

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية



مدى خضوع الصّفات العمومية لأحكام قانون المنافسة

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص.

تحت إشراف:

إعداد الطالب:

د. بن مرزوق عبد القادر

* ديب محمد

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. غلاي محمد
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر أ	د. بن مرزوق عبد القادر
مناقشا	جامعة وهران 2	أستاذ التعليم العالي	أ.د. زناكي دليلة
مناقشا	المركز الجامعي مغنية	أستاذ التعليم العالي	أ.د. هاملي محمد
مناقشا	المركز الجامعي مغنية	أستاذ محاضر أ	د. جازول صالح

نوقشت بتاريخ: 2021/02/18

السنة الجامعية: 1441-1442هـ/2020-2021م

شكر و عرفان

الحمد لله الذي هيا لنا الأسباب وجعل حاجة بعضنا في بعض

وما كان لنا الفضل أن كان لأهله، وأهله من آل إليه عملي فدققه ومحّصه فوزنه بما علّمه
ربي

أستاذي عبد القادر بن مرزوق، أحسن الله إليكم بما علمتم فعلمتم وشددتم أزرى رغم طول
السنون

السادة أعضاء لجنة المناقشة كلا باسمه، عسى أن يرزقكم الله جميل الصبر على ما خطت
يدي. وأن يعوضكم خيرا على الوقت الذي تقضونه في مدارس هذه الأطروحة

شكرا للجميع من ذكرت ومن لم أذكر، من علمت ومن علمه عند ربي، جازاكم الله عني خير
الجزاء.

إهداء

إلى والدي حفظهما ربي، إلى إخوتي وبنيتهم رعاهم الله، إلى الأحبة أكرمهم الله

...

إلى كل من منحني الأمل... أو أفقدني إياه... إلى نفسي.

إليك أيها القارئ العزيز.

قائمة أهم المختصرات

1- قائمة المختصرات باللغة العربية :

القانون المدني	ق.م
قانون الإجراءات المدنية	ق.إ.م.إ. والإدارية
قانون الإجراءات المدنية	ق.إ.م. (الملغى)
جزء	ج
قانون	ق
جريدة رسمية	ج.ر

صفحة	ص
من الصفحة إلى	ص.ص الصفحة
طبعة	ط
المادة	م
فقرة	ف
دون	د.ن ناشر
دون سنة	د.س. ن النشر

2- قائمة المختصرات باللغة الفرنسية :

Art (s)	Article(s)
C.A.F	cours d'appel française
Ch	chambre
Chron, chr	chronique
D	Recueil Dalloz
Déc	Décision
Doc	Doctrine
Dr	Droit
D.S	Recueil Dalloz Sirey
Ed	édition
Encyc.D	Encyclopédie Dalloz
G.P	Gazette de palais
Ibid Iden	(Ibiden)
J.C.P	Juris-Classeur
J.C.P.éd.E	juris-classeur périodique édition
J.P	Jurisprudence
L	loi
L.G.P.J	Librairie Générale de droit et de jurisprudence
Litec	Librairie Technique
Mél	Mélange
N (s)	Numéro (s)
Op.Cit	Option Citée
P	Page
Préc	Précité
Rec	Recueil
P.U.A.M	Presses universitaires d'Aix Marseille
Sry	Sirey

S	suiwant
Obs.	Observation(e)
Spéc	spécialement
T	tome
V	voir
Vol	Volume.
A.J.D.A	l'Actualité juridique : Droit administratif
B.O.C.C.R.	Bulletin de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
C.C.C	Contrats Concurrence Consommation (Lexis Nexis)
L.P.A	Les Petites Affiches (Lextenso)
C.J.E.G	Chiers juridiques de l'électricité du gaz
C.C.F / Cons. Conc. F	Conseil de la concurrence Française
R.F.D.A Revue	Française de droit administratif (Dalloz)
O.E.C.D	Organisation de Corruption et de Développement Economique

مقدمة

مقدمة:

في الوقت الذي تنشأ فيه القاعدة القانونية محرّكة للوقائع المادية، وبشكل آخر مُنشأة لمسار مُحدّد ضمن مجالات انطباقها، أو حتى ضمن بُعد استباقي وقائي يتأسس بالفهم الضابط للخصائص الاجتماعية والقيم الرئيسية المشكلة لكيان الدولة. فإنّه يمكن وبسهولة وتبعاً لاستدلال منطقي فهم النص القانوني، والتّوافق مع أحكامه. هو ذات الوقت أيضاً الذي يَسمح بتفكيحه، وتوجيه نقد يتجاوز مُحاولة فهم النص إلى نقد يَستصوبُ الأمثل في بناء هيكل قانوني يقياس الواقع، أو يَستنبهه على نحو يحقق علمية النص القانوني.

في المقابل، عندما يكون القانون مجالاً للدراسات النظرية أو التّطبيقية التي لا تتأسس وفق أيّ معايير علمية. فإنّ تفريخ وتدجين القانون، سيؤدي إلى وجود كم هائل من النصوص التي لا تعكس ما تعالجه من قضايا لعدم توافقيتها مع محيطها، لنشوتها على عجل في محاولة للالتفاف على واقع لم يتغير رغم تغيّر النصوص القانونية، هذا إن لم نشهد بإمكان وجود نصوص قانونية يفني بعضها بعضاً، فيكون تطبيق القانون رهين العلم به.

الدولة الجزائرية المستقلة، وإلى مشارف التسعينيات من القرن المنصرم، بما لا يبعد عن حاضرنا بأقلّ من ثلاثين سنة، كانت تسير وفق المبادئ الإشتراكية. دون التعريض بالأسس السياسية للنظام الإشتراكي وإن كانت إمتداد طبيعي للأسس الإقتصادية، وضمن إطار وحدة المفاهيم الإشتراكية فإنّ النهج الإقتصادي للدولة كان ذا ارتباط بمعتقدات فكرية تضمّنت عجز ومحدودية القطاع الخاص في النهوض بالتنمية سواء من حيث القدرة المالية أو الكفاءة، إضافة إلى التجربة الإستعمارية التي أدت إلى التّخوف من التّدخلات الأجنبية حال تبني نظام إقتصاد السوق.

إنّ ما يقرب من ثلاثين سنة من التّسيير الإشتراكي للدولة، لا يمكن أن يتغير فيما يقابلها من الزّمن أو بالأحرى ضمن عقد منه، حيث شهدت الفترة الممتدة من سنة 1989 إلى سنة 2000، صدور العديد من القوانين التي تمّ إقحامها دون إرساء تدريجي لسوق وآليات تستجيب لتطبيق تلك النصوص، ودونما مراعاة لقدرات السوق أو كفاءة الأشخاص أو حتى كفاءة الإقتصاد الوطني في التّأقلم مع النمط المفاجئ للتّسيير الجديد.

فمن سياسة التّأميم، التّسيير الذاتي، الثّورة الزراعية وملكية الدولة لوسائل الإنتاج الصّناعي، واعتماد أسلوب التّخطيط المركزي. إلى إعادة النّظر في دور الدولة من مُنتج إلى مُنظّم ومُوجه للإقتصاد عبر دعم مبادرات القطاع الخاص، الإنفتاح على السوق العالمية، تشجيع الإستثمار الأجنبي، و تحرير التّجارة الخارجية.

إنّ هذا الإطار سمح بوجود هذه الدّراسة، فإذا كان وجود قانون الصّفقات العمومية يمتدّ إلى الحقبة الإستعمارية، ويتشكّل ضمن ما وُرث عنها تبعاً لأحكام القانون رقم 62-

157،¹ إلى غاية صدور الأمر 67-90 المتضمن قانون الصّفقات العمومية،² وحيث أنّ هذا الأخير ضمن محيط إشتراكي يُعدّ فريدا في دعم وتبني معيار المنافسة لتحقيق الحاجات العمومية، وإن كان تأطير المنافسة يستجيب للقدر الأدنى من شروطها بما يتوافق وتحقيق المصالح الإشتراكية (المنفعة العامّة)، وبما يضمن مكانة وحق الدولة في تلبية إحتياجاتها.

على وجه المقابّة بالمعايير التي تضبط المنافسة في السوق وتبثّ في تنافسية المؤسسات من وجه التّنصيب القانوني، فإنّه يتعارض المسار الإشتراكي للدولة مع سن هكذا قوانين، إلّا ضمن حدود ضيقة وبما يتوافق ودور الدولة كمتدخل في العملية الإقتصادية، عبر المؤسسات العمومية وإنشاء الدواوين المهيمنة على الإنتاج الوطني لتلبية حاجيات السوق المحلية.

إنّ الأمر رقم 74-37،³ المتعلّق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصّة بتنظيمها، يُعتبر نموذج يُبرز تدخلات الدولة في ممارسة وتسيير النّشاط الإقتصادي، حيث لا يعرضُ هذا الأمر إلى أدنى ما يتعلّق بالمنافسة الحرّة، بل حتى لا يعرض لضمان المبادئ الطّبيعية الأساسية المحدّدة لحرية الأسعار، إذ يُلزم المتعاملين الإقتصاديين باتّباع الجدول الإداري المحدد للأسعار، على إعتبار أنّ الدولة هي الممول والدّاعم الوحيد للسوق.

نقلًا إلى سنة 1988، حيث شهدت صدور القانون 88-01،⁴ المتضمن القانون التّوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، الذي غيّر من شكل ومضمون هذه المؤسسات بما يتوافق وخضوعها لقواعد التّجارة والأحكام التّجارية، بعد سنّة من العام المشار إليه صدر دستور 1989⁵ الذي ارتسمت به آخر فصول طلاق الدولة للنّظام الإشتراكي، بإقرار حق الملكية الفردية دون ذكر ما يتعلّق بالجوانب السياسية عقبة، وفي نفس السنّة صدر قانون الأسعار رقم 89-12،⁶ الذي رتّب لتنظيم اقتصادي للأسعار يسمّح بضبط ومعاينة السوق في

¹ صدر الأمر 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 الذي ينصّ على مواصلة العمل بالقوانين الفرنسية السائدة باستثناء ما يتعارض مع السيادة الوطنية أو يشمل قواعد التمييز العنصري، حيث بناء عليه تمّ استمرار العمل بالمرسوم الفرنسي الصادر في 31 ديسمبر 1958، صدر بالجريدة الرسمية رقم 2 ص 18 باللغة الفرنسية 1963 وألغي هذا القانون بواسطة الأمر 29/73 المؤرخ في 1973/07/05 ج.ر رقم 62.

² أمر رقم 67-90، مؤرّخ في 1967/06/17، يتضمّن قانون الصّفقات العمومية، ج.ر رقم 52، الصّادرة بتاريخ 1967/06/27 (ملغى).

³ الأمر 74-34، المؤرّخ في 19/04/29، المتعلّق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصّة بالأسعار، ج.ر رقم 38، الصّادرة بتاريخ 1975/05/13 (ملغى).

⁴ القانون رقم 88-01، المؤرّخ في 1988/01/12، المتعلّق بالقانون التّوجيهي الخاص بالمؤسسات العمومية الإقتصادية، ج.ر رقم 2، الصّادرة بتاريخ 1988/01/13.

⁵ دستور 1989 المؤرخ في 23 فبراير سنة 1989، صدر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18، المؤرخ في 1989/02/28، يتعلّق بنشر نص تعديل الدّستور الموافق عليه في استفتاء 1989/02/23، في الجريدة الرّسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر رقم 9، الصّادرة بتاريخ 1989/03/01، ص.234، (ملغى).

⁶ قانون رقم 89-12، المؤرّخ في 1989/06/05، متعلّق بالأسعار، ج.ر رقم 29، الصّادرة بتاريخ 1989/07/19، ص.757.

أن عبر اعتماد إزدواجية في تحديد الأسعار بين تقنينها والتّصريح بها، مع تعيين الجهات المختصة بالتدخل في تحديد ومراقبة الأسعار.

بصدور الأمر 06-95 المتعلّق بالمنافسة،¹ وضمن ما تشير إليه المادة الأولى منه دون بحث نصوصه الموضوعية، فإنّ النّظام الإقتصادي للدّولة وضمن فترة لا تتجاوز ست سنوات من تاريخ صدور قانون الأسعار، وكذا دستور 1989، يكون قد عرض إلى حرّية المنافسة في شكلها الجاهز الذي لا يتلاءم وبُنية وخصائص السوق الوطنيّة، فرغم إيجابية صدور هذا النّص كقيمة مبدئية لإقرار حرّية المنافسة وتفعيل آلية لترقيتها وحمايتها، إلا أنّ حجم ما جاء به لم يُجاوز حدود النّص الذي لا يُوافق واقع السوق، حيث عبّرت النّصوص القانونية عن القطيعة الشرسة مع الإشتراكية بشكل يُناقض تماماً أسس الانتقال السلس الذي يكون فيه القانون معبراً عن الواقع لا فرضاً له.

إنّ تحرير النّشاط الاقتصادي "حرية التّجارة والإستثمار والمقاولة مضمونة، وتُمارس في إطار القانون." نصّ المادة 61 من دستور 1996،² يعكس السعي للتوافق و النّظام المالي الدولي الجديد المحدّد للهيكل الاقتصادي للمجموعة الدوليّة ضمن مساقات العولمة والشمولية، التي تَسحبُ الأنظمة إليها بصفة تلقائية في إطار الإستجابة للمتطلبات الإقتصادية المتنامية، من ثمّ فإنّ الدّولة وعلى خلفية انخفاض مؤشر سعر المحروقات، والإقتراض الخارجي وتنامي المديونية المحلية والدولية، وسياسات إعادة الهيكلة التي فرضها صندوق النّقد الدولي، عوامل كلّها دفعت بقوة لرفع يد الدّولة عن الإقتصاد، بالحدّ من هيمنتها واحتكارها للأنشطة الاقتصادية، والكفّ عن تدخلاتها في إدارة السوق بالمفهوم التقليدي للإدارة الذي يشمل فرض سياسات معينة. ويُمكن أن يُختزل تحوّل النّظام الإقتصادي للدّولة بمصطلحين مترادفين شكلاً إستجابة طبيعية للمنحى الليبرالي للدّولة هما: القطاع الخاص وخصخصة المؤسسات العمومية.

فتحوّل دور الدّولة من دركية إلى متدخلة تواصل إلى ما يُعرف بالدّولة النّازمة (الضابطة) بمعنى، أن يقتصّر دورها على تأطير القطاعات الاقتصادية من خلال احترام التّوازن بين المصالح المعبر عنها من قبل المشرّع، وهو ما يعني أنّ الأمر لا يتعلّق بالانسحاب الكلي للدّولة من النّشاط الاقتصادي أو بتبعية هذا الأخير لمنطق السوق، بل يعني

1 الأمر رقم 06-95، المؤرخ في 25/01/1995، يتعلّق بالمنافسة، ج.ر رقم 9، الصّادرة بتاريخ 22/02/1995، ص.13.

2 الجريدة الرّسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، معدّل بـ:—

القانون رقم 03-02 المؤرخ في 10/04/2002 الجريدة الرّسمية رقم 25 المؤرخة في 14/04/2002،

القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15/11/2008 الجريدة الرّسمية رقم 63 المؤرخة في 16/11/2008،

القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06/03/2016 الجريدة الرّسمية رقم 14 المؤرخة في 07/03/2016،

مرسوم رئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30/12/2020 الجريدة الرّسمية رقم 82 المؤرخة في 30/12/2020.

حضور جديد لدور الدولة يتمثل في الضبط وتأطير القطاعات الاقتصادية والتزامها بالمقتضيات القانونية المنظمة لتدخلاتها في الاقتصاد.¹

تبعاً لذلك فإن تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي يخضع للقواعد المنصوص عليها في قانون المنافسة (الأمر 03-03)² مثلها في ذلك مثل الفاعلين الخواص، بموجب نص المادة 2 من الأمر المشار إليه.

فمن حيث النشاط فإنه يشمل مجالات الإنتاج والتوزيع والخدمات، أما من حيث الأشخاص فعلاوة على أشخاص القانون الخاص، فإنه ينطبق على الأشخاص العموميين حال ممارستهم للأنشطة المذكورة، على ألا تتعلق بممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام.

لحد الآن فإن هذه المادة لا تتضمن أيّ تعقيد يستوجب البحث، إلا ما تعلق ببيان متى نكون بصدد ممارسة صلاحيات السلطة العامة، أو أداء مهام المرفق العام على الوجه الضابط والمستقر للمعنيين. من تم فلا وَجْهَ لهذه الدراسة، على أنه وبموجب التعديلات المتلاحقين للأمر 03-03 سيما بالقانون 08-12 والذي بموجب نص المادة 2 منه عدلت وتُمت أحكام المادة 2 من الأمر 03-03 على نحو لم يمس بالشكل العام لمضمون المادة، إلا ما تعلق بجديد تطبيق أحكام الأمر 03-03 على الصفقات العمومية، حيث حافظ التعديل الأخير لقانون المنافسة على ذات المضمون مع تفصيل في بيان الأنشطة الخاضعة لأحكام الأمر 03-03.

إن إدخال الصفقات العمومية ضمن مجال تطبيق قانون المنافسة هو المجال الذي أظهر هذه الدراسة، فرغم أنّ الفقرة الأخيرة من نص المادة 2 من الأمر 03-03، رتبت تطبيق هذا الأخير على الصفقات العمومية بشرط عدم إعاقة تطبيق أحكامه أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية.

فإنّ هذا الاستثناء بصيغة الشرط لا يتضمّن حكماً تقريرياً يُرتّب تخلف تطبيق قانون المنافسة على الشخص العمومي، أو الصفقات العمومية بمجرد تلبّس نشاطهم بتسيير مرفق عام، أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية، إنّما يجب أن يترتب عن تطبيق قانون المنافسة إعاقة أداء مهام الشخص العمومي.

¹ أحمد مجيب، تحرير مرفق اتصالات المغرب- دراسة في إشكالية إعادة تحديد دور الدولة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، المغرب، 2004-2005، ص.08.

² الأمر 03/03 المؤرخ في 19/07/2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر. رقم 43 الصادرة بتاريخ 20/07/2003، معدّل ومتمّم بموجب القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25/06/2008، ج.ر. رقم 36 الصادرة بتاريخ 02/07/2008، وكذا بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في 15/08/2010، ج.ر. رقم 46 الصادرة بتاريخ 18/08/2010.

إذاً السؤال الذي يجب أن يُطرح ما نوع التقييد أو الإعاقة الذي يمكن أن يُرتبه تطبيق قانون المنافسة على أداء الشخص العمومي؟

لقد تضمن قانون المنافسة نُصوصاً تتعلق بحظر الممارسات المقيدة للمنافسة، التي يمكن أن تصدر عن الشخص الخاص كما يمكن أن تصدر عن الشخص العام، على أنه في ظل اقتصاد السوق الحر الذي نزع عن سياسة الاقتصاد الموجه فإن تدخل الدولة في السوق بصفتها ممارس، تقلص بالحجم الذي تقلصت فيه المجالات المعتبرة إستراتيجية، وكانت تُشكل الإحتكار المقنن للدولة بشأنها.

من تمّ فإن أغلب الممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن الشخص العمومي، وفيما لا يخص نشاط المؤسسات العمومية الاقتصادية كمبدأ، باعتبارها مؤسسات تخضع لأحكام قانون المنافسة. لا يمكن أن تظهر إلا من خلال ممارسة صلاحيات السلطة العمومية من ذلك القرارات الإدارية المتخذة بمناسبة تسيير مرفق عام.

حيث أن نفقات المرافق العمومية تخضع لنظام الصفقات العمومية، وفق ما هو مُسطر بموجب المرسوم الرئاسي 15-247،¹ وتبعاً لنص المادة 6 منه وحيث أن الصفقات العمومية بمفهوم المادة الثانية من المرسوم الرئاسي المشار إليه عقود مكتوبة تبرم بمقابل مع متعاملين إقتصاديين، تهدف لتلبية حاجيات المصالح المتعاقدة في مجالات إقتصادية تُمثل مجالات الدورة الإقتصادية التامة، بما لا يمكن إلا أن يدخل في النشاطات المحددة لمجال تطبيق قانون المنافسة.

بهذا فإن المرفق العام أو المصالح المتعاقدة بحد وصف المرسوم الرئاسي 15-247 التي تخضع نفقاتها لأحكام الصفقات العمومية، تكون مُلزّمة على وجه المقابلة بنص المادة 2 من قانون المنافسة بعدم تقييد المنافسة.

إن تحقيق الغاية من إقرار نظام الصفقات العمومية، لا يمكن بحال أن يكون رهين التطبيق السليم لنصوص وإجراءات قانون الصفقات العمومية وحده، إذ أن عدم توافر السوق الملائمة التي تسمح بنشاط المؤسسات بمنأى عن ضغوط المؤسسات الكبرى، وهيمنتها على منافذ السوق، وانفرادها بتطبيق سياسات تضمن الحفاظ على تفوقها الإقتصادي، كلّها عوامل تؤدي لإنخفاض القيمة الحقيقية للغرض من إبرام الصفقات العمومية، بحيث تُصبح هذه الأخيرة مُمول لهيمنة المؤسسات على السوق.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر. رقم 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

بهذا الشكل يُمكن فهم التّقاطع بين قانون المنافسة، وقانون الصّفات العمومية ضمن منظومة قانونية واحدة تُشكّل تراتبية في تحقيق المصالح العامّة، وفق التّقاطعات الحاصلة بين الضوابط النّاطمة للسوق وتلك المقيّدة للصّفات العمومية.

من تمّ فإنّ قانون المنافسة كداعم وشريك لقانون الصّفات العمومية في حماية المشتريات العمومية من كلّ ممارسة مقيّدة للمنافسة من شأنها التّأثير على حجم وجودة الطلب العمومي، يحيل إلى بحث قانون المنافسة باعتباره مُعزز لحرية المنافسة في مجال الصّفات العمومية، هذه الأخيرة التي يتجسّد ضمنها هذا المبدأ في شكل حرية الوّصول إلى الطلب العمومي وإقرار المساواة بين المترشّحين وكذا تحقيق شفافية الطلب العمومي عبر الإجراءات التي يفرضها نظام الصّفات العمومية.

لكنّ ضمان خلو السوق من الممارسات المقيّدة للمنافسة، لا يتحقق إلّا بالقدر التي تتكفّل به الأجهزة المكلفة بضبط السوق وترقية المنافسة بمباشرة صلاحياتها. تبعا لكفاءتها وقدرتها واختصاصها، هذا الإختصاص الذي يُثير إشكالا بنظر طبيعة عقد الصّفة العمومية، علاوة على ما هو قائم فعلاً حال أنّ الممارسة المقيّدة للمنافسة الممارسة من قبل مُتعامل إقتصادي ناتجة عن تطّيق قرار إداري.

إنّ مجلس المنافسة، كسلطة إدارية مستقلة ينظر في القضايا التي تدخل ضمن مجال تطبيق المواد 6، 7، 10، 11، 12، أو تستند على نص المادة 9 من الأمر 03-03، وضمن أبعاد مجال تطبيق هذا الأمر الذي من ضمنها الصّفات العمومية بموجب نص المادة الثانية منه، وكذا المادة السادسة من ذات الأمر بموجب الفقرة الأخيرة التي حظرت السّماح بمنح صفة عمومية لأصحاب ممارسات مقيّدة للمنافسة، ما يُفهم منه أنّ الممارسات المقيّدة للمنافسة والمسجلة في الصّفات العمومية، تقع محل رقابة واختصاص مجلس المنافسة، على أنّ تحديد القائم بهذه الممارسة يُنصرف بوجه أعمّ إلى كلّ من صدرت عنه هذه الممارسة المقيّدة للمنافسة سواء كان القائم بها من أشخاص القانون الخاص، أو من أشخاص القانون العام، على قرينة أنّ إجراء المنح يتعلّق بقرار إداري.

وفق هذه الأسس تتحدّد مبررات الدّراسة، بالشكل الذي عبّر عن خلاله " أنطونيو غرامشي"¹ عن دور القانون في التّأثير على الواقع، بقوله: "ما مدى إمكانية تغيير المجتمع

¹ فيلسوف ومناضل ماركسي إيطالي، ولد في بلدة آليس بجزيرة ساردينيا الإيطالية عام 1891، وفي عام 1921 أسس مع مجموعة أخرى الحزب الشيوعي الإيطالي وانتخب نائبا عام 1924 وترأس اللجنة التنفيذية للحزب. وفي الثامن من نوفمبر أودع السجن بناء على أمر من موسوليني حيث أمضى العشر سنوات الأخيرة من عمره قبل أن يموت تحت التعذيب في 26 أبريل 1937 ومن السجن يعلن قطبعته مع ستالين، وفيه يكتب " دفاتر السجن"، يعتبر غرامشي صاحب فكر سياسي مبدع داخل الحركة الماركسية ويطلق على فكره اسم الغرامشية التي هي فلسفة البراكسيس (النشاط العملي والنقدي _ الممارسة الإنسانية والمحسوسة)، الموسوعة الإلكترونية ويكيبيديا عبر <https://ar.wikipedia.org/wiki>، نظر بتاريخ 2016/11/08.

بمرسوم"، فالقانون ككائن حي يتفاعل بالموثرات التي تصوغ وجوده، كما يؤثر فيها من مُنطلق العلاقات الشرطية هو الباعث لوجود هذه الدراسة.

فرغم أنّ المادة 36 من الأمر 03-03، تُشير إلى وجوب إستشارة مجلس المنافسة في كلّ نص تنظيمي له صلة بالمنافسة أو يُدرج تدابير من شأنها المساس بها، فإنّ القوانين المتعلقة بالمالية والإستثمار والصّفقات العمومية كعينة لم يسبق وأنّ أُسْتَشَارَ بشأنها المجلس، رغم أنّ بعض نُصوصها يمسّ بالمنافسة في السوق الوطنية.

ففي مجال الصّفقات العمومية، لم يتضمّن المرسوم الرئاسي 15-247 الآليات الكفيلة التي تضمن التّضييق على الإتفاقات الهادفة لتقاسم المشاريع العمومية، في المقابل رغم أنّ تطبيق قانون المنافسة على الصّفقات العمومية تحقق عبر تعديلين للأمر 03-03 المتعلّق بالمنافسة إلّا أنّ مجلس المنافسة لم يُبلّغ بأيّ ممارسات تتعلّق بحالات تقييد المنافسة، ويقضي بعدم اختصاصه في القضايا المرفوعة إليه بشأن الصّفقات العمومية لارتباطها بتطبيق المرسوم الرئاسي 15-247.¹

وإنّ كان هذا النمط من الإستقراء لا يتعارض مع الدور الذي يلعبه مجلس المنافسة في ضبط السوق وترقية المنافسة، على اعتبار أنّه سلطة إدارية مستقلة متخصصة، بما يُتيح له التّعامل مع القرارات الإدارية للأشخاص العامّة، على أنّ الحال يمكن أن يكون كذلك دونما أنّ يكون الطّعن في قرارات مجلس المنافسة مباشرة على مستوى الغرفة التّجارية بمجلس قضاء الجزائر، من تمّ فإنّ الطّعن في قرار السّلطة الإدارية بشأن صفقة عمومية التي هي عقد إداري والذي قد يُباشره الشّخص العام يقع في هيكل القضاء العادي، وهذا مُخالف تماماً لقواعد الإختصاص القضائي.

على ضوء عدد من التّساؤلات التي صاحبت عرض الموضوع، والتي تجدّ أسانيداً عبر نصوص القانون المحدّدة لهذه الدراسة، فإنّه يُمكن أن تبرز إشكالية محدّدة للموضوع عبر تساؤلات ذات وحدة موضوعية في بعد تقديري مجزّء عبر:

هل يُمكن أن تُباشر سلطة إدارية اختصاص الفصل في منازعات الصّفقات العمومية المرتبطة بحالات لتقييد المنافسة، بناءً على نص المادة 2، والفقرة الأخيرة من المادة 6 من الأمر 03-03 المتعلّق بالمنافسة، وعلى هذا الوجه هل يكون لهذه السّلطة اختصاص وقف صفقة عمومية لصالح وجود تقييد للمنافسة؟

¹ مداخلة رئيس مجلس المنافسة " عمارة زيتوني"، في اليوم الدراسي الذي نظّمه المجلس بعنوان " مؤشرات التواطؤ في الصّفقات العمومية"، بتاريخ 2016/07/25، نقلاً عن مجلة " إيكو ألجيريا"، عبر الموقع الإلكتروني للمجلة، www.eco-Algeria.com، نظر بتاريخ 2016/11/12.

ما هو دور القضاء الإداري في تطبيق قانون المنافسة، وحماية الصّفات العمومية من الوجه الذي يُفيد به قانون الصّفات العمومية، وبالكيفية التي لا تُعطل تطبيق قانون المنافسة؟ تنتهي هذ التساؤلات في مُجملها ضمن قالب موضوعي في محيط دراسة "مدى خضوع الصّفات العمومية لأحكام قانون المنافسة".

على أنّ أهمية موضوع الدراسة، بحسبنا أنّه بحث علمي يتأسس وفق قواعد علمية دقيقة، يتحرى انطباقه والواقع العملي لموضوع البحث الذي يمكن أن نكلّ أهميته بزوايتين:

- الجانب العملي: حيث أنّ موضوع الدراسة يستجلب ضرورة الانتظام على الآليات الكفيلة بضبط السوق عامّة، والسوق المرجعية للدراسة "الصّفات العمومية" بالأخص بالشكل الذي يُساعد على الحدّ من الممارسات التي يمكن لها التأثير على نجاعة الطلب العمومي، ومن تمّ فعبر إبراز الأوجه التي تُعيق تحقيق كفاءة الطلب العمومي يُمكن تبني سياسات تقويمية تستهدف الحدّ من الممارسات التي من شأنها المساس بآليات عمل السوق، كما أنّ هذه الدراسة بعثت للحس التوعوي الثقافي لدى الأفراد والمؤسسات بضرورة التكاليف للوقاية من التجاوزات التي تُهدد نمو الإقتصاد الوطني.

- الجانب العلمي: إنّ البحث القانوني كمُشخّص لتطبيق القانون، يستهدف إستعراض النصوص والإجراءات القانونية التي غاية وجودها أن تحقق انطباقها والوقائع المادية المعالجة، وحيث أنّ الصّفات العمومية، كمجال للدراسة يقع بمحدد مجال آخر وهو قانون المنافسة، فإنّ الموازنة بين القانونين يستدعي التقريب بالوجه الذي يحقق وحدة موضوع الدراسة في إطار وحدة القانون، بما يضمن المعالجة السليمة للنصوص على الوجه الذي يكون الإطار التّطبيقي لهذه الدراسة هو المرسوم الرئاسي 15-247، في حين أنّ المؤثر المدخل هو الأمر 03-03. من تمّ فإنّ هذا النوع من المطابقة لم يشهد توافداً ضمن البحوث العلمية، بما يُرجى له أن يكون إضافة للمسعى العلمي.

ثمّ إنّ من أهداف هذه الدراسة، تسطير الحدود التي يُمكن عبرها بيان مجال تطبيق قانون المنافسة بالوجه التي يعرض تطبيق قواعده إلى مجال الصّفات العمومية، على أنّه بوجه آخر تُحدد الإشكالات القانونية التي يُمكن أن تحيط تطبيق القانون، وبوجه عام فإنّ الجرم بخضوع الصّفات العمومية لأحكام قانون المنافسة يظلّ غير قطعي الثبوت لا من حيث دلالة مؤشر الدراسة ولا من حيث الوجه الذي يُرفقُ به هذا التّطبيق مما يستدعي الإحالة إلى جزئيات تتضمّن:

- التّعريف بالمنافسة، وقانون المنافسة وتحديد مجال تطبيقه،

- إبراز الممارسات المقيّدة للمنافسة في مفهوم الأمر 03-03،
- التّعريف بالصفقات العمومية، ومكانتها ضمن العقود الإدارية،
- تحديد مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية،
- الإحالة إلى الارتباط بين مجال كلّ من الصفقات العمومية، ومجال تطبيق قانون المنافسة،
- حرّية المنافسة في الصفقات العمومية وتناسبها مع قواعد قانون المنافسة،
- الإختصاص في مجال الصفقات العمومية بقرينة الممارسات المقيّدة للمنافسة،
- دور القضاء الإداري ومجلس المنافسة في حماية حرّية المنافسة في الصفقات العمومية...

إنّ طرق هذه الموضوعات يستدعي **منهج للدراسة**، يستجلب تحقيق المعرفة العلمية الدّقيقة التي تضمن حياد المسعى العلمي، وتحقّق الوّحدة الموضوعية في أجزاء البحث، وحيث أنّ البحث يحمل طابع تقديري ليس ذا دلالة وجودية ثابتة، فإنّ بحثه يستدعي الالتجاء إلى المزاوجة بين المنهج التّأصيلي (الإستقرائي) والمنهج الإستنباطي (الإستدلالي) بوجه خاص هذا على قيام هذه الدّراسة على جانب من المنهج الوصفي، الذي يمتدّ في حالات إلى الإستعانة بالمنهج المقارن.

ونظرا كون السبب في وجود هذه الدراسة نصوص قانونية، مما يستدعي بالضرورة الإفادة منها بالشكل الذي يطابق مدلولها حال تفسيرها، ما يُفيد إعتقاد منهج الشرح على المتون عند تفسير النّصوص للبحث عن إرادة المشرع أو نيته التي أراد أن يُعبّر عنها، وذلك بالتزام النّص وإعمال الطرق الداخلية في تفسيرها قدر الإمكان.

أمّا بنظر صعوبات البحث، فإنّ ما من تقصير يعرّض في البحث مرجعهُ قلّة البحوث المتخصصة التي عرضت للموضوع ضمن ذات الأطر الفكرية دون وجه للتخصيص كما وأنّ الممارسة العملية لموضوع البحث تبقى قاصرة، لعدم توصل مجلس المنافسة بقضايا تتعلّق بالممارسات المقيّدة لمنافسة في الصفقات العمومية، حيث أنّ هذا الأخير لم يلقَ الحضور اللازم إمّا لضعف نشاطه وإمّا لعدم التّعريف بدوره وإمّا للجهل بوجوده. وعموما فإنّ أيّ باحث له من العلم ما يُمكن أن يكون من صعوبات في ولادة الفكرة وإخراج البحث.

بوجه عام فإنّ مجال هذه الدراسة يتعلّق بالجوانب المدنية والإدارية للمنافسة في الصفقات العمومية، دونما أن تعرض للحماية الجزائية، كما أنّ محدداتها تتشكّل بنصوص التّشريع الوطني المباشرة منها وذات الصّلة السارية المفعول إلى غاية تاريخ تسليم هذا البحث، نعني بذلك تحديدا المرسوم الرّئاسي 15-247، المؤرخ في 16/09/2015 المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والأمر 03-03 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلّق بالمنافسة، المعدّل والمتّم بموجب القانون 08-12 المؤرخ في 25/07/2008،

والقانون 05-10 المؤرّخ في 2010/08/15، دون إغفال التّصوص ذات الصّلة كلّما دُعي إلى ذلك دون أن ندعي الإلمام بها، بناءً على كلّ ما سبق تَقَعُ هذه الدراسة في بايين مُهد لها بمقدمة وانتهت بخاتمة .

➤ الباب الأوّل: المنافسة ضمن قانون المنافسة، وقانون الصّفقات العمومية.

نعرض من خلاله عبر فصلين،

➤ الفصل الأوّل: مجال تطبيق قانون المنافسة وأهدافه.

➤ الفصل الثاني: قانون الصّفقات العمومية، مجال التّطبيق والإجراءات المكرّسة لحرية المنافسة.

❖ الباب الثاني: مدى تطبيق قانون المنافسة على الصّفقات العمومية.

والذي عبر فصلين نستعرض أيضاً،

➤ الفصل الأوّل: تَعزِيز قواعد المنافسة الحرّة عبر قانوني المنافسة، والصّفقات العمومية.

➤ الفصل الثاني: الاختصاص بقضايا الممارسات المقيدة للمنافسة ضمن الصّفقات العمومية.

الباب الأول:

المنافسة ضمن قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية

الباب الأول: المنافسة ضمن قانون المنافسة، وقانون الصفقات العمومية

تشكّل المنافسة في العصر الحالي أحد المتطلبات التي تلتزم الدولة بتوفير مناخها والعمل على إيجاد كل السبل الممكنة لحمايتها سواء على مستوى النظم القانونية، وكذا الهيئات القضائية المتخصصة.¹

هذا ما يشير إليه الاهتمام المتزايد بإعمال قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية. ما يعني وجود إرادة سياسية تهدف إلى تفعيل آليات اقتصاد السوق، وإرساء الحرية الاقتصادية التي يلتزم بموجبها المتعامل العمومي باحترام مبدأ المنافسة الحرة، ومراعاتها أثناء وبعد إبرام الصفقة العمومية.²

إنّ ارتباط القانون بعضه ببعض أمر يصعب الوقوف عليه أحيانا. وإن كان ميزة القاعدة القانونية أنّها نتيجة ظرف أن أو مستمر، فهي بالضرورة تستجيب لمقتضيات تكامل التشريع. سيما ضمن الإطار الذي يكون فيه وجود قانون ما حتمية اقتصادية أو اجتماعية تفرّضها البيئة الداخلية والخيارات السياسية.

ويمكن اعتبار سنة 2008، الفيصل في تحديد وتقييم ارتباط قانونين بعضهما ببعض في إطار علاقة وحدوية النشاط الذي ينظمه كلا القانونين (قانون المنافسة، قانون الصفقات العمومية)، وذلك من خلال تزامن صدور نصّين قانونيين الأول: يتعلّق بالمنافسة، والثاني: يتعلّق بالصفقات العمومية.³

الأمر الذي يربّط ضرورة البحث، والتقصي عن جوانب التوافق و التباين بين القانونين، سيما ما يخصّ أوجه الارتباط والتناسب بين أهداف ومجال تطبيق كلا القانونين، بحيث أنّ كليهما يعبران عن مفهوم جديد للدولة في مجال السياسة الاقتصادية.

هذا ما نحاول إبرازه من خلال هذا الباب في إطار ربط الصلة بين المفهومين (المنافسة، والصفقة العمومية)، وتقصي العلاقة بينهما في جانبها الإيجابي.

عبر تحديد مجال تطبيق وأهداف كلا القانونين محاولة للوصول إلى عمق الارتباط بين القانونين وإمكانية التأثير المتبادل بينهما. كلّ هذا في سبيل فهم نشاط المنافسة (الظاهرة

¹ سهيلة بوخميس، مبدأ حرية المنافسة بين الشريعة والقانون، مداخلة في الملتقى الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، يومي 16 و17 مارس 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة، ص.01.

² المادة 2 من القانون رقم 08/12 المؤرخ في 25/06/2008، المعدّل والمتمّم للأمر 030/03 المتعلق بالمنافسة، والمادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المؤرخ في 16/09/2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

³ نُقصد بذلك القانون رقم 08/12 المعدّل والمتمّم للقانون المتعلق بالمنافسة، في مقابل المرسوم الرئاسي رقم 08/338 المؤرخ في 16-10-2008، المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي رقم 02/250، ج.ر رقم 52 الصادرة بتاريخ 09-11-2008، اللذان ألغيا بصدور المرسوم الرئاسي رقم 15/247.

التنافسية) ضمن سوق الطلب والشراء العام، ومدى ترسُّخ الحرّيات الاقتصادية، في إطار مبدأ حرّية التجارة والصناعة.

وعليه رتّبنا قراءة عامّة لقواعد قانون المنافسة في فصل أوّل تحت عنوان (مجال تطبيق قانون المنافسة وأهدافه).

وواصلنا على نفس المنهج بضبط مفهوم الصّفقة العمومية، وبيان مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية، والإجراءات المتعلّقة بالمنافسة ضمنه، في فصل ثان.

الفصل الأوّل: مجال تطبيق قانون المنافسة وأهدافه

يستند قانون المنافسة على فكرة الحرّية التّنافسية، التي يحاول المشرّع تطيرها قانوناً من خلال أحكام تُبعد النّشاط الاقتصادي عن التقييد.

غير أنّ تحرير النّشاط الاقتصادي بإلغاء القيود على ممارسة النّشاط التجاري والصنّاعي بما فيه من فائدة مرجّوة على الاقتصاد، قد يكون له نتائج عكسية تؤدي إلى اضطراب السوق ومحاصرة المنافسة.

الأمر الذي يوجب ضبط آليات تطبيق القانون وذلك بالفهم المحيط بمجال تطبيق قانون المنافسة والغايات التي وُجّه إليها. ما يسمح بإنفاذ القانون بالوجه المتوخى منه.

هذا ما نحاول إبرازه عبر بحث ماهية قانون المنافسة وبيان حدود تطبيق قواعده (مبحث أوّل) وكذا دراسة مضمون وغايات قانون المنافسة (مبحث ثان).

المبحث الأوّل: ماهية المنافسة ونطاق تطبيق قانون المنافسة

تعتبر المنافسة في الأصل أساس التجارة وعمادها وإن كان مسار قانون المنافسة في الجزائر حديثاً إلاّ أنّه ظلّ مثار تقلّب تشريعي مُنتظم ضمن فترات زمنية غير متباعدة نسبياً،¹ في محاولة لمسايرة الخيارات الإستراتيجية للدولة ومصاحبة التّشريعات المرافقة التي تعني بالسوق الوطنيّة، من ذلك قانون الاستثمار وقانون الصفقات العمومية.

هذا وإن كان ظهور قانون المنافسة يرجع إلى نهاية القرن التاسع عشر في الولايات المتّحدة الأمريكية، إلاّ أنّه ليس من السّهل ضبط مفهوم المنافسة ضمن سياق قانوني ثابت ومستقر، كما لا يمكن إسقاط التّأويل القانوني في شكل قانون المنافسة، وربطه بالتّطبيقات

¹ تظهر أوليات قانون المنافسة بهذا المعنى في الجزائر إلى القانون رقم 12/89 المؤرخ في 05/06/1989، المتعلّق بالأسعار الذي ألغي بموجب الأمر 06/95 المؤرخ في 25/01/1995، المتعلّق بالمنافسة، الذي ألغي هو الآخر بموجب الأمر 03/03 المؤرخ في 19/07/2003، يتعلّق بالمنافسة، تطبيقاً لنص المادة 73 من هذا الأمر على أن يبقى العمل جارياً بصفة انتقالية بأحكام الباب الرابع والخامس والسادس من الأمر 06/95 وكذا النّصوص المتّخذة تطبيقاً له باستثناء مرسومين تنفيذيين. وقد عدل وتمم الأمر 03/03 بموجب القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25/06/2008، وكذا بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في 15/08/2010.

العملية للمنافسة، هذا ما يفسر توسع مجال تطبيق قانون المنافسة في التشريع الوطني، والتشريعات المقارنة مع كل تعديل.

