تنظيم المرفق من آثار تنعكس على المحيط الاقتصادي⁽³⁾، لاستبعاد تطبيق قانون المنافسة.

وإن كانت مسألة اتصال العقد بالمرفق العام لاعتباره عقدا إداريا واستبعاد تطبيق قانون المنافسة تمثل معيار مهم في ذلك، إلا أنه قد تنعكس طبيعة استعماله في العقود فقد يقال أن العقد أبرم مع مرفق عمومي للدلالة على المعنى العضوي لكن العقد يخضع لقواعد المرفق الخاص، وفي هذه الحالة يستلزم ضرورة الأخذ بعين الاعتبار احترام قواعد قانون المنافسة في إطار المرافق العامة، والذي يخص بصفة خاصة تلك القريبة من السوق أي المرافق الصناعية والتجارية باعتبارها أكثر المرافق ممارسة لمختلف النشاطات الاقتصادية المنصوص عليها ضمن قواعد قانون المنافسة، وبالعكس فقط المرافق العامة الإدارية هي التي تبقى تحت سلطة نظام القانون الإداري⁽⁴⁾، ويستبعد تطبيق قواعد قانون المنافسة كليا على المرافق العامة ذات الطابع السيادي لأنها لا تمد بصلة للسوق، وليس من هدفها عرقلة اللعبة التنافسية فيه، إذ تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة عن طريق إشباع حاجيات الجمهور⁽⁵⁾.

2- اتصال الصفقة العمومية بممارسة امتيازات السلطة العامة

تؤدي الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون العام دورا مهما في تحديد طبيعة نزاعات الصفقات العمومية، وفي ظل التطورات التي طرأت على مفهوم المرفق العمومي، لاسيما

(1) رابحي أحسن، خليفة يعقوب، جمعة حميد ناصر، «الحلول القانونية والقضائية لتسوية منازعات المناقصات العامة: دراسة مقارنة بين النظامين الجزائري والفرنسي» مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 18، العدد 1، يونيو 2021، ص 750.

(2) شريقي نسرين، عمارة مريم، بوعلي سعيد، القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار بلقيس، الجزائر، 2014، ص 165.

(3) NICINSKI Sophie, Droit public de la concurrence, L.G.D.J, Paris, 2005, p 27.

(4) عيساوي عز الدين، جدال بين المرفق العام وقانون المنافسة: البحث عن المصالحة، الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر و 1 ديسمبر، 2011، ص 99.

(5) عيساوي عز الدين، «ضبط المرافق العامة نموذج مرفق المياه»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية عدد 2، 2010، ص 100.

مع ظهور أنواع جديدة من المرافق العمومية، لم يعد يكفي أن يتصل العقد بمرفق عمومي ليكتسب الصفة الإدارية، لاحتمال أن تكون الإدارة قد اختارت وسيلة القانون الخاص، ولهذا اعتمد القضاء الإداري الفرنسي على شرط تضمين العقد شروطا استثنائية أو بنودا غير مألوفة في القانون الخاص، للكشف عن نية الإدارة في اختيار وسائل القانون العام، ومن ثم تكليف العقد بأنه إداريا، بغض النظر عن صلته بالمرفق العمومي⁽¹⁾، ويعد هذا المعيار من أهم العناصر لتكريس المعيار المادي في تكليف نزاع الصفقة العمومية، فالإدارة إذا تصرفت كسلطة عامة مستعملة أحد امتيازات السلطة العامة، فإن عملها يخضع للقانون الإداري⁽²⁾، وهذا الأخير هو قانون السلطة العامة والمرفق العام بالأساس وأهدافه تحقيق المصلحة العامة.

يمكن للإدارة إدراج البنود الاستثنائية في العقد الإداري انطلاقا من سلطتها دونما حاجة لموافقة الطرف المتعاقد معها ولا لتدخل القضاء، لأن هدفها تحقيق المصلحة العامة⁽³⁾، إلا أن هذه الأخيرة يضعها القاضي نصب عينيه عند تطبيقه لقانون المرافق العامة⁽⁴⁾، ويتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال⁽⁵⁾.

فسرت الصلاحيات التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة بالأنشطة التقليدية التي تندرج ضمن السلطة العامة، وأن قيد أداء مهام المرفق العام، أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة⁽⁶⁾ لاستبعاد خضوع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة يمكن اعتبارهما قيد واحد، إذ أن القيد الوحيد في الحقيقة الذي يعيق قانون المنافسة هو أداء مهام المرفق العام لأن القيد المتعلق بامتيازات السلطة العامة داخل ضمن خصائص المرفق العام أو الإدارة بمفهومها التقليدي التي تتمتع بامتيازات السلطة العامة الأمر الذي يجعلها تخضع للقانون الإداري وليس لقانون المنافسة حين تقوم

(1) رابحي أحسن، خليفة يعقوب، جمعة حميد ناصر، مرجع سابق، ص 752.

(2) مرجع نفسه، ص 751.

(3) شريقي نسرين، عمارة مريم، بوعلي سعيد، مرجع سابق، ص 165.

(4) رقراقي محمد زكرياء، الممارسات المنافسة للمنافسة...، مرجع سابق، ص 88.

(5) جلال مسعد، «مدى إخضاع الأشخاص...»، مرجع سابق، ص 161-162.

(6) المادة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، استعمل المشرع حرف "أو"، فيكفي تحقيق إحدى هذه الحالات ليس مجتمعة.

باستعمال سلطاتها⁽¹⁾، لأن هذا النوع من الأعمال يخلوا من الصبغة الاقتصادية⁽²⁾، ولا تدخل بمفهوم المخالفة ضمن طائفة الأنشطة الاقتصادية التي ذكرها المشرع في قانون المنافسة⁽³⁾.

إن المشرع وباستعماله مفهوم السلطة العامة والمرفق العام يكون قد استورد بذلك مفاهيم القانون العام الأمر الذي يحتم على السلطات المختصة باستبعاد قواعد قانون المنافسة، وهذا الاستثناء في الحقيقة يتعلق بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري لأنها كأصل عام هي التي تتمتع بامتيازات السلطة العامة⁽⁴⁾، وباعتبار تسيير المرفق العام وممارسة صلاحيات السلطة العامة سبب وجود الإدارة العامة فمتى كان من شأن تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية إعاقة سبب وجودها وعرقلة حسن سير مهامها، يتعين استبعاد قانون المنافسة ووضع حماية المنافسة جانبا، لأن الأولوية لتحقيق المصلحة العامة قبل أي مصلحة أخرى⁽⁵⁾.

إلا أنه ينبغي على المصلحة المتعاقدة في إطار حماية المنافسة في الصفقات العمومية ألا توسع من نطاق هذه الاستثناءات حتى لا تعفي نفسها في كل مرة من الخضوع لقواعد قانون المنافسة، وإنما ضمن حدود قانونية يفرض عليها الالتزام بقواعده في حدود تحقيق المصلحة العامة والمحافظة على النظام الاقتصادي العام، لأنها تعمل على تحقيق المصلحة العامة عبر إقرار قانون الصفقات العمومية، بما يضمن شفافية تعاملات المصلحة المتعاقدة التي تستلزم ضمان شفافية تعاملات المتعامل الاقتصادي من خلال تطبيق قانون المنافسة.

وعموما يمكن القول بأنه رغم الاختلاف القائم بين قانون المنافسة الذي يطبق على النشاط الاقتصادي والصفقات العمومية باعتبار المصلحة المتعاقدة تمارس نشاط إداري، إلا أن التجربة

(1) مخاتشة أمينة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة، دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل.م.د في الحقوق، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2017، ص 120.

(2) كتو محمد الشريف، «حماية المنافسة...»، مرجع سابق، ص 92.

(3) قيراطي نصيرة، تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص المعنوية العامة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2016، ص 64.

(4) بركات أحمد، «الآثار الناجمة عن تطبيق قانون المنافسة على المؤسسات العمومية»، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 03، العدد 01، جوان 2019، ص 160.

(5) جلال مسعد، «مدى إخضاع الأشخاص...»، مرجع سابق، ص 157.

أثبتت أنه لا بد من التكامل بينهما إذ أن فعالية الطلبات العمومية لا تكون ناجعة ومحققة لأهداف قانون الصفقات العمومية، إلا إذا كان السوق يعمل وفقا لقواعد قانون المنافسة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

التكريس القانوني لخضوع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة

استقر الفقه في تقسيم القانون إلى قسمين: القانون العام والقانون الخاص، ويتضمن كل فرع من التقسيم طائفة معينة من التشريعات التي تقسم استنادا إلى معايير المصلحة الغاية أو معيار صفة الأشخاص وطبيعة العلاقة محل التنظيم، فيطبق القانون العام إذا كان ينظم العلاقة التي تكون الدولة ظاهرة بمظاهر السلطة العامة⁽²⁾، بينما يكون القانون فرعا للقانون الخاص، إذا كان أطرافها من الأفراد، في حين إذا كان أحد أطرافها شخصا عاما فإنه يتعلق الأمر بالقانون العام، فالتفرقة تتمثل في صفة أطراف العلاقة القانونية⁽³⁾، في إطار التفرقة التقليدية، ولكن بالنظر إلى التطورات الاقتصادية التي شهدتها الساحة القانونية، أدى كل هذا إلى الالتفاف نحو هذا التقسيم، مما أدى بالفقه للقول بأن القانون العام بدأ بغزو ساحة القانون الخاص، أو ربما كان القانون الخاص هو من بدأت تحتل أدواته ساحة القانون العام، الأمر الذي قاد إلى الدعوة لإلغاء التقسيم والنظر كوحدة متجانسة نظرا لتغيير الأولويات وتداخل المصلحة العامة والخاصة⁽⁴⁾.

وما أكد هذا التوجه ظهور قانون المنافسة الذي تطور بتطور نشاط الأشخاص العامة⁽⁵⁾، إذ أصبح لا تهمه التفرقة بين صفة الأطراف فهو يتحدد بالنظر إلى النشاط الممارس، فيطبق على النشاطات الاقتصادية التي تمارسها الأشخاص العمومية، بل إن قانون المنافسة يطبق على

(1) إرزيل الكاهنة، «التناسب بين المنافسة والصفقات العمومية»، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، العدد الخامس، أبريل 2018، ص 9.

(2) عوض المرضي أميرة، القانون الخاص والقانون العام، (محاولات ما بين الإلغاء والصمود)، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، المجلد 08، العدد 04، جوان 2019، ص 302، 303.

(3) عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 18 مارس 2015، ص 125.

(4) عوض المرضي أميرة، مرجع سابق، ص 300.

(5) راضية رحمانى، «مجال اختصاص مجلس المنافسة...»، مرجع سابق، ص 251.

النشاطات الغير الاقتصادية لهذه الأشخاص، ولهذا سنتطرق إلى المعيار الذي يعتمد فيه لتطبيق قانون المنافسة على المصلحة المتعاقدة (أولاً)، وموقف المشرع منها (ثانياً).

أولاً: المعيار المعتمد في تكيف خضوع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة

استبعد تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام في حالة إخلاله بقواعد المنافسة بحجة أن قانون المنافسة يتحدد مجال تطبيقه على النشاط الاقتصادي دون النشاط الإداري للشخص العام، حيث أن الإدارة العامة، بصفتها سلطة تنظيمية تعتبر خارجة عن مجال السوق فهي في وضع المشتري العمومي للسلع والخدمات، ولا علاقة لها بالمنافسة داخل السوق، وبالتالي كان يسود اعتقاد يقضي بأنه لا يمكن للسلطة العمومية أن تؤثر على المنافسة الحرة، أو تقيدها⁽¹⁾.

أدت التطورات الاقتصادية إلى تطور تطبيق قانون المنافسة بتطور نشاط الأشخاص العامة وانفتاحها على المنافسة، والواقع أن عوامل كثيرة تدخلت وساهمت في إدراج قواعد المنافسة في الشرعية الإدارية، منها ما كان سائداً في الماضي من عدم اهتمام الإدارة بقواعد المنافسة واقتصار القاضي الإداري على المرفق العام، بتغليب الجوانب التي تهم مستعملي المرفق دون أن يتجاوز ذلك إلى الاهتمام بما يمكن أن يقضي إليه تنظيم المرفق، من آثار تتعكس على المحيط الاقتصادي⁽²⁾.

أصبح على الأشخاص العمومية بما فيها الدولة إيجاد إطار للتعايش مع قواعد قانون المنافسة لتستجيب أكثر لمتطلبات الواقع الحالي القائم على مبدأ حرية المنافسة، ولعبت الدولة دورها في المجال الاقتصادي بقبعة المتعامل الاقتصادي وتخضع بذلك إلى قواعد القانون التجاري في تعاملها مع الأطراف فأصبحت تخضع أيضاً بوصفها أشخاص عامة إلى قانون المنافسة ومضطرة للخضوع إلى أحكامه ومبادئ المنافسة عموماً وهو ما يسمى بامتداد تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية إلى الأشخاص العامة⁽³⁾، وفقاً لمعيار ممارسة النشاط الاقتصادي (1)، وإن كان تدخل الدولة في السوق في الأغلب يكون بتدخل الإدارة عن طريق

(1) NICINSKI Sophie, Droit public..., op.cit, p 23.

(2) كتو محمد الشريف، «حماية المنافسة...»، مرجع سابق، ص 88.

(3) حساين سامية، حاجة المنافسة في الصفقات العمومية إلى الرقابة عن طريق سلطة ضبط مستقلة، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول: حماية السوق في ظل أحكام قانون المنافسة، كلية الحقوق جامعة الجزائر، يوم 09 ماي 2022، ص 3.

وسائلها المعهودة القرارات والعقود الإدارية، كطرف عام في العقد دون أن تتدخل في تحديد الأسعار أو طبيعة العروض حيث تركز على اختيار المتعامل الاقتصادي الذي يمكن تلبية احتياجات المرافق العامة بأقل النفقات عن طريق فتح المنافسة في مجال الصفقات العمومية، فأصبحت هذه الأخير من شأنها التأثير في المجال الاقتصادي(2).

1- ممارسة المصلحة المتعاقدة نشاط اقتصادي

يحتكم قانون المنافسة وينطبق على النشاط الممارس من طرف المؤسسة دون النظر إليها هل هي عامة أم خاصة⁽¹⁾، فالمؤسسات العامة تخضع لقانون المنافسة إذا كانت تمارس نشاطها الاقتصادي وفقا للشروط التي تعتمدها المؤسسات الخاصة، أي أنها هي التي تشكل معيار تطبيق قانون المنافسة، وأن هذا الأخير يشكل الإطار العام لأنشطة المؤسسات في اقتصاد السوق⁽²⁾، إذ تخضع المؤسسة العامة لقانون المنافسة مهما كان شكلها إذا قامت بممارسة أنشطة اقتصادية⁽³⁾، ويتدخل الشخص العام في السوق كمنتج أو موزع أو مقدم خدمات خارج إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة وأداء مهام المرفق العام، ويطبق عليه قانون المنافسة لأنه في تلك الحالة يعتبر من المؤسسات، ومن الأعوان الاقتصاديين، ويخضع في تلك الحالة للقانون الخاص والقانون التجاري⁽⁴⁾.

فلا تشكل الطبيعة الخاصة أو العامة للمؤسسة معيار حاسم في تحديد مجال تطبيق قانون المنافسة، إلا إذا كانت المؤسسة العمومية تمارس نشاطا اقتصاديا⁽⁵⁾، لهذا تكون دراستنا في هذه النقطة من منطلق يعتمد على النشاط الاقتصادي الذي تقوم به المصلحة المتعاقدة باعتبارها من الأشخاص العمومية، أي تجسيد المعيار المادي لمعرفة مدى خضوعها لأحكام قانون المنافسة؟.

(1) FRISON ROCHE Marie-Anne, STEPHANE Payet Marie-, Droit de la concurrence, 1^{eme} édition, DALLOZ, 2006, P65.

(2) BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires, op.cit, p 326.

(3) FRISON ROCHE Marie-Anne, STEPHANE Payet Marie, Droit de la concurrence, op.cit, P 71.

(4) كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية: وفقا للأمر 03-03 والقانون، 02-04 دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 39.

(5) POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine, « La politique de la concurrence », op.cit, p385.

يتحدد الطابع الاقتصادي لأعمال المشتري العمومي أو المصلحة المتعاقدة موضوع الصفقة العمومية، إذا أعيد عرض هذه المشتريات على المستهلكين وفق أغراض تجارية، وبهذا فإن قانون المنافسة يكون قابلاً للتطبيق على ممارسات صاحب المشروع بعد أن زال عنها امتياز السلطة العامة، وذلك بسبب الغرض التجاري الذي صاحبها⁽¹⁾، ويتصور تطبيق قانون المنافسة على الإدارة إذا كانت تؤدي دور الموزع أو العارض⁽²⁾، حيث يكون المشتري العمومي هنا يلعب دور طالب وسيط وليس نهائي⁽³⁾، وقانون المنافسة يطبق على الطالب الوسيط⁽⁴⁾، الذي يشترط أن تكون في إطار ممارسة نشاط اقتصادي وتهدف إلى تحقيق أغراض تجارية لتخضع لقانون المنافسة، لكن في الغالب توجه طلبات المصلحة المتعاقدة موضوع الصفقة لإشباع حاجيات المستهلك وممارسة خدمة المرفق العام دون تحقيق الربح⁽⁵⁾.

وعلى هذا الأساس استبعد تطبيق قانون المنافسة على قرارات المشتري العمومي أو المصلحة المتعاقدة باعتبار أن المنتجات أو الخدمات التي يتزود بها المشتري العمومي لن يتم استخدامها في نشاط اقتصادي وإنما لتلبية احتياجاته الذاتية كطالب نهائي وليس كطالب وسيط، بمعنى أن قرارات اختيار المؤسسات التي تتولى إنجاز الأشغال وتقديم الخدمات التي يتخذها المشتري العمومي مخصصة لنفسه ما يستجيب لحاجاته على غرار أي مستهلك أو متعامل في السوق⁽⁶⁾، إذ يستهلك شخصياً الخدمة أو المال العام.

(1) جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 17 ديسمبر 2015، ص 253.

(2) LAURENT Richer, Droit des contrats administratifs, Édition L.G.D.J, 1995 p171.

(3) قوسم غالية، التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2016، ص 56.

(4) صياد مولود، امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية بالجزائر (تعديل 2008)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 15 فيفري 2015، ص 59.

(5) عطوي مريم، بن الشيخ نور الدين، «قواعد المنافسة...»، مرجع سابق، ص 102.

(6) كتو محمد الشريف، «حماية المنافسة...»، مرجع سابق، ص 91، 92.

يمكن إدراج تصرفات المصلحة المتعاقدة في مجال تطبيق قانون المنافسة إذا كانت تمارس نشاط اقتصادي تهدف من خلاله إلى تحقيق أغراض تجارية، باعتباره نشاطا خاصا للإدارة وبالتالي يخضع لقانون المنافسة حتى ولو وقع هذا النشاط في صورة معينة كإجراء المناقصات⁽¹⁾.

إلا أن هذا المعيار تعرض للنقد باعتباره يصلح في حالة ما إذا كانت المصلحة المتعاقدة بقبعة المتعامل الاقتصادي، أما في قرارات السلطة العامة فقد تم رفض تطبيق قانون المنافسة في فرنسا على القرارات الإدارية التي تندرج في إطار امتيازات السلطة العامة لكون الإدارة لا تعتبر متعاملا اقتصاديا يمارس نشاط الإنتاج والتوزيع، فلا يتم تحليل وتقييم القرار الإداري مثلما يتم تحليل النشاط الاقتصادي في السوق⁽²⁾، ولأن قرار اختيار المتعامل الاقتصادي ومنح الصفقة العمومية لا يمكن اعتباره نشاط إنتاج، أو توزيع، أو خدمات، ويثار المشكل في هذه الحالة باعتبار الإدارة تمارس نشاطات غير اقتصادية، بالرغم من أنها يمكن أن تؤثر على مجريات السوق والتأثير التنافسي بين المؤسسات⁽³⁾.

يرى جانب آخر أن المصلحة المتعاقدة تتمتع بحرية الاختيار والتعاقد⁽⁴⁾ ولا يمكن أن تعاقب لمجرد اختيارها لمن سيتعاقد معها ليؤدي لها الخدمة، بل تخضع في هذا التصرف للقاعدة العامة المتعلقة بحرية التعاقد⁽⁵⁾، ويجب المحافظة على حرية المشتري العمومي في الاختيار حتى يتمكن من ممارسة دور الحكم الفعال في السوق⁽⁶⁾، وإن كان قانون المنافسة يضبط المجال الذي تلتقي فيه الحريات الاقتصادية بالحرية العقدية التي يكرسها قانون العقود، حيث تجد الحرية العقدية مجالا واسعا في السوق الذي يعتبر المجال الطبيعي للحريات الاقتصادية وخصوصا حرية

(1) كتو محمد الشريف، «حماية المنافسة...»، مرجع سابق، ص 92.

(2) جلال مسعد، «مدى إخضاع الأشخاص...»، مرجع سابق، ص 141.

(3) بدوي عبد الجليل، هنان علي، «نطاق تطبيق قانون المنافسة من حيث الأشخاص وفقا للأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة»، مجلة نور للدراسات الاقتصادية، المركز الجامعي نور البشير البيض، الجزائر، مجلد 06، عدد 11، ديسمبر 2020، ص 53.

(4) قوسم غالية، التعسف في وضعية الهيمنة في...، مرجع سابق، ص 55.

(5) ديباش سهيلة، إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات الملتقى الوطني السادس حول: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة د يحي فارس بالمدينة، يوم 20 ماي 2013، ص ص 10، 11.

(6) قوسم غالية، التعسف في وضعية الهيمنة في...، مرجع سابق، ص 39.

المنافسة، لذلك يعتبر الفقه قانون العقود الأداة المثلى للمبادلات في السوق، نتيجة للتماثل الذي يظهر بين حرية المنافسة وحرية التعاقد⁽¹⁾، إذ يضبط قانون المنافسة العلاقة التي تلتقي فيها حرية المنافسة وحرية التعاقد، وعلى هذا الأساس ظهر معيار آخر يتماشى مع طبيعة العقد والتصرف.

2- معيار تأثير القرارات الإدارية على المنافسة في سوق الطلبات العمومية

يثير تطبيق قانون المنافسة على المصلحة المتعاقدة باعتبارها من الأشخاص العامة الكثير من النقاط الغامضة ويرجع سبب الغموض إلى تعقيد الموضوع في حد ذاته، وارتباط نشاطه بالنشاط الإداري، وإن كان هذا يحتاج إلى توضيح وتدقيق نظرا لما يثيره من إشكالات قانونية وعملية لاختلاف ما ألفه قانون المنافسة، عما هو موجود في مجال الصفقات العمومية.

إن الحديث عن تطبيق قانون المنافسة باعتباره قانون خاص على القرارات الإدارية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة باعتبارها تخضع للقانون العام أمر غريب، لأن السلطة العامة لا تشارك في المنافسة ولا تسعى إلى الحصول على حصص في السوق عبر تصرفاتها الإدارية إلا أنها قد تؤثر على المنافسة في السوق، مما يؤدي إلى عدم مشروعيتها بالتصرفات بالنظر لقانون المنافسة⁽²⁾، وهذا يقتضي مراقبة مدى احترام قواعد قانون المنافسة، وتجسيد هذه الأخيرة لا يمكن أن يقتصر على رقابة سلوكات المؤسسات فقط، بل يمتد إلى مراقبة التصرفات الإدارية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة، والتي يجب مساءلتها على ضوء قواعد قانون المنافسة، وذلك لسبب أنه يترتب على تصرفات الإدارة العمومية أثارا محتملة أو فعلية على المنافسة في سوق الطلبات العمومية وليس فقط عندما تتصرف كعون اقتصادي⁽³⁾.

على هذا الأساس وجد معيار يقضي بخضوع الإدارة العامة لقانون المنافسة يستند على تقنية قانونية تتمثل في نظرية الأعمال المنفصلة، وذلك بمقتضى نظرية الأثر المفيد والنافع لقواعد المنافسة السائدة في القانون الأوربي التي مفادها أن لا تخل الإدارة بقراراتها الأثر المفيد والنافع بقواعد المنافسة، وهو ما كرسه قانون الإتحاد الأوربي في المادة 101 منه، وبذلك تم إقرار مبدأ

(1) بن حملة سامي، «قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة»، مرجع سابق، ص ص 281، 282.

(2) VALETTE Jean -Paul, Droit public économique, 2^{ème} éd, Hachette, paris, 2009, p129.

(3) جلال مسعد، «مدى إخضاع الأشخاص...»، مرجع سابق، ص 141.

نفاذ قانون المنافسة على القرارات الإدارية، من خلال مراقبة الآثار الناجمة عن تصرف إداري⁽¹⁾، إلى جانب ذلك ظهرت نظرية أخرى في القانون الأوربي، نظرية التعسف التلقائي في وضعية الهيمنة⁽²⁾، بموجب القرارات الإدارية، وفيما إذا كان من شأن آثار هذا التصرف أن تؤدي تلقائيا، إلى خلق وضعية الهيمنة في السوق لصالح مؤسسة اقتصادية، مما يسمح باستغلال تلك الوضعية تعسفيا، مخالفة بذلك قواعد قانون المنافسة، وبذلك كان لهذه النظرية الفضل في إبراز وكشف دور الإدارة في دفع الأعوان الاقتصاديين بواسطة قراراتها إلى ارتكاب ممارسات مقيدة للمنافسة⁽³⁾.

وتفصيلا في هذه النقطة تم تطبيق قانون المنافسة في إطار المشروعية الإدارية وعرف تطبيقه على العقود الإدارية تطورا كبيرا⁽⁴⁾، إذ عرفت النظريتان التطبيق في القانون الفرنسي عن طريق القاضي الإداري، إذ استند في البداية تطبيق قانون المنافسة الأوربي على الأعمال الإدارية قبل أن ينتهي إلى إقرار قانون المنافسة الداخلي كمصدر من مصادر المشروعية الإدارية⁽⁵⁾.

تعد قضية "ville de Pamier"⁽⁶⁾، أول قضية طرحت بشأن تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العامة في فرنسا بموجب المادة 53 من الأمر الصادر في ديسمبر 1986 المتعلق بالمنافسة وحرية الأسعار، والتي تم تقنينها حاليا في المادة 410 من التقنين التجاري الفرنسي⁽⁷⁾.

يعتبر القرار المشار إليه أعلاه تمهيدا للبدء في تطبيق القاضي الإداري الفرنسي لأحكام قانون المنافسة، باعتباره قاعدة قانونية يتوجب على الإدارة احترامها ما دام لها نفس محتوى القاعدة

(1) تياب نادية، هنية أميد، «تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية - بين النصوص القانونية والإشكالات التطبيقية-»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 12، العدد 01، أبريل 2021، ص 602.

(2) Nicinski Sophie, Droit public de la concurrence, op.cit, p26.

(3) كتو محمد شريف، «حماية المنافسة...»، مرجع سابق، ص 87.

(4) CHRISTOPHE cabanes, BENOIT neveu neveu, droit de la concurrence dans les contrats publics (pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, contrôles et sanctions) , collection analyse juridique, éditeur le moniteur, France, 2008, p 69

(5) ديب محمد، «الاختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية»، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 33، الجزء الثالث/سبتمبر 2019، ص 179.

(6) BAZEX Michel, «Le droit public de la concurrence», RFDA, n°3, juillet-Aout 1998, pp781-800 .Et Voir aussi : SEILLER Bertrand, «Droitpublic de la concurrence et séparation des autorités», RFDA n°01, 1999, pp189-193.

(7) L'article L.410 du code de commerce, op, cit, www.legifrance.gouv.fr.

الأوربية، وهو ما تم تكريسه بصفة فعلية في قرار Marais et STE Million الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 1997/11/03 حيث تعلقت القضية بعقد أبرمته بلدية " Fleury des Aubrais" مع شركة تقدم خدمات جنائزية، وتعلق الموضوع المثار بما إذا كان هذا العقد يجعل الشركة المتعاقدة في وضعية هيمنة، تستغلها هذه الأخيرة بإفراط وبصورة آلية مخالفة بذلك أحكام الفصل 8 من المرسوم 1986/12/01 (قانون المنافسة الفرنسي)، حيث وإن لم يصدر قرار بمؤاخذة الطرف المدعى عليه، فإن مجلس الدولة الفرنسي عرض إلى تحليل واضح ومكمل للعقد الإداري موضوع النزاع، حيث خلص إلى عدم مخالفة العقد لأحكام المادة 8 المذكور وقبل المجلس دراسة مضمون شروط العقد اتجاه أحكام القانون الداخلي للمنافسة⁽¹⁾.

وبهذا كان لهذه النظرية الفضل في إبراز وكشف دور الإدارة في دفع الأعوان الاقتصاديين بواسطة قراراتها إلى ارتكاب ممارسات منافية للمنافسة⁽²⁾.

اجتهد القضاء الإداري الفرنسي بتطبيق المواد 2-420 و 5-420 من ت.ت.ف على أعمال الهيئات الإدارية، فهناك العديد من القرارات الصادرة بشأن تطبيق أحكام قانون المنافسة المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة على القرارات الصادرة عن الهيئات الإدارية في إطار نشاط غير اقتصادي، ويعتبر التعسف الآلي أول صورة اعترف القاضي الإداري بها للمساس بالمنافسة⁽³⁾، والتي ساهمت في تحميل المشتري العمومي التزاما جديدا يتمثل في ضرورة مراعاته مدى احترام قواعد المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية⁽⁴⁾، نظرا لما قد ينتج عن سلوكها من تقييد للمنافسة، باتخاذها تصرف إداري لا يأخذ بعين الاعتبار قواعد قانون المنافسة، وبالتالي أصبح معيار تطبيق قانون المنافسة يعرف بالطبيعة الاقتصادية والغير الاقتصادية للنشاط⁽⁵⁾، الذي يؤثر على السوق، وهو ما يؤكد أن السلوك الذي تتحلى به المصلحة المتعاقدة باعتبارها شخص عمومي هو الذي تتحدد به القواعد القانونية الواجبة التطبيق، إذ من خلاله سيقدر تطبيق قانون المنافسة من عدمه.

(1) CE., 3 Novembre 1997, Société Million et Marais, n° 169907 ; www.legifrance.gouv.fr.

(2) جلال مسعد، «مدى إخضاع الأشخاص...»، مرجع سابق، ص 147.

(3) عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية...، مرجع سابق، ص 135.

(4) Sophie Nicinski, Droit public ..., op.cit, p 62 et s.

(5) KATZ David, Juge administratif et droit de la concurrence, PUAM, Marseille, 2004, P76.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من خضوع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة

تعتبر حرية المنافسة من مبادئ اقتصاد السوق بل تواجهها أصبح أكثر من ضرورة حتمية حتى بالنسبة للعلاقات التعاقدية التي تكون السلطة العامة طرفا رئيسيا فيها ونعني بذلك العقد الإداري، وإذا ما استثنينا تدخل السلطة العامة لغايات الدفع بالحركة التجارية عن طريق انتهاج سياسة محفزة تسمح بإعادة التوازن المفقود إن وجد بين طاقة الإنتاج وكتلة الطلب، فإن تدخلها أصبح جد محدود، إلا أنه توجد آليات قانونية تفرض على السلطة العامة بمختلف مرافقها ضرورة الحفاظ على المال العام من أشكال الفساد لذلك وتجسيدا لهذا المسعى كان فتح باب المنافسة في مجال الصفقات العمومية من أولويات النشاط الإداري العام⁽¹⁾، لأن السلطة العامة وفقا للمنهج الليبرالي ليست إلا أحد أطراف السوق يجب عليها أن تلتزم بنواميسه وضوابطه⁽²⁾.

تدخل الإدارة في مجال العقود الإدارية يقتصر على الحفاظ على النظام العام التقليدي، إلا أن تطور نشاطها في المجال الاقتصادي ظهر مفهوم جديد للنظام العام الاقتصادي، ومع تبني الحريات الاقتصادية التي كرسها الدستور، وجسدتها أحكام قانون المنافسة عرفت فكرة النظام العام الاقتصادي تطورا اقترن بتطور قانون المنافسة الذي اعتبر كضابط لقانون العقود، من خلال تطور أنماط جديدة في العلاقات التعاقدية، وتدخل أطراف أخرى في العلاقة التعاقدية لاسيما مع ظهور الأشخاص المعنوي العامة⁽³⁾، وامتد تطبيقه إلى العقود الإدارية عامة، والإدارة العامة كطرف في العقد الإداري خاصة.

يعود خضوع الإدارة العامة لقواعد قانون المنافسة لقانون الإتحاد الأوربي، والقانون الفرنسي⁽⁴⁾، وتأثر المشرع الجزائري بهذا المبدأ ولتوضيح هذه النقطة أكثر وبالأخص مدى تطبيق قانون المنافسة على المصلحة المتعاقدة، يجب التطرق إلى مختلف النصوص القانونية الصادرة في هذا الشأن في قوانين المنافسة وكيف عالجت.

(1) قادري لطفي محمد الصالح، آليات حماية المنافسة في التجارة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2017، ص 114.

(2) الكراي بسام، «مبدأ اللجوء إلى المنافسة في إبرام الصفقات العمومية»، دراسات قانونية، كلية الحقوق بصفافص، تونس، عدد خاص، 2007، ص 07.

(3) بن حملة سامي، «قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة»، مرجع سابق، ص 283.

(4) جلال مسعد، «مدى إخضاع الأشخاص...»، مرجع سابق، ص 149.

1- تردد المشرع الجزائري بخضوع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة

لم يكن المشرع يعترف بتطبيق قانون المنافسة على الإدارة العامة إلا في حالة ممارسته النشاط الاقتصادي، لكن بعد ذلك اعترف بهذا المبدأ، وفرض احترامه وتطبيقه على المصلحة المتعاقدة، وكرس نقاط التقاطع ما بين قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية وهو ما سنبينه.

أ- القانون 95-06:

يعتبر الأمر رقم 95-06 أول قانون جزائري يتعلق بالمنافسة وألزم المتعاملين الاقتصاديين على احترام المبادئ والنقيد بها، ولم يكن يفرض احترام مبدأ المنافسة الحرة على الأشخاص العمومية إلا في إطار ممارسة النشاط الاقتصادي وقد نصت المادة 02 منه على ما يلي:

« يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص المعنويين أو الجمعيات، ويطبق أيضا على كل العقود والاتفاقيات والتسويات أو الاتفاقات التي يقصد بها إنجاز نشاطات إنتاج، و/أو توزيع سلع وخدمات»

أكد الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة⁽¹⁾، على المخاطبين بأحكامه، بالتزام الأشخاص العمومية بقواعده عند تدخلهم كأعوان اقتصاديون فقط دون الإشارة إلى إمكانية تطبيق أحكامه عليهم عند تدخلهم كسلطة عامة، أي أن الأشخاص العمومية عندما تتدخل لممارسة نشاطات الإنتاج والتوزيع لسلع أو لخدمات فإنها تخضع بشكل مباشر إلى كل القواعد الموضوعية لقانون المنافسة مثلها مثل الأعوان الاقتصاديون الخواص، أما ما قد يصدر من الأشخاص العمومية من تصرفات أخرى خارج هذا النطاق كإبرام الصفقات العمومية مثلا، فهي مستبعدة من الالتزام لقواعد قانون المنافسة بشكل ضمني، فلم يكن المشرع يعترف بتطبيق قواعد قانون المنافسة على الأشخاص العمومية إلا في إطار ممارسة النشاط التجاري والاقتصادي فقط.

ب- الأمر رقم 03-03:

أصدر المشرع الجزائري الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة الذي ألغى الأمر رقم 95-06 وتم تأكيده على مبدأ عدم تطبيق قانون المنافسة على الإدارة العمومية والأعمال الإدارية حيث تنص المادة 2 من أمر 03-03 على أنه:

(1) صدر أول قانون خاص بالمنافسة بعد الإصلاحات التي باشرت بانتهاجها نظام اقتصاد السوق المبني على المنافسة الحرة.

« يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون، إذا كانت لا تندرج ضمن إطار صلاحيات السلطة العامة وأداء مهام المرفق العام».

يستبعد نص المادة تطبيق قانون المنافسة على مهام المرفق العام وصلاحيات السلطة العامة فهو عبارة عن رفض مطلق لإدراج قواعد قانون المنافسة في مجال المشروعية الإدارية، وهذا ما يتعلق باحتكار الدولة لبعض القطاعات الحساسة⁽¹⁾، في حين قرر المشرع الجزائري فرض احترام المصلحة المتعاقدة مبدأ المنافسة الحرة في مجال إبرامها الصفقة العمومية، في ظل قانون الصفقات العمومية، وباعتبارها مظهرا من مظاهر السلطة العامة وأداء لتسيير المرفق العام، فإنه استنادا إلى هذا النص لا تعفى المصلحة المتعاقدة من احترام قواعد قانون المنافسة، حيث أعطي المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية (الملغى) الحق للإدارة العامة في رفض العرض المقبول لإنجاز الصفقة، إذا أثبتت أنه يترتب على منحها هيمنة المتعامل الاقتصادي المقبول في السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني⁽²⁾.

عرف المرسوم الرئاسي 02-250 تطورا نو مفهوم حديث في مجال القانون العام وتكريس صريح باحترام المصلحة المتعاقدة قواعد المنافسة في إبرام الصفقة العمومية، ففي فترة غير بعيدة كان يقتصر مبدأ المنافسة على مجال القانون الخاص وكان يرتبط كثيرا بمجال حماية السوق وحرية الأعوان الاقتصاديين في الدخول إلى السوق دون تقييد أو وضع حواجز، وما لبثت هذه النظرية أن تتطور لتدخل في مجال القانون العام عن طريق التفسيرات الحديثة التي بلورت تعريف المنافسة، وبذلك لا يمكن تصور استبعاد الصفقات العمومية من مجال تطبيق قانون المنافسة، بل المنطق يستدعي إلزام التقييد بأحكامه عند إبرامها خاصة وأن قانون المنافسة احتل مكانا في تأشيرات المرسوم الرئاسي 02-250.

رغم محاولة المشرع في الأمر رقم 03-03 إضافة أحكام ونصوص جديدة إلا أنه تبنى واحتفظ بنفس القواعد الموجودة في الأمر رقم 95-06 الملغى من حيث إرسائه لمبادئ المنافسة الحرة وتنظيمه للممارسات التي تتنافى مع هاته المبادئ تحت تسمية "الممارسات المقيدة

(1) بن يسعد عذراء، سلطة مجلس المنافسة في ضبط الاتفاقات المقيدة للمنافسة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2016، ص 53.

(2) المادة 111 من المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، معدل ومتمم، مرجع سابق (الملغى).

للمنافسة" وسدا للثغرات القانونية، فصل بين النشاط الاقتصادي والنشاط الإداري للأشخاص العمومية، فأقر على غرار سابقه خضوع نشاطها الاقتصادي لقانون المنافسة، ومن الواضح أن الشخص العام الذي يتدخل في السوق كمنتج أو موزع أو مقدم خدمات خارج إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة وأداء مهام المرفق العام، يطبق عليه قانون المنافسة لأنه في تلك الحالة يعتبر من المؤسسات، ومن الأعوان الاقتصاديين، ويخضع في تلك الحالة للقانون الخاص والقانون التجاري⁽¹⁾، فيما أعفاها في مجال المشروعية الإدارية من الالتزام بقواعد المنافسة⁽²⁾.

2- التكريس القانوني لخضوع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة

أظهر المشرع في البداية نوع من التردد في إيجاد نقاط التقاطع ما بين قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية، إلا أنه سرعان ما تأثر بالتطورات الاقتصادية الحاصلة، وأدرج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية الذي تم في ظل اجتهاد القضاء الفرنسي، وتأثر به المشرع الجزائري، حيث سمح اتفاق الشراكة بين الجزائر والاتحاد الأوروبي بانسجام تشريعهما المتعلق بالمنافسة فاستطاع التناسق بين القانونين، فأدخل أحكام جديدة في قانون الصفقات العمومية مستوحاة من قانون المنافسة وإدراج أحكام تنتمي إلى القانون العام في قانون المنافسة.

أولى المشرع الجزائري لموضوع حماية المنافسة في الصفقات العمومية من خلال قانونين أساسيين هما قانون الصفقات العمومية الذي يهدف إلى تحديد الأحكام الخاصة بالباري والمنافسة لإرساء الصفة العمومية على أحسن عرض، وقانون المنافسة الذي يرمي إلى تنظيم المنافسة وحمايتها لزيادة الفعالية الاقتصادية باسم المصلحة العامة، بتضمين قواعد تخلق التوازن في السوق من خلال حظر الممارسات المقيدة للمنافسة في إطار اللعبة التنافسية.

كرس المشرع مبدأ إخضاع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة، في نص المادة 2/2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 المتعلق بالمنافسة على أنه «بغض النظر عن كل الأحكام المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:... الصفقات العمومية بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

(1) كتو محمد الشريف، قانون المنافسة...، مرجع سابق، ص 39.

(2) جلال مسعد، «مدى إخضاع الأشخاص...»، مرجع سابق، ص 151.

غير أنه، يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية».

يتبين من خلال القراءة الأولية لنص المادة أن نطاق تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية عامة والمصلحة المتعاقدة خاصة ينحصر في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، إذا كان ذلك لا يشكل عائقاً أمام حسن سير الوظيفة الإدارية للمرفق العام، ومن خلال مقارنتها بالنص القانوني للمادة 2 من الأمر رقم 03-03 نجد أن المشرع استبدل فيها عبارة "ألا يندرج" بعبارة "ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية".

يلاحظ على نص المادة 2 من الأمر رقم 03-03 عدم وضوحها بخصوص تطبيق قانون المنافسة على المصلحة المتعاقدة حيث أن استعمال المشرع عبارة "يجب أن لا يعيق" يمكن تأويلها بأنها لا تشكل استثناء مطلقاً في تطبيق قانون المنافسة عند أداء مهام المرفق العام واستعمال امتيازات السلطة العامة، وإن كان لا يمكن التوصل إلى هذه الإعاقة باعتبار قانون المنافسة يخدم الاقتصادي الوطني، الذي يحقق المصلحة العامة⁽¹⁾، وبالرجوع إلى نص المادة 6 من نفس الأمر حظرت على المصلحة المتعاقدة السماح بمنح صفقة لفائدة أصحاب الممارسات المقيدة للمنافسة مما يعني أن منح صفقة يتعلق بقرار إداري وهو الوجه الذي يشمل تطبيق قانون المنافسة.

وسع المشرع الجزائري من مفهوم المتدخل في قانون المنافسة إلى فئة المصلحة المتعاقدة، فأصبحت الدولة، الولاية، البلدية، والمؤسسات العمومية الخاضعة للقانون العام تخضع لقانون المنافسة ما لم يعيق أداء مهام المرفق العام، فيطبق قانون المنافسة على نشاط المرفق العمومي في الحدود التي تسمح للإدارة العامة بأداء قانوني وفعلي للمهام الخاصة التي كلفت بها⁽²⁾، فتلزم بعدم خلق ممارسات مقيدة للمنافسة والكشف عنها، وبالتالي وسع نطاق تطبيق قانون المنافسة ليشمل نشاط الإدارة العامة الذي يرتب أثاراً سلبية على المنافسة الحرة في مجال إبرام الصفقات العمومية⁽³⁾.

(1) ديب محمد، مدى خضوع الصفقات العمومية لأحكام قانون المنافسة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2021، ص 206.

(2) جلال مسعد، «مدى إخضاع الأشخاص...» مرجع سابق، ص 152.

(3) مرجع نفسه، ص 153.

الباب الأول الإطار القانوني لخضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

وتفصيلا في هذه النقطة أنه ليس من المعقول أن نواصل الاعتقاد أن قانون الصفقات العمومية مبني على بديهية أخرى غير بديهية فتح السوق على المنافسة⁽¹⁾، والنظام العام التنافسي في إطار إبرام الصفقات العمومية يعرف بأنه حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحدهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه، بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا⁽²⁾، فتخضع له الأطراف الرامية في إبرام العقد المصلحة المتعاقدة من جهة و المتعاملين الاقتصاديين العارضين من جهة أخرى لضمان ترسيخ منافسة حرة⁽³⁾، لذا من الواجب البحث عن سبل ووسائل الحفاظ وإنماء النظام العام التنافسي في إبرام الصفقات العمومية، من خلال إلزام المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة باحترام قواعد المنافسة في اختيارها الشخص الذي ستتعاقد معه⁽⁴⁾.

أوكل المشرع للمصلحة المتعاقدة التزامات جديدة مرتبطة بالمنافسة إلى جانب التزاماتها التقليدية، إذ أنه في المادة 02 من الأمر 03-03 المعدل سنة 2008 فرض عليها احترام قانون المنافسة في مرحلة إبرام الصفقة، كما انعكست هذه المادة على قانون الصفقات العمومية، إذ عدل بموجب المرسوم الرئاسي 08-338 والذي أقر المبادئ العامة للمنافسة التي تحكم إبرامها.

أكد المرسوم الرئاسي 15-247 على مبادئ المنافسة في إبرام الصفقة العمومية بصيغة الوجوب، وجسد القانون 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية هذه المبادئ في المادة 05 منه، ما يؤكد على الدور الجديد للمصلحة المتعاقدة في إطار إبرام الصفقات العمومية، والتي جاءت محاطة بمجموعة من الإجراءات التي يمكن من خلالها ضمان تحقق منافسة نزيهة وإرساء الصفقة على المتنافس الكفئ وفقا لنتائج المنافسة المشروعة، التي تستجيب من حيث المبدأ لمقومات المنافسة الحرة والمساواة وشفافية التعاملات في السوق، لتتوافق هذه المبادئ مع مضامين قانون المنافسة، وما يؤكد التزام المصلحة المتعاقدة باحترام أحكامه، نص المادتين 72 و 74 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، إلا أنه في ظل القانون 23-12 لم

(1) NICINSKI Sophie, Droit public de la concurrence, Op.cit, pp55-56.

(2) قادري لطفي محمد الصالح، مرجع سابق، ص 116.

(3) براهيم فضيلة، «تأثير مبدأ المنافسة على الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني،

جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 16، عدد 02، 2017، ص 110.

(4) مرجع نفسه، ص 110، 111.

يتطرق المشرع لهذه المواد بل تركها للتنظيم، ويبقى المرسوم الرئاسي 15-247، ساري المفعول في انتظار ما ستسفر عنه النصوص التنظيمية التي ستصدر لاحقاً.

تستند المصلحة المتعاقدة عند إبرام الصفقات العمومية لقواعد قانون المنافسة في إطار تحقيق المصلحة العامة، وعليه أصبح الأشخاص العموميون الذين يقومون بأداء مهام المرفق العام ويتمتعون بامتيازات السلطة العامة خاضعين لتطبيق قانون المنافسة مثلهم مثل الخواص، وحصر المشرع مجال تدخلهم التنافسي⁽¹⁾.

على هذا النحو فإن كان تطبيق قانون المنافسة على جميع الأنشطة الاقتصادية بما في ذلك تلك التي تمارسها الأشخاص العمومية سواء كلياً أو جزئياً وتطبيقه لا يتعلق بالمعيار العضوي، بما لا يمكن إنكار تطبيقه على النشاط الإداري للمصلحة المتعاقدة لمساهم بالمنافسة، وذلك من خلال قراراتها التي تسمح بمنح صفقة لأصحاب السلوكيات المنافية للمنافسة، وبهذا يمكن الأخذ بمعيار الأثر المتوقع في حال إخلال بالمنافسة في السوق⁽²⁾، وإن كان هذا المفهوم الواسع خلق إشكالات بخصوص تطبيق قانون المنافسة والسلطة المختصة بذلك⁽³⁾.

إن تطبيق قانون المنافسة على المصلحة المتعاقدة ضمن التكريس القانوني في إطار القانون العام والخاص هو الحفاظ على المشروعية الإدارية والذي أدى إلى ظهور قانون عام للمنافسة⁽⁴⁾، في مقابل القانون الخاص للمنافسة الذي يطبق على المتعاملين الاقتصاديين المتقدمين بالعروض سواء كانوا عموميين أم خواص، ويتم تقييم تصرفات الإدارة إذا ما انحرفت عن احترام قواعد قانون المنافسة باعتباره جزء من المنظومة القانونية، وبهذا تتباعد الإدارة عن التعسف في استعمال سلطتها، ما يدعم عملية البحث عن إيجاد توازن بين حماية المصلحة العامة وبين حماية المصلحة الخاصة⁽⁵⁾، والتحكيم بين المصلحتين يميل إلى تغليب المصلحة العامة، والتي يهدف

(1) كتو محمد شريف، الممارسات المنافية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 95-97.

(2) المادة 6 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

(3) بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2005، ص 81.

(4) رقرقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 36، 37.

(5) TARCHOUNA Lotfi «Le tribunal administratif et les libertés économiques», revue Etudes Juridiques, faculté de droit de Sfax, Tunisie, n° (03), 1993-1994, p 86.

الباب الأول الإطار القانوني لخضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

قانون المنافسة إلى تحقيقها⁽¹⁾، ويظهر من وراء تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام قانون جديد يحاول التوفيق بين متطلبات المنافسة الحرة ومقتضيات المرفق العام وهو قانون الضبط الاقتصادي⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس لم يعد يقتصر القانون الواجب التطبيق على الصفقات العمومية على الأحكام القانونية الصادرة في مجال الصفقات العمومية، بل أصبحت تخضع إلى نظام قانوني متشعب ومعقد تطبق فيه قواعد القانون الخاص إلى جانب قواعد القانون العام نظرا لدقة وحساسية هذا المجال، إذ امتدت نصوص القانون الخاص إلى مجال الصفقات العمومية، ويأتي على رأسها قانون المنافسة، وامتد تطبيق هذا الأخير إلى المصلحة المتعاقدة، مما أدى إلى وجود تمازج بين قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام بتطبيق قواعد المنافسة، باعتبار الصفقات العمومية يمتزج فيها النشاط الاقتصادي بالنشاط الإداري، إلا أنه سجلنا صعوبة تطبيق قانون المنافسة على المصلحة المتعاقدة، لاتصالها المباشر بالمرفق العام، وممارسة امتيازات السلطة العمومية، من أجل تحقيق المصلحة العامة.

(1) بوجملين وليد، «المؤسسة العمومية الاقتصادية وقانون المنافسة»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 02، جوان 2016، ص 250.

(2) عيساوي عز الدين، جدال بين المرفق العام...، مرجع سابق، ص 100.

المبحث الثاني

خضوع مرحلة إبرام الصفقة العمومية لقانون المنافسة

تعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية التي تجمع بين الدولة والخواص والوسيلة الأنجع لجلب الاستثمارات الكبرى، وتساهم في خلق الثروة الاقتصادية وتنشيطها، لهذا تعتبر مرحلة إبرامها وسيلة للتعدي على قواعد قانون المنافسة، باعتبارها تقوم على نظام المنافسة في إرساء الصفقة، والذي يقتضي تكريس مبدأ المنافسة الحرة، وهذا الأخير يعد من أبرز دعائم اقتصاد السوق والمحافظة على التنافس بين مختلف المتعاملين الاقتصاديين، ولمبدأ حرية المنافسة دور مهم في مجال الصفقات العمومية، باعتباره يكرس دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة الإبرام ويحد من المنازعات في المستقبل⁽¹⁾.

يثير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية والمنبثق من مبدأ حرية الصناعة والتجارة، اهتماما كبيرا من التشريعات، خاصة وأن هذا المبدأ عرف تطورا ذو مفهوم حديث في القانون العام، ففي فترة غير بعيدة كان يقتصر على مبدأ المنافسة على مجال القانون الخاص، وارتباطه بمجال حماية السوق وحرية الأعوان الاقتصاديين في الدخول إلى السوق دون تقييد أو وضع حواجز وما لبثت هذه النظرية إلا أن تتطور لتدخل في مجال القانون العام عن طريق التفسيرات الحديثة التي بلورت تعريف المنافسة⁽²⁾.

تأطيرا للجو التنافسي الذي يمكن أن تخلقه مرحلة إبرام الصفقة العمومية، والتي تعد مرحلة جد حساسة غالبا ما تكثر فيها جل التجاوزات والانتهاكات الرامية إلى إفراغ المنافسة من محتواها وتقييدها، انصبت جهود المشرع الجزائري ومساعيه إلى تنظيمها، عبر جملة من النصوص القانونية التي تنبثق أحكامها أساساً من تنظيم الصفقات العمومية، وصولاً إلى إدراجها في أحكام قانون المنافسة، وذلك بصور القانون رقم 08-12 يتضمن تعديل قانون المنافسة، أين أخضع مرحلة إبرام الصفقات العمومية وكل متدخل فيها لضرورة احترام قواعد المنافسة النزيهة، كما كرس قانون المنافسة هذا المبدأ في مجال الصفقات العمومية، لأن عدم احترامه يؤدي بالإخلال بمبدأ المساواة بين المتنافسين لنيل الصفقة وبما أن مبدأ المنافسة يظهر في مرحلة الإبرام وهو ما أكده

(1) مخلف عارف صالح، مخلف حماد علي، مرجع سابق، ص 257.

(2) رحمانى راضية، «مجال اختصاص مجلس المنافسة..»، مرجع سابق، ص 244.

قانون المنافسة الذي أخضع مرحلة إبرام الصفقة لأحكامه، حيث تنص المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم على ما يلي: "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:

الصفقة العمومية بدء بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة."

من خلال نص المادة يتضح أن مرحلة إبرام الصفقة العمومية تخضع لقانون المنافسة باعتبارها المرحلة التي يتم فيها التنافس بين المتعاملين الاقتصاديين للحصول على الصفقة، والتي تتبع فيها الإدارة أسلوب معين للتعاقد حسب طبيعة حاجياتها (المطلب الأول) والتي تبدأ ابتداء من نشر الإعلان عن الصفقة إلى غاية المنح النهائي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تطبيق قانون المنافسة على طرق إبرام الصفقة العمومية

يستلزم لحماية المال العام إقرار ضوابط وقيود تستهدف عدم الإنفاق إلا إذا كان ضرورياً، وبالقدر اللازم فقط، لهذا تقتضي مشروعية عملية الإبرام استفاء العديد من الإجراءات الشكلية اللازمة للتأكد والتحقق من صدق عملية الشراء وضرورتها⁽¹⁾.

يجب على المصلحة المتعاقدة إحترام الإجراءات الشكلية التي تبرم بها الصفقة العمومية، متى بلغت قيمة السلع والخدمات المراد التعاقد فيها مبلغاً محدداً، إلا أن القانون 23-12 لم يحدد السقف المالي للصفقة العمومية لكن بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في المادة 13 منه⁽²⁾، والتي تحيل بدورها بتوفر المعيار المالي إلى المادة 39 منه، التي تنص «تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي»⁽³⁾.

(1) خطار الشنطاوي علي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2003، ص 693.

(2) تنص المادة 13 الفقرة 01 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق. على أنه "كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة إثني عشر مليون دينار (12000.000 دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم وستة ملايين دينار (6000.000 دج)، للدراسات أو الخدمات، لا تقتضي وجوباً إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب".

(3) تجب الإشارة إلى أن استعمال المشرع لمصطلح طلب العروض هو المصطلح الأكثر دقة، عكس ما كان في المادة 25 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، أنظر في ذلك: لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص: 279-280 وكذلك بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له)، ط 3، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 137.

أبقى المشرع في ظل قانون الصفقات العمومية الجديد على نفس طرق إبرام الصفقات العمومية غير أنه استبدل مصطلح التراضي بالتفاوض إذ تنص المادة 37 من القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التفاوض الذي يشكل الإستثناء".

إن بحث محددات تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية ينطلق من نص المادة 02 من الأمر 03-03 على اعتبار أنها تحدد بالتفصيل مجال تطبيق قانون المنافسة بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة. متنبها المشرع إلى ضرورة حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، والتي تجد لها مجالا خصبا في ظل إبرامها، باعتبارها تقوم على مبدأ المنافسة الحرة بين المتعاملين الاقتصاديين للفوز بها، ويتفاوت تحقيق هذا المبدأ بفعل الطابع المتغير لطرق الإبرام، وإن كانت تظهر بوضوح في إطار إجراء طلب العروض، والطريقة الأصلية المكرسة لمبدأ اللجوء إلى المنافسة في إبرام الصفقات، وإن كان تطبيق قانون المنافسة يقوم على أساس حماية المنافسة في السوق، فإن اختيار الإدارة بما لها من سلطة تقديرية لأسلوب التفاوض لإبرام صفقاتها يثير العديد من الإشكالات المرتبطة بمدى أعمال مبدأ المنافسة.

تتغير طريقة التعاقد في الصفقات العمومية حسب سياق وخصوصيات الحاجيات المراد تسديدها وحسب حجم التمويل المخصص لها، وتبعاً لذلك تختلف إجراءات التعاقد المتبعة ومن ورائها يتفاوت تحقيق مبادئ المنافسة، بفعل الطابع المتغير لطرق إبرامها، لذلك سندرس درجة تفعيلها في إجراء طلب العروض (الفرع الأول)، ثم في إطار إجراء التفاوض (الفرع الثاني)، ومدى تطبيق قانون المنافسة على الإجراءات.

الفرع الأول

تطبيق قانون المنافسة على إجراء طلب العروض

انتهج المشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية الجديد المسلك ذاته تقريبا بشأن طرق إبرام الصفقات العمومية في قوانين الصفقات المتلاحقة بتكريس مبدأ المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين، إلا أن الفرق يكمن في المصطلحات التي استعملها، فبالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي 10-236 الذكر الملغى نجده قد استعمل مصطلح "المناقصة"، بينما استعمل مصطلح "طلب العروض" في المرسوم الرئاسي 15-247، والقانون 12-23 ومعلوم أن هذا الأسلوب في التعاقد حل محل أسلوب المناقصة، وإن كان قد استخدم نفس إجراءاتها (المنافسة العلنية)، وبالرغم

من التقارب الموجود بينهما، إلا انه لا يلزم المصلحة المتعاقدة باختيار متعاقد بعينه، وهنا تجدر الإشارة إلى أنهما لا يحملان نفس المعنى، وبالتالي فأسلوب طلب العروض يعتبر من أبرز أساليب إبرام الصفقات العمومية بالنظر إلى الإيجابيات التي تميزه⁽¹⁾.

إن امتداد تطبيق قانون المنافسة على الممارسات المتعلقة بإجراء المناقصة جاء في ظل تنظيم الصفقات العمومية السابق المرسوم 10-236 وهو ما يستدعي تعديل مقتضيات الأمر 03-03 بما يتناسب مع قانون الصفقات العمومية الحالي وعلى كل حال فالظاهر أن المادة 02 من الأمر المذكور أعلاه اقترنت إجراء المناقصة أو كما هو مسمى حالياً طلب العروض، وهو ما كرسه المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247، والقانون 23-12 بإعتباره الإجراء الأكثر وضوحاً ودقة في تحقيق الشفافية في اختيار المتعامل الاقتصادي ومساواة المتنافسين في الوصول إلى الطلبات العمومية وبالإضافة إلى خلق أكبر قدر ممكن من المنافسة ضماناً للشرعية والنزاهة في إطار النفقة العمومية وتحقيق المصلحة العامة.

أولاً: تعريف طلب العروض

يعتبر إجراء طلب العروض الطريقة الاعتيادية لإبرام الصفقات العمومية لأن أغلبها تمر بواسطته، فالمبدأ في اختيار طريقة التعاقد هي الدعوة للمنافسة، عن طريق طلب العروض ضماناً لحسن الترف في الأموال العمومية⁽²⁾، ولهذا خصها المشرع الجزائري بقواعد وإجراءات خاصة، بما يكفل تحقيق مبدأ حرية المنافسة، والذي تختلف درجته من شكل إلى آخر، عرف المشرع الجزائري إجراء طلب العروض⁽³⁾، ضمن أحكام المادة 38 من القانون 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، واحتفظ بنفس التعريف الوارد في المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي تنص على أنه:

(1) تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري سبق له استعمال مصطلح "طلب العروض"، وذلك ضمن أحكام الأمر 67-90 قبل أن يتخلى عنه فيما بعد إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) غانم ياسمين، إجراءات إبرام الصفقات العمومية ومتطلبات الحوكمة الرشيدة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير بحث في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سوسة، 2016/2017، ص 94.

(3) تطرقت كل القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية إلى إجراء المناقصة كطريقة لإبرام الصفقة العمومية، إلا المرسوم 82-145 تطرق إلى أسلوب الدعوة للمنافسة لإبرامها، وعرفت المادة 28 منه على أنها «الدعوة للمنافسة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة عارضين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم عروضاً أفضل».

«طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء».

وما يمكن ملاحظته من خلال هذه المادة أن المشرع أعطى تفصيلا أدق وأشمل لإجراء طلب العروض حيث تهدف إلى اختيار العرض الأفضل من جميع الجوانب، من حيث سعر الخدمات، تكلفة الاستعمال، القيمة التقنية للخدمات وأجال تنفيذها⁽¹⁾، وهذا يترك للإدارة الحرية في اختيار المتعامل المتعاقد مع احترام مبادئ المنافسة⁽²⁾، ويكون ذلك بدون تفاوض وعلى أساس معايير موضوعية⁽³⁾، محددة قانونا، فتتعاقد المصلحة المتعاقدة مع المترشح صاحب العرض الأفضل إقتصاديا حسب المعايير الموضوعية التي تضعها مسبقا قبل إطلاق الإجراء⁽⁴⁾.

وبذلك كرس المشرع مبدأ المنافسة الحرة والكاملة بين المترشحين، بفتح باب المشاركة أمام الجميع، فلا يوجد في الأصل العام أي مانع قانوني من اشتراك أي متنافس في إطار احترام الشروط القانونية العامة، والإجراءات الشكلية الواجب إتباعها للدخول في المنافسة⁽⁵⁾، حيث يجب أن تؤسس هذه الإجراءات على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية⁽⁶⁾.

وبذلك يكون المشرع قد تبني مفهوم المنافسة المكرس في الأمر 03-03 بدقة، خاصة بعد استبداله لمصطلح المناقصة الذي كان في ظل المرسوم الرئاسي 10-236، بمصطلح أكثر تعبيراً عن المنافسة في قانون الصفقات العمومية الحالي، ذلك أن المناقصة تقوم على إرسائها على

(1)-(2) CHABANOL Daniel, JEAN-Piere, Jouguelet, FRANCOIS Bourrachot, Le régime juridique des marchés publics, édition Le moniteur, France, 2007, p225, p186.

(3) ROUAULT Marie-Christine, L'essentiel du droit administratif général, 6^{ème} édition, Gualino éditeur, paris 2007, p: 62.

(4) سردوك هبية، «ماهية طلب العروض في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام»، مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة- الجزائر، مجلد 12، عدد 3، جويلية 2020، ص 150، 151.

(5) GIBAL Michel, «le nouveau code des marchés publics», une reforme composite, la semaine juridique, juris classeur périodique, édition général, N° 16-17, paris, France, 14 avril 2004, p: 722.

(6) كتو محمد الشريف، «حماية المنافسة...»، مرجع سابق، ص 74.

العرض الأقل سعرا، ويبقى على المشرع تعديل مصطلح المناقصة الموجود في قانون المنافسة إلى مصطلح طلب العروض تماشيا مع القانون 23-12 المتعلق بالصفقات العمومية (1).

ما يميز أسلوب طلب العروض هو أنه يضيق من حرية الإدارة، حيث إن الهدف من اللجوء إليه هو الاستفادة من المؤهلات التي يوفرها السوق انطلاقا من احترام المنافسة النزيهة، وتبتغي منه تحقيق مصالحها المالية والفنية، لذا فهي تسعى إلى جلب أكبر عدد من العروض من خلال فتح باب المنافسة لكل من تتوفر فيه شروط العرض لتختار أفضلها، وهذا هو مبدأ حرية المنافسة (2)، ولهذا فهو قريب من المناقصة لأنه يستدعي أيضا منافسين، لكن تختلف المناقصة عن طلب العروض، كون في هذا الأخير لا تكون الصفقة مباشرة من نصيب العرض الذي يقدم أقل سعر، وإنما تحاول المصلحة المتعاقدة اختيار المتعامل الاقتصادي الذي يقدم أحسن الشروط المالية والفنية (3).

إن المشرع بتبنيه مصطلح طلب العروض يكون قد تبنى المصطلح السليم، باعتباره الأسلوب المفضل عالميا، نظرا لما يتصف به من إيجابيات عن باقي الأساليب (4)، إذ أن المناقصة تفيد إجمالا إسناد الصفقة أليا لمن يقدم العرض المالي الأقل تكلفة لكن هذا المعيار وإن ساهم في الضغط على الإنفاق العمومي وترشيده، إلا أنه لا يضمن بالضرورة جودة تنفيذ الطلب العمومي الذي يندرج ضمن أسس تحقيق نجاعة الطلب العمومي.

وعلى ضوء ما تم التطرق إليه أصبح إجراء طلب العروض هو المبدأ نظرا لما يستتبعه من شكايات عديدة وإجراءات ضرورية تتيح فرصا جديدة لضمان مبادئ احترام إبرام الصفقات العمومية، خاصة مبدأ المنافسة الحقيقية والشريفة علاوة على أنه يضمن تحقيق مبادئ المنافسة ولو بدرجات متفاوتة بتعدد أصناف طلب العروض وباختلاف طبيعة الطلبات العمومية، ولكن

(1) رحمانى راضية، «مجال اختصاص مجلس المنافسة..»، مرجع سابق، ص 246.

(2) مخلف عارف صالح، مخلف حماد علي، مرجع سابق، ص 261.

(3) خلدون عيشة، حمايدي بولرباح، «طرق إبرام الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15»، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد العاشر، جوان 2018، ص 165.

(4) دراج عبد الوهاب، تطبيق مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة للإستكمال متطلبات شهادة دكتوراه الطور الثالث، تخصص: قانون عام، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2021/2020، ص 80.

يفعل مبدأ المنافسة في إطار طلب العروض من خلال الاتساع المتباين لمجال المبادئ الإجرائية حسب شكل طلب العروض، وتضييق مجال المبادئ الغائية خصوصا النجاعة وهذا نظرا إلى اتجاه إجراء طلب العروض إلى التعقيد.

ثانيا: أشكال طلب العروض

وضع المشرع أشكال متعددة لأسلوب طلب العروض، كإجراء أصلي يجب على المصلحة المتعاقدة إتباعه لاختيار المتعامل المتعاقد، فتلتزم بإتباع الأنواع التي يحددها القانون، فهي ليست حرة في أن تختار النوع الذي تريده بل هي مقيدة موضوعيا بما تستلزمه طبيعة كل نوع من هذه الأنواع، محاولا بذلك إعطائها جانبا من الحرية في إتباع الشكل والنمط المناسب لتحديد المتعاقد معها بما يتوافق ومتطلبات الصفة المزمع إبرامها، فأعطى الإدارة هنا سلطة تقديرية حسب ما تراه ملائما لنجاعة الطلب العمومي.

حددها المشرع بموجب المادة 39 من القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية أشكال طلب العروض، وهو نفس نص المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي تنص على ما يلي : «يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/أو دوليا ويمكن أن يتم حسب احد الأشكال الآتية:

- طلب العروض المفتوح
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا
- طلب العروض المحدود
- المسابقة».

لم يتطرق المشرع في القانون 12-23 إلى تعريف كل شكل من أشكال طلب العروض، بينما تناول تعريفها في القسم المتعلق بكيفيات إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247⁽¹⁾، الذي يبقى ساري المفعول في انتظار صدور النصوص التنظيمية، إلا أنه ما يمكن قوله أن تحديد الإجراء في كل شكل من الأشكال يرجع إلى المصلحة المتعاقدة حسب طبيعة

(1) المواد من 43 إلى 48 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

الحاجات المراد تلبيتها، ولتحديد مدى تطبيق قانون المنافسة على هذه الأشكال، سنحلل مدى كفاية مبادئ المنافسة في إطار أشكال طلب العروض، ثم قياس فعاليتها وتجسيدها في كل شكل.

1- طلب العروض المفتوح

يعتبر طلب العروض المفتوح شكل من أشكال طلب العروض، نظمها المشرع في نص المادة 43 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والذي قام بتعريفه، ومن خلال ذلك يتم تحديد مجال أعمال المنافسة في هذا الإجراء.

أ- تعريف طلب العروض المفتوح

تنص المادة 43 من المرسوم الرئاسي 15-247، على تعريف طلب العروض المفتوح على أنه « طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً». من خلال هذا التعريف نستخلص أن الترشح في إجراء طلب العروض يتوقف على الاستجابة للشروط والكيفيات التي تحددها الإدارة من خلال الإعلان، لكن هذا لا يعني أبداً أن المجال يفسح لكل عارض، بل فقط المؤهل⁽¹⁾.

إذن فحسب هذا الإجراء تكون المشاركة مفتوحة لكل المتعاملين الاقتصاديين، الراغبين في تقديم عروضهم، حيث يقوم التنافس على أكبر عدد ممكن من المتنافسين، ويتم تكريس مبدأ المنافسة والمساواة والشفافية بينهم والتي كرسها قانون الصفقات العمومية⁽²⁾، وتلجأ الإدارة إلى إتباع هذه الطريقة في تنفيذ المشاريع والأعمال التي لا تتطلب خبرة فنية دقيقة ومعقدة، والإدارة لا تفقد سلطتها التقديرية في تقييم العطاءات فنياً أو تقنياً أو للاعتبارات التي يحددها القانون لاسيما تلك التي تتعلق بنوعية المواد المراد اقتناءها وخصائصها الفنية، ومدى تمتعها بمعايير الجودة⁽³⁾.

يمكن أن يكون طلب العروض المفتوح وطنياً يقتصر على المتعاملين الوطنيين فقط إذا كانت أداة الإنتاج الوطني قادرة على تلبية شروط الصفقة، كما يمكن أن يكون طلب العروض المفتوح دولياً تشارك فيه المؤسسات الأجنبية إلى جانب المؤسسات الوطنية إذا كانت طبيعة الصفقة تستلزم ذلك.

(1) خلدون عيشة، حمايدي بولرباح، مرجع سابق، ص 166.

(2) بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2005، ص 31.

(3) خضري حمزة، آليات حماية المال العام في الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 91، 92.

إن الأخذ بهذا الأسلوب يسمح بفتح باب المنافسة، حيث تتم إتاحة الفرصة لكل من تتوفر فيه الشروط أن يتقدم بعبء، فطلب العروض المفتوح هو الميدان الحقيقي لتطبيق مبدأ المنافسة.

ب - الحضور القوي لمبدأ المنافسة في طلب العروض المفتوح.

يعتبر طلب العروض المفتوح المجال الخصب لضمان منافسة واسعة وتحقيق المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين في الوصول إلى الطلبات العمومية، فيفتح المجال أمام أكبر عدد من المتنافسين، فهو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح أن يقدم تعهدا، إذ أن هذا النوع من طريقة إبرام الصفقات العمومية يمثل تكريسا حقيقيا وواضحا لمبدأ المنافسة، من خلال فتح الباب لكل مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا⁽¹⁾، إذ اشترط أن تتوفر فيه شروط طلب العروض، الذي قد يكون وطنيا أو دوليا، بالتالي الخوض في هذا الإجراء يجعل المنافسة حرة وليست مقيدة، مما يتيح للمصلحة المتعاقدة إمكانية اختيار المتعامل الاقتصادي الذي تراه جديرا لنيل الصفقة.

يعتبر هذا الشكل ضمان فعلي لجلب أكبر عدد ممكن من نسبة المشاركة وهذا لالتسامه بعدم محدوديته، وبالتالي يكفل احترام المبادئ العامة المتعلقة بالشفافية والمساواة وحرية المنافسة⁽²⁾، لذا ينظر إليه على أنه الوسيلة المثلى لتجسيد المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، مما يسمح بتطبيق قانون المنافسة بشكل واسع فيه، والذي يضمن النجاعة التعاقدية المستهدفة المتمثلة في الفعالية الاقتصادية.

2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

استحدثت المشرع تسمية جديدة غير مسبوقه في الأنظمة القانونية السابقة وهي طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، كشكل من أشكال طلب العروض، نظمته المشرع الجزائري بموجب المادة 44 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، إذ حدد تعريفه، والذي من خلاله يتم تحديد مجال المنافسة.

(1) بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماجستير، شعبة القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ص ص 11-12.

(2) جبابلة عمار، طرق إبرام الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 247/15، اليوم الدراسي حول الإطار القانوني للصفقات العمومية، بين تشجيع الاستثمار والمحافظة على المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، محمد لمين دباغين، سطيف 2015، ص 2.

أ- تعريف طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا:

تنص المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أن: «طلب العروض مفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم شروط دنيا المؤهلة، التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء، بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة، وتخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع».

من خلال نص المادة نستخلص أن هذا الإجراء لا يسمح فيه بتقديم التعهد إلا للمرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة بالنظر إلى ما يقتضيه تنفيذ الصفقة وخصوصياتها كاشتراط توفر حد أدنى من الخبرة والإمكانات المعتمدة، وذلك نظرا لتعقيدات الصفقة وأهميتها⁽¹⁾، أي لا يجوز الترشح في من لا تتوفر فيهم شروط التأهيل الخاصة بالمشاركة في المنافسة.

تلجأ المصلحة المتعاقدة لهذا الشكل، عندما ترغب في القيام بمشروعات ضخمة، أو ذات أهمية فنية كبيرة، كافتناء أجهزة إلكترونية، أو عملية دقيقة، وغيرها من العمليات التي تحتاج إلى درجة عالية من الكفاءة والخبرة⁽²⁾، لا يمكن توفيرها إلا من قبل بعض المؤسسات التي تتمتع بمؤهلات فنية ومالية لحسن تنفيذ موضوع الصفقة.

ب- تضييق مجال المنافسة في طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

ضيق المشرع الجزائري من مجال تطبيق المنافسة في إجراء طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا حيث جعل المنافسة فقط فيما بين المرشحين الذين تتوفر فيهم الشروط والمؤهلات، وبالتالي فإن هذا الشكل من طلب العروض يحد من تفعيل مبادئ المنافسة، كما يقلص من حرية المنافسة للفوز بالصفقة العمومية، وهو إجراء شبيه بأسلوب المناقصة المحدودة المنصوص عليها في المرسوم 10-236 (الملغى) في المادة 25 منه، وقد كان المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الحالي أكثر دقة في صياغته للمصطلحات ذلك أن القول بطلب العروض المحدود

(1) بعلي محمد صغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 31.

(2) عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري: الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر 2008-2009، ص 92.

يعني قصر المنافسة على فئة محددة ولا يتلاءم مع التعريف الذي أعطاه المرسوم الرئاسي رقم 10-236 لهذا الأخير، وحسنا ما فعل المشرع عندما ضبط مفهوم طلب العروض المحدود⁽¹⁾.

3- طلب العروض المحدود

نظم المشرع الجزائري طلب العروض المحدود كشكل من أشكال طلب العروض، في المادة 45 و 46 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

أ- تعريف طلب العروض المحدود (الاستشارة الانتقائية).

تنص المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أن «طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة انتقائية يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد».

يكون إجراء الاستشارة الانتقائية بين المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد ويجري اللجوء إلى هذا الإجراء عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة أو ذات الأهمية الخاصة وقد حدد المرسوم الرئاسي 15-247 عددا محددا من المرشحين الذي يمكن للمصلحة المتعاقدة دعوتهم للمنافسة بخمسة منهم كحد أقصى بعد انتقاء أولي.

فيجوز للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستنم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي بخمسة منهم، وحصص المنافسة بينهم فقط، ذلك أن موضوع الصفقة وطابعها الخاص والمميز هو الذي يعطي للإدارة الحق في اللجوء للانتقاء الأولي للمرشحين، مما يكفل لها قدرا من الحرية والسلطة التقديرية، تتمثل في الاعتراف لها بسلطة انتقاء المرشحين مسبقا كمرحلة أولى، ودعوتهم لتقديم عروضهم بحكم ما تملكه من معلومات عنهم وبحكم طبيعة الخدمة موضوع الصفقة، وهذا ما يدل على أن المشرع يشهد بالطابع المعقد لبعض العمليات، لذا جاءت الفقرة الثالثة من المادة 45 شارحة موضوع طلب العروض المحدود على مرحلتين، كونه يمس العمليات المعقدة أو ذات الأهمية البالغة، بما يبرر اللجوء إلى حصر مجال المنافسة والمزاومة والخروج عن القاعدة⁽²⁾.

(1) رحمانى راضية، «مجال اختصاص مجلس المنافسة...»، مرجع سابق، ص 247.

(2) كنتاوي عبد الله، أسلوب طلب العروض المحدود في تنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، المجلد 10، العدد 01، أبريل 2019، ص 1723، 1724.

فبعد دراسة لجنة فتح الأطرمة وتقييم العروض، العروض المقدمة، تتولى المصلحة المتعاقدة دعوة العارضين الذين استوفوا الشروط الواردة في دفتر الشروط، لتقديم عروضهم التقنية النهائية والمالية، فالعرض التقني يقدم على مرحلتين أولي ونهائي، أما العرض المالي فيقدم على مرحلة واحدة⁽¹⁾.

نستخلص مما تقدم أن إجراء طلب العروض المحدود (الاستشارة الانتقائية) لا يقوم على معيار السعر فقط، بل المعيار التقني، وهذا الأخير يكون بالنظر إلى المشاريع التي قامت بها المؤسسة في هذا المجال، إضافة إلى ذلك هناك معيار آخر هو معيار المؤسسة التي صدقت العمل في الجزائر وكانت لها مردودية جيدة، فالمعيار المعتمد ليس دائما السعر، لأن السعر حتى ولو كان مرتفع، فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تختار العارض الذي يقدم سعرا مرتفعا مع جانب تقني رفيع المستوى، وهذا الأمر يرجع للمصلحة المتعاقدة لاختياره، أو بالاستعانة بخبرة خارجية.

ب- حصر المنافسة في طلب العروض المحدود

تطبق في إجراء طلب العروض المحدود مبدأ المنافسة على مرحلتين مرحلة الانتقاء الأولي للمرشحين إذ تفتح المصلحة المتعاقدة المنافسة وهذا بعد أن تعلن عن الدعوة إلى الانتقاء الأولي فتختار أحسن العارضين وأفضلهم ثم تباشر المرحلة الثانية المتمثلة في الاستشارة الانتقائية لتختار أكفأ عرض من بين العارضين الذين تم تأهيلهم وبالرغم من مرور هذا الصنف من المنافسة بمرحلتين إلا أنه تطبق عليه جميع مراحل إجراء طلب العروض⁽²⁾.

يتميز طلب العروض المحدود أنه يعطي للإدارة سلطة الاختيار المسبق لمن يحق لهم الدخول في المنافسة، إلا أنها لا يعطيها الحق في تجاوز فرص المنافسة بين العارضين، لأن التساوي في التمتع بمزايا المنافسة يعتبر مبدأ عاما في جميع أنواع طلب العروض فهو من النظام العام⁽³⁾.

ومما سبق يتضح أن طلب العروض المحدود هو عكس طلب العروض المفتوح، بحيث في هذا الشكل من أشكال طلب العروض لا يسمح بتقديم تعهد إلا للمرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الخاصة، ويتم اختيارهم مسبقا في شكل الانتقاء القبلي، ويتم الانتقاء الأولي لاختيار

(1) المادة 46 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) رحمانى راضية، «مجال اختصاص مجلس المنافسة...»، مرجع سابق، ص 248

(3) خضري حمزة، آليات حماية المال العام...، مرجع سابق، ص 93.

المرشحين عندما يتعلق الأمر بالعمليات المعقدة أو ذات الأهمية الخاصة⁽¹⁾، ومن هذا يتضح أن إجراء طلب العروض المحدود يحد من تفعيل مبادئ المنافسة، ويقص من حريتها، لذلك فهو استثناء على طلب العروض المفتوح⁽²⁾.

4-المسابقة

نظمها المشرع بموجب المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247

أ-تعريف إجراء المسابقة

تنص المادة 1/47 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنها «المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد أخذ رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة. وتمنح الصفقة بعد المفاوضات للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية».

تعتبر المسابقة شكل من أشكال طلب العروض، وتتصب على العمليات الهندسية التي تتطلب مهارات فنية وتقنية معتبرة، فهي بذلك تخص مجالات تصميم المشاريع وتنفيذها، غير أن ما يلاحظ على التعريف الذي جاء به المنظم الجزائري أعلاه، استعمال مصطلح رجال الذي يثير إشكالية مفادها قصر المشاركة في المسابقة على الأشخاص الطبيعية (رجال الفن) وبذلك تجد الأشخاص المعنوية نفسها خارج المنافسة، فلا شك أن هذا المفهوم الضيق يتعارض مع عدة أحكام كثيرة من المرسوم ذاته خاصة المادة 37 من المرسوم نفسه والتي اعتبرت إمكانية أن يكون المتعامل المتعاقد شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين، وبالتالي لما كانت المسابقة شكلا من أشكال طلب العروض فلماذا تم استبعاد الأشخاص المعنوية من المنافسة، وعليه، يقترح أن تتم إعادة صياغة النص أعلاه على النحو التالي: "المسابقة هي إجراء يضع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية في منافسة..."⁽³⁾.

(1) عاشور فاطيمة، «طرق إبرام الصفقات العمومية ضمانات قانونية لتحقيق مبدأ المنافسة والشفافية»، مجلة الدراسات القانونية،

جامعة يحي فارس المدية، المجلد الرابع، العدد الأول، جانفي 2018، ص 100.

(2) غانم ياسمين، مرجع سابق، ص 105.

(3) بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات...، مرجع سابق، ص 146.

ب - الحصر المنافسة في إجراء المسابقة

تتضمن المسابقة المنافسة، وهي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن العقد الناتج عن المسابقة، يكاد يقتصر على تحميل المتعامل المتعاقد التزاماً مقتضاه بذل العناية الفنية اللازمة، وفقاً لما تقتضيه أصول المهنة التي يتعلق موضوع الصفقة بها، وذلك نظراً لخصوصية الأعمال الفنية، ولا يعتبر خطأ مهنيًا من جانب المتعامل المتعاقد إلاّ الإنقاص من الجهد الذي يبذل عادة من أوسط رجال الفن، وإجراء المسابقة يحدث عن طريق النشر القانوني⁽²⁾.

تلجأ الإدارة إلى المسابقة إذا تعلق الأمر بتهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة أو معالجة المعلومات، ونلاحظ أن المشرع قد ضيق من المجالات التي تلجأ فيها الإدارة إلى المسابقة، نظراً لخطورة هذا الإجراء ويجب أن يشمل دفتر شروط المسابقة على برنامج المشروع، ونظام المسابقة⁽³⁾.

اعترف المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة صاحبة المصلحة بقدر من الحرية في وضع شروط المنافسة، فهي صاحبة الاختصاص في اعتماد معايير معينة لغرض الوصول إلى العملية التعاقدية، إذ يمكن لها أن تفسح مجالاً واسعاً للمنافسة في طلب العروض المفتوح، وقد تقيدها بشروط في طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، وطلب العروض المحدود، فيجعل المنافسة فقط فيما بين المرشحين الذين تتوفر فيهم الشروط والمؤهلات وهذا ليس القصد منه المساس بمبدأ حرية المنافسة وإنما ضمان حد أدنى من الجدوى في الأداء المقدم، فإذا كان مبدأ المنافسة شرطاً أساسياً يتعين احترامه فإن حرص المصلحة المتعاقدة على فرض بعض الشروط أو الاستشارة الانتقائية، يبقى من قبيل الإجراءات الوقائية، لتجنبها التعاقد مع المتعاملين الاقتصاديين الذين يكونون في وضعية غير قانوني.

(1) أكرور ميريام، "التزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة في الصفقات العمومية"، ص9، النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 09، أنظر على الموقع: www.conseil-concurrence.dz تاريخ الاطلاع (28/06/2018).

(2) خلدون عيشة، حمايدي بولرياح، مرجع سابق، ص 167.

(3) عاشور فاطيمة، «طرق إبرام الصفقات العمومية...»، مرجع سابق، ص 100.

من خلال ما سبق تحليله نصل إلى أنه أمام تعدد أشكال طلب العروض، وبين الاتساع والتضييق في الاستجابة وتجسيد مبدأ المنافسة الحرة، يظل طلب العروض المفتوح خير مثال لتجسيد المنافسة في صورتها الكاملة، مما يجعله مجال تطبيق قانون المنافسة بشكل واسع، لأنه يضمن أكبر قدر من المشاركين في السوق العمومية ويهدف إلى ضمان منافسة فعالة، ودون تمييز بينهم، ومن جهة أخرى رغم أهمية أشكال طلب العروض الأخرى، إلا أن المنافسة فيها تكون مقيدة، لكن يطبق قانون المنافسة عليها مادامت تقوم على التنافس، وإن كان بشكل ضيق بوضع شروط تقيدها، إلا أنها لا تمس بمبدأ حرية المنافسة، لأن التساوي في التمتع بمزايا المنافسة بين المتنافسين، يعتبر مبدأ عاما في جميع أشكال طلب العروض فهو من النظام العام.

الفرع الثاني

استبعاد تطبيق قانون المنافسة على إجراء التفاوض

اهتم المشرع كغيره من التشريعات المقارنة بإجراء التفاوض كطريق استثنائي في إبرام الصفقات العمومية⁽¹⁾، وتتص المادة 40 من القانون 12-23 الجديد المتعلق بالصفقات العمومية أن «إجراء التفاوض هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل اقتصادي واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ويمكن أن يكتسي إجراء التفاوض المباشر أو شكل التفاوض بعد الاستشارة...». إستبدل المشرع في ظل القانون 12-23 مصطلح "التراضي" بـ "التفاوض"، والذي يعد من الأساليب الأكثر مرونة، الذي يتم فيه تخصيص الصفقة لمتعامل اقتصادي واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، حيث يكون رضائيا مع من تختاره الإدارة دون عرضه على فئة معينة من المتنافسين ودون الاستناد إلى معايير كأساس للتعاقد، وهو ما يظهر الفرق بين إجراء طلب العروض والتفاوض، وهذا الأخير يسند العقد لعارض واحد⁽²⁾، وتتحرر المصلحة المتعاقدة من الخضوع للقواعد الإجرائية في اختيار المتعامل الاقتصادي، خلافا لطريقة طلب العروض، إذ تفقد نسبيا هذه الحرية وتخضع لجملة من القيود الشكلية والإجرائية⁽³⁾.

(1) أنظر المادة 37 من القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) جابر عبد الرؤوف، ضمانات المشاريع الإنشائية العامة (المناقصة- الاستثناءات الواردة عليها - ضمانات الإدارة- التأمين)،

دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص ص 152، 151

(3) عمارة مسعود، مناصرة حنان، «قراءة تحليلية في ضوابط إبرام الصفقة العمومية وفق المرسوم الرئاسي 15-247»، مجلة

الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 12، ع.خ، (العدد التسلسلي 22)، أبريل 2020، ص 257.

رغم تحرر المصلحة المتعاقدة من الإجراءات الشكلية في إجراء التفاوض، إلا أنه عليها أن تفرغ تعاقدها في إطار الحالات التي قررها المشرع تكريسا للطابع الاستثنائي له⁽¹⁾.

أولاً: أشكال التفاوض

إن إجراء التفاوض كاستثناء في إبرام الصفقات العمومية رغم أنه يخضع للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة⁽²⁾، إلا أن هذه الأخيرة لا يمكنها أن تلجأ إليه إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 41 من القانون 12-23 يحدد القواعد المتعلقة بالصفقات العمومية بالنسبة للتفاوض المباشر والمادة 42 من نفس القانون بالنسبة للتفاوض بعد الاستشارة، وبهذا يأخذ التفاوض شكلين التفاوض المباشر، والتفاوض بعد الاستشارة.

اختلف موقف المشرع في تحديد نطاق امتداد إجراء التفاوض وكيفية تنظيمه ومحتواه، فتارة يلزم المصلحة المتعاقدة بإخضاع هذا الأسلوب لمبدأ المنافسة، وتارة أخرى يعطي لها صلاحية عدم إتباعه، دون توضيح ذلك بشكل دقيق، وهو ما سنوضحه في دراسة أشكال التفاوض.

1- التفاوض المباشر

يعد التفاوض المباشر من أخطر الأساليب التي تلجأ إليها الإدارة لأنه يلغي بالمفهوم الواسع مبدأ المنافسة، فالإدارة في هذا الأسلوب تقوم باختيار المتعامل الاقتصادي الذي تتعاقد معه، فلا وجود لأي نوع من التنافس بين المتعاملين الاقتصاديين⁽³⁾، وفي هذا تنص المادة 1/40 من القانون 12-23 المذكور أعلاه، على أنه " إجراء التفاوض هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل اقتصادي واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة".

من خلال نص المادة تتحرر الإدارة وفقا لإجراء التفاوض من القواعد والإجراءات المقررة في الأسلوب الذي يعتمد على الدعوة الشكلية للمنافسة فتتجاوز مع من تراه قادرا على القيام بالعمل الذي ترغب في إنجازه وفقا لما يمليه عليها الصالح العام، وبذلك تختار مباشرة الطرف الذي

(1) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، التخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 23 نوفمبر 2013، ص 99.

(2) المادة 59 من المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(3) عاشور فاطيمة، «طرق إبرام الصفقات العمومية...»، مرجع سابق، ص 102.

ستتعاقد معه⁽¹⁾، وهو ما يسمى بالتفاوض المباشر، لكن هذا ليس معناه أن الإدارة تتصرف كما تشاء في هذا النوع من صيغ الإبرام إذ ينبغي أن تبرر سبب لجئها إلى إبرام صفقاتها عن طريق اللجوء لها للإجراء⁽²⁾.

أ - حالات اللجوء إلى التراضي البسيط

يعد التفاوض المباشر قاعدة استثنائية لإبرام الصفقة العمومية لا يلزم المصلحة المتعاقدة إتباع إجراءات الدعوة الشكلية للمنافسة، وتمنح الصفقة للمتعاقد الاقتصادي بعد قناعة وتقدير لمؤهلات وقدرات المتعاقد والتفاوض حول الأسعار ومواعيد التنفيذ والضمانات وغيرها من العناصر الجوهرية⁽³⁾.

أكد المشرع على الطابع الاستثنائي، والنطاق الحصري للتفاوض المباشر في المادة 3/40 من القانون 12-23 يحدد القواعد المتعلقة بالصفقات العمومية، التي تنص على أنه "إجراء التفاوض المباشر هو قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات المنصوص عليها في 41 من هذا القانون".

تفطن المشرع لخطورة الإجراء التفاوض المباشر، وما يتمخض عنه من نتائج سلبية أثرت وستؤثر على المال العام وكذا حظوظ المتعاملين المتنافسين الراغبين في التعاقد، إذا أثبت الواقع أن التراضي البسيط أو التفاوض المباشر مجالا خصبا للفساد⁽⁴⁾.

وعلى هذا الأساس حدد المشرع في المادة 41 من القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، على سبيل الحصر حالات لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التفاوض المباشر، وتتمثل في:

(1) حمودة فاروق، إجراءات إبرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات المؤتمر العلمي الوطني حول: قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرقابة في صرف المال العام، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة البلدية 2 علي لونيبي، 23 و 24 ماي 2017، ص 74.

(2) لكصاسي سيد أحمد، التراضي كإجراء استثنائي لعقد الصفقة العمومية في التشريع الجزائري، مجلة النمو الاقتصادي والمقاولاتية، جامعة أدرار، المجلد 2، العدد 2، سبتمبر 2019، ص 76.

(3) BENNADJI Cherif, «Marchés publics et corruption en Algérie», NAOD, Revue D'études et de Critique Social, N° 25, Alger, 2008, p140.

(4) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد...، مرجع سابق، ص 105.

- عندما لا يمكن تنفيذ العمليات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية.
- عندما يتعلق الأمر بترقية المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة، كما هي معرفة بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما، بشرط ان تكون الحلول المقدمة فريدة ومبتكرة.
- في حالة الاستعجال الملح المعطل بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو النظام العام، أو في حالة الطوارئ المرتبطة بالأزمات الصحية والكوارث الطبيعية.
- في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية.
- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية (ذو أهمية وطنية يكتسي طابعا إستراتيجيا).
- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج، و/أو الأداة الوطنية للإنتاج.
- بالنسبة للصفقات العمومية المبرمة من طرف المصالح المتعاقدة مع مؤسسة عمومية مذكورة في المادة 9 (المطبة الأخيرة) من هذا القانون، عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية.

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء التفاوض المباشر لإبرام الصفقة مع المتعامل الاقتصادي بشكل يقترب للتفاوض المعروف في القانون الخاص، لكن يمكن القول أن مظاهر الجانب الإجرائي ومظاهر جوهر التفاوض المباشر يفرض على المصلحة المتعاقدة الخضوع لهذه الإجراءات بناء على نصوص قانونية أمرة مما ينطوي عليها انعدام واضح لدور المصلحة المتعاقدة في وضع أو تحديد حالات التفاوض المباشر مما يمكن القول أن مختلف التحديدات التي فرضتها المادة 41 من قانون الصفقات العمومية الجديد، تجد أساسها في مقتضيات النظام العام.

ب- انتفاء تطبيق المنافسة في التراضي البسيط

يعتبر التفاوض المباشر طريق استثنائي لاختيار المتعامل الاقتصادي لا تستخدم فيه المصلحة المتعاقدة أي منافسة لاستحالة إقامتها⁽¹⁾، إذ تقوم مباشرة باختيار المتعامل الاقتصادي بعد أن تتفاوض معه، وهو ما كرسه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 41 من القانون 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية معترفا للمصلحة المتعاقدة بعدم إتباع

(1) قدوح حمامة، تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام (إدارة ومالية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، 2010 ص 80.

الإجراءات الشكلية المتعلقة بطلب العروض، مما يؤكد انتفاء المنافسة فيه، وبالتالي تحريرها كأصل عام من القيود فيما عدا بعض المسائل الواجب إتباعها في حالات خاصة⁽¹⁾.

ولكن نجد غموضاً في حالات التفاوض المباشر واستبعادها لقواعد المنافسة لاسيما أن مجال حرية المنافسة ضمن هذا الإجراء معدومة للغاية، مما يجعل ورود التواطؤ أمر غير مستبعد كما أن المادة 6 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، فصلت على العموم لا التخصيص، في الممارسات التي تقع في الصفقات العمومية دون تحديد طريقة الإبرام، ونوضح ذلك في ما يلي:

- حالة احتكار المتعامل للعمليات موضوع الصفقة:

وردت أحكام هذه الحالة في المادة 1/41 من القانون 12-23 المتعلق بالصفقات العمومية ويتعلق الأمر بتواجد المصلحة المتعاقدة في وضعية تحتم عليها التعاقد مع متعامل اقتصادي يحتل وضعية احتكارية في السوق تكسبه مركز قوة من الناحية الاقتصادية، وفي هذا تنص المادة 3 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم على أنه "الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعنية من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيها".

فالاحتكار هو الحالة التي تتميز بوجود عون اقتصادي واحد يشغل السوق أو قطاع نشاط معين، وتنتفي المنافسة في هذه الحالة عندما لا يكمن تنفيذ العمليات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية للنشاط، ولا يوجد له منافس، والمصلحة المتعاقدة في إطار الصفقات العمومية وبالنظر إلى المركز الذي تتمتع به فيمكن لها أن تلجأ إلى وضعية احتكار السوق من خلال تعاملها مع متعامل اقتصادي واحد والذي يشكل تعدياً على السوق الحرة⁽²⁾، مما توفر لنفسها غطاء قانوني يخفي تلاعبها بالصفقة، بفعل وضعية الاحتكار، وعدم التزامها بمقتضيات الشفافية المتمثلة في العلنية والمساواة التي تكشف ضبابية هذه الحالة.

(1) ضريفي نادية، لجعت فوز، «إبرام الصفقات العمومية بأسلوب التراضي ومبدأ المنافسة أي جديد؟» وفق أحكام المرسوم

الرئاسي 15-247»، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد السادس، العدد 02، نوفمبر 2019، ص 221.

(2) إرزيل الكاهنة، «التناسب بين المنافسة...»، مرجع سابق، ص 12.

- حالة الاستعجال الملح المغل والتمويل المستعجل:

اشتراط المشرع في نص المادة 41 من القانون 23-12 اللجوء إلى حالة الاستعجال بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو النظام العام أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

تنتفي المنافسة في حالة وجود استعجال ملح، وذلك بتقديم المصلحة المتعاقدة التبريرات اللازمة وكل ما يثبت تحقق هذه الشروط، باعتبار الاستعجال ملح، ولا يسعه التكيف مع إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بمعنى أنه لا يمكن تداركه باللجوء لإجراء طلب العروض لطول الإجراءات⁽¹⁾، لكن أحيانا يتحقق الاستعجال الملح نتيجة لمماطلة ومناورات من الإدارة فتبرم الصفقة بالتفاوض خارقة بذلك شروط اللجوء للاستعجال الملح.

- حالة مشروع ذو أهمية وطنية يكتسي طابعا إستراتيجيا أو حالة ترقية الإنتاج الوطني:

نصت على هذه الحالة المادة 5/41 وقيده المشرع اللجوء لها للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء، إذا كانت مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10 ملايين دينار (10.000.000.000 دج) والموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان المبلغ الصفقة أقل، ويبرز الهدف من هذه الطريقة أن الأمر يتعلق بعصرنة وتحيين وسائل الإنتاج داخل الجزائر من أجل الرفع من مستوى الأداء للمؤسسات الوطنية، وأنّ المؤهل الأول لمثل هذه العمليات هو التعامل الأجنبي ولا يتسنى ضبط متطلبات الصفقة عن طريق الإجراءات الشكلية للمناقصة بل لابد من التفاوض بشأنها⁽²⁾.

ورغم هذا التقييد تبقى هذه الحالة غامضة فمن يحدد أن المشروع يندرج ضمن مشاريع ذات أهمية وطنية، فهي عبارة عامة تخضع لأهواء وتفسيرات الإدارة ومناوراتها للخروج عن قواعد المنافسة والنزاهة.

(1) بن محمد محمد، «صفقات التراضي في الجزائر، أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة»، مجلة الدفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد الثالث عشر، جوان 2015، ص 183.

(2) صبايحي ربيعة، تكريس الطابع الاستثنائي للتراضي كضابط لترسيخ النزاهة والشفافية في عقود الصفقات العمومية، مداخلة ملقاءة في الملتقى الوطني حول: ترشيد النفقات العمومية ورهانات النهوض بالاقتصاد الوطني من خلال تنظيم الصفقات العمومية، جامعة بومرداس، كلية الحقوق بودواو، يومي 20-21 نوفمبر 2017، ص 8، 9.

2- التفاوض بعد الاستشارة

يعد إجراء التفاوض بعد الاستشارة شكلا آخر من أشكال التفاوض المنصوص عليها في المادة 40 من القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية تنص على أنه "...ويمكن أن يكتسي إجراء التفاوض شكل التفاوض المباشر أو شكل التفاوض بعد الاستشارة، وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة".

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء التفاوض بعد الاستشارة بإقامة المنافسة بين عدة مرشحين، تدعوهم خصيصا للتنافس⁽¹⁾، عن طريق توجيه خطابها الرسمي لمجموعة من متعاملين اقتصاديين، وتدعوهم لتقديم عروضهم والمشاركة في المنافسة يمكن أن نطلق عليها أنها محدودة أو ضيقة⁽²⁾، والهدف من المنافسة التأكد من القدرات التقنية والتجارية والمالية للأطراف المدعوة بما يضمن لها حسن تنفيذ الصفقة العمومية، ويقع عليها عبئ تبرير اختيارها عند كل رقابة تمارسها عليها جهات الرقابة المختصة على الصفقات العمومية⁽³⁾.

يدخل التفاوض بعد الاستشارة ضمن الصيغ التفاوضية إلا أنه يختلف عن التفاوض البسيط، إذ التفاوض بعد الاستشارة له قدرا ولو محدودا من المنافسة، والتي تتعدم في التفاوض البسيط⁽⁴⁾.

أ - حالات اللجوء إلى التفاوض بعد الاستشارة

يتم اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالات وردت على سبيل الحصر في المادة 42 من القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية:

- في حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية:

تمر المصلحة المتعاقدة بالتفاوض بعد الاستشارة عندما تقوم باللجوء إلى أسلوب طلب العروض لإبرام صفقاتها، وفي حالة عدم جدوى هذا الطلب للمرة الثانية، وهو ما يضيق مبدأ المنافسة، لم يحدد المشرع في القانون 12-23 حالات عدم جدوى طلب العروض، لكن بالرجوع لأحكام المرسوم التنظيمي 15-247 وتبعاً للفقرة الثانية من نص المادة 40 منه فإنه يعلن عن عدم جدوى طلب العروض في ثلاث حالات (03):

(1) صبايحي ربيعة، تكريس الطابع الاستثنائي...، مرجع سابق، ص 8، 9.

(2) خلدون عيشة، حمايدي بولرباح، مرجع سابق، ص 170.

(3) المادة 60 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(4) ضريفي نادية، لجعت فواز، «إبرام الصفقات العمومية...»، ص 227.

- عندما لا يتم استلام أي عرض.

- عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط،

- عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.

تجدر الإشارة أنه لا يمكن للإدارة اللجوء إلى التفاوض بعد الاستشارة في حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الأولى، بل يجب أن تعيد الإجراء باستثناء حالة إتباعها أسلوب المسابقة، حيث يتم إعلان عدم جدوى المسابقة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من نفس المرسوم، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التفاوض بعد الاستشارة⁽¹⁾.

إن كان المرسوم الرئاسي رقم 10-236 (الملغى) يمنح للمصلحة المتعاقدة عند إعلان عدم جدوى المناقصة للمرة الأولى حرية الاختيار بين إجراء المناقصة من جديد، أو اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، مع السماح في الحالتين بتقييم العرض الوحيد في حالة تأهيله تقنيا، إلا أن المرسوم الرئاسي 15-247 اتخذ منعرجا آخر فاعتبر الإعلان عن عدم جدوى للمرة الثانية سببا للجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، وقد أصاب في ذلك سدا للتأويلات التي قد تتخذها المصلحة المتعاقدة قصد التغيير في مسار عملية الإبرام في إتباع أسلوب التفاوض، واختيار المتعاقد الذي ترغب فيه، خاصة وأن هذه الحالة تعرف تطبيقات مختلفة على المستوى العملي⁽²⁾.

- حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى

طلب العروض:

تتعلق هذه الحالة بصفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة دون الأشغال، وقد أراد المشرع أن يكون أكثر تحديدا، إذ ربط خصوصية الصفقات المذكورة بموضوعها، أو بضعف مستوى المشاركة، أو بالطابع السري للخدمات⁽³⁾.

(1) تنص المادة 7/48 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق على أنه "ويتم إعلان عدم جدوى المسابقة، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من هذا المرسوم، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، في ظل احترام أحكام هذه المادة"

(2) تياب نادية، «استثنائية التراضي آلية للوقاية من الفساد في مجال الصفقات العمومية (دراسة تحليلية ناقدة)» مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة- الجزائر، مجلد 12، عدد 3، جويلية 2020، ص 845.

(3) المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

أشارت المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247 أن تحديد قائمة الخدمات واللوازم سيتم بموجب قرار مشترك من سلطة المؤسسة الوطنية ذات السيادة أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني بعد أخذ رأي لجنة الصفقات العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة، وإن كانت هذه الحالة مقيدة بالعودة للقائمة مسبقاً، إلا أن هذا الأمر قد يفتح الباب أمام المصالح المتعاقدة للتملص من أسلوب طلب العروض كقاعدة عامة لإبرام صفقاتها من خلال ادعائها ضعف مستوى المنافسة حول موضوع الصفقة، ومن ثم اللجوء إلى التفاوض بعد الاستشارة والمساس بمبدأ المنافسة⁽¹⁾.

- حالة صفقات الأشغال المتصلة بممارسة المهام السيادية للمؤسسات التابعة للدولة:

ورد ذكر هذه الحالة بصفة مطلقة دون تحديد أو ضبط، وإذا كانت الحالة السابقة لم تنص على صفقات الأشغال، فإن هذه الحالة مرتبطة بصفقات الأشغال فقط التابعة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة يتم تحديد طبيعتها بموجب قرار وزاري مشترك، من سلطة المؤسسة الوطنية ذات السيادة أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني بعد أخذ رأي لجنة الصفقات العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة⁽²⁾.

حدد المشرع الجزائري الحالات التي تلجأ فيه المصلحة المتعاقدة إلى التفاوض بعد الاستشارة، في المادة 42 من القانون 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية غير أنه لم يحددها على سبيل الحصر، إلا أن عدم تحديد طبيعتها سيؤدي إلى توسيع مجال إعمالها، كما أنها تبدوا في مجملها غامضة وتحوي ثغرات قد تسمح بالالتفاف من مبدأ المنافسة.

تجدر الإشارة أن تنظم التفاوض بعد الاستشارة يكون بكل الوسائل المكتوبة الملائمة، دون أي شكلية أخرى فهذه الاستشارة الأولية تتمثل في إجراءات سابقة تتسم بالبساطة وعدم التعقيد، إذ يقتصر الأمر عادة على طلب المصلحة المتعاقدة الترخيص للمتعاقد من الجهة المختصة، أو تستشير جهة معينة قبل إبرام العقد، وهذا من شأنه تقييد حريتها نوعاً ما، والمشرع يضع نصب عينيه اعتبارات متعددة حين يفرض هذا الالتزام على جهة المصلحة المتعاقدة لتحقيق اعتبارات

(1) بن محمود بوزيد، «تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة»، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، المجلد 07، العدد 06، 2018، ص 197.

(2) المادة 4/52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

فنية، أو لتلافي المخاطر القانونية أو لتمكين جهة الوصاية من ممارسة رقابة سابقة على التصرف⁽¹⁾.

أشار المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247 على أن يكون المنح المؤقت للصفقة في التفاوض بعد الاستشارة محل نشر⁽²⁾، فلم يجعل شرط نشر الإعلان عن المنح المؤقت يقتصر على أسلوب طلب العروض، إذ مده لأسلوب التراضي بعد الاستشارة، فطالما كنا أمام منافسة ولو محدودة يجب ضمان حقوق المتعهدين وتمكينهم من ممارسة حق الطعن عند معارضة اختيار المصلحة المتعاقدة، بينما لم يشر في القانون 23-12 إلى ذلك بل تركها للتنظيم.

أشار الأستاذ الدكتور شريف بناجي في مقاله إلى القول بأن التراضي بعد الاستشارة يمكن اعتباره شكلا من أشكال المناقصة (طلب العروض) كونه يحتوي على الاستشارة ومن أشكال المناقصة نجد الاستشارة الانتقائية، وبالتالي لا يوجد اختلاف من حيث الطبيعة بين التراضي بعد الاستشارة والمناقصة، إلا من حيث الدرجة⁽³⁾، وما يؤكد هذا القول نص المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تلزم اللجوء إلى الإشهار الصحفي، والذي يكون إلزاميا، في حالة طلب العروض بمختلف أشكاله، وفي حالة التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء.

إن الجديد الذي جاء به المرسوم الرئاسي 15-247 مقارنة بالمرسوم الرئاسي 10-236 هو إدراجه للتراضي بعد الاستشارة في نفس المادة التي أخضعت طلب العروض إلى الإشهار الصحفي أي أن إجراء التراضي بعد الاستشارة يخضع للإشهار الصحفي الإلزامي المتعلق بطلب العروض لكن بالعودة إلى أحكام المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي حددت كيفية القيام بالإشهار فإن هذه الأخيرة اقتصررت فقط على ذكر إعلان طلب العروض الشيء الذي يطرح تساؤلا حول الكيفية التي يتم بها إعلان إجراء التراضي بعد الاستشارة؟

إجابة على هذا التساؤل واستدراكا لهذا الإغفال أدرج المشرع في المادة 46 من القانون 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية التفاوض بعد الاستشارة ضمن كيفية اللجوء إلى الإشهار الإلزامي في أشكال طلب العروض عن طريق النشرة الرسمية لصفقات المتعامل

(1) عمارة مسعودة، مناصرية حنان، «قراءة تحليلية في ضوابط...»، مرجع سابق، ص 260.

(2) المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(3) سحنون سمية، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013/2012، ص 61.

العمومية والصحافة الإلكترونية المعتمدة، ويكون اللجوء إلى الإشهار إلزامياً عن طريق البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وفق شروط تحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية لأشكال الإبرام المذكورة أعلاه بما في ذلك إجراء الاستشارة المنصوص عليه في المادة 18 من القانون. ومن المعلوم أنه في الغالب تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التفاوض بعد الاستشارة في حالة إعلان عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، فتستشير المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة وبنفس الشروط باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض، ويكون لجوئها للإشهار الصحفي الإلزامي في حالة ما إذا قررت المصلحة المتعاقدة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، فيجب عليها نشر إعلان الاستشارة حسب ما ينص عليه تنظيم الصفقات العمومية، وهو ما يؤكد على توسيع مجال المنافسة⁽¹⁾.

ثانياً: إشكالية استبعاد قانون المنافسة على إجراء التفاوض

يعتبر إجراء طلب العروض الأصل في إبرام الصفقات العمومية، يقوم على المنافسة الحرة بين المرشحين، وتختلف درجة المنافسة حسب طبيعة الحاجات وشكل طلب العروض، إلا أن المصلحة المتعاقدة وفقاً لأسلوب التفاوض تتحرر من الإجراءات الشكلية المقررة في طلب العروض، فتتجاوز مع من تراه قادراً على القيام بالعمل الذي ترغب في إنجازه، وترتبط درجة توافر المنافسة بنوع الإجراء الذي يتم اختياره، بحيث يضيق مجال المنافسة في إجراء التفاوض، مقابل تعزيز الحرية التعاقدية بفضل اتجاه الآليات الاستثنائية نحو التبسيط والمرونة.

وإن كان أسلوب التفاوض يتعارض مع مفهوم المنافسة ومبدأ الشفافية والنزاهة، إلا أن المشرع وتداركاً منه لما يمكن أن يحدث من تجاوزات عندما أعطى الحرية للمصلحة المتعاقدة في اختيار المتعامل الاقتصادي فقد حد من حريتها وقيدها من جانبيين هو حصر الحالات قانوناً فلا يجوز للإدارة الخروج عنها من جهة، واتخاذها كقاعدة استثنائية وليست عامة، تعمل على تحقيق المصلحة العامة، إن وضع التفاوض في خانة الاستثناء يعد نوع من أنواع التضييق على الإدارة، فالملاحظ على أن المنافسة تستوجب عدم وجود حرية في اختيار إجراءات إبرام الصفقات، والحد من حرية الاختيار من شأنه أن يغطي التعارض الذي يقوم بين المنافسة وإجراء التفاوض⁽²⁾.

(1) راضية رحمانى، «مجال اختصاص مجلس المنافسة...»، مرجع سابق، ص 249.

(2) عاشور فاطيمة، «طرق إبرام الصفقات العمومية...»، مرجع سابق، ص 101.

وإن كان المشرع قيد المصلحة المتعاقدة باللجوء إلى أسلوب التفاوض بالحالات المحددة قانونا، إلا أنه غالبا ما تكون الاستثناءات الموجودة في القوانين مصدرا للفساد⁽¹⁾، فلا يكفي الطابع الاستثنائي لصفقات التفاوض حتى نعتبرها مطابقة للمنافسة بل يجب أن تحدد إجراءاتها بدقة خالية من الغموض والشغرات لأن وجودها يسبب استغلال الإدارة لها بطرق غير مشروعة مما يؤدي إلى إهدار المال العام.

وبالرجوع إلى الأمر رقم 03-03 المعدل بموجب القانون رقم 12-08 والقانون رقم 05-10 فإنه تضمن في المادة 2 منه تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية والتي تخص الصفقات المبرمة بأسلوب طلب العروض (المناقصة) بأشكاله، دون إجراء التفاوض بشكله، الذي يبقى الاستثناء عن القاعدة العامة، ولكن وإن كان قانون المنافسة لم ينص صراحة على استثناء تطبيق قانون المنافسة على إجراء التفاوض، نظرا لضعف مستوى المنافسة، وتحليل النصوص القانونية لقانون المنافسة نجد أن المشرع الجزائري أكد هذا الموقف، وذلك من حيث:

- إن كان تطبيق قانون المنافسة يستند على ممارسة النشاط الاقتصادي، وفق لنص المادة 2 من الأمر رقم 03-03، فإن الحكم بتطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية مقترن بالصفة العمومية دون تحديد الإجراء الذي تم به الإبرام، فيستوي أن يكون عبر إجراء طلب العروض أو إجراء التفاوض، فينصرف قانون المنافسة إلى الممارسات التي تساعد على منح الصفقة، دونما البحث على طريقة الإبرام، باعتبار هذه الأخيرة ينظمها قانون الصفقات العمومية
- من الطبيعي، بما يتفق والمبادئ والمنطق القانوني أن يقتصر نص الفقرة الثانية من المادة 2 من الأمر 03-03 على ذكر القاعدة العامة دون جزئياتها، فمن باب أولى أن يحمل النص على إجماله طالما أنه لم يتضمن نصا صريحا يتضمن إستثناء إجراء التفاوض من مجال تطبيق أحكام قانون المنافسة، لاسيما أن مجال حرية المنافسة ضمن هذا الإجراء معدومة أو محدود للغاية، مما يجعل ورود ممارسات منافية للمنافسة، بالمعنى الذي يبرز فيه التواطؤ أمر غير مستبعد كما أن المادة 2/2 من الأمر 03-03 فصلت على العموم لا التخصيص⁽²⁾.

(1) معتصم دحو، معتصم بن عبد الرحمن، الصفقات العمومية بين احترام التشريعات القانونية والفعالية الاقتصادية، الاستثناءات هي القاعدة وهي مصدر الفساد، مجلة مجاميع المعرفة، المركز الجامعي تندوف، العدد 1، أكتوبر 2015، ص 126.

(2) ديب محمد، «قراءة في حدود تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية (دراسة في القانون الجزائري)» مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي ألمانيا- برلين المجلد 02، العدد 07، فبراير 2018، ص 216.

- تطرح المادة 06 من الأمر رقم 03-03، فكرة هامة، مفادها حظر الممارسات المنافسة للمنافسة التي تسمح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات، وبهذا فإن المادة 6 لم تحدد طريقة الإبرام لكنها أكدت على منعها لهذه الممارسات، أيا كانت طريقة الإبرام، ما يتضمن إمكانية حدوث ممارسات منافية للمنافسة بشأن إجراء التفاوض، الشيء الذي يخلق غموضا ما بين نص المادتين 2 و 6 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، وهو ما يستدعي من المشرع إيلاء أهمية أكبر للصفقات العمومية نظرا لخصوصيتها.

- يحظر المشرع الممارسات المنافسة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية في الحالة التي يتم إبرامها وفقا لإجراء طلب العروض (المناقصة)، دون إجراء التفاوض، وهذا ما لا يتوافق مع أحكام المادة 5 من القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، التي كرست مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، وكذلك المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي منحت للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض صلاحية اقتراح رفض العرض المقبول إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد تشكل تعسفا في وضعية هيمنة أو قد تتسبب في اختلال المنافسة بالقطاع المعني⁽¹⁾.

من خلال ما تم طرحه نجد أن قانون المنافسة قد راعى حرية المنافسة في الصفقات العمومية، من خلال التأكيد على كفاءات إبرامها الذي يطبق على إجراء طلب العروض، وهو الذي يفتح الباب لكل من يريد التعاقد مع الإدارة بشرط توافر الشروط القانونية، بتكريس مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية وشفافية الإجراءات المرتبطة بها، وجعل الاستثناء الذي يحقق المصلحة الوطنية والعامة محدود في اعتبارات تبرره تستوجب اتخاذ الإجراء⁽²⁾.

إلا أن هذا الاستثناء قد يكون مجالا لممارسات تواطئية تؤدي للفساد، فالواقع أثبت أن فسح المجال للإدارة في أعمال سلطتها التقديرية في اختيار المتعاقد معها أدى إلى الكثير من الفساد وتجاوز السلطة وهذا بالنظر إلى القضايا التي طرحت على القضاء الجنائي⁽³⁾، فتجاهل

(1) سعيود محمد الطاهر، مبدأ حظر الممارسات والأعمال المدبرة في مجال الصفقات العمومية»، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جبجل، العدد التاسع، ديسمبر 2019، ص 115.

(2) فارة سماح، تفعيل مبدأ حرية المنافسة قراءة في قانون الصفقات العمومية، مداخلة لمقابلة في الملتقى الوطني حول: قانون المنافسة بيت تحرير المبادرة وضبط السوق، كلية الحقوق، جامعة قلمة، يومي 16 و 17 مارس 2015. ص 6.

(3) BENNADJI Cherif «Marchés publics et...», Op.cit, 137 .

الإدارة مستغلة الاستثناء بحكم معرفتها للقانون ولواقع الحال فعندئذ لا يمكن الحكم بعجز القانون، وخاصة أن الإدارة تمتلك سلطة تقديرية واسعة في مجال إبرام الصفقات العمومية، مستندة في ذلك أنها ملزمة بتحقيق المصلحة العامة⁽¹⁾، وأنها تعمل من أجل ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁽²⁾، وهو المجال البعيد عن تطبيق قانون المنافسة، وهنا لا بد من البحث عن أفق أخرى لإيجاد الحل لهذا المشكل، وإلى غاية تعديل الأمر يبقى قانون المنافسة يطبق على إجراء طلب العروض (المنافسة).

المطلب الثاني

خضوع إجراءات إبرام الصفقة العمومية لقانون المنافسة

حدد المشرع في القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية الإجراءات الخاصة بإبرام الصفقات العمومية لكن لم يحدد المبلغ المالي الذي يتوجب إتباع الإجراءات الشكلية، وإلى غاية صدور النص التنظيمي الذي يحدد ذلك يبقى المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ساري المفعول في هذا الشأن، وبالرجوع إلى نص المادة 13 منه نجدها حددت المعيار المالي الذي يستوجب إبرام صفقة عمومية، إذ يجب تجاوز مبلغ إثني عشر مليون دينار (12000000.00 دج) بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6000000.00 دج)، للدراسات أو الخدمات، وفي حالة ما إذا كانت المبالغ تساوي أو تتجاوز ذلك، يجب إتباع الإجراءات الشكلية المحددة قانوناً، عن طريق الدعوة للمنافسة.

تظهر المنافسة في إبرام الصفقات العمومية أكثر عبر الدعوة إلى المنافسة التي تتضمن إجراءات وأساليب تتم وفقاً لها، من خلال الإعلان عن الصفقة العمومية وضمن نزاهة التنافس بين مقدمي العروض، وتثقيف المصلحة المتعاقدة، بجملة من الإجراءات التي تركز مشروعيتها، وتجسدها من خلال عدة مراحل متتابعة ومتراصة ومتكاملة لا بد من تظافرها لقيام عقد سليم مشروع قانوناً، وإلا كانت تحت طائلة بطلانها.

(1) تنص المادة 36 من القانون رقم 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية على أنه "إن اختيار كيفية إبرام الصفقات، طبقاً لأحكام هذا القانون، هو من اختصاص المصلحة المتعاقدة ومسؤوليتها الحصرية، ويقوم على البحث عن الشروط الأكثر ملاءمة للأهداف المنوط بها".

(2) تياب نادية، استثنائية التراضي آلية للوقاية...، مرجع سابق، ص 841، 842.

حددت المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المجال الزمني الذي يطبق فيه قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية والمتمثل في مرحلة الإبرام، بدءاً بنشر الإعلان على الصفاقة إلى غاية المنح النهائي، ويبدو هذا الشرط متعلقاً بمجال المنافسة الذي يكون متوفراً فقط في هذه المرحلة وبمجرد نيل الصفاقة يتوقف هذا التنافس ليشرع المتعامل المتعاقد الفائز بالصفاقة بتنفيذها⁽¹⁾.

إن كانت حماية المنافسة تكون عبر مختلف مراحل إجراءات إبرام الصفاقة العمومية، وخصوصاً بمناسبة التحضير لها، وإبرامها تكريساً لمبدأ حياد الإدارة وحرية المنافسة، وهنا يطرح السؤال التالي: لماذا لم يشمل تطبيق قانون المنافسة مرحلة إعداد دفتر الشروط، وتحضير الصفاقة على اعتبار أن هذه المرحلة لها وثيق الصلة بمبدأ المنافسة ولها آثار على المنافسة في مرحلة إبرام الصفاقة العمومية (الفرع الأول)، ويشمل تطبيق قانون المنافسة مرحلة إبرام الصفاقة فقط (الفرع الثاني).

الفرع الأول

استبعاد خضوع مرحلة تحضير الصفاقة العمومية لقانون المنافسة

تبدأ مرحلة إبرام الصفاقة العمومية وتكوينها، بالمرحلة التحضيرية وهي مرحلة لها أهمية بالغة، تتوقف عليها سلامة جميع مراحل إبرامها، إذ تتضمن تقدير الحاجيات الاجتماعية والاقتصادية، وتحديد النوع والكميات المطلوبة ودراسة إمكانية تنفيذ المشروع من الناحية الفنية، ودراسة تكاليفه ومقارنتها بالمرود الاقتصادي⁽²⁾، وإعداد دفتر الشروط.

نظراً لعدم إيلاء الأهمية لهذه المرحلة، والتي من شأنها التأثير مستقبلاً في مرحلة إبرام الصفاقة العمومية، والتأثير على الفعالية الاقتصادية، إذ يبرز فيها طغيان الجانب الفردي للمشتري العمومي على تحديد محتوى العقد، وبالتالي فهي أكثر عرضة لتغلغل مظاهر الفساد الشئ الذي ينعكس سلباً على مدى ضمان نجاعة الطلب العمومي كغاية مستهدفة من إبرام الصفاقة

(1) رحمانى راضية، «مجال اختصاص مجلس المنافسة..»، مرجع سابق، ص 250.

(2) فيصل نسيغة، «النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها»، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة،

العدد الخامس، سبتمبر، 2009، ص 117.

العمومية⁽¹⁾، ويعتبر تطبيق قواعد المنافسة في هذه المرحلة من الأهمية بما كان نظرا لما ينعكس بالإيجاب فيما بعد على الصفقة العمومية في حد ذاتها، سواء من حيث جودة تقديم الخدمة العمومية أو الحفاظ على المال العام .

يجب على المصلحة المتعاقدة طبقا للسلطات المخولة لها قانونا وفي إطار المحافظة على الطابع الحيادي لها، أن تركز مبدأ المنافسة سواء عند تحديد حاجاتها (أولا)، أو عند إعداد دفتر الشروط (ثانيا)، كما تلتزم بتوفير فرص متكافئة للمتعاملين الاقتصاديين للظفر بالصفقة⁽²⁾، تطبيقا للمبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من قانون الصفقات العمومية، وهذا بطبيعة الحال ما يساهم في الحفاظ على المال العام⁽³⁾.

أولا: احترام المنافسة عند تحديد الحاجات:

إن اختيار طريقة الإبرام يتحدد طبقا لمبلغ وخصائص الخدمات التي ستنفذ، وهذا ما يتطلب تحديدا دقيقا وواضحا للحاجات قبل أي إعلان عن الصفقة وعليه فإن تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة هي المرحلة الأساسية في عملية الشراء العمومي، وإحدى أهم مراحل الإبرام تأثيرا على المنافسة، ولأن نجاح المراحل اللاحقة مرتبط بمدى نجاعتها، إذ يجب أن تستجيب الطلبات موضوع الصفقة لطبيعة الحاجات المراد تنفيذها، وتضبط الخاصيات الفنية لها قبل الدعوة إلى المنافسة على نحو يضمن جودة الطلبات موضوع الصفقة⁽⁴⁾، إذ يجب على المصلحة المتعاقدة أن

(1) غانم ياسمين، مرجع سابق، ص 17.

(2) أكرور ميريام، مرجع سابق، ص 2.

(3) دراج عبد الوهاب، ضريفي نادية، «دور أعمال المنافسة في مرحلة تكوين الصفقة العمومية في الحفاظ على المال العام من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد الأول، العدد العاشر، جوان 2018، ص 18.

(4) تنص المادة 27 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام على أنه «...تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية.

يحدد مبلغ حاجيات المصالح المتعاقدة استنادا إلى تقدير إداري صادق وعقلاني، حسب الشروط المحددة في هذه المادة. تخضع حاجات المصلحة المتعاقدة مهما كانت مبالغها، لأحكام هذه المادة، إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في هذا المرسوم

ويجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداها بدقة، استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية، ويجب أن لا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد...».

تبدل عناية عند إعداد الحاجات، لكي يتم إبرام صفقات تستجيب للتطلعات المرجوة منها في ظل احترام تعدد العروض⁽¹⁾، وتكريس المنافسة الحرة بينهم.

لضمان تكريس المنافسة يلزم المشرع على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بالتعبير بكل وضوح عن الحاجيات المراد الاستجابة إليها من ناحية الكم والكيف، قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة العمومية⁽²⁾، كما يجب أن تراعي الإدارة عند اللجوء إلى تخصيص الصفقات وجود المنافسة بين مختلف المتعاملين الاقتصاديين وذلك من خلال تبسيط الصفقات، وهو ما يسمح لأكبر عدد من المؤسسات بتقديم عروضها⁽³⁾، خاصة ترقية دخول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للصفقات العمومية، وهذا ما أشارت إليه المادة 31 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

وتكريسا لهذا وفي إطار حماية مبدأ المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين الراغبين في التعاقد وضمان الشفافية في إبرام الصفقات العمومية⁽⁴⁾، أضاف المشرع ضابطا آخر لعملية تحديد الحاجات العمومية قبل الدعوة إلى التعاقد، بالزام المصلحة المتعاقدة عند إعدادها معايير اختيار المتعامل المتعاقد في دفتر الشروط أن لا تضع شروط تمييزية تتجاوز بموجبها نحو متعامل اقتصادي، وهو ما أكدته في نص المادة 5/16 من القانون 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية على أنه " ...ويجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداهها بدقة، استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية، ويجب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد".

من خلال نص المادة نستخلص أنه في بعض الصفقات تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تفرض بعض الشروط التي من شأنها أن تقصي متعاملين اقتصاديين خدمة لمتعاملين اقتصاديين

(1) أكرور ميريام، مرجع سابق، ص 2.

(2) المادة 16 من القانون رقم 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

(3) ميلودي فتيحة، زعزوعة فاطمة، «مكانة مجلس المنافسة كآلية جديدة لتكريس الشفافية في مجال الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي الجديد رقم 247/15»، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي الأغواط، المجلد السادس، العدد الأول، مارس 2022، ص 1782.

(4) المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

آخرين، حينما ألزم أن لا يكون تحديد المواصفات التقنية موجهًا نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد، إذ ترك لها السلطة التقديرية في اختيار الكيفية المناسبة لتحديد الحاجات وهو ما يشكل بابًا واسعًا للفساد، حيث من الممكن أن يتم تحديد بعض الحاجات مسبقًا بطريقة تتلاءم مع بعض المتعاملين الاقتصاديين المرشحين للتعاقد، وذلك بتحديد مواصفات تتفق مع إمكانيات وخصائص متعامل اقتصادي معين لتسهيل إرساء الصفقة عليه، والتي تعتبر ممارسات مخرجة للمنافسة معرّقة لمعيار إرسائها على أحسن عرض، ومن هنا كان على المشرع واجب إخضاع مرحلة تحضيرها لقانون المنافسة تكريسًا للمبادئ التي تقوم عليها الصفقة العمومية⁽¹⁾.

وعليه يتوجب على المصلحة المتعاقدة تحديد حاجاتها الواجب تلبيتها من حيث طبيعتها وكميتها ومداهما بدقة ووضوح كأساس لتكريس الشفافية، قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية⁽²⁾، ويكون ذلك بـ:

- تحديد مبالغ الحاجات استنادًا إلى تقديرات إدارية صادقة وعقلانية، وأن تخضع حاجات المصالح المتعاقدة مهما تكن مبالغها، لأحكام المادة 16 من القانون 23-2⁽³⁾.
- تحديد حدود اختصاص لجان الصفقات بضبط المصلحة المتعاقدة القيمة الإجمالية للحاجات⁽⁴⁾ المتعلقة بنفس عملية الأشغال والمبلغ الإجمالي لجميع الحصص المنفصلة بغض النظر عن إمكانية إطلاق الإجراء لحصة واحدة أو لكل الحصة، ولم يحدد المشرع في قانون الصفقات العمومية الجديد ذلك وإنما حددها المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 31 منه⁽⁵⁾.

(1) رحمانى راضية، «مجال اختصاص مجلس المنافسة..»، مرجع سابق، ص 250.

(2) خضري حمزة، آليات حماية المال...، مرجع سابق، ص 22.

(3) المادة 2/16 من القانون 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

(4) المادة 3/16 من القانون رقم 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

(5) تنص المادة 31 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: «يمكن تلبية الحاجات المذكورة في المادة 27 أعلاه، في شكل حصة وحيدة أو في شكل حصص منفصلة. وتخصص الحصة الوحيدة لمعامل متعاقد، كما هو محدد في المادة 37 من هذا المرسوم. وتخصص الحصص المنفصلة إلى متعامل متعاقد أو أكثر. وفي هذه الحالة، يجب تقييم العروض حسب كل حصة. كما يمكن للمصلحة المتعاقدة عندما يكون ذلك مبررًا تحديد عدد الحصص الممكن منحها لمتعهد واحد.

الجوء للتخصيص الواجب القيام به كلما أمكن ذلك، حسب طبيعة وأهمية المشروع، وتخصص المتعاملين الاقتصاديين يجب أن يراعى المزايا الاقتصادية والمالية و/ أو التقنية التي توفرها هذه العملية،

إن التخصيص من اختصاص المصلحة المتعاقدة التي يجب عليها تعليل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة، في ظل احترام أحكام المادة 27 أعلاه»

- إعطاء المتعهدين صورة واضحة عن حاجات المصلحة المتعاقدة مما يسمح لهم بتقديم إجابة كافية.

- تثبيت وتحديد قواعد المنافسة والشروط التعاقدية.

- توضيح معايير وأشكال اختيار المتعاملين الاقتصاديين.

- إبراز الصعوبات الواجب احترامها (تقنية، مالية، قانونية...).

تحدد المصلحة المتعاقدة عبر هذا الإجراء برنامجها بوضوح ودقة مع تبني أهداف معينة ضمن صلاحياتها ووفق الجدول الزمني المخطط للصفقة، مع وضع آليات للتنفيذ وتحديد العلاقات مع المتعاملين الاقتصاديين، في إطار ما يرتبط هذا الإجراء من دراسات مسبقة عن مشروع الصفقة سواء ما تعلق منها بالملاءمة أو النجاعة، إضافة إلى عدد من الدراسات الأخرى التي ترتبط بطبيعة المشروع الصفقة⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار على المصلحة المتعاقدة أن تسعى إلى إيجاد منافسة حقيقية بين مختلف المتعاملين المتنافسين عبر ضبط حاجياتها وفق أسس تساعد على نشوء المنافسة، في نفس الوقت عليها أن تضمن حيادها، بحيث يتاح لأكبر عدد من المتعاملين التنافس على الصفقة⁽²⁾، وهو ما أشارت إليه المادة 16 من القانون رقم 23-12 والمادة 27 من المرسوم الرئاسي 15-247. مما سبق طرحه، وتحقيقا للغاية المرجوة من إبرام الصفقة العمومية وفقا لمتطلبات المنافسة منافسة، يقتضي الحال وجود ضمانات قانونية تكرس ذلك، بضرورة تطبيق قانون المنافسة على مرحلة تحديد الحاجيات، نظرا لما قد تؤول إليه المصلحة المتعاقدة من توجيه الصفقة بتغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة.

ثانيا: احترام المنافسة عند إعداد دفاتر الشروط

تعتبر دفاتر الشروط الحجر الأساس في إبرام الصفقات العمومية، إذ أنه بمثابة مرجعها القانوني الذي تستند المصلحة المتعاقدة في كل مرة، وذلك لما يحتويه من جوانب خاصة بكل

(1) قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 62، 64.

(2) ديب محمد، امتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي أفلو، العدد الرابع، ديسمبر 2018، ص 138.

الباب الأول الإطار القانوني لخضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

صفة لاسيما الجانبين التقني والقانوني⁽¹⁾، كونه يعد مؤطرا ومنظما وموجها لكافة العمليات ومتضمنا لها في نفس الوقت فأعداده بطريقة سليمة وقانونية فعالة يترتب عليه توفيق الإدارة في تلبية احتياجاتها بأحسن التكاليف وأفضل الشروط، وهو بهذا جزءا أساسيا في منظومة الصفقات العمومية إذ أنه يضبط شروط المشاركة في المنافسة، التي على أساسها تيرم الصفقات العمومية.

يستمد دفتر الشروط أهميته من صيغته الوجوبية والمعبرة عن عقد الإذعان، باعتبار المصلحة المتعاقدة تضع شروط انفرادية ليس للمتعاقد التفاوض بشأنها، وبهذا فإن المصلحة المتعاقدة قبل الإعلان عن المناقصة، تضع دفتر شروط نموذجي على ذمة المتنافسين حتى يتسنى على ضوئها تقديم عروضهم لاسيما وأنها تعطي أكبر قدر من المصادقية في تحديد المنافسة لتنظيمها بناء على معايير من خلال ترتيب العروض وشروط قبولها على نحو موضوعي يمكن من اختيار العرض الأفضل⁽²⁾، وعلى أن تضمن هذه الشروط تنافس أكبر عدد من المتعاملين الاقتصاديين، وألا تكون إقصائية كما يجب أن تستجيب لمبادئ المساواة وحرية الوصول إلى الطلب في شكل يضمن شفافية أداء المصلحة المتعاقدة، وهذا حرصا من وقوع جرائم على المال العام، إذ أن عدم تحديد الشروط والانتقاء مسبقا يفتح المجال واسعا أمام المصلحة المتعاقدة لاختيار المتعامل الإقتصادي وفق معايير غير قانونية⁽³⁾.

حدد المشرع في المادة 17 من القانون رقم 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ثلاث أنواع من دفاتر الشروط هي:

- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

(1) لشهب سلمى، لشهب صفاء، «طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 15-247»، مجلة الإبداع، جامعة البليدة 2، المجلد 10، العدد 01، 2020، ص 76.

(2) ميلودي فتيحة، زعزوعة فاطمة، مرجع سابق، ص 1783.

(3) جليل مونية، الآليات المستحدثة لحماية الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في إطار التشريع الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني السادس حول: دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة د. يحي فارس بالمدينة، يوم 20 ماي 2013، ص 8.

- دفاتر التعميمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم والدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.

- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية.

تحرص المصلحة المتعاقدة عند إعداد دفتر الشروط على تضمينها مجموعة من الأحكام التي تركز المنافسة وحرية الوصول إلى المعلومة المتعلقة بطلب العروض، والمنصوص عليها في المادة 05 من قانون الصفقات العمومية، إلا أن المشرع منح للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في بعض الأمور كاختيار الإجراء للدعوة للمنافسة، والمدة المتعلقة بتحضير العروض وصلاحياتها، والتي تكون خاضعة لدراسة لجنة الصفقات وتقديم تأشيرة بالموافقة⁽¹⁾، وذلك لتفعيل نص المادة 16 من القانون رقم 12-23 لاسيما في فقرتها الخامسة، والتي تشير إلى أنه يجب أن لا تكون المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد.

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تخلق ممارسة منافية للمنافسة من خلال اختيارها لمعايير العروض المقدمة لنيل الصفقة، مما قد يؤدي إلى التقييد التعسفي للمنافسة، وذلك يحدث إذا كانت بعض المؤسسات هي التي يمكن أن تتوفر فيها وحدها هذه المعايير دون غيرها من المؤسسات⁽²⁾. وعلى هذا الأساس يجب إعداد المواصفات والشروط على نحو يساعد على تصميمها بشكل واضح وشامل وغير عنصري أو تحيزي، مما يسهل فهمها من قبل المتعاملين الاقتصاديين المحتمل مشاركتهم ويكونون أكثر ثقة عند إعدادهم للعروض وتقديمها، فإذا ما تم تحديد الشروط والكيفيات بدقة، فإن الصفقة العمومية ستكون ناجعة وفعالة، كما أنها ستساعد المتعامل المتعاقد في إنجاز المشروع بشكل جيد خال من كل العقبات، التي يمكن أن تظهر لو أن دفتر الشروط كان غامضا، أو غير متناسب مع موضوع الصفقة العمومية، الأمر الذي يظهر خاصة عند إبرام ملاحق للصفقة لاستدراك الاختلال سواء في الكمية أو السعر أو الآجال⁽³⁾، وفي هذا نص القانون

(1) أكروم مريام، مرجع سابق، ص 4.

(2) كتو محمد شريف، «حماية المنافسة...»، مرجع سابق، ص 78.

(3) بلهامل هشام، دور دفاتر الشروط في تكريس معايير المنافسة، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول: ترشيد النفقات العمومية ورهانات النهوض بالاقتصاد الوطني من خلال تنظيم الصفقات العمومية، جامعة بومرداس، كلية الحقوق بودواو، يومي

20-21 نوفمبر 2017.

رقم 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية في المادة 53 منه على أنه "...يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها، مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية ومذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة...".

وعليه فإن إعداد دفتر الشروط بدقة من شأنه تحقيق مبدأ شفافية إجراءات إبرام الصفقة⁽¹⁾، ومن هنا كان على المشرع واجب إخضاعه لقانون المنافسة للتصدي للممارسات مخلة بالمنافسة. ومما سبق يمكن القول أن تطبيق قانون المنافسة في المرحلة السابقة لإبرام الصفقات العمومية سواء تعلق الأمر بمرحلة تحديد الحاجات العمومية للمصلحة المتعاقدة أو إعداد دفتر الشروط الخاص بالصفقة وفي ظل احترام المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من القانون رقم 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، من شأنه إضفاء جودة ونوعية في تقديم الخدمة العمومية، وضمان الاستعمال الأمثل للأموال العمومية في ظل احترام شروط الاقتصاد التنافسي⁽²⁾، وإن كان استبعاد المشرع تطبيق قانون المنافسة على مرحلة إعداد دفتر الشروط لقانون المنافسة لا ربما يرجع لتمتع المصلحة المتعاقدة بامتيازات السلطة العامة.

الفرع الثاني

تطبيق قانون المنافسة على مرحلة إبرام الصفقة

تكتسي الصفقة العمومية أهمية بالغة، باعتبارها الأداة الفعالة لتحقيق مخططات التنمية الاقتصادية، وإشباع الحاجيات العامة، ولصلتها المباشرة بالخرينة العمومية، كان من اللازم اختيار أحسن المتعاملين الاقتصاديين لتنفيذها، وذلك وفق أساليب وإجراءات محددة قانوناً، فبعد أن تتم المرحلة التحضيرية للصفقة، تدخل المصلحة المتعاقدة في مرحلة هامة تتولى فيها تنفيذ إجراءات إبرام الصفقة العمومية والتي تبدأ من مرحلة الإعلان إلى غاية المنح النهائي لها.

حدد قانون المنافسة الإطار الزمني لمجال تطبيقه على مرحلة إبرام الصفقة والتي تحدد بدءاً من نشر الإعلان عن الصفقة إلى غاية المنح النهائي لها، وهو ما أشارت إليه المادة 2 من الأمر رقم 03-03، على اعتبار أن هذه المرحلة لها وثيق الصلة بمبدأ المنافسة.

(1) بن شعلال محفوظ، «إجراءات إبرام الصفقات العمومية ضمانات للشفافية»، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية المركز الجامعي تامنغست، عدد 09 سبتمبر 2015، ص 66.

(2) دراج عبد الوهاب، ضريفي نادية، «دور أعمال المنافسة...»، مرجع سابق، ص 19.

أولاً: مرحلة الإعلان عن الصفقة وتقديم العروض

تلتزم المصلحة المتعاقدة بكافة الإجراءات المقررة في قانون الصفقات العمومية، بما فيها إلزامية الإعلان عن الصفقة العمومية، ويقصد به إيصال العلم إلى جميع الراغبين في التعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية المواصفات المطلوبة، ووضع الوثائق المتعلقة بالمنافسة تحت تصرف المترشحين، بهدف جلب أكبر عدد من المتنافسين بما من شأنه تكريس مبدأ المنافسة الحرة، ومنه تحقيق فعالية ونجاعة لهذا النوع من العقود⁽¹⁾.

يجب عدم الخلط بين مبدأ العلانية والإعلان عن الصفقة العمومية، وإن كان الارتباط بينهما وثيق، حيث يمثل مبدأ العلانية الكل الذي ينبثق عنه الجزء، كون الإعلان عن الصفقة يعد واحداً من بين أهم الإجراءات المكرسة لمبدأ العلانية، وهذا الأخير يعد من أهم المبادئ التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية، حيث يتعين على المصلحة المتعاقدة الالتزام به في جميع مراحل إبرام الصفقة، يستثنى من ذلك بعض الأمور التي تتطلب السرية، كسرية العطاءات⁽²⁾.

نص المشرع في قانون الصفقات العمومية على إلزامية الإشهار الصحفي في كل أشكال طلب العروض، بما فيها التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء⁽³⁾، إلا أنه لم يحدد البيانات الإلزامية التي يتضمنها الإعلان، إلا أنه بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نص على أنه يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقمها الجبائي.
- كيفية طلب العروض.
- شروط التأهيل والانتقاء الأولي.
- موضوع العملية.

(1) براهمي عبد الرزاق، بلماحي زين العابدين، «الإعلان عن الصفقات العمومية بين حماية مبدأ المنافسة الحرة والحد من ظاهرة الفساد الإداري، -دراسة مقارنة-»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، المجلد 07، العدد 2، جوان 2020، ص 731.

(2) عباس غنية، «الإعلان عن الصفقة كآلية لتكريس مبدأ المنافسة»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، المجلد 29، العدد 1، جوان 2018، ص 22.

(3) المادة 46 من القانون رقم 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

- قائمة موجزة بالسندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط .
- مدة تحضير العروض ومكان إيداعها.
- مدة صلاحية العروض.
- إلزامية كفالة التعهد إذ إقتضى الأمر.

وتقدم العروض في ظرف مغلق بإحكام تكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" ومراجع طلب العروض⁽¹⁾.

بفرض المشرع لهذه البيانات في الإعلان، يكون قد كفل للمعنيين فرصة المشاركة في الصفقة العمومية، وهذا من خلال اطلاعهم على معلومات تعتبر كافية لتكوين فكرة مبدئية حول الصفقة، كما أن إضفاء الطابع الإلزامي على هذه البيانات يعني بمفهوم المخالفة أن عدم مراعاتها يترتب عليه البطلان لمخالفة القانون⁽²⁾.

طبقا لنص المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يحرر إعلان طلب العروض باللغة العربية، وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، بمعنى أنه يحرر بلغتين على الأقل، على أن ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع)، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني⁽³⁾، وفي جميع الحالات لا بد من مراعاة الترجمة الصحيحة والدقيقة، ووجود غموض وتناقض يعني أن الجميع لن يحصل على نفس المعلومات والبيانات المدرجة ضمن الإعلان، ما يؤدي لخرق مبدأ المساواة الذي يفترض وحدة المعلومات والبيانات المراد إيصالها لكل من يرغب في التعاقد مع المصلحة المتعاقدة.

يعتبر الآجال من أهم عناصر الإعلان المؤثرة على مبدأ المنافسة، وهي تلك المدة الزمنية الممنوحة للمتعاملين الاقتصاديين لتحضير وتقديم عروضهم، يحدد أجل تحضير العروض بالاستناد إلى تاريخ أول صدور للإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة المكتوبة والصحافة الإلكترونية أو عن طريق البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، ويدرج تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح الأظرفة في دفتر الشروط، قبل

(1) المادة 62 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) عباس غنية، مرجع سابق، 25.

(3) المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

تسليمه للمتعهدين، إلا أنه يجب أن تفتح المدة المحددة لتحضير العروض المجال واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين⁽¹⁾، وبهذا يكون الإعلان عن الصفقة العمومية الوسيلة المثلى لنقل وتكريس حرية المنافسة من الجانب النظري إلى الجانب العملي.

تماشيا مع التطور التكنولوجي الحاصل في ميدان الإعلام والاتصال، سمح المشرع الجزائري بتوسيع تكريس مجال شفافية إبرام الصفقة العمومية، حيث أنه في الفصل السادس من المرسوم الرئاسي 15-247 نص على تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، بحيث لها تأثير كبير بزيادة عدد المتنافسين الراغبين في التعاقد مع الإدارة لتمتعها بالسرعة وبساطة إجراءات طلب العروض وهو ما يؤدي إلى فتح باب المنافسة أمام أكبر قدر من المرشحين⁽²⁾ وهو ما يسمح بخلق مجال واسع للمنافسة وتطوير فعالية طرق التعاقد⁽³⁾، وهو ما كرسه المشرع فعلا في قانون الصفقات العمومية الجديد.

ثانيا: مرحلة فتح وتقييم العروض

لم يحدد قانون الصفقات العمومية الجديد إجراءات فتح الأظرفة وتقييم العروض، وفي انتظار صدور النصوص التنظيمية التي تحدد ذلك تبقى أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سارية المفعول في هذا الشأن، حيث تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض باستلام العروض التي تحتوي على كل من ملف الترشيح، وعرض تقني، وعرض مالي، والتي يجب أن توضع في أظرفة منفصلة مغلقة بإحكام يبين في كل ظرف اسم المؤسسة ومرجع طلب العروض وموضوعه، لتوضع الأظرفة الثلاثة بعد ذلك في ظرف مقل يكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" - طلب العروض رقم... - موضوع طلب العروض⁽⁴⁾.

يجب أن تجهل المصلحة المتعاقدة والمتنافسين فيما بينهم العلم بموضوع الأظرفة، وتظل كذلك حتى وقت فتح الأظرفة وتقييم العروض وتضعها في مكان آمن، وتستأمن عليها أشخاص

(1) المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) BEAUGÉ Thierry, La réforme du code des marchés publics commentée, AFNOR, Paris 2001, P 31.

(3) ماجد راغب الطلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2009، ص 117.

(4) المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

نزهاء⁽¹⁾، منعا لأي تحايلات تمس بمبدأ المنافسة والمساواة بين أصحاب العروض، لأن هذه السرية هي التي تقطع الطريق أمام المصلحة المتعاقدة في أي تلاعب بالعروض المقدمة أو تسريب محتوياتها بدافع المحاباة مما يهدم الشفافية والمساواة، وعرقلة المنافسة في الإرساء على أحسن عرض.

يتم فتح الأظرفة (1)، وتقييم العروض (2)، لانتقاء أحسن عرض، فيختار المتعاقد وفق أسس ومعايير موضوعية بحتة بعيدة كل البعد عن الاعتبارات الشخصية .

1- مرحلة فتح الأظرفة:

أسند المشرع في قانون الصفقات العمومية الجديد للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض مهمة فتح وفحص العروض⁽²⁾، إلا أنه لم يحدد كيفية فتحها وفي انتظار صدور النصوص التنظيمية التي تحدد ذلك، تبقى أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 سارية المفعول، فيتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشيح والعروض التقنية والمالية في جلسة علنية، خلال نفس جلسة تاريخ وساعة فتح الأظرفة الذي يوافق تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض، وإذا صادف هذا اليوم يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، فإن مدة تحضير العروض تمتد إلى غاية يوم العمل الموالي...، وهذا بحضور كافة المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقا من خلال إعلان المنافسة أو بواسطة رسالة موجهة لهم⁽³⁾، وهذا إعمالا لمبدأ العلانية، لكن مشاركتهم في صيرورة أشغال اللجنة، لا يسمح لهؤلاء التدخل في أعمالها⁽⁴⁾، كما لا يسمح لهم بأي شكل من الأشكال طلب معلومات أو تقديم توضيحات⁽⁵⁾، ضمانا لحيادها ونزاهتها وتجنبا لأي مظهر من مظاهر التأثير على قراراتها، وبالتالي التأثير على المنافسة في إبرام الصفقة العمومية، وفي هذا الإطار تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بما يلي⁽⁶⁾:

- تثبيت صحة تسجيل العروض.

(1) المادة 70 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) المادة 48 من القانون رقم 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

(3) المادة 70 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(4) BOULIFA Brahim, Marchés publics, volume 1, Berti éditions, 2^{ème} édition, Alger, 2016, p187.

(5) BEN KHALIFA Faouzi, Le droit des marchés publics, édition Contributions à la Littérature d'Entreprise, Tunis, 2005, p 55.

(6) المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

- تعد قائمة المرشحين أو المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة ملفات ترشحهم أو عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.
- تعد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض.
- تحرر محضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة.
- توجيه دعوة للمرشحين أو المتعهدين لاستكمال عروضهم عند الاقتضاء في أجل أقصاه 10 أيام من تاريخ فتح الأظرفة، ومهما يكن من أمر تستثنى من طلب الاستكمال كل الوثائق الصادرة عن المتعهد والمتعلقة بتقييم العروض.
- تقترح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على المصلحة المتعاقدة عند الاقتضاء في المحضر، إعلان عدم جدوى الإجراء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247.
- تقترح اللجنة بإرجاع الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها المتعاملين الاقتصاديين عن طريق المصلحة المتعاقدة، عند الاقتضاء حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم.
- تقوم اللجنة بتسجيل عملها المتعلق بالفتح في محضر منفصل عن عملها المتعلق بالتقييم الذي يسجل بدوره في محضر خاص.

2- مرحلة تقييم العروض

لم يحد المشرع كيفية تقييم العروض في قانون الصفقات العمومية الجديد، إلا أنه وفقا لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 يتم تقييم العروض من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض⁽¹⁾ لانتقاء أحسن عرض، فيختار المتعاقد وفق أسس ومعايير موضوعية بحتة بعيدة كل البعد عن الاعتبارات الشخصية، وبهذا تتحقق اعتبارات المساواة بين جميع الأشخاص الراغبين بالاشتراك في المنافسة، ولأن هذه المرحلة جد حساسة فقد نص المشرع على مجموعة من الضوابط ألزم المصلحة المتعاقدة بإتباعها وذلك حرصا منه على ضمان أكبر قدر من الشفافية. تعمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على دراسة وتحليل العروض على أساس معايير الاختيار المعلن عنها في دفتر الشروط، حيث تقوم في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض مع

(1) المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

إقصاء العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط⁽¹⁾، يمكن للمصلحة المتعاقدة تحديد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستنم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي بخمسة (5) منهم، طبقاً لنص المادة 45 من المرسوم الرئاسي 15-247 فتدعو المرشحون الذين تم انتقاؤهم أولاً بناءً على معطيات مسجلة لدى المصلحة المتعاقدة الخاصة بكل المتعاملين المتعاقدين معها⁽²⁾، بواسطة رسالة استشارة.

يجب أن يرتكز التأهيل الأولي على معايير موضوعية غير تمييزية تكون وثيقة الصلة مع طبيعة كل مشروع وتعقيده وأهميته⁽³⁾، ولا يتحقق أحسن انتقاء للمرشحين إلا إذا تمكنت المصلحة المتعاقدة من الاستعلام وبواسطة مختلف الطرق القانونية المتاحة لدى المصالح المتعاقدة الأخرى أو الإدارات والمؤسسات المكلفة بالخدمات العامة⁽⁴⁾، فيمكن للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض طلب توضيحات بشأن عروضهم التقنية الأولية المقدمة من قبل المرشحين⁽⁵⁾، لتوضيح وتفسير ما اشتمل عليه العرض من عناصر معقدة وغامضة⁽⁶⁾، لا يفهم مضمونها إلا أصحاب الخبرة والاختصاص، وهذا من أجل التقييم الجيد ومحاولة حسم موضوع المفاضلة بين العروض⁽⁷⁾.

كما يمكن تنظيم اجتماعات لتوضيح الجوانب التقنية لعروض المرشحين عند الضرورة من قبل المصلحة المتعاقدة بحضور أعضاء لجنة تقييم العروض عند الاقتضاء إلى خبراء يتم تعيينهم خصيصاً لهذا الغرض، ويجب أن تحرر محاضر لهذه الاجتماعات يوقعها جميع الأعضاء الحاضرين على أن تكون هذه التوضيحات والتفصيلات والمحاضر جزءاً لا يتجزأ من عرض المتعامل الاقتصادي للصفقة، شرط أن لا يؤدي طلب تقديم التفصيلات إلى تعديل العروض، أو التأثير على المنافسة⁽⁸⁾.

(1) المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) BENNADJI Cherif, «Marchés publics et...» op.cit, p.144.

(3) المادة 53 من القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

(4) MATALLAH Ali, Recueil sur la réglementation des marchés publics et des Délégation de service public, édition Houma, Alger, 2016, p.36.

(5) المادة 46 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(6) NICINSKI Sophie, Droit public des affaires, 3^{ème} éd, Montchrestien, Paris, 2012, p501.

(7) LAJOYE Christophe, Droit des marchés publics, 5 édition, Gualino, Paris, 2012, pp.248-250.

(8) المادة 54 من القانون 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

إن طلب توضيح العروض التقنية من شأنه تسهيل عملية التقييم والترتيب الجيد للعروض التقنية الأولية، ما يمهد لإجراء آخر مضمونه إقصاء العروض التقنية الأولية غير المقبولة التي لا تلبى البرنامج أو المواصفات التقنية التي يتطلبها موضوع التعاقد⁽¹⁾، وفي مرحلة ثانية تقوم بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنيا، وتقوم طبقا لدفتر الشروط بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، المتمثل في العرض⁽²⁾:

1/ الأقل ثمنا من بين العروض المالية للمرشحين المختارين، عندما يسمح موضوع الصفقة بذلك، وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى معيار السعر فقط.

2/ الأقل ثمنا من بين العروض المؤهلة تقنيا، إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى عدة معايير من بينها معيار السعر.

3/ الذي تحصل على أعلى نقطة استنادا إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر، إذا كان الاختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات.

وإن كانت هذه المعايير من شأنها ضمان إرساء الصفقة العمومية على أحسن عرض، وهذا الأخير من شأنه تطوير وحماية العمل التنافسي ومنح الصفقة العمومية على أساس معايير قائمة على النوعية تشجع التنافس من أجل نيل الصفقة والوصول إلى اختيار عرض حقيقي ومتنوع⁽³⁾.

اعترف المشرع بموجب المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 حق المصلحة المتعاقدة في اختيار المتعامل المتعاقد معها، وفقا للمعايير المعلن عنها وفق الشروط المحددة في دفتر الشروط والتي تركز على بعض الضمانات التقنية والمالية، السعر النوعية، وأجال التنفيذ وشروط التموين، وهكذا حاول المشرع تقييد المصلحة المتعاقدة بمجموعة من المعايير المختلفة في طبيعتها لاختيار المتعامل المتعاقد⁽⁴⁾، ومن هنا جاءت المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247 مكملة للمادة 53 منه، والتي شددت من خلالها على إسناد الصفقة للمتعامل الاقتصادي الكفاء، والقادر

(1) المادة 46 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(3) رحمانى راضية، «مبدأ المساواة في معاملة المترشحين في قانون الصفقات العمومية الجزائري»، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المغرب، العدد 9، مارس 2015، ص 113.

(4) المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

الباب الأول الإطار القانوني لخضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

على تنفيذها ولم يخضع لتدابير الإقصاء المنصوص عليها في المادة 75 من نفس المرسوم، وهو ما أكدته المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون الصفقات العمومية الجديد⁽¹⁾.

وبذلك حدد القانون كليات عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، بما يراعي حرية المنافسة والقضاء على الهيمنة والاحتكار في السوق بأي طريقة كانت، وعند الانتهاء من عملها وإرساء الصفقة العمومية، تبلغ نتائج تقييم العروض في إعلان المنح المؤقت للصفقة العمومية.

يبرز الواقع العملي قيام بعض المؤسسات في سبيل الظفر بالصفقات العمومية بتخفيض الأسعار، غير أنه لا بد على المصلحة المتعاقدة أن تتفادى منحها لهذا النوع من المترشحين، لأن تخفيض الأسعار يمكن أن ينجر عنه انعكاسات سلبية من شأنها الإخلال بمبدأ المنافسة، كما تجد المؤسسات المتضررة من هذا الإخلال والتي ربما كان بإمكانها تقديم خدمات ذات نوعية عالية وبأسعار متناسبة مع نوعية الخدمات نفسها مقصاة بسبب هذه الأسعار المنخفضة⁽²⁾، وفي هذا كرس المشرع الالتزام بالأخلاق والنزاهة والمسؤولية التي يجب أن يتحلى بها المتعامل الاقتصادي مع المصلحة المتعاقدة باعتباره شريك في تحقيق التنمية الاقتصادية والخدمة العمومية⁽³⁾.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تخلق ممارسة منافية للمنافسة من خلال اختيارها لمعايير العروض المقدمة لنيل الصفقة، مما قد يؤدي إلى التقييد التعسفي للمنافسة، وذلك يحدث إذا كانت بعض المؤسسات هي التي يمكن أن تتوفر فيها وحدها هذه المعايير دون غيرها من المؤسسات⁽⁴⁾، فيجب على المصلحة المتعاقدة حين تحديدها لحايجاتها أن لا تكون المواصفات موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد⁽⁵⁾.

(1) تنص المادة 52 من القانون رقم 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق على أنه "...بغض النظر عن إجراء الإبرام المختار، فإنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة منح صفقة عمومية إلا لمتعامل اقتصادي أو أكثر قادر على تنفيذها ولم يخضع لتدابير الإقصاء".

(2) رحمانى راضية، مفهوم قاعدة أحسن عرض في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول: ترشيد النقصات العمومية ورهانات النهوض بالاقتصاد الوطني من خلال تنظيم الصفقات العمومية، جامعة بومرداس، كلية الحقوق بودواو، يومي 20-21 نوفمبر 2017، ص 4.

(3) فارة سماح، تفعيل مبدأ المنافسة...، مرجع سابق، ص 10.

(4) كتو محمد شريف، «حماية المنافسة...»، مرجع سابق، ص 78.

(5) المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، انظر المادة 16 من القانون 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

وحتى لا تحيد المصلحة المتعاقدة عن الإطار القانوني لإجراءات اختيار المتعامل المتعاقد، والتميز بين العارضين سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعية⁽¹⁾، يجب خضوع مرحلة إبرام الصفقة العمومية لقانون المنافسة للتصدي لمثل هذه الممارسات التي من شأنها تقييد المنافسة، وعرقلة معيار أحسن عرض في إرساء الصفقة.

حرص المشرع في هذا الإطار على نزاهة وشفافية إجراءات منح الصفقة، فمنع أي تبادل للمعلومات بين المصلحة المتعاقدة والمرشح لنيل الصفقة، وأي تفاوض مع المتعهدين أو العارضين بعد فتح العروض وأثناء تقييم العروض لاختيار أحسن عرض، مما يبرر حظر وجود أية مفاوضات أثناء المنح المؤقت لمشروع الصفقة حتى لا تكون هنالك لا توازنات تعاقدية⁽²⁾، إلا أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة بعد منح الصفقة وموافقة حائز الصفقة العمومية أن تضبط عرضه وتحسنه، غير أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال لهذه العملية أن تعيد النظر في شروط المنافسة⁽³⁾، وهو ما أكدته المشرع في المادة 54 من قانون الصفقات العمومية الجديد⁽⁴⁾.

ثالثا: مرحلة منح الصفقة العمومية

لم يحد المشرع كيفية منح الصفقة العمومية في قانون الصفقات العمومية الجديد، إلا أنه نظمها بموجب المواد 52، و65، و82 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الذي يبقى ساري المفعول في هذا الشأن إلى غاية صدور نصوص تنظيمية توضح ذلك، سواء بالمنح المؤقت للصفقة وإستوفاء إجراءات الطعن فيه، لتمنح الصفقة العمومية نهائيا.

1- المنح المؤقت

يعتبر المنح المؤقت إجراء إعلاميا بموجبه تخطر المصلحة المتعاقدة المتعهدين باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما نظرا لحصوله على أعلى تنقيط في العرض التقني والمالي⁽⁵⁾.

(1) صقر نبيل، تنظيم الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 26.

(2) زروق إيمان فاطمة الزهراء، «تجليات تطبيق مبدأ المنافسة الحرة على إجراء المنح المؤقت لمشروع الصفقة -نظام طلب العروض»، مجاميع المعرفة، المركز الجامعي تندوف، المجلد 2، العدد 1، أبريل 2016، ص 63.

(3) المادة 80 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(4) المادة 54 من القانون رقم 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

(5) هزيل جلول، «المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية»، المجلة المتوسطة

للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، المجلد 1، العدد 02، 2016، ص 4.

تتوج لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض عملها بمحضر تتضمن فيه اقتراحها بشأن المنح المؤقت للصفقة، يوقع من طرف أعضائها، تبلغ نتائج تقييم العروض المالية والتقنية في إعلان المنح المؤقت للصفقة.

لا تبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة إلا نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لمن منحت له الصفقة مؤقتا، أما فيما يخص المتعهدين الآخرين فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في نفس الإعلان أولئك الراغبين منهم في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم عروضهم التقنية والمالية بالاتصال بمصالحها، في أجل أقصاه 10 أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت مع حقهم في الطعن⁽¹⁾، وهذا تكريسا لمبدأ الشفافية في تطبيق الإجراءات المتعلقة بالطعن.

يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها الإعلان عنها، ويتضمن بيانات وعناصر كاسم ولقب العارض الممنوح له الصفقة أو اسم المؤسسة أو الشركة أو المقولة وموضوع المناقصة، وأجال التنفيذ وكل المعلومات التي تبرر اختيار المتعامل المتعاقد⁽²⁾.

يعتبر قرار منح الصفقة العمومية آلية من أجل تحقيق مبدأ الشفافية، وذلك من خلال اختيار المتعامل الاقتصادي القادر على تنفيذ موضوع الصفقة العمومية وفقا لمتطلبات دفتر الشروط، من خلال الإعلان عن الفائز المؤقت إضافة إلى ذكر معايير الانتقاء وما يقابلها من تنقيط⁽³⁾.

يمكن للمصلحة المتعاقدة أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية، إعلان إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة، دون أن يكون للمتعهدين طلب أي تعويض عن ذلك⁽⁴⁾، ويدخل هذا الإجراء في إطار تعزيز الشفافية وحماية المال العام.

تكريسا لضمان شفافية إجراءات منح الصفقة العمومية يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة العمومية أو إلغاءه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء في إطار طلب

(1) المادة 3/82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(3) بعلي إيمان، «القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية في التشريع الجزائري، -قرار المنح المؤقت نموذجا»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 06، العدد 01، جوان 2021، ص 1639، 1640.

(4) المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

العروض أو إجراء التفاوض بعد الاستشارة، أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة، بالإضافة حق الطعن القضائي المنصوص عليه في التشريع المعمول به⁽¹⁾.

2-المنح النهائي

إن المنح المؤقت للصفقة العمومية لا يعد المرحلة الأخيرة بل لا بد من اعتماد طلب العروض على الطابع النهائي والرسمي للصفقة والإعلان عن إتمام إجراءاتها⁽²⁾، إذ تنص المادة 10 من القانون رقم 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، على ما يلي:

"لا تصح الصفقات العمومية ولا تكون نهائية إلا بعد الموافقة عليها من طرف السلطة المختصة المذكورة أدناه حسب الحالة:

- مسؤول الهيئة العمومية،

- الوزير،

- الوالي،

- رئيس المجلس الشعبي البلدي،

- المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية...".

يفهم من نص المادة أن الصفقة لا تكون نهائية إلا بعد موافقة السلطة المختصة، أما عن تأشيرة مشروع الصفقة من طرف لجنة الصفقات المختصة والمراقب المالي على التوالي، هو إجراء وجوبي لدخول العقد حيز التنفيذ، ليأتي بعده إمضاء العقد من مسؤول المصلحة المتعاقدة، وعليه بعد إرساء الصفقة على أحسن عرض تأتي مرحلة المصادقة عليها من طرف صاحب الاختصاص حسب ما هو محدد في نص المادة 4، حيث يقوم الرئيس الإداري بإبرام العقد والتوقيع عليه، وتعد المصادقة في هذه المرحلة بمثابة قبول للإيجاب المتقدم بالعطاء، وأن الإدارة غير ملزمة بالمصادقة إذا رأت أن المصلحة العامة تتطلب ذلك⁽³⁾.

يطبق قانون المنافسة على مرحلة المنح النهائي للصفقة العمومية، وتدخل بعد توقيعها من قبل السلطة المخولة، مرحلة تنفيذها، وتستبعد هذه المرحلة، من الخضوع لقانون المنافسة.

(1) المادة 56 من القانون 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) زروق إيمان فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 62.

(3) قفيفة جمال، سلطة الإدارة العمومية في اختيار المتعامل المتعاقد معها في تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع: قانون العقود، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2016، 2017، ص 97.

الفصل الثاني

التزام أطراف الصفقة العمومية باحترام قواعد قانون المنافسة

تعتبر مرحلة إبرام الصفقات العمومية وسيلة للتعدي على قواعد المنافسة ما يفسر تدخل المشرع الجزائري بإلزام كل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي في إطار قانون المنافسة والصفقات العمومية باحترام قواعد المنافسة عند إبرامها وفق مفاهيم معينة، والتي من شأنها حماية المنافسة داخل سوق الطلبات العمومية من السلوكات المنافية للمنافسة التي قد تصدر عن طرفي الصفقة، باعتبارها تمس بالنظام العام الاقتصادي.

ومن أجل ذلك كانت هناك علاقة وطيدة بين قانون المنافسة والصفقات العمومية، تتركز أساسا في وجوب خضوع هذه الأخيرة للقواعد القانونية بحماية المنافسة ووجوب احترام ضوابطها وإطارها العام⁽¹⁾، مما يفرض على المتعاملين الاقتصاديين للاستفادة من مبدأ المنافسة، وبغرض حمايته وتشجيعها بينهم لنيل الصفقات العمومية، الالتزام بعدم القيام بسلوكات منافية للمنافسة (المبحث الأول)، كما يفرض على المصلحة المتعاقدة الالتزام بقواعد المنافسة، وعدم القيام بإجراءات مخالفة لما ينص عليه القانون، أو القيام بأي تصرف من شأنه إهدار المال العام، لذا كان علينا التعرض لأهم هذه الالتزامات التي تقع على أطراف الصفقة العمومية، وما تشكله من مخالفات عن الإخلال والتجاوزات للالتزامات، فيما يشكل مخالفة لأحكام قانون المنافسة⁽²⁾، وما يدخل في باب التجريم وفق نصوص المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽³⁾، بالإحالة على قانون 01/06 المتعلق مكافحة الفساد والوقاية منه، كما تلتزم المصلحة المتعاقدة أيضا بالامتناع عن منح الصفقة العمومية لصالح مرتكبي إحدى الممارسات المقيدة للمنافسة، والكشف عنها (المبحث الثاني).

(1) زيدان عبد النور، «الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية»، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد الخامس، العدد 01، أبريل 2018، ص 197.

(2) قانون المنافسة يسمح بحماية المال العام، وضمان نجاعة الطلبات العمومية، لكن الغرض منه ليس مراقبة الإدارة، بل أن الهدف من إخضاع الصفقات العمومية لأحكامه، هو حماية الإدارة ذاتها من المتعاملين معها، الذين قد يلجئون للتوافق، والتواطؤ، للإخلال بقواعد منح الصفقات العمومية.

(3) يهدف قانون الصفقات العمومية إلى حماية المال العام، وضمان نجاعة الطلبات العمومية، ويتحقق ذلك عن طريق حماية الأعوان الاقتصاديين (المؤسسات) من الفساد الإداري، الذي ينجم عنه تعسف الإدارة والمعاملة التمييزية ضدهم، بالاستناد في ذلك للقواعد الموضوعية للمنافسة.

المبحث الأول

التزام المتعاملين الاقتصاديين بعدم القيام بممارسات منافية للمنافسة

حرصت أغلبية التشريعات التي تنتهج اقتصاد السوق على وضع قواعد موضوعية بموجب قانون المنافسة تتضمن مختلف أشكال حظر السلوكات المنافسة للمنافسة⁽¹⁾، باعتبارها تصرفات تمس بالنظام العام الاقتصادي، وكان التشريع الجزائري من بين التشريعات التي نظمتها ضمن الفصل الثاني الموسوم بالممارسات المقيدة للمنافسة.

تجدر الإشارة إلى أن في ظل الأمر رقم 95-06 (ملغى)، تشمل فكرة الممارسات المنافسة للمنافسة (الاتفاقات المحظورة، التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق، البيع بسعر أقل من سعر التكلفة الحقيقي، عمليات تجميع المؤسسات بدون ترخيص)، أما في ظل الأمر رقم 03-03، المعدل والمتمم، يميز المشرع بين نوعين من الممارسات المخلة بالمنافسة الحرة، الممارسات المقيدة للمنافسة وتشمل (الاتفاقات المحظورة، التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة، الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية، عرض أسعار منخفضة بشكل تعسفي)، وعمليات تجميع المؤسسات بدون ترخيص.

تتدرج ضمن الممارسات المنافسة للمنافسة⁽²⁾، الممارسات المقيدة للمنافسة⁽³⁾، بالإضافة إلى التجميع الاقتصادي بدون ترخيص، إن جل الدراسات المتطرفة لهذا الموضوع تستعمل المصطلحين في نفس المستوى، الأمر الذي يدفعنا إلى تفضيل استعمال مصطلح "الممارسات المنافسة للمنافسة"، باعتبار المصطلح الأدق والشامل، لأنه يتضمن كل من التقييد، والعرقلة والحد،

(1) تم حظر الاتفاقات الغير مشروعة بموجب المادة 7 من الأمر رقم 86-1243 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، وتنظم أحكامها حاليا ضمن قانون التجاري الفرنسي في المواد من L442-1 إلى L 442-8 .

(2) تعرف الممارسات المنافسة للمنافسة بأنها سلوكات أو تصرفات تقوم بها المؤسسة أو مؤسسات تجاه مؤسسة أو مؤسسات أخرى تعبر عن رغبتها الطبيعية في الحفاظ على المركز الذي تشغله في السوق، المؤدي إلى التأثير على الأخير. أنظر في ذلك:

MAINGUY Daniel & DEPINCE Malo, Droit de la Concurrence, 2^{ème} éd, LexisNexis, France, 2015, p. 263.

(3) تعرف الممارسات المقيدة للمنافسة بأنها " تلك السلوكيات القائمة كمخالفات جزائية أو تمثل فقط خطأ مدنيا، يفترض بشكل قاطع أنها تقيد المنافسة، وعليه تعد محظورة بغض النظر على أثرها الفعلي في السوق " . أنظر في ذلك:

GUINCHARD Serge et al, Lexique des termes juridiques, 26^{ème} éd, Dalloz, France, 2018, p818.

وإن كان المشرع الجزائري استعمل مصطلح الممارسات المقيدة للمنافسة، إلى أن هذه الأخيرة تشمل التقييد فقط، ولا تتعدى إلى العرقلة والحد للمنافسة.

بالرجوع إلى نص المادة 14 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم فنجدها تنص على أنه "تعتبر الممارسات المنصوص عليها في المواد 6-7-10-11-12 أعلاه ممارسات مقيدة للمنافسة".

يتضح جليا من نص المادة أن المشرع الجزائري قد اقتدى بالمشرع الفرنسي من حيث تعداده للممارسات المقيدة للمنافسة⁽¹⁾، والمتمثلة في الاتفاقات المحظورة، التعسف في وضعية الهيمنة، التعسف في استغلال التبعية الاقتصادية، والبيع بأسعار منخفضة تعسفا، عدا ممارسة العقود الإستثنائية التي استفرد بها المشرع الجزائري، رغم أن المعايير الدولية وعددا معتبرا من التشريعات المقارنة المتعلقة بالمنافسة تعتمد ممارستين فقط، وتعتبران دليلا ومرجعا معياريا للتشريعات لتحديد الممارسات المنافية للمنافسة، وهما الاتفاقات التقييدية، وإساءة استعمال مركز قوة سوقية مهيمن⁽²⁾، وتعتبر هاتين الأخيرتين من أكثر الممارسات أهمية وانتشارا في مجال الصفقات العمومية.

تلجأ المؤسسات المتنافسة إلى اتفاقات مقيدة للمنافسة في سوق الطلبات العمومية من أجل نيل الصفقة (المطلب الأول)، كما قد تشكل قوة المؤسسات الاقتصادية تأثيرا على المنافسة في سوق الطلبات العمومية، من خلال وضعية الهيمنة على السوق، أو من خلال العروض التي تقدم في شكل تجميع اقتصادي، بدون الحصول على ترخيص، والتي قد تشكل أضرار في السوق (المطلب الثاني)، وهي الصور التي أشارت إليها نصوص قانون الصفقات العمومية.

(1) les articles : L420-1 (Les ententes) ; L420-2 (Abus de domination/dépendance) ; L420-5 (Prix abusivement bas). du code de commerce, op, cit, www.legifrance.gouv.fr.

(2) يعود الفضل إلى قانون شارمان الأمريكي (SHERMAN ACT) (1980) في إيجاد هذا التقسيم المعياري للممارسات المقيدة للمنافسة. See §§ 1-2 of The Sherman Antitrust Act of 1890, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1-7. في ذلك: مخزومي محمد الحبيب، «إشكالية المصطلح في قانون المنافسة الجزائري ممارسات مقيدة أو منافية للمنافسة؟» مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، مجلد 13، عدد 4، جويلية 2021، ص 694.

المطلب الأول

التزام المتعاملين الاقتصاديين بعدم القيام باتفاقات مقيدة للمنافسة

حظر المشرع الجزائري الاتفاقات المقيدة للمنافسة ومعاقبة مرتكبيها⁽¹⁾، فنص عليها منذ صدور أول نص قانوني يهدف إلى حماية السوق، فتطرق إليها بموجب قانون الأسعار لسنة 1989 الذي نص على حظر الاتفاقيات الصريحة والضمنية⁽²⁾، التي تؤدي إلى عرقلة السوق، وبعد ذلك نصت قوانين المنافسة في كل من القانون 95-06⁽³⁾، والأمر 03-03 على المخالفة نفسها ولكن بصيغة جديدة، لينتقل بذلك الحظر إلى الاتفاقات التي تصدر عن المتعاملين الاقتصاديين في مجال الطلبات العمومية، لاسيما وأن تنظيم المنافسة وفق الضوابط المنصوص عليها بالنظام القانوني للصفقات العمومية لا تعتبر الوسيلة المثلى لمنعها، وبما أن الاتفاق في الأصل ليس بالتصرف المحظور بموجب قانون المنافسة إلا بتوفر شروط حظرها، وهذا يقتضي بيان مدى قيام هذه الاتفاقات وإعماله في مجال الصفقات العمومية⁽⁴⁾ (الفرع الأول)، والتطرق إلى تحديد أشكالها حسب أحكام قانون المنافسة وفقا ما قد يشملها في مجال الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

(1) شددت التشريعات المقارنة على حظر الاتفاقات منذ بدايات سنها لقوانين المنافسة كالتشريع الأمريكي، الألماني، الفرنسي. وعلى ذات النسق سار المشرع الجزائري على حظرها، فكانت موضوع تجريم قانون العقوبات المعدل سنة 1990 واعتبرها من قبيل المضاربة الغير مشروعة بموجب المادة 172 منه التي تنص على أنه "يرتكب جريمة المضاربة غير المشروعة ويعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 دج إلى 1000000.00 دج كل من أحدث بطريق مباشر أو غير مباشر أو عن طريق وسيط رفعا أو خفضا مصطنعا في أسعار السلع أو البضائع أو الأوراق المالية أو الخاصة أو شرع في ذلك:

- بترويج أخبار أو أنباء كاذبة أو مغرصة عمدا بين الجمهور.

- أو بطريق عروض في السوق بغرض إحداث اضطراب في الأسعار.

(2) تنص المادة 26 من القانون 89-12 المتعلق بالأسعار، على أنه "تعتبر لا شرعية ويعاقب عليها طبقا لأحكام هذا القانون الممارسات والعمليات المدبرة والمعاهدات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية التي ترمي إلى: ..."

(3) تضمن القانون 95-06 أحكاما تتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة، حيث شكلت الاتفاقات المنافية للمنافسة محور هذه الممارسات، حيث تنص المادة 06 منه على أنه "تمنع الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة أو الحد أو الإخلال بحرية المنافسة في سوق ما...".

(4) رقراقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 105

الفرع الأول

شروط حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية

حظر المشرع الجزائري كل الاتفاقات التي ترتبط أساسا بالأهداف الاقتصادية للدولة حيث نجد دول تعتمد على مبدأ الحظر المطلق⁽¹⁾، ودول أخرى تعتمد على مبدأ الحظر النسبي⁽²⁾، وهذا الأخير يقوم على توفر مجموعة من الشروط، وهي تتطابق إرادات أكثر من مؤسسة (أولاً)، وأن يهدف إلى عرقلة حرية المنافسة (ثانياً).

أولاً: وجود اتفاق

يعرف الاتفاق حسب المادة 54 من القانون المدني على أنه اتفاق إرادتين تهدف إلى إحداث آثار قانونية، وبهذا المعنى لا يخرج عن مفهوم الاتفاق في قانون المنافسة، فهو إنشاء تحالف بين مؤسستين أو أكثر متنافستين في السوق من خلال الاتصالات التي يقوم بها المتنافسون بهدف التأثير على سلوكيات بعضهم أو تلك التي يصرحون بها من خلالها بالسلوك الذي يعتزمون اعتماده في السوق⁽³⁾، ويعتبر الاتفاق قائماً بمجرد تبادل الإيجاب والقبول ولا يهم عدا ذلك شكل الاتفاق فقد يكون صريحاً أو ضمناً، مكتوباً، أو شفويًا، أو اتفاق حقيقي أو عبارة عن عمل مدير أو ترتيبات أو تفاهات حول عرقلة المنافسة، كما لا يشترط للقول بوجود اتفاق نشوء التزامات متبادلة بالمفهوم القانوني⁽⁴⁾، بل أن مجرد تفاهات، أو تعاون بسيط، وتبادل للمعلومات، يمكن أن يترتب عنها تقييد للمنافسة يدخل في نطاق الفعل الممنوع⁽⁵⁾.

(1) نجد أن بعض الأنظمة التي تأخذ بالحظر المطلق القانون المصري والذي فضل أن يسلك مسلكاً مغايراً، تخرج بموجبه المصالح التي تشرف عليها مباشرة (عن طريق الاستغلال المباشر لهذه المرافق) أو غير مباشرة (وذلك بتفويض هذه المرافق لمصالح خاصة) من نطاق الخضوع لأحكام قانون المنافسة. أنظر في ذلك: تيورسي محمد، إشكالية التكامل أو التصادم بين قواعد المنافسة والصفقات العمومية، حالة الجزائر، ص 13 على الموقع <https://mecs.com/ar> أطلع عليها: يوم 18 مارس 2021.

(2) من بين الأنظمة التي تأخذ بالحظر النسبي القانون الفرنسي، والقانون الجزائري، وهذا الأخير متأثراً بموقف المشرع الفرنسي.

(3) كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة... مرجع سابق، ص 90.

(4) مزناد حنان، «الآثار القانونية المترتبة عن خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، المجلد 12، العدد 01 (ع. خ)، 2021، ص 67.

(5) بوسعيد ماجدة، «الاتفاقات المحظورة المقيدة لمبدأ حرية المنافسة»، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، مجلد 1، عدد 3، 2018، ص 90-91.

يختلف الاتفاق عن الممارسة المدبرة، إذ تعتبر هذه الأخيرة اتفاقاً ضمناً تتبع من خلاله المؤسسات المعنية سلوكاً متناسقاً في السوق دون وجود أي رابطة قانونية فيما بينها بهدف عرقلة المنافسة، ومن هنا يتجلى الفرق بين الاتفاق الذي يركز أساساً على النقاء الإرادات، والممارسة المدبرة التي تركز على السلوك في حد ذاته، ولكن هذا لا يعني غياب عنصر الإرادة في الممارسة المدبرة، غير أنه يظهر كعنصر خفي لا يمكن اكتشافه، إلا من خلال السلوك في حد ذاته⁽¹⁾.

ولكي يكون الاتفاق صحيحاً ومرتباً لأثاره القانونية، يجب أن يتم بين أكثر من مؤسستين، وأن تكون حرية في التعبير عن الإرادة فيما بينهم، فالتكييف القانوني للاتفاق يستدعي توفر هذه الخصائص:

1- اتفاق مؤسستين أو أكثر

تعتبر الاتفاقات ظاهرة جماعية حيث تفرض تعدد المساهمين فيها فلا يمكن تصور اتفاق مقيد للمنافسة إن لم يكن هناك تعدد الأطراف، وعليه يخرج عن نطاق تطبيق الاتفاق التصرف المحظور الصادر عن الإرادة المنفردة باعتباره ينفي التكييف القانوني للاتفاق⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس فالاتفاق المحظور سلوك جماعي منافي للمنافسة ترتكبه مؤسسات عديدة تمارس نشاطاً اقتصادياً معيناً وبصفة مستقلة، ضد منافسيها من أجل الحد من الدخول إلى السوق، أو تقييد ممارسة النشاط التجاري فيه والقضاء على المنافسين، سواء تعلق الأمر بأشخاص طبيعية أو معنوية، إلا أنه إذا تعلق الأمر بشخص معنوي، فيشترط في هذه الحالة تمتعه باستقلالية قانونية واقتصادية تامة⁽³⁾.

(1) لاكمي نادية، «شروط حظر الممارسات والأعمال المدبرة في قانون المنافسة دراسة مقارنة»، مجلة الفقه والقانون، العدد الخامس عشر، يناير 2014، ص 231.

(2) MENDOZA-CAMINADE Alexandra, Droit de la distribution, Montchrestien, Paris, 2011, p 22.

(3) يعقوب حدة، خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، المؤتمر العلمي الوطني، قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة البلدية 2 علي لونيبي 23 و 24 ماي 2017، ص 542.

يحظر الاتفاق المنافي للمنافسة الصادر عن المؤسسة إذا تقرر بمحض إرادتها ودون أي ضغوطات على إبرام الاتفاق المحظور، وبهذا المفهوم لا يمكن اعتبار المؤسسة متواطئة إذا كانت مكرهة على إبرام الاتفاق بسبب استغلال الطرف الآخر لوضعيتها الحرجة، إذ لا يكون لها خيار آخر وإلا فقدت وضعيتها التجارية، وبهذا ينتفي الاتفاق المقيد للمنافسة إذا لم تكن هناك حرية في التعبير عن الإرادة⁽¹⁾، ومشوية بأحد عيوب الإرادة كالإكراه، الذي يعتبر سببا للإعفاء من المسؤولية والتهرب من العقاب، لهذا السبب تقوم سلطات الضبط الاقتصادي في السوق بتضييق التقييد في هذا المجال، فيجب أن تكون المخالفة قد ارتكبت لتجنب خطر مباشر وحقيقي يهدد المؤسسة المعنية ويكون غير ممكن دفعه بالطرق المشروعة⁽²⁾.

إلا أن اتجاه آخر يرى عكس ذلك، إذ أن الاتفاق المرتبط بعيب الإكراه في القانون المدني يختلف عن الاتفاق المرتبط بالإكراه في قانون المنافسة، فإذا كان الرضا المعيب لا يشكل التزاما في القانون المدني، وهذا المعنى لا يأخذ به في قانون المنافسة⁽³⁾، وبالتالي لا تلعب عيوب الإرادة في قانون المنافسة نفس الدور الذي تلعبه في القانون المدني، وقد يكون السبب الرئيسي في ذلك هو الهدف المنشود من قبل قانون المنافسة والمتمثل في السير الحسن للمنافسة في السوق وتحقيق المصلحة العامة⁽⁴⁾، وهذا الرأي فيه جانب من الصواب، وإن كانت السلطة التقديرية في ذلك تعود للقاضي المختص في ذلك الذي يوازن بين المصلحة العامة والنظام العام الاقتصادي.

(1) GUEDJ Alain, Pratique du droit de la concurrence national et communautaire, 2^{ème} édition, Litec, Paris, 2006, p 31.

(2) DECOCQ André et DECOCQ Georges, Droit de la concurrence interne et communautaire, 2^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2004, p.290

(3) قد يكون العقد باطلا في القانون المدني بسبب وجود هذا العيب، بينما يعتبر قائما في قانون المنافسة وأكدت عليه اللجنة الأوروبية أنه لا يشترط أن يكون العقد إلزاميا، وصحيفا لاعتباره اتفاقا حسب مفهوم المادة 101 من قانون الإتحاد الأوروبي حاليا (المادة 81 المادة 85 من معاهدة روما).

(4) لاكلي نادية، شروط حظر الممارسات والأعمال المدبرة في قانون المنافسة دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري، الفرنسي والأوروبي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012/2011، ص 16.

ثانيا: المساس بالمنافسة

تنص المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدلة بموجب القانون 08-12¹ تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقات والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لاسيما عندما ترمي إلى...².

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى إعطاء مفهوم الاتفاق المحظور وإنما اكتفى بتحديد شروطه حيث جاءت صياغة النص في شكل حظر عام تشمل الأعمال المدبرة والاتفاقات الصريحة أو الضمنية، والتفيد بمضمون نص المادة لتحديد الاتفاقات المحظورة لكونها مقيدة للمنافسة، أمرا لا يعد هينا نظرا للعبارات العامة التي صيغت بها خاصة وإن كان المشرع اعتبر أن المساس بالمنافسة عنصرا منشئا مهما لحظر الاتفاقات، حيث استعمل مصطلح يمكن أن يهدف، فيكون الاتفاق محظورا إذا كانت نية عرقلة المنافسة والإخلال بها، ولكن عند النظر في صياغة المادة 06 باللغة الفرنسية، فهي تنص على الغرض "l'objet" أو الأثر "l'effet" المنافي للمنافسة⁽¹⁾.

ولهذا نرى ضرورة إعادة النظر في الصياغة باللغة العربية للمادة 6 على أن تنص تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما يكون هدفها، أو من شأن الأثر المترتب عليها عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، فصياغة المادة تجعل الجمع غير ضروري لأجل اعتبار الاتفاق غير مشروع، مادام أنها استعملت حرف "أو" الذي يفيد التخيير، وعليه حتى تقع الاتفاقات تحت طائلة الحظر يجب أن يكون الغرض منها أو يمكن أن يترتب عليها عرقلة للمنافسة.

(1) استعمل النص باللغة الفرنسية العبارات نفسها التي استعملها المشرع الفرنسي بموجب المادة 1-420 L من القانون التجاري وهما الغرض أي موضوع الاتفاق المقيد للمنافسة أو الأثر المقيد للمنافسة، وتأثر المشرع الجزائري بالتشريع الفرنسي في مجال المنافسة، في النص باللغة الفرنسية أخضع مجال الحظر إلى الغرض من الاتفاق أو أثره، أما باللغة العربية أخضعه فقط إلى غرض الاتفاق، فلم ينص على مصطلح الموضوع أو الأثر المنافي للمنافسة، بل جمع بين المصطلحين من خلال عبارة³ تهدف أو يمكن أن تهدف⁴، ولعل المقصود هو النص باللغة الفرنسية، وأن الترجمة إلى العربية هي الخاطئة.

1- الغرض أو الموضوع منافي للمنافسة:

تكون الاتفاقات منافية للمنافسة عندما يكون موضوعها جسيما، بحيث يتم حظرها دون النظر إلى الآثار التي يمكن أن تترتب عنها⁽¹⁾، حيث يكفي مجرد انصراف نية الأطراف إلى تقييد المنافسة الحرة دون ضرورة تحقيق الأهداف الغير مشروعة المناهضة للمنافسة⁽²⁾، كقيام بإبرام عقد يتضمن شروطا مقيدة للمنافسة يكون هدفا للاتفاق ولو لم يصل أطرافه إلى تحقيق هذا الهدف بالفعل⁽³⁾، وبهذا يكون قد منعت الممارسات والأعمال المدبرة الصادرة بنية عرقلة المنافسة وغالبا ما يتم افتراض هذه النية انطلاقا من وجود مؤشرات قوية تظهر من خلال العناصر المستنتجة من الممارسة المتنازع بشأنها، وفي هذه الحالة لا يرجع إلى نية الأطراف من أجل تقدير هذا الهدف، بل تعاقب السلوكات التي يؤدي تنفيذها إلى تقييد المنافسة، أي أنها تهتم بالسلوك في حد ذاته دون النوايا، وهو ما أكدته لجنة المجموعة الأوروبية حيث اعتبرت أنه "لا ينتج تحديد موضوع الممارسة عن الأفكار الشخصية للأطراف المتعاقدة حول الهدف المتبع عن نواياهم أو دوافعهم، ولكن عن الظروف الموضوعية"⁽⁴⁾.

تبنى مجلس المنافسة الفرنسي نفس الموقف وأكد على ضرورة عدم الخلط بين نية الإضرار بالمنافسة ونية التواطؤ لأن هذه الأخيرة تساهم في إثبات تطابق الإيرادات لإثبات المساس بالمنافسة، في حين لا يأخذ بنية الأطراف لإثبات ذلك، وبالتالي لا يرتبط إثبات المساس بالمنافسة بنية الأطراف بل بتوافر الموضوع رغم غياب الرغبة في الإخلال بالمنافسة⁽⁵⁾.

اتجه القضاء ومجلس المنافسة الفرنسيين إلى اعتبار بعض الاتفاقات في إطار الصفقات العمومية محظورة بحسب موضوعها، من بينها اتفاقات من قبيل عروض التغطية وتبادل

(1) مهم أبو بكر، «المساس بالمنافسة داخل السوق، دراسة في المادة 6 من القانون رقم 12-104 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة»، مجلة القضاء التجاري العدد 12/11 السنة السادسة شتاء خريف، 2018، ص 86.

(2) CHARTIER Yves, Droit des affaires: l'entreprise commerciale, 4^{ème} édition, Presse Universitaire de Paris, Avril 1993, p646 et 647.

(3) PEDAMON Michel, droit commercial, commerçant et fond de commerce, concurrence et contrat du commerce, 2^{ème} édition, DALLOZ, PARIS, 2000, p240.

(4) لاكلبي نادية، شروط حظر الممارسات...، مرجع سابق، ص 64.

(5) مرجع نفسه، ص 64.

المعلومات، واتفاقات اقتسام الأسواق وكذا الاتفاقات حول الأسعار... الخ⁽¹⁾، فيعتبر محلها منافي للمنافسة بحسب طبيعتها⁽²⁾.

يتضمن المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية خط مقارب لتوجهات الإنتاج الاقتصادي في أطر دعم قواعد المنافسة وتنمية الكفاءة التنافسية للمؤسسات الاقتصادية الوطنية، وأكد القانون 23-12 المتعلق بالصفقات العمومية الجديد هذا الموقف، وضمن هذا الإطار فإن الاتفاقات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، تتناسب على نحو تقليدي يرمي إلى تقاسم الأسواق مما يوقع المصلحة المتعاقدة في الغلط بين المتعاملين الاقتصاديين الذين تقدموا بعروضهم نظرا لكونها لا تعبر عن مستويات المنافسة الفعلية⁽³⁾.

إن تجريم التصرف في مجال الصفقات العمومية لا يتم عند حدوث الآثار المترتبة على الاتفاق فقط وإنما يتم كذلك بمجرد قيام الاتفاق ذاته عن طريق صياغة قانونية كقيام الأطراف بإبرام عقد يتضمن شروط مقيدة للمنافسة يلتزمون بها في التعامل، وعليه يجرم الاتفاق الذي يسعى وراء تقييد المنافسة، ولو لم يصل أطرافه إلى تحقيق هذا الهدف⁽⁴⁾.

يظهر من خلال ما سبق طرحه أن المشرع يأخذ بعين الاعتبار التهديد بالضرر الذي ينتج عن ممارسة يكون غرضها منافي للمنافسة، وهذا ما يترجم الهدف الوقائي الذي يسعى إليه من وراء ذلك⁽⁵⁾، حيث يكون للهيئات المختصة بتطبيق قانون المنافسة الفرصة لأن تتدخل بشكل مسبق قبل حصول الضرر إلا أن غياب الضرر الفعلي للاتفاق، يمكن أن يكون عنصر تقديم مهم على مستوى العقوبة بحيث يمكن في هذه الحالة تخفيف قدر العقوبة المقررة قانونا⁽⁶⁾.

(1) BOUTARD-LABARDE Marie Chantal et CANIVET Guy, CLAUDEL Emmanuel, VALERIE Michel, AMSELLEM Vialens Jérémie, l'application en France du droit des pratiques anti-concurrentielles, LGDJ, Paris 2008, p 97.

(2) ARCELIN Iécuyer Linda, droit de la concurrence-les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen, 2^{ème} édition, presse universitaire de rennes, 2013, p 106.

(3) ديب محمد، مدى خضوع الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 167.

(4) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص ص 72، 75.

(5) ZOUAIMIA Rachid, le droit de la concurrence, op.cit, p 78.

(6) مهم أبو بكر، «المساس بالمنافسة داخل السوق، دراسة في المادة 6...»، مرجع سابق، ص 87.

2- الأثر المنافي للمنافسة:

يقصد بأثر الاتفاق كل من الأثر المحقق والمحتمل، فتأثير الاتفاق سلبا على المنافسة بمنعها أو بالحد منها أو بالإخلال بقواعدها قد يكون متوقعا ومحتملا فقط، ويعاقب عليه حتى ولو لم تكن غاية أو غرض المساهمين فيه هي عرقلة المنافسة⁽¹⁾، خاصة أن المشرع قد استعمل عبارة "يمكن أن تهدف" بالتالي فإن النص لا يربط الحظر بشرط تحقق المساس الفعلي بالمنافسة، فمادية الأثر المنافي للمنافسة ليس شرطا ضروريا لتطبيق مقتضيات قانون المنافسة على الاتفاق، وإن كان المشرع منعها بقصد تمكين مجلس المنافسة من التدخل للوقاية منها قبل تنفيذها، لكن هذا يمثل هاجسا للفعالية الاقتصادية التي يسعى قانون المنافسة لتحقيقها، لأن البحث عن تحقيق منافسة فعالة يؤدي بنا إلى القول أنه لا يجب معاقبة كل أشكال الاتفاقات، بل يجب فقط معاقبة الاتفاقات التي تهدد بصفة فعلية وجادة لعبة المنافسة الحرة في سوق معينة، أي تلك التي لها أثر محسوس في السوق⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس وحتى يدخل الاتفاق في دائرة الحظر المنصوص عليه في المادة 06 أعلاه لا بد من وجود علاقة سببية بين الاتفاق المحظور والإخلال بالمنافسة، حيث يجب أن يكون الضرر الذي لحق بالمنافسة ناتج عن الاتفاق المبرم بين الأطراف المتواطئة، ووجود العلاقة السببية بين الاتفاق وتقييد المنافسة يفرض على مجلس المنافسة إجراء دراسة معمقة للاتفاق، كما أن عنصر الإثبات يلعب دورا كبيرا للتأكد من وجود العلاقة السببية من عدمها⁽³⁾، وتكييف الممارسة من خلال موضوعها المنافي للمنافسة من شأنه إعفاء من التحليل والدراسة بخصوص الآثار المترتبة⁽⁴⁾، أما الاتفاقات التي يكون لها أثر منافي للمنافسة فعلى مجلس المنافسة الوقوف على الموضوع المنافي للمنافسة والبحث عن الآثار التي تحققت فعلا في السوق أو من الوارد جدا

(1) مهم أبو بكر، «المساس بالمنافسة داخل السوق، دراسة في المادة 6...»، مرجع سابق، ص 88.

(2) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة..، مرجع سابق، ص 45.

(3) جراي يمينية، ضبط السوق على ضوء قانون المنافسة، مذكرة ماجستير في القانون، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2007، ص 80.

(4) EMMANUEL Reille, GILDAS de Muizon, «Objet ou effet anticoncurrentiel», Revue Lamy de la concurrence, n°42, Janvier-Mars 2015, p108.

أن تتحقق⁽¹⁾، إذ نجد أن إثبات المخالفة يتم في معظم الحالات عن طريق إثبات آثار مقيدة أو مانعة للمنافسة.

رغم أهمية إثبات الآثار المقيدة للمنافسة والذي يعد كافيا في حد ذاته لاعتبار الاتفاق محظورا تظل النية التي تستشف منه ذات أهمية جوهرية لإثبات وجود الاتفاقات غير المشروعة في حالة عدم كفاية الآثار⁽²⁾، وإن كان يجب لمعاقبها أن تصل تلك الآثار إلى مستوى محسوس، حتى لا يتم الحد من حرية الفاعلين الاقتصاديين في ممارسة نشاطهم الاقتصادي دون سبب⁽³⁾.

وتفصيلا في هذه النقطة، فإنه إذا كان الإجماع حاصل حول عدم مشروعية الاتفاق عندما يؤدي إلى المساس بقواعد المنافسة فإن نصوص قانون المنافسة لم تحدد درجة هذا الإخلال حتى يعتبر الاتفاق محظورا يستوجب العقوبة الأمر الذي يجعل السلطة المختصة تتردد في تقدير وجوده من عدمه، وفي هذا الشأن قد قرر الاجتهاد الفرنسي رفض تطبيق المادة السابعة 07 من قانون المنافسة الفرنسي، في نزاع يتعلق باتفاق رأت بأنه لا يتضمن سوى تأثيرا محدودا على المنافسة في السوق المعني⁽⁴⁾، فالاتفاقات التي تهدد المنافسة الحرة والتي لها تأثير خطير على المنافسة في سوق معينة هي المعنية بالحظر، وبالتالي تبدو معاقبة بعض الاتفاقات دون أي أثر ودون جدوى، وهي تلك التي ليس لها أهمية أو أن أهميتها ضعيفة⁽⁵⁾.

ومن خلال ما سبق نتوصل أن المشرع الجزائري حظر الاتفاقات المبرمة بين المؤسسات المتنافسة في السوق المعني عامة وفي مجال الصفقات العمومية خاصة ومرجعها إما أن موضوع الاتفاق في حد ذاته غير مشروع أو الآثار التي تنتج عنها تقيد المنافسة⁽⁶⁾، ولكن ليس من

(1) BOUTARD-LABARDE Marie Chantal et CANIVET Guy, CLAUDEL Emmanuel, VALERIE Michel, AMSELLEM Vialens Jérémie, op.cit, p99 .

(2) حسن ذكي لينا، الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة طوان، 2004، ص 105.

(3) مهم أبو بكر، «المساس بالمنافسة داخل السوق، دراسة في المادة 6...»، مرجع سابق، ص 89.

(4) JACQUE Mestre, EMANUEL Putman DOMINIQUE Vidal, Grands arrêts du droit des affaires, Dalloz, paris 1995, p324.

(5) جلال مسعد، مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002، ص 69.

(6) بن حملة سامي، قانون المنافسة، مرجع سابق، ص 60.

الضروري أن يرتب أثاره على أرض الواقع وإنما يكفي أن يكون الهدف منه الإخلال بالمنافسة في السوق⁽¹⁾، والتي تخل بقاعدة العرض والطلب، مما يؤكد على صرامة المشرع في التصدي لهذه الممارسات التي وإن لم تحقق غرضها في الواقع ولكنها أخلت بعامل الثقة والتوازن في السوق، مما يؤدي للإخلال بمخططات التنمية الاقتصادية⁽²⁾.

الفرع الثاني

صور الاتفاقات المقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية

يمتد مفهوم الاتفاقات عامة في كافة التشريعات ليشمل الاتفاقات التي تتم في شكل بنية قانونية كالعقد، والاتفاقات الغير قانونية التي تتمثل في مجرد تنسيق مشترك في السلوك بين المؤسسات كالعامل المدبر أو التواطؤ، وهي الصورة الشائعة في الصفقات العمومية، فكل اتفاق في قانون المنافسة يتضمن مفهوم التواطؤ ليس بشكل مطلق، وإنما إلى حد كبير⁽³⁾، فحظر الاتفاقيات المقيدة للمنافسة ضمن أحكام الأمر 03-03 لا يتطلب وجود اتفاقية حقيقية بمفهوم القانون المدني، وإنما يكفي الانضمام الواعي لإقامة نظام موحد للسلوك في سوق معين بمعنى الحرية التامة والإرادة المستقلة الخالية من كل وجه من أوجه الإكراه، وبهذا يعتبر محظورا قانونا كل تنسيق في السلوك بين المؤسسات سواء كان الاتفاق ضمنيا أو صريحا إذا كان محله أو كانت الآثار المترتبة عليه من شأنها أن تخل أو تقيد أو تمنع المنافسة⁽⁴⁾.

يعتبر العمل المدبر من أخطر صور الاتفاقات المقيدة للمنافسة إذ تقوم بمجرد الاتصالات بين المتنافسون بهدف التأثير على سلوكيات بعضهم أو تلك التي يصرحون من خلالها بالسلوك الذي يعتزمون اعتماده في السوق⁽⁵⁾، متمثلة في تناسق أو تناغم السلوك بين المشروعات دون أن يتم ذلك في أي قالب قانوني، وهي الصورة الشائعة في قطاع الأسواق العمومية، التي تتجسد من خلال تقديم عروض تواطئية منافية للمنافسة وبتواطؤ غير علني بين مؤسسات، وهذا يتعارض مع

(1) ZOUAIMIA Rachid, Le droit de la concurrence, op.cit, p 78.

(2) يعقوب حدة، مرجع سابق، ص 542.

(3) ديب محمد، «مصادقية عروض الصفقات العمومية على ضوء الاتفاقات»، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار تليجي الأغواط، المجلد الثاني، العدد الرابع، سبتمبر 2018، ص 395.

(4) LAURENCE Nicolas -Vullierme, Droit de la concurrence, 2^{ème} édition, Vuibert, 2011, p 168.

(5) كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 90.

الغرض المنشود من الدعوة إلى المنافسة التي تقوم على شراء سلع أو خدمات بأحسن الأسعار والشروط⁽¹⁾، وتتخذ العروض التواطئية في الصفقات العمومية أشكال مختلفة، لذا يقتضي منا الأمر دراسة أمثلة عن هذه الصور التي يمكن أن تخالف أحكام قانون المنافسة.

أولاً: اتفاقات تحديد الأسعار

يخضع تحديد الأسعار في نظام اقتصاد السوق لقانون العرض والطلب، ومبدأ حرية الأسعار يعتبر شكل من أشكال حرية المنافسة⁽²⁾.

يعد اتفاق تحديد السعر بمثابة المحور الأساسي الذي تدور من حوله الاتفاقات الأفقية التي تقع بين المتعاملين الاقتصاديين بغية تقييد المنافسة أو تفاديها، لذا كان بديها التركيز على أهم أنواع الاتفاقات الأفقية المناهضة للمنافسة الحرة، وتطرق أغلب التشريعات المقارنة المتعلقة بالمنافسة إلى حظر اتفاق تحديد الأسعار سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 6 من الأمر رقم 03-03 بحيث يمنع كل ممارسة ترمي إلى عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها.

لم يتطرق المشرع إلى تعريف اتفاق تحديد الأسعار، حيث تركت مسألة التعريف للقضاء لكون التعريف يتطور بتطور النشاط الملحوظ، واستناداً إلى ذلك فقد عرف القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية "بأنه كل اتفاق يكون غرضه أو أثره رفع أو تحديد أو تقييد أو تثبيت أسعار المنتجات"

يتضح من خلال هذا التعريف أنه تقوم مسؤولية المتعاملين الإقتصاديين في تحديد الأسعار في السوق إذا كان غرضها أو أثرها يقيدها، كما يلاحظ أن القضاء لم يركز على رفع الأسعار فقط بل يهدف أيضاً إلى تثبيتها ولو كان السعر معقولاً، على اعتبار أن تحديد معقولة السعر تترك لقاعدة العرض والطلب وليس للمتعاملين الإقتصاديين⁽³⁾.

(1) معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 162.

(2) MENOUEUR Mustapha, Droit de la concurrence, Berti éditions, Alger, 2013, p. 122.

(3) معين فندي الشناق، مرجع سابق، ص 137.

يعتبر تحديد السعر في سوق الطلبات العمومية ذو أهمية بالغة باعتباره المعيار الذي ترسوا عليه الصفقة العمومية، مما أصبح أداة لارتكاب مخالفات أحكام قانون المنافسة، وتعد أكثر الصور استخداما في الصفقات العمومية، حيث تقوم المؤسسات المفترض تنافسها بالاتفاق سرا على زيادة أسعار السلع والخدمات، ويتفق المتنافسين مع صاحب العرض الفائز بالصفقة بشكل مسبق بتقديم عروض مبالغ فيها أو غير مجدية من أجل إرساء الصفقة على أحسن عرض وبشكل مسبق، وفق الحالات التالية:

- تقديم سعر أعلى من سعر العرض المقدم من قبل الفائز المختار، مما يمكن عدم قبوله..
- عرض يتضمن شروطا خاصة غير مقبولة وتعجيزية بالنسبة للمصلحة المتعاقدة.
- عرض غير مستوفي للشروط الفنية المستوجبة.
- عرض سعر منخفض بشكل غير عادي مقارنة بالتكلفة الحقيقية للعرض، وبسعر العرض المقدم من قبل الفائز المختار.

وبهذا متى رأت المصلحة المتعاقدة أن العروض المقدمة بها إخلال بالمنافسة من خلال التحكم في سعر العرض، لها أن تطلب تقديم التوضيحات، ورفض العرض المقدم، إلا أن القانون الجديد المتعلق بالصفقات العمومية لم يشر إلى ذلك بل تركها للنصوص التنظيمية لتنظيم ذلك، وبالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 نجده أشار إلى ذلك في نص المادة 72 منه⁽¹⁾.

أشار المشرع الجزائري في نص المادة 6 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة لهذه الصورة من خلال استعمال عبارة "عرقلة تحديد الأسعار بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها"، ويقصد منه أن هذا الارتفاع أو الانخفاض له أغراض مخلة بالمنافسة، وغالبا ما يكون التخفيض المصطنع بهدف القضاء على مؤسسة جديدة لا يمكنها تقديم عروض بأسعار منخفضة دون أن يؤدي ذلك إلى تحمل خسائر فادحة مما قد يؤدي إلى إفسارها .

(1) تنص المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه "...إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع أسعار، تطلب منه عن طريق المصلحة المتعاقدة، كتابيا، التبريرات والتوضيحات التي تراها ملائمة، وبعد التحقق من التبريرات المقدمة، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية، وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل...".

يمكن الخروج بقناعة أن تحقيق اتفاق تحديد الأسعار بمجرد وجود تنسيق متفاهم عليه صريح أو ضمني بين مختلف الفاعلين الاقتصاديين في السوق يرمي في مضمونه نحو إرساء سعر العرض خارج نطاق المنافسة الطبيعية ومخالف لآليات اقتصاد السوق، مما يؤثر سلبا على مجريات السوق وإقصاء منافسين لا يستطيعون مقاومة هذا التحديد الاتفاقي للأسعار⁽¹⁾.

يترتب على اتفاقات تحديد أسعار العروض خطورة كبيرة من شأنها التأثير على سعر الصفقة حيث يكون أكثر ارتفاعا مما لو تمت في أجواء منافسة حقيقية، فترمي إلى عرقلة تحديد الأسعار وفقا لقانون العرض والطلب وقواعد المنافسة الحرة، وبالتالي إيهام المصلحة المتعاقدة بوجود منافسة بين أصحاب العروض، مما توقع المصلحة المتعاقدة في الغلط بين المتعاملين الاقتصاديين الذين تقدموا بعروضهم، نظرا لكونها لا تعبر عن مستويات المنافسة الفعلية، ما يوقع المصلحة المتعاقدة في الغلط في الشخص المتعاقد⁽²⁾، لاعتمادها بأن الصفقة تم منحها على أساس منافسة فعلية، ومقدمي العروض أطراف اتفقت على تمكين أحدهم من الفوز بالصفقة ورسوها عليه⁽³⁾، مما يعيق مجهود المصلحة المتعاقدة في الحصول على سلع وخدمات بأقل سعر ممكن والمساس بالسير العادي لإجراءات إبرام الصفقة العمومية، ويدخل اضطرابات على القطاع، ويلحق أضرارا جسيمة بالنظام الاقتصادي العام.

تتجه غالبية القوانين في الوقت الراهن نحو إبطال العقود التي يكون هدفها تجميد الأسعار أو تحديدها سواء بصورة مرتفعة أو منخفضة لما في ذلك من أثر مشين على سياق الاقتصاد، فلا يلزم لتحديد الأسعار تدخل الفاعلين الاقتصاديين باتفاقهم وتواطؤهم إذ أن الاتفاق التواطئي القائم بينهم والرامي إلى تحديد أسعار العروض يجسد مخالفة صريحة لقانون المنافسة لأن تجسيد آليات السوق يقضي أن تتحقق المنافسة الحرة وفقا لقانون العرض والطلب، وبعبارة عن التواطؤ الذي يمثل صورة غير طبيعية عن انتهاك البيئة التنافسية⁽⁴⁾.

(1) قادري لطفي محمد الصالح، مرجع سابق، ص 267.

(2) عياد كرافة أبو بكر، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013، ص 58.

(3) زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص 207.

(4) قادري لطفي محمد الصالح، مرجع سابق، ص 268.

ثانيا: اتفاقات تبادل المعلومات

يعد تبادل المعلومات بين المرشحين للصفقة العمومية قبل تقديم العروض سلوكا منحرفا يضر بقواعد المنافسة، من هذا المنطلق يظهر التشديد على حماية المنافسة في الصفقة العمومية كشرط ضروري لحماية المال العام والنظام العام الاقتصادي، فالمعلومات المحظورة في هذا المجال هي تلك المعلومات التي تهدف إلى تقاسم الصفقة العمومية بين المؤسسات المتواطئة دون أن يتوقف الأمر على حصول هذه الأطراف على الصفقة أو جزء منها لجزر ممارساتهم⁽¹⁾.

أشار مجلس المنافسة الفرنسي إلى أنه يكفي مجرد تبادل المعلومات قبل إيداع العروض في مجال الصفقات العمومية لحظرها باعتبارها تؤدي إلى الحد من المنافسة بين المؤسسات وتقييد الضغط التنافسي الذي ينبغي أن يسود عند إبرام الصفقات العمومية، وبالتالي تعد سلوكات تأخذ الوصف القانوني للاتفاقات المحظورة ضمن قانون المنافسة⁽²⁾.

وفي هذا الإطار نص المشرع الجزائري في نص المادة 71 من القانون رقم 23-12 المتعلق بالصفقات العمومية الجديد على أنه "لا يمكن لصاحب صفقة عمومية اطلع على بعض المعلومات التي من شأنها أن تمنحه امتيازاً عند تقديم تعهده في صفقة عمومية أخرى، المشاركة في ذلك، إلا إذا أثبت أن المعلومات التي بحوزته لا تمس بمبدأ المنافسة، وفي هذه الحالة، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تثبت أن المعلومات المبلغة في دفتر الشروط تبقى المساواة بين المرشحين".

يعتبر تبادل المعلومات بين المرشحين في سوق الطلبات العمومية سلوكا مخالفا لقواعد قانون المنافسة، ولضمان شفافية إبرامها يجب إثبات أن المعلومات المتحصل عليها بينهم لا تخل بمبدأ المنافسة، والمعلومات المتحصل عليها نافيا للجهالة لأن الجهل بمضمونها يعد السبيل الوحيد للمنافسة الذي ينبغي أن يسود في كل سوق، والدافع الوحيد الذي يجعل المرشحين يبذلون أقصى جهودهم في سبيل الحصول على الصفقة في جو تنافسي حقيقي⁽³⁾.

(1) سفير حاجة كحلة، بطلان الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، 2021/2020، ص 66.

(2) بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق في ظل قواعد المنافسة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017/2016، ص 237.

(3) ZOUAIMIA Rachid, Le droit de la concurrence, op.cit, p 79.

ثالثاً: اتفاقات تقسيم الأسواق

إن كانت اتفاقات تحديد سعر العروض في مجال الصفقات العمومية والتي من شأنها تضليل المصلحة المتعاقدة وتقييد المنافسة في مرحلة إبرامها من الممارسات الأكثر خطورة، فإن اتفاقات تقسيم الأسواق لا تقل خطورة عن سابقتها باعتبارها تفسد معيار أحسن عرض في إرساء الصفقة العمومية، فالهدف منها ليس ضبط السعر وإنما تهدف إلى المساومة حول أوضاع السوق والتفاوض عليها، وإن كان السوق يعد معياراً يتم من خلاله تحديد مدلول الاتفاقات التي تقع في نطاق الحظر التشريعي المنصوص عليه في قانون المنافسة.

يقصد اتفاقات تقسيم الأسواق تلك الممارسات التي تهدف إلى تثبيت البنية التنافسية لسلمة أو خدمة معينة عن طريق منع اختراق السوق من قبل مشاريع جديدة أو هي تلك الاتفاقات التي تهدف إلى إبعاد بعض المشاريع الموجودة فيه⁽¹⁾، والتحكم في حجم السوق من حيث المتنافسين عن طريق عرقلة دخولهم كمنافسين جدد أو عن طريق التقليل من عددهم، ومنعهم من الدخول إليه لمنع أي تغيير محتمل في هيكل السوق، وهو ما أشارت إليهم المادة 6 من الأمر رقم 03-03 المتضمن قانون المنافسة المعدل والمتمم على أنه "تُحظر الممارسات والأعمال المدبرة... لاسيما عندما ترمي إلى:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها.
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.
- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل.
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة.
- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة".

حظر المشرع اتفاقات اقتسام الأسواق المخلة بالمنافسة من خلال السيطرة على السوق والمحافظة على قوته، وبالتالي المحافظة على عدد مناسب من المتنافسين، ويلجأ ذوو المصالح

(1) حسن ذكي لينا، مرجع سابق، ص 122.

وفق تنظيم خاص لعدة أشكال⁽¹⁾، والتي يمكن تقسيمها نوعيا وتتعلق بنوع معين من منتجات السلع أو الخدمات، وتقسيمًا جغرافيًا يتعلق بمناطق السوق التي تعرض فيها المنتجات سواء أكانت سلعا أم خدمات، حيث تنطوي اتفاقات اقتسام الأسواق والزيائن بين المشروعات المنافسة على تخصيص متعاملين اقتصاديين معينين أو أسواق معينة أو فترات محددة لمؤسسات معينة فيما يتعلق بالمنتجات أو الخدمات.

أغلب الصور السابق دراستها تتم في شكل تغطية وعمل مدبر من شأنه تضليل المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقة العمومية بقيام منافسة حقيقية وفوز أحد المؤسسات المختارة بالصفقة العمومية، وفق معيار أحسن عرض، فعروض التغطية توحى ظاهريا بوجود منافسة حقيقية⁽²⁾، وهي عروض غير منافسة بصورة إرادية لعرض المؤسسة التي تفاهمت أطراف الإتفاق على تعيينها⁽³⁾، مما يعني أن الاتفاق يهدف إلى إيهام المتنافسين الآخرين بوجود متنافسين حقيقيين من خلال العروض المقدمة، ما يؤدي إلى تغطية مبدأ المنافسة الحرة، وأضفت على الواقع جوا منافسا بسوء نية مما يجعلها غير مشروعة⁽⁴⁾، وهكذا يتم الإخلال بميكانيزمات عطاء السوق لأن اختيار الشخص الفائز لم ينتج عن اللعبة التنافسية العادية⁽⁵⁾، وهذا ما يمثل اعتداء على المنافسة⁽⁶⁾.

إن الفائدة التي تجنيها أطراف الاتفاق المخلة بالمنافسة هو غالبا تبادل أدوار في صفقات أخرى، أو الحصول على مشاريع من الباطن بتوافق مسبق وتقاسم الحصص بحيث يقوم بموجبه العارض الفائز بتحويل بعض الأرباح إلى أطراف الاتفاقات المقيدة للمنافسة الآخرين، وهو ما يسمح لهم التحكم في إرساء الصفقة في مجال تخصصها⁽⁷⁾.

(1) شروط حسين، مرجع سابق، ص 74.

(2) الحاسي مريم، حظر الاتفاقات غير المشروعة في قانون المنافسة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، 2019/2018، ص 143.

(3) PEDAMON Michel, op.cit., p 424.

(4) زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص 208.

(5) الحاسي مريم، حظر الاتفاقات غير المشروعة...، مرجع سابق، ص 143.

(6) حسن نكي لينا، مرجع سابق، ص 84.

(7) قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 15. بالنسبة للمناقصة... فإنها تسهل التفاهم بين المؤسسات عن طريق اقتسام الصفقات حسب المبدأ المعروف (Une fois l'un, l'autre fois l'autre).

تترتب مخالفة أحكام قانون المنافسة في الصفقة العمومية من خلال اتفاقات تحديد أسعار العروض، أو تبادل المعلومات فيما بين المتنافسين قبل تقديم العروض، أو اتفاق تقاسم الصفقات العمومية باستعمال وسائل التضليل⁽¹⁾، والتي تنفي حق الغير في الاستفادة من منافع المنافسة مما يجعلها ممارسات غير مشروعة لا تترتب أثرا مشروعاً⁽²⁾، واعتبرها القضاء ومجلس المنافسة الفرنسيين محظورة وممنوعة وتؤدي إلى بطلان الصفقة لأنها تخل بأحكام قانون المنافسة⁽³⁾.
إلا أن المعيار الذي يتم وفقاً له تحديد مدلول الاتفاقات التي تقع في نطاق الحظر المنصوص عليه في المادة 6 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، هو خضوع السلوكات التي يمكن أن تمثل اتفاقاً مقيداً للمنافسة، للقوانين التي تنظم الاتفاقات المحظورة ما دامت تلك العمليات قد وقعت على سلع أو خدمات يتم تداولها وفقاً لقوانين السوق والآليات الطبيعية للعرض والطلب، فوجود سوق حر يحتوي على علاقات اقتصادية تنافسية هو المحدد الرئيسي لنطاق وتطبيق حظر، الاتفاق ودون أدنى اعتبار لتكثيف تلك العمليات أعمالاً تجارية أو مدنية⁽⁴⁾.

أبرز صور الممارسات المنافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية تشمل الاتفاقات الأفقية في شكل عمل مدير بين المتعاملين الاقتصاديين حيث يحدث التواطؤ في تقديم العروض التي تؤدي من خلالها إلى عرقلة إرساء الصفقة على معيار أحسن عرض، وعلى هذا النحو يمكن المقارنة بين قانون المنافسة إلى سوق الطلبات العمومية، إلا أن هذا لا يعني انتفاء وجود حالات التواطؤ من طرف المصلحة المتعاقدة وتشويه نمط المنافسة وهذه المقارنة تتيح أفضلية لقانون الصفقات العمومية تضمن له حماية قانونية بأوجه متعددة في وجه الاتفاقات مهما كان شكلها⁽⁵⁾، وتعاملت أغلب الدول مع العروض التواطئية في مجال الصفقات العمومية معاملة أشد من معاملة الاتفاقات الأفقية في الأسواق الأخرى بالنظر إلى ما تنطوي عليه العروض التواطئية من غش واحتيال، ولاسيما ما يترتب عليها من آثار ضارة بالمشتريات العمومية، والإنفاق المال العام⁽⁶⁾.

(1) بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق...، مرجع سابق، ص 238.

(2) زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص 210.

(3) سفير حاجة كحلة، مرجع سابق، ص 67.

(4) بن يسعد عذراء، «مبدأ حظر الاتفاقات...»، مرجع سابق، ص 244.

(5) ديب محمد، مدى خضوع الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 166.

(6) معين فندق الشناق، مرجع سابق، ص 163.

يعرف تقييد وتشديد الاتفاقات المقيدة للمنافسة نوعا من المرونة إذ يمكن تصحيح الاتفاق إذا كان مفيدا وإيجابيا محققا لنتائج اقتصادية تعود بالمنفعة على المجتمع، وهو ما يؤدي إلى التبرير القانوني للاتفاقات وتصحيح المخالفة من سلوك غير مشروع إلى سلوك مشروع، وهذا الأخير يقتضي عدم توقيع الجزاءات المقررة مادامت تلك الاتفاقات قد أدت أو ستؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة⁽¹⁾، وبهذا فإن حرية المؤسسات في تقديم العروض الذي تراه مناسبا يتقيد بالحدود التي لا يخرج فيها هذا العرض إلى اعتباره مخالفة لأحكام قانون المنافسة مادامت تخضع لأحكامه⁽²⁾.

تجدر الإشارة إلى أن إثبات وجود حالة تواطؤ بين المتعاملين الاقتصاديين في مجال الصفقات العمومية جد صعب، وإقامة الدليل على وجود تنسيق في السلوك بينهم يمثل في أغلب الأحوال عائقا كبيرا في سبيل إثبات قيام الاتفاق المقيد للمنافسة، وخصوصا عندما يكون التماثل في السلوك بين العروض هو العلامة الوحيدة التي يسترشد فيها في سبيل تجريم الاتفاق⁽³⁾، وإن كان في حالات يتم إثباتها بشكل عام عن طريق ملاحظة تماثلات غير مبررة وتشابهات دقيقة بين عروض المؤسسات المتقدمة بعروضها لنفس الصفقة العمومية⁽⁴⁾، إلا أن التماثل في السلوك ليس في حد ذاته اتفاقا ممنوعا ما لم تكون الممارسة متشابهة بقدر كافي واتخذت في نفس التاريخ أو تواريخ متقاربة، وذلك بهدف القضاء على المنافسة أو تقييدها، ولا بد من الاهتمام هنا بالنية المشتركة للمؤسسات المعنية، والتي تظهر من خلال وثائقها أو سلوكها تجاه منافسيها، وبالتالي إتحاد الإرادة يكون إلزاميا لمتابعتها⁽⁵⁾، في هذا اتجهت محكمة العدل الأوروبية إلى أن إثبات التماثل والتنسيق بين العروض يكون من خلال إثبات الاتفاق الضمني من الملابسات وظروف الحال⁽⁶⁾.

(1) معين فندق الشناق، مرجع سابق، ص 134.

(2) ديب محمد، «مصادقية عروض الصفقات العمومية...»، مرجع سابق، ص 398.

(3) حسن ذكي لينا، مرجع سابق، ص 91.

(4) بوعرورة رومية، «تأثير الاتفاقات المحظورة على المنافسة والاستثناءات الواردة عليها»، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، العدد الأول، ديسمبر 2016، ص 64، 65.

(5) مهم أبو بكر، «المساس بالمنافسة داخل السوق...»، مرجع سابق، ص 83، 84.

(6) BOUTARD-LABARDE Marie Chantal et CANIVET Guy, CLAUDEL Emmanuel, VALERIE Michel, AMSELLEM Vialens Jérémie, op.cit, p 92.

المطلب الثاني

التزام المتعاملين الاقتصاديين بعدم التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

تلتزم المصلحة المتعاقدة من خلال إبرامها للصفقات العمومية إلى تكريس مبدأ المنافسة الحرة ودفع المؤسسات إلى تقديم أفضل ما لديها من عروض بعرض سلع وخدمات متنوعة بأحسن جودة وأفضل أسعار، ومع الانفتاح الاقتصادي ازداد استغلال بعض المؤسسات لمركزها في السوق مما قد يؤدي إلى آثار سلبية سيئة على المنافسة، وإن كان الخطر لا يتأتى من المنافسة الشديدة وإنما من السلوكات التي تقضي عليها خاصة عندما تتمتع المؤسسة بقوة اقتصادية مقارنة بباقي المؤسسات المنافسة لها في السوق بسبب قدرتها الإنتاجية الفعالة واعتمادها على أجهزة حديثة وعمال أكفاء والسيطرة على السوق، لذا تلتزم المؤسسات في سوق الطلبات العمومية بعدم الاستغلال التعسفي لوضعيتهم المهيمنة والتي من شأنها الإخلال بالمنافسة (الفرع الأول)، كما تشكل عملية تجميع المؤسسات قوة اقتصادية تساهم في التطور الاقتصادي، إلا أنه قد تؤثر سلباً على المنافسة، لذا يجب على المؤسسات أو المتعاملين الاقتصاديين الالتزام بالأحكام القانونية الخاصة بالتجميع وعدم تجاوز الحدود القانونية التي تخل بالمنافسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إلتزام المتعاملين الاقتصاديين بعدم التعسف في وضعية الهيمنة

ينطلق واقع العروض المقدمة في الصفقات العمومية أساساً من واقع مركز القوة الاقتصادية للمؤسسات، فالمنافسة في مجال الطلب العمومي تفرز حالات تبرز فيها سيطرة عدد من المؤسسات على سوق الصفقات العمومية، فقد يعتمدون استعمال قوتهم الاقتصادية بابتزاز المصلحة المتعاقدة واستغلالهم التعسفي لوضعية الهيمنة الاقتصادية.

حظر المشرع التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، الذي تمارسه المؤسسات الكبرى في بسط نفوذها على السوق، ومن ثم القضاء على المؤسسات المنافسة لها المتواجدة فيه، وهو ما نص عليه في المادة 07 فقرة 01 من الأمر رقم 03-03 على أنه: "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد...".

يستخلص من نص المادة أنه لتقدير ما إذا كانت المؤسسة متعسفة في وضعية الهيمنة يجب أن تكون في وضعية هيمنة (أولاً)، والاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق (ثانياً).

أولاً: وجود المؤسسة بوضعية هيمنة

لم يعرف القانون الأوربي ولا الفرنسي وضعية الهيمنة تم ذكر فقط أمثلة ليس إلا⁽¹⁾، لكن تولى الاجتهاد القضائي الأوربي ذلك، حيث عرفت محكمة العدل الأوربية وضعية الهيمنة على أنها "الوضع المهيمن يهم حالة القوة الاقتصادية التي تمسكها مقابلة وتعطيها إمكانية عرقلة قيام منافسة فعلية في سوق معين، وذلك بما توفره لها من إمكانية القيام بسلوكات مستقلة من شأنها التأثير على منافسيها، زبائنها وأيضاً على المستهلكين"⁽²⁾.

من خلال هذا المفهوم يتضح لنا أن العنصر الأساسي للوضع المهيمن هو القدرة الاقتصادية للمؤسسة على التصرف داخل السوق باستقلالية، دون أن تضع في حسابها المنافسين في السوق، وتبنى الاجتهاد القضائي الفرنسي التعريف الذي جاءت به محكمة العدل الأوروبية⁽³⁾.

اعتبر القانون الأوربي والقانون الفرنسي أن وضعية الهيمنة في حد ذاتها لا تشكل تعسفاً مخل بالمنافسة فليس من الضرورة الوقوف عليها بالالتجاء إلى أحد الأساليب غير المشروعة بل قد تكون ثمرة جهود المؤسسة التي أدت إلى نجاحها ووصولها لهذا المركز، واكتسبت مركزاً قوياً في السوق حيث يمكنها تطوير إستراتيجيتها التجارية إلى حد ما دون التأثير بمنافسيها.

تبنى المشرع الجزائري نفس اتجاه القانون الأوربي والقانون الفرنسي في اعتبار وضعية الهيمنة في حد ذاتها لا تشكل تعسفاً مخل بالمنافسة، وعرفها في المادة 03 من الأمر رقم 03-03⁽⁴⁾، بأنها "...الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو مموليها...".

(1) مقدم توفيق، «حظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة في قانون المنافسة»، مجلة الفقه والقانون، العدد الحادي عشر، شتبر، 2013، ص 111.

(2) مهم أبو بكر، «عرقلة المنافسة في السوق، التعسف في استغلال الوضع المهيمن نموذجاً»، مجلة القضاء التجاري، العدد الحادي عشر/الثاني عشر، السنة السادسة، شتاء/ خريف 2018، ص 19. وأنظر كذلك: حسن ذكي لينا، مرجع سابق، ص 178.

(3) عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية - دراسة مقارنة، دار الاتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2012، 130.

(4) لقد اقر المشرع حظر التعسف في وضعية الهيمنة بموجب الأمر رقم 95-06 الملغى وقبله القانون المتعلق بالأسعار لسنة 1989 الذي تضمنت مادته 27 على ما يلي: "يعتبر لا شرعياً كل تعسف ناتج عن هيمنة على السوق أو على جزء منه...".

ومن خلال هذا التعريف نستنتج أن الوضع المهيمن يجعل المؤسسة قادرة على التحكم والتأثير في نشاط السوق، وقد تكون الهيمنة مطلقة أو شبه مطلقة بحيث لا تكون المنافسة غائبة أو ملغاة لكن المؤسسات المنافسة الأخرى تبقى تحت سيطرة المؤسسة الحائزة لمركز قوة اقتصادية في السوق، كما أن الهيمنة قد تكون لأسباب أخرى⁽¹⁾، من خلال امتيازات واقعية أو قانونية تمنحها السلطات العامة أو من وضعية تكسبها مزايا معينة، مثل اعتماد استراتيجيات أو استثمارات خاصة، ولذلك لا تشكل الهيمنة بأي شكل من الأشكال انتهاكاً لقانون المنافسة مادام اكتسابها تم بطرق تنافسية مشروعة، ما لم يسئ استعمالها في غرض مخالف للقانون⁽²⁾.

وللتفصيل في هذه النقطة، ومعرفة مدى تحقق وضعية الهيمنة في السوق ينبغي قياس ذلك عن طريق معايير رئيسية غالباً ما تكون كمية، كحصة السوق، أو معيار القوة الاقتصادية والمالية، وأخرى ثانوية والتي تكون نوعية، أهمها الوضع التنافسي في القطاع المعني، الامتيازات التجارية والمالية أو التقنية التي تتمتع بها المؤسسة، وغيرها من المعايير التي يمكن أن تدل على حيادية المؤسسة لوضع مهيمن في السوق⁽³⁾، وفي الحالتين تتجسد في معايير ومميزات تتمتع المؤسسة المهيمنة بها لا تتوافر لدى نظيرتها في السوق⁽⁴⁾، ومن الأهمية بمكان معرفة المعايير التي يتم على أساسها تقدير وضعية الهيمنة حتى يتسنى تقديرها ومعرفة ما هي الحدود القانونية التي لا يجب على المؤسسات الاقتصادية تجاوزها والتي من شأنها الإخلال بالمنافسة في السوق.

بالرجوع لأحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة لا نجد أية إشارة للمعايير التي يتم على أساسها تقدير وضعية الهيمنة، خلافاً لما كان عليه الوضع سابقاً في إطار الأمر 06-95 الذي أحال إلى المرسوم التنفيذي رقم 314-2000 الذي حدد المقاييس التي تبين أن العون

(1) شرواط حسين، مرجع سابق، ص 78.

(2) عطوي مريم، بن الشيخ نور الدين، «التعسف في وضعية الهيمنة في البيئة الرقمية، - الأسواق المجانية نموذجاً-» مجلة صوت القانون، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، المجلد الثامن، العدد 02، جوان 2022، ص 1048.

(3) مزناد حنان، مرجع سابق، ص 68. وأنظر: شايب بوزيان، «الاستغلال التعسفي لوضعية الهيئة على السوق ممارسة مقيدة للمنافسة»، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زينة، غيليزان، مجلد 6، عدد 08، جوان 2017، ص 84، 85، 86.

(4) جلال مسعد، مدى تأثر المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص 135.

الاقتصادي في وضعية هيمنة⁽¹⁾، حيث نصت المادة 2 منه على المقاييس التي تحدد وضعية هيمنة العون الاقتصادي في السوق المعني، والتي تتمثل في:

- معيار حصة السوق التي تستحوذ عليها المؤسسة المهيمنة والتي يتم مقارنتها بحصص باقي المنافسين الموجودين في نفس السوق.
- الامتيازات القانونية أو التقنية التي تتمتع بها المؤسسة المهيمنة.
- العلاقات المالية أو التعاقدية أو الفعلية التي تربط المؤسسة المهيمنة بباقي المتعاملين.
- الامتيازات المتعلقة بالقرب الجغرافي والتي تستفيد منها المؤسسة المهيمنة.

ولكن بالرغم من إلغاء هذا المرسوم التنفيذي، فإن ذلك لا يعني استبعاد تطبيق هذه المعايير من قبل الهيئات المختصة التي يعتمد عليها لتقدير وضعية الهيمنة، لذا سنحاول أن يكون لنا أنيسا في تناول معايير تحديد وضعية الهيمنة التي سنتناولها تباعا، المعايير الكمية، والكيفية.

1- المعايير الكمية لوضعية الهيمنة

تعد المعايير الكمية من أهم المعايير التي تقاس بها هيمنة مؤسسة ما على السوق، وتتمثل في حصة السوق، والقوة الاقتصادية والمالية للمؤسسة.

أ- معيار حصة السوق

تعتبر السوق المعيار الأساسي في تحديد وضعية المؤسسات التنافسية فيها، ويرتبط قيام وضعية الهيمنة بتحديد السوق الذي تمارس فيه المؤسسة المعنية هيمنتها، وهذا ما يعرف بالسوق الملائمة أو المرجعية⁽²⁾، وهذا الأخير يمكن اعتباره المكان النظري الذي يلتقي فيه عرض وطلب المنتجات، أو الخدمات، التي تعتبر من طرف المشتريين أو المستعملين على أنها قابلة للاستبدال فيما بينها، ولكنها غير قابلة للاستبدال مع سلع وخدمات أخرى مطروحة في السوق⁽³⁾.

عرف المشرع الجزائري السوق في المادة 03 الفقرة 02 من الأمر رقم 03-03 على أنها **«كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة، وكذا تلك التي يعتبرها**

(1) مرسوم تنفيذي رقم 2000-314 مؤرخ في 14 أكتوبر 2000 يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية هيمنة، ج ر ج ج، عدد 61 صادر بتاريخ 18 أكتوبر (ملغى).

(2) YVES serra, le Droit Français de la concurrence, Dalloz, paris, 1993, p86.

(3) مهم أبو بكر، «عرقلة المنافسة في السوق، التعسف في استغلال الوضع المهيمن...»، مرجع سابق، ص 20.

المستهلك مماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب مميزتها وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له، والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية⁽¹⁾.

يعتمد الوضع المهيمن بدرجة أساسية على التأثير الذي تتمتع به المؤسسة في السوق، ويختلف مدى هذا التأثير باختلاف السوق الذي تمارس فيه المؤسسة نشاطها⁽²⁾، ولتحديد الوضع المهيمن للمتعامل الاقتصادي في السوق، يتعين حصر مقدار حصته ووضع اتجاه المنافسين الآخرين⁽³⁾، إذ تمثل الحصة في السوق المعيار أو المؤشر الرئيسي الذي يجب اللجوء إليه أولاً للحكم عما إذا كانت المؤسسة في وضعية الهيمنة أم لا، فكلما كانت الحصة في السوق كبيرة كلما كان ذلك مؤشراً واضحاً على وجود هيمنة في السوق⁽⁴⁾، وكلما كانت الحصة صغيرة كان ذلك دليلاً على غيابها⁽⁵⁾، وقد أشار إليها المشرع الجزائري في المادة 02 من المرسوم التنفيذي 314-2000 بقوله: "حصة السوق التي يحوزها العون الاقتصادي مقارنة إلى الحصة التي يحوزها كل عون من الأعوان الاقتصاديين الآخرين الموجودين في نفس السوق."⁽⁶⁾

فمن خلال نص المادة نلاحظ أنه يشكل امتلاك المؤسسة لحصة هامة في السوق من أكثر الدلالات قوة على قيام وضعية الهيمنة، حيث تقوم المؤسسة بالسيطرة على نسبة مؤية عالية من المبيعات التي تحققت في السوق ككل مقارنة بحجم مبيعات المؤسسات الأخرى المنافسة التي تعمل في ذات السوق⁽⁶⁾، إلا أن الاعتماد على معيار حصة السوق دون تحديد المقصود منه ليس كافي لوحده باعتبار أن حصة السوق تحتمل وجود عدة مقاييس لتحديدها نذكر منها: حجم البضائع والسلع المعروضة في السوق أو العدد الهائل للعملاء... إلخ⁽⁷⁾.

(1) عرف المرسوم التنفيذي 314-2000 (الملغى) في المادة 03 بأنها "السلع أو الخدمات التي يعرضها العون الاقتصادي والسلع والخدمات البديلة التي يمكن أن يحصل عليها المتعاملون أو المتنافسون في نفس المنطقة الجغرافية"

(2) مهم أبو بكر، «عرقلة المنافسة في السوق، التعسف في استغلال الوضع المهيمن...»، مرجع سابق، ص 20.

(3) خليل فكتور تادرس، المركز المسيطر لمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 27.

(4) شفار نبيلة، مرجع سابق، ص 65.

(5) سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 83.

(6) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص 136.

(7) توات نور الدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 123.

تقاس القوة الاقتصادية بواسطة رقم الأعمال المؤسسة ومقارنتها برقم أعمال مؤسسات أخرى، وإن كان المشرع قبل صدور الأمر رقم 03-03 يعتمد على معيار رقم الأعمال المحقق من طرف العون الاقتصادي في السوق المعني، وفي هذا نص المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 2000-314⁽¹⁾، في المادة 04 منه على أنه **«تحدد حصة السوق بالعلاقة بين رقم أعمال العون الاقتصادي المعني ورقم أعمال جميع الأعوان الاقتصاديين الموجودين في نفس السوق»**.

لكن بعد صدوره الأمر رقم 03-03 لم ينص صراحة على معيار رقم الأعمال لتحديد وضعية الهيمنة، إنما يعتمد على رقم الأعمال لتحديد مبلغ العقوبة فقط، وبالتالي لا يوجد رقم معين يحدد حصة السوق التي تكون بموجبها المؤسسة في وضعية هيمنة، فرغم أهميته إلا أنه غير مستقر لأن السوق في حركة دائمة مما يتطلب تحليلاً اقتصادياً للسوق على ضوء العناصر الأخرى المكونة لها خاصة الحركية منها وتعدد وتنوع المنتجات الموجودة فيها⁽²⁾.

إذن تعتبر الحصة في السوق مؤشر هام لتأكيد وجود وضعية الهيمنة لكن يجب قياسها بالنظر إلى معايير أخرى⁽³⁾، فتحقق الوضع المهيمن لا يخضع للاعتبارات أو معطيات واحدة في كل الأوضاع والظروف، بل يعتمد على بعض المؤشرات والتي قد تختلف من حالة إلى أخرى، وهو ما يظهر أن الوضع المهيمن هو مفهوم نسبي يقتضي تقدير حالة المؤسسة بالنظر إلى السوق المرجعي.

يختلف تحديد السوق في مجال الصفقات العمومية حسب الممارسة المرتكبة، فبالنسبة للاتفاقات المحظورة يكون تحديدها بمجرد النقاء طلب المشتري العمومي على سلعة أو خدمة معينة مع العرض المقدم من طرف العارضين وبالتالي يعتبر كل طلب عروض سوقاً مرجعية، على خلاف التعسف في استعمال وضعية الهيمنة التي تحدد السوق بشأنها على أساس جميع المتعاملين الاقتصاديين الممكن مشاركتهم في طلب العروض حسب اجتهادات سلطات المنافسة في فرنسا⁽⁴⁾.

(1) تم إلغاؤه بموجب الأمر رقم 03-03 المتضمن قانون المنافسة، المعدل والمتمم.

(2) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص 43.

(3) مهم أبو بكر، «عرقلة المنافسة في السوق، التعسف في استغلال الوضع المهيمن...»، مرجع سابق، ص 25.

(4) رقرقي محمد زكرياء، الممارسات المناهضة للمنافسة...، مرجع سابق، ص 117، 118.

ب - معيار القوة الاقتصادية والمالية

يمكن للمؤسسة تبني السياسة التجارية والاقتصادية أو المالية التي تتلاءم وتطلعاتها بتحسين خدماتها، وفي هذا اعتبر القانون الأوربي والقانون الفرنسي أن حريتها باتت محدودة بالنظر إلى كونها مجبرة على عدم السعي وراء إخفاء منافسيها بشكل عام. أشار المشرع الجزائري في المادة 3 الفقرة 3 في تعريفه لوضعية الهيمنة إلى معيار القوة الاقتصادية في السوق، إذ تنص أنه "هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني..".

يشكل انتماء المؤسسة لإحدى المؤسسات الاقتصادية القوية التي تحتل الصدارة في قطاع النشاط الاقتصادي مؤشرا يمكن الاسترشاد به لتحديد مدى هيمنة المؤسسة على السوق، وقد اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن القوة الاقتصادية والمالية للمؤسسة، يجب أن تظهر في قابلية المؤسسة على الانفصال عن منافسيها في السوق من حيث قدرتها على اتخاذ القرارات الاقتصادية والتسويقية باستقلالية وحرية اتخاذ القرارات دون أن يكون للمؤسسات المنافسة لها في ذات السوق، أي تأثير على تلك القرارات⁽¹⁾، حيث عندما تركز القوة الاقتصادية في يد مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات فإنها تحتل موقع الهيمنة ويمكن تقديرها من خلال عدد وأهمية العقود المالية التي أبرمتها⁽²⁾، ومدى توفر عوائق دخول منافسين آخرين في السوق، والقدرة على رفع الأسعار أو ممارسة التمييز الغير عادل بين المؤسسات، وسهولة الحصول على مصادر التمويل⁽³⁾.

وإن كان كل مؤسسة مهيمنة تبحث عن حماية مصالحها الاقتصادية والتجارية والمالية من خلال حقها في الدفاع عن نفسها وتطوير حصتها في السوق، ولكن في حدود السلوك التنافسي العادي مع ضرورة تبرير السلوك بالمصلحة الشرعية والمتناسبة، والذي يجب أن يكون الدفاع عنها متناسبا مع التهديد في حدود السلوك العادل والمشروع⁽⁴⁾.

(1) حسن ذكي لينا، مرجع سابق، ص 202، جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص 137.

(2) كتو محمد شريف، قانون المنافسة...، مرجع سابق، ص 48.

(3) قوسم غالية، التعسف في وضعية الهيمنة على السوق في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بوردواو، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2006/2007، ص 38.

(4) مقدم توفيق، «حظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة...»، ص 112، 113.

من خلال ما سبق طرحه وتحليله نصل إلى أن الاعتماد على هذه المعايير غير كافي لتحديد وضعية الهيمنة الاقتصادية، لأنه يصعب التحقق منه من جهة وأنه يتغير بتغير السوق والظروف من جهة أخرى، مما يدفعنا للبحث عن معايير أخرى يمكن الاعتماد عليها.

2- المعايير الكيفية (النوعية)

بين الفقه معايير أخرى ذات طابع كفي أو نوعي تعتمد في تقدير وضعية الهيمنة.

أ - الامتيازات القانونية أو التقنية التي تتوفر لدى العون الاقتصادي المعني

تساهم الامتيازات القانونية أو التقنية التي تمتلكها المؤسسات بشكل فعال في تمكين المؤسسة من الهيمنة على السوق، ومن هذه الامتيازات امتلاك المؤسسة لتكنولوجيا متقدمة في الإنتاج أو التسويق، كامتلاك براءة اختراع⁽¹⁾، يتعين في هذه الحالة إثبات توفر هذه الامتيازات لدى العون الاقتصادي المعني وذلك عن طريق البحث عن الوسائل التقنية المستعملة، وكذا الوضعية التي يتواجد عليها كحسن الموقع والوصول بالأفضلية لبعض مصادر التمويل.

ب - حالة المنافسة كمعيار نوعي

يمكن للمؤسسة الغير حائزة لحصة هامة من حصص السوق أن تكتسب استقلالية واسعة في مواجهة منافسيها وذلك بسبب ضعف الحصة الفردية لمنافسيها الأمر الذي يؤدي إلى حصول المؤسسة لوضعية الهيمنة على السوق، وعلى العكس من ذلك فإن امتلاك المؤسسة حصة سوقية معتبرة لا يخولها بالضرورة أن تقع في وضعية هيمنة، إذا كانت المؤسسة تلقى منافسة شديدة شرسة من قبل مؤسسات أخرى لها نفس القوة الاقتصادية⁽²⁾.

وفي إطار ما تم التطرق إليه، نكون أمام وضعية هيمنة في مجال الصفقات العمومية لما يلجأ أصحاب الاحتكارات الفعلية والمراكز المهيمنة إلى استعمال وسائل أو طرق لشل أو عرقلة المنافسة عن طريق الاعتماد على استراتيجيات خاصة بهم دون الاستعانة بمؤسسات أخرى فصاحب المركز الاحتكاري أو المركز المهيمن سيقدم عرض كباقي المتنافسين إلا أن عناصر عرضه ستكون جد مغرية بالنسبة للمصلحة المتعاقدة وصعب منافستها من طرف العارضين

(1) سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 101.

(2) بن عبد القادر زهرة، «حماية المنافسة من التعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق دراسة تحليلية في التشريع

الجزائري على ضوء نظيره الفرنسي»، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد 5، العدد 1،

جوان 2019، ص 39.

الآخرين⁽¹⁾، فتعطي للمؤسسة القدرة الكافية للتصدي للمنافسة الفعلية على مستوى السوق المعنية، وتمكنها من إتخاذ سلوك مستقل إزاء منافسيها وهو ما يجعلها لا تتأثر بإستراتيجيتهم.

لأجل إثبات وضعية الهيمنة بالنظر إلى التنافسية يتوجب الوقوف ليس فقط على عدد المتنافسين في السوق، بل حصصهم فيها وقدرة المؤسسة على الاحتفاظ بوضعيتها لمدة طويلة وذلك رغم المنافسة الشديدة⁽²⁾، وقدرة المؤسسة المهيمنة من تجاوز معوقات المنافسة ومواجهة منافسيها⁽³⁾، وإن كانت وضعية الهيمنة تعبر عن وضعية قوة اقتصادية يجيزها القانون، إلا أنها ليست بالسلطة التي يحميها القانون أو يحمي المؤسسة المتمتعة بها بصفة مباشرة، وإنما يمكن اعتبار حمايتها غير مباشرة لكونها تستند إلى حق هو المعني بالحماية القانونية وهو الحق في المنافسة⁽⁴⁾.

ثانيا: الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة

حظر قانون الإتحاد الأوربي السلوكات التعسفية لوضعية الهيمنة من خلال المادة 102 منه، كما تبني المشرع الفرنسي نفس الموقف من خلال المادة 420-2 من القانون التجاري الفرنسي⁽⁵⁾، وتطرق إلى بعض الصور التي تشكل سلوكات تعسفية.

إن كان المشرع الجزائري لا يمنع مؤسسة ما من الوصول إلى وضعية هيمنة في السوق، فالحجم الكبير لها والذي يسمح لها باكتساب مركز قوي وامتيازها عن غيرها من المؤسسات بسبب ما توصلت إليه سلعتها وخدماتها وتفوقها في التسيير والابتكار الفني وغيرها من العوامل التي أدت إلى هيمنتها في السوق غير ممنوع في حد ذاته، ولا بد من التأكيد أن الفعل المحظور لا يكمن في مجرد الاحتكام على وضعية الهيمنة وإنما في كيفية استغلال هذه الهيمنة أو الوضعية الإمتيازية لأن كل متعامل اقتصادي بطبيعة الحال يسعى إلى تحقيق ذلك الموقع المميز الذي يرضيه من

(1) جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية ...، مرجع سابق، ص 238.

(2) كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة ...، مرجع سابق، ص 170.

(3) BRUNO Petit, Droit Commercial, 2^{ème} éd, Litec, Paris, 2000, p148.

(4) بوحلايس إهام، بن يسعد عذراء، «التعسف بالأسعار في إطار وضعيات الهيمنة في التشريع الجزائري»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، الحاج لخضر، المجلد 08، العدد 03، جوان 2021، ص 837.

(5) مقدم توفيق، حظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة ...، ص 111.

جهة، ومن جهة أخرى يساهم لا محالة في تفعيل المنافسة إذ لم يكن مقترن بالتعسف و/أو سوء استعمال وضعية الهيمنة⁽¹⁾.

عرفت محكمة العدل الأوروبية الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة في "فكرة الاستغلال التعسفي فكرة موضوعية تتعلق بالتصرفات التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة والتي تؤدي بطبيعتها إلى التأثير على هيكل السوق، الذي تكون فيه درجة المنافسة قد ضعفت وتقلصت بالتحديد إثر تواجد المؤسسة المعنية حيث يكون من شأن هذه التصرفات التأثير على درجة المنافسة التي كانت موجودة في السوق بتقييدها وذلك باللجوء إلى استخدام، وسائل مختلفة عن تلك الوسائل المستخدمة التي تحكم المنافسة العادية للمواد والخدمات المقدمة من طرف الأعوان الاقتصاديين وهذا أمر يمنع نمو المنافسة"⁽²⁾.

ومن خلال نص المادة نجد أنها تبنت مفهوم مزدوجا للتعسف، تعسف هيكلي وتعسف سلوكي، حيث أخذ القضاء في البداية بالتعسف الهيكلي معتبرا أن حصول أو تقوية وضع مهيمن يعتبر في حد ذاته تعسفا، وبالتالي فإن تكييف التعسف يتم بالنظر إلى حالة السوق وليس بالنظر إلى طبيعة السلوكيات التي لجأت إليها المؤسسات، ولا إلى الأهداف التي يمكن أن تعرقل أو تمس بالمنافسة في السوق ودون الأخذ بعين الاعتبار الوسائل المستعملة، لهذا قد تعرضت نظرية التعسف الهيكلي للانتقاد باعتبارها تحظر بمجرد الحصول على تقوية وضعها المهيمن.

وفي هذا الإطار ونظرا لتعرض نظرية التعسف الهيكلي للنقد، تم هجر هذه النظرية وأصبح يمكن للمؤسسة أن تعزز مركزها المهيمن بشرط أن لا يكون هذا التعزيز ناجما عن سلوك تنافسي غير عادي⁽³⁾، وفي هذا الشأن حاولت محكمة العدل الأوروبية في قضية HOFFMANN – LA ROCHE إدخال عنصر أو معيار السلوك في تحديد الاستغلال التعسفي، حيث أكدت أنه يجب أن يترتب على سلوك المؤسسة التي توجد في وضع مهيمن عرقلة المنافسة أو منعها من خلال اللجوء إلى وسائل مختلفة عن تلك التي تحكم المنافسة العادية⁽⁴⁾.

(1) مقدم توفيق، «حظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة...»، مرجع سابق، ص 109.

(2) GALÈNE Renée, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, Litec, Paris, 1995, p263.

(3) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة...، المرجع السابق، ص 141.

(4) أبو بكر مهم، «عرقلة المنافسة في السوق، التعسف في استغلال الوضع المهيمن...»، مرجع سابق، ص 30.

غير أنه لا داعي للتفرقة بين التعسف الهيكلي والسلوكي، إذ أنه يؤدي السلوك التعسفي للمؤسسة المهيمنة بالضرورة إلى تغيير هيكل السوق⁽¹⁾، وبذلك سار القضاء الأوروبي في اتجاه المزج بين المفهومين وهو الموقف الذي سلكه القانون الفرنسي متأثراً بالقانون الأوروبي ويعترفان بذلك أن انفتاح المؤسسة المهيمنة لسوق جديد أو تعزيزها لوضعيتها المهيمنة بإتيان وسائل أخرى غير تلك المستحقة في المنافسة يعتبر فعلاً تعسفياً⁽²⁾، حيث أخذ بمفهوم مزدوج للتعسف وذلك بتبني مفهوم موسع لنظرية تعسف الهيكلية أي تم ربط تعسف الهيكلية بشروط تتعلق بالسلوك.

تأثر المشرع الجزائري بالتعريف التي اعتمده الاجتهاد القضائي الأوروبي حول مفهوم الهيمنة الذي يأخذ بعين الاعتبار الممارسات الصادرة عن المؤسسة المهيمنة وآثارها على وضعية منافسيها في السوق، حيث تنص المادة 07 فقرة 01 من الأمر رقم 03-03 على أنه: "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها.
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني
- اقتسام الأسواق أو مصادر التموين
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار وانخفاضها.
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.

يتضح من خلال نص المادة أن المشرع في الاتفاقات المحظورة، ذكر صراحة عرقلة المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها كغرض أو أثر للممارسة وشرط في الوقت ذاته لحظرها، بينما تجاهله بالنسبة للتعسف في وضعية الهيمنة، وخالف بذلك المشرع الفرنسي الذي أحال

(1) YVES serra, Op.cit, p.56.

(2) مقدم توفيق، «حظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة...»، مرجع سابق، ص 114.

بخصوص التعسف في وضعية الهيمنة إلى الأحكام الخاصة بالاتفاقات المنافسة فيما يتعلق بشرط المساس بالمنافسة⁽¹⁾.

يعتبر المتعامل الاقتصادي المرشح لنيل الصفقة العمومية والذي يتمتع بوضع مهيم في السوق مرتكبا لمخالفات تمس حرية المنافسة إذا ارتكب إحدى الممارسات المذكورة في المادة 07 أعلاه التي تجسد الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة بهدف إما منع أو استبعاد أو عرقلة دخول متنافسين إلى الصفقات العمومية لتقديم عروضهم لنيل الصفقة العمومية، وغالبا ما يتجسد هذا التعسف من خلال العرض المالي الإجمالي لهذا المتعامل الاقتصادي المهيم في السوق، والذي يكون منخفض بشكل غير عادي بالنسبة لمرجع الأسعار ويكون الهدف منه إقصاء عروض الغير من المرشحين والاستيلاء على الصفقة العمومية باستعمال طرق احتيالية تمس بحرية المنافسة، ما يؤدي إلى تقليص فرص الدخول الشرعي لسوق الطلبات العمومية بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الآخرين⁽²⁾.

يتضح أن المؤسسة المهيمنة تركز على فرض عراقيل تحول دون وجود منافسة فعلية في السوق المعني مما يسمح لها باستخدام قوتها الاقتصادية، واتخاذ قرارات بصفة مستقلة بممارسة نشاطات لا يستطيع باقي منافسيها تجاوزها⁽³⁾، التي تفترض قيام منافسة فعالة وحقيقية مع باقي الأعوان الاقتصاديين⁽⁴⁾، نظرا لما لها من قدرة على التحكم في السوق أو جزء جوهري منه، في مواجهة منافسيها، أو الرضوخ لشروطها، فنتسحب المؤسسات من السوق لأنها غير قادرة على احترام شروط المنافسة⁽⁵⁾.

(1) Article L.420-2 alinéa 1: « Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L.420-1, L'exploitation abusive...d'une position dominante. du code de commerce, op, cit, voir sur site : www.legifrance.gouv.fr.

(2) مزناد حنان، مرجع سابق، ص ص 69، 70

(3) بن حملة سامي، «مفهوم وضعية الهيمنة في قانون المنافسة»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، المجلد ب، عدد 46، ديسمبر 2016، ص 268.

(4) VOGEL Louis, Traité de Droit Commercial (commerçants, justice commerciale, fonds de commercial, propriété industrielle, concurrence), tome I, volume 1, 18^{ème} édition, L.G.D.J Paris, 2001, p 707.

(5) قوسم غالية، التعسف في وضعية الهيمنة...، مرجع سابق، ص 42.

يتحقق التعسف في وضعية الهيمنة إذا كانت العرقلة التي أصابت السير العادي للسوق نتيجة سلطة التأثير التي استخدمتها المؤسسة الحائزة على وضع مهيم (1)، وبهذا تختلف وضعية الهيمنة عن الاتفاقات المدبرة التي تبرم بين مؤسستين أو أكثر بغرض إبعاد المنافسة بينهما والانتقال من حالة منافسة إلى حالة إتحاد، وهذا ما يؤدي إلى إعدام المنافسة في الاتفاقات خلافا لوضعية الهيمنة التي لا تنعدم فيها بالرغم من انتفاء المنافسة الفعلية، بحيث تبقى المنافسة موجودة ولكن بدرجة أقل على اعتبار أن المؤسسة المهيمنة تملك وضعية اقتصادية مفضلة وقدرة تنافسية عالية تجعلها تتفوق على باقي منافسيها (2).

يمكن أن يكون التعسف في وضعية الهيمنة ناتجا عن اتفاقات غير مشروعة بين عدة مؤسسات تهدف إلى إقصاء أحد المتنافسين من الدخول إلى السوق، وفي هذه الحالة تتشابه كلا من وضعية الهيمنة والاتفاقات المنافية للمنافسة في كونهما يتشكلان من مجموعات مستقلة في السوق، إلا أن وجود الاتفاق ليس قرينة على قيام وضعية الهيمنة، ووصف الهيمنة الجماعية يقوم حتى في حالة غياب الاتفاق بين المؤسسات، وإلى جانب ذلك فإذا كان الاتفاق المقيد للمنافسة ممنوع بحد ذاته فلا ينطبق هذا الوصف على وضعية الهيمنة الجماعية ولا تعد هذه الوضعية ممنوعة إلا إذا تم استغلالها بشكل تعسفي وفي نفس الوقت فوجود الاتفاق يعتبر عنصرا لإثبات وجود وضعية الهيمنة لأن الاتفاق في هذه الحالة يعبر عن وجود علاقة الترابط المطلوبة بين المشتركين في وضعية الهيمنة لتبني إستراتيجية منظمة في مواجهة المنافسين (3).

كما يمكن أن يكون التعسف في وضعية الهيمنة ناتج عن سلوك منفرد من قبل مؤسسة، غير أنه ومهما يكن شكله فإن القانون يحظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة قصد التأثير على المنافسة بالحد من الدخول في السوق، بتقليص مراقبة الإنتاج أو اقتسام الأسواق أو مصادر التموين، أو عن طريق عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق، لأن الصور الواردة في المادة 6 من الأمر 03-03 هي نفسها الصور الواردة في المادة 7 من نفس الأمر ما عدا الصورة المتعلقة بالسماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات وهذا بالرغم من أن تطبيق قانون

(1) قوسم غالية، التعسف في وضعية الهيمنة...، مرجع سابق، ص 48.

(2) بن حملة سامي، «مفهوم وضعية الهيمنة...»، مرجع سابق، ص 272.

(3) بعوش دليلة، «وضعية الهيمنة على السوق وإساءة استغلالها في ظل أحكام قانون المنافسة»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة

منطوري قسنطينة، المجلد 29، عدد 02، ديسمبر 2018، ص 211، 212.

المنافسة على الصفقات العمومية لا يقتصر على الاتفاقات المقيدة للمنافسة، بل يمتد إلى مجال التعسف في استعمال وضعية الهيمنة على السوق، وأراد المشرع تحقيق التوازن في العقود المبرمة بين الأطراف غير المتكافئة، وذلك من خلال منع إساءة استعمال السلطة والاحتكار لجميع أو معظم حصص السوق، لاسيما بعد ظهور المؤسسات القوية⁽¹⁾.

إن الحالات التي أشارت إليه المادة 7 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، ليست حالات حصرية وإنما حالات وردت على سبيل المثال، إذ للهيئات المختصة سلطة تقدير الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة في السوق وفقا للشروط القانونية لاسيما وأن التطورات الاقتصادية تفرز الكثير من هذه الحالات، فالمهم كما ذهب إليه الفقه هو أن يرتبط التعسف بوضعية الهيمنة وأن يؤدي إلى عرقلة المنافسة بصفة جوهرية⁽²⁾.

وعليه يقع على المؤسسة صاحبة الوضع المهيمن الالتزام الشديد بالحيطة تجاه سلوكها وهيكلتها في السوق دون باقي المؤسسات لأن هذه الأخيرة لا تتمتع بتلك الهيمنة وليس بمقدورها التأثير على السير الطبيعي للمنافسة داخله⁽³⁾، وهكذا يبرز التعسف في وضعية الهيمنة كواحدة من أخطر الممارسات على المنافسة مما استوجب على المشرع منعها ومعاقبتها، وبذلك يكون المشرع قد حدا حذو الدول المتقدمة التي على الرغم من أن المنافسة فيها حرة ومفتوحة وتمثل ضرورة اقتصادية فإن ذلك لم يمنعها من التدخل من أجل التصدي للسلوكات المخلة بالمنافسة، باعتبار أن الهدف من حظر الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة هو محاولة تحقيق التوازن في العقود المبرمة بين أطراف غير متكافئة في القوة التفاوضية، وذلك عن طريق منع إساءة استعمال القوة الاقتصادية التي يحوزها الطرف القوي وسيطرته واحتكاره لجميع أو معظم حصص السوق، وبالتالي حماية الطرف الضعيف عما ينتج من شروط تعسفية عن الهيمنة على السوق⁽⁴⁾.

(1) كتو محمد شريف، الممارسات المناهية للمنافسة ..، مرجع سابق، ص 64.

(2) بن حملة سامي، «مفهوم وضعية الهيمنة...»، مرجع سابق، ص 273.

(3) مهم أبو بكر، «عرقلة المنافسة في السوق، التعسف في استغلال الوضع المهيمن...» مرجع سابق، ص 28.

(4) ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 والأمر رقم 03/03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2004/2003، ص 93.

الفرع الثاني

التزام المتعاملين الاقتصاديين بالأحكام القانونية الخاصة بالتجميعات الاقتصادية

أدت التطورات الاقتصادية التي ظهرت في ظل العولمة إلى قلق المؤسسات الاقتصادية الصغيرة على مستقبلها الاقتصادي في البقاء والقدرة على مواجهة ضغط المنافسة، ولهذا سعى المشرع إلى البحث عن وسائل تسمح لها بالبقاء في الساحة الاقتصادية ومواجهة منافسة المؤسسات الكبرى لضمان بقائها واستمرارها من جهة، والقدرة على مواجهة الالتزامات الاقتصادية الناتجة عن التغيرات التي يشهدها النظام الاقتصادي العالمي من جهة أخرى، مما حدا بها إلى اللجوء إلى التجميع الاقتصادي باعتباره عنصراً أساسياً في تحريك الاقتصاد الوطني قصد تمكينها من مواجهة تلك المتغيرات، وتحديات مواجهة المنافسة الأجنبية⁽¹⁾.

اهتم المشرع كغيره من التشريعات المقارنة بالتجميعات الاقتصادية لأنه يمكن من منافسة المؤسسات الأجنبية القوية وتحقيق التقدم الاقتصادي والتكنولوجي، ومن ثمة فإن قانون المنافسة لا يمنع إجراء التجميعات مثلما يمنع الممارسات المقيدة للمنافسة لكن رغم فائدته على الاقتصاد الوطني عامة والمؤسسات خاصة إلا أنه قد يؤدي إلى الإضرار بالمنافسة كلما تأثرت مصلحة المؤسسات المتنافسة، ولأن الواقع أثبت أن التجميع الاقتصادي يؤدي إلى نتائج عكسية بواسطة تكوين وضعية هيمنة الذي تمكنه من السيطرة على السوق، وإن كان من أشكال الممارسات المنافسة للمنافسة إلا أن المشرع تناوله بشكل منفصل عن الممارسات المقيدة للمنافسة، لكن يبقى التجميع الاقتصادي يشكل صورة من صور التعسف في وضعية الهيمنة على السوق⁽²⁾، وإن كان الفرق بينهما مبهما في كثير من الأحيان، لذلك يتطلب الأمر الحفاظ على الجو التنافسي في السوق الوطنية، بتنظيم التجميعات الاقتصادية من خلال وضع آليات قانونية لمراقبتها كلما تجاوزت الحد القانوني⁽³⁾، الذي يتطلب ترخيص من الهيئة المختصة.

أقر تنظيم الصفقات العمومية هذه المفاهيم صراحة وأشار إلى احترام تجمع المؤسسات للقواعد المتعلقة بالمنافسة، وهو الأمر الذي أكدته المشرع في المادة 55 من القانون رقم 12-23

(1) تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي...، مرجع سابق، ص 172.

(2) بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مرجع سابق، ص 36، جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص 220.

(3) CLIQUENNOIS Martine, Droit public économique, Ellipses, France, 2001, p10.

المتعلق بالصفقات العمومية حيث تنص على أنه ¹ يمكن للمرشحين والمتعهدين أن يقدموا ترشيحاتهم وعروضهم في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات شريطة احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة².

أولى المشرع أهمية كبيرة لعمليات التجميع في قانون المنافسة من خلال إخضاعها للرقابة كلما تجاوزت العتبة القانونية المحددة قانونا وهذا رغبة منه للتصدي لكل تعسف في ممارستها، ونفس الأمر ينطبق على التجمع المؤقت للمؤسسات في إطار تنظيم الصفقات العمومية باعتباره أحد مظاهر عمليات التجميع الاقتصادي، وهي عمليات إن تركت بلا قيد كان لها أثر سلبي على المنافسة⁽¹⁾، لذا يلتزم المتعاملين الاقتصاديين في إطار تقديم عروضهم باحترام قواعد المنافسة

أولا: أشكال التجميعات الاقتصادية

يؤسس التجميع باتفاق بين أعضائه من أجل ضمان تطوره مع احتفاظ كل عضو بحقه في نصيب من الأرباح إن وجدت وكذا بحقه في منافسة باقي المؤسسات في السوق في إطار الالتزام بقواعد قانون المنافسة، وهو ما يعرف بالتركيز الاقتصادي وهو المرادف القانوني للتجميعات الاقتصادية⁽²⁾، ويعد باطلا إذ سمح التجميع بممارسة نشاط محظور مخالف لقانون المنافسة⁽³⁾.

نظم المشرع الجزائري التجميعات الاقتصادية في ظل الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، فصلا كاملا بعنوان **«التجميعات الاقتصادية»**، وإن كان في ظل الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة (ملغى)، أدرجها ضمن الممارسات المنافية للمنافسة.

نظم المشرع الجزائري التجميعات الاقتصادية من خلال 09 مواد، من المادة 15 إلى 22، ولقد أدى التطور التشريعي لقانون المنافسة إلى وضع تعريف واضح وأكثر دقة يسمح بإدراج

(1) رقرقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 190.

(2) نذكر بداية أنه يستخدم العديد من الدارسين مصطلح التركيز في حدود ما أطلعنا عليه من مراجع، ولكن ما درج عليه المشرع الجزائري وما سنعتمد عليه هو مصطلح التجميعات الاقتصادية، ولعل ما دفع المشرع إلى هذه التسمية هو إعطاء مفهوم خاص للتجميع من منظور قانون المنافسة وتفرقة عن مفاهيم متشابهة بالرغم من أن المصطلح المستخدم باللغة الفرنسية Les Concentrations économiques وتعني التركيز الاقتصادي. للتفصيل أنظر: بن حملة سامي، **«المفهوم القانوني للتركيز الاقتصادي في قانون المنافسة»**، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، العدد 36، ديسمبر 2011، ص 165 وما يليها.

(3) عروسي ساسية، **«الطبيعة القانونية للتجمع ذي المنفعة الاقتصادية في القانون الجزائري»**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد العاشر، العدد الرابع، ديسمبر 2017، ص 359.

جميع عمليات التجميع الاقتصادي خصوصا الحديثة منها إلى نطاق الرقابة، حيث صاغ مضمونها في شكل حوصلة لكافة التصرفات التي ينجم عنها التجميع إذ جاء في نص المادة 15 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽¹⁾، على أنه : "يتم التجميع في مفهوم هذا الأمر إذا:

- اندمجت مؤسستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل.

- حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها بصفة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق أخذ أسهم في رأسمال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو أي وسيلة أخرى.

أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة".

أدت حدة التنافسية الاقتصادية إلى ظهور عدة صور لظاهرة التجميع الاقتصادي، وهذه الأشكال لا تخرج عن أسلوب الاندماج، أو عن طريق اشتراك المؤسسات الاقتصادية، أو عن طريق ممارسة النفوذ الأكيد أو التجمع المؤقت.

1- اندماج المؤسسات الاقتصادية

لم يعرف قانون المنافسة أسلوب الاندماج⁽²⁾، كوسيلة للتجميع شأنه في ذلك شأن القوانين الأخرى بل اكتفى بالنص عليه في المادة 1/15 من الأمر رقم 03-03 على أنه « يتم التجميع بمفهوم هذا الأمر إذا اندمجت مؤسستان أو أكثر من قبل...».

فالاندماج هو عقد تتضمن بمقتضاه أو تمتزج شركتان أو أكثر فتزول الشخصية لكل منهما وتنتقل أصولها وخصومها إلى الشركة الجديدة⁽³⁾، أو هو قيام شركتين أو مشروعين مستقلين يتمتعان بالشخصية المعنوية بوضع اتفاق مشترك حول الإدارة الاقتصادية لمشروعاتها⁽⁴⁾.

(1) Article 430-1 du code de commerce, op, cit, www.legifrance.gouv.fr .

(2) اعتراف المشرع الجزائري بأهمية الاندماج كونه أحد أهم أساليب التجميع الاقتصادي حيث خصه بالتنظيم من خلال قانون المنافسة، وهذا تحت تسمية التجميع الاقتصادي، بالإضافة إلى ذلك تنظيمه في المواد 744 إلى 746 من رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(3) نائل المحسين أسامة، الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2009، ص 66.

(4) DECOCQ André et DECOCQ George, op, cit, p 165.

يتبين لنا من خلال هذه التعاريف أن الاندماج يعد الوسيلة القانونية الأكثر تحقيقاً للتركيز الاقتصادي، لأن الشركات المندمجة لا تفقد استقلالها الاقتصادي فحسب بل تفقد كيانها القانوني وتزول شخصيتها الاعتبارية نهائياً⁽¹⁾، حيث يعتبر سبب من أسباب انقضاء الشركة، فبموجبه يتم توحيد شركتين أو أكثر في كيان واحد⁽²⁾.

وعليه فالاندماج هو عملية قانونية ذات طبيعة تعاقدية وهو أحد أسباب تغيير البنية القانونية للمؤسسات⁽³⁾، ومهما يكن فإنه من وجهة النظر القانونية يشكل الاندماج سبباً لانقضاء الشركة المندمجة لزوال شخصيتها المعنوية فيندم وجودها القانوني حتى لو استمر مشروعها الاقتصادي ضمن قالب قانوني آخر⁽⁴⁾.