وعليه ارتأينا بحث مفهوم المنافسة وارتباطه بمبدأ حرية التجارة والصناعة في (مطلب أول)، ثم بحث خصائص قانون المنافسة ومجال تطبيقه في (مطلب ثان).

المطلب الأول: تعريف المنافسة، وعلاقتها بمبدأ حرية التجارة والصناعة

للمنافسة ارتباط وثيق بالتجارة والصناعة، كما تُعدّ حرية المنافسة من سمات النظام الليبرالي القائم على تدعيم الحريات الاقتصادية،¹ من ثم فإنّ المنافسة كظاهرة معبّرة عن وجود نشاط اقتصادي، تتشكّل في صورة طبيعية وتعمل داخل السوق وفق الأنماط التي يتوافق عليها المتعاملون، إلا في الحالة التي يتدخل فيها المشرّع بأسلوب التفتين.

على أنّ مبدأ حرية التجارة والصناعة يعتبر الأساس القانوني لحرية المنافسة.²

نتطرق لهذه الأفكار عبر ثلاث فروع، نناقش عبر (الفرع الأول) دلالات المنافسة، كما نشير إلى بدايات ظهور مبدأ حرية التجارة والصناعة (فرع ثان)، وكذا نعمل على ضبط علاقة مبدأ حرية التجارة والصناعة بالمنافسة (فرع ثالث).

الفرع الأول: تعريف المنافسة.

من المقتضيات الأساسية لتحرير السوق (الاقتصاد) أعمال قواعد منافسة مجدية، إذ لا يمكن أن تزدهر حرية المشروعات إلا في ظلّ منافسة حرّة تسودها الشفافية والمساواة.

لكن لا يمكن تصوّر فكرة التنظيم الطبيعي للسوق دون وجود سلطه ضابطة لأعراف المنافسة السائدة تقيما، حذفاً وتنمية، وإلا فإنّ السوق يمكن أن يهدم نفسه إذا لم تُقدّم له السلطة العامة النظام القانوني المناسب.³

عليه نتعرّض إلى تعريف المنافسة باستعراض دلالاتها المختلفة، كما نُحيط ببعض الجوانب المتعلقة بقانون المنافسة كما يلي:

✓ أولاً: تعريف المنافسة في الإصطلاح اللغوي والشّرعي

المنافسة لغةً من مصدر التنافس فيقال: نَافَسَ في كذا، بمعنى رَغَبَ على وجه المباراة في الكَرَمِ، وكذلك تَنَافَسْنَا ذلك الأمر بمعنى تحاسدنا وتسابقتنا، وفي التنزيل العزيز " فَلْيَتَنَافَسِ الْمُتَنَافِسُونَ"،⁴ أي فليتنافس المتنافسون.¹

¹ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرّة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص.02.

² المادة 61 من دستور 1996، (معدل).

³ H.G.Hubrecht, Droit public économique, Dalloz, 1997, n°316 et 326.

⁴ ﴿ خِتَامُهُ مِسْكٌ وَفِي ذَلِكَ فَلْيَتَنَافَسِ الْمُتَنَافِسُونَ ﴾ سورة المطففين، سورة رقم 83، مكية، عدد آياتها 36، الآية 26.

وفي الحديث الشريف: "أَخْشَى أَنْ تَبْسُطَ الدُّنْيَا عَلَيْكُمْ كَمَا بَسَطَتْ عَلَى مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ، فَتَنَافَسُوهَا كَمَا تَنَافَسُوهَا"².

بهذا فإنّ التنافس نزعة فطرية تدعو إلى بذل الجهد في سبيل التّشبه بالعظماء واللّحوق بهم.³ ومن هنا يظهر أنّ المنافسة لغةً تُفيد مضمون الحركة وعدم الثبات، ودوام الإنشغال لما يقتضيه أمر المنافسة من إسراع وتراغب وتزاحم في سبيل بلوغ غايات يسعى الجميع لنيلها وحيازتها.

كما تُعرّف المنافسة في بعض المراجع اللّغوية المتخصصة بأنّها: "تنافس المصالح بين التّجار والحرفيين في محاولة جذب العملاء بعرض أحسن سعر، وتقديم أحسن جودة، ضمن مسار اقتصادي ينصرف عنه تدخّل الدّول وفقا لمقتضيات حرّية الصّناعة والتّجارة".⁴

أمّا عن المنظور الشّرعي لمفهوم المنافسة فأمر مُرجع إلى كليات عامّة بمعنى، أنّ أحكام الكليات كلّها في الشّرع فيما يخصّ المعاملات ينصرف الحكم فيها إلى كلّ أجزائها، ولا يعقل أنّ تخلو أيّ معاملة نظّمها الشّرع من فعل أو عمل يدفع إلى التنافس، والأصل في المنافسة من جانب نظرة الشّرع للاقتصاد، تكون ضمن سوق معينة، والأصل الشّرعي في المعاملات السوقية هو الرّضا مصداقا لقوله: (ص) " إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ"⁵.

فالأصل في الأمور الإباحة مالم يرد دليل التّفهيد أو التّحريم، كلّ ذلك في حدود القاعدة الأصولية " لا ضرر ولا ضرار"، ضمن عامّة الأوامر والنّواهي التي ضبطها الشّرع في إطار المعاملات والعقود، وتحت قاعدة " الجواز في الشّرع يُنافي الضمان"، والتي تُصنّف في تقرير حقوق وحرّيات الأفراد.⁶

¹ ديب محمّد، الإلتزام بعدم المنافسة في علاقة العمل، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع علاقات الأعران الإقتصاديّين/ المستهلكين، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة وهران، 2013، ص.50.

² عن عمر بن عوف الأنصاري رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: (أَبْشِرُوا وَأَمْلُوا مَا يَسْرُكُمْ، فَوَاللَّهِ مَا الْفَقْرُ أَخْشَى عَلَيْكُمْ وَلَكِنِّي أَخْشَى أَنْ تَبْسُطَ الدُّنْيَا عَلَيْكُمْ كَمَا بَسَطَتْ عَلَى مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ، فَتَنَافَسُوهَا كَمَا تَنَافَسُوهَا، فَتَهْلِكُمْ كَمَا أَهْلَكْتَهُمْ) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، صحيح البخاري، (3158).

³ أبي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد العاشر، د.س، دار الصادر، بيروت، لبنان، ص.167.

⁴ Petit Larousse illustré, dictionnaire de la langue française, librairie Larousse, Paris, France, 2000, p. 252.

⁵ حَدَّثَنَا مُوسَى ، قَالَ : حَدَّثَنَا يَحْيَى ، قَالَ : حَدَّثَنَا عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ مُحَمَّدٍ ، عَنْ دَاوُدَ بْنِ صَالِحٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : " إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ " ، حديث مرفوع ، رواه ابن حبان ، ص. 307 ، صحيح ، أخرجه ابن ماجه (2185).

⁶ صبحي محمّصاني، مقدمة في إحياء علوم الشريعة، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ص. 226.

على أن تقوم المسؤولية في حق كل من تجاوز حدود الشرع، أو مقتضيات العدالة والمصلحة العامة، بما يحيل إلى خلق الاضطراب، الفوضى والخصومات.¹

هذا وقد اجتهد بعض الفقهاء المعاصرين في صياغة تعريف اصطلاحي شرعي للمنافسة من منطلق آلية عملها كظاهرة تمس الجانب الاقتصادي بأنّها:

" تسابق التجار والمنتجين على بذل غاية جهدهم في سبيل جلب وإنتاج أجود السلع والبضائع والمنتجات بالسعر المناسب، بما يحقق مصالح المستهلكين وفق القواعد، والأصول الشرعية."²

ف نجد أنّ هذا التعريف حدّد مفهوم المنافسة في حدودها القصوى، في إطار احترام القيود التي يضبطها الشرع والتي سبق الإشارة إليها.

✓ ثانياً: في الإصطلاح القانوني.

إنطلاقاً من مبدأ حرية التجارة والصناعة الذي تضمنه دستور 1996، يمكن اعتبار المنافسة حرية اقتصادية تحظى بقيمة دستورية.

وبهذا فإنّ المنافسة تعني: تعدد القائمين أو الممارسين للنشاط الاقتصادي، وحرية المنافسة تعني العمل في سوق يتعدّد فيه الممارسون لنفس النشاط، والإستمرار في هذه المنافسة دون أيّ قيود مبدئياً.³

هذا وأنّ الصيغة القانونية لشرح ظاهرة المنافسة لا يمكن لها أن تخرج عن طبيعتها، كونها نظام اقتصادي تواترت آلياته فكان العمل القانوني كاشفاً لها عن طريق تأطيرها وضبطها، دون أن يكون له أثر في خلقها.

فالمنافسة كنظام اقتصادي يُعبّر عن مزاحمة بين المنتجين والتجار، دون تدخّل من قبل الدولة التي قد تحدّ من حرية التجارة والصناعة ومحاولة التجار جذب الزبائن إليهم بأفضل الوسائل مع تحقيق أكبر قدر من الربح.

هذا ويفرض مبدأ المنافسة الحرة إمتناع الدولة عن تقييد المنافسة، أو تفضيل المتنافسين ما يؤدي إلى الإخلال بقواعد المنافسة الحرة.

إضافة إلى وجوب مراعاة احترام مبدأ حرية التجارة والصناعة من طرف الدولة، فهو أيضاً يفرض التزاماً على الفاعلين الخواص بعدم عرقلة المنافسة، أو التّحاييل عليها.⁴

¹ مختار حمامي، الرّقابة وأثرها في حماية المستهلك، مداخلة في الملتقى الوطني حول حماية المستهلك المنعقد بجامعة الوادي أيام 13 و14 أبريل 2008، ص 98.

² محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2013، ص.29.

³ P.Delvolvé, Droit public de l'économie, Dalloz, Paris, France, 1998, n°92.

⁴ جلال مسعد، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص.152، 153.

وقد ورد تعريف المنافسة في تقرير مجلس المنافسة الفرنسي عام 1987 على أنّها: " نظام اجتماعي يستند على المبادرة الخاصّة للقائمين بالنشاط الاقتصادي لضمان أفضل فاعلية في توزيع موارد الجماعة."¹

وبهذا فإنّ ممارسة النشاط الاقتصادي يكون على النحو الذي لا يُؤدّي إلى منع حرّية المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها.

ومن ثمّ فإنّ المنافسة في الاصطلاح القانوني يمكن تعريفها بأنّها: " نوع من الحرّية في ممارسة النشاط الإنساني بصفة عامّة والنشاط الإقتصادي بصفة أخص، يعترف بها القانون ويضع لها ضوابطها."²

✓ ثالثاً: المنافسة من منظور اقتصادي.

المنافسة من جانب اقتصادي تُعبّر عن آلية تُمكنُ سوق معينة من تشكيل وحدة سعر بواسطة عمليتي العرض والطلب.³

بهذا يُنظر إلى المنافسة على أنّها أداة تُساعد على تحسين الإنتاج وتخفيض الأسعار، تُؤدّي إلى نمو التجارة وتوفّر أكبر قسط من الرفاهية للمجتمع الإنساني، إذا ما مُرست ضمن حدودها المشروعة وفي أطر تحقيق المصلحة العامّة.

وتُعرّف الأدبيات الاقتصادية سياسة المنافسة على أنّها: " جميع السياسات ذات الصلة بالمنافسة في السوق بما في ذلك السياسات التجاريّة وسياسات التنظيم، والسياسات التي تعتمد عليها الحكومات لمعالجة السياسات غير التنافسية التي تتبعها الشركات الخاصّة أو العامّة."⁴

والمنافسة حسب منظمة التجارة العالمية هي: " كلّ الحُزم والإجراءات التي يمكن استخدامها لترقية هياكل الأسواق التنافسية والسلوك التنافسي بما في ذلك قانون المنافسة الذي

¹ P.Delvolvé,op.cit, n.°92 ; « La concurrence et le mode d'organisation sociale dans le quelle l'initiative décentralisée des agents économiques et de nature à assurer la meilleure efficacité dans l'allocation des ressources rares de la collectivité.»

² محمد ديب، الإلتزام بعدم المنافسة في علاقة العمل، مرجع سابق، ص.51.

³ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص.31.

⁴ معهد الأبحاث الإقتصادية بالكويت، مقال بعنوان: السياسات التنافسية، نقلًا عن : مجلة منبر الحرية، العدد 37 لشهر مارس، 2006، الكويت، ص.42.

يتضمّن إجراءات للتعامل مع الممارسات المخالفة للمنافسة كسوء استغلال القوّة السوقية، الإحتكار، التفرقة والتمييز في السّعر.¹

وبهذا فليس تمّ تباعد في أوجه التّعريف المختلفة للمنافسة، سواء من الجانب اللّغوي، القانوني أو الاقتصادي. وهذا راجع للدّلالة الواحدة لمصطلح المنافسة، ضمن شتى موضوعاتها، واستعمالاتها.

فالمنافسة بصورة عامّة تُعبّر عن تلك المزاحمة بين المنتجين أو أصحاب رأس المال، على تصريف منتجاتهم في السوق كي تُحقّق القيمة الفردية الخاصّة بكلّ من المنتجين، وأصحاب رأس المال إعترافاً اجتماعياً، بأنّ تكون هذه القيم مُتقاربة ومُتعادلة مع القيم الاجتماعية التي تُوجّه وتُقيّم الفاعلين بما يضمن استمرارها.² بهذا فإنّ المنافسة ضمن هذا المفهوم تُصبح القاسم المشترك بين الفاعلين الاقتصاديين، وتفتح مجالاً لظهور القوانين الإقتصادية، على رأسها في هذا السّياق قانون المنافسة باعتباره أحدّ مخلفات النزعة الرأسمالية في مجال الإصلاح القانوني، على وقع تبني خيار تحرير الإقتصاد.

الفرع الثاني: ظهور مبدأ حرّية التّجارة والصّناعة

إنّ خلق بيئة اقتصادية قائمة على المنافسة مسألة حيوية، تمثّل شريان النّمو الاقتصادي وحافز رَفَع للقدّرات التّنافسية، كما تُعدّ ضماناً أساسياً لأصحاب المشاريع الاستثمارية.

وبهذا فإنّ حرّية ممارسة النّشاط الاقتصادي إمتداد طبيعي لحرّية المنافسة، وهذه الحرّية مُتجذّرة في مبدأ حرّية التّجارة والصّناعة.

عليه، نبحث هذا المبدأ من عبر:

✓ أولاً: أصل ومضمون مبدأ حرّية التّجارة والصّناعة

يُعدّ هذا المبدأ إنعكاس واضح للأفكار الليبرالية التي جاءت بها الثّورة الفرنسية، حيث تَظهر في فرنسا تحت مسمى مبدأ حرّية المبادرة، أعقاب الثّورة الفرنسية في إعلان حقوق الإنسان والمواطن سنة 1789، وهو المبدأ الذي نال الصّبغة التّشريعية بموجب مرسوم الأرد "décret d'Allarde" بتاريخ 17 مارس 1791، وقانون 14-17 مارس 1791 المعروف بـ "Chapelier" الذي أُعتمد عليه لصياغة مبادئ حرّية التّجارة والصّناعة. وكان ظهور هذا المبدأ بفرنسا رد فعل عن الأوضاع الاحتكارية الإقطاعية القائمة ساعتها، رغم ذلك لم تحضّ حرّية المنافسة (حرّية ممارسة التّجارة والصّناعة) بتكريس دستوري من المجلس الدّستوري

¹ مصطفى بابكر، سياسات التنظيم والمنافسة، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، العدد 28 لشهر أبريل، السنة الثالثة، 2004، ص.04

² معهد الأبحاث الاقتصادية بالكويت، مجلة منبر الحرية، مرجع سابق، ص.46.

الفرنسي، ومع ذلك وَصَفَ المجلس كلاً من الشفافية والمنافسة بأنها: "هدف ينتهجه المشرع"¹.

رغم عدم التكريس الصريح لمبدأ حرية التجارة والصناعة، فإنّ الفقه الفرنسي يعتبر أنّ حرية المنافسة من الحريات الاقتصادية المكفولة دستورياً وذلك استناداً إلى قضاء المجلس الدستوري بشأن حرية المشروعات².

وقد عارض الأستاذ R.Savy، إسناد المجلس الدستوري حرية المشروعات للمادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن¹، ورأى أنّ تفسير هذه المادة على النحو الذي ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي يتجاوز نطاق النص الذي لم يشر إلى الحرية الاقتصادية، وأنّ حرية الصناعة والتجارة لا تحوز إلا قيمة تشريعية².

غير أنّ أغلبية الفقه الفرنسي يُخالف هذا الرأي (رأي R.Savy)، إذ يرى أنّ عدم تضمين الإعلان أيّ إشارة عن الحرية الاقتصادية يُفسّر على أنّه اعتراف ضمني بها، لأنّ هذه الحرية لم تكن في نظر واضعي الإعلان إلاّ أحد جوانب الحرية العامة للمواطن³.

ولكن بالنظر لقرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية « Daudignac » بتاريخ 1951/06/22، نجده استخدم عبارة " انتهاك حرية التجارة والصناعة المضمونة بنصّ التشريع"⁴.

وفي قرارات أخرى نجده يعتبر مبدأ حرية التجارة والصناعة من المبادئ العامة للقانون⁵، هذا وإن كان المجلس الدستوري الفرنسي أصدر قرار بتاريخ 1982/01/16، يتعلّق بالتشريع

¹ Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/1993/92-316-dc/decision-n-92-316-dc-du-20-janvier-1993.10477.html>, date de visite : 10/03/2015.

² يحي الجمل، الحماية الدستورية لحق الملكية الخاصة، مجلة الدستورية، العدد 05، لسنة 2004، ص.16.

¹ Art. 4. De déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi », disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>, date de visite : 10/03/2015.

² R. Savy, La constitution des juges, D.Chronique, 1983, p.110.

³ P. Delvolvé, Droit public de l'économie, op.cit, n° 85.

⁴ V : C.E, Arrêts Daudignac, Assemblée du 22/06/1951, publié au recueil Lebon, disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr>, date de visite : 10/03/2015.

⁵ L'arrêt du 13 /05/1994, 112409, de L'Assemblée territoriale de la Polynésie Française, ou Syndicat général des ingénieurs, conseils : « la liberté du commerce et de l'industrie est définie comme un principe général du droit »; publié au recueil Lebon, disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr>, date de visite : 11/03/2015.

الخاص بالتأمين أكد فيه الطابع الدستوري لحرية المبادرة الخاصة،¹ إلا أن هذا التأكيد نابع من حرية إنشاء المشروعات بما يعرض من تأويلات عديدة.

عموماً إن مبدأ حرية التجارة والصناعة يقتضي رعاية الدولة لأشكال المنافسة التي تحفزها آلية العرض والطلب داخل السوق، على أن مبدأ حرية التجارة والصناعة لا يعني بالضرورة منع الدولة بمختلف هياكلها من مباشرة بعض الأنشطة الاقتصادية، كما أن حرية المبادرة الفردية لا تمنع وجود القطاع العام، هذا ما سيظهر من خلال بحث ظهور مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر.

✓ ثانياً: ظهور مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر.

شرعت الجزائر في إصلاحات إقتصادية جذرية بدءاً من العام 1988، بعدما تبين أن المؤسسة العامة عاجزة عن تحقيق الأهداف التنموية المنوط بها.²

وأمام هذا العجز وانعدام الفاعلية، مع بروز مؤشرات توجّه دولي يستهدف عولمة الإقتصاد عبر توحيد قواعد التجارة العالمية، تُرجمت الإصلاحات العامة التي تبنتها الدولة بترسانة من النصوص القانونية التي كانت في مجملها تصبّ نحو تقليص تدخّل الدولة في الإقتصاد.

ولعلّ البداية كانت بصدور القانون 88-01 المتعلّق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، الذي أعطى قدر من الإستقلالية لهذه المؤسسات والذي دُعِمَ بالمرسوم رقم 88-20،³ الذي أكد رغبة الدولة في انتهاج نظام إقتصاد السوق.

هذا وتظهر قناعة المؤسس الدستوري بضرورة الانتقال من التشريع التوجيهي، إلى تشريع ليبرالي يُعنى بتنظيم الحدود التي يُمارس فيها النشاط الاقتصادي، وذلك في دستور 1989.⁴

فقد نصّت المادة 49 من دستور 1989 على أن الملكية الخاصة مضمونة، كما تمّ خفض عدد القطاعات الإستراتيجية وإلغاء كلّ المواد التي تُشير إلى النظام الإشتراكي، فضلاً

¹ C.C.F, Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, disponible sur :

<https://www.legifrance.gouv.fr>, date de visite : 10/03/2015.

² محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، رسالة

دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004-2005، ص.42.

³ المرسوم رقم 88-201 المؤرخ في 18/10/1988، المتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الإشتراكية ذات الطابع الإقتصادي التفرّد بالنشاط الاقتصادي أو إحتكار للتجارة، ج.ر رقم 42 الصادرة بتاريخ 1988/10/19.

⁴ وليد بوجملين، سلطات الضبط الاقتصادي، مذكرة ماجستير، القانون العام، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2008، ص.28.

عن اعتماد المبادئ الأساسية للنظام الليبرالي لعلّ أبرزها يتجسّد في مبدأ حرّية التّجارة والصّناعة.¹

كلّ هذه التّغييرات لم تكن من منطلق الرّغبة، وإتّما ضرورة الظّرف الذي كانت تمرّ به البلاد في تلك الفترة، بحيث أنّ القانون يمكن أن يكون الأداة لتغيير واقع اقتصادي أو اجتماعي معين، على النّحو الذي تُصاحّب فيه القاعدة القانونية الضرورات والحتمية التي تُحيط بتصريف الوقائع المادّية الطبيعيّة منها، أو المحدثّة.

ويُمكن إرجاع هذا الظّرف، إلى بداية الثمانينات من القرن المنصرم، يُلخّص في لجوء الدّولة إلى المؤسسات الماليّة الدّولية خاصّة صندوق النّقد الدّولي، الذي فرض ضرورة التّحرير الاقتصادي وتبني إصلاحات اقتصادية تُدعم نشاط القطاع الخاص. واعتماد مبدأ المنافسة الحرّة لتنظيم النّشاط الاقتصادي، مع التّخلي عن فكرة التّسيير الإداري المركزي للسوق.²

ويُلمس ذلك جلياً من خلال قانون الاستثمار لسنة 1988³ الذي اعترف بدور القطاع الخاص الوطني في عملية التّنمية، ومكّنه من آليات الإنخراط في النّشاط الاقتصادي بشكل ملحوظ، والذي بدوره ألغى بموجب المرسوم التّشريعي رقم 93-12 المتعلّق بترقية الإستثمار،⁴ والذي وسّع من تدخلات القطاع الخاص الوطني في عملية الإستثمار كما مكّن من فتح باب الإستثمار الأجنبي حيث تنصّ المادة 3 منه على: " تُنجز الإستثمارات بكلّ حرّية مع مراعاة التّشريع والتنّظيم المتعلّقين بالأنشطة المقننة."

كما تمّ خلال هذه الفترة التّأكيد على مبدأ المنافسة القائم على مفهوم مبدأ حرّية التّجارة والصّناعة، حيث صدر القانون 89-12 المتعلّق بالأسعار والذي ألغى بموجب الأمر رقم 95-06، الذي نصّت الفقرة الأولى من المادّة الرابعة (4) منه على: " تحدّد بصفة حرّة أسعار السّلع والخدمات اعتماداً على قواعد المنافسة."

كما صدر قانون النّقد والقرض سنة 1990،⁵ الذي كرّس مفهوم المنافسة في إطار المعاملات البنكية وقطاع المصارف، حيث تخضع البنوك العمومية والخاصّة لنفس الأحكام في إطار نظام قانوني مُوحد.

1 وليد بوجملين، المرجع نفسه، ص. 24، 25.

2 سامية بوقندورة، سلطة الضبط في قطاع المحروقات في الجزائر، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص. 02.

3 قانون رقم 88-25 المؤرخ في 12/07/1988 يتعلّق بتوجيه الإستثمارات الإقتصادية الخاصّة الوطنية، ج.ر رقم 29، الصّادرة بتاريخ 13/07/1988 (ملغى).

4 المرسوم التّشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05/10/1993، ج.ر رقم 64، الصّادرة بتاريخ 10/10/1993. (ملغى)

5 قانون رقم 90-10 المؤرخ في 14/04/1990 المتعلّق بالنّقد والقرض، ج.ر رقم 16 الصّادرة بتاريخ 18/10/1990.

ولعلّ الأمر رقم 95-22، المتعلّق بخصوصية المؤسسات العمومية،¹ يُعتبر العامل الأبرز في إطار الإصلاحات القانونية، حيث شجّع المبادرة الخاصّة ورتّب لها دوراً في مسار التّسمية والإصلاحات، بتنظيمها وفق قواعد مرنة تُعتمدُ على الأسلوب التّعاقدية، وتكريس مبدأ سلطان الإرادة في خلق الإلتزامات.²

هذا الأمر صاحبه فتح رأس مال المؤسسات العمومية أمام الخواص، ليس في القطاع الإنتاجي فحسب بل امتدّ ليشمل قطاع الخدمات مثل: قطاع المياه، البريد، المواصلات...، وحتى قطاع التّعليم العالي.³

هذا ولا يسعُ الإحاطة بكافة النّصوص القانونية التي مهّدت لترسيخ مبدأ حرّية التّجارة والصّناعة في الجزائر، على أنّ كلّ الأطر القانونية قبل دستور 1996، كانت تعبّر عن اعتراف ضمني بالمبدأ.

لكن بصدور دستور 16 نوفمبر 1996، يكون المؤسس الدّستوري كرّس هذا المبدأ بصفة دستورية بالنّص عليه في صلب المادّة 37 من الدّستور حيث نصّت على أنّ: "حرّية التّجارة والصّناعة مضمونه وتُمارس في إطار القانون".

وبهذا النّص يكون المشرّع قد منّح حماية مُعتبرة لمبدأ حرّية التّجارة والصّناعة، ضدّ كلّ ما يمكن أن يقع من صور التّعدي عليها، سواء كانت صادرة من الدّولة أو الخواص.⁴ على النّحو المؤدي إلى تشجيع المنافسة في السّوق، ومنع تقييدها أو عرقلتها.⁵

إنّ مضمون مبدأ حرّية التّجارة والصّناعة ضمن إطاره الموضوعي العام، يشمل كلّ ما من شأنه تحقيق الحرّية الاقتصادية، بالمعنى الذي يهدف فيه إلى منع السّلطة العمومية من الشّروع في التّنظيم الجماعي للاقتصاد، على وجه من المقاربة بين ضمان حرّية التّجارة والصّناعة عبر ضمان حرّية المنافسة.

هذا وأنّ معنى التّجارة في نطاق القانون التّجاري، يختلف عمّا هو مُحدّد وفق التّصورات الإقتصادية والتي يُراد بها عمليات الوساطة بين المنتج والمستهلك، بما يُفيد تداول وتوزيع الثروات دون الإنتاج، بما يعني أنّ تمّ فرق بين إنتاج الثروة وهو ما يُطلق عليه وفق الاصطلاح الإقتصادي "الصّناعة"، وبين تداولها وهي ما يُعرف "التّجارة".

¹ الأمر رقم 95-22 المؤرخ في 26/08/1995، ج.ر رقم 48 الصادرة بتاريخ 03/09/1995.

² جلال مسعد، مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي، مرجع سابق، ص.53.

³ صليحه نزلوي، سلطات الضبط المستقلة، آلية الانتقال من الدّولة المتدخلة إلى الدّولة الضابطة، مداخلة في الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص.7، 8.

⁴ محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص.38.

⁵ Walid LAGGOUN, Le contrôle de l'État sur les entreprises privées industrielles, (genèse et mutation), les éd international Alger, 1996, p.36.

بينما في مجال القانون التجاري، نجد أنّ التجارة تمتدّ إلى جانب كبير من الصنّاعة سيما ما تعلق بالصناعات التحويلية، بذلك يكون الشّخص القائم بهذا النوع من التصنيع تاجراً بنظر القانون، هذا وأنّ دلالة مبدأ حرية التجارة والصنّاعة تختلف باختلاف الأشخاص حيث:

- **بالنسبة للشّخص الخاص:** يشمل تطبيق المبدأ تحقيق مجموعة من الحرّيات، التي تختلف باختلاف الدّور الاقتصادي للسلطة العمومية، إذ يضمّ مما يضمّ (حرية الاستثمار وحرية العمل وحرية الاستغلال والتسيير والحرية العقدية وحرية المنافسة) على أنّ ممارسة هذه الحرّيات لها ارتباط بتحقيق المصلحة العامّة، وضرورة المحافظة على النّظام العام ما يعني تدخّل السلطات العمومية لتحقيق ذلك.

- **بالنسبة للشّخص العام:** فإنّ تطبيق مبدأ حرية التجارة والصنّاعة يتحقّق بالوجه الذي تمتنع فيه السلطات العمومية عن القيام بالنشاطات التجارية والصنّاعية، تمنعاً من منافسة الخواص في نشاطاتهم تحقيقاً لاعتبارات حرية المنافسة، على أنّ هذا الالتزام ليس مطلق في الوقت التي تلتزم فيه المؤسسات العمومية بنفس ما تلتزم به المؤسسات الخاصّة، بما لا يتيح تحقيق أفضلية ناتجة عن غير قيم المنافسة الحرّة.¹

عموماً يقتضي مبدأ حرية التجارة والصنّاعة مساهمة القطاع الخاص في كلّ المجالات الاقتصادية، لكن بالمقابل لا يمنع هذا تدخّل القطاع العام، شريطة أن يتمّ هذا التّدخل في إطار احترام نظام السّوق أي أن تخضع الدّولة ومؤسساتها بدورها لمبدأ المنافسة الحرّة.

1 عماد عجابي، تكريس مبدأ حرية التجارة والصنّاعة في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الرابع، ديسمبر 2014، ص. 267، 268.

فتدخّل الدولة كموجه للنشاط الاقتصادي. يجب أن يكون أمراً استثنائياً يستمد شرعيته من مقتضيات النظام العام الاقتصادي، وأن يتم هذا التدخّل في كنف المساواة وتحت طائلة المساءلة.¹

✓ ثالثاً: علاقة مبدأ حرية التجارة والصناعة، بمبدأ حرية المنافسة

" يظلّ الشعب الجزائري مُتمسكاً بخياراته من أجل الحدّ، من الفوارق الاجتماعية والقضاء على أوجه التفاوت الاجتماعي، ويعمل على بناء إقتصاد منتج وتنافسي في إطار التنمية المستدامة والحفاظ على البيئة." كان هذا ما تضمّنته ديباجة التعديل الدستوري لسنة 2016، وضمن ذات المضمون ماجاء في ديباجة التعديل الدستوري لسنة 2020.²

ما يشفّ عن ترسيخ لمبادئ الحرية بجميع أشكالها، سيما ما تعلق بالتوجه الإقتصادي الذي يخطو نحو شمولية الأداء، والتحرر في المعاملة على أسس مساواة إقتصادية، في إطار هيكل اندماجي متدرّج، يعترف بمؤهلات السوق الوطنية، ومتطلبات الإنفتاح على السوق العالمية.

¹ يرد على مبدأ حرية التجارة والصناعة جملة من القيود التشريعية، فلا يمكن الأخذ به بإطلاق لضرورات تقتضيها المصلحة العامة، لما هو منوط بالدولة ومؤسساتها في السعي لحفظ الضروريات التي من بينها حفظ النظام العام في جانبه الاقتصادي، نجد من النشاطات المخصّصة للدولة ما يتعلّق بالصناعات الحربية والأسلحة والمتفجرات أو الأنشطة المقننة، حيث تنص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 97-40 المؤرخ في 18/01/1997 يتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيود في السجل التجاري وتأطيرها، ج.ر رقم 5، الصادرة بتاريخ 19/01/1997؛ على: " يخضع تصنيف النشاط أو المهنة ضمن صنف النشاطات أو المهن المقننة لوجود انشغالات أو مصالح أساسية تتطلب تأطيرا قانونيا وتقنيا خاصا.

يجب أن تكون الانشغالات والمصالح المذكورة في الفقرة أعلاه مرتبطة أو ذات علاقة بالمجالات الآتية:

- النظام العام.
- أمن الممتلكات والأشخاص.
- حماية الصحة العمومية.
- حماية الخلق والآداب.
- حماية حقوق الخواص ومصالحهم المشروعة.
- حماية الثروات الطبيعية، والممتلكات العمومية التي تكوّن الثروة الوطنية.
- احترام البيئة والمواقع المحمية والإطار المعيشي للسكان.
- حماية الإقتصاد الوطني.

فيمكن التمييز بين النشاطات المخصصة، والمقننة وفق ما ورد بنص المادة الأولى من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20/08/2001 يتعلق بتطوير الإستثمار، ج.ر رقم 47، الصادرة بتاريخ 22/08/2001؛ حيث تنصّ على: " يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبّق على الإستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات، وكذا الإستثمارات التي تنجز في إطار منح الإمتياز و/أو الرخصة"، وقد ألغى هذا الأمر بموجب نص المادة 37 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03/08/2016، ج.ر رقم 46 الصادرة بتاريخ 03/08/2016، وكذا المادة الأولى من المرسوم التشريعي 93-12 (ملغى بنص المادة 35 من الأمر رقم 01-03) حيث تنصّ على: " يحدد هذا المرسوم النظام الذي يطبق على الإستثمارات الوطنية الخاصة وعلى الإستثمارات الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة الاقتصادية الخاصة بإنتاج السلع أو الخدمات غير المخصّصة صراحة للدولة ولفروعها، أو لأيّ شخص معنوي معين صراحة بموجب نص تشريعي." وبهذا فإنّ المستثمرين الخواص لا يمكنهم التدخّل في بعض القطاعات الاقتصادية التي هي وقف لاحتكار الدولة فيما يعرف بالأنشطة المخصصة، أما فيما يخص الأنشطة المقننة فهي التي يحق للخواص ممارستها بناء على ترخيص مسبق

² "إنّ الشعب الجزائري مُتمسك بخياراته من أجل الحدّ، من الفوارق الاجتماعية والقضاء على أوجه التفاوت الجهوي، ويعمل على بناء إقتصاد منتج وتنافسي في إطار التنمية المستدامة."

إذ يمكن أن يُعتبر الدستور من باب شقه الإيديولوجي ليبرالياً حيث كرس مبدأ حرية التجارة والصناعة في المادة 37 قبل التعديل الدستوري لسنة 2016 ليتم بعد التعديل النص في المادة 43 على حرية الاستثمار وحماية مبدأ المنافسة النزيهة، كما أشار إلى الوظيفة الضبطية للدولة، التي يُقصد بها الدور الرقابي فقط، أين تُحدّد الدولة الإطار التشريعي للنشاط الاقتصادي، وتُدرعُ تواجد المتعاملين الخواص.¹ بينما اكتفى بنص المادة 61 من التعديل الدستوري الأخير (2020)، بالإشارة إلى أن حرية التجارة والاستثمار، والمقولة مضمونة وتمارس في إطار القانون.

عليه، ليست المنافسة في واقع الأمر إلاّ الإبن الشرعي للانفتاح الاقتصادي، هذا الانفتاح الذي يُعدّ تكريساً لمبدأ حرية التجارة والصناعة ومن تمّ فإنّ حرية الممارسة والمبادرة هي الإطار العملي لوجود المنافسة، كما أنّ حرية المنافسة تتوسع وتضيّق تبعاً لحرية التجارة والصناعة.

هذا المبدأ الذي أصبح حتمية واقعية تفرضها السوق الوطنية والعالمية، فقد ساد على الصعيد الأول باعتماده منهجاً في بناء علاقات إقتصادية على مستوى منطقة التجارة الحرة العربية، والاتفاقات الثنائية، والمتعددة الأطراف مع عديد الدول، أو عبر عقد الشراكة الأورو متوسطية، أو من خلال عملية الانتساب البطيء لمنظمة التجارة العالمية.

أمّا على الصعيد الدولي فهي مرتبطة بالخيارات الوطنية المذكورة على مستوى الصعيد الأول، لتتجاوزها بكثير في أنها لا تنحصر في مجرد عملية تحرير قواعد التجارة، وتفعيل آليات اقتصاد السوق، إلى عولمة مُوجهة لتوحيد كافة المقاييس العالمية للإقتصاد، في إطار نوظمة واحدة.²

في الواقع إنّ حرية التجارة والمنافسة ليستا مرادفين لتحرير الأسواق ذاتها، إنّما تبرزُ في شكل مجموعة من المبادئ الحديثة للتنظيم المرتكز على إشراك الفاعلين الاقتصاديين في تحمّل المسؤولية، وضمن هذا السياق لا يُمكن تصوّر تدخّل الدولة. إلاّ في حالة حدوث خلل في سير المنافسة باعتبارها الضامنة لحسن سير قواعد السوق والنظام العام للاقتصاد.³

¹ شريف كاييس، سنضطر في الأمد القريب لإعادة النظر في هذا الدستور، مقال منشور بجريدة الجزائر، 2016/01/18، دون إظهار للعدد، يمكن الإطلاع عليه عبر الموقع الإلكتروني للجريدة الأرشيف، www.Eldjazaironline.net، نظر بتاريخ 2016/03/17.

² خالد عبد النور، القطاع الخاص بين الحماية والمنافسة، مقال منشور عبر الموقع الإلكتروني: www.mafhoum.com/syr/articles/Abdelnour/htm، نظر بتاريخ 2016/03/12.

³ François SOUTY, politique industrielle pro-concurrentielle, Revue Marocain d'administration local et de développement, n°68, 2010, p.83.

لكن بالنظر إلى فاعلية الأسواق والهيكلية الاقتصادية في ظل مبادئ الحرية الاقتصادية العامة التي تشمل أساساً مفهوم حرية المبادرة بكلّ تفرعاته والذي يسوق إلى حرية تنافسية تضبطها قواعد النّجاعة في تمرير العروض وفهم حاجات السوق من جهة، ومرونة وتنوع سلوكيات الفاعلين الإقتصاديين من جهة أخرى.

إنّ مفهوم المنافسة الحرّة يظهر كتقنية ليبرالية، بحيث أنّ توفّر المناخ الحقيقي لممارسة التّجارة والصّناعة يجعل من حرية المنافسة متضمنة عبرها، على أنّ المنافسة الفعلية كوسيط معياري لقياس حدّة السوق مرتبط بالالتزام بتفعيل مبدأ حرية التّجارة والصّناعة.¹

وبصفة عامّة من أجل جعل المنافسة أكثر واقعية، فإنّ السلّطات العمومية ملزمة بتوفير وتطوير الظروف الأساسية المساعدة في تحفيز المناخ الاقتصادي الذي يُمكن من ممارسة منافسة حقيقية مُنتجة، مع تعدد أشخاص القائمين بها من ذلك:

- دعم حرية الأسعار، وحرية تكوينها عن طريق تحرير المنافسة.
- مراقبة البيئة الاقتصادية، والسلوكيات التي يمكن أن تُضرّ بالمنافسة.
- تسهيل، وتحرير عمليات الدّخول والخروج إلى الأسواق، في إطار إنشاء أسواق تنافسية.
- الشفافية في المعاملات.²

ولعلّ أكبر علاقة بين مبدأ حرية التّجارة والصّناعة، وحرية المنافسة متضمنة في حياد الدّولة اتجاه الفاعلين الإقتصاديين.

المطلب الثاني: قانون المنافسة خصائصه، ونطاق تطبيقه

ما لا شكّ فيه أنّ فاعلية الإقتصاد وتطوّره، يقتضي وجود بيئة اقتصادية نزيهة مبنية على قواعد سوق تنافسية تدعم تواجد الفاعلين الإقتصاديين، وتضمن حماية نشاطهم.

هذا الأمر يتوافر بوجود قواعد ضابطة للعمليات التي يقوم بها الفاعلين الإقتصاديين، شأنهم شأن الأفراد في ذلك، بما يضمن سيرورة العمل الإقتصادي ضمن سياقه المشروع، والمتوخى منه.

بهذا فإنّ قانون المنافسة ضمن هذا المجال، يستهدف ضبط نشاط طبيعي مُتخلّق عن ميزة الفعل البشري، فيما يمكن توصيفه بالظاهرة الاقتصادية.

¹ Alberto HEIMLER, Anti-Trust Autoritaires and regulation : power institution choices and reforms, Revue Marocain d'administration local et de développement, n°68, 2010, p.149.

² عرض الوزير المنتدب لدى الوزير المكلف بالشؤون العامة للحكومة المغربية، حول مشروع قانون 99-06 المتعلّق بحرية الأسعار والمنافسة أمام مجلس النواب المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 39، 2000، ص.47.

ضمن هذه الاعتبارات نناقش مفهوم قانون المنافسة وخصائصه (فرع أول)، ونعرض مجال تطبيق هذا القانون (فرع ثان)، على النحو المبين:

الفرع الأول: مفهوم قانون المنافسة وخصائصه

كما هو ظاهر نعرض أولاً إلى وضع تصوّر وإطار عام لمفهوم قانون المنافسة، في حدود التعبير القانوني، ثم نعكف على ترسيم معالم هذا القانون من زاوية بيان خصائصه.

✓ أولاً: مفهوم قانون المنافسة

إنّ قيام البيئة الاقتصادية الوطنيّة بتبني أسس الاقتصاد الحرّ، يجعل من الضروري أن تكون تمّ ضوابط تحكّم وتُنظّم هذه الحرّية وتمنع كلّ ما من شأنه التأثير على الاقتصاد، من بين هذه الضوابط قانون المنافسة الذي يضمن تحقيق الأهداف العامّة للمنافسة في ظلّ خيار الاقتصاد الحرّ الذي تبنته الدولة.

وحيث أنّ النشاط الاقتصادي واسع فإنّ قانون المنافسة قانون مُمتد واقعاً، إذ يرتبط بشتى فروع المنظومة القانونية الخاص منها والعام.¹

تاريخياً عرفت مسألة تنظيم المنافسة بداياتها في القرن التاسع عشر، عندما حاولت بعض الدول تفعيل سلطتها كشرطة اقتصادية، وقد كانت الولايات المتحدة الأمريكية من أوّل البلدان التي عملت على تفعيل وسنّ نظام قانوني لحماية المنافسة،² بهدف الحدّ من القوة الاقتصادية للمقاولات الكبرى والمحافظة على تنافسية حقيقية في السوق وحمائته من الإحتكار، وكانت الغاية الأسمى لهذا التشريع تعزيز النظام الاقتصادي التنافسي في قلب نظام لبرالي مبني على قواعد الحرّية شبه المطلقة الموقوفة على منع التعسف بكلّ صورته.³

وبصفة عامّة فإنّ قانون المنافسة يظهر كمجموعة من القواعد القانونية التي تحكم التنافس بين الفاعلين الاقتصاديين في بحثهم، ومحافظتهم على زبائنهم، فهو يتضمّن مجموعة من القواعد الهادفة إلى ضمان الحرّية، ونزاهة المنافسة في السوق.