2- ممارسة رقابة مؤسسة أو ملكية الرقابة:

تنص المادة 15 الفقرة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽⁵⁾، على أنه: "يتم التجميع في مفهوم هذا الأمر إذا:

...حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها بصفة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق أخذ أسهم في رأسمال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو أي وسيلة أخرى...".

وبالرجوع إلى المادة 16 من الأمر رقم 03-03 التي تنص على أنه: "يقصد بالمراقبة المذكورة في الحالة 02 من المادة 15 أعلاه المراقبة الناتجة عن قانون العقود أو عن طرق

(1) بن مبارك مائة، «المفهوم القانوني للتركيز الاقتصادي حسب التشريع الجزائري»، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، العدد 10، جوان 2018، ص 359.

(2) أكرم محمد حسين، «أحكام التركيز الاقتصادي للمشاريع، دراسة مقارنة»، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد 32، العدد 2، ديسمبر 2017، ص 15.

(3) داود منصور، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016/2015، ص 04.

(4) بن حملة سامي، «مفهوم اندماج الشركات التجارية في القانون التجاري»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، المجلد ب، العدد 28، ديسمبر 2007، ص 251.

(5) Article 430-1 du code de commerce, op, cit, www.legifrance.gouv.fr.

أخرى تعطى بصفة فردية أو جماعية حسب الظروف الواقعة إمكانية ممارسة النفوذ الأكيد والدائم على نشاط المؤسسة لاسيما فيما يتعلق بما يأتي:

- 1- حقوق الملكية أو حقوق الانتفاع على ممتلكات المؤسسة أو على جزء منها
- 2- حقوق أو عقود المؤسسة التي يترتب عليها النفوذ الأكيد على أجهزة المؤسسة من ناحية تشكيلتها أو مداولاتها أو قراراتها⁽¹⁾.

يتضح من نص المادة أنها جاءت لتفسير المقصود بالرقابة المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 15 من قانون المنافسة حيث اعتمد المشرع الجزائري على معيار "النفوذ الأكيد والدائم" الذي يؤدي إلى التأثير الفعال في القرارات الاستراتيجية التجارية للمؤسسة بشكل دائم، من خلال التحكم في سلطة اتخاذ القرار وحقوق التصويت والتي تؤدي إلى رقابة شركة على أخرى، أو بمساهمة شركة في أخرى، أو تبعية شركة لأخرى⁽¹⁾، وهي آلية تبقى بموجبها المؤسسات متمتعة بشخصيتها المعنوية على عكس ما لاحظناه في الاندماج⁽²⁾، حيث تفقد استقلالها الاقتصادي على اعتبار أن الهدف الأساسي من السيطرة هو تركيز السلطة لدى إدارته باستغلال النفوذ في تسيير الشركة وإدارتها وفق ما يخدم مصالحه الاقتصادية⁽³⁾.

وبالتالي فمفهوم الرقابة لا يمكن حصره بسهولة، إلا أنه يمكن أن يتبين من خلال ممارسة المتدخل في السوق سيطرة حاسمة على نشاط متعامل آخر بطرق مختلفة، من معاملات مالية أو تعاقدية سواء تنتمي إلى القانون التجاري أو المدني أو يفرضها الواقع⁽⁴⁾.

3- إنشاء مؤسسة مشتركة:

تنص المادة 15 الفقرة 3 من الأمر رقم 03-03 على أنه: "يتم تجميع في مفهوم هذا الأمر إذا أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة".

(1) بوحلايس الهام، الحماية القانونية للسوق...، مرجع سابق، ص 279.

(2) لعور بدر، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق، 2013، 2014، ص 139.

(3) العايب شعبان، مراقبة التجميعات الاقتصادية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص 14.

(4) بن حملة سامي، الرقابة على التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة منتوري-قسنطينة، 2010، ص 157.

يتم إنشاء المؤسسة المشتركة من طرف مؤسستين متنافستين من أجل تحقيق أهداف مشتركة، وتؤدي وظائف مستقلة خاصة بها، فهي فرع مشترك وليست هيئة تنسيق وتعاون⁽¹⁾، باعتبارها نوعاً من المؤسسات الفرعية التي لها استقلالها القانوني، ولكنها من الناحية العملية تخضع لإدارة ورقابة لصيقة بالمؤسسة الأم، كما يخضع إنشاء الفروع المشتركة، لتطبيق المراقبة الخاصة بالتجميعات، وذلك لأنها تقتضي تحويل الملكية لكل أو جزء من أموال وحقوق والتزامات المؤسسة⁽²⁾.

إن إنشاء الفروع المشتركة هو شكل من أشكال التعاون بين المؤسسات التي تحتفظ في جل الأحوال باستقلاليتها، حيث تثير هذه العملية إشكالية تصنيف هذه الفروع، ومعرفة ما إذا كانت تجميعاً اقتصادياً أو اتفاقاً مقيداً للمنافسة، وبذلك أثارت المؤسسة المشتركة صعوبات في التفسير، لأنها تارة تكيف على أنها آلية من آليات التجميع الاقتصادي، وتارة أخرى يتم ترجمتها وتحليلها على أنها اتفاق مقيد للمنافسة⁽³⁾، والتي تشكل في كلتا الحالتين وضعية هيمنة على السوق.

وفي هذا اعتبرت المؤسسة المشتركة تجميعاً اقتصادياً حتى وإن كانت اتفاقاً ماساً بالمنافسة، والملاحظ أن المؤسسة المشتركة ليست محظورة في حد ذاتها، وإنما تعاملها المؤدي إلى إعاقة السوق وتعزيز وضعية الهيمنة للشركات الأم هي التصرفات التي تكون محل مراقبة من طرف مجلس المنافسة لهذه التجميعات، بما يعيق مبادئ المنافسة⁽⁴⁾.

ومهما يكن الفرق بينهم فإن التجميع يظهر في كونه ينشأ بفعل تجميع مؤسستين أو أكثر في حين أن وضعية الهيمنة تنشأ بفعل تفوق مؤسسة على الأقل في مواجهة منافسيها، لكن يبقى التجميع يشكل عاملاً ومصدراً لظهور وضعيات الهيمنة أو التعزيز منها في السوق الذي ينشأ فيه التركيز لاسيما وضعيات الهيمنة الجماعية⁽⁵⁾.

(1) منقور قويدر، السلطات الإدارية المستقلة المعنية بضبط التوازن بين مصالح المتعاملين الاقتصاديين وحقوق المستهلكين - دراسة مقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص: القانون العام، جامعة محمد بن احمد وهران 2015، ص 266.

(2) كتو محمد الشريف، الممارسات المناهية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 211-212.

(3) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات...، مرجع سابق، ص 199.

(4) مرجع نفسه، ص 200.

(5) بن حملة سامي، «مفهوم وضعية الهيمنة...»، مرجع سابق، ص 273.

4- تجمع المؤسسات المؤقت:

تنص المادة 3 من القانون 12-23 المتعلق بالصفقات العمومية على أنه: "يمكن أن يكون المتعامل الاقتصادي شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين ملتزمين بالصفقة إما بصفة فردية وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات".

كما تنص المادة 44 الفقرة 2 من القانون رقم 12-23 المذكور أعلاه على أنه "يمكن كل متعهد أو مرشح يتقدم بمفرده أو في إطار تجمع، الاستعانة بقدرات مؤسسات أخرى". وتأسيسا على نص المادتين فإن التجمع يتم عن طريق اتفاق مؤسستين اثنتين أو أكثر بهدف تكتيل قدراتهم التنافسية والترشح للفوز بالصفقة، وإنشاء التزام مشترك إزاء الإدارة صاحبة المشروع لتنفيذها وهذا الالتزام يكون قائما بينهم إما بالتضامن أو بالشراكة.

فتظهر جليا أهمية التجمع في الصفقات العمومية، وبالخصوص المؤسسات الصغيرة أو المتوسطة التي تتمكن من تطوير إمكانياتها، وزيادة حجمها، من خلال تركيز رؤوس أموالها واستغلال النشاط الاقتصادي من إنتاج وتوزيع واستيراد بشكل مشترك فيما بينها⁽¹⁾، وهذه المفاهيم التي أقرها تنظيم الصفقات العمومية أشارت صراحة إلى احترام التجمع للقواعد المتعلقة بالمنافسة، وهو الأمر الذي أكدته المادة 55 الفقرة 1 من القانون رقم 12-23 المتعلق بالصفقات العمومية حيث تنص على أنه "يمكن للمرشحين والمتعهدين أن يقدموا ترشيحاتهم وعروضهم في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات شريطة احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة".

وفي هذا الإطار يبرز تعريف التجمع المؤقت للمؤسسات الذي هو عبارة عن اتفاقية مؤقتة بين الشركات لانجاز مشروع مشترك ينشأ أثناء أو بمناسبة عرض مشروع أو صفقة عمومية للتنافس عليها، وهذا الاتفاق الخاص يتم تنظيمه في إطار الحرية التعاقدية بحيث لا تخضع لأي لوائح محددة فيما يتعلق بتكوينها وتشغيلها ما عدا القواعد العامة، أين يسمح قانون الشركات بتنظيم نفسها للرد على طلب عروض انجاز المشاريع التي لم يتمكنوا منها منفردا أين تشتد المنافسة فيما بينهم، وهو معمول به في جل الأنظمة القانونية المقارنة لسهولة إنشائه من دون

(1) تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي...، مرجع سابق، ص 172.

القضاء على الشخصية المعنوية للأعضاء فيه وسهولة تكتيل الجهود والإمكانات للعمل من دون تعقيدات إجرائية ومالية أو ضرورة إنشاء شخص معنوي جديد⁽¹⁾.

وما يلاحظ بداية أن التجمع المؤقت المقصود في قانون الصفقات العمومية هو التجميع في قانون المنافسة، لذلك يعتبر التجمع المؤقت من الأشكال الإضافية للتجميعات التي وجب أن يخضع لرقابة مجلس المنافسة، ورغم أن الإحالة كانت صريحة من تنظيم الصفقات العمومية إلى قانون المنافسة، إلا أنه كان من الأجدر أن يضاف التجمع المؤقت صراحة إلى الحالات المذكورة في نص المادة 15 من الأمر رقم 03-03 لأنها ذكرت أشكال التجميعات على سبيل الحصر.

نلاحظ أن المادة 15 من الأمر رقم 03-03 تناولت فقط أشكال التجميعات الاقتصادية التي تتصف بصفة الديمومة والتمثلة في الاندماج أو المؤسسة المشتركة أو حتى بالنسبة للنفوذ الدائم، إلا أن المشرع ومع خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، أغفل الإشارة إلى التجمع المؤقت للمؤسسات المشار إليه في المواد 3 و44 و55 وغيرها من القانون رقم 12-23 المذكور اعلاه، مما يجعل المادة 15 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة محل نقصان، لذلك يجب على المشرع إضافة تجمع المؤسسات المؤقت في نص المادة 15 منه.

وعلى هذا الأساس فإن كل عملية تسمح لمؤسسة أو مجموعة من المؤسسات بأن تمارس نفوذها الأکید على مؤسسة، أو مجموعة من المؤسسات الاقتصادية تعتبر ذات طبيعة تجميعية تخضع لتطبيق قانون المنافسة⁽²⁾، سواء كان هذا التجميع دائم أو مؤقت.

ثانيا: شروط حظر التجميع الاقتصادي

تنص المادة 17 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم على أنه "كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة لاسيما تعزيز وضعية هيمنة على سوق ما، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبت فيه في أجل ثلاثة (03 أشهر)".

يظهر جليا من خلال نص المادة رغبة المشرع الجزائري في حماية شرط ممارسة حرية المنافسة في السوق، وبمفهوم المخالفة يتبين أن عملية التجميع الاقتصادي لا تخضع لرقابة

(1) خليفي عبد الكريم، ساحل فاتح، النظام القانوني للتجمع المؤقت للمؤسسات وأحكام تنظيمه في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 05، العدد 01، 2020، ص 174.

(2) حماش سيلية، ساوس خيرة، «الضوابط القانونية للمنافسة في التشريع الجزائري»، دفاثر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، العدد الخامس عشر، جوان 2016، ص 418.

مجلس المنافسة، إلا إذا أدت إلى تشكيل قوة اقتصادية يكون لها تأثير محسوس على المنافسة الفعلية مما يقيدھا، وذلك بتشكيل هيمنة قوية في السوق.

سنتطرق إلى تحديد الضوابط المعتمدة لتحليل مدى سلبية التجميع الاقتصادي على المنافسة، وتتمثل هذه الضوابط في تقدير المعايير من خلال معيار تجاوز العتبة القانونية المسموح به للتجميع الاقتصادي (أولاً)، وشرط آخر هو تعزيز وضعية الهيمنة، الذي يعتبر أساساً أساساً بالمنافسة التي توضح الآثار غير التنافسية للتجميع المتمثلة في المساس بالمنافسة (ثانياً).

1- المساس بالمنافسة عن طريق تجاوز التجميع الاقتصادي العتبة القانونية

تنص المادة 18 من الأمر رقم 03-03 على أنه "تطبق أحكام المادة 17 أعلاه، كلما كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة".

من نص المادة يتضح أن عملية التجميع من شأنها المساس بالمنافسة، لاسيما تعزيز وضعية هيمنة، والتي من شأنها تغيير دائم ومستمر في تركيبة السوق، وفي ذلك مراعاة للمنافسة الحرة وتوفير الظروف المناسبة للتطور الاقتصادي⁽¹⁾.

يخضع التجميع لرقابة مجلس المنافسة، كلما كان يرمي إلى تحقيق وتجاوز عتبة قانونية معينة، تفوق نسبة 40% من المبيعات والمشتريات في سوق معينة، بعد أن كانت تقدر بـ: 30% من المبيعات المنجزة على مستوى السوق الداخلية من سلع وخدمات، في ظل الأمر رقم 95-06، وفي هذا يرى البعض أن رفع هذه النسبة هو من أجل تحفيز وتوسيع حرية التجميعات الاقتصادية كما أن عتبة 40% منطقية ومتماشية مع واقع وحال الاقتصاد الوطني، الذي مازال بحاجة إلى ظاهرة التجميع الاقتصادي لإيجابياته الاقتصادية، التي تعود بالمنفعة على الاقتصاد الوطني⁽²⁾.

استند المشرع على المعيار الكمي لتقدير التجميعات الاقتصادية، أي معيار حصة السوق بعدما كان في ظل الأمر 95-06 يأخذ بمعيار رقم الأعمال، ويعتبر هذا الأخير من بين أهم

(1) بوترفاس حفيظة، «مدى مخالفة التجميعات الاقتصادية لأحكام قانون المنافسة»، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد 07، العدد 02، ديسمبر 2021، ص 123.

(2) بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مرجع سابق، ص 36.

المعايير التي من خلالها يتم تقدير التجميعات، إلى جانب معايير أخرى يمكن لمجلس المنافسة أن يستند عليها، وحسب المرسوم التنفيذي 315-2000⁽¹⁾ تطرق إلى أهم المقاييس التي تساهم في تقدير وجود مساس بالمنافسة من عدمه، وقد أجاز في حالة استحالة اللجوء لمعيار الحصة في السوق، يتم الاعتماد على معيار رقم الأعمال⁽²⁾.

اعتبر الفقه الفرنسي أن تجاوز العتبة القانونية والمساس بالمنافسة شرط واحد، وكل واحد منهما يكمل الآخر، فتجاوز العتبة القانونية هو حتما يؤدي إلى المساس بالمنافسة⁽³⁾، فلا حديث عن المساس بالمنافسة إلا بالنسبة لعمليات التجميعات التي تجاوزت الحد القانوني، وبالرجوع إلى المادة 17 من الأمر رقم 03-03 التي أخضعت التجميعات الاقتصادية التي من شأنها المساس بالمنافسة إلى نطاق الرقابة، فضلا عن نص المادة 18 منه التي وضعت حدا قانوني لعمليات التجميع الاقتصادي، يتضح بأن المشرع الجزائري لم يجعل من المساس بحرية المنافسة كشرط مستقل بموجبه تخضع عمليات التجميع إلى نطاق الرقابة، وترخيص مجلس المنافسة، وإنما جعل شرط المساس بالمنافسة مقترن بتجاوز العتبة القانونية، وبهذا يقتصر حظر التجميع على الجمع بين أكثر من مؤسسات تنافسية تأخذ شكل تجمع وتتجاوز فيها نسبة 40% من المبيعات والمشتريات، وفي هذه الحالة تخطر مجلس المنافسة للحصول على ترخيص، وإلا كانت تصرفاتها مخالفة لقانون المنافسة.

(1) المرسوم التنفيذي 315-2000 مؤرخ في 14 أكتوبر 2000، يحدد مقاييس تقدير مشاريع التجميع أو التجميعات ج ر ج ج، عدد 61 صادر بتاريخ 18 أكتوبر (ملغى).

(2) تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 315-2000 المتعلق بتحديد مقاييس تقدير مشاريع التجميع أو التجميعات (الملغى).

"تقدر مشاريع التجميع أو التجميعات، على الخصوص، حسب المقاييس الآتية:

- حصة السوق التي يحوزها كل عون اقتصادي معني بعملية لتجميع.
- حصة السوق التي تمسها عملية التجميع.
- آثار عملية التجميع على حرية اختيار المومنين والموزعين أو المتعاملين الآخرين.
- النفوذ الاقتصادي والمالي الناتج عن عملية التجميع.
- تطور العرض والطلب على السلع والخدمات المعنية بعملية التجميع.
- حصة الواردات من سوق السلع والخدمات نفسها."

(3) داود منصور، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي...، مرجع سابق، ص 70.

2- المساس بالمنافسة عن طريق تعزيز وضعية الهيمنة

يعتبر المساس بالمنافسة شرط أساسي لتقدير التجميعات الاقتصادية وإن تعزيز وضعية الهيمنة أهم تطبيقاتها، إذ يعتبر قيامها دليل على وجود مساس بالمنافسة في السوق الذي سينشأ فيه هذا التجميع، وهو ما أشارت إليه المادة 17 من الأمر 03-03، وفي هذا حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي والأوروبي، والذي يرجع الفضل في إبرازه لاجتهادات سلطات المنافسة الأوروبية التي خلصت إلى وضع مفهوم المساس بالمنافسة كبديل عن المفاهيم التي عرفتتها تشريعاتها السابقة كمفهوم العرقلة الواضحة للمنافسة، وتعد صورة إنشاء وضعية الهيمنة في السوق أو التعزيز منها أهم مظاهر التعدي أو المساس بحرية المنافسة⁽¹⁾.

وهذا يوحي بأن كل من التجميعات الاقتصادية ووضعية الهيمنة يكملان بعضهما البعض، فمراقبة إحداها يمكن أن تغني عن مراقبة الأخرى، وعليه فإن مجلس المنافسة قد سهل على نفسه إلى حد كبير مراقبة التجميعات الاقتصادية ووضعية الهيمنة في أن واحد، فهو ملزم عند تحليله لنظام من هذه الأنظمة التطرق إلى النظام الآخر.

ومن هذا الجانب ضرورة أن تشمل الرقابة على التجميعات الاقتصادية بكل أشكالها سواء التجميع بمفهومه التقليدي الذي يشمل على الاندماج والتنازل على حصة الأغلبية لمشروع آخر، أو تكوين المشروعات المشتركة، والتجميع بمفهومه الحديث الذي يشمل كل من التكتلات أو التجمعات التعاقدية التي من شأنها أن تؤدي إلى إعاقة المنافسة في السوق لو تركت بلا رقابة⁽²⁾، وهي صورة التجمع المؤقت المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، ولم يشر إليها المشرع الجزائري في قانون المنافسة، والتجمع المؤقت في إطار صفقة عمومية، من شأنه أن يتسبب في المساس بتنافسية سوق الطلبات العمومية، وفق المادة 17 من الأمر رقم 03-03، إلا أن التجميع الاقتصادي يصبح مشروع إذا تم الترخيص له من قبل مجلس المنافسة⁽³⁾.

(1) مخائشة أمينة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة...، مرجع سابق، ص 210.

(2) حسن ذكي لينا، مرجع سابق، ص 259.

(3) للتفصيل انظر في ذلك: مرسوم تنفيذي رقم 05-219 المؤرخ في 22 يونيو 2005 يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، ج.ر.ج.ج، عدد 43 صادر بتاريخ 22 يونيو 2005.

مرسوم تنفيذي رقم 05-175 مؤرخ في 12 ماي 2005، يحدد كفايات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، ج.ر.ج.ج، عدد 35، صادر في 18 ماي 2005.

يعتبر معيار المساس بالمنافسة معيار مرن، لهذا يرجع للسلطة التقديرية لمجلس المنافسة باعتباره السلطة الموكل لها حماية المنافسة في السوق، وتقدير الآثار المحتملة للتجميع الاقتصادي، وبغية التحري من وجود التأثير السلبي على المنافسة عليه القيام بدراسة واقع السوق، قبل وبعد إتمام عملية التجميع من أجل معرفة مدى التغيرات المفترض إحداثها بموجب هذه العملية وذلك بمقارنة الآثار الحالية والمستقبلية لتلك العملية على السوق، وتحليل وضعية كل مؤسسة في السوق في وقت تقديم طلب الترخيص، ثم دراسة الآثار الاحتمالية لعملية التجميع عند إتمامها على السوق وأثارها على وضعية المؤسسات الأطراف فيها⁽¹⁾.

لا يكفي أن يقوم مجلس المنافسة بدراسة نصيب المشروعات المندمجة أو المجتمعة في السوق فقط، وإنما يجب عليه الإلمام بجميع معطيات السوق التنافسية، والأخذ بعين الاعتبار نصيب المشروعات المنافسة من ذات السوق وأهمية الاستثمارات التي تمت بواسطة المشروعات أطراف عملية التجميع ومدى تقدمها التكنولوجي، وما إذا كانت تلك العوامل سوف تؤدي إلى تبعية عملائهم بصفة مؤكدة وهي ممارسات في مجملها تشكل وضعية الهيمنة على السوق وبدورها تعكس الوجه السلبي للعملية بواسطة المساس بالمنافسة واحتكارهم السوق⁽²⁾.

وبذلك وسع المشرع من نطاق السلطة التقديرية لمجلس المنافسة بشأن التقييم، لكنه أكد على إعطاء العملية التنافسية أولوية عند اتخاذه لأي قرار باعتباره الغرض الأساسي الذي من أجله أنشئ القانون، والموازنة بين مدى مساهمة التجميع في التقدم الاقتصادي والضرر اللاحق بالمنافسة⁽³⁾، كما لا يخفى دور وسلطة قاضي الموضوع في تقدير مدى تأثير التجميع على حرية المنافسة، أو مدى مشاركته في تعزيز وضعية الهيمنة في السوق⁽⁴⁾.

ولكي يكون التجميع خاضع لرقابة مجلس المنافسة يجب أن لا يكون مستثنى بنص قانوني وهو ما نصت عليه المادة 21 مكرر والتي تم استحداثها بموجب القانون 08-12 بأنه ترخص

(1) قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 23 فيفري 2017، ص 222.

(2) حسن ذكي لينا، مرجع سابق، ص 279.

(3) بوترفاس حفيظة، مرجع سابق، ص ص 124، 125.

(4) حسن ذكي لينا، مرجع سابق، ص 257.

تجميعات المؤسسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي، وبالإضافة إلى ذلك لا يطبق الحد المنصوص عليه في المادة 18 من القانون رقم 03-03 والمقدر بـ 40 % التجميعات التي يمكن أن يثبت صاحبها أنها تؤدي لاسيما إلى تطوير قدرتها التنافسية أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، غير أنه لا تستفيد من هذا الحكم سوى التجميعات التي كانت محل ترخيص، وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 17، و19 و20 من الأمر 03-03.

وفي هذا ولتفادي مثل هذه الممارسات وشفافية إبرام الصفقة العمومية وقيامها على منافسة نزيهة، تقوم على مبادئ المنافسة، وإرسائها على معيار أحسن عرض لاختيار العارض الكفؤ، يجب على المتنافسين أن يلتزموا بالنزاهة، وإلا تعرضوا للمتابعة جراء الإخلال بالتزاماتهم القانونية، إذ يلتزمون بعدم المساس أو تقليص هيكل المنافسة وضرورة تبرير سلوكياتها بالمصلحة الشرعية والمنتاسبة، في حدود السلوك التنافسي العادي⁽¹⁾، وبخضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، أصبح على المتعاملين الاقتصاديين، الالتزام بالقواعد الموضوعية للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، بعدم القيام بأنفسهم أو بواسطة أعوان اقتصاديين آخرين بالتواطؤ، أو القيام بكل تصرف من شأنه التأثير على نمط ومسار المنافسة بما يؤدي لتشويهها، وما يؤكد هذا تصدي قانون المنافسة الممارسات لمختلف الممارسات ولأي انحراف عن السلوك العادي، الصادرة عن المتعاملين الاقتصاديين، والذي من شأنها الإخلال بالمنافسة في سوق الطلبات العمومية.

(1) مقدم توفيق، «حظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة...»، مرجع سابق، 112.

المبحث الثاني

التزام المصلحة المتعاقدة باحترام قواعد المنافسة في الصفقات العمومية

يقوم النظام العام التنافسي في إطار إبرام الصفقات العمومية على مجموعة من القواعد القانونية الآمرة التي تخضع لها كل الأطراف الرامية إلى إبرام العقد سواء المصلحة المتعاقدة أو المتعاملين الاقتصاديين العارضين لضمان ترسيخ منافسة حرة⁽¹⁾، ويمثل هذا المبدأ القاعدة العامة في دعامة الاقتصاد الحر، والذي ينبغي أن تحرص عليه الدولة ولا يتم تقييده إلا بشروط موضوعية وجدية⁽²⁾.

أدمج المشرع أحكام قانون المنافسة في قانون الصفقات العمومية، ومن خلالها كرس دور جديد للمصلحة المتعاقدة، تمثل في الالتزام باحترام قواعد المنافسة أثناء مرحلة إبرام الصفقات العمومية، وفي هذه الحالة له مفهوم آخر حيث لا يقصد به تسابق وتنافس وتصارع الأعوان الاقتصاديين العارضين لنفس السلع لجلب أكبر عدد ممكن من الزبائن، وإنما يقصد به قيام المصلحة المتعاقدة الطالبة للخدمة أو للسلعة بخلق جواً تنافسياً بين الأعوان الاقتصاديين الناشطين في مجال معين وجعلهم في تسابق وتنافس للاستجابة للطلب العمومي وتوفير ما تدعوا إليه في إطار تحقيق المصلحة العامة⁽³⁾، لضمان نجاعة الطلبات العمومية وفعاليتها، وتدعيم حكمة جيدة للمال العام، من جهة، وتدعيم القدرة التنافسية بين المتنافسين من جهة أخرى.

وفي هذا الإطار جسد المشرع منظومة قانونية متكاملة فأصبحت المصلحة المتعاقدة أثناء اختيار المتعامل المتعاقد معها مقيدة بالمبادئ المحددة في المادة 5 من القانون 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، والتي من شأنها أن تمنع أي تصرفات أو تجاوزات من شأنها تقييد المنافسة في سوق الطلبات العمومية، بالإضافة إلى ذلك فهي ملزمة أيضاً بالتأكد من مدى تحقق المعيار الذي استحدثه المشرع الجزائري ضمن أحكام قانون المنافسة والمتمثل في مدى احترام المتعامل الاقتصادي لمبدأ حرية المنافسة (المطلب الأول)، والذي من

(1) براهمي فضيلة، مرجع سابق، ص 110.

(2) عتيق حبيبة، «أهم المبادئ المؤطرة لعملية اختيار المتعامل المتعاقد»، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة يحي فارس المدينة، العدد الثاني، سبتمبر 2017، ص 109.

(3) براهمي فضيلة، مرجع سابق، ص 112.

خلاله تلتزم المصلحة المتعاقدة بالكشف عن الممارسات المنافسة للمنافسة التي يرتكبونها للحصول على الصفقة العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التزام المصلحة المتعاقدة بعدم الإخلال بالمنافسة في إبرام الصفقة العمومية

تعتبر الصفقات العمومية وسيلة في يد الإدارة لاستخدام المال العام، ووسيلة للمتعاملين الاقتصاديين معه للاستفادة من المال العام⁽¹⁾، ولهذا قد تخرج المصلحة المتعاقدة عن الغرض المرجو من تطبيق النصوص القانونية المنظمة لها، بالقيام بتجاوزات للنصوص القانونية، ولهذا تم تقييد حريتها في إبرام الصفقات العمومية، والتقييد بمبدأ المنافسة من خلال تأطير عملية إبرام العقد وعدم إتباع أسلوب الحرية التعاقدية المبنية على أساس السماح لها باختيار المتعاقد معها بحرية ودون قيود، بل تم فرض على الأشخاص العامة طرق تلتزم بإتباعها عند إبرامها الصفقات العمومية غالبا ما تبدأ بالإعلان، ثم تلقي العروض وفحصها استنادا إلى شروط موضوعية دون تمييز، ثم إرساء العقد والإعلان عن المنح المؤقت للصفقة العمومية.

بخضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، أوكل المشرع للمصلحة المتعاقدة التزامات جديدة مرتبطة بالمنافسة، إلى جانب التزاماتها التقليدية، إذ أن قانون المنافسة في المادة 02 من الأمر 03-03 المعدل سنة 2008، فرض على المصلحة المتعاقدة احترام قواعد قانون المنافسة، من مرحلة الإبرام إلى مرحلة المنح النهائي للصفقة العمومية، كما انعكست هذه المادة على قانون الصفقات العمومية بموجب المادة 5 القانون 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، والتي من خلالها أقر المبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية.

أكد المشرع على الدور الجديد للمصلحة المتعاقدة في إطار قانون الصفقات العمومية، حيث جاء محاطا بمجموعة من الإجراءات التي يمكن من خلالها ضمان تحقق مبادئ المنافسة وإرساء الصفقة على المتنافس المؤهل الفائز بها وفقا لنتائج المنافسة المشروعة، التي تستجيب من حيث المبدأ لمقومات المنافسة الحرة والمساواة وشفافية التعاملات في السوق، لتتوافق في ذلك المبادئ العامة لحرية المنافسة في قانون الصفقات العمومية مع مضامين قانون المنافسة (الفرع الأول)، إلا أن الأمر يقتضي في بعض الحالات تجاوز هذه المبادئ وعدم احترام حرية المنافسة دون أن

(1) إريزل الكاهنة، «التناسب بين المنافسة...»، مرجع سابق، ص 10.

يعتبر ذلك إخلالا منها بهذا المبدأ، بالقدر الذي يحمي المصلحة العامة، في حدود ما سمح به القانون، وهو ما أكده قانون المنافسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التزام المصلحة المتعاقدة بتكريس مبادئ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية

تعتبر مرحلة إبرام الصفقة العمومية أكثر المراحل عرضة للفساد باعتبارها تشهد تنافس كبير بين المتعهدين⁽¹⁾، لأنه وبغرض منح أحدهم الصفقة العمومية يتم خرق المبادئ والأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، وبالتالي لا يتم منح الصفقة العمومية للمتعهد الأكثر كفاءة والأقدر على تنفيذها، مما يعيق مسار منح الصفقة وفق ما يقتضيه القانون، مما ينتج عنه تقديم المصلحة الخاصة على المصلحة العامة، وهذا ناتج عن المبدأ المعروف في القانون الإداري هو حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها بالاستناد على المعيار الشخصي لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة⁽²⁾، إلا أن القانون قيد سلطات المصلحة المتعاقدة بإجراءات ومبادئ في إبرام الصفقات العمومية.

تطبيقا لقواعد حماية المال العام وحياد الإدارة، استقر كل من الفقه والقضاء على تكريس مبادئ تضمن عدم إهداره وعدم تعسف الإدارة في مواجهة المتعاملين الاقتصاديين⁽³⁾، وفي هذا حرص المشرع من خلال القانون المتعلق بالصفقات العمومية على تنظيم عملية إبرامها وتقييد المصلحة المتعاقدة في كافة مراحل إبرام الصفقة العمومية، بمبادئ خاصة بها دون سواها، ولا يمكن أن نجد لها مثيلا في أحكام قواعد القانون المدني المتعلقة بالتعاقد⁽⁴⁾.

تلتزم المصلحة المتعاقدة بضمان مبادئ المنافسة في إجراءات منح الصفقة العمومية، وقد تم الأخذ بهذا تطبيقا للقانون الفرنسي الذي أخضع الصفقات العمومية إلى احترام حرية الوصول

(1) حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013/2012، ص 2.

(2) BADIE Bleza, L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public, Thèse de doctorat, université panthéon-assas Paris II, 25 juin 2001, pp 89-105.

(3) عشي علاء الدين، مدخل القانون الإداري، الجزء الثاني: النشاط الإداري، دار الهدى، الجزائر 2010، ص 143.

(4) عزوي عبد الرحمن «خصوصية المصطلحات القانونية في وانعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية (حالة العقد

الإداري)»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 4، ديسمبر 2013، ص 418.

لطلب العمومي، والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات⁽¹⁾، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 05 من القانون 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية على أنه: "ضمان نجاعة الصفقات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يخضع إبرام الصفقات العمومية للمبادئ الآتية: حرية الوصول للطلبات العمومية، المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات".

كرس المشرع في قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة، قواعد وأسس عامة لخلق بيئة قائمة على المنافسة النزيهة لتجنب أي ممارسات مخلة بالمنافسة، فكل التصرفات المخلة بمبادئ المنافسة في مجال الصفقات العمومية تعتبر ممارسات غير مشروعة لمساسها بالمنافسة الحرة وفقا لقواعد ومبادئ حرية المنافسة وحرية التجارة والصناعة⁽²⁾، لذا سنتطرق إلى كل من مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (أولا)، ومبدأ المساواة (ثانيا)، ومبدأ شفافية إجراءات إبرام الصفقة العمومية (ثالثا)، ومبدأ المنافسة الحرة (رابعا).

أولا: التزام المصلحة المتعاقدة بمبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية

يقصد بمبدأ حرية وصول المترشحين للصفقات العمومية أن الوصول للطلب العمومي يكون حرا حيث أن حرية الوصول إلى الطلبات العمومية مضمون بعدم وجود عوائق تمنع الدخول إلى السوق أو الخروج منها بكل حرية من قبل المتعاملين الاقتصاديين⁽³⁾، وعلى المصلحة المتعاقدة أن تقف موقفا حياديا إزاء المتنافسين ولا تملك الحرية المطلقة في استخدام سلطتها التقديرية وتقدير الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعدها⁽⁴⁾، وعليها توفير جوا من المنافسة المشروعة⁽⁵⁾، بين المتقدمين بالعروض قصد التعاقد مع أحدهم دون تمييز بينهم، وحظر الممارسات والأعمال المدبرة التي تهدف إلى الحد من الدخول في العرض أو تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه

(1) article 1 du code des marches publics, www.legifrance.fr.

(2) زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص 197.

(3) Sophie Nisinski, Droit public de la concurrence, op cit, p55

(4) مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 122.

(5) علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون العام فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2012/2013، ص 194.

المتعاملين الاقتصاديين، مما يحرمهم من منافع المنافسة عملاً بأحكام المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، وفق الشروط التي تحدده المصلحة المتعاقدة ضمن دفاتر الشروط⁽¹⁾. وترتبط على ذلك فإن المصلحة المتعاقدة لا يجوز لها إقصاء متعهد أو منعه من المشاركة في الصفقة العمومية إلا على أساس شروط أو اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة أو النظام العام⁽²⁾، ويترتب عن ذلك أن حرية الوصول للطلبات العمومية لا تعني انعدام سلطة الإدارة في استبعاد غير الأكفاء وغير الصالحين للتعاقد معه، إذ أن تطبيق المبدأ بشكله المطلق يقضي بعدم استبعاد أي شخص كان من تقديم عروضه لتنفيذ الصفقة، إذ ينطوي الإطلاق على عدد من المخاطر والأضرار، باختيار المرشح الغير كفي في ذلك، ولأن الصفقات العمومية مرتبطة بتحقيق المصلحة العامة، ومصلحة الإدارة في تحقيق احتياجاتها، من خلال استغلال الأموال العمومية، والمصلحة الاقتصادية العامة من حيث المحافظة على توازن السوق بإقرار المنافسة المشروعة بين المتعاملين الاقتصاديين⁽³⁾، مما يتعين عليها التأكد مقدماً من صلاحية المتعهدين المرشحين للصفقة، حتى لا تتعاقد مع بعض المغامرين الغير كفي، فتضار بذلك المصلحة العامة⁽⁴⁾.

ولتفعيل هذا المبدأ ألزم قانون الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة بتجنب التمييز بين المتعاملين الاقتصاديين، فلا تتحيز باختيار من تدعوه ومن تستبعده، متخذة بذلك موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين، فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية.

ثانياً: التزام المصلحة المتعاقدة بإعمال مبدأ المساواة بين المتنافسين

يعتبر مبدأ المساواة أمام القانون، حق دستوري⁽⁵⁾، ينفرع عنه مبدأ المساواة في المجال الاقتصادي ليستمد منه قيمته الدستورية، ويمكن تعريفه بأنه "إيجاد الفرصة نفسها لكل من يتقدم

(1) تريعة نواره، «حدود مبدأ حرية المنافسة في إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15»، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي سي الحواس بركة، المجلد 04، العدد 02، جوان 2021، ص 312، 313.

(2) ALLAIRE Frédéric, L'essentiel du Droit des marchés publics, lextenso éditions, Paris, 2014, p24.

(3) إرزيل الكاهنة، «التناسب بين المنافسة...»، مرجع سابق، ص 9.

(4) عتيق حبيبة، مرجع سابق، ص 110.

(5) تضمنه التعديل الدستوري لسنة 2020 في نص المادة 37 "كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولهم الحق في حماية متساوية...".

إلى المناقصة دون تمييز بين طرف وآخر⁽¹⁾، فالمساواة أمام المرفق العام تقصي كل تفضيل في إسناد الصفقة، إذا هي في نفس الوقت أساس المنافسة ووسيلة لخدمتها⁽²⁾.

واستنادا إلى هذا يمكن اعتبار مبدأ المساواة التنافسية الذي تقوم عليه الصفقات العمومية بمثابة نتيجة حتمية لتطبيق مبدأين أساسيين وهما مبدأ المساواة والحياد الذي يقوم عليه المرفق العام، ومبدأ حرية الصناعة والتجارة المضمون دستوريا للأعوان الاقتصاديين والذي لا يمكن خرقه أو استبعاده تدرعا بحرية الإدارة في التعاقد بل أن هذا المبدأ يقضي بحرية المتعاملين الخواص بالاستثمار وبصفة متساوية مع المتعاملين العموميين في المجالات المفتوحة على المنافسة⁽³⁾.

تلتزم المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقات العمومية بمعاملة جميع المشاركين في طلب العروض معاملة متساوية قانونا وفعلا⁽⁴⁾، بتجسيده عبر مختلف إجراءات إبرام الصفقة العمومية، وذلك من خلال الإعداد المسبق لدفتر الشروط، من طرفها بدقة لازمة قبل كل دعوة للمنافسة، حيث يسري على جميع العارضين، وهو وثيقة تتضمن مجموعة من البنود المتعلقة بالصفقة، وكذا السياسة المتبعة في كيفية إبرام الصفقات العمومية، ولمبدأ المساواة وجهين وهي المساواة في الدخول والترشح للطلبات العمومية والمساواة أثناء دراسة العروض⁽⁵⁾، وبهذا تلتزم المصلحة المتعاقدة أعمال مبدأ المساواة بين جميع مقدمي العروض، بحيث تكون المفاضلة بينهم على أساس الكفاءة الفنية والقدرة المالية للنهوض بالمشروع موضوع التعاقد⁽⁶⁾، وفقا لمعايير غير تمييزية لها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها، وفق ما نص عليه المشرع في قانون الصفقات العمومية، وإن كان قد اشترط السيرة والسلوك الحسن في المرشحين فإن هذا لا يمس بالمبدأ، بقدر ما يعززه من خلال تشجيع المتعاملين الاقتصاديين على النزاهة والتمتع بالمسؤولية.

(1) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد...، مرجع سابق، ص 71.

(2) قدوح حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 84.

(3) براهيم فضيلة، مرجع سابق، ص 117.

(4) شريف نسرين، عمارة مريم، بوعلي سعيد، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 172. وكذلك: عوايدي عمار، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 205.

(5) CLAMOUR Guylain, Intérêt général et concurrence, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché, Thèse pour le doctorat en droit, université de Montpellier I, 18 décembre 2004, p 517.

(6) عتيق حبيبية، مرجع سابق، ص 110.

يسفر تطبيق مبدأ المساواة بين المتنافسين في مجال الصفقات العمومية أمام قانون المنافسة، التزام المصلحة المتعاقدة معاملة الأشخاص الذين يوجدون في مركز واحد معاملة واحدة، فتقديم عرض من شخص عام لا يبرر استبعاده من الخضوع لإجراءات الشفافية والمنافسة، مما يسفر عنه تطبيق قانون المنافسة على المتعاملين الاقتصاديين العموميين الممارسين للنشاط الاقتصادي في السوق، بالشكل ذاته الذي يطبق به على الخواص، دون أي تمييز بينهم، لضرورة إقامة منافسة متساوية لكلا من المتعامل العمومي والمتعاملين الخواص، والتي يفرضها شمولية المبدأ سواء من الناحية الموضوعية أو من الناحية الهيكلية⁽¹⁾.

وفي ظل ما يتمتع به المتعاملين الاقتصاديين العموميين من امتيازات، فإن خطر تعسفهم في وضعية الهيمنة يزداد نتيجة توظيفهم لامتيازاتهم⁽²⁾، لذا فإن معادلة شروط المنافسة يعني عدم إمكانية الأشخاص المعنوية العامة الناشطة في الحقل الاقتصادي استغلال امتيازات السلطة العامة لمنافسة المتعاملين الاقتصاديين الخواص، ويكون ذلك من خلال إنشاء مراكز مالية متساوية بين المتعاملين الخواص والعموميين⁽³⁾.

وإذا كانت الحكمة من تطبيق هذا المبدأ تقتضي عدم وجود المحاباة بين المتعاملين الاقتصاديين مع الإدارة وضمان صلاحية وكفاءة من يرغب في التعاقد تحقيقاً للمصلحة العامة، فإن المساواة هنا ليست مساواة مطلقة، إذ أن الإطلاق من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة من خلال دفع الإدارة للتعاقد مع مقدم العطاء رغم سوء سمعته المهنية، وعدم كفاءته مما ينعكس على أدائه لالتزاماته التعاقدية بالسلب، لذلك يعطل أعمال مبدأ المساواة عندما يتدخل القانون ليرتب استثناءات مبررة، استناداً إلى اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، والتمييز في المعاملة هنا يمثل استثناءً حقيقياً على مبدأ المساواة، وهذا الاختلاف والتمييز يظهر بالنظر إلى الهدف الذي يتوخى المشرع تحقيقه، على أن لا يتجاوز التمييز حداً معيناً، على اعتبار أنه يجب التوفيق دوماً بين مقتضيات استمرار المرافق العامة، وبين مبدأ المساواة المقررة في اللعبة التنافسية⁽⁴⁾.

(1) براهيمى فضيلة، مرجع سابق، ص 116.

(2) وفي هذا الإطار، يتم التمييز بين نوعين من الامتيازات، يتمثل النوع الأول في تلك ذات العلاقة بالنظام القانوني للشخص العمومي، أما النوع الثاني، فيظهر من خلال العلاقة بالدولة.

(3) براهيمى فضيلة، مرجع سابق، ص 117.

(4) تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي...، مرجع سابق، ص ص 27-28.

ومما سبق يتضح أنه يجب أن تلتزم المصلحة المتعاقدة بمعاملة مختلف المتعاملين الاقتصاديين على قدم المساواة، وأن لا يكون أحدهم متميزا أكثر من غيره للتدخل في سوق الطلبات العمومية، ويعني هذا تطبيق نفس المعاملة على نفس الأشخاص الذين تشابهت ظروفهم وأوضاعهم، بحيث لا يتم إعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الآخر، أو إضافة شروط أو حذفها أو تعديلها بالنسبة للبعض الآخر، والحكمة من تطبيق مبدأ المساواة هو ضمان الكفاءة، وإضفاء الشفافية على الصفقة⁽¹⁾، في حدود ما تتضمنه المصلحة العامة وضروريات التطور الاقتصادي، فاتجهت التشريعات القانونية إلى تليين مبدأ المساواة، بالنص على أحكام قانونية أمرت باستلزام الأخذ بها، لأن المصلحة العامة تعلوا على كل المصالح الأخرى.

ثالثا: تكريس شفافية إجراءات إبرام الصفقة العمومية

يعتبر مبدأ شفافية الإجراءات الوسيلة التي من خلالها يمكن الوصول إلى تحقيق مبادئ الصفقات العمومية، إذ له أهمية بالغة في تجسيد المبادئ السابقة، ومفاده أنه يجب أن تكون إجراءات إبرام الصفقات العمومية واضحة من خلال وضوح وبساطة النصوص القانونية، ومدى سهولة وتكامل وأمان إجراءاتها عند تطبيقها عمليا⁽²⁾، بحيث يرى الجميع الصورة الحقيقية لعملية إبرام الصفقات العمومية بشكل يفعل نجاعة الطلبات العمومية، بضمان المنافسة الشريفة بين الأعوان الاقتصادية المتدخلة في السوق بما يضمن السير العادي لآلياته، أين تلتزم المصلحة المتعاقدة بإعداد دفتر الشروط الذي يتضمن شروط المشاركة في الصفقة العمومية، والإعلان عنها بالوسائل المتاحة، مما يمنع الرشوة والمحاباة فيها، ويجنبها تبديد الأموال العمومية⁽³⁾.

كرس المشرع في المادة 09 من القانون 01-6⁽⁴⁾ التي حثت على ضرورة إنشاء نظم إبرام الصفقات العمومية تقوم على الشفافية، وهذه المكانة تبرر تفعيله في كامل المسار الإجرائي لإبرام

(1) محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2010، ص 62.

(2) خلف الله شمس الدين، سعدي حيدرة، الشفافية كآلية للوقاية من الفساد في تنظيم الصفقات العمومية، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 14، العدد 3، 2021، ص 455.

(3) صابحي ربيعة، «حدود تدخل الدولة في المجال الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 02، 2010، ص 121.

(4) قانون رقم 01-06 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، معدل ومتمم.

الصفقات العمومية، لاسيما من خلال الحرص على تحديد الحاجات، تحديدا دقيقا وواضحا لأن وجود الصفقة أساسا مرتبط بما تسفر عنه عملية تحديد الحاجات من نتائج⁽¹⁾.

تحدد شفافية إبرام الصفقة العمومية، من خلال الحرص على علانية المعلومات، والتقييد بنصوص القانون المنظمة لهذه المسألة، من ذلك وجوب علم المتعاملين الاقتصاديين بالطلب العمومي علماً كافياً وضروريا لبناء تصوراتهم عن حاجات المصلحة المتعاقدة، وتحديد قدراتهم في المنافسة، ويدخل هذا في إطار دور المعلومة في خلق منافسة حقيقية، ينتج عنها النزاهة في منح الصفقة وحصول المصلحة المتعاقدة على أحسن العروض وفق المعايير القانونية التي أجازها⁽²⁾.

سمح المشرع بتوسيع تكريس مجال شفافية إبرام الصفقة العمومية حيث أنه نص على تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية في الفصل الثاني: البوابة الإلكترونية، القسم الثاني: تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية من القانون رقم 23-12 يحدد الأحكام العامة بالصفقات العمومية، بحيث لها تأثير كبير بزيادة عدد المتنافسين الراغبين في التعاقد مع الإدارة لتمتعها بالسرعة وبساطة إجراءات طلب العروض وهو ما يؤدي إلى فتح باب المنافسة أمام أكبر قدر من المرشحين⁽³⁾، وهو ما يسمح بخلق مجال واسع للمنافسة وتطوير فعالية طرق التعاقد⁽⁴⁾، ليتم حسم مسار الصفقة العمومية على أساس معايير موضوعية، بتخصيصها للمتعاقد الاقتصادي الذي سيقدم أحسن عرض فتلتزم المصلحة المتعاقدة بالشروط والكيفيات المحددة قانونا.

وبهذا فإن قانون الصفقات العمومية الجديد نص على مجموعة من الإجراءات والتدابير الكفيلة لمواجهة الممارسات غير القانونية التي قد تطرأ على الصفقة العمومية، بغرض توكي أقصى قدر من الشفافية في مجال منح الصفقات العمومية لمن يستحقها⁽⁵⁾، ويقع على المصلحة المتعاقدة الالتزام بالابتعاد عن أي سلوك من شأنه منع تكريس شفافية إجراءات إبرام الصفقة، والتي قد تشكل ممارسات منافية للمنافسة، بمفهوم قانون المنافسة، لذا من الواجب احترام حسن

(1) دراج عبد الوهاب، ضريفي نادية، «دور أعمال المنافسة في مرحلة...»، مرجع سابق، ص 18.

(2) ديب محمد، «امتدادات جربة المنافسة...»، مرجع سابق، ص 130، 131.

(3) BEAUGÉ Thierry, Op.cit, P31.

(4) ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 117.

(5) عبد الرحيم نادية، «الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته على ضوء قانوني الفساد والصفقات العمومية»،

مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، العدد 09، سبتمبر 2015، ص 192.

اختيار الأطراف المتدخلة في إبرام الصفقات العمومية، وذلك من خلال ضمان كفاءتهم العلمية وحيادهم ونزاهتهم، وفي هذا السياق عزز المشرع ضمن قانون الصفقات العمومية الجديد كفاءة الموظفين العموميين بتنمية قدراتهم وتكوينهم، ضمن مشمولات تجسيد قواعد النزاهة ومدونة أخلاقيات المهنة الأعوان العموميين المتدخلين في إبرام الصفقات العمومية⁽¹⁾.

رابعاً: التزام المصلحة المتعاقدة بإعمال مبدأ حرية المنافسة

لم يتطرق المشرع الجزائري في المادة 05 من القانون 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية صراحة إلى مبدأ حرية المنافسة، وإنما أشار إليه بطريقة ضمنية، إذ أنه يمكن أن يعتبر مبدأ حرية الوصول للطلبات ومبدأ المساواة، كمبادئ تحمل في طياتها المنافسة، لأن أول تجسيد للمنافسة هو إعلام الجميع عن الصفقة العمومية، وإن كان المشرع قد أغفله، إلا أنه كرسه من خلال خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، فإعماله يعد من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية، وركن من الأركان التي يقوم عليها نظام اقتصاد السوق القائم على تعدد العروض لتعدد الطلبات، مما يعني الحرية الاقتصادية.

إن تحرير الطلب العمومي يقع ضمن مبررات التحرير الاقتصادي وضمن دائرة الانسجام وقواعد المنافسة المتضمنة في أحكام الأمر 03-03 وهو ضرورة حتمية استوجبها نظام اقتصاد السوق، فليس من المعقول أن نواصل الاعتقاد أن الصفقات العمومية مبنية على بديهيات أخرى غير بديهية فتح السوق على المنافسة، لذا من الواجب البحث عن سبل ووسائل الحفاظ على إنماء النظام العام التنافسي عند إبرامها، ويتحقق ذلك بإلزام المصلحة المتعاقدة باحترام قواعد المنافسة في اختيارها للمتعاقد الاقتصادي الذي ستتعاقد معه⁽²⁾، والامتناع عن خلق أو ترسيخ أي جو غير تنافسي، ولا يجوز إبعاد أي مترشح من خلال اللجوء إلى شروط أخرى لم ينص عليها القانون⁽³⁾.

إن تحديد المنافسة في مجال الصفقات العمومية لا يمكن بحال أن يخرج عن الدلالة العامة لمفهوم المنافسة في قانون المنافسة، كما أن آلية عملها لا يمكن أن تختلف عن متطلبات وظروف عمل المنافسة بالشكل الذي يفرضه قانون المنافسة، وبهذا أصبحت المصلحة المتعاقدة تخضع

(1) المادة 65 القانون 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) براهمي فضيلة، مرجع سابق، ص 110، 111.

(3) MAMAVI Olivier, Les coulisses des marchés publics, éditions L'harmattan, Paris, France, p26.

et Voir aussi: LAJOYE Christophe, Op.cit, p71.

للرقابة وفق للتشريع المتعلق بالمنافسة، نظرا لارتباط الصفقة العمومية بالمال العام للدولة، من تم فإن التزامها بإعمال المنافسة في مجال الصفقات العمومية يتحدد بمدى التزامها بكافة إجراءات إبرام الصفقة العمومية على اعتبار أن هذه الإجراءات تأتي تحقيقا لمتطلبات المادة 5 من قانون الصفقات العمومية⁽¹⁾، والتي وردت متوافقة بما يتوافق تماما مع نص المادة 02 من أحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، والتي تلزم المصلحة المتعاقدة بالامتناع عن القيام بممارسات منافية للمنافسة، وهذا ما يعكس اتجاه المشرع لتعميق آليات السوق، والحرية الاقتصادية بتكريسها في أجهزة الدولة وإدخالها في المجال الإداري، ومن ثم إلزام المصلحة المتعاقدة باحترام المنافسة الحرة ومراعاتها أثناء إبرام الصفقات العمومية⁽²⁾، ووفقا لما يقتضيه قانون المنافسة.

ومن هذا الجانب يقع على المصلحة المتعاقدة الالتزام بتجسيد حقيقي لمبدأ حرية المنافسة، وذلك باختيار المتعامل الاقتصادي على أسس موضوعية، لذا تعد كل مخالفة من جانب المصلحة المتعاقدة لهذه القاعدة انحرافا عن سلطتها في تحقيق الصالح العام، ما قد يؤدي إلى نشوب نزاعات بينها وبين المرشحين، قد تصل إلى حد بطلان الصفقة، تأسيسا على عدم مشروعية الصفقة المخالفة لمبدأ حرية المنافسة⁽³⁾، ما يعني أن المنافسة لم يعد ينظر إليها كمبدأ في حد ذاته، بل وسيلة لتحقيق غاية أسمى هي حماية الاقتصاد الوطني من التجاوزات غير المشروعة، وهكذا فرض هذا المبدأ نفسه كآلية حمائية يضاف إلى جملة المبادئ القانونية المنصوص عليها في المادة 05 من قانون الصفقات العمومية الهادفة إلى استخدام الموارد العمومية استخداما عقلانيا ورشيدا⁽⁴⁾، والتوفيق بين نجاعة الطلب العمومي وترشيد النفقات العمومية.

في العلاقة بين قواعد قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية فإن عدم احترام قواعد المنافسة من طرف المصلحة المتعاقدة، يؤدي إلى الإخلال بالمساواة بين المتنافسين، كما يترتب على التواطؤ بين المؤسسات عند تقديم العروض إلى الحيلولة دون المساواة بين المرشحين⁽⁵⁾،

(1) ديب محمد، «امتدادات حرية المنافسة...»، مرجع سابق، ص 135.

(2) عطوي مريم، بن الشيخ نور الدين، «قواعد المنافسة في إطار...»، مرجع سابق، ص 100.

(3) بومقورة "م" بزاحي سلوى، «مخالفة مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية - دراسة مقارنة-»، المجلة الأكاديمية للبحث

القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، المجلد 15، العدد 01، 2017، ص 292.

(4) كتو محمد شريف، «حمية المنافسة...»، مرجع سابق، ص 73.

(5) مرجع نفسه، ص 77.

وهي العلاقة التي أكدها قانون المنافسة لإبقاء المنافسة فعالة في إبرام الصفقات العمومية، وقمع كل تصرف يعرقل إجراءاتها، وهو ما يؤكد أنهم يتقاطعان في العديد من المفاهيم المشتركة خاصة على مستوى المبادئ المؤسسة والضامنة لمبدأ حرية المنافسة.

وإن كانت العلاقة بين قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة يمكن إظهارها من خلال وجود مصلحتان متعارضتان ومتلازمتان في نفس الوقت مصلحة الإدارة في تحقيق احتياجاتها العامة من خلال استغلال الأموال العامة باللجوء إلى إبرام الصفقة العمومية، ومن ثمة تحقيق المصلحة الاقتصادية العامة بالمحافظة على توازن السوق وإقرار المنافسة المشروعة بين المتعاملين الاقتصاديين⁽¹⁾، بالاستناد للقواعد الموضوعية لقانون المنافسة، وباعتبار هذا الأخير قانون ضبط، وظيفته الأساسية حفظ النظام العام الاقتصادي، بحماية الحرية التنافسية باسم المصلحة العامة، بين المتنافسين، بحرية دخولهم لسوق الطلبات العمومية، بتضمين قواعد تخلق التوازن في السوق من خلال مجموعة من الضوابط والممنوعات التي تفرض على المتعاملين الاقتصاديين التقييد بها في إطار اللعبة التنافسية⁽²⁾.

وبهذا فإن مقتضيات المصلحة العامة بينت ضرورة العمل بالأحكام القانونية لقانون المنافسة باعتبارها قيمة اقتصادية قانونية موجهة للعلاقات الاقتصادية في اتجاه النجاعة الاقتصادية، لأن قانون المنافسة ليس عبارة عن مجموعة من الآليات الملزمة الهادفة إلى تأطير السلوكيات في السوق⁽³⁾، بل إن قواعده تظهر أن المنافسة تقوم على مكونات أساسية، تخص حرية دخول المؤسسات لسوق الصفقات العمومية، دون عراقيل تأسيسا على مبدأ تكافؤ الفرص، وحرية نشاط المؤسسات المرشحة للصفقات العمومية، دون القيام بممارسات مخلة بالمنافسة.

وعلى ذلك يمكن القول أنه إن كان هذين القانونين يختلفان من حيث الآليات والمواضيع التي يعالجانهما، فإنهما يتقاطعان من حيث الأهداف المراد تحقيقها، وبهذا فإن قانون المنافسة في مجال الصفقات يسمح بضمان حماية المال العام لنجاعة الطلبات العمومية، لكن الغرض منه ليس

(1) إريزيل الكاهنة، «التناسب بين المنافسة...»، مرجع سابق، ص 9.

(2) المادة 03 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم^{'''} إلى أن الهدف من الضبط هو تدعيم وضمان توازن قوى السوق، وحرية المنافسة، ورفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إليها وسيرها المرن، وكذا السماح بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أنواعها وذلك تطبيقاً لأحكام هذا الأمر^{'''}.

(3) سفير حاجة كحلة، مرجع سابق، ص 62.

مراقبة المصلحة المتعاقدة، بل حماية الإدارة ذاتها من المتعاملين معها، الذين قد يلجئون للتواطؤ للإخلال بقواعد منح الصفقات العمومية، فقانون المنافسة يخاطب المؤسسات المتنافسة المتقدمة بالعروض، سواء كانت أشخاص طبيعية أو معنوية، التي تقوم بممارسات مقيدة للمنافسة، على أن كل ممارسة تجد حيزاً متميزاً عن سابقتها باختلاف نوع الصفقة، وكذا اختلاف القائمين عليها، بما يدعم إمكان قيام عمليات تواطؤ بين المتعاملين الاقتصاديين، والمصلحة المتعاقدة⁽¹⁾، حيث أن مشاركة هذه الأخيرة تحول الوضع من تواطؤ إلى فساد، وخضوع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة أدى إلى نشأة فرع جديد من القانون ألا وهو القانون العام للمنافسة، والذي يمكن تعريفه على أنه قانون تأثير الإدارة على حرية المنافسة وبالخصوص على الممارسات الغير مشروعة⁽²⁾.

الفرع الثاني

تجاوز المصلحة المتعاقدة قواعد المنافسة في إبرام الصفقات العمومية

أوكل المشرع دور جديد للمصلحة المتعاقدة بالخضوع للقواعد الموضوعية لقانون المنافسة، بهدف نجاعة الطلبات العمومية، وحماية المال العام، إلا أن هذه الالتزامات لا يمكن التقيد بها بشكل مطلق، والمنافسة لا تعد بحد ذاته مبدأ مطلق، فالتطبيقات التي يفرضها هذا المبدأ ينبغي أن تتلاءم مع مقتضيات الصالح العام، لأنها أصبحت في واقع الأمر أحد مكونات ومقومات الصالح العام، عن طريق مساهمتها في إثراء دولة القانون، فأصبحت بذلك تصالح بين الصالح العام والمصلحة الخاصة للأفراد⁽³⁾.

أقر المشرع مجموعة من الإجراءات التي تسمح بتجاوز القواعد الموضوعية لقانون المنافسة، ذلك أن العمل بها يبقى محدود في أطر قانونية يحددها النص (أولاً)، كما قد تكون لأسباب عملية، تفرض على المصلحة المتعاقدة تجاوزها، بفرض شروط منافسة معينة وقصرها

(1) GRALL Jean- Christophe et LE MORHEDEC Erwan, «Marches publics et concurrence: liberté, égalité, transparence», Revue Lamy droit des affaires, N°75 octobre. 2004, P16.

(2) «Le droit public de la concurrence peut donc se définir comme le droit de l'influence de l'administration sur le jeu de la concurrence et plus particulièrement sur les pratiques anticoncurrentielles», Voir NICINSKI Sophie, Droit public de la concurrence, op.cit, p.14.

(3) خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2000، ص 108.

الباب الأول الإطار القانوني لخضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

فقط على من تتوفر فيهم شروط محددة يحددها النص أو الإدارة⁽¹⁾، (ثانياً)، فتستبعد المصلحة المتعاقدة احترام قواعد المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، وتلتزم بالالتزامات التقليدية فقط، والتي فيها تستبعد أحكام قانون المنافسة، وتضمنت هذه الأحكام كل من قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية.

أولاً: التبريرات القانونية

جعل المشرع من وجود نص قانوني اتخذ تطبيقاً له استثناء على مبدأ حظر الممارسات المنافية للمنافسة، وذلك لسببين ضمان الاستقرار التشريعي الذي يعد أهم عوامل التطور الاقتصادي، وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتضرر من الممارسات المنافية للمنافسة⁽²⁾، ويتوقف تطبيق هذا الاستثناء على توفر شرطين هما: التحقق من وجود نص قانوني يتيح الممارسة المقيدة للمنافسة وأنه نتج حتماً عنها، وضرورة وجود علاقة بين النص القانوني والممارسة المخلة بالمنافسة، ما يحدد إباحة ذلك التصرف لاعتبارات قانونية، وهو ما أكدته نص المادة 09 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽³⁾، فالممارسات المستثناة من الحظر "نتيجة عن نص تشريعي أو تنظيمي..."، ومن هذا يمكن وصف هذا الاستثناء بأنه استثناء مباشر وعام⁽⁴⁾.

فهو استثناء مباشر كون الاستفادة منه لا تتطلب الحصول على ترخيص من قبل مجلس المنافسة بعد تقديم طلب بذلك، وإنما تستمد الممارسات المعنية مشروعيتها مباشرة من النص التشريعي أو التنظيمي المعني، أما من حيث كونه استثناء عاماً، فإنه لم يحدد بصفة حصرية القطاعات المعنية بهذا الاستثناء أو أصناف هذه الممارسات من حيث مضمونها، وإنما تركها

(1) بوعمران عادل، الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية وحالاته وأثاره، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول: الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، يومي 24 و25 أبريل 2013، ص 36، 37.

(2) مخانشة أمينة، الممارسات المنافية للمنافسة: بين الحظر والإباحة، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، العدد الأول، ديسمبر 2016، ص 26.

(3) L'article L420-4: « ne sont pas soumises aux dispositions des articles L420-1 et L420-2 les pratiques: qui résultent de l'application d'un texte réglementaire pris pour son application » . voir: code de commerce, op, cit, www.legifrance.gouv.fr .

(4) هذا الاستثناء لم يشر إليه المشرع الجزائري في الأمر رقم 06-95 الملغى والمتعلق بالمنافسة، وإنما جاء في إطار الأمر رقم (03-03 معدل ومتمم).

واسعة عامة⁽¹⁾، لتحقيق أهداف معينة يمكن أن تتعارض مع سياسة دعم المنافسة الحرة، وهذا التعارض يتم إزالته باستثناءات تشريعية معينة لبعض الأنشطة من أجل الصالح العام⁽²⁾.

كما تخرج المصلحة المتعاقدة عن تطبيق قانون المنافسة في حالة أداء مهام المرفق العام، وامتيازات السلطة العامة، وفي هذا تنص المادة 2 من الأمر 03-03 على أنه "... غير أنه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام، أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة".

وبالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية نجده فصل في ذلك، إذ يجوز للمصلحة المتعاقدة عدم احترام القواعد الموضوعية لقانون المنافسة، والتميز في اختيار المتعاملين الاقتصاديين، وتقليص حظوظ المتعاملين الاقتصاديين في الوصول إلى الطلبات العمومية، من خلال الإقصاء والمنع من الدخول للصفة العمومية على بعض المرشحين، وتكريس مبدأ الأفضلية الوطنية، وهذا لاعتبارات المصلحة العامة، وهو ما أكدته المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

1- الإقصاء من المشاركة في الصفة العمومية

القاعدة المستقرة في إبرام الصفقات العمومية هي عدم جواز حرمان أي شخص من التقدم بعطاءه، إلا إذا كان لهذا الإجراء سنده من القانون، ويترتب على قرار الإدارة من حرمان إحدى المتنافسين من الدخول للصفة العمومية، عدم قبول العطاءات التي يتقدم بها هذا المتنافس حتى ولو كان عطاؤه مستوفي لكل الشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة⁽³⁾.

رغم أهمية المبادئ الأساسية التي تحكم إبرام الصفقات العمومية وما تشكله من حماية للمنافسة، إلا أن المشرع وضع قيودا تقتضيها المصلحة العامة⁽⁴⁾، يترتب على أعمالها منع فئات معينة من المشاركة في الصفة العمومية فبمجرد توافر إحدى الحالات فإن الشخص سواء كان طبيعياً أو معنوياً يقصى من المشاركة في الصفة العمومية، فلا يتقدم لطلب العروض مما يؤدي إلى تقليص عدد المتنافسين، سواء بالحرمان الجزائي، أو المنع من الصفة العمومية.

(1) بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق، مرجع سابق، ص 258.

(2) بوعرورة روميلة، مرجع سابق، ص 67.

(3) جابر جاد ناصر، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 64-65.

(4) تريعة نواره، مرجع سابق، ص 324.

أ - الحرمان الجزائي

أشار المشرع الجزائري في قانون المنافسة على أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة إقصاء المرشحين التي من شأنها الإخلال بالمنافسة إذ تنص المادة 6 من الأمر رقم 03-03 على أنه " تحضر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال منها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لاسيما عندما ترمي إلى:

- السماح بمنح الصفقات العمومية لفائدة أصحاب الممارسات المقيدة للمنافسة".

يعد الإقصاء في هذه الحالة مبررا بالمصلحة العامة، التي من الممكن أن تتضرر جراء منح الصفقة لمتعامل يحتكر السوق أو يؤدي إلى اختلال المنافسة، أو إذا كان يخشى من سوء تنفيذ الصفقة وعدم ضمان النوعية، بسبب انخفاض العرض المالي بشكل غير معقول.

بالإضافة إلى هذه الحالات المحددة، نص المشرع على حالة إقصاء المرشحين في قانون الصفقات العمومية، والتي وردت أكثر تفصيل، وتضمنت المادة 51 من القانون 23-12 الذي يحدد القواعد العامة بالصفقات العمومية، على أنه "لا يمكن إبرام صفقات عمومية مع أشخاص كانوا محل تدابير إقصاء، منصوص عليها في هذا القانون، والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه" ولكن لم يحدد حالات الإقصاء، وبالرجوع للمادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 نجدها حددت الحالات التي تقضي فيها المصلحة المتعاقدة المرشحين، حيث تنص " يقضى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديين:

- الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ الصفقة العمومية، قبل نفاذ أجال صلاحية العروض حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و 74 أعلاه،
- الذين هم في حالة الإفلاس أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،
- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية، أو الصلح،
- الذين كانوا محل حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهته المهنية،

- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية،
- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم،

- الذين قاموا بتصريح كاذب،
- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع،
- المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم،
- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة،
- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي،
- الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم...¹

واستنادا على هذا يمكن القول أن الإقصاء هو حرمان العارض من الدخول للمنافسة، بسبب توفر إحدى حالات الإقصاء المنصوص عليها قانونا، واستبعادهم يضمن عدم دخول الغير مرغوب فيهم في عمليات طلب العروض، وحصر مجال المنافسة فقط على المتعاملين الاقتصاديين الذين يوجدون في حالة سليمة ونظامية، مما يفرض الصرامة على المتنافسين والجدية في التعامل مع المصلحة العامة كإجراء وقائي، وبالتالي ضمان تنفيذ المشروع أو تقديم الخدمة أو توريد السلعة على الوجه الأكمل، ويكون هذا الإقصاء إما مؤقت وإما بشكل نهائي⁽¹⁾. وبهذا فإن عدم توفر حالة من حالات الإقصاء المذكورة أعلاه يمنع على المصلحة المتعاقدة أن تقصي من المشاركة في طلب العروض أي مرشح تتوفر لديه الشروط القانونية للترشح، فمبدأ حرية وصول المرشحين لسوق الصفقات العمومية هو أحد الأسس التي تقوم عليها المنافسة الشريفة والتي كرسها قانون المنافسة.

ب - المنع من الصفقة

يقصد بالمنع من الصفقة منع القانون بعض الفئات من المتعاملين الاقتصاديين من حق المشاركة في الصفقات العمومية بموجب نصوص قانونية صريحة⁽²⁾، وفقا لما تنص عليه المادة

(1) قرار وزاري المؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد كليات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر ج ج، عدد 24 صادر بتاريخ 20 أبريل 2011.

(2) بن دعاس سهام، «حق المتعامل الاقتصادي في المشاركة في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري»، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 09، العدد 02، أكتوبر 2021، ص 1217.

62 من الأمر رقم 96-31 المؤرخ في 30 ديسمبر 1996 المتضمن قانون المالية لسنة 1997 على أنه "كل شخص حكم عليه قضائياً بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب تورطه في الغش الجبائي يمنع من المشاركة في الصفقات العمومية ولمدة عشر سنوات".

لهذا السبب يتم إدراج شرط تقديم صحيفة السوابق القضائية بالنسبة للشخص الطبيعي أو المدير العام للمؤسسة إذا تعلق الأمر بشخص معنوي، كما يمنع من عقد الصفقة العمومية كل شخص معنوي خالف أحكام الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 9 جويلية 1996 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج في مادته 05 على أنه تطبق على الشخص المعنوي الذي ارتكب هذه المخالفة على أنه: "...وفضلاً على ذلك يمكن للجهة القضائية أن تصدر ولمدة لا تتجاوز 5 خمس سنوات إحدى العقوبات التالية:

- المنع من مزاولة عمليات التجارة الخارجية
- المنع من عقد صفقات عمومية...".

يكون المنع من المشاركة في المنافسة في مجال الصفقات العمومية منعا من تفضيل المصلحة الخاصة على المصلحة العامة للدولة⁽¹⁾، ويختلف الحرمان عن المنع إذ أن هذا الأخير هو منع المتنافسين من الدخول إلى الصفقات العمومية على سبيل الجزاء المستند إلى نص قانوني بناء على أخطاء تم ارتكابها في معاملات سابقة مع المصلحة المتعاقدة، ويكون المنع الجزائي في شكل عقوبة أصلية أو تبعية توقع على الراغب في دخول الصفقة العمومية⁽²⁾، أما الحرمان الوقائي فتقوم الإدارة بإصدار قرار إداري بمقتضى سلطتها التقديرية تقدر حرمان الشخص من الصفقة لأسباب تتصل بالمصلحة العامة، قد يكون هذا المنع منصوص عليه قانوناً وذلك إذا قدر القانون ضرورة منع الأشخاص محددين بصفاتهم من دخول الصفقة، ومن ذلك حظر دخول الموظفين العموميين في الصفقة العمومية، ويعتبر هذا الحظر مؤقتاً إذ يزول بزوال سببه وهو انتهاء الرابطة الوظيفية بين الموظف والإدارة، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك⁽³⁾.

(1) تريعة نواره، مرجع سابق، ص 326.

(2) بوالجدي محمد أمين، بوسعدية رؤوف، «تكريس مبدأ المنافسة والمبادئ المكملة له في المرسوم الرئاسي 15-247»، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمار ثلجي الأغواط، العدد الخامس، ماي 2019، ص 56.

(3) تريعة نواره، مرجع سابق، ص 326.

رغم أن الحرمان والمنع من دخول الصفقة العمومية لأحد المرشحين ينطوي على التمييز بين المرشحين، غير أن هذه المخالفة، تقوم على فكرة حماية الصالح العام من مرشح يخشى أن يتسبب بإهدار المال العام في حالة ما إذا تم اختياره، إذ يحمي الإقصاء الصفقة العمومية من أن تمنح لمتعهد غير كفاء من الناحية الأخلاقية، وكذا المالية والمهنية، مما يجعله الأداة الفعالة التي تستعملها المصلحة المتعاقدة في تكريس وتجسيد المبادئ التي تقوم عليها الصفقة العمومية، ومنع أي تلاعب وعدم الجدية واللامبالاة بالنسبة للصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة، والحفاظ على المصلحة العامة والمال العام⁽¹⁾، والتصدي لظاهرة الفساد، إذ أطلق عليها الحرمان الوقائي من أجل تهيئة الجو الصالح للمنافسة، وما يؤكد هذه الحماية ربط حالات الإقصاء بالأحكام المتعلقة بمكافحة الفساد⁽²⁾، لذلك يدعم هذا الإجراء كل التدابير اللازمة والرامية لإبرام الصفقة ووقايتها من الأفعال المنافية لها⁽³⁾.

وإجمالاً، يمكن القول أن للإدارة سلطة تقديرية تمكنها من حرمان بعض الأشخاص من التقدم للمشاركة في طلب العروض، لأسباب قد تكون جزائية، أو وقائية يتقرر كلاهما بنصوص قانونية، أو بمقتضى سلطة الإدارة التقليدية، التي يستبعد فيها تطبيق قانون المنافسة، على أن لا تحيد المصلحة المتعاقدة على ضوابط الحرمان والاستبعاد، وإلا عدت متعسفة في استعمال السلطة، لأن الإدارة ليست حرة في اختيار المتعامل الاقتصادي وإرساء الصفقة وإنما يتعين عليها أن تسلك سبلاً محددة وتتبع إجراءات قانونية صارمة، حماية للمصلحة العامة والمال العام⁽⁴⁾.

2- إلغاء المنح المؤقت للصفقة العمومية

تتمتع المصلحة المتعاقدة بامتيازات مهمة من بينها قدرتها على وضع حد للعلاقة التعاقدية بإرادتها المنفردة، سواء بوجود نص قانوني، أو بدونه، ويرى الفقه أن تمتع الإدارة بهذه السلطة قائم على فكرة السلطة العامة حيث يرى، أن الامتيازات الاستثنائية للإدارة ومن بينها سلطة الإنهاء

(1) بوالجدي محمد أمين، بوسعدية رؤوف، مرجع سابق، ص 58.

(2) قاصدي فايزة، «المبادئ الأساسية للصفقات العمومية»، مجلة المعيار، المركز الجامعي تيسيمسيلت، المجلد 06، العدد 1، جوان 2015، ص 339.

(3) عتيق حبيبة، مرجع سابق، ص 114.

(4) مخلف عارف صالح، مخلف حماد علي، مرجع سابق، ص 257.

الانفرادي هي نتيجة طبيعية لنظام السلطة العامة، إذ تملك دائما اختصاصات لا يمكنها أن تتنازل عنها أو تتصرف فيها بمقتضى نصوص العقد، فعندما تبرم المصلحة المتعاقدة عقدا مع المتعامل المتعاقد قصد استغلال مرفق عام فإنها تحتفظ بمسؤوليتها الأساسية في تنظيم وتسيير المرفق وتحقيق المصلحة العامة⁽¹⁾، وهذا هو التبرير الذي يستبعد تطبيق قانون المنافسة.

واستنادا على ذلك، تملك المصلحة المتعاقدة أثناء كل مراحل إبرام الصفقة إعلان إلغاء الإجراء أو المنح المؤقت للصفقة لمعامل معين دون باقي المتعاملين لدواعي المصلحة العامة، وغالبا ما تتضمن الإدارة في عقودها هذا الشرط، أو قد ينص عليه دفا تر الشروط، ويعتبر هذا الشرط من أهم الشروط الاستثنائية الغير المألوفة في عقود القانون الخاص، وتخرج عن قواعده، كما أنها سلطة قائمة بذاتها ولا تحتاج للنص عليها⁽²⁾، نظرا للارتباط الوثيق بين فكرة المرفق العام وفكرة السلطة العامة، لدواعي ومتطلبات المصلحة العامة التي تعتبر هدف النشاط الإداري.

وفي هذا الإطار تنص المادة 49 من القانون رقم 23-12 المتعلقة بالصفقات العمومية، على أنه **'''عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، يمكن للمصلحة المتعاقدة أثناء مراحل إبرام الصفقة العمومية، إعلان إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية'''**.

وعليه يحق للمصلحة المتعاقدة أن تنهي الصفقة العمومية في أي مرحلة من مراحل الإبرام متى تطلبت المصلحة العامة ذلك، لأن إلزام الإدارة بالاستمرار في عقد اتضح لها عدم جدواه يؤدي بالإضرار بالمرفق العام، وينعكس بالسلب على المصلحة العامة⁽³⁾، والإضرار بالمال العام. وفيما يتعلق بصلاحيات السلطة العامة يجب على المصلحة المتعاقدة التي تستخدم امتيازات من امتيازات السلطة العامة كاتخاذ قرار إداري نجم عنه أثر تقييد المنافسة أن تثبت أنه لا يوجد سبيل آخر غير اتخاذ القرار الإداري المعني لتحقيق الصالح العام وفي هذه الحالة يقوم القاضي الإداري باستبعاد تطبيق قانون المنافسة عليها لتمكينها من تحقيق الصالح العام وأداء المهام

(1) عبد الوهاب محمد، رواب جمال، «الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية، لدواعي المصلحة العامة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 15-247»، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد التاسع، مارس 2018، ص 534.

(2) مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 120.

(3) نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة بين فرنسا، ومصر، ولبنان)، ط2، منشورات زين الحقوقية، 2012، ص 364 و365.

الخاصة التي كلفت بها، ولكن العراقيل والقيود التي يمكن أن يسببها القرار الإداري للمنافسة لا يجب أن تتعدى حدود ما هو ضروري لتحقيق الصالح العام⁽¹⁾.

ثانياً: تبريرات لتطور اقتصادي أو تقني أو اجتماعي

استثنى المشرع الجزائري الممارسات المنافسة للمنافسة الناتجة عن التطور الاقتصادي والتقني والاجتماعي من الحظر، إذ أنه في صفقات الدولة هناك جانب تسعى من خلاله إلى ضمان التوازنات بين تكريس المنافسة الحرة، والاعتبارات الاقتصادية، خاصة عند مساهمة الصفقات العمومية في تحقيق التقدم الاقتصادي، حيث تظهر الممارسة المنافسة للمنافسة على أنها أكثر فعالية من المنافسة، من حيث ضمان التقدم الاقتصادي⁽²⁾.

تناول المشرع هذا الاستثناء في المادة 09 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة التي تنص على أنه "...يرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين الشغل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة".

من خلال النص نلاحظ أن المشرع قد عمل على توسيع ميدان التطور الذي تحققه الممارسات المنافسة للمنافسة، فيمكن أن يكون اقتصادياً أو تقنياً أو اجتماعياً، كما يمكن أن يشترط تحقق كل أنواع هذا التطور بل يكفي للاستفادة من هذا الترخيص أن ينتج ويرتبط الاتفاق أو الممارسة المنافسة للمنافسة بأحد تلك الأنواع⁽³⁾، إلا أنه لا يعطينا تحديداً دقيقاً لمفهوم التقدم الاقتصادي، حيث تم صياغة هذا المفهوم بمصطلحات عامة، وأخذاً بعين الاعتبار لهذا الأمر، فهو يفضل إخراج هذه الممارسة من مجال الحظر في شروط معينة، إلى مجال التبرير بواسطة

(1) جلال مسعد، «مدى إخضاع الأشخاص...»، مرجع سابق، ص 164.

(2) بعوش دليّة، «إعفاء الاتفاقات التي تساهم في تحقيق التقدم الاقتصادي من الحظر، -دراسة تحليلية في ظل أحكام قانون المنافسة»، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد الخامس، العدد الثاني، جوان 2020، ص 35.

(3) دمانة محمد، الحاسي مريم، «تبرير الاتفاقات المقيدة للمنافسة وفقاً للأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة»، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي الأغواط، العدد 02، جوان 2015، ص 60.

القانون، لاسيما وأنه يأخذ هنا بالجانب الإيجابي لها، وذلك نظرا لما يحمل في طياته من تقدم اقتصادي، وبصيغة أخرى فهو ينزع عنها طابعها المنافي للمنافسة، مما يلعب دورا أساسيا كأداة للسياسة الاقتصادية للبلاد⁽¹⁾.

لم يبين المشرع الجزائري شروطا أو معايير معينة يحدد على أساسها التطور الاقتصادي، خلافا للمشرع الفرنسي الذي يبين الشروط التي يتعين توافرها لتبرير الممارسة المخلة بالمنافسة بسبب التطور الاقتصادي، التي يجب أن تكون موضوعية لا ذاتية، وأن تكون عامة ينتفع بها الغير وليس فقط الأطراف الممارسة المخلة بالمنافسة، أن يكون التطور هاما يمس الاقتصاد عامة⁽²⁾، إذ يجب أن تحتوي الممارسة المخلة بالمنافسة على فوائد مؤكدة للاقتصاد تفوق الأضرار والآثار السلبية الناجمة عنه.

ومن أجل الاستفادة من الإعفاء والتبرير، يجب أن يكون الإخلال بالمنافسة لازما وضروريا من أجل الوصول إلى تحقيق غاية التقدم الاقتصادي⁽³⁾، ولا يجب أبدا أن يصل الأمر إلى حد القضاء الكلي على المنافسة في السوق المعنية⁽⁴⁾، إلا أن التقدم الاقتصادي يقترن بوجود نتائج ملموسة، فعلية وكافية، وفي هذا الصدد لا يؤخذ بعين الاعتبار مجرد نية الأطراف في تحقيق هذه الآثار والتي تبقى بدون نتيجة⁽⁵⁾، إن لم يكن مجسد واقعا.

وإن كان نص المادة 09 المذكورة أعلاه جاء عاما دون التفصيل في ذلك إلا أنه بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية نجده حدد هذه الحالات بنوع من التفصيل، ما يؤكد السعي إلى تحسين الإطار القانوني للصفقات العمومية بما يسمح بحرية المنافسة بين المتعاملين الوطنيين والأجانب على السواء، عملا بأحكام المادة 2 من قانون المنافسة إلا أن هذه الفكرة القائمة على الليبرالية الاقتصادية اصطدمت مع القطاع الخاص الجزائري الهش الذي تسعى لتطويره وإعادة هيكلته للنهوض بالإنتاج الوطني وحمایته من المنافسة القوية للمتعاملين الأجانب، مما دفع

(1) بعوش دليلة، «إعفاء الاتفاقات...»، مرجع سابق، ص 36.

(2) براهيم نوال، مرجع سابق، ص 61.

(3) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص 111.

(4) بوعرورة روميلة، مرجع سابق، ص 69. وأنظر كذلك: حسن ذكي لينا، مرجع سابق، ص 133.

(5) تواتي محند الشريف، قمع الاتفاقات في قانون المنافسة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية

الحقوق والعلوم التجارية جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2006، 2007، ص 63.

بالمشرع لإدراج بعض الأحكام التي تعد استثناءً على المبادئ المذكورة، والتي قد تؤدي إلى تقليص حظوظ المتعاملين الاقتصاديين خاصة الأجانب منهم في الوصول لسوق الطلبات العمومية والتي زاد تعزيزها مع صدور قانون رقم 23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، يتصدرها مبدأ الأفضلية الوطنية ودعم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

1- منح الأفضلية الوطنية

ساهم المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة، بحماية الاقتصاد الوطني ووضع ميكانيزمات تساهم في إنعاش وتدعيم سياستها الاقتصادية، وأمام المنافسة القوية التي يمارسها المتعاملون الأجانب في مواجهة القطاع الوطني الخاص، وجد نفسه مجبر على إدراج أحكام لحماية المتعامل الاقتصادي الوطني، حتى وإن كان يتعارض في ظاهره مع مبدأ حرية التنافس والمساواة بين المرشحين، إذ استبعد المتعاملين الاقتصاديين الأجانب في بعض الحالات، وعدم احترام قواعد المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، وهذا تشجيعاً ودعماً للإنتاج الوطني، وفي هذا تنص المادة 60 من القانون 23-12 المتعلق بالصفقات العمومية على أنه "عندما تصدر المصلحة المتعاقدة دعوة وطنية و/أو دولية إلى المنافسة، مع مراعاة الحالات الإستثنائية المنصوص عليها في أحكام هذا القانون، فإنه يجب عليها، حسب الحالة أن:

- تعطى الأفضلية للاندماج في الاقتصاد الوطني...".

وكذلك بالرجوع إلى المادة 62 من نفس القانون المذكور أعلاه فإنها تنص على أنه "يمنح هامش الأفضلية للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون"

تم إدراج تدابير أكثر فعالية لحماية وترقية الإنتاج والأداة الإنتاج الوطنية، متى كانت قادرة على الاستجابة لمتطلبات المصلحة العامة، فيجوز للمصلحة المتعاقدة فتح مجال المنافسة في شكل طلب عروض وطني، واستبعاد طلب العروض الدولي، أي استبعاد المتعاملين الاقتصاديين الأجانب، تشجيعاً على إرساء سوق وطنية قادرة على تلبية حاجياتها في سبيل تحقيق الاكتفاء الذاتي، ودفعاً للحياة الاقتصادية بالسعي لإنجاح رجال الأعمال الجزائريين على مستوى معين من المقدرة لخوض غمار المنافسة تحقيقاً للمصلحة العامة⁽¹⁾.

(1) فارة سماح، تفعيل مبدأ المنافسة...، مرجع سابق، ص 10.

وهو الأمر الذي كرس في قرار وزارة المالية المتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري⁽¹⁾، حيث تنص المادة 03 منه على أنه "يمنح هامش أفضلية المذكورة أعلاه في مرحلة تقييم العروض المالية، ويطبق على العروض المالية للمتعهدين المؤهلين أوليا من الناحية التقنية، وذلك وفقا لمعايير الاختيار المحددة في دفتر الشروط...".

وعلى هذا الأساس فالشرط الموضوعي الأساسي للاستفادة من هامش الأفضلية إضافة إلى أصل المنتج وجنسية المؤسسة هو أن يكون العرض مؤهلا أوليا من الناحية التقنية، وهذا يعد خرقا لقواعد المنافسة بشأن منح الصفقة العمومية، ويصطدم بتشجيعه للإنتاج الوطني وحمايته من المنافسة الأجنبية، خاصة أمام استبعاد فتح أبواب المشاركة للمتنافسين الأجانب في إطار إنجاز الصفقات العمومية، فمحاباة الإنتاج الوطني لا يتفق ومبادئ حرية المنافسة والمساواة بين المرشحين وكذا قواعد التجارة العالمية التي تفرض نفسها على بلدان العالم⁽²⁾، فيما يتساءل البعض حول تبرير التحيز لصالح مؤسسات على حساب الأداء والجودة، كما أن الأمر يستدعي مزيد من التفكير بشأن مضمون الحماية الاقتصادية والأفضلية الوطنية في عالم المنافسة المفتوحة⁽³⁾.

2- تطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة

إن المنافسة المطلقة قد لا تكون الوسيلة الوحيدة لإيجاد المؤسسات مكانة في السوق، وقد تعود بآثار سلبية على بعض المشروعات الصغيرة والتي تعجز بإمكانيتها البسيطة مواجهة المشروعات الضخمة ذات القوة الاقتصادية في السوق الذي يتحكم فيه من يملك التكنولوجيا العالية وكذا الوسائل الحديثة، والمؤسسات التي تستجيب لهذه المعطيات تتماشى والآليات العامة لحركة السوق، وتستفيد إيجابيا من مبدأ المنافسة الحرة، لكن المؤسسات الصغيرة والمتوسطة قد ينعكس عليها بالسلب من خلال المنافسة مع المؤسسات ذات قوة اقتصادية⁽⁴⁾.

(1) قرار وزارة المالية المؤرخ في 28 مارس 2011 المتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ج ر ج عدد 24، سنة 2011.

(2) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد...، مرجع سابق، ص 63.

(3) زمال صالح، امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات الملتقى الوطني السادس حول: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة د يحي فارس بالمدينة، يوم 20 ماي 2013، ص 09.

(4) بدوي جليل، مكافحة الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه الطور الثالث، تخصص: قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، 2020/2019، ص 156.

في ظل إعادة التوازن الاقتصادي، وتجنب انسحاب المؤسسات الصغيرة والمتوسطة قام المشرع الجزائري، بفرض مكانتها ولو على حساب المنافسة، وذلك من خلال السماح لها بالقيام باتفاقات تجمع بينهم، لتدعيم القوة الاقتصادية، ولو أن من شأنها الإخلال بالمنافسة، على أن يكون تأثير الممارسات بسيط ولا يمس السوق بصيغة جوهرية، والتي تعرف باتفاقات الأزمة لأجل خلق التوازن في السوق⁽¹⁾، لاسيما من أجل تحسين الإنتاج و/أو الخدمات، وتحسين تصريفه، ومن أجل تحسين وضعيتها التنافسية في مواجهة المراكز الضخمة⁽²⁾.

تماشيا مع السياسة العامة المنتهجة بخصوص دعم وترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، أجاز قانون المنافسة الترخيص للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ببعض الممارسات المنافية للمنافسة إذا كان ذلك من شأنه تعزيز القدرات التنافسية لهذه المؤسسات، وهو ما دفع إلى القول بأنه مثل هذه الأحكام إزاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة تشكل دعما للفعالية الاقتصادية⁽³⁾.

وهو الأمر الذي استجاب له وعززه المشرع في القانون 23-12 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، من خلال تخصيص نسب من الصفقات المطروحة لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، في سبيل تحسين مناخ الأعمال التي يهيمن عليها الطابع الصغير المتوسط، والسماح لها بالمشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، سعيا منها لإدماجها في سوق الطلبات العمومية، وتطوير قدراتها الاقتصادية وفي هذا تنص المادة 58 منه على أنه "عندما يمكن تلبية بعض حاجات المصالح المتعاقدة من قبل المؤسسات الصغيرة أو الصغيرة جدا أو المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة، كما هي معرفة في التشريع والتنظيم المعمول بهما أو من قبل المؤسسات التي تشغل نسبة دنيا يحدده التنظيم من العمال ذوي الإعاقات الجسدية، فإنه يجب على المصالح المتعاقدة، إلا في الحالات الاستثنائية المبررة قانونا، تخصيص الصفقات لتلبية هذه الحاجات لتلك المؤسسات حصريا، في ظل احترام هذا القانون يجب على المصلحة المتعاقدة تبرير الاستثناء المذكور في الفقرة السابقة حسب الحالة، في التقرير التقديمي لمشروع الصفقة العمومية".

(1) تواتي محند الشريف، مرجع سابق، ص 64، 65.

(2) بوعرورة روميلة، مرجع سابق، ص 69.

(3) بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق، مرجع سابق، ص 268.

وبالرجوع إلى القانون 02-17 المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة⁽¹⁾ في المادة 25 منه تنص على أنه "تسهر المصالح المعنية للدولة ولوإحقتها على تخصيص جزء من هذه الصفقات للمنافسة فيما بين المؤسسات الصغيرة والمتوسطة حسب الشروط والكيفيات المحددة بموجب التنظيم المعمول به".

كرس المشرع دعم للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وحتى يطبق عليها استثناء الحظر يجب الاستناد على بعض المعايير منها معيار الحصيلة الاقتصادية الإيجابية، ومعيار قاعدة السبب من خلال خلق فرص عمل، وتخصيص جزء عادل من التقدم لمصلحة المتعاملين الاقتصاديين⁽²⁾.

إن إقرار مجموعة من الاستثناءات الحمائية للمنتج والمؤسسات الوطنية أمر يمتلك مشروعية دولية بالنسبة للدول النامية، إلا أنها مشروعية مؤقتة لا يجب أن تكون دائمة لدواعي قانونية وأخرى اقتصادية، إذ أنه ينبغي تطبيق هذا الاستثناء ضمن أضيق الحدود الممكنة، ذلك أن حجم المؤسسة الصغيرة والمتوسطة لا يعد قرينة قاطعة على ضعف تأثيرها في السوق، فحسب مفهوم السوق ضمن قانون المنافسة فانه بالإمكان أن تشكل ممارسة قامت بها مؤسسة صغيرة أو متوسطة مساسا محسوسا بالسوق⁽³⁾، كما أن المنتج والمؤسسات الوطنية يجب أن تكون في بيئة مفتوحة على المنافسة الأجنبية ضمانا لتقديم أسعار مقبولة في الصفقات العمومية، واستعمال منتوجات مواكبة للمواصفات الدولية، والقدرة على منافسة الأسواق الدولية.

من خلال تحليلنا لنصوص قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية لاحظنا وجود العديد من النصوص القانونية المتكاملة، التي تؤطر عملية إبرام الصفقات العمومية، وتكريس قواعد المنافسة من جهة، مع تكريس استثناءات على هذه القاعدة، وإن هذا التكامل لا يزيل وجود ثغرات قانونية، تعترضها، فالالتزام بتطبيقها ليس بالأمر السهل إذ تعيقه العديد من الإشكاليات في محدودية تفعيل المنافسة الحرة وتفعيل قواعدها، وتعارض هذه الاستثناءات مع المبدأ الذي تؤسس عليه إجراءات الإبرام، التي من شأنها تعطيل كل المبادئ المنصوص عليها سابقا، ورغم تبريرات

(1) القانون 02-17 يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مرجع سابق.

(2) قروح ريم إكرام، الاستثناءات على حظر الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسينية بن بوعلي الشلف، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2020، ص 884.

(3) بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق، مرجع سابق، ص 268.

المشرع لها في كونها تكريسا منه للمرونة ومراعاة للظروف، غير أن الواقع يظهر من خلال الممارسة العملية أنها استغلت كوسيلة للالتفاف على قواعد المنافسة واستغلال المال العام⁽¹⁾، لذا ينبغي على المصلحة المتعاقدة عدم التوسع في الاستثناءات⁽²⁾، واستبعاد تطبيق قانون المنافسة.

وبهذا فإن احترام قواعد المنافسة التي تقوم عليها الصفقات العمومية، غير متروك لتقدير المصلحة المتعاقدة، بل يتوجب عليها أن تقف موقف الحياد تجاه المرشحين، وأن تمتنع عن كل تصرف يخل بالمنافسة أو يعرقلها، وعدم استعمالها لسلطتها التقديرية لاستبعاد العارضين، إلا في حدود ما يسمح به قانون الصفقات العمومية، وقانون المنافسة، وإلا تعرضت قراراتها للطعن والمحاكمة أمام القضاء الإداري⁽³⁾، نظرا لتجاهلها لمبادئ المنافسة في إبرام الصفقة، كما يمكن المتابعة الجزائية أمام القاضي الجزائي متى شكلت الممارسات المنافية للمنافسة جريمة من جرائم الفساد يعاقب عليها القانون.

المطلب الثاني

التزام المصلحة المتعاقدة بالكشف عن الممارسات المخلة بالمنافسة

بخضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة عمد المشرع الجزائري على توفير منظومة قانونية متكاملة، مزيج بين قانون عام المتمثل في قانون الصفقات العمومية، وقانون خاص متمثل في قانون المنافسة، والتي من شأنها تحديد معايير انتقاء المتعامل الاقتصادي مع الإدارة، حفاظا على المال العام من جهة، وتحقيقا لمبدأ المنافسة الحرة والمساواة بين المرشحين من جهة أخرى، فأصبحت المصلحة المتعاقدة أثناء اختيار المتعامل المتعاقد معها غير مقيدة فقط بالمعايير التقليدية المحددة في تنظيم الصفقات العمومية، وإنما أصبح لها دورا جديدا يتمثل في التزامها

(1) بن رمضان عبد الكريم، عبد النبي مصطفى، «الانتقال من المبدأ إلى الاستثناء في ضوابط إبرام الصفقات العمومية، بين التكريس للمرونة والالتفاف عن القواعد»، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 14، العدد 1، جوان 2021، ص 938.

(2) بن سالم خيرة، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية، فرع التجريم في الصفقات العمومية، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018/2017، ص 205.

(3) ZOUAIMIA Rachid - ROUAULT Marie Christine, Droit administratif, BERTI éditions, Alger, 2009, p182.

بالتأكد من مدى تحقق المعيار الذي استحدثه المشرع الجزائري ضمن أحكام قانون المنافسة والمتمثل في مدى احترام المتعامل الاقتصادي العارض لمبدأ حرية المنافسة.

تلتزم المصلحة المتعاقدة من التأكد عند إبرام ومنح الصفقة العمومية، ألا يكون المتعامل الاقتصادي المقبول لنيل الصفقة قد نالها بفضل ممارسة منافية للمنافسة، وتستعين في ذلك بهيئات أخرى تساعد في الكشف عليها سواء كانت، لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض (الفرع الأول) أو لجان الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

وإن كان المشرع لم يفصل في القانون رقم 12-23 عن دور هذه اللجان في الكشف عن الممارسات المنافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، باعتباره يحدد القواعد العامة، بل تركها للتنظيم والتي سندرسها في إطار المرسوم الرئاسي 15-247 في انتظار صدور النصوص التنظيمية التي تبين ذلك.

الفرع الأول

دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في الكشف عن الممارسات المخلة بالمنافسة

تستلزم حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، والمحافظة على شروط ممارستها، تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ومن أجل القيام بهذا الدور ومراقبة الممارسات المنافية للمنافسة المحتملة للمتعاملين الاقتصاديين، تم إثراء قانون الصفقات العمومية بقواعد مستمدة من قانون المنافسة.

منح المشرع في القانون 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، اللجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ضمانات قانونية لتفعيل دورها، وتتمثل في التأكيد على ضرورة تشكيل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض من موظفين مؤهلين يختارون لكفاءتهم⁽¹⁾، وبالتالي هذا يؤدي بنا إلى تحديد دورها في الكشف عن الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقة العمومية (أولاً)، وتقييم مدى فعالية دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في ذلك (ثانياً).

أولاً - لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض كآلية للكشف عن الممارسات المخلة بالمنافسة

اعتبر المشرع وفق أحكام قانون المنافسة، وقانون الصفقات العمومية كل ما يصدر عن المتعاملين الاقتصاديين المتقدمين بالعروض من ممارسات سواء منفردة أو مجتمعة، عندما ترمي

(1) المادة 96 من القانون رقم 12-23 حدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، مرجع سابق.

إلى الإخلال بالمنافسة، ممارسات محظورة من شأنها المساس بإجراءات إبرام الصفقة العمومية، ونزاهة إرسائها على أحسن عرض.

تطرق المشرع إلى تحديد إجراءات إبرام الصفقة العمومية، بدءاً من الإعلان عنها وصولاً إلى اختيار المتعامل المتعاقد، وهذا دليل على أنها مرحلة جد مهمة تستلزم رقابة فعالة للوقاية من جميع العراقيل التي من شأنها الحد من منافسة نزيهة وشفافة، ولهذا أعطى المشرع الجزائري دوراً هاماً للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في ممارسة رقابة داخلية أولية، لضمان منافسة فعالة، وكإجراءات وقائية للحد من الممارسات المنافية للمنافسة المتمثلة في الكشف عن الاتفاقيات المنافية للمنافسة (1)، والتعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق (2).

1- كشف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض عن الاتفاقيات المنافية للمنافسة

تلتزم المصلحة المتعاقدة بعدم ارتكاب ممارسات مقيدة للمنافسة بفعل العقود التي تبرمها والتصرفات الانفرادية التي تصدرها، وفي حالة ارتكاب ممارسات قبل صدور القرارات وإبرام العقود الإدارية من طرف المتعاملين الاقتصاديين، فإن الإدارة ملزمة من التأكد بأن لا يكون المتعامل المقبول في الصفقة قد نالها بفضل استخدام ممارسة منافية للمنافسة ومن أجل تمكين الإدارة من أداء دورها في مراقبة هذه الممارسات المحتملة للمتعاملين الاقتصاديين، تم إثراء قانون الصفقات العمومية بقواعد مستمدة من قانون المنافسة (1).

تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بمهمة إقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة، و/أو لمحتوى دفتر الشروط والذي تعده المصلحة المتعاقدة في مرحلة تحضير الصفقة، منعا لحدوث وضعية احتكارية، أو بسبب انخفاض العرض المالي للمتعهد، أو بسبب المبالغة فيه، ثم تعمل بعدها على تحليل العروض الباقية في مرحلتين على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط الخاص بالصفقة (2)، وهذا ما يؤدي إلى احترام مبدأ المنافسة الحرة، كون أن المنافسة تهدف لضمان تقديم أحسن العروض، فكل عرض لا يتطابق مع محتوى دفتر الشروط ولا مع موضوع الصفقة لا يمكنه حتماً خوض المنافسة والظفر بالصفقة.

(1) كتو محمد شريف، «حماية المنافسة...»، مرجع سابق، ص 79.

(2) المادة 1/72 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

وفي هذا الإطار تنص المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه "..." إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعاقل الاقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي بالنسبة لمرجع الأسعار تطلب منه تبريرات كتابية، وتوضيحات التي تراه، وبعد التحقق من التبريرات المقدمة، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية، وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل..."

يمكن للمصلحة المتعاقدة رفض العروض المنخفضة بشكل غير عادي بالنسبة لمرجع الأسعار، خصوصا باتفاق المتعاملين الاقتصاديين فيما بينهم، من أجل فوز أحدهم بالصفقة، ويعد هذا الإجراء تكريسا لمبدأ حرية التنافس بين المتعاملين الاقتصاديين، وهو ما أكده المشرع في الأمر 03-03 في المادة 6 من القانون 08-12 على أنه: "تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه لاسيما عندما ترمي إلى..."

- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة".

يبرز الواقع العملي قيام بعض المؤسسات بممارسات منافية للمنافسة في سبيل الظفر بالصفقات العمومية بالاتفاق على تخفيض الأسعار أو رفعها قبل تقديم عروضها، وعليه فإن المساس بالسير العادي لإجراءات إبرام الصفقة من خلال منع تكوين الأسعار بحسب آليات السوق، والإخلال بقاعدة العرض والطلب، من شأنه تضليل وخداع المصلحة المتعاقدة حول واقع مدى تجسيد المنافسة بين مقدمي العروض، مما يدخل اضطرابات على القطاع الذي تمت فيه الممارسة ويلحق أضرارا جسيمة بالنظام الاقتصادي العام، لذا فرض المشرع التزاما جديدا على المصلحة المتعاقدة يتمثل في مراقبة ومعاينة الممارسات المنافسة للمنافسة، من خلال منح لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض دورا مهما في الكشف عن هذه الممارسات واقتراح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض بمقرر معلل، بعد تقديم التبريرات عن ذلك.

إن تمكين اللجنة من طلب التوضيحات والتدقيق في القيمة المالية للعرض هو إجراء يجسد متطلبات حماية المال العام في إبرام الصفقات العمومية، من خلال الكشف عن الممارسات المخلة

بالمنافسة، حيث أراد المشرع من خلاله أن تكون اللجنة جهة مساءلة ورقابة على نزاهة ومصداقية العارضين والعروض وضامنة للشرعية الاقتصادية للصفقات العمومية ونزاهة التنافس⁽¹⁾.

إلا أن المصلحة المتعاقدة يمكن أن تدعم هذه الممارسات ويصدر عنها ممارسات منافية للمنافسة عند قيامها بإبرام صفقة عمومية، بمنحها لأحد المتعاملين الاقتصاديين أصحاب ممارسة محظورة مع العلم بها، فمنح الصفقة في هذه الحالة يخالف قواعد المنافسة، ويشكل ظاهرة الفساد في الصفقة، وعلى هذا الأساس منع المشرع على المصلحة المتعاقدة منح الصفقة عن طريق التمييز لصالح أي مرشح في الصفقة العمومية، ومعاقبة كل ما من شأنه عرقلة حرية المنافسة، ويحظر قيام أي مرشح بمنح مكافأة أو امتياز لموظف العمومي من أجل منح الصفقة العمومية، وهو ما أكد عليه المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 89 منه التي تنص على أنه:

"دون الإخلال بالمتابعات الجزائية كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه، من شأنه أن يشكل سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير ردعي، لاسيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية".

يهدف المشرع إلى منع هذه الممارسات نظرا لإخلالها بقواعد المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، ومن أجل إنجاز المنافسة الحرة في هذه المرحلة لا بد من محاربة التواطؤ بين مقدمي العروض أنفسهم، أو بين الإدارة والمنتافسين من خلال تجنب تسريب المعلومات الواردة في ملفات بقية المنتافسين الذين قدموا عروضاً أحسن⁽²⁾، وفي حالة وجود أي إخلال بقواعد المنافسة في مرحلة إبرام الصفقة، يفتح المجال لكل ذي مصلحة للمطالبة بإلغاء قرار المنح المؤقت للصفقة.

2- كشف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض عن التعسف في وضعية الهيمنة

(1) دميري إيمان، مانع جمال عبد الناصر، «دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حوكمة إبرام الصفقات العمومية»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 05، العدد 02، ديسمبر 2020، ص 185.

(2) عيساوي محمد، بوسبعين توفيق، «مبدأ المنافسة الحرة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب طلب العروض»، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد السادس، العدد الثاني، ديسمبر 2020، ص 1435.

حظر المشرع كل تعسف ناتج عن وضعية الهيمنة على السوق أو الاحتكار له، أو على جزء منه، يؤدي إلى الإخلال بحرية المنافسة، وبالتالي لقيام هذه المخالفة يجب توفر شروط محددة، وهو وجود فعلي لوضعية الهيمنة، وناتج عنها، أدى إلى الإخلال بالمنافسة، لأن في حالة غياب الأثر السلبي على المنافسة، تخرج هذه الممارسات من حيز تطبيق قانون المنافسة.

حددت المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتضمن قانون المنافسة، حالات التعسف في وضعية الهيمنة على السوق، غير أن هذه الحالات هي نفسها الحالات المنصوص عليها بموجب المادة 06 من الأمر السابق الذكر، والمتعلقة بالاتفاقات المقيدة للمنافسة، باستثناء الفقرة السابعة والأخيرة، والمتعلقة بالسماح بمنح صفقة عمومية، لفائدة أصحاب هذه الممارسات، وهذا بالرغم من أن تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية لا يقتصر على الاتفاقات المقيدة للمنافسة، بل يمتد إلى مجال التعسف في استعمال وضعية الهيمنة على السوق، ويكون الهدف منه إقصاء عطاءات الغير من المرشحين والاستيلاء على الصفقة باستعمال طرق احتيالية تمس بحرية ونزاهة المنافسة، ما يؤدي إلى تقليص فرص الدخول الشرعي للسوق الذي تمثله الصفقة العمومية بالنسبة للأعوان الاقتصاديين الآخرين⁽¹⁾.

وأراد المشرع من خلال حظر التعسف في استغلال وضعية الهيمنة، تحقيق التوازن في العقود المبرمة بين الأطراف غير المتكافئة، وذلك من خلال منع إساءة استعمال السلطة والاحتكار لجميع أو معظم حصص السوق، لاسيما بعد ظهور المؤسسات القوية⁽²⁾.

يقع على لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بذل جهودها في الكشف عن الممارسات المناهية للمنافسة، فإذا تبين لها وجود تعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، إذا ثبت أنه ناتج عن وضعية الهيمنة على السوق من جراء تسببه في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأية طريقة كانت، ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط، من أجل إعلام جميع المتنافسين بذلك، إلا أن هذه الصورة تحتاج إلى إثبات حتى لا يحرم الفائز بالعرض من عرضه⁽³⁾.

(1) قيراطي نصيرة، مرجع سابق، ص 103.

(2) كتو محمد شريف، الممارسات المناهية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 64.

(3) المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

وعليه تلتزم المصلحة المتعاقدة بالتحري والكشف عن ما إذا كان المتعهد الذي قدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية غير مرتكب لإحدى الممارسات المناهية للمنافسة، وإذا تبين لها عكس ذلك تقضي وجوبا برفض واستبعاد عرضه وإلا اعتبرت مخالفة لقانون المنافسة، وعزز قانون الصفقات العمومية هذا، إذ يحمل جملة من النصوص القانونية التي تعزز هذا المعيار المستحدث في قانون المنافسة، خاصة ما تضمنته المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247، أين مكنت المصلحة المتعاقدة من رفض العرض في حالة وجود أي إخلال بالمنافسة من المتعاملين الاقتصاديين، باعتباره يعرض الأداء السليم للصفقة للخطر⁽¹⁾.

إلا أن للكشف عن الممارسات المناهية للمنافسة، يتطلب وجود ممثل المديرية العامة للمنافسة والاستهلاك، وقمع الغش، في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، فهذا الممثل يعطي رأيه حول مدى مطابقة إجراءات إبرام الصفقات العمومية لقانون المنافسة ولقواعد قانون الصفقات العمومية، على الرغم من أنه لا يملك أي سلطة داخل هذه اللجنة، ولكنه بإمكانه مد بالنصيحة لأعضاء اللجنة في حالة وجود شك في سلوكات غير قانونية⁽²⁾، مما يسمح للإدارة في حالة وجود مؤشرات عن ممارسة منافية للمنافسة تعليق إجراءات إبرام الصفقة قبل منحها، ورفض العرض المقبول في حالة منح العرض، ونظرا لأهمية حضوره في كشفه عن الممارسات التي من شأنها الإخلال بالمنافسة، باعتباره المختص في ذلك، مما يجعل حضوره إلزاميا.

ثانيا: تقييم دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

أحدث المشرع في القانون رقم 23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية لجنة واحدة هي لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، إذ تنص المادة 96 منه على أنه "في إطار الرقابة الداخلية، تحدث المصلحة المتعاقدة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض".

لم يفصل المشرع في دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بل تركها للتنظيم وبالرجوع للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجده تضمن بالنسبة للرقابة التي تمارس من طرف اللجنة

(1) AYMERIC Hourcabie, CECILE Fontaine, ANN-CHARLOTTE Bérard Walsh, passation des marchés publics, édition le Moniteur, France, 2016, p278 .

(2) جليل مونية، آليات تفعيل المنافسة عند تقييم العروض لانتقاء أحسن عرض من الناحية الاقتصادية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس المدينة، المجلد الخامس، العدد الأول، جانفي 2019، ص 84.

مجموعة من النقاط الإيجابية تتمثل في دورها الوقائي في الحد من الممارسات المقيدة للمنافسة (1) وأخرى سلبية تتمثل في دورها الاستشاري المحض (2)، وقصور من حيث تشكيلتها (3).

1- الدور الوقائي للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض:

جسد المشرع ارتقاؤه إلى إمكانية إنشاء لجنة لغرض الكشف عن الممارسات المنافسة للمنافسة، من خلال منع الانحرافات والتجاوزات دون توقيع الجزاء، فتقوم بمراجعة وفحص مختلف الإجراءات لأجل التحقق من صحتها وسلامتها، فهي بهذا الشكل تهدف إلى التحكم في إجراءات إبرام الصفقات، وذلك للحفاظ على مصالح الإدارة وضمان السير الحسن لها وحماية مصالحها المالية⁽¹⁾، ومتى كانت التركيبية جماعية كان العمل أقرب إلى التشاركية، وأضمن إلى الجدية في عملية التقييم، وهو ما يتناسب مع الدور الوقائي لها، باعتبارها تقع قبل إبرام الصفقة العمومية، من خلال معالجة ظاهرة تراكم الملفات على مستوى لجنة تقييم العروض وتوحيد هذه اللجنة يؤدي إلى السرعة والفعالية في عملها⁽²⁾، وتبسيط في الإجراءات والوقت خاصة وأن الصفقات العمومية تنسم منظومتها القانونية بالتعقيد مما يؤثر على فعالية العملية، ومن ثم فإن هذا الدمج يكرس حماية للمال العام أفضل فيما يتعلق بالرقابة الداخلية على الصفقات العمومية⁽³⁾.

من أجل تفعيل هذا الدور أكثر وحماية وتكريس شفافية إجراءات إبرام الصفقة العمومية، وحماية المال العام، أحاطها المشرع بآليات صارمة لتجسيد ذلك، بهدف الوقاية من الممارسات المنافسة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية وتتمثل في:

-تحديد المتطلبات والشروط في دفتر الشروط بوضوح وتجنب احتمالية توقعها أو التنبؤ بها، وتجنب أي غموض فيها، وتفصيل ذلك في دفتر الشروط، ووضع منظومة متكاملة لجمع المعلومات اللازمة عن مختلف الأسواق.

(1) فرقان فاطمة الزهراء، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2007، ص 10.

(2) خضري حمزة، الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد، مداخلة أقيمت في اليوم الدراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2015، ص 02.

(3) دميري إيمان، مانع جمال عبد الناصر، مرجع سابق، ص 171.

-تكريس مختلف مبادئ الصفقات العمومية، وتصميم عملية تقديم العروض بطريقة تزيد من مشاركة متنافسين حقيقيين، وذلك بالاعتماد على نظام إلكتروني لنشر المعلومات والوثائق الخاصة بطلب العروض.

-مراجعة وفحص دقيق لمختلف الملفات والبيانات لأجل التحقق من صحتها وسلامتها، فتكرس بذلك شفافية إجراءات إبرام الصفقة، وفي هذا تنص المادة 162 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه "يجب أن تسهر المصلحة المتعاقدة على أن يسمح عدد الحاضرين بضمان شفافية الإجراء"، ويكون ذلك بداية من الإعلان عن الصفقة إلى غاية مرحلة فتح وتقييم العروض لاختيار أحسن عرض، من الناحية الاقتصادية، وإرساء الصفقة، مما يزيل في النهاية كل شبهة عن الصفقة، ويسهل الكشف عن الممارسات المنافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، دون توقيع الجزاء.

- فحص مختلف الإجراءات لأجل التحقق من صحتها وسلامتها، والحفاظ على مبدأ المشروعية وعدم خروجها عن الإطار المخصص لها.

دعما لهذا الدور اشترط المشرع معيار الكفاءة والتأهيل في أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض⁽¹⁾، لكن هذا لا يكفي وإنما يستلزم اختيار موظفين مختصين في هذا المجال، والذين لهم دراية بقانون المنافسة ومجالاته، لتسهيل عملية كشف الممارسات المنافية للمنافسة.

2- الدور الاستشاري للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض:

تنص المادة 161 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: "تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بعمل إداري وتقتني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة، وتصدر في هذا رأياً مبرراً".

إذن من خلال النص نستخلص أن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تلعب دور رقابي هام في الكشف عن بعض السلوكات التي تؤثر بالدرجة الأولى على المنافسة، وللمصلحة المتعاقدة حرية إبرام الصفقة، أو إلغائها عندما ترى أن الظروف المحيطة بالصفقة لا تتلاءم مع المصلحة العامة، بمعنى أن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ليست هي من تقرر، وإنما لها صلاحية

(1) المادة 96 من القانون رقم 23-12 حدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

الاقتراح على مسؤول المصلحة المتعاقدة، وهذه الأخيرة هي من تملك سلطة القرار النهائي في منح الصفقة، وعليه فالطعن القضائي يكون في قرار المصلحة المتعاقدة وليس في قرار لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، الأمر الذي يجعل من رأي الأخيرة رأياً استشارياً فقط، ولهذا يجب أن يدعم دور اللجنة في هذا المجال ويجعل المشرع من الرأي الذي تقدمه إلزامي للمصلحة المتعاقدة للقضاء على السلوكات التي تسبب اختلال المنافسة، والتي من شأنها إهدار المال العام. وبالتالي ينحصر دورها في تنوير الجهات المعنية بما تراه مناسباً من اقتراحات، والمتمثلة في ما يلي:

أ- اقتراح إعلان عن عدم الجدوى:

يعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو في حالة عدم مطابقة العروض لما هو موجود في دفتر الشروط أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات، وتعتبر حالة عدم الجدوى بداية التوجه نحو إجراءات التراضي التي تكون الأقرب للفساد، والخروج بذلك عن تطبيق قانون المنافسة.

ب - اقتراح إقصاء العروض أو رفضها:

تقترح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على المصلحة المتعاقدة إقصاء العروض إذا توفر شرط من الشروط المذكور في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247، أو التي لا تتوافق مع الشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط.

كما تقترح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفاً في وضعية هيمنة على السوق، أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت، ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط، أما إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعاقد الاقتصادي المختار مؤقتاً يبدو منخفضاً بشكل غير عادي فلها أن تطلب من العارض عن طريق المصلحة المتعاقدة تقديم تبريرات كتابية والتوضيحات التي تراها ملائمة، وبعد التحقق منها تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض هذا العرض، إذا كان جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية، فترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل⁽¹⁾.

(1) المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

مما سبق يتضح أنه بالرغم من الدور المهم للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في الكشف عن الممارسات المنافسة للمنافسة، إلا أنه تبقى السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في حرية منح الصفقة أو رفض التعاقد، إذا قدرت بوجود ممارسات منافية للمنافسة، كالاتفاقات، أو التعسف في وضعية الهيمنة في السوق، وتسببت في اختلال المنافسة، إلا أنه من الواجب أن تتقيد المصلحة المتعاقدة باقتراحات هذه اللجنة وألا تحيد عنها، وإن سميت النتائج التي تتوصل إليها اقتراحات، فليس من المقبول اعتماد عرض أوصت باستبعاده، أو استبدال العرض المقبول من قبلها دون سبب وجيه⁽¹⁾، لكن تبقى هذه الرقابة غير كافية لحماية الصفقات العمومية من الممارسات المنافسة للمنافسة، باعتبارها رقابة ذاتية تراقب نفسها بنفسها، وهو حق أصيل مقرر لها كسلطة عامة.

3- قـصور تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض:

تنص المادة 160 من المرسوم الرئاسي 15-247 "تحدث المصلحة المتعاقدة، في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية، عند الاقتضاء، تدعى في صلب النص "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" وتتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم" يلاحظ أن المشرع اشترط الكفاءة في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وهذا يعد تدعيماً لدورها في الكشف عن الممارسات المنافسة للمنافسة، وتحقيق مجموعة من التدابير والأحكام الجديرة بتحقيق مبادئ الطلب العمومي وتكريس الشفافية بما يحقق هدف ترشيد النفقات العامة وحماية المال العام، كما أكد المشرع على ضرورة تشكيل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض من موظفين مؤهلين يختارون لكفاءتهم، وأشار في الباب الثالث من المرسوم الرئاسي 15-247 لموضوع تكوين الأعوان العموميين المكلفين بإبرام وتنفيذ الصفقة العمومية، تكويناً مؤهلاً في هذا المجال⁽²⁾، وأكد القانون رقم 23-12 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالصفقات العمومية، على التحلي بأخلاقيات المهنة للأعوان المتدخلين في إبرام الصفقة العمومية في المادة 65 منه.

(1) صادقي عباس، «لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض وسبل تعزيز دورها في إبرام العقود والصفقات العمومية»، مجلة أفاق للبحوث والدراسات، المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار، إلبزي، المجلد 05، العدد 01، جانفي 2022، ص 687.

(2) المادة 211 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

وعندما تتعارض المصالح الخاصة لموظف عمومي يشارك في مراقبة صفقة عمومية مع المصلحة العامة ويكون من شأن ذلك التأثير في ممارسته لمهامه بشكل عادي فإنه يتعين عليه أن يخبر سلطته السلمية بذلك ويتيح عن هذه المهمة⁽¹⁾، كما لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تمنح صفقة عمومية ولمدة خمسة (5) سنوات بأي شكل من الأشكال لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما⁽²⁾.

تجدر الإشارة إلى أن التأهيل والتكوين وتمكين العون العمومي من بيانات توجيهية وأدلة وإجراءات تساعده في فهم القوانين وتذكره بمتطلبات مسؤوليته لها انعكاس على الأخلاقيات الإدارية للعون العمومي، فكلما كان حرفياً متمكناً من وظيفته، كلما كان الأقرب إلى السلوك الإداري السليم والمتخلق⁽³⁾، ولأن التقصي يستلزم توفر مبادئ وعناصر أساسية تتمثل في الاستقلالية والموضوعية، والكفاءة المهنية، والتتبع، بغية القضاء على سوء التسيير والمساهمة في السيطرة والتمكن، من اكتشاف الممارسات المخلة بالمنافسة في إبرام الصفقة العمومية.

يأخذ على المشرع أنه لم يحدد في قانون الصفقات العمومية تشكيلة اللجنة بل ترك الحرية لمسؤول المصلحة المتعاقدة بأن يختار بموجب مقرر تحديد أعضاء هذه اللجنة التي يترأسها، إذ يمكن أن تتكون من عضوين أو ثلاثة أعضاء ينتمون إلى الرتب الدنيا لموظفي المصلحة المتعاقدة، ولا يحق له تعيينهم من خارج المصلحة، كما يكفي حضور أحدهم فقط في جلسة فتح الأظرفة، أما في جلسة تقييم العروض ينظر إلى النصاب المحدد في مقرر إنشائها، هذا الأخير الذي لا يمكن للمتعهد معرفة محتواه ما لم تقم المصلحة بذلك، كما أن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ليس لها رئيس أو مسؤول يدير أعمالها ويضبط اجتماعاتها، ويضمن حسن وسلامة سيرها، إنما تخضع شأنها شأن بقية هياكل مسؤول المصلحة المتعاقدة المحددة في المادة 9 من القانون رقم 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية فهو الذي يحدد تاريخ اجتماعاتها ومكانه، ويستدعي أعضاؤها، وله سلطة رئاسية عليهم، فهذه اللجنة لا تحوز أدنى مظاهر الاستقلال الوظيفي في أداء مهامها، ولا شك أن هذا الأسلوب في تنظيم الهيئة الأولى

(1) المادة 67 من القانون رقم 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) المادة 69 من القانون رقم 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

(3) دميري إيمان، مانع جمال عبد الناصر، مرجع سابق، ص 173.

المكلفة بتحقيق مشروعية إبرام الصفقات العمومية، يجعل منها حلقة ضعيفة، وهيئة تابعة وملحقة بمسؤول المصلحة المتعاقدة، خاضعة لسلطته الرئاسية بكل أبعادها وأثارها⁽¹⁾.

من خلال ما سبق تحليله يظهر جليا أنه تنشأ لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض من قبل المصلحة المتعاقدة، وذلك وفق أطر محدودة قانونا تنظم مهمتها كجهاز رقابي وقائي يعني بالأساس ضمان شفافية عملية إبرام الصفقة العمومية، إلا أن قراراتها إستشارية غير ملزمة على المصلحة المتعاقدة، مما أنقصت من فعاليتها في تئمين دورها كأداة وقائية في حماية المنافسة، فكان على المشرع تحديد صفة وعدد أعضاء اللجنة وتعيينهم من الموظفين الأكفاء والمختصين في ذلك، ووجود ممثل من مديرية التجارة في لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض، فهذا الممثل يعطي رأيه حول مدى مطابقة إجراءات إبرام الصفقات العمومية لقانون المنافسة ولقواعد تنظيم الصفقات العمومية، إلا أن هذه الضمانات لا تثني من وقوع هؤلاء الموظفين في شباك الممارسات التواطئية، ما قد يضر بمصداقية الصفقات وفساد المال العام إذا ما خرجت عن سياقها القانوني.

ومن هنا يتبادر التساؤل عن ما إذا كانت لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض تخضع بدورها لرقابة أخرى لتفادي وقوع الممارسات المخلة بالمنافسة في إبرام الصفقات العمومية؟

الفرع الثاني

دور لجان الصفقات العمومية في الكشف عن الإخلال بالمنافسة

إن فرض مبادئ محددة تؤسس مشروعية إبرام الصفقات العمومية ووضع المصلحة المتعاقدة أمام إطار قانوني يوجهها لاختيار المتعامل الاقتصادي الذي ستنعقد معه، لم يكن كافيا حسب المشرع لضمان فعالية الآلية الوقائية التي رسدها لحفظ المال العام من الاستغلال الغير مشروع، لذلك كان لا بد أن يوفر ضمانة أخرى تدعم مسعاه في تأمين شفافية إبرام الصفقات العمومية، اختار أن يكون لها بعدا رقابيا، يحاول ترصد الأخطاء والتجاوزات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة، في اختيار المنح المؤقت، الذي لا يكون نهائيا إلا بعد صدور قرار اعتماده من الجهة المختصة، حيث أن قرار إرساء الصفقة على أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة، في

(1) صادق عباس، «لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض...»، مرجع سابق، ص 690.

التعاقد بل لا يكون إلا إجراء تمهيدياً، أما عملية التعاقد فإنها خطوة أخرى لاحقة وتختص بها هيئات أخرى لذا تعد هذه المرحلة أهم مرحلة من مراحل الصفقة من الناحية القانونية⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس وضع المشرع الآليات والتدابير الكفيلة بدرء الممارسات التي تمس بشفافية إبرام الصفقة العمومية، وتضرب مشروعيتها، قبل تحقق أثارها، كما جعلها متنوعة من حيث الأجهزة والهيئات المكلفة بإعمالها، فعلى كل مصلحة متعاقدة بدءاً من الوزارات وصولاً للجماعات الإقليمية وما يتبعها من مؤسسات وهيئات عمومية مختلفة الخضوع لفحص صارم على الصفقات العمومية قبل البدء في تنفيذها⁽²⁾.

أولاً: لجان الصفقات العمومية كآلية للكشف عن الإخلال بالمنافسة

تعزيزاً لطرق الطعن التي تعتبر دعامة لدولة الحق والقانون، وترسيخ قيم الشفافية، وتعزيز آليات المنافسة النزيهة، كرس المشرع في قانون الصفقات العمومية هذا الحق إذ يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبلغ في الإعلان عن المنح المؤقت عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة مؤقتاً، مع الإشارة إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعون⁽³⁾، بحكم مهامها وتركيبها البشرية وكونها هيئة أخرى محايدة ومختلطة أو خارجية، وبذلك ألزم المشرع الإدارة الابتعاد عن كل شبهة التحيز لمتنافس ما، وعلى من رفع الطعن إثبات توجه خرق القانون أو صورة التمييز بين المتنافسين⁽⁴⁾، الذي تتأكد لجنة الصفقات أن المصلحة المتعاقدة احترمت النصوص القانونية والتشريعية في المنح المؤقت للصفقة العمومية، ولكن قبل ذلك نتطرق إلى تشكيل لجان الصفقات والتي يتحدد اختصاص كل لجنة حسب المعيار المالي والعضوي⁽¹⁾، والتطرق بعدها إلى تحديد اختصاصها ودورها في تكريس شفافية إبرام الصفقة العمومية⁽²⁾.

(1) جليل مونية، «دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، حوليات جامعة الجزائر، 1، العدد 31، الجزء الأول، جوان 2017، ص 403.

(2) Mahiou ahmed, Cours d'institutions administratives, O.P.U, Alger, 1981, P 242

(3) المادة 56 من القانون رقم 23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

(4) بوضياف عمار، المنازعات الإدارية، دراسة منقحة بالاجتهادات القضائية للمحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 318.

1 - تشكيل لجان الصفقات العمومية

تقوم بعملية الرقابة الخارجية للصفقات العمومية هيئات متخصصة تتمثل في لجان الصفقات العمومية، وهذا ما أكدته المادة 98 من القانون رقم 12-23 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالصفقات العمومية، إذ تنص على أنه "تمارس الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية، في حدود مستويات اختصاص لجان الصفقات العمومية".

تعتبر لجان الصفقات العمومية كآلية للرقابة الخارجية القبلية وهي لجان ذات صفة إدارية، موجودة على جميع المستويات وفي كل الإدارات المعنية بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية⁽¹⁾، وهي مركز اتخاذ القرار بخصوص مراقبة الصفقات العمومية المدرجة ضمن نطاق اختصاصها⁽²⁾، لم يفصل المشرع في قانون الصفقات العمومية الجديد عن أشكال هذه اللجان، وقد ورد في المرسوم الرئاسي 15-247 اللجنة الولائية للصفقات، اللجنة البلدية للصفقات لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية سواء الوطنية أو المحلية، والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، اللجنة الجهوية للصفقات، واللجنة القطاعية للصفقات العمومية، خصص المشرع كل لجنة معينة بضوابط معينة تؤطر سير مهامها⁽³⁾، وإن كان المشرع لم يفصل في القانون رقم 12-23 في لجان الرقابة الخارجية القبلية في مجال الصفقات العمومية، باعتباره يحدد القواعد العامة، بل تركها للتنظيم.

بين المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تشكيلة لجان الصفقات العمومية، كما حدد المرسوم التنفيذي رقم 11-218 المتضمن المصادقة على النظام الداخلي النموذجي للجان الصفقات العمومية، قواعد سيرها والإجراءات المتبعة أمامها⁽⁴⁾.

(1) بن حراث العربي، مناد محمد، «فعالية الرقابة القبلية على الصفقات العمومية ضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام»، مجلة الاقتصاد والبيئة، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، المجلد 05، العدد 01، أبريل 2022، ص 393.

(2) المادة 98 من القانون رقم 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

(3) نظمها المواد من 165 إلى 190 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(4) المرسوم التنفيذي رقم 11-218 مؤرخ في 16 مارس 2011 يتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، ج ر ج ج، عدد 16 صادر بتاريخ 13 مارس 2011.

أ - اللجنة الجهوية للصفقات العمومية

تتشكل اللجنة الجهوية من الوزير المعني أو ممثله رئيساً، ممثل المصلحة المتعاقدة، ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية "مصلحة المالية ومصلحة المحاسبة"، ممثل عن الوزير المعني بالخدمة حسب موضوع الصفقة، ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة⁽¹⁾.
يتحدد مجال اختصاصها بناء على المعيار العضوي بدراسة دفاتر الشروط، والصفقات العمومية، والملاحق، التي تبرمها المصالح الخارجية الجهوية للإدارة المركزية⁽²⁾، والتي يجب أن يكون المعيار المالي لها يفوق مبلغ 1000.000.000 دج لصفقات الأشغال، ويفوق 300.000.000 دج لصفقات اللوازم، ويفوق 200.000.000 دج لصفقات الخدمات، ويفوق 100.000.000 دج لصفقات الدراسات⁽³⁾.

ب - لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية الوطنية والهيكل غير مركز المؤسسة

العمومية ذات الطابع الإداري

تتشكل لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية الوطنية والهيكل غير مركز المؤسسة العمومية من ممثل عن السلطة الوصية رئيساً، المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثليه، ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية "المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة"، ممثل عن الوزير المعني بالخدمة حسب موضوع الصفقة، ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة⁽⁴⁾.
يتحدد مجال اختصاصها بناء على المعيار العضوي بدراسة دفاتر الشروط، والصفقات العمومية، والملاحق، التي تبرمها المؤسسات العمومية الوطنية والهيكل غير مركز المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري⁽⁵⁾، والتي يجب أن يكون المعيار المالي لها يفوق مبلغ 1000.000.000 دج لصفقات الأشغال، ويفوق 300.000.000 دج لصفقات اللوازم، ويفوق 200.000.000 دج لصفقات الخدمات، ويفوق 100.000.000 دج لصفقات الدراسات⁽⁶⁾.

(1) المادة 171 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) المادة 171 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(3) المادة 184 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(4) المادة 172 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(5) المادة 172 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(6) المادة 184 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

ج - اللجنة الولائية

تتشكل اللجنة الولائية للصفقات من الوالي أو ممثله رئيسا، ممثل المصلحة المتعاقدة، ثلاث (3) ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي، ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بمصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة، مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمات الولائية، حسب الموضوع⁽¹⁾.
يتحدد مجال اختصاصها بناء على المعيار العضوي بدراسة دفاتر الشروط، والصفقات العمومية، والملاحق، التي تبرمها الولاية، والمصالح الغير ممركرة للدولة، والمصالح الخارجية للإدارات المركزية غير تلك التابعة للمؤسسات العمومية الوطنية، والهيكل غير المركز للمؤسسة الوطنية ذات الطابع الإداري⁽²⁾، والتي يجب أن يكون المعيار المالي لها يفوق مبلغ 1000.000.000 دج لصفقات الأشغال، ويفوق 300.000.000 دج لصفقات اللوازم، ويفوق 200.000.000 دج لصفقات الخدمات، ويفوق 100.000.000 دج لصفقات الدراسات⁽³⁾.
كما تختص في صفقات الأشغال أو اللوازم يساوي أو يفوق 200.000.000 دج، أما بالنسبة للخدمات يساوي أو يفوق 50.000.000 دج، أما بالنسبة للدراسات يساوي أو يفوق 20.000.000 دج، والتي تبرمها البلدية، والمؤسسات العمومية المحلية⁽⁴⁾.

د - اللجنة البلدية:

تتشكل اللجنة البلدية للصفقات من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيسا، ممثل عن المصلحة المتعاقدة، منتخبين اثنين (2) يمثلان المجلس الشعبي البلدي، ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية "مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة"، ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة الولائية، حسب موضوع الصفقة⁽⁵⁾.

يتحدد مجال اختصاصها بناء على المعيار العضوي بدراسة دفاتر الشروط، والصفقات العمومية، والملاحق، التي تبرمها البلدية⁽⁶⁾، والتي يجب أن يكون المعيار المالي لها يساوي أو

(1) المادة 173 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.
(2) المادة 173 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.
(3) المادة 184 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.
(4) المادة 173 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.
(5) المادة 174 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.
(6) المادة 174 و 173 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

يفوق المبلغ 200.000.000 دج بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم أما بالنسبة للخدمات يساوي أو يفوق 50.000.000 دج، أما بالنسبة للدراسات يساوي أو يفوق 20.000.000 دج⁽¹⁾.

هـ - لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير مركز للمؤسسة العمومية

تتشكل لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير مركز للمؤسسة العمومية من ممثل السلطة الوصية رئيساً، المدير العام، أو مدير المؤسسة أو ممثله، ممثل منتخب عن مجلس المجموعة الإقليمية المعنية، ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية، "مصلحة الميزانية ومصالح المحاسبة"، ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة في الولاية حسب الموضوع⁽²⁾.

يتحدد مجال اختصاصها بناء على المعيار العضوي بدراسة دفاتر الشروط، والصفقات العمومية، والملاحق، التي تبرمها المؤسسات العمومية المحلية والهيكل غير مركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، غير مذكورة في المادة 172 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15⁽³⁾، والتي يجب أن يكون المعيار المالي لها يساوي أو يفوق المبلغ 200.000.000 دج بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم أما بالنسبة للخدمات يساوي أو يفوق 50.000.000 دج، أما بالنسبة للدراسات يساوي أو يفوق 20.000.000 دج⁽⁴⁾.

يختلف تعيين اللجان المذكورة سابقاً إذ يتم تعيين تشكيلة أعضاء لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية الوطنية والهيكل غير مركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير مركز للمؤسسة العمومية، بمقرر من السلطة الوصية على المؤسسة العمومية، ويعين تشكيلة أعضاء اللجنة الجهوية، اللجنة الولائية، واللجنة البلدية للصفقات، بموجب مقرر من رئيس اللجنة⁽⁵⁾.

و - اللجنة القطاعية

تستحدث لدى كل دائرة وزارية لجنة قطاعية للصفقات، تكون مختصة في حدود مستويات معينة، وتتشكل، من الوزير المعني أو ممثله رئيساً، ممثل الوزير المعني، نائب الرئيس، ممثل

(1) المادة 173 من المرسوم الرئاسي 247-15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) المادة 175 من المرسوم الرئاسي 247-15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(3) المادة 175 من المرسوم الرئاسي 247-15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(4) المادة 173 من المرسوم الرئاسي 247-15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(5) المادة 166 من المرسوم الرئاسي 247-15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

المصلحة المتعاقدة، ممثلان (2)، عن القطاع المعني، ممثلان (2) عن وزير المالية "المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة"، ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة⁽¹⁾.

يتحدد اختصاصها بناء على المعيار العضوي إذ أن كل المصالح المتعاقدة المذكورة في المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247، أن يتوفر المعيار المالي الذي يجب أن يفوق المبلغ مليار 1000.000.000 دج لصفقات الأشغال، ويفوق 300.000.000 دج لصفقات اللوازم، ويفوق 200.000.000 دج لصفقات الخدمات، ويفوق 100.000.000 دج لصفقات الدراسات⁽²⁾.

أما بالنسبة لرقابتها للإدارة المركزية فيجب أن يفوق المبلغ 12000.000 دج لصفقات الأشغال أو لوازم، ويفوق مبلغ 6000.000 دج لصفقات الدراسات أو خدمات⁽³⁾.

2- اختصاصات لجان الصفقات العمومية

تختص لجنة الصفقات حسب نوعها متدرجة من المستوى المحلي، إلى الجهوي ثم الوطني برقابة ملائمة ومشروعية في نفس الوقت إذ جعلت الغاية منها التحقق من مطابقة الصفقات المعروضة عليها للتشريع والتنظيم المعمول بهما من جهة، وإلى التحقق من التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية من جهة أخرى⁽⁴⁾، وهي آلية وقائية للحماية من الفساد إذ أن الجهة المختصة بالرقابة تتأكد من أن إبرام الصفقة كان مطابقاً للقانون⁽⁵⁾.

تقوم المصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقة العمومية، وفقاً للإجراءات والقواعد التي حددها قانون الصفقات العمومية، وبعد انتهائها من اختيار المتعامل الاقتصادي المؤهل، يأتي دور لجان الصفقات، التي تحدث على مستوى كل مصلحة متعاقدة مذكورة في المادة 9 من القانون رقم 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية تكلف بالرقابة القبلية الخارجية، لتتأكد من مدى احترامها للقواعد والأطر التي تجسد المشروعية في إبرام الصفقة العمومية

(1) المادة 175 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) المادة 184 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(3) المادة 184 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(4) المادة 163 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(5) خضري حمزة، «الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية»، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي

مرياح ورقلة، العدد السابع، جوان 2012، ص 180.

تعمل لجنة الصفقات على تقديم المساعدة للمصلحة المتعاقدة في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام ترتيباتها ودراسة دفاتر الشروط والصفقات ومعالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون⁽¹⁾، من خلال كشف التجاوزات التي تصدر من المصلحة المتعاقدة بخصوص القرارات الإدارية التي من شأنها أن تؤثر على المنافسة بين المتنافسين والتي تعرقل معيار أحسن عرض، ومن حق أي متضرر الطعن في المنح المؤقت للصفقة، أو في إعلان عدم الجدوى، أو إلغاء الإجراء في إطار طلب العروض أو إجراء التفاوض بعد الإستشارة وفقا لنص المادة 56 من القانون رقم 23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

يجب أن يؤسس الطعن على وقائع ثابتة تشكل مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول بهما، خاصة مخالفة الأحكام المتعلقة بكيفية اختيار المتعامل المتعاقد والمعايير المعتمدة في ذلك⁽²⁾، وبهذا تضمن لجنة الصفقات احترامها لمتطلبات مبادئ الشفافية، حيث تراقب موضوعية الشروط التقنية التي وضعتها المصلحة المتعاقدة التي قد تخدم بعض المرشحين، وتراقب صيغة الإبرام وذلك بالتأكد من عدم وجود ممارسات تخل بمبدأ المنافسة كاللجوء إلى صيغة التراضي بأحد نوعيه بشأن مواضيع صفقات يكون إجراء المنافسة فيها واجب وحتمي، كما تتحقق من احترام المصلحة المتعاقدة والتزامها بكيفيات وقواعد الإعلان عن الصفقة، إذ تتأكد خصيصا من احتواء الإعلان للمعلومات اللازمة، وعدم التمييز والقيام بالنشر في الجرائد الرسمية، إلا في حدود ما يسمح به القانون كاستثناء، أما عن رقابتها على تقييم العروض كمنح الصفقة فتتحقق من مدى التزام المصلحة المتعاقدة بضوابط مشروعية عمل لجنة الفتح وتقييم العروض على مستوى فتح الأظرفة كتقييم تعهدات المتعاملين ضمانا لحيادها ومصداقية عملها⁽³⁾.

وبناء على هذا تصدر لجنة الصفقات قرارا حسب الإجراء المطعون فيه، إما إلغاء المنح المؤقت، أو إلغاء قرار إلغاء المنح المؤقت، أو إلغاء قرار عدم الجدوى، وعلى المصلحة المتعاقدة

(1) المادة 169 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 01، 2013/2012، ص 53.

(3) حليمي منال، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة مقدمة للاستكمال متطلبات شهادة دكتوراه، الطور الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 28 فيفري 2017، ص 62.

أن تأخذ في الحسبان قرار لجنة الصفقات المتخذ وتواصل تقييم العروض من جديد، والسماح لكل العروض المضرورة من الإجراء المطعون فيه بالمشاركة من جديد في التنافس على الصفقة⁽¹⁾.

وإن كان يمكن للمصلحة المتعاقدة إقصاء المتعاملين الاقتصاديين، وإلغاء المنح المؤقت أو إلغاء الإجراءات الممهدة لإبرام الصفقة على أساس اعتبارات المصلحة العامة، وبالتالي تستبعد من مجال تطبيق قانون المنافسة، إلا أن تطبيق نص المادة 82 من المرسوم 247/15 وممارسة حق الطعن يثير إشكالات قانونية، إذ أن إمكانية الطعن في قرار إلغاء المنح المؤقت أو إلغاء الإجراء، إذا ما قدروا أن تصرف المصلحة المتعاقدة "لم يكن مشروعاً"، وفي نفس الوقت أتاحت المادة 73 للمصلحة المتعاقدة إمكانية ذلك، إذا ما استندت على دواعي المصلحة العامة. فما مصير الطعون الموجهة ضد اختيار المصلحة المتعاقدة أو ضد إلغائها لإجراء من الإجراءات إذا ما استندت الأخيرة على دواعي " المصلحة العامة "؟ وهل يمكن للجان الصفقات الخوض في مسألة " تقدير مدى توافر المصلحة العامة المستند عليها من عدمها؟".

ثانياً: مدى فعالية دور لجان الصفقات في الكشف عن الممارسات المنافية للمنافسة

إن رقابة لجان الصفقات لها دور مهم وفعال في تحقيق وتجسيد الشفافية والنزاهة، إذ تعد المرحلة التالية للرقابة الإدارية الداخلية التي تمارسها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وهذا لكون الصفقات العمومية تعد المجال الخصب لميلاد وتطور مختلف أنواع الفساد⁽²⁾.

يعد دور لجان الصفقات العمومية في مراقبة إجراءات إبرام الصفقات العمومية أكثر فاعلية وقوة مقارنة مع ما عليه الوضع في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، كما أصبحت تقوم بدور هام يتجلى في تقييم إجراءات إبرام الصفقات العمومية، والفصل في الطعون والنزاعات بين أطرافها، وتختلف هذه اللجان حسب المعيار المالي والعضوي إلى لجان متواجدة على المستوى الوطني وأخرى على الجهوي، والمحلي والهدف الأساسي من إنشائها هو ضمان شفافية إبرام

(1) صادقي عباس، الرقابة القبلية على صفقات الجماعات المحلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الإداري المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2016/2017، ص 96.

(2) موري سفيان مدى فعالية أساليب رقابة الصفقات العمومية على ضوء قانوني الصفقات العمومية والوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2011/2012، ص 26.

الصفقات العمومية⁽¹⁾، إلا أننا لاحظنا أن هذه الاختصاصات الممنوحة لها محدودة من خلال التضييق من مجال اختصاصها (1)، والقصور كذلك في فعالية دورها بالنظر إلى طبيعة القرارات التي تصدرها ومدى تأثيرها على المصلحة المتعاقدة (2).

1- التضييق من مجال اختصاص لجان الصفقات العمومية

تكمن فعالية الرقابة الخارجية، التي تمارس من طرف لجان الصفقات العمومية، والتي تفرض على جميع مراحل إبرام الصفقات العمومية، وعلى جميع الصفقات التي تبرمها الأشخاص المخولة لها إبرام الصفقات العمومية وإفلات أي إجراء أو أي صفقة يفرغ الرقابة من جوهرها ومحتواها وهو ما جسده المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، إلا أن هناك طائفة من مشاريع دفاتر الشروط والصفقات لا تخضع للرقابة القبلية للجان الصفقات، هذا بالإضافة إلى كل العقود التي لا تتجاوز مستوياتها المالية الحد اللازم لإبرام صفقة عمومية، إذ بدا واضحا خروج بعض الصفقات من رقابتها رغم أهميتها، كما أن تجزئة الصفقة وحالة الإستعجال أصبح سبيلا لإفلاتها من رقابة هذه اللجان، ولكن من خلال دراستنا لاختصاصات هذه اللجان لاحظنا أن المشرع قام بالتضييق من مجال رقابتها.

أ- خروج الصفقات العمومية عن رقابة لجنة الصفقات العمومية

يجب على المصلحة المتعاقدة تحديد الطلبات العمومية تحديدا دقيقا وهذا بما يتماشى مع احتياجات المصلحة المتعاقدة، حتى تتمكن هذه اللجان من ممارسة دورها الذي أنشئت من أجله والحفاظ على الأموال العمومية وتقادي هدرها وإسرافها⁽²⁾.

حدد المشرع الحد المالي لاعتبار العقد صفقة، حيث تنص المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه "كل صفقة تساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة إثني عشر مليون دينار جزائري (12000000.00 دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار جزائري (6.000.000.00 دج)، للدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب"

(1) حمودي محمد، دور هيئات الرقابة الخارجية في ضمان شفافية إجراءات إبرام الصفقات العمومية - دراسة في إطار المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام»، دفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، المجلد 11 العدد الثاني، جوان 2019، ص 28.

(2) موري سفيان، مرجع سابق، ص 26.

من خلال نص المادة يتضح أنه إذا كانت حاجيات المصالح المتعاقدة يساوي أو يفوق العتبة المالية المحددة أعلاه، يجعل منها صفقة عمومية بمفهوم المرسوم الرئاسي 15-247 وبالتالي يجعل خضوعها لمقتضيات الرقابة الخارجية أمر لا مفر منه⁽¹⁾، أما إذا كانت حاجيات المصالح المتعاقدة، أقل من العتبة المالية تكون الطلبات محل استشارة على أن يتم اقتناء أحسن عرض بالنظر لجودته وسعره، المشرع في هذه الحالة لم يحدد إجراءات الاستشارة بل ترك السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة⁽²⁾، التي يمكنها الإساءة عمداً أو بدون قصد في استعمالها قصد الإفلات من رقابة اللجان الخارجية.

في المقابل وبالرجوع للمادة 13 فقرة 6 من نفس المرسوم نجد أن المشرع اعتبر مجموع تجزئة الطلبات العمومية إذا شكل صفقة لدى متعامل واحد يجب اعتبارها صفقة وخضوعها لرقابة اللجان الخارجية، أما إذا شكل مجموعها صفقة لدى عدة متعاملين فتجاهل المشرع هذه الحالة وهو ما يدفعنا للقول بعدم فعالية هذا النوع من الرقابة.

ب- خروج حالات الاستعجال في مجال الصفقات العمومية عن رقابة لجنة الصفقات

تبرم الصفقات العمومية في حالة الضرورة والاستعجال الملح، وتخضع للرقابة القبلية للجان الصفقات العمومية المختصة بعد البدء في تنفيذها، وتشمل هذه الرقابة كافة العناصر والإجراءات المتعلقة بإبرام الصفقة، بما في ذلك التأكد من توافر حالة الضرورة أو الاستعجال الملح. وعلى الرغم من إمكانية رفض لجان الصفقات منح التأشير لمثل هذه المشاريع في حال تخلف شرط أو أكثر من شروط صحة إبرامها، إلا أن احتمال صرف النفقة العمومية أو جزء منها

(1) بن هاشمي حمودي محمد، محمد علي، الملحق في الصفقة العمومية، مداخلة أقيمت في أعمال لملتقى الوطني حول: "ترشيد النفقات العمومية ورهانات النهوض بالاقتصاد الوطني من خلال تنظيم الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوقرة، يومي 20 و 21 نوفمبر 2017، ص 01.

(2) "يعتبر هذا الاستثناء من عملية الإشهار خطراً كبيراً على العملية التنافسية النزيهة بين المتعاملين وكذا على المال العام، ذلك أن المشرع ترك هامش حرية كبير للمصلحة المتعاقدة لاختيار المتعامل المتعاقد، حيث يمكن التواطؤ مع المقاول والقيام باستشارة شكلية بين ثلاثة متنافسين وهميين، ويسند العقد لمقاول محدد سلفاً وبسعر أعلى بكثير من السعر الذي كان يمكن الحصول عليه لو كانت المنافسة نزيهة وفعالية " أنظر في ذلك: حطاش عبد الحكيم، زيتوني هند، مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسيد برامج الاستثمارات العامة للفترة 2011-2014، مداخلة أقيمت في المؤتمر الدولي حول: "تقييم آثار برامج الاستثمارات العامة وانعكاساتها على التشغيل والاستثمار والنمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2014"، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة سطيف 01، يومي 11 و 12 مارس 2014، ص 12.

للمتعامل المتعاقد أمر وارد ولو تم بعد ذلك توقيف العملية، وهو ما يجعل الرقابة القبلية للجان الصفقات عديمة الأثر في الحفاظ الوقائي على الأموال العمومية المحلية في هذه الحالات⁽¹⁾.

2- قرارات لجنة الصفقات ذات طابع استشاري

تتوج أعمال اللجنة بقرارات إما في شكل منح التأشير، إذا ما تأكدت من مطابقة ملف الصفقة للتنظيم والتشريع المعمول بهما، والذي يعتبر تصرفاً قانونياً لها، أو منح التأشير بتحفظات، إذا كان الملف ناقصاً أو به أخطاء، ولا يمكن في هذه الحالة أن تدخل الصفقة حيز التنفيذ إلا بتصحيح العيب وإزالته، أو رفض التأشير⁽²⁾، على أن يكون رفض منح التأشير معللاً بسبب مخالفة مشروع الصفقة للأحكام التشريعية والتنظيمية، فلا يمكن للجنة وهي من عهد إليها حماية القواعد التشريعية والتنظيمية أن تسمح بتجاوز التشريع أو التنظيم لذلك جاء في المادة 195 من أحكام المرسوم الرئاسي 15-247⁽³⁾، والمادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 11-118 لتشير بوضوح أن أي مخالفة للتشريع و/أو التنظيم المعمول بهما يكون سبباً لرفض منح التأشير، لأن هذه اللجان إنما الغاية من إحداثها هو الرقابة السابقة على إجراءات إبرام الصفقات العمومية⁽⁴⁾. غير أن الجدير بالذكر ليست أي مخالفة للأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية سبباً لرفض التأشير، بل تتمثل في المخالفة للمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية المنصوص عليها في نص المادة 05 من ذات المرسوم⁽⁵⁾، فالهدف من رفض منح التأشير هو الحفاظ على مبدأ المشروعية، واحترامه، من طرف المصلحة المتعاقدة، من حيث احترام القواعد القانونية المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية، تكريماً لدولة القانون⁽⁶⁾.

(1) صادقي عباس، الرقابة القبلية على صفقات...، مرجع سابق، ص 109.

(2) سايح جبور علي، «دور هيئات الرقابة الخارجية في ضمان سلامة إجراءات إبرام الصفقات العمومية، اللجنة-الولاية للصفقات العمومية نموذجاً»، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي بأفلو، المجلد 03، العدد 01، جوان 2020، ص 86.

(3) تنص المادة 195 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق على أنه "...ومهما يكن من أمر فإن كل مخالفة للتشريع و/أو التنظيم المعمول بهما تعابنها اللجنة، وتكون سبباً لرفض التأشير...".

(4) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد...، مرجع سابق، ص 152، 153.

(5) حلبي منال، مرجع سابق، ص 63.

(6) سايح جبور علي، مرجع سابق، ص 87.

لكن بالرجوع إلى المادتين 200⁽¹⁾، و201⁽²⁾ من أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 لا نلاحظ أنهما تحدان من قوة مركز لجان الرقابة الخارجية في اتخاذ القرار ومنحها للسلطة الوصية، وذلك في إمكانية اتخاذه لمقرر تجاوز التأشيرة في حالة رفضها من لجنة الرقابة المختصة بموجب مقرر معلل، وهذا ما يزيد الأمور سوءاً وانتقاصاً لدور لجان الرقابة الخارجية، من ثم تقتقر قراراتها للقوة الإلزامية، مما يجعل دورها استشاري بحت في جوهره وفحواه، ويضعف من دورها ويفتح الباب أمام احتمال إفلات الصفقات التي تبرم بالمخالفة للأحكام التنظيمية والتشريعية من رقابتها.

يعد أمر تجاوز تأشيرة لجنة الصفقات المختصة، من طرف المصلحة المتعاقدة أمراً خطيراً جداً لأن المبادئ وإجراءات إبرام الصفقات العمومية جاء النص والتأكيد عليها في تنظيم الصفقات العمومية وهو نص تنظيمي⁽³⁾، كما أكد عليها قانون المنافسة واعتبرها تصرفات مخلة بالمنافسة، لأن الانحراف بشكليات إبرام الصفقة هي من أخطر صور الفساد الإداري المتفشية في الصفقات العمومية ومثالها عدم استيفاء الإجراءات الشكلية السابقة على التعاقد⁽⁴⁾، فلماذا أنشأت أصلاً هذه اللجان ما دام يمكن تجاوز مقرراتها، فرفض لجنة الصفقات منح التأشيرة يعني بوضوح أن هناك مخالفة للمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية⁽⁵⁾.

(1) تنص المادة 200 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، على أنه "يترتب في حالة رفض لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة منح التأشيرة، ما يأتي:

- يمكن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية المعني، بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة، أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل.
- يمكن الوالي، في حدود صلاحياته، وبناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة، أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل ويعلم وزير الداخلية والجماعات المحلية بذلك.
- يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي في حدود صلاحياته وبناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل ويعلم الوالي المختص بذلك...".

(2) تنص المادة 201 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق على أنه "إذا رفضت لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات منح التأشيرة، يمكن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، حسب الحالة، بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل...".

(3) المادة 202 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(4) حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري...، مرجع سابق، ص 567.

(5) تياب نادية، «عدم فعالية الرقابة الإدارية الخارجية على الصفقات العمومية - قراءة في إطار أحكام المرسوم الرئاسي 15-

247»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد، 16، العدد 02، 2021، ص 135.

تجدر الإشارة أنه لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز بعد أجل 90 يوماً، ابتداءً من تاريخ تبليغ رفض التأشير⁽¹⁾، ويتم إرسال نسخة من مقرر التجاوز المعد حسب الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول به إلى مجلس المحاسبة والوزير المكلف بالمالية⁽²⁾.

لا تعتبر قرارات لجان الصفقات ملزمة على المصلحة المتعاقدة إذ يمكن العدول عن إبرام الصفقة، رغم وجود التأشير⁽³⁾، والأمر متوقف على ضرورة إعلام لجنة الصفقات المانحة للتأشير دون أن يبين النص موقفها بعد إعلامها بما يفهم منه أن لجنة الرقابة المختصة لا تملك حق المعارضة بعد إعلامها، وإن كان هذا التجاوز أو العدول الصادر من مدير المصلحة المتعاقدة⁽⁴⁾ عن القرارات الصادرة عن لجان الصفقات المختصة بالرقابة، باعتبار لها سلطة تقرير مدى ملاءمة إبرام الصفقة، استناداً لمبدأ التكيف الذي يحكم المرفق العام⁽⁵⁾، واعتبارات وضرورات المصلحة العامة والتسيير الإداري الحسن⁽⁶⁾.

(1) المادة 202 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(2) المادة 200 و201 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(3) المادة 3/196 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية... وإذا عدلت المصلحة المتعاقدة عن إبرام إحدى الصفقات العمومية التي كانت موضوع التأشير، فإنها يجب أن تعلم بذلك لجان الصفقات العمومية المختصة...».

(4) المحددة في المادة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(5) تياب نادية، «عدم فعالية الرقابة الإدارية الخارجية...»، مرجع سابق، ص 137.

(6) سايح جبور علي، مرجع سابق، ص 88.

الباب الثاني

الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة

العمومية بقواعد قانون المنافسة

يعد تجسيد إطار قانوني يوطر المراكز القانونية في السوق من أهم الشروط اللازمة لقيام الأشخاص بالنشاط الاقتصادي السليم في ظل نظام اقتصاد السوق، لهذا تعتبر التشريعات المتعلقة بالمنافسة آليات ضبط يقصد بها حماية الحرية الاقتصادية وإقامة نظام عام اقتصادي⁽¹⁾، وضمان منافسة نزيهة في السوق، ويضع لها ضوابطها ويمنع أي إخلال بالمنافسة.

كرس المشرع الجزائري ضمانات قانونية بموجب النصوص القانونية المؤطرة لمسألة خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، ونخص بالذكر قانوني المنافسة وقانون الصفقات العمومية جسدت جملة من الالتزامات تقع على أطراف الصفقة العمومية ترتبط بجزاءات توقع في حالة إخلالهم بالالتزامات المفروضة عليهم قانونا، فوجود الالتزامات القانونية دون مراقبة ودون فرض عقوبات يجعل منها عدم فعاليتها، وتعتبر مسألة إخلال أطراف الصفقة العمومية باعتبارهم فاعلين اقتصاديين بالتزاماتهم القانونية المخلة بالمنافسة ترجمة لقيام مسؤوليتهم القانونية المترتبة عن مخالفة قاعدة قانونية ما يرتب عن ذلك توقيع العقوبة والجزاء.

يقتضي تكريس الحماية القانونية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، تدخل هيئات خاصة تسهر على تحقيق الحماية القانونية وتجسيد فعاليتها، ويعود الاختصاص في مجال الضبط الاقتصادي للهيئات الإدارية المستقلة ممثلة في مجلس المنافسة، ووسع المشرع من اختصاصه، حيث أصبح يلعب دورا هاما في ضبط النشاط التنافسي، في سوق الطلبات العمومية، من خلال حماية السوق والنظام العام الاقتصادي بمراقبة سلوك المتعاملين الاقتصاديين، باعتبارهم أعوان اقتصاديين بمفهوم قانون المنافسة، عند قيامهم بأعمال تتسبب في تقييد المنافسة في الصفقات العمومية، والتي من شأنها مخالفة أحكام قانون المنافسة (الفصل الأول).

تظهر خصوصية النزاع التنافسي في مجال الصفقات العمومية في انعقاد الاختصاص لمجلس المنافسة الذي يختص بتطبيق قانون المنافسة على النزاع، وعلى اعتباره قانون خاص إلا أن ملامح الطابع العام لهذا القانون تبقى قائمة من خلال خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة وهو ما يطرح مشكل الاختصاص، ما يقتضي تكريس محددات اختصاص مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية كمعيار يبنى عليه لتحديد اختصاص القضاء في مجال المنافسة، ما يعني وجود نزاعات قضائية ذات خصوصية يمتد إليها تطبيق قانون المنافسة، لاسيما

(1) ناصري نبيل، «تنظيم المنافسة الحرة كآلية لضبط السوق التنافسية وحماية المستهلك»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 4، ديسمبر 2015، ص 116.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

وأن اختصاص القاضي بمتابعة الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية اختصاص قائم بذاته إلى جانب اختصاص مجلس المنافسة.

باعتبار الصفقات العمومية عقود إدارية يؤول اختصاص النظر فيها للقضاء الإداري، باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في النظر في منازعات الصفقات العمومية المتعلقة بأشخاص القانون العام، على أن تحديد الاختصاص القضائي فيما يرتبط بالقضايا التي تتضمن مخالقات أحكام قانون المنافسة والتي يكون مصدرها أطراف الصفقة، يثير إشكالا قانونيا مرتبطا بالنص القانوني الذي يخضع الصفقات العمومية لأحكام قانون المنافسة، الذي خول بموجبه المشرع الجزائري الاختصاص للهيئات القضائية للنظر في النزاعات المتعلقة بالمنافسة ما يستوجب الوقوف على الممارسة القضائية في تحديد الاختصاص في مسألة الإخلال بالمنافسة في سوق الطلبات العمومية، وتسليط الضوء على السلطات التي يتمتع بها القضاء في متابعة الممارسات المخلة بالمنافسة وحدود اختصاصه لرفع اللبس بين معالم توزيع الاختصاص بين مجلس المنافسة من جهة، والجهات القضائية من جهة أخرى (الفصل الثاني).

الفصل الأول

اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الإخلال بقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية

خول المشرع لمجلس المنافسة القيام بمهمة ضبط السوق التنافسية في المجال الاقتصادي قصد زيادة الفاعلية الاقتصادية وفقا لإجراءات مضبوطة بموجب الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، باعتباره الوصي الأول لضبط المنافسة في جميع المجالات ذات الصبغة الاقتصادية، والذي يوكل إليه مهمة الضبط الأفقي للممارسات المنافسة للمنافسة على مستوى جميع الأسواق⁽¹⁾، وتماشيا مع هذا التعديل تم إنشاء سلطة ضبط الصفقات العمومية التي توكل لها مهمة الضبط العمودي للممارسات المخلة بالمنافسة.

يتمتع مجلس المنافسة باختصاص تطبيق قانون المنافسة بتشكيلته المتخصصة وله صلاحيات واسعة تتمثل في سلطة توقيع العقاب وتجعله الهيئة الأولى الساهرة على ترقية وحماية المنافسة، أما سلطات الضبط المستقلة فلا ترقى لهذه الصلاحيات وإن كان هدفها الأساسي يتمثل في فتح القطاعات الموضوعة تحت دائرة اختصاصها أمام المنافسة والحرص على إبقائها والمحافظة عليها⁽²⁾، منها سلطة ضبط الصفقات العمومية التي لم يتم تنصيبها إلى غاية الآن⁽³⁾.

(1) TATON Xavier, Les recours juridictionnels en matière de régulation, Énergie communications électroniques, audiovisuelles, transports, finances et concurrence éditions Larcier, Bruxelles, Belgique, 2010, P 31.

(2) ZOUAMIA Rachid, «De l'articulation des rapports entre le conseil de la concurrence et les autorités de régulations sectorielles en droit Algérien», Revue IDARA, N° 33, P 34.

(3) نظم المشرع الجزائري سلطة ضبط الصفقات العمومية، في المادة 213 و 214 و 88 من المرسوم الرئاسي 15-247 إلا أنه يتبين من خلال هذه النصوص أن سلطة ضبط الصفقات العمومية، تفتقر لسلطة القمع وتوقيع الجزاءات وهو أمر يجعلنا نؤكد على عدم فعالية ونجاعة تلك السلطة في باب تنظيم الصفقات العمومية وتسويتها، كما أن هذه السلطة لم تنصب فعليا، لذا لا داعي للتفصيل فيها نظرا لعدم إمكانية تقييم دورها في أداء المهام الموكولة لها، وعدم فعاليتها في التصدي للممارسات المنافسة للمنافسة للتفصيل في الموضوع أنظر في ذلك: حملاوي نجاة، حسون محمد علي، «تفعيل سلطات الضبط الاقتصادي للمنافسة في مجال الصفقات العمومية»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 10، العدد 01، أفريل 2019، ص 393، وكذلك: صدوق أمينة، العايب سامية، «حماية مبدأ المنافسة في ميزان صلاحيات سلطة ضبط الصفقات العمومية بين الواقع والمأمول»، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، المجلد 9، العدد 01، 2021، ص 280، وما بعدها وكذلك: بن جيلالي عبد الرحمن، «انتفاء استقلالية ونجاعة سلطة ضبط الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام في الجزائر»، (قراءة في نص المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2019، ص 1108 - 1109.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

وبما أننا بصدد دراسة موضوع خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة فإن دراستنا تقتصر على اختصاص مجلس المنافسة كسلطة ضبط مستقلة في التصدي للإخلال بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية.

يعتبر مجلس المنافسة الضابط الأساسي للمنافسة بتوفير بيئة منافسة نزيهة والعمل على ترقيتها من خلال تحقيق أكبر شفافية للسوق، فهو أداة لحمايتها من الممارسات المنافسة للمنافسة، ويباشر رقابته على مختلف القطاعات الاقتصادية⁽¹⁾، ومن بينها قطاع الصفقات العمومية خصوصاً أنه ورد إثبات خضوعها لأحكام قانون المنافسة بموجب نص صريح.

وضع المشرع أسس قانونية تنظم تصرفات الفاعلين الاقتصاديين في السوق إلا أن تكريسها واقعياً يقتضي تدخل مجلس المنافسة وتحقيق أهداف قانون المنافسة وتدخله الحقيقي في مجال ضبط المنافسة يظهر من خلال الأدوار الهامة المسندة إليه في هذا الشأن⁽²⁾، ومدى تفعيل سلطاته في الواقع العملي، فمراقبة السوق وضبطها بفعالية يتطلب تزويد مجلس المنافسة بسلطات فعلية وفعالة تركز آليات اقتصاد السوق من خلال اختصاصات واسعة مخولة له بموجب قانون المنافسة، لذلك يجدر بنا استعراض دور مجلس المنافسة في رقابة الفاعلين الاقتصاديين والتصدي للممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية (المبحث الأول)، ومدى فعالية هذا الدور من خلال تسليط الضوء على مدى فعالية دوره في حماية قواعد المنافسة في إبرام الصفقات العمومية من خلال تجسيد الجانب النظري على الممارسة العملية في التصدي للممارسات المخلة بالمنافسة (المبحث الثاني).

(1) نزليوي صليحة، سلطات الضبط المستقلة، آلية للانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة، مداخلة أقيمت في المنتدى الوطني حول: "سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي"، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، يومي: 23 و 24 ماي 2007، ص 20.

(2) اختصاص مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية يقتصر على إجراء طلب العروض، ابتداءً من الإعلان عن الصفقة على غاية المنح النهائي، باستثناء مرحلة تنفيذ الصفقة، ودون عرقلة أداء مهام المرفق العام وصلاحيات السلطة العامة.

المبحث الأول

دور مجلس المنافسة في التصدي للإخلال بقواعد المنافسة في الصفقات العمومية

حدد المشرع الجزائري صلاحيات مجلس المنافسة، حيث تناولها في المواد 34 إلى 49 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، ومن بين هذه الصلاحيات تقديم الاستشارة، الرقابة، الردع، لكن ما يهمننا في هذه الدراسة دور مجلس المنافسة في التصدي للممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية والتي من شأنها ضمان وترشيد النفقات العمومية وحماية المال العام من خلال ممارسته للسلطة القمعية.

حدد المشرع في قانون المنافسة نظاما رقابيا صارما يفرض احترام مبادئ النظام العام الاقتصادي وقواعد المنافسة النزيهة بين الفاعلين الاقتصاديين، حيث نظم ذلك بموجب المادة 44 من الأمر 03-03 المذكور أعلاه⁽¹⁾، فيتكفل مجلس المنافسة بتطبيق قانون المنافسة من خلال صلاحياته التنزعية التي تمكنه من متابعة الممارسات التي يرتكبها المتعاملين الاقتصاديين في إطار القيام بنشاطاتهم الإقتصادية، والتي من شأنها أن تعزز من قدرتهم التنافسية في السوق بطريقة غير مشروعة تؤدي إلى إقصاء منافسيها ومن ثم القضاء على المنافسة بين المتنافسين في مجال الصفقات العمومية⁽²⁾.

خصص المشرع بابا كاملا يحتوي على خمسة فصول الصلاحيات التنزعية لمجلس المنافسة لضبط المنافسة، إذ رتب إجراءات المتابعة الإدارية (المطلب الأول)، مروراً إلى مرحلة الفصل في القضية وإصدار القرارات (المطلب الثاني)، ولهذه المراحل خصوصيتها وأهميتها.

المطلب الأول

إجراءات المتابعة الإدارية

سعى المشرع إلى تكريس متابعة سلوكات المتعاملين الاقتصاديين في حالة إخلالهم بالتزاماتهم القانونية خصوصا ما ينتج عنها من آثار سلبية في سوق الطلبات العمومية والتي من شأنها تقييد المنافسة، ما يؤدي إلى عرقلة اختيار المتعامل الاقتصادي وفق معيار أحسن عرض.

(1) تنص المادة 44 من الأمر رقم 03-03 على أنه: "...ينظر المجلس المنافسة إذا كانت الممارسات والأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن تطبيق المواد 6 و7 و10 و11 و12 أعلاه، أو تستند على المادة 9 أعلاه...".

(2) كحال سلمى، مجلس المنافسة وضبط النشاط الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2010/2009، ص 60.

يتدخل مجلس المنافسة كلما كانت القضايا المودعة أمامه تدخل في إطار تطبيق المواد من 6 إلى 17 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽¹⁾، فيعمل على فرض رقابته على السلوكات المخلة بالمنافسة المرتكبة في إطار الصفقات العمومية، وعلى أساس ذلك يتجلى عمله في تطبيق قانون المنافسة وتوقيع العقوبة على المخالفين لأحكامه، لذا يطلق عليه قاضي قانون المنافسة⁽²⁾، وفي هذا الإطار يقوم بالفصل في القضية، من خلال إتباع جملة الإجراءات التي يقوم بها الأطراف بصدد طرح النزاع على مجلس المنافسة من جهة (الفرع الأول) ومن جهة أخرى مختلف التحقيقات التي يقوم بها في إطار القيام بمهامه (الفرع الثاني)، من أجل الوصول إلى إقرار وجود مخالفة حقيقية تستوجب توقيع العقوبة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

إخطار مجلس المنافسة

يعد تقديم الإخطار الإجراء الأولي لتحريك إجراءات المتابعة أمام مجلس المنافسة⁽³⁾، وبداية اتصاله بالقضية⁽⁴⁾، بإعلامه بوقائع معينة من أجل التحقق من وقوعها واتخاذ الإجراءات الضرورية التي يخولها له القانون، ولقد أخضع الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، وكذا النظام الداخلي لمجلس المنافسة⁽⁵⁾ لأحكام الإخطار فيما يتعلق بالأشخاص المؤهلة قانوناً لتقديمه (أولاً)، والشروط القانونية الواجب توفرها في الإخطار (ثانياً).

(1) نظم المشرع إجراءات متابعة مجلس المنافسة للممارسات المقيدة للمنافسة في المواد 44 إلى 55 من الأمر 03-03 .

(2) بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مرجع سابق، ص 58، 77.

(3) يخطر مجلس المنافسة من قبل إحدى المؤسسات المتضررة من الممارسات المقيدة للمنافسة، وفق المادة 44 و50 من الأمر رقم 03-03 كما يمكن التقدم إليه من أجل طلب استشارة وهنا يسمى هذا الإجراء بـ "طلب الرأي"، وفق المادة 35 منه.

(4) عيساوي محمد، القانون الإجرائي للمنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2005، ص 84.

(5) مرسوم رئاسي 96-44 مؤرخ في 17 يناير 1996 يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة، ج ر ج ج، عدد 5، صادر بتاريخ 17 يناير 1996 (صدر في ظل القانون 06/95)

- مرسوم تنفيذي رقم 11-241 مؤرخ في 10 يوليو 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، ج ر ج ج عدد 39، صادر بتاريخ 13 يوليو 2011، معدل ومتمم بـ: مرسوم تنفيذي رقم 15-79 مؤرخ في 8 مارس 2015، ج ر ج ج عدد 13، صادر بتاريخ 11 مارس 2015.

(صدر قرار رقم 1 مؤرخ في 24 جويلية 2013، يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة في سنة 2013 قرار يحدد نظام الداخلي لمجلس المنافسة غير أن المرسوم الرئاسي 96-44 لم يتم إلغاؤه بصورة صريحة).

أولاً: الأشخاص المخولة بإخطار مجلس المنافسة

تنص المادة 44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه "يمكن أن يخطر الوزير المكلف بالتجارة مجلس المنافسة، ويمكن المجلس أن ينظر في القضايا من تلقاء نفسه أو بإخطار من المؤسسات أو بإخطار من الهيئات المذكورة في الفقرة 2 من المادة 35 من هذا الأمر، إذا كانت لها مصلحة في ذلك...".

وبالرجوع إلى نص المادة 35 الفقرة 02 فإنها تنص على أنه "يمكن أن تستشير أيضا في المواضيع نفسها الجماعات المحلية، والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية، وكذا جمعيات حماية المستهلكين".

بناء على نص المادتين يختص مجلس المنافسة في النظر في النزاعات المتعلقة بالممارسات المخلة بالمنافسة، بناء على إخطار وزاري، أو إخطار تلقائي، أو إخطار مباشر، وفق ما يلي:

1- الإخطار الوزاري:

يعتبر وزير التجارة رئيس السلطة المركزية للإدارة المكلفة بالتجارة وباعتباره عضو في الحكومة يتولى تنفيذ سياسة الحكومة في ميدان التجارة، بالإضافة إلى مهام أخرى في مجال المنافسة والأسعار، لذا تدرج في إطار صلاحياته السهر على تطبيق كل القواعد التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمنافسة، كما له صلاحية تطوير قانون المنافسة ووضع آليات لمراقبة الممارسات المخلة بالمنافسة في السوق، فيتدخل لحماية المنافسة في إطار ما خولت له من صلاحيات الرقابة سواء على المستوى المركزي⁽¹⁾، أو على المستوى الخارجي⁽²⁾.

يعتبر الإخطار الوزاري من آليات التنسيق بين الوزارة والمجلس بحيث يلجأ الوزير المكلف بالتجارة، إلى الإخطار عن كل ممارسة تم اكتشافها من قبل مصالح وزارة التجارة بعد التحقيق

(1) مرسوم تنفيذي رقم 02-454 مؤرخ في 21 ديسمبر 2002، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة، ج ر ج ج عدد 85 صادر بتاريخ 22 ديسمبر 2002، معدل ومتمم بموجب:

* مرسوم تنفيذي رقم 14-18 مؤرخ في 21 جانفي 2014، ج ر ج ج عدد 04، صادر بتاريخ 26 جانفي 2014.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 03-409 المؤرخ في 05 نوفمبر 2003 يتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحياتها وعملها، ج ر ج ج عدد 68 صادر بتاريخ 09 نوفمبر 2003، معدل ومتمم بموجب:

* مرسوم تنفيذي رقم 11-09 المؤرخ في 20 يناير 2011، ج ر ج ج عدد 4، صادر بتاريخ 23 يناير 2011.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

المعمق الذي تقوم به المصالح المختصة المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية⁽¹⁾، باعتبارها الشرطة الإدارية التي تسهر على تحقيق المصلحة العامة، بطلب الوزير أو بناء على شكوى تتقدم بها المؤسسات المتضررة إلى هذه المصالح لجهلها بحقها المباشر في عرض دعواها أمام المجلس⁽²⁾. يعتبر الإخطار الوزاري السبيل الوحيد لإدارة وزارة التجارة للحصول على عقوبة للممارسات المخلة بالمنافسة حتى وإن كان الأمر غير أكيد بأن مجلس المنافسة سينتهج نفس المنهج الذي اتخذته الوزير المكلف بالتجارة في تكييفه للممارسات موضوع الإخطار⁽³⁾، وفي هذا السياق رفعت قضية أمام مجلس المنافسة من قبل وزارة التجارة، ضد ثلاث مؤسسات (ملبنة الصومام، وداون، وبطوش) حول اتفاق مخل بالمنافسة، إلا أن المجلس قضى بما يلي "رفض الإخطار لعدم تضمنه على أي دليل يثبت وجود الممارسة المذكورة في موضوع الإخطار والمتعلق بإدعاء إبرام اتفاق لرفع الأسعار بين المؤسسات الثلاثة التي تم إخطار مجلس المنافسة بشأنها وأن الوقائع غير مدعومة طبقاً لأحكام المادة 44 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة"⁽⁴⁾.

وعلى هذا الأساس فإن قبول الإخطار الوزاري من قبل مجلس المنافسة لا يعتبر برهاناً كافياً على وقوع الممارسات المخلة بالمنافسة في السوق وإنما لا بد أن تباشر التحقيقات حول الوقائع من قبل الهيئات المختصة بذلك، فعلى المجلس أن يكمل فقط ما قام به الوزير ومصالحه بتحقيق إضافي أو تكميلي⁽⁵⁾، وإذا أثبتت هذه التحقيقات أن هناك فعلاً ما يضر بالمنافسة ويعيق نشاط الأعوان الاقتصاديين يباشر المجلس كل الإجراءات والفصل في القضية وتقرير العقوبات اللازمة لمواجهة الإخلال بالمنافسة في سوق الطلبات العمومية.

تعمل وزارة التجارة على التعاون مع مجلس المنافسة ما يجسد العلاقة الوثيقة بينهما بمشاركة ممثل وزير التجارة في أعمال المجلس وكذا إطلاع الوزير المكلف بالتجارة بمختلف التقارير

(1) مركب حفيزة، «الآليات القانونية لضبط الممارسات المنافسة للمنافسة»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، الحاج لخضر، المجلد 09، العدد 02، جوان 2022، ص 543.

(2) بلشهب أسماء، «مجلس المنافسة كآلية لترقية وحماية المنافسة من الممارسات المقيدة لها»، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، العدد الأول، ديسمبر 2016، ص 99.

(3) مخانشة آمنة، «مجلس المنافسة ووزارة التجارة: إطار للتعاون والتعزيز المؤسسي في مجال المنافسة»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، العدد التاسع، جوان 2016، ص 496، 497.

(4) قرار مجلس المنافسة رقم 2018/08 الصادر عن مجلس المنافسة، بتاريخ 15 نوفمبر 2018، وزارة التجارة ضد المؤسسات ملبنة الصومام وداون، وبطوش، النشرة الرسمية للمنافسة العدد 18، ص 20.

(5) مخانشة آمنة، «مجلس المنافسة ووزارة التجارة...» مرجع سابق، ص 497.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

المترتبة عن التحقيقات التي يقوم بها مجلس المنافسة⁽¹⁾، والتي من شأنها تسهيل عملية تبادل المعلومات بين الوزارة ومجلس المنافسة في إطار ترقية المنافسة وحمايتها⁽²⁾.

2- الإخطار التلقائي:

يتمتع مجلس المنافسة بسلطة النظر في القضايا تلقائياً كلما تبين له بأن ممارسة ما تشكل مخالفة لأحكام المواد 6، 7، 10، 11، 12 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽³⁾، والتي تتدرج ضمن اختصاصه حيث يسمح له بالتدخل في قطاع السوق الذي يسوده الممارسات المخلة بالمنافسة، دون انتظار تدخل الأشخاص المؤهلة في ذلك المحددة بموجب المادة 35 من الأمر 03-03 السابق الذكر، أي إخطار نفسه بنفسه وتستمد هذه الآلية مشروعيتها من مقتضيات النظام العام الاقتصادي.

لكن السؤال المطروح هنا كيف يمكن لمجلس المنافسة أن يخطر نفسه تلقائياً؟

لم ينص المشرع في قانون المنافسة على كيفية وصول المخالفات المخلة بالمنافسة إلى علم مجلس المنافسة حتى يتحرك تلقائياً، إلا أنه عملياً تتحدد في الحالات التالية:

- في حالة عدم إخطار مجلس المنافسة من طرف الأعوان الاقتصاديين أو الهيئات المحددة في المادة 35 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة ولاحظ المجلس وجود ممارسات تخل بالمنافسة يمكنه إخطار نفسه بهدف فتح إجراءات المتابعة أمامه، أو في حالة اكتشاف وجود الممارسة المخلة بالمنافسة في سوق أخرى نتيجة تحقيق يقوم به المجلس⁽⁴⁾، فيتم توسيع التحقيق إلى أسواق مجاورة غير معنية بالإخطار، وذلك بهدف تنظيم وضمان الحماية المسبقة في المناطق التي لم تكن محل إخطار⁽⁵⁾.

(1) بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق...، مرجع سابق، ص 307.

(2) لعويجي عبد الله، اختصاصات مجلس المنافسة الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول: حرية المنافسة في القانون الجزائري، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة باجي مختار - عنابة يومي 3 و 4 أبريل 2013، ص 6.

(3) المادة 44 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(4) عيساوي عز الدين، الإخطار والتحقيق كإجراءين جوهريين أمام مجلس المنافسة، الملتقى الوطني الموسوم بـ: "حرية المنافسة بين حرية المبادرة، ومتطلبات الضبط"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، يومي 13 نوفمبر 2018، ص 5.

(5) بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي في إطار قانون المنافسة والممارسات التجارية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018، ص 343.

- في حالة سحب القضية من الجهات المقدمة للإخطار نتيجة المصالحة بين أطراف النزاع، يمكن لمجلس المنافسة حفظ القضية أو إخطار نفسه تلقائياً إذا رأى وجود تهديد للمنافسة في السوق المعنية وقيام ضرورة التحقيق في الوقائع رغم سحب الإخطار، مع مراعاة عدم المساس بمبدأ عدم جواز المتابعة على الفعل مرتين⁽¹⁾.

- يمكن لمجلس المنافسة في حالة عدم قبول الإخطار المقدم من طرف الأعوان الاقتصاديين أو الهيئات المحددة في المادة 35 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة نتيجة عدم توفر الشروط الشكلية أو الموضوعية، أن يحرك القضية من تلقاء نفسه. يتمتع مجلس المنافسة بإمكانية مباشرة الدعوى تلقائياً دون انتظار رفع القضية المتعلقة بالإخلال بالمنافسة أمامه، وهذا الإجراء يعد قفزة نوعية للمشرع كرسها في قانون المنافسة لحماية وترقية المنافسة، وعليه لا يجب التهاون في سلطة التكليف الذاتي فكلما كان إخلال بالمنافسة في السوق، على مجلس المنافسة التحرك من أجل وضع حد لذلك، لكن الواقع أثبت الإحجام عن ممارسة هذه الآلية، فهو غائب تماماً على نشاط مجلس المنافسة مما يفسر جمود مجلس المنافسة ما سيؤثر سلباً على أهمية الدور المخول له والهدف الذي وجد من أجله، إذا كان لا يقوم بنفسه بالدفاع على السير الحسن للمنافسة وحمايتها⁽²⁾ في مجال الصفقات العمومية، كما أن الواقع يؤكد على آلية الإخطار المباشر من طرف المؤسسات المتضررة قصد متابعة الممارسات المخلة بالمنافسة في سوق الطلبات العمومية.

3- الإخطار المباشر

حدد المشرع في المادة 35 الفقرة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة الهيئات المكلفة بالإخطار المباشر وتتمثل في الجماعات المحلية، الهيئات الاقتصادية والمالية، المؤسسات، الجمعيات المهنية والنقابية، جمعيات المستهلكين.

أ- الجماعات المحلية:

يخطر مجلس المنافسة من طرف الجماعات المحلية ممثلة في الولاية، والبلدية إذا كانت متضررة من ممارسات مخلة بالمنافسة عند إبرامها لصفقات عمومية نتيجة تواطؤ المؤسسات المتقدمة بعروض، فالمنافسة المصطنعة في مجال الصفقات العمومية لها تأثير سلبي على

(1) بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق...، مرجع سابق، ص 308.

(2) ديباش سهيلة، مجلس الدولة ومجلس المنافسة، أطروحة دكتوراه في الحقوق القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2010/2009، ص 284.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

السوق، لهذا يحق لها إخطار مجلس المنافسة حول كل ممارسة منافية لها وتلحق ضررا بمصالحها التي تكلف بحمايتها⁽¹⁾، كما لها إخطاره بخصوص ممارسات مخلة بالمنافسة لا تكون هي المتضررة مباشرة منها وإنما التي تقع في الأسواق المحلية بدائرتها الإقليمية، مما يجعل إخطارها لمجلس المنافسة قائم باسم المصلحة العامة لأنها ملزمة بحماية المال العام.

تجدر الإشارة في هذا الإطار تدخل مجلس المنافسة الفرنسي في العديد من الحالات التي أخطر فيها من طرف الجماعات المحلية، وفرض جزاءات مالية معتبرة أو إعطاء أوامر للحد من الممارسات المخلة بالمنافسة، وكذا فرض عقوبات على المؤسسات الممارسة لاتفاقيات محظورة⁽²⁾، لكن الدراسات أثبتت أن استعمال هذه الصلاحيات من طرف الجماعات المحلية لم تعرف التطبيق في التشريع الجزائري، وهذا يرجع إلى عدم نشر ثقافة المنافسة والتي لا تزال مجال حديث النشأة في بلادنا⁽³⁾.

ب - الهيئات الاقتصادية والمالية:

يقصد بالهيئات الاقتصادية والمالية كل الجهات التي لها علاقة بالاقتصاد وتتعامل في هذا المجال وكذا القطاعات الضبطية ويحق لها إخطار مجلس المنافسة إذا ما تبين أن هناك ممارسة ما تعيق المنافسة في هذين القطاعين، وهذا في إطار التعاون والتشاور وتبادل المعلومات فيما بينها وبين مجلس المنافسة⁽⁴⁾، لكن لجوؤها إلى مجلس المنافسة يعتبر مسألة اختيارية، خاصة في حالة وجود سلطات ضبط قطاعية في القطاعات الاقتصادية والمالية الخاضعة لها، حيث يكون لها الاختيار بين اللجوء إلى مجلس المنافسة أو إلى سلطة الضبط القطاعية.

(1) خميلية سمير، عن سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 13 أكتوبر 2013، ص 64.

(2) voir: conseil de la concurrence, décision n° 05-D-36, 30 juin 2005 relative au respect par les société Desceaux, les injonctions prononcées par décision n°98-D-52 juillet 1998, rapport pour l'année 2005, www.conseil.concurrence.fr.

أشارت إليه: جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص 323.

(3) نصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة...، مرجع سابق، ص 31.

(4) نقاش حمزة، «إجراءات المتابعة أمام مجلس المنافسة في القانون الجزائري»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم البواقي، المجلد 9، العدد 1، مارس 2022، ص 15.

ج - المؤسسات:

خول المشرع بموجب قانون المنافسة للمؤسسات حق إخطار مجلس المنافسة عن الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية، وباعتبار أن أهم شرط لوجود المنافسة يعود إلى وجود المؤسسة لذا فهي تتأثر بصفة مباشرة من عرقلة المنافسة، كما يمكن لها إخطار مجلس المنافسة بهدف إجراء الرأفة، ورغم أن المشرع لم ينص صراحة على إمكانية إخطار مجلس المنافسة بهدف الاستفادة من هذا الإجراء، إلا أن التفسير الموسع للمادة 44 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة يسمح للمؤسسات بالتماس إخطار مجلس المنافسة مهما كان هدفها خصوصا أنه يعترف صراحة بهذا الإجراء في المادة 60 من نفس الأمر⁽¹⁾.

يعتبر الإخطار المقدم من المؤسسات الاقتصادية الأكثر رواجاً أمام مجلس المنافسة، فعادة ما تكون المؤسسة الضحية المباشرة من جراء هذه الممارسات، فتضارب المصالح في سوق معينة كثير ما تؤدي إلى نشوب نزاعات بين المؤسسات المتنافسة، مما يؤدي بالمؤسسة المتضررة إلى التقدم أمام مجلس المنافسة والالتماس منه حل النزاع ووضع حد للممارسات التي تمس مصالحها المشروعة⁽²⁾، فمجلس المنافسة لا يخطر باسم المصلحة العامة فقط بل يمكن أن يخطر باسم المصلحة الفردية الخاصة⁽³⁾.

لم يحدد المشرع الجزائري طبيعة المؤسسات المذكورة في المادة 35 من قانون المنافسة، إلا أنه كل مؤسسة متنافسة في السوق المعنية طبقاً لأحكام المادة 03 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة يمكنها الإبلاغ عن الممارسات التي تراها غير مطابقة لقواعد المنافسة ويتعارض وإياها مع السير الحسن للسوق، وبما أن الصفقة العمومية تخضع لأحكام قانون المنافسة فإن المتعاملين الاقتصاديين المتقدمين بالعروض في الصفقات العمومية باعتبارهم ينطبق عليهم مفهوم المؤسسة، فلهم الحق في تقديم الإخطار عن أي ممارسة تعرقل سوق الطلبات

(1) لاکلي نادية، «إجراءات التحقيق في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة في التشريع الجزائري»، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، المجلد 07، العدد، 06، نوفمبر 2018، ص 342.

(2) عمورة عيسى، النظام القانوني لمنازعات مجلس المنافسة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2007، ص 36.

(3) كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة...، مرجع سابق، ص 278.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

العمومية، فهذه الآلية التي تضمنها قانون المنافسة تكرر قدرته على فرض احترام قواعد قانون المنافسة مما يؤدي إلى انتقاله من الاقتصاد المخطط إلى الاقتصاد الحر⁽¹⁾.

د - جمعية المستهلك:

منح المشرع لجمعيات حماية المستهلكين فرصة المساهمة في حماية العملية التنافسية من جهة وحماية المستهلكين من جهة أخرى، حيث نص بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على إمكانية تقديم إخطار مباشر لمجلس المنافسة⁽²⁾، كلما كان هناك مساس بالمصالح التي تكلف بحمايتها ووقوع ممارسات مخلة بالمنافسة بالسوق، وبالرغم من أن جمعيات حماية المستهلك⁽³⁾ لا تعتبر أشخاصا لقانون المنافسة، وعليه يمكن القول بأن هذه الجمعيات تلعب دورا وقائيا وحمائيا في مجال حماية المستهلك، وهذه الجمعيات يمكن أن يكون نشاطها وطنيا أو محليا وهذا حسب ميدان نشاطها في منطقة أو محيط معين⁽⁵⁾.

ثانيا: الشروط القانونية الواجب توفرها في الإخطار

خص المشرع الإخطار أمام مجلس المنافسة بإجراءات معينة، إذ أن قبوله يستلزم ضرورة توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 44 من الأمر 03-03، وضمن أحكامه توجب علينا الدراسة في البداية توضيح الشروط الشكلية، ثم نتطرق للشروط الموضوعية.

1 - الشروط الشكلية في الإخطار

تتمثل الشروط الشكلية لقبول الإخطار شكل الإخطار بالإضافة إلى شرط الميعاد

أ - شكل الإخطار

تنص المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 الذي يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة على أنه "يخطر المجلس بعريضة مكتوبة ترسل إلى رئيس المجلس، تحدد كيفيات إخطار المجلس بموجب نظامه الداخلي".

(1) CHANTAL Marie, LABARDE Boutard, CANIVET Guy, Droit Français de la concurrence, LGDJ Paris, 1994, P189.

(2) طبقا لنص المادة 44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم.

(3) تنص المادة 23 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مرجع سابق على أنه "عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، يمكن لجمعيات حماية المستهلك أن تتأسس كطرف مدني".

(5) CHANTAL Marie, LABARDE Boutard, CANIVET Guy, op.cit, p189.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

يشترط القانون أن يكون الإخطار في شكل عريضة مكتوبة إلى رئيس مجلس المنافسة، بموجب أربعة نسخ من الوثائق المرفقة بها⁽¹⁾، ويجب أن تحتوي العريضة علاوة على موضوعها الإشارة إلى الأحكام القانونية والتنظيمية، وكذا أدلة الإثبات التي تؤسس عليها الجهة المخطرة طلبها⁽²⁾، ويتم تسجيل عريضة الإخطار والوثائق الملحقة التي يجب أن تحترم أحكام المادة 10 و26 من القرار رقم 1 المتضمن النظام الداخلي لمجلس المنافسة وتوسم بطابع يدل على تاريخ تسليمها أو إيداعها، مقابل وصل استلام يتضمن هذا الأخير تاريخ التسليم، رقم القضية وموضوعها التي يجب على الأطراف ذكرها في جميع مراسلاتهم⁽³⁾، إلا أن النظام الداخلي الجديد لسنة 2013 اشترط ضرورة إرسال نسخة واحدة فقط فضلا عن إلزامية إرسال نسخة رقمية في شكل صيغة إلكترونية تم تحديد البيانات المستخدمة لهذا الغرض على الموقع الإلكتروني لمجلس المنافسة⁽⁴⁾.

ب - ميعاد الإخطار

تنص المادة 44 الفقرة الأخيرة من الأمر رقم 03-03³³ لا يمكن أن ترفع إلى مجلس المنافسة الدعاوى التي تجاوزت مدتها 03 سنوات إذا لم يحدث بشأنها أي معاينة أو عقوبة³³.

يشترط لصحة الإخطار وقبوله من طرف مجلس المنافسة ألا تكون الدعوى قد تقادمت وذلك بمرور 3 سنوات، ويحرص مجلس المنافسة في حيثيات قراراته، على التنكير بأن الإخطار قد رفع إليه في خلال ثلاث سنوات، أما إذا تجاوزت هذه المدة، فتتقدم الدعوى، ويرفض مجلس المنافسة النظر فيها، ما لم يحدث أي بحث أو معاينة أو عقوبة، حيث يعتبر إجراء الإخطار، أو البحث والمعاينة أو التحقيق قاطعة لميعاد التقادم.

لكن السؤال المطروح متى تبدأ حساب مدة التقادم؟

لم يحدد المشرع الجزائري بداية حساب التقادم بل اكتفى فقط بتحديد مدة التقادم المقدرة بثلاث سنوات، فهل تحسب المدة من يوم ارتكاب المخالفة أو من يوم عرضها على المجلس أو من تاريخ صدور إجراء حول التحقيق بشأنها، وعموما تتقدم الدعوى إذا لم تسجل أي شكوى، أو بحث أو عقوبة خلال مدة 03 سنوات ابتداء من ارتكاب المخالفة المخلة بالمنافسة في السوق.

(1) المادة 15 من المرسوم الرئاسي رقم 96-44 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة،

(2) أنظر المادة 16 فقرة 1، 2، 3 من المرسوم الرئاسي رقم 96-44، مرجع سابق.

(3) المادة 11 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

(4) المادة 22 من القرار رقم 1 المتضمن النظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

2- الشروط الموضوعية

يشترط لقبول الإخطار نفس الشروط القانونية العامة لرفع الدعوى القضائية والمتمثلة في الصفة والمصلحة، غير أن المشرع في نص المادة 44 من الأمر 03-03 أضاف شرط آخر لقبول الإخطار من طرف مجلس المنافسة وهو أن يندرج موضوع الإخطار ضمن اختصاصه، وضرورة وجود أدلة تثبت وجود الممارسة المخلة بالمنافسة.

أ - شرط الصفة:

تعتبر الصفة من الشكليات الجوهرية لصحة الإجراءات وقبول الإخطار أمام مجلس المنافسة فلا يسمح بتقديم الادعاء أمام مجلس المنافسة إلا من أشخاص تتمتع بصفة التقاضي، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 8 من القرار رقم 1 المتضمن النظام الداخلي لمجلس المنافسة⁽¹⁾، وبالتالي لا تتمتع بحق إخطار مجلس المنافسة المؤسسة التي فقدت صفتها كمؤسسة أو التي تم شطبها من السجل التجاري أو الجمعية التي يسحب منها اعتمادها وأية هيئة لا تمارس المهام التي كلفت بها قانوناً⁽²⁾.

يجب أن تكون الجهات المعنية بإخطار مجلس المنافسة قد تضررت بصورة مباشرة من الممارسات المنافسة للمنافسة، ولا يتعارض هذا مع حق الهيئات الممثلة لمصالح جماعية كجمعيات حماية المستهلك في رفع الإخطار، باعتبار أنها تمثل المصالح المباشرة للأفراد الذين تمثلهم⁽³⁾، وعليه فالتوقيع الوارد على العريضة يجب أن يكون إما من صاحبها المخول له قانوناً حق إخطار مجلس المنافسة، أو من ينوب عنه بموجب عقد وكالة خاصة وإلا رفضت العريضة.

ب - شرط المصلحة:

نص المشرع على شرط المصلحة بصفة صريحة في المادة 44 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، والمادة 8 من القرار رقم 1 المتضمن التنظيم الداخلي لمجلس المنافسة حيث كل الأشخاص الذين لهم الحق في إخطار مجلس المنافسة يجب أن تكون لهم مصلحة في ذلك وهم الهيئات المذكورة في المادة 2/35 من الأمر 03-03، لكن هذا الشرط محصور على الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات وجمعيات المستهلكين.

(1) لم تتناول نصوص الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، بصريح العبارة شرط الصفة، غير أن تحديد الأشخاص

المخولين لهم إخطار مجلس المنافسة هو اعتراف ضمني بشرط الصفة

(2) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص 327.

(3) براهيم نوال، مرجع سابق، ص ص 79، 80.

تجدر الإشارة إلا أن الوزير المكلف بالتجارة، ومجلس المنافسة لا يحتاجان للنص الصريح على شرط المصلحة، فالوزير المكلف بالتجارة، مكلف بالدفاع عن المصالح الوطنية والنظام العام الاقتصادي، في حين أن مجلس المنافسة مهمته الأساسية هي ضمان السير الحسن للسوق، وبذلك هما معنيان بما يقع من ممارسات مخلة بالمنافسة⁽¹⁾، لأنه أشارت المادة 44 «...إذا كانت لها مصلحة في ذلك» وتعود على الفئة المذكورة في المادة 2/35 وبهذا فإن الإخطار المقدم من طرفهم تكون المصلحة عنصرا مفترضا، لذلك فمعيار تقدير شرط المصلحة ذو طابع مرن، يختلف تبعا لإمكانية كون هذه المصلحة شخصية محققة احتمالية مباشرة أو عامة⁽²⁾.

ج- شرط الاختصاص

ينحصر تطبيق قانون المنافسة أساسا في نشاط الإنتاج، والتوزيع والخدمات والاستيراد ليمتد تطبيقه إلى مجال الصفقات العمومية باعتبارها من العقود الاقتصادية التي تدمج بين النشاط الاقتصادي والنشاط الإداري، ويمتد تطبيق قانون المنافسة إلى كل أطراف الصفقة في إطار ممارستهم لنشاط اقتصادي، وقيامها بسلوكات من شأنها الإخلال بقواعد المنافسة بمفهوم قانون المنافسة.

حدد المشرع الجزائري اختصاصات مجلس المنافسة التنازعية بموجب المادة 44 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، باعتباره المختص الأصلي بتطبيق قانون المنافسة، في المنازعات المتعلقة بالإخلال بالمنافسة المنصوص عليها في المواد 6، 7، 10، 11، 12، وبالأخص مجال اختصاصه بالنظر في الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية بموجب المادة 2 و6 من نفس الأمر المذكور أعلاه، إلا أن هناك حدود تستثني مجال اختصاص مجلس المنافسة بالرغم من كونها ترتبط بممارسات مخلة بالمنافسة، نظرا لممارسة نشاط إداري متصل بتسيير مهام المرفق العام، وتتمثل في الممارسات التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة والتي تتدرج في إطار

(1) بن ناصر وهيبية، «خصوصية الإخطار في قانون المنافسة»، مجلة أفاق للعلوم، جامعة الجلفة، العدد الثامن، ج2، جوان 2017، ص 179.

(2) تحتوت زين العابدين، الرقابة على التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، دراسة في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2015/2016، ص 212.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

أداء مهام المرفق العام وامتيازات السلطة العامة ليعود اختصاص النظر فيها للقضاء الإداري⁽¹⁾، باعتباره القاضي الطبيعي للنظر في النزاع وفقاً للمعيار العضوي رغم أن النزاع يتعلق بالمنافسة.

وعلى هذا الأساس متى كانت الوقائع المعروضة في الإخطار المقدم لمجلس المنافسة خارجة عن الممارسات المنصوص عليها في قانون المنافسة، فإنه يرفض الإخطار بسبب عدم الاختصاص، ليؤول الاختصاص للقاضي الإداري.

د - وجود أدلة إثبات:

يواجه عنصر الإثبات في المنازعات المتعلقة بالممارسات المخلة بالمنافسة في السوق صعوبات عديدة لاسيما بالنسبة للإخطار المباشر، حيث يقع على الهيئات والمؤسسات وجمعيات المستهلكين عبء الإثبات، وإن كانت لا تملك الإمكانيات المادية الكافية للقيام بالتحقيقات اللازمة قصد تجميع عناصر الإثبات المقنعة⁽²⁾، لكن هذا لا يعني أن تقوم بدور المحقق، إذ ما يجب إثباته ليس بالضرورة حقيقة الوقائع المبلغ عنها، وإنما ما يحتمل أن يكون ممارسة مخلة بحرية المنافسة⁽³⁾، بتقديم الحجج الكافية والبراهين عن طريق إعطاء المؤشرات الأولية التي تسمح بإقناع مجلس المنافسة وحمله على قبول الإخطار⁽⁴⁾، وإن كان هذا الشرط تم النص عليه بهدف تخفيف عبء الإثبات عليه وتجاوز المسائل الوهمية، باستثناء الوزير المكلف بالتجارة ومجلس المنافسة يمتلكون مصالح تمكنهم من الحصول على الوثائق والمستندات اللازمة من أجل الإثبات.

إن تقييد إثبات الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية بوسيلة معينة مسألة تتعارض مع حماية النظام العام الاقتصادي والمال العام معاً، لذلك فإن تكريس مبدأ حرية الإثبات هو الوسيلة الأنجع لتحقيق تلك الحماية، وإن كانت المسألة تواجه صعوبات كبيرة في حالة التواطؤ الضمني الغير المعلن، إذ يتعين منح الهيئات المختصة بحماية المنافسة في سوق

(1) رراقي محمد زكرياء، الممارسات المنافسة للمنافسة...، مرجع سابق، ص 315.

(2) مزغيش عبيد، الآليات القانونية لحماية المنافسة الحرة من الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات الاقتصادية، أطروحة مقدمة

لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016، ص 290-291.

(3) حنوت زين العابدين، مرجع سابق، ص 218.

(4) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة...، مرجع سابق، ص 333.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

الطلبات العمومية سلطة تقديرية واسعة بمنحها صلاحيات أوسع في التحقيق والإثبات وتسهيل عملها في مواجهة المسؤولين عن المال العام والتي تكفل تحقيق الحماية القانونية للمنافسة⁽¹⁾.

نستخلص مما سبق أن عدم توفر أدلة مقنعة بوجود ممارسات مخلة بالمنافسة في الصفقات العمومية يعرض الدعوى لعدم القبول وهو ما أكدته نص المادة 44 من الأمر رقم 03-03 إذ تنص على أنه: "يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار مغلل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيها الكفاية".

الفرع الثاني

التحقيق في الممارسات المنافية للمنافسة

بعد استفتاء الإخطار الإجراءات القانونية المطلوبة، بتوفر الشروط الشكلية والموضوعية وإرساء الدعائم والعناصر المتعلقة بالإخطار وتبليغه من طرف الجهات المعنية، يصرح مجلس المنافسة بقبول الإخطار لينتقل إلى المرحلة الثانية المتمثلة في مرحلة التحري والتحقيق، والتأكد من صحة وقوع هذه الممارسات وحصول ضرر في سوق الصفقات العمومية، حيث حدد المشرع الجزائري هذه الإجراءات في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في الفصل الثالث من الباب الثالث تحت عنوان إجراءات التحقيق في المواد 50 إلى 55، وكذلك في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 44-96 يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة في المواد 19 إلى 23، ولقد ميز المشرع ضمن الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، بخصوص التحقيق في القضايا بين نوعين من التحقيقات، مرحلة التحقيقات الأولية (أولاً)، ومرحلة التحقيق الحضورى (ثانياً).

أولاً: مرحلة التحقيقات الأولية (مرحلة البحث والتحري)

تعتبر مرحلة البحث والتحري آلية من آليات التحقيق الاقتصادي، من حيث متابعة هوية المؤسسات المتورطة في الممارسات المخلة بالمنافسة، والتأكد من كل العناصر التي تسمح بتقييم أثارها على السير التنافسي، بالبحث والكشف عن الأدلة التي تساعد على إثباتها في إطار التحقيق، بإتباع الإجراءات القانونية المحددة لذلك، من خلال حصر الهيئات المخول لها إجراء التحقيق⁽¹⁾، والمراحل الخاصة التي يجب عليها إتباعها (2).

⁽¹⁾ زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص 212.

1- الموظفون المؤهلون للقيام بالتحقيقات الأولية

تنص المادة 49 مكرر من القانون 08-12 السالف الذكر⁽¹⁾، على أنه: "علاوة على ضباط وأعاون الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية، يؤهل للقيام بالتحقيقات المتعلقة بتطبيق هذا الأمر ومعاينة مخالفة أحكامه، الموظفون الآتي ذكرهم:

- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة،
- الأعاون المعنيون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية،
- المقرر العام والمقرون لدى مجلس المنافسة..."

وسع المشرع في نص المادة من نطاق الأشخاص المؤهلين للتحقيق، وتم تصنيفهم كالتالي:

أ - ضباط وأعاون الشرطة المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية:

حدد المشرع الأشخاص المتمتعين بصفة ضباط الشرطة القضائية بموجب نص المادة 15 من القانون 19-10 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155 ق.إ.ج⁽²⁾ وتتمثل في: رؤساء المجالس الشعبية البلدية، ضباط الدرك الوطني، الموظفون التابعون للأسلاك الخاصة للمراقبين ومحافظي وضباط الشرطة للأمن الوطني، ضباط الصف الذين أمضوا في سلك الدرك الوطني ثلاث سنوات على الأقل ويتم تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل ووزير الدفاع الوطني، بعد موافقة لجنة خاصة، الموظفون التابعون للأسلاك الخاصة بالمفتشين وحفاظ وأعاون الشرطة للأمن الوطني أمضوا ثلاث سنوات على الأقل بهذه الصفة والذين تم تعيينهم بموجب قرار مشترك من وزير العدل ووزير الداخلية والجماعات المحلية بعد موافقة لجنة خاصة، ضباط وضباط الصف التابعين للمصالح العسكرية للأمن الذين تم تعيينهم خصيصا بموجب قرار مشترك من قبل وزير العدل ووزير الدفاع.

(1) أدرج المشرع المادة 49 مكرر ضمن الفصل المتعلق بصلاحيات مجلس المنافسة، وكان من الأفضل إدراجها في إطار الفصل الثالث المتعلق بإجراءات التحقيق، كما أعاد إدراج الأشخاص المذكورين في المادة 78 من الأمر رقم 95-06 (ملغى)، في المادة 49 مكرر وتعود ربما أسباب هذا التردد في إعادة منح سلطة التحقيق لهؤلاء نظرا لأهمية النتائج التي تصل إليها في هذا المجال، ورغبة المشرع في محاربة هذه الممارسات ومحاصرة المرتكبين لها وزجرهم بوسائل ردية.

(2) أمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ج ر ج ج عدد 48 صادر بتاريخ 10 يونيو 1966، معدل ومتمم بالقانون رقم 19-10 مؤرخ في 11 ديسمبر 2019، ج ر ج ج عدد 78، صادر بتاريخ 18 ديسمبر 2019.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

أشارت المادة 19 من القانون رقم 19-10 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155 من ق.إ.ج إلى أعوان الضبط القضائي وتنتمثل في: موضفو مصالح الشرطة وضباط الصف في الدرك الوطني ومستخدمو المصالح العسكرية للأمن الذين ليست لهم صفة ضباط الشرطة القضائية.

ب - الأعوان التابعين لوزارة التجارة

يمكن أن يطلب المقرر من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية التابعة لوزارة التجارة إجراء أي تحقيق أو خبرة حول المسائل المتعلقة بالقضايا التي تتدرج ضمن اختصاصه⁽¹⁾، ولعل الهدف من ذلك تعزيز إجراءات التحري والتحكم في مسار التحقيقات.

تتنوع الصلاحيات المخولة لوزارة التجارة في مجال مراقبة الممارسات المخلة بالمنافسة تبعا لتنوع مصالحها، وتتص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 09-415⁽²⁾ "يكون الموظفون الذين ينتمون للأسلاك الخاضعة لهذا القانون الأساسي الخاص في الخدمة لدى المصالح المركزية لإدارة المكلفة بالتجارة والمصالح غير الممركزة وكذا المؤسسات العمومية التابعة لها".

تعتبر أسلاك خاصة بالإدارة المكلفة بالتجارة، الأسلاك المنتمية⁽³⁾ لسلك مراقبي قمع الغش في طريق الزوال⁽⁴⁾، بالإضافة إلى أعوان سلك مراقبي المنافسة والتحقيقات الاقتصادية في طريق الزوال⁽⁵⁾، التابعون لوزارة التجارة وهم الأعوان الخاصة بالمراقبة والتفتيش والتقييم.

(1) المادة 34 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 09-415 المؤرخ في 16 ديسمبر 2009 يتضمن القانون الأساسي الخاص المطبق على الموظفين المنتمون للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالتجارة ج.ر.ج ج عدد 75، صادر بتاريخ 5 ديسمبر 2010.

(3) تنص المادة 3 من المرسوم التنفيذي 09-415، مرجع سابق على أنه "تعتبر أسلاك خاصة بالإدارة المكلفة بالتجارة، الأسلاك المنتمية إلى الشعبتين الآتيتين:

- شعبة قمع الغش.

- شعبة المنافسة والتحقيقات الاقتصادية".

(4) تنص المادة 4 من المرسوم 09-415، مرجع سابق على أنه "تضم شعبة قمع الغش الأسلاك الآتية:

- سلك مراقبي قمع الغش، في طريق الزوال

- سلك محققي قمع الغش

- سلك مفتشي قمع الغش".

(5) تنص المادة 5 من المرسوم 09-415، مرجع سبق على أنه "تضم شعبة المنافسة والتحقيقات الاقتصادية الأسلاك الآتية:

- سلك مراقبي المنافسة والتحقيقات الاقتصادية، في طريق الزوال،

- سلك محققي المنافسة والتحقيقات الاقتصادية.

- سلك مفتشي المنافسة والتحقيقات الاقتصادية".

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

يكلف مراقبي قمع الغش وأعاون سلك مراقبي المنافسة والتحقيقات الاقتصادية بالبحث عن أي مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به ومعاينتها وأخذها عند الاقتضاء الإجراءات التحفظية المنصوص عليها في مجال المنافسة والتحقيقات الاقتصادية⁽¹⁾.

ج- المقرر العام والمقررون لدى مجلس المنافسة

تنص المادة 20 من القانون 12-08 المتعلق بالمنافسة على أنه "يمكن مجلس المنافسة القيام بكل الأعمال المفيدة التي تندرج ضمن اختصاصه، لاسيما كل تحقيق أو دراسة أو خبرة". منح المشرع صلاحية التحقيق في الممارسات المخلة بالمنافسة لمجلس المنافسة وبالضبط لفئة المقررين باعتبارها من المصالح الهامة في تشكيلته، ويسند رئيس مجلس المنافسة الطلبات والشكاوى المتعلقة بالممارسات المخلة بالمنافسة إلى المقررين، حيث يعين لدى مجلس المنافسة المقرر العام وخمسة مقررين بموجب مرسوم رئاسي وهو ما أشارت إليه المادة 12 من القانون 12-08 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة حيث تنص على أنه "يعين لدى مجلس المنافسة أمين عام ومقرر عام وخمسة (5) مقررين، بموجب مرسوم رئاسي"⁽²⁾.

يسند رئيس مجلس المنافسة إلى كل من المقرر العام والمقررين القضايا من أجل التحقيق، ويقوم المقرر العام بالتنسيق والمتابعة والإشراف على أعمال المقررين الذين منحهم المشرع صلاحيات واسعة من خلال سلطة التحقيق بموجب نص المادة 50 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم⁽³⁾، والمادة 49 مكرر المدرجة بموجب القانون 12-08 السالف الذكر، والمادة 19 من المرسوم الرئاسي رقم 96-44 السالف الذكر، والمادة 25 من القرار رقم 1 المحدد للنظام

(1) حدد المشرع مهام سلك محققي قمع الغش في المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 09-415 مرجع سابق "يكلف مراقبي قمع الغش لاسيما بالبحث عن أية مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول بهما ومعاينتها وأخذ، عند الاقتضاء، الإجراءات التحفظية المنصوص عليها في مجال قمع الغش".

وحدد مهام سلك مراقبي المنافسة والتحقيقات الاقتصادية، في نص المادة 52 من المرسوم التنفيذي 09-415، مرجع سابق، على أنه "يقوم مراقبو المنافسة والتحقيقات الاقتصادية، لاسيما بالبحث عن أية مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول بهما ومعاينتها وأخذ، عند الاقتضاء، الإجراءات التحفظية المنصوص عليها في مجال المنافسة والتحقيقات الاقتصادية".

(2) تجدر الإشارة إلى أن المشرع بموجب تعديل 2008 خص فئة المقررين بقوله: مقرر عام و5 مقررين، بينما كان ينص في الأمر رقم 03-03 قبل التعديل على "مقررين" بصفة عامة.

(3) تنص المادة 2/50 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بالمادة 25 من القانون رقم 12-08

"يحقق المقرر العام والمقررون في القضايا التي يسندها إليهم رئيس مجلس المنافسة.

إذا ارتأوا عدم قبولها طبقاً لأحكام المادة 44 من هذا الأمر، فإنهم يعلموا بذلك رئيس مجلس المنافسة برأي مغل.

يقوم المقرر العام بالتنسيق والمتابعة والإشراف على أعمال المقررين..."

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

لمجلس المنافسة، وقيد سلطة التحقيق بضرورة إسنادها لهم من طرف رئيس مجلس المنافسة، فلا يمكنهم مباشرة التحقيق تلقائياً، وهو ما يكرس تبعية المقرر باعتباره هيئة تحقيق لرئيس مجلس المنافسة باعتباره هيئة حكم.

من خلال ما سبق نستنتج أن هناك تعداد في الأعوان المختصين في مجال البحث والتحري عن الممارسات المخلة بالمنافسة، وهؤلاء المحققون يمكن أن ينتموا إلى مجلس المنافسة أو يكونوا خارج مجلس المنافسة كما هو الشأن بالنسبة لضباط وأعوان الشرطة المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية، والمصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية التابعين لوزارة التجارة.

2- تنظيم إجراءات سير مرحلة التحقيقات الأولية (مرحلة البحث والتحري)

تنص المادة 50 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم على أنه "يمكن المقرر القيام بفحص كل وثيقة ضرورية للتحقيق في القضية المكلف بها دون أن يمنع من ذلك بحجة السر المهني.

ويمكنه أن يطالب باستلام أية وثيقة حيثما وجدت ومهما تكن طبيعتها وحجز المستندات التي تساعد على أداء مهامه، وتضاف المستندات المحجوزة إلى التقرير أو ترجع في نهاية التحقيق.

يمكن أن يطلب المقرر كل المعلومات الضرورية لتحقيقه في أي مؤسسة أو أي شخص آخر ويحدد الآجال التي يجب أن تسلم له فيها هذه المعلومات".

خول المشرع بموجب نص المادة سلطات واسعة للمقرر في إطار القيام بالتحقيق، حيث يلعب دور فعال وأساسي بالتحقيق في الوقائع، ومن خلالها يمر التحقيق في القضايا المرفوعة أمامه بعدة مراحل إجرائية إلزامية مهمة، ويمكن تلخيصها فيما يلي:

أ - جمع الأدلة

• فحص الوثائق والمستندات وسماع الأطراف

يتمتع مقررو مجلس المنافسة بسلطات واسعة تسمح لهم بالقيام بالبحث والتحري عن المخالفات المتعلقة بالمنافسة⁽¹⁾، إذ بإمكانهم فحص أي وثيقة يرونها ذات أهمية، ولا يمكن للعون الاقتصادي رفض تسليم هذه الوثائق بحجة السر المهني، فالمشرع لم يأخذ بعين الاعتبار مبدأ سرية الأعمال، وتحديد طبيعة الوثائق التي يحق للمقرر طلبها، ولم يمنح لأصحاب الوثائق حق رفض تقديمها، وأحقية الدفع بعدم إفشائها والتي يرون أنها تحمل معلومات مهمة تتعلق بالمهنة قد ينتج عن إفشائها للغير أضرار جد معتبرة لصاحبها⁽²⁾، وفي هذا غلب المشرع المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للعون الاقتصادي، لأن الأمر يتعلق بالنظام العام الاقتصادي.

وعلى هذا الأساس يتمتع مقررو مجلس المنافسة بسلطة الحصول على كل الوثائق والمستندات سواء كانت ورقية أو إلكترونية، التي من شأنها تقديم تفسيرات وإيضاحات لبعض المسائل التقنية وتساعده على أداء مهامه، وتضاف المستندات المحجوزة إلى التقرير وترجع في نهاية التحقيق، مع ضرورة تحرير محضر بذلك عند الاستلام وعند الإرجاع.

يمكن للمحققين طلب من الأشخاص والمؤسسات معلومات لها علاقة بموضوع النزاع⁽³⁾، ولهم أن يدلوا بأرائهم في هذا الجانب وتقديم المساعدة في التحقيق من أجل الوصول إلى الحقيقة وتقديم قرارات مستندة إلى معايير علمية وقانونية⁽⁴⁾، كما لهم أن يستمعوا إلى أي شخص من شأنه أن يفيد بالمعلومات⁽⁵⁾، ويحدد الآجال التي يجب أن تسلّم له المعلومات.

(1) يعتبر دور المقرر مهم في جميع أنواع الإخطار، إلا أن دوره يكون أكبر في الإخطار المباشر الذي تقدمه المؤسسات والهيئات المختلفة، حيث يكون التحقيق في هذه الحالة معمقا، نظرا لعدم وجود الإمكانات الكافية لدى مقدمي هذا النوع من الإخطارات ولا حتى السلطة للقيام بالتحقيقات في القضايا موضوع الإخطار في حين يكون دوره مكمل في الإخطار الوزاري والإخطار التلقائي، ذلك أن لكل من الوزير المكلف بالتجارة ومجلس المنافسة مصالحهما الخاصة للقيام بالتحقيق.

(2) عمورة عيسى، النظام القانوني لمنازعات...، مرجع سابق، ص 45.

(3) المادة 51 فقرة 2/1 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم.

(4) حيث نصت المادتان 19 و23 من المرسوم الرئاسي رقم 96-44 المؤرخ في 17 جانفي 1996 المحدد لنظام الداخلي في مجلس المنافسة على الترتيب على ما يلي:

"يعين رئيس مجلس المنافسة، ويمكن أن يستعين بمقررين آخرين".

(5) المادة 20 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 96-44 يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة.

وفي هذا السياق تتدرج هذه الإجراءات التي يقوم بها مقرر مجلس المنافسة في إطار التحقيق الأولي وليس التحقيق الحضورى، بسماع الأطراف قبل تبليغ المآخذ، حيث لا يخضع لمبدأ المواجهة الحضورية، ولا يكون مسبقاً بالإطلاع على الملف، كما أن الأشخاص المستمع إليهم ليس لهم حق الاستعانة بمحام، إلا أن المقرر غير ملزم بتحرير محضر موقع من طرف المعني بالأمر، حيث يمكنه أن يكتفي بتحرير عرض حال عن سماع الأقوال⁽¹⁾.

* الحق في الدخول إلى الأمكنة ذات الاستعمال المهني

أحال المشرع بموجب المادة 49 مكرر من القانون 08-12 المتعلق بالمنافسة بخصوص الأحكام المتعلقة بالمتابعة والبحث والتحري عن الممارسات المرتكبة، إلى أحكام القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وبالرجوع إلى المواد من 50 إلى 52 منه، نجدها تمنح الموظفين المؤهلين للقيام بالتحقيقات حرية الدخول إلى المحلات التجارية والمكاتب والملحقات وأماكن الشحن والتخزين، وإلى كل مكان يشتبه أن تكون له علاقة بالمخالفات، ومعاينة البضائع أثناء نقلها وفتح أي طرد أو متاع بشرط حضور المرسل أو المرسل إليه أو الناقل، باستثناء المحلات السكنية، باعتبار دخول المحلات السكنية يخضع للشروط والإجراءات المنصوص عليها في المادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية⁽²⁾.

لم يقم المشرع بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، بتنظيم سلطات التحقيق التي يتمتع بها مقرر المجلس أثناء تنقلهم إلى المحلات التجارية والمكاتب، وكذا تفتيشهم للمخازن مع إمكانية حجز الوثائق المتواجدة فيها، والتي يرونها ذات أهمية ولها علاقة بالقضية⁽³⁾، كما لم يتطرق إلى التحريات التي تتم تحت رقابة القضاء الخاصة بالممارسات المخلة بالمنافسة، بل أحال إلى القانون رقم 04-02 المذكور أعلاه، فيما يخص الأحكام المتعلقة بالمتابعة والبحث والتحري

(1) لخضاري أمير، إجراءات قمع الممارسات المنافية للمنافسة في القانونين الجزائري والفرنسي (دراسة نقدية مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2004، ص 73.

(2) أمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية معدل ومتمم، مرجع سابق تنص المادة 47 منه على أنه "لا يجوز البدء في تفتيش المساكن ومعاينتها قبل الساعة الخامسة 5 صباحاً، ولا بعد الساعة الثامنة 8 مساءً إلا إذا طلب صاحب المنزل ذلك أو وجهت نداءات من الداخل أو في الأحوال الاستثنائية المقررة قانوناً...".

(3) عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 11 جويلية 2005، ص 62.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

عن الممارسات المرتكبة⁽¹⁾، الشئ الذي أغفل المشرع الجزائري ذكره وتنظيمه بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم.

أخضع المشرع سلطة التحقيق لمراقبة القضاء إذ يتم التحقيق الذي يتسم بالجسامة بناء على إذن قضائي، وتكليفهم بحضور مثل هذه التحقيقات من أجل ضمان وحماية حقوق وحريات الأفراد المحقق معهم⁽²⁾، كون أن التحقيقات التي يقوم بها مقرري المجلس تدخل ضمن التحقيقات القصرية، فلا تقتصر سلطاته عند المعاينة بل يتعداه إلى البحث عن المخالفات ويخول المحققون سلطات التفتيش والحجز⁽³⁾، والتي تشبه بكثير التحقيقات التي يقوم بها أعوان الشرطة القضائية، هذا ما يفرض إحاطتها بالضمانات المعروفة في المجال القضائي وأن تكون مرخصة من قبل القضاء، والغاية من منح الأعوان المكلفة بالتحقيق مثل هذه السلطات هو السماح بأداء مهامها في إطار مشروع، وفي ذلك يعاقب القانون كل شخص يعرقل إجراءات التحقيق من خلال رفض تقديمه للوثائق اللازمة أو منع المحققين من دخول الأماكن أو من خلال أي تصرف معارض لمهام المحققين⁽⁴⁾.

ب- إعداد تقرير أولي:

بعد انتهاء مرحلة البحث والتحري وفي إطار التحقيق التلقائي أو المباشر الذي ينقضي بتشكيل ملف يتضمن جميع الوثائق والمعلومات الخاصة بالقضية موضوع الرقابة، يتولى مسؤول المصلحة المكلفة بالتحقيق التأكد من صحة الملف من حيث الشكل ومن حيث الموضوع، وتختتم مرحلة التحضير هذه بعقد اجتماع يترأسه مسؤول المصلحة المكلفة بالتحقيق وذلك بقصد تحديد

(1) حدد القانون 12-08 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 كفيات مراقبة ومعاينة المخالفات المنصوص عليها بموجب هذا الأمر طبقا لنفس الشروط والأشكال التي تم تحديدها في القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ونصوصه التطبيقية.

(2) حسن ذكي لينا، مرجع سابق، ص 311.

(3) ZOUAÏMIA Rachid, «Les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique», Revue Idara, N°28, 2004, pp.137, 138 .

(4) المادة 54 من القانون رقم 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية، مرجع سابق. والمادة 59 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

طرق التحري وكذا إعداد برنامج مدقق للرقابة، وإعداد تقرير أولي عن ذلك⁽¹⁾، يتضمن عرض الوقائع والمأخذ المسجلة.

أما في إطار الإخطار الوزاري، فإنه تتولى المصالح المختصة المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية إعداد تقرير أو محضر بحسب الحالة مرفقا بجميع الوثائق التي تشكل ملف القضية، وبعد ذلك يتم إرسالها في (06) ستة نسخ إلى المفتشية المركزية للتحقيقات الاقتصادية وقمع الغش مرفوق برسالة الإحالة التي تتضمن عرض موجز للوقائع التي تم إثباتها، والإشكالات القانونية المطروحة، وكذا رأي المصلحة المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية⁽²⁾، ثم تقوم المفتشية المركزية بدورها بإحالة الملف كاملا على مديرية المنافسة لدى وزارة التجارة، والتي تجري دراسة الملف سواء من حيث الموضوع أو الشكل، وبالتالي فإذا ما أثبتت الدراسة مطابقة الملف شكلا وموضوعا، تتولى التحضير للإخطار الوزاري لمجلس المنافسة، أما إذا أثبتت هذه الدراسة عيب شكلي أو موضوعي، يرجع الملف إلى الهيئات التي بادرت القيام بالتحقيق بقصد تصحيح العيب أو تزويد الملف بمعلومات إضافية⁽³⁾.

يعتبر التقرير الأولي بمثابة حصيلة أولية لعمل التحقيق الذي قام به المحققين أو عمل تحضير لقرار مجلس المنافسة، فيتم تبليغه لرئيس مجلس المنافسة الذي له أمر اتخاذ القرار النهائي الذي بإمكانه مخالفة محتوى هذا التقرير حيث إن مجلس المنافسة غير مقيد بما ورد في طلبات عريضة الإخطار، بل بإمكانه تمديد تحقيقه إلى وقائع لم يرد ذكرها فيها أصلا، لكن تم التوصل إليها أثناء مرحلة التحقيق⁽⁴⁾، إلا أنه إذا كانت التحريات التي أجرتها مصالح وزارة التجارة المختصة بالمنافسة بشأن الممارسات المخلة بالمنافسة، المبلغ عنها من طرف وزير التجارة، إلى

(1) تنص المادة 21 من المرسوم الرئاسي 96-44 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق على أنه: «يحرر المقرر بمجرد انتهاء التحقيق تقريرا أو يعد محضرا حسب الحالة يوقعه ويرسله إلى رئيس مجلس المنافسة، ثم يبلغ التقرير أو المحضر إلى الأطراف المعنية» كما أكدت المادة 52 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم. «يحرر المقرر تقريرا أوليا يتضمن عرض الوقائع وكذا المأخذ المسجلة...» لكن خلال نصوص الأمر رقم 03-03 أُلزم المقرر بإعداد تقرير أولي، وإعداد محضر عند القيام بجلسات الاستماع.

(2) لأكلي نادية، «إجراءات التحقيق...»، مرجع سابق، ص 342.

(3) ناصري نبيل، مرجع سابق، ص 29.

(4) كتو محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة...، مرجع سابق، ص 313-314.

مجلس المنافسة، لا تحتاج إلى تكملة، أي أن عناصر الإثبات المرفقة بالإخطار تعد كافية، فله أن يبلغ مباشرة المآخذ⁽¹⁾.

ثانيا: مرحلة التحقيق الحصري والحضوري

إن التحقيق الحصري والحضوري لمجلس المنافسة هو التحقيق الذي يتم بعد مرحلة التحريات الأولية⁽²⁾، ومباشرة هذه المرحلة هو الذي يظهر الطابع الحضوري للتحقيق، حيث يختص به مجلس المنافسة وحده دون غيره ويشمل مرحلتين: المرحلة الأولى تبدأ بعملية تبليغ المآخذ إلى الأطراف المعنية، وتتبع بتحقيق حضوري، وذلك باطلاع الأطراف على ملف القضية وتقديم ملاحظاتهم على تلك المآخذ، أما المرحلة الثانية، فتتعلق من تبليغ التقرير المعد من طرف المقرر والمرفق بملاحظات الأطراف وتختتم بانعقاد جلسة لمجلس المنافسة للفصل في القضية.

1- تبليغ المآخذ

يتولى رئيس مجلس المنافسة تبليغ المآخذ إلى الأطراف المعنية المتمثلة في مقدم الإخطار ومرتكب الممارسات المناهضة للمنافسة، والوزير المكلف بالتجارة، إذا رأى مجلس المنافسة أن الملف الذي كلف به يتضمن مؤشرات ودلائل كافية، بإمكانها أن تثبت وجود ممارسة مخلة بالمنافسة، وبهذا يمكن للأطراف ذات الصلة الإطلاع عليه ومعرفة مضمونه والرد عليه، من خلال إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل لا يتجاوز 03 أشهر⁽³⁾، وهي بمثابة رد على التقرير الأولي على ما نسبت إليها من أفعال، وهذا احتراما لحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة، حيث يسمح للمؤسسات المبلغ عنها بالإطلاع على الوقائع المنسوبة إليها من طرف المؤسسة المبلغة⁽⁴⁾، لذلك يشكل التقرير الأولي إجراءا تلتزم به سلطة المنافسة وحقا تتمتع به الأطراف المعنية⁽⁵⁾، والجدير بالذكر أن التقرير الأولي المتضمن المآخذ المسجلة لا يخول للأطراف الحق في الإطلاع على الوثائق التي

(1) كتو محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة...، مرجع سابق، ص 305.

(2) في انتهاء التحريات الأولية يتخذ المقرر إجراءين، إما وضع حد للقضية والتحقيق وإذا توصل إلا أن الوقائع المذكورة لا تدخل في اختصاصات المجلس أو عدم وجود أدلة وعناصر إثبات مقنعة، وإما مواصلة الإجراءات إذا تضمن الملف مؤشرات ودلائل كافية، بإمكانها أن تثبت وجود مخالفة التعسف، فإنه يقوم بصياغة مآخذ توجه إلى الأطراف المعنية.

(3) المادة 52 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم.

(4) لاكملي نادية، «إجراءات التحقيق...»، مرجع سابق، ص 352، 353.

(5) ARCELIN Linda, Droit de la concurrence: les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire, P.U.R., n° 316, 2009, p 212.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

يتضمنها الملف كاملة، فهو لا يرفق بالوثائق التي استند عليها المقرر عند تأسيسه المآخذ المسجلة بل تكون محفوظة في ملف يمكن للأطراف الإطلاع عليه لدى مجلس المنافسة، ويتم تلخيص ما تضمنته في وثيقة تبلغ للأطراف المعنية، نظرا لكبر حجم الملف وكثرة الوثائق والمستندات التي يحتويها⁽¹⁾.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد طريقة تبليغ هذه المآخذ، بل اكتفى فقط بالإشارة إلى ضرورة التبليغ، دون تحديد الوسيلة التي يتم من خلالها تبليغ هذه المآخذ، إلا أنه في الغالب يكون بموجب رسالة موصى عليها، مع وصل الإشعار بالاستلام أو بواسطة محضر قضائي، كما هو الحال بالنسبة لقرارات مجلس المنافسة، كما أغفل المشرع تحديد تاريخ بداية احتساب أجل ثلاثة أشهر، وإن كان المنطق يفترض أن تحتسب من بداية التبليغ في ظل غياب نص قانوني يوضح ذلك.

منح المرسوم الرئاسي رقم 96-44 الحق للأطراف طلب تمديد أجل الرد على تقرير المقرر لمدة لا تتعدى ثلاثين يوما غير قابلة للتجديد بشرط أن يكون هذا الطلب معللا، غير أن هذا التمديد غير موجود في ظل القرار رقم 1 المتضمن النظام الداخلي الجديد لمجلس المنافسة.

2- إعداد تقرير نهائي

بعد تلقي الملاحظات المكتوبة حول المآخذ المسجلة، من الأطراف المعنية والوزير المكلف بالتجارة وكل من له مصلحة يتولى مقرر مجلس المنافسة بالإطلاع على هذه الملاحظات وتحرير تقرير نهائي لعملية التحقيق يكون معللا، يعرض فيه جميع الوقائع، ويسجل المآخذ النهائية، ومرجع المخالفات المرتكبة⁽²⁾، ويمكن تسمية التقرير النهائي بوثيقة التحقيق للقضية الذي يتولى مسؤول المصلحة المكلفة بالتحقيق التأكد من صحة الملف من حيث الشكل والموضوع⁽³⁾، وإيداع تقرير نهائيا لدى مجلس المنافسة، واقتراح القرار وعند الاقتضاء اقتراح تدابير تنظيمية، إلا أن المشرع لم يحدد أجل معين للمقرر من أجل إعداد التقرير النهائي، الذي يتمسك به في مواجهة الأطراف المعنية، مرفقا إياه بكل الوثائق والمستندات التي أسس عليها ملاحظاته الختامية.

(1) منصور داوود، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي...، مرجع سابق، ص 402.

(2) المادة 54 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم.

(3) ناصري نبيل، مرجع سابق، ص 39.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

يقوم مجلس المنافسة بتبليغ التقرير النهائي إلى كل من الأطراف المعنية والوزير المكلف بالتجارة ويمكنهم إيداء ملاحظات مكتوبة في أجل شهرين ثم يتم تحديد الجلسة المتعلقة بالقضية محل النزاع، مع الإشارة إلى إمكانية الأطراف من الاطلاع على الملاحظات المكتوبة، الواردة عن التقرير النهائي وذلك قبل خمسة عشر 15 يوما من تاريخ الجلسة كما يمكن للمقرر إيداء رأيه في الملاحظات المحتملة المكتوبة المذكورة فيما سبق⁽¹⁾.

لكن الإشكال الذي يطرح هنا حول تعارض الإطلاع على الملف واحترام سرية المعلومات والسر المهني، ما يجسد تبريره في ضرورة تجنب المؤسسات لما يمكن أن يحدث لها من أضرار جراء الكشف عن معلومات سرية قابلة أن تستغل من طرف المؤسسات المنافسة، ولضمان هذا التوفيق منح المشرع لمجلس المنافسة سلطة استبعاد الوثائق والمستندات التي من شأنها أن تمس بسرية المهنة وسحبها من الملف، سواء بمبادرة من رئيس مجلس المنافسة أو الأطراف، ولا يمكن أن يكون قرار مجلس المنافسة مؤسسا على المستندات أو الوثائق المسحوبة⁽²⁾.

من أجل تمكين مجلس المنافسة بإتباع كل السبل الممكنة لردع الممارسات المخلة بالمنافسة في إبرام الصفقات العمومية، يلجأ في ذلك إلى التحقيقات العادية تارة والى التحقيقات القمعية إذا ألزم الأمر تارة أخرى، بالخضوع لجملة من الإجراءات للتحقق من صحة وقوع المخالفة وردعها.

المطلب الثاني

الفصل في القضايا من طرف مجلس المنافسة

بعد الانتهاء من إجراءات التحقيق في الممارسات المناهضة للمنافسة، وإثبات أن هناك فعلا ما يقيد حرية المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين من خلال وجود صورة من الممارسات المنصوص عليها في المادة 14 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، وبهذا يفصل مجلس المنافسة في القضية المعروضة عليه، وله سلطة إصدار القرار والبت فيها، وعليه سنتعرض إلى تنظيم سير

(1) المادة 55 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم.

(2) تنص المادة 3/30 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم والتي تنص على "غير أنه يمكن الرئيس بمبادرة منه أو بطلب من الأطراف المعنية رفض تسليم المستندات أو الوثائق التي تمس بسرية المهنة وفي هذه الحالة تسحب هذه المستندات أو الوثائق من الملف ولا يمكن أن يكون قرار مجلس المنافسة مؤسسا على المستندات أو الوثائق المسحوبة من الملف".

الجلسات (فرع الأول) وسلطات مجلس المنافسة من خلال العقوبات المخولة له بموجب قانون المنافسة (فرع ثاني).

الفرع الأول

جلسات مجلس المنافسة

تأخذ الإجراءات المتبعة أمام مجلس المنافسة طابعاً شبه قضائي حيث تتقيد هذه الإجراءات بنفس المبادئ المتبعة أمام المحاكم مثل مبدأ الحضور والحق في الدفاع⁽¹⁾، وبهذا تتشابه جلسات مجلس المنافسة نوعاً ما مع جلسات المحاكم⁽²⁾، ولو أنها تخضع لمبادئ خاصة منظمة في قانون المنافسة، وخصها المشرع بمجموعة من القواعد والإجراءات المتعلقة بنظام سيرها التي تهدف إلى ضمان السير الحسن لها (أولاً)، ونظام المداولات التي تتخذ بموجبها قرارات تختلف طبيعتها باختلاف القضايا المدروسة (ثانياً).

يقوم رئيس مجلس المنافسة بتنظيم الجلسات، حيث يشرف على أعماله وتعدّد الجلسات وتتخذ القرارات استناداً للأحكام المنظمة في المواد من 28 إلى 30 من الأمر 03-03، والمرسوم رقم 44-96 في المواد من 24 إلى 28 منه، والمرسوم التنفيذي رقم 11-241 في المواد 9، 10، والقرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة من المادة 29 إلى 40 منه والتي تناولت تنظيم الجلسات التي يعقدها مجلس المنافسة.

أولاً: قواعد سير جلسات مجلس المنافسة

تخضع جلسات مجلس المنافسة إلى قواعد قانونية جوهرية⁽³⁾ تتمثل في سرية الجلسات، واحترام حقوق الدفاع، واحترام مبدأ المواجهة.

(1) « La procédure devant le conseil est aménagée de telle sorte que les droits de la défense soient comparable à ceux reconnus devant un juridiction de droit commun» voir DOMINIQUE Legais, droit commercial et des affaires, 16 édition, Dalloz , paris, 2005, p318

وأظن كذلك: حلفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 118

(2) GALENE René, op.cit, p 139.

(3) لا تتعدّد الجلسة إلا بعد اكتمال النصاب القانوني الذي حدّدته المادة 28 من الأمر 03-03 المعدلة والمتممة بالمادة 14 من القانون 08-12 حيث لا تصحّ الجلسات إلا بحضور ثمانية (08) أعضاء على الأقل

1 - احترام مبدأ السرية

تنص المادة 28 من القانون 08-12 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 على أنه "يشرف على أعمال مجلس المنافسة الرئيس أو نائب الرئيس الذي يخلفه في حالة غيابه أو حدوث مانع له... جلسات مجلس المنافسة ليست علنية..."⁽¹⁾.

تكون جلسات مجلس المنافسة سرية وليست علنية⁽²⁾ ويقصد بالسرية أنها ليست مفتوحة أمام الجمهور، ولأن طبيعة القضايا تفترض دراستها بصفة سرية، إلا أنه في ظل وجود نظام نشر القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة، وتعليلها، فلا ضرورة لنظام العلنية⁽³⁾، لتعارض مع قاعدة جوهرية في مجال التحقيق ومتابعة الممارسات المخلة بالمنافسة، ألا وهي قاعدة سرية الأعمال⁽⁴⁾، لكن يبقى مبدأ سرية جلسات مجلس المنافسة ليست بالمطلقة لأن قراراته وأوامره يمكن أن تكون محل طعن أمام الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر.

تفتتح الجلسة من قبل رئيس مجلس المنافسة أو نائبه الذي يحل محله في حالة غيابه بسبب مانع يحول دون حضوره.

2 - احترام حقوق الدفاع

تتضمن ضمانات حقوق الدفاع في حق حضور الأطراف المتنازعة إلى الجلسة بعد إبلاغها بالحضور من طرف رئيس مجلس المنافسة وتحديد تاريخ انعقادها، ويقتصر الحضور فيها على الأطراف المعنية التالية⁽⁵⁾.

- رئيس مجلس المنافسة وفي حالة غيابه أو حدوث مانع له، فيحضر عنه نائبه.

(1) تراجع المشرع الجزائري عن نظام علنية جلسات مجلس المنافسة الذي انتهجه في ظل الأمر 95-06 الملغى حسب ما أشارت إليه المادة 34 من المرسوم 96-44 المتضمن النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

(2) يعد طابع علنية الجلسات من أهم الخصائص المميزة للهيئات القضائية، وقد أراد المشرع من خلال الأمر رقم 03-03 إبعاد هذه الخاصية عنه.

(3) بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق...، مرجع سابق، ص 335.

(4) كتو محمد شريف، الممارسات المنافية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 328.

(5) أشارت المادة 32 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة عن ضرورة تلقي الأطراف المعنية دعوة لحضور الجلسة، وكذا الوزير المكلف بالتجارة وهو ما يفيد أن حضور الأطراف الجلسة هو أمر ضروري، إلا أن المادة 34 من نفس النظام الداخلي، قد أشارت إلى أنه يجب على الأطراف الراغبة في حضور الجلسة أن تعلم رئيس المجلس في أجل لا يتجاوز ثمانية (08) أيام من تاريخ الجلسة مع تحديد أسمائهم وصفاتهم.

أما طبيعة الحضور في هذا المقام، فلا يقصد به الحضور الشخصي فقط، إذ أجاز النظام الداخلي لمجلس المنافسة أن تكون الأطراف المعنية ممثلة بمحام أو أي شخص آخر .

- المقرر حيث يشارك في جلسات مجلس المنافسة، دون أن يكون له حق التصويت، وحسب ما تؤكد المادة 27 من المرسوم 96-44 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة فإن المقرر يتدخل لإبداء ملاحظاته، من خلال سرد سريع لوقائع القضية وملاحظات الأطراف، ثم يذكر استنتاجاته وإبداء وجهات نظره في القضية، واعتبر البعض حضور المقرر في المداولة خرق لمقتضيات حقوق الدفاع التي تقضي أيضا الفصل في مهام التحقيق والتقارير⁽¹⁾، كما أنه يمس بشكل خطير بمبدأ المساواة بين الخصوم في الدعاوى فالمقرر هو الذي أعد ملف القضية، واقتراح التدابير والعقوبات التي رآها مناسبة، فكيف يكون خصما وحكما في نفس الوقت⁽²⁾.

- أعضاء مجلس المنافسة.

- ممثل الوزير المكلف بالتجارة.

- المؤسسات المعنية بالقضية، أي المؤسسة التي قدمت الإخطار والمؤسسة المتابعة بارتكاب الممارسة المخلة بالمنافسة، وهذا حتى تتمكن من توضيح إدعاءاتها، ودفعها وطلباتها، واستكمالا للملاحظات المكتوبة التي سبق تقديمها في التحقيق.

3- احترام مبدأ المواجهة

يعتبر مبدأ الوجاهية من أهم المبادئ الواجب احترامها عند النظر في القضايا من قبل مجلس المنافسة والذي اعتمده مختلف الأنظمة القانونية، وتعد التدخلات الشفوية من قبل الأطراف المعنية أثناء الجلسة من أهم السبل التي يتحقق بها هذا المبدأ⁽³⁾، والذي يقضي بحق معرفة الأطراف المتنازعة لطبيعة وسبب الاتهامات المنسوبة إليهم، وتمتعها بالقدر الكافي من الوقت لتحضير دفاعها، وكذا حقها بالاستعانة بمحامي أو أي شخص آخر تراها مناسبا للدفاع عن مصالحها⁽⁴⁾.

(1) لم يشر المشرع في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة إلى احترام حقوق الدفاع بالرغم من أهميته إذ من شأن حضور المقرر المشارك في التحقيقات في مداولات المجلس أن يؤثر في القرار المناسب اتخاذه، على عكس المشرع الفرنسي الذي أعاد النظر في مشاركة المقرر في مداولات المجلس إذ كرس هذا المبدأ بصفة نهائية من خلال إدراجه ضمن حقوق الدفاع والذي يجب على مجلس المنافسة احترامه. أنظر عمورة عيسى، النظام القانوني لمنازعات...، مرجع سابق، ص 58.

(2) BLAISE Jean-Bernard, op.cit p.440

(3) بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق...، مرجع سابق، ص 335.

(4) المادة 30 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم.

ثانيا: إجراءات سير جلسات مجلس المنافسة

يقوم رئيس مجلس المنافسة، أو أحد نائبيه⁽¹⁾ بعد التحقق من توفر ممارسات مخلة بالمنافسة في السوق، بالإجراءات التالية:

1-إنشاء لجان مصغرة:

بعد التحقيق وإعداد ملف القضية وإرساله إلى رئاسة مجلس المنافسة يقوم مجلس المنافسة بإعداد لجان مصغرة لدراسة الملف، وهذه الأخيرة استحدثتها المرسوم التنفيذي رقم 11-241 الذي يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، وفي هذا تنص المادة 10 منه على أنه "يمكن أن يدرس المجلس الملفات المعروضة عليه في إطار لجان مصغرة قبل دراستها في جلسة علنية".

تجدر الإشارة إلى أن تشكيل اللجان المصغرة أمر اختياري، وهو ما يستخلص من خلال استعمال المشرع لمصطلح "يمكن إذا اقتضى الأمر"، مما يمنح غموضا بخصوص تشكيل هذه اللجان، ويزداد الغموض أكثر في نص المادة 24 الفقرة الأخيرة من الأمر رقم 03-03 والتي تنص على أنه "يحدد رئيس المجلس عند الحاجة عدد اللجان المصغرة، ويعين أعضاء المجلس غير الدائمين في كل لجنة".

لم يوضح المشرع الجزائري تنظيم اللجنة المصغرة سواء من حيث عدد أعضائها، واقتصر نص المادة على أن يرأس اللجنة المصغرة رئيس المجلس أو أحد نائبيه وتضم على الأقل واحد من الفئات المنصوص عليها في المادة 24 المذكور أعلاه، وهو ما تم تكريسه في القرار رقم 1 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة في نص المادتين 29 و30 منه:

تنص المادة 29 على أنه "تطبيقا لأحكام المادة 10 من المرسوم 241/11 المحدد لتنظيم وسير عمل مجلس المنافسة يمكن إنشاء لجان مضبوطة برئاسة رئيس المجلس أو نائبه". وبالرجوع لنص المادة 30 نجدها تنص على أنه "يمكن لمجلس المنافسة أن ينشئ إذا اقتضى الأمر أي فريق عمل جماعي وأية لجنة تقنية للتفكير والدراسة والتحليل حيث يتم تحديد تكوين وطبيعة الأشغال والمدة بعد المداولة من قبل المجلس".

(1) تنص المادة 28 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم على أنه "يشرف على أعمال مجلس المنافسة الرئيس أو نائب الرئيس، الذي يخلفه في حالة غيابه، أو حدوث مانع له".

2- انعقاد الجلسة والفصل في القضايا:

تناول النظام الداخلي لمجلس المنافسة تنظيم الجلسات التي يعقدها مجلس المنافسة بحيث يتولى الرئيس تحديد رزنامة الجلسات وجدول أعمال كل جلسة، ويتولى مدير الإجراءات متابعة الملفات، حيث يرسل جدول الأعمال هذا مصحوبا بالاستدعاء قبل 21 يوما من انعقاد الجلسة⁽¹⁾ يتولى رئيس المجلس إرسال دعوة لكل الأعضاء لحضور جلساته، ممثلة في الأطراف المعنية، المقررين، وممثل الوزير المكلف بالتجارة مع ضرورة الإشارة إلى رقم القضية، موضوعها، تاريخها، وساعتها⁽²⁾.

يحضر جلسات مجلس المنافسة كل من رئيس مجلس المنافسة، ونائبه في حالة غيابه أو حدوث مانع له، وأعضاء مجلس المنافسة المحددة بـ: 08 أعضاء على الأقل⁽³⁾، لتكون جلسات مجلس المنافسة صحيحة وقانونية، وهي تشكل هيئة الحكم، ويمنع على أي عضو في المجلس أن يشارك في مداولة تتعلق بقضية له فيها مصلحة أو تربطه علاقة قرابة مع أحد أطرافها أو مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية⁽⁴⁾.

إذا توفرت شروط انعقاد الجلسة باكتمال النصاب القانوني وانعدام أسباب التنافي بالنسبة للأعضاء، يعلن رئيس المجلس أو أحد نائبيه افتتاح الجلسة ويسهر على حسن سيرها وضبط نظام المناقشة بها والتدخلات الشفوية، ويمنح الكلمة أولا إلى المقرر لتلاوة تقريره المكتوب على هيئة المجلس ومسمع الحاضرين، ثم يحيل الكلمة لمن أراد التدخل في النقاش لتقديم ملاحظات أو طلب استفسارات بالتناوب وعن طريق الرئيس وتحت إشرافه وطرح استفسارات أو ملاحظات، كأعضاء المجلس أو أطراف الدعوى أنفسهم أو محاميهم⁽⁵⁾، أو الممثلين، إذ يمكن تمثيل الأعضاء لزملائهم من نفس الفئة في حدود وكالة واحدة لكل عضو ليس في مقدوره الحضور⁽⁶⁾، إلى ممثل الوزير المكلف بالتجارة، الذي يقوم بتقديم ملاحظاته الشفوية بشأن القضية موضوع الجلسة.

(1) المادة 31 من القرار رقم 1 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

(2) المادة 32 من القرار رقم 1 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق.

(3) جلسات مجلس المنافسة لا تصح إلا باكتمال النصاب القانوني والمحدد ب (06) أعضاء على الأقل في الأمر رقم 03-03 بينما في التعديل الجديد في القانون 08-12 حسب المادة 14 فإن النصاب محدد بثمانية (08) أعضاء.

(4) المادة 29 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(5) المادة 36 من القرار رقم 1 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

(6) المادة 37 من القرار رقم 1 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

بعد استنفاد إجراءات انعقاد الجلسة، وصولاً إلى تقديم كل ذي مطلب طلبه وكل ذي دفع دفاعه، يرفع رئيس الجلسة والذي يكون له الحق في تعليقها في جميع الحالات إذا رأى أن هذا التعليق مناسباً كتقديم أحد الأطراف ملاحظات كتابية أو وثائق أو عناصر إضافية، بشرط أن يتم أخذ رأي أعضاء مجلس المنافسة، ويتم إرسال المستند إلى الأعضاء الحاضرين، المقرر العام أو المقررين، الأطراف الأخرى، ممثل التجارة⁽¹⁾.

كما له أن يرفع الجلسة ويشير إلى الأطراف وممثليهم بالانسحاب من أجل مداولة المجلس⁽²⁾، في جلسة مغلقة، وفق الأشكال المنصوص عليها في المادة 40 من النظام الداخلي للمجلس، ويبقى ممثل وزير التجارة دون تقديم اقتراح ولا المشاركة في التصويت، لكن لم يشر النص ولا النظام الداخلي إلى إمكان حضور المقرر إلى جانب ممثل الوزير المكلف بالتجارة المداولة في القضية، بالإضافة إلى أنه لا يملك الحق في التصويت، وهو اتجاه صائب كون الفصل بين المكلفون بالتحقيق والمكلفون بالحكم يشكل تفعيلًا لمصادقية القرارات التي يصدرها مجلس المنافسة⁽³⁾.

تجرى المداولات بين أعضاء مجلس المنافسة وتتخذ قرارات مجلس المنافسة في إطار جلسة مغلقة تحت إشراف الرئيس، بالأغلبية البسيطة لأصوات الأعضاء الحاضرين وفي حالة تساوي عدد الأصوات يرجح صوت الرئيس، كما يمكن الرئيس في حالة الضرورة عرض القرار أو الرأي إلى التصويت عن طريق رفع اليد أو باللجوء إلى استعمال ورقة سرية التصويت غير المعبر عنه أو الامتناع ولا يؤخذان بعين الاعتبار عند احتساب الأغلبية⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

العقوبات الصادرة عن مجلس المنافسة

خول المشرع الجزائري لمجلس المنافسة مهمة الضبط العام للمنافسة من خلال حماية النظام العام الاقتصادي، وتطبيق واحترام مبادئ وأحكام قانون المنافسة، وهذا الأخير يتضمن قواعد ردعية ضد المؤسسات التي تعرقل المنافسة في سوق الطلبات العمومية، وفي هذا تنص المادة

(1) المادة 38 من القرار رقم 1 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

(2) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص 372.

(3) بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق...، مرجع سابق، ص 336.

(4) المادة 28 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

45 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه "يتخذ مجلس المنافسة أوامر معلة ترمي إلى وضع حد للممارسات المعايينة المقيدة للمنافسة عندما تكون العرائض والملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر هو بها، من اختصاصه.

كما يمكن أن يقرر المجلس عقوبات مالية إما نافذة فوراً وإما في الآجال التي يحددها عند عدم تطبيق الأوامر.

ويمكنه أيضاً أن يأمر بنشر قراره أو مستخرجا منه أو توزيعه أو تعليقه⁽¹⁾

يفصل مجلس المنافسة في الأمر إذا ثبت قيام ممارسات مخلة بالمنافسة من خلال سلطته التنازعية، وتتنوع القرارات الصادرة عنه، بتتوع موضوعات القضايا المطروحة عليه، ليقوم بتقدير وقائعها، واتخاذ ما يراه ملائماً بشأنها، والتي تتدرج ضمنها اتخاذ التدابير الرقابية الوقائية (أولاً)، ومعاينة الممارسات المخلة بالمنافسة (ثانياً)، واتخاذ تدابير تفاوضية (ثالثاً).

أولاً: اتخاذ تدابير رقابية:

تشمل التدابير الرقابية كل من إصدار أوامر للمؤسسات المرتكبة لممارسات منافية للمنافسة (1)، والتدابير المؤقتة (2).

1 - إصدار أوامر للمؤسسات المرتكبة لممارسات منافية للمنافسة

يعتبر إصدار الأوامر الوسيلة الأولى التي يتدخل من خلالها مجلس المنافسة، حيث يتم اللجوء إليها قبل اتخاذ أي قرار في الموضوع، فيتمتع بسلطة اتخاذ القرار في أي مسألة أو أي عمل أو تدبير⁽¹⁾، فهي إجراء تقويمي تصحيحي كون المجلس يستند إليها من أجل ضبط السوق وضمان السير الحسن للمنافسة، وتشجيعها في قطاعات النشاط التي تتعدم فيها المنافسة، وتقويم الإختلالات الموجودة فيه من خلال الحد من الممارسات المنافسة للمنافسة، دون الحاجة إلى توقيع العقوبات المالية، فهو إجراء تحفظي، فعال لإيقاف الممارسات المنافسة للمنافسة⁽²⁾.

(1) وفقاً لأحكام المادة 37 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدلة بموجب المادة 20 من القانون 12-08

(2) POCHARD Marcel, «Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction», AJDA, n° spécial, 10 septembre 2001, p.106,

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

وفي هذا السياق، يوجه مجلس المنافسة أوامر إلى المؤسسات المتهمه إذا تأكد أن الممارسات المرتكبة من طرفها تمس بالمنافسة الحرة، وفي هذه الحالة يكون لمجلس المنافسة صلاحية إصدار الأوامر، وتختلف باختلاف المعطيات الموفرة وتحدد مهلة للتنفيذ، وإن لم تستجب المؤسسات المخالفة يتدخل المجلس لفرض والالتزام باحترام هذه الأوامر⁽¹⁾.

يصدر الإلزام في شكل قاعدة أمر، ويعني هذا الإجراء الضبطي في مجال حماية المنافسة في السوق إلزام الأشخاص الطبيعية والمعنوية الفاعلة في السوق بمفهوم قانون المنافسة بعدم الإخلال بحرية المنافسة في السوق، والإلزام إما يكون في شكل عمل سلبي وهو توجيه أمر للمؤسسة بالمنع والاستمرار في الممارسات المخلة بالمنافسة⁽²⁾، أو القيام بعمل ايجابي، تتضمن اتخاذ إجراءات معينة، أو القيام بعمل معين يؤدي إلى وقف الممارسات، كالأمر بوقف أو تعديل، أو تعليق الشروط التعاقدية التي تضمنتها الممارسة المخلة بالمنافسة⁽³⁾، كما تأمر بإلغاء البنود العقدية المقيدة للمنافسة وهي أغلب الأوامر التي تصدر عن مجلس المنافسة الفرنسي حالياً⁽⁴⁾.

وعليه فإذا رأى مجلس المنافسة بأن اتفاقاً مقيد للمنافسة يدخل في مجال اختصاصه ويحمل إخلالاً واضحاً بالمنافسة، أو تعسف في استغلال وضعية الهيمنة في سوق الطلبات العمومية، فإنه يوجه أوامر للمؤسسة وعلى هذه الأخيرة توجيه سلوكها دون أن تتعرض للمساس بدمتها المالية، وإذا استمرت في سلوكها فإن المجلس سيمارس سلطة القمع وتقرير عقوبات مالية في حالة عدم احترامها للأمر بعد انقضاء الأجل المحدد لذلك⁽⁵⁾.

2- اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة

تنص المادة 46 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، على أنه "يمكن لمجلس المنافسة، بطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من

(1) لعشاشي محمد، «الأعمال والممارسات المنافية للمنافسة وانعكاساتها على المتعاملين الاقتصاديين»، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 08، العدد 02، ديسمبر 2022، ص 485.

(2) بوحلايس إلهام، الحماية القانونية، للسوق...، مرجع سابق، ص 350.

(3) دفاص عدنان، الضمانات الممنوحة للمؤسسات في مجال المنافسة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018، ص 315.

(4) جلال مسعد، «دور مجلس المنافسة في ضبط السوق وتوجيه سلوك الأعوان الاقتصاديين»، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 13، العدد 02، أكتوبر 2021، ص 362.

(5) المادة 2/45 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق، إذا اقتضت ذلك الظروف المستعجلة لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه، لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء هذه الممارسات أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة".

نص المشرع الجزائري على إجراء جديد لم يكن منصوص عليه في الأمر 95-06 (الملغى) والمتمثل في التدابير المؤقتة، وهي عبارة عن قرارات إدارية فردية تهدف إلى الوقاية من الوقوع في ضرر محقق غير ممكن إصلاحه⁽¹⁾.

وبهذا منح المشرع الجزائري للمؤسسات طريقا قانونيا أمام مجلس المنافسة شبيه بالدعوى الإستعجالية من خلال طلب تدابير مؤقتة تؤدي إلى اتخاذ تدابير إستعجالية ضرورية لحماية المنافسة في السوق والاقتصاد العام للدولة، إذ يتعلق الأمر بوسيلة قيمة وهامة ضد الممارسات المنافية للمنافسة التي يمكن أن ينجم عنها ضرر محقق غير ممكن إصلاحه كالممارسات التي من شأنها إبعاد مؤسسات منافسة أو منع مؤسسات محتملة من الدخول إلى السوق⁽²⁾.

حدد المشرع في نص المادة 46 المذكورة أعلا الشروط الواجب توافرها حتى يتمكن مجلس المنافسة من اتخاذ تدابير المؤقتة، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أ - تقديم طلب اتخاذ تدابير مؤقتة

يجب تقديم طلب تدابير مؤقتة بمناسبة رفع دعوى موضوعية أمام مجلس المنافسة ويستلزم أن يكون الإخطار بحد ذاته مقبولا فإذا رفض الإخطار رفض معه طلب التدابير المؤقتة، لكن إذا رأى أن الطلب مؤسس فيتم قبوله، إلا أنه يجب أن تكون الممارسة المبلغ عنها تمثل اعتداءا جسيما حالا أو محققا على الاقتصاد أو نشاط معين أو الإضرار بالمصلحة العامة أو الخاصة.

في هذا الإطار لم يقيم المشرع بتحديد الشخص المدعي، ولكن قد يشمل كل الأشخاص الذين يمكنهم تقديم الادعاء إلى مجلس المنافسة سواء كان شخص طبيعى أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مخلة بالمنافسة⁽³⁾، فيمكن أن يقدم بطلب من الوزير المكلف بالتجارة، أو بطلب من الجهات المحددة في المادة 35 و 44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

(1) ZOUAIMIA Rachid, Les autorités administratif indépendante la régulation économique en Algérie, Edition Homa, Algérie, 2005, p94.

(2) جلال مسعد، «دور مجلس المنافسة في...»، مرجع سابق، ص 361.

(3) المادة 48 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

إن تقديم طلب اتخاذ تدابير مؤقتة يمكن أن يقدم عند تقديم الإخطار، بمعنى تقديم الطلب والإخطار في وثيقة واحدة، كما يمكن أن يقدم في أي مرحلة وصل إليها التحقيق وفي هذه الحالة لابد من تعليل الطلب.

ب- وجود حالة الاستعجال

يعرف الاستعجال أنه حالة ضرورة لا تتحمل التأخير ولا التأجيل، التي تستلزم اتخاذ الإجراء المؤقت المطلوب⁽¹⁾، ويعود تقدير الاستعجال إلى مجلس المنافسة الذي يعتمد على الظروف الموضوعية عندما تسبب الممارسات المنافسة للمنافسة ضرراً محدقاً حيث لا يمكن إصلاحه⁽²⁾. يعتبر الضرر من أهم الشروط التي وجدت من أجلها التدابير المؤقتة لأن عدم تحققه يؤدي إلى عدم إصدار التدابير المؤقتة، وتحقيقه يؤدي إلى عدم إمكانية إصلاحه لمسأسته بالمصلحة الاقتصادية العامة للقطاع المعني والمؤسسة المدعية، ولهذا ارتأى المشرع الأخذ بالضرر محقق الوشيك أو قريب الوقوع، غير ممكن إصلاحه بإتباع الإجراءات العادية، إذ أن هذا الضرر يمكن تفاديه، وذلك باتخاذ تدابير مؤقتة وقائية من قبل مجلس المنافسة، لتدارك ومنع وقوع الضرر⁽³⁾.

ج- الطابع المؤقت للتدابير المؤقتة

يتخذ مجلس المنافسة تدابير في حالة الإخلال بالمنافسة في السوق والتي تأخذ الطابع المؤقت، إذا اقتضت الظروف المستعجلة ذلك، والهدف من حصرها في إطار الحدود التي تضمن عدم وقوع الضرر، حتى لا تلحق الضرر بالمؤسسة المطلوب اتخاذ هذه التدابير ضدها وألا تتحول من وسيلة لإبعاد الضرر المحقق بمؤسسة ما إلى وسيلة لإلحاق الضرر بمؤسسة أخرى⁽⁴⁾، ولمجلس المنافسة، تقدير طبيعة التدابير المؤقتة، فله تعليق الممارسات المخلة بالمنافسة، وإعطاء أمر للمؤسسات المعنية بالرجوع إلى الحالة السابقة⁽⁵⁾، ويمكن للسلطات المختصة مراقبة مدى تنفيذ أوامرها في الأجال المحددة من قبل المؤسسات المعنية، وذلك من خلال استعمال سلطة التحقيق.

(1) محمودي فاطمة، «القرارات الفاصلة في الأوامر والتدابير المؤقتة الصادرة عن مجلس المنافسة»، مجلة الأستاذ الباحث

للدراستات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد الثاني، العدد التاسع، مارس 2018، ص 957.

(2) المادة 46 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(3) المادة 46 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(4) لعويجي عبد الله، مرجع سابق، ص 8.

(5) CHANTAL Marie, LABARDE Boutard, CANIVET Guy, op.cit, pp 197 et 327.

تكتسي التدابير المؤقتة الصادرة عن مجلس المنافسة القوة الملزمة ابتداء من تاريخ تبليغها للأطراف المعنية، ويتوجب على هذه الأخيرة احترام الآجال المحددة لتنفيذها، إذ أن تخلفها عن تنفيذ التدابير المؤقتة في الآجال المحددة قد يدفع مجلس المنافسة إلى الحكم عليها بغرامات تهديدية عن كل يوم تأخير⁽¹⁾، على أن لا تتجاوز قيمة الغرامة التهديدية مبلغ التعويض عن الضرر الفعلي.

من خلال ما سبق تحليله نستخلص أنه تتخذ التدابير المؤقتة من قبل مجلس المنافسة قبل الفصل في موضوع القضية المعروضة عليه مما أكسبها طابع وقائي أكثر من ردي، فهي إجراءات تحفظية الهدف منها هو اجتناب وقوع ضرر محقق لا يمكن إصلاحه⁽²⁾، وذلك إلى حين الفصل النهائي في موضوع النزاع، والهدف من هذه التدابير هو حماية الاقتصاد الوطني عامة وحماية مصالح الأعوان الاقتصاديين خاصة وأن متابعة الممارسات المخلة بالمنافسة من قبل مجلس المنافسة يتطلب المرور بإجراءات طويلة، فكان لا بد من إيجاد وسيلة لحماية المصالح الاقتصادية من خلال التدابير المؤقتة، وبذلك أحسن المشرع بمنح مجلس المنافسة اتخاذ إجراء التدابير المؤقتة في مجال الإخلال بالمنافسة في السوق، وله سلطة تقديرية واسعة ومرونة كافية في تفسير شروط الموافقة على اتخاذ هذه التدابير شريطة استخدامها بعقلانية⁽³⁾.

ثانيا: تقرير العقوبات

خول المشرع لمجلس المنافسة سلطة توقيع عقوبات مالية كعقوبات أصلية⁽¹⁾، قد تتخللها أيضا عقوبات تكميلية، (2) على مرتكبي الممارسات المخلة بالمنافسة، بغرض الحد منها.

1-العقوبات المالية:

يختص مجلس المنافسة بتوقيع عقوبات مالية ضد المتعاملين الاقتصاديين المخالفين لأحكام قانون المنافسة، بموجب المادة 56 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، بالقانون رقم 12-08 مع حصر الحالات التي يتدخل فيها مجلس المنافسة للإقرار بهذه العقوبات المالية المحددة في المواد 6، 7، 10، 11، 12، كما هو منصوص عليه في المادة 14 من

(1) الغرامة التهديدية بالنسبة للقانون الجزائري تقدر ب 150 ألف دينار جزائري عن كل يوم تأخير حسب المادة 58 من القانون 12-08 المعدل للأمر رقم 03-03.

(2) عمورة عيسى، النظام القانوني لمنازعات...، مرجع سابق، ص 60.

(3) جلال مسعد، «دور مجلس المنافسة في...»، مرجع سابق، ص 361.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

الأمر رقم 03-03 السالف الذكر⁽¹⁾، وكذلك المواد 17 و 19 من نفس الأمر في حالة مخالفة التجميع لأحكام قانون المنافسة.

تمس العقوبات المالية مرتكبي المخالفات المخلة بالمنافسة في الذمة المالية، والمتجسدة في تلك الغرامات التي يحكم بها مجلس المنافسة ضد شخص في حال إخلاله بالقواعد القانونية والأحكام التشريعية، بدلا من متابعتة جزائيا⁽²⁾، إذ أن الحكمة من وراء فرض الغرامات هي جبر الضرر الحاصل للاقتصاد الوطني وكذا القمع والردع⁽³⁾، وبهذا فهي عقوبات غير سالبة للحرية.

تنص المادة 56 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم على أنه "يعاقب على الممارسات المقيدة للمنافسة كما هو منصوص عليه في المادة 14 بغرامة مالية لا تفوق 12٪ من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم، المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات، على ألا تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف هذا الربح، وإذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدد، فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار (6000.000 دج).

بالرجوع إلى نص المادة 2/45 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة فإنها تنص على أنه "كما يمكن أن يقرر المجلس عقوبات مالية إما نافذة فورا وإما في الآجال التي يحددها عند عدم تطبيق الأوامر".

نلاحظ من خلال نص المادتين أن المشرع استعمل ضمن نص المادة 45 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة مصطلح "العقوبات المالية"، واستعمل ضمن نص المادة 56 من نفس الأمر مصطلح "الغرامة"، وفي الواقع فإن استعمال مصطلح "العقوبات المالية" أفضل كونه يرسخ تصور أن الاستعاضة بالعقوبة الإدارية عن العقوبة الجزائية، ليس من شأنه التقليل من قيمة هذه

(1) تنص المادة 14 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم على أنه "تعتبر الممارسات المنصوص عليها في المواد 6، 7، 10، 11، 12 أعلاه ممارسات مقيدة للمنافسة"

(2) شيخ ناجية، ويقار سلمى، المتابعة القضائية للعون الاقتصادي المخالف لقواعد المنافسة، مداخلة أقيمت في اليوم الدراسي بعنوان: مجلس المنافسة ودوره في ضمان سوق تنافسية، المنظم من طرف مديرية التجارة لولاية بومرداس بالاشتراك مع كلية الحقوق، جامعة أحمد بومرداس، يوم 7 ماي 2018، ص 82.

(3) براهيمى نوال، مرجع سابق، ص 107.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

العقوبات، ولا الانتقاص من طابعها الردعي⁽¹⁾، وبهذا يصدر مجلس المنافسة العقوبات المالية التالية:

- حدد المشرع الجزائري الحد الأقصى للغرامة المتمثل في 12% من رقم الأعمال من غير الرسوم المحققة في الجزائر، كما حدد وسيلة بديلة عن هذه العقوبة تتمثل في إقرار غرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات بشرط أن لا تتجاوز الغرامة أربعة أضعاف هذا الربح وفي هذه الحالة تم حصر الغرامة، بحيث حدد الحد الأقصى والحد الأدنى لها، وإذا كان مرتكب المخالفة لا يمتلك رقم أعمال، حدد المشرع الحد الأقصى للغرامة، بمبلغ لا يتجاوز ست ملايين دينار (6.000.000 دج)⁽²⁾.

- يعاقب بغرامة مالية لا تقل عن مبلغ مائة وخمسين ألف دينار (150.000 دج)، عن كل يوم تأخير، عن عدم تنفيذ الأوامر والإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادتين 45 و 46 من الأمر رقم 03-03⁽³⁾.

- يعاقب مجلس المنافسة المؤسسات التي تقدم معلومات خاطئة، أو غير كاملة بالنسبة للمعلومات المطلوبة أو تنهون في تقديمها، المنصوص عليه في المادة 51 من الأمر رقم 03-03 بغرامة مالية لا تتجاوز ثمانمائة ألف دينار (800.000 دج)، وبذلك فقد حدد المشرع الحد الأقصى للغرامة، ويمكن الحكم بغرامة تهديدية مائة ألف دينار عن كل يوم تأخير⁽⁴⁾.

- يقرر مجلس المنافسة غرامة مالية يمكن أن تصل إلى 7% من رقم الأعمال من غير الرسوم المحقق في الجزائر، خلال آخر سنة مالية مختتمة، توقع هذه العقوبة على كل مؤسسة طرف في التجميع أو ضد المؤسسة التي تكونت من عملية التجميع، والغرامة في هذه الحالة مقدرة بنسبة مؤوية، فلا يمكن أن تتعدى النسب المحددة⁽⁵⁾.

- يقرر مجلس المنافسة غرامة مالية يمكن أن تصل إلى 5% من رقم الأعمال من غير الرسوم المحققة في الجزائر، خلال آخر سنة مالية مختتمة في حالة مخالفة أحكام المادة 19 من

(1) بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق..، مرجع سابق، ص 352.

(2) المادة 56 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(3) المادة 58 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(4) المادة 59 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(5) المادة 17 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

الأمر رقم 03-03 السالف الذكر، ضد كل مؤسسة طرف في التجميع أو ضد مؤسسة التي تكونت من عملية التجميع.