وبهذا فإنّ قانون المنافسة يتضمّن قواعد الهدف منها تحقيق منافسة فعلية بين مختلف الفاعلين الاقتصاديين، فموضوعه قد يتعلّق بالقانون والمقولة، أو بالمجال أيّ النشاط الاقتصادي، وبالتالي فإنّ قواعده تُعبّر عن المنافسة في السوق وتُسطرّ شرعيتها في حدود ما ينبغي لها أن تكون، كوسيلة تنظيمية لحسن سير السوق، وتحقيق التّقدم الاقتصادي.⁴

¹ حسني الماحي، تنظيم المنافسة، دار النهضة العربية، ط02، القاهرة، مصر، 2007، ص.51.

² قانون 02/07/1890 المعروف بقانون (Sherman-Anti-trust) تحت رقم: STAT.209. CH647.26، يمكن الإطلاع عليه من خلال البّحث عبر الموسوعة الحرّة ويكيبديا عبر الموقع الإلكتروني: www.wikipédia.org، نظر بتاريخ 2016/03/15.

³ Alberto HEIMLER, op.cit, p.149.

⁴ عرض الوزير المنتدب لدى الوزير المكلف بالشؤون العامّة للحكومة المغربية، حول مشروع قانون 06-99 المتعلّق بحرية الأسعار والمنافسة أمام مجلس النواب المغربي، مرجع سابق، ص.49.

هذا الإطار يُمكن أن نلاحظ أنّ عدداً كبيراً من الدول ضمنت تشريعاتها مقتضيات تتعلق بتفعيل المنافسة، على أنه يُمكن التمييز بين مفهومين سائدين لقانون المنافسة:

- **فمن جهة نجد التصور الأمريكي:** الذي يجعل حرية المنافسة مبدأ وقاعدة لتطوير الاقتصاد، في إطار احترام الحرية الفردية ما يفسر المكانة التي يحتلها القاضي في تطبيق قواعد قانون المنافسة، إذ يُعتبر مجرد حارس لهذا المبدأ.¹
- **ومن جهة أخرى يبرز التصور الأوروبي:** الذي يُعتبر أنّ المنافسة وسيلة لضمان التّقدم الإقتصادي، وهو التصور الذي اعتنقه المشرع الوطني. هذا وبالابتعاد عن عموميات التصورات والتّنظيرات، تجدر الإشارة إلى أنّ مفهوم قانون المنافسة على مستوى المجموعة الأوروبية ليس له شكل موحّد، وتمّ اختلافات بنيوية كثيرة سواء فيما تعلق بالتطبيق أو التشريع.²

ويمكن تعريف قانون المنافسة على أنه: " مجموعة القواعد التشريعية والتنظيمية، التي تهدف إلى ضمان احترام مبدأ حرية التجارة والصناعة، وأنّ دوره يكمنُ بخاصّة في إلزام المؤسسات بالقيام بعملية التنافس، أو تحمّلها"³

على أنّ قانون المنافسة لا يمكن اختزاله في مجرد تشريع خاص بالمنافسة، أو إجراءات مؤسساتية بهدف تطبيق وإنفاذ القانون، إنّما يجب النظر إليه كونه نظام مُتمدّد يسهم في تحفيز قواعده واقع تطور التقنية، والنزعة نحو حوكمة الاقتصاد، ورغبة القائمين على السوق في تحقيق السّيق، كلّ هذا ضمن إطار سرّية الأعمال، وحركية المعلومة ضمن شبكة اتصالات عالمية، تُنظر لنظام دولي جديد.

✓ ثانياً: خصائص قانون المنافسة.

على اعتبار أنّ قانون المنافسة يشمل مجموعة الحُزم والإجراءات، التي يمكن استخدامها لترقية هياكل الأسواق التنافسية والسلوك التنافسي، للتعامل مع الممارسات المناهضة للمنافسة.

وحيث أنّ قانون المنافسة، يُعبّر عن ذات خصائص القاعدة القانونية، على أنه يتميّز بطابع استثنائي مُشتق عن كونه يُعالج معالم تطوّر الظاهرة الإقتصادية، بحيث يتفرد بجملة من الخصائص تُبرزه كقانون أصيل مُمتد إلى غيره من القوانين، على النحو الذي تظهر عبره خصائص هذا القانون كما يلي:

1. جدّة وأصالة قواعد قانون المنافسة:

¹ ألان مينك، رأسمالية المساهمة، ترجمة: رياض صوما، المؤسسة الوطنية للإتصالات والنشر، ودار الفارابي، 2001 بيروت، لبنان، ص.ص. 152-157. كذلك ضمن ذات الشأن: إبراهيم نوار، حدود الليبرالية- بلا حدود، جريدة الحياة اللندنية، العدد رقم 118822، الصادرة بتاريخ: 1995/07/05، ص.19.

² Alberto HEIMLER, op.cit, p.150, 151.

³ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص.34.

إنّ قانون المنافسة حديث النّشأة¹، إذ يُمكن الرّجوع بظهور أولى بوارده إلى بدايات القرن التاسع عشر

بالولايات المتحدة الأمريكية، وهي فترة بداية صدور القوانين التي تحظر الممارسات الإحتكارية، وهي بالخصوص ثلاث قوانين عُرفت "بقوانين حظر التّجمعات الإحتكارية"، فصدر سنة 1896 ما أصبح يُعرف بقانون "شارمان" الذي يحظر الإحتكار، ثمّ صدر قانون كلايتون "Clayton Act" في العام 1914، والذي يحظر اللّجوء إلى ممارسة أسعار تمييزية، والذي بمقتضاه صدر في ذات العام القانون المؤسس للجنة التّجارة الفدرالية "Federal Trade Commission"².

أمّا بالنّسبة لأوروبا، فإنّ قانون المنافسة كان له ارتباط باتفاقية روما لسنة 1985، المتعلّقة بإنشاء السّوق الأوروبية المشتركة، أمّا بالنّسبة للمحيط العربي فلم تُرسم قوانين المنافسة إلاّ مع بداية النّصف الأول من التسعينات، حيث كانت تونس، وبعدها الجزائر السّباقة إلى ذلك.³

من خلال هذا الاستعراض التّاريخي لمسار قانون المنافسة نلاحظ: أنّ هذا القانون كإطار تشريعي حديث النّشأة، غير أنّ أصالة وتفرد قواعده تبرز في كونه يشكّل ثورة على مفهوم قانون الأعمال، أي القانون التّجاري ضمن أطره التّقليدية لارتباط قانون المنافسة بالنّظام الاقتصادي، والنّشاط الاقتصادي الذي أصبح يمسّ كلّ مجالات الحياة المعاصرة، ما يعنى وجوب انضباط وفهم ومسايرة قانون المنافسة لأوجه الظّاهرة الاقتصادية التي تمخّض عنها، بل وتحليلها واستباقها في إطار الجانب الوقائي ضمن قواعد قانون المنافسة.

¹ الناظر في الشريعة الإسلامية يجد أنّها يَسَّرَت للنّاس سبل التعامل بالحلال، ونظّمت المعاملات كما نظّمت العبادات ويُذكر أنّ الدّولة الإسلامية في كلّ أطوارها عُنيَت بحرية التّجارة وتنظيم الأسواق بحيث يمكن إفراد بحث كامل يتعلّق بحدود وضوابط الحرية الإقتصادية في الإسلام. وكذا ترسّخ مبادئ حريّة المنافسة في تعاملات المسلمين حيث كانت الشريعة سبّاقة في ضبط الحريات الإقتصادية شأنها شأن كلّ ما يتعلّق بمعايش الإنسان ومعاذه، فقد حرّم الإسلام الرّبا في قوله عز وجل (وَأَحَلَّ اللَّهُ النَّبِيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا) البقرة 275، وحرّم أكل أموال الناس بالباطل، قال سبحانه (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) النساء 29.

وحرّم الاحتكار لما فيه من تضيق على عباد الله في قول النّبي صلى الله عليه وسلم: «لا يحتكر إلاّ خاطي» أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات حديث رقم 3098، وقوله صلى الله عليه وسلم (من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله تعالى وبرئ الله تعالى منه)، أخرجه أحمد في المسند – حديث رقم 4741، وقال الشيخ الألباني: حديث منكر. انظر: ضعيف الترغيب والترهيب حديث رقم 1100.

² رشيد ساسان، خضوع الأشخاص المعنوية العامّة لقانون المنافسة، الملتقى الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة، 16-17 مارس 2015، ص.12.

³ دليّة زناكي، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، تخصص علاقات الأعوان الإقتصاديين/ المستهلكين، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2009-2011، غير منشورة.

بهذا فإنّ حداثة قانون المنافسة يُعبّر عنه التّاريخ الزّمني لظهوره، بينما أصالة قواعده فهي تخرج عن الحدود التّقليدية التي يعالجها القانون التّجاري والقواعد العامّة، وتتساق ضمن مجال التّطور التّاريخي للإنسانية وازدهار النّشاط الإقتصادي الذي أدى لبروز ممارسات جديدة، دخول متدخلين جدد، واستعمال وسائل مبتكرة لتحقيق منافع شخصيّة.

2. الصياغة التشريعية لمبادئ إقتصادية.

إنّ تعاييش قواعد القانون مع المعطيات الإقتصادية يُعتبر من الأمور التي لا تكون على قدر من اليّسر، وقد يكون المشرّع في هذا الإطار مُتحملاً عبئاً إيجاد التوازن الأمثل بين متطلبات التّنمية الإقتصادية، وبين ثوابت المادّة القانونية في إطار السياسة الإقتصادية للدولة.¹ وحيث أنّ موضوع المنافسة يرتبط بشأن اقتصادي، كونه يتضمّن دخول وخروج جميع الفاعلين الإقتصاديين إلى السوق بنفس السّوية، فإنّ تنظيم هذه المسألة ينبثق من الفهم التّحليلي الإقتصادي لأعراف السّوق الكاشف للممارسات التي لا تستجيب لمتطلبات الفعل التّنافسي، عبر القياس الإحصائي لتنافسية الأسواق واستقصاء مجال الحرّية المتاح والممارس على مستوى السّوق باعتبار مختلف الأنشطة. فتكون القاعدة القانونية في حال ما كاشفة ومقرّة لممارسات معينة أو مُعدّلة لها أو مُلغية، وفي حالات أخرى مُنشأة لقواعد قانونية في ظلّ تطورات السوق والتّنظير الإقتصادي.²

وبهذا فإنّ مسألة تسقيف الأسعار في إطار الخيارات الإستراتيجية للدولة، وتحديد هوامش الرّبح بشكل يضمن تنافسيتها ومكافحة الممارسات الإحتكارية ورقابة الاندماجات، ومكافحة الإغراق من خلال تحفيز إنتاجية القطاع الوطني. كلّها مسائل إقتصادية تجد مكانها في قانون المنافسة، ما يستدعي أنّ تكون كلّ مادّة من هذا القانون منبثقة عن دراسة موضوعية ميدانية لمعطيات السوق الوطنيّة، الإقليمية والعالمية، وأنّ يُشرف على وضعه خبراء إقتصاديون، ويصاغ صياغة قانونية مبسّطة نافية للّبس، وهو الأمر الذي لا يمكن قوله بالنسبة لقانون المنافسة الوطني، حيث أنّه أغرق في الصياغة التّقنية وفق المصطلحات الإقتصادية.

3. قانون المنافسة يجمع بين اعتبارات القانون الخاص والعام.

¹ إيهاب الروسان، خصائص الجريمة الإقتصادية- دراسة في المفهوم والأركان-، دفاتر السياسة والقانون، العدد 07، جوان 2012، ص.74.

² الدردي، المنافسة والتنافسية... مكافحة الإغراق- ثلاثية تقدم الاقتصاد، مقال في الموقع الرّسمي للهيئة العامة للمنافسة ومنع الإحتكار بسوريا، نشر بتاريخ 23 آذار 2010، اطلع عليه بتاريخ 2016/09/06، عبر الموقع الإلكتروني للهيئة www.competition.gov.sy

من غير الصائب اعتبار قانون المنافسة فرعاً من فروع القانون الكلاسيكية المعروفة في النّظم القانونية المعاصرة، حتى وإن كانت القواعد التّجارية تمثّل أهم مصادره، فهو مَجْمَعٌ لعدد من القواعد التي تجذُّ أصلها في فروع القانون الأخرى.¹

ومن ثمّ فإنّ قانون المنافسة يتّسم بشموليته، وذلك واضح من خلال أنّ تنفيذ أحكامه ليس مرتبطاً فقط بالهيئة التي أسند إليها الفصل في قضايا المنافسة أيّ مجلس المنافسة، وإنّما يختصّ بتنفيذها هيئات القضاء العادي، وكذا الإداري، كما نلمس هذا الإمتزاج فيما يتعلّق بقواعد الطّعن في قرارات مجلس المنافسة،² صف إلى ذلك أنّه ونظراً لتعدد الأنشطة التي تقوم بها أشخاص القانون العام، والتي لها ارتباط مباشر أو غير مباشر بحالة السوق، فإنّ قانون المنافسة ليس مقصوراً تطبيقه على أشخاص القانون الخاص، وإنّما يمتدُّ لأشخاص القانون العام،³ وهذا أمر طبيعي يقتضيه التّسليم بمبدأ حرّية التّجارة والصّناعة، ويُعدّ من مسلمات النّظام الليبرالي.

ونأياً عن كلّ هذا، فإنّه يمكن النّظر إلى قانون المنافسة على أنّه كيان قانوني مستقلّ ومتميّز عن التّقسيم الكلاسيكي للقانون، بحيث لا يمكن إيراده تحت أيّ فرع من فروع القانون، فهو متجدّد في كلا الفرعين على اعتبار ظروف ومحيط نشأته الأولى، أيّ في ظلّ نظام أنجلو سكسوني لا يعترف بالنّظرة اللاتينية للقانون، كما أنّ النّمو الاقتصادي المتزايد والمتغير يدفع إلى صعوبة تصنيف هذا القانون على اعتبار أنّه لازال في طور النّشأة مقارنة بفروع القانون العريقة، هذا وإنّ تمّ آراء فقهية تدفع بقانون المنافسة جهة القانون الخاص، وتارةً جهة القانون العام.⁴

على أنّ روح قواعد المنافسة تجعل من هذا القانون متميزاً ذا بُعد خاص، نظراً لعلاقته بمختلف فروع القانون، فلا يمكن بأيّ حال من الأحوال أن يوجد قانونين للمنافسة: عام، وخاص كما أكّدت على ذلك إتفاقية روما.⁵

4. القوّة الملزمة للعقد في ظلّ قانون المنافسة.

تنصّ المادة السادسة من الأمر 03-03، على حظر الاتفاقات المقيّدة للمنافسة مهما كانت طبيعتها صريحة أو ضمنية، ومهما كان مصدرها شخص طبيعي أو معنوي عاماً أو خاصاً ومهما كان مجالها سواء تعلّق الأمر بمجال الإنتاج التّوزيع أو الخدمات، وكيفما كان شكلها على أنّ تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرّية المنافسة أو الحدّ منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو جزء جوهري منه.

¹ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص.38.

² المادة 63 من الأمر 03-03.

³ المادة 2 من الأمر 03-03.

⁴ Nicolas CHARBIT, droit de concurrence et le secteur public, l'harmattan, paris, France, 2000, p.99 et S

⁵ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص.38.

وبهذا فإن مفهوم العقد في قانون المنافسة، يتباين عما هو مُستقر في القواعد العامة، وإن كان لا يخرج عن مفهوم نص المادة 54 من القانون المدني من كونه التزام بعتاء، أو فعل أو عدم فعل.

فالعقد في قانون المنافسة يخرج عما أقرته المادة 59 من القانون المدني، فيما يخص مسألة التعبير عن الإرادة. فلا يشترط في قانون المنافسة لوجود العقد الذي هو اتفاق تتبادل وتتطابق فيه إرادة الأطراف المنشئة للعقد في مفهوم القواعد العامة، إنما مجرد الشك في وجود تفاهم بين أطراف معينة يُفسر على أن تمّ عقد حتى في غياب الشكلية اللازمة، وإن كانت مفترضة في قانون العقود.

وبالنّص على مسألة الاتفاق الضمني في المادة السادسة من الأمر 03-03، يكون المشرع قد أسس الاتفاق، أي وجود عقد على مسألة غير ظاهرة (النوايا)، في إحداث أثر ملموس يؤثر على العملية التنافسية.

بالرجوع لنص المادة 60 من القانون المدني، ضمن الفقرة الأولى تبين أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفاً بصفة قاطعة الدلالة على نية صاحبها، على أن قطعية الدلالة في المسائل المرتبطة بمجال نشاط تطبيق قواعد قانون المنافسة غير مُرتبطة بالعرف التجاري بل تنصرف إلى الإضمار لتجنّب كشف الاتفاق لأنّ الاتفاق الماس بنشاط المنافسة في سوق معينة محاط بسرية تامة، ومحدود النطاق بين أطرافه ضمن مستويات معينة.¹

هذا وأنّ الفقرة الثانية من المادة المشار إليها (المادة 60 ق.م)، أجازت أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينصّ القانون أو يتفق الطرفان على خلاف ذلك، على أن الضمنية في هذه المسألة تنصرف إلى مسألة الإرادة أيّ التعبير عن الرغبة في إنشاء إلتزام تعاقدية بحيث يتحدّد أثره معلوماً لأطرافه ومن يمكن أن يكون مشمولاً به، بينما الضمنية في قانون المنافسة تنصرف إلى الإلتزام ذاته، بحيث يؤدي قيام شخص ما بحركة في قطاع نشاط معين من السوق يمكن أن يؤدي، إلى قيام شخص آخر بما يماثل فعل الأوّل، ما يؤدي إلى التأثير في السوق لخبرة الطرفين بمجالهما دونما أيّ تفاهم أو إلتصال. على أنّ الاتفاق في هذا الحال يظهر كأثر على حالة المنافسة في السوق.

من تمّ فعلم الطرف الأخير بمقصود الطرف الأول من فعله إما لإحتكار السوق، أو رفع الأسعار أو خفضها...، وانتهاجه ذات الفعل في إطار مجال النشاط الواحد يتحقق بموجبه مفهوم الاتفاق في قانون المنافسة.

¹ البشير دحوتي، أثر التحولات الاقتصادية على العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث، قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأوّل، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، وجدة، المغرب، ص.39 وما يليها.

إذ يُمكن الإستدلال على الإتفاق بالتّوايا والأثر، وقدّر الإنتفاع من وقوع حادثة معينة وإنّ بدت عفوية، ففي قرار لمحكمة المجموعة الأوروبية، رأت إمكان اعتبار وجود إتفاق مُقيّد للمنافسة، بمجرد الوقوف على خطة جماعية لأجل الحدّ، أو إمكان الحدّ من التّصرفات التّجارية الفردية، من خلال تحديد مجال تصرّف هؤلاء الأشخاص، أو منعهم مطلقاً من إتخاذ أيّ تصرف داخل السوق، ولا يُشترط في الاتفاق أن يكون في شكل معين أو مكتوب، أو أن يتضمّن عقوبة تعاقدية أو أيّ ضغوط، إذ يمكن أن يكون الإتفاق صريحاً، كما يمكن أن يُفهم من تصرفات أطرافه.¹

عموماً كلّ ما يَنبُج عن طبيعة العلاقة بين قانون العقود، وقانون المنافسة تُمثّل تساؤلات طبيعية عن مستقبل قانون العقود في ظلّ تطوّر أحكام قانون المنافسة، فهل يتعلّق الأمر باندماج أم تعارض وتصادم، بعبارة أخرى هل نحن أمام تراجع للمبادئ الأساسية لقانون العقود أمام حادثة قواعد قانون المنافسة.

على أنّ من المظاهر التي توضح بجلاء مدى تأثير قانون المنافسة على قانون العقود يمكن استتيانها من خلال، تراجع وانكاس مبدأ القوّة الملزمة للعقد، بحيث أنّ العقد بحسب نصّ المادة 106 من القانون المدني شريعة المتعاقدين. فهو يُنتج آثاره بين أطرافه، إلاّ أنّ الأمر ليس كذلك في مجال المنافسة، إذ أنّ حماية النّظام العام الإقتصادي، وضمن المنافسة النزوية بين الفاعلين الإقتصاديين دفع المشرّع إلى سن قواعد تمنع كلّ إتفاق من شأنه المساس بالمنافسة وفي هذا النّص تعارض بين عدالتين، العدالة التّعاقدية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصّة، والعدالة التنافسية التي تبغي تحقيق المصلحة العامّة.²

بهذا نغلق باب بحث خصوصيات قانون المنافسة، على أنّنا لم نُجملها إذ أشرنا إلى الرّاجح منها رغم أنّ من خصوصيات هذا القانون أيضاً، أنّه ينزع نحو التدويل بحكم مفاهيم العولمة وشمولية السياسات الاقتصادية للدول، كما نشير أيضاً إلى أنّ قانون المنافسة يتضمّن جانب موضوعي وآخر إجرائي، دون المساس بالقواعد الإجرائية العامّة، ويصبّ هذا في صميم أصالة هذا القانون.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق قانون المنافسة

رجوعاً للأمر المنظّم للمنافسة (المواد 1، 2، 3) نجد أنّ المشرّع نصّ على سريان قواعد هذا القانون كأصل عام- على جميع مجالات النّشاط الاقتصادي، لتشمّل كلاً من الإنتاج، التّوزيع والخدمات بغضّ النّظر عن الأشخاص الممارسين لهذا النّشاط، على أنّ

¹ Décision de la Commission du 23/07/2003 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité C.E, vente centralisée des droits commerciaux sur la ligue des champions du l'UEFA, www.eur-lex.europa.eu date de visite: 15/06/2016.

² حنان أزناي، تأثير قانون حرية الأسعار والمنافسة على قانون العقود، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمّقة في القانون المدني المعمق، جامعة محمد الخامس، أكادال، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، الرباط، المغرب، ص. 60.

يكون لممارسة هذه النشاطات أثر مباشر، أو غير مباشر على المنافسة في السوق، أو جزء منها.¹

إستناداً لنصوص المواد المشار إليها، يمكن بيان حدود ونطاق تطبيق قانون المنافسة كما يلي:

أولاً- من حيث طبيعة النشاط الإقتصادي:

مقارنة بقانون الأسعار لسنة 1989، نجد أن قانون المنافسة لسنة 1995، والأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة وسعاً من مجال رصد الممارسات المقيدة للمنافسة، إذ أصبح نطاقها يتعدى النشاط التجاري ليشمل نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، وقد اعتمد المشرع على المعيار المادي في هذا التحديد وركز على المفهوم الإقتصادي للنشاط الممارس فيما يتعلق بهذه الأنشطة.²

وبالرجوع للمرسوم 08-137³ المتضمن وضع فهرس للنشاط الإقتصادي والمنتجات، فإن الفقرة الأولى من مادته الثانية تُقدم تعريفاً مفصلاً للنشاط الإقتصادي، بحيث تنص: " يتسع مفهوم النشاط الإقتصادي لمجموع العمليات والكيفيات كيفما كان نوعها، سيما الإقتصادية منها الرامية إلى إيجاد منتج أو أكثر أو إلى تقديم خدمات."

بهذا نجد أن المشرع يميز بدقة بين المراحل التي تمرّ بها العمليات الإقتصادية، بل شمل أيضاً العملية السابقة على الإنتاج دون الأخذ في الإعتبار ما تنتهي إليه العمليات الإقتصادية، هذا ما يوسع من مجال تطبيق أحكام قانون المنافسة، فيما يدخل أيضاً ضمن إعتبرات إتساع السوق الوطنية وعملية أقامة المحيط الإقتصادي للسوق بما يجعلها تستوعب تجدد العلاقات الإقتصادية الدولية الناشئة ببعديها الإقليمي العربي في إطار المنطقة العربية للتبادل الحر، وكذا في إطار العلاقات الأورو متوسطية التي تدفع نحو إعتناق مبادئ منظمة التجارة العالمية، والنزوع إلى تدويل فاعلية المنافسة بالشكل الذي يُتيح الإنخراط الطوعي للإقتصاديات والأسواق العالمية.

إستناداً إلى هذا الفهم لحدود النشاط الإقتصادي، أخذاً بالحسبان الإستثناءات المؤسّسة بموجب نص المادتين 5، 9 من الأمر 03-03، على أن الأصل في تحديد النشاط الإقتصادي يتأسس وفق موضوعه والغاية من ممارسته دون النظر لأطرافه.

¹ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص. 44، 45.

² المادة 02 من الأمر 03-03.

³ مرسوم رقم 80-137 المؤرخ في 10/5/1980 المتضمن وضع فهرس النشاط الإقتصادي والمنتجات، ج. ر رقم 20 الصادرة بتاريخ 13/5/1980.

¹ بموجب نص المادة 5 من الأمر 03-03، تكون محل تنظيم خاص بموجب مرسوم، ما يتعلق بتقنين بعض أسعار السلع والخدمات ذات البعد الإستراتيجي، وذلك بعد أخذ رأي مجلس المنافسة، على أن الطابع الإستثنائي لهذه الإجراءات لا يمكن أن يتجاوز ستة (06) أشهر كحد أقصى قابلة للتجديد بعد إستشارة مجلس المنافسة. كما تضمنت المادة 9 من الأمر

رجوعاً لنصّ المادة 2 من الأمر 03-03، يمكن تحديد مجال تطبيق قانون المنافسة بتحديد نص المادة المشار إليها للأنشطة الاقتصادية التي تدخل في نطاق الحظر من ممارسة اتفاقات مقيدة للمنافسة وهذا تبعاً لنوع أو طبيعة النشاط الممارس وكذا الإلتزام بأحكام القانون، وتشمل هذه الأنشطة مايلي:

• **نشاط الإنتاج:** والذي يُعتبر أولى مراحل النشاط الاقتصادي، بحيث يُمكن تعريفه بأنه كلّ عمل يخلق ناتجاً صافياً، بمعنى أنّ العمل يضيف مقدار من الموارد أكبر من ذلك المقدار الذي يكون قد تمّ بذله في عملية الإنتاج،² كما أنّه يُعدّ عملية خلق للمنافع وزيادتها إشباعاً للحاجات.³

وبهذا يدخل في عملية الإنتاج تربية المواشي وجمع المحصول الفلاحي وجزئه، من قبيل إنتاج الحليب ومشتقاته واللحوم وما في حكمها، كما تخضع منتجات الصناعة العصرية للمنافسة مثل السيارات وما يماثلها، وكذا المواد الغذائية وما في حكمها والمنتجات البحرية المحصلة، من عمليات الصيد البحري بما في ذلك أعمال الإنتاج التقليدية والحرفية كالفخار والنسيج...

• **نشاط التوزيع:** يُعتبر التوزيع ثان حلقات الدورة الاقتصادية، ويُمكن تعريفه بأنه المسار الذي تتخذه السلعة لدى انتقال ملكيتها من منشئها الأصلي إلى غاية طرحها للإستهلاك، وانتقالها لمستغلها النهائي.⁴

وبالتالي تخضع عمليات التوزيع لقانون المنافسة مهما كانت المراحل التي تمرّ بها، بما في ذلك كلّ متدخل في هذه العملية، ومن تمّ يدخل في مجال تطبيق قانون المنافسة باعتبار نشاط التوزيع ما يقوم به مستوردو السلع والوسطاء، والوكلاء، وبائعو اللحوم بالجملة...

• **نشاط الخدمات:** يدخل في مفهوم الخدمة كلّ تصرف أو نشاط أو أداء مُقدم من طرف إلى آخر وهذه الأنشطة تُعتبر ذات طابع معنوي، أي أنّها غير مادية لا يترتب عنها نقل ملكية أيّ شيء وإنما تتحقق بها استفادة معينة دون أن ترتبط بمنتج مادي. فتأدية خدمة ما يَصْحَبُهُ عدد من العناصر غير الملموسة التي تتضمن التفاعل مع العملاء مع إمكان حيازة شيء دون انتقال للملكية، و بالتالي فإنّ تأدية الخدمة مرتبط بأداء يُعَيَّنُ نقداً، أو ما يقوم مقامه.¹ وبهذا يخضع لأحكام قانون المنافسة جميع الخدمات المقدّمة من قبل شركات الخدمات، من ذلك شركات التأمين، البنوك، المواصلات البرية والبحرية، والجوية، وكذا

03-03، إعفاءات من الخضوع لأحكام المادة 6، و7 من ذات الأمر لمرتكبي ممارسات مقيدة للمنافسة ضمن نشاط إقتصادي خاضع لسلطة مجلس المنافسة بعد ترخيص من هذا الأخير.

² عمر حسن، تطور الفكر الاقتصادي، ج1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط1، سنة 1994، ص.182.

³ حازم البيلوي، أصول الإقتصاد السياسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط2، سنة 1996، ص.83.

⁴ أحمد المصري، إدارة الإنتاج والعلاقات الصناعية، مؤسسة باب الجامعية، الإسكندرية، مصر، ط1، سنة 2005، ص.106.

¹ سعيد محمد المصري، إدارة وتسويق أنشطة الخدمة، الدار الجامعية، مصر، ط1، سنة 2002، ص.165.

خدمات الوساطة التجارية، الإتصالات، وخدمات المدينة (الكهرباء، الغاز، الماء، الأنترنت)، وإن لازال القطاع محل احتكار للدولة.

● **الصفقات العمومية:** تنص المادة 2 من الرسوم الرئاسي 15-247، التي تُحدّد مجال إبرام الصفقات العمومية على أن: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تُبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشّروط المنصوص عليها، في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللّوازم والخدمات الدّراسات."

وتنصّ الفقرة الثانية من المادة 2 من القانون رقم 10-05 المعدّل والمتّم للأمر 03-03 المتعلّق بالمنافسة على: "بغض النّظر عن كلّ الأحكام الأخرى المخالفة تطبّق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:..."

- الصفقات العمومية بدءاً من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة. غير أنّه يجب أن لا يُعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلّطة العمومية."

وأكد على هذا ما نصّت عليه المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي تضمّنت وجوب مراعاة الصفقات العمومية لمبادئ حرّية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام الأحكام المنظمة للصفقات العمومية في ظلّ المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

وهذه المبادئ هي ذاتها التي يسعى قانون المنافسة إلى إرسائها في جميع المعاملات التي تدخل في مجال تطبيقه، ضماناً لتحقيق الفعالية والنّجاعة الإقتصادية.

وحيث أنّه وفقاً لأحكام المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فإنّ الطلب العمومي يشمل حاجات المصلحة المتعاقدة فيما يخصّ الأشغال واللّوازم والخدمات والدّراسات، وهذه الحاجيات لا يمكن لها أن تخرج من طور الأنشطة التي تخضع لقانون المنافسة بصريح نص المادة 2 من هذا الأخير.

من تمّ فإنّ الصفقات العمومية، وبناءً على النّصوص القانونية المشار إليها تدخل في مجال تطبيق قانون المنافسة بقياس النّشاط، على اعتبار إمكانية وجود ممارسات مقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، إذ تُعدّ في هذا الحال مساساً بالذمة المالية للدولة، واعتداءً على المال العام.

غير أنّ تطبيق المادة 2 من الأمر 03-03، فيما يخصّ الصفقات العمومية محدّد بفترة زمنية بدءاً من نشر الإعلان عن الصفقة وتمتدّ إلى غاية المنح النهائي للصفقة، ما يفهم منه أنّ أيّ صفقة عمومية يجب ألاّ تتضمن ممارسات مقيدة للمنافسة، أو تُشكّل مساساً بنظام المنافسة في سوق معينة، كما أنّ شروط نشر الإعلان عن الصفقة، ومنحها يجب ألاّ تتضمن

مساساً بمبادئ حرية المنافسة، زيادة على وجوب توافقها والأشكال والالتزامات التي يُقرّها القانون المنظم لها (المرسوم الرئاسي 15-247).

على أنه حتى وبعد المنح النهائي للصفقة يُمكن أن يتبيّن أنها تُرتّب حالة من الحالات المنصوص على حظرها ضمن قانون المنافسة، و على اعتبار تطبيق أحكام قانون المنافسة مرتبط بالآثار التي تُرتبها ممارسة ما على السوق، أو في حالات معينة مجرد إمكان تُرتّب آثار سلبية على المنافسة داخل سوق معينة، فإنّ تطبيق أحكام الأمر 03-03 خلال الفترة الممتدة من نشر الإعلان عن الصفقة إلى غاية المنح النهائي للصفقة يوجب انصراف تطبيق هذه الأحكام بالضرورة، ومن باب أولى إلى الفترة التي تُباشَر فيها الأشغال، إذا ما تبين فعلاً أنّ الحائز على الصفقة يقع ضمن إحدى حالات الحظر المنصوص عليها في الأمر 03-03.

على أن تطبيق أحكام قانون المنافسة على الصفقة العمومية ينصرف لنائلها، وفي حالات معينة تكون المصلحة المتعاقدة سبباً في خلق ممارسة منافية للمنافسة، بالأخص في الحالات التي لا تلتزم فيها بصريح الأحكام المنظمة للصفقات العمومية، وفي حالات ما قد يُباشِر الشّخص العام ممارسات يكون لها تأثير كبير على حرية المنافسة داخل قطاع أو سوق معينة، وفي هذه الحالات نكون أمام صفقة عمومية مخالفة لأحكام قانون المنافسة، سواء بالنظر لأطرافها أو لمجالها، ونكون في هذا الحال ضمن التقييد المنصوص عليه في المادة 2 من الأمر 03-03، بحيث أنّ تطبيق أحكام قانون المنافسة على الصفقات العمومية، يجب أن لا يُعيق بحال أداء مهام المرفق العام، أو ممارسة صلاحيات السّلطة العمومية.

وأمام اتساع نشاط المرفق العام، وعدم محدودية صلاحيات السّلطة العمومية لارتباطها بمفهوم المصلحة العامّة والنّظام العام والآداب العامّة، وعدم وجود ضابط قانوني باتّ لشريعة ممارسات الشّخص العام حال استنادها لجملة ما ذكرنا، فإنّنا نتساءل: هل يُطبّق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، وما وجه هذا التطبيق؟

هل وكيف يمكن لتطبيق أحكام قانون المنافسة أن يعيق أداء مهام المرفق العام، وممارسة صلاحيات السّلطة العمومية؟

أليس قانون المنافسة يمثل مصلحة عامّة، يتضمّن الحفاظ على النّظام الاقتصادي للدّولة، فكيف يتمّ ترجيح المصالح العامّة، وعلى أيّ معيار؟¹

عموماً إنّ هذه التساؤلات يستحيل الإجابة عنها في حينها، كما أنّنا قد لا نُقدّر إجابة لها ضمن هذا البحث لاتساعها، واتساق إثارها لتطرقنا للنشاطات الخاضعة لأحكام قانون المنافسة عرض بيان.

¹ جاء في بيان أهداف قانون المنافسة ما ورد النصّ عليه في المادة الأولى من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة إذ تنص هذه المادة على: " يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية، قصد زيادة الفاعلية الاقتصادية، وتحسين ظروف معيشة المستهلكين."

نعطف مسألة تطبيق قانون المنافسة من حيث النشاط، بما هو مُستقر في القانون الفرنسي، إذ تطبيقاً لنص المادة (L410-1) من القانون التجاري الفرنسي،¹ يُحدد مجال تطبيق قانون المنافسة الفرنسي بنشاط: الإنتاج، التوزيع، الخدمات. وقد اعتمد مجلس الدولة الفرنسي على معيار "النشاط الاقتصادي" لتحديد طبيعة النشاط الذي يدخل في مجال تطبيق قانون المنافسة، ومن تمّ اختصاص مجلس المنافسة، على أنّ تطبيق هذا المعيار قد لا يتّسم بالثبات، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أنّ نشاط توزيع الجرائد بالمجان، يُعتبر نشاط اقتصادي رغم عدم وجود المقابل المادي.²

على أنّه أصلاً أنّ الأنشطة ذات البعد الاجتماعي تخرج عن تطبيق أحكام قانون المنافسة، على أنّ يبقى تقرير هذه المسألة بالدرجة الأولى خاضعاً لصاحب الاختصاص.³

ثانياً- من حيث الإطار الجغرافي (تعيين السوق)

يُعتبر مصطلح السوق إلى حدّ ما فكرة تجريدية يستخدمها الاقتصاديون للتعبير عن الالتقاء بين الباعين والمشتريين، ومع التطور التقني يجري قسم من التعامل بوسائط التجارة الإلكترونية الرقمية، ولا يحتاج السوق في مثل هذه الحالة إلى مكان مُحدّد إذ يكفي أنّ تُعتبر السوق نظام يُمثّل مجموعة من الشروط التي تُسهل عمليات التبادل بين مختلف الوحدات الاقتصادية.⁴

وقد عرّفت السوق بأنّها: "عبارة عن منطقة يتصل بها المشترون والباعون إمّا بطريق مباشر، أو عن طريق وسطاء...، بحيث أنّ التسعير السائد في أحد أجزاء السوق يكون له تأثير على الأسعار السائدة في أجزائه الأخرى، مما يترتّب عنه وجود تجانس في

¹ Article L410-1 du code de commerce Français « Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public. », disponible sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr>

² Avis n° 04-A-19 du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits, conseil de la concurrence, RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, disponible sur le site : <http://www.lexisnexis.fr> date de visite : 03/06/2016

³ تناولت نصوص المواد 34، 35، 36، 37 من الأمر 03-03، صلاحيات مجلس المنافسة فيما يتعلق بتجري الأعمال والممارسات المخالفة للمنافسة، وتقدير ما يدخل منها في نطاق إختصاصه.

⁴ جي هولتن ولسون، الإقتصاد الجزئي، ترجمة كامل العاني، دار المريخ، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1987، ص. 73، 74.

أسعار السلعة الواحدة في السوق كلها بغض النظر عما يحدث من انحرافات عن الثمن المتجانس، التي تُرجع لاعتبارات محلية، أو أسباب طارئة وقتية.¹

ومن تم فإن السوق يتضمن مكاناً جغرافياً واقعياً أو رمزياً، أمّا عن الأطراف المشاركة بعمليات التبادل فهم يخضعون للقوانين، والأعراف والعادات التي تُنظم المسار التنافسي في إطار الدولة القطرية.

وقد أورد المشرع تعريفاً للسوق بموجب نص المادة 3/ف2 من الأمر 03-03، بأنها : "كلّ سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مُماثلة أو تعويضية، سيما بسبب مميزاتها وأسعارها والإستعمال الذي خُصّصت له والمنطقة الجغرافية التي تُعرضُ المؤسسات فيها السلع والخدمات المعنية".

وتعتبر مسألة تحديد الحدود الإقليمية للسوق ذات أهمية قصوى لبيان وجود ممارسات مُخلّة بالمنافسة، فتحديد مجال السوق يسمح بقياس شرعية الممارسات داخله، من ذلك تواجد مؤسسة ما في وضعية هيمنة إقتصادية. والتي هي وضعية قوّة فعلية في سوق معينة أو جزء منها، حيث أنّ المفهوم القانوني لهذه الحالة مُشتق من القاموس الإقتصادي، والذي يُفِيدُ بأنها: " وضعية تحكّمية حاكمة ناتجة عن حيازة وضع مُهم ومُسيطر داخل سوق معينة يحوّل حائزها سلطة على أداء السوق، بحيث لا يتأثر بالضغوط التنافسية القائمة في ذات السوق."²

وتعرّض المشرع لبيان وضعية الهيمنة بنص المادة 3/ف3 من الأمر 03-03 بأنها: " الوضعية التي تُمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوّة اقتصادية في السوق المعني، من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتُعطيهِ إمكانية القيام بتصرفات مُنفردة إلى حدّ معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو مموليها."

بهذا يكون من الواجب تحديد مجال السوق المعني بممارسات مُخلّة بالمنافسة لإمكان ملاحظة وقياس درجة المساس بالمنافسة، مع الإشارة إلى أنّ وضعية الهيمنة لا تُعتبر محظورة بذاتها لأنها قد تنشأ عن حسن التدبير الإقتصادي، غير أنّ الاستغلال التعسفي لهذا الحال هو الذي يقع قيد الحظر.

كما أنّ لدراسة فعالية السوق بتحديد واسع أو ضيق يُتيح الحكم على السوق، ويكون ذلك استناداً إلى اعتبارات وأسس تقنية عملية، منها:

أ- من حيث استبيان المُنتجات المعنية: ويؤخذ في تحديدها اعتبار المستهلك بأنها منتجات بديلة عملياً وموضوعياً لمنتجات أخرى، بحيث يُعتمد في هذا التّحديد على الأخص:

1 مجيد مسعود، دليل المصطلحات التنموية، دار المدى للثقافة والنشر، دمشق، سوريا، 2001، ص.07

2 جي هولتن ولسون، ترجمة كامل العاني، مرجع سابق، ص.75.

- تماثل المنتجات في الخواص والإستخدام.
- إمكان تحوّل المستهلك عن إقتناء منتج إلى آخر.
- سهولة معتبرة في دخول الأشخاص إلى سوق منتج ما.
- حجم توافر المنتجات البديلة أمام المستهلك.¹

ب- من حيث المدى الجغرافي: ويُمثّل جانب السوق كهيكّل واقعي، أو افتراضي يُراعى فيه:

- قدرة المستهلك على الإنتقال بين المناطق الجغرافية بتحديد مفهوم السوق.
- سهولة دخول سوق معنية بخدمة، أو منتج.
- تكاليف النّقل بين المناطق الجغرافية.
- الرّسوم الجمركية المفروضة محلياً ودولياً.

وعموماً، تطبيقاً لمبدأ إقليمية القانون فإنّ قواعد قانون المنافسة تُطبّق على ممارسات المتعاملين الإقتصاديّين الممارسين داخل التّراب الوطني، أو خارجه إذا كانت ممارساتهم لها تأثير على السوق الوطنية بتحديد عام.²

ثالثاً- من حيث الأشخاص.

إنّ الهدف من تحديد الخاضعين لأحكام قانون المنافسة يتّصرف بالوجه الأوّل إلى مُساءلة هؤلاء الأشخاص عن الأعمال التي يقومون بها والتي يترتّب عنها إخلال بحريّة المنافسة.

وعلى اعتبار أنّ أغلب إخلال يمسّ قواعد المنافسة يتشكّل أساساً من اتفاقات نصّ على حظرها قانون المنافسة طالما كانت تهدف أو يمكن أنّ تهدف إلى عرقلة المنافسة أو الحدّ منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو جزء جوهري منه، سيما ضمن الحالات التي نصت عليها المادة 6 من الأمر 03-03.

إنّ المشرع على شاكلة نظيره الفرنسي،³ لم يبيّن الطّبيعة القانونية للأشخاص التي يمكن مُساءلتها حال ارتكاب ممارسات مُخالفة للمنافسة، على اعتبار أنّ المشرع الفرنسي

¹ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص.55.