يمكن لمجلس المنافسة أن يحكم بالغرامة المالية فقط، ويمكن أن يحكم بالغرامة التهديدية فقط، ويمكن أن يحكم بالغرامة المالية والتهديدية معا، وهذه الأخيرة تصدر في حالة التأخير عن تنفيذ الأوامر والقرارات الصادرة عن مجلس المنافسة، فهي وسيلة ضغط على الطرف المحكوم عليه لدفعه إلى تنفيذ الحكم في أقرب الآجال، ومبلغها يقدر بالنظر إلى عدد أيام التأخر عن التنفيذ⁽¹⁾.

اهتم كل من قانون الإتحاد الأوربي والقانون الفرنسي في تقييم قيمة العقوبة المالية على ضرورة تناسب العقوبة المالية مع خطورة الممارسة⁽²⁾، حيث يأخذ بعين الاعتبار من أجل تحديد الغرامة مدى خطورة الممارسة، والضرر الذي لحق بالاقتصاد، بالإضافة إلى وضعية المؤسسة المرتكبة للمخالفة في السوق المعاقبة أو المجموعة التي تنتمي إليها هذه المؤسسة⁽³⁾، مع تشديد العقوبة في تكرار المؤسسة الممارسة المحظورة وتخفيفها في حالة تعاون المؤسسة أثناء التحقيق، وتعهدتها بعدم ارتكاب الممارسات المقيدة للمنافسة⁽⁴⁾.

أشار المشرع الجزائري إلى هذه المعايير في نص المادة 62 مكرر 1 المستحدثة بموجب القانون 08-12 والتي تنص على أنه "تقرر العقوبات المنصوص عليها في أحكام المواد من 56 إلى 62 من هذا الأمر، من قبل مجلس المنافسة على أساس معايير متعلقة، لاسيما بخطورة الممارسة المرتكبة، والضرر الذي لحق بالاقتصاد، والفوائد المجمعة من طرف مرتكبي المخالفة، ومدى تعاون المؤسسات المتهمة مع مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية وأهمية وضعية المؤسسة المعنية في السوق".

من خلال ما سبق تحليله يمكن القول أن العقوبات المالية تتسم بطبيعة مزدوجة، قمعية ووقائية، ولهذا السبب يجب أن تكون العقوبة ردعية بما فيها الكفاية حيث يجب أن يتجاوز مبلغها

(1) BARNARD Sebastiaen, droit public économique, 2^{ème} édition, LGDJ, paris 2013, p 150.

(2) بعوش دليلة، حماية المنافسة الحرة من الاتفاقات المحظورة في ظل أحكام قانون المنافسة، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص: قانون التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2018/2019، ص 246، 247.

(3) للتفصيل في الموضوع أنظر: جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص 392 - 395.

(4) المادة 60 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

مبلغ الأرباح المحصل عليها من جراء ارتكاب الممارسات المخالفة للمنافسة أو تلك المرجوة من خلال تلك الممارسات⁽¹⁾، على أن تتحمل كل مؤسسة مرتكبة للممارسة المخالفة لقانون المنافسة مسؤوليتها في حدود ما نسب إليها من وقائع فقط، دون أن تتقاسم بالتساوي مسؤولية دفع مبلغ العقوبة المالية، وفي حدود مشاركتها في تنفيذ الممارسة المخلة بالمنافسة.

2-العقوبات غير المالية

يمكن لمجلس المنافسة توقيع عقوبات غير مالية تتمثل في نشر القرارات الصادرة بشأن الفصل في الممارسات المخلة بالمنافسة، أو مستخرجا منه أو توزيعه أو تعليقه⁽²⁾.

يتم نشر قرارات الصادرة عن مجلس المنافسة عن طريق الصحف، أو بواسطة أي وسيلة إعلامية أخرى⁽³⁾، ومن هذا المنطلق يمكن أن نتصور مدى تأثير هذا الإجراء إذا ما تم إعلانه في الوسائل السمعية البصرية مقارنة بالجرائد من ناحية عدد الأشخاص الذين تصلهم أخبار تلك العقوبة⁽⁴⁾، غير أن الوسيلة الأساسية للنشر هي النشرة الرسمية للمنافسة⁽⁵⁾، والعبرة في نشر قرارات مجلس المنافسة ليس بالإطلاع عليها فقط، بل كعقوبة ضد المؤسسات المرتكبة للممارسات المخلة بالمنافسة، إذ يؤدي نشر القرار المتضمن العقوبة من طرف مجلس المنافسة دورا ردعيا وضبطيا للسلطة، لأنها تهدف إلى جعل سلوك المؤسسات فعليا من خلال إعلام المتنافسين.

يعد نشر الحكم الصادر بالإدانة في الجريدة الرسمية للمنافسة، جزءا مكتملا للجزاء الأصلي والتمثل في العقوبات المالية، إذ يعتبر نشر الحكم فعالا في مكافحة الممارسات المخلة بالمنافسة، باعتباره جزءا ردعيا، حيث يمس المتعاملين الاقتصاديين المخالفين في شرفهم واعتبارهم، وسمعتهم التجارية، مما يترتب عليها أضرار مادية، حتى تكون عبرة لمن تسول له نفسه ارتكاب

(1) عثمانية كوثر، خصوصية العقوبات في جرائم المنافسة في التشريع الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول، قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، بمجمع هيليو بوليس، كلية حقوق 8 مالي قالمية، يومي 16 و 17 مارس 2017، ص 9.

(2) المادة 45 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(3) المادة 02/49 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(4) عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية...، مرجع سابق، ص 27.

(5) المادة 01/49 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

المخالفات المخلة بالمنافسة⁽¹⁾، فهو نوع من التحذير والتذكير للمتعاملين الاقتصاديين الآخرين بأنه توجد قواعد قانونية يجب احترامها، باعتبارها من النظام العام الاقتصادي، لضمان ضبط السوق وترقية المنافسة، وهذا من شأنه أن يحقق فعالية وسيادة القانون.

يعمل مجلس المنافسة على نشر قراراته لتصحيح الممارسات المخلة بالمنافسة، لأن إعلامهم قد يدفعهم إلى التبليغ عن سلوك المؤسسات الأخرى التي تمت معاقبتها ومتابعتها، وهذا من شأنه تعجيل تصحيح الوضع واسترجاع السير التنافسي في السوق وعدم تكرار ارتكاب مثل هذه الممارسات⁽²⁾.

ثالثا: اتخاذ تدابير تفاوضية

لم يعد الطابع القمعي في فرض العقوبة عن الممارسات المخلة بالمنافسة في السوق في ظل قانون المنافسة كافيا لوضع حد لذلك، وإنما يجب إيجاد حلول أكثر فعالية لتصحيح الوضع كآلية للحفاظ على المنافسة في السوق، وهو ما جسده عمليا التشريعات المقارنة، من خلال تجسيد سياستها في ضبط المنافسة، بتكريس الإجراءات التفاوضية، مع أحد أطراف الممارسة المخلة بالمنافسة، بهدف الكشف والقضاء عليها، وتأثر المشرع الجزائري بهذا إذ تنص المادة 60 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه "يمكن مجلس المنافسة أن يقرر تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية، وتتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر".

لا تطبق أحكام الفقرة الأولى أعلاه في حالة العود مهما تكن طبيعة المخالفة المرتكبة⁽³⁾.

تعفى المؤسسات التي تبادر بالتبليغ عن ممارسة مخلة بالمنافسة كانت طرفا فيها وتعرفت على فاعليتها من توقيع العقوبة عليها كليا أو جزئيا، إذ تعترف بالمخالفة أثناء التحقيق، وتتمثل الإجراءات التفاوضية المكرسة إما بمجرد تبليغها بالمأخذ المسجلة ضدها من طرف السلطة

(1) قموح مولود، «خصوصية العقوبات في مجال الأعمال»، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة منتوري قسنطينة، المجلد 7، العدد 1، جانفي 2022، ص 41.

(2) ساوس خيرة، حماش سيلية، «تفعيل دور مجلس المنافسة في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة»، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد الثامن، ديسمبر 2016، ص 94.

المختصة، أو من خلال مبادرة المؤسسة من تلقاء نفسها بالكشف عن الممارسة المنافسة للمنافسة وإجراء تعهدات لإنهاء المتابعة، ويبدو أن المادة 60 من الأمر رقم 03-03 المذكورة أعلاه قد تضمنت هذين الإجراءين التفاوضيين، دون النص على إجراء العفو⁽¹⁾، وسنتاولهما فيما يلي:

1- إجراء عدم معارضة المآخذ كآلية تفاوضية:

يقصد بإجراء عدم معارضة المآخذ إقرار مجلس المنافسة بتخفيض مبلغ الغرامة لصالح المؤسسات التي لا ترفض أو لا تنفي المآخذ المسجلة عليها والتي تم إبلاغها بها وتتعهد بتعديل سلوكها المستقبلي⁽²⁾، والضمان الوحيد على عدم مساس هذه الإجراءات بالطابع الردعي لقانون المنافسة هو متابعة المجلس بحرص تنفيذ التعهدات الصادرة عن المؤسسة وعدم الرجوع إلى ارتكاب هذه الممارسات⁽³⁾.

2- إجراء تقديم التعهدات كآلية تفاوضية

كرس المشرع الجزائري إجراء التعهدات في مجال التجميعات الاقتصادية، في المادة 19 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، إذ يمكن للمؤسسات المكونة للتجميع أن تلتزم من تلقاء نفسها بتعهدات من شأنها تخفيف آثار التجميعات على المنافسة⁽⁴⁾. يتخذ هذا التعهد المقدم من طرف المؤسسة التي تكون طرفا في التجميع شكل رسالة تتضمن حولا متنوعا، بداية من الإجراءات الهيكلية، كالتنازل عن الحصص والأسهم لأحد المنافسين، أو

(1) يأتي إجراء العفو لتسهيل مهام مجلس المنافسة في متابعة الممارسات المنافسة للمنافسة لما يوفره الإجراء من مساهمة فعالة في الكشف والقضاء عليها، وينطوي البحث عن إجراء العفو تضحية أطراف الاتفاق بالأرباح المستقبلية التي يمكن أن يحققها الاتفاق لو بقي في ظل السرية والكتمان دون الكشف عنه هذا من جهة، من جهة أخرى قد ينتج عن الكشف عن الممارسة تكبد المؤسسات لعقوبات مالية ضخمة إذا فشل طلب العفو، ولم يتم العفو عنها. أنظر في ذلك: موساوي ظريفة، إجراء العفو: آلية قانونية لقمع الاتفاقات المقيدة للمنافسة، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول: "حماية السوق في ظل أحكام قانون المنافسة"، كلية الحقوق جامعة الجزائر، يوم 09 ماي 2022، ص 4.

(2) شيخ أمر يسمينة، توزيع الاختصاص ما بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2009، ص 104.

(3) بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق...، مرجع سابق، ص 356.

(4) تنص المادة 19 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم على أنه "ويمكن أن يقبل مجلس المنافسة التجميع وفق شروط من شأنها تخفيف آثار التجميع على المنافسة. كما يمكن المؤسسات المكونة للتجميع أن تلتزم من تلقاء نفسها بتعهدات من شأنها تخفيف آثار التجميع على المنافسة".

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

تغيير التصرفات كالسماح بحرية الدخول إلى الشبكة والتمويل غير التمييزي لمنافسين غير منضوين تحت التجميع⁽¹⁾.

يتشابه إجراء عدم معارضة المآخذ مع إجراء تقديم التعهدات في كونهما يترجمان في شكل تعهدات تقدمها المؤسسات المعنية ويتم قبولها من قبل المجلس، فالتعهدات المقدمة لها القدرة على حل الإشكالات المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة بطريقة أكثر فعالية⁽²⁾.

يتضمن عدم توقيع العقوبة المالية على المؤسسات التي تتعهد بوضع حد للممارسات المنافية للمنافسة التي ترتكبها قبل أن يتم إبلاغها بالمآخذ المسجلة عليها، وقبل تكييفها على أنها مخالفة من قبل المجلس، ولهذا الأخير السلطة التقديرية في قبول التعهدات، إلا أنها مقيدة بتوفر شروط:

- اعتراف المؤسسة بالمخالفات المنسوبة إليها دون إكراه أو ضغط.
- أن يتم هذا الاعتراف أثناء مرحلة التحقيق، ببداية التحريات الأولية إلى ما قبل اختتام التحقيق بتقرير نهائي، وبمفهوم المخالفة لا تستفيد المؤسسة من هذا الإجراء بعد التحقيق النهائي.
- التعاون في الإسراع في التحقيق ويشكل نوعا من التعاون مع مجلس المنافسة.
- التعهد بعدم ارتكاب مخالفات المنصوص عليها في قانون المنافسة.
- أن لا تكون المؤسسة في حالة عود، وهذا الأخير يحول دون استفادتها من الإجراء التخفيض الكلي أو الجزئي للعقوبة.

منح المشرع لمجلس المنافسة اختصاصات وامتيازات تمكنه من المساهمة في القضاء الجزائي، ونجاحه يتطلب التكريس الفعلي لسلطات مختلفة ومتوازنة، والقدرة على إجراء التحقيقات، وإصدار القرارات الفردية أو الجماعية وحق النطق بالعقوبات⁽³⁾، وقمعه للمخالفات ذات الطابع الاقتصادي لا يجد فعاليتها إلا في سرعة اتخاذ القرارات بالشكل الذي يمكن به التصدي لآثار الممارسات غير المشروعة، بحيث يصبح يلعب دور القاضي الجزائي من خلال تخويله سلطة العقاب⁽⁴⁾.

(1) دفاص عدنان، الضمانات الممنوحة للمؤسسات...، مرجع سابق، ص 262.

(2) موساوي ظريفة، في متابعة القاضي للممارسات المقيدة للمنافسة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 27 مارس 2022، ص 208.

(3) FRISON ROCHE Marie Anne, Droit de la régulation, Dalloz, paris, 2004. p 612.

(4) ZOUAIMIA Rachid, «Le Conseil de la concurrence et la régulation des marchés en droit algérien», Revue Idara, n° 36, 2008, p.14.

إن كانت القرارات التي يتخذها مجلس المنافسة تتسم بالطابع القمعي، فإن المشرع قد زودها، بالقوة الملزمة التي تتجلى من خلال تنفيذها وذلك كتأكيد على السلطة القمعية التي يتمتع بها المجلس باعتباره سلطة فعلية لضبط السوق، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، حتى لا تكون أعماله مجرد أعمال بسيطة غير ملزمة، ويقصد بتنفيذ القرارات الإدارية دخولها حيز التطبيق من الناحية الواقعية وترتيب آثار قانونية، ولكن القيام بعملية التنفيذ تتطلب أن يعلم بوجود هذه القرارات أولئك الذين تستهدفهم، لذا فإن أول إجراء لمباشرة تنفيذ القرارات الصادرة مجلس المنافسة يكون من خلال تبليغها إلى الأطراف المعنية بالنزاع عن طريق محضر قضائي، ونشرها في الجريدة الرسمية للمنافسة.

يشترط في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة أن تتضمن أجل الطعن، وأسماء وصفات وعناوين الأطراف التي بلغت إليها تحت طائلة البطلان، أما بالنسبة للجهة المختصة بتنفيذ قراراته، فإنه يتم إرسالها إلى الوزير المكلف بالتجارة الذي يسهر على تنفيذها وهذا على عكس سلطة المنافسة في فرنسا التي تسهر على تنفيذ قراراتها بنفسها أي أن دورها لا يتوقف عند اتخاذ القرارات فحسب وإنما يمتد أيضا إلى تنفيذها⁽¹⁾، عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري.

من خلال ما سبق تحليله يمكن القول أن ممارسة مجلس المنافسة لعمله الرقابي بالكشف عن الإخلالات التي شأنها المساس بالمنافسة الحرة والتصدي لها وقمعها يستدعي تدخله للحد منها سواء بتفعيله لصلاحياته التصحيحية قبل النظر في الموضوع، من خلال تصحيح الأوضاع باعتماده للتدابير المؤقتة التي تشكل آلية للحماية القبلية للمنافسة من شأنها الحد من الممارسات قبل إضرارها بالسوق⁽²⁾ أو بتفعيله لصلاحياته الردعية، بإصداره لأوامر معللة ترمي إلى وضع حد للممارسات المخلة بالمنافسة، وتقرير عقوبات مالية، وعدم الامتنثال لهذه التدابير والأوامر يعرض المؤسسة المخالفة إلى توقيع غرامة تهديدية.

(1) NICINSKY Sophie, «L'autorité de la concurrence», RFDA, n° 6, 2009, pp.1239-1240.

(2) ZOUAIMIA Rachid, Droit de la régulation économique, Berti édition, Alger, 2006, p 94.

المبحث الثاني

مدى فعالية دور مجلس المنافسة في التصدي للإخلال بقواعد المنافسة

منح المشرع الجزائري لمجلس المنافسة مركزا متميزا، من خلال تأطيره القانوني للوظيفة التنزعية، والتي تشمل على السلطة العقابية، وسلطة تسوية النزاعات للتصدي للممارسات المخلة بالمنافسة⁽¹⁾، إذ أنه أنشأ من أجل تطبيق القواعد الموضوعية التي تهدف إلى حظر الممارسات المنافية للمنافسة في السوق.

يعتبر تدخل مجلس المنافسة في الفصل في النزاعات وقمعها، وسيلة مثلى من أجل ضمان تكيف القاعدة القانونية مع التطورات الفنية بشكل سريع وفعال، إلا أن دوره في الواقع العملي يلاقي عدة صعوبات في إبراز تواجدته في الحقل الاقتصادي، باعتباره من الموضوعات الهامة التي شهدت الاختلافات في الرأي والتناقض في الاتجاهات، مما جعله يواجه في الواقع العديد من العراقيل والإشكالات التي قد تحول بينه وبين قيامه بمهامه بفعالية تامة، لمدى استقلاليته في ممارسته مهامه، والتي أثرت على محدودية دوره في التصدي للممارسات المنافية للمنافسة في مجال الصفقات (المطلب الأول)، وخضوع أعماله للرقابة القضائية، والتي تكون محل رقابة المشروعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

محدودية فعالية دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة

في إطار دراسة مدى محدودية فعالية دور مجلس المنافسة في التصدي للممارسات المخلة بالمنافسة، ومدى توافق الاختصاصات الممنوحة له مع السلطة القمعية، يجب التطرق لطبيعته القانونية، لأن من بين التحديات التي يواجهها المجلس هاجس مدى المساس باستقلاليته، التي قد تعيق الأداء الفعال لسلطاته، إذ أنه ما الغاية من وضع قواعد قانونية موضوعية تهدف إلى حظر الممارسات الغير مشروعة، إن لم تكن هناك هيئة قانونية مستقلة وحيادية بما فيه الكفاية تقوم بمتابعة وقمع بكل صرامة وموضوعية تلك الممارسات.

(1) لعلايمية فاطمة، عليوش قريوع، «اختصاص السلطات الإدارية المستقلة بتسوية النزاعات»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، المجلد 11، العدد 3 (ع.خ)، 2020، ص 11.

ولهذا يقتضي الأمر التطرق إلى المركز القانوني لمجلس المنافسة، الذي من خلاله، يمكن ممارسة مهامه على أكمل وجه، وللإجابة عن ذلك يقتضي الأمر التطرق إلى الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة (الفرع الأول)، وحدود تدخله لممارسة الاختصاص القمعي للتصدي للممارسات المنافسة للمنافسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

محدودية فعالية السلطة القمعية لمجلس المنافسة بالنظر لطبيعته القانونية

شكلت مسألة الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة جدلاً فقهيًا لاسيما في ظل التطور التشريعي الذي عرفه قانون المنافسة⁽¹⁾ إذ منح مجلس المنافسة للسلطة القمعية آثار بعض المسائل القانونية التي تتطلب الوقوف عليها لتحليلها ومناقشتها، وتتجلى هذه العراقيل على عدة مستويات، يأتي على إثرها التكييف القانوني له (أولا) ومدى الاستقلالية التي يتمتع بها لممارسة السلطة القمعية (ثانياً).

أولا: التكييف القانوني لمجلس المنافسة

إن الجدل والخلاف الفقهي في البحث عن تكييف مجلس المنافسة جاء نتيجة لعدم وجود نص واضح، يحدد طبيعته القانونية والجهة التي تتبعها قانونا، وهذه الاختلافات أدت إلى وجود عدة آراء فقهية منها:

1- مجلس المنافسة هيئة قضائية

تعتبر السلطة القضائية أحد أهم ركائز مبدأ الفصل بين السلطات، إلا أنه وبظهور سلطات ضبط النشاط الاقتصادي عامة، ومجلس المنافسة خاصة، بدأت هذه الركيزة بالتزعزع، وذلك بسبب استيلاء سلطات الضبط لأهم صلاحية هي الصلاحيات القمعية، وهو ما كرسته النصوص القانونية المنظمة لهذه السلطات⁽²⁾.

حل مجلس المنافسة محل السلطة القضائية ممثلة في القضاء الجنائي، من خلال تخويله سلطة المتابعة والتحقيق والعقاب، ويرجع الأمر لعدم فعالية النصوص الجنائية المنظمة لها، وعدم قدرة الأساليب التقليدية في ضبط القطاعات الاقتصادية، مما أدى إلى نقل السلطة العقابية

(1) بن حملة سامي، قانون المنافسة، مرجع سابق، ص 131.

(2) منصور داود، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي...، مرجع سابق، ص 93.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

للقاضي الجنائي لصالح هيئات أخرى أكثر قربا لتلك القطاعات، فتحويل مجلس المنافسة سلطة فرض عقوبات تسمح بتدخل سريع وفعال للمنافسة في السوق.

وعلى هذا الأساس يرى البعض أن طبيعة مجلس المنافسة قضائية من خلال ممارسته لوظيفة تسوية النزاعات إذ تتحول إلى جهات قضائية فعلية، وهذا نتيجة للتطور المستمر لقانون الضبط⁽¹⁾، حيث تم التأكيد على هذه الصفة بالنص صراحة في القانون المنشئ لمجلس المنافسة⁽²⁾، حيث تضمن الكثير من الأحكام التي توحى بأن مجلس المنافسة له طبيعة قضائية تقربه أكثر فأكثر من الهيئات القضائية⁽³⁾، حيث تشترك العقوبات الإدارية بذات المبادئ العقابية التي تخضع لها العقوبة الجزائية⁽⁴⁾، ناهيك عن إجراءات المتابعة والتحقيق، والتي تتم على مستوى مجلس المنافسة، وتتشابه إلى حد ما مع إجراءات المحاكم، بالرغم من خصوصية العقوبات التي يوقعها مجلس المنافسة والتي لا تتعدى الغرامات المالية، والإجراءات الموقفة للضرر، إلا أنه لا يمكنه متابعة الأشخاص على أساس المسؤولية الجزائية حيث يؤول الاختصاص للنيابة العامة صاحبة الاختصاص الأصيل⁽⁵⁾.

إذن الإجراءات التي يتبناها مجلس المنافسة في تقصي مدى وجود ممارسات منافية للمنافسة تختلف عن تلك المعمول بها أمام الجهات القضائية، فالواقع أنه لا يمكن التسليم بالطبيعة القضائية لمجلس المنافسة، حيث يكتنف هذا التكييف العديد من الصعوبات، أولها أن مجلس المنافسة يتمتع بإمكانية استعمال ما يسمى بالإخطار التلقائي، فيحرك الدعوى بنفسه ضد الممارسات المخلة بالمنافسة، ولما كانت السلطة القضائية لا تكلف نفسها بالنظر في الدعاوى فإن تمتع مجلس المنافسة بهذه المكنة تنفي اعتباره جهازا قضائيا⁽⁶⁾.

(1) لعلايمية فاطمة، عليوش قريوع، مرجع سابق، ص 20.

(2) سحوت جهيد، «عن المركز القانوني لمجلس المنافسة الجزائري: النصوص والواقع»، دفاثر الساسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 19 جوان 2018، ص 428.

(3) كتو محمد شريف، «حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة»، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 12، العدد 1، 2002، ص ص 69.

(4) منصور داود، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي ...، مرجع سابق، ص 22.

(5) والي نادية، «تأثير حدود استقلالية مجلس المنافسة على ممارسة دوره الضبطي»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 12، العدد 01، أبريل 2021، ص 1216.

(6) أنظر: حسن ذكي لينا، مرجع سابق، ص 302، وأنظر كذلك: بعوش دليلة، حماية المنافسة الحرة ...، مرجع سابق، ص 167.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

كما أن سحب الإخطار لا يلزم المجلس المنافسة بوقف الإجراءات المتبعة حفاظا على النظام العام الاقتصادي، ضف إلى ذلك فإن المجلس يرفع تقريراً سنوياً إلى رئيس الحكومة وإلى الهيئة التشريعية وإلى الوزير المكلف بالتجارة وهو ما لا نجده في المحاكم⁽¹⁾.

إلا أنه ثار جدال بخصوص مدى دستورية سلطة العقاب المخولة لمجلس المنافسة، وفي الأساس الذي استند إليه إذ أن نقل الاختصاص إليه لم يجد له تفسير في أحكام الدستور، الذي كرس مبدأ الفصل بين السلطات من خلال التمييز بين اختصاص السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية، هذا المبدأ الذي طالما أكدته المجلس الدستوري الجزائري على ضرورة احترامه كعامل أساسي في تنظيم السلطات العامة، وما يلاحظ أن اختصاص العقاب والقمع المخول لمجلس المنافسة فيه مساس بمبدأ الفصل بين السلطات إذ يرجع الاختصاص للسلطة القضائية⁽²⁾.

وأمام هذا الجدل الفكري القائم حول مسألة توقيع الجزاء من طرف مجلس المنافسة، ودراسة مدى توافقها مع أحكام الدستور يقف المجلس الدستوري الجزائري صامتا مع اكتفائه فقط بالتأكيد على ضرورة احترام مبدأ الفصل بين السلطات دون مراعاة لما قد يطرأ من ظروف وأوضاع جديدة من شأنها التغيير في تنظيم المحيط المؤسسي للدولة، فالصعوبات التي تطرحها معالجة القضايا المتعلقة بالقطاعات الاقتصادية وما تمتاز بها من حداثة وحركية دفع إلى إعادة النظر في سلطة القاضي في متابعة المخالفات المرتكبة على مستواها⁽³⁾.

وللأجل هذا ظهرت الحاجة إلى استخلاف سلطة القاضي والاستعانة بالإدارة من خلال إسناد السلطة القمعية لمجلس المنافسة، التي تزامنت مع ظاهرة إزالة التجريم في المجال الاقتصادي والمالي، التي أنشأت من أجل إبراز ظاهرة إزالة التجريم عن الجرائم التي تخل بقواعد المنافسة، بعد أن كان الاختصاص فيها للمحاكم في ظل قوانين المنافسة السابقة.

(1) المادة 27 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم.

(2) عاشور فاطيمة، «قرارات مجلس المنافسة بين العمل الإداري والقضائي وطرق الطعن فيها»، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة

زيان عاشور الحلفة، المجلد 11، عدد 2، جوان 2019، ص 71.

(3) مرجع نفسه، ص 71.

وهو ما يؤكد أن دوره جاء ليكمل النقص الذي يعتري اختصاص القضاء في المجال الاقتصادي، على أساس أن تدخل هذا الأخير يكون مؤقتا ولاحقا في حين تدخل مجلس المنافسة يكون دائما ووقائيا⁽¹⁾، وبالنتيجة يكون من الصعب تقبل هذا النوع من الرقابة خاصة وأن سلطة العقاب التي يتمتع بها مجلس المنافسة يعتبرها البعض مظهرا من مظاهر صلاحيات السلطة العامة⁽²⁾.

2- مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة:

تنص المادة 23 من الأمر رقم 03-03 على أنه "تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص مجلس المنافسة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي لدى الوزير المكلف بالتجارة".

انطلاقا من صياغة نص المادة، وباستعمال المشرع مصطلح "سلطة إدارية مستقلة" يكون كاف لحسم مسألة تحديد الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة بجعله سلطة إدارية مستقلة، فأدرجها ضمن زمرة السلطات الإدارية المستقلة الحديثة العهد في الأنظمة القانونية المقارنة⁽³⁾، وهذا التكييف يعتمد على مدى تمتعها بما يسمى "بالسلطة"، إذا كانت لهذه الهيئات أن تتمتع بالسلطة فهي بالتالي سلطة إدارية مستقلة وإن غابت هذه السلطة فلا يمكن اعتبارها كذلك.

والسلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة هي تلك الأهلية التي يمنحها القانون لهذه الهيئات للمعاقبة على خرق القوانين والأنظمة، وارتكاب المخالفات⁽⁴⁾، وبهذا فالميزة السلطوية المخولة لمجلس المنافسة هي القدرة على اتخاذ القرارات حتى تتمكن من مزاولة صلاحياتها⁽⁵⁾، باعتبارها إدارة من إدارات الدولة فقط⁽⁶⁾، وهو "المفهوم الضيق للسلطة" والمعنى القانوني لها القائم على ما

(1) QUILICHINI Paule, « réguler n'est pas juger, Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », AJDA, n°20, 24 mai 2004, p.1060

(2) QUASTANA Jacques, «La sanction administrative est-elle encore une décision de l'administration?», AJDA, numéro spécial, 10 octobre 2001, pp.141-148.

(3) سحوت جهيد، مرجع سابق، ص 428.

(4) عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية...، مرجع سابق، ص 14.

(5) كانت سلطة اتخاذ القرارات، تؤول في الأصل إلى السلطة التنفيذية، حل محله مجلس المنافسة، وهو ما أكدته المادة 02 من القانون رقم 10-05 .

(6) كسال سامية، مدى شرعية السلطات الإدارية المستقلة، مداخلة أقيمت في ملتقى وطني، حول السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر، جامعة قلمة، يومي 13-14 نوفمبر 2012.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

يسمى بالقرار التنفيذي، الذي يؤثر على المراكز القانونية⁽¹⁾، وبهذا المفهوم فهي ليست السلطة بمعناها التقليدي والتي تحتكرها فقط السلطات الثلاث المتمثلة في السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، والسلطة القضائية.

إن إضفاء مصطلح سلطة على مجلس المنافسة يفرض على المشرع منحه الصلاحيات القانونية الكاملة لتنفيذ مهامه المتمثلة أصلا في منع كل الممارسات التي من شأنها المساس بالسير الحسن للسوق، من خلال سلطة اتخاذ القرارات، وهي المهمة التي كانت من اختصاص السلطات الوزارية⁽²⁾، وقمع الممارسات المنافية للمنافسة والحد منها، والتي كانت تؤول في السابق للقضاء الجزائي، من هنا تظهر حلول مجلس المنافسة محل السلطة التنفيذية في مسألة معالجة الممارسات المنافية للمنافسة، فيمارس السلطة العامة والمتمثلة في ضمان احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة على الأعوان الاقتصاديين، وحماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي، فهو اختصاص أخذ من السلطة التنفيذية لاسيما الوزير المكلف بالتجارة لنقله إلى هيئة إدارية مستقلة⁽³⁾، وحلوله محل السلطة القضائية في مهمة قمعها⁽⁴⁾، لكن تطبيق السلطة العقابية لم يكن على إطلاقه، بل تم تقييده بشروط، هذه الشروط تعتبر فاصلا من جهة ونقطة اشتراك من جهة أخرى، فهي تفصل بين ما هو إداري وما هو جنائي⁽⁵⁾.

وبالتالي يتضح أن مجلس المنافسة يعتبر سلطة إدارية مستقلة من جهة، وله اختصاصات شبه قضائية في ميدان المنافسة من جهة أخرى، مما يصعب مهمة تحديد طبيعة القرارات المتعلقة بتسوية النزاعات المنافسة أمر صعب خاصة في ظل عدم وضوح الرؤية القانونية في هذا المجال،

(1) خرشي إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2015، ص 93.

(2) ZOUAÏMIA Rachid, «Les autorités administratives indépendants et la régulation économique», Revue IDARA, N° 28, 2004, p31.

(3) مختور دليلية، «حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص 537.

(4) عمورة عيسى، «الطابع الإداري للاختصاص القمعي لمجلس المنافسة»، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 06 العدد 01، السنة 2020، جامعة ابن خلدون، تيارت، المجلد 06 العدد 01، ص 131. وأنظر كذلك: كتو محمد شريف، «حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة»، مرجع سابق، ص 69.

(5) منصور داود، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي...، مرجع سابق، ص 22.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

حيث إن القرارات الفاصلة في موضوع النزاع هي قرارات انفرادية صادرة عن سلطة إدارية تتمتع بامتيازات السلطة العامة، لكنها في نفس الوقت تتمتع بخصائص القرارات القضائية⁽¹⁾.

ثانيا: مدى استقلالية مجلس المنافسة

يقصد بالاستقلالية عدم الخضوع لأية رقابة سلمية كانت أم وصائية، سواء كانت السلطة تتمتع بالشخصية المعنوية أم لا⁽²⁾، وأن القرارات الصادرة عنها لا يمكن أن تكون محلا لأي إلغاء أو تعديل أو سحب من أي سلطة تعلوها⁽³⁾، مما يسمح لها بالقيام بمهامها بحرية اتخاذ القرار وتوقيع الجزاءات، دون أي تبعية لأية جهة كانت، سواء عن السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية لكنها تخضع للرقابة القضائية⁽⁴⁾، وطابع الاستقلالية هو الذي يميزها عن السلطات العادية أو التقليدية⁽⁵⁾.

تقاس نسبة استقلالية مجلس المنافسة على مستويين متميزين أولهما على مستوى العضوي والأخر على المستوى الوظيفي⁽⁶⁾، وتم النص على استقلاليته بموجب قانون المنافسة في نص المادة 23 منه والتي سبق لنا وأن تطرقنا إليها، وبالرجوع إلى القوانين المنشئة لهذه الهيئات، نلمس في بعض النصوص ما يبين تجسيد الاستقلالية، وفي نصوص أخرى حدود هذه الاستقلالية، سواء أكان ذلك على الصعيد العضوي أو على الصعيد الوظيفي.

(1) لعلايمية فاطمة، عليوش قريوع، مرجع سابق، ص 20.

(2) ZOUAIMIA Rachid, Les autorités administratives indépendantes ..., op.cit, p16.

(3) خمالية سمير، مرجع سابق، ص ص 25-26.

(4) بن ساحة يعقوب، بن الأخضر محمد، «التحول الاقتصادي للدولة الجزائرية: إشكالية مفهومية السلطات الإدارية المستقلة نموذجاً» مجلة أفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 05، العدد السابع عشر، سبتمبر 2019، ص 174.

(5) «Les règles relatives à l'indépendance sont logiquement un volet essentiel du régime juridique des A.A.I. puisque c'est cette indépendance qui leur confère une originalité dans l'appareil d'Etat».- GUÉDON Marie-José, Les autorités administratives indépendantes, Paris : LG DJ, 1991, p. 62

(6) « L'indépendance du Conseil de la concurrence peut être déduite essentiellement sur la base de deux critères : l'un organique, l'autre fonctionnel». voir: ZOUAIMIA Rachid, «Le Conseil de la concurrence et la régulation...», op.cit, p 17.

1 - محدودية الاستقلالية العضوية لمجلس المنافسة

أخضعت تشكيلة مجلس المنافسة من حيث الأعضاء المكونين له إلى العديد من التغييرات، وكان في كل مرة يؤثر ذلك على تحديد الطبيعة القانونية له، وبموجب المادة 10 من قانون 03-03 المعدل بالمادة 24 من القانون 12-08 فإنه يتكون من اثني عشر عضوا ينتمون إلى ثلاث فئات وهي كالآتي:

- **الأولى:** وتضم ستة أعضاء (6) أعضاء يختارون من ضمن الشخصيات والخبراء الحائزين على الأقل شهادة الليسانس أو شهادة جامعية ماثلة وخبرة مهنية، مدة ثمانية (8) سنوات على الأقل في المجال القانوني و/أو الاقتصادي التي لها مؤهلات في مجالات المنافسة والتوزيع والاستهلاك، وفي مجال الملكية الفكرية.

- **الثانية:** أربعة (04) أعضاء يختارون من ضمن المهنيين المؤهلين الممارسين أو الذين مارسوا نشاطات ذات مسؤولية والحائزين شهادة جامعية ولهم خبرة مهنية، مدة خمس (5) سنوات على الأقل في مجال الإنتاج والتوزيع والحرف، والخدمات والمهن الحرة.

- **الثالثة:** عضوان (02) مؤهلان يمثلان جمعيات المستهلكين.

نلاحظ أن هذه التشكيلة جاءت متعددة ومتنوعة ذات صفة جماعية، فهم لا ينتمون إلى قطاع واحد، مما تشكل تزاوج بين عدة قطاعات، فوجود ممثلين من مختلف القطاعات يشكل مظهرا للحياد والاستقلالية، على خلاف الحال إذا كان جميع الأعضاء ينتمون إلى قطاع واحد، فتعدد الأعضاء واختلاف مراكزهم وصفاتهم، من مظاهر تكريس استقلالية المجلس⁽¹⁾.

تختلف تشكيلة مجلس المنافسة الفرنسي، الذي يضمن في تشكيلته مشاركة القضاة من هرم القضاء العادي وهرم القضاء الإداري، بل بأكبر نسبة، حيث تمثل بـ: 08 قضاة من بين 17 عضو⁽²⁾، وتسعة شخصيات يتم اختيار أربعة منهم معروفين بكفاءتهم في الميدان الاقتصادي، أو في ميدان المنافسة والاستهلاك، والخمسة الآخرين يكونوا معروفين في ميدان الأعمال، ومنه يتبين التوازن الذي يضمن استقلالية المجلس⁽³⁾، وبمقارنتها بتشكيلة مجلس المنافسة الجزائري، نلاحظ

(1) والي نادية، مرجع سابق، ص 1217.

(2) لعور بدر، مرجع سابق، ص 318.

(3) PEDAMON Michel, droit commercial, op.cit, p 398.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

غياب فئة القضاة⁽¹⁾، مما ينقص من فعالية دوره، ولا ربما السبب يعود لإزالة شبهة الطبيعة القضائية لمجلس المنافسة، والواقع أن طبيعة الإجراءات التي يقوم بها مجلس المنافسة من ناحية تسبب القرارات وإيراد الحثيات، يقتضي أن تدرج ضمن تشكيلة المجلس فئة القضاة، لأن إدراج هذه الأخيرة في الواقع من شأنه إعطاء صبغة احترافية لقرارات مجلس المنافسة، حيث تشكل مادة هامة للفقهاء بخصوص قانون المنافسة، كما من شأنها أن تكون اجتهادا تستفيد منه المؤسسات والهيئات القضائية وحتى الهيئات الضابطة القطاعية⁽²⁾.

كما أن عضوية مجلس المنافسة متنوعة وذات صفة جماعية، فهم لا ينتمون إلى قطاع واحد، وتمتاز عضويته بالنسبية نظرا لوجود ممثلين عن الإدارة المركزية ضمن أعضائها الاثني عشر⁽³⁾، فجد رئيس الجمهورية يعين أمينا عاما وخمس مقررين كما يعين الوزير المكلف بالتجارة ممثلا دائما له وممثلا مستخلفا، وفي هذا تنص المادة 26 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم على أنه: "يعين الوزير المكلف بالتجارة ممثلا له وممثلا إضافيا لدى المجلس بموجب قرار ويشارك هؤلاء في أشغال المجلس دون أن يكون لهم الحق في التصويت".

وبذلك ومن خلال ما سبق فإن تقييد الاستقلالية من الناحية العضوية يتجسد من خلال تمتع السلطة التنفيذية بسلطة التعيين، وهذا من شأنه عرقلة استقلاليتها، حيث يعين رئيس المجلس ونائبا الرئيس والأعضاء الآخرون بموجب مرسوم رئاسي وتنتهي مهامهم بنفس الأشكال، كما يعين لدى مجلس المنافسة أمين عام ومقرر عام وخمسة (05) مقررين بموجب مرسوم رئاسي، وبما أن سلطة التعيين قد وضعت بين يدي السلطة التنفيذية، فهذا يعني أنه هيئة تابعة لها، وهو ما يثبت تقييد استقلالية مجلس المنافسة.

(1) بعد أن كانت نسبة فئة القضاة تمثل الأغلبية في ظل الأمر 95-06 واعتبر ذلك من أحد ضمانات الاستقلالية التي يتمتع بها المجلس، إذ يوجد 05 قضاة معناه أن أغلب أعضائه يتمتعون بالحياد والاستقلالية، مما يكسب المجلس الاستقلالية أيضا، لكن وفي ظل التعديل في نسبة فئة القضاة لتصبح اثنان (02) في ظل الأمر 03-03 أصبحوا يمثلون أقل نسبة والمحددة بعضوين، ليتم نزعهم وغيابهم من تشكيلة مجلس المنافسة في ظل القانون 08-12.

(2) بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق...، مرجع سابق، ص 304.

(3) تيشوش فاطمة الزهراء، العقون وليد، «محدودية استقلالية مجلس المنافسة»، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي الأغواط، المجلد الخامس، العدد الثاني، سبتمبر 2021، ص 1336.

نخلص للقول أن النص على الطابع الاستقلالي لمجلس المنافسة لا يكفي، إذ لم يدعم بمظاهر الاستقلالية العضوية، إذ نلاحظ أنها مجرد استقلالية شكلية، نظرا لتبعيته الشبه المطلقة للسلطة التنفيذية التي تمارس رقابة صارمة على المجلس نظريا وعمليا، أثرت بشكل واضح على محدودية استقلاليته العضوية، وهو ما يظهر جليا من خلال التبعية في تعيين أعضاء المجلس للسلطة التنفيذية التي تحتكر عملية الاقتراح والتعيين وإنهاء المهام⁽¹⁾.

2- محدودية الاستقلالية الوظيفية لمجلس المنافسة

يتمتع مجلس المنافسة بصلاحيات واسعة في ممارسة مهامه اكتسبها تزامنا مع نقل الاختصاص في ممارسة الدور الضبطي من السلطة التنفيذية إلى سلطات الضبط في القطاع الاقتصادي والمالي، لكن الإشكال الذي يطرح حول درجة تمتع المجلس باستقلاليته في ممارسة وظائفه المتنوعة المعالم التي تعكس وجود الاستقلالية من عدمها، لأن استقلالية سلطات المنافسة تشكل عنصرا أساسيا من أجل التطبيق الفعلي لقواعد المنافسة، وأن استقلالية هذه الهيئات يجب أن تتركز بنصوص قانونية حتى يسمح لها باتخاذ القرارات بعيدا عن كل الضغوطات، مهما كان مصدرها⁽²⁾، فنجد المادة 23 المعدلة بموجب المادة 09 من القانون 08-12 منحت هذه الاستقلالية بشكل صريح إذ تنص على أنه "تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص مجلس المنافسة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلالية المالية".

يؤكد النص القانوني أن مجلس المنافسة منحت له استقلالية قانونية وليس فعلية لأنه عند الحديث عن مسألة استقلاليته تطفو مسألة تبعيته لوزارة التجارة من زاويتين⁽³⁾، الأولى في كون المشرع صرح بنص قانوني أنها تحت غطاء الوزارة، من عبارة "توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة"، أما الثانية فتبعية ميزانية مجلس المنافسة، حيث تفسر أن هناك تبعية للإدارة المركزية. هذا ما يفسر بأن المشرع أراد لهذه الهيئة أن تكون متمتعة بالاستقلالية وغير تابعة لأي سلطة وإنما تكون تحت الوصاية، بمعنى سلطة وصائية عليه وليست سلطة رئاسية، وذلك بحذف

(1) والي نادية، مرجع سابق، ص 1217.

(2) قوسم الغالية، «عن فعالية مجلس المنافسة الجزائري كجهة مختصة في متابعة الممارسات المنافسة للمنافسة»، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، العدد الثاني، جوان 2017، ص 11.

(3) حساين سامية، «عن الاختصاص في ضبط السوق والنشاط التجاري بين مجلس المنافسة ومصالح وزارة التجارة»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 10، العدد 02، سبتمبر 2019، ص 633.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

المشروع عبارة "تنشأ لدى رئاسة الحكومة واستبدالها بعبارة "توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة"⁽¹⁾، وهو ما لا يعتقد صوابه لأن مصطلح الاستقلالية من الناحية القانونية يعني عدم خضوع مجلس المنافسة لا للسلطة الرئاسية ولا للسلطة الوصائية على أساس أنها من أهم سمات السلطات الإدارية المستقلة بأن تكون ذات استقلال تام وكامل⁽²⁾.

أما الثانية تظهر من خلال ميزانية المجلس منافسة، وهذا ما يعزز الصلة بين مجلس ووزارة التجارة حيث تفسر بأن هناك تبعية للإدارة المركزية من خلال إدراج ميزانية المجلس بعنوان ميزانية التجارة ويخضع بالتالي للقواعد العامة للتسيير المطبقة على ميزانية الدولة حسبما نصت عليه المادة 33 من الأمر 03-03، ووفقا للمادة 7 من المرسوم التنفيذي 11-241 الذي يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، التي تنص على أنه "تسجل ميزانية مجلس المنافسة بعنوان ميزانية وزارة التجارة وذلك طبقا للإجراءات التشريعية والتنظيمية المعمول بها...".

يعكس تبعية مجلس المنافسة للوزير المكلف بالتجارة نسبية الاستقلالية التي يتمتع بها وظيفيا إن لم تجزم بأنها محدودة جدا، ويؤكد المشروع إخضاع مجلس المنافسة نهائيا لتبعية وزارة التجارة خضوعا مباشرا وذلك بموجب تعديل المادة 23 من الأمر 03-03 بالقانون 08-12، وما يؤكد هذا الطرح نص المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 15-79 الذي يحدد تنظيم وسير مجلس المنافسة⁽³⁾، كما يظهر ذلك من خلال تدخل السلطة التنفيذية في فرض رقابتها على أعماله، وذلك بإلزامية إعداد تقرير سنوي إلى السلطة التنفيذية حسب نص المادة 27 من الأمر رقم 03-03، مع إلزام نشر محتوى التقرير السنوي في النشرة الرسمية لمجلس المنافسة أو في أي وسيلة إعلامية ملائمة، وبالتالي فإن هذه التقارير هي بمثابة تقييد من حرية ممارسة النشاطات نتيجة الرقابة عليها، والتي أصبحت تشكل مظهرا من مظاهر تقييد استقلالية سلطات مجلس المنافسة⁽⁴⁾.

بالإضافة إلى ذلك تتدخل وزارة التجارة بموجب نصوص قانونية وتتمتع بسلطة قمع الممارسات التي من شأنها المساس بشفافية السوق والتحقيق فيها لإثبات وقوعها قبل توقيع الجزاء

(1) المادة 9 من القانون 08-12 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

(2) مخاتشة آمنة، «مجلس المنافسة ووزارة التجارة...»، مرجع سابق، ص 491.

(3) تنص المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 15-79 الذي يحدد تنظيم وسير مجلس المنافسة، مرجع سابق على أنه "يعد المجلس نظامه الداخلي ويصادق عليه ويرسله إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر النظام في النشرة الرسمية للمنافسة".

(4) صديق سهام، «مظاهر استقلالية السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر»، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، العدد الرابع، ديسمبر 2017، ص 201.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

عليها، فهي تعمل جاهدة في ذلك وجنبا إلى جنب مع مجلس المنافسة بعدما كانت تنفرد بهذا الاختصاص لوحدها تحت إشراف الوزير الذي من أهم مهامه المنصوص عليها في المادة 06 من المرسوم التنفيذي 453-02 المحدد لصلاحيات وزير التجارة⁽¹⁾ بما يأتي: "...ينجز كل تحقيق اقتصادي معمق، وإخطار الهيئات القضائية عند الضرورة"،

يسعى مجلس المنافسة إلى الكشف عن الممارسات المقيدة للمنافسة والحد منها، لهذا فبمجرد استيفاء الإخطار للشروط القانونية، يتولى مجموعة من الأشخاص المؤهلين والمحددin على سبيل الحصر مباشرة التحقيقات، حيث نلاحظ أن هذه الأخيرة تضم موظفين تابعين للسلطة التنفيذية وهم المستخدمين المنتمين للأسلاك الخاصة لدى وزارة التجارة والأعوان المعنيون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية، ويتولى الوزير المكلف بالتجارة تقديم ملاحظاتها المكتوبة، عن كل من التقرير الأولي المتضمن المأخذ المسجلة، والتقرير النهائي، وعلى هذا الأساس تتدخل السلطة التنفيذية في اختصاصات مجلس المنافسة في مجال الضبط مما يكون لها تأثير على عملية الضبط من خلال التحقيقات التي يقوم بها مجلس المنافسة⁽²⁾، مما تؤثر عن القرارات التي تفصل في الموضوع.

يفيد مما سبق طرحه، أن عملية التحقيقات يحدث فيها غياب دور مجلس المنافسة من ناحية أنه لا يملك المقررون من الناحية الفعلية القيام بالتحقيقات، وأنهم في كل الأحوال يعودون للمحققين على مستوى الوزارة والاستعانة بمحاضرتهم، كما أن الكلمة الأخيرة تعود للوزارة سواء عند اتخاذ القرار في التحقيقات والتي يكون معظم محاضرتها محررة من قبل المصالح الداخلية للوزارة، أو في إطار منح التراخيص أو في إطار الرقابة على الممارسات المنافسة للمنافسة من خلال المواد المتشابهة والتي تتقاسمها الهيئتان في قانونين مختلفين⁽³⁾.

إن منح المشرع السلطة القمعية لمجلس المنافسة للفصل في القضايا المتعلقة بالممارسات المنافسة للمنافسة في السوق والتصدي لها، وإن كان يبدو مجديا على الصعيد المؤسسي، ولإعتبارات متعلقة بخصوصية الحماية القانونية للسوق وتفعيل إرساء قواعد المنافسة، إلا أن ذلك

(1) مرسوم تنفيذي رقم 453-02 مؤرخ في 21 ديسمبر 2002، يحدد صلاحيات وزير التجارة، ج ر ج ج، عدد 85 صادر بتاريخ 22 ديسمبر 2002.

(2) مريجة خديجة، بوعجاجة منال، «مساهمة مجلس المنافسة في ضبط الأنشطة الاقتصادية تحقيقا للتنمية: بين التكريس القانوني وتحديات الواقع»، مجلة طلبة للدراسات العلمية الأكاديمية، المركز الجامعي الشهيد سي الحواس، بريكة، الجزائر، العدد الثاني، جوان 2019، ص 222.

(3) حساين سامية، «عن الاختصاص في ضبط السوق...»، مرجع سابق، ص 644.

لا يعد كافيا في حال ما إذا كان هذا التكريس لا يعدو إلا أن يكون تكريسا قانونيا شكليا لنموذج تم تبنيه عالميا⁽¹⁾، متجاهلين الأوضاع القانونية والاقتصادية للدولة، مما أوقع الأمر في فوضى القوانين التي لا تعكس أبدا الطابع الليبرالي⁽²⁾، فإذا كان هذا النموذج قد تمت محاكاته مع التشريعات المقارنة، إلا أن فعاليته تختلف من دولة إلى أخرى، وذلك باختلاف الضمانات القانونية التي تؤهله للقيام بدور حقيقي وفعال في مجال حماية السوق، وفي تقديرنا، فإن من أهم الضمانات القانونية المرتبطة بفعالية مجلس المنافسة، وجود هيئة مستقلة وحيادية بما فيه الكفاية تقوم بمتابعة وقمع بكل صرامة وموضوعية الممارسات المخلة بالمنافسة في السوق.

الفرع الثاني

محدودية تدخل مجلس المنافسة لممارسة الاختصاص التنازعي

منح المشرع لمجلس المنافسة دورا مهما في مجال ضبط السوق، إلا أن صلاحياته تبقى محدودة في ذلك، وغير فعالة، ما يبرز من خلال تداخل الاختصاص بينه وبين جهات أخرى تكمل هذا الدور، إذ ليس له اختصاص حصري بضبط المنافسة في مجال إبرام الصفقات العمومية، بل تتدخل هيئات الأخرى، وبهذا يبرز مشكل الاختصاص بينهما.

ذهب البعض⁽³⁾، إلى أن دور مجلس المنافسة في الواقع العملي يلاقي عدة صعوبات في إبراز تواجده في الحقل الاقتصادي ولا يتحكم في الأوضاع كهيئة متخصصة وضابطة للمنافسة في السوق، بل وحتى أن العديد من المؤسسات الاقتصادية تجهل بأمره نظرا لعدم فعاليته، من خلال محدودية السلطة التنازعية لمجلس المنافسة في ضبط سوق الطلبات العمومية (أولا)، ومحدودية القضايا المعالجة من طرفه بخصوص التصدي للممارسات المنافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية (ثانيا)، وهذا ما أدى إلى عجزه والتحكم في السوق.

أولا: محدودية السلطة التنازعية لمجلس المنافسة

منح المشرع لمجلس المنافسة ممارسة صلاحية الرقابة من خلال أسلوب التحقيق والكشف عن الممارسات المخلة بالمنافسة في سوق الطلبات العمومية، لكن أثبت الواقع العملي العديد من النقائص التي تظهر محدودية فعالية دوره كسلطة تنازعية، بحيث طغت على كل محاولات المشرع

(1) بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق...، مرجع سابق، ص 301.

(2) والي نادية، مرجع سابق، ص 1219.

(3) بلحارث ليندة، «دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة»، مجلة المعارف، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، العدد

21، ديسمبر 2016، ص 248.

لإخراجه إلى صدارة الساحة الاقتصادية والقانونية نظرا لعدم توفر العناصر الأساسية لبناء سوق منظمة ومضبوطة، كونه يشتغل كهيئة بيروقراطية تعمل في ظروف مبهمة بعيدة من أن تكون ضامنة لشفافية النشاطات الاقتصادية⁽¹⁾، وتداخل صلاحياته مع سلطة ضبط الصفقات العمومية⁽¹⁾، ومحدودية السلطة القمعية لمجلس المنافسة بخصوص التصدي للممارسات المنافسة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية⁽²⁾، وهذا ما أدى إلى عجزه والتحكم في السوق.

1- تداخل صلاحيات مجلس المنافسة مع صلاحيات سلطة ضبط الصفقات العمومية

أدى تعدد السلطات الإدارية المستقلة الضابطة للنشاط الاقتصادي إلى وجود تداخل في الاختصاص فيما بينها، ويتضح ذلك جليا في العلاقة بين مجلس المنافسة باعتباره صاحب الاختصاص العام بضبط المنافسة في السوق، وبقية السلطات القطاعية التي تختص بضبط المنافسة في القطاعات المشرفة عليها⁽²⁾.

يشمل تدخل مجلس المنافسة كل القطاعات الاقتصادية، ويتسع إلى مراقبة المنافسة والتصدي لمختلف الممارسات المنافسة للمنافسة، ويطلق على هذا التدخل الشامل بالتأطير الأفقي للأسواق، لكن لم يقتصر المشرع الجزائري ممارسة وظيفة الضبط على مجلس المنافسة بل منح لسلطة الضبط القطاعية التدخل في القطاع الذي تنتمي إليه من بينها سلطة ضبط الصفقات العمومية في قطاع الصفقات، ويطلق على هذا التدخل بالتأطير العمودي للسوق، باعتبارها أنشأت تزامنا مع فتح المرافق العامة للمنافسة⁽³⁾.

أنشأ المشرع سلطة ضبط الصفقات العمومية⁽⁴⁾ تعمل على حماية المنافسة في سوق الطلبات العمومية، ومن أجل تفعيلها، عزز دورها في الجانب الاقتصادي⁽⁵⁾، ولعل المبادرة بإنشائها جاء متوافقا مع التعديل الذي مس الأمر رقم 03-03 بالقانون 08-12 الذي أخضع

(1) BENNADJI Chérif, «Le droit de la concurrence en Algérie», RASJEP n° 03, 2000, p 160.

(2) صديق سهام، «مظاهر التداخل في الاختصاص بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية»، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، العدد الثامن، مارس 2018، ص 156.

(3) بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مرجع سابق، ص 126.

(4) تنص المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق على أنه " تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتمتع باستقلالية التسيير وتشمل مرصدا للطلب العمومية، وهيئة وطنية لتسوية النزاعات".

(5) حملاوي نجاة، مرجع سابق، ص 393.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

الصفقات العمومية لقانون المنافسة، إبتداءً من مرحلة الإعلان عن الصفقة العمومية، إلى غاية المنح النهائي.

وفي هذا الإطار تقوم سلطة ضبط الصفقات بمراقبة مدى احترام المصلحة المتعاقدة لإجراءات إبرام الصفقة العمومية، ومدى مشروعية قرارات منعها للمتعاملين الاقتصاديين من الصفقة⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك، فإن الأحكام المنظمة لمختلف سلطات الضبط القطاعية نجدها تخصص كل واحدة لا يتعدى اختصاصها في السوق الذي تشرف عليه، حيث يوجد في هذا الخصوص تعاون وتبادل للمعلومات بين المجلس ومختلف هيئات القطاعية، وهو ما أكدته المادة 39 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة بنصها "عندما ترفع قضية أمام مجلس المنافسة تتعلق بقطاع نشاط يدخل ضمن اختصاص سلطة ضبط، فإن المجلس يرسل فوراً نسخة من الملف إلى سلطة الضبط المعنية لإبداء الرأي في مدة أقصاها 30 يوماً، يقوم مجلس المنافسة في إطار مهامه بتوطيد علاقات التعاون والتشاور وتبادل المعلومات مع سلطة الضبط".

يستنتج من خلال نص المادة الطابع الإلزامي لتعاون مجلس المنافسة مع سلطات ضبط الصفقات العمومية، وذلك من خلال استعمال عبارة "يرسل فوراً"، لكن المشرع بالرغم من أنه نص على إلزامية الاستشارة إلا أنها لا تلزم مجلس المنافسة بالعمل برأي سلطات الضبط كما أنه لم يحدد القواعد الإجرائية لسير هذه الاستشارة ولا يحيل على التنظيم لتحديدها، أو على طبيعتها وإنما اكتفى بالنص على إلزاميتها، وتحديد أجالها ب 30 يوماً.

وبالعودة إلى نصوص المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فإنها لم تولي اهتمام كبيراً للعلاقة التي يفترض أن تكون بين مجلس المنافسة وسلطة ضبط الصفقات العمومية، كما أنه يرجعنا إلى النصوص القانونية المنظمة لذلك نستخلص أن سلطة ضبط الصفقات العمومية هي سلطة شكلية فارغة من أية فعالية تذكر، وتظهر عدم نجاعتها من خلال عدم تمتعها بسلطة اتخاذ القرار بصفة مستقلة، وغياب سلطة التحقيق، فلا ترقى سلطاتها إلى سلطة التقرير النهائي التي تجعلها فعالة ومتمتعة بصلاحيات حقيقية تؤديها في سبيل تنظيم الصفقات العمومية، بل إنها قد غابت مراقبتها تماماً في هذا المجال، كونها مجرد اختصاصات

(1) المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

هامشية شكلية لا تمت للفعالية الاقتصادية في مجال الصفقات العمومية بأية صلة⁽¹⁾، وكون أن المشرع رسم الإطار القانوني لها، دون تجسيدها واقعيًا.

وبهذا وحتى تكون رقابة سلطة ضبط فعالة لا بد أن تفرض من مرحلة الإعلان إلى غاية منح الصفقة، ومنحها السلطات ما يخول لها القيام بهذا الدور، وإن كان هذا الدور مخول لمجلس المنافسة الذي له اختصاص عام، ولكن يفضل أن يمنح لسلطة الضبط سلطات فعالة مجسدة واقعيًا، حتى تضمن النزاهة والشفافية في إبرام الصفقات العمومية، باعتبارها مجالها التخصيص في قطاع الصفقات العمومية.

وإذا كان التعاون والتكامل والتشاور فيما بينهم من شأنه تدعيم الدور في ضبط الممارسات المناهية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، وفي ظل غياب تجسيد دور سلطة ضبط الصفقات العمومية واقعيًا، فإذا ما تم إخطارها بقضية خاصة بقطاعها ولكن مرتبطة بتطبيق قواعد وأحكام المنافسة، فعلى تلك السلطات التصريح بعدم اختصاصها وترك المجال لمجلس المنافسة من أجل ممارسة اختصاصه⁽²⁾، باعتباره الخبير الاقتصادي في مجالها، والتدخل في اختصاصاتها، يؤدي إلى تداخل في الاختصاص بينها وبين مجلس المنافسة باعتبار أن هذا الأخير له اختصاص أفقي في مراقبة الأسواق والحد من الممارسات المناهية للمنافسة في جميع القطاعات، إلا أنه كرس اختصاص موازي لسلطات الضبط في هذا المجال، وهو الأمر الذي يشكل نوع من المحدودية لممارسة مجلس المنافسة لاختصاصاتها في مجال ضبط الأنشطة الاقتصادية من جهة، ومن جهة أخرى تأثير هذا التداخل في الاختصاص، مما يؤدي بطبيعة الحال إلى التأثير على فعالية دور كلا السلطتين في ضبط الممارسات المناهية للمنافسة⁽³⁾.

وإن كان المشرع الجزائري وجد الحلول في حالة تداخل الاختصاص بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية وما ينجر عنه من نتائج حاول المشرع الجزائري تنظيم العلاقة الوظيفية بينهما من خلال تكريس ضرورة التحقيق في القضايا التابعة لقطاعات نشاط موضوعة تحت رقابة

(1) بن جيلالي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ص 1108-1109.

(2) بلعباس نادية، شلغوم رحيمة، «سلطة مجلس المنافسة في الضبط الاقتصادي للسوق»، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة

محمد الصديق بن يحي جيجل، المجلد 07، العدد 01، جوان 2022، ص 1251.

(3) مريجة خديجة، بوعجاجة منال، مرجع سابق، 223.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

سلطة ضبط بالتنسيق مع المصالح المعنية⁽¹⁾، ومن جهة أخرى أشار إلى ضرورة قيام مجلس المنافسة بتوطيد علاقات التعاون والتشاور وتبادل المعلومات مع سلطات الضبط الأخرى من خلال الإخطار المتبادل لإبداء الرأي⁽²⁾.

وفي هذا السياق لم يحدث أن أثرت على أرض الواقع أي قضية تنازع الاختصاص أو إبداء الرأي إلى حد الآن فما بالك أمام سلطة لم يتم تنصيبها، فالإشكال في الحقيقة لا يطرح في الواقع ومنه فلم يحدث أن أثرت مسألة تنازع الاختصاص أصلا على أرض الواقع بل أثرت بطريقه عدم اهتمام أي جهة لهذا الأمر.

استنادا لما سبق ذكره، يمكن القول أن المشرع لم يحدد آليات قانونية دقيقة للتعاون بين مجلس المنافسة وسلطات ضبط الصفقات العمومية، واكتفى ببعض العبارات الفضفاضة والتي لا تتماشى مع التخصيص الذي أصبح النشاط الاقتصادي يطلبه، وفي ظل النقائص التي تمس إمكانيات سلطات ضبط الصفقات بما فيها مجلس المنافسة يجب ضرورة التنسيق في المهام وتكامل في العمل وفق برامج مضبوطة، لأن هذا سيؤدي بالإضافة إلى ضبط النشاط الاقتصادي، حماية السوق وجلب المستثمر الأجنبي الذي سينعكس بشكل إيجابي على التنمية الاقتصادية⁽³⁾.

وفي سبيل تكريس نصوص قانونية فعالة توفر حماية للسوق وضبط نشاط الفاعلين الاقتصاديين، يجب تفعيل سلطة ضبط الصفقات العمومية، وسلطة مجلس المنافسة في التعاون والتشاور لضبط الممارسات المنافية للمنافسة، فالإشكالية ليس في وجود النصوص القانونية وإنما في تنفيذها وتطبيقها على أرض الواقع.

2- حدود السلطة القمعية لمجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية

سبق وأن بينا أن صلاحيات مجلس المنافسة التنازعية، وفرض سلطته القمعية، في إطار دوره الأساسي في ترقية وحماية المنافسة باعتباره الهيئة المخولة قانونا لذلك، وإن كان المركز القانوني لمجلس المنافسة من خلال اختصاصه القمعي، يضعه في مركز مساوي للهيئات القضائية، لكن وباعتباره سلطة إدارية، فلا يمكنه أن يتجاوز صلاحياته في حدود العقوبات الإدارية، المنصوص عليها قانونا، وما يؤكد ذلك هو عدم امتداد سلطته القمعية، لتوقيع جزاءات،

(1) المادة 02/50 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(2) المادة 2/39 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(3) كمون حسين، «مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية بين إشكالية تداخل الاختصاص ومحدودية آلية التكامل» مجلة

إليزا للبحوث والدراسات، المركز الجامعي إيليزي، المجلد 7، العدد 1، 2022، ص554.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

سالبة للحرية، بالإضافة إلى عدم إمكانية الحكم بالجزاءات المدنية، كالحكم بالتعويض للمؤسسات المتضررة، أو إبطال الممارسات المنافسة للمنافسة، وذلك لأنها من اختصاص القضاء العادي⁽¹⁾.

أ - عدم اختصاص مجلس المنافسة بتطبيق العقوبات الجزائية

تثار الإشكالية عند إمكانية التلاقي بين العقوبات الجزائية والعقوبات التي يوقعها مجلس المنافسة، فالسلطة القمعية الممنوحة لهذه الهيئات جاءت بظاهرة إزالة التجريم لكن هذه الظاهرة تظهر أحيانا جزئية فتسمح بالتدخل السريع لمجلس المنافسة، وبعدها يتدخل القضاء الجزائي لما يتعلق الأمر بالعقوبات السالبة للحرية التي لا يمكنه أن يوقعها، لذلك لا يمكن أن يحل محل القاضي الجزائي، باعتبار هذا الأخير هو حامي الحريات وحارسها.

لم تعد سلطة القمع الإداري في حد ذاتها تشكل الحد الفاصل بين القاضي الجزائي ومجلس المنافسة، ما دام أن كلاهما يمارس السلطة القمعية، وإنما فكرة العقوبة السالبة للحرية هي التي أصبحت تشكل الحد الفاصل بينهما⁽²⁾.

إن العقوبات السالبة للحرية (الحبس والسجن)، هي من الاختصاص الأصلي للقاضي الجزائي وهذا ما يفصل بين العقوبات التي يتخذها مجلس المنافسة التي تعتبر إدارية والمتمثلة أساسا في الغرامات المالية، والعقوبات التي يتخذها القاضي الجزائي التي تعبر عقوبات جزائية والمتمثلة في السجن والحبس بالإضافة إلى الغرامات المالية، إذن يتبين بصفة واضحة الحدود الفاصلة بين سلطة القاضي الجزائي وسلطة مجلس المنافسة في مجال العقاب.

وهكذا يتبين أن اختصاص مجلس المنافسة، يتمثل في حماية السوق والمنافسة بصفة عامة، وفي هذا الإطار يطبق عقوبات إدارية (غرامات مالية)، على الأعمال المنافسة للمنافسة، أما المسؤولية الجزائية لا تدخل ضمن اختصاصه.

ب - عدم إمكانية تطبيق العقوبات المدنية من قبل مجلس المنافسة

تنص المادة 13 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، على أنه "يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي، يتعلق بإحدى الممارسات الممنوعة بموجب المادتين 6، 7 المذكورين أعلاه". إن المشرع شدد في معاقبة كل الاتفاقات المحظورة والتعسف الناتج عن وضعية الهيمنة حيث أنه لم يكتفي بالنص على العقوبات المقررة لهما، وإنما نص على إبطال كل التزام أو اتفاقية

(1) كتو محمد شريف، الممارسات المنافسة للمنافسة...، ص 352.

(2) DELMAS-MARTY Mireille et TEITGEN- COLLY Catherine, Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal, Economica, Paris, 1992, pp.51-52

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

أو شرط تعاقدى يتعلق بها، لكن يؤول الاختصاص في ذلك للقضاء بالنظر في دعاوى البطلان عن الممارسات المنافسة للمنافسة، أو التعويض عن الأضرار الناتجة عنها.

ففيما يتعلق بتطبيق العقوبات الإدارية المتعلقة بالممارسات المنافسة للمنافسة، فهي تدخل ضمن اختصاص مجلس المنافسة، كما سبق وأن تطرقنا إليه، أما فيما يتعلق بإبطال هذه العقود، فإننا نلاحظ سكوت المشرع الجزائري، وبالرجوع إلى التنظيم القانوني والقضائي الكلاسيكي، نجد أن صلاحية إبطال العقود معروفة، حيث إنها تكون مرتبطة بأطراف العقد أنفسهم، فإذا كان العقد ينتج عنه مسؤولية مدنية، فسلطة إبطال هذا العقد ترجع إلى القاضي المدني، بينما إذا كان أطراف العقد تجار، فسلطة إبطاله ترجع إلى القاضي التجاري، أما إذا كان العقد إداريا يختص القاضي الإداري بدوره في النظر بدعوى إبطال العقود الإدارية والصفقات العمومية المتحصل عليها بسبب التحايل على المشتري العمومي أو ابتزازه⁽¹⁾.

وبهذا ينحصر دور مجلس المنافسة في الكشف عن الطابع المقيد للمنافسة ومعاقبة مرتكبيها، دون أن يكون له سلطة إبطال الشروط المخلة للمنافسة، بحيث خول المشرع هذه السلطة للقضاء⁽²⁾.

ثانيا: محدودية دور مجلس المنافسة في معالجة قضايا الصفقات العمومية

إن إدراج الصفقات العمومية ضمن قانون المنافسة يدفعنا للوقوف في هذه النقطة، من حيث مدى اختصاص مجلس المنافسة في الفصل في الممارسات المخلة بالمنافسة في إبرام الصفقات العمومية، ما يستوجب الاستشهاد بالممارسة العملية لمجلس المنافسة في هذا الإطار، لتحديد موقفه من ذلك.

بالرجوع إلى الإطار الزمني لإنشاء مجلس المنافسة، نجد أنه تم إنشاؤه منذ سنة 1995 إلا أنه لم يكن مفعلا، وتم إعادة تفعيله سنة 2013 حيث استرجع نشاطاته من خلال بعض القضايا المرفوعة أمامه، حيث تم إيداع أمامه شكاوى من طرف بعض القطاعات، من بينها قطاع الصفقات العمومية.

(1) رقراقي محمد زكرياء، الممارسات المنافسة للمنافسة...، مرجع سابق، ص 316.

(2) المادة 13 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

أولى المشرع أهمية قانونية لموضوع خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة ودور مجلس المنافسة للتدخل في هذا المجال، إلا أننا نلاحظ نقائص تحد من فعاليته، ومن أهمها عدم علم المتعاملين الاقتصاديين بصفة عامة باختصاصات مجلس المنافسة وجهلهم للكثير من الصلاحيات المخولة له في هذا الميدان، وعدم قيام مجلس المنافسة بدوره الإعلامي ونشر ثقافة المنافسة في الوسائط القانونية والاقتصادية⁽¹⁾، كما أن أغلب القضايا المرفوعة أمام مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية، يقضي فيها بعدم اختصاصه (1)، ولكن يختلف الأمر بين القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة في الممارسات المنافية للمنافسة المرتكبة من المصلحة المتعاقدة (1)، الممارسات المنافية للمنافسة المرتكبة من طرف المترشحين (2).

1 - عدم اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في إخلال المصلحة المتعاقدة بالمنافسة

أثبت الواقع أن أغلب القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة فيما يتعلق بالصفقات العمومية، يقرر فيها المجلس عدم اختصاصه دون أي تعريض آخر، وفي هذا أشار في إحدى حيثيات قرارته الصادرة بتاريخ 17 أكتوبر 1999 أن مسألة تطبيق الأمر 95-06 لاسيما المادة 02 منه على القرار الذي اتخذته ممثل المصلحة المتعاقدة بعد فتح الأظرفة والمتعلق بمنح الصفقة عمومية، لأحد المتعهدين يعتبر قرارا إداريا لا يخضع لمراقبة اختصاص المجلس، لأن اختصاصه يتحدد بطبيعة النشاطات التي تلاحظ بشأنها الممارسات المرتكبة والتي يجب أن تكون طبقا للمادتين 6 و7 و10 من الأمر المتعلق بالمنافسة، أي أنها تشكل اتفاقات أو استغلال وضعية الهيمنة أو إفراطا في خفض الأسعار، ومن جهة أخرى هذه الممارسات يجب أن تتسم بمناسبة القيام بنشاط الإنتاج، أو التوزيع، أو خدمات بمفهوم المادة 2 من الأمر المتعلق بالمنافسة، واعتبارا أن هذا الأمر ينحصر في نشاطات التي يتدخل من خلالها الأشخاص العموميين في السوق كعارضين أو موزعين منتوجات أو قائمين بخدمات، وفي هذه الحالة أن السلطة العمومية التي تختار شركة

(1) قابة صورية، مجلس المنافسة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2001، ص

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

لتلبية طلب عمومي تتدخل كطالب في سوق إنجاز أشغال البناء، وعليه فإن عملية إسناد صفقة لا تكتسي طابع نشاط الإنتاج أو توزيع أو خدمة بمفهوم المادة 2 من الأمر المتعلق بالمنافسة⁽¹⁾.

تجدر الإشارة كذلك إلى أن مجلس المنافسة في القضية رقم 99 ق 02 خلص إلى عدم قبول الإخطار باعتبار أن تطبيق المادة 2 من الأمر المتعلق بالمنافسة على الأشخاص العامة يتوقف على ممارسة وظيفة اقتصادية، وأن إسناد الصفقة لا يعد نشاط اقتصادي⁽²⁾.

كما أصدر مجلس المنافسة في قرار رقم 2015/03 بتاريخ 2014/06/18 والمتعلق بالإخطار الذي تقدمت به الشركة "Green Révolution Industries" ضد والي ولاية البيض بخصوص عدم مراعاة أحكام الصفقات العمومية، والذي قرر بشأنه المجلس عدم قبوله لعدم تلقي رد من الشركة المذكورة بخصوص طلب تأكيد التمسك بالشكوى⁽³⁾.

كما رفض قبول الإخطار لعدم اختصاص الفصل في القضايا المتعلقة بالصفقات العمومية، وفي هذا الإطار نذكر القرار رقم 2015/16 الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 2014/11/13⁽⁴⁾، المتعلق بالإخطار الذي تقدمت به الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ميد)، ضد المعهد الوطني للأراضي والسقي وصرف المياه إلى مجلس المنافسة، والمتعلق بالصفقات العمومية، فيما يخص إسنادها، ومن ثم فإنها لا تتعلق بالممارسات والأعمال التي تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 6، 7، 10، 11، 12 من الأمر 03-03، وإنما تدخل ضمن النصوص القانونية سارية المفعول المتعلقة بالصفقات العمومية.

(1) قرار رقم 99 ق 03 صادر عن مجلس المنافسة يوم 17 أكتوبر 1999 المتعلق بإسناد صفقة عمومية لإنجاز مقر مديرية البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية بأدرار ("ب.ل" ضد مديرية البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية لولاية أدرار) (غير منشور).

(2) قرار رقم 99-02 صادر عن مجلس المنافسة يوم 17 أكتوبر 1999 المتعلق بالإخطار الخاص بإبرام صفقة لإنجاز مركز التكوين المهني ("ب.ل" ضد مديرية التشغيل والتكوين المهني لولاية أدرار) (غير منشور).

(3) القرار رقم 2015/03 صادر عن مجلس المنافسة في جلسة منعقدة يوم 2014/06/18، قضية رقم 2003/28 بين شركة " Green Révolution Industries" ضد والي ولاية البيض، النشرة الرسمية للمنافسة 2015، رقم 08، ص 18، 19. أنظر على الموقع الإلكتروني: www.conseil-concurrence.dz.

(4) قرار رقم 2015/16 صادر عن مجلس المنافسة في جلسة منعقدة يوم 2014/06/13، قضية رقم 2003/26، بين ش.ذ.م.م. ميد ضد المعهد الوطني للأراضي والسقي وصرف المياه، النشرة الرسمية للمنافسة 2015، رقم 08، ص 46-48. أنظر على الموقع الإلكتروني: www.conseil-concurrence.dz.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

واستنادا على ذلك، نلاحظ أنه إن كان تبرير موقف مجلس المنافسة برفض النظر في قضايا الصفقات العمومية يرجع إلى أن الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة (ملغى) لم يكن يكرس صراحة خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، إلا أنه وبعد صدور القانون 08-12 المعدل لأمر رقم 03-03 والذي كرس صراحة ذلك مزال يقضي بعدم اختصاصه، مستندا في ذلك أن منح الصفقة العمومية لا يندرج ضمن نشاط إنتاج أو خدمات أو توزيع.

وبهذا فإنه وفي إطار عدم احترام المصلحة المتعاقدة لأحكام قانون الصفقات العمومية، لاسيما المادة 5 منه التي تفرض أحكامه مراعاة مبادئ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، والمتمثلة في حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، المساواة في معاملة المرشحين، شفافية الإجراءات، ورغم تواطؤ المصلحة المتعاقدة أثناء جميع مراحل الصفقة العمومية من أجل منحها لشركة معينة، بداية من تحضير دفتر الشروط إلى غاية المنح المؤقت للصفقة العمومية، فإن مجلس المنافسة يقضي بعد اختصاصه.

وفي هذا الشأن قضى مجلس المنافسة في القرار رقم 02-2016 الصادر في 21 ديسمبر 2016 الشركة ذات الشخص الوحيد والمسؤولية المحدودة "أشكيم 23" ضد بلدية باب الوادي - الجزائر العاصمة بعدم اختصاصه، وذلك بالإستناد إلى المادة 2/44 أن تكون الممارسات والإعمال المرفوعة إلى مجلس المنافسة تدخل ضمن اختصاصه، أي أنها تدخل ضمن تطبيق المادة 14 من الأمر السالف الذكر والتي كيفت الممارسات المحظورة والمذكورة في المواد 6، 7، 10، 11، 12 بأنها ممارسات مقيدة للمنافسة، وبهذا فإن الوقائع المشار إليها حتى وإن كانت تتعلق بصفقة عمومية، فهي لا تدخل ضمن اختصاصه، رغم التأكيد أن هناك تواطؤ من طرف المصلحة المتعاقدة في منح الصفقة، إذ أنه أثناء فحص الوثائق المودعة من طرف المؤسسة الشاكية لاسيما الوثيقة المتعلقة بقائمة المؤسسات المعنية بعملية فتح الأظرفة شد انتباه المقرر المكلف بالقضية وجود ثلاث (3) مؤسسات هي "SARL PUB City" "SARL PUB Top" "SARL ODV Plus"، فقام بعملية بحث في البطاقة للسجل التجاري أين استخراج البطاقة

الشخصية لهذه المؤسسات، حيث تبين أنها ملك لنفس الأشخاص⁽¹⁾، ما يثبت وجود تواطؤ في منح الصفقة العمومية ورغم ذلك قضى مجلس المنافسة بعدم اختصاص.

2- محدودية فصل مجلس المنافسة في الممارسات الصادرة عن المرشحين للصفقة

يختص مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية بمتابعة الممارسات المخالفة للمنافسة الصادرة عن مقدمي العروض، دون الممارسات الصادرة عن المشتري العمومي، إذ أن مجلس المنافسة لا يضطلع برقابة شرعية للقرارات الإدارية ضف إلى ذلك أن مادة الصفقات العمومية تدخل في صميم اختصاص القاضي الإداري، كما تخضع لنظام خاص في إطار الصفقات العمومية، الذي يفرض على المصالح المتعاقدة تفعيل مبدأ المنافسة عند طلب العروض⁽²⁾.

خلال ممارسة مجلس المنافسة لاختصاصه القمعي المخول له قانونا، في إطار ردع الممارسات المقيدة للمنافسة، يقوم أعوان المجلس بجملته من التحقيقات والتحريات بهدف التقصي عن مدى وجود ممارسات مناهضة للمنافسة، وفي حالة ما إذا أثبتت التحقيقات للمجلس أن هناك مخالفات لأحكام قانون المنافسة، يصدر مجموعة من القرارات التي تتضمن صنفين من العقوبات، منها الأصلية المتمثلة فرض غرامات مالية، وأخرى تكميلية تتمثل في نشر قراراته.

وفي هذا تجدر الإشارة إلى القضية رقم 2016/02 والتي فصل فيها مجلس المنافسة بخصوص وجود ممارسات منافية للمنافسة بين المتنافسين المتقدمين بالعروض في مجال الصفقات العمومية، وعلى أساسها تم كشف الممارسات المنافية للمنافسة الصادرة عن كل من:

"SARL ODV Plus" "SARL PUB Top" "SARL PUB City"

بناء عليها تم التحريك الذاتي للقضية من طرف مجلس المنافسة، ومتابعة المترشحين في الصفقة عن الممارسات المخلة بالمنافسة، والتحقيق في القضية، للتأكد من صحة المؤشرات التي اكتشفت من قبل المقرر، الذي أسند إليه الإخطار رقم: 2016/02 المتعلق بالشكوى المودعة من طرف مؤسسة "أشكيم 23".

(1) للفصيل في القضية أنظر: قرار رقم 02-2016 الصادر في 21 ديسمبر 2016 الشركة ذات الشخص الوحيد والمسؤولية المحدودة "أشكيم 23" ضد بلدية باب الوادي -الجزائر العاصمة" النشرة الرسمية رقم 12 لسنة 2016، ص 38، 39، 40. أنظر على الموقع الإلكتروني: www.conseil-concurrence.dz.

(2) ديب محمد، «الاختصاص بقضايا المنافسة...»، مرجع سابق، ص 178.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

عملا بأحكام الفقرة الأولى من المادة 44 من الأمر المتعلق بالمنافسة أصدر مجلس المنافسة بتاريخ 8 جانفي 2017 قرارا يتضمن إخطارا تلقائيا ضد المؤسسات السالفة الذكر سجل تحت رقم: 2017/01، وجاءت هذه المبادرة بعد اكتشاف بعض مؤشرات التواطؤ بين المؤسسات المعنية خلال مشاركتها في المزيدة رقم 294 المؤرخة في: 2016/04/14 المعلن عنها من طرف بلدية باب الواد.

وبعد القيام بالتحقيق في القضية، والتداول في جلسة يوم: 2016/12/22 خلص مجلس المنافسة إلى أنه:

- من ناحية، لا تقع هذه الشكوى القائمة على عدم الامتثال لأحكام قانون الصفقات العمومية ضمن اختصاص مجلس المنافسة.

من ناحية أخرى، وبالنظر إلى المؤشرات التي كشفت عنها دراسة هذا الملف، قرر مجلس المنافسة أن يقوم بالإخطار ذاتيا لمواصلة التحقيق من أجل تحديد إمكانية وجود تواطؤ بين العارضين في هذه الصفقة ضد بلدية باب الواد، فبعد الانتهاء من التحقيق تم اكتشاف مؤشرات أخرى، تمثلت في:

- مقر المؤسسات الثلاث متواجد بنفس البناية، وجود تسيير مشترك بين المؤسسات الثلاث، وجود مكتب استقبال موحد للمؤسسات المعنية، سهولة التواصل بين مستخدمي المؤسسات المعنية، وجود تشابه في كيفية تحرير الرسائل الجوابية للمؤسسات المعنية، ملكية مشتركة لرأس المال المؤسسات المعنية، التعامل مع نفس المحاسب المعتمد ونفس الموثقين، صياغة العروض بشكل تواطؤي

- تأكد وجود المؤشرات السابقة، دفعت المقرر إلى قطع الشك باليقين بوجود تواطؤ بين المؤسسات المعنية في إعداد عروضها الخاصة بالمزيدة المعنية، وعليه، أكد مجلس المنافسة أن الفعل الذي قامت به المؤسسات المعنية يمثل شكلا من أشكال الممارسات المحظورة بنص المادة 6 من قانون المنافسة، باعتبار أن الفعل الصادر عن المؤسسات المعنية يمكن وصفه على أنه اتفاق لاقتسام الصفقات بينها، وأن صياغة عروض المؤسسات المعنية بشكل يجعل عرض إحداها أفضل لن يأتي إلا إذا وقع بينها اتفاق وتبادل للمعلومات أثناء مرحلة إعداد العروض وهذا ما وقع بالفعل بالنظر إلى المؤشرات التي تم ذكرها سابقا، وعلى هذا الأساس فإن المؤسسات المعنية بتصرفها هذا، تكون قد قامت بفعل محظور بنص المادة 6 وهو اتفاق ضمني يهدف إلى العرقلة

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

والحد من المنافسة بقصد جعل عرض مؤسسة "PUB City" أفضل العروض يرجح فوزها بالصفقة، وهذا ما وقع بالفعل⁽¹⁾.

وبناء على ذلك قضى مجلس المنافسة بتسليط غرامات مالية على كل من شركات "SARL "PUB City" "SARL ODV Plus "SARL PUB Top" المرشحين لنيل الصفقة العمومية المعلن عليها من طرف بلدية باب الواد بعد أن أثبتت التحقيقات التي قام بها أعوان المجلس بوجود مؤشرات للتواطؤ بين الشركات الثلاث.

وإن كانت هذه القضية تعد خطوة مهمة في اختصاص مجلس المنافسة للتصدي للممارسات المناهية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، إلا أن اختصاصه يبقى محدود في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن المتعاملين الاقتصاديين العارضين دون تلك التي تكون المصلحة المتعاقدة طرفا فيها، بحيث تبقى هذه الأخيرة خاضعة لرقابة القاضي الإداري، المدعو إلى تطبيق أحكام قانون المنافسة⁽²⁾.

وفي هذا السياق واستنادا لما سبق فإن مجلس المنافسة لا يملك سلطة إلغاء قرار منح الصفقة العمومية لصالح مرتكبي هذه الممارسات، أين يبقى هذا الاختصاص حصرا للقاضي الإداري من خلال رفع دعوى الإلغاء من طرف المتضررين كما لا يحق له أيضا من جهة أخرى إصدار قرار يقضي باستبعاد عرض المرشح المرتكب لإحدى الممارسات المقيدة للمنافسة، لكون إصدار هذا النوع من القرارات يعد من الاختصاصات الحصرية المخولة للمصلحة المتعاقدة، بحيث مكن المشرع الجزائري هذه الأخيرة من رفض العرض المقبول مؤقتا إذا أثبتت أن بعض

(1) للتفصيل في ذلك أنظر:

- قرار مجلس المنافسة، رقم 2018/06 صادر بتاريخ 19 جويلية 2018 الإخطار الذاتي رقم، 2017/01 مجلس المنافسة ضد شركة "PUB Top" و "ODV Plus" و "PUB City"، ص 1-18. على الموقع الإلكتروني: www.conseil-concurrence.dz.

انظر كذلك: تقرير تمهيدي يتعلق بالأخطار الذاتي رقم 2017/01 الخاص بقضية المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة "أشكيم 23" ضد بلدية باب الواد. التقرير السنوي لنشاطات مجلس المنافسة لسنة 2017 (باللغتين العربية والفرنسية)، مجلس المنافسة، النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 15، ص 1-18. www.conseil-concurrence.dz.

(2) AREZKI Nabila, «Le juge administratif face au droit de la concurrence», Revue académique de la recherche juridique, Université Abderrahmane mira, Bejaia, volume 8, numéro 2, 2017, p 292

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

ممارسات المرشح المعني تشكل تعسفا في وضعية الهيمنة على السوق، أو من أن تسبب اختلال في المنافسة.

وضمن تجسيد العقوبات الإدارية في مجال الممارسات المنافية للمنافسة المرتكبة من طرف المرشحين لنيل الصفقة العمومية تبقى غير فعالة، وإن كانت تدل على شيء فهي تدل على محدودية دور مجلس المنافسة في ردع هذه الممارسات المرتكبة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية⁽¹⁾، كما يظهر قلة القضايا التي فصل فيها مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية، بالموازاة مع القضايا العديدة للفساد، والتي كانت محل تواطؤ من أطراف الصفقة، وإن كان الأغلب يفصل مجلس المنافسة بعدم الاختصاص بالفصل في مثل هذه القضايا، نظرا لطابع الإداري لهذه العقود.

المطلب الثاني

محدودية دور مجلس المنافسة من خلال خضوع أعماله للرقابة القضائية

يعتبر مجلس المنافسة جهاز للضبط العام هدفه حماية المصلحة العامة ضد التجاوزات التي تحدث في السوق، وهذا من خلال حظر الممارسات المقيدة للمنافسة، وكذا مراقبة عملية التجميع للمؤسسات الاقتصادية، من خلال الضمان الجيد للسوق في ظل اقتصاد تنافسي، وانطلاقا من كون مجلس المنافسة يتمتع بعدة صلاحيات، إلا أنها غير طليقة في ممارستها، وبهذا تظهر محدوديته دوره في ضبط الممارسات المنافية للمنافسة في السوق، فقد أضفى المشرع الجزائري على مجلس المنافسة رقابة بعدية فيما يخص القرارات الصادرة عنه، فلا تكون قراراته، محصنة من المراجعة بمختلف أنواعها أو أنها تطبق آليا، إذ أنها لا تتمتع بالحصانة أمام المراجعة القضائية⁽²⁾، وبالتالي مجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية مستقلة، فإن هذه الاستقلالية لا تسري

(1) مزناد حنان، مرجع سابق، ص 74.

(2) أوباية مليكة، "اختصاص منح الاعتماد لدى السلطات الإدارية المستقلة"، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني الأول حول "سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي"، المنظم يومي 23-24 ماي 2007، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص 208.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

في مواجهة القاضي، فعلى غرار السلطات الإدارية التقليدية، تكون أعمال المجلس خاضعة لرقابة المشروعية⁽¹⁾.

تعتبر الرقابة القضائية من أنجع آليات الرقابة المسلطة على أعمال مجلس المنافسة، وذلك من خلال تدخلها على مستويات مختلفة بصيغ متعددة من أجل حماية السوق والمنافسة إلى جانب حماية حقوق ومصالح المؤسسات المتواجدة في السوق، وإن كان هناك علاقة تكامل بين مجلس المنافسة والهيئات القضائية المراقبة، إلا أن الأمر صعبا في حالة الطعن في قرارات مجلس المنافسة، لذلك تبرز الرقابة القضائية⁽²⁾، كآلية لتقويم كل ما يصدر عنه، من خلال مراقبة مدى تطبيق مجلس المنافسة لقانون المنافسة، من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذه الرقابة من شأنها المساس باستقلالية التي يتمتع بها مجلس المنافسة، والتي تمكنها من تحقيق أهدافها، هذه الرقابة من شأنها تقويم أعمال مجلس المنافسة في مدى التصدي للممارسات المناهية للمنافسة، والتي من شأنها ضمان عدم تعسف مجلس المنافسة باستعمال سلطته القمعية، باعتبار السلطة توقف السلطة⁽³⁾، درءا لأي تجاوز والذي قد يضر بالمصالح والحقوق الخاصة بالأفراد، كما قد يضر بالمصلحة العامة للدولة ككل، وحتى تكون سيادة القانون فوق كل اعتبار، فلا يكفي إخضاع تطبيق قانون المنافسة من طرف مجلس المنافسة بل لابد من وجود رقابة قضائية على أعماله كضرورة الحفاظ على مبدأ المشروعية، وضمن تأكيده⁽⁴⁾.

رتب المشرع الجزائري ضمن النصوص المتعلقة بقانون المنافسة إمكانية الطعن في القرارات الصادرة من مجلس المنافسة وتقويمها، وهذا ما يستلزم دراسة رقابة القضاء على أعمال مجلس

(1) لمين كريم، الدور التكاملية بين مجلس المنافسة والقضاء في ضبط الممارسات المناهية للمنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 18.

(2) لقد أثير خضوع الهيئات الإدارية المستقلة للرقابة القضائية أول مرة في فرنسا حيث أقر مجلس الدولة الفرنسي رقابة القاضي الإداري على أعمال وسيط الجمهورية وكان مبرر هذه الرقابة هو عدم تعسف الهيئات الإدارية في قراراتها.

(3) فارة سماح، «الرقابة القضائية على أعمال السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر»، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، العدد 20، جوان 2017، ص 274.

(4) DOUVRELEUR Olivier, Droits de la défense et pratique anticoncurrentielles en droit français, Edition, LGDJ, Paris, 2000, p 175.

المنافسة، من خلال الطعن في قرارات مجلس المنافسة المناهية للمنافسة (الفرع الأول)، حدود سلطات القضاء في الرقابة على أعمال مجلس المنافسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

رقابة القضاء على قرارات مجلس المنافسة

لا تعتبر القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة قرارات نهائية حائزة لقوة الشيء المقضي فيه، بل أنها قابلة للطعن أمام القضاء، لأن قراراته قد تكون مخالفة لأحكام القانون فقد يرتكب المجلس خطأ إجرائي أو موضوعي بمناسبة نظره في الخصومة بشكل يعود بالضرر على المؤسسات بشكل خاص وعلى المنافسة في السوق بشكل عام، وبالتالي المساس بالنظام العام الاقتصادي خاصة وينصب دور القضاء على البحث في مشروعية القرار الإداري المتخذ من مجلس المنافسة، لذلك فإن منح وتكريس الطعن وإعادة النظر في قرارات مجلس المنافسة، يسمح بحماية المؤسسة المتضررة من هذه القرارات بشكل مباشر من خلال الفصل في موضوع الطعن باعتباره لخصوصية مجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية مستقلة، يؤدي إلى التساؤل عن الجهة المختصة بالنظر في التصرفات الغير مشروعة الصادرة عن مجلس المنافسة؟.

فصل المشرع بين الطعن في القرارات الخاصة بالتجميعات الاقتصادية (أولاً)، والقرارات الخاصة بالممارسات المناهية للمنافسة (ثانياً)، وهو ما سنفصله.

أولاً: الاختصاص المبدئي للقاضي الإداري بالرقابة على أعمال مجلس المنافسة

يختص القاضي الإداري مبدئياً بمنازعات الإدارة وذلك استناداً إلى المعيار العضوي المكرس في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ليمتد ذلك إلى مجلس المنافسة، باعتباره سلطة إدارية مستقلة ذات طبيعة إدارية، كما يمكن إقامة مسؤولية مجلس عن الأضرار التي تنتج عن قراراته.

1- اختصاص المحكمة الإدارية للاستئناف لمدينة الجزائر في قرارات رفض التجميع

يختص مجلس المنافسة في إطار القيام بمهامه باتخاذ القرارات بشأن عمليات التجميع الاقتصادي، فبعد انتهاء من تقييم مشروع التجميع يقوم خلال الآجال المحددة بثلاثة أشهر⁽¹⁾

(1) المادة 17 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

بإصدار قراره بشأن مصير التجميع المعروض عليه، وهذا بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة والوزير المكلف بالقطاع المعني.

يكون القرار المتخذ من قبل مجلس المنافسة يتضمن الترخيص بالتجميع، إذا رأى المجلس أنه لا تتجر عنها نتائج سلبية وخطيرة تؤثر على المنافسة، أو قرارا الترخيص بالتجميع مع تحفظات⁽¹⁾، أو قرارا رفض الترخيص بالتجميع الاقتصادي، أو قرارا ضمني برفض الترخيص بالتجميع الاقتصادي، في حالة عدم الرد على طلب المؤسسات الراغبة فيه خلال 03 أشهر⁽²⁾، قرار فرض عقوبة ضد المؤسسات المسؤولة عن التجميع الاقتصادي غير المرخص به⁽³⁾.

أكد المشرع على إسناد النظر في الطعون الموجهة ضد قرارات رفض التجميع لمجلس الدولة باعتباره منسجما مع طبيعة عمله، من خلال نص المادة 19 من الأمر رقم 03-03 والتي تنص المادة على أنه **«...يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة»**

إذ من خلال لنص المادة يتبين لنا أن المشرع الجزائري حصر مجال الطعن في قرارات رفض التجميع دون باقي القرارات الأخرى مستبعدا قرارات الترخيص أو الترخيص المصحوب بتنفيذ تعهدات أو أوامر مجلس المنافسة من نطاق الطعن على اعتبار أن إمكانيات الطعن أو الإلغاء تخص فقط قرارات رفض الترخيص⁽⁴⁾، وإن كان مجلس الدولة الفرنسي ينظر في كافة الطعون المتعلقة بقرارات التجميع الاقتصادي سواء برفض طلب الترخيص الاقتصادي أو بالترخيص مع فرض الالتزامات على عاتق صاحبه، أو قرارا فرض غرامة مالية عن التجميع الاقتصادي غير المرخص به⁽⁵⁾.

استنادا إلى الأحكام القانونية التي تحدد اختصاصات القضاء الإداري، لاسيما تلك التي تحدد اختصاصات مجلس الدولة، أن مجلس المنافسة وباعتباره سلطة إدارية مستقلة موضوعا لدى الوزير المكلف بالتجارة، فإن جميع المنازعات التي يكون طرفا فيها، يرجع النظر فيها إلى القضاء الإداري، بالتحديد إلى مجلس الدولة، ويستمد هذه الصلاحيات ضمنا من نص المادة 09 من

(1) المادة 19 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(2) المادة 17 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(3) المادة 61 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(4) بن حملة سامي، الرقابة على التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، مرجع سابق، ص 365.

(5) براشمي مفتاح، «الطعون في قرارات مجلس المنافسة والإشكالات الناجمة عنها»، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة

غليزان، المجلد 07، العدد 01، 2018، ص 60.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

القانون العضوي 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله⁽¹⁾، التي وضحت اختصاصات مجلس الدولة المكلف بالبث ابتدائيا ونهائيا في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقديرا المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية⁽²⁾.

لم ينص المشرع في المادة 9 من القانون العضوي 98-01 صراحة على فئة السلطات الإدارية المستقلة، لكن يمكن استنتاج احتوائها في إحدى الهيئات المذكورة أعلاه ومنطقيا لا يمكن أن تكون السلطات الإدارية المركزية لأن الاستقلالية الممنوحة للسلطات الإدارية المستقلة في مواجهة السلطة التنفيذية بالدرجة الأولى، وبالتالي استبعاد الانتماء إليها، كما أنه لا يمكن اعتبارها منظمات مهنية وطنية كونها لا تتعلق بتنظيمات مهنية، ليبقى أمامنا مفهوم الهيئات العمومية الوطنية والذي يمكن اعتباره شاملا لفئة السلطات الإدارية المستقلة، وهو الموقف الذي تبناه أغلب الفقه الجزائري⁽³⁾، فهو سلطة أو هيئة ذو طابع وطني عمومي وكل هذه المؤشرات تدعونا إلى إدراج مجلس المنافسة ضمن الفئات التي يتم الطعن في قراراتها أمام مجلس الدولة⁽⁴⁾.

إلا أنه وعلى إثر التعديلات التي مست القانون 08-09 ق.إ.م.⁽⁵⁾، والقانون العضوي 98-01، تم سحب الاختصاص من مجلس الدولة في مراقبة مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية، والهيئات العمومية الوطنية، والمنظمات المهنية الوطنية إلى المحكمة

(1) المادة 1/9 من قانون عضوي رقم 98-01 مؤرخ في 30 ماي 1998، متعلق باختصاصات مجلس الدولة، وتنظيمه وعمله، ج ر ج ج عدد 37، صادر بتاريخ 30 ماي 1998، معدل ومتمم بموجب:

* قانون عضوي رقم 11-13 مؤرخ في 26 جويلية 2011، ج ر ج ج ج، عدد 43 صادر في 3 أوت 2011.

* قانون عضوي رقم 18-02 مؤرخ في 4 مارس 2018، ج ر ج ج ج، عدد 15 صادر في 7 مارس 2018.

* القانون العضوي رقم 22-11 مؤرخ في 9 يونيو 2022، ج ر ج ج ج عدد 41 صادر بتاريخ 16 يونيو 2022.

(2) تنص المادة 09 القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وعمله بأنه "يفصل مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا في الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية، الهيئات العمومية الوطنية، والمنظمات المهنية الوطنية".

(3) ZOUAIMIA Rachid, Les autorités administratives indépendantes..., op.cit, pp.165-170

(4) ZOUAIMIA Rachid, «Le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit Algérien», Revue Idara, N°29, 2005, P17.

(5) قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج ج، عدد 21، صادر بتاريخ 23 أفريل 2008، معدل ومتمم بموجب:

* قانون 22-13 مؤرخ في 12 يوليو 2022، ج ر ج ج ج عدد 48 صادر بتاريخ 17 يوليو 2022.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

الإدارية، وفي هذا تنص المادة 800 من القانون رقم 08-09 المعدلة ومتممة بموجب المادة 4 من القانون رقم 22-13 من ق.إ.م.إ على أنه "...تختص المحاكم الإدارية بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أو الهيئات العمومية الوطنية أو المنظمات المهنية الوطنية طرفاً فيها".

كما تنص المادة 900 مكرر فقرة 3 من القانون 22-13 على أنه "وتختص المحكمة الإدارية للاستئناف للجزائر بالفصل كدرجة أولى في دعاوى الإلغاء، وتفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية"

بالرجوع للمادة 10 من القانون العضوي 22-11 والتي تنص على أنه "يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية للاستئناف لمدينة الجزائر في دعاوى إلغاء وتفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية".

من خلال تحليلنا لهذه النصوص القانونية، فإن النزاعات المتعلقة بقرارات مجلس المنافسة بخصوص عمليات التجميع، تم تحويل الاختصاص فيها من مجلس الدولة، لفائدة المحكمة الإدارية للاستئناف لمدينة الجزائر التي تنظر في مثل هذه القضايا كدرجة أولى وتكون قراراتها قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة، وهو ما ورد في أحكام المادة 900 مكرر الفقرة 3 من ق.إ.م.إ إثر تعديله بموجب القانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022. لذا تكون قرارات مجلس المنافسة في مجال عمليات تجميع المؤسسات من اختصاص المحكمة الإدارية للاستئناف لمدينة الجزائر.

وبهذا منح المشرع خصوصية للاختصاص المحكمة الإدارية للاستئناف لمدينة الجزائر بالنظر ابتداءً في النزاعات المتعلقة بالسلطات المركزية والمنظمات المهنية، والهيئات العمومية الوطنية، وهذا التعديل والمراجعة في الاختصاص النوعي لمجلس الدولة أعاد دوره كجهة تقويم، وكجهة رقابية لمدى مطابقة القانون، وهذا ما كرس مبدأ التقاضي على درجتين.

إلا أنه بالرجوع لنص المادة 11 من القانون 22-11 والتي تنص على أنه "يختص مجلس الدولة بالفصل في قضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة".

من خلال نص المادة نستخلص أن مجلس الدولة يمكن أن ينظر في قرارات التجميع الصادرة عن مجلس المنافسة، بموجب نصوص خاصة، وما يؤكد هذا هو نص المادة تنص المادة 19 من الأمر رقم 03-03 "...يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة".

إلا أنه لا تطبق قاعدة الخاص يقيد العام في هذا المجال لأن اختصاصات مجلس الدولة يحددها قانون عضوي، وعليه لا يمكن أن تمنح اختصاصات أخرى لمجلس الدولة، إلا بموجب قانون عضوي، وأن النصوص المنشئة للسلطات الإدارية المستقلة هي قوانين عادية، ومن الناحية الدستورية فإن منح الاختصاص لمجلس الدولة لا يكون إلا بموجب قانون عضوي يوازيه، وعلى هذا الأساس تصبح قرارات مجلس المنافسة الخاصة بالتجميع من اختصاص المحكمة الإدارية للاستئناف للجزائر العاصمة، وبهذا يجب على المشرع تعديل نص المادة 19 من الأمر رقم 03-03 بما يتوافق ما هذا التعديل.

كما استبعد المشرع من رقابة مجلس المنافسة القرارات التي يصدرها في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة، والتي منح اختصاص في المنازعات الناشئة عنها للقضاء العادي المتمثل في الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر، وهذا بالرغم من أن القرارات في كلا النوعين هي من طبيعة إدارية لكونها صادرة عن نفس السلطة الإدارية، مما يقتضي خضوعها لرقابة القاضي الإداري الذي هو المحكمة الإدارية طبقا للمادة 900 مكرر المتعلق ق.إ.م.إ وعليه فمن الضروري توحيد الأحكام القانونية الخاصة بالطعن في القرارات الصادرة عنها حتى تتماشى مع طبيعتها الإدارية المحضة⁽¹⁾.

2- مسؤولية مجلس المنافسة عن القرارات الإدارية

قد يترتب عن ممارسة مجلس المنافسة لمهامه المخولة له بموجب قانون المنافسة أضرارا تمس المتعاملين الاقتصاديين في السوق، ما يؤدي إلى مسؤولية مجلس المنافسة عن ذلك، مما يطرح الجهة المختصة بالنظر في مسؤولية مجلس المنافسة، وأساس قيام المسؤولية.

أ - الجهة المختصة:

إن يخضع الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة لرقابة الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة، فإن

(1) لعلايمية فاطمة، عليوش قريوع، مرجع سابق، ص 21.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

النصوص القانونية المنشئة للهيئات الإدارية المستقلة الأخرى تخضع قرارات هذه الأخيرة لرقابة قاضي تجاوز السلطة لاسيما مجلس الدولة⁽¹⁾، مما يستوجب أن يخضع مجلس المنافسة في ذلك للأسس العامة لقيام المسؤولية الإدارية شأنه في ذلك شأن الهيئات الإدارية المستقلة.

وإن كان المشرع الفرنسي منح الاختصاص لمجلس الدولة كأول درجة وآخر درجة في الطعون ضد القرارات الهيئات ذات التشكيلة الجماعية صاحبة الاختصاص على المستوى الوطني، وقد جاء هذا النص شمل كل أنواع الطعون ولم يفصلها مما يسهل تطبيقها كما أنه ضم في محتواه اختصاصه بمنازعات السلطات الإدارية المستقلة باعتبارها تشكيلات جماعية⁽²⁾.

في ظل غياب نصوص قانونية تحدد إقامة دعوى المسؤولية ضد مجلس المنافسة، مما يستوجب الرجوع في ذلك إلى القواعد العامة للمسؤولية الإدارية، لعدم وجود قواعد تضبطها، فسكوت النص القانوني على الطعون المتعلقة بالمسؤولية، بإمكان القاضي الإداري أن يستعيد اختصاصه الكامل لتلقي الطعون المتعلقة بالمسؤولية المرفوعة ضد مجلس المنافسة⁽³⁾، والأمر يرجع إلى تكييف مجلس المنافسة بأنه سلطة إدارية، تصدر قرارات إدارية⁽⁴⁾.

تنص المادة 801 من ق.إ.م.إ على أنه "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

2- ... دعاوى القضاء الكامل...".

فتحديد المشرع الجزائري اختصاص المحكمة الإدارية بدعاوى القضاء الكامل، دون تحديده لصنف معين من الأشخاص الإدارية العامة، يكون قد قصد كل أشخاص القانون العام بما في ذلك سلطات الضبط الإدارية وبالتالي مجلس المنافسة⁽⁵⁾، وبذلك فإن تطبيق القواعد العامة فيما يتعلق بقواعد الاختصاص المتعلقة بدعوى المسؤولية سيؤدي إلى القول باختصاص المحكمة الإدارية، لتستأنف قراراتها أمام المحكمة الإدارية للاستئناف، وفق لنص المادة 900 مكرر من القانون 13-22 المعدل للقانون 08-09 من ق.إ.م.إ.

(1) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص 413.

(2) فارة سماح، «الرقابة القضائية على...»، مرجع سابق، ص 296، 297.

(3) ZOUAIMIA Rachid, Le régime contentieux des autorités administratives..., op.cit, pp35-48.

(4) المادة 23 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(5) مخاضة آمنة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة...، مرجع سابق، ص 438.

ب - أساس قيام مسؤولية مجلس المنافسة عن أعماله

تعرف دعوى التعويض في مجال السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة بأنها الدعوى التي يرفعها المتقاضي المتضرر ضد قرار غير مشروع اتخذته هيئة إدارية مستقلة، أو هي دعوى مسؤولية الهيئات المستقلة ويجب توفر إضافة إلى ركني الضرر والخطأ وجود علاقة سببية بينهما⁽¹⁾.

تقوم مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ، فالخطأ مناط المسؤولية الإدارية التي لا تقوم إلا به، سواء كان مصدر المسؤولية عمل مادي، أو عمل قانوني⁽²⁾، في صورة عدم أداء مهامه أو إهماله فيه، أو كان عن قصد أو عن غير قصد، يرتب ضرر لا يمكن احتمال له للعون الاقتصادي، كفقدانه لميزة اقتصادية جراء الخطأ المرتكب من قبل هذه السلطات، أو فقدانه لبعض زبائنه أو كلهم كالإشهار الذي يقوم به مجلس المنافسة في حق المؤسسات المعاقبة من طرفه، أو نشر تقريره عن مؤسسة مالية يمس بسمعتها، أو حرمانه من إمكانية رفع عدد زبائنه، وهو ما يعرف بتقويت الفرصة على المؤسسات المتنافسة على مستوى السوق، ويقع على هذه المؤسسات المعنية إثبات الضرر الذي أصابها، جراء الخطأ المرتكب من طرف مجلس المنافسة، وذلك بكافة طرق الإثبات المقررة قانوناً⁽³⁾.

والواقع أن مسؤولية الهيئات الإدارية المستقلة على أساس الخطأ لا يحل المشكلة تماماً، فالقاضي الإداري يربط المسؤولية الإدارية بوجود خطأ جسيم، لما يتعلق الأمر ببعض المرافق⁽⁴⁾، إلا أن اشتراط الخطأ الجسيم لإقامة مسؤولية هذه السلطات يجعل من الصعب على المتضررين تحصيل تعويض منها⁽⁵⁾.

وإن البعض ذهب إلى تأسيسها مسؤولية جهاز المنافسة دون خطأ، على أساس المخاطر أو على أساس المساواة أمام الأعباء العامة، وتكون هذه الحالة عند إصدار مجلس المنافسة قوانين

(1) عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية...، مرجع سابق، ص 266.

(2) فارة سماح، «الرقابة القضائية على...»، مرجع سابق، ص 298.

(3) مخانشة أمنة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة، مرجع سابق، ص 438.

(4) عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية...، مرجع سابق، ص 270، 271.

(5) فارة سماح، «الرقابة القضائية على...»، مرجع سابق، ص 299.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

اقتصادية، والتي تهدف إلى حماية الصالح العام الاقتصادي، لكنها في نفس الوقت تلحق أضرار ببعض الأعدان الاقتصاديين الناشطين في السوق⁽¹⁾.

وفي غياب التطبيقات القضائية للقضاء الجزائري، إلا أن المعمول به في القضاء الفرنسي أن مسؤولية السلطات الإدارية المستقلة لا تقوم إلا في حالة الخطأ الجسيم طبقاً لنظام المسؤولية على أساس الخطأ، على اعتبار أن هذه النشاطات لا تترتب عليها مسؤولية الدولة إلا في حالة الخطأ الجسيم المسند لسلطة أو جهاز الرقابة، وهذا كأصل عام⁽²⁾.

ثانياً: الاختصاص الاستثنائي للقضاء العادي بالنظر في قرارات مجلس المنافسة

تنص المادة 1/63 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل بالمادة 31 من القانون رقم 12-08 على أنه "تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية، من قبل الأطراف المعنية أو من الوزير المكلف بالتجارة في أجل لا يتجاوز شهراً واحداً ابتداءً من تاريخ استلام القرار"⁽³⁾.

من خلال نص المادة نجد أن المشرع أسند الاختصاص لمجلس قضاء الجزائر، فيما يتعلق بالمنازعات المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة، وبهذا خرج المشرع الجزائري عن القاعدة العامة في اختصاص القاضي الإداري حسب المعيار العضوي ووضع استثناء جديد لمبدأ الاختصاص القضائي، الذي فلت من اختصاص القاضي الإداري إلى القاضي العادي⁽³⁾.

1- المعيار المعتمد في تحديد اختصاص القضاء العادي في قرارات مجلس المنافسة

تتظر الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر في الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة، وإن كان هذا يعد خرقاً للقاعدة العامة في إسناد الاختصاص حسب المعيار العضوي، ولهذا يطرح التساؤل عن المعيار الذي اعتمده المشرع في توزيع الاختصاص القضائي فهل يمثل خروجاً عن مقتضيات تطبيق المادة 800 أعلاه، أم أنه يتعلق بطبيعة النشاط الخاضع للرقابة.

وعلى أساس هذا الطرح تعرض للنقد، وثار جدل بشأنه، باعتبار هذا مخالف للمبادئ القانونية المتعارف عليها، كمبدأ فصل الهيئات الإدارية والقضائية، إلا أننا من خلال الرجوع إلى موقف المشرع الفرنسي في هذا الشأن نجد أنه أسند الاختصاص للقاضي العادي (محكمة

(1) مخاتشة آمنة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة، مرجع سابق، ص 438.

(2) فارة سماح، «الرقابة القضائية على...»، مرجع سابق، ص 300.

(3) عاشور فاطيمة، «قرارات مجلس المنافسة»، مرجع سابق، ص 76.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

استئناف باريس) بالنظر في منازعات القرارات القمعية لمجلس المنافسة الفرنسي⁽¹⁾، وإن كان المجلس الدستوري الفرنسي برر ذلك بمفهوم حسن سير العدالة، وتوحيد الاختصاص القضائي صلب الجهاز القضائي المعني، شريطة أن يتم بدقة ووضوح⁽²⁾.

وفي هذا حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي بأن خص منازعات بعض السلطات الإدارية المستقلة من بينها مجلس المنافسة لاختصاص القاضي العادي⁽³⁾، وبهذا فهو اقتباس لما جاء في الأحكام القانونية الفرنسية في هذا المجال⁽⁴⁾، والتي لا تتناسب مع أحكام القانون الجزائري، باعتبار مجلس المنافسة لما ينظر في الممارسات التي يقوم بها أطراف الصفقة العمومية باعتبارهم متعاملين اقتصاديين، فالأصل حسب المعيار العضوي يختص بالنظر في القرارات التي تصدر بشأنها القضاء الإداري باعتباره القاضي المختص بالنظر في الصفقات العمومية، والقاضي المختص بالنظر في قرارات مجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية مستقلة.

أصبح القاضي العادي ينظر في قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية، وبالتالي أصبح القاضي العادي المختص بالنزاع الإداري، فطبيعة المنازعة الممنوحة للقاضي العادي تكيف إدارية⁽⁵⁾، وبذلك يصبح القضاء العادي صاحب الولاية في الفصل في الطعن ضد قرار إداري صادر عن سلطة إدارية ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة⁽⁶⁾، وفقا لمعيار حسن سير العدالة⁽⁷⁾.

منح المشرع الاختصاص بالنظر في الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة للغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر وفق المادة 63 من الأمر رقم 03-03 وجاء هذا النص بصفة العموم دون

(1) عيساوي عز الدين، «الطبيعة الخصوصية لاختصاص الغرفة التجارية لدى مجلس قضاء الجزائر في مجال المنافسة»، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2021، ص 579.

(2) محسن صويلح، "قانون المنافسة الإداري: قراءة في اختصاص القاضي الإداري ومجلس المنافسة"، ص 5، تاريخ الاطلاع 2018/02/15 أنظر الموقع الإلكتروني: <https://platform.almanhal.com>.

(3) فارة سماح، «الرقابة القضائية على...»، مرجع سابق، ص 278.

(4) بوعزم عائشة، «منازعات المنافسة أمام الجهات القضائية الإدارية في الجزائر»، مجلة عصور، جامعة أحمد بن بلة وهران، العدد 26، 27، جويلية، ديسمبر 2015، ص 363.

(5) عيساوي عز الدين، «الطبيعة الخصوصية لاختصاص الغرفة التجارية...»، مرجع سابق، ص 579.

(6) DESCHAMPS Marc et POESY René، «Les jeux de procédures en droit Français des pratiques anticoncurrentielles»، RIDE، n°4، 2013، p572.

(7) للتفصيل في الموضوع أنظر: عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية...، مرجع سابق، ص 65 وما بعدها.

تحديد فحوى القرارات القابلة للطعن أمام مجلس قضاء، مما يفهم أن النص يشمل كل قرار صادر عن مجلس المنافسة، سواء أكان يقر مسؤولية أحد الأشخاص ويفرض أو يتضمن عقوبات، أو كان متضمنا رفض الاختصاص.

لكن على الرغم مما قيل في هذه النقطة إلا أن القضاء الإداري يبقى مختص في نظر الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة، لكن مهما يكن تبقى فكرة الاختصاص للقاضي العادي، وذلك نابع من ضرورة مساهمته في عملية الضبط الاقتصادي، نظرا لما له من صلاحيات تؤهله لممارسة الرقابة في ظروف تتميز عن تلك التي يوفرها القضاء الإداري⁽¹⁾.

2- طبيعة الطعن في قرارات مجلس المنافسة

يعتبر اختصاص الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر في مجال منازعة السلطة القمعية لمجلس المنافسة ذات طابع خصوصي، فهذه الخصوصية لا تظهر فقط من خلال نقل الاختصاص من القاضي الإداري إلى القاضي العادي، بل كذلك من خلال طبيعة الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة، وبالرجوع إلى الأحكام المنظمة للطعن ضد قرارات مجلس المنافسة نجد أن المشرع الجزائري قد اكتفى بالنص على إمكانية الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة أمام الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر دون ذكر طبيعة الطعن، ما يجعلنا نتساءل عن طبيعة هذا الطعن؟

يمثل مجلس القضاء في الأصل قاضي استئناف، فهو قاضي الدرجة الثانية في التقاضي، فينظر في الاستئناف ضد الأحكام الصادرة عن محكمة الدرجة الأولى، واستثناء له اختصاص استثنائي كدرجة أولى⁽²⁾، في حالة تنازع الاختصاص بين القضاة، وطلبات رد قضاة المحاكم الدرجة الأولى⁽³⁾، أو حتى بمناسبة النظر في الاستئناف، إذ له سلطة إثارة بعض المسائل التي لم تكن محل نظر في الدرجة الأولى، من أجل الفصل في الموضوع، وعلى هذا الأساس فهل يمكن اعتبار الطعن في قرارات مجلس المنافسة، لدى مجلس القضاء هو قاضي الدرجة الأولى؟.

(1) ناصري نبيل، «تسوية منازعات المنافسة بين سلطات الضبط والهيئات القضائية»، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، المجلد 6، العدد 1، جوان 2021، ص 98.

(2) عيساوي عز الدين، «الطبيعة الخصوصية لاختصاص الغرفة التجارية...»، مرجع سابق، ص 580.

(3) تنص المادة 35 من ق.إ.م.إ. المعدل والمتمم، مرجع سابق على أنه «يختص المجلس القضائي بالفصل في الطلبات المتعلقة بتنازع الاختصاص بين القضاة، إذا كان النزاع متعلقا بجهتين قضائيتين واقعتين في دائرة اختصاصه، وكذلك في طلبات الرد المرفوعة ضد قضاة المحاكم التابعة لدائرة اختصاصه».

بالرجوع إلى النصوص القانونية لمجلس المنافسة وحسب المادة 23 من الأمر 03-03 نجد أن مجلس المنافسة هو سلطة إدارية مستقلة، وبهذه العبارة يزول الشك حول اعتباره هيئة قضائية، ولا يتخذ قرارات قضائية، ولهذا فإن الطعون المرفوع ضد قرارات مجلس المنافسة أمام الغرفة التجارية للمجلس ليس استئنافا كما كان يتصور⁽¹⁾، إذ تستثنى هذه الأخيرة من مكانتها المعتادة ضمن التنظيم القضائي العادي، لأن مجلس المنافسة ليس هيئة قضائية، والاستئناف⁽²⁾، كما هو معلوم، لا يقدم إلا ضد أحكام قضائية سواء صدرت عن المحاكم الابتدائية أو المحاكم الإدارية، فالاستئناف امتداد لمنازعة ابتدأت أمام قاضي الدرجة الأولى، وقاضي الاستئناف كقاضي الدرجة الأولى، ينتميان لنفس النظام القضائي ومبدئيا يطبقان القانون نفسه، وبصيغة أخرى، يجب توفر شرطان من أجل الحديث عن الاستئناف، أن يتعلق الأمر بمنازعة خاصة بالمنافسة ويجب أن تكون المنازعة عادية، وثانيا يجب أن تكون قضائية⁽³⁾، ولهذا مجلس القضاء ليس قاضي الدرجة الثانية، كون مجلس المنافسة ليس قاضي الدرجة الأولى.

حدد المشرع الفرنسي طبيعة الطعن أو القرار المرفوع أمام محكمة الاستئناف بباريس صراحة في ظل القانون التجاري الفرنسي، ذلك بموجب المواد L.464-7 و L.464-8 من التقنين التجاري الفرنسي، الذي جاء صريحا من حيث التعديل أو الإلغاء في الطعن الذي تتعلق بالإجراءات التحفظية ونفس الشيء لباقي القرارات حسب المادتين L.464-7 و L.464-8 ففصل في مسألة منح الجهة المختصة بالطعن سلطة إلغاء قرارات مجلس المنافسة أو تعديلها⁽⁴⁾.

(1) كان الأمر 06-95 يكيّف الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة بالاستئناف حيث تنص المادة 02/25 على أن "تكون مقررات مجلس المنافسة قابلة للطعن بالاستئناف أمام المجلس القضائي لمدينة الجزائر الفاصل في المواد التجارية، وذلك في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ استلام هذه المقررات من الأطراف المعنية أو من طرف الوزير المكلف بالتجارة"⁽²⁾ يعرف الاستئناف أنه "طريق عادي في الطعن من أجل تصحيح وتعديل وإلغاء قرارات أو أحكام قضائية، وضعتها هيئة قضائية كدرجة أولى".

(3) عيساوي عز الدين، «الطبيعة الخصوصية لاختصاص الغرفة التجارية...»، مرجع سابق، ص 583.

(4) L'article L.464 -7 du code de commerce français modifié par l'ordonnance n° 2008 -1161 dispose : « La décision de l'autorité de concurrence prise au titre de l'article L.464 -1 peut faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation par les parties en cause et le commissaire du gouvernement devant la cour d'appel de Paris au maximum dix jours après sa notification. La cour statue dans le mois du recours. » Voir: www.legifrance.gouv.fr . = L'article L.464 -8 du code de commerce français: « Les décisions de l'autorité de la concurrence mentionnées aux articles L.464-8, L.464-1, L.464-2, L.464-5 et L.464-6 et L.464-6-1 sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'économie, qui peuvent dans un délai d'un mois, introduire un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris» Voir: www.legifrance.gouv.fr

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

بما أن المشرع الفرنسي أشار إلى طبيعة الطعن مكيفا إياه بإلغاء وتعديل قرارات مجلس المنافسة، أمام هذا الغموض القانوني الوارد في المادة 63 أعلاه بشأن نوع الطعن الواجب تقديمه إلى الغرفة التجارية للمجلس، فإنه ثمة إشكال يطرح حول ما إذا كان اختصاص قاضي الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر يتحدد في مجرد إلغاء القرارات غير المشروعة المتخذة من مجلس المنافسة، وبالتالي لا يعتبر إلا مجرد خلف للقاضي الإداري، أو أنه يتصرف كقاضي عادي، وبالتالي يتمتع بسلطة كاملة في تعديل أو إلغاء قرارات مجلس المنافسة.

وفي هذا الإطار نرجع إلى القواعد العامة، وبالرجوع إلى نص المادة 332 ق.إ.م.إ. نجد أن الطعون التي ترفع أمام المجالس القضائية تهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة، كما يمكن مقارنتها بالقضاء الإداري لأن ذلك لا يمنع من اللجوء للقواعد العامة التي تحكم الرقابة التي يمارسها، وفق أحكام ق.إ.م.إ. والاستدلال بها، وبذلك تعتبر مثل مجلس الدولة حيث يتم الطعن أمامها ضد قرارات المجلس وليس الاستئناف.

وعلى هذا الأساس، وأمام هذا السكوت القانوني، وانتماء الغرفة التجارية لمجلس القضاء إلى جهة القضاء العادي، فإنها تختص بفحص ورقابة مدى مشروعية القرارات الإدارية المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن مجلس المنافسة منتهجة في ذلك نفس تقنيات القاضي الإداري في دعوى فحص المشروعية، بإلغاء القرار، أو تعديله، بحسب الحالة، ومن هنا يمكن القول، أن مجلس قضاء الجزائر له سلطتين، سلطة إلغاء قرارات مجلس المنافسة ومراجعتها⁽¹⁾.

هذه الازدواجية قسمها المشرع ما بين القضاء الإداري الذي أعطاه دورا أصيلا وجديدا وبين القضاء العادي الذي خول له دورا مهما ومختلفا عن ما كان موجود سابقا، في تأكيد منه بعدم إفراد أي جهة قضائية منهما بالمنازعات التي تنشأ بخصوص سلطات الضبط الاقتصادي، بل تتدخل كل جهة منها حسب المجالات المخصصة لها من قبل المشرع⁽²⁾.

(1) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص 441.

(2) NOGUELLOU Rozen «L'office du juge de la régulation économique», RDP, n° (02), LGDJ Lextenso Paris, 2014, p 329.

الفرع الثاني

سلطات القضاء في الرقابة على أعمال مجلس المنافسة

يملك القاضي العادي خصوصية في مجال المنافسة، من خلال نقله سلطات القاضي الإداري، فله النظر في قرارات مجلس المنافسة، كقاضي إداري فيملك سلطة إلغاء القرار الصادر عن مجلس المنافسة وذلك في حالة تجاوز السلطة وهو ينظر في هذا الطعن من خلال كونه قاضي المشروعية (أولاً)، ويمكن أن يكون الطعن طعن القضاء الكامل أين يقوم القاضي بتعديل واستبدال القرار الغير مشروع وتعديله (ثانياً)، كما له وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة (ثالثاً).

أولاً: إلغاء قرارات مجلس المنافسة

تمارس الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر الرقابة على قرارات مجلس المنافسة للتأكد من مدى قابليتها للإلغاء، من خلال مراقبة مدى مشروعيتها⁽¹⁾، ولأن القرارات التي تصدر عن مجلس المنافسة تتسم بالطابع الإداري وأعمالاً قانونية انفرادية، بصفته سلطة إدارية تتمتع بامتيازات السلطة العامة، فإن القاضي العادي مكلف بفحص مدى مشروعيتها من خلال دراسة القرار من كل الجوانب القانونية⁽²⁾، وبذلك فهو يراقب المشروعية الخارجية والداخلية لهذه القرارات ليتمكن من إصدار قرار بإلغائها⁽³⁾، لاسيما من حيث انعقاد الاختصاص ومدى احترام الإجراءات القانونية الواجب إتباعها لحل النزاع أمامه⁽⁴⁾، لأن هذه الرقابة لا تختلف عن الرقابة الخاصة بتجاوز السلطة، ويستعمل القاضي سلطاته الرقابية مثله مثل القاضي الإداري⁽⁵⁾.

(1) كتو محمد شريف، الممارسات المناهية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 344.

(2) عمورة عيسى، النظام القانوني لمنازعات مجلس المنافسة، مرجع سابق، ص 138.

(3) CHANTAL Marie, LABARDE Boutard, CANIVET Guy, op.cit, p 239.

(4) بوقندورة عبد الحفيظ، الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة"، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول: "قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق"، جامعة 8 ماي، 1945 قالمة، يومي 16 و 17 مارس، 2015، ص 2، ص 7.

(5) بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة...، مرجع سابق، ص 165.

1- الرقابة على المشروعية الخارجية للقرار الإداري

تتضمن هذه الرقابة قيام الهيئة المختصة بالفصل في الطعن بالتأكد من مدى احترام مجلس المنافسة الإجراءات الشكلية بالقرارات الصادرة عنه خاصة فيما يتعلق بتسببها، كما يتم التأكد من مدى احترام المجلس لاختصاصاته المخولة له بموجب قانون المنافسة⁽¹⁾.

وبالتالي فالرقابة على المشروعية الخارجية لا تخرج عن القواعد العامة المقررة بمناسبة رقابة المشروعية الخارجية للقرارات الإدارية، والتي يمكن إدراجها في سياق الرقابة العميقة لركني الاختصاص والشكل والإجراءات، لأنها تخضع في ممارستها لتطبيق النصوص القانونية ولا مجال للتقدير فيها⁽²⁾.

2- الرقابة على المشروعية الداخلية للقرار الإداري

تكون الرقابة الداخلية للقرار الإداري من خلال الدفوع التي يتقدم بها الأطراف، للطعن ضد قرارات مجلس المنافسة، إذ تتأكد الغرفة التجارية لمجلس القضاء من أن مجلس المنافسة، لم يرتكب خطأ في تطبيقه للقواعد الموضوعية المنصوص عليها في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم.

تتأكد هذه الغرفة التجارية لمجلس القضاء الجزائري من مدى صحة التكييف الذي يعطيه مجلس المنافسة للوقائع المعروضة عليه تطبيقاً لأحكام قانون المنافسة، من خلال تحليل اقتصادي يبني عليه هذه القواعد⁽³⁾، كما تتأكد من مدى ملاءمة القرار المتخذ من طرف مجلس المنافسة فيما يخص الآثار الناجمة عن قراره بالنسبة للعقوبة أو للأمر المفروض على المتعاملين الاقتصاديين المعنيين، وأن مجلس المنافسة لم يرتكب خطأ في تقديره، لاسيما فيما يتعلق بمدى تناسب العقوبة مع الوقائع المعروضة عليه⁽⁴⁾.

وعليه إذا ما لاحظ القاضي أن قرار مجلس المنافسة مشوب بعيب إجرائي أو موضوعي، فله إلغاء القرار على أساس العيب القائم أو عيب عدم الاختصاص، أو عيب السبب أو عيب مخالفة

(1) فتحي وردية، «دور القاضي العادي في ضبط السوق»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 10، العدد 01، أبريل 2019، ص 922.

(2) فارة سماح، «الرقابة القضائية على...»، مرجع سابق، ص 287.

(3) ماديو ليلي، "تكريس الرقابة القضائية على سلطات الضبط المستقلة في التشريع الجزائري، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي جامعة بجاية أيام 23-24 ماي 2007، ص 282.

(4) جلال مسعد، مدى تأثر المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص 443.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

القانون أو عيب الشكل أو الانحراف في استعمال السلطة، أو للتقادم أو انعدام النصاب القانوني أو تجاوز القانون بخطأ في التكيف أو بأي عيب آخر⁽¹⁾.

يتمتع قرار مجلس قضاء الجزائر بحجية الشيء المقضي فيه، ومن بين الآثار المترتبة عن إلغاء قرار مجلس المنافسة الامتناع عن تنفيذه، ويعد نطاق سريان الحكم بالإلغاء إبتداءً من تاريخ اتخاذ القرار، وبالنسبة للمستقبل فيحكم على القرار كأن لم يكن⁽²⁾.

وإذا اعتبرنا كما سبق بيانه أن المحكمة الإدارية للاستئناف تنظر في قرارات مجلس المنافسة العائدة لاختصاصها بصفقتها قاضي ابتدائي ونهائي، فإن الطاعن لا يمكن أن يؤسس طعنه على أساس عدم المشروعية القرار الصادر برفض التجميع، ذلك أن طبيعة الاختصاصات العائدة للمحكمة الإدارية للاستئناف بصفته قاضي ابتدائي ونهائي تتعلق بالطعون الخاصة بالإلغاء، وتفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية، وبما أنه لا مجال لتفسير القرار ضمن هذا الشأن على اعتبار أن الأمر يتعلق بعدم منح الترخيص من سلطة مختصة بذلك، بإلغاء القرارات برفض منح الترخيص بالتجميع، أو تقدير مدى شرعية القرار، وبالتبعية، فإن الطلب المتضمن الطعن يهدف حتماً إلى إلغاء هذا القرار من قبل مجلس الدولة في حال توصل هذا الأخير فعلاً إلى عدم مشروعيته⁽³⁾.

ثانياً: تعديل قرارات مجلس المنافسة

لم يكن المشرع الجزائري واضحاً بشأن إمكانية الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر تعديل القرار الصادر عن مجلس المنافسة، عكس المشرع الفرنسي الذي نص صراحة على اختصاص محكمة استئناف باريس بالطعن بالتعديل ضد قرارات مجلس المنافسة، من خلال المادة L464-7 من القانون التجاري الفرنسي.

وعليه عند صدور قرار من طرف مجلس المنافسة يمكن للأطراف المعنية الطعن بتعديله، وذلك عندما يكون هذا القرار قد خالف قاعدة من القواعد الإجرائية أو عند إغفاله التعرض لبعض المسائل أو تقدير الوقائع، وفي هذه الحالة تقوم الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر بتعديلها

(1) بوقندورة عبد الحفيظ، «الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة وحق الطعن»، حوليات جامعة قلمة للعلوم

الاجتماعية والإنسانية، جامعة 8 ماي 1945 قلمة، العدد 14، مارس 2016، ص 404.

(2) عمورة عيسى، النظام القانوني لمنازعات مجلس المنافسة، مرجع سابق، ص 148.

(3) بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مرجع سابق، ص 97، 98.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

وإعادة النظر في الوقائع والإجراءات قصد تكييفها من جديد⁽¹⁾، ومراجعة قرار مجلس المنافسة وتعديله، بإصدار قرار قضائي يعدل قرار مجلس المنافسة⁽²⁾، وقد يشمل التعديل قرار مجلس المنافسة بتطبيق غرامات مالية أو إجراءات مؤقتة وذلك من خلال إلغائه تماما أو تعديله بإجراءات أخرى غير التي أمر بها مجلس المنافسة في قراره المطعون فيه⁽³⁾.

يتمتع القاضي في هذه الحالة بسلطة تقديرية واسعة بالمقارنة مع سلطاته في دعوى الإلغاء وعليه وبما أنه يتمتع باختصاص عام فهذا يعني أنه بإمكانه تعديل العقوبة المفروضة على أحد المتعاملين الاقتصاديين الذين قاموا بمعارضتها، وذلك بعد دراسة القاضي مدى خطورة وجسامة الأفعال المنسوبة على مرتكبيها، إذ يستطيع بنفسه إما أن يفرض عقوبة أشد أو بالعكس عقوبة أخف من العقوبة التي تقرها سلطة المنافسة⁽⁴⁾، إلا أنه فيما يخص تشديد العقوبة فلا يمكن فعل ذلك وفقا لمبدأ لا يضار الطاعن بطعنه.

ثالثا: تأييد القرار مجلس المنافسة

إذا تبين أن الطعن غير مؤسس قانونا، وأن مجلس المنافسة قام بإصدار قراره مسببا بناء على أسس قانونية غير مشوية بأي عيب يجعله قابلا للإلغاء أو التعديل، فإن مجلس قضاء الجزائر يصدر قراره بتأييد القرار المطعون ضده، إذا تبين للغرفة التجارية أن القرار المعروض أمامها قد تم اتخاذه طبقا للشروط الإجرائية والموضوعية، ولا يشوبه أي عيب يجعله محلا للإلغاء أو التعديل فإنها تصدر قرارها بتأييد القرار المطعون فيه⁽⁵⁾، ولا يجوز للقاضي في هذه الحالة الحكم بالجزاء أكثر مما قرره مجلس المنافسة تطبيقا لقاعدة "لا يضار الطاعن بطعنه".

(1) بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة...، مرجع سابق، ص 166.

(2) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص 443.