² سهيلة بو خميس، مبدأ حرية المنافسة بين الشريعة والقانون، مداخلة في الملتقى الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قلمة، 16، و 17 مارس 2015، ص.04.

³ Et cela est le contraire de ce approuvé l'article 81 du **Traité instituant la Communauté européenne**, qui ne se réfère pas à l'activité, mais liée à la pratique et les institutions anticoncurrentiel «Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à... ». Disponible sur le lien :

ربط تطبيق أحكام قانون المنافسة بنشاطات معينة، وليس بصفة القائم بالنشاط،¹ كذلك هو الأمر بالنسبة للمشرع الوطني، فوجود ممارسة مُقيدة للمنافسة يقتضي بالضرورة وقوعها في دائرة إنفاذ قانون المنافسة، هذا وأن أطراف الممارسة المخالفة للمنافسة يستوي فيهم أن يكونوا مؤسسات خاصة طبيعية أو اعتبارية، أو مؤسسات عمومية.²

أ- المؤسسات الخاصة (طبيعية، معنوية).

تنص المادة 3/ف1 من الأمر 03-03، على أن المؤسسة "كُلُّ شخص طبيعي أو معنوي أياً كانت طبيعته يُمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات".
فيطبق هذا النص على عموم المؤسسات، والتي هي كيان قانوني يُمارس نشاط اقتصادي بغض النظر عن نظامه، وطريقة تمويله.³

فنتطبيق قانون المنافسة على المؤسسة ينصرف إلى ممارسة النشاط الاقتصادي، بصرف النظر عن طبيعتها، إلا ما كان من استثناء فيما يخص المؤسسات العمومية في إطار ممارسة امتياز السلطة العامة بمناسبة تسيير مرفق عمومي.⁴

هذا ويعتبر مجلس المنافسة الفرنسي الأشخاص الطبيعية مؤسسات فردية تخضع للحظر حال قيامها بممارسات مخرجة بالمنافسة، وتبين ذلك من خلال قضية جراحي الأسنان، حيث احتج هؤلاء بأنهم ليسوا مؤسسات حسب قانون المنافسة، بالنظر إلى طبيعة نشاطهم المهني، غير أن مجلس المنافسة الفرنسي اعتبر أن عيادة أطباء الأسنان تُعتبر مؤسسة، وليس تم أي نص يمنع تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص الطبيعية،⁵ هذا وأن المشرع نص على هذه المسألة، أي خضوع الأشخاص الطبيعية لقانون المنافسة في صلب المادة 3/ف1 من الأمر 03-03.

أمّا فيما يخص الأشخاص المعنوية للقانون الخاص، فإنها ومن باب أولى تخضع لنصوص قانون المنافسة، من ذلك الشركات التجارية والمدنية، الجمعيات، النقابات المهنية...⁶

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12002E081:FR:HTML> date de visite : 06/06/2016.

¹ Marie Malaurie VIGND, droit interne de la concurrence, ARMANDOCOLIN, Paris, 1996, n227, p.172.

² المادة 02، والمادة 03/ف01 من الأمر 03-03.

³ « La notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ». CJCE, 23AVRIL1991, <https://www.pearson.fr> date de visite : 06/06/2016.

⁴ Pascal LEHUEDE, droit de la concurrence, éd Bréal, Paris, 2012, pp40, 41.

⁵ Cons.Conc .FR 22/10/1991, honoraires des chirurgiens, Lamy droit économique, concurrence, distribution et consommation, 1998, n .565, p.196.

⁶ Lamy droit économique, Ibid, n. 565, p185.

وقد سار المشرع على هذا التهج بتعديله لنص المادة 2 من الأمر 03-03، بموجب القانون 08-12، ومن بعده القانون 10-05، حيث أضاف ضمن التعديل الأول لنص المادة عبارة "تُطبَّق أحكام هذا الأمر على: ...الجمعيات والإتحادات المهنية أياً كان قانونها الأساسي أو شكلها أو موضوعها..."

وضمن التعديل الأخير غير الصيغة دون المساس بمضمون المادة بالشكل التالي: " بغض النظر عن الأحكام المخالفة تُطبَّق أحكام هذا الأمر على: ...وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها..." على أن المشرع ضمن هذا التعديل أشار إلى الهدف من نشاط الجمعيات والمنظمات، بحيث تخضع هذه الأخيرة لأحكام قانون المنافسة حتى وإن لم يكن لها هدف ربحي، وإن قدمت خدمات اجتماعية وبالمجان.

ب - المؤسسات العامة:

تضمنت المادة 2 من الأمر 03-03، مجال تطبيق هذا الأمر، بحيث أخضعت الأشخاص المعنوية العمومية لنصوص هذا الأمر، كما جوّزت خضوع الصفقات العمومية إليه رغم أنها أداة من أدوات تسيير المرفق العمومي، والآلية القانونية التي تظهر عبرها ممارسة إمتيازات السلطة العمومية، كما نصت المادة 6 فقرة أخيرة من ذات الأمر على أن منح صفقة عمومية لفائدة أصحاب ممارسات مقيدة للمنافسة عمل محظور.

هذا وإن كان خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام قانون المنافسة أمراً لا جدال فيه، لأنه حال عدم خضوعها له، نكون بصدد إطار قانون شكلي للمنافسة لا يستجيب للظروف والأسباب الحقيقية لتبني خيار وسياسة المنافسة في السوق الوطنية.

من تمّ كان لازماً أن تخضع هذه المؤسسات لنفس الأحكام التي تخضع لها المؤسسات لخاصة¹ على أن المسألة التي يمكن إثارتها تتعلق بنواحي خضوع المرافق العمومية لأحكام قانون المنافسة من باب الصفقات العمومية، من ناحية إلزامها بعدم منح صفقة عمومية لأصحاب ممارسات مقيدة للمنافسة، وهو أمر يُرجأ بحثه، وإن كان تمّ من يرى أن خضوع الشّخص العام لقانون المنافسة يترتب عن نشوء فرع جديد من القانون ألا هو القانون العام للمنافسة.

هذا الأمر الذي لا ندفع بصوابه، إذ سبق الإشارة معرّض طرّقنا لخصائص قانون المنافسة إلى أن قانون المنافسة، قانون شمولي واحد مستقل مُتعدّد الأبعاد، لكن لم يؤل بعد

¹ Rachid ZOUAIMIA, le droit de la concurrence, 2 éd Belkeise, Alger, 2012, p07.

إلى الحال الذي يمكن تفريعه، نظراً لخصوبة مادته التي لم تتخذ مساراً نهائياً من التطور، وأي تجزئة لأحكامه تخرج به عن الغاية منه.

على أن ما نُشير إليه في سياق هدف البحث أن الأشخاص العمومية الخاضعة لإجراءات إبرام الصّفقة العمومية تبعاً لنص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 تتمثل في: "الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تُكفّ بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية."

ويؤخذ في اعتبار خضوع المؤسسات العامّة لأحكام قانون المنافسة ممارستها لأنشطة تدخل في مجال تطبيق الأمر 03-03، وفي حال مقابل المؤسسات الخاصّة، أو العامّة التي تُكفّ الهيئات المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر بإنجاز عمل ما في حدود ما تُثيره هذه المسألة من دلالات المقابلة بضرورة سير المرافق العامّة، وصلاحيات السّلطة العامّة في هذا المجال.

المبحث الثاني: مضمون قانون المنافسة وغاياته

إنّ قانون المنافسة، يمكن إدراكه كنظام قانوني للممارسة الحرّة للمنافسة، والتي هي عبارة عن تسابق بين الفاعلين الاقتصاديين لأجل تحقيق أقصى ما يمكن من النّفع، من أجل الوصول لأحسن نمو لمعدلات الأعمال، والمساهمة في النّمو الاقتصادي والاجتماعي للدولة.¹

على أن تحقيق ذلك لا يتمّ إلا بوجود قواعد ضابطة لعمليات التنافس القائمة في قطاع معين، وعلى اعتبار أن الجزاء من جنس العمل، فإنّ خصوصية السوق تقتضي قواعد خاصّة يتلاءم فيها عنصر الرّدع بعنصر الوقاية، وخاصيّة الإطلاق بضرورة التّقييد. من تمّ فإنّ العمل التشريعي وعملاً بخصائص القاعدة القانونية يوجب صياغة قانونية متناسبة وظروف السوق الوطنيّة، وكذا الإطار الدولي لمصّب القوانين المتعلّقة بالمنافسة.

كما أنّ مما يبرّج في قانون المنافسة أنّه إلى جانب اعتنائه بضبط سلوك الأشخاص داخل السوق (الجانب الموضوعي)، فإنّه تضمّن أيضاً هيكلاً تطبيقياً لإنفاذ الأحكام التّقريرية للجانب الموضوعي تُعبّر عنه (بالجانب الشكلي).

¹ عبد المجيد غميحة، دور العدالة الجنائية في ميدان الأعمال والاقتصاد، المناظرة الوطنية للسياسات الجنائية بالمملكة المغربية، مكناس، المغرب، أيام 09، 10، 11 دجنبر 2004، ص.120.

المطلب الأول: مضمون قانون المنافسة

من مقتضيات المنافسة الحرّة، وجود قواعد قانونية تحكّم هذه المنافسة بأنماطها المختلفة، لا تأخذُ من باب التقييد أكثر مآخذاً من باب حماية السوق والمنافسة نفسها، ما يسمح بازدهار نشاط المتدخلين في السوق، ويُمكن من تمام الدّورة التنافسية، بحيث يضمن القانون شفافية ونزاهة العلاقات الاقتصادية، والحفاظ على النّظام العام بأوجهه المختلفة، كما يُعزز السلوك والأخلاق التّجارية التي لا تتعارضُ مع أحكام القانون والصالح العام، وبهذا فإنّ التّدخل المقنن للدّولة أمر لازم لضبط الحدود التي تمارس فيها الحرّية، ومعاقبة حالات التّعسف التي تُطال الحق المشروع في حرّية المنافسة.

هذه الأمور مُحققة عبر قانون المنافسة من خلال فئتين من الأحكام: موضوعية، وأخرى شكلية.

الفرع الأوّل: المضمون الموضوعي لقانون المنافسة

إنّ تبني خيار المنافسة في السوق الوطنيّة، يُعبّر عن رسوخ مبدأ حرّية التّجارة والصّناعة في صميم الهيكل التّنظيمي لمؤسسات الدّولة، عبر فتح المجال لتدخلات القطاع الخاص في أوجه النّشاط الاقتصادي التي ألغت الدّولة احتكاره ولا يخضع لأحكام خاصّة، وهذا يستجيب للحراك القانوني الذي يُترجم تطلعات الدّولة للانخراط في منظومة الانفتاح الاقتصادي الشامل، وتبني سياسة تشاركية بين مختلف الفعاليات الوطنيّة منها والدّولية.

لكنّ بالمقابل، فإنّ فتح السوق الوطنيّة للمنافسة يضعها مَحطّ انتهاكات واختلال، قد تسوق إلى تحطيم البنية الفتيّة للمؤسسات الوطنيّة، كما يجعلُ منها أداة تمرير تجارب وخبرات مؤسسات كبرى، تُقصيها عن محاولة المنافسة بانتهاج سياسات لا أخلاقية تُؤدي إلى عرقلة دخول المنافسين للسوق أو استبعادهم.

وعلى أنّ الأساليب التي تُؤدي إلى تقييد المنافسة مُتنوعة، إلّا أنّها تلتقي جميعاً في كونها ترمي إلى احتكار للسوق، وإقصاء المنافسين، من تمّ فإنّ قانون المنافسة وفقاً لهذا الاعتبار، هو قانون ضبط الممارسات المقيدة للمنافسة عبر:

✓ أولاً. حظر الممارسات المقيدة للمنافسة.

يظلّ التّمييز بين الممارسات غير التنافسية والممارسات المقيدة للمنافسة مسألة ترجيحية كون المشرع لم يميّز بينهما، فنجدّه مثلاً يجمع بين الاتفاقيات والممارسات التّمييزية في إطار الممارسات المقيدة للمنافسة.

على أنّه يُرجّح ألاّ فائدة حكمية مثبتة بنصّ القانون تُوجب ضرورة التّمييز بين هذه الممارسات فكليهما يؤدي إلى عرقلة حرّية المنافسة، أو الحدّ منها أو الإخلال بها وفق ما نصّت عليه المادة 6 من الأمر 03-03، وكذا المادة 10 من ذات الأمر، دون أنّ يعني هذا

عدم وجود اختلاف تطبيقي عملي بين الممارسات غير التنافسية، والممارسات المقيدة للمنافسة.

هذا ويمكن تعريف الممارسات المقيدة للمنافسة: بأنها الأعمال التي تقوم بها مؤسسة ما إزاء مؤسسة أخرى والتي يكون من شأنها إما عرقلة حرية المنافسة، أو الحد منها أو الإخلال بها.¹

كما يمكن أن نخلص من خلال الأمر 03-03، إلى أربعة أنواع من الممارسات المقيدة للمنافسة وهي: 2² الاتفاقات، 3³ الاستغلال التعسفي للوضع المهيمن، 4⁴ الاستغلال التعسفي لحالة التبعية الاقتصادية، 5⁵ الاستثناء بممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق الأمر 03-03.⁶ نتطرق لكل نوع تعريجه بيان بما نراه مناسباً لبحثنا.

1. الإتفاقات:

لم يُعرّف المشرع الإتفاق المحظور، وقَصَرَ التّديليل إليه ببيان الشّروط التي تُؤدي لحظر الإتفاق في قانون المنافسة، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 6 من الأمر 03-03، إذ تنصّ على حظر: "الممارسات والأعمال المدبرة والإتفاقيات الصّريحة والضّمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحدّ منها أو الإخلال بها في نفس السّوق أو جزء جوهري منه..."

حيث، يمكن أن نحدّد وجوب توافر عنصرين ليقع حظر الإتفاق:

يتعلّق الأوّل بوجود تعبير عن الإرادة مُشترك بين مؤسسات تهدف أساساً إليه، بحيث لا يستلزم أن يقع التّعبير عن الإرادة في شكل معين، كما أنّه يتسوّق مع أيّ نمط يُستدلّ به عن إرادة مشتركة في إنشاء إتفاق، باستقراء الملابس وحال السوق، ومن تمّ لا يستلزم وجود عقد لوجود الإتفاق، كما أنّ هذا الإتفاق قد يخرج عن صفة الإلزام لأطرافه إنطلاقاً من مبدأ قوّة العقد، وحجية الإتفاق في الإلزام يستند إلى تحقيق مكاسب ومصالح مشتركة، على حساب فاعلية المنافسة داخل السوق.

أمّا العنصر الثّاني فيتعلّق بمضمون أو هدف أو الغاية من الإتفاق، والذي بالأساس يكون غير مشروع استناداً للقواعد العامّة في العقود سواء ما تعلّق بالمحل، أو السبب إذ أنّ

¹ J.BUSSY, droit des affaires, presses de sciences, DALLOZ, Paris, France, éd 1998, p.340.

² المادة 14 من الأمر 03-03 " تعتبر الممارسات المنصوص عليها في المواد 6، 7، 10، 11، 12 من ذات الأمر ممارسات مقيدة للمنافسة."

³ المادة 6 من الأمر 03-03، متممة بموجب المادة 5 من القانون 10-08 المعدل والمتمم للأمر 03-03.

⁴ المادة 7 من الأمر 03-03.

⁵ المادة 11 من الأمر 03-03.

⁶ المادة 10 من الأمر 03-03، معدلة بموجب المادة 6 من القانون 12-08 المعدل والمتمم للأمر 03-03، هذا وتنصّ المادة 12 من ذات الأمر على حظر ممارسة أسعار بيع بشكل تعسفي، وقد ارتأينا التعرّض إليها ضمن وضعيات الإستغلال التعسفي.

محلّ الإتفاق في قانون المنافسة يخرج عمّا يملكه أطرافه إلى ما يملكه الغير، الذين هم كلُّ من يستفيد من توافر منافسة فعلية حرّة بالسوق كأفراد، أو السوق ذاته من منطلق حفظ النّظام العام، ويدور السبب في دائرة المحل من حيث أنّ يهدف الإتفاق إلى الإخلال بالمنافسة، الحدّ منها أو عرقلتها، ما من شأنه المساس باستقرار السوق الذي يترتّب عنه جملة من المعطيات التي يمكن أن تمسّ الأمن الاقتصادي للدولة في قطاع السوق المشمول بالإتفاق.¹

من تمّ فإنّ الإتفاق في قانون المنافسة كأصل لا يخرج عن الإتفاق المقرر في القواعد العامّة، من حيث أنّ لا قيّد لحرية الأفراد في إنشاء العقود على ألاّ تكون مخالفة للقانون بمفهوم عام، وعليه فالإتفاق باعتباره تحالف وتنسيق للجهود بين المؤسسات، وتبادل للمعلومات والخبرات لتطوير الإنتاج أو طرق التسويق، أو غيرها من أشكال التعاون بين المؤسسات، بما يخرج عن رغبة في المساس بالمنافسة، والعمل والسعي لتحقيق ذلك يخرج عن دائرة الإتفاق المحظور، إذ يتعلّق المنع بالإتفاقات التي يُمكن أن تشوّه المنافسة الحرّة.

فقانون المنافسة يسعى إلى الإحاطة بالواقعة التي يتبيّن عبرها نية الأطراف من الإتفاق، الذي يكون في حالات معينة مجرد تصرفات لمؤسسات داخل السوق ترتبط بهدف مشترك، سواء كانت التّصرفات واحدة أو مختلفة، تؤدي كلّها حال ارتباطها وتزامنها إلى المساس بطبيعة السوق، ومن تمّ نسبة الحرية المتاحة في محيطه، حيث يأخذ الإتفاق في قانون المنافسة مفهوماً اقتصادياً، زيادة على إطاره القانوني.²

هذا وأنّ الإتفاق يعني تعدد أطراف الواقعة القانونية، حيث أنّ التّصرفات الفردية لمؤسسة ما في غياب أيّ شكل من أشكال الإتفاق أو التواطؤ، لا يمكن بحال أن يخضع لنصّ المادة 6 من الأمر 03-03،³ وكذا في الحال التي يتمّ فيها الإتفاق مشوباً بعيب من عيوب الإرادة.⁴

فالإتفاق المحظور ممارسة جماعية مُقيّدة للمنافسة، يكون أطرافها مؤسسات متعدّدة، مستقلة تهدف لإقصاء المنافسين، باستخدام وسائل تُؤدي للحدّ من دخول السوق، وتقيّد ممارسة النشاط التجاري داخله.

على أنّ تعريف الإتفاق المحظور يتقاطع مع اتساع مجاله وشكله وأطرافه، وعدم سدّ المشرّع لهذه المسألة، وإلى حدّ ما غموض نصّ المادة 6 من الأمر 03-03 لتعدد المصطلحات التي وردت بها دون أن يكون لها دلالة قطعية متميزة بعضها عن بعض.

¹ G. DECOCQ, droit commercial, Dalloz, Paris, France, 3 éd, 2007, n 284.p.140.

² Michel PEDAMON, droit commercial, commerçant et fond de commerce, concurrence et contrat du commerce, Dalloz, Paris, 02éd, 2000, n460.p.408.

³ J. BUSSY, op.cit, p.345.

⁴ Véronique SELENSKY, ententes illicites, JCP, concurrence, consommation, 2010, Fasc.310, n221.p.290.

على أنه ورد فقهاً عدّة تعاريف للإتفاق المحظور: إذ عُرّف بأنّه: " كلّ تنسيق في السلوك بين مشروعين أو أكثر، أشخاصاً عامّة كانوا أم خاصّة طبيعية أو معنوية، أو أيّ إتفاق ضمني أو صريح، يرتبط بالنشاط الإقتصادي أيّاً كان الشكل الذي يتخذه هذا الإتفاق. سواء كان محله أو الآثار النّاجمة عنه من شأنها أن تمنع أو تُقيّد أو تحدّد من المنافسة، من خلال تحديد حجم الإنتاج في السوق، أو التّقسيم الجغرافي لذلك السوق، أو تحديد الأثمان بشكل مُفّعل لا يرجع لآليات العرض والطلب الحقيقيين، أو تمييز لبعض العملاء عن آخرين".¹

فيكفي لوجود الإتفاق المحظور أن يُقرّر الأطراف إتباع سياسة عامّة يُمكن لها أن تُقيّد المنافسة، دون التزامهم قانوناً، مع الاحتفاظ بحريّتهم في الإنسحاب من الإتفاق.²

وتنقسم الإتفاقات المحظورة إلى نوعين: حسب الطابع المباشر، أو غير المباشر لإثبات وقوعها:

أيّ إمكان إثبات إرادة أطرافها لارتكاب المخالفة، من عدمه، فترتبط الإتفاقات بالطابع الأوّل، بينما يرتبط بالطابع الثاني الممارسات التّواطئية، والتي هي من أشكال الإتفاقات المعروفة.

نتعرّض إلى كلاً النّوعين من الإتفاقات في إطار الضّبط المفاهيمي دون إسهاب:

أ- **الإتفاقات:** تضمّنها نصّ المادة 6 من الأمر 03-03، " تحظر... الإتفاقيات والإتفاقات الصّريحة أو الضّمنية..."، وتقع عادة ضمن الأشكال التالية:

1. **الإتفاقات الأفقية:** هي التحالفات والمفاهمات التي تحدّث بين المؤسسات التي تعمل على نفس المستوى من الهيكل الإقتصادي لنشاط ما، مثالها التحالفات التي تتمّ على مستوى الإنتاج، أو مستوى التّوزيع.³

وبهذا فإنّ المشروعات التي تقف على نفس المستوى الاقتصادي، كمنتجين لسلعة واحدة يمكن لأيّ إتفاق بينهم يتعلّق بخفض، أو رفع الأسعار مثلاً أن يُعيق الحركة العادية للسوق، ويؤدي إلى تقييد المنافسة داخله.⁴

2. **الإتفاقات العمودية:** هي التفاهمات التي تجمع أطرافاً من الفاعلين الاقتصاديين على مستوى مختلف من الهيكل الاقتصادي، كالاتفاقات التي تجمع منتج لسلعة ما بموزع لها.¹

¹ ياسر سيد الحديدي، عقد الفرنشيز التجاري في ضوء تشريعات المنافسة ومنع الممارسات الإحتكارية، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012، ص.216.

² M.MALAUURIE, droit de la concurrence interne et communautaire, ARMAND COLIN, 03 éd, 2005, p.306.

³ J. Bernard BLAISSE, droit des affaires, commerçant, concurrence, distribution, LGDJ, 05éd, 2000, n 769 p.393.

⁴ G.RIPERT, ROBLLOT, L.VOGEL, traité de droit commercial, LGDJ, 18 éd, 2001, t01, vol01, n 842, p.682.

عادة ما يكون الهدف من هذه الإتفاقات الحدّ من مرونة السوق، عبر استبعاد الفاعلين الصّغار في سوق سلعة معينة عبر كامل مراحل الدّورة الإقتصادية.²

3. **الإتفاقات العضوية:** هي إتفاقات ذات تنظيم خاص، إذ تتشكّل من المؤسسات المتنافسة ضمن كيان عضوي مُستقل، عن أطرافها المؤسّسة، مثل الشركات التّجارية والمدنية، بحيث يُمكن أن يكون الإتفاق المحظور في العقد التّأسيسي للشخص المعنوي الناشئ، أو يكون تصرفاً صادراً عن أجهزة التسيير بداخله.³

ب- **الممارسات التّواطئية:** يمكن تعريفها بأنّها إتفاقات تقوم بموجبها مؤسسات عن قصد، دون أن ترتبط قانوناً بإتباع قواعد مُشتركة للتّصرف، مُتخلفة بذلك طواعية عن استقلالها.⁴

هذا وأنّ العمل المدبّر نوع من أنواع التّنظيم المتفق عليه بين المؤسسات، رغم عدم وجود تكثّل أو جماعة، يتعمّد من خلاله أطرافه التعاون على حساب الحالة الطبيعيّة للمنافسة، بخلق وضعية لا تتماشى والسيّر الحسن للسوق.⁵

ورغم أنّ المادة 6 من الأمر 03-03، تنصّ صراحة على حظر الممارسات التّواطئية، بصيغة النّص " العمل المدبّر"، دون ضبط لأبعاد هذه الممارسة، إلّا أنّه يُفهم من النّص أنّ العمل المدبّر يشمل عنصرين:

- **عنصر مادي:** يتمثّل في الإخلال بالمنافسة من خلال تقاسم الأسواق، أو مصادر التّموين، أو عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق، بالنّسجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو انخفاضها.

- **عنصر معنوي:** يتمثّل في التّخلي عن سلطة إتخاذ القرار، والتصرّف المستقل بانتهاج نفس السلوك، بحيث يكون تمّ تجانس في التّصرفات بين أطراف الجماعة دون مبرر شرعي، بحيث لا يمكن تفسير هذا التجانس بوجود مصالح مُشتركة.

على أنّ مسألة إثبات وجود تواطؤ بمجرد الإستناد إلى توازي في السلوك والتّصرف أمر غير كاف بذاته، إذ يُمكن أن تُؤدي ظروف السوق إلى توافق في السلوك دون التخطيط لذلك،¹ وعلى هذا الأساس يجب إثبات وجود اتصالات بين المؤسسات.²

¹ J. Bernard BLAISSE, droit des affaires, commerçant, concurrence, distribution, op.cit, n 769, p.393.

² Véronique SELENSKY, Fasc., op.cit, n10, p.05.

³ Roger HOUIN et Michel PEDAMON, droit commercial, Dalloz, précis, Paris, 08éd1985, n389, p.473.

⁴ J. Bernard BLAISSE, droit des affaires, commerçant, concurrence, distribution, op.cit, n 849, p.688.

⁵ Hubert Orso GELLIRON, les contrats verticaux en droit communautaire et suisse de la concurrence, LGDJ, Bruxelles, études, 2004, p.109, 110.

يُمكن في سبيل إثبات ذلك الاعتماد على المذكرات والسجلات اليومية الخاصة بالمتعاملين أطراف العمل المدبر، وكذا اللقاءات العائلية والشخصية التي تجمع بين أفراد المؤسسات، وتذاكر السفر، وغيرها من وسائل المعاملات اليومية غير الرسمية، التي يمكن أن تدلّ على وجود تقارب مفاجئ بين مؤسسات طرف في الإتفاق أعقبه تغيير مفاجئ لحالة السوق.³

2. حالات الإستغلال التعسفي :

إنّ الإخلال بالسّير الحسن للسوق، والمساس بالمنافسة الحرّة داخله يتخذ أشكال متعدّدة زيادة عن تعدّد أشكال الإتفاقات، بحيث يُمكن أن يكون ناجماً عن القوّة الإقتصادية التي يتمتع بها العون الإقتصادي، وإنّ الحظر يطلّ هنا بموجب أحكام قانون المنافسة الإستغلال التعسفي لهذا الوضع.

بحيث يرجع لمجلس المنافسة، وهيئات الضبط القطاعية تحديد ما إذا كان عون ما في وضع مُمارسة تعسفية ناتجة عن الوضع والمكانة التي يحوزها، أم ناتجة عن السّير العادي للسوق دونما تأثير طرف معين لخلق توازنات جديدة في السوق مصطنعة لا تتوافق ولا يمكن أن يُفرزه السوق حال سيره العادي.⁴

قياساً بالأمر 03-03، نجد أنه تطرّق إلى هذه الممارسة التي تتّم عبر استغلال وضع مُهيمن في السوق (المادة 7 من الأمر 03-03)، وكذا الإستغلال التعسفي لوضعية التّبعية الإقتصادية (المادة 11 من الأمر).

نضيف في سياق الممارستين السابقتين ما تضمّنته المادة 12 من الأمر 03-03، المتعلّقة بممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي. نعرض لهذه الممارسات عرض بيان كالتالي:

أ- **التّعسف في الهيمنة على السوق:** تُعرّف الفقرة ج من المادة 3 من الأمر 03-03 وضعية الهيمنة بأنّها: " الوضعية التي تُمكن مؤسسة ما من الحصول على قوّة اقتصادية في السوق المعني. من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية

¹ "... حيث أنّ طبيعة تلك الممارسات التي تعتمد بالضرورة على الكتمان والمراكنة تجعل إقامة الحجة عليها أمراً عسيراً، ولا يمكن التّوصل إلى إثباتها في أغلب الحالات، إلّا باللجوء إلى القرائن التي يبرزها التّحقيق، حتى وإن لم تشكّل كلّ واحدة منها إذا أخذت لوحدها بمعزل عن البقية دليلاً قاطعاً على وجود عملية التفاهم..."، قرار مجلس المنافسة التونسي، صادر بتاريخ 2004/12/16، تحت رقم 4155، ص.33، يمكن الإطلاع عليه عبر الموقع الإلكتروني: www.arabruleoflaw.org، نظر بتاريخ: 2016/06/07.

² Con. Com. déc. n 00D-39 du 24/01/2001, confirmée sur ce point par la Cour d'appel de paris, arrêt du 13/12/2001, disponible sur le site : [http : www.economag.com/droit.de.la.concurrence](http://www.economag.com/droit.de.la.concurrence).

³ Marie Anne FRISON-Roche et Marie Stéphane PAYET, droit de la concurrence, Dalloz, Paris, 01éd, 2006, n 168, 169, p. 157,158.

⁴ E.COMBE, économie et politique de la concurrence, Dalloz, paris, 2005, p.225.

فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات مُنفردة إلى حدٍّ مُعتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيها.¹

وقد نصّت المادة 7 من ذات الأمر على بعض الممارسات التي يُمكن أن تتجسّد فيها حالة التّعسف في استغلال الوضع المهيمن.¹

نلاحظ أنّ ما يتعلّق بأغلب القصد من حال التّعسف الناتج عن وضعية هيمنة المنصوص عليها في نص المادة المشار إليها أعلاه، هو ذات المنصوص عليه فيما يخصّ الإتفاقات المحظورة في نص المادة 6 من الأمر 03-03.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنّه في فرض غياب الأثر السلبي على المنافسة رغم وجود استغلال لوضعية هيمنة، فإنّ هذه الحالة تخرج عن تطبيق قواعد قانون المنافسة إلى القانون 02-04،² الذي يبحث عن حالات التّعسف الناجمة عن تباين القوى بين أطراف العقد.

وتكون المؤسسة في وضعية هيمنة، عندما تمتلك القدرة الإقتصادية على إحداث تأثير محسوس على الأسعار أو على حجم العروض في السوق، ما يُمكنها من بناء إستراتيجية خاصّة بها دون أن يكون تمّ ردود فعل من المنافسين الآخرين الأمر الذي من شأنه التأثير على السّير العادي للمنافسة.³

ويُفَرِّز وجود مؤسسة ما في وضعية هيمنة استناداً لأسس موضوعية، تتعلّق بالتّصرفات التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة والتي تُؤدي بطبيعتها إلى التأثير على هيكل السوق الذي تكون فيه حدّة المنافسة ضعيفة نظراً لوجود المؤسسة المهيمنة، بما يُضيف وجود استغلال تعسفي من قبل المؤسسة لهذا الوضع حُصولها على منافع ما كانت لتحصل عليها حال وجود منافسة حقيقية.

فحيازة مؤسسة ما على هيمنة داخل السوق المرجعية سواء كانت هيمنة فردية أو جماعية ناتجة عن تبني موقف مشترك بين عدد من المؤسسات، أو ناتجة عن اندماج لمؤسسات، فإنّ

1 المادة 7 من الأمر 03-03 " يحظر كلّ تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:

- الحد من الدخول في السوق، أو ممارسة النشاطات التجاريّة فيها،
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التّسويق أو الاستثمارات أو التّطور التّقني،
- إقتسام الأسواق أو مصادر التّموين،
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتّشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار وانخفاضها،
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشّركاء التجاريين، ممّا يحرّمهم من منافع المنافسة،
- إخضاع إبرام العقود مع الشّركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو بحكم الأعراف التجاريّة."

2 قانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجاريّة، ج.ر رقم 41، الصادرة بتاريخ 27 يونيو 2004، المعدل والمتّم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15/08/2010، ج.ر رقم 46، الصادرة بتاريخ 18/08/2010.

3 B.GOLDMAN et Alyon-CAEN et VOGEL, droit commercial européen, précis Dalloz, 05 éd, 1995, p.412.

أثر وجود حالة الهيمنة يَنصَرَف إلى ما يَنْتَج عنها من استغلال للسوق بـحِيازَة سلطة سوقية تتيح تصرفات منفردة غير مبررة إلا بالشكل الذي يراد منه الاستحواذ على السوق.¹

هذا وكما هو الحال بالنسبة لموضوع الإتفاقيات، يُمكن الترخيص بوضعية الهيمنة بناءً على طلب يُقدِّمه العَون الإقتصادي إلى مجلس المنافسة، إذا رأى هذا الأخير أن هذه الوضعية لا تستدعي تدخله.²

ب- التّعسف في وضعية التّبعية الإقتصادية: عرّف المشرع وضعية التّبعية الإقتصادية على أنّها: "العلاقة التجارية التي لا يكون فيها لمؤسسة ما حلّ بديل مُقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرّضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبوناً أو مموناً."³

وبهذا فإنّ وضعية التّبعية الإقتصادية تنشأ في العلاقات الإقتصادية الرّأسية التي تكون بين أعوان اقتصاديين في مستويات مختلفة من العملية الإقتصادية، كالعلاقة بين مُنتج أو مُنتجين من ناحية، وبين موزع أو موزعين من ناحية أخرى.

وتتحدّد عناصر وضعية التّبعية الإقتصادية بناءً على التّعريف الذي تضمّنه قانون المنافسة، في ضرورة وجود علاقة تجارية بين مؤسستين أو أكثر، بحيث يكون لإبرام عقد من العقود أهمية كبرى بالنسبة لأحد الأطراف نظراً لعدم وجود حلّ بديل، يجعله إمّا أن يقبل شروط العقد أو يرفضها.⁴

هذا وأنّ إثبات قيام وضعية التّبعية الإقتصادية يتطلّب إثبات أنّ أحد الطرفين في العقد يَقع في مركز ضعف بالنسبة للطرف الآخر، ويَظهر ذلك من شروط العقد، أو من واقع الممارسة التجارية، وتُشير إلى أنّ قانون المنافسة للمجموعة الأوروبية لا يَعتبرُ وضعية التّبعية الإقتصادية من الممارسات المقيدة للمنافسة، نظراً لاهتمامه أكثر بغايات قانون المنافسة التي يُمثّلها في الحفاظ على السّير الجيد للسوق، وليس حماية المؤسسات الضعيفة اقتصادياً، بحيث لا يَبحُث عن تحقيق التوازن العقدي، أو الاقتصادي بين المؤسسات.⁵

وقد جاء نص المادة 11 من الأمر 03-03، مُحدداً بأمثلة حالات التّعسف الناتج عن استغلال لوضعية تبعية اقتصادية، تتعلّق معظمها بالأسعار، وشروط البيع التي تفرّضها المؤسسة المستغلّة لوضعية التّبعية الإقتصادية

¹ V.SELINSKY, abuse de domination, Fasc.315, Jurisclasseur commercial-concurrence-consommation, 1992, vol 02, n76, p.18.

² المادة 8 من الأمر 03-03، صدر تطبيقاً لنص هذه المادة، المرسوم التنفيذي رقم 05-175، المؤرخ في 2005/05/12، يحدد كليات الحصول على التصريح بعدم التدخّل بخصوص الإتفاقيات ووضعية الهيمنة على السوق، ج.ر رقم 35، الصادرة بتاريخ 2005/05/18.

³ المادة 3 فقرة (د) من الأمر 03-03.

⁴ Henri SOLUS et Ghestin JACQUES, les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées une dépendance économique, LGDJ, Paris, 1986, p.135-141.

⁵ Reinhard.YVES, Jean-Pascal CHAZAL, droit commercial, éd. litec, Paris, 2001, P.146.

على المؤسسة الخاضعة لهذه التّبعية، أو تلك الممارسات التي تُحدّد العلاقات التجاريّة بين الشركاء الإقتصاديّين.¹

ج - ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي: اعتبر المشرع بنص المادة 12 من الأمر 03-03 ممارسه أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي من الممارسات المقيدة للمنافسة، إذا أمكّن لها أن تؤدي إلى الحدّ من المنافسة في سوق معينة.² والمقصود بممارسة البيع بأسعار مُنخفضة يتمثّل: في كلّ فعل يقوم به عون اقتصادي، سواء بصفة مُنفردة أو جماعية يَنصبُ على السّعر، إذ يقوم بالتّعامل بأسعار تتحدّى كلّ منافسة تجعله هو الآخر يتحمّل نتائج الخسارة من خلال البيع بأقل من سعر التّكلفة الحقيقي.³ ويظهرُ التّعسف الذي يُصاحبُ هذه الممارسة من خلال قيام مؤسسة ما تتمتع بقوة اقتصاديه في السوق المعني بتخفيض الأسعار إلى ما دون سعر التّكلفة الحقيقي وإغراق السوق بذلك المنتج، والهدف من ذلك إزاحة المنافسين لاحتكار السوق والرّجوع بعد ذلك إلى السّعر العادي وهو الهدف الحقيقي من هذا الإجراء.⁴

وتتحدّد عناصر ممارسة أسعار بيع مُنخفضة في:

- وجوب عرض أسعار البيع بإعلانها أو إشهارها، أو ممارسة البيع بصورة فعلية،
- أن يكون هذا العرض موجها للمستهلكين، ومن تمّ تُستَبَعْدُ مثل هذه الممارسة أن تكون بين الأعوان الإقتصاديّين فيما بينهم،
- أن يكون السّعر المعروض منخفضاً فعلاً بالمقارنة مع كافة التكاليف المتعلّقة به،

1 تنص المادة 11 من الأمر 03-03: " يحظر على كلّ مؤسسة التعسف في إستغلال وضعيّة التّبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبوناً أو مموّناً إذا كان ذلك يخلّ بقواعد المنافسة.

يتمثّل هذا التعسف على الخصوص في:

- رفض البيع بدون مبرر شرعي،
- البيع المتلازم أو التمييزي،
- البيع المشروط باقتناء كميات دنيا،
- الإلتزام بإعادة البيع بسعر أدنى،

- قطع العلاقات التجاريّة لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجاريّة غير مبررة،
- كلّ عمل آخر من شأنه أن يقلّل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق."

2 المادة 12 من الأمر 03-03: " يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتّحويل والتسويق إذا كانت هذه العوض والممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتجاتها من الدّخول إلى السوق."

3 محمد تيورسي، مرجع سابق، ص. 231.

4 إلهام بوحلايس، الإختصاص في مجال المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة مولود عمري، تيزي وزو، 2004، 2005، ص. 27.

- أن تُؤدّي هذه الممارسة إلى تقييد المنافسة في السوق، سواء تحقق أثرها أو لم يتحقق.¹

ومع ذلك فإنّ هذه الممارسة قد يُرخص بها استثناءا عندما تقتض الظروف الاقتصادية ذلك، كما هو الحال بالنسبة لبيع السلع السهلة التلف تفادياً لخسائر أكبر أو في حالة تغيير النشاط الاقتصادي أو بيع السلع الموسمية... ولوجود مبرر شرعي.²

✓ ثانياً. التّجميعات الإقتصادية

لاشك أنّ اللّجوء إلى إنشاء التكتلات بين المشروعات في إطار ما يُعرف بعمليات التّركيز الاقتصادي،

يُعتبر عنصراً أساسياً في تحريك الإقتصاد الوطني وتمكينه من مواجهه تحديات المنافسة الأجنبيّة.³

غير أنّه يمكن أن تُؤدي عمليات التّجميع إلى إنشاء احتكارات خطيرة تقضي على المنافسة، لهذا تقضي المادة 17 من الأمر 03-03 بضرورة "وجوب" خضوع التّجميع الذي من شأنه المساس بالمنافسة لرقابة مجلس المنافسة.⁴

على أنّه تُشير إلى أنّ احتواء قانون المنافسة على فصل خاص بالتّجميعات الإقتصادية. ليس الهدف منه منع هذه التكتلات بقدر ما يهدف إلى تحسين تنظيمها بشكل لا يتعارض وقواعد المنافسة، على النّحو الذي يدعم آليات عمل السوق بما يُوافق تحقيق أكبر اندماج بين المؤسسات بشكل لا يعيق عمل وحركة المؤسسات الصّغيرة و المتوسطة، وبشكل عام دونما التّأثير على هياكل السوق الأساسية التي تضمن التوازنات بين المؤسسات بصرف انتمائها للقطاع الخاص، أو القطاع العام.⁵

¹ J.BERNARD BLAISE, droit des affaires manuel commerçants, concurrence, distribution –L.G.D.J, éd Delta, 1999, p.429 ; F. ALLOUI, l'impact de l'ouverture du marché sur le droit de la concurrence, mémoire en vue d'obtention du diplôme de magistère en droit des affaires, Université Mouloud Mammeri, TIZI-OUZOU,2010-2011,p.72.

² محمد تيورسي، مرجع سابق، ص. 233.

³ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص. 23.

⁴ المادة 17 من الأمر 03-03 " كلّ تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، ولاسيما بتعزيز وضعيّة هيمنة مؤسسة على سوق

ما، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبيّن فيه في أجل 3 أشهر."

⁵ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص. 234.

ولم يُعرّف المشرّع التّجميع الاقتصادي على خلاف ما فعل مثلاً: بشأن وضعيّة الهيمنة والتّبعيّة الاقتصاديّة.

وإنّما بيّن الحالات التي تكون فيها بصدّد تجميع إقتصادي بموجب نصّ المادة 15 من الأمر 03-03¹.

في حين أنّ المادة 11 من الأمر 06-95 المتعلّق بالمنافسة (ملغى) كانت أقرب إلى صياغة مفهوم عام للتّجميعات الاقتصاديّة منها لبيان الحالات التي يكون فيها بصدّد تجميع².

حيث أنّه وبنظر نصّ المادة 11 السالفة الذّكر، يَسْتَبِين تعريف مُزدوج للتّجميع الإقتصادي، يتضمّن الوسيلة والنتيجة من عملية التّجميع في أن.

بحيث يعني ذلك توسيع من دائرة التّجميعات التي تخضع للرقابة، فبخصوص الوسيلة فإنّه يُراد بها الطريقة القانونيّة التي تتم بها عملية التّجميع مثل: دمج المؤسسات، شرائها، أو أيّ عملية يَنْتَجُ عنها نقل للملكية أو حق الإنتفاع، بما يقابل إستبعاد التّركيز الناجم عن النّمُو الداخلي للمؤسسة كذلك دونما أيّ إشارة للإجراءات الشكلية المتعلّقة بعملية التّجميع، ما يجعل التّجميع قائماً في الحالات التي تتخلّى فيها مؤسسة عن حقوقها وسلطة قرارها لفائدة مؤسسة أخرى سواء كلاً أو جزءاً.

أمّا بالنّسبة إلى النتيجة من التّجميع فينصرف إلى سعي المؤسسة إلى اكتساب سلطة رقابة على مؤسسة أخرى، ما يجعل هذه الأخيرة في حالة تبعيّة، غير مُقترنة بالمفهوم

1 " يتمّ التّجميع في مفهوم هذا الأمر (03-03) إذا:

- 1- اندمجت مؤسستين أو أكثر كانت مستقلّة من قبل،
 - 2- حصل شخص أو عدّة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسه على الأقل، أو حصلت مؤسسة أو عدّة مؤسسات على مراقبة مؤسسة أو عدّة مؤسسات أو جزء منها، مباشرة أو غير مباشرة عن طريق أخذ أسهم في رأس المال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة، أو بموجب عقد أو بأيّ وسيلة أخرى،
 - 3- أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة إقتصاديّة مستقلّة."
- 2 المادة 11 من الأمر 06-95 المتعلّق بالمنافسة (ملغى): " كلّ عقد كيفما كان شكله إذا كان يقضي بتحويل الملكية أو الإنتفاع فيما يتعلّق بمجموع أو بعض ممتلكات منشأة وحقوقها والتزاماتها أو عندما يكون الغرض منه أو يترتب عنه تمكين منشأة أو مجموعة منشآت من ممارسة نفوذ حاسم على واحدة أو أكثر من المنشآت الأخرى، بصفة مباشرة أو غير مباشرة؛" بهذا نجد أنّ المشرع عبر هذا التعريف تبنى تعريفاً مزدوجاً للتّجميع الإقتصادي أشار فيه إلى الوسيلة، والنتيجة من عملية التّركيز في أن، وهو تعريف يؤدي إلى توسيع دائرة العمليات التي تخضع للرقابة، فبخصوص الوسيلة يظهر أنّ المقصود بها الطريقة التي يتمّ بمقتضاها التّركيز مثل دمج المؤسسات أو شرائها من قبل مؤسسات أخرى، أي جميع العمليات التي ينجز عنها نقل الملكية، أو حق الإنتفاع أو جزء منها، حيث استبعد نصّ المادة التّركيز الناجم عن النّمُو الداخلي للمؤسسة طالما قد اشترط نقلاً لحق عيني من مؤسسة لأخرى، كما لم يفض إلى التّية من عملية التّركيز، حيث اكتفى بعنصر نقل الملكية أو حق الإنتفاع أو جزء منها ليتقرر وجود التّجميع دون أيّ اعتبارات شكلية، أمّا عن المقصود من التّجميع فهو حسب المادة، اكتساب مؤسسة ما سلطة رقابة على مؤسسة أخرى، بحيث تمارس إحداهما سلطة حاسمة على الأخرى.

القانوني المؤسس على الروابط الشكلية وإنما يتعداه إلى المفهوم الإقتصادي الذي يعكس ممارسة فعلية لحالة التبعية بين مؤسسة وأخرى.

ويمكن تعريف التجميع الإقتصادي بأنه: ظاهرة اقتصادية تتمثل في تجميع أو تركيز مؤسسات اقتصادية، وإنشاء وحدات اقتصادية ضخمة بغرض السيطرة، والتحكم في النشاط الاقتصادي بحيث يؤدي وجوده إلى تغيّر في بنية وتركيب السوق، وزوال استقلالية الأعوان الاقتصاديين¹، أو أنه ظاهرة اقتصادية تتّم بنمو حجم المؤسسات من جهة، وانخفاض عدد المؤسسات التي تعمل في السوق من جهة أخرى².

وحيث أنّ التكتلات الاقتصادية من أبرز سمات الأحداث الاقتصادية المعاصرة باعتبارها الوسيلة المثلى لتحقيق وحدة الإقتصاد العالمي والرفع من القدرة التنافسية وزيادة الكفاءة الاقتصادية فإنّ حظر التجميعات لا ينصرف إلى ذات التجميع، إنّما إلى: " كلّ تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، سيما إذا كان من شأنه تعزيز وضعيّة هيمنة مؤسسة على سوق ما..."³

على هذا الأساس فإنّ عملية مراقبة التجميعات الاقتصادية، تُعدّ إجراءً وقائياً يهدف إلى تجنّب مخاطر تقييد المنافسة التي تقلّص عدد المتعاملين الإقتصاديين، وقد تُؤدي في حين إلى إنشاء وضعيات هيمنة على السوق بما يعوق نمو المؤسسات الخاصّة، ويفرض تنافسية شديدة على القطاع العام كما قد يرهن في حال آخر الطلب العمومي بالسيولة المالية لكبرى المؤسسات التي قد تُعرض إلى رفع تكلفة الاقتناء العمومي، والسيطرة على الطلب العمومي⁴.

فحماية توازنات السوق من كلّ ما من شأنه تقييد المنافسة يستدعي تدخل الدولة لفرض الرقابة على التجميعات، نظراً لما قد ينتج عن الحرّية في إنشاء التجميعات من تقييد لحرّية المؤسسات الأخرى في الإنخراط في السوق، سيما في الحال الذي يكون الهدف من إنشاء التجميع تقييد المنافسة عبر التحكم في منافذ السوق. إذ على الهيئة المكلفة بمنح الترخيص بالتجميع أو رفضه مراعاة الظروف الاقتصادية التي تُفضي إلى اتخاذ القرار المناسب بما يخصّ وضعيّة التجميع وتأثيره على الوضع السائد بالسوق.

1 ديب محمّد، أثر الممارسات المخالفة للتجارة على فاعلية حماية المستهلك، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 16، شهر فبراير 2014، ص. 292، 293.

2 لينا حسن ذكي، قانون حماية المنافسة ومنع الإحتكار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص. 254.

3 المادة 17 من الأمر 03-03.

4 Règlement (C.E) n 139/2004 du conseil du 20/01/2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprise (les règlements C.E sur les concentrations), disponible sur : www.eur-lex.europa.eu/http/data.europa.eu/eli/reg/2004/139/oj. Date de visite : 06/06/2016.

فيخضع التّجميع لعملية مراقبة من طرف مجلس المنافسة بناء على نص المادة 17 من الأمر 03-03 قصد التّأكد من مدى مطابقته لقواعد المنافسة، ضمن ما حدده نص المادة 18 من ذات الأمر.¹

ويمكن لمجلس المنافسة طبقاً لنص المادة 19 من الأمر 03-03 أن يُرخص بالتّجميع، كما يمكن للحكومة أن تُرخص التّجميع الذي كان محلّ رفض من مجلس المنافسة، وفق ما تقضي به المادة 21 من ذات الأمر، كما أنّ المادة 21 مكرر تبعا للقانون 08-12 المعدّل للأمر المشار إليه، ألغيت الحدّ المنصوص عليه في المادة 18 من الأمر 03-03 بالنسبة للتّجميعات التي تتوافر فيها الإعتبارات التي وردت في نص المادة، على أنّه لا يستفيد من هذا الحكم إلاّ التّجميعات التي كانت محلّ ترخيص مجلس المنافسة.

الفرع الثاني: المضمون الشكلي لقانون المنافسة.

ما يميّز قانون المنافسة أنّ جزءاً من مواده مكرّس للجانب الشكلي، ما تعلق منه بالإجراءات أو الأجهزة التي أسند إليها مهمة السّهر على حسن تطبيق المقتضيات الموضوعية المشار إليها سابقاً، فضلاً عن إحالته على القوانين الإجرائية الأخرى.² إذ تطرح مسألة متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع الإجراءات القانونية التي تُعنى بالبحث والتّحري عن مدى توقّر الأدلّة الكافية لإثبات وقوع الممارسات المحظورة وفق مفهوم قانون المنافسة.

على هذا الأساس نتطرّق بالقدر الذي نراه مناسباً إلى الحماية المؤسّساتية والإجرائية للمنافسة كالآتي:

✓ أولاً. الحماية المؤسّساتية للمنافسة:

انصرفت نية المشرع أثناء إعداد الأحكام التّشريعية والتنظيمية المتعلقة بقانون المنافسة، ضمن الجانب الإجرائي والموضوعي على السواء، إلى صياغتها بكيفية تجعلها تأخذ عين الاعتبار ضغوطات المنافسة التي يفرضها إنفتاح الاقتصاد على المبادلات الدولية وتحديثها وتكييفها مع القواعد المطبّقة عالمياً. وتخصيص جهاز يتمتع بالخبرة والكفاءة من أجل تطبيق تلك القواعد، بما لا يؤدي إلى عرقلة حرّية المؤسسات وبما يحفظ النّظام العام الاقتصادي والحرّية الاقتصادية.³

نوجز الآليات المؤسّساتية التي أوكلت إليها هذه المهمة فيما يلي:

¹ المادة 18 من الأمر 03-03 " تطبق أحكام المادة 17 أعلاه، كلما كان التّجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة."

² محمد تيورسي، مرجع سابق، ص.325.

³ المشروع التّمهيدي لقانون المنافسة (الأمر 03-03)، عبر الموقع الإلكتروني لمجلس الأمة :

نظر بتاريخ 2016/06/06، 03-03، www.Majliselouma.dz/textes/jod/files/03-03

1. **مجلس المنافسة:** أُستحدث هذا المجلس بموجب الأمر 06-95، وتطوّر مع تطوّر التشريعات المتعلقة بالمنافسة حيث يُعتبر جهاز متخصص في مراقبة السير الحسن والفعال للمنافسة في السوق وأداة قمع للممارسات التي تُعرقها، وهو طبقاً لنصّ المادة 23 من الأمر 03-03 سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية القانونية والإستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة، وبهذا تُعتبر أعماله وقراراته إدارية يتجسّد من خلالها الحق في ممارسة صلاحيات السلطة العامّة.¹

ويختلف مجلس المنافسة عن السلطات الإدارية التقليدية في أنّه لا يخضع لأيّ رقابة إدارية أو وصائية، كما لا يخضع لمبدأ التدرج الهرمي الذي تتميز به الإدارة والهيكل المكونة لها.²

ويضطلع مجلس المنافسة بدور قمعي وضبطي في مجال القضايا المرتبطة بالمنافسة، ويُباشِر عدد من الإختصاصات التي ترتبط بمكانته كجهاز لحماية المنافسة.³

وعلى اعتبار أنّه سلطة إدارية بمقتضى نصّ المادة 23 من الأمر 03-03، معدّلة بمقتضى القانون 12-08 (المادة 9 منه)، فإنّ الطّعن في قراراته باعتماد المعيار العضوي في توزيع الإختصاص يؤوّل لجهة القضاء الإداري.

على أنّ المادة 63 من الأمر 03-03 تخالف قواعد الإختصاص، وتعدّد الطّعن في قرارات مجلس المنافسة لمجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية.

بهذا يكون المشرع خرج عن قواعد الإختصاص التّوعوي ولم يتقيّد بالمعيار العضوي المكرّس في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فنكون أمام ازدواجية في تطبيق معايير الإختصاص القضائي.

هذا ما يجعلنا نتساءل عن إمكان أيول صفقة عمومية محل ممارسات مقيّدة للمنافسة لسلطة مجلس المنافسة، ومن تمّ يكون القرار الصّادر عن المجلس بشأن صفقة عمومية محل ممارسات مقيّدة للمنافسة، محل طعن أمام جهة القضاء العادي؟

2. **هيئات الضبط القطاعية:** إنطلاقاً من النصوص المنظّمة لمختلف سلطات الضبط القطاعية، يكون لهذه الأخيرة مجال إختصاص مُحدّد لسوق قطاعية

1 محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات الإحتكارية وفقاً للأمر 03-03، والقانون 02-04، منشورات بغدادية، 2010، ص.65.

2 سميرة حدري، السلطات المستقلة وإشكالية الإستقلالية، مجلة الإدارة، مجلد 19، عدد 38، 2009، ص.10،09.

3 المادة 34 من الأمر 03-03، هذا وتعرف المادة 3 من ذات الأمر الضبط بأنّه: " كلّ إجراء أيّاً كانت طبيعته، صادر عن هيئة عمومية يهدف بالخصوص إلى تدعيم وضمّان قوى السوق، وحرية المنافسة، ورفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إليها وسيرها المرن، وكذا السماح بالتوزيع الإقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أعوانها..."، هذا ويظهر الدور الضبطي لمجلس المنافسة أيضاً من خلال عدد من الإختصاصات من بينها الترخيص بعمليات التجميع الإقتصادي، وكذا ممارسة الضبط من خلال الإعفاءات والتصريح بعدم التدخل، وكذا إجراءات العفو من خلال إرتباط إتخاذ الأوامر بالتعهدات الملتمزم بها من طرف المؤسسات المخالفة لأحكام قانون المنافسة، وعموماً بما يقضي به نصّ المادة 60 من الأمر 03-03.

تُشرف عليها، وهذا خلاف مجلس المنافسة الذي يضطلع بالتأطير الأفقي لجميع الأسواق، أي بما فيها تلك التي تدخل في اختصاص الهيئات القطاعية.¹

هذا وتعتبر السلطات الإدارية المستقلة (هيئات الضبط القطاعية) هيئات مراقبة لقطاع معني، وحتى يتسنى لهذه الأخيرة أداء مهامها في ضبط السوق خولت إليها الإختصاصات التي كانت في السابق للإدارة التقليدية، مثل بعض الصلاحيات المخولة إلى وزير المالية في المجال المصرفي التي تعود حالياً لاختصاص مجلس النقد والقرض.

إذاً حدث نقل لمراكز ممارسه السلطة التنظيمية وتوزيعها ما يجعل من هذه الهيئات القطاعية مثار للجدل فيما يتعلّق بمطابقتها للدستور.² وهذا ما يبرز إيجاد نوع جديد من المؤسسات لإدارة التعايش بين القطاعين العام والخاص، في ظلّ تفعيل لآليات المنافسة وتحرير العمل الإقتصادي، على خلفية انسحاب الدولة من عدد من القطاعات الإقتصادية لفائدة الفاعلين الخواص، بما استوجب ضبط النشاط الإقتصادي، خاصة في ظلّ عدم قدرة المحاكم على مسايرة سرعة وكثافة النمو والممارسة الإقتصادية، وكذا النزوع نحو رفع الوصف التجريمي للممارسات المرتبطة بالأنشطة الإقتصادية بما يضمن الإنسجام وقواعد حرية المنافسة، وبما يضمن أيضاً حرية المؤسسات في الممارسة الإقتصادية في ظلّ احترام قواعد النظام العام الإقتصادي.

هذا وترتبط هيئات الضبط القطاعية بمجلس المنافسة، في إطار تنسيق وتكامل الأدوار التي تضطلع بها الهيئات في مجال الضبط الاقتصادي، ويظهر ذلك من خلال:

- إستشارة مجلس المنافسة للهيئة القطاعية المعنية لإبداء الرأى، عندما يتعلّق الأمر بقضية تدخل في نطاق النشاط الموضوع تحت رقابة هذه الأخيرة.³
- التحقيق من طرف مجلس المنافسة، بالتعاون مع هيئة الضبط بخصوص القضايا التي تدخل ضمن اختصاصها.⁴
- علاقات التعاون والتشاور، وتبادل المعلومات بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط.⁵

3. **الضبط القضائي:** بغية القضاء على كلّ ممارسة من شأنها المساس بالسّير العادي للسوق. منح المشرع الهيئات القضائية صلاحيات تطبيق قانون المنافسة كون حماية المنافسة ضرورة حتمية لتدعيم الإقتصاد.

¹ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص. 232، 233.

² وليد بوجملين، سلطات الضبط الإقتصادي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص. 17، 18.

³ المادة 01/39 من الأمر 03-03.

⁴ المادة 03/50 من الأمر 03-03.

⁵ المادة 02/39 من الأمر 03-03.

على أن تحقيق هذه النتيجة لن يكون بالاعتماد المطلق على سلطات مجلس المنافسة في هذا المجال، لذا كان من الضروري منح القاضي العادي سلطة تدخّل للتصدي للممارسات المنافسة للمنافسة تتحدّد وفق الصّلاحيات المخوّل بها لمجلس المنافسة ضمن حدود المشروعية ما يجعل خضوع قراراته للرقابة القضائية أمراً منطقياً.¹

فيمتدّ التطبيق القضائي لقواعد المنافسة إلى الجهات العادية من خلال الإختصاص الممنوح للغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة للنظر في الدعاوى المرفوعة ضدّ قرارات مجلس المنافسة فيما يتعلّق بالممارسات المقيدة للمنافسة. هذا ولجهات القضاء العادي حقّ نظر الدعاوى المرفوعة إليها طبقاً للقواعد العامّة ووفق ما تقضي به المادة 124 من القانون المدني.²

أمّا بالنسبة للجهات القضائية الجزائرية نجد أنّ المادة 173، 172 من قانون العقوبات، تضيّ التّجريم على المضاربة غير المشروعة في الأسعار حيث يُمكن أن تكون هذه المضاربات شكل من أشكال الاتفاقات، بأن تتفق مؤسسات على ترويج أخبار كاذبة ومُعرضة في السوق حول سلعة منافس ما بغرض استبعاده.³

هذا و يبقى الغالب أنّ المخالفات المتعلّقة بقواعد المنافسة لا يُمكن وسمها بطابع جنائي لتناقض ذلك ومبادئ حرّية المبادرة إلّا ما جرّم بنص، ومع احتمال وجود قرارات أو عقود إدارية خاضعة للقانون العام تمسّ بنظام المنافسة يكون للقضاء الإداري إختصاص النّظر في مشروعية عمل إداري، على مقارنة بنصوص قانون المنافسة.⁴

هذا فضلاً عن إختصاص مجلس الدولة في نظر الدعاوى المقدمة إليه بشأن التّجميعات.⁵

✓ ثانياً. الحماية الإجرائية للمنافسة:

يُعتبر المرسوم الرئاسي رقم 96-44،⁶ بمثابة القانون الإجرائي للأمر 03-03، بحيث لا يتميز كثيراً عن القوانين الإجرائية الأخرى سواء من حيث اعتماد مبدأ الوجاهية بين

¹ ظريفة موساوي، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق قانون المنافسة، مذكرة ماجستير، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص.02، 03.

² المادة 124 من القانون المدني: " كلّ عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتّعويض."

³ J.GAQES BILOLAY, tarifaire et pratiques relatives aux prix, actions prohibées sur le niveau des prix, Juris-Classeur commercial, concurrence, consommation, 2009, Fasc.287, n10, p.04.

⁴ إلهام بوحلايس، مرجع سابق، ص.82.

⁵ المادة 03/19 من الأمر 03-03.

⁶ مرسوم رئاسي رقم 96-44 مؤرخ في 17/01/1996، يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة، ج.ر رقم 05، الصادرة بتاريخ 1996/01/21.

الخصوم أو احترام حقوق الدفاع المكرسة بنص الدستور.¹ كذا من حيث طرق ومواعيد الطعن في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة، وكذا المسائل المرتبطة بتنظيم سير أعمال المجلس.²

نعرض إلى جانب من آليات عمل مجلس المنافسة تراتبياً كالآتي:

1. **إخطار مجلس المنافسة:** يُعدّ الإخطار الإجراء الأوّل الذي تنطلق به الإجراءات الإدارية أمام مجلس المنافسة، وهو لا يخصّ إلاّ الوقائع التي لا تتجاوز ثلاث سنوات.³

ويكون الإخطار من قبل الأشخاص المؤهلين بذلك بحيث يختصّ مجلس المنافسة بتقدير ما إذا كان الإخطار مستوفياً للشروط الشكلية والموضوعية التي يفرضها القانون، ويكون الإخطار طبقاً لنص المادة 01/44 من الأمر 03-03 من قبل الوزير المكلف بالتجارة، كما يمكن أن ينظر مجلس المنافسة تلقائياً في القضايا التي يرى أنّها تمسّ بالمنافسة، أو أن يكون بإخطار من قبل المؤسسات، أيّ الأعوان الاقتصاديين (شخص طبيعي، أو معنوي).

كما يكون الإخطار طبقاً لإحالة المادة السابقة من الهيئات المذكورة في الفقرة 2 من المادة 35 من الأمر 03-03، مع اشتراط توافر المصلحة.⁴

هذا وترفع الدعوى أمام مجلس المنافسة بمقتضى عريضة مكتوبة موجهة لرئيس المجلس في أربعة(4) نسخ مع الوثائق الملحقة بها بواسطة رسالة موصى عليها مع العلم بالوصول، أو من خلال إيداعها مباشرة لدى مصلحة الإجراءات مقابل وصل استلام، وقد نظم هذه المسائل المواد من 15 إلى 18 من المرسوم الرئاسي رقم 96-44.

2. **إجراء التّحقيق:** بعد إخطار مجلس المنافسة من طرف الأشخاص المؤهلة بذلك، تبدأ مرحلة التّحقيق والتّحري في الوقائع المرفوعة إليه، حيث تنصّ المادة 34 من الأمر 03-03 على: " يمكن لرئيس المجلس أن يطلب من المصالح

1 المادة 39 من الدستور، "الدفاع الفرديّ أو عن طريق الجمعيّة عن الحقوق الأساسيّة للإنسان وعن الحرّيّات الفرديّة والجماعيّة، مضمون."

2 تطبيقاً لأحكام المادة 31 من الأمر 03-03 صدر المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المؤرخ في 10/07/2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، ج.ر رقم 39 الصادرة بتاريخ 13/07/2011.

3 المادة 04/44 من الأمر 03-03 " لا يمكن أن ترفع إلى مجلس المنافسة الدعوى التي تتجاوزن مدّتها ثلاث(03) سنوات إذا لم يحدث بشأنها أيّ بحث أو معاينة أو عقوبة."

4 المادة 01/44 من الأمر 03-03 " يمكن أن يخطر الوزير المكلف بالتجارة مجلس المنافسة...أو بإخطار من الهيئات المذكورة في الفقرة 02 من المادة 35 من هذا الأمر، إذا كانت لها مصلحة في ذلك"، والهيئات المذكورة في المادة 02/35 من الأمر 03-03 هي: الجماعات المحليّة، الهيئات الإقتصاديّة والماليّة، المؤسسات والجمعيّات المهنيّة والنقابيّة، جمعيّات المستهلكين، بالإضافة لكلّ شخص متضرر من ممارسة مقيّدة للمنافسة طبقاً للمادة 48 من ذات الأمر.

المكّفة بالتحقيقات القيام بالمراقبة أو التحقيق أو الخبرة في المسائل المتعلقة بالقضايا المدروسة.¹

والموظفين المؤهلين للقيام بالتحقيقات طبقاً للمادة 50 من الأمر 03-03 هم المقررون دون سواهم،¹ إذ يقوم المقرر بالمعينة وفحص كلّ الوثائق الضرورية للتحقيق في القضية المكّفة بها دون أن يُمنع من ذلك بذريعة حفظ السرّ المهني.²

ويقوم بعد ذلك بتحرير تقرير أولي كما فصلت في ذلك المادة 52 من الأمر 03-03، وعند اختتام التحقيق يودع المقرر تقريراً مُعللاً لدى مجلس المنافسة طبقاً لنص المادة 54 من الأمر 03-03، حيث يُكّف رئيس مجلس المنافسة بتبليغ التقرير إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكّف بالتجارة وفق ما نصت عليه المادة 55 من الأمر 03-03.

3. جلسات مجلس المنافسة: بالرجوع إلى النظام الداخلي لمجلس المنافسة نجد أنّ جلساته مؤطرة، بمانصت عليه المواد من 24 إلى 28 من النظام الداخلي للمجلس.

إذ يتولى رئيس المجلس تحديد رزنامة الجلسات وجدول أعمال كلّ جلسة، ويرسل جدول الأعمال مصحوب باستدعاء قبل ثلاثة (3) أسابيع من انعقاد الجلسة إلى كلّ من: أعضاء المجلس، الأطراف المعنية، المقررين المعنيين، وممثل الوزير المكّف بالتجارة. هذا وأنّ موضوع الجلسات يتعلّق بالمخالفات المنصوص عليها في المادة 02/44 من الأمر 03-03 والمتعلّقة بمخالفة نصوص المواد من 6 إلى 12 من ذات الأمر.

4. المقررات والآراء: يتمتع مجلس المنافسة بسلطة اتخاذ مقررات تتضمن عقوبات مالية،³ قصد ردع الممارسات المناهضة للمنافسة. حيث يُمارس المجلس هذه السلّطة في إطار النّص القانوني المحدّد لها.

هذا وأنّ الجزاءات التي تُوقّع من قبل الهيئات الإدارية المستقلة، لا تخالف في شيء مبدأ الفصل بين السلّطات، فهي تعبّر عن ممارسة قانونية ومباشرة لامتياز السلّطة العامّة، في إطار احترام الحقوق والحريّات الدستورية المضمونة سيما حقوق الدفاع، إذ نجد أنّها

¹ هذا عكس ما كان مقرراً في الأمر السابق (القانون 95-06 المتعلّق بالمنافسة)، حيث نصت المادة 78 من على إختصاص وأهلية عدد من الموظفين بمجلس المنافسة للقيام بالتحقيقات، علاوة على ضباط وأعوان الشرطة القضائية، و التّحديد كما جاء في الأمر 03-03 للمؤهلين بمباشرة التحقيقات، ينصرف إلى رفع التّجريم عن القضايا المرتبطة بالمنافسة، والمسائل الإقتصادية بوجه عام إلا ما تبث بصريح النّص.

² المادة 01/51 من الأمر 03-03 " يمكن المقرر القيام بفحص كلّ وثيقة ضرورية للتحقيق في القضية المكّفة بها دون أن يمنع من ذلك بحجة السرّ المهني."

³ المادة 45، والمواد من 56 إلى 62 من الفصل الرابع من الأمر 03-03، تحت عنوان: العقوبات المطبقة على الممارسات المقيدة للمنافسة والتّجميعات.

مراعاة سواء في مرحلة التّحقيق في الممارسات المخالفة للمنافسة،¹ وكذا في مرحلة الفصل في القضية المتابعة.²

إلا أنّ حضور المقرر في أشغال المجلس وإن لم يكن له الحق في التّصويت،³ يُعدُّ انتقاص من حقوق الدّفاع لأنّ من مقتضيات المحاكمة العادلة، الفصل بين مرحلة التّحقيق التي يضطلع بها المقرر، ومرحلة الحكم التي تعود لأعضاء المجلس، وهذا ونضيف أنّ الأمر 03-03 استحدث ما يُعرف بإجراء التّدخل في الدعوى طبقاً لما هو مُقرر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.⁴

المطلب الثاني: أهداف قانون المنافسة.

إنّ صدور قانون المنافسة كان مرتبطاً بتفعيل المنافسة وحماية المستهلك من الإحتكار وخلق البيئة الملائمة لرفع تنافسية السوق المحلية، في إطار التّحول في شكل التسيير للدولة وانقلاب في تصورات وفهم لتدخلات الدولة بشكل عام ضمن كامل الحريات، وبشكل خاص ما يتعلّق بالحريّات الإقتصادية، على الشاكلة التي تمنح التوازن والإنسجام لوضع الدولة في وسط إقليمي ودولي مُتغير تتعدّد فيه سبل التّمنية التي تكون مرهونة بحركة رأس المال ضمن الأسواق التي تستجيب لمتطلبات السوق الحديثة التي تدعم المنافسة وتفتح سياق واسع لحركة المؤسسات داخلها.

إنّ قولبة قانون المنافسة وفق التّغيرات التي عرفها مسار التاريخ الإقتصادي جاء مُتسقاً للحاجة لاستقطاب الاستثمار الأجنبي عبر الضمانات التي يمنحها قانون المنافسة للأعوان الإقتصاديين على قدم المساواة، دفعاً لتعزيز المزاحمة السوقية والتأكيد على الفاعلية في توظيف الموارد، والعدالة في النفاذ إلى الأسواق رفعا لكفاءة الإقتصاد.

على أنّ التّطرق إلى دراسة أهداف قانون المنافسة يدفعنا إلى التمهيد لذلك يبحث الدّوافع التي ساقّت إلى تبني خيار المنافسة في السوق الوطنية.

نستعرض هذه المسائل عبر ثلاث فروع كالاتي:

الفرع الأوّل: أسباب تبني خيار المنافسة في السوق الوطنية.

يُمكن أن نخلص إلى حقيقة أنّ المنافسة تُمثّل لاجباً أساسياً في حراك الإقتصاد العالمي، ولا يُمكن تصوّر إقتصاد سوق بغير آليات للمنافسة كما أنّ السوق الوطنية في إطار البُعد الإقليمي والعالمي، لا يمكنها الإتران إلاّ بالانخراط والإنقياد نحو المتطلبات التي تُعرفها وتتطلّبها المجموعة الدولية في الشأن الإقتصادي.

1 المواد من 52 إلى 55 من الأمر 03-03.

2 المادة 30 من الأمر 03-03.

3 المادة 26 من الأمر 03-03.

4 المادة 68 من الأمر 03-03.

فانطلاقاً من الدستور الذي أسس لمعالم النظام الاقتصادي من جهة، وكذا اتجاه الإقتصاد العالمي نحو التدويل، كان من الطبيعي أن تنعكس كل هذه التحولات في المجال الاقتصادي، خاصة ما تعلق بمسائل المنافسة على التشريع الوطني ما تُرجم فعلاً في قانون المنافسة، والقوانين الاقتصادية الأخرى.¹

على هذا الأساس يُمكن إيعاز تبني خيار المنافسة في الجزائر، عبر نص الأمر 03-03، وقبله القانون 95-06 المتعلقين بالمنافسة، إلى جملة من الأسباب نعرض إلى أهمها:

- الإصلاحات الاقتصادية الجزرية التي شرعت بها الجزائر ابتداء من سنة 1988، بعدما تَبَثَّ عجز المؤسسة العامة عن تحقيق الأهداف التنموية المنوط بها نظراً، إلى معدلات الإنتاج المتدنية.

- العجز المستمر في الميزانية، و تحمّل الخزينة العمومية عبئ دفع ديون المؤسسات بشكل مستمر.²

- قناعة المؤسس الدستوري بضرورة الانتقال من التشريع التوجيهي لسلوك المتعاملين الإقتصاديين بدقّة وشمولية، إلى تشريع ليبرالي لايعنى سوى بتنظيم الحدود التي يُمارس في نطاقه النشاط الاقتصادي.³

- الإلتزامات الدولية التي باشرت بشأنها الجزائر محادثات متأخرة مقارنة بدول الجوار، خاصة ما يتعلّق بقطاع الشراكة الأورو متوسطية، ومساعي الإنضمام إلى منظمة التجارة العالمية، وحاجة السوق الوطنية إلى استقطاب الاستثمار الأجنبي خارج قطاع المحروقات.

- كلّ ذلك يَدخلُ في حيز الضمانات التي يجب أن تُقدّمها السوق الوطنية للمتعامل الإقتصادي وطني كان أو أجنبي، حيث أنّ وجود قانون المنافسة وفق المعايير الدولية الدنيا منها على الأقل يُعدّ أحسن ضمان لكل متعامل في حرّية النفاذ إلى السوق الوطنية، و ضمان الحماية من مخاطر المنافسة غير الأخلاقية عبر خلق بيئة آمنة وسليمة إقتصادياً يُحكّم فيها القانون.

بهذا فإنّ الأسباب التي أدّت إلى تبني خيار فتح السوق الوطنية على معطيات المنافسة، هي نفسها الأسباب التي أدّت إلى وجود قانون المنافسة، ومن خلال بعضها يمكن الوقوف على أهداف قانون المنافسة، حيث تنصّ المادة الأولى من الأمر 03-03 على: " يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسة مقيدة

¹ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص.36.

² محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص.42.

³ وليد بوجملين، سلطات الضبط الإقتصادي، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص.24.

للمنافسة ومراقبة التجميعات قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين".

من تمّ يهدف قانون المنافسة إلى:

الفرع الثاني: حماية المنافسة

يهدف نظام المنافسة إلى تحقيق المنافسة العادلة وتشجيعها ومكافحة الممارسات الاحتكارية التي تؤثر على المنافسة المشروعة، لأجل ذلك تَضَمَّنَ الأمر 03-03 أحكام تتعلق بحظر الممارسات، أو الإتفاقات أو العقود بين المؤسسات المتنافسة سواء أكانت العقود مكتوبة أو شفوية، صريحة أو ضمنية، إذا كان الهدف من هذه الممارسات أو الإتفاقات أو العقود تقييد المنافسة أو الإخلال بها، أو كان من شأنها إحداث ذلك،¹ ذات الشأن فيما يتعلق بوضعية الهيمنة والتبعية الاقتصادية والتجميعات وفق ما سبق عرضه.

فقواعد قانون المنافسة تهدف إلى ضمان السير الحسن للسوق، وهي من خلال ذلك تمنح الأعوان الاقتصاديين قدرًا من الضمانات في ممارسه أنشطتهم من تصرفات منافسيهم غير المشروعة بعضهم ضدّ بعض.

فمن خلال تكريس قواعد المنافسة الحرّة ضمن الأمر 03-03، وكذا ضمن مختلف التشريعات الاقتصادية من ذلك قانون الصفقات العمومية يُساعد بشكل مَرَجو من رفع سوية الهيكل الاقتصادي الوطني، من تمّ فإنّ قانون المنافسة يُسهم في خلق بيئة منافسة ضمن حدودها الشرعية.

إنّ هذه الشرعية هي ما يُحفز قدرة المؤسسات التنافسية، مع الحفاظ على خصوصية النسيج الوطني الاقتصادي الذي تُشكّل فيه المؤسسات الصّغيرة والمتوسطة نسبة كبيرة من المؤسسات العاملة، مع تحكيم آليات السوق المحدّدة لسعر السّلع وفق نظام توازن السوق وفق حاجيات العرض والطلب، في شكل من الديمقراطية الاقتصادية.

من تمّ تُعتبر المنافسة قيمة حقوقية مرادفة لحرية المبادرة الخاصّة التي يضمن الدّستور الحق في ممارستها،² ذلك أنّ حق الخواص في ممارسة أنشطتهم كفاعلين إقتصاديّين لا يتحقق إلّا إذا كانت شروط المنافسة قائمة من أجل دخول أسواق المعاملات التجاريّة في ظلّ توافر حماية قانونية نافذة بكلّ معطياتها.

بهذا فإنّ المنافسة ككيان قانوني لا تعكس المنافسة كفعل إقتصادي، ورغم أنّه يُفترض أنّ يكون كذلك إلّا أنّ التسارع الإقتصادي يُبرر التباين بين معطيات القانون

¹ محمد آل عباس، حماية مستهلك أم حماية منافسة، النشرة الإلكترونية لمجلس المنافسة السعودي، العدد 02، فبراير 2014، متاح على الموقع الإلكتروني لمجلس المنافسة للمملكة العربية السعودية www.coc.gov.sa، نظر بتاريخ: 2016/06/07.

² المادة 61 من الدستور، "حرية التجارة والاستثمار والمقاولة مضمونة، وتمارس في إطار القانون."

والمنافسة كفعل ممارس، على أنه لا يمكن بحال تبرير انتهاك حرية المنافسة بالوسائل القانونية، إذ أن حماية المنافسة من خلال إنفاذ القانون، آلية ضمن مجموعة آليات يقتضيها نزوع الإقتصاد نحو الشمولية.

هذا وأن حماية السوق كهدف أسمى تسعى قواعد قانون المنافسة لتحقيقه، يحمل أهداف أخرى متفرعة عنه، وتعدّ من مستلزماته من بينها على الخصوص حماية المتنافسين، أي المتعاملين الإقتصاديين من التصرفات غير المشروعة

بعضهم ضدّ بعض، عبر معاقبة التصرفات غير المشروعة وغير التنافسية.¹

وتتحقق حماية المتنافسين من خلال حماية وإنفاذ مبدأ المنافسة الحرة، وتشديد الرقابة على هياكل السوق وجسّ أنماط سلوك المتعاملين، ومطابقتها لأنواع الأعمال المحظورة المنصوص عليها قانوناً.²

هذا وإنّ أمكن اعتبار أنّ نتيجة قواعد قانون المنافسة إلى حماية المتنافسين شخصنة لهذا القانون، فيمكن مقابلة ذلك بأنّ هذه القواعد تُؤسس لشكل من أشكال الحماية القانونية للطرف الضعيف مُتجسّد في إطار العلاقات الإقتصادية بين المتعاملين الإقتصاديين.³

على أنّه يُمكن التّعقيب على ذلك، بأنّ صياغة أيّ نص قانوني يستلزم قراءة موضوعية لبيئة نفاذ النص، مع مراعاة أثر وجود النص القانوني على الوقائع التي يتضمّنّها، بحيث أنّ مسألة ترجيح وموازنة قانون المنافسة بفاعليات السوق يتنافى تماماً، والمبادئ العامّة والأطر التي أفرزت وجود هذا القانون في بعد نشأته الأولى.

كما أنّ مسألة تكييف قانون المنافسة لخدمة توجهات السياسة العامّة للدولة يحيد به عن مضمونه وما يجب أن يُمثله، كما أنّ هذا يخلّ بمبدأ حياد القاعدة القانونية، بحيث لا يجب أن يكون القانون مصدر ثراء في إطار العلاقات الإقتصادية، والمصدر الوحيد المتحكم في ذلك هو السوق الذي يستند إلى قواعد ضابطة عادلة مُتسقة والوقائع الموضوعية المسطرة ضمن قانون المنافسة.

بحيث يكون هذا الأخير ضابطاً دون أن يكون مرجحاً. ومن تمّ فإنّ أيّ ملاحظة تستند على القواعد التي يتضمّنّها قانون المنافسة، ويمكن تأويلها على أنّها حماية للطرف الضعيف في إطار العلاقات الإقتصادية، لا يمكن قطعاً تفسيرها كذلك لأنّ مجال شخصنة الحماية لا يجد مكاناً له في قانون المنافسة، إلّا من باب ارتباطها بمصلحة عامّة، على أنّ المصلحة العامّة الواجب مراعاتها هي حماية المنافسة ذاتها من أشكال التعريض.

1 محمّد تيورسي، مرجع سابق، ص.40.

2 رشيد ساسان، مرجع سابق، ص.05.

3 محمّد تيورسي، مرجع سابق، ص.40.

فلا يمكن القبول بأن يكون قانون المنافسة مَطيّة للمؤسسات الإقتصادية الفاشلة، فمنطق المنافسة لا يسمح بمنح أفضلية أو ميزة أو أسبقية لأي مؤسسة لا يمكنها الصمود في سوق تنافسي، وتبقى الميزة الوحيدة التي تحظى بها هذه المؤسسات، هي نفس الميزة التي تحظى بها المؤسسات الأخرى، وهي توفير البيئة الآمنة التي تخضع لضوابط قانون المنافسة.

الفرع الثالث: زيادة الفعالية الإقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلك

أفرزت العولمة وسياسات الإنفتاح الإقتصادي العديد من الفرص والتحديات الإقتصادية، خاصة بالنسبة للدول النامية فتحرير التجارة الدولية أظهر العديد من المكاسب التي يمكن الحصول عليها، من زيادة معدلات الدخول إلى الأسواق الأجنبية، التطور التقني وزيادة معدلات النمو الإقتصادي، كما أن توسع نشاط الشركات متعددة الجنسيات والتدفقات الرأسمالية عبر الحدود، أوجد فرص جديدة للإرتقاء بالتجارة، الإستثمار والتنمية الإقتصادية.¹

لتطويع هذه الظروف لابد من وجود ووضع سياسات كفيلة لتهيئة مناخ الإستثمار، وتنشيط آليات السوق بما يُحقق فاعلية توظيف الموارد، وحرية دخول الأسواق، إذ تكمن هذه المقاربة في ضرورة تفعيل قواعد المنافسة، وتدعيم الحريات الإقتصادية، مع مراعاة النسيج والبناء الداخلي للإقتصاد الوطني.²

فمن خلال توفير السوق الآمنة يكون قانون المنافسة مُحفزاً للمتنافسين للإبداع وزيادة الإنتاج وتحسين الجودة، ما يؤدي بالضرورة لرفع كفاءة الإقتصاد، وحماية المستهلك من مخاطر تقلبات السوق وبوجه أخص من الإحتكار،³ بحيث أن وجود قواعد فاعلة لقانون المنافسة يؤدي إلى:

- توفّر البيئة السوقية التي يتساوى فيها السعر والنفقة الحدية.⁴
- إنتاج المؤسسات بأقلّ التكاليف الممكنة.

¹ مصطفى بابكر، سياسات التنظيم والمنافسة، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، العدد 28، أبريل 2004، السنة الثالثة، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، ص.03.

² هذا ما تمّ مراعاته في قانون المنافسة حيث تضمن على سبيل المثال نص المادة 9/ف02 إمكانية الترخيص بالإتفاقيات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور إقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، كذلك الحال بالنسبة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة والتي يمكن أن تستفيد من هذا الإستثناء بما يمكنها من تعزيز وضعها التنافسي في السوق.

³ M.MENOUER, une économie de marché sans concurrence, séminaire national sur la protection en matière de consommation, Université d'Oran, Faculté de droit, organisé le 14et 15 Mai 2000.p61.

⁴ النفقة الحدية هي: الزيادة أو الإنخفاض في النفقات الكلية التي تترتب عن زيادة أو خفض الإنتاج وحدة واحدة، قاموس المعاني، قاموس عربي-عربي، يمكن الولوج إليه عبر الموقع الإلكتروني: www.almaany.com، نظر بتاريخ: 2016/06/07.

- تحفيز المؤسسات على البحث والتطوير، وإدخال السلع وطرق الإنتاج المبتكرة إلى السوق.
- إنخفاض مستويات التركيز الإقتصادي، والممارسات غير التنافسية.
- التوازن في ميزان العرض والطلب، ما يؤدي لوفرة الحاجيات وانخفاض السعر.

زيادة الفاعلية الاقتصادية، وتحسين ظروف معيشة المستهلك هي من الأهداف التي يسعى قانون المنافسة لضمانها، بحيث يظهر ذلك عبر نص المادة الأولى من الأمر 03-03، ويمكن ربط فاعلية الاقتصاد بمصطلح الكفاءة الاقتصادية الذي يعني: "القدرة على توزيع موارد، ثروة أو دخل أو إنتاج في مجتمع ما بين الأفراد أو القطاعات، إذا لم يمكن وجود توزيع آخر يجعل فرداً أو قطاعاً واحداً على الأقل في المجتمع في حالة أفضل مادياً دون الإضرار بالآخرين".¹

هذا التعريف يُعتبرُ تنظير إقتصادي لمفهوم الكفاءة إذ يضع مقاربة بقانون المنافسة على اعتبار اتصاله بالمبادئ الاقتصادية، وبحكم تأطيره لعلاقات المتعاملين الإقتصاديين.