(3) شيخ نجية، "دور الهيئات القضائية المختلفة في ضبط قواعد السوق"، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني التاسع حول: "أثر التحولات الاقتصادية على تفعيل قواعد قانون المنافسة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي طاهر سعيدة، يومي 17 و18 نوفمبر 2015، ص 12. وكذلك: كحال سلمى، مجلس المنافسة وضبط النشاط الاقتصادي، مرجع سابق، ص 200.

(4) ZOUAÏMIA Rachid, «Remarques critiques sur le contentieux des décisions du conseil de la concurrence en droit Algérien», Revue EL MOUHAMAT, de la région de Tizi-Ouzou, n°02, Décembre 2004, p 44

(5) لعور بدرة، مرجع سابق، ص 467.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

يكون للطاعن الخيار بين تنفيذ قرار مجلس المنافسة أو الطعن بالنقض ضد قرار الغرفة التجارية أمام المحكمة العليا⁽¹⁾، وفق الإجراءات المتبعة في القواعد العامة المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تجدر الإشارة في هذا الصدد صدور العديد من القرارات تؤيد فيها الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر قرارات مجلس المنافسة والتي كانت محل طعن⁽²⁾.

رابعاً: وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة

ينظر القاضي العادي في الدعوى كقاضي إداري، وهذا الطعن هو ذو طابع إداري، وما يؤكد بصفة كبيرة هذا الطابع الإداري هو تكريس وقف التنفيذ⁽³⁾، وهذا يتحدد من خلال تحديد سلطات الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر في النظر في الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة، والتي تمنحها سلطة وقف تنفيذها، وفي هذا تنص المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والتي جاء في نصها "لا يترتب على الطعن لمجلس قضاء الجزائر أي أثر موقف لقرارات مجلس المنافسة، غير أنه يمكن رئيس مجلس قضاء الجزائر في أجل لا يتجاوز خمسة عشر (15) يوماً أن يوقف تنفيذ التدابير المنصوص عليها في المادتين 45 و 46 أعلاه الصادرة عن مجلس المنافسة عندما تقتضي الظروف أو الوقائع الخطيرة".

يستخلص من هذه المادة أن الأصل في قرارات مجلس المنافسة أنها معجلة النفاذ، بمعنى أن الطعن المقدم أمام مجلس قضاء قرارات مجلس المنافسة لا يوقف تنفيذها، واستثناءاً يمكن طلب وقف تنفيذ التدابير المنصوص عليها في المواد 45 و 46 والتي تتعلق بالتدابير المؤقتة، والأوامر الصادرة عن مجلس المنافسة المتعلقة بوضع حد للممارسات المنافية للمنافسة.

(1) بوقندورة عبد الحفيظ، «الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة...»، مرجع سابق، ص 405.

(2) قرار مجلس قضاء الجزائر، الغرفة التجارية، قضية رقم 16/01143 فهرس رقم 16/03383 صادر بتاريخ 1 جوان 2016 قضية: الشركة ذات المسؤولية المحدودة PETROSER ضد شركة "GREIF SPA ALGERIE" ومجلس المنافسة، حول موضوع: ضم القضية رقم 16/2783 للقضية الحاملة لرقم 16/1143 ليصدر بشأنها قرار واحد تحت رقم 16/1143 بتأييد القرار الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 4 نوفمبر 2015 تحت رقم 2015/26 في جميع ما قضى به، ورفض الطلب المقابل للمدعى عليها لعدم تأسيسه، تحميل المدعية في الطعن المصاريف القضائية، مجلس المنافسة، النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 14، ص ص 54-65 أنظر الموقع الإلكتروني: www.conseil-concurrence.dz

(3) عيساوي عز الدين، «الطبيعة الخصوصية لاختصاص الغرفة التجارية...»، مرجع سابق، ص 583.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

يتم طلب وقف تنفيذ القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾، وقرار وقف تنفيذ الصادر عن رئيس مجلس القضاء الجزائري، الفاصل في القضايا الإستعجالية، الخاصة بمنازعات مجلس المنافسة، لا يقيد القاضي الناظر في دعوى الإلغاء، بمعنى أن صدور الأمر بوقف التنفيذ لا يترتب عنه حتماً صدور قرار إلغاء، كما أن رفض طلب وقف تنفيذ لا يعني بالضرورة الحكم برفض دعوى الإلغاء⁽²⁾.

إن وقف تنفيذ القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة ما هو إلا إلغاء مؤقت له، لذلك له أهمية كبيرة، حيث يسمح ببدء الضرر الذي لا يمكن لدعوى الإلغاء إصلاحه خاصة إذا علمنا، أن هذه السلطات التي تضبط قطاعات حساسة تصدر قرارات خطيرة تمس حقوق ومصالح الأعوان الاقتصاديين الخاضعين لرقابتها⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس، وفي إطار مناخ تنافسي متزايد فإنه من المشروع زيادة الرقابة بكل أنواعها من أجل ترقية وتدعيم دور مجلس المنافسة في ضبط السوق، والتي لا يمكن أن تكون مشروعة ومندمجة بشكل كلي في النظام القانوني إلا إذا كانت القرارات المرتبطة بها خاضعة لاحترام مبدأ المشروعية وكذا وجود رقابة قضائية فعلية⁽⁴⁾، فالاهتمام بالرقابة القضائية قد يساهم في تفعيل دور مجلس المنافسة في ضبط الممارسات المناهضة للمنافسة وفق أحكام قانون المنافسة. من خلال ما سبق طرحه نستخلص أن الرقابة القضائية من شأنها أن تبطل كل المخاطر المحتملة التي قد تنتج عن تجاوز احترام قانون المنافسة من طرف مجلس المنافسة، فالرقابة القضائية هي مصدر مشروعية المجلس المنافسة، وهذا ما أثاره المجلس الدستوري الفرنسي الذي لم يعترف للسلطات الإدارية المستقلة بالحق في توقيع عقوبات إدارية، إلا إذا تم تكريس ضمانتي فتح باب الطعون القضائية ضد قراراتها وحق وقف تنفيذها⁽⁵⁾.

(1) المادة 69 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم

(2) بوقندورة عبد الحفيظ، «الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة...»، مرجع سابق، ص 413-414.

(3) فتحي وردية، وقف تنفيذ القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة بجاية، أيام 23 و24 ماي 2007. ص 331.

(4) CHARBEL Aoun, L'indépendance de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), thèse pour le Doctorat en droit, université de Cergy-Pontoise, 2006, p.180.

(5) دفاص عدنان، مرجع سابق، ص 394.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

وبهذا فإن الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، تخلق نزاعا تنافسيا يكون موضوعه محل متابعة إدارية (شبه قضائية)، تتم على مستوى مجلس المنافسة تحت رقابة القضاء، وهي المتابعة التي تبتعد عن المحاكمات المجدولة قضائيا، سواء مدنيا، أو جزائيا، أو إداريا، ولما تحتويه المتابعة أمام مجلس المنافسة من خصوصية ذهب جانب من الفقه إلى وصفها بالمحاكمة غير المسماة «Le procès innomé»⁽¹⁾، وتبعاً لذلك يعد مجلس المنافسة هيئة نزاع اقتصادي يجمع بين الخبرة الاقتصادية، وبين سلطة اتخاذ القرارات التنازعية⁽²⁾.

وإن كان المشرع أعطى له من الدور ما يكرس قيمته القانونية، إلا أنه أمام محدودية دوره من خلال ما لمسناه، وفي حدود ما تم الاستدلال به من قرارات في هذا الشأن، في ضبط سوق الطلبات العمومية، تبقى جهود المشرع الجزائري ومجلس المنافسة دون فعالية تذكر إذا لم تقترن بمتابعة فعالة للممارسات المناهضة للمنافسة من طرف الجهات المخولة قانونا للقيام بذلك خاصة المتابعة القضائية لها، وعليه، يكتسي البحث في موضوع متابعة القاضي للممارسات المقيدة للمنافسة أهمية بالغة إذ يسمح بالوقوف على آليات تدخل القاضي في مجال المنافسة، لاسيما أن اختصاص القاضي بمتابعة هذه الممارسات اختصاص قائم بحد ذاته إلى جانب اختصاص مجلس المنافسة.

(1) مقدم توفيق، «خصوصية النزاع التنافسي في قانون المنافسة»، مجلة الفقه والقانون، العدد العاشر، أوت 2013، ص 98.

(2) لعور بدر، مرجع سابق، ص 316.

الفصل الثاني

اختصاص الهيئات القضائية بالنظر في الإخلال بقواعد المنافسة في الصفقات العمومية

تأطيرا للجو التنافسي الذي يمكن أن تخلقه المصلحة المتعاقدة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، والتي تعد مرحلة جد حساسة وحاسمة على أساسها يتم اختيار المتعامل الاقتصادي، إلا ان غالبا ما تكثر فيها التجاوزات الرامية إلى الإخلال بالمنافسة في منح الصفقة، لذا كان على المشرع الجزائري توفير ضمانات تشريعية لتفعيل مبدأ المنافسة على أرض الواقع، بإيجاد مجموعة من الوسائل والتدابير القانونية التي تكفل احترام قواعد المنافسة بمقتضى نصوص قانونية تضمنها قانون الصفقات العمومية، والقانون المتعلق بالمنافسة، وتجسيدها لهذا الإطار القانوني، أنشأت هيئات مختصة بتطبيقه وضبط الممارسات المخلة بالمنافسة في إبرام الصفقة العمومية، وبالنظر لمحدودية فعالية دور مجلس المنافسة في هذا المجال، استوجب الأمر اللجوء إلى ضمانات قضائية تجسد حماية المنافسة في مجال إبرام الصفقة العمومية، باعتبار القضاء الأداة الأكثر فعالية، وفي هذا تتص المادة 48 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، على أنه "يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة، وفق مفهوم أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به".

منح المشرع للهيئات القضائية، صلاحية تطبيق قانون المنافسة، فتتدخل في متابعة المخالفين الذين أخلوا بقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية، والتي تخضع للأمر رقم 03-03 المذكور أعلاه، فذات القانون يتفاعل مع التنظيم الذي يضبطها في هذا المجال، والمتمثل في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وهو ما يسمح لها بتطبيق القانونين بشكل صارم.

لكن لم يحدد المشرع الجزائري القضاء المختص بالنظر في المنازعات ولا أنواع الدعاوى المرفوعة في إطار الإخلال بقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية وهذا ما دفعنا إلى التساؤل عن الآليات التي اعتمدها لبيسط رقابته وبالتحديد عن مدى مساهمته في الحفاظ على قواعد المنافسة والشفافية في إبرام الصفقة العمومية، ولمعالجة ذلك وفي ظل عدم وجود نصوص قانونية خاصة تنظم اختصاص القضاء في تسوية المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية عامة، تم اللجوء للقواعد العامة التي تحدد قواعد الاختصاص، والتي تتحدد وفق لطبيعة العقد،

وباعتبار الصفقات العمومية عقد إداري، أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام المحددة في المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وطبقا لنص المادة 800 من ق.إ.م.إ يختص القضاء الإداري بالنظر في منازعات الصفقات العمومية باعتباره صاحب الاختصاص الأصلي في هذا المجال وفقا لقواعد إسناد الاختصاص (المبحث الأول)، كما يمكن للقضاء العادي النظر في الممارسات المنافية للمنافسة الصادرة عن المتعاملين الاقتصاديين المرشحين للصفقة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

دور القضاء الإداري في التصدي لإخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة

يعتبر القضاء الإداري من أهم آليات الرقابة على الصفقات خاصة في ظل تزايد حجم التجاوزات في مجال إبرامها، وعجز آليات الرقابة الإدارية على احتوائها والحد منها، باعتباره الأداة الأكثر فعالية نظرا لتمتعه بالاستقلالية، إذ له دورا هاما في تسوية المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية وبالتحديد عن مدى مساهمته في الحفاظ على قواعد المنافسة والشفافية في هذا المجال. أصبح القضاء الإداري يسير على واقع اقتصادي، حيث يعتبر قانون المنافسة أحد محاوره وقد خلس هذا الجانب، إلى أن المنافسة كانت فكرة قديمة في القانون الإداري، ولم يكن القاضي الإداري معاديا للمنافسة⁽¹⁾، لتصبح فكرة مجسدة بموجب قانون المنافسة بإخضاع الصفقات العمومية لأحكامه⁽²⁾، ويتقاسم بذلك القاضي الإداري مع مجلس المنافسة مهمة السهر على تجسيد نصوص قانون المنافسة لضمان السير الحسن للمنافسة الحرة في سوق الطلبات العمومية⁽³⁾، وفصله في جزء من المخالفات المرتكبة من طرف المصلحة المتعاقدة من خلال دور القاضي الإداري في معالجة النزاع من جراء الإخلال بقواعد المنافسة (المطلب الأول)، أو من خلال الدور الوقائي للقاضي الإستعجالي والذي من شأنه تفادي إخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة قبل إبرام الصفقة العمومية، وهو دور جديد يتماشى مع ما جاء في قانون المنافسة (المطلب الثاني)، إذ أن هذه المنازعات تسوى في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها والتي تحكم قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

(1) بن حملة سامي، الرقابة على التركيز الاقتصادي ...، مرجع سابق، ص 360.

(2) تم التفصيل في هذه النقطة في الباب الأول

(3) قرراقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 225.

المطلب الأول

الدور التنافسي للقاضي الإداري في التصدي لإخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة

لم ينص المشرع في المادة 48 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على دور القاضي الإداري في حل منازعات المنافسة، لكن بالرجوع إلى المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، والتي حدد من خلالها مجال تطبيق قانون المنافسة، يختص مجلس المنافسة بتطبيقه، في حالة الإخلال بالمنافسة في السوق، كما منح له المشرع الاختصاص بالنظر في الإخلال بالمنافسة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، الصادرة عن المتعاملين الاقتصاديين والمصلحة المتعاقدة، في حالة ممارستها نشاط اقتصادي، ابتداءً من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي لها، مع استثناء أداء مهام المرفق العام وممارسة امتيازات السلطة العامة.

وفي هذا الصياغ، وضمن الحديث عن خضوع الأشخاص العامة لقانون المنافسة، يتحدد اختصاص القاضي الإداري بحماية المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، وإن كان هذا يثير مشكل الاختصاص بين مجلس المنافسة والقضاء الإداري، إذا إنجر عنها مساس بآليات السوق في إبرام الصفقات العمومية (الفرع الأول)، ويتمتع القاضي الإداري بصلاحيات رقابة مدى احترام المصلحة المتعاقدة في قراراتها لمبدأ حرية المنافسة، من خلال مباشرة السلطات الممنوحة له قانوناً (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إشكالية الاختصاص في النظر في إخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة

تطبيقاً لأحكام المادة 2/44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم والتي تنص على أنه "ينظر مجلس المنافسة إذا كانت الممارسات والأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 6 و7 و10 و11 و12 أعلاه، أو تستند على المادة 9 أعلاه".

يتحدد اختصاص مجلس المنافسة وفقاً لنص المادة 6 من الأمر المذكور أعلاه، في حالة منح صفقة لأصحاب الممارسات المقيدة للمنافسة، وبهذا يمكن تطبيق قانون المنافسة من طرف مجلس المنافسة على المصلحة المتعاقدة في حالة إخلالها بالمنافسة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية، وفي ظل غياب نص قانوني صريح يقضي بإقصاء مجلس المنافسة من متابعة التجاوزات المرتكبة في سوق الطلبات العمومية، يبقى مشكل توزيع الاختصاص بين مجلس المنافسة والقضاء الإداري قائماً (أولاً)، إلا أنه طبقاً للقواعد العامة للاختصاص، وباعتبار الصفقة

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

العمومية أحد أطرافها المصلحة المتعاقدة وهي شخص من أشخاص القانون العام، فإن اختصاص النظر فيها يعود إلى القضاء الإداري، وحتى عند إخلالها بالمنافسة في مرحلة إبرام الصفقة (ثانياً).

أولاً: توزيع الاختصاص بين مجلس المنافسة والقضاء الإداري

يتمتع مجلس المنافسة بسلطة فرض الرقابة على أطراف العقد، لإخلالهم بالمنافسة، من جراء ممارستهم نشاط اقتصادي بمفهوم قانون المنافسة، منتهاجاً بذلك جملة من الإجراءات التي يقوم بها الطرف المتضرر بصدد طرح النزاع عليه، وصلاحياته الكاملة في هذا المجال تعتبر كمبدأ أساسي، لكن بتطور قانون المنافسة على النحو الذي يسير للشمولية وتوسيع النشاط الذي يضبطه، وامتداده للصفقات العمومية، وباعتبارها من العقود الإدارية، فإن الأمر يدفعنا لتحليل ذلك لمعرفة حدود اختصاص مجلس المنافسة، والتي يلاحظ أنها تتبع بفقرة أخيرة تحدد نطاق اختصاصه في مجال الصفقات العمومية بحيث تنص المادة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدلة بموجب المادة 2 من القانون 08-12 على ما يلي: "تطبق أحكام هذا الأمر على:

... الصفقات العمومية ابتداءً من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي"

غير أنه، يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية".

يفهم من نص المادة أن الممارسات التي تخرج بطبيعتها عن قرارات السلطة العامة تكون موضوع احتجاج عن طريق إخطار مجلس المنافسة، وتنقسم هذه الممارسة ما بين نوعين⁽¹⁾، إما ممارسات يرتكبها المتعاملون الاقتصاديون، تؤدي بالمساس بمبادئ المنافسة، وإما ممارسات ترتكبها المصلحة المتعاقدة المنفصلة عن السلطة العامة، ويتعلق الأمر هنا بالأعمال الخاضعة لقانون المنافسة، رغم اعتماد قانون الصفقات العمومية في إنجازها باعتبارها أنشطة اقتصادية. وهنا تجدر الإشارة إلى أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق، على أطراف الصفقة لا يجب أن يتم التباسها وخطها بمسألة تحديد مجال الاختصاص المتعلق باختصاص مجلس المنافسة، وبالتالي تطبيق قانون المنافسة لا يعني اختصاص مجلس المنافسة بصورة آلية، لأن مسألة الاختصاص تثار عندما يكون طرف شخص عمومي يتمتع بامتيازات السلطة العامة.

(1) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة....، مرجع سابق، ص 17.

وبالرجوع إلى نص المادة 44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم نجد أنها حددت مجال اختصاص مجلس المنافسة بموجب المادة 6 من الأمر المذكور أعلاه والتي تنص على أنه "تُحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لاسيما عندما ترمي إلى:

"... السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة".

أدرج المشرع الصفقات العمومية ضمن حالات حظر الاتفاقات المقيدة بالمنافسة، لاسيما وأن نص المادة لم يستثني الاتفاقات الناجمة عن المصلحة المتعاقدة، فإن كان المشرع يعتمد في تحديد اختصاص مجلس المنافسة على معيار موضوعي بحت يأخذ بعين الاعتبار طبيعة النشاط لا طبيعة الأشخاص القائمين به⁽¹⁾، إلا أنه امتد اختصاصه إلى الإخلال بالمنافسة في إبرام الصفقة، في حالة إصدار المصلحة المتعاقدة قرار إداري يقضي بمنح الصفقة لأصحاب الممارسات المنافية بالمنافسة، والذي شأنه تعزيز آثار الاتفاقات المخلة بالمنافسة، وهذا ما يمنعه قانون المنافسة، وإن كان الأصل أن هذا القرار يعتبر تصرف سلطة عامة، إلا أن موضوعه اقتصادي، لتأثيره على السوق، وفي هذه الحالة نكون بصدد تداخل أو تطابق العمل الإداري والعمل الاقتصادي⁽²⁾، وبهذا تخضع الممارسات المخلة بالمنافسة الصادرة عن أطراف الصفقات العمومية لرقابة مجلس المنافسة، بما في ذلك تأثير القرارات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة على السوق⁽³⁾، مما يمكننا القول أن المشرع الجزائري تأثر بنظرية القرارات الإدارية المخلة بالمنافسة، في تطبيق قانون المنافسة، واختصاص مجلس المنافسة.

وفي هذا ذهب البعض إلى أن سلطات المنافسة وحدها المسؤولة عن تنفيذ قانون المنافسة وتوحيد منازعات المنافسة لا يتعلق فقط بمنازعات الطعن في قرارات المجلس، وإنما يسمح معيار

(1) المادة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(2) قايد ياسين، قانون المنافسة...، مرجع سابق، ص 350.

(3) ديب محمد، مدى خضوع الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 205.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

التدخل في السوق لمجلس المنافسة للنظر في العديد من السلوكات⁽¹⁾، من بينها السلوكات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة نظرا للآثار التي ترتبها القرارات الإدارية بالإخلال بتوازن السوق.

أدى ظهور محددات اختصاص مجلس المنافسة، في الآن ذاته معيارا يبني عليه اختصاص القاضي الإداري في مجال المنافسة، ما يعني وجود نزاعات قضائية ذات خصوصية ممتدة إلى تطبيق قانون المنافسة⁽²⁾، خصوصا أن هذا الأخير لا يعتد بالتقسيمات التقليدية في القانون الإداري بين المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات الخاصة، ومن هنا طرحت بقوة مسألة تطبيق القاضي الإداري لقانون المنافسة، وهو ما أفرز جملة من الصعوبات تعلقت أساسا بالتمييز بين مجال اختصاص هذا الأخير ومجال اختصاص مجلس المنافسة كلما تعلق الأمر بممارسات مخلة بالمنافسة صادرة عن شخص من أشخاص القانون العام، وهي صعوبات قد استغرقت جهود الفقه والقضاء الفرنسي مدة عقد من الزمن⁽³⁾.

وفي هذا السياق، اعتمد المشرع الفرنسي حتى يفصل في مشكل الاختصاص بين مجلس المنافسة والقضاء الإداري فيما يتعلق بالأعمال التي تقوم بها الأشخاص العمومية، والتي قد تشجع على خرق قواعد المنافسة، ويستند الحل على تقنية قانونية تتمثل في نظرية الأعمال المنفصلة عن الأعمال الإدارية التي اعتمدها القضاء الفرنسي، حيث أصبح يعترف باختصاص مجلس المنافسة للفصل في المنازعات المتعلقة بكل نشاط اقتصادي يظهر فيه مساس بأحكام المنافسة، متى كان منفصلا عن الأعمال الإدارية سواء كانت طبيعتها قرارا إداريا أو عقدا إداريا، والمتعلقة باستعمال وممارسة صلاحيات السلطة العامة أو المرفق العام⁽⁴⁾.

وسع معيار التصرفات المخلة بالمنافسة، والمنفصلة عن الأعمال الإدارية من مجال اختصاص مجلس المنافسة، حيث يسمح معيار التدخل في السوق لمجلس المنافسة للنظر في العديد من التصرفات، إلا أنها أبقت على إبعاد العقود الإدارية الغير قابلة للانفصال المزودة بامتيازات السلطة العامة قصد القيام بمهام تسيير مرفق عام، وإخضاعها لاختصاص القضاء

(1) قردوح ليندة، «اختصاص القاضي الإداري بتطبيق قانون المنافسة على الأشخاص المعنوية العامة»، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، العدد السادس، جوان 2019، ص 27.

(2) ديب محمد، مدى خضوع الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 204، 205.

(3) محسن صويلح، مرجع سابق، ص 2.

(4) ديباش سهلية، إشكالية تطبيق قانون المنافسة...، مرجع سابق، ص 13.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

الإداري، وهذا يعني أنه إذا كانت الممارسة الصادرة عن المصلحة المتعاقدة تخل بقواعد المنافسة، ولا تعيق أداء مهام المرفق العام، فإن الاختصاص يعود لمجلس المنافسة⁽¹⁾.

وفي هذا الجانب تبقى الحدود الفاصلة بين الأعمال الإدارية والممارسات المنافية للمنافسة دقيقة جدا مما يصعب الفصل بينها، مما يدفع بالقول أن النظام الحالي لتوزيع الاختصاص بين القضاء الإداري ومجلس المنافسة غير مقنع لصعوبة معرفة ما إذا كانت رقابة ممارسة محظورة يمكن فصلها عن مراقبة مشروعية الأعمال الإدارية⁽²⁾.

على الرغم من الانتقادات الموجهة لهذا المعيار فقد أبقى العمل به في فرنسا كمعيار لتوزيع الاختصاص بين سلطة المنافسة الفرنسي والقاضي الإداري⁽³⁾، وفي هذا ذهب NICINSKI SOPHIE إلى محاولة تبسيط وتحديد أسس توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري ومجلس المنافسة في منازعات المنافسة، وفق معيار مبدأ الأصل الرئيسي والمحدد للممارسات المقيدة للمنافسة، حيث يكون فيها القرار الإداري هو السبب الرئيسي الوحيد في القيام بسلوك مقيد للمنافسة، أين يكون القاضي الإداري هو المختص الوحيد بتقدير مدى شرعية القرار الإداري⁽⁴⁾، أما إذا كان القرار الإداري الذي اتخذته الإدارة العامة هو مصدر تقييد للمنافسة الذي انحرفت بسببه سلوكات العون الاقتصادي في هذا الافتراض يمكن تصور ازدواج في الاختصاص اختصاص القاضي الإداري ومجلس المنافسة حيث يختص الأول في مدى مشروعية القرار الإداري المعني ويختص مجلس المنافسة بمعاينة سلوك العون الاقتصادي الذي أدى إلى الإخلال بالمنافسة⁽⁵⁾.

سائر جانب من الفقه معيار توزيع الاختصاص بين مجلس المنافسة والقاضي الإداري، واختصاص هذا الأخير بتطبيق قانون المنافسة ومراقبة مدى إحترام الموانع القانونية⁽⁶⁾، إذ لا مفر من اندماج قانون المنافسة في كتلة الشرعية الإدارية وبالتالي يجب على القاضي الإداري أن يطور

(1) رقرقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة، مرجع سابق، ص 234.

(2) ديباش سهيلة، إشكالية تطبيق قانون المنافسة...، مرجع سابق، ص 14.

(3) رقرقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة، مرجع سابق، ص 236.

(4) NICINSKI Sophie, Droit public de la concurrence, op.cit, p162 .

(5) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص 422.

(6) مرجع نفسه، ص 423.

ويعزز رقابته بأساليب تحليل حديثة تتماشى مع التطورات الاقتصادية والعمل على تطوير المفهوم التقليدي للمرفق العام، والتفتح لأفاق جديدة تتماشى فيها البيئة الاقتصادية وقانون المنافسة⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار لا يقتصر دور القاضي الإداري على تقدير مدى مشروعية القرارات الإدارية، إذ أنه يقيم سلوك الأعوان العموميين في السوق، بإثراء أسلوب التحليل الاقتصادي، الذي يصعب عمله في هذا المجال، ما سيكون لهذا التطور من آثار على القضاء الإداري وأخطار في التوصل إلى الاختلاف في تفسير قواعد قانون المنافسة⁽²⁾، خصوصا أن القاضي يواجه صعوبات كثيرة مرتبطة بتعقيد المجال الاقتصادي الذي لم يعتد عليه، ونقص الخبرة لديهم، ويبقى مجلس المنافسة الجهاز المؤهل والمختص في النزاعات المثارة في هذا المجال لذا يجب التعاون بين مجلس المنافسة والقضاء الإداري، لتوحيد الاجتهاد القضائي، ما يظهر تكامل عمل الجهتين وتكريس فعاليته.

من خلال ما سبق تحليله نصل إلا أنه إذا كان بالإمكان تصور تطبيق هذه النظرية لتوزيع الاختصاص، في القضاء الفرنسي طالما أنه يعتمد على طبيعة النشاط أي المعيار المادي، والذي يتماشى مع قواعد توزيع الاختصاص في فرنسا، وبهذا نتساءل إذا كان المشرع الجزائري طبق هذا المعيار أم كرس معيارا آخر؟.

ثانيا: اختصاص القاضي الإداري بالنظر في إخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة

عهد القضاء الفرنسي لجهات القضاء الإداري بالاختصاص الحصري في المنازعة الإدارية التي تتحدد بالمعيار المادي الكفيل بفرز علاقات القانون الإداري، ليكون القاضي الإداري بذلك هو قاضي القانون الإداري، ولا يكون مختصا إلا حين يكون القانون الإداري واجب التطبيق، وذلك بغض النظر عن وجود الإدارة كطرف في النزاع⁽³⁾.

تميز التشريع الجزائري عن الوضع القائم في فرنسا حيث أن معيار الاختصاص فيها يحدد عن طريق القضاء، أما المشرع الجزائري فتبني الأسلوب التشريعي⁽⁴⁾، ومصدره المادة 800 من

(1) رقراقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 238، 239.

(2) لعور بدر، مرجع سابق، ص 500.

(3) برقوق عبد العزيز، «معيار اختصاص القاضي الإداري من النص إلى الاجتهاد: المقاربات القاصرة»، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس المدينة، المجلد الثالث، العدد الثاني، الجزء الثالث، جوان 2017، ص 3.

(4) تيروي محمد أمين، «الاختصاص القضائي في منازعات صفقات المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري»، دفاتر البحوث لعلمية، المركز الجامعي مرسلني عبد الله، تيبازة، العدد الحادي عشر، ديسمبر 2017، ص 247.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

ق.إ.م.إ التي تبنت المعيار العضوي وبحسبها يكون النزاع إداريا ويرجع الاختصاص فيه بالنتيجة إلى القضاء الإداري متى كان أحد أطرافه شخصا معنوي عام (الدولة، الولاية، المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري)، بغض النظر عن طبيعة النشاط، وهو ما أكده القضاء في العديد من القضايا المعروضة عليه، وفي هذا قضت محكمة التنازع في قرارها الصادر في 08-05-2000 حال فصلها في النزاع بين بلدية رابح حميدو والمدعو (ص.ج.)، الذي جاء فيه: ((أن النزاع القائم بين الطرفين يتعلق بصفقة أبرمت بين بلدية رابح حميدو والمدعى عليه (ص.ج) وأن النزاعات الناتجة عن الصفقات العمومية هي من اختصاص الغرف الإدارية)).⁽¹⁾

وعلى هذا الأساس لا يمكن تفسير اختصاص القاضي الإداري بمبدأ ارتباط قواعد الاختصاص بقواعد الموضوع، خصوصا أن الاجتهاد القضائي نزع نحو تصويب المعيار العضوي كمعيار لاختصاص القاضي الإداري، إذ يعتبر هذا الأخير صاحب الولاية العامة في المنازعات التي تكون الأشخاص المذكورة في المادة 80 من ق.إ.م.إ طرفا فيها، فلا تخرج من نطاق اختصاصه إلا ما نص المشرع صراحة على عدم اختصاصه⁽²⁾.

من خلال القراءة المتأنية لموقف المشرع الجزائري في اختياره للمعيار العضوي كأساس لتوزيع قواعد الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري، يمكن تفسير ذلك برغبته في تسهيل قواعد الاختصاص بالنسبة للقضاة والمتقاضين⁽³⁾، والواضح أنه كلما كانت الإدارة طرفا في النزاع رجع الاختصاص للقاضي الإداري دون أن يكون لطبيعة النزاع أية أهمية⁽⁴⁾.

مادام المشرع الجزائري فضلا عن القضاء، يؤكد ويصر على احترام المعيار العضوي لتحديد اختصاص القضاء الإداري، بما في ذلك النشاطات التي يظهر فيها المساس بالمنافسة، مما يستوجب استبعاد اختصاص مجلس المنافسة الجزائري بالرغم من أنها الهيئة الأكثر خبرة للفصل

(1) قرار محكمة التنازع الصادر بتاريخ 08 ماي 2000، ملف رقم 01، مجلة مجلس الدولة، العدد رقم 01، 2002، ص 155. مشار إليه: خضري حمزة، «الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر»، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثالث عشر، فيفري 2016، ص 200.

(2) KANNIEN Heikki, «Le juge administratif finlandais et la Convention européenne des droits de l'homme», R.I.D.C., Vol. 47, N°3, Juillet-septembre 1995, p 684.

وانظر كذلك: شيهوب مسعود، مرجع سابق، ص 352..

(3) رابحي أحسن، خليفة يعقوب، جمعة حميد ناصر، مرجع سابق، ص 746.

(4) تيراوي محمد أمين، مرجع سابق، ص 247

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

في مثل هذه المنازعات، وبذلك لم يتأثر المشرع والقضاء الجزائري بموقف القضاء الفرنسي التي تعتمد على النظر في طبيعة النشاط أي المعيار المادي والذي يتماشى مع قواعد توزيع الاختصاص في فرنسا بين مجلس المنافسة، والقضاء الإداري⁽¹⁾، وموقف المشرع واضح في هذا من خلال تكريسه للمعيار العضوي، زيادة على ذلك فإن مجلس المنافسة وفي أغلب القضايا المرفوعة إليه والتي تكون فيها المصلحة المتعاقدة باعتبارها شخص عام، يدفع بعدم الاختصاص، باعتبار هذه الأخيرة لا تمارس نشاطا اقتصاديا بموجب قرار منح الصفقة، الذي تمارس من خلاله امتيازات السلطة العامة، ونتيجة لذلك تفلت هذه الأعمال بالضرورة من القواعد الإجرائية لقانون المنافسة، غير أن هذا لا يعني أن أعمال السلطة العامة لا تخضع لقانون المنافسة.

ووفقا لهذا فإن السلطة القضائية المختصة في إخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة في مجال إبرام الصفقات العمومية، هي الجهات القضائية الإدارية، وإن كان منحها القانون صراحة اختصاص النظر في قرارات مجلس المنافسة، خاصة ما يتعلق منها بالتجميعات الاقتصادية ولكن اختصاصه في مادة المنافسة لا يقتصر على هذه الحالات فحسب، بل كشف التطبيق خاصة في بعض التشريعات المقارنة عن اختصاص ضمني للقضاء الإداري في مادة المنافسة⁽²⁾.

بخضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة أصبح تطبيقه في الواقع مسألة مهمة، فالقاضي الإداري يوصف بأنه القاضي الطبيعي للتصرف الإداري والمرافق العامة، وإن كان مجلس المنافسة الفرنسي والمحاكم العادية تطبق قانون المنافسة في مجال اختصاص المحاكم الإدارية⁽³⁾.

وفي هذا السياق قضى القاضي الإداري الفرنسي برفض تطبيق قانون المنافسة على الإدارة العامة، والنظر في شرعية القرارات المطعون فيها بالإلغاء على أساس تأثيرها على السير العادي للسوق وفقا لمقتضيات قانون المنافسة⁽⁴⁾، إلا أنه تراجع بعد ذلك عن موقفه إزاء تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العامة، حيث توالى قراراته التي تؤكد ضرورة احترام أحكام قانون

(1) ديباش سهيلة، إشكالية تطبيق قانون المنافسة...، مرجع سابق، ص 14.

(2) ناصري نبيل، «تنظيم المنافسة الحرة كآلية لضبط السوق...»، مرجع سابق، ص 127.

(3) قردوح ليندة، مرجع سابق، ص 28.

(4) ناصري نبيل، "تسوية منازعات المنافسة، بين سلطة الضبط والقضاء، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول: "آليات تسوية المنازعات ذات الطابع الاقتصادي في الجزائر، بين النصوص والواقع"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، يومي 8 و 9 نوفمبر 2016، ص 12.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

المنافسة، إذ تولى تطبيق قانون المنافسة من طرف مجلس الدولة الفرنسي في العديد من القضايا منها "Société EDA"⁽¹⁾.

يفرض استقلالية وازدواجية الهيكل القانوني للنظام القضائي، ممارسة كل جهة قضائية لاختصاصاتها وفق ما يشير إليه القانون، وعلى اعتبار أن مجلس المنافسة ليس بالسلطة القضائية، وإنما من السلطات الإدارية المستقلة، حيث يمارس اختصاصات شبه قضائية في إطار تطبيقه لقانون المنافسة على أساس أنه الهيئة المخولة قانوناً بضبط المنافسة، وله دور ريادي في متابعة الممارسات المنافية للمنافسة، إلا أنه لا يملك اختصاص حصري في ذلك على اعتبار أن الالتزام بالمنافسة الحرة يشكل مبدأ قانوني، يلتزم كل مخاطب بتحقيقه ويكون على الجهات القضائية رصده وإنفاذه حال مخالفته، وحين توصلها بهذه المخالفات⁽²⁾.

تتدخل الهيئات القضائية المختلفة في ميدان حماية المنافسة، إذ أن تعدد القطاعات التي يمسها قانون المنافسة، وتعدد الأشخاص المعنية من تطبيق قانون المنافسة بين أشخاص طبيعية ومعنوية من القانون الخاص، أو من القانون العام، أدى بالضرورة إلى تعدد الهيئات التي لها أن تتدخل في هذا النطاق، بما في ذلك القاضي الإداري باعتباره قاضي الأمور العمومية⁽³⁾، وذلك في مجالات مختلفة وعلى مستويات متنوعة، وقانون المنافسة لا يفلت من تطبيقه.

ما يؤكد اختصاص القاضي الإداري في هذه المنازعات التي تخل بقواعد المنافسة، وتطبيقه قانون المنافسة هو نص المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 إذ أنه إذا لاحظت المصلحة المتعاقدة أي إخلال بالمنافسة ترفض العرض المقدم، وهذا تكريسا لمبادئ المنافسة المنصوص عليها في المادة 5 من نفس المرسوم المذكور أعلاه، بما يتوافق مع مضمون قانون المنافسة، الذي يمنع الممارسات المخلة بالمنافسة، وبمفهوم المخالفة، إذا عززت المصلحة المتعاقدة هذا الإخلال، تعرضت للمتابعة والخروج عن مبدأ المشروعية، الأمر الذي ينتج عنه جعل قانون المنافسة عبارة عن مجموعة من التقنيات الإجرائية القائمة على تدخل العديد من الجهات⁽⁴⁾.

(1) CE, 26 Mars 1999, Société EDA, n° 202260 : www.legifrance.gouv.fr .

(2) ديب محمد، مدى خضوع الصفقات العمومية....، مرجع سابق، ص 221.

(3) قايد ياسين، قانون المنافسة...، مرجع سابق، ص 163.

(4) MAINGUY Daniel & DEPINCE Malo, op.cit p 53 .

وبهذا كلما كان محتوى القرار الإداري الصادر من المصلحة المتعاقدة يتضمن إحدى المواضيع التي قد تمس بالمنافسة، بخلق وضعية تمييزية، من خلال تعزيز الاتفاقات، أو وضعية الهيمنة في السوق، يجوز لكل من له مصلحة في ذلك أن يطعن فيه بالإلغاء أو البطلان أمام الجهات القضائية الإدارية المختصة، والتي تتولى مشروعية هذا القرار بالنظر إلى الأحكام الموضوعية لقانون المنافسة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

سلطات القاضي الإداري في حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

حسب القواعد العامة، فإن الاختصاص في مجال منازعات الصفقات العمومية ينعقد للقضاء الكامل، تأسيساً على أن موضوع المنازعة صفقة عمومية باعتبارها علاقة تعاقدية لا مجال فيها لاختصاص قضاء الإلغاء، إذ أن هذا الأخير يختص بإلغاء القرار الإداري الذي هو تعبير عن إرادة منفردة للإدارة في حين أن العقد متعلق بتوافق إرادتين، إلا أن الممارسة العملية أثبتت مع ذلك وجود الطعن بالإلغاء في القرارات التي تتخذها الإدارة في مرحلة الإبرام، كونها قرارات إدارية قائمة بذاتها تتوفر فيها كل مقومات وأركان القرار الإداري وباستقلالها عن العقد، وبذلك فرض رقابة قاضي المشروعية، وخصوصاً فيما يتعلق بجانب خرق المصلحة المتعاقدة لمبادئ المنافسة، وهو الجانب الذي سيتم التركيز عليه بتحديد سلطات القاضي الإداري في حماية مبادئ المنافسة في إطار سلطته في إلغاء القرارات الإدارية المخلة بالمنافسة في إبرام الصفقة العمومية، من خلال دعوى الإلغاء (أولاً)، أو عن طريق دعوى التعويض عن الأضرار الناتجة عن خرق الإدارة لقواعد المنافسة، (ثانياً)، دون إغفال سلطته في التوفيق بين المصلحة العامة وحماية المنافسة (ثالثاً).

(1) بدوي عبد الجليل، هنان علي، «نطاق تطبيق قانون المنافسة...»، مرجع سابق، ص 58.

أولاً: إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية المخلة بالمنافسة

أقر القانون الفرنسي عدم إمكانية رفع دعوى إلغاء ضد عقد الصفقة العمومية وهو ما أكدته عدة اجتهادات قضائية إدارية⁽¹⁾، فمن الثابت عن مجلس الدولة الفرنسي أنه إذا كان محل المنازعة عقد إداري، سواء تعلق بانعقاده أو صحته أو تنفيذه وانقضاؤه، فإن المنازعة، تدخل في ولاية القضاء الكامل إلا أن القضاء الفرنسي لم يرقم بإقصاء قضاء الإلغاء من منازعات الصفقات العمومية بصفة مطلقة، بل أقر إمكانية إلغاء بعض القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية في إطار ما يعرف بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة⁽²⁾، لأنه رأى من الواضح الذي لا شك فيه أن عدم اعتماد هذه النظرية فيه نقص لمبدأ حماية المشروعية وضرب للمصلحة العامة⁽³⁾، حيث يمكن رفع دعوى الإلغاء الموجهة ضد كل قرار إداري مرتبط بتكوين عقد إداري طالما أمكن النظر إلى هذا القرار كجزء منفصل عن العقد⁽⁴⁾، وتبعاً لذلك، فقد أصبح مفهوم القرارات المنفصلة أو المتصلة مرتكزاً للتمييز بين ولاية قاضي الإلغاء وولاية القضاء الشامل⁽⁵⁾.

تبنت التشريعات الوضعية نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري كأساس دعوى الإلغاء⁽⁶⁾، واعتمدها المشرع الجزائري نتيجة لما استقر عليه العمل في القانون المقارن ولطبيعة هذه القرارات الإدارية التي تقبل الطعن فيها بواسطة دعوى الإلغاء⁽⁷⁾.

وفقاً للقاعدة العامة لنظرية القرارات القابلة للانفصال يمكن فصل القرارات الإدارية عن الصفقة العمومية، باعتبارها عملية قانونية مركبة والطعن فيها بالإلغاء بصورة مستقلة إذا شابها

(1) رحمانى راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2017/2016، ص 241.

(2) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد...، مرجع سابق، ص 214.

(3) سفير حاجة كحلة، مرجع سابق، ص 235.

(4) DEBBASCH Charles, RICCI Jean Claude, Contentieux administratif, 6^{em} édition, DALLOZ, PARIS, 1994, pp 580-583.

(5) VIVIANE Michel, La théorie de la distinction des secours et le contentieux administratif contractuel, Thèse, université de Lille II 1995, p302.

(6) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد...، مرجع سابق، ص 214.

(7) قذوح حمامة، تصنيف الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 135.

وانظر كذلك: عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري-نظرية الدعوى الإدارية، ط 02، ج 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص ص 437، 438.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

عيب من عيوب عدم المشروعية دون أن يكون لإلغائها أي مساس بالصفقة العمومية⁽¹⁾، أي أن الحكم بإلغاء القرار الإداري بناء على طعن لا يترتب عنه فسخ العقد ضمانا لاستقرار التصرفات القانونية⁽²⁾، أما بالنسبة للقرارات التي يكون مصدرها بنود العقد لا خلاف فيها، أن الاختصاص فيها يعود للقضاء الكامل⁽³⁾.

تطورت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية المعروفة في القانون الإداري، بتطور مفهوم قانون المنافسة الذي امتداد تطبيقه إلى الأشخاص العمومية، والتي ظهرت بشأن توزيع الاختصاص بين مجلس المنافسة والقضاء الإداري، في حالة القرارات التي تصدرها الإدارة والتي قد تخل بقواعد المنافسة، لكن اختلف مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية في القانون الإداري عن قانون المنافسة، وإن كان مستوحى منه، إذ أن الأمر يتعلق بمدى اتصال أو انفصال القرار الإداري عن الممارسة المقيدة للمنافسة⁽⁴⁾، إلا أن المشرع الجزائري يحيل الاختصاص في كلتا الحالتين للقاضي الإداري طبقا للمعيار العضوي.

يشترط في رفع دعوى الإلغاء شروط عامة، وشروط خاصة، تتمثل الشروط العامة في توفر الشكل والاختصاص، والصفة والمصلحة، والتي لا داعي للتفصيل فيها لتفادي التكرار، لذا سنفصل في الشروط الخاصة، وهي أن يكون قرار إداري صادر عن السلطة العامة (1)، غير مشروع وغير مطابق للإجراءات القانونية، وبالأخص الإخلال بالقواعد قانون المنافسة (2).

1- صدور القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية من سلطة إدارية عامة

يشترط لقبول الدعوى أن يكون الطعن موجها ضد قرار إداري صادر عن جهة إدارية باعتبارها سلطة عامة، والمحددة في المادة 800 المعدلة بالمادة 4 من القانون 22-13 ق.إ.م.إ.

(1) أبو بكر عمر صديق، الرقابة القضائية على السلطة الإدارية في إبرام العقود بطريق المناقصات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص 34.

(2) MARCUS Laure et PERRIN Alix, « Annulation de l'acte détachable du contrat et distinction des contentieux », J-C.I, n° 1, 2006, pp.5-9.

(3) العطاروي كمال، دور القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017/2018، ص169.

(4) رقرافي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 234.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

يجمع العمل القضائي على اعتبار القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية تكون قابلة بطبيعتها للمخاصمة عن طريق دعوى الإلغاء طالما أنها تستجمع مواصفات وأركان القرار الإداري التنفيذي الذي يمس بذاته المركز القانوني للطاعن، ويتعلق الأمر بالقرارات الإدارية التي تصدر من طرف المصلحة المتعاقدة أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد⁽¹⁾، لكن أجاز القضاء المقارن الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدر عنها باعتبارها سلطة عامة، فإذا حدث وأن أصدرت الإدارة قرارات بشأن تنفيذ الصفقة المبرمة، سواء بناء على دفتر الشروط أو على أساس الصفقة ذاتها تعتبر قراراتها غير قابلة للطعن بالإلغاء استقلا على العقد لأنها صادرة عن الإدارة باعتبارها مصلحة متعاقدة، أما إذا أصدرت قراراتها باعتبارها سلطة عامة، في مرحلة إبرام الصفقة، فإن هذه القرارات تكون محلا للطعن في الإلغاء مستقلة عن العقد⁽²⁾.

يظهر المركز الممتاز للإدارة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية كسلطة عامة من خلال امتيازات السلطة العامة التي تتفرد فيها عن المتعاملين الاقتصاديين، خاصة في مرحلة تكوين وإبرام الصفقة العمومية⁽³⁾، دون مرحلة تنفيذها، وتضمن المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، على العديد من التصرفات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة، والتي لم يشر إليها المشرع صراحة أنها قرارات إدارية منفصلة، لذلك كان لا بد من تحديد أهمها، ومدى إمكانية الطعن فيها بالإلغاء، وذلك بالاستناد إلى ما حددته المحكمة الإدارية في مصر بشأن هذه القرارات معتبرة أنه يجب التفرقة بين نوعين من القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية فيما يخص العقود الإدارية، القرارات التي تصدر أثناء المرحلة التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد وتسمى القرارات المنفصلة المستقلة، والقرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذا لعقد من العقود وهذه القرارات ينظر القضاء الإداري على أساس الولاية الكاملة⁽⁴⁾.

(1) سليمان سعيد، «دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة»، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد 04، 2007، 2007، ص 225.

(2) خضري حمزة، «الرقابة القضائية على الصفقات العمومية...»، مرجع سابق، ص 201، 202.

(3) ضريفي نادية، دراج عبد الوهاب، «المركز الممتاز للمصلحة المتعاقدة في مرحلة تكوين الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 04، العدد 01، جوان 2019، ص 41.

(4) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات والعقود الإدارية)، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2007، ص ص 21، 22.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

وضمن هذا السياق، قضى مجلس الدولة الجزائري في القرار رقم 063683⁽¹⁾، أنه لا يعد فسخ صفقة من طرف إدارة قرارا إداريا، قابلا للطعن فيه بالإبطال، تدخل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية في اختصاص القضاء الكامل.

إلا أن مجال دراستنا هو القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية، الصادرة عن المصلحة العامة في مرحلة الإبرام، والمخلة بمبادئ المنافسة، والتي تكون عرضة للإلغاء، وفي ذلك أكد المشرع الجزائري على تطبيق قانون المنافسة في هذه المرحلة، إبتداء من الإعلان عن الصفقة إلى غاية المنح النهائي لها، وفق المادة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

أ- قرار الإعلان عن الصفقة العمومية

يعتبر قرار الإعلان عن الصفقة من القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، وتدخل في بناء الصفقة، ورغم الرابطة بين الصفقة العمومية وقرارا الإعلان، فالقاعدة العامة وفقا لنظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال هي إمكانية فصل قرار الإعلان عن الصفقة، وبالتالي إمكانية الطعن ضده لوجود وجه من أوجه المشروعية⁽²⁾، وفقا لما ورد في نص المادتين 62، 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فكل إخلال بأحكام المادتين يكون سببا في رفع دعوى إلغاء

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن قرار الإعلان عن الصفقة العمومية قرارا إداريا منفصلا، وقد رتب بطلانه إذا وقع مخالفا للشروط والشكليات الجوهرية المقررة قانونا⁽³⁾.

ب- قرار الاستبعاد أو الحرمان من دخول المنافسة في الصفقة العمومية

يعد قرار استبعاد العارض أو إقصائه أو تسجيله في قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، وهو قرار إداري منفصل يجوز الطعن فيه بالإلغاء، إذا أثبت المرشح عدم انتمائه إلى الفئات المحددة في نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، أو أثبت إلغاء النص أو تعديله، فالطعن بالإلغاء يكون إذا ما تجاوزت

(1) قرار مجلس الدولة، ملف رقم 063683 صادر بتاريخ 12 جانفي 2012 قضية: (بلدية العلمة) ضد (ح.ع)، مجلة مجلس الدولة، عدد 12، 2014، ص 108 - 110.

(2) أبو بكر صديق عمر، مرجع سابق، ص 34.

(3) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد...، مرجع سابق، ص 221.

المصلحة المتعاقدة القوانين والأنظمة المعمول بها بشأن قبول أو رفض العروض⁽¹⁾، مثل المداولة التي تصدر من المجلس الشعبي البلدي، والتي تسمح لرئيسه بإمضاء الصفقة العمومية مع مؤسسة معينة واستبعاد المؤسسات الأخرى فهذه المداولة تعتبر قرارا منفصلا عن العقد فيمكن للمؤسسات المستبعدة الطعن فيها بالإلغاء لتجاوز السلطة⁽²⁾.

ج- قرار المنح المؤقت للصفقة العمومية

أقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن قرار الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة العمومية قرارا إداريا منفصلا، وعليه يمكن تكييف إجراء المنح المؤقت على أنه قرار إداري كونه يصدر عن المصلحة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة تمتلك امتيازات السلطة العامة، والتي تظهر في صدوره بالإرادة المنفردة لها وكذا استهدافه لإحداث آثار قانونية وذلك بإنشاء مركز قانوني جديد⁽³⁾، ولكل من تأثرت مصالحه من جراء عدم مشروعية قرار الإعلان عن المنح المؤقت، يمكن له أن يطعن في هذا القرار، بالتالي يمكن إلغاء منحها المؤقت أو جميع إجراءاتها لعدم احترام أحكام قانون الصفقات العمومية، هذا وأنه لا يبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة، إلا نتائج تقييم العروض التقنية والمالية التي سمحت باختيار الحائز على الصفقة العمومية⁽⁴⁾، ولا يتعلق هذا الطعن بإلغاء العقد الإداري المبرم، ولكن هناك إمكانية للوصول إلى ذلك بواسطة نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال⁽⁵⁾.

الحاصل مما ذكر، أن جميع القرارات الممهدة للصفقة العمومية، تعتبر قرارات إدارية منفصلة عن العقد الإداري مما يجوز الطعن فيها بالإلغاء لتجاوز السلطة، باعتبارها قرارات نهائية، أما إذا كان مجرد رأي أو إجراء تحضيري فلا يجوز الطعن بالإلغاء ضده، مثل: دفاتر الشروط ماعدا دفاتر الشروط النموذجية المصادق عليها بموجب مرسوم، المداولات التي تصادق على برامج

(1) يعيش تمام شوقي، «سلطات القاضي الإداري في مجال الرقابة على إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية في النظام القانوني

الجزائري»، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور وخنشلة العدد 09، جانفي 2018، ص 344.

(2) كتو محمد الشريف، «حماية المنافسة...»، مرجع سابق، ص 83.

(3) بن سريّة سعاد، الطرق البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق بودواو، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 18 أبريل 2018، ص 31.

(4) خليفة خالد، دليل إبرام العقود الإدارية في القانون الجزائري الجديد، ط1، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2017، ص 74.

(5) كتو محمد الشريف، «حماية المنافسة...»، مرجع سابق، ص 83، 84.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

الأشغال أو تحديد الحاجات، إجراءات تنفيذ العقد كأوامر الأداء أو قرار استلام الأشغال⁽¹⁾، بالإضافة إلى آراء لجان المناقصات وكذا آراء اللجان الاستشارية⁽²⁾.

وعليه فإن دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية تنصب بالأساس على مرحلة إبرام والقرارات الممهدة والمحضرة لإبرام الصفقة، وهي قرارات إدارية مركبة منفصلة يمكن الطعن فيها بالإلغاء⁽³⁾، نظرا لمخالفتها أوجه المشروععية القانونية.

2- إخلال القرارات الإدارية المنفصلة بقواعد المنافسة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تخل بالمنافسة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بموجب القرارات الإدارية التي تصدرها في هذا الشأن، فإذا أخذنا مثال القرار الذي يسمح بالتوقيع على الصفقة العمومية عامة، فالسلطة المسؤولة يمكن أن تعطي آثار للاتفاقيات مقيدة للمنافسة، التي تم تشكيلها من طرف مقدمي العروض قبل الإعلان عن المناقصة، وتمنح الصفقة لهم، دون إرسائها على معيار أحسن عرض، وإن كانت الصورة تظهر أكثر في القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة التي تضع مؤسسة ما في وضعية التعسف في وضعية الهيمنة.

ألقى المشرع على عاتق المصلحة المتعاقدة الالتزام بمضامين قانون الصفقات العمومية، وقانون المنافسة باعتبارهما الإطار القانوني لضبط المنافسة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، من جهة، ومن جهة أخرى أرسى رقابة قضائية إدارية يتم من خلالها مراقبة مدى التزام المصلحة المتعاقدة بالقواعد القانونية التي تضبط منح الصفقة، حفاظا على المصلحة العامة، وحماية المال العام، وتكريس معيار أحسن عرض لمنح الصفقة، الذي من شأنه تحقيق النجاعة الاقتصادية، ولهذا يفرض مجلس الدولة الفرنسي على الإدارة العامة أن تتأكد من احترام قواعد المنافسة أثناء إبرام الصفقات العمومية⁽⁴⁾.

(1) FREDERIC Julien, Guide pratique et juridique du contentieux des marchés publics, édition du PUIITS FLEURI, France, 2011, P 88.

(2) PALMIER Sébastien, les Mapa passation et exécution des marchés à procédure adaptée, édition le Moniteur, Paris, 2013, P201.

(3) بن عيشة عبد الحميد، «إشكالية الاختصاص القضائي في مجال الصفقات العمومية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية لاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 01، مارس 2018، ص 212.

(4) عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على سلطة القمعية...، مرجع سابق ص 135.

وفي هذا السياق يظهر التكامل بين القانونين، ما يسمح بتجسيد دور القاضي الإداري كاملا في مجال حماية المنافسة، إلا أنه قد تعجز آليات قانون المنافسة الخاص أمام التصرفات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة التي تؤدي إلى الإخلال بالمنافسة في إبرام الصفقة العمومية، باعتبارها آليات قد جعلت بالأساس لتنظيم العلاقات الاقتصادية بين المؤسسات الخاصة، وبهذا يستند القاضي الإداري على المبادئ المستمدة من القانون الإداري والتي من شأنها ضمان الاستقلالية الوظيفية للقاضي الإداري، واحترام مبادئ المنافسة المكرسة في قانون الصفقات العمومية، وفرض احترام القاعدة الدستورية التي تدعم بتطبيقها استقلاليته⁽¹⁾.

إن خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، أدى إلى ظهور قانون عام للمنافسة، وبهذا لم يتردد المشرع في منح الهيئات القضائية صلاحية تطبيق قانون المنافسة، حيث يساهم القاضي الإداري بتطبيق قانون المنافسة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ويتصدى بذلك لكل ممارسة مخلة بالمنافسة في إبرام الصفقة العمومية، وبذلك لم يتم الاعتماد المطلق على سلطات مجلس المنافسة، لكون هذا الأخير تتصف سلطته بالمحدودية، ما جعل دوره يتقلص نظرا لخروج بعض المجالات عن اختصاصه، لذا كان من الضروري الاعتماد على سلطة القاضي، التي تمكن من التصدي بصراحة للممارسة المنافية للمنافسة، وتتحد مع السلطة الممنوحة لمجلس المنافسة من أجل هدف واحد، ألا وهو تكريس مبادئ المنافسة الحرة والقضاء على مختلف أشكال الممارسات المنافية للمنافسة، وهو الأمر الذي تظن إليه المشرع الجزائري من خلال إشراكه للهيئات القضائية في معاقبة الممارسات المنافية للمنافسة⁽²⁾.

إن تطبيق القواعد والأحكام العامة على روابط القانون العام لا يعني كما يقول الفقه الإداري عن وجود نقص أو ثغرة في القانون الإداري، ويجعل على القاضي سدها بقاعدة من قواعد القانون الخاص، وإنما تفسيره على أن ذلك تطبيق للقاعدة القانونية من نطاقها الطبيعي، بمعنى أنه توجد صورة قانونية عامة مقررة في كافة التشريعات الحديثة، هذه الصور بصرف النظر عن النظام القانوني الذي تنتمي إليه، تطبق على الحالات التي تتلاءم معها سواء أكانت تنطوي تحت لواء القانون الخاص أم القانون العام، والاعتبارات القانونية والمنطقية والعملية التي دفعت الفقه والقضاء

(1) محسن صويلح، مرجع سابق، ص 48.

(2) موساوي ظريفة، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 2.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

الإداريين إلى تبني القواعد الواردة في القانون الخاص⁽¹⁾، وبهذا لا يستبعد تطبيق قانون المنافسة على إخلال المصلحة المتعاقدة بالمنافسة في مجال إبرام الصفقة العمومية، فالقضاء الإداري يتدخل في هذا المجال من أجل تدعيم التطبيق الفعال للقواعد القانونية المقررة لحماية المنافسة. ومن هذه الناحية، يمكن القول أن القرارات الإدارية التي تكون لها علاقة بممارسة مخلة بالمنافسة فشأنها أمام قاضي تجاوز السلطة كشأن باقي القرارات الإدارية التي تكون خاضعة لرقابته بطريق الإلغاء، والعلاقة بين القرار الإداري والممارسة المخلة بالمنافسة تكون من وجهين فإما أن يكون القرار لاحقاً للممارسة، وهي حالة نادرة، وإما أن يكون سابقاً لها⁽²⁾، وتأسيساً على مخالفته لقواعد قانون المنافسة، بمنح المصلحة المتعاقدة الصفقة بتواطؤ مع المتعاملين الاقتصاديين، ما يفتح المجال لكل ذي مصلحة المطالبة بإلغاء قرار المنح المؤقت للصفقة⁽³⁾. المخل بمبادئ المنافسة، التي تحكم إبرام الصفقة العمومية⁽⁴⁾.

من خلال ما سبق تحليله في هذه النقطة نتوصل أن سلطة القاضي في دعوى الإلغاء مقيدة بهذا الطلب، وعليه فهي ضيقة جداً فقبل أن ينطق بإلغاء قرار إداري ما ينبغي أن يسبب قراره بتبيان وجه الخرق في القرار الصادر كأن يشير لسبب مخالفته⁽⁵⁾، وينتهي دور القاضي في هذه المنازعات بالحكم بإلغاء القرار الغير المشروع دون أن يكون له سلطة تعديل القرار⁽⁶⁾، ولا يمكنه أن يتجاوز ذلك بإصدار أوامر للإدارة بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه في إطار نظرية الفصل بين السلطات وقاعدة أن القاضي الإداري يقضي ولا يدير، وفي هذا السياق "أكد مجلس الدولة الفرنسي أن إلغاء القرار المنفصل لا ينتج بذاته أي أثر مباشر على العقد الذي يتعين الاستمرار في تنفيذه واعتباره شريعة الطرفين بما يكفل مصلحة المرفق العام، مع الاحتفاظ للمتنافس المتضرر -دائماً- من الإخلال بضوابط إبرامه بحقه في التعويض..."⁽⁷⁾.

(1) سفير حجة كحلة، مرجع سابق، ص 222.

(2) محسن صويلح، مرجع سابق، ص 51.

(3) صويلح كريمة، مرجع سابق، ص 80.

(4) بروك حليلة، «الرقابة القضائية على احترام مبادئ الصفقات العمومية في الجزائر: قاضيان لعقد واحد»، مجلة العلوم

الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 43 مارس 2016، ص 201.

(5) بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 54.

(6) عدو عبد القادر، المنازعات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 96.

(7) نقلا عن: تيورسي محمد، إشكالية التكامل والتصادم بين...، مرجع سابق، ص 23.

ثانياً: التعويض عن الأضرار المخلة بالمنافسة.

يكتفي قاضي الإلغاء بإبطال القرار الإداري المرتبط بالعقد دون أن يبين أثر ذلك على العملية التعاقدية، على أساس أنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بأكثر مما طلب منه، أما بخصوص مراقبة مدى صحة العملية التعاقدية فلا يمكن أن يراقبها قاضي المشروعية، وإنما يسند الاختصاص لجهة أخرى، وأكد مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة تملك حسب ظروف كل قضية أن تستخلص النتائج التي تترتب على إلغاء القرار الإداري، وذلك تحت رقابة القاضي⁽¹⁾.

تتحقق الحماية القضائية لقواعد المنافسة أمام القضاء الكامل من خلال، دوره كامتداد لقضاء المشروعية، طالما أن اللجوء إليه يعد أمراً لازماً من أجل استخلاص الآثار القانونية المترتبة عن الحكم بإلغاء القرارات المنفصلة الممهدة لإبرام الصفقة العمومية، إذ أن الحكم بالإلغاء بما له من حجية مطلقة، يعني إعدام القرار المطعون فيه في أصله، كأنه لم يكن بالنسبة للكافة، مما يحق للمستفيد من الحكم بالمطالبة أمام قضاء الكامل بمحو الآثار المترتبة منذ تاريخ صدوره، والتعويض عن الأضرار الناجمة عن تنفيذه⁽²⁾، وبهذا تتسع سلطات القاضي المختص في هذه الدعوى مقارنة بسلطاته المحدودة في دعوى الإلغاء القرارات الإدارية⁽³⁾، فينظر القاضي الإداري في القضايا المعروضة عليه ويقضي بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الممارسات الخلة بالمنافسة في إبرام الصفقة العمومية.

إن دعوى الإلغاء لا تتيح إمكانية تصحيح إجراءات عملية تنظيم المنافسة أو إعادة تنظيمها ليستفيد منها الطاعن والحكم بالإلغاء لن يمنحه بشكل مباشر مركزاً إيجابياً يعيد إليه ما ضاع منه بسبب القرار الإداري المخل بقواعد المنافسة، فالتعويض إحدى وسائل الرقابة على الإدارة بمقتضاه يتم تقرير مسؤولية أشخاص القانون العام، عما أصاب المضرور بسبب عدم مشروعية القرار الإداري، فعدم المشروعية شرط أساسي للتعويض عن القرارات الإدارية⁽⁴⁾، التي تضر بالمؤسسة. ولتقدير التعويض يجب أن يكون الضرر محققاً ومباشراً، كما أن القضاء يجيز التعويض عن الضرر الناتج عن ضياع الفرصة وهو ما قد يسمح بتخطي الصعوبة المشار إليها، وبالتالي

(1) بروك حليمة، «الرقابة القضائية على احترام مبادئ الصفقات...»، مرجع سابق، ص 202.

(2) بن سالم خيرة، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة، مرجع سابق، ص 254.

(3) خضري حمزة، «الرقابة القضائية على الصفقات العمومية...»، مرجع سابق، ص 202.

(4) نداء محمد أمين أبو الهوى، مسؤولية الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة، قدمت هذه الرسالة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2010، ص 2.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

يملك القاضي سلطة البحث والكشف عن مدى وجود الضرر في حق المطالب بالتعويض ومدى تأثيره بفعل النشاط الذي قامت به الإدارة بما يمكنه من تقدير تناسب هذا الضرر مع التعويض المطلوب، الذي يفرض وجود ركني الضرر والخطأ والعلاقة السببية بينهما⁽¹⁾، وبذلك يعد التعويض وسيلة ناجعة وفعال ورقابة غير مباشرة على أعمال الإدارة وقراراتها وتصرفاتها.

إن عيوب عدم المشروعية التي تلحق بالقرار الإداري لا تصلح جميعها للتعويض، فعيب مخالفة القانون وعيب إساءة استعمال السلطة يصلحان للتعويض، أما عيب الشكل والإجراءات وعيب عدم الاختصاص فلا يؤديان بصفة حتمية للتعويض، إلا إذا كانا يؤثران في موضوع القرار وجوهره، ويترتب على ذلك أنه إذا صدر القرار سليماً ومطابقاً للقانون فإن الإدارة لا تسأل عن الأضرار مهما بلغت من الجسام⁽²⁾.

منح المشرع الجزائري للقاضي الإداري دور مهم في حماية المنافسة من خلال دعوى الإلغاء التي تستهدف غايتين إحداهما جوهرية وثانيهما ثانوية في المقام الأول تحقيق مبدأ المشروعية لتحقيق المصلحة العامة والخاصة، والغاية الثانوية تتمثل في حماية حقوق الأفراد وحريةهم من التعسف⁽³⁾، تدعم دعوى التعويض هذه الأخيرة باعتبارها تكمل الحماية التي يصبغها قضاء الإلغاء على حقوق الأفراد، كما أن طريق التعويض يبقى مفتوحاً وإن فقد الطاعن وسيلة الإلغاء بعد فوات الميعاد فيكون أمامه الطعن بالتعويض، وهذا الأخير يتيح للأفراد جبر الأضرار الناجمة عن القرارات الغير مشروعة والتي تتخذها الإدارة.

ثالثاً: التوفيق بين مقتضيات حرية المنافسة والمصلحة العامة

يمارس القاضي الإداري الرقابة على نشاط الإدارة، إلا أنها لم تعد تلك الرقابة التقليدية التي تستبعد من اختصاصها الكثير من التصرفات الإدارية بل أصبحت تشمل كل أنواع العمل الإداري، عن طريق الدفع بعدم مشروعيتها بل امتدت حتى إلى فحص مدى ملائمة التصرفات الإدارية، فظهرت بذلك الكثير من النظريات القضائية التي تجيز وتبرر الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة⁽⁴⁾.

(1) عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية...، مرجع سابق، ص 266.

(2) نداء محمد أمين أبو الهوى، مرجع سابق، ص 5.

(3) خطار الشنطاوي علي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2008، ص 273.

(4) جفالي سامية، «نطاق اختصاصات القاضي الإداري في الرقابة على التصرفات الإدارية»، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس المدية، المجلد الثالث، العدد الثاني، الجزء الثالث، جوان 2017، ص 171.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

يراقب القاضي الإداري مدى التزام الإدارة باحترام قواعد المنافسة عند إبرامها الصفقات العمومية، والهدف من ذلك هو تلبية الحاجيات العامة، وتحقيق المصلحة العامة، ويتدخل القاضي الإداري في هذا المجال من أجل تدعيم التطبيق الفعال لقواعد المنافسة، مما يدعم عملية البحث عن إيجاد توازن بين سياسة حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة⁽¹⁾، وهو ما أشار إليه قانون المنافسة، فالقاضي الإداري لا يستند إلى أحكام قانون المنافسة بشكل مطلق، بل يأخذ بعين الاعتبار متطلبات المرافق العامة التي تصب في وعاء أشمل وهو المصلحة العامة.

يجب على الإدارة العامة التي تستخدم امتيازات السلطة العامة كاتخاذ قرار إداري نجم عنه أثر مقيد للمنافسة أن تثبت أنه لا يوجد سبيل آخر غير اتخاذ القرار الإداري المعني لتحقيق الصالح العام وفي هذه الحالة يقوم القاضي الإداري باستبعاد تطبيق قانون المنافسة على الإدارة العامة لتمكينها من تحقيق الصالح العام، إلا أن العراقيل والقيود التي يمكن أن يسببها القرار الإداري للمنافسة لا يجب أن تتعدى حدود ما هو ضروري لتحقيق الصالح العام⁽²⁾، لأنه إذا كان القانون الإداري من خلال تنظيمه للمرافق العامة وممارسة امتيازات السلطة العامة يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، فإن قانون المنافسة بدوره ينظم السير الحسن للمنافسة، بعدم تفضيل مؤسسة على أخرى وبذلك يضمن المصلحة العامة⁽³⁾، ويحمي النظام العام الاقتصادي.

وفي هذا الإطار أشار الأستاذ رشيد زوايمية بأن الخلل بقانون المنافسة ليس ممنوع لأنه يمس بمصالح المؤسسات التي تكون ضحية هذا الخلل، بل هو ممنوع لأنه يحمل تعدي على النظام العام الاقتصادي، الذي يشبه المصلحة العامة الاقتصادية التي تهيمن على السوق⁽⁴⁾.

وبهذا فإن القاضي سيقوم بإعطاء الأولوية لتحقيق المصلحة العامة، وتغليبها على أي شكل من أشكال المصالح الأخرى حتى إذا كان الأمر يقتضي استبعاد تطبيق قانون المنافسة⁽⁵⁾، ولئن كان هذا التوجه يثير مخاوف بعض المحللين لكونه يؤول في نظرهم إلى جعل قانون المنافسة ذي دور ثانوي أمام القاضي الإداري، وذلك لأن قانون المنافسة كمصدر من مصادر المشروعية

(1) TARCHOUNA Lotfi, «Le tribunal administratif et les libertés économiques», revue Etudes Juridiques faculté de droit de Sfax, Tunisie, n° (03), 1993-1994, p 86.

(2) جلال مسعد، «مدى إخضاع الأشخاص...»، مرجع سابق، ص 164.

(3) CLAMOUR Guylain, Intérêt général et concurrence: essai sur la prééminence du droit public en économie de marché, Dalloz, Paris, 2006, p4.

(4) ZOUAIMIA Rachid, Le droit de la concurrence, op.cit, p 6.

(5) جلال مسعد، «مدى إخضاع الأشخاص...»، مرجع سابق، ص 156-157.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

الإدارية، لا يمكن أن يكون عاما ومطلقا، بل يجب أن يعطي للإدارة حيزا من السلطة التقديرية التي تسمح لها بالتوفيق بين حرية المنافسة وتحقيق المصلحة العامة التي تعتبر من أسمى الأهداف التي تعمل لأجلها، والتي يستبعد فيها تطبيق قانون المنافسة.

تجدر الإشارة في هذا الإطار أن رقابة القاضي الإداري على تصرفات الإدارة العامة، في إبرامها الصفة تدرج من حيث مداها فهي تتسع عند الاختصاص المقيد بالإجراءات الشكلية وتكريس مبادئ المنافسة لاختيار أحسن عرض، وتضييق عندما تمنح الإدارة سلطة تقديرية⁽¹⁾، لاعتبارات المصلحة العامة وتتم هذه الرقابة على مستويين⁽²⁾ الأول يتمثل في استقصاء الإشكالات المتعلقة بتعليق قرارات الإقصاء من المنافسة والتي تملك المصلحة المتعاقدة إزاءها كامل الحرية والسلطة التقديرية، أما الثاني فيتعلق بالرقابة على السلطة التقديرية على المصلحة المتعاقدة في إقصاء التعهدات والعروض المقدمة من المتنافسين، ويتم ذلك من خلال الوقوف والتأكد من مدى التوفيق بين السلطة المقيدة نسبيا للمصلحة المتعاقدة وسلطته التقديرية في اختيار ومنح الصفقة.

وبهذا فإن سلطة القاضي الإداري في إطار الرقابة على أعمال المصلحة المتعاقدة، له دور فعال، من خلال توسيعه في حالة أن المصلحة المتعاقدة تكون مقيدة بالضوابط القانونية التي تقيد حريتها في إبرام الصفقة العمومية، ويتراجع دوره في حالة السلطة التقديرية، التي تكون لها نوعا من الحرية والتحرر من قيود إبرام الصفقة العمومية والتي يستبعد فيها تطبيق قانون المنافسة.

إن قاعدة استبعاد تطبيق قانون المنافسة على المصلحة المتعاقدة قاعدة استثنائية لا يجب التوسع في تفسيرها بل لا بد على القاضي الإداري أن يفسرها تفسيرا ضيقا، وأنه حتى يتم استبعاد تطبيق قانون المنافسة على المصلحة المتعاقدة، يجب على هذه الأخيرة، أن تثبت أن تطبيق قانون المنافسة سيؤدي إلى إعاقة وعرقلة المهمة الخاصة التي أنشأ من أجلها، في إطار أداء مهام المرفق العام، وممارسة امتيازات السلطة العامة⁽³⁾.

إن كان للقضاء سلطة واسعة لحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، إلا أن سلطاته تبقى محدودة، إذ أن هذا الموضوع حديث بالنسبة للقاضي، وأنه يخرج عن الفهم التقليدي للقوانين والقضاء التقليدي، ذلك أن قانون المنافسة مزيج بين الاقتصاد والقانون، الأمر الذي يقتضي لا محالة تدخل القضاء إلى جانب دور مجلس المنافسة في وظيفة الضبط خاصة في المجال

(1) VELLEJ Serge, Droit administratif, 6^{eme} édition, Vuibert, Paris, pp91, 92

(2) تيورسي محمد، إشكالات التكامل أو التصادم بين قواعد المنافسة...، مرجع سابق، ص 22.

(3) جلال مسعد، «مدى إخضاع الأشخاص...»، مرجع سابق، ص 163.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

الاقتصادي والمالي، فالقاضي ملزم بالخروج عن دوره التقليدي ونمطه المعتاد في التحليل، ما دام أن وظيفة الضبط تتطلب منه الحرص على تحقيق المصلحة العامة وكذا السهر على إكمال الدور المحدود لمجلس المنافسة في هذا المجال، الأمر الذي يتطلب تحول عميق في الميدان القضائي للعب دور فعال في المجال الاقتصادي⁽¹⁾.

كما أنه قد يبدو من الصعوبة بمكان أن يقم القاضي الإداري ضمن إجراءات تطبيق قانون المنافسة، نظرا لعدم ملاءمة طبيعة هذا الأخير مع ما يتطلبه هذا القانون من دراية تامة بالمجال الاقتصادي⁽²⁾، ولهذا يجب تكوين القضاة الإداريين في المادة الاقتصادية أو تعيين قضاة يتمتعون بتكوين اقتصادي مع منحهم وسائل تمكنهم من دراسة الملفات المعروضة أمامهم، خاصة إذا علمنا أن غالبية مجلس المنافسة لهم تكوين وخبرة طويلة في المجال القانوني والاقتصادي تمكنهم من التحكم في تطبيق قانون المنافسة بالمقارنة مع القضاة الإداريين⁽³⁾.

المطلب الثاني

الدور الوقائي للقضاء الإداري الإستعجالي في إخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة

نظرا لأن دعوى الإلغاء التي توجه ضد القرارات المنفصلة من دون فعالية، والتي تستغرق مدة من الزمن لا تستجيب ولا تتناسب في الكثير من الأحيان مع الحالة المستعجلة التي يتطلبها الانتهاك الواقع بخصوص حرية المنافسة، فإذا أبرم العقد وتم الشروع في تنفيذه، فقد يترتب نتائج يصعب تداركها والتحكم فيها بعد ذلك، لأن القاضي يبت فيها غالبا بعد توقيع العقد، فضلا عن عدم تأثير إلغاء القرار المنفصل على الوجود القانوني للصفقة نفسها، ما لم يتمسك بها طرفاه بعد الإلغاء أمام قاضي العقد لترتيب البطلان، مما ينبغي عدم وجود أي مصلحة عملية يحققها هذا الإلغاء بالنسبة للغير.

نظرا لانشغال التشريعات القانونية دائما بصحة وسلامة إجراءات إبرام الصفقة العمومية ومراعاتها لقواعد المنافسة، فقد أوجدت آلية تغطي فيها محدودية دور قاضي الموضوع في حمايتها، وطول الإجراءات للفصل في النزاع، وفي هذا ظهر نظام قضائي في إطار قضاء الإلغاء له صفة الاستعجال محله القرارات الصادرة عن الإدارة في مجال إبرامها الصفقة، متى كان في هذه

(1) لمين كريم، مرجع سابق، ص 12.

(2) تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي...، مرجع سابق، ص 252.

(3) لعور بدر، مرجع سابق، ص 501.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

القرارات مساس بضمانات عروض المرشحين وانتقاص لمبدأ العلانية والمنافسة الذي يفترض أن يكون أساسا يقوم عليه التعاقد.

استمد المشرع الفرنسي نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد من التشريع الناظم للعقود في دول الاتحاد الأوروبي، ومن ثم تحول إلى إجراء أصيل وأساسي في التشريع الفرنسي⁽¹⁾، وكان للمشرع الفرنسي دور في إرساء معالم دعوى قضائية جديدة تعد حديثة العهد بالولادة، غير أنها في جوهرها آلية شديدة القسوى تضمن فعالية أحكام العلانية والمنافسة⁽²⁾، والذي يعد اتجاها حديثا في قضاء الإلغاء يتناول خروقات مبدأ المشروعية التي يمكن أن تقع من جانب الإدارة في التصرفات أحادية الجانب التي تتخذها في سبيل تنفيذ المهام المنوطة بها متى عبرت عن رغبتها في التعاقد، وذلك في إطار الالتزام الملقى على عاتق الإدارة بضمان مبدئي العلانية والمنافسة عند التعاقد⁽³⁾.

تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي الذي حقق تطورا ملحوظا في حماية مبادئ المنافسة والعلانية والمساواة أثناء مرحلة إبرام الصفقة العمومية، والتي تعد روح وجوهر قانون الصفقات العمومية⁽⁴⁾، وذلك عن طريق آليتين متكاملتين هما التشريع والاجتهاد القضائي⁽⁵⁾، رغم أن هذه الخطوة جاءت متأخرة مقارنة بالقانون الفرنسي، إلا أنها تؤكد إرادة المشرع الجزائري في تطوير المنظومة القانونية⁽⁶⁾.

كرس المشرع الجزائري اختصاص القضاء الإداري الاستعجالي بموجب القانون 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ المعدل والمتمم، تعزيزا لآليات الطعن للمرشحين المتضررين من الإخلال بقواعد

(1) غندور محمد سعيد، مرشحة عمار، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، المجلد 20، العدد 2/أ، 2014، ص 328.

(2) كريكو فيال، «تسوية منازعات الصفقات في الجانب الاستعجالي»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، المجلد 30، عدد 3، ديسمبر 2019، ص 413.

(3) غندور محمد سعيد، مرشحة عمار، مرجع سابق، ص 326.

(4) فقير محمد، رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، آلية وقائية لحماية المال العام، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني السادس حول: "دور الصفقات العمومية في حماية المال العام"، المنظم من طرف كلية الحقوق، جامعة المدية، يوم 20 ماي 2013، ص 6.

(5) غني أمينة، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 232، 233.

(6) قاسمي خديجة، عرباوي نبيل صالح، «دور القاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية»، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالح أحمد النعام، المجلد الرابع العدد 02، جوان 2018، ص 317، 318.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

الإشهار والمنافسة، وذلك برفع دعوى الاستعجال لفرض رقابة القضاء على إجراءات إبرام الصفقات العمومية، من التجاوزات المخلة بقواعد المنافسة من طرف المصلحة المتعاقدة، باتخاذ إطار تعزيز قواعد المنافسة في نطاق إبرام الصفقات العمومية، وتكريس آليات تشريعية تجسد رقابة فعالة تؤمن احترام قواعد المنافسة والعلانية والإشهار في مجال الصفقات العمومية.

رغبة من المشرع في تكريس هذه الحماية منح للقاضي الإستعجالي سلطات واسعة غير مألوفة، في النظام القانوني للقضاء الإداري، ومن أجل بيان ذلك يجب التطرق للضوابط القانونية التي تحكم القضاء الإداري الاستعجالي في حالة الإخلال بقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية (الفرع الأول)، من أجل تحديد دوره الفعال في الحد من الإخلال بقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الضوابط القانونية لاختصاص القاضي الإداري الاستعجالي

يعتبر القضاء الإداري الاستعجالي مسلكا قضائيا مخصصا لتوفير حماية مؤقتة وسريعة للمراكز الحقوقية، الممنوحة للمتعاملين الاقتصاديين المرشحين للصفقة العمومية، في مواجهة ما يهددها من آثار وخيمة، من جراء إخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة، قد تزداد خطورة بمرور الوقت إلى حد يخشى معه استدراك الحالة وإرجاعها إلى ما كانت عليه قبل حدوث النزاع، لذلك فهو يختلف عن مسالك قضاء الموضوع بالنظر إلى الطابع الاستثنائي المميز للطلبات الإستعجالية، المتمثل في كونها فورية وشفوية، وموسومة بالنفاذ المعجل بقوة القانون، ونظرا لهذه الأهمية وضرورة توضيحها يجب التطرق إلى الضوابط القانونية التي تحكم القاضي الاستعجالي في هذا المجال، من خلال ضبط مجال اختصاص القاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية وبالضبط اختصاصه في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، من جراء إخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة، (أولا)، مما يترتب عنه اختصاص القاضي الاستعجالي بتطبيق قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية (ثانيا).

أولا: مجال اختصاص القاضي الاستعجالي في الصفقات العمومية

نظم المشرع الجزائري الاستعجال في مادة الصفقات العمومية بموجب القانون رقم 08-09 من ق.إ.م.إ. وخصص لها الباب الثالث من الكتاب الرابع المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام الجهات

القضائية الإدارية الإستعجالية، وخصص له المواد 917، 918، 921، 922، 924، 935، على أن ما نعرض إليه كمرجع هو نص المادتين 946، و947 لارتباطهما بالمنافسة، وتكريس شفافية في إبرام الصفقات العمومية، وقبل التطرق إلى شروط رفع الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية، يجب التطرق إلى حدود اختصاص القاضي الإستعجالي بالنظر في إخلال المصلحة المتعاقدة بالمنافسة

1- حدود اختصاص القاضي الإستعجالي بالنظر في إخلال المصلحة المتعاقدة بالمنافسة

حرص المشرع على مواجهة أي خرق يمس المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الصفقات العمومية والتي تعد روح وجوهر تنظيم الصفقات العمومية، ولعل من بين أهم الأسباب التي دفعت المشرع بتكريس هذا النوع من الدعاوى هو الانتهاك الخطير لقواعد العلانية والشفافية من طرف المصلحة المتعاقدة، الأمر الذي نجم عنه إبرام صفقات عمومية تقوم على اللامشروعية، مما أثر سلبا على التنمية الاقتصادية⁽¹⁾، ونظرا لآثار السلبية التي قد تنجم عن الإخلال بقواعد المنافسة، تكون محل متابعة أمام القضاء الإداري الإستعجالي، وفي هذا تنص المادة 946 من ق.إ.م.إ على أنه "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال...".

يمكن تعريف القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية بأنه "إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة"⁽²⁾، أو أنها دعوى تصحيحية وقائية سابقة على إبرام العقد، بمعنى

(1) دهمة مروان، «القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية»، مجلة التمكين الاجتماعي، جامعة عمار تليجي الأغواط، المجلد 02، العدد 03، سبتمبر 2020، ص 126.

(2) أنظر في ذلك: بزاحي سلوى، «رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، المجلد 05، العدد 01، 2012، ص 31.

أنها دعوى قضائية استعجالية قبل تعاقدية، تثار في مرحلة سابقة على إبرام العقد، وذلك في حالة إخلال الإدارة بقواعد الإشهار والمنافسة التي تقوم عليها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية⁽¹⁾.

من خلال هذه التعاريف يتبين أنها مجال اختصاص القاضي الإستعجالي هو قبل إبرام العقد، وهو ما أكده المشرع الجزائري في معرض نص المادة 3/946 من ق.إ.م.إ على أنه "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد"، وبهذا لم يحدد المشرع أجلا أو مدة زمنية معينة لرفعها شأنه شأن المشرع الفرنسي⁽²⁾، غير أننا نتساءل من وراء القصد بعبارة يجوز فهل يكون بذلك قد خول المشرع إمكانية رفع الدعوى قبل وبعد إبرام الصفقة؟

بالرجوع إلى مجال اختصاص مجلس المنافسة، والتي تشمل ابتداء من نشر الإعلان عن الصفقة العمومية إلى غاية المنح النهائي⁽³⁾، يمكن القول أن مجال اختصاص القضاء الإستعجالي جاء يتوافق مع مجال تطبيق قانون المنافسة ومجال اختصاص مجلس المنافسة، وعليه يمكن مباشرة هذه الدعوى خلال فترة سير إجراءات التعاقد إذا كان ثمة خرق لقواعد العلانية والمنافسة من قبل المصلحة المتعاقدة، ولكن قبل إبرام العقد، وهذا يجعل من هذه الدعوى آنية وذات طبيعة وقائية لتؤمن فاعليتها، وبالمقابل فإن سلطات القاضي عند نظر في هذه الدعوى تنتهي عند توقيع العقد⁽⁴⁾، وبهذا فاختصاص القاضي الإستعجالي يشمل المرحلة التمهيدية أو مرحلة الإبرام، وبهذا يمكن أن نستخلص ما يلي:

- تباشر هذه الدعوى قبل إبرام العقد، بما يمكن من إيقاف المخالفات الممكنة التي تمس قواعد العلانية والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية⁽⁵⁾، فتهدف إلى تصحيح الخرق والإخلال الذي تسببت فيه المصلحة المتعاقدة، وليس إلى تصحيح العقد في حد ذاته، لأن العقد لم يتم إبرامه أصلا، وهذا ما يؤكد الطابع الوقائي لهذه الدعوى⁽⁶⁾.

(1) كنتاوي عبد الله، القضاء الإستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر، تلمسان، 2018/2017، ص 38.

(2) دهمة مروان، مرجع سابق، ص 129.

(3) المادة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم.

(4) غندور محمد سعيد، مرشحة عمار، مرجع سابق، ص 341.

(5) المادة 946 من القانون 08-09 من ق.إ.م.إ.

(6) كنتاوي عبد الله، القضاء الإستعجالي في مادة العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 41.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد المنافسة

- قاضي دعوى الاستعجال قبل التعاقد لا يحل محل قاضي العقد، ذلك أن هذه الدعوى لا تنصب على نزاع ناشئ عن العقد، أي بمعنى آخر فإن الحقوق والالتزامات منطلقها القانون وحده وليس العقد، وهذا يعني أنه متى تم إبرام العقد فلا مجال لإعمال هذه الدعوى، فمن الواجب طرح النزاع أمام قاضي الاستعجال قبل التعاقد قبل وصول أجل إبرام العقد إلى نصابه، ويتعين على القاضي الإداري التأكد من وجود حق للمدعي يخشى ضياعه إن تم إبرام العقد وبدأ تنفيذه⁽¹⁾، خاصة وأن هذه الإجراءات المتخذة في هذه الدعوى تفقد كل غايتها ومحتواها وفعاليتها بعد إبرام عقد الصفقة، فالمفروض أن تدخل القضاء يكون قبل إبرام العقد، حماية لعملية الإبرام، كما هو الحال عليه في التشريع الفرنسي⁽²⁾.

وفي هذا قضى مجلس الدولة الجزائري في قراره المؤرخ في بتاريخ 2012/06/21 والذي جاء فيه "... حيث أن القاضي الاستعجالي يكون مختصا في مرحلة الإخلال بالالتزامات الإشهار أو المنافسة وقبل إبرام العقد، وطالما أن الصفقة قد أبرمت والأشغال قد نفت فالقرار المستأنف بفعله هذا قد تعدى لأصل الحق مما يتعين إلغاءه والتصريح من جديد بعدم اختصاص قاضي الاستعجال"⁽³⁾.

2- شروط قبول القاضي الإداري النظر في الدعوى الإستعجالية

يختص القاضي الإداري الإستعجالي بالنظر في إخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة والإشهار، بتوفر مجموعة من الشروط القانونية التي تتفرد بها الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية، وحدد المشرع شروط رفعها في المادة 946 من القانون 08-09 المتضمن ق.إ.م. المعدل والمتمم، التي تعد الإطار القانوني لهذه الدعوى، وعند التمعن في أحكامها تظهر خصوصية دعوى الاستعجال:

(1) فقير محمد، مرجع سابق، ص7.

(2) BRACONNIER Stéphane, précis du droit des marchés publics, 4^{eme} édition, Editions le moniteur, Paris, 2012.

(3) قرار مجلة مجلس الدولة رقم 074854، صادر بتاريخ 21 جوان 2012، قضية ولاية البيض ضد (أ.م.)، مجلة مجلس الدولة عدد 12، 2014.

أ- الاختصاص:

تعتبر مسألة الاختصاص القضائي من مسائل النظام العام التي تسبق الفصل في النزاع، وفي هذا المجال فمن ناحية الاختصاص الإقليمي ينبغي تقديم الطعن في مواد العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة الإدارية الواقعة في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، وإذا تعلق الأمر بالأشغال العمومية يرفع الطعن أمام المحكمة الواقعة في دائرة اختصاصها تنفيذ الأشغال⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بالإختصاص النوعي فيتحدد كما هو معلوم وفق المادة 800 من القانون رقم 09-08 المعدلة بموجب المادة 4 من القانون 13-22، وبالتالي تختص المحاكم الإدارية في المنازعات الإدارية كأول درجة بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة الإدارية للاستئناف⁽²⁾ على أن يتم الفصل في الطعن الإستعجالي من قبل رئيسها، والتي كانت قبل تعديل القانون 09-08 يفصل بالتشكيك الجماعية، حيث تنص المادة 917 من ق.إ.م.إ. المعدلة بموجب المادة 8 من القانون 13-22 من ق.إ.م.إ. على أنه "يفصل في مادة الاستعجال على مستوى المحكمة الإدارية من قبل رئيسها، ومن قبل التشكيك الجماعية على مستوى المحكمة الإدارية للاستئناف برئاسة رئيس هذه الأخيرة، ومن قبل التشكيك الجماعية على مستوى مجلس الدولة"

ب- صفة رافع الدعوى (المدعي)

يجب أن يكون للمدعي رافع الدعوى المستعجلة الصفة فهو صاحب الحق المعتدى عليه والمراد حمايته بالإجراء المطلوب أو من يقوم مقامه، ويدرسها بعض الفقهاء الصفة كخاصية من خصائص المصلحة، وهي أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة، والمقصود بها أن يكون رافع الدعوى هو نفسه صاحب الحق (المصلحة)، التي أعتدي عليها، والمتمثل في الأشخاص المتنافسين بصدد إبرام صفقة عمومية، والذين يمكن أن تتعرض حقوقهم لضرر جراء الإخلال بقواعد المنافسة والإشهار، وللوالى باعتباره ممثلاً للدولة على مستوى الولاية حسب المادة 92 من قانون الولاية، الحق في أن يخطر المحكمة الإدارية في حال الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، إذا أبرمت صفقة أو ستبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، دون أن

(1) المادة 804 من القانون رقم 09-08 المتعلق ق.إ.م.إ. المعدل بموجب المادة 4 من القانون 13-22 .

(2) المادة 943 من القانون رقم 09-08 المتعلق ق.إ.م.إ. المعدلة بموجب المادة 8 من القانون 13-22.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

يثبت المصلحة أو تضرره من الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة، حسب ما أفادت به المادة 2/946 من ق.إ.م.إ بحكم حماية المصلحة العامة⁽¹⁾.

إن شرط الصفة يأخذ في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد مفهوماً أوسع من شرط الصفة المعروف في القواعد العامة لأن صفة المدعي تكتسب إما بحكم المصلحة، حيث أن المدعي في هذه الحالة يكون من المتنافسين المتقدمين بالعروض، ولا يلتزم المدعي بوجود إثبات ضرر ناتج عن الإخلال بقواعد المنافسة بل يكفي أن يملك المدعي فرصة للفوز بالصفقة فيما لو لم يرتكب هذا الخرق⁽²⁾، أو تكتسب بحكم القانون، والمدعي في هذه الحالة لا يكون أحد المتنافسين المتقدمين بالعروض بل يعد من أحد الأشخاص العامة الرسمية، والذي يمنح له القانون صراحة الحق في تحريك الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية عن طريق الإخطار في حالة خرق قواعد العلانية والمنافسة من أجل المحافظة على المصلحة العامة⁽³⁾، أما بالنسبة للمدعي عليه فيجب أن يكون هو الشخص الذي يوجد الحق في مواجهته، وبذلك فهو الذي تتسبب إليه التصرفات الغير القانونية التي تخل بالتزامات الإشهار أو المنافسة، المؤهلة للإبرام صفقة عمومية، والمتمثلة في المصلحة المتعاقدة المحددة في المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247.

من خلال ما سبق يمكن القول بصعوبة تفعيل المادة 946 من ق.إ.م.إ في غياب الأطر القانونية المحددة لكيفية تبليغ والإعلام بالتجاوزات الحاصلة، مما أدى إلى صعوبة العلم بالمخالفات التي ترتكب في مرحلة إبرام الصفقة⁽⁴⁾، وأثبت الواقع أنه نادراً ما يقوم الوالي بتقديم طعن لأنه ليس له المعلومات الكافية عن المرحلة السابقة للتعاقد ولا يعلم بالصفقة إلا بعد تلقيه المداولة التي وافقت عليها أو الشكوى التي قد يقدمها مرشح متضرر⁽⁵⁾.

(1) بن دعاس سهام، «حماية القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدية لعملية إبرام الصفقات العمومية»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 11، العدد 1، أفريل 2020، ص ص 372، 373.

(2) فقير محمد، مرجع سابق، ص 09.

(3) كنتاوي عبد الله، «أطراف دعوى الاستعجال...»، مرجع سابق، ص 290.

(4) بومقورة سلوى، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني السادس حول: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، جامعة د. يحي فارس المدية، يوم 20 ماي 2013، ص 11. وكذلك: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 851.

(5) بروك حليمية، «دور الطعن الاستعجالي...»، مرجع سابق، ص 306.

ت - الإخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة والإشهار

يشمل التجاوزات التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة، والتي تعد انتهاك لقواعد العلانية والمنافسة، خرق قواعد الإعلان عن الصفقة العمومية، سوء اختيار المصلحة المتعاقدة لإجراء إبرام الصفقة العمومية المناسب، الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد، الحرمان أو الاستبعاد المرشحين من الصفقة دون وجه حق، وضع المصلحة المتعاقدة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي لأحد المرشحين على حساب البقية انتهاكا لنزاهة المنافسة.

وبالتالي فإن جميع هذه التجاوزات التي سبق التفصيل فيها سابقا، لها علاقة بإجراءات الإشهار والمنافسة، في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، من شأنها أن تشكل مساسا بمبادئ المنافسة المكرسة في 05 قانون الصفقات العمومية، والتي تشكل ممارسات منافية للمنافسة بمفهوم قانون المنافسة، والتي وغالبا ما تتجسد في شكل قرارات إدارية، من شأنها التأثير على المنافسة في سوق الطلبات العمومية، لهذا أوجب القانون على المصلحة المتعاقدة احترام قواعد المنافسة، بإبرام الصفقة مع العارض الذي يقدم أحسن عرض.

وهذا يعد تأكيدا أن للقضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد دورا لا يستهان به في حماية قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية، فالمصلحة المتعاقدة باعتبارها مؤتمنة على الصالح العام، يفترض أنها تحترم جميع القواعد التشريعية المنظمة لعملية إبرام الصفقات العمومية، إلا أنه قد يتعسف أعوانها وينحرفون عن العدالة التي تقتضيها قواعد القانون في مجال منح الصفقات العمومية ودرءا لأي ضرر قد يصعب جبره لاحقا فقد مكن المشرع القضاء من سلطة الرقابة القبيلة فضلا عن تمكين أصحاب المصلحة من اللجوء إلى القضاء ومخاصمة المصلحة المتعاقدة طالما إدعوا أنها تعسفت وذلك من شأنه تعزيز وتكريس آليات رقابية أكثر فعالية غابت عن نصوص التشريعات السابقة⁽¹⁾.

(1) حسون محمد علي، نواصية حنان، «دعوى استعجال ما قبل التعاقد في التشريع الجزائري»، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء العراق، العدد الأول، 2018، ص 252.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

يثبت المدعى أن المصلحة المتعاقدة قد أخلت بقواعد المنافسة والإشهار⁽¹⁾، والملاحظ أن المشرع والقضاء الفرنسي، لم يشترطاً أن يكون الضرر حاصلًا بل يستوي أن يكون محتمل الوقوع بالنسبة للمرشح، ومن ثمة فلا يقع على هذا الأخير عبئ إثبات ذلك، وإنما يكفي تقديمه لمبررات تسمح بتقدير الضرر وتشير إلى مدى تأثير الإخلال وتسببه بوقوعه⁽²⁾، ومفهوم القابلية للضرر لا يستلزم إثبات وجود ضرر قد تسبب به عيب العلانية والمنافسة محل الدعوى، بل يكفي أن يملك المعني بالدعوى فرصة جدية للظفر بالعقد المطلوب إبرامه فيما لو أن هذا الخرق لم يرتكب⁽³⁾.

ثانياً: اختصاص القاضي الإستعجالي بتطبيق قواعد قانون المنافسة

ترفع دعوى إستعجالية في مرحلة ما قبل التعاقد في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها القانونية المتعلقة بالإشهار أو المنافسة، التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية المحددة في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وهذا جاء متناسقا وتعديل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة بموجب القانون 08-12 والقانون 10-05 من حيث الإطار الزمني والذي تم بموجب المادة 2 منه إلى أنه تخضع الصفقات العمومية لأحكام القانون المنافسة حيث تنص المادة 02 منه على أنه "...تطبق أحكام هذا الأمر على ما يلي ... - الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة...".

يعتبر نص المادة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة بمثابة النص التكميلي لقانون الصفقات العمومية الذي تضمنت في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام هذا المرسوم".

(1) قرار مجلس الدولة، ملف رقم 078520+078275 صادر بتاريخ 5 ديسمبر 2013 قضية: (مؤسسة م.ي.) لأشغال البناء ضد (وزارة السكن والعمران ومن معها)، حول موضوع: ... يقع إثبات إخلال الإدارة بقواعد المنافسة على المدعي بهذا الإخلال)، مجلة مجلس الدولة، عدد 11، 2013.

(2) بوحانة تابتي، «دور القضاء الإستعجالي قبل التعاقد»، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة، العدد السادس، جوان 2016، ص 408.

(3) غندور محمد سعيد، مرشحة عمار، مرجع سابق، ص 335.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

ومما سبق يمكن القول أنه يعتبر المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، قانون منافسة في مجال الطلبات العمومية، باعتباره يستمد أحكامه من قانون المنافسة، وذلك بتكريس مبادئ المنافسة، والتي تتوافق إلى حد بعيد مع مبادئ قانون المنافسة، والتي من شأنها تفعيل المنافسة، والتكريس الفعلي للآليات القانونية والإجرائية لوجودها، ومحاربة الممارسات التي تعيق المنافسة في حدود معينة، لذا وجب التقيد بالقواعد القانونية المقررة لإبرامها ضمانا لفعاليتها⁽¹⁾، وتدعيما للتكريس القانوني مبدأ المنافسة الحرة، والشفافية في إبرام الصفقات العمومية، وهو ما أكدته المادة 09 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

يندرج اختصاص القاضي الإداري الإستعجالي في إطار إخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، وهذا يؤدي إلى التطبيق الغير مباشر للقواعد العامة في قانون المنافسة⁽²⁾، فاحترام التزامات الإشهار والمنافسة لا تقتصر على تلك الأحكام الموجودة في تنظيم الصفقات العمومية بل تمتد إلى احترام أحكام قانون المنافسة⁽³⁾، فينظر القاضي في مدى احترام القواعد الواردة في قانون المنافسة، كما ينظر أيضا في أي نصوص أخرى قد تكون لها علاقة مباشرة بإجراءات الإشهار والمنافسة⁽⁴⁾، في إبرام الصفقة العمومية، بما في ذلك قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والتي تمكن بمنح الصفقة للمتعهد الكفئ الجدير بها بما يخدم المصلحة العامة، والتي تقتضي حماية المال العام من جهة، والمحافظة على النظام العام الاقتصادي من جهة أخرى.

وبالتالي يمكن القول أن رقابة القاضي الإستعجالي هو الآلية القانونية الأنسب للربط بين تطبيق القاضي الإداري لقانون المنافسة، على النحو الذي يطبق فيه قانون الصفقات العمومية.

وبما أنه لا يمكن لمجلس المنافسة أن يمارس رقابته على القرارات الإدارية المخالفة لقانون المنافسة فلا يمكن أن تخاصم القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة العامة، لاسيما في هذا المجال

(1) بن دعاس سهام، «حماية القضاء الإستعجالي...»، مرجع سابق، ص 367.

(2) ديب محمد، «الاختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية»، مرجع سابق، ص 181.

(3) CROS Nicolas -XAVIER Boissy, les Litiges des Marchés Publics, Berger-Levrault, 2010, France, p 92.

(4) بن سالم خيرة، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة...، مرجع سابق، ص 275.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

إلا أمام القضاء الإداري الإستعجالي، وبهذا يجد نفسه أمام مهمة جديدة تتمثل في تطبيق قانون المنافسة، وفرض التزام المصلحة المتعاقدة باحترام قواعده (1).

وعلى هذا الأساس وكرؤية نظرية فإنه لا مانع قانوني يحول بالقاضي الإداري الإستعجالي عن تطبيق قانون المنافسة كمصدر من مصادر المشروعية الإداري، إذ أن مجلس المنافسة لا يملك اختصاصا حصري في مجال تطبيق قانون المنافسة (2).

وهو ما طبقه مجلس الدولة الفرنسي إيجابا في قرار "Bouygues" المؤرخ في 2 جويلية 1999 (3)، والذي أشار إلى أن تجاهل الإدارة لأحكام المادتين L.420-1 L.420-2 من التقنين التجاري الفرنسي، يمكن أن يشكل سببا وجيها لتدخل قاضي الاستعجال، على أن ذلك يقتضي توفر بعض الشروط الهامة مثل ضرورة أن يكون الإخلال مرتكبا من طرف المصلحة المتعاقدة، وليس من طرف مقدمي العروض (4).

من خلال ما سبق يمكن القول أنه تتأكد إرادة المشرع الجزائري في تطوير المنظومة القانونية ومواكبة التطورات الحاصلة في خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، من خلال الدور الوقائي الذي منحه للقاضي الإستعجالي في المادة 946 من ق.إ.م.إ، إذ من شأنه تفادي المخالفات المخلة بقواعد المنافسة التي تصدر من المصلحة المتعاقدة قبل إبرام الصفقة العمومية، في ظل قصور دور مجلس المنافسة في هذا المجال.

الفرع الثاني

دور القاضي الإداري الاستعجالي في التصدي لإخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة أشارت المادة 946 من ق.إ.م.إ، إلى صلاحيات قاضي الاستعجال في مجال إبرام العقود والصفقات العمومية، ودوره في الوقاية والتصدي لإخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة في

(1) جلال مسعد، "مساهمة القضاء الإداري في حماية المنافسة الحرة في القانون الجزائري"، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات المنتدى الوطني الأول حول: "آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، يومي 15 و16 ماي، ص 16.

(2) ديب محمد، «الاختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية»، مرجع سابق، ص 181.

(3) CE., 2 Juillet 1999, Société anonyme Bouygues et autres, n° 206749 ; www.legifrance.gouv.fr

(4) رقراقي محمد زكرياء، "طبيعة العلاقة بين قانون المنافسة والمتطلبات العمومية: تنافر أم تكامل"، مداخلة أقيمت في المنتدى الوطني التاسع حول: أثر التحولات الاقتصادية على تفعيل قواعد قانون المنافسة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د. مولاي الطاهر، سعيدة، يومي 17 و18 نوفمبر 2015، ص 7.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

إبرام الصفقة العمومية⁽¹⁾، ومن أجل دعم هذا الدور تم منح القاضي الإداري سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية العادية، تتجاوز سلطات قاضي الموضوع لاتخاذ تدابير نهائية من شأن بعضها أن تسوي موضوع النزاع (أولاً)، للوصول بذلك إلى تقييم دور القاضي الإداري الإستعجالي في التصدي لإخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة (ثانياً).

أولاً: سلطات القاضي الإستعجالي

منح المشرع الجزائري للقاضي الإداري الإستعجالي سلطات في مرحلة قبل إبرام العقد، والتي من شأنها الوقاية من التجاوزات التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة، والتي تخل بالتزاماتها القانونية المتمثلة في احترام قواعد المنافسة، فللقاضي الإستعجالي وبمجرد إخطاره أن يأمر تأجيل الإمضاء على العقد إلى نهاية الإجراءات (1)، كما له سلطة توجيه أوامر للمتسبب بالإخلال ليمتثل لالتزاماته (2)، كما يمكنه الحكم بالغرامة التهديدية ضماناً منه لتنفيذ المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها (3).

1 - سلطة تأجيل إضاء العقد

تنص المادة 6/946 من ق.إ.م.إ على أنه "...ويمكن لها كذلك بمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20 يوماً)".

يتمتع القاضي الإداري الإستعجالي بسلطة توجيه الأمر بتأجيل إضاء الصفقة العمومية وبإبرامها، إلى حين التأكد من سلامة إجراءات الدعوة إلى المنافسة، فتندرج السلطة الموقعة في حق القاضي على عنصر الوقاية، الهدف منها تقادي الإضرار بالمصلحة العامة وكذا المصلحة الخاصة للمدعي، إلا أن مدة التأجيل لا يمكن أن تتجاوز عشرين 20 يوماً وهذا ضماناً لسرعة الإجراءات المطلوبة في هذا النوع من القضاء الإستعجالي الذي يتطلب الحماية المستعجلة للحق، فهي سلطة مهمة وخطيرة في نفس الوقت، فمن جهة تعد وسيلة ضغط على الإدارة لتقي بالتزاماتها، وذلك لتقادي إبرام الصفقة مع من اختارته الإدارة، خروجاً عن مبادئ المنافسة، ومن

(1) خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

جهة أخرى سلطة خطيرة تشل عمليات العقد⁽¹⁾، وتؤثر على سير المرفق العام بانتظام واضطراب⁽²⁾، لكن في حالة رفع هذه الدعوى بعد إبرام العقد يصبح من رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق المشروعية العلاجية⁽³⁾.

حاول المشرع من خلال منح للقاضي الإستعجالي سلطة تأجيل إمضاء العقد أو الصفقة، تحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، لأنه إذا لم يتم تأجيل توقيع الصفقة فربما يشرع في تنفيذها في الوقت الذي تسري فيه إجراءات الدعوى أمام القضاء، وإلى أن يصدر الأمر قد تترتب نتائج يصعب تداركها بما يلحق الضرر بمصلحة المدعي⁽⁴⁾، وبالمصلحة العامة والنظام العام الاقتصادي، وبهذا يعد إجراء منطقياً بالنظر إلى نوعية هذه الدعوى وطبيعتها، والتي تهدف أساساً إلى تكريس القواعد والمبادئ الأساسية لإبرام الصفقات العمومية.

لم يرتب المشرع في حال تجاوز مدة تأجيل إمضاء العقد لمدة 20 يوماً في الفصل أي جزاء إجرائي، خاصة وأن هذه المدة جد قصيرة لا تتفق وأهمية المنازعة وتطوراتها، علاوة على أن مدة الفصل في حقيقة الأمر تخضع للسلطة التقديرية لهيئة القضاء الناظرة في المنازعة، وتدخل في صميم صلاحيتها.

2- سلطة توجيه أمر للإدارة أو الامتثال لالتزاماتها

الأصل المستقر عليه أن القاضي الإداري لا يستطيع تكليف الإدارة بعمل معين أو الامتناع عنه أو أن يحل محلها في إجراء يدخل في صميم اختصاصها، غير أن المشرع الفرنسي أجاز للقاضي الإداري توجيه أوامر إلى الإدارة ولكن أبقى ذلك ضمن حدود، فلا يوجه القاضي أمره للإدارة إلا إذا اقترن حكمه بإجراء يجب اتخاذه من قبل الإدارة فيصدر عندئذ حكمه مقترناً بأمر إلى الإدارة لأجل القيام بهذا الإجراء⁽⁵⁾.

(1) بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 67.

(2) بن دعاس سهام، «حماية القضاء الإستعجالي...»، مرجع سابق، ص 377.

(3) فقير محمد، مرجع سابق، ص 12.

(4) بن دعاس سهام، «حماية القضاء الإستعجالي...»، مرجع سابق، ص 377.

(5) غندور محمد سعيد، مرشحة عمار، مرجع سابق، ص 342.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

سار المشرع على هذا الموقف، ومنح سلطة للقاضي الإستعجال بتوجيه أوامر للإدارة⁽¹⁾ بعد أن كان طبقاً للمبدأ التقليدي يحظر على القاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة أو الحلول محلها، فهي سلطة تمنح للقاضي الإداري قصد إلزام الإدارة للقيام بعمل معين أو الامتناع عنه⁽²⁾، فله أن يأمر الإدارة في حالة عدم الإشهار عن الصفقة بنشر الإعلان في الصحف اليومية أو أن يأمرها بإعادة نشره مستوفياً لبياناته الإلزامية، وأن يوجه لها أمراً بقبول مرشح محروم أو مستبعد من دخول الصفقة دون وجه حق⁽³⁾، أو يأمرها بعدم تنفيذ نتائج المسابقة وإجراء مسابقة أخرى⁽⁴⁾، أو الأمر بسحب معيار غير قانوني في إجراء المنافسة⁽⁵⁾، وله في هذا الإطار أن يأمر الإدارة بتصرفات محددة تكون مطابقة مع منطق المنافسة وفق ما نص عليه القانون⁽⁶⁾، وهو ما يجعله يتدخل في أصل الحق، وينظر في جوهر الدعوى خلافاً للقواعد العامة في القضاء الاستعجالي.

على أن تحترم المصلحة المتعاقدة هذه الأوامر وتراعيها وتمتثل لها، مع منحها أجلاً محدداً لهذا الامتثال حتى لا يبقى مفتوحاً وتتعلل عملية إبرام الصفقة المعنية بهذا الإخلال، وهي السلطة التي نص عليها المشرع الفرنسي أيضاً وعمل قضاؤه على تطبيقها⁽⁷⁾، وفي هذا سمح للقاضي إلغاء كافة القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية وحذف جميع الشروط التي كانت موجهة للتعاقد من أجلها⁽⁸⁾، وقد أوردها المشرع الفرنسي صراحة في تقنين القضاء الإداري⁽⁹⁾.

(1) المادة 4/946 من القانون 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ، المعدل والمتمم.

(2) مختار مهند نوح، مرجع سابق، ص 871.

(3) بومقرة سلوى، رقابة القضاء الاستعجالي...، مرجع سابق، ص 4.

(4) لحسن بن الشيخ أ.ث ملوية، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 557.

(5) بروك حليلة، دور الطعن الاستعجالي...، مرجع سابق، ص 308.

(6) يعيش تمام أمال، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون،

تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012، ص 412.

(7) سهام بن دعاس، «حماية القضاء الاستعجالي...»، مرجع سابق، ص 375.

(8) FREDERIC Julien, Guide pratique et juridique du contentieux des marchés publics, édition du PUIITS FLEURI, France, 2011, P 38

(9) غندور محمد سعيد، مرشحة عمار، مرجع سابق، ص 330، 331.

2- الحكم بالغرامة التهديدية

تنص المادة 5/946 من ق.إ.م.إ على أنه "ويمكن لها أن أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ إنقضاء الأجل المحدد"

نصت المادة 946 صراحة على إمكانية القاضي الإداري الإستعجالي اللجوء إلى الغرامة التهديدية⁽¹⁾، في مجال الصفقات العمومية، فلم يكتف المشرع الجزائري بمنح القاضي الاستعجالي حق إصدار أوامر للإدارة، بل، نص على أسلوب ردي آخر يفرض على المصلحة المتعاقدة الامتثال لأوامر القضاء، ويتمثل في فرض غرامة تهديدية، وهذا بعد أن كان يسود في القضاء الجزائري مبدأ عدم السماح للقاضي الإداري أن يصدر الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة، ويبرر ذلك أن الغرامة التهديدية غير مبررة للإدارة، لعدم استنادها إلى أي نص قانوني، فلا يمكن التصريح بها ضدها⁽²⁾، ويجب على العارض رفع دعوى تعويض في حالة رفض الإدارة تنفيذ الالتزام القضائي لصالحه.

تراجع المشرع الجزائري عن هذا الموقف، فأصبح مبرر قانوني للقاضي الإستعجالي سلطة توقيع الغرامة التهديدية، إلا أنها لا تطبق إلا في حالة انقضاء الأجل المحدد من طرف المحكمة عند توجيهها للأمر بالامتثال للالتزامات الإشهار أو المنافسة، فبانتهاج هذا الأجل يأمر القاضي بمبلغ محدد كجزاء عن كل يوم تأخير⁽³⁾، فهي تهديد مالي هدفه الضغط على الإدارة الممتعة أو المتماثلة عن تنفيذ التزامها بأداء مبلغ مالي عن كل فترة زمنية في تأخير تنفيذ الالتزام⁽⁴⁾، وتسري من تاريخ انقضاء الأجل الممنوح لها لاتخاذ الإجراء⁽⁵⁾.

(1) الغرامة التهديدية هي ذلك المبلغ المالي الذي يفرضه القاضي الإداري على الإدارة جزاء لتأخيرها أو تماطلها عن تنفيذ الأحكام المتعلقة بقواعد الإشهار والمنافسة، وهي أيضا تمهيدا مالي ينطق به القاضي الإداري لفائدة الدائن ضد أشخاص القانون العام أو شخص من أشخاص القانون الخاص المكلفة بإدارة مرفق عام لحملها على تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها وتحدد بصفة عامة بمبلغ معين من المال عن كل يوم تأخير في تنفيذ الحكم. أنظر في ذلك: تياب نادية، آليات مواجهة الفساد...، مرجع سابق، ص 285، 286.

(2) قاسمي خديجة عرياوي نبيل صالح، مرجع سابق، ص 325.

(3) غني أمينة، مرجع سابق، ص 264.

(4) بومقورة سلوى، رقابة القضاء الإستعجالي...، مرجع سابق، ص 16.

(5) براهيم فضيلة، مرجع سابق، ص 121.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

لا يمكن للمحكمة الجمع بين توجيه الأمر بالامتثال للالتزامات وتوقيع الغرامة التهديدية⁽¹⁾، لأن توقيع الغرامة التهديدية يترتب عن عدم امتثال المصلحة المتعاقدة لأوامر الصادرة عن القاضي الإداري الإستعجالي.

إن الحكم بالغرامة التهديدية لا يعني المساس بالحق في الحصول على التعويض، فهي مستقلة عن تعويض الضرر، أما في حالة التنفيذ الكلي أو الجزئي، أو في حالة التأخير في التنفيذ تقوم الجهة القضائية الإدارية بتصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها ويمكن تخفيضها أو إلغاؤها عند الضرورة⁽²⁾.

لم يحدد المشرع في نص المادة 946 أعلاه الشروط الخاصة للحكم بالغرامة التهديدية، لذا وجب الرجوع إلى القواعد العامة المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمتمثلة في المواد من 980 إلى 985 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم.

ثانياً: تقييم دور القاضي الإداري الإستعجالي

منح القاضي الإداري الاستعجالي ما قبل التعاقد سلطات واسعة غير مألوفة، من أجل حماية عملية الإبرام بإسناد الصفقة قانوناً للمرشح الكفاء، وفق ما يقتضيه الإطار القانوني الذي يضبط هذا الموضوع، وهذا ما يدعم ويعزز معيار أحسن عرض في إرساء الصفقة العمومية، وعليه يطرح السؤال بشأن مدى فعالية دور القضاء الإداري الاستعجالي في ضمان مشروعية إبرام الصفقات العمومية وفقاً لأحكام قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة؟ وهل السلطات المخولة له كافية لحماية هذه العملية من تجاوزات المصلحة المتعاقدة؟.

وبهذا الطرح يجب التطرق إلى كل من فعالية دور القاضي الإداري الاستعجالي في التصدي للإخلال بقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية⁽¹⁾، ومحدودية هذا دوره⁽²⁾.

(1) هذا وقد نصت المادة 987 من ق.إ.م.إ على أنه: "لا يجوز تقديم طلب إلى المحكمة الإدارية من أجل الأمر باتخاذ التدابير الضرورية لتنفيذ حكمها النهائي، وطلب الغرامة التهديدية لتنفيذه عند الاقتضاء، إلا بعد رفض التنفيذ من طرف المحكوم عليه، وانقضاء أجل ثلاثة أشهر يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم.

غير أنه فيما يخص الأوامر الاستعجالية، يجوز تقديم الطلب بشأنها بدون أجل.

في الحالة التي تحدد المحكمة الإدارية في حكمها محل التنفيذ أجلاً للمحكوم عليه، لاتخاذ تدابير تنفيذ معينة، لا يجوز تقديم الطلب إلا بعد انقضاء هذا الأجل".

(2) أنظر المواد 982، 983، 984، من قانون 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، معدل ومتمم.

1 - فعالية دور القاضي الإستعجالي في التصدي للإخلال بقواعد المنافسة

أوجد المشرع الجزائري تقنية فعالة من خلال استحداث دعوى جديدة لمواجهة المنازعات الناشئة عن خرق مبادئ المنافسة في الصفقات العمومية من طرف المصلحة المتعاقدة، والتي كرسها كل من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، والقانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وفي هذا الإطار القانوني يمكن استخلاص فعالية دوره في التصدي للإخلال بقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من خلال:

- الدور الوقائي للقاضي الإستعجالي الممنوح للقاضي في مجال التصدي لخرق المصلحة المتعاقدة لقواعد المنافسة، من خلال السلطات الممنوحة له، إذ يمكن مباشرتها قبل إبرام العقد، بما يوجب إيقاف المخالفات الممكنة التي تمس قواعد الإشهار والمنافسة، والتي تكون متأصلة وفق القواعد المكرسة في قانون المنافسة، وذلك لاعتبارات عدة أهمها حماية مبدأ المنافسة الذي من شأنه المحافظة على المال العام والحد من آليات الفساد⁽¹⁾.

- يتحدد دور القاضي الإستعجالي كجهاز قضائي إداري إستعجالي لحماية المنافسة، في إطار آليات قانون المنافسة، وحتى بوجود قانون المنافسة الخاص، الذي أنشأ سلطة إدارية مستقلة ممثلة في مجلس المنافسة يتصدى للممارسات بخصوص الاتفاقات وحالات الهيمنة المقيدة للمنافسة التي تمارسها المؤسسة المرشحة للصفقة، بمفهوم قانون المنافسة، إلا أن القاضي الإداري الإستعجالي يضبط قواعد المنافسة التي قد تخل بها المصلحة المتعاقدة باعتباره التزام قانوني يجب أن تنقيد به وتحترم قواعده من أجل اختيار العارض وفق مبادئ النظام العام الاقتصادي.

- إن كانت استجابة مجلس المنافسة لطلب الأطراف المعنية باتخاذ التدابير المؤقتة غير ممكنة، إلا إذا تضمنت الممارسة موضوع الادعاء الأصلي تأثيرا خطيرا ومباشرا على المصلحة الاقتصادية العامة، وألحقت ضرراً بمصالح المؤسسة المدعية، وهذا يترجم الطابع الاستثنائي لهذه التدابير التي تظهر كإجراء يخرج عن الإجراءات المألوفة⁽²⁾، إلا أن الاستعجال في مادة الصفقات العمومية لا يخضع للسلطة التقديرية للقاضي وإنما هو استعجال قانوني مقرر بنص القانون وهو

(1) بوحانة تابتي، مرجع سابق، ص 415.

(2) تيورسي محمد، إشكالية التكامل أو التصادم بين قواعد المنافسة...، مرجع سابق، ص 26.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

ما حددته المادة 946 من ق.إ.م.إ، ويختص في المخالفات الناتجة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة والإشهار.

- عكس القواعد العامة في القضاء الإستعجالي، فإن الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية، تتيح للقاضي الإستعجالي سلطات واسعة غير مألوفة في المنازعات العادية عامة، وفي المادة الإستعجالية خاصة، وخروجاً عن القاعدة الإجرائية ضمن مبادئ القانون الإداري والتي مفادها أن القاضي يحكم ولا يدير، إلا أن للقاضي الإداري الإستعجالي حال مباشرة هذه الدعوى سلطة الأمر للامتثال للالتزامات، وفرض الغرامة التهديدية في حالة مخالفة ذلك، والأمر بتأجيل إبرام الصفقة⁽¹⁾، مما يدعم مبدأ المشروعية وسيادة القانون⁽²⁾.

- يرى البعض أنه يخرج القاضي الإستعجالي الإداري في الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية، عن الأمر المتعلق بعدم مساس الدعوى الإستعجالية بأصل الحق ويفصل فيها بصفته قاضي استعجال وموضوع⁽³⁾، والحكم الصادر عن القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدية، هو حكم قطعي، فاصل في أصل الحق⁽⁴⁾، ويحوز حجية الشيء المقضي فيه، فهو ليس بحكم مؤقت، ولا يتعلق بتدابير وقائية كما هو عليه في الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال بالطبيعة، وهو ما أكده القضاء الفرنسي⁽⁵⁾.

- يعد القضاء الاستعجالي صورة من صور الحماية القانونية والقضائية وذلك باتخاذ إجراءات وقتية سريعة بعيد عن التعقيدات المألوفة التي تخدم النظام القانوني للصفقات العمومية، مراعاة لعدم ضياع الحقوق من جهة ورقابة فعالة على عمل الإدارة في إطار احترام مبادئ المنافسة في الصفقات العمومية⁽⁶⁾.

- أصبح للقاضي الإداري الإستعجالي دور في المجال الاقتصادي إذ أجازت النصوص القانونية إخطار القاضي الإستعجالي في حالة مخالفة المصلحة المتعاقدة الأحكام الواردة في

(1) المادة 946 من القانون 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، معدل ومتمم.

(2) يعيش أمال تمام، مرجع سابق، ص 237.

(3) ديب محمد، «الاختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية»، مرجع سابق، ص 183.

(4) إلا أنه وفقاً لمقتضيات القانون لا يجوز لقاضي الإستعجال البت في أصل الحق طبقاً لنص المادة 918 من ق.إ.م.إ التي حددت الاختصاصات المخولة له.

(5) BERTRAND Seiller MATTIAS Guyomar, contentieux administratif, 2^{ème} édition, dalloz, Paris, 2012, p 176.

(6) كريكو فريال، مرجع سابق، ص 560.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

قانون المنافسة مثل مشاركة المصلحة المتعاقدة في اتفاقات مقيدة للمنافسة، أو إصدار قرارات من شأنها وضع المتعامل الاقتصادي في وضعية هيمنة، أو عدم إيعادها عروض قام أصحابها بممارسات مقيدة للمنافسة في مفهوم قانون المنافسة، ويعتبر دوره القاضي هنا وقائياً لتفادي إبرام عقد نهائي غير شرعي⁽¹⁾.

أحسن المشرع الجزائري فعلا بتقريره للقضاء الإستعجالي باعتباره وسيلة وقائية من شأنها التصدي للممارسات المنافية للمنافسة الصادرة عن المصلحة المتعاقدة، باعتبارها سلطة عامة، بالإضافة إلى أنه وسيلة فعالة للتوفيق بين مركز المتعامل الاقتصادي ومركز الإدارة بصفة وقتية حول نزاع معين، إذ يوازن بقوته القضائية قوة المتعامل الاقتصادي في مواجهة القوة التي تمتاز بها مركز الإدارة⁽²⁾، وهو ما يهدف إليه قانون المنافسة الحفاظ على توازن الأطراف في السوق، وعليه يبقى تكريس الاستعجال في منازعات إبرام الصفقات العمومية بموجب نصوص خاصة ضمن ق.إ.م.إ، ودوره في التصدي للإخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة خطوة هامة في إطار الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية المخلة في إطار قانون المنافسة، وقانون الصفقات العمومية، في ظل عدم اختصاص مجلس المنافسة في هذا المجال.

2- محدودية دور القاضي الإستعجالي في التصدي لإخلال بقواعد المنافسة.

من خلال ما تم تحليله للنصوص القانونية التي تطرقت إلى موضوع القاضي الإستعجالي في التصدي لإخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة، يمكن القول بمحدودية دوره من خلال إبراز الثغرات القانونية، التي من شأنها المساس بفعالية دوره، في تكريس حماية قانونية قضائية للمنافسة في مجال إبرام الصفقات العمومية والتي تظهر من خلال:

- إن القضاء الإداري الإستعجالي يختلف عن القضاء الإستعجالي في المادة المدنية، كون أن مصلحة الخصوم أمام القضاء الإداري غير متساوية كما هو الحال بالنسبة للقضاء المدني، فمصلحة المصلحة المتعاقدة هي مصلحة عامة تسمو فوق المصلحة الخاصة، ولا يستساغ أن ترجح كفة هذه الأخيرة مقابل الصالح العام لاسيما وأن الإدارة تهدف إلى تسيير المرفق العام

(1) كتو محمد شريف، «حماية المنافسة...»، مرجع سابق، ص 83.

(2) موساوي فاطمة، «دور القضاء الإداري الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية»، مجلة الباحث للدراسات القانونية والسياسية،

جامعة محمد بوضياف المسيلة، العدد الحادي عشر، سبتمبر 2018، ص 274.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

بانتظام واطراد وإن كان تفعيل هذه الآلية من شأنه أن يعرقل العمل الإداري وضرورة المرافق العامة، وبالتالي تفضيل حماية المصلحة العامة⁽¹⁾، والتي تستبعد تطبيق قانون المنافسة.

- لم ينص عليها المشرع الجزائري، على سلطة إلغاء القرارات الإدارية وإبطال بعض شروط العقد المخلة بالمنافسة التي أوردها المشرع الفرنسي صراحة في تقنين القضاء الإداري وفي هذا يمكن القول أن سلطات القاضي الإستعجالي الجزائري ضيقة مقارنة مع سلطات القاضي الإستعجالي الفرنسي الذي يملك سلطات واسعة⁽²⁾، لهذا يجدر بالمشرع الجزائري النص على منح سلطات إلغاء القرارات والبنود التعاقدية المخالفة للالتزامات العلانية والمنافسة في عملية إبرام الصفقات العمومية للقضاء الإداري الاستعجالي ما قبل التعاقد، وهذا من أجل تفعيل دوره في حماية العملية التنافسية⁽³⁾.

- تعتبر سلطات القاضي المذكورة سابقا سلطات مؤقتة محددة بمدد معينة في القانون، علما بأن الدعوى المذكورة لا تخول القاضي سلطة منح التعويض⁽⁴⁾.

إن التكريس القانوني للمنافسة في إبرام الصفقات العمومية والتي من شأنها تحقيق تسيير جيد للمال العام، وإشباع الحاجات العامة، لتحقيق المصلحة العامة، وحماية النظام العام الاقتصادي، الذي يكرس الدور الجديد للقاضي الإداري في المجال الاقتصادي، وفق مبادئ المنافسة الفعالة وإن كان مؤطرا قانونا، فولاية القاضي الإستعجالي لا تستجيب لمتطلبات ومميزات منازعات المنافسة، والآليات وإجراءات التطبيق لكونه ليس له دراية بالأمور الاقتصادية والمنافسة، مما لا يستوعب خصوصية هذه المنازعات، ولا يمكن وصفها بالكافية أو الملائمة، كما أن الواقع العملي لا يشهد من القرارات التي فصل فيها القاضي الإستعجالي بمناسبة الدفع بعدم احترام المصلحة المتعاقدة لقواعد المنافسة المنصوص عليها في قانون المنافسة⁽⁵⁾، وذلك راجع تارة إلى قلة حالات

(1) بن سالم خيرة، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة...، مرجع سابق، ص 275.

(2) رحمانى راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات...، مرجع سابق، ص 302.

(3) بن دعاس سهام، «حماية القضاء الإستعجالي...»، مرجع سابق، ص 379. أنظر كذلك: دهمة مروان، مرجع سابق، ص

136.

(4) غندور محمد سعيد، مرشحة عمار، مرجع سابق، ص 331.

(5) ساوس خيرة، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة...، مرجع سابق، ص 278، 279.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

للجوء إلى القضاء نتيجة تردد وعدم إقبال المتنافسين عن مخاصمة الإدارات والمؤسسات العمومية خاصة⁽¹⁾.

- على خلاف المشرع الفرنسي الذي خص هذه الدعوى بإجراءات معينة كمبدأ الوجاهية، وتبادل المذكرات بين أطراف الدعوى، وإبداء الملاحظات الشفهية في الجلسات العلنية⁽²⁾، فالمشرع الجزائري لم يخص هذه الدعوى بإجراءات خاصة، وذلك رغم إعطائه سلطات واسعة للقاضي الإداري مما يحتم الرجوع للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾، ولهذا يجب التنصيص على القواعد الإجرائية لرفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد مثلما هو معمول به في التشريع الفرنسي وعدم إخضاعها للقواعد العامة باعتبارها دعوى متميزة تضمن احترام مبادئ المنافسة والشفافية⁽⁴⁾.

- أمام تنوع النصوص المرجعية المرتبطة بمختلف مراحل إبرام الصفقات العمومية تبرز تلك المتعلقة بآليات ممارسة الرقابة والتأكد من صحة ومطابقة العمليات مع القانون خاصة تلك المتصلة بمبدأ المنافسة وضرورة الإشهار، أين نجد أوجه الوقاية وهي ضمانات في آن واحد تتوزع بين هيئات عديدة وبطباع مختلفة (رقابة إدارية ورقابة قضائية)، قد تؤدي إلى تصادم بين الاختصاصات أو تعارض في الآثار المترتبة مما يؤثر بشكل مباشر في تعطيل إبرام العقد وتنفيذه وارتداد ذلك سلبا على المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد⁽⁵⁾.

من خلال ما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري حاول وضع آلية قانونية قضائية لحماية المتعاملين الاقتصاديين المرشحين للصفقات العمومية من إخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، وهذا تماشيا مع خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، إلا أن سلطات القاضي الإداري الإستعجالي تبقى محدودة وضعيفة، مقارنة بتلك التي أقرها

(1) تيورسي محمد، إشكالية التكامل أو التصادم بين قواعد المنافسة...، مرجع سابق، ص 27.

(2) بن ويراد أسماء، «الرقابة القبلية للقضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة

العامة»، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، المجلد 1، العدد 1 جوان 2016، ص 152.

(3) جدي سليمة، «رقابة القضاء الاستعجالي على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري»، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 10، عدد 01، جوان 2017، ص 323.

(4) دهمة مروان، مرجع سابق، ص 137.

(5) زوقار عبد القادر، «إشكالات القضاء الإداري الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية»، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد 07، العدد 03، 2021، ص 1491.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

المشرع الفرنسي في ذات المجال، حيث امتدت إلى حد إلغاء القرارات الإدارية المنطوية على مخالفات لقواعد العلانية والمنافسة، وإبطال بعض الشروط التعاقدية التي تتضمن مخالفة لقواعد المنافسة⁽¹⁾.

من خلال ما سبق يمكن القول أن ضرورة إحداث قضاء استعجالي فعال وله سلطات فعلية لا مناص منه بسبب عدم فعالية دور قاضي الموضوع في النظر في إخلال أطراف الصفقة بالمنافسة في إبرام الصفقات العمومية، والتي من شأنها عرقلة معيار أحسن عرض، ومن ثم يعتبر القضاء الاستعجالي مسلكاً قضائياً مخصصاً لتوفير حماية مؤقتة وسريعة للمراكز الحقوقية في مواجهة ما يهددها من آثار وخيمة مرشحة للتفاقم بسبب مرور الوقت إلى حد يخشى معه استدراك الحالة وإرجاعها إلى ما كانت عليه قبل حدوث النزاع، لذلك فهو يختلف عن مسالك قضاء الموضوع بالنظر إلى الطابع الاستثنائي المميز لإجراءات الطلبات الاستعجالية المتمثل أساساً في كونها فورية ومشمولة بالإنفاذ المعجل بقوة القانون⁽²⁾، إلا أنه يجب تفعيل هذا الدور من خلال منحه سلطة إبطال القرارات الإدارية الشروط التعاقدية التي تتضمن مخالفة لقواعد المنافسة.

(1) غواس حسينة، «دور القاضي الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية»، مجلة الإجتهد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 13، العدد التسلسلي 28، نوفمبر 2021، ص 156.

(2) تيورسي محمد، إشكالية التكامل أو التصادم بين قواعد المنافسة...، مرجع سابق، ص ص 25، 26.

المبحث الثاني

دور القضاء العادي في التصدي لإخلال المتعاملين الاقتصاديين بقواعد المنافسة

رغم الدور الهام والعام لمجلس المنافسة في حماية حرية المنافسة، في التصدي للممارسات المنافية للمنافسة من جانب المتعاملين الاقتصاديين، إلا أن اختصاصه في ذلك محدود في مجال الصفقات العمومية، وتبقى جهود المشرع الجزائري دون فعالية تذكر إذا لم تقترن بمتابعة فعالة للممارسات المنافية للمنافسة من طرف الجهات القضائية المخولة قانونا للقيام بذلك.

وفي هذا الإطار منح المشرع للجهات القضائية بصفة مباشرة من خلال منحها الدور القمعي والردعي في مجال المنافسة، وفصلها في جزء من الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية الصادرة عن المتعاملين الاقتصاديين المرشحين للصفقة، مما يجب الوقوف على آليات تدخله، لاسيما أن اختصاصه بمتابعة هذه الممارسات اختصاص قائم بحد ذاته إلى جانب اختصاص مجلس المنافسة⁽¹⁾، في وظيفة الضبط في المجال الاقتصادي بشكل مباشر (المطلب الأول).