على أنه وبمقياس مفهوم الفاعلية الاقتصادية وربطها بأهداف قانون المنافسة، يمكن تعريفها بأنها: " توفير السلع والخدمات بأقل تكلفة وأفضل جودة، والبحث عن فرص التميز والتفوق على المنافس، ما يؤدي لزيادة الإنتاج، وتحسين القدرة التنافسية للمنتجين والتجار، ما يحقق بدوره النمو الإقتصادي ورفع المستوى المعيشي للأفراد".²

من تمّ تهدف قواعد المنافسة إلى تحقيق الفاعلية الاقتصادية ورفاهية المستهلك في إطار آليات عمل السوق، لكنّ هذه الآليات وحدها لا تكفي لتحقيق أهداف التنمية فالتدخل التشريعي بوضع قيود تنظيمية على الأسواق، المستهلك، والمؤسسات، وعلى آلية توزيع الموارد في إطار تنظيم إقتصادي يُحدّد الآليات والهيئات والوسائل التّدخلية في تصريف السوق دون التأثير على جوهر النظام العام للحريّة الاقتصادية.³

ورغم أنّ الهدف النهائي لكلّ من قواعد قانون المنافسة والقواعد المتصلة بحماية المستهلك تنتهي إلى تعزيز رفاهية المستهلك، فإنّ قواعد قانون المنافسة و قواعد حماية المستهلك كلتاها تهدفان إلى ضمان سير الأسواق بفاعلية وتصحيح أوجه الإخفاق فيها، غير أنّ كلاً منهما يُقارب هذا الهدف من منظور مختلف، فقواعد المنافسة تتناول جانب العرض من السوق وتهدف إلى ضمان حصول المستهلكين على خيارات كافية وبتكلفة ميسورة، في

¹ صالح السلطان، نظرات في الفاعلية أو الكفاءة الاقتصادية، جريدة الاقتصادية السعودية، العدد 7952، السنة 2015/07/20، يمكن الإطلاع عليه عبر أرشيف الجريدة من خلال الموقع الإلكتروني للجريدة: www.aleqt.com، نظر بتاريخ 2016/06/07.

² F.DEKEUWER-DEFOSSEZ et E.BLARY-CLEMONT, droit commercial, Montchrestien, 08 ème éd, n 549, p.335

³ مصطفى بابكر، مرجع سابق، ص.04.

حين تتصدى قواعد حماية المستهلك إلى المسائل المتعلقة بالطلب وتهدف إلى تمكين المستهلكين من ممارسة خياراتهم بفاعلية.¹

هذا وعبر أعمال قواعد المنافسة بصفة مُتبصرة فإن ذلك ينعكس تلقائياً على نصيب المستهلك من الاستفادة من تنوع معروضات السوق لتعدد الفاعلين داخل السوق ووجود نظام قانوني يضبط المبادلات التي يُفرزها انفتاح السوق على مختلف التّعاملات التي تتسجم من حيث المبدأ لمتطلبات السوق الطبيعية وفق معطيات العرض والطلب.

كما تستجيب بشكل أساسي أيضاً للنصوص القانونية المنظمة لحركة السوق في شكل العرض والطلب. من خلال ضبط قانون المنافسة بهيكله للممارسات المخلة بحرية عمل السوق، والتي يُمكن أن تستحوذ على هذا الأخير عبر ممارسات لا تنافسية، تؤدي للإضرار بمصالح المستهلك في شكل ارتفاع للأسعار وانخفاض للجودة، ومحدودية الخيارات مع نقص الابتكار و الفاعلية الإبداعية عبر شبكات التوزيع والتسويق.²

إذ أن هيمنة الأعوان الإقتصاديين الأكثر قدرة من النواحي الإقتصادية على السوق، يؤدي إلى إنسحاب الأعوان الإقتصاديين الأقل قدرة، وفي كلّ هذا إضرار بالمصالح الإقتصادية للمستهلك عبر سيطرة المؤسسات الكبرى على موارد التمويل ما يجعل تلبية الحاجيات البسيطة يمرّ عبر تدخلات المؤسسات المسيطرة على السوق دون سواها من صغار المتعاملين³

رغم أن قانون المنافسة لا يعرض إلى حياة المستهلك الإقتصادية بصفة مباشرة، إذ يُعنى بتنظيمات السوق على مستوى المؤسسات المتدخلة فيما يُحدد اختصاص مجلس المنافسة وفق معيار النشاط الممارس. إلا أنه وتعرضاً يصبّ قانون المنافسة في منفعة المستهلك من خلال كشف الممارسات غير التنافسية التي تُعطل الترقية الذاتية للسوق وفق معطيات المنافسة، والمعاقبة عليها بما يتوافق وخصائص المخالفة المرتكبة، وبما لا يدفع إلى توسيع نطاق التجريم في إطار الممارسات التجارية والإقتصادية، التي تستلزم قدراً من المرونة والضمانات التي تسمح بالممارسة الفعلية والإنخراط في آليات السوق وهذا ضمن ما يدخل في إطار تنظيم المنافسة وفي حدود ما تضمنه الأمر 03-03.

ويتجسد ذلك عبر عدد من الممارسات التي يُؤطرها ويضبطها قانون المنافسة من ذلك:

1. **التكتلات الاحتكارية:** بحيث تُضرّ التكتلات الاحتكارية بالمستهلكين جراء تثبيت الأسعار والحدّ من الإنتاج، أو تقاسم الأسواق ويُمكن أن ينجرّ عن ذلك الإرتفاع المفرط للأسعار بصفة غير مُبرّرة.

¹ مذكرة الأونكتاد، فائدة سياسات المنافسة للمستهلكين، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، مجلس التجارة والتنمية، الدورة 14، 08-10 جويلية 2014، جنيف، سويسرا، ص.03.

² محمد ديب، أثر الممارسات المخالفة للتجارة على فاعلية حماية المستهلك، مرجع سابق، ص.292، 293.

³ محمد الشّريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04، مرجع سابق، ص.12.

يُقصد بالاحتكار، في المصطلح الاقتصادي، انفراد مشروع واحد بعرض سلعة ليس لها بديل، وشرط وجود الاحتكار اختفاء المنافسة.

فالأصل في السوق أن تقوم على منافسة العارضين الحرّة الكاملة فيما بينهم التي تضمن حرّية المبادلات التجاريّة، وبالتالي حرّية إنتاج السلع. وفي هذا النوع من الأسواق لا يمكن قيام تفاهم واتفاق بين المتزاحمين، وينتج من ذلك عدم جواز حصول جزء من العارضين على أرباح تجارية زائدة دون بقيتهم _ ويرى المدافعون عن هذا النموذج من الأسواق أنه يؤمّن التنظيم العفوي للاقتصاد في ظلّ وفرة كبيرة من السلع تتناسب وإمكانات استيعاب السوق، بحيث تنخفض الأسعار والأرباح ويختفي العارضون الهامشيون ويصبح الطلب هو السيّد المطلق في السوق. ويمكن أن تعمل المزاحمة الحرّة على تحقيق الانتقاء بين المؤسسات والأسعار في مستويات متقاربة في كل فروع الإنتاج.

ومن الواضح أنه لن يكون من مصلحة المتنافسين والمحتكرين أن يُحددوا ثمنًا يختلف عن الثمن الذي يعرضه المحتكر الفرد، وهو الثمن الذي يُحقق أقصى ربح ممكن، ومن ثمّ فإنّ الأرباح المشتركة ستكون في ذروتها، وإلاّ فإنّ أحدهما سيقضي على الآخر بألية رفع الأثمان وخفضها ومن دون اتفاق. هذا الأمر نتيجة طبيعية لحرب الأسعار الماثرة في ظلّ شروط معينة.¹

2. إساءة استعمال القوّة السوقية: في الأسواق شديدة التركيز قد تسيئ

الشركات الهيمنة عبر استعمال قوتها السوقية لإقصاء المنافسين، واستغلال المستهلكين بمنع العرض أو البيع المشروط والتسعير المفرط.

إذ يرى المعارضون للنظام الرأسمالي أنّ المشروعات الرأسمالية تميل نحو التركيز أو التمرّك من دون توقف لاستعدادها الضخم من حيث التّقنيات ورأس المال، تستبعد صغار المنافسين وتسلبهم منافذهم، وكأنّ المنافسة طبقاً لرأي هؤلاء المعارضين تؤدي إلى الاحتكار.

والواقع أنّ هناك نزعة واضحة في العالم الصّناعي ترمي إلى إيجاد نوع من التّعاون بين المشروعات الاحتكارية الضخمة والمشروعات الصّغيرة، وذلك في حقل تكليف الأولى الثانية تصنيع بعض القطع التبديلية أو أجزاء معينة من السلع النهائيّة، وذلك للاستفادة من مزايا التّخصص التّقني التي تتمتع بها بعض المشروعات الصّغيرة إضافة إلى تخلّصها من زيادة رأس المال الثابت ومفاجآت تغييرات الفن الإنتاجي.²

1 الإحتكار، الموسوعة العربية، على الموقع الإلكتروني: www.arab-ency.com، نظر بتاريخ: 2016/06/08.

2 الإحتكار، الموسوعة العربية، مرجع سابق.

3. **عمليات الاندماج:** إنّ الاندماج بين شركتين متنافستين من شأنه أن يُؤثر على المنافسة في السوق ذات الصلة، ما يؤدي إلى نقص ميزة العرض بالنسبة للمستهلك من كامل جوانبها، على أنّ ذلك قد يؤدي من ناحية أخرى إلى تحقيق توازن بين الفاعلين في السوق سيما في الحال الذي يتساطرّ العارضون السوق على مستويات متفاوتة تحقق تأثير المؤسسات الصغيرة على توازن السوق نظراً لتزاحمها مقابل مؤسسات كبرى محدودة.¹

4. **الصفقات العمومية:** يظهر التلاعب في تقديم العروض في مجال الصفقات العمومية بصفة بارزة، وتشكّل الصفقة العمومية مجالاً لانتفاع المستهلك على اعتبار أنّ المال العام به نصيب من الضرائب والجبايات المفروضة على المواطن، وبشكل عام فإنّ المال العام يدخل في إطار الملكية العامة للمجموعة الوطنية.

من تمّ فإنّ ترشيد الإنفاق العام في مجال الصفقات العمومية وضمان عدم التلاعب بالمال العام يُحقّق هدفين:

الأول يتعلّق بتحسين وجودة مشاريع الصفقة العمومية التي هي تدخل في إطار الملك العام والمنفعة العامة ومن تمّ تحقيق إستفادة قصوى للمستهلكين مثل ما هو الحال عليه بالنسبة للمستشفيات العمومية.

والوجه الثاني يتعلّق بكفاية النّفقة ما يؤدي لاستمرار المشاريع من ناحية بتكلفة حقيقية، ومن ناحية أخرى عدم تحميل المستهلكين التّلاعبات المحتملة في مجال منح الصفقات العمومية، فالتلاعب بالعطاءات يؤدي إلى رفع الأسعار التي تدفعها الدولة إلى مقدمي السلع والخدمات، ومن تمّ ارتفاع سعرها في السوق، ما يجعلّ إنفاذ قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية ضرورة للكشف عن هذه التّجاوزات.²

الفصل الثاني: قانون الصفقات العمومية، مجال التطبيق والإجراءات المّكرّسة لحرية المنافسة

قُدّرت قيمة الصفقات العمومية المبرمة برسم سنة 2014، بمبلغ 3994 مليار دينار جزائري في حين بلغ ناتج الدّخل الإجمالي الخام 17731 مليار دينار جزائري، أيّ حوالي

¹ مذكرة الأونتكاد، فائدة سياسة المنافسة للمستهلكين، مرجع سابق، ص.ص، 04-09.

² تقرير عن التلاعبات في مجال الصفقات العمومية شمل العديد من الدول، منظمة التعاون والتنمية في الميدان الإقتصادي، 11-12 فيفري 2013، باريس، فرنسا، متاح عبر موقع المنظمة عبر الرابط الإلكتروني: www.oecd.org/gov/ethics/meetingofleadingpractitionersonpublicprocurement.htm، نظر بتاريخ 2016/06/17.

221 مليار دولار وبهذا تمثل قيمة الصفقات العمومية مانسبته 22,52% بالمئة من الدخل الوطني الإجمالي.¹

ربطاً بمجال تطبيق قانون المنافسة الذي عرضنا إليه في الفصل السابق يتبين كيف أنّ الصفقات العمومية تشغل المجال الواسع في حركة وتحفيز النشاط الاقتصادي، يظهر ذلك من خلال قيمة المال العام الفاعل في السوق.

الأمر الذي يُوجب إحاطة العمليات المبرمة في إطار الصفقات العمومية بكوكبة من الإجراءات والضمانات الهادفة إلى حماية المال العام، سواء تعلّق الأمر بالمصالح المتعاقدة، أو المتعاملين الاقتصاديين.

وقد ارتأينا أن نُقدّم في المبحث الأول نظرة عامّة عن ماهية الصفقات العمومية، لنتطرق بعد ذلك إلى الضمانات المكرّسة لحرية المنافسة ضمن قانون الصفقات العمومية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: ماهية الصفقة العمومية، ومجال التطبيق

تُعتبر الصفقات العمومية الأداة القانونية التي تعتمدها الدولة في تدبير سياستها الإنمائية، ضمن إطار تحقيق النفع العام و بما يضمن انتظام سير مرافقها.

و على اعتبار أنّ الصفقات العمومية المحرك الرئيس للنشاط الاقتصادي، سيما في الدول النامية والتي لا تزال فيها الدولة تجعل من التزاماتها رعاية بعض المرافق والنشاطات على كاهل الخزينة العمومية، بما يُشكّل التزاماً مُقابلاً بضرورة إنفاذ النفقة بما يستجيب فعلاً لما وُجّهت إليه وضمن المعايير القياسية التي تضمن نجاعة الإنفاق العمومي.

فإنّ إيلاءها بقدر من الضمانات التي تهدف إلى ضبطها، تأطيرها وتوجيهها ضمن الغايات المنوط بها. ضرورة نقف عليها من خلال التّعديلات المتتالية لقانون الصفقات العمومية التي كانت متزامنة في أغلبها مع التّعديلات التي مسّت قانون المنافسة، ما يعني ارتباط القانونيين ببعضهما البعض على اعتبار أنّ الميدان الاقتصادي يُعدّ إمتداداً لكلاً القانونيين ما رتّب أنّ القانونيين يُشير أحدهما إلى الآخر ضمن تأشيراته.

عليه نقف عبر هذا المبحث من خلال مطلبين علي:

الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية (المطلب الأول)، ثم نخرج إلى بيان خصائص قانون الصفقات العمومية ونطاق تطبيقه (المطلب الثاني).

¹ Djilali SLIMANI, approche économique de la relation entre le marché public et le droit de la concurrence, journée d'étude portant sur " les indices de collusion en matière de marchés publics", 16/12/2015, Conseil de la concurrence, p.07.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية.

ورد من تعقيبات، "سليمان الطماوي" في تحديده لمفهوم العقد الإداري، أن هذا الأخير عقد في شكله ونظام قانوني في محتواه.¹

وحيث أن العقد الإداري صياغة مُجسّمة لإرادة وفعل الإدارة في إطار إدارتها وتسييرها لمرافقتها ونشاطاتها، يستوي فيه الأمر استثناءً وما تضمّنه نصّ المادة 54، والمادة 106 من القانون المدني، فيما تعلّق بتعريف العقد بكونه اتفاق يتضمّن مسائل محدّدة، أو فيما يتعلّق بالقوّة الملزمة للعقد من حيث أطرافه بمرجعية أن العقد شريعة المتعاقدين ضمن الحدود التي يُتيحها العقد للمفاوضة.

بهذا المضمون نتساءل عما تُمثّله الصّفقة العمومية من زاوية إسنادها العقدي، ولكن على اعتبارات الممايزة بين أطراف العقد وشروطه وطريقة انعقاده وكذا الإلتزامات التي يُرتّبها هذا العقد، فباعتباره عقد يتضمّن صفقة عمومية فإنّ محل تنفيذ هذا العقد قد يُشكّل آثار محتملة، قطعية أو مستقبلية تُؤثر على أشكال المنافسة القائمة في حدود السوق المرجعية للعقد المبرم.

وإنّ ليس من المرجّح أن نعرض إلى طبيعة هذا العقد، على أساس أن أحد أطرافه شخص عام ويتمتع بسلطات خاصّة، بما يحيل لتقنيات القانون العام وفق قواعد الإختصاص، إلاّ أن ارتباط هذا العقد بمجال مُحدّد يقع ضمن اعتبارات المنافسة ومُنظّم وفق قانون المنافسة، ألاّ وهو السوق وفق مفهومه المجرّد يدفع إلى بحث تأثير هذا العقد على عملية تنظيم السوق وضبط الفاعليات القائمة بداخله، من تمّ فهل أن ارتباط عقد الصّفقة العمومية بالشخص العام كفيل لا اعتبار هذا العقد عقداً إدارياً ومن تمّ عدم خضوعه لأحكام قانون المنافسة وسلطة مجلس المنافسة.

نعرض إلى هذه المسائل عبر فرعين:

الفرع الأول: تعريف عقد الصّفقة العمومية.

الصّفقة في إطار المعاملات تدلّ على نقل السلع والخدمات من شخص لآخر، وفي حال تعلّقها بالدفع أو الخدمات تُسمى صفقة نقدية، وحين يُؤجل الدّفع إلى تاريخ لاحق فهي صفقة ائتمانية. الصّفقة بتشديد الصّاد تعني العقد، فيقال صفّق البيع أيّ أمضاه، وكانت العرب إذا أرادوا إنفاذ البيع ضرب أحدهما يده على يد صاحبه وضرب اليّد عند البيع علامة إتمامه،² ثم استعملت الصّفقة بمعنى عقد البيع نفسه أيّ إذا كان لازماً لا خيار فيه.

¹ جميلة حميدة، مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية والقيود التشريعية، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحيى فارس، كلية الحقوق، المدينة، يوم 20/05/2013، ص.01.

² قاموس المعاني، قاموس عربي-عربي، مرجع سابق.

ومنه قول السرّخسي: " الصّفقة هي اللّأزمة النافذة، يُقال: هذه صفقة لم يشهدّها خاطب، إذاً أنفدَ أمرًا دون رأي رجل".¹ وهذا بيان أصل ودلالة مفردة صفقة لغويًا.

ومن حيث أنّ الصّفقة عقد من حيث البيان اللّغوي، يستوجب أن تُحيط علماً بمفهوم العقد في القانون العام، على أنّ العقد على ضوء أحكام الشريعة العامّة تُصرّف قانوني تتطابق فيه إرادتين أو أكثر لإحداث أثر

قانوني يتعلّق بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما.²

وحيث أنّ عقد المقاوله الذي نصّت عليه المادّة 549 من القانون المدني، أقرب وأبين دلالة لمفهوم الصّفقة في جانبها اللّغوي، إذ هو عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

فهذا العقد الخاص يقابله في القانون العام عقد الصّفقة العمومية لارتباطها بشخص من أشخاص القانون العام، فلفظة العمومية الواردة بعد مفردة الصّفقة يشير إلى العقود المبرمة من طرف الدولة أو الأشخاص العامّة الذين اعترف لهم القانون، وأجاز أن تتمّ تعاملاتهم حصراً عبر قانون الصفقات العمومية على أساس أنّهم أشخاص معنوية عامّة يُباشرون مهامهم لتحقيق مصلحة عامّة، ويتمّ تسير هذه المرافق بشكل عام على حساب النّفقة العمومية المستمدة من الخزينة العمومية، أو بناءً على الإيرادات المتحصّل عليها من تسير وإدارة ملك عام. تُصطلح بوصفهم في هذه الدراسة بمصطلح الإدارة أو المصلحة المتعاقدة، وفي حالات بصيغة العموم " الشّخص العام".

وتظهر الإدارة بمناسبة إبرامها للعقود بمظهرين:

المظهر الأوّل: والذي تحكّمه قواعد القانون الخاص ويسرى عليها ما يسري على العقود التي يُبرمها الأفراد لأنّ الإدارة تنازلت عن امتيازات السّلطة العامّة المخول لها استعمالها، وبالتالي تساوت إرادتها مع إرادة المتعاقدين معها، فيما يُعرف بعقود التّسيير البسيطة.

أمّا المظهر الثّاني: والذي تحكّمه قواعد القانون العام فتظهر فيه الإدارة بوصفها سلطة عامّة صاحبة سيادة، تتجلى فيها امتيازات السّلطة العامّة المحجوزة لها باسم المصلحة العامّة، ويتجلى هذا المظهر في مجال اختيار الإدارة للطرف المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية.

على أنّ هذا الاختيار مُقيّد باعتبارات قانونية إجرائية وموضوعية تضمّنّها قانون الصفقات العمومية،³ وكذا التّزام قانوني باحترام الإدارة للقانون والنّظام العام، سيما ما تعلّق

¹ مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المكتبة الشاملة، المجلد 12، العدد 06، ص. 1675.

² المادة 54 من القانون المدني.

³ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2000، ص. 602، 603.

بعد خلق ممارسات مقيدة للمنافسة مع مراعاة أحكام قانون المنافسة في هذا الشأن. على أن تبين ذلك ليس بالمسألة القطعية لأن بحث تأثير قانون المنافسة على نمط التعاقد في الصفقات العمومية رهين التقاطع بين أبعاد القانون الخاص والقانون العام، كما أن مباشرة امتيازات السلطة العامة مؤسس على قرينة لا تقبل التفي في أن أي مرفق عمومي في نشاطه يسعى لتحقيق الصالح العام، بما يمكن أن نكون في وجه ممايزة بين أوجه النفع العام الواجبة التحقيق في ظل إنفاذ أحكام قانون المنافسة.

وبهذا فإن عقد الصفقة العمومية في دلالته الإصطلاحية عقد إداري، يُمثل عمل قانوني صادر عن توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، تحوز الإدارة فيه على امتيازات لا مثيل لها في نصوص القانون الخاص. إذ لا وجه للتساوي بين المراكز القانونية لطرفي العقد.¹

على أن الصفقة العمومية كما ورد تعريفها ضمن قانون الصفقات العمومية، عقود مكتوبة تُبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين² وفق الشروط المنصوص عليها في المرسوم المنظم لها، قصد تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات.³

وبهذا فإن الصفقة العمومية في مفهوم التشريع إنفاق بأداء، يستلزم الشكلية في انعقاده فتفرغ الإرادة ضمن عقد مكتوب، على أن إرادة المتعامل الاقتصادي لا تخرج عن كونها إبداء لرغبته في التعاقد في حدود السعر الذي يُعرض، حيث أن شروط العقد مسبقة، تختلف باختلاف نوع وطبيعة العقد تضطلع المصلحة المتعاقدة بوضعها بناءً على دراسة شاملة تعرض لمتطلبات تنفيذ العقد، هذه الأخيرة التي تخضع بدورها للشروط التي نظمها المشرع ضمن المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية، فيما يتعلق بإجراءات إبرام الصفقات العمومية والحالات التي توجب الإعلان عن الصفقة والحالات التي لا يكون لزاماً فيها المرور بإجراءات الصفقات. وعموماً فإنه لا يكون للمتعامل الاقتصادي حق التفاوض حول شروط العقد المحررة في دفتر شروط منح الصفقة.

من تم فإن عقد الصفقة العمومية يُعتبر من عقود الإذعان⁴ يُرتب التزامات متقابلة بين طرفي العقد، يتم النص عليها سواء ضمن دفتر الشروط، أو ضمن أي عقد مُلحق يتضمن أعباء إضافية حال وجودها إذ ليس للمتعامل الاقتصادي أن يرفض أداء مالم يتم الاتفاق عليه

¹ جميلة حميدة، مرجع سابق، ص. 02.

² نلاحظ اختلاف تسمية المتدخلين في السوق بين قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة، حيث يستعمل الأول مصطلح المتعامل الاقتصادي بينما يستعمل الأخير مصطلح العون الاقتصادي، ولعل في ذلك دلالة ارتباط المصطلح بأساليب القانون العام، أو القانون الخاص حسب الترتيب السابق.

³ المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴ يشابه في ذلك مثلاً من عقود القانون الخاص عقد التأمين، حيث إما أن تقبل الشروط أو ترفض دونما أي مفاوضة، على أن تم استثناءات.

أصلاً، في حال طلب المغن عن الصفقة ذلك على أن يكون بمقابل مكافئ، على أن السعر وفي مرحلة تقديم العروض المتعلقة بالصفقة يبقى خاضعاً لمسألة جدية العروض، بما من شأنه تقديم الخدمات المطلوبة ضمن أحسن المعايير وفي حدود سعر تنافسي، الذي يمكن أن يُحقق ذلك هو وجود بيئة نشطة قائمة وفق الأسس التي تُمكن المتعاملين الاقتصاديين من المنافسة، تنسجم و الممارسات المبنية على ترجيح كفاءة المؤسسات دون غيرها من المعايير، على أن ذلك يتطلب تفعيل لميزات الوسيط التنافسي بإنفاذ قانون المنافسة الذي يسمح بعدم وجود تفاهم أو تواطؤ يؤدي لتضليل الإدارة عبر رفع الأسعار أو فرض متعاقد معين عليها، أو إحداث لبس يحدُّ بالإدارة عن التقدير الجيد للعروض.

هذا و أن الهدف من إبرام الصفقة العمومية كما جاء في نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247، يدخل في إطار تلبية حاجيات المصلحة المتعاقدة في مجالات الأشغال، والوظائف والخدمات والدراسات، بما يتوافق ومبدأ ضرورة سير المرفق العمومي بصفة مضطربة ومستمرّة.

وبالنظر إلى وجه العمل القضائي، فيما تعلّق ببيان خصائص ومضمون عقد الصفقة العمومية، فهو بشكل عام يسير بشكل متقارب مع ما تمّ تحديده بنص قانون الصفقات العمومية، على اعتبار أن هذا الأخير وعبر كامل دورات وجوده لم يُهمل تحديد مفهوم موضوعي لعقد الصفقة العمومية، ففي قرار لمجلس الدولة نجد تعريفاً للصفقة العمومية بأنها: " عقد حول مقاوله أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات".¹

فمن حيث أن الصفقة العمومية عقد، فإنها كذلك بما لا يمكن أن يُؤسس لخلافه بما يحيد بعمل القضاء عن النص القانوني، غير أنه كان حريّ بمجلس الدولة أن يبيّن طبيعته، من باب التأكيد وإن كان أغلب الظن أنه لم يعرض إلى ذلك على اعتبار أنه القاضي المختص، وبالتالي يكون عقد الصفقة العمومية عقداً إدارياً.

إضافة إلى أنه لم يربط وجود العقد بحاجة المصلحة المتعاقدة على خلاف ما كان مستقراً عبر مختلف النصوص المنظمة للصفقات العمومية، كما أن مفردة المقاوله التي قرنها بمجال الصفقة العمومية تُعدّ من مصطلحات القانون الخاص، ضف إلى ذلك أن دلالة المقاوله وإنجاز مشروع واحدة بمعنى الأشغال، على أن مصطلح المقاوله ينسجم ومرادفات القانون الخاص مما يبعث إلى عدم الدقة في التركيب القانوني المصطلحي لنص القرار، وبهذا يكون مجلس الدولة قلّص من مجال إبرام الصفقات العمومية، على أنه يُحسب لهذا التعريف إبرازه للجانب التعاقدية في الصفقة العمومية.²

1 قرار مجلس الدولة تحت رقم 6215، فهرس 873، حال الفصل في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي، بلدية ليوة، بسكرة، ضد (ق.أ)، مؤرخ في 2002/12/17، غير منشور.

2 عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.36.

رجوعاً إلى نصّ المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247، يُمكن الوقوف على الطبيعة الإدارية لعقد الصّفقة العمومية، إستناداً للمبادئ العامّة للقانون الإداري، بحيث ينساق فهم نص المادة المشار إليها إلى أنّ الصّفقة العمومية:

- عقد يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام،
- يتعلّق بتسيير مرفق عام،
- تظهر فيه نية الإدارة للأخذ بقواعد القانون العام.

وعلى هذا الأساس يكون عقد الصّفقة العمومية عقداً إدارياً، كونه اتفاق يُبرمه شخص معنوي عام قصد تسيير مرفق عام وفقاً لأساليب القانون العام، بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.¹

على أنّه وباستعراض الرّؤية الفقهية لتعريف الصّفقة العمومية، التي لا تختلف كثيراً عما يُمكن الوصول إليه من وجه استقراء النصّ القانوني، فإنّه يمكن تعريفها بأنّها: " عقد يلتزم بمقتضاه المتعاقد القيام بأعمال لفائدة الإدارة العمومية مقابل سعر محدد."²

على أنّ أيّ عقد تتحدّد طبيعته وفق الأسس التي يُحدّدّها القانون، والمعايير المستقر عليها لتصنيف العقود، على أنّ لنا رجوع لهذه الحيثية في الفرع الموالي، وفي معرض بحث الصّفقة العمومية نجد أنّه يحسُن أن تُشير إلى نظام تفويض المرفق العام الذي ساقه المرسوم الرئاسي 15-247.

حيث تنص المادة 207 من المرسوم الرئاسي المشار إليه على: " يُمكن الشّخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك مالم يوجد حكم تشريعي مخالف، ويتم التّكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام.

وتقوم السّلطة المفوّضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب إتفاقية..."

من تمّ فإنّ عقود تفويض المرفق العام يكون محلّها إسناد وتسيير مرفق عام من جانب الإدارة باعتبارها مفوّض إلى شخص آخر مفوّض إليه، وحالة الإطلاق تُشير إلى أنّ المفوّض إليه قد يكون شخص من أشخاص القانون الخاص أو العام، مُقابل رسم يجبيه هذا الأخير من المنتفعين من خدمات المرفق محلّ التفويض، على أنّه يُمكن أن يكون المقابل بطريقة مخالفة أو إضافية، وهذا ما يشير إليه مصطلح " بصفة أساسية" المتضمّن نصّ المادة.

1 محمّد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتّوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص.10.

2 جميلة حميدة، مرجع سابق، ص.03.

ويكون هذا التفويض بموجب إتفاقية مُبرمة بين المفوض والمفوض إليه، حيث تخضع هذه الإتفاقية لمبادئ حريّة الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، هذا ما نصّت عليه المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247. ما يفهم منه أنّ الإتفاق بتفويض مرفق عام يكون بعد الدّعوة إلى المنافسة.

كما يجب أن يكون موضوع إعلان مسبق، غير أنّه لم يُشر إلى شكل معين لإبرام هذه الإتفاقيات كما هو شأن الصفقات العمومية، على أن يُردّ هذا إلى حين صدور المرسوم التنفيذي المحدّد لكيفيات تطبيق أحكام تفويضات المرفق العام، كما أشارت إلى ذلك الفقرة الأخيرة من المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247.

وقد عرضنا إلى مسألة تفويض المرفق العام إشارة إلى أنّ هذا التفويض قد يؤدي إلى إحتكار ينجم عنه مساس بحدّة وحرية المنافسة، تقع فيه موازنة بين مخاطر السلوك الإحتكاري، وضرورة الإستثناء بممارسة النشاط المفوض، وفي هذا الأمر انقلاب على منطق المنافسة التقليديّة، بحيث يُنظر لهذه الممارسة على أنّها إحتكار طبيعي مُفسّر لانفلات قطاع عن نمط المنافسة العادية بالغطاء الممتد لظرف المصلحة العامّة.¹

ويُمكن تقريب حالات الإحتكار في نظام تفويض المرفق العام، بحال تسيير مرفق عام يتعلّق بتوزيع المياه، ففي ظرف وجود منافسة في هذا المجال ضمن سوق معنيّة، فإنّ توزيع المياه يتطلّب رخصة لاستغلال الأملاك العمومية، وبموجبها يتحقّق حق إستثنائي للولوج إلى القنوات ما يقتضي التّصرف في الطريق العام، فمنافسة المفوض إليه في هذا الحال مستحيلة من الناحية المادية، حيث تلتزم الجهة المفوّضة بمساعدة المفوض إليه، وعدم اتخاذ أيّ تدبير من شأنه أن يُعرّض نشاط المتعاقد معها للخطر خاصّة عبر منح رخص استغلال لمنافس آخر.²

فأيّ مصلحة أولى بالحفظ مصلحة الإحتكار أم المصلحة العامّة، أم يتحقّق أحدهما عبر الآخر، أم لا مصلحة مرعية بالأساس إلا ذات المصلحة التي لا يمكن توجيهها إلاّ بمصلحة المرفق العام على قرينة أنّ الهدف من نشاطه هو تحقيق الصالح العام؟.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للصفقة العمومية

إنتهينا فيما سبق في حدود التعريف التشريعي للصفقات العمومية إلى أنّ هذه الأخيرة، عقود مكتوبة تُبرمها المصالح المتعاقدة مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المدرجة بدفتر الشروط، وفي حدود الإطار التنظيمي للصفقات العمومية، الذي يجب أن تُنظّم وفقه الإدارة وهي بصدد تلبية حاجياتها في مجال الأشغال، اللوازم والخدمات والدّراسات.

¹ Y.DELAIRE, la délégation des services publics- locaux, les indispensable, Berger-Levrault, 2002, p.125; et B.DUMARIS, droit public de la régulation économique, Amphi, presser de sciences politique et Dalloz, 2004, p.55.

² P.DELVOLVE, droit public de l'économie, précis, Dalloz, 1988, p.56.

بهذا نجد أنّ هذا التعريف يركز على بعدين تنظيميين:

يتعلّق الأوّل بفرض شكل معين لإنفاذ الصّفقة العمومية، أي إبرامها وتتعلّق بشرط الكتابة حيث تنصّ المادة 3 من المرسوم الرئاسي 15-247 على: " تُبرم الصفقات العمومية قبل أيّ شروع في تنفيذ الخدمات." ويستثنى من ذلك ما ورد النصّ عليه بذلك.¹

ويتعلّق الثاني بجانب موضوعي من خلال ربط إبرام الصّفقة العمومية بمجالات محدّدة كما تمّ الإشارة إلى ذلك في معرض تعريف الصّفقة العمومية.

إضافةً إلى هذا يُمكن ربط نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 بنص المادة 6 من ذات المرسوم للوقوف على فهم شامل للصفقات العمومية، إذ أنّ واقع الصفقات العمومية المبرمة من قبل الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية، يكشف عن غموض تظهِر تجلياته بوضوح عند بحث معايير الإختصاص القضائي، فإذا قرّنا المسألة بعملية تحديد طبيعة العقد فإنّ هذا الأخير يكون في الأغلب ناتج عن التّحديد التشريعي سواء بطريق صريح أو ضمني، وفي حالات من خلال اللجوء للقواعد العامّة في تحديد الإختصاص.²

وبالنظر إلى نصّ المادة الأولى³ من المرسوم الرئاسي 15-247، لا نجدها تُشير صراحة إلى الطبيعة الإدارية لعقد الصّفقة العمومية، هذا وإنّ تضمّن القسم الحادي عشر من المرسوم المشار إليه مسألة التسوية الودية

للنزاعات المتعلقة بصفقة عمومية.⁴

الأمر الذي يعني أنّ الأصل في تسوية منازعات الصفقات العمومية يتمّ بطريق وسائل التسوية الودية مالم يكن في هذه التسوية مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، ومنح المصالح المتعاقدة هذا الإمتياز يدخل في إطار النأي بالصفقات العمومية عن طول الإجراءات وتعقيدات العمل القضائي، ما يجعل اللجوء إلى القضاء عارض استثنائي في مجال الصفقات العمومية، وإشارة أخرى إلى سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعاقد معها،

¹ من ذلك ما نصّت عليه المادة 12 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلقة بإجراءات حالة الإستعجال الملح، والمادة 23 من ذات المرسوم فيما يتعلّق بالإجراءات الخاصّة بالصفقات العمومية التي تتطلّب السرعة في اتخاذ القرار.

² المادة 800 من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. رقم 21 الصادرة بتاريخ 23/04/2008.

³ المادة 1 من المرسوم الرئاسي 15-247: " يتمّ تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام التي تبرمها على الثوالي المصالح المتعاقدة والسلطات المفوضة طبقاً للقوانين المعمول بها وأحكام هذا المرسوم."

⁴ من ذلك نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنص على: " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصّفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها. يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات..."

والتي تُحوّلها اتخاذ إجراءات مُنفردة تدخل في إطار امتيازات السلّطة العامّة وعملية الضبط الإداري على اعتبار الطابع الإداري لعقد الصّفقة العمومية.

إستنادًا لنص المادة 800 من القانون 08-09، فيما يتعلّق بالإختصاص التّوعي للمحاكم الإدارية التي تنصّ على:

" المحاكم هي جهة الولاية العامّة في المنازعات الإدارية.

تختصّ بالفصل في أوّل درجة، بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدّولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها." فعلى اعتبارات وأسس المعيار العضوي المكرّس في نص المادة أعلاه، وربطاً بنص المادة 16 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي تُربط الصّفقة العمومية بنفقات الدّولة، والجماعات الإقليمية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وكذا المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون الذي يحكّم النشاط التجاري تقييداً بشرط ارتباطها. يكون عقد الصّفقة العمومية عقداً إدارياً لأنّ أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام، ومن تمّ يؤول الفصل في المنازعات الناشئة عن تنفيذه للقضاء الإداري.

هذا وأنّ نصّ المادة 2946 من القانون 08-09، التي تخصّ حالة الاستعجال في مادة الصّفقات العمومية حال الإبرام، جعلت للمحكمة الإدارية اختصاص الفصل في إخلال المصالح المتعاقدة بواجب الإشهار والمنافسة المشترط في عقود الصّفقات العمومية طبقاً لأحكام قانون الصّفقات العمومية، الأمر الذي يُعدّ ضماناً لحرية المنافسة وتعزيز لتطبيق هذا المبدأ عبر جهات القضاء الإداري.

على أنّ وجه بحث عقد الصّفقة العمومية في هذا الحال، مُرتبط بعمل الإدارة وارتباط أيّ تقصير من قبلها بإخلال بالتزام قانوني يفرضه قانون الصّفقات العمومية، ومن تمّ فإنّ عقد الصّفقة العمومية كدراسة تجريدية قانونية يُعتبر عقداً إدارياً بامتياز.

1 المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247: " لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات: - الدّولة،

- الجماعات الإقليمية،

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدّولة أو الجماعات الإقليمية.

وتدعى في صلب النّص المصلحة المتعاقدة."

2 نص المادة 946 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

يتمّ هذا الإخطار من قبل كلّ من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدّولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد..."

كما أنّ ارتباطه بموضوعات قانون المنافسة فيما يتعلّق بمعيار ممارسة النشاط الاقتصادي في تطبيق قانون المنافسة لا يُزيل عنه هذه الطبيعة، لكن يمكن أن يترتّب عن ذلك بعض التعقيدات القانونية المرتبطة بصلاحيات مجلس المنافسة في نظر عقود الصفقات العمومية المخالفة لأحكام قانون المنافسة، سيما حال تعديل نص المادة الثانية من الأمر المتعلّق بالمنافسة، على الحال الذي يُدخل الصفقات العمومية ضمن مجال تطبيق قانون المنافسة، ما يُعقّد كثيراً في إبراز طبيعة إقران عقود الصفقات العمومية بمجال اختصاص مجلس المنافسة، بمقاربة أنّ عقد الصفقة العمومية ممارسة لصلاحيات السلطة العامة.

هذا وبالنظر للطابع الإداري لمجلس المنافسة وولايته العامة في عملية الضبط، قد يُخفّف من حدة هذا التداخل، إلّا أنّه وبالنظر أيضاً لآليات الطعن في قرارات المجلس، والطبيعة الإدارية لعقد الصفقة العمومية لا نجد التوافق المناسب لتوصيف هذه الحالة إلّا بربطها بحجية نص القانون تأصيلاً لتطبيقه السليم.

حيث يُمكن أن نقف على استثناءات بموجب نصوص خاصة تتعلّق بأحقية مباشرة الاختصاص القضائي، بما يخالف قواعد الاختصاص في القانون الإجرائي، بحيث تُقرر ولاية القضاء الإداري على قضايا تخضع من حيث المبدأ لاختصاص القضاء العادي، إذ يستمدّ هذا الاستثناء مبرراته من عدّة أوجه منها: تسير مرفق عام، وكذا إعتبرات النفع العام.

ف نجد من ذلك ما يتعلّق بالمؤسسات الخاضعة لأحكام القانون 88-101¹ (من ذلك شركة سونلغاز، وشركة النقل بالسكك الحديدية)، سيما المواد من 55 إلى 57 منه، حيث أنّ هذه المؤسسات وإن كانت تخضع في نشاطها لأحكام القانون التجاري، إستناداً للنص التنظيمي المنشئ لها بحيث أنّه على هذا الأساس تؤول منازعاتها للقضاء العادي، إلّا أنّه بالنظر لكوكبة من العوامل منها شغل هذه المؤسسات لجزء من الأملاك العمومية لأجل تسير مرفق عام، وتقديمها لخدمة عمومية تُحقّق النفع العام فهي تُمارس صلاحيات السلطة العامة، في وجه مُرتفقيها بما يضمن استمرار نشاطها ومن تمّ تؤول منازعاتها فيما ورد لإختصاص القضاء الإداري.

ففيما يتعلّق بتقديم منفعة عامة، نجد أنّ القانون وبموجب نصوص خاصة يمنح مؤسسات عمومية إقتصادية، صلاحية اللجوء إلى إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة، وهي صلاحية تنفرد بها السلطة العامة، حيث أنّ المنازعات الناجمة عن تمرير أنابيب الغاز

¹ قانون رقم 88-01، متضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، مؤرخ في 12/01/1988، ج.ر رقم 2، الصادرة بتاريخ 13/01/1988. (معدّل ومتمّم).

وتوصيلات الكهرباء، يعودُ إختصاص نظرها للقضاء الإداري، طبقاً لنص المادة 4/160 من القانون 01-02.¹

أما عن حالة إختصاص القضاء العادي بدلاً عن القضاء الإداري، فتَمَّ من القضايا ما يَفْتَرَضُ أيلولة الإختصاص فيها للقضاء الإداري بتحكيم قواعد توزيع الإختصاص، إلاَّ أنَّ القانون أَسَدَ النَّظَرِ فيها للقضاء العادي، سواء بالنظر للطابع التجاري للخصومة، أو إسناداً للحماية للقضاء العادي فيما يتعلَّق بهذه المنازعات.²

فوجد فيما يَخَصُّ الإعتبار الأوَّل أنَّ الأمر رقم 03-03، ميِّز بين الإختصاص النوعي للجهات القضائية المؤهلة للنظر في الطَّعون ضدَّ القرارات الصَّادرة عن مجلس المنافسة. إذ أنَّ هذه القرارات قابلة للطَّعن من الأطراف المعنية بالقرار أو من الوزير المكلف بالتجارة أمام مجلس قضاء الجزائر الناظر في المواد التجارية في أجل لا يتجاوز شهر واحد ابتداءً من تاريخ استلام القرار، وهذا النحو يُحمل على اعتبار التقارب بين المسائل التجارية وقضايا المنافسة التي ترتبط بالشأن الإقتصادي تأكيداً على تهيئة كفاءة متقاربة ذات خبرة في نظر المسائل المرتبطة بالتجارة، وبما يضمن الحفاظ على سلامة الممارسات المنتهجة في السوق دون تقييد أو تعطيل لقواعد المنافسة بما يتوافق وما هو مُقرر فعلاً بنص القانون في غير مساس بسلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق.

في حين يعود الإختصاص لمجلس الدولة إذاً تعلَّق الأمر بمنازعة ذات طابع إداري من ذلك الطَّعن في قرار التَّجميع، على اعتبار أنَّ الطَّعن يتعلَّق بقرار صادر عن مجلس المنافسة الذي يُمثِّل سلطة إدارية مستقلة استناداً لنص المادة 23 من الأمر 03-03، التي تُرسِّخ الطَّابع الإداري لمجلس المنافسة من تمَّ وحسب قواعد الإختصاص القضائي فإنَّ الطَّعن يَسْتَتَبِعُ طبيعة ما يَتَمُّ الطَّعن بشأنه، من تمَّ فإنَّ الإختصاص النوعي مُحدَّد بحسب طبيعة مضمون القرار وفقاً لأحكام الأمر 03-03.

أما ما يتعلَّق بإسناد الإختصاص للقضاء العادي بدلاً عن القضاء الإداري من باب إسناد الحماية للقاضي العادي، فوجد أنَّ الإختصاص في المنازعات المتعلقة بالأموال الوطنية يؤوَّل الإختصاص فيها من حيث المبدأ للقضاء الإداري، لكنَّ القانون أخضع بعض المنازعات المتعلقة بالأموال الوطنية الخاصة للمحاكم العادية منها حالة الإستلاء على التركبات الشاغرة أو الأملاك التي لا مالك لها.³

¹ القانون رقم 01-02، يتعلَّق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المؤرَّخ في 05/02/2002، ج.ر رقم 08، الصَّادرة بتاريخ 06/02/2002.

² عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون 08-09)، طبعة ثانية مزيَّدة، منشورات بغدادي، 2009، ص.93، 94.

³ فاستناداً إلى نص المادة 773 من القانون المدني، وعملاً بالمواد 48 و 51 إلى المادة 53 من قانون الأملاك الوطنية) قانون رقم 08-14 المؤرَّخ في 20/70/2008، يعدل ويتم القانون رقم 90-30 المؤرَّخ في 01/12/1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر رقم 44 الصادرة بتاريخ 03/08/2008)، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 91-

رجوعاً لعقد الصّفقة العمومية، فمن حيث أنّ المشرّع اعتمد المعيار العضوي¹ في تحديد إختصاص الجهات القضائية، فإنّ خُروجه عن اعتماد هذا المعيار في حالات غير مُنزعلة بموجب نصوص خاصّة، مع خصوصية وتنوّع القضايا المرتبطة بتطبيق قانون المنافسة، والأخذ بهذا الأخير في شكله الحالي، مع الإقرار بالطبيعة الإدارية لعقد الصّفقة العمومية.

فإنّ هذه الحثثيات تُحيلنا إلى معالجة استثنائية لرقابة مجلس المنافسة لحالات الإخلال بقواعد قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية، فيما قد يطرأ من تعديل على قانون المنافسة على اعتبار أنّ قواعده تتجدّد باستمرار وفق ما تقتضيه المصلحة العامّة في ضبط النّشاط الاقتصادي ورقابة السوق ومن زاوية أخرى وفق ما يفرضه تنوّع وتطوّر النّشاط الاقتصادي الممارس، وكذا الممارسات المنتهجة من قبل المؤسسات، هذا وحتى ضمن ماهو مُثبت وفق شكله الراهن بما يُفرضي إلى فهم مُتداخل بين أسس القانون الخاص وأسس القانون العام، التي تتسق في شكل مُترابط عبر نصوص قانون المنافسة، بما يبعث إلى وجود إشكالات قانونية تتعلّق بتحديد الإختصاص القضائي.

فطالما أنّ عقد الصّفقة العمومية، لا يخرج من حيث المبدأ عن خصائص عقود القانون الخاص، سيما ما تعلّق بإرادة الأطراف في إحداث الأثر القانوني، بأيّ أسلوب من أساليب التّعاقّد بحيث يكون تمّ الإلتزامات متقابلة تُندرج ضمن المفهوم الواسع للإتفاق الذي يُمكن أن يقع ضمن إعتبرات المادّة 6 من الأمر 03-03، والتي لا تُميّز بين الإتفاق سواء كان صريحاً أو ضمناً طالما تتحقّق فيه شروط الممارسة المحظورة. ومن تمّ يكون لمجلس المنافسة الإختصاص بنظر الممارسات التي تدخل ضمن صلاحياته التنازعية من ذلك ما تعلّق بالاتفاقات المحظورة وفق مفهوم الأمر 03-03، إذ من شأن المجلس تحريها وكشفها،

454، سيما المادة 88، والمواد من 90 إلى 92 منه (المرسوم التنفيذي رقم 91-454، المؤرخ في 23/11/1991 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصّة والعامّة التابعة للدولة و تسييرها ويضبط كفيات ذلك، ج.ر رقم 60، الصادرة بتاريخ 24/11/1991.)؛ ترفع الدولة أمام القاضي العادي ممثلة في شخص الوالي، دعوى للحصول على حكم يصرّح بانعدام الوارث بعد التحقيق من أجل البحث والتحري عن الملاك المحتملين أو الورثة، ويترتب عن الحكم التصريحي الذي يثبت شغور تركة الأملاك العقارية التي تركها المالك، تطبيق نظام الحراسة القضائية على هذه الأملاك خلال الأجل المقررة قانوناً، ويتبع ذلك تصريح القاضي بالشغور وإحاقها بالأملاك الوطنية الخاصّة، ويرجع تحويل قواعد الإختصاص إلى أنّ هذه الأملاك ذات طبيعة خاصّة مرتبطة بحق الملكية، والقاضي العادي أفضل حام طبيعي لها، في هذا الشأن، عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص.95،96.

¹ إضافة إلى ما نصت عليه المادة 800 من القانون 08-09، أكدت محكمة التنازع في قراراتها على اعتماد المعيار العضوي في توزيع الإختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، يظهر ذلك من خلال قرارات عديدة لمحكمة التنازع من ذلك القرار الصادر بتاريخ 17/07/2005، إذ جاء فيه: "... ينص المرسوم الرئاسي رقم 02-195 المؤرخ في 01/06/2002 على أنه: تحوّل المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري سونلغاز دون إنشاء شخصية معنوية جديدة إلى شركة أسهم وبأن تمسك محاسبة سونلغاز على الشكل التجاري...؛ وأنّه بتغليب المعيار العضوي باعتباره المبدأ فإنّه يتعين التصريح باختصاص الجهة القضائية المدنية للفصل في النزاع المعروض عليها..."، مجلة مجلس الدولة، عدد رقم 08، من قرارات محكمة التنازع، طبعة مجلس الدولة، الجزائر، 2008، ص.247.

وحظرها متى كانت كذلك. طالما أنّ المادة المشار إليها لم تستثنى الإتفاقات التي تُبرمها الجهات الإدارية من الخضوع لأحكام المادة أعلاه.¹

وإن كان أنّ عقد الصّفقة العمومية يرتبط بذات من أشخاص القانون العام، بما يُحيل منازعاتها لأحكام القضاء الإداري التي هي في الأغلب لها علاقة وثيقة بتسيير المرفق العام. بحيث عموماً يتضمّن عقد الصّفقة العمومية شروطاً غير مألوفة، بل غير مشروعة في اعتبارات القانون الخاص، بما يُحيل إلى إمكان إجازة عقود الشّخص العام حتى في الحال التي تتضمّن مخالفة لنص قانوني على اعتبارات أولوية تحقيق المصلحة العامّة.

هذا وأنّ نص المادة 2 من الأمر 03-03، أدخلت الصّفقات العمومية في نطاق تطبيق الأمر المشار إليه، بدءاً من الإعلان عن الصّفقة إلى غاية المنح النهائي للصّفقة، وهي الفترة التي تسمح بتحري مركز وتصرفات المتعاملين مع المصلحة المتعاقدة المعلنّة عن الصّفقة من جهة.

كما تسمح بمراقبة مدى تقيّد المصلحة المتعاقدة بالنّصوص القانونية المنظّمة لإجراءات المنح، وعدم عرفقتها لسير المنافسة بين المتعاملين، وعدم مساهمتها في خلق ممارسات مقيدة للمنافسة، بحيث لا يكفي أن تلتزم المصلحة المتعاقدة بمراعاة نص المرسوم الرئاسي 15-245، بل يجب عليها أيضاً مراعاة، والتّوافق مع أحكام الأمر 03-03 فيما يخصّ عدم وجود مؤسسات مُتسببة في خرق لقواعد المنافسة داخل السوق يُسهم استفادتها من الصّفقة في الهيمنة على السوق، أو التأثير على سيره العادي.

المطلب الثاني: خصائص قانون الصفقات العمومية، ونطاق التطبيق

إنّ استقرار المسار التشريعي لنظام الصّفقات العمومية يبرز حالة عدم إستقرار التنظيم القانوني للصّفقات العمومية، حيث تمّ صياغته في ستة مناسبات ما بين تعديل وإلغاء.

ويُمكن إرجاع هذا الزخم في المعالجة القانونية للصّفقات العمومية، إلى عدم الوصول إلى القناعة الكافية بملاءمة وكفاية النّصوص القانونية لضبط الإنفاق العام في باب الصّفقات، وضرورة ملاءمة أداة الإنفاق العام مع القوانين التي يفرضها النهج الليبرالي، وتوسّع أنماط القاعدة القانونية وتقرّبها وتداخلها، من ذلك قانون المنافسة، والقوانين المتعلّقة بالبيئة والمحيط التي تشهد مراعاة في منح عقود الصّفقات العمومية.

وكما سبق الإشارة تنساق هذه التّعديلات مع واجب ترشيد النفقة العمومية، وحماية السوق الوطنية عبر إرساء قواعد الشفافية في التعاملات، وتفعيل قواعد المنافسة وتهيئة المناخ المناسب للمتعاملين عبر ضبط السوق، فهذا ما تقدّم به المرسوم الرئاسي 15-247،

¹ سهيلة ديباش، إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د. يحيى فارس، المدية، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013، ص.09.

بحيث تمّ استحداث سلطة ضبط الصفقات العمومية بموجب نص المادة 23 من المرسوم المشار إليه.

في معرض هذا التقديم، نتطرق عبر الفرع الأول إلى خصائص قانون الصفقات العمومية، لننتقل عبر الفرع الثاني لبحث مجال تطبيق هذا القانون.

الفرع الأول: خصائص قانون الصفقات العمومية

ما تجدر ملاحظته فيما يخصّ قانون الصفقات العمومية، أنّه يدخل في المجال التنظيمي حيث أنّ كافة القوانين المتعلقة به جاءت في شكل مرسوم رئاسي أو تنفيذي أو أمر، بدءاً من الأمر 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ويدخل هذا في إطار صلاحيات رئيس الجمهورية في التنظيم في المسائل غير المخصصة للقانون،¹ وكذا صلاحياته التشريعية في هذا الإطار،² حيث حدّدت المادة 139 وكذا المادة 140 من الدستور الميادين التي يشرع فيها البرلمان.

وإنّ كان ربط قانون الصفقات العمومية بصلاحيات رئيس الجمهورية في مجال التشريع ينم عن ارتباط هذا القانون بتسيير موارد الدولة وبمقدرات الخزينة العمومية، كما أنّه يقع في باب أنّ للبرلمان سلطة التصويت على الميزانية، وتشريعه بموجب قوانين عضوية فيما يخصّ القانون المتعلق بالمالية، وكذا في تنفيذ مخطط الحكومة الذي يكون قد وافق عليه البرلمان في إطار الرقابة البرلمانية.³

وبالنظر لنص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247، نجد ارتباط عقد الصفقة العمومية بالأشخاص العامة الذي ورد ذكرهم حصراً، في أنّ تُمرر نفقاتهم على إجراءات إبرام الصفقات وفق ما هو محدّد في أحكام المرسوم المشار إليه.

وعلى اعتبار أنّ المصلحة المتعاقدة في الصفقات العمومية هي شخص من أشخاص القانون العام، فلا مجال لبحث مسألة التوازن العقدي بين أطراف العقد للمصلحة المتعاقدة إمتيازات واسعة في مقابل المتعامل الإقتصادي نظراً لاعتبارات سير المرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة.

حيث أنّ للمصلحة المتعاقدة سلطة فرض جزاءات على المتعامل معها، من ذلك ما نصّت عليه المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15/247، في حال إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته معها، وبهذا يُعدّ عقد الصفقة العمومية نموذجاً رخصاً لدراسة وسائل وأساليب

1 المادة 141 من الدستور.

2 المادة 142 من الدستور.

3 المادة 115 من الدستور.

4 المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247: "يمكن أن ينجّر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجل المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به..."

القانون العام، على أنّ لجوء المصلحة المتعاقدة لهذه الأساليب مُقَيّد بضوابط قانونية يُراعى فيها جوانب وضرورات تسيير المرفق العام، وكذا ضمان تحقيق المصلحة العامة.

رجوعاً إلى أساسيات القانون الإداري حيث يرتبط العقد الإداري وجوباً بتسيير المرفق العام، وفق ما تقرر

تاريخياً عبر حكم محكمة التّنازع بفرنسا من خلال قضية Blanco¹، حيث استقرّ المبدأ على أنّ أساس القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري، إنّما يتعلّق بكلّ نشاط تديره الدولة أو تهيمن على إدارته ويستهدف تحقيق المصلحة العامة.

والمرفق العام بهذا المعنى هو النّشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى مباشرة أو تعهد به إلى جهة أخرى تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام وتحقيقاً لمصلحة عامة.

وقد عزز هذا الإتجاه أنّ وضع العميد (ديجي) لأسس نظريته عن المرافق العامة التي كان لها شأن بين نظريات القانون الإداري، حتى باتت تقوم على اعتبار المرفق العام ومقتضيات سيره المبرر الوحيد لوجود نظام قانوني خارج عن المألوف في قواعد القانون الخاص.

وقد تجاوزت هذه النّظرية الإنتقادات التي وُجّهت لمعيار التّفرقة بين أعمال السّلطة وأعمال الإدارة العادية فشملت جميع نشاطات الإدارة المتصلة مباشرة بالمرافق العامة التي يحكمها القانون الإداري، ويختص القضاء الإداري النّظر في المنازعات الناشئة عنها من قبيل القرارات والعقود الإدارية والأعمال المادية سواء أصدرت عن الدولة أو عن

¹ L'arrêt Blanco est une décision rendue en France le 8 février 1873 par le Tribunal des conflits. Elle est considérée comme le fondement du droit administratif français, « Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ».

Chronologie Blanco : 3 novembre 1871 : Agnès Blanco, fille de Jean Blanco, subit un accident causé par des employés de la manufacture des tabacs de Bordeaux, 24 janvier 1872 : Jean Blanco dépose une demande d'indemnisation devant le tribunal civil de Bordeaux ; Problème de droit : Compétence du juge administratif pour connaître de la responsabilité à raison des dommages causés par des services publics. Disponible sur le lien : <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/Tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-Blanco> date de visite: 16/06/2016.

الأشخاص العامّة الأخرى التابعة لها، ما دامت تستهدف من هذه الأعمال إشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام.¹

مع وجود إستثنائين محدودين في هذا المجال يتعلّق الأوّل بإدارة الدّولة أو الأشخاص التابعة لها لأموالها الخاصّة فلا نكون في هذه الحالة أمام مرفق عام، أمّا الإستثناء الآخر فيتعلّق بعدول الإدارة عن استعمال وسائل القانون العام واستعمالها وسائل القانون الخاص في إدارة نشاط من نشاطاتها وفي هاتين الحالتين تُطبّق قواعد القانون الخاص ويختصّ القضاء العادي بالنظر في المنازعات الناشئة عنها.²

فمن خلال نصوص المرسوم الرئاسي 15-247، سيما المادة 2، والمادة 6، وكذا المواد 136³

147⁴ 149⁵ من ذات المرسوم، يتبيّن كيف أنّ عقد الصّفقة العمومية يرتبط بتسيير مرافق عمومية كما يرتبط بأشخاص القانون العام كما حدّتهم نص المادة 6 من المرسوم المشار إليه، كما يظهر من خلاله نية الإدارة الأخذ بوسائل القانون العام عبر الحالات التي أقرّها القانون، ومن تمّ يتوفر في عقد الصّفقة العمومية كلّ المعايير المعتمدة للعقود الإدارية.

من تمّ فإنّ كلّ ما يحيط بعقد الصّفقة العمومية من إجراءات وتشديد وامتيازات، إنّما يرتبط بارتباطها بالمال العام، الذي عرّف بأنّه: "جميع الأموال المنقولة والثابتة المملوكة للدّولة أو الأشخاص المعنوية العامّة، والتي يتمّ تخصيصها للمنفعة العامّة."⁶

فيدخل ضمن هذا التعريف الملكية العامّة كما جاء النصّ عليها بمقتضى المادة 20⁷ من الدستور، وكذا نص المادة 688 من القانون المدني حيث تنص: "تعتبر أموالاً للدّولة العقارات والمنقولات التي تُخصّص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامّة، أو لإدارة، أو لمؤسسة عمومية أو لهيئة لها طابع إداري..."

ما يجعل من غير الممكن التّصرف في أموال الدّولة، أو حجزها أو تملّكها بطريق التقادم، كما جاء النصّ على ذلك في نص المادة 689 من القانون المشار إليه (القانون المدني).

1 جورج فودال وبيار دلفوليه، القانون الإداري، الجزء الأوّل، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ترجمة منصور القاضي، بيروت، لبنان، ص 82 وما بعدها.

2 إذا كان قرار بلانكو يعتبر من القرارات المنشأة للقضاء الإداري، فإنّ التّطورات اللاحقة للإجتهد القضائي أدت إلى تغيير القواعد المعمول بها، من ذلك أنّ المرفق العام لم يعد هو المعيار المتميز لتحديد الإختصاص التّوعوي وبالخصوص النزاعات المتعلّقة بالمؤسسات العامّة ذات الطابع الإقتصادي والتّجاري التي أصبحت من إختصاص القضاء العادي. كما أنّ المشرع تدخل في بعض الميادين لتوزيع الإختصاص كما سبق الإشارة إلى ذلك في الفرع السابق، ص.

3 المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247، تتعلّق بملحق الصّفقة في حال الخدمات الإضافية أو التكميلية.

4 المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247، تتعلّق بفرض عقوبات مالية من طرف المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها في حال الإخلال بالالتزامات التعاقدية.

5 المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247، تتعلّق بحق المصلحة المتعاقدة في فسخ عقد الصّفقة العمومية من جانب واحد، حتى مع عدم وجود خطأ من المتعامل، وكذا إمكان الفسخ الجزئي للصّفقة.

6 جميلة حميدة، مرجع سابق، ص 07.

7 المادة 01/20 من الدستور: الملكية العامّة هي ملك المجموعة الوطنيّة.

ويظهر ارتباط الصفقة العمومية، بالخزينة العمومية من خلال ضبط حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة تُمرر عن طريق إجراءات إبرام الصفقات العمومية، على اعتبار أن برنامج الصفقات يخضع لإجراءات وتراخيص ورقابة متعددة، تُعيق تعاملات المصلحة المتعاقدة وعلى هذا الأساس قُيّدت الصفقات بحدود مالية تسهياً لعمل المصالح المتعاقدة على أن هذا النوع من العقود يخضع لنوع من الرقابة غير المركزة مقارنة بعقد الصفقة العمومية.¹

فتلتزم المصلحة المتعاقدة بإجراءات الصفقة في مجال الأشغال واللوازم إذا تجاوز المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة إثنا عشر مليون دينار (12.000.000.00)، وفي مجال الدراسات والخدمات إذا تجاوز المبلغ التقديري لستة ملايين دينار (6.000.000.00).² فارتباط الصفقة العمومية بالمال العام يشير إلى وجوب أن تخضع لنمط فريد من التنظيم، يمتد من النص الدستوري إلى النصوص التشريعية، والتنظيمية المختلفة، تتساوى فيها المصلحة المتعاقدة والمتعاملين معها في الخضوع والإلتزام بها.

فقد نصت المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، على ضرورة أن يُراعى في عملية إبرام الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين، وشفافية الإجراءات في التعاقد، قصد ضمان نجاعة الطلب العمومي والإستعمال الحسن للمال العام.

هذا علاوة على الأحكام التي تُحيط بعملية إبرام الصفقات خلال كافة مراحل إبرامها، إنطلاقاً من موعد الإعلان عنها إلى غاية تنفيذها، من ذلك كيفية إختيار المتعاقد المتعامل مع المصلحة المعلنة عن الصفقة، وكذا تدقيق وتحديد كافة القواعد الموضوعية والإجرائية التي تُسري على الصفقة العمومية،³ مع ضبط كافة المسائل المتعلقة بالإعلان عن الصفقة.⁴

بالإضافة إلى تنوع عمليات الرقابة المفروضة على صفقات الهيئات العمومية، سواء منها الرقابة الداخلية أو الخارجية، وكذا نمطها من حيث كونها قبلية أو بعدية، وكذا تنوع الهيئات التي تتولى عملية الرقابة من ذلك مجلس المحاسبة كهيئة رقابة عليا على المال العام، وكذا دور المفتشية العامة للمالية في هذا الشأن، وكذا عمليات الرقابة القبلية للنفقات المدارة على مستوى المصالح المكلفة بالميزانية، كما لا يمكن استبعاد دور الهيئات القضائية التي لها

1 جميلة حميدة، مرجع سابق، ص.08،09.

2 المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3 جميلة حميدة، مرجع سابق، ص.08.

4 المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247.

دور كبير في المساءلة عن حالات الفساد وتبذير المال العام،¹ مع إمكان بحث دور سلطة ضبط الصفقات العمومية في حدود ما يقرّه القانون.²

الفرع الثاني: نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية

موضوع هذا الفرع مرتبط ببحث نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية، على أن هذا البحث لا يقف عند الحدود الكشفية الوصفية لمجال تطبيق المرسوم الرئاسي 15-247، فدراستنا له لا تُحقق أهدافها إلاّ عبر إقرانه بما تعرضنا إليه في الفصل الأول في شأن مجال تطبيق قانون المنافسة، وذلك بنظر المواد: (1،2،5،6،29) من المرسوم الرئاسي 15-247، موازاتاً بالمواد: (1،2،6،7،11،12) من الأمر 03-03، وذلك عبر:

✓ أولاً. من حيث أهداف المرسوم الرئاسي 15-247

بالنظر لنص المادة الأولى من المرسوم الرئاسي 15-247، لا يمكن تحديد الهدف من المرسوم إلاّ في حدود أنّ سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تُبرمها المصالح المتعاقدة، والسلطات المفوضة تخضع لما هو منظم بموجب القوانين والتنظيمات المعمول بها، وأحكام المرسوم المشار إليه، وهذا التّحديد لا يشكّل إضافة فعلية على اعتبار أنّ القانون نافذ بما ينظم، ومن تمّ تخضع الوقائع القانونية كانت أو مادية لنص المادة القانونية على أسس عمومية وتجريد وإلزامية القاعدة القانونية، وإنّ أمكن تعريف نص المادة الأولى من هذا المرسوم على أنّها الإطار العام لما يتضمنه هذا المرسوم بدلالة: (الإعداد، الإبرام، التنفيذ، والمراقبة).

على أنّه بنظر المادة 5 من ذات المرسوم الرئاسي (15-247)، التي تضمّنت المبادئ العامّة للطلب العمومي، يبرز من خلال إفتتاحها بالصيغة التالية: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام، يجب..."

إنّ المرسوم الرئاسي 15-247 من خلال تنظيمه للجوانب المتعلقة بإعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقة

العمومية، يهدف من وراء ذلك إلى ضمان نجاعة الطلب العمومي، وترشيد الإنفاق العام بحيث تكون جميع النفقات مبرّرة، على أنّ تحقق هذا الهدف يرتبط بتحقيق المبادئ التي تضمّنتها نص المادة 5³ من المرسوم الرئاسي 15-247.

¹ تضمّن القسم الثامن من المرسوم الرئاسي 15-247، إجراءات تتعلّق بمكافحة الفساد، دون الإخلال بالمتابعات الجزائية وفق ما تضمّنه نص المادة 89 من المرسوم المشار إليه.

² المادة 88 من المرسوم الرئاسي 15-247: " تعدّ سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة بموجب المادة 213 من هذا المرسوم، مدونة أدبيات وأخلاقيات المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يوافق عليها الوزير المكلف بالمالية..."

³ تضمّن نص المادة 5، على أنّه يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المترشحين، وكذا شفافية الإجراءات.

مقارنة بالأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، نجد أنّ المادة الأولى¹ منه ترتبط بمجالين يتعلّق الأول بتحديد موضوع الأمر، فيما يتعلّق الثاني بتحديد أهداف الأمر هذه الأخيرة التي يمكن تحققها بتطبيق النصوص الموضوعية للأمر، بحيث يدخل في أهداف الأمر 03-03، مطلب زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين، وكلا المطلبين يمكن ربطهما وتحقيقهما عبر نجاعة الطلب العمومي في مجال الصفقات وكذا ترشيد الإنفاق العام. بحيث أنّ كلا القانونين (قانون المنافسة، وقانون الصفقات العمومية) يخدم الآخر عبر سلامة تطبيق النصوص، وتفعيل آليات الرقابة المنصوص عليها في كلا القانونين، بما يضمن توفير البيئة الملائمة للفعل الاقتصادي عبر سوق تسوده مبادئ المنافسة، ومن خلال مراعاة وضعية الأطراف المستفيدة من الصفقات.

✓ ثانياً. من حيث موضوع تطبيق المرسوم الرئاسي 15-247

تبعاً لنص المادة 2، و29² من المرسوم الرئاسي 15-247، يتحدد موضوع إبرام الصفقات العمومية بأربعة مجالات تتمثل في: إنجاز الأشغال، إقتناء اللوازم، إنجاز الدراسات، وتقديم الخدمات.

وبالنظر والمقارنة مع نص المادة 2 من الأمر 03-03، التي تُحدّد مجال تطبيق هذا الأمر بمجالات الإنتاج، التوزيع والخدمات، فإنّه لا يمكن أن تخرج موضوعات الصفقات العمومية عن مجال تطبيق الأمر 03-03، على اعتبار أنّ مجال تطبيق قانون المنافسة يُعبّر عن الدورة الاقتصادية الكاملة لأيّ قيمة يعبّر عنها حسابياً، باستثناء العملية الاستهلاكية، التي يتحدد شكلها عبر المراحل السابقة والتي تخضع لمجال مغاير من أشكال التنظيم القانوني، من تمّ يتحدد تطبيق قانون المنافسة بمفهوم النشاط الاقتصادي.

على أنّ الفقرة الثانية من المادة 2 من الأمر 03-03، تُنفذ تطبيق أحكامه أيضاً على الأشخاص المعنوية العمومية، والجمعيات والمنظمات المهنية، مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها، بما يفيد عدم تعلّق تطبيق أحكام قانون المنافسة بالمقابل المالي المحصّل في شكل أرباح المؤسسات، وإنّما يكفي لذلك أن يقع النشاط ضمن المجالات المحددة بنص المادة الثانية من قانون المنافسة.

¹ المادة 1 من الأمر 03-03: " يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسة مقيّدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين."

² المادة 01/29 من المرسوم الرئاسي 15-247: " تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

- إنجاز الأشغال،
- إقتناء اللوازم،
- إنجاز الدراسات،
- تقديم الخدمات."

ففاعلية الإقتصاد في الدول الرّيعية تسهم بتنشيطه وبشكل كبير عقود الصفقات العمومية، بما يؤدي إلى الزيادة أو الخفض من نسب النمو الإقتصادي، هذا وأن إخضاع الصفقات العمومية لتطبيق نصوص الأمر 03-03 مسألة

ليست بالجدلية لوجود النص¹، ما يدعم تداخل موضوعات قانون المنافسة، وقانون الصفقات العمومية.

على أن هذا التطبيق لم يتحدّد موضوعه وآلياته بعد، سيما في الحال التي يربطُ فيها المشرّع تطبيق قانون المنافسة، بما يمكن أن نصفه بالشرط التعلّقي المرتبط بعدم تقييد أو إعاقة تطبيق أحكام قانون المنافسة، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية².

✓ ثالثاً. من حيث الإعتبارات المالية لتطبيق المرسوم الرئاسي 15-247

إنّ إرتباط الصفقات العمومية بالخزينة العامّة يستلزم حد مالي أدنى لإعتبار العقد صفقة عمومية، فمن غير العملي إلزام المصلحة المتعاقدة بإجراءات الصفقات المتضمنة في قانون الصفقات العمومية في كلّ تعاملاتها في جميع الحالات، وأياً كان قيمة ومبلغ الصفقة

1 المادة 2 من الأمر 03-03 .

2 يبرز تطور في تحديد مجال تطبيق الأمر 03-03 من خلال التعديلين المتعلّقين بهذا الأمر (القانون 08-12، والقانون 10-05)، هذا وإن كان هذا التطور لا يخرج في طور منه عن كونه تفصيل في نص المادة وتدارك الأمر فيما يتعلّق بالجمعيات والمنظمات المهنية، إلاّ أنّه يحمل دلالة كبيرة وتحوّل كبير في مجال خضوع الصفقات العمومية، وبشكل عام الأشخاص العامّة لقانون المنافسة، حيث نصّت المادة 02 من الأمر 03-03 قبل أيّ تعديل على: " يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون، إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامّة أو أداء مهام المرفق العام."، ما يعني أنّ أيّ ممارسة لشخص عام مرتبطة بصلاحيات السلطة العامّة أو أداء المرفق العام يترتب عنها عدم هذا التصرف لقانون المنافسة على إطلاقه، من تمّ يعتبر إمتداد تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العامّة معلقاً بشرط فاسخ، هو عدم وقوع تصرف الشخص العام ضمن المجال المطلق لممارسة صلاحيات السلطة العامّة أو أداء المرفق العام.

في حين أنّه بعد تعديل القانون 10-05 للأمر 03-03، وقبله القانون 08-12، تضمنت الفقرة الأخيرة لنص المادة 2 في كلا التعديلين مايلي:

" غير أنّه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية." وهو الأمر الذي يمكن حملّه من خلال تعيّر ودلالة الصيغة اللغوية عبر مصطلح " يعيق " إلى خفض المجال المطلق لمفهوم ممارسة صلاحيات السلطة العامّة أو أداء مهام المرفق العام، الذي حسب نص المادة 2 من الأمر 03-03، ينتقي تطبيق قانون المنافسة بمجرد ظهور الشخص العام بأحد الإعتبارين، إلى تعلّيق إنتفاء التطبيق على الحال الذي يكون فيها تطبيق أحكام قانون المنافسة معيقاً لممارسة صلاحيات السلطة العامّة، أو أداء مهام المرفق العام، من تمّ يجب الإحالة إلى مفهوم هذه الإعاقة أو ضبط حالاتها بنص واضح سواء بحصرها، أو بيان ما يقابلها، وعلى هذا النمط المتصاعد في توسّع تطبيق قانون المنافسة يظهر هذا الأخير كمجال غير مستقر تطوره ليس مرتبط بإرادة المشرع ذاتها، وإنّما من خصوصية القضايا التي يعالجها.

لما يترتب عنه من تعطيل في سير المرافق ومراعاة لوجود مصالح ملحة واعتيادية، ما يضمن تسير المرافق العمومية بشكل مستمر ومضطرد.¹

فتطبيق أحكام الصفقات العمومية غير مقترن فقط بحدود المعيارين العضوي والموضوعي، وإنما يتعداهما إلى توافر المعيار المالي الذي يمثل السقف المقنن الذي دون بلوغه لا يمكن إعمال نفس إجراءات الصفقات العمومية، وفق ما هو محدد بنص المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247.

فهذه المسألة لا نجد ما يقابلها في الأمر 03-03، حيث أن أي ممارسة تقيد أو يمكن أن يكون من شأنها تقييد المنافسة، تقع ضمن الحظر المنصوص عليه بموجب نصوص قانون المنافسة، وهذا بغض النظر عن معيار القيمة بالمفهوم الإقتصادي الذي يمكن أن تشكّله هذه القيمة في إطار الممارسة، على أن التطبيق العملي لقانون المنافسة يحيل إلى عدّة تطورات واعتبارات سواء في مفهوم القانون، أو في مفهوم تطبيقات مجلس المنافسة من ذلك ما هو ثابت عن نظرية الأثر المحسوس ونظرية الأثر المتراكم في تقدير نسبة المساس بالمنافسة.

✓ رابعا. من حيث تطبيق المرسوم الرئاسي 15-247 على الأشخاص

نُشير في هذا السياق إلى اعتماد المشرّع على المعيار العضوي في اعتبار عقود الشراء العام من قبيل الصفقات العمومية، على أنه يتوجب أن نُشير إلى المتعامل العمومي، على إعتبار أنه طرف في الصفقة العمومية الذي قد يكون من أشخاص القانون الخاص كما قد يكون من أشخاص القانون العام، بحيث يخضع لأحكام

المرسوم الرئاسي 15-247 في حال تعاقدته على صفقة عمومية، هذا وقد استئنفت المادة 7² من المرسوم المشار إليه طائفة من العقود من الخضوع للأحكام المطبقة على الصفقات

¹ بدرة لعور، الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جامعة محمد خيضر بالتنسيق مع ولاية بسكرة، بسكرة، ص.08، متاح على الموقع الإلكتروني: www.fdsp.univ-biskra.dz، نظر بتاريخ 2017/04/15.

² المادة 7 من المرسوم الرئاسي 15-247: " لا تخضع لأحكام هذا الباب (أحكام تطبق على الصفقات العمومية) العقود الآتية:

- المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية ز المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها،
- المبرمة مع المؤسسات العمومية المنصوص عليها في المطلة الأخيرة من المادة 06، عندما تزاوّل هذه المؤسسات نشاطا غير خاضع للمنافسة،
- المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع،
- المتعلقة باقتناء أو تأجير أراض أو عقارات،
- المبرمة مع بنك الجزائر،
- المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية أو بموجب الإتفاقيات الدولية، عندما يكون ذلك مطلوبا،

العمومية من ذلك العقود المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات ذات الطابع الإداري فيما بينها، والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تزاوّل نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة.

أما فيما يخصّ أشخاص القانون العام الذين تُمرر عقودهم عبر إجراءات الصفقات، حيث ورد ذكرهم في المرسوم الرئاسي 15-247 باسم المصلحة المتعاقدة في نص المادة 2 من المرسوم المشار إليه.

فقد نصّت المادة 6 من ذات المرسوم على: "لا تطبق أحكام هذا الباب (الباب الأول من المرسوم الرئاسي 15-247، المعنون بأحكام تطبق على الصفقات العمومية)، إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة،
 - المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،
 - المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري،
- عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.
- وتدعى في صلب النصّ المصلحة المتعاقدة."

فمن خلال هذا النصّ يتأكد إعتقاد المعيار العضوي، هذا المعيار الذي يُقصد به النظر إلى الهيئة أو الجهاز أو المنظمة القائمة بالنشاط لتحديد النتيجة القانونية التي يتحدد بموجبها الإختصاص القضائي دون النظر بالأساس لموضوع العمل أو طبيعته.¹

بهذا نعرض إلى أشخاص الخاضعين للأحكام المطبقة على الصفقات العمومية عرض بيان دون تفصيل، حيث أنّ الأشخاص المعنوية العامة والتي تكون نفقاتها محل متابعة وفق الإجراءات المطبقة على الصفقات العمومية بحسب نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247، إمّا سلطات مركزية، أو سلطات إقليمية، أو مؤسسات عمومية.

1. **السلطات المركزية:** وهي تشمل الإدارات المركزية والمحلية غير أنّها

تأخذ مفهوم الدولة بالمعنى الضيق في الصفقات العمومية،² وهو ما يتمثل أساساً في مصالح رئاسة الجمهورية³ ومصالح رئاسة الحكومة،¹ بما فيها الوزارات وما يرتبط

- المتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم،

- المبرمة مع محامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل،

- المبرمة مع هيئة مركزية للشراء خاضعة لأحكام هذا الباب، وتتصرف لحساب المصالح المتعاقدة.

1 سلوى بزاجي، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية- دعوى الإلغاء نموذجاً، مذكرة ماجستير، شعبة قانون إداري ومؤسسات دستورية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2007، ص.02.

2 سلوى بزاجي، المرجع نفسه، ص.06.

3 المرسوم الرئاسي رقم 01-197، المؤرخ في 2001/07/22، يحدد صلاحيات مصالح رئاسة الجمهورية وتنظيمها، ج.ر. رقم 40، الصادرة

بها من أجهزة وتنظيمات إدارية غير مُتمتعة بالشخصية المعنوية في إطار عدم التركيز الإداري أو ما يُعرف بالمركزية المخففة التي تقوم على أساس التفويض.²

كما يدخل ضمن هذا الباب السلطات أو الهيئات الوطنية المستقلة، حيث تمارس هذه الهيئات نشاطها على المستوى الوطني و يمكن تقسيمها إلى:

أ- **هيئات إدارية غير تنفيذية:** وتضم جميع الهيئات التي تضمّنها الدستور، كالبرلمان والمجلس الدستوري والمحكمة العليا ومجلس الدولة ومجلس المحاسبة، والمؤسسات الاستشارية؛ كالمجلس الإقتصادي والإجتماعي والمجلس الإسلامي الأعلى والمجلس الوطني لحقوق الإنسان والمجلس الوطني للبحث العلمي...³

ب- **الهيئات الإدارية المستقلة القائمة في إطار السلطة التنفيذية:** وهي التي تُعرف بالسلطات الإدارية المستقلة حيث تعدّ هذه السلطات تنظيمات إدارية، وهذه المؤسسات حديثة النشأة نسبياً،⁴ بحيث لا تخضع للسلطة الرئاسية ولا للوصاية الإدارية.⁵

كما لا تخضع للتدرّج الهرمي الذي تتميز به الإدارة والهيكل المكونة لها، فهي ليست لجان استشارية كما لا يمكن اعتبارها مرافق عامّة تتميز بطابع التخصص في مباشرة نشاطها.⁶

من بينها لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها،⁷ اللجنة المصرفية⁸ ومجلس المنافسة.¹

بتاريخ 2001/07/25.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 97-265، المؤرخ في 1997/07/21، المتعلّق بتطبيق النصوص المرتبطة بمجال التخطيط بممارسة الصلاحيات والمهام وتسيير الهياكل والوسائل والموظفين، ج.ر رقم 48 الصادرة بتاريخ 1997/07/23.

² محمّد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، دون سنة الطبع، ص.55،56.

³ سلوى بزاجي، مرجع سابق، ص.08.

⁴ سمير حدري، السلطات الإدارية المستقلة الفاصلة في المواد الإقتصادية والمالية، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة محمّد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2006، ص.10.

⁵ عز الدين عيساوي، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الإقتصادي والمالي، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، 2004، ص.7،9.

⁶ Rachid ZOUAIMIA, les autorités administratives indépendantes, et la régulation économique, IDARA, Revue de l'Ecole National d'Administration, V13, n 02, 2003, p.50.

⁷ أنشئت بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 1993/05/23، يتعلّق ببورصة القيم المنقولة، ج.ر رقم 34، الصادرة بتاريخ 1993/05/23، معدّل ومتمم بالأمر رقم 96-10، المؤرخ في 1996/01/10، ج.ر رقم 03 الصادرة بتاريخ 1996/02/19.

⁸ أنشأت بموجب القانون 90-10، المؤرخ في 1990/04/14، المتعلّق بالنقد والقرض، ج.ر رقم 16 الصادرة بتاريخ 1990/04/18، الملغى بالقانون رقم 03-11، المؤرخ في 2003/08/26، المتعلّق بالنقد والقرض، ج.ر رقم 52، الصادرة بتاريخ 2003/08/27، معدّل ومتمم بالأمر رقم 09-01، المؤرخ في 2009/07/22، يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر رقم 44 الصادرة بتاريخ 2009/07/26، المعدّل والمتمم بالأمر رقم 10-04، المؤرخ في 2010/08/26، ج.ر رقم 50، الصادرة بتاريخ 2010/09/01.

2. الجماعات الإقليمية: ويُقصد بها الولاية والبلدية حيث تعتبران وحدتي الإدارة المحلية، في إطار اللامركزية الإقليمية، وكذا اللامركزية المرفقية المتمثلة في المؤسسات التي تُمارس نشاطها على المستوى المحلي.²

وقد نصّ الدستور في نص مادته 16 على: "الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية. البلدية هي الجماعة القاعدية."

أ- الولاية: تعرّفها نص المادة الأولى من القانون 07-12 بأنها: "... الجماعة العمومية الإقليمية للدولة، وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة... وتُحدث بموجب قانون."

وقد نصّت المادة 135 من القانون 07-12³ على أن: "تُبرم الصفقات الخاصة بالأشغال... للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري وفقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمطبقة على الصفقات العمومية."

هذا وتتشكل الولاية من هئتين طبقا للقانون المشار إليه هما: المجلس الشعبي الولائي، والوالي، الذي يمارس مجموعة من الصلاحيات بموجب قانون الولاية،⁴ إذ يُعتبر هيئة تنفيذية يتولى بهذه الصفة تنفيذ القرارات الصادرة عن المجلس الشعبي الولائي،⁵ كما لا تُصح الصفقات ولا تكون نهائية، إلا بموافقة الوالي في حدود اختصاصه طبقا لنص المادة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247.

ب- البلدية: أشارت المادة 16 من الدستور إلى أنّ البلدية تمثل الجماعة الإقليمية القاعدية، وهو ذات ما تضمنته المادة الأولى من القانون 11-10،⁶ بالنص: "البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة، وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتُحدث بموجب قانون."

وقد نصّت المادة 189 من القانون 10-11، على خضوع الصفقات التي تقوم بها البلدية للتنظيم الساري المفعول والمطبق على الصفقات العمومية.

أما عن هيئاتها فتنصّ المادة 15 من القانون 10-11 على: "تتوفر البلدية على:

- هيئة مداولة: المجلس الشعبي البلدي،

1 أنشأ بموجب الأمر رقم 95-06، المؤرخ في 25/01/1995، يتعلّق بالمنافسة، ج.ر رقم 09، الصادرة بتاريخ 22/02/1995، الملغى بالأمر 03-03 المتعلّق بالمنافسة المعدل والمتمم.

2 محمّد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، مرجع سابق، ص.132.