أدى خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، إلى حماية مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، وهذا بالضرورة يؤدي إلى حماية المال العام، وهذه الأخيرة محل حماية جزائية، لأي إخلال بالنصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بقواعد المنافسة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور القاضي العادي في التصدي للإخلال بقواعد المنافسة

إذا كان القانون الجزائري قد منح للمتضرر من إحدى الممارسات المنافية للمنافسة حق الاختيار في رفع دعواه أمام مجلس المنافسة أو أمام إحدى الهيئات القضائية العادية (مدنية أو تجارية)، فإن هذه الأخيرة إذا ما رفعت الدعوى أمامها يمكنها تسليط جزاءات مدنية على المؤسسات المدنية والتي تعتبر بمثابة عقوبات، وفي هذا تنص المادة 48 من الأمر رقم 03-03

(1) موساوي ضريفة، في متابعة القاضي للممارسات...، مرجع سابق، ص 6.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة، وفق مفهوم أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى المادة 13 من الأمر رقم 03-03 والتي تنص على أنه⁽²⁾ دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و 9 من هذا الأمر، يبطل كل إلتزام أو إتفاقية أو شرط تعاقدية يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 أعلاه⁽³⁾ من خلال نص المادتين نستخلص أنه يختص القاضي المدني بالنظر في الممارسات المنافية للمنافسة الصادرة عن المتعاملين الاقتصاديين فيما بينهما، والتي من شأن المؤسسات المتضررة من ذلك اللجوء للقضاء، ومن الأجل القيام بدوره في التصدي للممارسات المنافية للمنافسة، يقتضي تحديد السلطات التي منحها له المشرع بموجب قانون المنافسة (الفرع الأول)، ليتبين الدور التكميلي لمجلس المنافسة باعتباره غير مخول له مثل هذه السلطات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سلطات القاضي المدني

منح المشرع بموجب قانون المنافسة لكل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة منافية للمنافسة في رفع دعوى قضائية أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به، عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة، فمن المستقر عليه قضائيا أن أساسها هو أحكام المسؤولية التقصيرية كونه وقع ضحية لتعسف الطرف الآخر في استعمال حقه⁽¹⁾، فهي دعوى مدنية أساسها فعل المنافسة الغير المشروع، تتوافق فيها مع قواعد المسؤولية التقصيرية، إلا أن الرأي الراجح أنها دعوى المنافسة من نوع خاص تختلف في بعض أحكامها اختلافا ظاهرا عن دعوى المسؤولية المدنية عن الفعل الضار، ومع ذلك تخضع للقواعد العامة للدعوى المدنية.

إن اللجوء للدعوى الخاصة هو تكريس للحق في اللجوء إلى القضاء نتيجة الإخلال بقانون المنافسة⁽²⁾، فنجد أن هدف قانون المنافسة لا يقتصر على حماية الصالح العام الاقتصادي، بل يهدف أيضا إلى حماية المصالح الخاصة للمؤسسات وغيرها من الأشخاص التي يمكن أن

(1) قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، مرجع سابق، ص 449.

(2) موساوي ضريفة، في متابعة القاضي للممارسات...، مرجع سابق، ص 20.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

يصيبها ضرر من جراء هذه الممارسات⁽¹⁾، تمتزج من الناحية العملية المصلحة الخاصة بالمصلحة العامة في إجراءات المنافسة، فتقارب المصالح التي تعنى بها كل من سلطات المنافسة والجهات القضائية في ظل تطبيق قانون المنافسة يترتب من الناحية القانونية تقارب الآليات والإجراءات المستخدمة مع التأكيد على ضرورة احترام كل جهة لقواعد ضبط الاختصاص فيما تعلق بالصلاحيات الممنوحة لها قانونا في ظل أحكام قانون المنافسة، ومراعاة ما يترتب عن ذلك من نتائج قانونية هامة، أولها تقرير محدودية صلاحيات سلطات المنافسة، وبالمقابل إشراك الهيئات القضائية العادية في قمع كل سلوك منافي للمنافسة⁽²⁾، بين المترشحين في مجال الصفقات العمومية.

منح المشرع الجزائري بموجب قانون المنافسة للقاضي العادي عدة سلطات منها، تقرير بطلان الممارسات المنافية للمنافسة (أولا)، وكذا التعويض عن الضرر الناجم عن الممارسة (ثانيا).

أولا: إبطال العقد المتعلق بالممارسات المنافية للمنافسة

تنص المادة 13 من قانون المنافسة الجزائري والمقابلة لنص المادة على ما يلي "دون الإخلال بأحكام المادتين 08 و 09 من هذا الأمر، يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 أعلاه".

يختص القاضي العادي بالنظر في النزاع لما تنسب الممارسة المخلة بالمنافسة الحرة للمرشحين للصفقة، فعلى المتضرر من هذه الممارسات اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإبطال الاتفاقات والشروط التعسفية محل بالمنافسة، ولا يحق للقاضي رفض ذلك بحجة عدم التمتع بالسلطة التقديرية، فالقاضي بإمكانه النطق ببطلان كل الاتفاقات التي تتميز بطابع منافي للمنافسة والتي نظمها المشرع في قانون المنافسة بقواعد أمره فلا يجوز مخالفتها مما ينتج عن عدم تطبيقها والتقيد بمضمونها بطلان التصرفات والممارسات المخالفة لها⁽³⁾.

(1) بن يسعد عذراء، سلطة مجلس المنافسة...، مرجع سابق، ص 224.

(2) موساوي ضريفة، في متابعة القاضي للممارسات...، مرجع سابق، ص 11.

(3) نائل عبد الرحمان صالح، الجرائم الاقتصادية في التشريع الأردني، الطبعة الأولى، دار الفكر والتوزيع، عمان، الأردن، 1990، ص 179.

1- القواعد العامة لدعوى بطلان العقد المتعلق بالممارسات المناهضة للمنافسة

يعد البطلان أحد أخطر الجزاءات المدنية التي تلحق بالعقود، وقد نظم القانون المدني الجزائري البطلان في المواد 99 إلى غاية المادة 105 من ق.م.ج.

يستعمل قانون المنافسة نظرية البطلان كجزاء يلحق بالعقود والمشاركات التي تشكل سندا للممارسات المناهضة للمنافسة⁽¹⁾، بواسطة نظام عام تشريعي، تم منع المؤسسات من إبرام عقود تخالف قواعد المنافسة أو تكون سندا لممارسات مخلة بالمنافسة، وتم بمقتضى النظام العام التشريعي، تقرير بطلان هذه العقود أو الشروط التعاقدية، كجزاء مدني يترتب عن عدم مراعاة المتعاقدين في اتفاقاتهم الأحكام التشريعية والتنظيمية، التي تعتبر أساسية في أعمال السوق وينبثق عنها النظام العام التنافسي⁽²⁾، ويشكل البطلان همزة وصل بين قانون المنافسة والقانون العام، فهو يكتسي طابعا ضروريا والمتمثل في تجنب كل تصرف من شأنه المساس بالمصلحة العامة، وبالتالي يظهر البطلان كعقوبة للسلوك الإجرامي للنظام العام⁽³⁾.

لم يحدد المشرع في نص المادة 13 من الأمر رقم 03-03 الهيئات المختصة بإبطال الممارسات دون سواها، إذ أن صياغتها كانت عامة، وهذا يعني أن الاختصاص بإبطال العقود أو الشروط المتعلقة بإحدى الممارسات المناهضة للمنافسة يكون من اختصاص جميع المحاكم القضائية المدنية والتجارية⁽⁴⁾، حيث ينظر القاضي العادي في أي إخلال للمنافسة المتمثلة في الاتفاقات المحظورة، التعسف في وضعية الهيمنة، بشرط ألا تكون مرخصة بموجب المادتين 8 و9 من نفس الأمر لكونها ممارسات تخرج من دائرة البطلان⁽⁵⁾، وبهذا لإبطال القاضي العادي هذا النوع من الاتفاقيات والشروط يشترط صدور قرار عن مجلس المنافسة يقر بوجود ممارسة منافية للمنافسة بعد مراعاة أحكام المادتين 8 و9 من الأمر رقم 03-03 وفي حالة عدم صدور قرار من مجلس

(1) صاري نوال، قانون المنافسة والقواعد العامة للإلتزامات، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليباس، سيدي بلعباس، 2010، ص 93.

(2) صاري نوال، مرجع سابق، ص 94.

(3) لاکلي نادية، «العقوبات الردعية للممارسات المقيدة للمنافسة في التشريع الجزائري»، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، العدد الرابع، جوان 2015، ص 145.

(4) بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة...، مرجع سابق، ص 140.

(5) موساوي ظريفة، دور الهيئات القضائية العادية...، مرجع سابق، ص 10.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

المنافسة يقر فيه بوجود ممارسة منافية للمنافسة فلا يمكن إصدار حكم ببطلان الاتفاق أو الشرط التعاقدى المتعلق بتلك الممارسة، وبهذا يبقى الاتفاق أو الشرط التعاقدى صحيحاً⁽¹⁾.

كما أن نص المادة 13 لم تذكر الإجراءات المتبعة في دعوى البطلان، وعليه فإن إجراءات التقاضي المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾، هي التي تتبع سواء بالنسبة لتحديد المحكمة المختصة أو بالنسبة لكيفية رفع النزاع أمام هذه المحكمة.

تنص المادة 04/44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه "لا يمكن أن ترفع إلى مجلس المنافسة الدعاوى التي تجاوزت مدتها ثلاث (3) سنوات إذ لم يحدث بشأنها أي بحث أو معاينة أو عقوبة".

من خلال نص المادة فإنه تتقدم الدعوى أمام مجلس المنافسة بـ 03 سنوات، إلا أنه يبقى حق المتضرر من جراء الاتفاقية أو الشرط التعاقدى قائماً للمطالبة بإبطاله أمام القاضي المدني⁽³⁾، إذ بالرجوع إلى أحكام المادة 102 من القانون المدني الجزائري، والتي يمكن أن نستمد منها أحكام تقادم الدعوى، حيث تسقط إذا مضى على إبرام العقد 15 سنة، فالدفع ببطلان العقد لا يسقط والعقد الباطل لا تصححه الإجازة ولا التقادم، وتخضع بذلك للتقادم حسب القانون المدني وليس قانون المنافسة بناء على أن الدعوى مناطها بطلان الاتفاقات، هذه الأخيرة تأخذ شكل عقد أو التزام والذي يتم أساساً وفقاً للنظرية العامة للعقد، وعليه فهي تخضع للقانون المدني في تقادمها⁽⁴⁾.

2- طبيعة بطلان العقد المتعلق بالممارسات المنافية للمنافسة

ميز التقنين المدني الجزائري بين البطلان النسبي والبطلان المطلق، وإن كان البطلان النسبي لا يتعلق بالنظام العام، كونه يمكن لمن تقرر لمصلحته إجازته صراحة أو ضمناً، أما البطلان المطلق فهو عقد معدوم من الناحية القانونية، ولذلك نتساءل عن نوع البطلان المقصود في أحكام المادة 13 من قانون المنافسة؟.

(1) بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 210.

(2) القانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، معدل ومتمم.

(3) بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 212.

(4) لعور بدرة، مرجع سابق، ص 445.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

إن كان بطلان العقود والشروط التعاقدية التي تخالف قواعد المنافسة ثابت بموجب المادة 13 من الأمر رقم 03-03 إلا أن طبيعة البطلان إن كان نسبي أو مطلق ليست محددة، ولتحديد طبيعة البطلان إن كان مطلق أو نسبي، يقتضي الأمر الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني⁽¹⁾، التي تحدد معايير تصنيف بطلان العقود، وبالرجوع إلى المادة 93 من القانون المدني، التي تنص على أنه "إذا كان محل الالتزام مستحيل في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو للأداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"⁽²⁾.

وفقا لنص المادة إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام يكون بطلان العقد، بطلانا مطلقا. ومادام أن طبيعة القواعد المتعلقة بالمنافسة والتي تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة من خلال ضمان منافسة حرة ونزاهة خدمة للاقتصاد الوطني ومن ثمة فهي تعتبر من قواعد النظام العام الاقتصادي التي لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها⁽³⁾، وبهذا فإن العقد الناتج عن الممارسات المنافية للمنافسة، عقد مخالف للنظام العام وبالأخص النظام العام التنافسي في سوق الطلبات العمومية، إذن يترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بحظر الممارسات المنافية للمنافسة، والتي تتعلق بالنظام العام الاقتصادي البطلان المطلق⁽⁴⁾، طبقا لما جاء في الأحكام العامة للبطلان، والهدف من إقرار بطلان العقد هو حرصه على حماية المصلحة العامة⁽⁵⁾، والمقصود بهذه الأخيرة والتي تجيز التمسك بالبطلان تلك التي تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو ببطلانه⁽⁶⁾.

يمكن لأطراف الاتفاق المقيد للمنافسة التمسك بالبطلان، ولا يقتصر التمسك ببطلان الاتفاق أو الشرط التعاقدية المخالف لأحكام قانون المنافسة على الأطراف المتعاقدة فقط، وإنما يمكن

(1) أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(2) عدلت بموجب القانون 05-10 حيث أضافت مخالفة النظام العام والأداب العامة، إذ نصت قبل التعديل على أنه "إذا كان محل الالتزام مستحلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا".

(3) بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مرجع سابق، ص 100.

(4) CONDOMINES Aurélien, guide pratique du droit français de la concurrence, GUALINO Édition, Moulinaux, France, 2014, p 347.

(5) مخانشة أمنة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة...، مرجع سابق، ص 422

(6) لاكللي نادية، «العقوبات الردعية للممارسات المقيدة للمنافسة...»، مرجع سابق، ص 146.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

للغير الذي لم يكن طرفا في العقد إثارته⁽¹⁾، ويتمثل الغير في مجلس المنافسة والوزير المكلف بالتجارة بما أنهم لهم مصلحة في السير الحسن للسوق، على أساس أن دعوى البطلان تندرج في إطار حماية السوق⁽²⁾، كما للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وهو ما تنص عليه المادة 102 من ق.م.ج على أنه "إذا كان العقد باطل بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة".

كما أن البطلان يتميز حسب نص المادة 13 من القانون المنافسة الجزائري بالشمولية عند تطبيقه لكل الممارسات الماسة بالمنافسة وليس اقتصره فقط على إحدى الممارسات دون الأخرى وينصب عليها كلها، أو بند منه، وفي الحالة الأخيرة يبحث القاضي فيما إذا كان هذا البند المتنازع فيه يشكل شرطا جوهريا في الاتفاق أم لا، حيث يلجأ لإعمال نظرية السبب، فإذا تبين أن البند المتنازع فيه يشكل شرطا أساسيا في تكوين العقد لأنه لولاه لما أبرم الاتفاق أو العقد، فانه يترتب عن بطلانه بطلان الاتفاق ككل وفي هذه الحالة يكون البطلان كلي، حتى لا تستفيد المؤسسات المخالفة لتلك القواعد من تصرفاتها الغير شرعية من جهة وحتى تكون عبرة لكل المؤسسات الأخرى الناشطة في نفس السوق، التي يجب أن تتأكد بأن الآليات القانونية الموضوعية من قبل المشرع لحماية المنافسة في السوق موجودة بصفة فعلية وتطبق من طرف الهيئات المختصة بتطبيقها بصفة جدية وقانونية من أجل تحقيق الهدف المرجو من ورائها⁽³⁾، والتي تسعى كأصل عام إلى حماية المصالح الخاصة للمؤسسات المتنازعة في السوق، كما أنها تسعى في نفس الوقت إلى حماية نظام تنافسي محكم القواعد، باعتبار قواعد المنافسة من النظام العام الاقتصادي⁽⁴⁾.

وعليه فإن إقرار قانون المنافسة للبطلان كجزء للممارسات التعاقدية الماسة بالمنافسة مسلكا جديدا وخروجا عن القواعد العامة في قانون العقود التي تقرر بطلان العقد لتخلف أحد أركانه، أو عدم مشروعية محل العقد وسببه، وإذا اعتبرنا أن الممارسات التعاقدية المخلة بالمنافسة في قانون

(1) AMARO Rafael, Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, Etude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires, Editions Bruylant, Paris, 2014, p 409.

(2) بن حملة سامي، «قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة»، مرجع سابق، ص 300.

(3) قابة صبرينة، الآليات القانونية لحماية المنافسة مرجع سابق، ص 462.

(4) أيت مولود سامية، خصوصية الجريمة الاقتصادية في ضوء قانون المنافسة والممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 195.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

المنافسة تعتبر ممارسات مخالفة للنظام العام الاقتصادي الذي يكرسه قانون المنافسة، وبالتالي يعتبر اللجوء إلى البطلان كجزء مدني كتوظيف جديد للجزاءات في قانون المنافسة⁽¹⁾، يرتبه القانون على آثار العقد متى كانت مخالفة لقواعد المنافسة حتى ولو لم يقصدها الأطراف، دون الاهتمام بأركانه وشروطه، وذلك حماية للمصلحة العامة والنظام العام الاقتصادي⁽²⁾.

ينظر القاضي المدني في المنازعات المخلة بالمنافسة ويصدر حكما يتضمن سردا للوقائع عن طريق تحليل الممارسات، وتأثيرها على سير آليات السوق وتوازنها وكذلك درجة خطورتها، وبيان مدى مخالفة الممارسات المعروضة عليها لأحكام قانون المنافسة، إضافة إلى الأمر بإزالة هذه الممارسات ضمن مدة تحددها المحكمة وفرض شروط خاصة على الممارسات المنافسة للمنافسة في ممارسة نشاط حسب مقتضى الحال⁽³⁾، وبطلان أي شرط تعاقدى يتعلق بإحدى الممارسات المنافسة للمنافسة يسري بأثر رجعي على جميع الآثار الناتجة عن هذا الشرط⁽⁴⁾، وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد⁽⁵⁾، فإن كان مستحيلا جاز الحكم بالتعويض⁽⁶⁾، أما بالنسبة للغير فيترتب على الحكم بالبطلان زوال حقوقهم الناتجة عن المحل للإبطال⁽⁷⁾.

إن كان للبطلان آثار إيجابية باعتبار أداة للمتضرر لإزالة العقد والكشف عن الممارسات المنافسة للمنافسة، إلا أنه انتقده بعض الفقه كجزء في مجال المنافسة، في كونه إجراء معرقل لديناميكية قانون المنافسة، ومؤثر على حقوق المتعاملين الاقتصاديين في الحالة التي يطالب فيها الغير بالبطلان، مما يؤدي بالمساس بالروابط العقدية، وهذا ما يشكل تعدي من قبل قانون المنافسة على آليات القانون المدني وانتصار المصلحة العامة على المصلحة الخاصة⁽⁸⁾.

(1) بن حملة سامي، «قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة»، مرجع سابق، ص ص 300، 301.

(2) قردوح ليندة، «البطلان في قانون المنافسة كدعامة لإعادة التوازن العقدي»، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، المجلد 3، العدد 2، ديسمبر 2018، ص ص 112، 113.

(3) بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي في إطار قانون المنافسة...، مرجع سابق، ص 361.

(4) CONDOMINES Aurélien, Op.cit, p 347.

(5) تنص المادة 132 من ق.م.ج على أنه "...يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه..."

(6) المادة 103 من ق.م.ج

(7) عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية...، مرجع سابق، ص 116.

(8) بن حملة سامي، «قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة»، مرجع سابق، ص 303.

ثانيا: التعويض عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بقواعد المنافسة

يجوز لكل متعامل اقتصادي تضرر من ممارسات منافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، أن يطلب إصلاح الضرر الذي لحقه، باللجوء إلى القضاء ورفع دعوى قضائية مستقلة أو تبعية لدعوى البطلان يكون موضوعها المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه جراء هذا النوع من الممارسات، وخصوصا الاتفاقات التي ترمي إلى منح صفقة⁽¹⁾.

وبناء على ذلك أقر المشرع في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، للقضاء العادي سلطة تقرير عقوبة مدنية أخرى وهي التعويض لكل من تضرر من ممارسات غير قانونية المخلة بالمنافسة، وهذا استنادا إلى أحكام المادة 48 من الأمر رقم 03-03 التي تنص بأنه "يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة، وفق مفهوم أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به"⁽²⁾.

من خلال نص المادة نجد أنه لم ينص قانون المنافسة على دعوى التعويض عن الضرر الناجم عن الممارسات المقيدة للمنافسة بشكل مباشر، وإنما نص المادة أدرج تطبيقها بشكل عام، إلا أن الحكمة من إدراج نص المادة 48 ضمن قانون المنافسة هو تأكيد المشرع على حق المضربين في اللجوء إلى القضاء والمطالبة بالتعويض⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس لا يختص مجلس المنافسة بالحكم بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الممارسات المنافية للمنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين المرشحين للصفقة العمومية، لأن مهمته السهر على حظر الممارسات التي تحدث خلل في سير المنافسة، بإصدار الأوامر والعقوبات المالية لردعها، وبهذا فإن الحكم بالتعويض يؤول الاختصاص الأصلي فيه إلى القضاء العادي⁽³⁾، وهو ما جاء في قرار مجلس المنافسة رقم 2015/18 والمتعلق بالإخطار رقم 2005/36 والذي تقدمت به "شركة سري" ضد شركة "إتصالات الجزائر" والمتعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة

(1) رقرقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 297، 298.

(2) بن بخمة جمال، «التعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسات المقيدة للمنافسة»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، المجلد 16، عدد 2017/02، ص 191.

(3) مختور دلييلة، الضرر التنافسي شرط أساسي لحظر الممارسات المقيدة للمنافسة، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول: "حماية السوق في ظل أحكام قانون المنافسة"، كلية الحقوق جامعة الجزائر، يوم 09 ماي 2022، ص 6.

بمقتضى الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، فحسب مجلس المنافسة الشركة المتضررة "شركة سري" تسعى للحصول على تعويضات، وهذا ليس من اختصاصه، وعليه، صرح المجلس من حيث الموضوع بعدم قبول الإخطار لعدم الاختصاص⁽¹⁾.

ينبغي للمطالبة بالتعويض توفر شروط قيام دعوى التعويض (1)، كما يتطلب الأمر اللجوء إلى إلى مسألة تقدير التعويض (2).

1- شروط رفع دعوى التعويض عن الممارسات المناهية للمنافسة

تعتبر دعاوى التعويض حلقة هامة في تدخل القاضي العادي في مجال المنافسة، والتعويض هو الحكم الذي يترتب على تحقيق المسؤولية التي يضطر المضرور إلى إقامتها على المسؤول، والتعويض عن الأضرار التي تسببها الممارسات المناهية للمنافسة، ورفع دعوى التعويض يكون أمام الجهة القضائية المختصة طبقاً للتشريع المعمول به، ورغم سكوت النص عن ذلك، إلا أن الاجتهاد القضائي قام بتطبيق المسؤولية المدنية لصالح الممارسات المناهية للمنافسة⁽²⁾، وبذلك يكون قد أحالنا إلى القواعد العامة في القانون المدني، فالمشرع في إحالته في المادة 48 المشار إليها قصد أساساً المادة 124 من القانون المدني⁽³⁾، المعدلة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، والتي تنص على أنه «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض».

ومن ثمة فإنه لكل متضرر من جراء انتهاك حكم قانوني يمس بالمنافسة يشكل خطأ من طبيعته أن يثير المسؤولية المدنية⁽⁴⁾، التي تستوجب التعويض متى توافرت الشروط الحقيقية لقيام المسؤولية التقصيرية وتأسيسها، وحتى يتمكن القاضي من الحكم بالتعويض لصالح الطرف المتضرر يجب عليه التأكد أولاً من توفر شروط المسؤولية، فتنطبق قواعد هذه الأخيرة وفق القواعد العامة يتطلب وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر.

(1) قرار مجلس المنافسة، رقم 2015/18 صادر بتاريخ 13 نوفمبر 2014 القضية رقم 2005/36، شركة "سري" ضد: الشركة "اتصالات الجزائر" النشرة الرسمية للمنافسة رقم 8 نظر في ذلك: www.conseil-concurrence.d

(2) عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية...، مرجع سابق، ص 112.

(3) كتو محمد شريف، الممارسات المناهية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 360.

(4) عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية...، مرجع سابق، ص 112.

يعرف الخطأ على أنه إخلال بواجب قانوني مقترن بإرادة المخل به⁽¹⁾، ويقصد بالخطأ في إطار المسؤولية المدنية عموماً، انحراف الشخص عن السلوك المألوف الذي يفرضه القانون مع إدراكه لهذا الانحراف⁽²⁾، أما في قانون المنافسة فهو خرق لأحكام هذا الأخير من خلال المساهمة في ممارسة مقيدة للمنافسة⁽³⁾، أو هو الانحراف في السلوك المألوف عن مبادئ المنافسة الحرة⁽⁴⁾، معنى أن قيام الخطأ يستوجب قيام أعمال منافسة بين المتعاملين الاقتصاديين، ثم دخول هذه الأعمال في نطاق ما يخالف أحكام قانون المنافسة⁽⁵⁾، وإن كانت المسؤولية التقصيرية يتحملها الشخص لإخلاله بالتزام قانوني بسبب خطأ أو إهمال أو تقصير منه، إلا أنها في الوقت الحالي لم تبق هذه المسؤولية مرتبطة بفكرة الخطأ، بل تستند على فكرة تحمل التبعية، فالعبرة بالضرر الذي أصاب الضحية أكثر مما هي خطأ وتقصير⁽⁶⁾، كونه وقع ضحية تعسف الطرف الآخر في استعمال حقه، والتعسف في استعمال الحق يشكل خطأ طبقاً للقواعد العامة، فيقع تحت وصف العمل المستحق للتعويض طبقاً لأحكام المسؤولية عن الفعل الشخصي⁽⁷⁾.

يستلزم لمساءلة العون الاقتصادي مدنيا ارتكاب خطأ، ويتمثل هذا الأخير في ارتكاب ممارسة منافية للمنافسة كالاتفاقات أو التعسف في الهيمنة، والتي تشكل خطأ مدنياً، وهذا الخطأ

(1) متيش نوال، الرقابة في مجال المنافسة من القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2014، ص 118.

(2) المادتين 124، 125 من ق.م.ج

(3) لاكمي نادية، «العقوبات الردعية للممارسات المقيدة للمنافسة...»، مرجع سابق، ص 147.

(4) سويلم فضيلة، رقابة القضاء المدني على الممارسات المقيدة للمنافسة في نطاق المسؤولية المدنية، مداخلة ملقاة في إطار الملتقى الوطني السابع حول ضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر بين التشريع والممارسة، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم

السياسية بجامعة د. الطاهر مولاي سعيدة، بتاريخ 09 و 10 ديسمبر 2013، ص 3، 4.

(5) موساوي ضريفة، في متابعة القاضي للممارسات...، مرجع سابق، ص 60.

(6) لعور بدرة، مرجع سابق، ص 444.

(7) تنص المادة 124 مكرر من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق على أنه «يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

- إذا كان يرمي إلى حصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة».

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

يتحمل كل شخص معنوي أو طبيعي يستغل المؤسسة المرتكبة لتصرف منافي للمنافسة⁽¹⁾، إلا أن الخطأ مفترض في مسائل المنافسة، إذ يكفي إثبات وجود الممارسة المقيدة للمنافسة من طرف طالب التعويض⁽²⁾، وإن كان من الصعب إثبات الخطأ في مجال الممارسات المنافية للمنافسة، فإنه يمكن أن يساهم وجود قرار مسبق لمجلس المنافسة حول تجريم الممارسة في إثبات الخطأ كما يستعين برأي مجلس المنافسة في مجال الممارسات المنافية للمنافسة، بما فيها مدى خطورة الممارسة المتنازع فيها بهدف الحكم بالتعويض المناسب⁽³⁾.

تجدر الإشارة إلا أنه في حالة إستفادة الممارسة من إحدى التبريرات المذكورة في المادة 8 و9 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، ينتفي الطابع المجرم للممارسة وبالتالي لا وجود لعنصر الخطأ.

ب - الضرر

لا يتصور قيام المسؤولية التقصيرية من دون حدوث ضرر مترتب عن وقوع الخطأ، ذلك لأنه لا مسؤولية بدون ضرر ولا ضرر بدون مساس بحق أو مصلحة مشروعة يحميها القانون، وعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له يحميها القانون، ويكون الضرر ماديا أو معنويا، تمس الشخص بحد ذاته، أو يمس جماعة من الأفراد⁽⁴⁾، ينتمون إلى مهنة محددة.

يتمثل الضرر في الممارسات المنافية للمنافسة، المرتكبة من قبل بعض المتعاملين الاقتصاديين للمنافسة في السوق، والتي قد تلحق بالمؤسسة خسارة الحصص في السوق أو خسارة في رقم الأعمال أو القضاء على المؤسسة نهائيا، كما قد يتمثل الضرر في مواد المنافسة أساسا في فقدان المتضرر القدرة التجارية وهو أمر صعب التحديد والتقدير وقد ركنت محكمة استئناف فرنسي إلى أن هذا الضرر يتحدد في تضييع فرصة اكتساب سوق⁽⁵⁾.

يطلق الفقه الفرنسي على هذا الضرر في مواد المنافسة بتسمية الضرر التنافسي، وهو أن ينتج عن الخطأ المرتكب من طرف المؤسسة المتنافسة ضررا بشكل مفتعل، والمتمثل في إعاقة

(1) BLAISE Jean-Bernard, op.cit, p446.

(2) بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة...، مرجع سابق، 144.

(3) لاكلتي نادية، «العقوبات الردعية للممارسات المقيدة للمنافسة...»، مرجع سابق، ص 148.

(4) بن بخمة جمال، مرجع سابق، ص 193.

(5) كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 362.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

وعرقلة حركة السوق⁽¹⁾، بصفة تؤدي إلى عرقلة تحديد الأسعار وفق قواعد المنافسة الحرة، بعيدا عن قواعد العرض والطلب الطبيعيين.

قد يكون الضرر في قانون المنافسة مشروع إذا كان نتيجة منافسة نزيهة وسليمة، أما إذا كانت نتيجة مخالفة لأحكام قانون المنافسة فإن الضرر في هذه الحالة يصبح غير مشروع وبالتالي قابل للتعويض⁽²⁾، ولا يشترط في الضرر التنافسي أن يكون حالا، بل يكفي أن يكون محتمل الوقوع في المستقبل، وعندها لا يحكم القاضي بالتعويض، وإنما يحكم باتخاذ الإجراءات الكفيلة بمنع وقوع هذا الضرر، كوقف ممارسة المنافسة، وتجدر الإشارة إلى أن الضرر الاحتمالي هو الذي يميز دعوى المنافسة غير المشروعة عن دعوى المسؤولية التقصيرية العادية، لأن الدعوى الأخيرة يكون الضرر فيها محقق الوقوع وليس محتملا.

ج - العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا يكفي لقيام مسؤولية المؤسسة المرتكبة للممارسات المنافية للمنافسة تحقق ركني الخطأ والضرر التنافسي فقط، بل يشترط أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر وإلا انعدمت المسؤولية، فعلى المدعي المتضرر من الممارسات المنافية للمنافسة إثبات أركان المسؤولية التقصيرية، من خطأ والذي يتم إثباته عن طريق قرار مجلس المنافسة، الذي يدين الممارسة المخلة بالمنافسة، ويقر بوجودها، وكذا إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر والإثبات هنا جائز بكافة الوسائل على اعتبار أن الأركان السابق ذكرها تعتبر وقائع مادية⁽³⁾.

فعلى المدعي شخصا طبيعيا أو معنويا، أن يثبت إدعائه وذلك بإثبات الطابع المقيد للمنافسة، كما عليه إثبات الضرر الشخصي أو الجماعي الذي أصابه، وعليه إثبات العلاقة السببية بين الإخلال بالمنافسة والضرر⁽⁴⁾، طبقا للقواعد العامة، وفي قانون المنافسة يقتضي من المؤسسة المدعية إثبات علاقة السببية، ونظرا لتعقيد الأعمال الاقتصادية تعمد المحاكم في بعض

(1) موساوي ظريفة، في متابعة القاضي للممارسات...، مرجع سابق، ص 61.

(2) قايد ياسين، مرجع سابق، ص 162.

(3) لعور بدرة، مرجع سابق، ص 444.

(4) لخضاري أعمار، «دراسة نقدية لبعض القواعد الإجرائية في قانون المنافسة»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، عدد 2، 2007، ص 68.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

الأحيان على تأسيس قراراتها من خلال إثبات الضرر⁽¹⁾، وللقانون إعفاء المدعي من إثبات أحد هذه الأركان، إذ افترض وجوده سواء كان هذا الافتراض قابلاً لإثبات العكس أو لا⁽²⁾.

إذا ما تمكن مرتكب الخطأ من إثبات أن الضرر الذي لحق بالمضرور ليس له علاقة بالخطأ الصادر منه، بأن يثبت أنه نتيجة سبب أجنبي، كالقوة القاهرة أو حادث مفاجئ أو فعل الغير أو خطأ المضرور نفسه، فإنه بذلك يعدم العلاقة السببية بين خطئه والضرر، ومن ثم فلا يلزم بتعويض الضرر⁽³⁾.

ومن هنا تختلف دعوى المنافسة غير المشروعة عن دعوى المسؤولية المدنية، فلا مجال لاشتراط توافر علاقة السببية إلا في الحالات التي نشأ فيها الضرر فعلاً بسبب الأعمال غير المشروعة، أما في حالة الضرر الاحتمالي، فلا مجال لإثبات وقوع الضرر ولا البحث في روابط السببية بينهما⁽⁴⁾.

2- تقدير التعويض عن الممارسات المناهية للمنافسة

تهدف دعوى التعويض في الحصول على تعويض لجبر الضرر اللاحق من إحدى الممارسات المناهية للمنافسة، بمعنى أن القاضي متى ثبت أمامه توفر كل الشروط اللازمة يجد نفسه مجبراً على الحكم بالتعويض، الذي يجب أن يكون متناسباً مع جسامة الضرر، هذا التعويض يجب أن يكون شخصياً، بمعنى أنه يختلف باختلاف كل حالة وكل طرف متضرر، نتيجة اختلاف درجة الضرر اللاحق بكل شخص، لذلك فقد يصطدم القاضي العادي أثناء النظر في دعوى التعويض المرفوعة أمامه بصعوبة تقدير الضرر الناتج عن الممارسات المناهية للمنافسة، نظراً لخصوصية النزاعات المتعلقة بقانون المنافسة.

(1) بن بخمة جمال، مرجع سابق، ص 194.

(2) لعور بدر، مرجع سابق، ص 444.

(3) تنص المادة 127 من ق.م.ج على أنه "إذا ثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة القاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

(4) مخاشنة آمنة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة...، مرجع سابق، ص 435-436.

لتقدير الضرر الناجم عن الممارسات المناهية للمنافسة يمكن لضحية القيام بمقارنة بين وضعيتها الاقتصادية أثناء مرحلة النزاع وبين تلك المتوقعة في الوضعية التنافسية العادية، كإخفاض رقم أعمالها أو حصص السوق، إقصائها من السوق، فقدان زبائنها... الخ، وبالتالي تتعلق أهمية الضرر بخطورة الخطأ، وهذا ما يؤدي بالضرورة إلى الحصول على نتيجة مزدوجة، التعويض عن الضرر اللاحق بالمنافسة في السوق من جهة، ومعاقبة الخطأ المرتكب من جهة أخرى⁽¹⁾.

يرتبط تقدير التعويض أساساً بمدى مطابقة التعويض مع الضرر، فلا يكون فعالاً إلا إذا كان فورياً وكافياً من الناحية المالية، أي تتناسب دقيق بين مبلغ التعويض والضرر اللاحق بالشخص المتضرر، ويقتصر القاضي في الحكم به على أساس ما لحق المدعي من ضرر وما فاته من كسب⁽²⁾، فالقاضي عند تطبيقه لقواعد المسؤولية المدنية لا يكون محكوماً بسقف معين عند الحكم بالتعويض، وإنما يكفي أن يكون متناسباً مع حجم الضرر الواقع على المضرور⁽³⁾.

ونظراً لصعوبة تحديد مقدار الضرر المترتب على ارتكاب الممارسات المناهية للمنافسة كونه مرتبط برقم الأعمال المحقق على إثر هذه الممارسات، فقد يلجأ القاضي على الحكم بالتعويض الجزافي، وهذا الأخير لا يخدم مصالح المؤسسة المتضررة ولا يضمن لها إصلاح للضرر الذي أصابها كما لا يؤدي في نفس الوقت إلى قمع الممارسات المقيدة للمنافسة المرتكبة من طرف المتعاملين الاقتصاديين⁽⁴⁾.

يمكن للقاضي الاستعانة لتحديد التعويض ومقداره بتعيين خبير لدراسة القضية، فيقوم هذا الأخير بفحص الدفاتر التجارية وكل السندات التي يراها ضرورية لجمع كل المعلومات التي تساعد في تكوين فكرة عن مقدار الضرر، ثم يضع تقريره بيد المحكمة بما تراه مناسباً حسب قناعتها⁽⁵⁾.

(1) لاكلي نادية، «العقوبات الرديئة للممارسات المقيدة للمنافسة...»، مرجع سابق، ص 148.

(2) قرراقي محمد زكرياء، الممارسات المناهية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 301.

(3) موساوي ظريفة، دور الهيئات القضائية العادية...، مرجع سابق، ص 33.

(4) سويلم فضيلة، مرجع سابق، ص 12.

(5) بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة...، مرجع سابق، ص 146، 147.

ولإصلاح الضرر الناتج عن الممارسة المنافسة للمنافسة، القاضي له الخيار بين تطبيق قواعد المسؤولية المدنية بطريقة كلاسيكية مما يفرض تناسب دقيق بين التعويض والضرر، وبين أن يتولى بنفسه معاقبة التصرف المنافي للمنافسة مع الأخذ بعين الاعتبار جسامة الخطأ وكذا ما حققته المؤسسة المرتكبة لتلك الممارسة من فوائد بناء على ذلك، إلى جانب ذلك يمكن للقاضي مواجهة إشكالية تقدير التعويض بالاعتماد على السلطات الأخرى الممنوحة له قانوناً⁽¹⁾.

وعلى هامش إصلاح الأضرار، فإن القاضي المدني يملك إمكانية إملاء منع أو التزام القيام بالفعل أو التوقف عن الممارسات المقيدة للمنافسة، وتنفيذ هذه الالتزامات يمكن أن يكون مصحوباً بالغرامات⁽²⁾، وتجدر الإشارة إلا أنه لا تعد الغرامة المالية بمثابة تعويض عن الضرر الناتج عن الممارسة المقيدة للمنافسة بل تشكل ترضية معنوية للضحية⁽³⁾.

مما سبق يمكن القول أن سلطات القاضي المدني في مجال المنافسة لها دور إيجابي والفعال في حماية قواعد المنافسة، حيث يسمح بتطبيق قانون المنافسة بأكثر فعالية، من خلال الجزاءات المدنية التي تتنوع بين البطلان والتعويض عن الأضرار الناتجة عن الإخلال بالمنافسة، فالحكم بالبطلان يؤدي إلى محو آثار الاتفاقات والشروط التعاقدية المتعلقة بالممارسات المنافسة للمنافسة، مما يساهم في حماية النظام العام الاقتصادي من خلال ضمان حرية المنافسة وتنظيم سير السوق، كما أن تعويض المتضررين من هاته الممارسات يساهم في جبر الضرر اللاحق بمصالحهم الاقتصادية، كما يمكن أن يمثل دور منظم للسوق وذلك بمعاقبة والضغط على مرتكبي الممارسات غير المشروعة⁽⁴⁾.

تجدر الإشارة في هذا الصدد، إلى الصعوبات التي تواجه القاضي وتعرقل تدخله، بل وتجعل دوره محدوداً، صعوبة إثبات الممارسات المنافسة للمنافسة وتقدير التعويض، وصعوبة الجزم بأن الالتزام أو الاتفاق أو الشرط التعاقدية له طابع منافي للمنافسة، مما سيؤثر حتماً بشكل سلبي عن تدخله التلقائي، رغم كل تلك الصلاحيات المختلفة التي يخولها القانون وكذا صعوبة إثبات

(1) زموش فرحات، المتابعة القضائية للعبء الاقتصادي المخالف لقواعد قانون المنافسة"، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول

"حرية المنافسة في القانون الجزائري"، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، يومي 3 و 4 أبريل 2013، ص 3.

(2) عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية...، مرجع سابق، ص 114.

(3) لاکلي نادية، «العقوبات الردعية للممارسات المقيدة للمنافسة...»، مرجع سابق، ص 148.

(4) بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة...، مرجع سابق، ص 145.

القاضي للممارسة أنها منافية للمنافسة خصوصا تلك التي لم تصل درجة التأثير في سوق معينة، وضعف تأثيرها كونه لا يبلغ عتبة الحساسية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الدور التكاملي للقضاء العادي ومجلس المنافسة في حماية المنافسة

يعد تحقيق الفعالية الاقتصادية من المقاصد الأساسية لقانون المنافسة، ولذلك لا تقتصر مكافحة الممارسات المحظورة وتطبيق القواعد الموضوعية على مجلس المنافسة فحسب، بل يمتد إلى الجهات القضائية، ولأن دوره محدود في حماية النظام العام الاقتصادي، من خلال عدم اختصاصه بالحكم بالبطلان والتعويض عن الأضرار التي تسببها الممارسات المقيدة للمنافسة، وهذه السلطات تعود بالأساس إلى القاضي المدني، تطبيقا للقاعدة التي تنص يخطر المجلس من أجل الأفعال لا الأشخاص⁽²⁾، وتتفق معظم التشريعات المتعلقة بالمنافسة إلى إشراك القاضي في مهمة حماية السوق التنافسية، بمنحه اختصاص حصري للنظر في منازعات المنافسة ذات الطبيعة المدنية، سواء ما تعلق منها بالبطلان أو المسؤولية المدنية⁽³⁾، وبهذا تلعب الجهات القضائية في مجال الجزاءات المدنية، ممثلة في القضاء العادي دورا أساسيا في التصدي للممارسات المنافية للمنافسة⁽⁴⁾، بين المتنافسين في السوق.

ينظر القاضي بناء على طلب المعني في الدعاوى المتعلقة بالمنافسة، ويتدخل في هذه الحالة بطريقة مباشرة لفض المنازعات المعروضة عليه ويكون للقاضي وظيفة جديدة في المجال الاقتصادي، والتي تلزمه الخروج عن دوره التقليدي ونمطه المعتاد في التحليل، ما دام أن وظيفة الضبط الاقتصادي تتطلب منه الحرص على تحقيق المصلحة العامة، فالأمر يتعلق بتحول عميق في الميدان القضائي وتجسيد دور فعال في المجال الاقتصادي، بمعالجة الممارسات المخلة للمنافسة، والتدخل قصد إكمال محدودية دور مجلس المنافسة، وسد شغوره⁽⁵⁾، مما يؤكد أن دور

(1) شيخ نجية، «دور الهيئات القضائية في حماية مجال المنافسة»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، المجلد 30، عدد 1، جوان 2019، ص 11.

(2) GERMAIN Michel, VOGEL Louis, Traité de droit commercial, 17^{ème} édition, tome 1, LGDJ, Paris, 1998, p713.

(3) موساوي ظريفة، «عن تأثير قرارات مجلس المنافسة على سلطة القاضي العادي في إطار الدعاوى الخاصة»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد 01، 2018، ص 273.

(4) لاكمي نادية، «العقوبات الردعية للممارسات المقيدة للمنافسة...»، مرجع سابق، ص 144.

(5) لمين كريم، مرجع سابق، ص 4.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

القضاء تكميلي لدور مجلس المنافسة (أولاً)، إلا أنه طبيعة المنازعة تستدعي استشارة مجلس المنافسة (ثانياً).

أولاً: دور التكميلي للقاضي العادي في حماية المنافسة

إن مخالفة المؤسسات المتنافسة للنصوص القانونية المنظمة لمبادئ المنافسة في سوق الطلبات العمومية، في مجال إبرام الصفقات العمومية، يعني أن هذه التصرفات تكون عرضة للمتابعة القضائية، وإن كان القاضي الإداري يختص عندما تكون المصلحة المتعاقدة طرفاً في النزاع، إلا أن النزاعات التي تقع بين المؤسسات المتنافسة يؤول الاختصاص فيها للقاضي العادي.

فصل المشرع بين دور كل من مجلس المنافسة والقضاء العادي، حيث يتمثل دور مجلس المنافسة في الحفاظ على شرعية المنافسة، والنظام العام الاقتصادي وهو ما كرسه المشرع صراحة في قانون المنافسة، أين حصر مهام مجلس المنافسة في ضمان السير الحسن للمنافسة، في حين أن بطلان الشروط المتعلقة بالعقد والمخلة بالمنافسة، وإصلاح الضرر الناتج عنها يعود للقاضي، إذ يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضرراً من ممارسة مقيدة للمنافسة أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقاً للتشريع المعمول به، وبهذا فإن دور القاضي يهدف إلى حماية المتنافسين ذاتهم وتعويضهم عن الأضرار التي يمكن أن تلحق بهم في السوق، فيعمل القضاء بدور الضامن في حماية مجال ترقية وتنظيم السوق التنافسية حتى تفعل المنافسة على مستواها والحرص على مصالح المؤسسات والأطراف الفاعلة في السوق⁽¹⁾.

إن هذه الوظيفة الرقابية للقاضي تكرر مشاركته في وظيفة الضبط الاقتصادي بشكل أو بآخر، بطريق مباشر أو غير مباشر، وهو بعد جديد يضطلع به القاضي ويقوده للخروج من دوره التقليدي إلى دوره الجديد في المجال الاقتصادي، إلا أنه يشترط إعادة تكييف القضاء قصد ممارسة وظائف الضبط الاقتصادي⁽²⁾، والتي يهدف من خلالها إلى الحفاظ على مستوى المنافسة

(1) مخانشة آمنة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة...، مرجع سابق، ص 419.

(2) بوجملين وليد، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2006، ص 189.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

في السوق بإنشاء توازن بين القوى، أو الحفاظ على توازن القوى الحاضرة⁽¹⁾، وهو ما كرسه المشرع في نص المادة 03 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم³ الضبط هو كل إجراء أيا كانت طبيعته، صادر عن أية هيئة عمومية يهدف بالخصوص إلى تدعيم وضمان توازن قوى السوق، وحرية المنافسة، ورفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إليها وسيرها المرن، وكذا السماح بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أنواعها وذلك تطبيقاً لأحكام هذا الأمر³.

إلا أن القاضي لا يعتبر هيئة ضبطية، والهيئة الضبطية ممثلة في مجلس المنافسة لا يمكن أن يكون قاضياً والقرارات الصادرة عنه، لا يمكن أن تكيف بأنها أحكام أو قرارات قضائية، لكن يجب أن تتوفر فيها صفات القضاء خاصة لما تمارس السلطة القمعية مثل الحياد والاستقلال واحترام مبدأ المواجهة ومبادئ المحاكمة العادلة⁽²⁾، إلا أن قراراتها تبقى إدارية ينتفي فيها الطابع القضائي، وأن الاختصاص القضائي في حماية حقوق وحرية الأفراد، وتقوم بضبط السوق إلى جانب سلطات مجلس المنافسة في هذا المجال⁽³⁾، وإن كان مجلس المنافسة يلعب دوراً سابقاً ووقائياً في مجال المنافسة، ويهدف للحفاظ على المصلحة العامة الاقتصادية، فإن دور القاضي لاحق للسوق، ويهدف إلى تطبيق القانون⁽⁴⁾ عامة والقانون المتعلق بالمنافسة خاصة.

وفي هذا الإطار تعطي الإجراءات القضائية الإمكانية للمؤسسات نفسها وبدون وساطة إدارية لوضع حد للممارسات المخالفة للمنافسة الحرة من خلال جزاءات مدنية بحتة، وهذه العقوبة تحقق وظيفة مزدوجة، تعويض ضحية الممارسة غير المشروعة المخلة بالمنافسة، وردع مرتكبها، ما يجعلها أداة لضبط السوق فالدعوى القضائية تحقق عدالة مباشرة حيث تساهم في حسن سير

(1) FRISON-ROCHE Marie-Anne, «Définition du droit de la régulation économique», Recueil Dalloz, N° 2, Paris, 2004, p126.

(2) عيساوي عز الدين، «حول العلاقة بين هيئات الضبط المستقلة والقضاء: بين التنافس والتكامل»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية المجلد 7، عدد 01، 2013، ص 247.

(3) BERTRAND du marais, Droit public de la régulation économique Dalloz, et Presse de sciences PO, Paris, 2004, p. 482.

(4) مزيان هشام، العلاقة بين السلطات الإدارية المستقلة والقضاء في القانون الجزائري، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، جويلية 2015، ص 85.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

السوق، والقدرة التنافسية للاقتصاد نظرا لأثرها القمعي الهام في مواجهة المتعاملين المخالفين، ودورها في تعزيز ثقافة المنافسة لدى المتعاملين الاقتصاديين⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس يلعب القضاء دورا مكمل لدور مجلس المنافسة في حماية المنافسة، ولقد درج الفقه الفرنسي ومجلس المنافسة الفرنسي على تسميتها بالدعوى المدنية اللاحقة أو المكملة⁽²⁾، ويتدخل القاضي في نفس الموضوع والمستوى والدرجة مع مجلس المنافسة وبشكل مباشر لفض المنازعات التنافسية المعروضة عليه، ويكون القاضي في هذا المقام بصورة الضابط المباشر، ويتمركز إلى جانب مجلس المنافسة، ويكون للقاضي وظيفة جديدة في الإطار الاقتصادي والقانوني الجديد⁽³⁾، لاسيما في ظل وجود اختصاصات تخرج من نطاق صلاحيات المجلس لتؤول لاختصاص القاضي العادي تأكيدا لفكرة أن مجلس المنافسة لا يتمتع باختصاص مانع في تطبيق قانون المنافسة، رغم تمتعه بسلطات عديدة كإصدار الأوامر وتوقيع الجزاءات المالية واتخاذ الإجراءات التحفظية.

ومن هنا تبرز حتمية الدور التكميلي للقضاء اتجاه مجلس المنافسة، على اعتبار أنه صاحب الاختصاص الأصيل والولاية العامة في الفصل النزاعات المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة، والحامي الأساسي لحقوق وحرية الأفراد أيا كان نوعها⁽⁴⁾، فمتى وجدت قضية ما لا يسمح لمجلس المنافسة بسلطة التدخل فيها رجعا مباشرة إلى الجهات القضائية المختصة، وعلى هذا الأساس، تتجلى مساهمة القضاء في العملية الضبطية من خلال فرضيتين اثنتين، سواء التدخل لمحدودية صلاحيات مجلس المنافسة، بطلب من المتضررين من الممارسات المنافية للمنافسة، أو تدخله بطلب من مجلس المنافسة لعدم امتثال الأعوان الاقتصاديين لتنفيذ القرارات الصادرة عنها⁽⁵⁾.

(1) موساوي ضريفة، في متابعة القاضي للممارسات...، مرجع سابق، ص 44.

(2) مرجع نفسه، ص 35.

(3) لمين كريم، مرجع سابق، ص 11، 12.

(4) ZOUAÏMIA Rachid, Le droit de la concurrence, op.cit, p. 203

(5) تقار مختار، تراجع الدور القضائي في مجال الضبط الاقتصادي في ظل التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، تخصص: قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، 2020/2019، ص 165.

تجدر الإشارة على أنه تختلف الصلاحيات التي ينفرد بها مجلس المنافسة عن القضاء في مجال الضبط الاقتصادي، إذ يحق لمجلس المنافسة أن ينظر في القضايا التنافسية من تلقاء نفسه، ويعد هذا الإخطار التلقائي وسيلة مرعبة في يد مجلس المنافسة للتدخل دون انتظار، الذي له صلاحية اتخاذ تدابير عامة حتى في مسائل لم يخطر بها⁽¹⁾، أما القاضي فلا يحق له التدخل إلا إذا تم إخطاره من طرف الأفراد الذين لهم مصلحة في القضية وهو ملزم بالحكم بما يطلبه الخصوم، أما ما لم يطلبه الخصوم فهو لا يعنيه، وبغية ضمان التنافس بين المتنافسين في السوق تعمل المحاكم العادية في إطار الصلاحيات الممنوحة لها قانوناً على فرض احترام قواعد قانون المنافسة على الأعوان الاقتصاديين، وذلك من خلال ممارسة سلطتها بفرض جزاءات مدنية تقرر على مخالفيها.

يخضع النزاع الموضوعي للمنافسة لاختصاص مجلس المنافسة في حين يخضع النزاع الذاتي أو الشخصي لاختصاص الهيئات القضائية، ما يعني أنه يعود للقانون المدني حماية المصالح الذاتية للمتعاملين الاقتصاديين، ولقانون المنافسة الحماية الموضوعية للسوق، فدور مجلس المنافسة ليس حماية المتضررين من الممارسات المنافية للمنافسة، وإنما تكمن في حماية العملية التنافسية بضمان شروط تحقيق نزاهة وشفافية⁽²⁾، إبرام الصفقات العمومية، هذا الاختلاف في الأهداف سيكون له تداعياته على التدابير المتخذة أثناء الرقابة التي تمارسها كل جهة، فسلطات المنافسة اتخاذ التدابير الإدارية بصفتها مراقب للسوق، وللقاضي اتخاذ الجزاءات المدنية كالقضاء بالبطان والحكم بالتعويض⁽³⁾، بصفته حامي حقوق وحرية الأفراد.

رغم اختلاف السلطات بين كل من مجلس المنافسة والقضاء في مجال الضبط الاقتصادي، إلا أن هذا الاختلاف يؤكد ويجسد التكامل بينهما، من خلال أن العقوبات المدنية من الناحية القانونية مكمل للعقوبات الإدارية، وليست بديلة لها، وإن كان التحليل الاقتصادي يؤكد أن العقوبات المدنية تشكل قيمة إضافية على عاتق مرتكبي المخالفات تضاف إلى قيمة العقوبات الإدارية⁽⁴⁾، ويبرز ذلك في غاية الجهازين ذلك أن غاية مجلس المنافسة ليس حماية المتضررين

(1) قايد ياسين، مرجع سابق، ص 130.

(2) بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مرجع سابق، ص 99.

(3) موساوي ظريفة، عن متابعة القاضي للممارسات...، ص 13، 14.

(4) موساوي ظريفة، «عن تأثير قرارات مجلس المنافسة...»، مرجع سابق، ص 275.

من الممارسات المقيدة للمنافسة وإنما غاية تكمن في حماية العملية التنافسية والنظام العام الاقتصادي، ويبقى القضاء صاحب الولاية والاختصاص الأصيل في حماية الحقوق وحرية الأشخاص، من الأضرار التي قد تلحقهم من الإخلال بالمنافسة، فتسعى المحاكم إلى حماية المنافسين، ولا يمكن تصور المنافسة دون المنافسين في السوق، والعكس صحيح⁽¹⁾.

ومن هذا الجانب يتدخل القضاء لضمان تحقيق جزء من الأهداف التي يرمي إلى تحقيقها قانون المنافسة ومن أهمها حماية المنافسة، وبالتالي تبقى فرضية جو تكاملي بين مجلس المنافسة والقضاء قائمة⁽²⁾، ويكون التكامل بين الجهات القضائية المختصة بالنظر في قضايا المنافسة ومجلس المنافسة عندما يكون القاضي ضابطا مباشرا في القضية دون مرورها عبر مجلس المنافسة⁽³⁾، لنظر القضاء وتقييم أعمال مجلس المنافسة، عن الطعن في قرارات مجلس المنافسة.

فالقاضي العادي مدعو بصفة أكثر للقيام بعملية الضبط الاقتصادي على المستوى الأول في مجال المنافسة وفي القوانين الاقتصادية الخاصة هذه الوظيفة الضبطية تستوجب أن يتوفر في القاضي صفة الابتكار والتجديد، إذ أنه تحول جذري في العالم القضائي، وإن كان بعض القضاة في التشريعات المقارنة استوعبوا جيدا المجال الاقتصادي بكل تعقيداته⁽⁴⁾، تأقلموا مع خصوصيات المنازعة الاقتصادية، وأصبح يستنبطون حلولاً كفيلة بفض النزاعات المعروضة عليه⁽⁵⁾، إلا أنه في الجزائر لا زال القضاة تنقصهم الخبرة في المجال الاقتصادي.

وفي هذا الإطار يجب على القاضي أن يجهد نفسه في تحديد التعويض عن الممارسات المنافية للمنافسة، وليس فقط النظر إلى الضرر المباشر الذي مس المتعامل الاقتصادي، بل النظر إلى مجموع الأضرار الناتجة، وكذا الأخطار التي تقع على المؤسسة، ومساهمتها الشخصية في أعمال سياسة المنافسة، والقيمة الحقيقية للمحاكمة، هذا المعنى الواسع للتعويض هو قطعة أساسية لتعاون القاضي في السياسة الاقتصادية، ومن أجل تقدير التعويض يمكن للقاضي أن

(1) قوسم غالية، التعسف في وضعية الهيمنة...، مرجع سابق، ص 488.

(2) تقار مختار، مرجع سابق، ص 163.

(3) خليفة أمين، حمرون ديهية، «دور القضاء في حماية المنافسة من الممارسات المنافية لها»، مجلة الدراسات القانونية

المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، العدد الخامس، ديسمبر، 2017، ص 39.

(4) عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية...، مرجع سابق، ص 116.

(5) عيساوي عز الدين، حول العلاقة بين هيئات الضبط والقضاء...، مرجع سابق، ص 251.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

يستعين بمعاينات مجلس المنافسة في القضية المعروضة عليه، أو أن يعاين بنفسه الوقائع، فالقاضي يتموقع في أرضية سلطات الضبط⁽¹⁾.

إن تمكين الأشخاص المتضررة من الممارسات المقيدة للمنافسة من اللجوء إلى القضاء وطلب البطلان، والتعويض، يعتبر أمراً جد مهم من الناحية النظرية، ذلك أن هذا الإجراء يسمح لهؤلاء الأشخاص بالمطالبة بجبر كل الأضرار التي لحقتهم من جراء الإخلال بالمنافسة من جهة، ومن جهة أخرى فإنه سوف يشكل لا محالة عائقاً أمام المؤسسات التي تنوي التعدي على قواعد قانون المنافسة، ونظراً لخطورة الآثار المترتبة على مثل هذه التصرفات، منحه القانون مجموعة من السلطات لا تتمتع بها سلطات المنافسة التي أوجدها المشرع خصيصاً لضبط المنافسة، رغم كون موضوع المنازعة يتعلق بسلوك محظور بموجب قانون المنافسة، فهو اختصاص استثنائي وذو خصوصية⁽²⁾.

إن الصلاحيات التي خولها المشرع للقضاء للفصل في المنازعات التنافسية، لها من الأهمية ما يؤدي لفعالية دور القاضي العادي في التصدي للممارسات المنافية للمنافسة بين المتنافسين، إلا أنها ليست دائماً كافية لتحقيق الهدف المنشود المرغوب تحقيقه والمكرس في قانون المنافسة، ولا تتلاءم دائماً مع طبيعة المنازعة التنافسية، إذ أن هذا الموضوع حديث بالنسبة للقاضي، وأنه يخرج عن الفهم التقليدي للقوانين والقضاء التقليدي، ذلك أن قانون المنافسة مزيج بين الاقتصاد والقانون، الأمر الذي يقتضي الاستجداد بمجلس المنافسة.

يتمتع مجلس المنافسة بسلطات خاصة ومتميزة تجعل منه جهاز لا يمكن الاستغناء عنه في مجال المنافسة، ويلعب دوراً مهماً في مساعدة القاضي على أداء مهامه في تطبيق القواعد الخاصة، فالقاضي ملزم بالخروج عن دوره التقليدي ونمطه المعتاد في التحليل الاقتصادي، وما دام أن وظيفة الضبط الاقتصادي تتطلب منه الحرص على تحقيق المصلحة العامة وكذا السهر على إكمال الدور المحدود لمجلس المنافسة في هذا المجال، الأمر الذي يتطلب تحول عميق في الميدان القضائي للعب دور فعال في المجال الاقتصادي⁽³⁾.

(1) عيساوي عز الدين، حول العلاقة بين هيئات الضبط والقضاء...، مرجع سابق، ص 251.

(2) موساوي ظريفة، عن متابعة القاضي للممارسات...، مرجع سابق، ص 17.

(3) لمين كريم، مرجع سابق، ص 12.

وفي هذا الإطار جسد المشرع فعالية دور القاضي في مجال التصدي للممارسات المنافسة للمنافسة، بالنظر إلى أن قانون المنافسة حث على ضرورة وجود تعاون بين مجلس المنافسة والجهات القضائية، حيث يمكن لهذه الأخيرة استشارته في كل القضايا المعالجة أمامها والمتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة، بما فيها دعاوى التعويض عن تلك الممارسات، الأمر الذي سوف يسمح بعدم اقتصره على التعويض فقط، وإنما يؤدي ولو بطريقة غير مباشرة إلى فرض احترام القواعد المتعلقة بحماية المنافسة وبالتالي حماية النظام العام الاقتصادي، وتقرير العقوبات المدنية ترتبط بطريقة استجابتها لفعالية قانون المنافسة⁽¹⁾.

من خلال ما سبق تحليله يمكن القول أن الجزاءات المدنية المقررة من طرف القاضي تساهم في ضمان التطبيق الفعال لأحكام قانون المنافسة، لكن هذه الفعالية لا تكون مضمونة دون أن يتمتع القاضي بسلطة كاملة عند النظر في الدعاوى المرفوعة أمامه، إلا أن نجاحه وفعالته في هذه النوع من المنازعات مرهون بمساعدة الهيئة المختصة ممثلة في مجلس المنافسة عن طريق منحها خبرتها في المجال الاقتصادي.

ثانياً: استشارة القاضي العادي لمجلس المنافسة

للقاضي العادي دور مهم في مجال ضبط المنافسة، إلا أن دوره من الناحية العملية يشوبه بعض القصور والمحدودية، وذلك نتيجة جملة من الأسباب والاعتبارات التي بمقدورها أن تعرقل تدخله في المجال الاقتصادي، فنكريس الدعوى الخاصة لتطبيق قانون المنافسة، يجعل القاضي ينظر في الآثار المدنية الناتجة عن خرق القانون، ما يتطلب من هذا الأخير معرفة قانونية واقتصادية في المنازعة المعروضة عليه، فهي دعاوى تفرض إجراء تحليل اقتصادي، وفهم عميق لاجتهادات مجلس المنافسة، والإمام بالتشريع المتعلق بالمنافسة، مع الأخذ بعين الاعتبار السياسة المتبعة في مجال المنافسة⁽²⁾، زيادة على ذلك الطابع المعقد والحركي المتسارع في هذا المجال، وما يستدعيه ذلك من إمكانيات تسمح بالتصدي لمثل هذه القضايا ذات الطبيعة الخاصة والطرق خاصة لعلها⁽³⁾، هذا ما يبرر ضرورة تدخل مجلس المنافسة لتكملة عمل القاضي في ضبط

(1) موساوي ظريفة، دور الهيئات القضائية العادية...، مرجع سابق، ص 34.

(2) موساوي ظريفة، «عن تأثير قرارات مجلس المنافسة...»، مرجع سابق، ص 274، 275.

(3) تقار مختار، مرجع سابق، ص 164.

الممارسات المنافسة للمنافسة، إذ أن لغة الحوار بين مجلس المنافسة والقضاء أصبحت ضرورية لخدمة النظام العام الاقتصادي، ومحاربة الممارسات المنافسة بالمنافسة في السوق.

في هذا الإطار وتقاديا للوقوع في أي تعارض أو اختلاف بين الهيئات القضائية ومجلس المنافسة في تطبيق القوانين المتعلقة بالمنافسة، خصوصا أن مجلس المنافسة يعتمد أكثر على الطرح الاقتصادي، أما الجهات القضائية فتحرس على تطبيق القانون، والمبادئ الساري في المجال الاقتصادي⁽¹⁾، كرس المشرع الجزائري إمكانية الجهات القضائية طلب الاستشارة من مجلس المنافسة، حذوا بموقف المشرع الفرنسي⁽²⁾، ولو كان ذلك بشكل نسبي، فالطبيعة الاقتصادية والتقنية المعقدة التي تمتاز بها المنازعات في المجال الاقتصادي، وعجز القاضي في التعامل معها بأريحية، جعلته يستتجد بسلطات مجلس المنافسة من خلال طلب رأيها في القضايا المطروحة عليه، وفي هذا نص المشرع في المادة 38 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم على أنه "يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة كما هو محدد بموجب هذا الأمر، ولا يبدي رأيه إلا بعد إجراءات الاستماع الحضورى، إلا إذا كان المجلس قد درس القضية المعنية.

تبلغ الجهات القضائية مجلس المنافسة، بناء على طلبه، المحاضر أو تقارير التحقيق ذات الصلة بالوقائع المرفوعة إليه".

إذ يتضح جليا تكريس المشرع للدور التكاملي بين المجلس والقضاء في ضبط الممارسات المنافسة للمنافسة، بمفهوم أنه في حالة عرض المنازعة التنافسية على هيئة قضائية للبت فيها، يقوم القاضي بتكييف الوقائع التي تشكل ممارسة منافية للمنافسة، وفقا قواعد قانون المنافسة، كما يقوم بدراسة الأسواق التي تمت فيها الوقائع وتحديد مدى تأثيرها على المنافسة⁽³⁾، ونظرا لخصوصية هذه المنازعة، ولعدم خبرة القاضي في المجال الاقتصادي، له الاستعانة بخبرة وسلطات مجلس المنافسة في هذا المجال.

(1) قوسم غالية، التعسف في وضعية الهيمنة...، مرجع سابق، ص 302.

(2) تقار مختار، مرجع سابق، ص 167.

(3) قوسم غالية، التعسف في وضعية الهيمنة...، مرجع سابق، ص 486.

يحق للقاضي أن يستشير مجلس المنافسة ويطلبه بمساعدته في هذا الشأن، فيما يتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة، نظرا لخصوصية المنازعة، وإن كانت واستشارة مجلس المنافسة في ظل الأمر رقم 06-95 (الملغي) بموجب المادة 27 غير محددة للإجراءات المتبعة في هذا الشأن، على نقيض ما تم التتويه عنه آنفا، إذ نجد أن المشرع الجزائري قد نص من خلالها على الإجراءات المتبعة عند استشارة مجلس المنافسة من طرف الهيئات القضائية، إذ استنادا إلى نص المادة 38 في ظل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة، الذي لا يبدي رأيه إلا بعد إجراءات الاستماع الحضورى، إلا في حالة دراسة القضية مسبقا محل الاستشارة، فيتم التخلي عن الاستماع الحضورى.

قصد المشرع من وراء السماع الحضورى، تيسير عمل المجلس على تقديم الرأي السليم للقضاء في القضية المعروضة عليه، وهذا لا يمنع المشرع من تنظيم ووضع إجراءات خاصة لسماع الأطراف، تكون بالكيفية التي تضمن سرية التحقيق واحترام الضمانات المخولة لهم قانون فأحقية الأطراف المعنية وممثل الوزير المكلف بالتجارة في الإطلاع على الملف والحصول على نسخة منه، يمكن مواجهتها سواء بمبادرة من رئيس المجلس أو بطلب من الأطراف المعنية، برفض تسليم المستندات أو الوثائق التي تمس بسرية المهنة، وفي هذه الحالة، تسحب هذه المستندات أو الوثائق من الملف ولا يمكن للمجلس أن يؤسس قراره على هذه المستندات والوثائق⁽¹⁾، وبعد نهاية إجراءات الإستماع الحضورى ينبغي على المجلس أن يدلي برأيه ويبلغه للهيئة القضائية المعنية⁽²⁾، للفصل في النزاع.

وبهذا تعد الاستشارة كإجراء يساهم بقدر كبير في تجسيد إحدى صور التكامل بين الهيئات القضائية ومجلس المنافسة، من خلال لغة الحوار التي تجمع بينهما، وتقييم آثار المخالفات المرتكبة في مجال الضبط، وتجنب التعارض والاختلاف في تطبيق القانون بينهما، إذ يمكن للقاضي أن يستعين بمجلس المنافسة عن طريق الحوار معه وأخذ الرأي منه وطلب الوثائق والتقارير والمحاضر التي قامت بتحريها في القضايا المطروحة عليه، وهذا راجع للطبيعة الاقتصادية والتقنية لهذه القضايا وعدم أهليته للنظر فيها، الأمر الذي يجعله بحاجة إلى رأي أكثر

(1) المادة 30 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم.

(2) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة...، مرجع سابق، ص 276.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

تخصصا من أجل تغطية عجزه⁽¹⁾، والتي تساهم بشكل كبير في توضيح الرؤية للقاضي وتسهيل مهمته في إيجاد الحل القانوني المناسب للنزاعات المعروضة عليه، والتي غالبا ما تنتهي إلى الحل الذي يقترحه مجلس المنافسة⁽²⁾، على اعتبار أنه أكثر دراية وخبرة بمادة المنافسة من القضاء.

لكن السؤال المطروح في هذه الحالة ما مدى إلزامية الجهات القضائية اللجوء إلى مجلس المنافسة، ومدى إلزامية الأخذ بالرأي المقدم من طرفه؟

يجيز المشرع للهيئات القضائية استشارة مجلس المنافسة حول القضايا المرفوعة أمامها طبقا للنص المادة 38 من الأمر رقم 03-03 والتي يشترط أن يكون موضوعها الممارسات المقيدة للمنافسة⁽³⁾ فإذا كيف مجلس المنافسة الممارسة تكييفا إيجابيا، واعتبر التصرفات الصادرة عن المتنافسين ممارسة مقيدة للمنافسة يحكم القاضي بالبطلان، أما في حالة العكس تخرج الممارسة من دائرة إبطال الالتزامات وتبقى صحيحة ونافاذة⁽⁴⁾، إلا أن الجهات القضائية غير ملزمة باللجوء إلى مجلس المنافسة لطلب رأيه في المنازعة، بل هو أمر اختياري، وعلى هذا الأساس فتكييف المحكمة للوقائع غير متوقف على تكييف مجلس المنافسة، لأن آراء مجلس المنافسة لا تعدو أن تكون مجرد اقتراحات ليس لها أي أثر قانوني إذ أن المجلس في هذا النوع من الاستشارة يمارس دور الهيئة الاستشارية فلا تكون لأرائه القوة الإلزامية ولا تكون الهيئة طالبة الاستشارة ملزمة بها، غير أنه ما هو إلزامي هو وجوب قيام مجلس المنافسة بالاستشارة فعندما تلتزم الجهة القضائية بطلب استشارة مجلس المنافسة، فإن التجاؤها لهذه الأخيرة لا يعد دعوى منها للاشتراك في اختصاصها⁽⁵⁾، وإنما في إطار ممارسة اختصاصه بما ألزمه القانون القيام به⁽⁶⁾.

(1) مزيان هشام، مرجع سابق، ص 108.

(2) عيساوي عز الدين، «حول العلاقة بين هيئات الضبط والقضاء...»، مرجع سابق، ص 254.

(3) لم توضح صياغة المادة 38 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة الجهات القضائية التي تملك إمكانية استشارة مجلس المنافسة الشيء الذي قد يفهم منه أن المشرع الجزائري قد قصد كل الهيئات القضائية، إلا أن المقصود بالجهات القضائية هو المحاكم العادية التي يلجا إليها الأطراف بهدف إبطال الممارسات المقيدة للمنافسة، أو بهدف المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت جراء هذه الممارسات^{***} أنظر في ذلك: كحال سلمى، مرجع سابق، ص 54.

(4) لعور بدر، مرجع سابق، ص 425.

(5) لكل عائشة، «القيمة القانونية لمجلس المنافسة في المجال الاستشاري»، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثاني 2014، ص 14.

(6) مرجع نفسه، ص 15.

كما لا يفرض الحكم الصادر عن الهيئات القضائية الفاصل في النزاع المعروف عليه، على مجلس المنافسة، فلا يلتزم مجلس المنافسة بما حكم القضاء، وله كامل الحرية في إعادة تكيف الوقائع المعروضة أمامه، بعد إجراء التحقيق اللازم⁽¹⁾.

إذن فإن مسألة القيمة القانونية لتقديم الاستشارة، ومدى إلزامها، تكمن في اختيارية طلبها من طرف الجهات القضائية، وإلزامية تقديمها من قبل مجلس المنافسة، فإن كانت الأخيرة لا يسعها أن تتدخل من تلقاء نفسها أمام الجهة القضائية المختصة، لإبداء رأيها واتخاذ موقفا إزاء القضية المعروضة عليها⁽²⁾، إلا بطلب من الجهة القضائية المختصة الذي يظل اختياريا لتمتع الجهات القضائية المختصة بالحرية المطلقة في طلب الاستشارة أو الامتناع عن طلبها، دون أن يترك أي أثر قانوني عن ذلك، فمجلس المنافسة غير مخير في ذلك، بل يقع عليها الالتزام بتقديم رأيها والرد على الاستشارات التي تطلبها الهيئات القضائية، الذي لا يعدو أن يكون سوى تفسير وتقديم لاقتراحات ليس لها أي أثر قانوني، إذ تبدو في هذا الإجراء بمظهر الهيئة الاستشارية، المنزوعة من القوة الإلزامية⁽³⁾.

وإن كان الاستناد إلى الآراء واستشارات مجلس المنافسة تكون في إطار التكامل الوظيفي⁽⁴⁾، فهناك تكامل دائم ما بين الأجهزة التي تقوم بالضبط والأجهزة القضائية، فالقاضي قد يكون بحاجة إلى مجلس المنافسة، كما أن هذه الأخيرة قد يكون في حاجة للقاضي، فالتكامل ضروري لنجاح عملية الضبط الاقتصادي⁽⁵⁾.

يظهر أن القاضي مدعو بأن يمارس دوره كاملا في المجال الاقتصادي غير أن رهانات السلطة القضائية تبقى كبيرة جدا، فالنقاش اليوم يدور حول التنظيم القضائي ومدى ملاءمته للمنازعة الاقتصادية، فيجب إنشاء غرف خاصة بالمنافسة والأسواق المالية والاستهلاك والتجارة

(1) موساوي ظريفة، «عن تأثير قرارات مجلس المنافسة...»، مرجع سابق، ص ص 280، 281.

(2) ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة...، مرجع سابق، ص ص 57، 58.

(3) مزيان هشام، مرجع سابق، ص 112.

(4) لعور بدرة، مرجع سابق، ص 501.

(5) عيساوي عز الدين، «حول العلاقة بين هيئات الضبط والقضاء...»، مرجع سابق، ص 254.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

الإلكترونية ثم يجب أن يكون هناك تدريب وتكوين خصوصي للقضاة، بل يجب توظيف القضاة مكونين اقتصاديا من أجل معالجة القضايا التي أضحت جد معقدة⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس تلعب المتابعة المدنية المستقلة دورا محدودا في التصدي للممارسات المقيدة للمنافسة، حسب ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، إذ أن المتابعة المدنية عن الإخلال بقواعد المنافسة لا تكون فعالة إلا حين تكون القضية قد عرضت مسبقا على مجلس المنافسة إذ لا تثار مشكلة الخبرة ولا الإثبات، نظرا لما يتمتع به مجلس المنافسة من سلطات في هذا المجال⁽²⁾.

وتبعاً لذلك فإن أحسن ضمانات لتوحيد الاجتهاد القضائي وتوحيد تفسير قواعد قانون المنافسة تكمن في تفعيل المادة 38 من الأمر رقم 03-03، وتجسيدها على أرض الواقع، فلا يكفي النص على إمكانية طلب الجهات القضائية لرأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة والمعروضة أمامها، لكن ما يلاحظ من نص المادة 38 من الأمر رقم 03-03 يتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، أن المشرع أوردها بعبارة " يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة"... لكن كان من الأحرى بالمشرع أن يوردها بصيغة " تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة....".

لكن من خلال هذه الدراسة لمسنا عدة ثغرات تجعل تدخل القضاء العادي في مجال المنافسة تدخل متواضع وقليل الشأن فرغم أنه يتمتع بسلطات أوسع من السلطات المخولة للقاضي الإداري إلا أن الوضع القائم يؤكد على عدم تمتعه بوسائل قانونية كافية لممارسة مهامها الرقابية⁽³⁾، فغالبا ما يجد القاضي نفسه أمام أمر صعب في تقدير التعويض في قضايا القطاع الاقتصادي على مصالح الضحايا في مختلف الممارسات المناهية للمنافسة، فيصعب تقدير الضرر، فلا يجد القاضي المعايير التي يعتمد عليها في تقدير التعويض⁽⁴⁾.

(1) عيساوي عز الدين، «حول العلاقة بين هيئات الضبط والقضاء...»، مرجع سابق، ص 255.

(2) موساوي ظريفة، «عن تأثير قرارات مجلس المنافسة...»، مرجع سابق، ص 279.

(3) زموش فرحات، مرجع سابق، ص 5.

(4) إملول ريمة، «إشكالية تطبيق الجزاءات المدنية على الممارسات المقيدة للمنافسة»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني،

جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 16، العدد 02، 2017، ص 237.

عدم كفاية النصوص القانونية في هذا المجال نظرا إلى غياب ضوابط دقيقة تحكمه وتتماشى مع متطلبات الاقتصاد الحر، الأمر الذي يدفعنا للقول بضرورة إجراء تعديلات جديدة تتماشى مع التطورات الاقتصادية من خلال وضع نظام قانوني خاص بالمسؤولية المدنية لمرتكبي الممارسات المنافسة للمنافسة أكثر دقة وأكثر حماية، مع ضرورة العمل على إدراج تكوين متخصص للقضاة، لانعدام أي نص ضمن المنظومة القانونية الإجرائية أو الموضوعية المنظمة لمسألة تخصص القضاة، رغم دعوة رجال الفقه منذ الإعلان عن تبني نظام ازدواجية القضاء الذي يدفعنا للقول بضرورة تدخل المشرع من أجل إيجاد قضاء متخصص يؤدي إلى تفرغ القضاة لميدان واحد، حتى يكون الإتقان في العمل وحسن النوعية، لاسيما في مجال جد حساس كالمنافسة التي تهدف إلى حماية النظام العام الاقتصادي⁽¹⁾.

وإن كان للقضاء إستشارة مجلس المنافسة في القضية المعروضة عليه، وإبداء رأيه بهذا الخصوص، ويبقى للجهة القضائية التي طلبت رأي مجلس المنافسة السلطة التقديرية في الأخذ برأي مجلس المنافسة من عدمه⁽²⁾.

المطلب الثاني

دور القضاء الجزائي في التصدي للممارسات المخلة بالمنافسة في الصفقات العمومية

وضع قانون الصفقات العمومية ضمانات قانونية كفيلة بحماية المنافسة في الصفقات العمومية، من أهمها الحماية الجزائية لقواعد إبرام الصفقات العمومية، حيث حرص المشرع على تجريم كافة السلوكات التي تصاحب عمليات التحضير للصفقة، مرورا بإجراءات تحضيرها وطرق إبرامها واختيار المتعامل المتعاقد، كما حتم تدخل القاضي الجزائي لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب ممارسات منافية للمنافسة متى كان الفعل مجرما⁽³⁾.

وهو ما تجسد من خلال التدابير والآليات المتعلقة بمكافحة الفساد في الصفقات العمومية، حيث خصص القسم الثامن من الفصل الثالث من المرسوم الرئاسي 15-247 لمكافحة الفساد

(1) إملول ريمة، مرجع سابق، ص 239.

(2) بولعراس أحمد، «الدور الإستشاري لمجلس المنافسة»، مجلة البيان للدراسات والقانونية والسياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريبيج، المجلد 07، العدد 01، جوان 2022، ص 108.

(3) قوراي مصطفى، «دور القاضي الجنائي في حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية»، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد النعام، المجلد الرابع، العدد 02، جوان 2018، ص 354.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

بموجب المواد من 88 إلى 94، والذي يحيل بدوره لقانون قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. وكذا قواعد قانون العقوبات.

بالرجوع إلى المادة 48 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، فإنها تنص على أنه "يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة، وفق مفهوم أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به".

يمكن تفسير أن نص المادة يحمل عدة تأويلات بخصوص إمكانية رفع الدعوى الجزائية باعتبار هذا النص القانوني جاء عاما وشاملا لجميع الهيئات القضائية، بحيث جعل منها صاحبة الاختصاص في قمع الممارسات المنافية للمنافسة، إذ يمكن للضحية من الجرائم المتعلقة بعرقلة المنافسة في مجال الصفقات العمومية اللجوء إلى القاضي الجزائي، للفصل في الممارسات المخلة بالمنافسة، متى كيفت تلك الأفعال بأنها جريمة، لهذا يجب تحديد مدى اختصاصه بالفصل في الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية (الفرع الأول)، ودوره في ردعها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مدى اختصاص القاضي الجزائي بالنظر في الممارسات المخلة بالمنافسة

تعتبر المخالفات المخلة بالمنافسة فعل مجرم يتابع جزائيا من طرف القاضي الجزائي، إلا أنه في ظل الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم تم استبعاد اختصاص القاضي الجزائي بالنظر في الممارسات المخلة بالمنافسة (أولا)، إلا أنه بالرجوع للقوانين الخاصة نجد أن القاضي الجزائي إسترجع سلطته في متابعة أي فعل مغل بالمنافسة وكيف بأنه مجرم قانونا (ثانيا).

أولا: استبعاد اختصاص القضاء الجزائي وفق قانون المنافسة.

عرفت مسألة اختصاص القاضي الجزائي في قمع ومكافحة الممارسات المنافية للمنافسة تحولا تشريعيا⁽¹⁾، حيث كان في الأول مكرس ومعترف به للقاضي الجزائي ويمارس بصفة فعلية،

⁽¹⁾ في ظل القانون رقم 89-12 المتعلق بالأسعار، منح المشرع للسلطة القضائية سلطة التدخل في مجال حماية المنافسة، من خلال منح صلاحية للقاضي الجزائي في تسليط عقوبات على الأعوان المخالفين للممارسات المخالفة للمنافسة، بمعنى أن القاضي الجزائي كان مختصا بالنظر في المخالفات المتعلقة بالأسعار، ونظرا لكون النظام الاقتصادي القائم في تلك الفترة لم يكن متبني نظام اقتصاد السوق بعد، وبالتالي كان من غير الممكن الحديث عن حماية المنافسة.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

في ظل الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة (ملغى) وبالتحديد في المادة 15 من هذا الأمر حيث تنص على أنه "يحيل مجلس المنافسة الدعوى على وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية إذا كان تنظيم وتنفيذ الممارسات المنافية بالمنافسة أو التعسف الناتج عن الهيمنة المنصوص عليها في المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 من هذا الأمر يتحمل فيها أي شخص مسؤولية شخصية.

دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في المادتين 13 و 14 من هذا الأمر، يمكن القاضي أن يحكم في هذه الحالة بالحبس من شهر واحد إلى سنة واحدة ضد أشخاص طبيعيين تسببوا في الممارسات المذكورة أعلاه أو شاركوا فيها."

أعطى المشرع الطابع الجنائي للممارسات المخلة بالمنافسة وخول للقضاء الجزائي صراحة اختصاص الفصل في القضايا المرفوعة إليه وتوقيع عقوبات جزائية سالبة للحرية وأخرى عقوبات مالية⁽¹⁾ ضد كل عون اقتصادي ثبت بأنه ارتكب تلك المخالفات الممنوعة، كالاتفاقات والتعسف في وضعية الهيمنة، إذ يمكن للقاضي أن يحكم بالحبس لمدة قد تصل إلى سنة واحدة ضد هؤلاء الأشخاص الطبيعيين⁽²⁾، كما أنه لم تقتصر المتابعة والعقوبة الجزائية على الأعوان الاقتصاديين الطبيعيين المخالفين فحسب، بل حتى ضد من شاركوا في إتيان هذه الممارسات الممنوعة وذلك على قدم المساواة.

بالغاء الأمر رقم 95-06 وتعويضه بالأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، تغير الوضع بإزالة دور القاضي الجزائي من الهيئات القضائية العادية، فلم يعد لهذه المحاكم أي اختصاص في الممارسات المنافية بالمنافسة، بل يختص مجلس المنافسة بتقرير عقوبات إدارية، إذ تنص المادة 57 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه "يعاقب بغرامة قدرها مليوني دينار (2.000.000 دج) كل شخص طبيعي ساهم شخصيا بصفة احتيالية في تنظيم الممارسات المقيدة بالمنافسة وفي تنفيذها كما هي محددة في هذا الأمر"

(1) ZOUAIMIA Rachid, Droit de la responsabilité disciplinaire des agents économiques, l'Exemple du secteur financier, OPU, Alger, 2010, P 08.

(2) كتو محمد الشريف، «حماية المستهلك من الممارسات...»، مرجع سابق، ص 72.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

من خلال نص المادة نجد أن المشرع الجزائري قد أزال التجريم والعقاب عن الممارسات المقيدة للمنافسة المذكورة في المواد 6 و7 و10 و11 و12 من الأمر رقم 03-03⁽¹⁾، وأبقى فقط على الغرامات المالية التي يتولى مجلس المنافسة تطبيقها، وبالتالي لم يعد هناك ما يستدعي الإحالة على وكيل الجمهورية، إلا عندما يقرر مجلس المنافسة عدم الاختصاص⁽²⁾، فدور القاضي الجزائري في مجال المنافسة في ظل الأمر رقم 95-06 كان هامشيا، وبصدور الأمر رقم 03-03 يكون المشرع قد أزاح اختصاص القاضي الجزائري، والذي يقصد به إزاحة السلطة القمعية للقاضي الجزائري لصالح مجلس المنافسة واستبدال العقوبات الجنائية بالعقوبات الإدارية، فالمشرع الجزائري ذهب إلى أكثر مما ذهب إليه المشرع الفرنسي بإزالة التجريم كلية بالنسبة للممارسات المقيدة للمنافسة فالقاضي الجزائري لا يجد لنفسه مكانا ضمن قانون المنافسة⁽³⁾.

إلا أن المشرع الفرنسي مازال يحتفظ بالمتابعة الجزائية للممارسات المناهضة للمنافسة، وبالرجوع للمادة L.420-6 من التقنين التجاري⁽⁴⁾، نجد أنه لم يلغى دور القاضي الجزائري كلية من مجال المنافسة، بل يمكن لهذا الأخير المعاقبة على جنحة المساهمة الشخصية ضد أي شخص طبيعي قام بتنظيم أو تنفيذ الممارسات المخلة بالمنافسة، وتخطر الأشخاص المؤهلين والمتمثلة في المؤسسات المدعية، أو المتضررة، المحكمة المختصة، كما تخطر النيابة العامة من طرف المديرية العامة للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش أو من طرف سلطة المنافسة⁽⁵⁾.

تجدر الإشارة بخصوص متابعة القاضي الجزائري للممارسات المخلة بالمنافسة، وفي هذا الشأن اقترح مجلس المنافسة ضمن التعديلات المرفوعة للسيد وزير التجارة، إعادة العمل بقواعد القانون الجزائري من خلال اتخاذ العقاب الجزائري كوسيلة لقمع الأفعال المخلة بالمنافسة ذات الطابع الإجرامي التي يمكن لمجلس المنافسة اكتشافها من خلال ممارسة مهامه بإضافة مادة جديدة

(1) أنظر المادة 14 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(2) عيساوي محمد، القانون الإجرائي للمنافسة، مرجع سابق، ص 128.

(3) عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية...، مرجع سابق، ص 124.

(4) Art L420-6 alinéa 01 et 02 du code de commerce français, Op.cit.

(5) BRIGTTE Hess-Fallon, ANNE-MARIE Simon, droit des affaires, 18^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 2009, p127.

لتأهيل المجلس للجوء إلى المحاكم المختصة فيما يخص تقديم التقارير عن الحقائق التي يمكن أن تكون محل تجريم، والتي قد تدخل ضمن نطاق تحقيقاتها⁽¹⁾.

ومما سبق نستخلص أن ضرورة متابعة القاضي الجزائري للممارسات المخلة بالمنافسة أمر ضروري تجسيده، فيكون قاضي المنافسة هو أيضا قاضي جزائي، وذلك لوجود عقوبات جزائية تهدد كل شخص طبيعي تكون له مشاركة شخصية وحاسمة في ارتكاب هذه الممارسات، وبناء على ذلك فالقاضي الجزائري يلعب دورا هاما لضمان فعالية قانون المنافسة لأن التكامل بين وظيفة مجلس المنافسة والقاضي الجزائري ضرورة لضمان نجاح السياسة التنافسية وحمايتها⁽²⁾.

ثانيا: اختصاص القاضي الجزائري وفق القوانين الخاصة

تخلى المشرع الجزائري في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة عن الجزاء الجنائي كعقوبة تسلط على مرتكبي الممارسات المخلة بالمنافسة، واكتفى بالعقاب المالي المتمثل في الغرامة المالية، وذلك لتعزيز دور مجلس المنافسة في حماية المنافسة في السوق، غير أنه لم يمنع إمكانية متابعة الجاني الذي قام بمضاربة غير مشروعة، وفق المواد 172، 173، 174 من الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، والتي تم إلغاؤها بموجب القانون 21-15، كما أنه لا يمنع من متابعة الجاني الذي قام بالإخلال بقواعد المنافسة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، وفق المادة 26 من القانون 06-01 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم.

إن إزالة التجريم التي تبناها المشرع الجزائري في قانون المنافسة لا يعني الاستبعاد المطلق لدور القاضي الجزائري في حماية وضبط المنافسة الحرة، وبما أنه لم يتضمن قانون المنافسة نصا خاصا بتوقيع العقوبة الجزائية، فإنه يجدر بنا اللجوء إلى الأحكام العامة، الواردة في قانون العقوبات، كما جرمها بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ووفق هذه النصوص الخاصة، فالقاضي الجزائري قد احتفظ بدوره رغم إزالة التجريم في قانون المنافسة، لتؤكد هذه النصوص بأن دور القاضي الجزائري مازال فعالا في حماية المنافسة وهو ما سنبيّنه فيما يلي:

⁽¹⁾ التقرير السنوي لنشاطات مجلس المنافسة لسنة 2015 (باللغتين العربية والفرنسية)، مجلس المنافسة، النشرة الرسمية رقم 10، ص70. www.conseil-concurrence.dz

⁽²⁾ TOUNAKTI Khalifa, «Le rôle du pouvoir judiciaire dans l'application du droit et de la politique de la concurrence», voir sur : www.concurrence.com, p5.

1 - في قانون العقوبات

إن إزالة المسؤولية الشخصية للشخص الطبيعي قد لا تكون فعالة، فهدف حماية السوق لا يتحقق في بعض الأحيان إلا بوجود قانون العقوبات للممارسات المخلة بالمنافسة خصوصا في العلاقات بين المتعاملين الاقتصاديين، سواء كانت أشخاص خاصة أو أشخاص عامة، خاصة أن هذه الأخيرة قد تؤدي إلى عدم التوازن في هذا النوع من العلاقات، والتي لا يمكن معالجتها في بعض الأحيان إلا بقانون العقوبات⁽¹⁾.

رغم حرص المشرع في قانون المنافسة على حصر اختصاص البث في المخالفات المخلة بالمنافسة لمجلس المنافسة، إلا أن بعض الممارسات كالأعمال والاتفاقيات غير المشروعة شدد المشرع الجزائري على حظرها، فكانت موضوع تجريم قانون العقوبات واعتبرها من قبيل المضاربة الغير مشروعة، ونظمها بموجب القانون 15-21 المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة⁽²⁾، الذي ألغى المواد 172، 173، 174 من قانون العقوبات الجزائري⁽³⁾، فأصبحت هذه الجريمة حاليا منظمة بموجب قانون خاص، والبحث في هذه الأخيرة نجد أنه استند إلى نصوص الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم.

تنص المادة 02 من القانون 15-21 بأنها "كل تخزين أو إخفاء للسلع أو البضائع بهدف إحداث ندرة في السوق وإضراب في التموين وكل رفع أو خفض مصطنع في أسعار السلع أو البضائع أو الأوراق المالية بطريق مباشر أو غير مباشر أو عن طريق استعمال الوسائل الإلكترونية أو أي طرق أو وسيلة احتيالية أخرى.

ويعتبر من قبيل المضاربة غير المشروعة:

- ترويج أخبار وأنباء كاذبة مغالطة عمدا بين الجمهور بغرض إحداث إضراب في السوق ورفع الأسعار بطريقة مباحة وغير مبررة.

(1) عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية...، مرجع سابق، 125.

(2) قانون 15-21 مؤرخ في 28 ديسمبر 2021، يتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، ج ر ج ج عدد 99، صادر بتاريخ 29 ديسمبر 2021.

(3) تنص المادة 24 من القانون رقم 15-21 المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة والتي تنص على أنه "تلغى أحكام المواد 172 و 173 و 174 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات على الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون".

- طرح عروض في السوق بغرض إحداث اضطراب في الأسعار أو هوامش الربح المحددة قانونا .

- القيام بصفة فردية أو جماعية أو بناء على اتفاقات بعملية في السوق بغرض الحصول على ربح غير ناتج عن التطبيق الطبيعي للعرض والطلب .

- استعمال مناورات تهدف إلى رفع أو خفض قيمة الأوراق المالية³³

يمكن المعاقبة على القيام بالممارسات المخلة بالمنافسة إذا توافرت جريمة المضاربة في الأسعار حسب نص المادة المذكورة أعلاه، وذلك بتوفر أركان الجريمة المتمثل في الركن الشرعي وهو نص المادة 02 من القانون 15-21 والركن المادي المتمثل في القيام بالأفعال المذكورة في المادة 02 أعلاه، والركن المعنوي الذي يتمثل في إتجاه نية الجاني بالقيام بالفعل المجرم رغم علمه بذلك، كما يتطلب القانون بالنتيجة تحقق غاية محددة من الجريمة المتمثلة في المساس بالمنافسة الحرة، بالإضافة إلى نية الجاني في إحداث اضطرابات في السوق بهدف زيادة الأرباح، وهو ما يعرف بالقصد الجنائي الخاص.

ونظرا لأهمية الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة قرر المشرع الجزائري فرض الحماية الجنائية لها لمنع أي إخلال يمكن أن يمس إجراءات إبرامها، ومنحها للمرشح الغير كفى بها، مما يسبب إضرار بالمال العام، والمصلحة العامة التي تهدف إلى تحقيقها.

إن كان المشرع الجزائري قد حظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة والضمنية التي تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه إذا كانت ترمي إلى السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة للمنافسة، بموجب قانون المنافسة، إلا أنها تكيف على أنها جرائم في ظل قانون العقوبات الجزائري، وفي هذا تنص المادة 175 من قانون العقوبات على ما يلي³⁴ "يرتكب جريمة التعرض لحرية المزايدات ويعاقب عليها بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 200.000 دج كل من عرقل حرية المزايدات أو المناقصات أو تعرض لها أو أخل بها بطريق التعدي أو العنف أو التهديد، وذلك في المزايدات على الملكية أو حق الانتفاع أو على تأجير الأموال العقارية أو المنقولة أو على المقاولات أو التوريدات أو الإستغلالات أو أية خدمات أخرى أو شرع في ذلك سواء قبل المزايدة أو المناقصة أو أثناءهما.

ويعاقب بذات العقوبة كل من يبعد المزايدين أو يحد من حرية المزايدة أو المناقصة أو يشرع في ذلك سواء بطريق الهبات أو الوعود أو بالاتفاقات أو الطرق الاحتياطية، وكذلك كل من تلقى هذه الهبات أو تلقى هذه الوعود".

إن جريمة التعرض بحرية المزايدات والمناقصات المنصوص عليها في المادة 175 من قانون العقوبات، ومادامت هذه المادة لم تلغى فليس ثمة ما يمنع من مساءلة أي شخص طبيعي أو معنوي يخل بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية، ومتابعته جزائيا أمام الجهات القضائية الجزائية عن جريمة التعرض للمزايدات والمناقصات والتي من شأنها المساس بحرية المنافسة وتعتبر جريمة التلاعب بحرية المناقصات وسلامتها من الجرائم الواقعة على المال العام والتي تحظى بموضوع الحماية الجنائية وترتبط ارتباطا وثيقا بكيان الدولة الاقتصادي، والتي أدرجها المشرع تحت مسمى الجرائم الاقتصادية.

2- في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته

تعتبر الصفقات العمومية مجالا خصبا لممارسة الفساد، ونظرا لطبيعة الإجراءات التي تخضع لها فقد يجري عليها بعض ممارسات الفساد، هذا الأمر جعل المشرع الجزائري يتدخل لتجريم بعض الأفعال والممارسات المتعلقة بالصفقات العمومية والتي لولا هذا التجريم ما كانت تخضع إلا لولاية القضاء الإداري، وتماشيا مع السياسة الدولية الرامية إلى مكافحة الفساد صدر قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، خاصة في ظل قصور قانون العقوبات الجزائري⁽¹⁾، والقوانين ذات الصلة في هذا المجال على القمع والحد من الجرائم الاقتصادية⁽²⁾، وما يميز هذه الجرائم أنها كانت موزعة في قانون العقوبات بعد أن كانت مجرمة بموجب المواد 128

(1) أول مرة تم تجريم هذا الفعل كان بموجب الأمر 75-47 المؤرخ في 17-06-1975 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، وذلك بموجب نص المادة 423 منه التي اعتبرت هذه الجريمة جنحة، وقد أدرجت هذه الجريمة ضمن الاعتداءات على سير الاقتصاد الوطني وهذه المادة عرفت تعديلا سنة 1982 بموجب الأمر 82-04 المؤرخ في 13-02-1982 وتعديلا ثانيا سنة 1988 بموجب الأمر 88-26 المؤرخ في 12-07-1988 تميز الأخير بتأطير الجريمة من خلال اشتراط أن يتم إبرام العقد مخالفا للتشريع الجاري العمل به، وفي سنة 2001، تم إلغاؤه بموجب القانون 01-09 المؤرخ في 26-06-2001 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، ألغيت المادة 324 من قانون العقوبات، وتم نقل محتواها إلى نص المادة 128 مكرر وتم اعتبارها جنحة، كما تم تحويل الجريمة من جريمة الاعتداء على سير الاقتصاد الوطني إلى جنحة المحاباة هدفها قمع المساس بقواعد الشفافية والنزاهة.

(2) زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، 2012، ص 03.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

و128 مكرر، والمادة 123 غير أن المشرع أعاد تنظيمها بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والتي تم إلغاؤها بموجب المواد 72 و71 من القانون رقم 06-01.

حاول المشرع التوسع في مجال التجريم قصد حصر كل أنواع الفساد وصوره وهو ما سعى لتحقيقه وذلك بإدراج كافة التجاوزات التي يمكن أن تطل مجال إبرام الصفقات العمومية، والتي تعرف بالجرائم الاقتصادية، وتتكون البنية الاقتصادية لجريمة عرقلة المنافسة بصفة عامة من التصرفات الماسة بالمنافسة في السوق والتي من شأنها التأثير سلبا على الاقتصاد الوطني، من خلال وجود السلوك الإجرامي، الذي من شأنه الإضرار بالمنافسة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، وقصد التوفيق بين الحماية الردعية للصفقات العمومية وحماية المال العام، والأمن القانوني للموظفين العموميين برزت الحاجة لتأطير تدخل القاضي الجزائي، إذ أن هذا الأخير هو المكلف بمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب الأفعال المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية والمجربة قانونا.

وفي هذا تنص المادة 09 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على أنه: « يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية.

ويجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.
- إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية.
- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية».

تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية إلى جانب ذلك فقد أكد على ضرورة تكريس مبدأ المنافسة الحرة، وبالتالي فإنه لا يمكن استبعاد النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم المنافسة النزاهة، والمتمثل في قانون المنافسة من مجال تطبيق قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، إذ أن المشرع الجزائري أدرج

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

الصفقات العمومية ضمن مجال تطبيق الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، حماية للمنافسة الحرة، حيث تنص المادة 02 منه على أنه: **«بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:...**

- الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة».

كما أنه وبالرجوع إلى نص المادة 06 نجدها تنص على أنه: **«تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقات والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق، أو في جزء جوهري منه لاسيما عندما ترمي إلى:**

- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب الممارسات المقيدة للمنافسة».

وعلى هذا الأساس جرم المشرع الجزائري الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية المنصوص عليها في قانون المنافسة، بموجب القوانين الخاصة، والمتمثلة على الخصوص في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ويبرر ذلك أن اعتماد نظام المنافسة الحرة في الصفقات العمومية يوفر حماية فعالة للمال العام بحيث يسمح بالاستعمال العقلاني للموارد العمومية ويساهم في القضاء على مظاهر الفساد والمحسوبية في الإدارة العامة⁽¹⁾، ما يبرر تكريس الحماية الجنائية لقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية، من خلال دور القاضي الجزائري في تقييم أعمال الموظفين المتدخلين في عملية إبرام الصفقات العمومية، ما يترتب على ذلك من وجوب إلمام القاضي الجزائري بالنصوص المتعلقة بالصفقات العمومية، وكذا قانون المنافسة⁽²⁾.

الفرع الثاني

دور القاضي الجزائري في التصدي للممارسات المخلة بالمنافسة

تمر الصفقة العمومية بعدة إجراءات ومراحل تبدأ من مرحلة التحضير مروراً إلى مرحلة إبرامها ثم تنفيذها وهي آخر مرحلة، وتعتبر عملية اختيار المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة من أهم وأعدد المراحل لأنها المحدد الرئيسي لمدى نجاعة الطلبات العمومية فإذا نجحت حققت

(1) محمد شريف كتو، «حماية المنافسة...»، مرجع سابق، ص 74.

(2) علة كريمة، جرائم الفساد...، مرجع سابق، ص 190.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

الأهداف المتوخاة منها، وإذا انحرفت عملية الاختيار فشلت الصفقة⁽¹⁾، خاصة أنها وسيلة في يد الإدارة لاستخدام المال العام ووسيلة للمتعاقدين معها للاستفادة منه، مما تكون محل أطماع العديد من المتعاملين الاقتصاديين، إذ تستعمل في ذلك شتى الوسائل للظفر بالصفقة العمومية، كما أن المصلحة المتعاقدة تستعمل نفوذها ومكانتها لمنح صفقات تخالف التشريع المعمول به، والتي من شأنها الإخلال بالمنافسة بين المرشحين في سوق الطلبات العمومية، وعرقلة إرسائها على معيار أحسن عرض، مخالفاً بذلك مبادئ المنافسة الأساسية التي يقوم عليها التعاقد في مجال الصفقات العمومية.

تدخل المشرع بموجب قانون العقوبات والقوانين المكملة له لاسيما قانون مكافحة الفساد، للتصدي لهذه الجرائم من منح امتيازات غير مبررة، جريمة استغلال النفوذ والرشوة في إبرام صفقات مخالفة للقوانين، إلا أن دراستنا ستقتصر على جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية والتي تقع في مرحلة إبرام الصفقة العمومية باعتبارها ممارسة تخل بالمنافسة في منح الصفقة العمومية، والأكثر الممارسات شيوعاً، أما جريمة استغلال النفوذ فتقع في مرحلة التنفيذ، وإن كانت تثير بعض المنازعات بين الإدارة والمتعاقد إلا أنها لا تبلغ في كثير من الأحيان إلى درجة الوقوع في الفساد⁽²⁾، لذلك سنحصر الدراسة في جريمة منح امتيازات غير مبررة باعتبارها تقع في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، وتمس بقواعد المنافسة.

بصدور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، تم التأسيس لعدة جرائم مرتبطة بالصفقات العمومية، وتجريم الممارسات المخلة بالمنافسة في مرحلة إبرامها (أولاً)، أوكلت مهمة التصدي لها للقضاء الجنائي عن طريق منح القاضي الجنائي سلطة اتخاذ التدابير اللازمة ومباشرة الإجراءات التي يراها كفيلة بردعها بغية تعزيز الشفافية والنزاهة للوصول إلى منافسة شريفة وإرساء الصفقة على المتعامل الاقتصادي الكفئ في إبرام الصفقات العمومية (ثانياً).

(1) بوضوح عبد النبي، اختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، مداخلة ألقى في الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية بجامعة الجليلي ليايس - سيدي بلعباس - يومي 24 - 25 أفريل 2013. ص 02.

(2) ساوس خيرة، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة...، مرجع سابق، ص 296.

أولاً: تجريم الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية

يلتزم موظفوا المصلحة المتعاقدة بتمكين المتعاملين الاقتصاديين من المنافسة الحرة والعادلة، للوصول إلى إرساء الصفقة على أحسن عرض خدمة للمصلحة العامة، والتي تجسد حماية للمال العام، غير أن الضمانات القانونية ذات الطبيعة الوقائية وتدخل هيئات خاصة لتجسيدها لم تكن كافية لردع الممارسات المخلة بالمنافسة باعتبار سلطاتها محدودة لتجسيد مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية أمام الممارسات الغير القانونية بالابتعاد عن طرق وحيل للالتفاف على تطبيق مبدأ المنافسة، بمنح امتيازات تفضيلية، والتحيز للمتعامل اقتصادي معين والتي تشكل جريمة المحاباة⁽¹⁾.

حرص المشرع على تكريس الحماية الجزائية لمخالفة المبادئ العامة التي تحكم إبرام الصفقة العمومية، إذ أشار بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على تجريم بعض الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية، من جملة الجرائم التي أشار إليها منح الامتيازات الغير مبررة للحصول على الصفقة بطرق غير قانونية والتي لا تستند في طبيعتها على أي أساس قانوني أو التي تم الحصول عليها بغير وجه حق نتيجة لمخالفة أحكام التشريع أو التنظيم المعمول به المتعلقة بقواعد المنافسة في مجال إبرام الصفقات العمومية، والتي يطلق عليه الفقه تسمية "جنحة المحاباة"⁽²⁾.

تنص المادة 01/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل بموجب القانون 11-15 على أنه "يعاقب كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات".

(1) ادريس خوجة نظيرة، «الحماية الجزائية لمبدأ المنافسة ضد جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية»، مجلة القانون

العام الجزائري المقارن، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، المجلد الثامن، العدد 01، ماي 2022، ص 303.

(2) بن زيان بركات، «جنحة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية

والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 7، أبريل 2022، ص 119.

إن المشرع في الصياغة القديمة للمادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁽¹⁾ جاء حكمه عاما وتجريمه يتسم بشيء من الاتساع بحيث يشمل جميع الصور المحتملة والمتوقعة والتي يمكن أن تدخل تحت نطاق هذا الوصف من التجريم، ذلك أن النص قبل التعديل كان يعتبر أن أي مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية الحاكمة للصفقات العمومية تقوم به الجريمة، فجاء التعديل ليشتراط أن تتعلق تلك المخالفة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، وهو ما يشكل اعتداء على المبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية، وهي المساواة بين المتنافسين وحرية الدخول إلى المنافسة، وشفافية الإجراءات، وبهذا أحالت أحكام المادة 26 منه إلى أحكام قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة، من مخالفة قواعد إبرام الصفقات العمومية والتي تحكمها مبادئ المنافسة في كل إجراءاتها.

وبناء على ذلك يتدخل القاضي الجزائي في مجال الممارسات المخلة بالمنافسة في إبرام الصفقات العمومية بشكل كبير، وهذا يقتضي أن يتوفر في القيام بمنح امتيازات غير مبررة للغير في الصفقات العمومية، أركان الجريمة المتمثلة في ركنها الشرعي، وإلى جانب الركن المفترض الذي تشترك فيه مختلف جرائم الصفقات العمومية، ونجد خصوصية في كل من الركن المادي والركن المعنوي لها، وهذه الجريمة لا تقوم في صورتها التامة ولا يكتمل وجودها إلا بتوفر كل أركانها القانونية، ويتخلف أي ركن منها يؤدي بالضرورة إلى زوال الصفة الإجرامية، ولا يكون هناك مبرر للعقاب⁽²⁾.

1- الركن الشرعي:

الركن الشرعي هو الصفة غير المشروعة للفعل التي يضيفها النص التشريعي على بعض التصرفات التي يرى بأنها جديرة بالتجريم والعقاب، فالركن الشرعي هو تكييف قانوني للسلوك

(1) حيث نقل المشرع حرفيا المادة 128 من قانون العقوبات إلى المادة 26 من القانون 06-01 والتي نصت على "يعاقب كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عمدا أو اتفافية أو صفقة أو ملحق مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة".

(2) ظريف قدور، «جنتحة منح امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته»، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد الثامن، ديسمبر 2017، ص 379.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

المرتكب يصفه بعدم المشروعية، فهذا الركن يتميز بطابع موضوعي فحواه العلاقة بين الواقعة المرتكبة والمصالح والحقوق المحمية قانوناً⁽¹⁾.

وبالتالي، تعتبر قواعد المنافسة مصلحة محمية بمقتضى نصوص التجريم، على أساس أن جرائم الفساد ليست بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة فحسب، بل تمس أيضاً المصالح الخاصة للأفراد وحقهم في منافسة نزيهة وشريفة، وعلى القاضي الجزائي أن يكون ملماً بهذه القواعد لأنها جزء لا يتجزأ من نص التجريم⁽²⁾.

والملاحظ أنه يشترط لقيام جنحة المحاباة ألا تنحصر المخالفة أو الجريمة في مخالفة قانون الصفقات العمومية وإنما يكون في كل مساس بمبادئ حرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، لذلك فإن دراسة نص التجريم أكد مدى ارتباطه بقانون الصفقات العمومية فهو ليس من النصوص التجريبية القائمة بذاتها بل يحيل على نصوص تشريعية وتنظيمية لاسيما مبادئ الشراء العمومي، فمن خلال استقراء المادة 26 في فقرتها الأولى المذكورة سابقاً والتي تجرم سلوك الموظف العمومي (عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق) فهي مصطلحات غير جزائية ولا بد من الرجوع إلى المرجع الذي ينص عليها، سواء في إطار الأحكام قانون الصفقات العمومية، أو في قانون المنافسة، أو في الأحكام الخاصة (المادة 09 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته)، وجميع الأحكام التنظيمية في مجال الصفقات العمومية⁽³⁾.

تتميز جريمة المحاباة بخصوصية في الركن الشرعي، بحيث يظهر نصها التجريمي في شكل كتلة تجريبية وليس نصاً تجريبياً قائماً بذاته⁽⁴⁾، ذلك أن المادة 26 من القانون 06-01 المجرمة للمحاباة تحيل إلى الأحكام التشريعية والتنظيمية، وحصرت هذه الأخيرة بتلك المكرسة

(1) أوهابيه عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، موفم للنشر، 2009، ص 87.

(2) تونسي سعاد، الامتيازات الغير المبررة في الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية، فرع التجريم في الصفقات العمومية، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018/2019، ص 58.

(3) عيشوية عمار، «منح الموظف العام الغير امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية بين أولوية المكافحة وضرورة

الوقاية»، مجلة الرائد في الدراسات السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد 03، العدد 01، نوفمبر 2021، ص 59.

(4) علة كريمة، الركن المادي لجريمة المحاباة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، يومي 24 و25 أبريل 2013، ص 71.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

لحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، وهذا يعتبر تكريسا للحماية الجنائية لمبادئ المنافسة في الصفقات العمومية، وهو ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 وما كرسه قانون المنافسة في المادة 02 منه، وبالتالي يظهر نص التجريم كنص مجزأ غير حصري، بحيث لا يمكن تطبيقه دون الرجوع إلى النصوص القانونية التي أشير إليها آنفا فأصبحت قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية تعتبر كمصلحة محمية بموجب قواعد القانون الجزائري، وبالتالي فإن النصوص المنظمة للمنافسة تعد جزءا لا يتجزأ من نصوص تجريم المحاباة⁽¹⁾.

2- الركن المفترض:

تعد جريمة المحاباة من الجرائم التي تشترط لقيامها توافر صفة معينة في الجاني، وهي صفة الموظف العام في هذا النوع من الجرائم، على اعتبار أن هذا الأخير هو الذي يقوم بارتكاب الركن المادي للجريمة الذي يتحلل إلى النشاط الإجرامي، وهو التعامل في الصفقات العمومية فهي من الجرائم الخاصة التي تقتض الركن الخاص أو المفترض السابق في وجوده إلى ارتكاب الجريمة⁽²⁾، ومن ثم فإن جريمة المحاباة على هذا النحو تندرج في مفهوم الجرائم الخاصة التي تقع إلا من الأشخاص الذين تتوفر فيهم الصفة المحددة⁽³⁾.

عرف القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الموظف العام⁽⁴⁾، من خلال المادة 04 منه:

"يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري".

طبقا لنص المادة لا يعتبر العامل موظفا إلا إذا رسم في رتبة السلم الإداري، وسبق تعيينه من طرف سلطة إدارية للعمل كموظف دائم، لدى إحدى المؤسسات والإدارات العمومية⁽⁵⁾، ويقصد بهذه الأخيرة المؤسسات العمومية، والإدارات المركزية في الدولة، والمصالح غير المركزة التابعة

(1) علة كريمة، جرائم الفساد....، مرجع سابق، ص 181.

(2) بن زيان بركات، مرجع سابق، ص ص 121، 122.

(3) رزاق نبيلة، «جريمة المحاباة في الصفقات العمومية»، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 2 لونيبي

علي، العدد السابع، ديسمبر 2015، ص 129.

(4) أمر رقم 03-06 مؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر ج ج عدد 46 صادر بتاريخ 16 يوليو 2006.

(5) تنص المادة 02 من أمر رقم 03-06 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، مرجع سابق على أنه: "يطبق هذا القانون الأساسي على الموظفين الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية".

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

لها والجماعات الإقليمية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، إذن قانون الوظيفة العامة أعطى مفهوما ضيقا للموظف العام.

بالرجوع إلى القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته نجده عرف الموظف العمومي من خلال المادة 2 فقرة ب منه والتي تنص على أنه "موظف عمومي:

- كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية، سواء كان معينا أو دائما أو مؤقتا مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو اقدميته.

- كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويسهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية، أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض أسماؤها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي، أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

فالتكييف القانوني السليم لهذه الجريمة يتوقف بداية على تحديد صفة الجاني إن كان موظفا أم لا في نظر قانون الفساد، وعليه يندرج في حكم الموظف العمومي الجاني كل شخص يقوم بعملية إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمبادئ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، فللقاضي السلطة الواسعة في تحديد صفة الموظف، وعليه لا يكفي بصفته ليقرر الإدانة أو البراءة بل عليه أن ينظر فيما إذا كانت الوظيفة قد مكنته من ارتكاب الفعل المجرم أم لا⁽¹⁾، وإذا انتفى الاختصاص هنا فإن هذه الجريمة تنتفي لعدم اكتمال عناصر الاختصاص الوظيفي، وذلك لأن منح الغير امتيازات غير مبررة والذي هو غرض الجريمة لا يمكن تحققه إلا إذا كان موظفا عاما له سلطة أو صلاحية أو اختصاص يتعلق بعملية إبرام العقود والاتفاقيات والصفقات والملاحق أو التأشير عليها، وهو ما يميزها عن غيرها من جرائم الفساد⁽²⁾.

(1) عراب تاني نجية، «المسؤولية الجزائية للموظف العام عن استغلال النفوذ»، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، المركز

الجامعي نور البشير البيض، العدد الثالث، جوان 2015، ص 51.

(2) رزاق نبيلة، مرجع سابق، ص ص 189، 190.

وإن كان القانون الإداري يصحح تصرفات الموظف حماية للأوضاع الظاهرة التي تدفع المواطنين للتعامل معه على اعتبار أنه ممثل للسلطة العامة، فإن القانون الجنائي وللاعتبارات ذاتها حمى ثقة المتعاملين مع هذا الشخص، ومن ثم تقوم مسؤولية الموظف الفعلي في حالة ارتكابه لجريمة المحاباة⁽¹⁾.

3- الركن المادي

الركن المادي للجريمة هو تلك الواقعة المادية الخارجية المتمثلة في منح الجاني أو الموظف العمومي امتيازات غير مبررة للغير⁽²⁾، ويشكل الجانب المادي المحسوس الذي يخرج بالجريمة من عالم الباطن في نفس من فكر في ارتكابها إلى عالم الواقع⁽³⁾.

يختلف السلوك الإجرامي في جرائم المنافسة حسب الصورة التي تتخذها الممارسات المنافسة للمنافسة، حيث يتجلى في تقييد المنافسة في سوق الطلبات العمومية بقيام الجاني أو الموظف العمومي على المنح عمدا للغير امتيازاً غير مبرر للغير عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة عمومية أو ملحق⁽⁴⁾، دون مراعاة الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل، المتعلقة بمبادئ المنافسة في مجال إبرام الصفقات العمومية، التي تهدف كلها لضمان اختيار متعامل اقتصادي وفق معيار أحسن العروض من حيث الجودة والسعر، تماشياً مع مبدأ الاستغلال الأفضل والأحسن لتدابير صرف المال العام، من هنا فإن جريمة المحاباة تتعلق فقط بالعقود الإدارية دون العقود المدنية، وبأخذ السلوك الإجرامي لجريمة المحاباة أحد الأشكال التي من شأنها مخالفة مبادئ المنافسة في إبرام الصفقة العمومية.

لا يجوز للمصلحة المتعاقدة إعطاء ميزة لأحدهم أو إقصاء مرشح أو منعه من المشاركة إلا في حالة عدم توفر الشروط المعلن عنها مسبقاً في دفتر الشروط وإعلان الصفقة العمومية، والمقررة بناء على النجاعة المطلوب تحقيقها في المشروع، فكل بند أو اتفاق يتضمن شروطاً

(1) رزاقى نبيلة، مرجع سابق، ص 193.

(2) علة كريمة، الركن المادي لجريمة المحاباة...، مرجع سابق، ص 72.

(3) قوراي مصطفى، مرجع سابق، ص 362.

(4) الملاحظ أن المشرع الجزائري وبموجب القانون رقم 11-15 المعدل والمتمم لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته قد ألغى عملية مراجعة الصفقة العمومية من العمليات التي يمكن أن تكون محلاً للسلوك الإجرامي في جنحة المحاباة مبقياً فقط على عمليتين أساسيتين هما إبرام الصفقة والتأشير عليها.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

خاصة غير منصوص عليها في القانون يعتبر من وجهة القاضي الإداري باطلا، كما يشكل من وجهة نظر القاضي الجنائي مخالفة تبرر الإدانة بجنحة منح امتيازات غير مبررة⁽¹⁾.

لا تقوم الجريمة لمجرد مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به، والمتعلقة بالمبادئ التي تحكم عملية إبرام الصفقات العمومية، بل يجب أن يكون الهدف من خرق هذه النصوص وتلك اللوائح هو تبجيل أحد المتنافسين وتفضيله على غيره⁽²⁾، كما يشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذا النشاط، فإذا استفاد منه الجاني يتغير الوصف القانوني إلى جريمة رشوة⁽³⁾، وفق لنص المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، كما يشترط أن تكون الامتيازات الممنوحة للغير من طرف أحد الموظفين العموميين في الحالات السابقة غير مستحقة⁽⁴⁾، كتفضيل أو تمييز أحد المتنافسين عن غيره دون حق، لأهداف شخصية وعلاقات اجتماعية معينة⁽⁵⁾، مثل تعمد زيادة تنقيط العروض التقنية والمالية بالنسبة لأحد المتنافسين على الصفقة بصفة غير مستحقة⁽⁶⁾، لتسهيل نيته الصفقة على حساب غيره، أو من خلال تزويد أحد المترشحين بمعلومات خاصة عن الصفقة تمكنه من إعداد عرضه بطريقة تسهل له الفوز بها⁽⁷⁾.

تجدر الإشارة إلى أنه إن كان نص المادة صريح في معاقبة من يؤشر على الصفقة العمومية الممنوحة بصفة غير قانونية فإن الإشكال يثور بالنسبة للمسؤولية الشخصية الناتجة عن القرارات المتخذة من قبل اللجان كهيئات جماعية في منحها للتأشير على اعتبار أن قرار منح هذه الأخيرة يتم بشكل جماعي بحيث يتخذ بأغلبية الأعضاء الحاضرين لاجتماع لجان المناقصات؟

(1) بن زيان بركات، مرجع سابق، ص 126.

(2) بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 16.

(3) قوراي مصطفى، مرجع سابق، ص 362.

(4) زاير إلهام، «جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير في مجال الصفقات العمومية»، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 04، العدد 02، جانفي، 2020، ص 167، 172.

(5) عراب ثاني نجية، مرجع سابق، ص 160.

(6) قوراي مصطفى، مرجع سابق، ص 362.

(7) بن مشيرخ محمد، خصوصية التجريم والتحري في الصفقات العمومية، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني السادس حول: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة د. يحي فارس المدية، يوم 20 ماي 2013، ص 5.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

طبقا لقواعد المسؤولية الجنائية لا يمكن إعمال المسؤولية الجنائية للجنة المناقصات في حالة إثبات عدم شرعية قراراتها، فالطابع الشخصي للمسؤولية ينفي المسؤولية الجماعية على جريمة ارتكبتها أحد المنتمين لها⁽¹⁾.

تتجسد النتيجة الإجرامية للممارسات المنافية للمنافسة من خلال الأثر المترتب عن السلوك الإجرامي، ولقد جعل المشرع من الأثر المنافي للمنافسة شرطا لحظر الممارسات المنافية للمنافسة أخذا بعين الاعتبار الأثر الاحتمالي الذي قد يترتب عن هذه الممارسات، حيث تنص المادة 6 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه "تحظر الممارسات والأعمال المدبرة... عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها...".

وبالتالي في إطار قانون المنافسة لا تؤخذ بعين الاعتبار النتيجة الإجرامية الحالية فحسب، وإنما كذلك النتيجة الاحتمالية، وتعتبر من أهم الأسباب التي أدت بالمشرع الجزائري، على غرار نظيره الفرنسي والأوروبي، إلى الاهتمام بالأثر الاحتمالي للممارسة هو اعتبار قواعد المنافسة من النظام العام الاقتصادي⁽²⁾.

تجدر الإشارة إلى أن تحديد معنى عبارة "غير مبرر" يفترض وجود معيار مرجعي للقول بأن الامتياز مبرر أو لا ففي القانون الاقتصادي الخاص المرجع هو قواعد تنظيم السوق الخاصة التي تقوم أساسا على حرية المنافسة، وبالتالي يعتبر امتياز غير مبرر ذلك الامتياز الذي لم يكن ليمنح لو احترمت قواعد السوق⁽³⁾، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية عندما اعتبرت أن خلق ميزة غير مبررة هو نتيجة أوتوماتيكية لمخالفة القواعد التي تضمن حرية الترشح والمساواة بين المرشحين⁽⁴⁾.

4- الركن المعنوي:

تعتبر جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير في مرحلة إبرام الصفقة للفوز بالصفقة، من الجرائم العمدية التي تتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي، وركزت المادة 26 من القانون 01-06

(1) علة كريمة، جرائم الفساد...، مرجع سابق، ص 217.

(2) لاكمي نادية، «العقوبات الردعية للممارسات المقيدة للمنافسة...»، مرجع سابق، ص 150.

(3) علة كريمة، الركن المادي لجريمة المحاباة...، مرجع سابق، ص 74.

(4) زاير إلهام، مرجع سابق، ص 167، 168.

على مصطلح القصد العمدي للجريمة "كل موظف عمومي يمنح عمدا..."، فهي جريمة عمدية تتطلب توافر القصد العام والخاص.

يقصد بالقصد الجنائي العام علم الموظف وإدراكه بأن الفعل مجرم قانونا واتجاه إرادته إلى مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية⁽¹⁾، من أجل منح امتيازات غير مبررة للغير، لأحد المتنافسين، أما القصد الجنائي الخاص فيتمثل في نية الموظف العمومي إعطاء امتيازات للغير، مع علمه بأنها غير مبررة، ولا يستحقها ذلك الغير بموجب التشريعات والأنظمة المعمول بها في هذا المجال⁽²⁾.

إذا كانت المخالفة عمدية فنكون أمام جنحة منح الامتيازات غير المبررة، وأكد المشرع على الطابع العمدي لها، وإذا كانت نتيجة خطأ ترتب عليه منح الامتياز غير المبرر كفعل غير عمدي ناتج عن خطأ في التسيير فتكون المخالفة غير عمدية للأحكام التشريعية والتنظيمية كالخطأ في تطبيق النصوص وهي جريمة تسيير، وبذلك يخرج السلوك من دائرة جرائم الفساد إلى دائرة جرائم التسيير التي تقوم على أساس مخالفة النصوص التي لم يكن للفاعل أن يجهلها⁽³⁾، وهذا ما يخلق حالة من عدم الاستقرار والأمن القانوني، ولا بد من إبراز عنصر القصد في الحكم القضائي والذي يمكن استخلاصه من اعتراف المتهمين بأنهم خرخوا إجراءات إبرام الصفقات بإرادتهم المحضة، كما يمكن استخلاصه من الوعي التام باستحالة مخالفة القواعد الإجرائية المنظمة لقواعد الصفقات العمومية بالنظر إلى الخبرة الكبيرة التي يملكها الجاني في هذا المجال⁽⁴⁾.

من خلال ما سبق تحليله فإن تمييز مرشح معين بالشكل المشار له يمكن هذا الأخير من الفوز بالصفقة، عن طريق منافسة غير مشروعة، مما يحد من فرص الدخول باقي المؤسسات غير المعنية بالاتفاق غير المشروع لسوق الطلب العمومي، وبهذا يمكن القول أن هذه جنحة المحاباة تعتبر ممارسة منافية للمنافسة موضوعها وجود اتفاق محظور بين ممثل الإدارة صاحبة المشروع

(1) خالدي خديجة، «جريمة المحاباة في الصفقات العمومية»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، المجلد 10، العدد 02، سبتمبر 2019، ص 693.

(2) عراب ثاني نجية، مرجع سابق، ص 160.

(3) تونسي سعاد، مرجع سابق، ص 6.

(4) بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثانية عشر، دار هومه، الجزائر 2012، مرجع سابق، ص 150.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

والمعامل الاقتصادي المرشح المستفيد من الامتيازات غير المبررة وهو ما يجعل من هذا الفعل يدخل أيضا في إطار نص المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽¹⁾، التي تحظر كل اتفاق من شأنه الحد من الدخول في السوق، على أساس أن فعل المحاباة يحد من فرص الدخول إلى سوق الطلبات العمومية، فتواطؤ الإدارة مع أحد المترشحين يندرج في إطار جنحة المحاباة⁽²⁾.

ثانيا: سلطات القاضي الجزائري في ردع الممارسات المخلة بالمنافسة

تنص المادة 26 من قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على أنه "يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة مالية من 200000.00 دج إلى 1000000.00 دج كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات.

منح المشرع بموجب نص المادة للقاضي الجنائي مجموعة من السلطات لردع كل موظف يحاول التلاعب بالمال العام من خلال المساس بمبادئ المنافسة والشفافية والنزاهة والمساواة التي تقوم عليها الصفقات العمومية.

1- السلطات الجزائية للقاضي الجزائري في معاقبة أطراف الصفقة

تتمثل السلطات الجزائية للقاضي الجزائري في الحبس والغرامة المالية، ومن هذه العقوبات ما هو مقرر للشخص الطبيعي، ومنها ما هو مقرر للشخص المعنوي.

أ- الشخص الطبيعي

حدد القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم العقوبات التي تلحق بالجاني في حالة ثبوت ارتكابه جنحة المحاباة، سواء تمثل الجاني في الموظف العمومي الذي منح للغير امتيازات غير مبررة بعد مخالفته النصوص التشريعية والتنظيمية في

(1) رقرقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة...، مرجع سابق، ص 291.

(2) عمروش حليم، التصدي للممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية الدور الجديد لمجلس المنافسة الجزائري، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول: "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، يومي 24 و 25 أبريل 2013، ص 34.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

إطار إبرامه أو تأشيرته على الصفقة العمومية أو تمثّل في الغير الذي استفاد من هذه الامتيازات غير المبررة، وبالتالي استحق كل واحد منهما العقوبات المقررة لهذه الجنحة.

حدد المشرع الجزائي العقوبات الأصلية المقررة لجرائم الصفقات العمومية في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ويقصد بالعقوبات الأصلية هي تلك العقوبات التي يجوز الحكم بها دون أن تقترن بها أية عقوبة أخرى.

تأخذ العقوبة السالبة للحرية في جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية صورة الحبس، باعتبار أنها هذه الجريمة تكيف على أنها من الجرح، حيث رصد لها المشرع عقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات⁽¹⁾.

إذا كانت العقوبات الماسة بالحرية أهم العقوبات المقررة لجرائم القانون العام، فإن العقوبات المالية ومن بينها الغرامة لا تقل أهمية عنها، تقرر للجرائم الاقتصادية، ويرجع ذلك إلى أن غالبية هذه الجرائم ترتكب بدافع الطمع والرغبة في الكسب السريع وغير المشروع، لذلك ليس أنسب من العقوبات المالية لمكافحتها وردع المجرم عن طريق الانتقاص من ذمته المالية التي يسعى إلى تضخيمها بطرق غير مشروعة⁽²⁾.

تعتبر الغرامة عقوبة أصلية في مواد الجرح والمخالفات، ويقصد بها إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الدولة مبلغا مقدرا في الحكم⁽³⁾، الغرامة المقدر في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية من 200.000 دج إلى 1000.000 دج، حسب المادة 01/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

تجدر الإشارة في هذا الإطار أن المادة 128 مكرر من قانون العقوبات الجزائي الملغاة والتي عوضت بالمادة 26 المذكورة أعلاه، كانت تقرر نفس العقوبة تقريبا لهذا الفعل مع وجود اختلاف بالنسبة للغرامة المالية، والتي كانت مغلظة مقارنة بالغرامة الحالية، حيث كانت تتراوح بين 500.000 دج إلى 5000.000 دج.

(1) المادة 26 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، معدل ومنتم، مرجع سابق

(2) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد...، مرجع سابق، ص 379.

(3) سليمان عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائي، القسم العام، الطبعة الرابعة الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008 ص 462.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

أحالت المادة 50 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته إلى قانون العقوبات لتوقيع العقوبات التكميلية على الجاني المرتكب لإحدى جرائم الفساد الإداري، والملاحظ أن المشرع قد ترك هذه العقوبات للسلطة التقديرية للجهة القضائية المختصة.

ب- الشخص المعنوي

تتركز مبررات المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية من الناحية القانونية على اعتبارات العدالة ومبدأ شخصية العقوبة يكمن هذا الاعتبار في أن عدم تقرير المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية يعد إهدارا لمبدأ العدالة وعدم المساواة بين الأشخاص التي ارتكبت نفس الجريمة ذلك أن استبعاد مسؤولية الشخص المعنوي جنائيا معناه أن المسؤولية يتحملها ممثليه من الأشخاص الطبيعيين وبالتالي فهم الذين تقع عليهم العقوبة في حين أنه عند البحث في كيفية الوصول إلى ارتكاب الأفعال المعاقب عليها يظهر أن ممثل الشخص المعنوي الذي ارتكب الجريمة من الناحية المادية، ما هو إلا أداة تنفيذية في يد الشخص المعنوي، حيث أنه يرتكب هذه الجريمة إلا تنفيذاً أو وفقاً للقرار الصادر عن الشخص المعنوي⁽¹⁾.

حسم المشرع الجزائري مسألة الشخص المعنوي عند ارتكاب ممثله جرائم الصفقات العمومية، ونص على هذه المسؤولية ضمن المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والتي تنص على أنه: "يكون الشخص الاعتباري مسؤولاً جزائياً عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للقواعد المقررة في قانون العقوبات".

وبالرجوع إلى قانون العقوبات نجد أنه قرر في المادة 51 مكرر⁽²⁾ منه هذه المسؤولية، حيث نص المشرع على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10/11/2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات التي تقضي "باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته وممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك".

(1) شفار نبيلة، مرجع سابق، ص 133.

(2) أمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات ج ج ج ج عدد 49 صادر بتاريخ 11 يونيو 1966، معدل ومتمم.

وأن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك⁽¹⁾.

أما بالنسبة للعقوبة المسلطة على الشخص المعنوي فحسب المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تطبق عليه عقوبة أصلية وحيدة تتمثل في الغرامة، وهذا ما نصت عليه المادة 18 مكرر الفقرة الأولى من قانون العقوبات الجزائري "العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجناح هي: الغرامة التي تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب الجريمة".

تعتبر العقوبات المالية من أهم العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية ولقد جعل المشرع الفرنسي مقدار عقوبة الغرامة المقررة للشخص المعنوي مرتفعا جدا بالمقارنة بمقدارها المفروض على الشخص الطبيعي حيث حدد المشرع الحد الأقصى لهذه العقوبة بالنسبة للشخص المعنوي خمسة أضعاف الحد الأقصى للغرامة المطبقة على الشخص الطبيعي، ويرجع ذلك إلى استحالة تطبيق عقوبة الحبس في حق الشخص المعنوي من جهة، وإلى أن غالبية جرائم الفساد ترتكب بدافع الطمع والرغبة في الربح السريع ولو بالطرق غير مشروعة، فمن المفيد إذن أن تصيب العقوبة الجاني في ذمته المالية لكي تكون من جنس العمل الإجرامي الذي قام به، وهو الأمر الذي يجعلها أكثر نجاعة وأوسع فائدة لأنها بالنسبة للدولة توفر لها أموالا كثيرة من جهة أخرى⁽²⁾.

أشار المشرع للعقوبات التكميلية المرصودة لجرائم الفساد عموما وجرائم الصفقات العمومية خصوصا في نص المادة 50 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وأحالت إلى قانون العقوبات لبيان ذلك، وبالرجوع إلى هذا الأخير نجده قد كرس المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، وقد رصد له في هذا المجال مجموعة من العقوبات التكميلية إضافة للعقوبات الأصلية.

حسب الفقرة الثانية من المادة 18 مكرر من قانون العقوبات، يجوز الحكم على الشخص المعنوي بوحدة أو أكثر من العقوبات التالية:

(1) أمر رقم 55-156 يتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(2) زوزو زوليخة، مرجع سابق، ص 86.

- حل الشخص المعنوي، - غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، - الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات، - المنع من مزاوله نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات - مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها، - نشر وتعليق حكم الإدانة، - الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبةه.

2- سلطات الجزائية للقاضي الجزائي في موضوع الصفقة العمومية

على اعتبار أن الصفقة العمومية في محل جريمة المحاباة سببا لارتكابها، ورغبة من المشرع الجزائري في ردع الجرائم في مجال الصفقات العمومية أدرج عقوبات أخرى على الشخص المخالف ترتبب بأساس وجوده، فالجزاء الذي يمس الصفقة العمومية يكون إما البطلان أو الإقصاء من المشاركة في الصفقة، فلقد رصد المشرع مجموعة من الجزاءات تمس النشاط المهني للمخالف، ويتعلق الأمر بإبطال الصفقة، والإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

أ - إبطال العقود أو الصفقات أو البراءات أو الامتيازات أو الترخيص:

تنص المادة 55 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على أنه "كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن التصريح ببطلانه وانعدام أثره من قبل الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية".

أجاز القانون المتعلق بالفساد للجهة القضائية التي تنظر في الدعوى العمومية التصريح ببطلان كل عقد أو صفقة متحصل عليه من ارتكاب جرائم الفساد بما فيها جريمة المحاباة وانعدام أثره، وهو حكم جديد لم يسبق له مثيل في القانون الجزائي الجزائري، على اعتبار أن الأصل أن يكون إبطال العقود من اختصاص الجهات القضائية التي تبت في المسائل المدنية وليس من اختصاص الجهات القضائية التي تبت في المسائل الجزائية⁽¹⁾.

(1) حسونة عبد الغاني، زواوي الكاهنة، «الأحكام القانونية الجزائية لجريمة اختلاس المال العام»، مجلة الاجتهاد القضائي،

ب - الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية

يقصد بهذا الإجراء منع الشخص المعنوي من التعامل في أية عملية يكون طرفها أحد أشخاص القانون العام وقد نصت على هذا المادة 18 مكرر 3 من قانون العقوبات بقولها "يترتب على عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية منع المحكوم عليه من المشاركة بصفة مباشرة أو غير مباشرة في أية صفقة عمومية... لمدة... وخمس سنوات في حالة الإدانة لارتكاب جنحة".

ويترتب على هذا الاستبعاد حرمان الشخص المعنوي من المشاركة أو المساهمة بطريقة مباشرة في الصفقات العامة بمعنى لم يعد هناك إمكانية للشخص المعنوي المعاقب بمثل هذه العقوبة أن يتعامل مع الشخص العام أو حتى أن يكون متعاملا من الباطن فيتعين أن يقتصر السوق العام من يثبت نزاهتهم وعدالتهم⁽¹⁾، وهذا بغرض المحافظة على المال العام وحمايته من كل العمليات المشبوهة

أشارت المادة 89 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية إلى نفس العقوبة التي كرستها المادة 18 مكرر والتي تنص على أنه "دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو كيان آخر، مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة عمومية، أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته، أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه، من شأنه أن يشكل سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير ردي، لاسيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.

وسع المشرع في مجال التجريم قصد حصر كل أنواع الفساد وصوره وهو ما سعى لتحقيقه وذلك بإدراج كافة التجاوزات التي يمكن أن تطال مجال إبرام الصفقات العمومية، وشمل جميع أطراف الصفقة المشاركين في الفعل المجرم سواء أشخاص طبيعيين أو معنويين، كما انتهج سياسة عقابية متميزة في معالمتها اتسمت باستقلالها عن قانون العقوبات وقد اعتمدت أساسا على تجنيح الجنايات في إطار إصلاح العدالة، كما أولى العناية الكاملة للقواعد الإجرائية التي

(1) شفار نبيلة، مرجع سابق، ص 138.

الباب الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

تضمن الوصول إلى كشف ملاسبات الجريمة وعقاب مقترفها مؤكدا على دورها في تفعيل القواعد الموضوعية⁽¹⁾.

إن كان القضاء الإداري لم يكن يتهم السلوك الخاطئ مصدر المنح غير المشروع للصفقة، فهو يتهم بتسليط الجزاء على العمل الإداري دون أثر على من أصدره⁽²⁾ فالقاضي الإداري لا يهتم بمساءلة القائم على إبرام الصفقة غير القانونية، الأمر الذي حدى بالبعض للقول بأن لا فائدة من وضع نظام رقابة إذا أفلت مرتكب الفعل من العقاب⁽³⁾.

أدرج المشرع اختصاص القاضي الجزائي بمعاينة مرتكب الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال إبرام الصفقات العمومية، وهذا يؤكد أن المشرع تبنى سياسة وقائية وردعية تجمع بين الوقاية والتجريم للحد من هذه الممارسات، خصوصا وأنه كرس عدة آليات تهدف في مجملها إلى حماية المنافسة في الصفقات العمومية عبر مختلف مراحلها بهدف حماية المال العام، وتدخله من شأنه تقوية الرقابة على عملية إبرام الصفقات العمومية وحمايتها، باعتبارها من أكثر الرقابة فعالية وصرامة، وذلك من خلال تجريمه للعديد من الأفعال التي تشكل اعتداء على قواعد المنافسة في الصفقات العمومية، وتجلي دوره في إقامة موازنة بين استخدام المال العام واحترام المنافسة بين العروض المقدمة من المتنافسين وفق قانون المنافسة، من هنا اعتبرت قواعد المنافسة مصلحة محمية بمقتضى نصوص التجريم، على أساس أنها من الجرائم المضرة بالمصلحة العامة والمصلحة الخاصة، إذ أنها تمس بالمصالح الخاصة للأفراد وحقهم في منافسة نزيهة وشريفة، بما يمكن معه القول أننا أمام ازدواجية في المصلحة المحمية بنصوص التجريم⁽⁴⁾.

(1) فتحي وردية، جريمة تلقي الهدايا، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول: "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، يومي 24 و 25 أبريل 2013، ص 55.

(2) بودالي محمد، نظم الرقابة البرلمانية، المالية والإدارية على الصفقات العمومية، مداخلة ملقاة بمناسبة تنظيم الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، يومي 24 و 25 أبريل، 2013، ص 04.

(3) تبون عبد الكريم، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2018/2017، ص 90.

(4) ساوس خيرة، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة...، مرجع سابق، ص 296.

من خلال ما سبق تحليله يمكن القول أن الضمانات القانونية لحماية المنافسة في إبرام الصفقات العمومية من الممارسات المخلة بالمنافسة والمنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، وقانون المنافسة، ودور كل من مجلس المنافسة والهيئات القضائية في تجسيد وتكريس حمايتها، يعد غير كافي وبالنظر إلى الثغرات التي يمكن أن تترتب عن آليات الرقابة فإن القاضي الجنائي من شأنه أن يسد من نقائص ومحدودية دور مجلس المنافسة والجهات القضائية القاصرة عن حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، ويعمل على تعزيز آليات الرقابية ما يوفر ضمانات لحسن استعمال المال العام وتهذيب الشراء العمومي⁽¹⁾، بفرض إجراءات عقابية شديدة في إطار تدخله الموازي، ويمارس صلاحيات الولاية الكاملة عند نظره في الممارسات المخلة بالمنافسة، باعتبارها جريمة من جرائم الفساد، حيث له صلاحية البحث المعمق في مدى مشروعية الصفقة والقرارات المتعلقة بها، لاسيما القرارات المنفصلة عنها⁽²⁾ المخلة بالمنافسة.

وبهذا يمكن القول أن الآليات الرقابية التي جسدها المشرع لتجسيد الضمانات القانونية لحماية الصفقة العمومية من الممارسات المخلة بالمنافسة، وتجسيدها من الناحية الواقعية تفترض وجود آليات متكاملة الأدوار بين كل من مجلس المنافسة والقضاء الإداري والقضاء المدني، إذ يتدخل مجلس المنافسة في التصدي للممارسات المخلة بالمنافسة في مرحلة إبرامها إلا أنه دوره يقتصر في الممارسات الصادرة عن المتعاملين الاقتصاديين دون المصلحة المتعاقدة، ويتدخل القاضي الإداري في حالة وجود خرق المصلحة المتعاقدة للالتزامات المقررة لحماية المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، بتقرير الإلغاء للقرارات الإدارية المنفصلة، أو التعويض عن الأضرار، بالإضافة إلى تدخل القاضي الجنائي وله دور المحفز والمعزز لآليات الرقابة المالية والإدارية والذي أصبح بمقتضاه يتمتع بصلاحيات واسعة لردع للممارسات المخلة بالمنافسة.

تبقى جهود المشرع الجزائري في تكريس نظام قانوني يحمي قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية، دون فعالية تذكر إن لم تقترن بتدخل هيئات لها سلطات فعالة تركز الحماية القانونية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، وتعزيز آليات الرقابة من خلال تجسيد دور متكامل بين كل من مجلس المنافسة والجهات القضائية كل في إطار حدود اختصاصه، وتجسيدها واقعا من خلال الفصل في القضايا ومسيرة التشريعات المقارنة وما توصلت إليه في هذا المجال.

(1) قوراي مصطفى، مرجع سابق، ص 358.

(2) ساوس خيرة، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة...، مرجع سابق، ص 295.

خاتمة

ضمن خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، ومحاولة الإلمام بكل الجزئيات المتعلقة به، فقد خلصت هذه الدراسة التي كان هدفها تكريس إطار قانوني خاص، يدمج بين أحكام قانون المنافسة، باعتباره قانون خاص وقانون الصفقات العمومية باعتباره قانون عام، والمرجع الأساسي لتنظيم الصفقات العمومية، ومدى تدخل الهيئات المختصة بتفعيله في الواقع، ومن خلالها توصنا إلى جملة من النتائج المهمة، والتي يمكن حصرها فيما يلي:

ترتبط الصفقات العمومية بأنشطة اقتصادية يسود فيها منطق التجاذب بين العرض والطلب المتعلق بأعمال الإنتاج والتوزيع والخدمات الخاضعة بطبيعتها بنص القانون لأحكام قانون المنافسة، وفي هذا أورد هذا الأخير آليتين أساسيتين في تطبيقه، تختلف درجته باختلاف أطراف الصفقة العمومية وسلوكهم في سوق الطلبات العمومية.

- الآلية الأولى، تجسدت في تطبيق قانون المنافسة على المتعاملين الاقتصاديين المرشحين للصفقة سواء كانوا من أشخاص القانون الخاص أو العام باعتبارهم مؤسسة بمفهوم قانون المنافسة، يمارسون نشاط اقتصادي بصفة مستقلة، ويشاركون في لعبة المنافسة بصفة العارض في سوق الطلبات العمومية، فالمعيار المعتمد في تطبيقه هو المعيار المادي فيجد مطلق الحرية في تطبيقه على المتعامل الاقتصادي العارض، سواء من حيث قواعده الموضوعية أو الإجرائية.

- الآلية الثانية، تجسدت في امتداد تطبيق قانون المنافسة إلى المصلحة المتعاقدة، باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام، تمارس نشاط اقتصادي مثل الخواص، إلا أن في الغالب نشاط المصلحة المتعاقدة يمزج بين النشاط الإداري والاقتصادي، من خلال إصدار قرارات إدارية من شأنها التأثير على المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، مما يستلزم خضوعها لقانون المنافسة، إذا كان ذلك لا يعيق أداء مهام المرفق العام وامتيازات السلطة العامة، وبالتالي أصبح معيار تطبيق قانون المنافسة يعرف بالطبيعة الاقتصادية والغير الاقتصادية للنشاط الذي يؤثر على السوق، وهو ما يؤكد أن السلوك الذي تتحلى به المصلحة المتعاقدة باعتبارها شخص عمومي هو الذي يتحدد به تطبيق قواعد قانون المنافسة من عدمه.

يطبق قانون المنافسة على مرحلة إبرام الصفقة العمومية، بدءاً من نشر الإعلان عن الصفقة إلى غاية المنح النهائي لها، مما يسمح بإفلات الممارسات التي تقع خارج هذا الإطار الزمني، خصوصاً أنه تسبقها مرحلة تحضيرها التي يتم فيها تحديد الحاجيات وإعداد دفتر الشروط ولها

أهمية بالغة تتوقف عليها سلامة جميع مراحلها اللاحقة، وتحقيقا للغاية المرجوة من إبرام الصفقة العمومية وفقا لمتطلبات المنافسة الفعالة، يقتضي الحال وجود ضمانات قانونية تكرس ذلك، بضرورة تطبيق قانون المنافسة على مرحلة تحضير الصفقة، لضمان الاستعمال الأمثل للمال العام في ظل احترام شروط الاقتصاد التنافسي، نظرا لما قد تؤول إليه المصلحة المتعاقدة من توجيه الصفقة وتغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة.

يطبق قانون المنافسة على المصلحة المتعاقدة ما لم يعيق ذلك أداء مهام المرفق العام وصلاحيات السلطة العامة، إلا أنه يلاحظ على ذلك عدم وضوح الحكم الوارد في المادة 2 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، حيث أن استعمال المشرع عبارة "يجب أن لا يعيق" يمكن تأويلها بأنها لا تشكل استثناء مطلقا على تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العمومية عند أداء مهامها.

يطبق قانون المنافسة على إجراء طلب العروض (المناقصة)، إلا أن المشرع لم ينص صراحة على استثناء تطبيق قانون المنافسة على إجراء التراضي، وهو ما أكدته نص المادتين 2 و6 من قانون المنافسة التي حددت تطبيقه على معيار ممارسة النشاط الاقتصادي، والطبيعة الغير الاقتصادية، دونما إشارتهما لتحديد الإجراء الذي يتم به إبرام الصفقة، بما يتوافق ومقتضيات المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي كرست دور جديد لقانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية وجسدت تطبيق مبادئ المنافسة في إبرامها سواء عن طريق طلب العروض، أو إجراء التراضي.

تتجسد المنافسة في أشكال طلب العروض بين الاتساع والتضييق، ويعتبر طلب العروض المفتوح خير مثال لتجسيدها في صورتها الكاملة، مما يوسع من مجال تطبيق قانون المنافسة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تكون المنافسة مقيدة في أشكال طلب العروض الأخرى، إلا أن هذا لا يمنع من تطبيق قانون المنافسة مادامت تقوم على التنافس، لأن التساوي في التمتع بمزايا المنافسة بين المتنافسين يعتبر مبدأ عام من النظام العام في جميع أشكال طلب العروض.

ينتج عن تطبيق قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية في مرحلة إبرامها فوائد إيجابية من شأنها دعم أكثر لمعيار أحسن عرض في إرساء الصفقة، وتفادي الممارسات المعرّقة للمنافسة، من خلال التطبيق العملي لمبدأ المساواة في الوصول للطلبات العمومية، لاسيما في

العلاقة بين أشخاص القانون الخاص والعام، ما يجسد الترابط بين مبدأ المنافسة الحرة المكرس في قانون المنافسة والمبادئ العامة للمنافسة المكرسة في قانون الصفقات العمومية، بتحقيق المصلحة العامة عبر ضمان شفافية تعاملات المصلحة المتعاقدة، التي يستلزم ضمان شفافية تعاملات المتعاملين الاقتصاديين وفق مضامين قانون المنافسة.

يحظر على المتعاملين الاقتصاديين المتنافسين في سوق الطلبات العمومية القيام بممارسات منافية للمنافسة، في صورة الاتفاقات المقيدة للمنافسة المنصوص عليها بموجب المادة 6 من الأمر 03-03 السالف الذكر، إلا أنه ما يأخذ على المشرع أنه لم يذكر التعسف في وضعية الهيمنة بين المتنافسين في مجال الصفقات العمومية، رغم أن الصور الواردة في المادة 6 من الأمر المذكور أعلاه هي نفسها الصور الواردة في المادة 7 ما عدا الصورة المتعلقة بالسماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات، إلا أن الصفقات العمومية مجال خصب للتعسف في استغلال وضعية الهيمنة، خصوصا أن قرارات المصلحة المتعاقدة من شأنها تعزيز هذه الوضعية، باعتبار أغلب المؤسسات تمتلك قوة اقتصادية، وبهذا تمتد صور الممارسات المنافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية إلى التعسف في وضعية الهيمنة.

يلتزم المتعاملين الاقتصاديين باحترام الأحكام القانونية المتعلقة بالتجميعات الاقتصادية بكل أشكالها سواء التجميع بمفهومه التقليدي الذي يشمل على الاندماج أو التنازل على حصة الأغلبية لمشروع آخر، أو تكوين المشروعات المشتركة، والتجميع بمفهومه الحديث الذي يشمل التجميعات التعاقدية التي من شأنها إعاقة المنافسة، المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، إلا أن المشرع الجزائري لم يشر لهذه الصورة في قانون المنافسة.

تلتزم المصلحة المتعاقدة باحترام قواعد المنافسة أثناء مرحلة إبرام الصفقات العمومية، لضمانة نجاعة الطلبات العمومية وفعاليتها، وتدعيم القدرة التنافسية بين المتنافسين، بالكشف عن كل ما يعرقل المنافسة وفق مقتضيات قانون المنافسة في إطار شرعية العمل الإداري، كميّار جديدا لمنح الصفقة ضمن أحكام قانون المنافسة، والتزام المتعامل الاقتصادي العارض باحترام مبدأ حرية المنافسة.

تنقيد المصلحة العامة في كافة مراحل إبرام الصفقة العمومية باحترام قانون المنافسة بشكل نسبي، حيث يوجب النظام العام الاقتصادي ألا تكون المنافسة مطلقة، بل تبقى محدودة في أطر

قانونية وفقا لنصوص قانونية، أو لأسباب عملية تفرضها المصلحة العامة، التي من شأنها استبعاد تطبيق قانون المنافسة.

يقع على كل من لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، ولجان الصفقات العمومية كجهاز رقابي له دور وقائي يضمن تجسيد المنافسة في إبرام الصفقة العمومية والكشف عن كل ما يعرقل إرسائها على معيار أحسن عرض لضمان الفعالية القانونية والاقتصادية، إلا أن دورها محدود وغير فعال في هذا المجال بالنظر إلى أن القرارات التي تصدرها استشارية لا ترقى إلى الإلزامية، ما يفتح الباب بإبرام صفقات عمومية غير مشروعة.

تتجسد فعالية الإطار القانوني الخاص الذي يضبط المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، تطبيقه من طرف هيئات خاصة ممثلة في مجلس المنافسة، والهيئات القضائية، مما تخرجه من الجانب النظري إلى الجانب التطبيقي، هدفها تحقيق ضمانات قانونية نافذة وحماية قضائية ناجعة، في سوق الطلبات العمومية.

يختص مجلس المنافسة بتطبيق القواعد الموضوعية والإجرائية لقانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية، ومنح له المشرع دورا فعالا في ضبط المنافسة من خلال صلاحياته التصحيحية الوقائية، أو الردعية، بالإضافة إلى صلاحياته الجديدة ممثلة في الإجراءات التفاوضية للتصدي للممارسات المقيدة للمنافسة خارج القيود الإجرائية المحددة قانونا، إلا أن دوره أظهر محدوديته في مجال التصدي للممارسات المنافية للمنافسة في سوق الطلبات العمومية وتطبيق قانون المنافسة على الفاعلين الاقتصاديين وخصوصا المصلحة المتعاقدة، إذ أن هذا التكريس لا يرقى إلا أن يكون تكريسا قانونيا شكليا لنموذج تم تبنيه عالميا، كما أن المرسوم الرئاسي 15-247 لم يذكر صراحة دور مجلس المنافسة في حماية المنافسة في الصفقات العمومية.

تقوم سلطة ضبط الصفقات بمراقبة مدى احترام المصلحة المتعاقدة لإجراءات إبرام الصفقة العمومية، ومدى مشروعية قرارات منعها للمتعاملين الاقتصاديين من الصفقة، وبهذا وحتى تكون رقابة سلطة ضبط فعالة أن تفرض من مرحلة الإعلان إلى غاية منح الصفقة، ومنحها سلطات فعالة مجسدة واقعا ما يخول لها القيام بضمان منافسة نزيهة وشفافية إبرام الصفقات العمومية، باعتبارها مجالها التخصيص في قطاع الصفقات العمومية بالتعاون في ذلك مع سلطة مجلس

المنافسة الذي له اختصاص عام، إلا أنه ما يعاب على المشرع أنه لم يتم تنصيبها في الواقع إلى يومنا هذا.

تخضع أعمال مجلس المنافسة لرقابة المشروعية، فتختص الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر بفحص ورقابة مدى مشروعية القرارات الإدارية المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عنه منتهجة في ذلك نفس تقنيات القاضي الإداري في دعوى فحص المشروعية، بإلغاء القرار، أو تعديله، إلا أن هذا الاختصاص يؤول في الأصل للقضاء الإداري باعتبار مجلس المنافسة هيئة إدارية مستقلة.

منح المشرع للهيئات القضائية، صلاحية تطبيق قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية، وتدخلها سيكون راجحا في ضمان احترام قواعد المنافسة، من خلال متابعة المخالفين الذين أخلوا بقواعد قانون المنافسة، فذات القانون يتفاعل مع المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، إلا أن القاضي يواجه صعوبات كثيرة مرتبطة بتعقيد المجال الاقتصادي، ونقص الخبرة لديهم، لهذا يمكن للجهات القضائية طلب رأي مجلس المنافسة وهو أمر اختياري، إلا أنه في حالة طلب رأيه في النزاع المعروض عليه فإن مجلس المنافسة ملزم بتقديم رأيه، إلا أن القاضي غير ملزم بالتقيد به.

يختص القاضي الإداري بالرقابة على أعمال المصلحة المتعاقدة وله دور فعال في ضبط المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، إلا أن دوره يتسع عند الاختصاص المقيد للمصلحة المتعاقدة، بالالتزام بالإجراءات الشكلية وتكريس مبادئ المنافسة لاختيار أحسن عرض، ويتراجع في حالة السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة التي يكون لها نوعا من الحرية والتحرر من قيود إبرام الصفقة العمومية حيث يستبعد فيها تطبيق قانون المنافسة لاعتبارات المصلحة العامة، إلا أنه ملزم بالتوفيق بين السلطة المقيدة نسبيا للمصلحة المتعاقدة التي تقوم على حرية المنافسة، وسلطته التقديرية في اختيار ومنح الصفقة التي تقوم على حرية التعاقد.

صعوبة التوفيق بين تكريس حرية المنافسة وسلطات المصلحة المتعاقدة في مجال إبرام الصفقات العمومية، وتكمن هذه الصعوبة في تأرجح الحماية القانونية المقررة في كل من قانون الصفقات العمومية، وقانون المنافسة، والحماية القضائية في هذا المجال، بين تكريس حقوق

المتعاملين الاقتصاديين المرشحين لنيل الصفقات العمومية، وبين ما تقتضيه سلطات المصلحة المتعاقدة من تحقيق المصلحة العامة، بهدف إنجاح المشاريع التي يتوقف عليها حسن سير المرافق العامة واستمرارها، ما يستلزم تحكيم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

كرس المشرع الجزائري آليات تشريعية تجسد رقابة فعالة تؤمن احترام قواعد المنافسة في مجال إبرام الصفقات العمومية، بتطوير المنظومة القانونية ومواكبة التطورات الحاصلة في خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، من خلال الدور الوقائي الذي منحه المشرع للقاضي الاستعجالي في المادة 946 من ق.إ.م.إ، لتفادي المخالفات المخلة بقواعد المنافسة التي تصدر من المصلحة المتعاقدة بمناسبة إبرام الصفقة العمومية، في ظل قصور دور مجلس المنافسة في هذا المجال، إلا أن سلطات القاضي تبقى محدودة وضعيفة، حيث لا تمتد إلى حد إلغاء القرارات الإدارية وإبطال الشروط التعاقدية التي تتضمن مخالفة قواعد المنافسة.

يختص القاضي المدني بالنظر في الممارسات المناهضة للمنافسة الصادرة عن المتعاملين الاقتصاديين، حيث يسمح بتطبيق قانون المنافسة من خلال تجسيد الجزاءات المدنية التي تنتوع بين البطلان والتعويض عن الأضرار الناتجة عن الإخلال بالمنافسة مما يساهم في حماية النظام العام الاقتصادي من خلال ضمان حرية المنافسة وتنظيم سير السوق، لكن هذه الفعالية لا تكون مضمونة دون أن يتمتع القاضي بسلطة كاملة عند النظر في الدعاوى المرفوعة أمامه، وتحقيق فعاليته مرهون بتعاون مجلس المنافسة باعتبارها من القضايا المتعلقة بالجانب الاقتصادي.

حرص المشرع على تكريس الحماية الجزائية لمخالفة مبادئ المنافسة التي تحكم إبرام الصفقة العمومية، بتجريم كافة السلوكات التي تصاحب عمليات التحضير للصفقة، مروراً بإجراءات تحضيرها وطرق إبرامها واختيار المتعامل المتعاقد، على أساس منح امتيازات غير مبررة للغير التي تندرج في إطار جنحة المحاباة، وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري اتجه نحو إزالة التجريم إلا أن الممارسات المناهضة للمنافسة احتفظت بطابعها الإجرامي في حالة تكييفها بالجريمة بموجب قوانين خاصة، سواء في القانون رقم 21-15 المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، والقانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

جسدت مختلف الآليات والهيئات المتدخلة في ضبط وحماية قواعد المنافسة في إبرام الصفقات العمومية أدوار متكاملة بين كل من مجلس المنافسة والقضاء الإداري والقضاء المدني، والقضاء الجزائي، حيث يتدخل مجلس المنافسة كدور وقائي ردعي في مجال الصفقات العمومية، إلا أن دوره محدود في هذا المجال خصوصا في حالة إخلال بقواعد المنافسة من طرف المصلحة المتعاقدة باعتبارها شخص عام، ويتدخل القاضي المدني بضبط المنافسة الحرة بين المتعاملين الاقتصاديين بتقرير جزاءات مدنية دون أن يمتد الاختصاص إلى التصدي لإخلال بقواعد المنافسة الصادرة عن المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقات العمومية، إذ يتدخل القاضي الإداري في هذه الحالة وفقا للمعيار العضوي ويعمل القاضي الجنائي على تعزيز تلك الآليات الرقابية بتكريس سياسة وقائية وردعية لإخلال أطراف الصفقة بقواعد المنافسة في إبرام الصفقة العمومية، وتكييف هذا السلوك بالإجرامي بتوفير أركان الجريمة ومعاقبة مرتكبيها حماية للمال العام.

وعلى هذا الأساس، متى تم تأطير قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية تشريعا وتفعيلها قضائيا بشكل جيد فإنها ستجسد منافسة حقيقية يقوم عليها التعاقد، والتي تعد ضمانا لتحقيق تنمية اقتصادية فعلية وفعالة، وبغية ضبط الإطار القانوني لخضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة وتفعيل دور مجلس المنافسة والهيئات القضائية في متابعة الممارسات المنافسة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية يجب على المشرع الجزائري وضمن خطواته المستقبلية القيام بـ:

- استبدال مصطلح "المنافسة" بمصطلح "طلب العروض" الوارد ضمن أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

- إعادة صياغة نص المادة 2 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة بالشكل الذي يؤدي إلى توسيع مجال تطبيق قانون المنافسة ليشمل الصفقات العمومية التي يتم إبرامها وفقا لإجراء التراضي، وعلى جميع مراحل إبرام الصفقة العمومية.

- توضيح الحكم الوارد في المادة 2 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة بخصوص تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العمومية بمفهومها العام، والمصلحة المتعاقدة بمفهومها الخاص، من خلال استعمال المشرع عبارة "يجب أن لا يعيق"، خاصة وأن قبل تعديلها كانت أكثر وضوحا.

-وضع نص صريح ينص على حظر التعسف في استعمال وضعية الهيمنة في مجال الصفقات العمومية باعتبارها من أهم الممارسات المناهية للمنافسة.

- إدراج التجمع المؤقت للمؤسسات كصورة حديثة ضمن صور التجميعات الاقتصادية في قانون المنافسة.

- تعديل المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية، وذلك بإلزام المصلحة المتعاقدة باستشارة مجلس المنافسة إذا تبين للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أن بعض ممارسات المتعهد تشكل مساساً بمبدأ المنافسة في القطاع المعني، أو بنص المشرع ضمن تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على وجود ممثل من مديرية التجارة، إذ من شأن الممثل إعطاء رأيه حول مدى مطابقة إجراءات إبرام الصفقات العمومية لقانون المنافسة ولقواعد تنظيم الصفقات العمومية.

-نص على القوة الملزمة لقرارات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ولجان الصفقات العمومية وعلى المصلحة المتعاقدة التقيد بها بإبرام الصفقة أو رفض العروض وإقصاء المتقدمين بالعروض لتقييد المنافسة.

- التزام المصلحة المتعاقدة بالإطار القانوني للمنافسة في إبرام الصفقات العمومية، وفق قانون الصفقات العمومية، مع عدم الإقتصار على تطبيق الشكليات الإجرائية فحسب بسبب طابعها القبلي الوقائي، بل يتطلب الأمر تكاثف وتعاون القواعد القانونية في هذا المجال، لاسيما مع قواعد قانون المنافسة بما تصطبغ عليه من طابع التدخل البعدي العلاجي، والتي من شأنها ضمان عدم السماح بإبرام صفقات عمومية غير مشروعة.

-تعزيز نظام آليات الكشف القبلي للممارسات المناهية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، ووجوب الصرامة في تطبيق النصوص القانونية، بوجود موظفين أكفاء يتمتعون بالحياد والنزاهة، مؤهلين لإبرام الصفقات العمومية من جميع النواحي المتعلقة بالمنافسة.

-تنصيب سلطة ضبط الصفقات العمومية في الواقع وتفعيل سلطاتها مع سلطة مجلس المنافسة في التعاون والتشاور للتصدي للممارسات المخلة بالمنافسة التي تقع في مرحلة إبرام الصفقة العمومية.

- وجود مجلس المنافسة كهيئة مستقلة وحيادية بما فيه الكفاية تقوم بمتابعة وقمع بكل صرامة وموضوعية الممارسات المخلة بالمنافسة في سوق الطلبات العمومية، بإدراج عقوبات في قانون المنافسة تتناسب مع طبيعة الصفقات العمومية، وتفعيل سلطته في هذا المجال لتفادي منح الصفقة العمومية لمرتكبي للممارسات المخلة بالمنافسة.

-توضيح النصوص القانونية في مسألة ضبط الجهة المختصة بالرقابة على قرارات مجلس المنافسة، وجعل الطعن في قراراته من اختصاص القاضي الإداري.

- تفعيل المشرع لسلطات القاضي الإداري الإستعجالي في حماية قواعد المنافسة في إبرام الصفقة العمومية، من خلال منحه سلطة إلغاء القرارات الإدارية وإبطال الشروط التعاقدية التي تتضمن مخالفة لقواعد المنافسة.

-إعادة النظر في مسألة استبعاد القاضي الجزائي في قضايا المنافسة، والنص على ذلك في قانون المنافسة.

-العمل على إدراج القضاة الإداريين ضمن تشكيلة مجلس المنافسة، بما يتيح التقارب بين أسس التفكير القانوني والمعالجة القانونية والاقتصادية، ويضمن التطبيق السليم لنصوص القانون من جهة، ومن جهة أخرى يمكن اعتباره تكويناً للقاضي الإداري في المسائل المرتبطة بالمنافسة.

- تدعيم آليات تدخل الجهات المختصة بحماية المنافسة في إبرام الصفقات العمومية بتكامل الأدوار بين مجلس المنافسة والقضاء الإداري والقضاء المدني، وتدخل القاضي الجنائي.

- ضرورة تعديل وتفعيل المادة 38 من القانون رقم 03-03 وجعل استشارة الجهات القضائية لمجلس المنافسة إجبارية، من خلال جعل قرارات مجلس المنافسة والقاضية بالإدانة، والتي تم من خلالها تم معارضة مخالفة أحكام قانون المنافسة ملزمة في مواجهة القاضي، نظراً للدور التقليدي للقضاء وعدم خبرته في المجال الاقتصادي، ما قد يسهل عليها الفصل وإصدار أحكام صحيحة غير متناقضة، وهذا ما يجسد ويدعم التكامل بين مجلس المنافسة والجهات القضائية والعمل بالسوية في سبيل التطبيق الأمثل لقانون المنافسة على الصفقات العمومية.

إن التطور الواقع على النصوص المتعلقة بحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية لا يمكن إنجازه بالاعتماد فقط على تطوير النصوص القانونية وتقريبها من تجارب التشريعات المقارنة بل يجب تدعيم دور مجلس المنافسة باعتبارها الجهة المسؤولة على تطبيق قانون المنافسة، وتدعيم دور الهيئات القضائية في الإخلال بالمنافسة في إبرام الصفقات العمومية، وبهذا فالجانب النظري لموضوع خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة لا يساير جانبه التطبيقي في ظل غياب قضايا صريحة وإجتهات قضائية تركز الحماية القانونية وتفصل في موضوع خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، مقارنة ما وصل إليه القضاء الفرنسي، إذ أن هذا التكريس لا يرقى إلا أن يكون تكريسا قانونيا شكليا لنموذج تم تبنيه عالميا، في ظل تكريس اقتصاد السوق، في انتظار ما سيسفر عليه اختصاص مجلس المنافسة، والجهات القضائية في هذا المجال مستقبلا.

تم بعون الله

قائمة المراجع

أ. الكتب

- 1- أبو بكر عمر صديق، الرقابة القضائية على السلطة الإدارية في إبرام العقود بطريق المناقصات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
- 2- أوهابيه عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، موفم للنشر، 2009.
- 3- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر طبعة 2005.
- 4- بعلي محمد صغير، القانون الإداري - التنظيم الإداري، دار العلوم، الجزائر، 2002.
- 5- بن حملة سامي، قانون المنافسة، (دراسة في ضوء التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ومقارنة بتشريعات المنافسة الحديثة)، منشورات نوميديا للطباعة والنشر، الجزائر، 2016.
- 6- بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، دار هومة، الجزائر، 2012.
- 7- بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثانية عشر، دار هومة، الجزائر، 2012.
- 8- بوضياف عمار، المنازعات الإدارية، دراسة منقحة بالاجتهادات القضائية للمحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 9- بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له)، ط 3، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 10- بوعلي سعيد، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس الجزائر، 2014.
- 11- جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 12- جابر عبد الرؤوف، ضمانات المشاريع الإنشائية العامة (المناقصة- الاستثناءات الواردة عليها - ضمانات الإدارة- التأمين)، دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 13- جبالي وعمر، المسؤولية الجنائية للأعوان الإقتصاديين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

- 14- حلفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.
- 15- خطار الشنطاوي علي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2003.
- 16- خطار الشنطاوي علي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2008.
- 17- خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- 18- خليفة خالد، دليل إبرام العقود الإدارية في القانون الجزائري الجديد، ط1، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2017.
- 19- خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2000.
- 20- خليفة عبد العزيز عبد المنعم، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات والعقود الإدارية)، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2007.
- 21- خليل فكتور تادرس، المركز المسيطر لمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 22- سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- 23- سليمان عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الطبعة الرابعة الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 24- شرواط حسين، شرح قانون المنافسة، على ضوء الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 المعدل والمتمم، بالقانون رقم 10-05 وفقا لقرارات مجلس المنافسة)، دار هومة، الجزائر، 2012.
- 25- شريط الأمين، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

- 26- شريقي نسرين، عمارة مريم، بوعلي سعيد، القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار بلقيس، الجزائر، 2014.
- 27- شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثالث، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.
- 28- صقر نبيل، تنظيم الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 29- عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية - دراسة مقارنة، دار الاتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2012.
- 30- عدو عبد القادر، المنازعات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 31- عشي علاء الدين، مدخل القانون الإداري، الجزء الثاني: النشاط الإداري، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 32- عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2000.
- 33- عوابدي عمار، القانون الإداري (النشاط الإداري)، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- 34- عوابدي عمار، القانون الإداري (النظام الإداري)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 35- عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري-نظرية الدعوى الإدارية ط 02، ج 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 36- غني أمينة، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- 37- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2004.
- 38- كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية: وفقا للأمر 03-03 والقانون، 02-04، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 39- لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، لباد للنشر، الجزائر، 2009.
- 40- لحسن بن الشيخ أث ملوية، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012.
- 41- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2009.

- 42- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011،
- 43- مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
- 44- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2010،
- 45- مختار مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 46- معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
- 47- نائل المحسين أسامة، الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2009.
- 48- نائل عبد الرحمان صالح، الجرائم الاقتصادية في التشريع الأردني، الطبعة الأولى، دار الفكر والتوزيع، عمان، الأردن، 1990.
- 49- نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة بين فرنسا، ومصر، ولبنان)، ط 2، منشورات زين الحقوقية، 2012.
- 50- واضح رشيد، المؤسسة في التشريع الجزائري بين النظرية والتطبيق، ط1، دار هومة، الجزائر، 2003.

II - الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه:

1. بدوي جليل، مكافحة الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه الطور الثالث، تخصص: قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، 2020/2019.
2. بعوش دليلة، حماية المنافسة الحرة من الاتفاقات المحظورة في ظل أحكام قانون المنافسة، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص: قانون التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2019/2018.

3. **بن حملة سامي**، الرقابة على التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة منتوري بقسنطينة، 2010.
4. **بن زيدان زوينة**، عقود التوزيع في إطار قانون المنافسة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2017.
5. **بن سالم خيرة**، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية، فرع التجريم في الصفقات العمومية، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018/2017.
6. **بن سرية سعاد**، الطرق البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق بودواو، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 18 أبريل 2018.
7. **بن يسعد عذراء**، سلطة مجلس المنافسة في ضبط الاتفاقات المقيدة للمنافسة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2016.
8. **بوجميل عادل**، مسؤولية العون الاقتصادي في إطار قانون المنافسة والممارسات التجارية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018.
9. **بوحلايس إلهام**، الحماية القانونية للسوق في ظل قواعد المنافسة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017.
10. **بوعجاجة منال**، العون الاقتصادي في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2022.

11. تبون عبد الكريم، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2018/2017.
12. تقار مختار، تراجع الدور القضائي في مجال الضبط الاقتصادي في ظل التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، تخصص: قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، 2020/2019.
13. تونسي سعاد، الامتيازات الغير المبررة في الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية، فرع التجريم في الصفقات العمومية، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019/2018.
14. تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، التخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 23 نوفمبر 2013.
15. تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في القانون، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2010.
16. جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع "قانون الأعمال"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 6 ديسمبر 2012.
17. جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 17 ديسمبر 2015.
18. جواد عفاف، حماية المنافسة من الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، فرع قانون أعمال، تخصص منافسة واستهلاك، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2018.

19. **حاحة عبد العالي**، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013/2012.
20. **الحاسي مريم**، حظر الاتفاقات غير المشروعة في قانون المنافسة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، 2019/2018.
21. **حتوت زين العابدين**، الرقابة على التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، دراسة في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2016/2015.
22. **حسن ذكي لينا**، الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة طوان، 2004.
23. **حليمي منال**، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة دكتوراه الطور الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 28 فيفري 2017.
24. **خرشي إلهام**، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2015.
25. **خضري حمزة**، آليات حماية المال العام في الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.
26. **داود منصور**، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016/2015.
27. **دبياش سهيلة**، مجلس الدولة ومجلس المنافسة، أطروحة دكتوراه في الحقوق القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2010/2009.

28. دراج عبد الوهاب، تطبيق مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة للإستكمال متطلبات شهادة دكتوراه الطور الثالث، تخصص: قانون عام، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2021/2020.
29. دفاص عدنان، الضمانات الممنوحة للمؤسسات في مجال المنافسة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018.
30. ديب محمد، مدى خضوع الصفقات العمومية لأحكام قانون المنافسة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2021.
31. رحمانى راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2017/2016.
32. رقرقي محمد زكرياء، الممارسات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، فرع: التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس (19 مارس 1962)، 2018.
33. سفير حاجة كحلة، بطلان الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، قسم الحقوق، 2021/2020.
34. صاري نوال، قانون المنافسة والقواعد العامة للإلتزامات، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2010.
35. العطاوي كمال، دور القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2018/2017.

36. علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون العام فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2013/2012.
37. عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري: الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر 2008-2009.
38. عمراني مصطفى، تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص التجريم في الصفقات العمومية، فرع قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبالي ليايس بسيدي بلعباس، (19 مارس 1962)، 2019/2018.
39. عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 18 مارس 2015.
40. قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 23 فيفري 2017.
41. قادري لطفي محمد الصالح، آليات حماية المنافسة في التجارة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2017.
42. قدوج حمامة، تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام (إدارة ومالية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، 2010.
43. قوسم غالية، التعسف في وضع الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، 2016.

44. **كتو محمد الشريف**، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2005.
45. **كنتاوي عبد الله**، القضاء الإستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر، تلمسان، 2018/2017.
46. **لعور بدر**، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق، 2013، 2014،
47. **مخاشة آمنة**، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة، دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل.م.د في الحقوق، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2017.
48. **مزغيش عبير**، الآليات القانونية لحماية المنافسة الحرة من الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات الاقتصادية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016.
49. **منقور قويدر**، السلطات الإدارية المستقلة المعنية بضبط التوازن بين مصالح المتعاملين الاقتصاديين وحقوق المستهلكين - دراسة مقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص: القانون العام، جامعة محمد بن احمد وهران 2015.
50. **موساوي ظريفة**، في متابعة القاضي للممارسات المقيدة للمنافسة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، 27 مارس 2022.
51. **ولد رابح صافية**، المركز القانوني للمقابلة الخاصة في القانون الجزائري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007.

52. يعيش تمام أمال، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012.

ب - مذكرات الماجستير

1. أيت مولود سامية، خصوصية الجريمة الاقتصادية في ضوء قانون المنافسة والممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.
2. براهيم نوال، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2004.
3. بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011.
4. بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
5. بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماجستير، شعبة القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005.
6. بوجملين وليد، سلطات الضبط الإقتصادي في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2006.
7. بوجميل عادل، مسؤولية العون الإقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، الفرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

8. بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2005.
9. توات نور الدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.
10. تواتي محند الشريف، قمع الاتفاقات في قانون المنافسة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2006، 2007.
11. جري يمينية، ضبط السوق على ضوء قانون المنافسة، مذكرة ماجستير في القانون، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، 2007.
12. جلال مسعد، مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002.
13. خلف الله كريمة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 01، 2013/2012.
14. خمائية سمير، عن سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 13 أكتوبر 2013.
15. زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2012.
16. سحنون سمية، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013/2012.
17. شايب الراس عبد القادر، المؤسسة العمومية ومبدأ المنافسة، مذكرة للحصول على شهادة ماجستير في القانون العام الاقتصادي جامعة وهران 2، 2017.

18. شفار نبيلة، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص علاقات الأعوان الاقتصاديين، المستهلكين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013/2012.
19. شيخ أعر يسمينة، توزيع الاختصاص ما بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2009.
20. صادقي عباس، الرقابة القبلية على صفقات الجماعات المحلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الإداري المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2017/2016.
21. صويلح كريمة، تطبيق قانون المنافسة على أشخاص القانون العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012.
22. صياد مولود، إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية بالجزائر (تعديل 2008)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 15 فيفري 2015.
23. العايب شعبان، مراقبة التجميعات الاقتصادية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014.
24. عمورة عيسى، النظام القانوني لمنازعات مجلس المنافسة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2007.
25. عياد كرافة أبو بكر، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013.
26. عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 11 جويلية 2005.

27. عيساوي محمد، القانون الإجرائي للمنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 11 جويلية 2005.
28. غانم ياسمين، إجراءات إبرام الصفقات العمومية ومتطلبات الحوكمة الرشيدة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير بحث في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سوسة، 2016، 2017.
29. فرقان فاطمة الزهراء، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2007.
30. قابة صورية، مجلس المنافسة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2001.
31. فايد ياسين، قانون المنافسة والأشخاص المعنوية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2000.
32. قفيفة جمال، سلطة الإدارة العمومية في اختيار المتعامل المتعاقد معها في تنظيم الصفات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع: قانون العقود، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2016، 2017.
33. قوسم غالية، التعسف في وضعية الهيمنة على السوق في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بودواو، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2006/2007.
34. قيراطي نصيرة، تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص المعنوية العامة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2016.
35. كحال سلمى، مجلس المنافسة وضبط النشاط الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2010/2009.

36. لاكلي نادية، شروط حظر الممارسات والأعمال المدبرة، في قانون المنافسة دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري، الفرنسي والأوربي)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال المقارن)، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2012/2011.
37. لخضاري أعمر، إجراءات قمع الممارسات المنافية للمنافسة في القانونين الجزائري والفرنسي (دراسة نقدية مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2004.
38. لمين كريم، الدور التكاملي بين مجلس المنافسة والقضاء في ضبط الممارسات المنافية للمنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.
39. متيش نوال، الرقابة في مجال المنافسة من القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2014.
40. مزيان هشام، العلاقة بين السلطات الإدارية المستقلة والقضاء في القانون الجزائري، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، جويلية 2015.
41. موري سفيان، مدى فعالية أساليب رقابة الصفقات العمومية على ضوء قانوني الصفقات العمومية والوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام للأعمال، 2012/2011.
42. موساوي ظريفة، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
43. ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 والأمر رقم 03/03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2004/2003.

44. نداء محمد أمين أبو الهوى، مسؤولية الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة، قدمت هذه الرسالة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2010.

III - المقالات

1. ادريس خوجة نظيرة، «الحماية الجزائية لمبدأ المنافسة ضد جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية»، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، الجزائر، المجلد الثامن، العدد 01، ماي 2022، ص ص 303-313.
2. إرزيل الكاهنة، «التناسب بين المنافسة والصفقات العمومية»، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، العدد الخامس، أفريل 2018، ص ص 7-16.
3. أكرم محمد حسين، «أحكام التركيز الاقتصادي للمشاريع، دراسة مقارنة»، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد 32، العدد 2، ديسمبر 2017، ص ص 1-35.
4. إملول ريمة، «إشكالية تطبيق الجزاءات المدنية على الممارسات المقيدة للمنافسة»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 16، العدد 02، 2017، ص ص 230-239.
5. بدوي عبد الجليل، هنان علي، «نطاق تطبيق قانون المنافسة من حيث الأشخاص وفقا للأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة»، مجلة نور للدراسات الاقتصادية، المركز الجامعي نور البشير البيض، الجزائر، مجلد 06، عدد 11، ديسمبر 2020، ص ص 48-63.
6. براشمي مفتاح، «الطعون في قرارات مجلس المنافسة والإشكالات الناجمة عنها»، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة بغيليزان، المجلد 07، العدد 01، 2018، ص ص 54-76.

7. براهيمى فضيلة، «تأثير مبدأ المنافسة على الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 16، عدد 02، 2017، ص ص 109-123.
8. براهيمى عبد الرزاق، بلماحي زين العابدين، «الإعلان عن الصفقات العمومية بين حماية مبدأ المنافسة الحرة والحد من ظاهرة الفساد الإداري، -دراسة مقارنة-»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، المجلد 07، العدد 2، جوان 2020، ص ص 728-747.
9. برفوق عبد العزيزي، «معيار اختصاص القاضي الإداري من النص إلى الاجتهاد: المقاربات القاصرة»، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس المدية، المجلد الثالث، العدد الثاني، الجزء الثالث، جوان 2017، ص ص 1-17.
10. بركات أحمد، «الآثار الناجمة عن تطبيق قانون المنافسة على المؤسسات العمومية»، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 03، العدد 01، جوان 2019، ص ص 153-167.
11. بروك حليلة، «الرقابة القضائية على احترام مبادئ الصفقات العمومية في الجزائر: قاضيان لعقد واحد»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 43 مارس 2016، ص ص 195-212.
12. بروك حليلة، «دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية» مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الحادي عشر، سبتمبر 2014، ص ص 296-318.
13. بزاحي سلوى ز' بومقورة، «رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية المجلد 05، العدد 01، 2012، ص ص 29-47.
14. بعلي إيمان، «القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية في التشريع الجزائري، - قرار المنح المؤقت نموذجا»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 06، العدد 01، جوان 2021، ص ص 1625-1650.

15. بعوش دليلة، «إعفاء الاتفاقات التي تساهم في تحقيق التقدم الاقتصادي من الحظر»-
دراسة تحليلية في ظل أحكام قانون المنافسة»، مجلة العلوم القانونية
والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد الخامس، العدد الثاني، جوان
2020، ص ص 32-44.
16. بعوش دليلة، «وضعية الهيمنة على السوق وإساءة إستغلالها في ظل أحكام قانون
المنافسة»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، المجلد 29، عدد
02، ديسمبر 2018، ص ص 209-222.
17. بلحارث ليندة، «دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة»، مجلة المعارف، جامعة
أكلي محند أولحاج البويرة، العدد 21، ديسمبر 2016، ص ص 222-251.
18. بلشهب أسماء، «مجلس المنافسة كآلية لترقية وحماية المنافسة من الممارسات المقيدة
لها»، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة
المجلد 1، العدد الأول، ديسمبر 2016، ص ص 90-106.
19. بلعباس نادية، شلغوم رحيمة، «سلطة مجلس المنافسة في الضبط الاقتصادي للسوق»،
مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، المجلد 07،
العدد 01، جوان 2022، ص ص 1243-1264.
20. بن بخمة جمال، «التعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسات المقيدة للمنافسة»،
المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، المجلد 16،
عدد 2017/02، ص ص 190-199.
21. بن جيلالي عبد الرحمن، «انتفاء استقلالية ونجاعة سلطة ضبط الصفقات العمومية،
وتفويضات المرفق العام في الجزائر، (قراءة في نص المادة 213 من المرسوم
الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق
العام)»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد
بوضياف بالمسيلة، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2019، ص ص 1101-
1117.
22. بن حراث العربي، مناد محمد، «فعالية الرقابة القبلية على الصفقات العمومية ضمن
المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات

- المرفق العام»، مجلة الاقتصاد والبيئة، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، المجلد 05، العدد 01، أبريل 2022، ص ص 384-403.
23. بن حملة سامي، «المفهوم القانوني للتركيز الاقتصادي في قانون المنافسة»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، العدد 36، ديسمبر 2011، ص ص 165-173.
24. بن حملة سامي، «قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة»، حوليات جامعة الجزائر 1، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، العدد 05، 2016، ص ص 276-304.
25. بن حملة سامي، «مفهوم اندماج الشركات التجارية في القانون التجاري»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، المجلد ب، العدد 28، ديسمبر 2007، ص ص 249-260.
26. بن حملة سامي، «مفهوم وضعية الهيمنة في قانون المنافسة»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، المجلد ب، عدد 46، ديسمبر 2016، ص ص 267-276.
27. بن دعاس سهام، «حق المتعامل الاقتصادي في المشاركة في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري»، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 09، العدد 02، أكتوبر 2021، ص ص 1210-1232.
28. بن دعاس سهام، «حماية القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدية لعملية إبرام الصفقات العمومية»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 11، العدد 1، أبريل 2020، ص ص 366-381.
29. بن رمضان عبد الكريم، عبد النبي مصطفى، «الانتقال من المبدأ إلى الاستثناء في ضوابط إبرام الصفقات العمومية، بين التكريس للمرونة والالتفاف عن القواعد»، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 14، العدد 1، جوان 2021، ص ص 928-954.
30. بن زيان بركات، «جنتحة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 7، أبريل 2022، ص ص 116-136.

31. بن ساحة يعقوب، بن الأخضر محمد، «التحول الاقتصادي للدولة الجزائرية: إشكالية مفهومية السلطات الإدارية المستقلة نموذجا»، مجلة أفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 05، العدد السابع عشر، سبتمبر 2019، ص ص 173-185.
32. بن شعلال محفوظ، «إجراءات إبرام الصفقات العمومية ضمانات للشفافية»، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، عدد 09 سبتمبر 2015، ص ص 63-74.
33. بن عبد القادر زهرة، «حماية المنافسة من التعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق دراسة تحليلية في التشريع الجزائري على ضوء نظيره الفرنسي»، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد 5، العدد 1، جوان 2019، ص ص 31-58.
34. بن عيشة عبد الحميد، «إشكالية الاختصاص القضائي في مجال الصفقات العمومية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 01، مارس 2018، ص ص 187-224.
35. بن مبارك ماية، «المفهوم القانوني للتركيز الاقتصادي حسب التشريع الجزائري»، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، العدد 10، جوان 2018، ص ص 356-368.
36. بن محمد محمد، «صفقات التراضي في الجزائر، أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة»، مجلة الدفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد الثالث عشر، جوان 2015، ص ص 173-188.
37. بن محمود بوزيد، «تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة»، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، المجلد 07، العدد 06، 2018، ص ص 192-208.
38. بن ناصر وهبية، «خصوصية الإخطار في قانون المنافسة»، مجلة أفاق للعلوم، جامعة الجلفة، العدد الثامن، ج2، جوان 2017، ص ص 177-186.

39. بن ويراد أسماء، «الرقابة القبلية للقضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة العامة»، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، المجلد 1، العدد 1 جوان 2016، ص ص 129-152.
40. بن يسعد عذراء، «مبدأ حظر الإتفاقات وإعماله في مجال الصفقات العمومية»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، المجلد 27، عدد 1، 30 جوان 2016، ص ص 241-251.
41. بوالجدري محمد أمين، بوسعدية رؤوف، «تكريس مبدأ المنافسة والمبادئ المكملة له في المرسوم الرئاسي 15-247»، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمار ثليجي الأغواط، العدد الخامس، ماي 2019، ص ص 46-71.
42. بوترفاس حفيظة، «مدى مخالفة التجميعات الاقتصادية لأحكام قانون المنافسة»، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد 07، العدد 02، ديسمبر 2021، ص ص 117-135.
43. بوجملين وليد، «المؤسسة العمومية الاقتصادية وقانون المنافسة»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 02، جوان 2016، ص ص 249-278.
44. بوجميل عادل، «المركز القانوني للعون الاقتصادي في التشريع الجزائري في ظل التحولات الاقتصادية»، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد 06، العدد 02، 2020، ص ص 772-795.
45. بوحانة تابتي، «دور القضاء الإستعجالي قبل التعاقد»، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة، العدد السادس، جوان 2016، ص ص 397-424.
46. بوحلايس إلهام، بن يسعد عذراء، «التعسف بالأسعار في إطار وضعيات الهيمنة في التشريع الجزائري»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، الحاج لخضر، المجلد 08، العدد 03، جوان 2021، ص ص 832-852.

47. بوسعيد ماجدة، «الاتفاقات المحظورة المقيدة لمبدأ حرية المنافسة»، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجبلاي بونعامة، خميس مليانة، مجلد 1، عدد 3، 2018، ص ص 87-107.
48. بوعرورة روميلة، «تأثير الاتفاقات المحظورة على المنافسة والاستثناءات الواردة عليها»، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، العدد الأول، ديسمبر 2016، ص ص 54-72.
49. بوعزم عائشة، «منازعات المنافسة أمام الجهات القضائية الإدارية في الجزائر»، مجلة عصور، جامعة أحمد بن بلة وهران، العدد 26، 27، جويلية، ديسمبر 2015، ص ص 362-376.
50. بوقندورة عبد الحفيظ، «الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة وحق الطعن»، حوليات جامعة قلمة للعلوم الإجتماعية والإنسانية، جامعة 8 ماي 1945 قلمة، العدد 14، مارس 2016، ص ص 395-418.
51. بولعراس أحمد، «الدور الاستشاري لمجلس المنافسة»، مجلة البيان للدراسات والقانونية والسياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، المجلد 07، العدد 01، جوان 2022، ص ص 100-117.
52. بومقورة "م" بزاحي سلوى، «مخالفة مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية - دراسة مقارنة-»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، المجلد 15، العدد 01، 2017، ص ص 282-299.
53. تريعة نورة، «حدود مبدأ حرية المنافسة في إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15»، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي سي الحواس بريك، المجلد 04، العدد 02، جوان 2021، ص ص 310-331.
54. تياب نادية، «استثنائية التراضي آلية للوقاية من الفساد في مجال الصفقات العمومية (دراسة تحليلية ناقدة)»، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة-الجزائر، مجلد 12، عدد 3، جويلية 2020، ص ص 838-848.
55. تياب نادية، «عدم فعالية الرقابة الإدارية الخارجية على الصفقات العمومية - قراءة في إطار أحكام المرسوم الرئاسي 15-247»، المجلة النقدية للقانون والعلوم

- السياسية، جامعة تيزي وزو، المجلد، 16، العدد02، 2021، ص ص 126-140.
56. تياب نادية، هنية أحمد، «تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية - بين النصوص القانونية والإشكالات التطبيقية-» مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 12، العدد 01، أبريل 2021، ص ص 600-611.
57. تيراوي محمد أمين، «الاختصاص القضائي في منازعات صفقات المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري»، دفاثر البحوث لعلمية، المركز الجامعي مرسلبي عبد الله، تيبازة، العدد الحادي عشر، ديسمبر 2017، ص ص 235-255.
58. تيشوش فاطمة الزهراء، العقون وليد، «محدودية استقلالية مجلس المنافسة»، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي الأغواط، المجلد الخامس، العدد الثاني، سبتمبر 2021، ص ص 1331-1352.
59. جدي سليمة، «رقابة القضاء الاستعجالي على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري»، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 10، عدد 01، جوان 2017، ص ص 300-327.
60. جفالي سامية، «نطاق اختصاصات القاضي الإداري في الرقابة على التصرفات الإدارية»، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس المدية، المجلد الثالث، العدد الثاني، الجزء الثالث، جوان 2017، ص ص 171-179.
61. جلال مسعد، «دور مجلس المنافسة في ضبط السوق وتوجيه سلوك الأعوان الاقتصاديين»، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 13، العدد 02، أكتوبر 2021، ص ص 351-366.
62. جلال مسعد، «مدى إخضاع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد 1، 2014، ص ص 139-168.

63. جليل مونية، «آليات تفعيل المنافسة عند تقييم العروض لانتقاء أحسن عرض من الناحية الاقتصادية»، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس المدية، المجلد الخامس، العدد الأول، جانفي 2019، ص ص 78-90.
64. جليل مونية، «دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الأول، جوان 2017، ص ص 393-409.
65. حساين سامية، «عن الاختصاص في ضبط السوق والنشاط التجاري بين مجلس المنافسة ومصالح وزارة التجارة»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 10، العدد 02، سبتمبر 2019، ص ص 626-649.
66. حسون محمد علي، نواصرية حنان، «دعوى استعجال ما قبل التعاقد في التشريع الجزائري»، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء العراق، العدد الأول، 2018، ص ص 249-263.
67. حسونة عبد الغاني، زاوي الكاهنة، «الأحكام القانونية الجزائية لجريمة اختلاس المال العام»، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الخامس، سبتمبر 2009، ص ص 249-263.
68. حماش سيلية، ساوس خيرة، «الضوابط القانونية للمنافسة في التشريع الجزائري»، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد الخامس عشر، جوان 2016، ص ص 410-421.
69. حملوي نجاة، حسون محمد علي، «تفعيل سلطات الضبط الاقتصادي للمنافسة في مجال الصفقات العمومية»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 10، العدد 01، أبريل 2019، ص ص 382-399.
70. حمودي محمد، «دور هيئات الرقابة الخارجية في ضمان شفافية إجراءات إبرام الصفقات العمومية - دراسة في إطار المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام»، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة المجلد 11 العدد الثاني، جوان 2019، ص ص 28-36.

71. خالد خديجة، «جريمة المحاباة في الصفقات العمومية»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، المجلد 10، العدد 02، سبتمبر 2019، ص 686-701.
72. خضري حمزة، «الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر»، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثالث عشر، فيفري 2016، ص 197-213.
73. خضري حمزة، «الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية»، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد السابع، جوان 2012، ص 173-188.
74. خلدون عيشة، حمايدي بولرباح، «طرق إبرام الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247-15» مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد العاشر، جوان 2018، ص 163-174.
75. خلف الله شمس الدين، سعدي حيدرة، «الشفافية كآلية للوقاية من الفساد في تنظيم الصفقات العمومية»، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 14، العدد 3، 2021، ص 453-474.
76. خليفة أمين، حمرون ديهية، «دور القضاء في حماية المنافسة من الممارسات المنافية لها»، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد الخامس، ديسمبر، 2017، ص 35-53.
77. خليفي عبد الكريم، ساحل فاتح، «النظام القانوني للتجمع المؤقت للمؤسسات وأحكام تنظيمه في التشريع الجزائري»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 05، العدد 01، 2020، ص 172-196.
78. دراج عبد الوهاب، ضريفي نادية، «دور أعمال المنافسة في مرحلة تكوين الصفة العمومية في الحفاظ على المال العام من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد الأول، العدد العاشر، جوان 2018، ص 11-32.

79. دمانة محمد، الحاسي مريم، «تبرير الاتفاقات المقيدة للمنافسة وفقا للأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة»، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، العدد 02، جوان 2015، ص ص 56-64.
80. دميري إيمان، مانع جمال عبد الناصر، «دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حوكمة إبرام الصفقات العمومية»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 05، العدد 02، ديسمبر 2020، ص ص 162-190.
81. دهمة مروان، «القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية»، مجلة التمكين الاجتماعي، جامعة عمار ثليجي الأغواط، المجلد 02، العدد 03، سبتمبر 2020، ص ص 122-139.
82. ديب محمد، «الاختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية»، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 33، الجزء الثالث/سبتمبر 2019، ص ص 171-192.
83. ديب محمد، «امتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية»، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي أفلو، العدد الرابع، ديسمبر، 2018، ص ص 119-151.
84. ديب محمد، «قراءة في حدود تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية (دراسة في القانون الجزائري)»، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي ألمانيا- برلين، المجلد 02، العدد 07، فبراير 2018، ص ص 210-238.
85. ديب محمد، «مصادقية عروض الصفقات العمومية على ضوء الاتفاقات»، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، المجلد الثاني، العدد الرابع، سبتمبر 2018، ص ص 391-409.
86. رابحي أحسن، خليفة يعقوب، جمعة حميد ناصر، «الحلول القانونية والقضائية لتسوية منازعات المناقصات العامة: دراسة مقارنة بين النظامين الجزائري والفرنسي»، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 18، العدد 1، يونيو 2021، ص ص 739-780.

87. رحمانى راضية، «مبدأ المساواة في معاملة المترشحين في قانون الصفقات العمومية الجزائرية»، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المغرب، العدد 9، مارس 2015، ص ص 111-121.
88. رحمانى راضية، «مجال اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المنافسة للمنافسة في مادة الصفقات العمومية»، حوليات جامعة الجزائر -1- العدد 29 الجزء الثاني 2010، ص ص 243-256.
89. رزاقى نبيلة، «جريمة المحاباة في الصفقات العمومية»، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 2 لونيبي علي، العدد السابع، ديسمبر 2015، ص ص 127-149.
90. رزاقى محمد زكرياء، «واقع المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرافق العامة في الجزائر»، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة د. مولاي الطاهر، سعيدة، العدد 8، ديسمبر 2017، ص ص 57-75.
91. زاير إلهام، «جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير في مجال الصفقات العمومية»، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 04، العدد 02، جانفي، 2020، ص ص 165-179.
92. زروق إيمان فاطمة الزهراء، «تجليات تطبيق مبدأ المنافسة الحرة على إجراء المنح المؤقت لمشروع الصفقة -نظام طلب العروض»، مجاميع المعرفة، المركز الجامعي تندوف، المجلد 2، العدد 1، أفريل 2016، ص ص 60-69.
93. زوقار عبد القادر، «إشكالات القضاء الإداري الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية»، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد 07، العدد 03، 2021، ص ص 1478-1497.
94. زيان محمد أمين، دبيح زهيرة، «موقف المشرع من معايير تحديد العقد الإداري»، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 2 لونيبي علي، العدد الثاني عشر، 2017، ص ص 387-407.

95. زيدان عبد النور، «الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية»، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد الخامس، العدد 01، أبريل 2018، ص ص 196-215.
96. ساوس خيرة، حماش سيلية، «تفعيل دور مجلس المنافسة في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة»، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد الثامن، ديسمبر 2016، ص ص 70-97.
97. سايح جبور علي، «دور هيئات الرقابة الخارجية في ضمان سلامة إجراءات إبرام الصفقات العمومية، اللجنة الولائية للصفقات العمومية نموذجا»، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي بأفلو، المجلد 03، العدد 01، جوان 2020، ص ص 73-93.
98. سحوت جهيد، «عن المركز القانوني لمجلس المنافسة الجزائري: النصوص والواقع»، دفاثر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 19، جوان 2018، ص ص 425-436.
99. سردوك هبية، «ماهية طلب العروض في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام»، مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة- الجزائر، مجلد 12، عدد 3، جويلية 2020، ص ص 149-159.
100. سعيود محمد الطاهر، «مبدأ حظر الممارسات والأعمال المديرة في مجال الصفقات العمومية»، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيل، العدد التاسع، ديسمبر 2019، ص ص 105-119.
101. سلطاني نجوى، بوصنوبرة خليل، «تأثير قانون المنافسة على المرفق العام»، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 12، عدد خاص (العدد التسلسلي 22)، أبريل 2020، ص ص 457-478.
102. سليمان سعيدي، «دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة»، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد 04، 2007، ص ص 209-231.

103. شايب بوزيان، «الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق كممارسة مقيدة للمنافسة»، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة بغيليزان، مجلد 6، عدد 08، جوان 2017، ص ص 79-96.
104. شيخ نجية، «دور الهيئات القضائية في حماية مجال المنافسة»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، المجلد 30، عدد 1، جوان 2019، ص ص 7-21.
105. صادقي عباس، «لجان فتح الأطراف وتقييم العروض وسبل تعزيز دورها في إبرام العقود والصفقات العمومية»، مجلة أفاق للبحوث والدراسات، المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار، إليزي، المجلد 05، العدد 01، جانفي 2022، ص ص 685-697.
106. صبايحي ربيعة، «حدود تدخل الدولة في المجال الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر العدد 2، 2010، ص ص 103-132.
107. صدوق أمنة، العايب سامية، «حماية مبدأ المنافسة في ميزان صلاحيات سلطة ضبط الصفقات العمومية بين الواقع والمأمول»، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، المجلد 9، العدد 01، 2021، ص ص 277-296.
108. صديق سهام، «مظاهر استقلالية السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر»، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، العدد الرابع، ديسمبر 2017، ص ص 193-206.
109. صديق سهام، «مظاهر التداخل في الاختصاص بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية»، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، العدد الثامن، مارس 2018، ص ص 156-168.
110. ضريفي نادية، دراج عبد الوهاب، «المركز الممتاز للمصلحة المتعاقدة في مرحلة تكوين الصفة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247»، مجلة الأستاذ

- الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 04، العدد 01، جوان 2019، ص ص 39-72.
111. ضريفي نادية، لجعت فواز، «إبرام الصفقات العمومية بأسلوب التراضي ومبدأ المنافسة أي جديد؟؟ وفق أحكام المرسوم الرئاسي 15-247»، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد السادس، العدد 02، نوفمبر 2019، ص ص 218-234.
112. ظريف قدور، «جئحة منح امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته»، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد الثامن، ديسمبر 2017، ص ص 373-395.
113. عاشور فاطيمة، «طرق إبرام الصفقات العمومية ضمانات قانونية لتحقيق مبدأ المنافسة والشفافية»، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس المدية، المجلد الرابع، العدد الأول، جانفي 2018، ص ص 94-105.
114. عاشور فاطيمة، «قرارات مجلس المنافسة بين العمل الإداري والقضائي وطرق الطعن فيها»، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 11، عدد 2، جوان 2019، ص ص 131-140.
115. عاطف محمد سعدي محمد علي، «الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في العقود الإدارية ماهيتها، قيمتها القانونية»، مجلة القانونية، العدد التاسع، يناير 2019، ص ص 21-59.
116. عباس غنية، «الإعلان عن الصفقة كآلية لتكريس مبدأ المنافسة»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، المجلد 29، عدد 1، جوان 2018، ص ص 18-32.
117. عبد الرحيم نادية، «الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته على ضوء قانوني الفساد والصفقات العمومية»، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، العدد 09، سبتمبر 2015، ص ص 183-199.

118. عبد الوهاب محمد، رواب جمال، «الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية، لدواعي المصلحة العامة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 15-247»، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد التاسع، مارس 2018، ص ص 542-531.
119. عتيق حبيبة، «أهم المبادئ المؤطرة لعملية اختيار المتعامل المتعاقد»، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة يحي فارس المدية، العدد الثاني، سبتمبر 2017، ص ص 122-107.
120. عراب تاني نجية، «المسؤولية الجزائية للموظف العام عن استغلال النفوذ»، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، المركز الجامعي نور البشير البيض، العدد الثالث، جوان 2015، ص ص 57-50.
121. عروسي ساسية، «الطبيعة القانونية للتجمع ذي المنفعة الاقتصادية في القانون الجزائري»، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد العاشر، العدد الرابع، ديسمبر 2017، ص ص 376-356.
122. عزوي عبد الرحمن، «خصوصية المصطلحات القانونية في وانعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية (حالة العقد الإداري)»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 4، ديسمبر 2013، ص ص 438-379.
123. عزوز كريمة، «مفهوم المؤسسة ومعايير تكيفها ضمن قانون المنافسة»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، المجلد 32، عدد 2، جوان 2021، ص ص 54-37.
124. عطوي مريم، بن الشيخ نور الدين، «التعسف في وضعية الهيمنة في البيئة الرقمية، - الأسواق المجانية نموذجا-» مجلة صوت القانون، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، المجلد الثامن، العدد 02، جوان 2022، ص ص 1046-1065.

125. عطوي مريم، بن الشيخ نور الدين، «قواعد المنافسة في إطار الصفقات العمومية وفقا للقانون الجزائري»، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة العربي التبسي تبسة، المجلد 4، العدد 2، سبتمبر 2019، ص ص 99-110.
126. عمارة مسعودة، «دراسة نقدية لمفهوم الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي الجديد 247/15 المؤرخ في 2015/9/16 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام»، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 2، العدد الحادي عشر، المجلد 6، عدد 1، ماي 2017، ص ص 25-55.
127. عمارة مسعودة، مناصرية حنان، «قراءة تحليلية في ضوابط إبرام الصفقة العمومية وفق المرسوم الرئاسي 15-247»، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 12، ع.خ، (العدد التسلسلي 22)، أبريل 2020، ص ص 243-264.
128. عمورة عيسى، «الطابع الإداري للاختصاص القمعي لمجلس المنافسة»، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، المجلد 06 العدد 01، السنة 2020، ص ص 129-144.
129. عوض المرضي أميرة، «القانون الخاص والقانون العام، (محاولات ما بين الإلغاء والاصمود)»، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، المجلد 08، العدد 04، جوان 2019، ص ص 300-316.
130. عيساوي عز الدين «حول العلاقة بين هيئات الضبط المستقلة والقضاء: بين التنافس والتكامل»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية المجلد 7، عدد 01، 2013، ص ص 238-261.
131. عيساوي عز الدين، «الطبيعة الخصوصية لاختصاص الغرفة التجارية لدى مجلس قضاء الجزائر في مجال المنافسة»، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2021، ص ص 578-592.

132. عيساوي عز الدين، «ضبط المرافق العامة نموذج مرفق المياه»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية عدد 2، 2010، ص ص 99-110.
133. عيساوي محمد، بوسبعين توفيق، «مبدأ المنافسة الحرة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب طلب العروض»، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد السادس، العدد الثاني، ديسمبر 2020، ص ص 1430-1442.
134. عيشوبة عمار، «منح الموظف العام الغير امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية بين أولوية المكافحة وضرورة الوقاية»، مجلة الرائد في الدراسات السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد 03، العدد 01، نوفمبر 2021، ص ص 53-62.
135. غندور محمد سعيد، مرشحة عمار، «دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا»، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، المرفق، الأردن، المجلد 20، العدد 2/أ، 2014، ص ص 325-347.
136. غواس حسينة، «دور القاضي الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية»، مجلة الإجتهد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 13، العدد التسلسلي 28، نوفمبر 2021، ص ص 141-160.
137. فارة سماح، «الرقابة القضائية على أعمال السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر»، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، العدد 20، جوان 2017، ص ص 273-308.
138. فتحي وردية، «دور القاضي العادي في ضبط السوق»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 10، العدد 01، أبريل 2019، ص ص 912-929.
139. فيصل نسيغة، «النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها»، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، سبتمبر، العدد الخامس، سبتمبر 2009، ص ص 109-131.

140. قادية عبد الله، «الإطار القانوني للمؤسسة العمومية في الجزائر كعون اقتصادي»، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 1، يونيو 2019، ص ص 606-631.
141. قاسمي خديجة عرابوي نبيل صالح، «دور القاضي الإستعجالي في مجال الصفقات العمومية»، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالح أحمد النعامة، المجلد الرابع، العدد 02، جوان 2018، ص ص 316-336.
142. قاصدي فايزة، «المبادئ الأساسية للصفقات العمومية»، مجلة المعيار، المركز الجامعي تيسيمسيلات، المجلد 06، العدد 1، جوان 2015، ص ص 334-346.
143. قردوح ليندة، «اختصاص القاضي الإداري بتطبيق قانون المنافسة على الأشخاص المعنوية العامة»، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، العدد السادس، جوان 2019، ص ص 23-38.
144. قردوح ليندة، «البطلان في قانون المنافسة كدعامة لإعادة التوازن العقدي»، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، المجلد 3، العدد 2، ديسمبر 2018، ص ص 102-118.
145. قروج ريم إكرام، «الاستثناءات على حظر الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري»، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2020، ص ص 878-900.
146. قموح مولود، «خصوصية العقوبات في مجال الأعمال»، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة منتوري قسنطينة، المجلد 7، العدد 1، جانفي 2022، ص ص 23-48.
147. قوراي مصطفى، «دور القاضي الجنائي في حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية»، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالح أحمد النعامة، المجلد الرابع، العدد 02، جوان 2018، ص ص 354-369.
148. قوسم الغالية، «عن فعالية مجلس المنافسة الجزائري كجهة مختصة في متابعة الممارسات المنافية للمنافسة»، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، العدد الثاني، جوان 2017، ص ص 09-35.

149. كتو محمد الشريف، «حماية المستهلك من الممارسات المنافسة للمنافسة»، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 12، العدد 1، 2002، ص ص 53-76.
150. كتو محمد الشريف، «حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر العدد الثاني، 2010، ص ص 73-102.
151. الكراي بسام، «مبدأ اللجوء إلى المنافسة في إبرام الصفقات العمومية»، دراسات قانونية، كلية الحقوق بصفاقص، تونس، عدد خاص، 2007، ص ص 7-28.
152. كريكو فريال، «تسوية منازعات الصفقات في الجانب الاستعجالي»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، المجلد 30، عدد 3، ديسمبر 2019، ص ص 411-420.
153. كمون حسين، «مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية بين إشكالية تداخل الاختصاص ومحدودية آلية التكامل» مجلة إيزا للبحوث والدراسات، المركز الجامعي إيليزي، المجلد 7، العدد 1، 2022، ص ص 539-558.
154. كنتاوي عبد الله، «أسلوب طلب العروض المحدود في تنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، المجلد 10، العدد 01، أبريل 2019، ص ص 1718-1729.
155. كنتاوي عبد الله، «أطراف دعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية، -دراسة مقارنة-» مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 09، عدد 01، جانفي 2018، ص ص 288-303.
156. لاكلي نادية، «إجراءات التحقيق في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة في التشريع الجزائري»، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، المجلد 07، العدد، 06، نوفمبر 2018، ص ص 340-359.
157. لاكلي نادية، «العقوبات الردعية للممارسات المقيدة للمنافسة في التشريع الجزائري»، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، العدد الرابع، جوان 2015، ص ص 139-151.

158. لاكلي نادية، «شروط حظر الممارسات والأعمال المدبرة في قانون المنافسة -دراسة مقارنة-»، مجلة الفقه والقانون، العدد الخامس عشر، يناير 2014، ص ص 229-275.
159. لاكلي نادية، «مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة»، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد السابع، فيفري/مارس 2016، ص ص 170-183.
160. لخضاري أعمار، «دراسة نقدية لبعض القواعد الإجرائية في قانون المنافسة» المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، عدد 2، 2007، ص ص 55-82.
161. لشهب سلمى، لشهب صفاء، «طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 15-247»، مجلة الإبداع، جامعة البليدة 2، المجلد 10، العدد 01، 2020، ص ص 66-81.
162. لعشاشي محمد، «الأعمال والممارسات المنافية للمنافسة وانعكاساتها على المتعاملين الاقتصاديين»، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 08، العدد 02، ديسمبر 2022، ص ص 471-490.
163. لعلايمية فاطمة، عليوش قربوع، «اختصاص السلطات الإدارية المستقلة بتسوية النزاعات»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، المجلد 11، العدد 3 (ع.خ)، 2020، ص ص 09-31.
164. لكل عائشة، «القيمة القانونية لمجلس المنافسة في المجال الاستشاري»، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثاني 2014، ص ص 7-18.
165. لكصاسي سيد أحمد، «التراضي كإجراء استثنائي لعقد الصفقة العمومية في التشريع الجزائري»، مجلة النمو الاقتصادي والمقاولاتية، جامعة أدرار، المجلد 2، العدد 2، سبتمبر 2019، ص ص 71-83.
166. محمودي فاطمة، «القرارات الفاصلة في الأوامر والتدابير المؤقتة الصادرة عن مجلس المنافسة»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد الثاني، العدد التاسع، مارس 2018، ص ص 952-965.

167. مخانشة أمينة، «الممارسات المنافية للمنافسة: بين الحظر والإباحة»، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، العدد الأول، ديسمبر 2016، ص ص 12-34.
168. مخانشة أمينة، «مجلس المنافسة ووزارة التجارة: إطار للتعاون والتعزيز المؤسسي في مجال المنافسة»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، العدد التاسع، جوان 2016، ص ص 488-508.
169. مختور دليلة، «حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ع.خ، 2015، ص ص 523-546.
170. مخزومي محمد الحبيب، «إشكالية المصطلح في قانون المنافسة الجزائري ممارسات مقيدة أو منافية للمنافسة؟» مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، مجلد 13، عدد 4، جويلية 2021، ص ص 689-699.
171. مخلف عارف صالح، مخلف حماد علي، «مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمنافسة»، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد الخامس، 2010، ص ص 256-297.
172. مركب حفيظة، «الآليات القانونية لضبط الممارسات المنافية للمنافسة»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، الحاج لخضر، المجلد 09، العدد 02، جوان 2022، ص ص 533-552.
173. مريجة خديجة، بوعجاجة منال، «مساهمة مجلس المنافسة في ضبط الأنشطة الاقتصادية تحقيقا للتنمية: بين التكريس القانوني وتحديات الواقع»، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المركز الجامعي الشهيد سي الحواس، بريكة، الجزائر، العدد الثاني، جوان 2019، ص ص 201-244.
174. مزناد حنان، «الآثار القانونية المترتبة عن خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، المجلد 12، العدد 01 (ع.خ)، 2021، ص ص 63-78.

175. معتصم دحو، معتصم بن عبد الرحمن، «الصفات العمومية بين احترام التشريعات القانونية والفعالية الاقتصادية، الإستثناءات هي القاعدة وهي مصدر الفساد»، مجلة مجاميع المعرفة، المركز الجامعي تندوف، العدد 01، أكتوبر 2015، ص 116-131.
176. مقدم توفيق، «حظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة في قانون المنافسة»، مجلة الفقه والقانون، العدد الحادي عشر، شنتبر، 2013، ص ص 109-127.
177. مقدم توفيق، «خصوصية النزاع التنافسي في قانون المنافسة»، مجلة الفقه والقانون، العدد العاشر، أوت 2013، ص ص 88-101.
178. مهم أبو بكر، «المساس بالمنافسة داخل السوق، دراسة في المادة 6 من القانون رقم 104-12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة»، مجلة القضاء التجاري العدد 12/11 السنة السادسة شتاء خريف، 2018، ص ص 77-101.
179. مهم أبو بكر، «عرقلة المنافسة في السوق، التعسف في استغلال الوضع المهيمن نموذجاً»، مجلة القضاء التجاري، العدد الحادي عشر/الثاني عشر، السنة السادسة، شتاء/ خريف 2018، ص ص 13-33.
180. موساوي ظريفة، «عن تأثير قرارات مجلس المنافسة على سلطة القاضي العادي في إطار الدعاوى الخاصة»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد 01، 2018، ص ص 273-302.
181. موساوي فاطمة، «دور القضاء الإداري الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية»، مجلة الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، العدد الحادي عشر، سبتمبر 2018، ص ص 264-276.
182. ميلودي فتيحة، زعزوعة فاطمة، «مكانة مجلس المنافسة كآلية جديدة لتكريس الشفافية في مجال الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي الجديد رقم 247/15»، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي الأغواط، المجلد السادس، العدد الأول، 2022، ص ص 1775-1789.

183. ناصري نبيل، «تسوية منازعات المنافسة بين سلطات الضبط والهيئات القضائية»، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، المجلد 6، العدد1، جوان 2021، ص ص 89-105.
184. ناصري نبيل، «تنظيم المنافسة الحرة كآلية لضبط السوق التنافسية وحماية المستهلك»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 4، ديسمبر 2015، ص ص 115-135.
185. نقاش حمزة، «إجراءات المتابعة أمام مجلس المنافسة في القانون الجزائري»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم البواقي، المجلد 9، العدد1، مارس 2022، ص ص 11-33.
186. هزيل جلول، «المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية»، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، المجلد 1، العدد 02، 2016، ص ص 01-31.
187. والي نادية، «تأثير حدود استقلالية مجلس المنافسة، على ممارسة دوره الضبطي»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 12، العدد 01، أبريل 2021، ص ص 1214-1223.
188. ونادي رشيد، «آلية تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي عبر سياستها المالية»، مجلة الأبحاث الاقتصادية، جامعة سعد دحلب البليدة، المجلد 05، العدد 04، ديسمبر 2010، ص ص 189-198.
189. يعيش تمام شوقي، «سلطات القاضي الإداري في مجال الرقابة على إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية في النظام القانوني الجزائري»، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، العدد 09، جانفي 2018، ص ص 341-351.

IV - المداخلات العلمية

- 1- أوباية مليكة، "اختصاص منح الاعتماد لدى السلطات الإدارية المستقلة"، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني الأول حول: "سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي"، المنظم بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 23-24 ماي 2007.
- 2- بلهامل هشام، دور دفاتر الشروط في تكريس معايير المنافسة، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول: ترشيد النفقات العمومية ورهانات النهوض بالاقتصاد الوطني من خلال تنظيم الصفقات العمومية، جامعة بومرداس، كلية الحقوق بودواو، يومي 20-21 نوفمبر 2017.
- 3- بن هاشمي حمودي محمد، محمد علي، الملحق في الصفقة العمومية، مداخلة أقيمت في أعمال لملتقى الوطني حول: "ترشيد النفقات العمومية ورهانات النهوض بالاقتصاد الوطني من خلال تنظيم الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، يومي 20 و 21 نوفمبر 2017.
- 4- بودالي محمد، نظم الرقابة البرلمانية المالية والإدارية على الصفقات العمومية، مداخلة ملقاة بمناسبة تنظيم الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، يومي 24 و 25 أبريل، 2013.
- 5- بوصوار عبد النبي، اختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية بجامعة الجيلالي ليابس - سيدي بلعباس - يومي 24 - 25 أبريل 2013.
- 6- بو عمران عادل، الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية وحالاته وأثاره، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول: الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، يومي 24 و 25 أبريل 2013.

- 7- بوقندورة عبد الحفيظ، الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة"، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول: "قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق"، جامعة 8 ماي، 1945 قالمة، يومي 16 و 17 مارس، 2015 .
- 8- بومقورة سلوى، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني السادس حول: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، جامعة د. يحي فارس المدية، يوم 20 ماي 2013.
- 9- جبالة عمار، طرق إبرام الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي، 247/15، اليوم الدراسي حول الإطار، القانوني للصفقات العمومية، بين تشجيع الاستثمار والمحافظة على المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، محمد لمين دباغين، سطيف 2015.
- 10- جلال مسعد، "مساهمة القضاء الإداري في حماية المنافسة الحرة في القانون الجزائري"، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات الملتقى الوطني الأول حول: "آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، يومي 15 و 16 ماي.
- 11- جليل مونية، الآليات المستحدثة لحماية الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في إطار التشريع الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني السادس حول: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة د. يحي فارس بالمدية، يوم 20 ماي 2013.
- 12- حساين سامية، حاجة المنافسة في الصفقات العمومية إلى الرقابة عن طريق سلطة ضبط مستقلة، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول: "حماية السوق في ظل أحكام قانون المنافسة"، كلية الحقوق جامعة الجزائر، يوم 09 ماي 2022.
- 13- حططاش عبد الحكيم، زيتوني هند، مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسيد برامج الاستثمارات العامة للفترة 2011-2014، مداخلة أقيمت في المؤتمر الدولي حول: "تقييم أثار برامج الاستثمارات العامة وانعكاساتها على

- التشغيل والاستثمار والنمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2014"، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة سطيف 01، يومي 11 و 12 مارس 2014.
- 14- **حمودة فاروق**، إجراءات إبرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي، المؤتمر العلمي الوطني، قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة البلدية 2 علي لونيبي، 23 و 24 ماي 2017.
- 15- **خضري حمزة**، الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد، مداخلة أقيمت في اليوم الدراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2015.
- 16- **دبياش سهيلة**، إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات الملتقى الوطني السادس حول: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة د يحي فارس بالمدينة، يوم 20 ماي 2013.
- 17- **رحماني راضية**، مفهوم قاعدة أحسن عرض في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول: ترشيد النفقات العمومية ورهانات النهوض بالاقتصاد الوطني من خلال تنظيم الصفقات العمومية، جامعة بومرداس، كلية الحقوق بودواو، يومي 20-21 نوفمبر 2017.
- 18- **رراقي محمد زكرياء**، "طبيعة العلاقة بين قانون المنافسة والمتطلبات العمومية: تنافر أم تكامل"، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني التاسع حول: أثر التحولات الاقتصادية على تفعيل قواعد قانون المنافسة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د. مولاي الطاهر، سعيدة، يومي 17 و 18 نوفمبر 2015.
- 19- **زمال صالح**، امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات الملتقى الوطني السادس حول: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة د يحي فارس بالمدينة، يوم 20 ماي 2013.

- 20- زموش فرحات، المتابعة القضائية للعون الاقتصادي المخالف لقواعد قانون المنافسة"، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني المنظم حول "حرية المنافسة في التشريع الجزائري"، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 03 و 04 أبريل 2013.
- 21- سويلم فضيلة، رقابة القضاء المدني على الممارسات المقيدة للمنافسة في نطاق المسؤولية المدنية، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني السابع حول: "ضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر بين التشريع والممارسة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة، بتاريخ 09 و 10 ديسمبر 2013.
- 22- شيخ ناجية، وبقار سلمى، المتابعة القضائية للعون الاقتصادي المخالف لقواعد المنافسة، مداخلة أقيمت في اليوم دراسي بعنوان: مجلس المنافسة ودوره في ضمان سوق تنافسية، المنظم من طرف مديرية التجارة لولاية بومرداس بالاشتراك مع كلية الحقوق، جامعة أمحمد بومرداس، يوم 7 ماي 2018.
- 23- شيخ نجية، "دور الهيئات القضائية المختلفة في ضبط قواعد السوق"، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني التاسع حول: "أثر التحولات الاقتصادية على تفعيل قواعد قانون المنافسة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي طاهر سعيدة، يومي 17 و 18 نوفمبر 2015.
- 24- صبايحي ربيعة، "تكريس الطابع الاستثنائي للتراضي كضابط لترسيخ النزاهة والشفافية في عقود الصفقات العمومية"، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول: ترشيد النفقات العمومية ورهانات النهوض بالاقتصاد الوطني من خلال تنظيم الصفقات العمومية، جامعة بومرداس، كلية الحقوق بودواو، يومي 20-21 نوفمبر 2017.
- 25- ضريفي نادية، تفويض المرفق العام في الجزائر، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات الملتقى الدولي حول: "المرفق العمومي في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن"، جامعة جيلالي بونعامة، يومي 13 و 14 ماي 2015.
- 26- عثمانية كوثر، خصوصية العقوبات في جرائم المنافسة في التشريع الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول: قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، بمجمع هيليو بوليس، كلية حقوق 8 مالي قالمه، يومي 16 و 17 مارس 2017.

- 27- علة كريمة، الركن المادي لجريمة المحاباة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول: "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، يومي 24 و25 أبريل 2013.
- 28- عمروش أحسن، المرفق العام في الجزائر ورهاناته كأداة لخدمة المواطن، دراسة قانونية وعملية، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي الأول: المرفق العمومي، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، يوم 2015/04/22.
- 29- عمروش حليم، التصدي للممارسات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية الدور الجديد لمجلس المنافسة الجزائري، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول: "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، يومي 24 و25 أبريل 2013.
- 30- عيساوي عز الدين، الإخطار والتحقيق كإجراءين جوهريين أمام مجلس المنافسة، الملتقى الوطني الموسوم بـ: "حرية المنافسة بين حرية المبادرة، ومتطلبات الضبط"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، يومي 13 نوفمبر 2018.
- 31- عيساوي عز الدين، جدال بين المرفق العام وقانون المنافسة: البحث عن المصالحة، الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر و 1 ديسمبر، 2011.
- 32- فارة سماح ، تفعيل مبدأ حرية المنافسة قراءة في قانون الصفقات العمومية، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول: قانون المنافسة بيت تحرير المبادرة وضبط السوق، كلية الحقوق، جامعة قالمة، يومي 16 و 17 مارس 2015.
- 33- فتحي وردية، جريمة تلقي الهدايا، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول: "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، يومي 24 و25 أبريل 2013.

- 34- **فتحي وردية**، وقف تنفيذ القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة بجاية، أيام 23 و 24 ماي 2007.
- 35- **فكير محمد**، رقابة القضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، آلية وقائية لحماية المال العام، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني السادس حول: "دور الصفقات العمومية في حماية المال العام"، المنظم من طرف كلية الحقوق، جامعة المدية، يوم 20 ماي 2013.
- 36- **كسال سامية**، مدى شرعية السلطات الإدارية المستقلة، مداخلة أقيمت في ملتقى وطني: "حول السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر"، جامعة قالمة، يومي 13-14 نوفمبر 2012.
- 37- **لعويجي عبد الله**، اختصاصات مجلس المنافسة الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول: حرية المنافسة في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باجي مختار -عنابة يومي 3 و 4 أبريل 2013.
- 38- **ماديو ليلي**، تكريس الرقابة القضائية على سلطات الضبط المستقلة في التشريع الجزائري، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي جامعة بجاية أيام 23-24 ماي 2007.
- 39- **محمد بين مشيرخ**، خصوصية التجريم والتحريم في الصفقات العمومية، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني السادس حول: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة د. يحي فارس المدية، يوم 20 ماي 2013.
- 40- **مختور دلييلة**، الضرر التنافسي شرط أساسي لحظر الممارسات المقيدة للمنافسة، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول: "حماية السوق في ظل أحكام قانون المنافسة"، كلية الحقوق جامعة الجزائر، يوم 09 ماي 2022.
- 41- **موساوي ظريفة**، إجراء العفو: آلية قانونية لقمع الاتفاقات المقيدة للمنافسة، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول: "حماية السوق في ظل أحكام قانون المنافسة"، كلية الحقوق جامعة الجزائر، يوم 09 ماي 2022.

42- **ناصر بن نبيل**، "تسوية منازعات المنافسة، بين سلطة الضبط والقضاء، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول: "آليات تسوية المنازعات ذات الطابع الاقتصادي في الجزائر، بين النصوص والواقع"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، يومي 8 و9 نوفمبر 2016.

43- **نزيوي صليحة**، سلطات الضبط المستقلة، آلية للانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول: "سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي"، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، يومي: 24 و23 ماي 2007.

44- **يعقوب حدة**، خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، المؤتمر العلمي الوطني، قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة البلدية 2 علي لونيبي، 23 و24 ماي 2017.

V - النصوص القانونية

أ - الإتفاقيات الدولية:

- الاتفاق الأوربي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوربية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع بفالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7، والوثيقة النهائية المرفقة به، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 159-05 مؤرخ في 27 أبريل 2005، ج.ر.ج. عدد 31 صادر بتاريخ 30 أبريل 2005.

ب - الدستور

1- مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 28 فبراير 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج.ر.ج. عدد 09 صادر بتاريخ 01 مارس 1989 (ملغى).

2- مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر ج ج عدد 76، صادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، معدل متمم بـ:

* قانون رقم 02-03 مؤرخ في: 10 أبريل 2002 ج ر ج ج ج عدد 25، صادر بتاريخ 14 أبريل 2002.

* قانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج ج ج عدد 63 صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008.

* القانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج ج ج عدد 14 صادر بتاريخ 07 مارس 2016

* مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، ج ر ج ج ج رقم 82 صادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

ت - القوانين العضوية:

1- قانون عضوي رقم 98-01 مؤرخ في 30 ماي 1998، متعلق باختصاصات مجلس الدولة، وتنظيمه وعمله، ج ر ج ج ج عدد 37، صادر بتاريخ 30 ماي 1998، معدل ومتمم بموجب:

* قانون عضوي رقم 11-13 مؤرخ في 26 جويلية 2011، ج ر ج ج ج، عدد 43 صادر في 3 أوت 2011.

* قانون عضوي رقم 18-02 مؤرخ في 4 مارس 2018، ج ر ج ج ج، عدد 15 صادر في 7 مارس 2018.

* القانون العضوي رقم 22-11 مؤرخ في 9 يونيو 2022، ج ر ج ج ج عدد 41 صادر بتاريخ 16 يونيو 2022.

ج - النصوص التشريعية:

1- أمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ج ر ج ج عدد 48 صادر بتاريخ 10 يونيو 1966، معدل ومتمم

- 2- أمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات ج ر ج ج عدد 49 صادر بتاريخ 11 يونيو 1966، معدل ومتمم.
- 3- أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر ج ج عدد 52، صادر بتاريخ 27 يونيو 1967 (ملغى).
- 4- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بموجب:
- * قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر ج ج العدد 44، صادر في 26 يونيو 2005.
- 5- أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج، عدد 101 صادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.
- 6- قانون 88-01 مؤرخ في 12 يناير 1988 يتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر ج ج، عدد 02 صادر بتاريخ 13 جانفي 1988، ملغى جزئياً الباب الأول والثاني منه بموجب:
- * أمر رقم 95-25 مؤرخ في 27 سبتمبر 1995، متعلق بحركة رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج ر ج ج عدد 55، صادر بتاريخ 27 سبتمبر 1995.
- 7- قانون رقم 89-12 مؤرخ في 5 جويلية 1989، يتعلق بالأسعار، ج ر ج ج عدد 29، صادر بتاريخ 19 جويلية 1989 (ملغى).
- 8- أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي 1996، يتعلق بالمنافسة، ج ر ج ج عدد 9، صادر بتاريخ 22 فيفري 1995 (ملغى).
- 9- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر ج ج، عدد 43 صادر بتاريخ 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بـ:
- * قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر ج ج، عدد 36 صادر بتاريخ 2 جويلية 2008.
- * قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر ج ج، عدد 46، صادر بتاريخ 18 أوت 2010.

قائمة المراجع

- 10- قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ج ج، عدد 41، صادرة بتاريخ 27 جوان 2004 معدل ومتمم.
- 11- قانون رقم 01-06 مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر ج ج، عدد 14، صادر بتاريخ 08 مارس 2006، معدل ومتمم بـ:
- * أمر رقم 05-10 مؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر ج ج، عدد 50، صادر بتاريخ 01 سبتمبر 2010.
- * قانون رقم 15-11، مؤرخ في 02 أوت 2011، ج ر ج ج، عدد 44، صادر بتاريخ 10 أوت 2011.
- 12- أمر رقم 03-06 مؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر ج ج عدد 46 صادر بتاريخ 16 يوليو 2006.
- 13- قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، عدد 21، صادر بتاريخ 23 أفريل 2008، معدل ومتمم بموجب:
- * قانون 13-22 مؤرخ في 12 يوليو 2022، ج ر ج ج عدد 48 صادر بتاريخ 17 يوليو 2022.
- 14- قانون 03-09 مؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر ج ج، عدد 15 صادر في 8 مارس 2009، معدل ومتمم بموجب:
- * القانون 09-18 المؤرخ في 10 يونيو 2018، ج ر ج ج، عدد 13، صادر بتاريخ 13 يونيو 2018.
- 15- قانون رقم 10-11 مؤرخ في 22 جوان 2011 يتعلق بالبلدية، ج ر ج ج عدد 37 صادر في 3 جويلية 2011.
- 16- قانون رقم 07-12 مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج ر ج ج، عدد 12، صادر بتاريخ 29 فبراير 2012.
- 17- قانون رقم 02-17 مؤرخ في 10 جانفي 2017، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج.ر.ج.ج عدد 02، صادر بتاريخ 11 جانفي 2017.

18- قانون 21-15 مؤرخ في 28 ديسمبر 2021، يتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، ج ر ج ج عدد 99، صادر بتاريخ 29 ديسمبر 2021.

د-النصوص التنظيمية

1- مرسوم رئاسي 96-44 مؤرخ في 17 يناير 1996 يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة، ج ر ج ج عدد 5، صادر بتاريخ 17 يناير 1996.

2- مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ج ج عدد 52 صادر بتاريخ 28 جويلية 2002، معدل ومتم بموجب (ملغى):

• مرسوم رئاسي رقم 03-301 مؤرخ في 11 سبتمبر 2003، ج ر ج ج عدد 55 صادر بتاريخ 14 سبتمبر 2003.

• مرسوم رئاسي رقم 08-338 مؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج ر ج ج عدد 62، صادر بتاريخ 09 نوفمبر 2008.

3- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ج عدد 50 صادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

4- مرسوم تنفيذي رقم 88-201 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988 يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة ج ر ج ج عدد رقم 42 صادر بتاريخ 19 أكتوبر 1988.

5- مرسوم تنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 30 جانفي 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج ر ج ج عدد 5، صادر بتاريخ 31 جانفي 1990، معدل ومتم بموجب:

* مرسوم تنفيذي رقم 01-15 مؤرخ في 16 أكتوبر 2001، ج ر ج ج عدد 61، صادر في 21 أكتوبر 2001.

6- مرسوم تنفيذي رقم 90-266 مؤرخ في 15 سبتمبر 1990، يتعلق بضمان المنتجات والخدمات، ج ر ج ج عدد 40، صادر بتاريخ 19 سبتمبر 1990.

- 7- مرسوم تنفيذي رقم 91-434 مؤرخ في 09 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ج ج عدد 57، صادر بتاريخ 13 نوفمبر 1991 (ملغى).
- 8- مرسوم تنفيذي رقم 2000-314 مؤرخ في 14 أكتوبر 2000 يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية هيمنة، ج ر ج ج عدد 61 صادر بتاريخ 18 أكتوبر (ملغى).
- 9- مرسوم تنفيذي 2000-315 مؤرخ في 14 أكتوبر 2000، يحدد مقاييس تقدير مشاريع التجميع أو التجميعات ج ر ج ج عدد 61 صادر بتاريخ 18 أكتوبر (ملغى).
- 10- مرسوم تنفيذي رقم 02-453 مؤرخ في 21 ديسمبر 2002، يحدد صلاحيات وزير التجارة، ج ر ج ج عدد 85 صادر بتاريخ 22 ديسمبر 2002.
- 11- مرسوم تنفيذي رقم 02-454 مؤرخ في 21 ديسمبر 2002، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة، ج ر ج ج عدد 85 صادر بتاريخ 22 ديسمبر 2002، معدل ومتمم بموجب:
- * مرسوم تنفيذي رقم 14-18 مؤرخ في 21 جانفي 2014، ج ر ج ج عدد 04، صادر بتاريخ 26 جانفي 2014.
- 12- مرسوم تنفيذي رقم 03-409 مؤرخ في 05 نوفمبر 2003 يتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحياتها وعملها، ج ر ج ج عدد 68 صادر بتاريخ 09 نوفمبر 2003، معدل ومتمم بموجب:
- * مرسوم تنفيذي رقم 11-09 مؤرخ في 20 يناير 2011، ج ر ج ج عدد 4، صادر بتاريخ 23 يناير 2011.
- 13- مرسوم تنفيذي رقم 05-219 المؤرخ في 22 يونيو 2005 يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، ج.ر.ج.ج، عدد 43 صادر بتاريخ 22 يونيو 2005.
- 14- مرسوم تنفيذي رقم 05-175 مؤرخ في 12 ماي 2005، يحدد كفايات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، ج.ر.ج.ج، عدد 35، صادر في 18 ماي 2005.

- 15- مرسوم تنفيذي رقم 09-415 المؤرخ في 16 ديسمبر 2009 يتضمن القانون الأساسي الخاص المطبق على الموظفين المنتمون للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالتجارة ج.ر.ج ج عدد 75، صادر بتاريخ 5 ديسمبر 2010.
- 16- مرسوم تنفيذي رقم 11-218 مؤرخ في 16 مارس 2011 يتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، ج ر ج ج، عدد 16 صادر بتاريخ 13 مارس 2011.
- 17- مرسوم تنفيذي رقم 11-241 مؤرخ في 10 جويلية 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، ج.ر.ج.ج عدد 39 صادر بتاريخ 13 جويلية 2011، معدل ومتم بموجب:
- * مرسوم تنفيذي رقم 15-79 مؤرخ في 8 مارس 2015، ج.ر.ج.ج عدد 13 صادر بتاريخ 11 مارس 2015.
- 18- قرار مؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر ج ج، عدد 24 صادر بتاريخ 20 أبريل 2011،
- 19- قرار مؤرخ في 28 مارس 2011 يتعلق بكيفية تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ج ر ج ج عدد 24، صادر بتاريخ 20 أبريل 2011.
- VI - الاجتهادات القضائية
- أ- قرارات مجلس الدولة
- 1- قرار مجلس الدولة، ملف رقم 063683 صادر بتاريخ 12 جانفي 2012 قضية: (بلدية العلمة) ضد (ح.ع)، مجلة مجلس الدولة، عدد 12، 2014.
- 2- قرار مجلس الدولة، ملف رقم 074854 صادر بتاريخ 21 جوان 2012 قضية: (ولاية البيض) ضد (أ.م)، مجلة مجلس الدولة، عدد 12، 2014.
- 3- قرار مجلس الدولة، ملف رقم 078520+078275 صادر بتاريخ 5 ديسمبر 2013 قضية: (مؤسسة) (م.ي) لأشغال البناء ضد (وزارة السكن والعمران ومن معها)، مجلة مجلس الدولة، عدد 11، 2013.

ب- قرارات المجلس القضائي

- 1- قرار مجلس قضاء الجزائر، الغرفة التجارية، قضية رقم 16/01143 صادر بتاريخ 1 جوان 2016 قضية: الشركة ذات المسؤولية المحدودة PETROSER ضد شركة "GREIF SPA ALGERIE" ومجلس المنافسة، النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 14 أنظر الموقع الإلكتروني: www.conseil-concurrence.d.

VII- قرارات وتقارير مجلس المنافسة:

أ- قرارات مجلس المنافسة

- 1- قرار رقم 99 ق 03 صادر عن مجلس المنافسة يوم 17 أكتوبر 1999 المتعلق بإسناد صفقة عمومية لإنجاز مقر مديرية البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية بأدرار ("ب.ل" ضد مديرية البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية لولاية أدرار) .
- 2- قرار رقم 02-99 صادر عن مجلس المنافسة يوم 17 أكتوبر 1999 المتعلق بالإخطار الخاص بإبرام صفقة لإنجاز مركز التكوين المهني ("ب.ل" ضد مديرية التشغيل والتكوين المهني لولاية أدرار).
- 3- القرار رقم 2015/03 صادر عن مجلس المنافسة في جلسة منعقدة يوم 2014/06/18، قضية رقم 2003/28 بين شركة "Green Révolution Industries" ضد والي ولاية البيض، النشرة الرسمية للمنافسة 2015، رقم 08 أنظر على الموقع الإلكتروني: www.conseil-concurrence.dz.
- 4- قرار رقم 2015/16 صادر عن مجلس المنافسة في جلسة منعقدة يوم 2014/06/13، قضية رقم 2003/26، بين ش.ذ.م.م ميد ضد المعهد الوطني للأراضي والسقي وصرف المياه، النشرة الرسمية للمنافسة 2015، رقم 08 أنظر على الموقع الإلكتروني: www.conseil-concurrence.dz.
- 5- قرار مجلس المنافسة، رقم 2015/18 صادر بتاريخ 13 نوفمبر 2014 القضية رقم 2005/36، شركة "سري" ضد: الشركة "اتصالات الجزائر" النشرة الرسمية للمنافسة رقم 8 أنظر في ذلك: www.conseil-concurrence.d.
- 6- قرار رقم 2016-02 الصادر في 21 ديسمبر 2016 الشركة ذات الشخص الوحيد والمسؤولية المحدودة "أشكيم 23" ضد بلدية باب الوادي -الجزائر العاصمة"

النشرة الرسمية رقم 12 لسنة 2016 أنظر على الموقع الإلكتروني:
www.conseil-concurrence.dz

7- قرار مجلس المنافسة، رقم 2018/06 صادر بتاريخ 19 جويلية 2018 الإخطار الذاتي رقم 2017/01، مجلس المنافسة ضد شركة "PUB Top" و "ODV Plus" و "PUB City"، أنظر الموقع الإلكتروني: www.conseil-concurrence.dz

8- تقرير تمهيدي يتعلق بالإخطار الذاتي رقم 2017/01 الخاص بقضية المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة "أشكيم 23" ضد بلدية باب الواد. التقرير السنوي لنشاطات مجلس المنافسة لسنة 2017 (باللغتين العربية والفرنسية)، مجلس المنافسة، النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 15 أنظر الموقع الإلكتروني:
www.conseil-concurrence.dz

9- قرار مجلس المنافسة رقم 2018/08 الصادر عن مجلس المنافسة، بتاريخ 15 نوفمبر 2018، وزارة التجارة ضد المؤسسات ملبنة الصومام ودانون، وبطوش، النشرة الرسمية للمنافسة العدد 18، أنظر الموقع الإلكتروني: www.conseil-concurrence.dz

ب - تقارير مجلس المنافسة

- التقرير السنوي لنشاطات مجلس المنافسة لسنة 2015 (باللغتين العربية والفرنسية)، مجلس المنافسة، النشرة الرسمية رقم 10، أنظر على الموقع الإلكتروني: www.conseil-concurrence.dz

VIII - الوثائق:

1- أكرور ميريام، "إلتزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة في الصفقات العمومية"، النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 09، أنظر على الموقع: www.concurrence.dz
www.conseil-concurrence.dz تاريخ الاطلاع (28/06/2018).

2- تيورسي محمد، إشكالية التكامل أو التصادم بين قواعد المنافسة والصفقات العمومية، حالة الجزائر، على الموقع <https://mecs.j.com/ar> أطلع عليها: يوم 18 مارس 2021.

2- محسن صويلح، "قانون المنافسة الإداري: قراءة في اختصاص القاضي الإداري ومجلس المنافسة"، تاريخ الاطلاع 2018/02/15 أنظر الموقع الإلكتروني:

<https://platform.almanhal.com>

ثانيا: باللغة الفرنسية

I-Ouvrages:

1. ALLAIRE Frédéric, L'essentiel du Droit des marchés publics, lextenso éditions, Paris, 2014.
2. AMARO Rafael, Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, Etude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires, Editions Bruylant, Paris, 2014.
3. ARCELIN lécuyer Linda, droit de la concurrence-les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen, 2^{ème} édition, presse universitaire de rennes, 2013.
4. AVGERI Parthenia, MAGNILLAT Marie-Pierre, (sout direction), Entreprises, Concurrence et Europe, 3^{ème} édition, Sup Foucher, F.E.D.E, Paris, 2009.
5. AYMERIC Hourcabie, CECILE Fontaine, ANN-CHARLOTTE Bérard Walsh, passation des marchés publics, édition le Moniteur, France, 2016.
- 1- BADIE Bleza, L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public ,Thèse de doctorat, université panthéon-assas Paris II, 25 juin 2001
6. BARNARD Sebastiaen, droit publique économique, 2^{ème} édition, LG DJ, paris 2013.

7. BEAUGÉ Thierry, La réforme du code des marchés publics commentée, AFNOR, Paris 2001.
8. BEN KHALIFA Faouzi, Le droit des marchés publics, édition Contributions à la Littérature d'Entreprise, Tunis, 2005
9. BERTRAND du marais, Droit public de la régulation économique Dalloz, et Presse de sciences PO, Paris, 2004.
10. BERTRAND Seiller MATTIAS Guyomar, contentieux administratif, 2^{ème} édition, dalloz, Paris, 2012.
11. BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires, commerçant, concurrence, distribution, 7^{ème} Edition, l'extenso édition LGDJ. PARIS, 2013.
12. BOULIFA Brahim, Marchés publics, volume 1, Berti éditions, 2^{ème} édition, Alger, 2016.
13. BOUTARD-LABARDE Marie Chantal et CANIVET Guy, CLAUDEL Emmanuelle, VALERIE Michel, AMSELLEM Vialens Jérémie, l'application en France du droit des pratiques anti-concurrentielles, LGDJ, Paris 2008
14. BRACONNIER Stéphane, précis du droit des marchés publics, 4^{ème} édition, Editions le moniteur, Paris, 2012
15. BRIGTTE Hess-Fallon, ANNE-MARIE Simon, droit des affaires, 18^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 2009.
16. BRUNO Petit, Droit Commercial, 2^{ème} éd, Litec, Paris, 2000.
17. CHABANOL Daniel, JEAN-Piere, Jouguelet, FRANCOIS Bourrachot, Le régime juridique des marchés publics, édition Le moniteur, France, 2007.

18. CHANTAL Marie, LABARDE Boutard, CANIVET Guy, Droit Français de la concurrence, LGDJ Paris, 1994.
1. CHARBEL Aoun, L'indépendance de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), thèse pour le Doctorat en droit, université de Cergy-Pontoise, 2006.
19. CHARBI Nicola, Le droit de la concurrence et le secteur public, L'Harmattan, France, 2002.
20. CHARTIER Yves, Droit des affaires: l'entreprise commerciale, 4^{ème} édition, Presse Universitaire de Paris, Avril 1993.
21. CHRISTOPHE cabanes, BENOIT neveu neveu, droit de la concurrence dans les contrats publics (pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, contrôles et sanctions) ,collection analyse juridique, éditeur Éditions le moniteur, France, 2008.
2. CLAMOUR Guylain, Intérêt général et concurrence, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché, Thèse pour le doctorat en droit, université de Montpellier I, 18 décembre 2004.
22. CLAMOUR Guylain, Intérêt général et concurrence: essai sur la prérennité du droit public en économie de marché, Dalloz, Paris , 2006.
23. CLIQUENNOIS Martine, Droit public économique, Ellipses, France, 2001.
24. CONDOMINES Aurélien, guide pratique du droit français de la concurrence, GUALINO Édition, Moulinaux, France, 2014.

25. CONSO Pierre, la gestion financière de l'entreprise, 8^{ème} édition, Duonod, Paris, 2000.
26. CROS Nicolas -XAVIER Boissy, les Litiges des Marchés Publics, Berger-Levrault, 2010, France.
27. DEBBASCH Charles, RICCI Jean Claude, Contentieux administratif, 6^{em} édition, DALLOZ, PARIS, 1994.
28. DECOCQ André et DECOCQ Georges, Droit de la concurrence interne et communautaire, 2^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2004.
29. DELMAS-MARTY Mireille et TEITGEN- COLLY Catherine, Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal, Economica, Paris, 1992.
30. DOMINIQUE Legais, droit commercial et des affaires, 16 édition, Dalloz, paris, 2005.
31. DOUVRELEUR Olivier, Droits de la défense et pratique anticoncurrentielles en droit français, Edition , LGDJ, Paris, 2000, p.175
32. DUBOUIS Louis et PEISER Gustave, Droit public, 17^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2005.
33. FERIER Didier, Droit de la distribution, 5^{ème} éd, Litec, Paris, 2008.
34. FRANCOIS Souty, Les collectivités locales et le droit de la concurrence, Dexia, paris, 2003.
35. FREDERIC Julien, Guide pratique et juridique du contentieux des marchés publics, édition du PUIITS FLEURI, France, 2011.
36. FRISON ROCHE Marie Anne, BONFILS Sébastien, Les grandes questions du droit économique, 1^{ème} édition, P.U.F ,Paris, 2005.

37. FRISON ROCHE Marie Anne, Droit de la régulation, Dalloz, paris, 2004.
38. FRISON ROCHE Marie-Anne, STEPHANE Payet Marie, Droit de la concurrence, 1^{ème} édition, DALLOZ, 2006.
39. GALÈNE Renée, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, Litec, Paris, 1995.
40. GERMAIN Michel, VOGEL Louis, Traité de droit commercial, 17^{ème} édition, tome 1, LGDJ., Paris, 1998.
41. GUEDJ Alain, Pratique du droit de la concurrence national et communautaire, 2^{ème} édition, Litec, Paris, 2006.
42. GUÉDON Marie-José, Les autorités administratives indépendantes, Paris, LG DJ, 1991.
43. GUEVEL Didier, Droit de commerce et des affaires, 3^{ème} éd, L.G.D.J., 2007.
44. GUINCHARD Serge et al, Lexique des termes juridiques, 26^{ème} éd, Dalloz, France, 2018.

II-Thèses

45. JACQUE Mestre. EMANUEL Putman, DOMINIQUE Vidal, Grands arrêts du droit des affaires .Dalloz, paris 1995.
46. KATZ David, Juge administratif et droit de la concurrence, PUAM, Marseille, 2004.
47. LAJOYE Christophe, Droit des marchés publics, 5^{ème} édition, Gualino, Paris, 2012.
48. LAURENCE Nicolas -Vullierme, Droit de la concurrence, 2^{ème} édition, Vuibert, 2011.

49. LAURENT Richer, Droit des contrats administratifs, Édition L.G.D.J ,1995
50. Mahiou ahmed, Cours d'institutions administratives , O.P.U , Alger , 1981.
51. MAINGUY Daniel & DEPINCE Malo, Droit de la Concurrence, 2^{ème} éd, LexisNexis, France, 2015.
52. MAMAVI Olivier, Les coulisses des marchés publics, éditions L'harmattan, Paris, France.
53. MATALLAH Ali, Recueil sur la réglementation des marchés publics et des Délégation de service public ,édition Houma, Alger, 2016.
54. MENDOZA-CAMINADE Alexandra, Droit de la distribution, Montchrestien, Paris, 2011.
55. MENOUEUR Mustapha, Droit de la concurrence, Berti éditions, Alger, 2013.
56. NICINSKI Sophie, Droit public de la concurrence, L.G.D.J., Paris, 2005.
57. NICINSKI Sophie, Droit public des affaires , 3^{ème} éd, Montchrestien, Paris, 2012.
58. PALMIER Sébastien, les Marchés passation et exécution des marchés à procédure adaptée, édition le Moniteur, Paris, 2013.
59. PEDAMON Michel, droit commercial, commerçant et fond de commerce, concurrence et contrat du commerce, 2^{ème} édition, DALLOZ, PARIS, 2000.
60. ROUAULT Marie-Christine, L'essentiel du droit administratif général, 6^{ème} édition, Gualino éditeur, Paris 2007.

61. TATON Xavier, Les recours juridictionnels en matière de régulation, Énergie communications électroniques, audiovisuelles, transports, finances et concurrence, éditions Larcier, Bruxelles, Belgique, 2010.
62. VALETTE Jean –Paul, Droit public économique, 2^{ème} éd, Hachette, paris, 2009.
63. VELLELY Serge, Droit administratif, 6^{ème} édition, Vuibert, Paris, 2007.
3. VIVIANE Michel, La théorie de la distinction des recours et le contentieux administratif contractuel, Thèse, université de Lille II 1995.
64. VOGEL Louis, Traité de Droit Commercial (commerçants, justice commerciale, fonds de commercial, propriété industrielle, concurrence), tome I, volume 1, 18^{ème} édition, L.G.D.J Paris, 2001.
65. YVES serra, le Droit Français de la concurrence, Dalloz, paris, 1993.
66. ZOUAIMIA Rachid - ROUAULT Marie Christine, Droit administratif, BERTI éditions, Alger, 2009.
67. ZOUAIMIA Rachid, Droit de la régulation économique, Berti édition, Alger, 2006.
68. ZOUAIMIA Rachid, Droit de la responsabilité disciplinaire des agents économiques, l'Exemple du secteur financier, OPU, Alger, 2010.
69. ZOUAIMIA Rachid, Le droit de la concurrence, édition Belkeise, Alger, 2012.

70. ZOUAIMIA Rachid, Les autorités administratif indépendante la régulation économique en Algérie, Edition Homa, Algérie, 2005.

III – Articles:

1. ARCELIN Linda, «Droit de la concurrence: les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire», P.U.R. , n° 316, 2009.
2. AREZKI Nabila, «Le juge administratif face au droit de la concurrence», Revue académique de la recherche juridique, Université abderrahmane mira, Bejaia, volume 8, numéro 2, 2017.
3. BAZEX Michel, «Le droit public de la concurrence», RFDA, n°3, juillet-Aout 1998,
4. BENNADJI Chérif, «Le droit de la concurrence en Algérie», RASJEP n° 03, 2000.
5. BENNADJI Cherif, «Marchés publics et corruption en Algérie», NAQD, Revue D'études et de Critique Social, N° 25, Alger, 2008.
6. DESCHAMPS Marc et POESY René, «Les jeux de procédures en droit Français des pratiques anticoncurrentielles», RIDE, n°4, 2013.
7. EMMANUEL Reille, GILDAS de Muizon, «Objet ou effet anticoncurrentiel», Revue Lamy de la concurrence, n°42, Janvier-Mars 2015.
8. FRISON-ROCHE Marie-Anne, «Définition du droit de la régulation économique», Recueil Dalloz, N° 2, Paris, 2004.

9. GIBAL Michel, «le nouveau code des marchés publics», une reforme composite, la semaine juridique, juris classeur périodique, édition général, N° 16-17, paris, France, 14 avril 2004.
10. GRALL Jean- Christophe et LE MORHEDEC Erwan, «Marchés publics et concurrence: liberté, égalité, transparence», Revue Lamy droit des affaires, N°75 octobre, 2004.
11. JALABERT-DOURY Nathalie, NOUVEL «Laurent, Le MAREC Delphine, «politique de concurrence » R.D.A.I, n°6, 2006.
12. KANNIEN Heikki, «Le juge administratif finlandais et la Convention européenne des droits de l'homme», R.I.D.C., Vol. 47, N°3, Juillet-septembre 1995.
13. MARCUS Laure et PERRIN Alix, «Annulation de l'acte détachable du contrat et distinction des contentieux », J-C.I, n° 1, 2006.
14. NICINSKY Sophie, «L'autorité de la concurrence», RFDA, n° 6, 2009.
15. NOGUELLOU Rozen «L'office du juge de la régulation économique», RDP, n° (02), LGDJ Lextenso Paris, 2014.
16. POCHARD Marcel, «Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction», AJDA, n° spécial, 10 septembre 2001.
17. POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine, «La politique de la concurrence», RTD com, n° 01, Dalloz, Janvier/Mars 2002.

18. QUASTANA Jacques, «La sanction administrative est-elle encore une décision de l'administration?», AJDA, numéro spécial, 10 octobre 2001.
19. QUILICHINI Paule, «réguler n'est pas juger, Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique», AJDA, n°20, 24 mai 2004.
20. SEILLER Bertrand, «Droit public de la concurrence et séparation des autorités», RFDA n°01, 1999.
21. TARCHOUNA Lotfi «Le tribunal administratif et les libertés économiques», revue Etudes Juridiques, faculté de droit de Sfax, Tunisie, n° (03), 1993-1994.
22. ZOUAIMIA Rachid, «Le Conseil de la concurrence et la régulation des marchés en droit algérien», Revue Idara, volume 14, N°23, Alger, 2008.
23. ZOUAIMIA Rachid, «Le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit Algérien», Revue Idara, N°29, 2005.
24. ZOUAÏMIA Rachid, «Les autorités administratives indépendants et la régulation économique», Revue IDARA, N° 28, 2004.
25. ZOUAIMIA Rachid, «Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence», Revue critique de droit et sciences politiques, Faculté de droit, Université Mouloud MAMMERRI, Tizi-Ouzou, n° 1, 2012.
26. ZOUAIMIA Rachid, «Remarques critiques sur le contentieux des décisions du conseil de la concurrence en droit

Algérien», Revue EL MOUHAMAT, de la région de Tizi-Ouzou, n°02, Décembre 2004, p 44

27. ZOUAÏMIA Rachid, «Les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique», Revue Idara, N°28, 2004 .
28. ZOUAMIA Rachid, «De l'articulation des rapports entre le conseil de la concurrence et les autorités de régulations sectorielles en droit Algérien», Revue IDARA, N° 33.

IV-Textes juridiques:

- 1- L'ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (abrogée) JORF 9 décembre 1986. Voir: www.legifrance.gouv.fr.
- 2- Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) du 4 aout 2008, JORF du 5 aout, 2008. Voir: www.legifrance.gouv.fr.
- 3- code de commerce sur site: www.legifrance.gouv.fr

V- Jurisprudence

- 1-CE, 3 Novembre 1997, Société Million et Marais, n° 169907 ; www.legifrance.gouv.fr.
- 2- CE, 26 Mars 1999, Société EDA, n° 202260 : www.legifrance.gouv.fr.
- 3- CE., 2 Juillet 1999, Société anonyme Bouygues et autres, n° 206749 ; www.legifrance.gouv.fr

VI - Avis du conseil de la concurrence

1. conseil de la concurrence, décision n° 05-D-36, 30 juin 2005 relative au respect par les société Desceaux, les injonctions

prononcées par décision n°98-D-52 juillet 1998, rapport pour l'année 2005, www.conseil.concurrence.fr.

VII- Document

2. TOUNAKTI Khalifa, «Le rôle du pouvoir judiciaire dans l'application du droit et de la politique de la concurrence», voir sur : www.concurrence.com.

فہرس

02.....مقدمة

الباب الأول

الإطار القانوني لخضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

- 13.....الفصل الأول: مجال خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة
- المبحث الأول:خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة بين التكريس ومعوقات التطبيق.....15
- المطلب الأول:مظاهر خضوع المتعامل الاقتصادي لقانون المنافسة.....16
- الفرع الأول:معيار المؤسسة من مظاهر خضوع المتعامل الاقتصادي لقانون المنافسة.....16
- أولا:المتعامل الاقتصادي في الصفقات العمومية مؤسسة بمفهوم قانون المنافسة.....17
- ثانيا:تصنيفات المتعامل الاقتصادي باعتباره مؤسسة يخضع لقانون المنافسة.....23
- الفرع الثاني:معيار النشاط الاقتصادي من مظاهر خضوع المتعامل الاقتصادي لقانون المنافسة.....30
- أولا:ممارسة المتعامل الاقتصادي النشاط الاقتصادي في سوق الطلبات العمومية.....30
- ثانيا: المركز القانوني للمتعامل الاقتصادي في سوق الطلبات العمومية.....34
- المطلب الثاني:خضوع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة بين التقييد والتكريس القانوني.....38
- الفرع الأول: مظاهر استبعاد تطبيق قانون المنافسة على المصلحة المتعاقدة39
- أولا: استبعاد خضوع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة باعتبارها شخص عام.....39
- ثانيا: استبعاد خضوع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة لممارسة نشاط إداري.....45
- الفرع الثاني: التكريس القانوني لخضوع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة.....50
- أولا: المعيار المعتمد في تكييف خضوع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة.....51
- ثانيا: موقف المشرع الجزائري من خضوع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة58
- المبحث الثاني:خضوع مرحلة إبرام الصفقة العمومية لقانون المنافسة.....66
- المطلب الأول:تطبيق قانون المنافسة على طرق إبرام الصفقات العمومية.....67
- الفرع الأول:تطبيق قانون المنافسة على إجراء طلب العروض.....68
- أولا: تعريف طلب العروض.....69

- 72.....ثانيا: أشكال طلب العروض
- 80.....الفرع الثاني: استبعاد تطبيق قانون المنافسة على إجراء التفاوض
- 81.....أولا: أشكال التفاوض
- 90.....ثانيا: إشكالية استبعاد قانون المنافسة على إجراء التفاوض
- 93.....المطلب الثاني: خضوع إجراءات إبرام الصفقات العمومية لقانون المنافسة
- 94.....الفرع الأول: استبعاد خضوع مرحلة تحضير الصفقة العمومية لقانون المنافسة
- 95.....أولا: احترام المنافسة عند تحديد الحاجيات
- 98.....ثانيا: احترام المنافسة عند إعداد دفاتر الشروط
- 101.....الفرع الثاني: تطبيق قانون المنافسة على مرحلة إبرام الصفقة
- 102.....أولا: مرحلة الإعلان عن الصفقة وتقديم العروض
- 104.....ثانيا: مرحلة فتح وتقييم العروض
- 110.....ثالثا: مرحلة منح الصفقة العمومية

الفصل الثاني:

التزام أطراف الصفقة العمومية باحترام قواعد قانون المنافسة

- 113.....
- 114.....المبحث الأول: التزام المتعاملين الاقتصاديين بعدم القيام بممارسات منافية للمنافسة
- 116.....المطلب الأول: الالتزام المتعاملين الاقتصاديين بعدم القيام باتفاقات مقيدة للمنافسة
- 117.....الفرع الأول: شروط حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية
- 117.....أولا: وجود إتفاق
- 120.....ثانيا: المساس بالمنافسة
- 125.....الفرع الثاني: صور الاتفاقات المقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية
- 126.....أولا: اتفاقات تحديد الأسعار
- 129.....ثانيا: اتفاقات تبادل المعلومات
- 130.....ثالثا: اتفاقات تقسيم الأسواق
- 134.....المطلب الثاني: التزام المتعاملين الاقتصاديين بعدم التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

- 134.....الفرع الأول:التزام المتعاملين الاقتصاديين بعدم التعسف في وضعية الهيمنة.
- 135.....أولاً: وجود المؤسسة بوضعية هيمنة.
- 142.....ثانياً: الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة .
- 148.....الفرع الثاني:التزام المتعاملين الاقتصاديين بالأحكام القانونية الخاصة بالتجمعات الاقتصادية.
- 149أولاً: أشكال التجمعات الاقتصادية.
- 155.....ثانياً: شروط حظر التجميع الاقتصادي.
- 161.....المبحث الثاني: التزام المصلحة المتعاقدة باحترام قواعد المنافسة في الصفقات العمومية.
- 162.....المطلب الأول:الالتزام المصلحة المتعاقدة بعدم الإخلال بالمنافسة في إبرام الصفقة العمومية.
- 163.....الفرع الأول:التزام المصلحة المتعاقدة بتكريس مبادئ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية.
- 164.....أولاً:التزام المصلحة المتعاقدة بمبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية.
- 165.....ثانياً:التزام المصلحة المتعاقدة بإعمال مبدأ المساواة بين المتنافسين.
- 168.....ثالثاً: تكريس شفافية إجراءات إبرام الصفقة العمومية .
- 170.....رابعاً: التزام المصلحة المتعاقدة بإعمال مبدأ حرية المنافسة.
- 173.....الفرع الثاني:تجاوز المصلحة المتعاقدة قواعد المنافسة في إبرام الصفقات العمومية.
- 174.....أولاً: التبريرات القانونية.
- 181.....ثانياً: تبريرات لتطور اقتصادي أو تقني أو اجتماعي.
- 187.....المطلب الثاني: التزام المصلحة المتعاقدة بالكشف عن الممارسات المخلة بالمنافسة.
- 188.....الفرع الأول:دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في الكشف عن الإخلال بالمنافسة.
- 188.....أولاً : لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض كآلية للكشف عن الممارسات المخلة بالمنافسة.
- 193.....ثانياً: تقييم دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض .
- 199.....الفرع الثاني:دور لجان الصفقات العمومية في الكشف عن الإخلال بالمنافسة.
- 200.....أولاً: لجان الصفقات العمومية كآلية للكشف عن الإخلال بالمنافسة .
- 207.....ثانياً: مدى فعالية دور لجان الصفقات العمومية .

الباب الثاني

الآثار المترتبة عن الإخلال أطراف الصفقة العمومية بقواعد قانون المنافسة

216.....	العمومية
218.....	المبحث الأول: دور مجلس المنافسة في التصدي للإخلال بقواعد المنافسة
218.....	المطلب الأول: إجراءات المتابعة الإدارية
219.....	الفرع الأول: إخطار مجلس المنافسة
220.....	أولا: الأشخاص المخولة بإخطار مجلس المنافسة
226.....	ثانيا: الشروط القانونية الواجب توفرها في الإخطار
231.....	الفرع الثاني: التحقيق في الممارسات المنافية للمنافسة
231.....	أولا: مرحلة التحقيقات الأولية (مرحلة البحث والتحري)
240.....	ثانيا: مرحلة التحقيق الحصري (الحضوري)
242.....	المطلب الثاني: الفصل في القضايا من طرف مجلس المنافسة
243.....	الفرع الأول: جلسات مجلس المنافسة
243.....	أولا: قواعد سير جلسات مجلس المنافسة
246.....	ثانيا: إجراءات سير جلسات مجلس المنافسة
248.....	الفرع الثاني: العقوبات الصادرة عن مجلس المنافسة
249.....	أولا: اتخاذ تدابير رقابية
253.....	ثانيا: تقرير العقوبات
258.....	ثالثا: اتخاذ تدابير تفاوضية
262.....	المبحث الثاني: مدى فعالية دور مجلس المنافسة في التصدي للإخلال بقواعد المنافسة
262.....	المطلب الأول: محدودية دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة
263.....	الفرع الأول: محدودية فعالية السلطة القمعية لمجلس المنافسة بالنظر لطبيعته القانونية
263.....	أولا: التكيف القانوني لمجلس المنافسة
268.....	ثانيا: مدى استقلالية مجلس المنافسة
274.....	الفرع الثاني: محدودية تدخل مجلس المنافسة لممارسة الاختصاص التنازعي
274.....	أولا: محدودية السلطة التنازعية لمجلس المنافسة
280.....	ثانيا: محدودية دور مجلس المنافسة في معالجة قضايا الصفقات العمومية

- 287.....**المطلب الثاني:**محدودية دور مجلس المنافسة من خلال خضوع أعماله للرقابة القضائية.
- 289.....**الفرع الأول:**رقابة القضاء على قرارات مجلس المنافسة.
- 289.....**أولاً:** الاختصاص المبدئي للقاضي الإداري بالرقابة على أعمال مجلس المنافسة.
- 296.....**ثانياً:** الاختصاص الاستثنائي للقضاء العادي بالنظر في قرارات مجلس المنافسة.
- 301.....**الفرع الثاني:** سلطات القضاء في الرقابة على أعمال مجلس المنافسة.
- 301.....**أولاً:** إلغاء قرارات مجلس المنافسة.
- 303.....**ثانياً:** تعديل قرارات مجلس المنافسة.
- 304.....**ثالثاً:** تأييد قرار مجلس المنافسة.
- 305.....**رابعاً:** وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة.
- الفصل الثاني:** اختصاص الهيئات القضائية بالنظر في الإخلال بقواعد المنافسة في الصفقات العمومية.
- 308.....
- المبحث الأول:** دور القضاء الإداري في التصدي لإخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة.
- 309.....
- المطلب الأول:**الدور التنازعي للقاضي الإداري في التصدي لإخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة.
- 310.....
- الفرع الأول:**إشكالية الاختصاص في النظر في إخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة...
- 311.....**أولاً:** توزيع الاختصاص بين مجلس المنافسة والقضاء الإداري.
- 315.....**ثانياً:** اختصاص القاضي الإداري في الإخلال بقواعد المنافسة في إبرام الصفقة العمومية.
- 319.....**الفرع الثاني:**سلطات القاضي الإداري في حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية.
- 320.....**أولاً:** إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة المخلة بالمنافسة في الصفقة العمومية.
- 328.....**ثانياً:** التعويض عن الأضرار المخلة بالمنافسة.
- 329.....**ثالثاً:**التوفيق بين مقتضيات حرية المنافسة والمصلحة العامة.
- المطلب الثاني:**الدور الوقائي للقضاء الإداري الإستعجالي في إخلال المصلحة لمتعاقدة بقواعد المنافسة.
- 332.....
- الفرع الأول:** الضوابط القانونية لاختصاص للقاضي الإداري الاستعجالي.
- 334.....**أولاً:** مجال اختصاص القاضي الإستعجالي في الصفقات العمومية.

- 341.....ثانيا: اختصاص القاضي الإستعجالي بتطبيق قواعد قانون المنافسة.
- الفرع الثاني: دور القاضي الإداري الاستعجالي في التصدي لإخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد
343.....المنافسة.
- 344.....أولا: سلطات القاضي الإستعجالي .
- 348.....ثانيا: تقييم دور القاضي الإستعجالي.
- المبحث الثاني: دور القضاء العادي في التصدي للإخلال المتعاملين الاقتصاديين بقواعد
355.....المنافسة.
- 355.....المطلب الأول: دور القاضي العادي في التصدي للإخلال بقواعد المنافسة .
- 356.....الفرع الأول: سلطات القاضي المدني .
- 357.....أولا: إبطال العقد المتعلق بالممارسات المنافية للمنافسة.
- 363.....ثانيا: التعويض عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بقواعد المنافسة.
- 371.....الفرع الثاني: الدور التكاملي للقضاء العادي ومجلس المنافسة في حماية المنافسة.
- 372.....أولا: الدور التكميلي للقاضي العادي في حماية المنافسة .
- 378.....ثانيا: استشارة القاضي العادي لمجلس المنافسة.
- المطلب الثاني: دور القضاء الجزائي في التصدي للممارسات المخلة بالمنافسة في الصفقات
384العمومية.
- 385.....الفرع الأول: مدى اختصاص القاضي الجزائي بالنظر في الممارسات المخلة بالمنافسة.....
- 385.....أولا: استبعاد اختصاص القضاء الجزائي وفق قانون المنافسة.
- 388.....ثانيا: اختصاص القاضي الجزائي وفق القوانين الخاصة.
- 393.....الفرع الثاني: دور القاضي الجزائي في التصدي للممارسات المخلة بالمنافسة.
- 395.....أولا: تجريم الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية.
- 404.....ثانيا: سلطات القاضي الجزائي في ردع الممارسات المخلة بالمنافسة .
- 413.....خاتمة.
- 424.....قائمة المراجع.
- 491.....فهرس.

ملخص:

يعتبر خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، من بين أهم المواضيع المطروحة في الساحة القانونية، باعتباره أهم مظاهر تجسيد اقتصاد السوق، وتتنوع مظاهر هذا الخضوع بين المرونة والتقييد، وتظهر مرونة تطبيق قانون المنافسة على المتعامل الاقتصادي في شقه الموضوعي والإجرائي، أما خضوع المصلحة المتعاقدة لقانون المنافسة، فيواجه قيود، باعتبارها شخص عام تقوم بأداء مهام المرفق العام، وامتيازات السلطة العامة.

تلتزم أطراف الصفقة بعدم القيام بممارسات منافية للمنافسة، وفق ما هو منصوص عليه في قانون المنافسة، ويترتب عن إخلالهم بالالتزامات القانونية، تدخل جهات خاصة ممثلة في مجلس المنافسة باعتباره الجهة المختصة بحماية قواعد المنافسة في السوق، كما تتدخل الجهات القضائية بطريقة غير مباشرة في حدود اختصاصها.

Résumé

La soumission des transactions publiques au droit de la concurrence est l'une des questions les plus importantes dans le domaine du droit, car c'est la manifestation la plus importante de l'économie de marché, des services et des manifestations privilégiées de la puissance publique.

Les parties à l'accord sont tenues de ne pas se livrer à un comportement anticoncurrentiel conformément aux dispositions du droit de la concurrence, et en raison de violations des obligations légales, des parties privées représentées par le Conseil de la concurrence en tant qu'autorité compétente pour les règles de protection interviennent ingérence indirecte dans la concurrence sur le marché relevant de la compétence du pouvoir judiciaire.

الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية، قانون المنافسة، الممارسات المنافية للمنافسة، مجلس المنافسة، القضاء الإداري.