3 قانون رقم 07-12، المؤرخ في 21/02/2012، يتعلّق بالولاية، ج.ر رقم 12، الصادرة بتاريخ 29/02/2012.

4 إذ يمارس الوالي سلطة الضبط الإداري، كمثل للدولة وهو بذلك يحافظ على النظام العام بمدلولاته الثلاث.

5 المادة 102، من القانون 07-12، المتعلّق بالولاية.

6 القانون رقم 10-11، المؤرخ في 22/06/2011، يتعلّق بالبلدية، ج.ر رقم 37، الصادرة بتاريخ 03/06/2011.

- هيئة تنفيذية: يرأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي.

إدارة ينشئها الأمين العام للبلدية تحت سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي.

ونفس أحكام المادة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247 تنطبق على الصفقات التي تبرمها البلدية، بحيث لا تصح ولا تكون نهائية إلا بموافقة رئيس المجلس الشعبي البلدي في حدود اختصاصه.

3. **المؤسسات العمومية:** وهي شخص معنوي ينشأ بهدف التسيير

المستقل لمرافق عمومية تابعة للدولة أو الجماعات الإقليمية.¹

وتبعا لنص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247، تكون المؤسسات العمومية الخاضعة لإجراءات إبرام الصفقات المنصوص عليها في المرسوم المشار إليه متمثلة في:

أ- **المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:** وتمارس هذه المؤسسات

نشاطا ذا طبيعة إدارية محضة، تتخذها الدولة كوسيلة لإدارة مرافقها العمومية الإدارية، تتمتع بالشخصية المعنوية،² وتخضع في نشاطها لأحكام القانون العام حول لها القانون جملة من امتيازات السلطة العامة، وتخضع منازعاتها لإختصاص القاضي الإداري، طبقا لنص المادة 800 من القانون 08-09.³

ويدخل ضمن هذه الفئة، المؤسسات العمومية المتخصصة⁴ وهي متعددة نذكر منها، مركز البحث في الإقتصاد المطبق من أجل التنمية،⁵ ومركز البحث النووي.⁶

ب- **المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري:**

إذ قرّر المشرع خضوع هذه المؤسسات للأحكام المطبقة على الصفقات العمومية، في الحال الذي تكلف فيه بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية كما ورد بنص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247.

1 ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط04، دار المجد، سطيف، الجزائر، 2010، ص.213.

2 ناصر لباد، المرجع نفسه، ص.217.

3 رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص.34.

4 وهو ما يدخل ضمن مبدأ التخصص، إذ ليس للمؤسسة العمومية إختصاصات وصلاحيات إلا القيام بمهمة محددة في الوثيقة المنشأة لها، فلا تحوّل ذمتها المالية لنشاط آخر، وقد أضاف القانون 98-11 المؤرخ في 22/08/1998، المتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطور التكنولوجي 1998-2002، ج.ر رقم 62، الصادرة بتاريخ 24/08/1998؛ أضاف طائفة من المؤسسات العمومية المتخصصة.

5 مرسوم رقم 85-307، المؤرخ في 17/12/1985، يتضمن إنشاء مركز للبحث في الإقتصاد المطبق من أجل التنمية، ج.ر رقم 53، الصادرة بتاريخ 18/12/1985، معدّل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 03-455، المؤرخ في 01/12/2003، ج.ر رقم 75، الصادرة بتاريخ 07/12/2003.

6 مرسوم رئاسي رقم 99-86، المؤرخ في 15/04/1999، يتضمن إنشاء مراكز البحث النووي، ج.ر رقم 27، الصادرة بتاريخ 18/04/1999، معدّل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 07-170، المؤرخ في 02/06/2007، ج.ر رقم 37، الصادرة بتاريخ 07/06/2007.

ويقصد بهذه المؤسسات، المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري المنظمة في إطار القانون 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، حيث تخضع هذه المؤسسات لنظام قانوني مزدوج (هجين)، هذا وفق ما تنص عليه المادة 145 من القانون 88-01، بهذا تُعتبر المؤسسات العمومية الاقتصادية شخص من أشخاص القانون العام، وتُشكل الأداة الرئيسية لتدخل الدولة في القطاع الاقتصادي.

بالإضافة إلى أن رأس المال الاجتماعي الذي تحوزه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام هي أموال عمومية ممثلة في شكل حصص أو أسهم أو شهادات استثمار أو سندات مساهمة أو أي قيمة منقولة أخرى، تخضع لأحكام القانون 90-30.²

سيما الأحكام المتعلقة بتسيير الأملاك الخاصة للدولة.³ بهذا تكون عقود الأشخاص العامة الوارد ذكرهم في نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247، تبعاً لاعتبارات المعيار العضوي وفي حدود شكل التعاقد الواجب، وبنظر المعيار المالي المشترك لتمرير عقود الأشخاص المعنيين على إجراء الإبرام وفق أحكام الصفقات العمومية ملزمين بالخضوع لأحكام هذا الأخير ضمن الحدود والإجراءات التي تضمنها.

في المقابل فإن تطبيق قانون المنافسة مرتبط بالنشاط الاقتصادي الذي يُزاوله الشخص الطبيعي أو المعنوي على السواء، وحتى ضمن الحالات التي يكون فيها هذا الشخص من أشخاص القانون العام الذين يزاولون نشاطا اقتصاديا بمفهومه الموسع، في حدود ما تضمنه نص المادة 2 من الأمر 03-03.

هذا وتمتاز المؤسسات العمومية الاقتصادية بطابع المتاجرة، و تخضع في تنظيمها لأحكام القانون التجاري، بالإضافة إلى أن الأموال التي تحوزها الدولة في المؤسسات العمومية الاقتصادية تُعتبر من الأملاك الخاصة للدولة وليست من الأملاك العامة تخضع في كفاءات إصدارها للقانون التجاري.

¹ المادة 45 من القانون 88-01 : " تخضع الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقاتها مع الدولة، وتعدّ تاجرة في علاقاتها مع الغير وتخضع لقواعد القانون التجاري ويكون لها ذمة متميزة وموازنة خاصة طبقاً للأحكام القانونية والتنظيمية المطبقة في هذا الشأن."

² قانون 90-30، مؤرخ في 01/12/1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر رقم 52، الصادرة بتاريخ 02/12/1990، معدّل ومتمم بالقانون رقم 08-12 مؤرخ في 20/07/2008، ج.ر رقم 44، الصادرة بتاريخ 03/08/2008.

³ أعمار يحيوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة و الجماعات المحلية، دار هومة للطباعة، الجزائر، 2000، ص. 121-125.

حيث أنه أصبحت كلّ أموال المؤسسة العمومية الاقتصادية أموالاً خاصة بصدر الأمر 01-04،¹ بعد أن كانت في ظل النظام الاشتراكي أموالاً عامّة غير قابلة للتصرف أو الحجز، وهذا ما يتلاءم فعلاً مع منطق وتصورات قانون المنافسة.

فبنظر أنّ هذا الأخير لا يميز بين موضوع القانون، أو شكل وهدف الأشخاص المعنوية العمومية، فإنّ المؤسسات العمومية الاقتصادية وهي بصدد مباشرة أعمال تجارية، فإنّها تكون في وضعيات أقرب إلى الوضعيات والممارسات التي تنتهجها المؤسسات المنافسة، بحيث يمكن أن تلجأ إلى الدخول في اتفاقات يتجسّد فيها الفعل المحظور المتضمّن في قانون المنافسة، زيادة على إمكان انطباق أغلب الممارسات المحظورة في قانون المنافسة بشكل ثابت على عملية تسيير هذه المؤسسات، في الوجه الذي تهدف فيه هذه الأخيرة لضمان مركزها في السوق كمنافس لمؤسسات خاصة.

المبحث الثاني: مبادئ حرّية المنافسة ضمن قانون الصفقات العمومية

إنّ اعتماد مبدأ المنافسة الحرّة يترتب عنه بالضرورة وضع الوسائل الكفيلة بتحقيق هذا المبدأ ضمن أكمل صورته، وفي الحدود التي تضمن التطبيق السليم لهذا المبدأ، بحيث أنّ وجوده ضمن المحدّدات القانونية الضابطة له، والالتزام بما يفرضه من واجبات وما يضعه من مساطر لتسهيل انخراط المؤسسات في مباشرة نشاطاتها ضمن سوق مرجعية آمنة يُحقّق رخاء السوق في شكله العام، بما يكون سبباً في رفاه المستهلك هذا الأخير الذي يتأثر بالفعاليات التي ترتبط بالنمو الاقتصادي الذي بدوره يستتبع تحقّقه وجود منافسة حقيقية تستجيب للممارسات النزيهة وتنضبط وفق القواعد المعمول بها.

من تمّ فإنّ مبدأ حرّية المنافسة يكون امتداداً لمبدأ اقتصادي أصيل هو مبدأ حرّية الصناعة والتجارة الذي تعتبر حرّية المنافسة صورة من تطبيقاته.²

ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1998/05/23، يتعلّق بإعمال مبدأ حرّية المنافسة في الصفقات العمومية نجده اعتبر أنّ المقصود بحرّية المنافسة، يتمثّل في الاعتراف بحق الأفراد في التّقدم إلى المناقصة العامّة، دون أن يكون للإدارة أن تمنعهم من التنافس بتقييد حرّية المنافسة بأيّ إجراء عام أو خاص إلاّ في حدود ما كان بنص.³

¹ الأمر رقم 01-04، المؤرخ في 20/08/2001، يتعلّق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصائصها، ج.ر رقم 47، الصادرة بتاريخ 22/08/2001؛ حيث تضمنت نص المادة 04 من هذا الأمر مايلي: "ممتلكات المؤسسات العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها وقابلة للتصرف فيها طبقاً لقواعد القانون العام وأحكام هذا الأمر.

ويشكّل رأسمالها الاجتماعي الرّهن الدائم وغير المنقوص للدائنين الإجماعيين."

² Michel GIBAL, le nouveau code des marchés publics-une réforme composite, la semaine juridique, Juris Classeur périodique, éd général, n16, Paris, 2004, p.722.

³ Christophe LAJOYE, droit des marchés publics, BERTI. éd, Alger, 2007, p.104.

وقد بيّن المرسوم الرئاسي 15-247، المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية ضمن نصّ المادة الخامسة منه، حيث أنها تستجيب من حيث المبدأ لمقومات المنافسة الحرّة وشفافية التعاملات في سوق المعاملات الاقتصادية.

فالمبادئ التي يقوم عليها الطلب العمومي جاءت محاطة بمجموعة من الإجراءات التي يُمكن من خلالها ضمان تحقّق هذه المبادئ في أيّ عملية إبرام لصفقة عمومية، يمكن الوقوف على هذه المبادئ التي تشكّل من وجه آخر ضمانات للمؤسسات في تحقيق أقصى شروط للمنافسة العادلة عبر عدّة نصوص من المرسوم المشار إليه.

بهذا فقد تضمّن هذا المبحث مطلبين، الأوّل يعالج المبادئ التي تقوم عليها الصفقة العمومية ضمن مدار مبدأ حرّية المنافسة، فيما يتعلّق المطلب الثاني بدراسة للإجراءات المتخذة لضمان تحقّق العمل بالمبادئ المكرّسة لحرّية المنافسة في الصفقات العمومية بما يضمن سلامة إجراءات المنح.

المطلب الأوّل: المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية (الطلب العمومي).

لعلّ هذه المبادئ تعدّ إطاراً مُصغراً لمبدأ حرّية المنافسة، كما يُنظر إليها على أنّها تبسيط عملي وتطبيقي لتجسيد مبدأ حرّية المنافسة، ضمن الوجه الذي يُفرض فيه أن تلتزم المصلحة المتعاقدة بتفعيلها وهي بصدد إبرام الصفقات.

على أنّ حرّية المنافسة ضمن مادة الصفقات العمومية لا يمكن اعتبارها بالمطلقة، بحيث تُردّ عليها قيود تتعلّق بما تضمّنه المرسوم الرئاسي 15-247، وكذا من حيث اعتبارها وسيلة لإدارة المرفق العام بحيث أنّها تجسيد للسلطة العامّة.

وبالنظر لنصّ المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنصّ على: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تُراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرّية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم." (المرسوم المشار إليه).

فيمكن بهذا أن نستبين أنّ الصفقة العمومية تخضع لثلاث مبادئ تمّ النصّ عليها هي: حرّية المنافسة بمعنى حرّية الوصول للطلب العمومي، المساواة في معاملة المترشحين، شفافية الإجراءات.

نعالج هذه المسائل كما وردت تباعاً عبر ثلاث فروع.

الفرع الأوّل: حرّية الوصول للطلب العمومي مطلب لحرّية المنافسة

للصفقات العمومية أهمية كبرى من حيث اعتبارها الإطار الذي تمرّ عبره معظم حالات الشراء العام، من تمّ فإنّ تفعيل مبدأ المنافسة الحرّة في هذا المجال يُعدّ حتمية لضمان

نجاحة الطلب العمومي وترسيخ قيم المساواة، ما يدعم شفافية الممارسين وشفافية الممارسات.

إنّ عملية الإعلان عن المناقصات ومنحها وفق ما هو مقرر بنص القانون، من شأنه تحقيق مصالح جميع الأطراف المعنية بالعملية، وفي حال ما من شأنه الرّفْع من مصداقية الممارسات القائمة، حيث أنّ الجهة المعلنة عن المناقصة تستفيد من فرص المنافسة المتاحة بين مقدمي العروض المتنافسين للحصول على مشروع الصّفقة، حيث أنّ المنافسة الفعلية والحقيقية تمكّن الجهة الطالبة (المصلحة المتعاقدة) من تلبية احتياجاتها ضمن الشروط المعتمدة وفق أحسن عرض من حيث الخصائص المعتمدة لتقييم العروض المعمول بها بموجب المرسوم الرئاسي 15-247.

هذا وبالمقابل فإنّ احتياجات الجهات العمومية تمثّل أفضل الفرص للمتعاملين الاقتصاديين لتحفيز قدرات مؤسساتهم على المنافسة وتطوير نشاطهم ودعم أعمالهم، وتحقيق التّميز لخلق سمعة تجارية تمكّنهم من اكتساب فرص أفضل للمنافسة، هذا ويمكن تأصيل إجراء حريّة الوصول للطلب العمومي، على أنّه تطّيق عملي لمتطلبات الانفتاح الاقتصادي، كما أنّه خروج عن احتكار المؤسسات الاقتصادية العمومية للطلب العمومي كلّ وفق نشاطها، كما أنّه مسار تشاركي تنموي تدعو فيه الهيئات العامّة الخواص لتدبير الطلب العمومي استنادا على تفرعات تطبيق مبدأ حريّة التجارة والصّناعة، ودعمها لمبدأ أصيل في قانون المنافسة بمدلول حريّة المنافسة.¹

على هذا الأساس فإنّ الالتزام بقواعد المنافسة الحرّة يستجيب لمطلب حريّة الوصول للطلب العمومي، ما يعني عدم إقصاء أو محاولة إقصاء أيّ متعامل اقتصادي يُعبّر عن رغبته في المشاركة في أيّ صفقة، على أنّ تتوافر فيه الشروط القانونية المطلوبة وأنّ يتمّ طلبه في آجاله المحدّدة ووفق الشكلية اللازمة لذلك.

بهذا فإنّ حريّة المنافسة في مجال الطّلب العمومي تعني، فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقّق فيهم الشروط المطلوبة لتقديم عروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهّلة قانونا لإبرام صفقة عمومية، وفق الشروط المحدّدة مسبقاً من قبلها.²

¹ وسّع الدستور في تعديل سنة 2016 من مدلول هذا المبدأ، حيث أنّ المادة 01/43 منه تنصّ على أنّ: " حريّة الاستثمار والتّجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون." هذا وقد تضمنت الفقرات التي تليها (2، 3، 4) حرص الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وعدم التمييز بين الفاعلين الاقتصاديين، وتكفلها بضبط السوق، ومكافحتها للاحتكار والمنافسة غير النزيهة، في حين أنّ تعديل سنة 2020، إكتفى بضمان حرية التجارة والاستثمار والمقولة، ضمن الضوابط القانونية المؤطرة لها، وعبر المرسوم الرئاسي 15-247، نلمس تقيّد المشرّع بأحكام الدستور فيما يخصّ دعم حريّة الاستثمار وعدم التمييز بين الفاعلين الاقتصاديين، إلاّ ما يتعلّق ببعض الجوانب كمبدأ الأفضلية الوطنية، وما تعلّق بصفقات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

² Michel GIBAL, op.cit, n16-17, p.722.

هذا وأنّ تحرير الطلب العمومي يقع ضمن مبررات التحرير الاقتصادي كما يقع ضمن دائرة الانسجام والتوافق وقواعد المنافسة المضمّنة في أحكام الأمر 03-03،¹ وكذا الأسس العامّة المحيطة بواقع نشأة مفهوم المنافسة الحرّة.

كما أنّ إبرام الصفقات العمومية وفق مبادئ حرّية المنافسة، يدخل تحت مضمون حرّية التعاقد في مجال الخدمات العامّة، و يقع على توافق ومضمون مبدأ المساواة بين مُرتفقي المرفق العام،² فمن واجب المصلحة المتعاقدة أن تتحقّق أثناء قيامها بإجراءات الإعلان والمنح، من أنّه قد تمّ فعلاً إحترام قواعد المنافسة باعتباره التزام قانوني.

على أنّ هذا الالتزام يقابل بالالتزام المتعامل الاقتصادي من باب حسن قواعد السلوك والأخلاق المشترط في أيّ ممارسة لنشاط ما، ومن باب الالتزام القانوني بعدم القيام بأنفسهم أو بواسطة، أو عون أشخاص آخرين بأفعال الغش وكلّ ما من شأنه التأثير على نمط ومسار المنافسة بما يؤدي لتثويبها، وعدم حصول نتائج مطابقة لمقتضيات المنافسة الحرّة.

بهذا فإنّ أول إجراء تتقيّد به المصلحة المتعاقدة، يتمثّل في ضرورة تحقيق المنافسة بين العارضين والتأكّد من توافر عوامل قيامها، عبر التقيّد بنصوص القانون المنظّمة لهذه المسألة، من ذلك وجوب علم المتعاملين الاقتصاديين بالطلب العمومي علماً كافياً ضرورياً، لبناء تصوراتهم عن حاجات المصلحة المتعاقدة، وتحديد قدراتهم في المنافسة، ويدخل هذا في دور المعلومة في خلق المنافسة، بحيث تلجأ الجهة المعلنّة عن الطلب العمومي إلى الإعلان عنه.³

فالإعلان إجراء جوهري وضروري لانطلاق العملية التنافسية، فمن خلاله لا يتمّ قصر المنافسة على طائفة معينة من الأشخاص، بحيث أنّ علم الكافة بالطلب العمومي يكون ضماناً لتلبّيته، كما يكفل نجاعة الطلبات العمومية.

ضمن هذا المسعى فإنّ المادة 461 من المرسوم الرئاسي 15-247، أوجبت إلزاماً، الإشهار الصحفي للطلب العمومي هذا علاوة على ما تنص عليه المادة 65 من ذات المرسوم، التي فصلت كافة الجوانب المتعلقة بواجب الإعلان عن الطلب العمومي.

¹ هذا ما تشير إليه نص المادة 2 من الأمر 03-03 (م.م)، حيث يطبق هذا الأمر على الصفقات العمومية بدءاً من نشر الإعلان عن الصفقة العمومية، إلى غاية المنح النهائي للصفقة، وكذا ما يستجيب لنص الفقرة الأخيرة من المادة 6 من ذات الأمر، فيما يتعلّق بحظر السماح بمنح صفقة عمومية لأصحاب ممارسات مقيدة للمنافسة، كلّ هذا يدخل في إطار السياق العام لنص المادة الأولى من ذات الأمر.

² مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص.500.

³ Francis-Paul BENOÎT, le droit administratif Français, Dalloz, Paris, 1968, p.609.

⁴ المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247: " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً في الحالات الآتية:
- طلب العروض المفتوح،
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،
- طلب العروض المحدود،

على أن مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية يعرف إستثناء، يدخل في إطار تطبيق النص القانوني، كما يتعلّق في جانب آخر بالسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، بما لا يخالف حدود القانون أو يجاوزه لحالات التّعسف في استعمال الحق،¹ فقد حددت المادة 275 من المرسوم الرئاسي 15-247، حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات، وأسندت كفاءات تطبيق هذه المادة إلى صدور قرار من الوزير المكلف بالمالية هذا فيما يخصّ المنع لسبب القانون.

أمّا فيما يخصّ المنع في إطار السلّطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، فهي بالأساس مُرتبة بمسألة الشروط الإدارية الخاصّة بمنح صفقة من الصفقات، وهي عامّة تُعتبر شروط تقنية، فنية، تنظيمية، يُفترض أن يستجيب لها المتعامل الإقتصادي بالمطابقة، في حدود التأهيل المناسب.³

حيث تنصّ المادة 53 من المرسوم الرئاسي 15-247 على: " لا يمكن أن تُخصّص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلاّ لمؤسسة يُعتقد أنّها قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة."

على أن كلّ ما يمكن اعتباره إستثناء عن قاعدة حرية المنافسة في مجال الصفقات، إنّما في الحقيقية يُمكن النّظر إليه على أنّه مُوجّه لها دون أن يؤدي لتقييدها أو تغييرها أو التأثير عليها بأيّ شكل، بحيث أنّه ومن خلاله يمكن ضبط حركة المنافسة وتأطيرها في مجالات تحول دون تداخلها والقضاء عليها بشكل مُفتعل، وخلق أزمة تكتلات كبرى تعيق نمو المؤسسات الناشئة، وبشكل ما تقضي على تنوّع البيئة الإقتصادية عبر القضاء على المؤسسات المتخصّصة من طرف أصحاب رأس المال المستحوذة على كافة أوجه الأعمال المتاحة.

بهذا فإنّ حالات التقييد المنصوص عليها في مادة الصفقات العمومية تُعبّر عن الرّغبة في خلق شفافية مُفترضة لدعم تنوع نسيج الصناعات الوطنية، بحيث يكون للصفقة العمومية هدف مزدوج يتعلّق الأوّل بتسيير المرافق العامّة وتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة.

-المسابقة،

- التراضي بعد الإستشارة عند الإقتضاء."

¹ نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه علوم، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2013، ص.66.

² حددت المادة 75 من المرسوم 15-247، حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، حيث يمكن أن يكون هذا الإقصاء مؤقت أو نهائي، من ذلك الذين هم في حالة / أو محل إجراء إفلاس أو تصفية أو توقّف عن النشاط أو تسوية قضائية أو صلح، كذلك المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة...

³ يدخل في بيان شروط ومتطلبات وحالات التأهيل، فيما تمّ النصّ عليه في القسم الثاني من الفصل الأوّل من الباب الأوّل من المرسوم الرئاسي 15-247، تحت عنوان: تأهيل المترشحين والمتعهدين، المواد من 53 إلى 58 من المرسوم الرئاسي المشار إليه.

ويتعلّق الهدف الثاني بأن تكون الصّفقة العمومية وسيلة لتحفيز رأس المال الوطني والأجنبي، وضمان دورة رأس المال بما يحقق النّمو الاقتصادي ويدعم أسس التوازن الاجتماعي عبر تعدّد العرض والطلب في محيط تنافسي الأمر الذي يُرجح إمكان عقّلة الإنفاق العام وترشيده عبر الحصول على أفضل العروض الممكنة، عبر وسائط تتحقّق فيها نزاهة المعاملات وشفافية يمكن الوقوف عليها، رقابتها وتقييمها.

الفرع الثاني: المساواة بين المترشحين

يستمدّ مبدأ المساواة في المجال الاقتصادي قيمته الدّستورية، من مبدأ المساواة أمام القانون الذي نصّ عليه في المادة 37¹ من الدستور، والذي يرجع في حدود التّطور التاريخي للقانون إلى نصّ المادة 6 من إعلان حقوق

الإنسان والمواطن بفرنسا.²

هذا ولمبدأ المساواة أمام القانون تطبيقات متعددة، منها المساواة أمام القضاء، المساواة في تحمّل الأعباء العامّة، والمساواة في تقلّد الوظائف العامّة.

ويطبّق القضاء الدّستوري هذا المبدأ في المجال الإقتصادي، وفقا لنفس المفهوم العام لمبدأ المساواة أمام القانون والفكرة الأساسية في مبدأ المساواة هي أنّه: "يجب على المشرّع أن يُقرر قواعد مماثلة في معاملة المراكز المماثلة، مالم تُوجد أسباب ترتبط بالمصلحة العامّة تُبرر التّمييز بين هذه المراكز، على أن يكون هذا التّمييز مرتبطاً بموضوع القانون، وأن لا يجاوز الحدود المعقولة."³

من هذه المنطقات يقضي هذا المبدأ بأنّ كلّ من يملك حق المشاركة في الصّفقات العمومية المعلن عنها، الحق في أن يتقدّم إليها على قدم المساواة مع باقي المنافسين، ويمكن تعريف مبدأ المساواة في المجال الاقتصادي بأنّه: "إيجاد الفرصة نفسها لكلّ من يتقدّم إلى المناقصة دون تمييز بين طرف وآخر."⁴

فلا يشترط القانون إلّا ما يجب أن يشترطه لضمان البيئة المناسبة لممارسة معيّنة على القدر اللازم لتوفير ذلك، من ذلك أن حق التّقدم للمنافسة على صفة عمومية قد يرتبط بتوفّر

1 المادة 37 من الدستور: "كلّ المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يندرع بأيّ تمييز..."

2 المادة 6 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن بفرنسا: "... يكون القانون واحدا للجميع، أي أنّ الجميع متساوون اتجاهه..."، إعلان حقوق الإنسان والمواطن من على الموسوعة الحرّة ويكيبيديا www//ar.wikisource.org، نظر بتاريخ: 2017/03/15.

3 محمد محمد عبد اللطيف أبو المعاطي، الدستور والمنافسة، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، المنصورة، مصر، 2005، ص. 93.

4 نادية تياب، آليات مكافحة الفساد في مجال الصّفقات العمومية، مرجع سابق، ص. 71.

شرط القدرة، وهي المسألة التي تتعلّق بتأهيل المترشحين، وكذلك مع مراعاة نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلّقة بحالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات.

وإذا كان مبدأ المساواة يتعلّق بالمعاملة المماثلة للمراكز المماثلة، أيّ تساوي المعاملة بين أفراد المركز القانوني الواحد، فإنّه يقع عليه استثناء يتمثّل في منح ميزة قانونية لطائفة مُحدّدة، بهدف تمكينها من الممارسة الفعلية للحقوق التي يكفلها لها الدستور أو القانون، بحيث تظلّ هذه الطائفة مُتمتعة بهذه الميزة القانونية ما بقيت الأسباب والظروف التي دفعت المشرّع للتدخل بهذا الإجراء.¹

ومن أمثلة الاستثناء على مبدأ المساواة ما يتعلّق بالانتفاع بالخدمات المقدّمة من المرافق العمومية، حيث يقع الاستثناء على المبدأ المذكور عبر حالة التمييز بين فئات المنتفعين على أساس اختلاف المناطق الجغرافية، كدعم أسعار الطاقة الكهربائية بالنسبة لسكان الجنوب لعلّة الاستهلاك الكبير للطاقة المبرر بظروف المنطقة، بهذا فإنّ إقرار اللامساواة هي مساواة بعينها في حدود ما يتضمّنه نص القانون وفي حدود مقتضيات الاستثناء.²

ومن خلال المرسوم الرئاسي 15-247، يمكن الوقوف على استثناءات على مبدأ المساواة لعلّ أهمها ما يتعلّق بحالتين:

1. **الصفقات المحجوزة:** وهي الصفقات التي أسند تنفيذها لمعاملين اقتصاديين إمّا لا اعتبار نشاطهم، وإمّا لا اعتبار مركزهم.

فبالنسبة للاعتبار الأول تنصّ المادة 86 من المرسوم الرئاسي 15-247، على: " تُخصّص الخدمات المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية للحرفيين كما هم مُعرّفين في التشريع والتنظيم المعمول بهما، ما عدا في حالة الاستحالة المبررة قانونا من المصلحة المتعاقدة، باستثناء الخدمات المسيرة بقواعد خاصّة... "

أمّا ما يتعلّق بالاعتبار الثاني، فهو يتعلّق بمنح أولوية حصرية للمؤسسات الصّغيرة بحيث يُهدف من ذلك تمكينها من الاندماج في آليات السوق ومنحها فرصة للانطلاق الفعلي في مباشرة النشاط، كما يرتبط بتحفيز الصناعات المتوسطة على التآقلم مع المحيط التنافسي.³

حيث تنصّ المادة 87 من المرسوم الرئاسي 15-247، على: " عندما يُمكن تلبية بعض حاجات المصالح المتعاقدة من قبل المؤسسات المصغّرة، كما هي معرّفة في التشريع

1 نصر الدين الأخضر، القانون الجزائري بين مثالية المساواة وواقعية التمييز الإيجابي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014، ص.14.

2 نصر الدين الأخضر، المرجع نفسه، ص.15.

3 سماح فارة، تفعيل مبدأ المنافسة- قراءة في قانون الصفقات العمومية، الملتقى الأول حول قانون المنافسة بين تحرير المنافسة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة، 16 و 17 مارس 2015، ص.09.

والتنظيم المعمول بهما، فإنه يجبّ على المصالح المتعاقدة إلا في الحالات الاستثنائية المبررة قانوناً كما ينبغي، تخصيص هذه الخدمات لها حصرياً مع مراعاة أحكام هذا المرسوم...".

2. **مبدأ الأفضلية الوطنية:** في إطار ترقية الإنتاج الوطني عبر منح أدوات الانخراط في البيئة الاقتصادية، وخلق الظروف المواتية لتنشيط الفاعلين الاقتصاديين الوطنيين، بمنحهم فرصة تطوير خبراتهم وقدراتهم التنافسية تمّ إقرار مبدأ الأفضلية الوطنية في منح الصفقات العمومية.

حيث تنصّ المادة 83 من المرسوم الرئاسي 15-247، على: " يُمنح هامش الأفضلية بنسبة خمسة وعشرين في المئة (25%) للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخصّ جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29 من المرسوم..."(المرسوم الرئاسي 15-247).

من تمّ فإنّ مبدأ الأفضلية كاستثناء عن القاعدة العامّة في المساواة يأتي تشجيعاً لإرساء سوق وطنية قادرة على تلبية احتياجاتها، ودفعاً لحركة الاقتصاد، بالعمل على تأهيل المتعاملين الاقتصاديين الوطنيين وأقلمتهم مع متطلبات المنافسة، إلى الوقت الذي يمكن معه تخفيض أو إنهاء هذا النوع من الأفضلية باكتساب المتعاملين الوطنيين القدرة الحقيقية على المنافسة بجنب المتعاملين الأجانب.¹

هذا وأنّ مبدأ المساواة كما هو مُحدد في نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، ينصرف إلى أنّه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة اعتماد وسائل تمييزية بين المتنافسين إلاّ في حدود ما هو مقرر قانوناً، بحيث لا يجوز لها منح امتيازات غير مبررة أو أن تضع عقبات في وجه المتنافسين سواء عبر التّعسف في تطبيق التّصوص القانونية، أو عبر عدم مراعاة الإجراءات الواجبة بحيث تُخرج تصرفاتها عن حدود المشروعية.

وإن كان يمكن اعتبار أنّ ما هو مقرر فيما يخصّ تكريس مبدأ المساواة في الصفقات العمومية يصطدم بواقع الاستثناء عن هذا المبدأ، بتشجيع الإنتاج الوطني ووضعه تحت الوصاية وكفالتة من مَطَبَاتْ المنافسة الأجنبية، يُنظر إليه على أنّه نوع من المحاباة للإنتاج الوطني، بحيث لا يتفق ذلك ومبدأ حرية المنافسة والمساواة بين المترشحين للصفقات العمومية، كلّ هذا أيضاً يخالف القواعد المرعية ضمن أسس منظمة التجارة العالمية.²

على أنّ صواب هذا التحليل يمكن الأخذ به وينساق ضمن الأسس العامّة لقانون المنافسة، على أنّ واقعية هذا الطرح لا تكون بمعزل عن الدراسة التقييمية لتأثير القاعدة القانونية على واقع معين، بحيث أنّ تجربة المنافسة وتحرير السوق الوطنية يتمّ عبر خطوات

1 سماح فارة، مرجع سابق، ص.09

2 نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.72.

تجريبية وفي حدود معينة، ما يسمح بالتطبيق الفعلي للقاعدة القانونية وفق ما هو بالفعل متواتر في السوق الوطنية بحيث لا يؤدي تطبيق القانون إلى تعارض مُطلق بين موضوعه والقضايا التي يعالجها.

من تمّ لا يمكن صهر قانون المنافسة بشكله الخام في محيط لا يزال في طور التّحول والأقلّمة بين مفاهيم العهد الاشتراكي وتجارب الرأسمالية المصغرة، وعلى هذا الأساس فإنّه وبالنّظر إلى قانون المنافسة ذاته، نجد أنّه تضمّن استثناءات عديدة تُصبّ في تأهيل وتمارين المؤسسات الوطنية على تجربة المنافسة، حيث وجّه هو الآخر على ما يُمكن حمله على أنّه تفضيل للفاعلية الوطنية، مبررة باعتبارات تحقيق تطوّر اقتصادي، أو السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية، أو ما يتعلّق بحالة إعفاء الإتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي أُتخذ تطبيقاً له من الخضوع لأحكام المادتين 6،7 من الأمر 03-03.¹

أمّا فيما يخصّ مسألة عدم اتفاق تشجيع المنتج الوطني مع قواعد التّجارة العالمية، فهي اعتبارات تتعلّق بحالة الدّعم المباشر للمنتج، بحيث تُغطي مساعدات الدّولة عجز المنتج (المؤسسات) عن المنافسة بأنّ تتعدى مسألة تقديم تسهيلات لمزاولة النّشاط إلى الضّخ المالي لإنعاش مُنتج لا تتوافر فيه معايير التنافسية المفترضة في أدنى مستوياتها.

في حين أنّ مبدأ الأفضلية الوطنية يندرج في معطيات تشجيع الاقتناء المحلي للمنتجات التي تتوافر فيها الشروط والمقاييس المطلوبة لجودة المنتج، وهذا الإجراء يستهدف تطوير نشاط المؤسسات المجهرية عبر التّعريف بإنتاجها وخدماتها على أنّ هذا الإجراء يُمكن اعتباره كحاضنة لتفريخ مؤسسات تنافسية تتلاءم ومتطلبات المنافسة مستقبلاً.

إضافة إلى كلّ هذه الاعتبارات، فقد سبق الإشارة إلى أنّه لا مجال لمساواة مطلقة وأنّ عدم المساواة في حالات معينة تكون هي عينها المساواة الواجبة، على أنّ يتأسّس ذلك وفق مقتضيات موضوعية مبررة يُنساق مدارها في تحديد القيمة الواجب رعايتها في حدود معقولة تستجيب لمتطلبات الصالح العام وضمن سياق قانوني غير متحيّز.²

بهذه الاعتبارات فإنّ حرّية المنافسة وفق أساس مبدأ المساواة بكامل تطبيقاته، ليست مبادئ مطلقة لا يمكن المساس بها، بحيث تتحوّل إلى قيد يُعطّل دلالتها وأسباب وجودها، من تمّ فإنّ من واجب المشرّع أن يعمل على ضبطها وتعديلها وتقييدها بما يتناسب والمصالح الواجب رعايتها، دون أن يؤدي ذلك إلى تعطيلها أو إلغائها.

1 هذا ما يشير إليه نص المادة 9 من الأمر 03-03.

2 محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرّية التنافسية في الجزائر، مرجع سابق، ص.360 وما بعدها.

الفرع الثالث: شفافية الإجراءات

مما لا شكّ فيه أنّ توافر عامل الشفافية في عملية الإعلان عن الصفقات العمومية ومنحها وتنفيذها، يُعدّ من الأسس التي ينبغي مراعاتها في طلبات المتعامل العمومي، ذلك أنّ عامل الشفافية يُمكن من خلاله قياس درجة المنافسة وسلامتها وحدودها وكذا العوائق التي يُمكن أن تحدّ منها، ويترتب عن وجود منافسة حقيقية حصول المشتري العمومي على أحسن العروض وفق المعايير التي أجازها.¹

على أنّ مطلب الشفافية كإطار نظري عام مجرد مفهوم مطلوب التعريف لإسقاط دلالاته على الصفقات العمومية بما يتلاءم ومفهوم الشفافية المطلوبة في صفقات المتعامل العمومي.

إذ أنّ مفردة الشفافية بمفهوم التّضاد مقابلة لمصطلح الغموض أو السّرية اللّذين يعكسان ضمن مدلولهما السّلبّي في إطار الأعمال وجود ما لا ينبغي أن يُعرف، ومن تمّ فإنّ أنسب تأويل لهذا الغموض والسّرية ينساق إلى إعتبرات الأعمال غير المشروعة التي تنطوي على الغش والاحتيايل وإهدار الحقوق بما يُمكن حوصلته في مفردة الفساد، الذي يُعدّ ظاهرة لا أخلاقية يُعاقب عليها القانون باعتبارها أبرز المشكلات التي تواجه خطط التنمية سيما في الدّول النامية.

أمّا فيما يقابل التّعريف بالتوافق، فكلّمة الشفافية في متون الثقافات الإنسانيّة يستجيب لكلّيات ذات معاني متقاربة من ذلك الأمانة، الصّدق، العدالة...، ضمن الدلالة الكاملة لمعاني الكلمات، وفي حدود البعد الفيزيائي فإنّ الشفافية تُعبّر عن المادّة التي يُمكن النّظر من خلالها فيمكن رصّد الوقائع والتّصرفات التي تتّم داخلها.²

على أسس هذه الإعتبرات يُمكن ضبط تصوّر لمفهوم الشفافية بأنّها، مبدأ يؤدي إلى خلق بيئة تكون فيها المعلومات المتعلّقة بالظّروف والقرارات والأعمال متاحة ومنظورة ومفهومة، وبشكل أكثر تحديد منهجية توفر المعلومات الواجب معرفتها، عبر النّشر في الوقت المناسب بحيث تكون متاحة لجميع الأطراف ذوي العلاقة.

على أنّ الإتفاق الدّولي المحدّد لماهية الفساد مُعرّف بتقدير منظمة الشفافية الدّولية على أنّه: "كلّ عمل يتضمّن سوء استخدام المنصب العام لتحقيق المصلحة الخاصّة".³

¹ عبد الحكيم حطّاش، مدى ملاءمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسيد برامج الاستثمارات العامّة للفترة 2001-2014، مداخلة في المؤتمر الدّولي المتعلّق بتقييم آثار برامج الاستثمارات العامّة وانعكاساتها على التّشغيل والاستثمار والنّمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2014، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة سطيف 01، 12/11 مارس 2013، ص.10.

² قاموس المعاني، قاموس إلكتروني، عربي-عربي، مرجع سابق.

³ Fritz HEIMAN, François VINCKE, fighting corruption, international corporate integrity hand-book, ICC product, n 678E, éd 2008, p.23.

وتعرّف منظمة هيئة الأمم المتحدة للشفافية، الشفافية بأنها: "حرية تدفق المعلومات بأوسع مفاهيمها." أي توفير المعلومات والعمل بطريقة مُنفتحة تسمح لأصحاب الشأن بالحصول على المعلومات الضرورية للحفاظ على مصالحهم، واتخاذ القرارات المناسبة واكتشاف الأخطاء وبهذا فإن الشفافية تتعلّق بجانبين:

الأول: يتعلّق بوضوح الإجراءات وصحة ومصداقية عرض المعلومات والبيانات الخاصة بالوحدات والمؤسسات السياسية والاقتصادية والاجتماعية الخاصة والعامّة، ووضوح العلاقات فيما بينها من حيث التخطيط والتمويل والتنفيذ للوصول للغايات والأهداف المعلنة مسبقاً.

في حين يتعلّق الجانب الثاني: بعلاقة ذوي العلاقة من الخدمات التي يقدمها الجانب الأول، وحقّهم في الحصول والوصول للمعلومات الصحيحة والحقيقية في الوقت المناسب.¹

ويربط الحثثيات المتعلّقة بماهية ومضمون الشفافية ذات البعد التّجريدي العام، بموضوع الشفافية المطلوبة في صفقات المتعامل العمومي يظهر نوع من القياس القائم على إسقاط متطلبات الشفافية وضرورة إتاحة الحرّيات العامّة الاقتصادية وتأسيس مبدأ الشفافية اعتباراً لمبدأ المساواة، كلّ ذلك يُمكنُ تبيّنه عبر تحري إجراءات منح الصّفقات. فتوجب المادّة 63 من المرسوم الرئاسي 15-247، على المصلحة المتعاقدة بأنّ تضع تحت تصرف المؤسسات دفتر الشروط، وكذا الوثائق المنصوص عليها في المادّة 64 من ذات المرسوم الرئاسي، بحيث يجب أن يحتوي ملف استشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرّف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكّنهم من تقديم عروض مقبولة.

وبهذا نلحظ دور المعلومة في تأسيس مبدأ الشفافية عبر إمكان المكاشفة والمساءلة والمحاسبة، ما يمكّن من تقييم الأعمال وتحديد الإختلالات والوقوف على مكامن أيّ تدليس بقدر جهد أقل.

فإتاحة المعلومة للأطراف المعنية في الوقت المناسب الذي يتشارك فيه الجميع على قدم المساواة يضمن تلبية الطلب العمومي كما يضمن وجود منافسة فعلية بين المتعاملين.

ويُعدّ الإشهار الطريقة الأنسب لشيوع المعلومة وتداولها وعلم الكافة بها، بحيث يكون حجة على أطرافه، على أنّه بنظر المادّة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247، فإنّ كلّ عقد يساوي فيه المبلغ التّقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة حدود المعيار المالي لأيّ نوع من الصّفقات، لا يقتضي وجوباً على المصلحة المتعاقدة إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المتعلّقة بالصّفقات.

¹ Fritz HEIMAN, François VINCKE, Ibid, p.32.

هذا ما يطرح إمكان التحايل عبر تسقيف أكبر قدر من الطلبات العمومية على عتبة المعيار المالي المشترك للتهرب من المرور على الإجراءات المتعلقة بالصفقات. هذا وأن نصّ المادة 14 من المرسوم المشار إليه حدّدت أن تكون الحاجات المبينة في المادة 13 من ذات المرسوم محل إشهار ملائم مع استشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين كتابياً، قصد انتقاء أحسن العروض من حيث المزايا الاقتصادية، ومن تمّ نجد إطلافاً لسلطة المصلحة المتعاقدة في إبرام هذا النوع من العقود، مع قدر يسير من التنظيم ما يؤدي إلى اختلاف التطبيقات باختلاف المصالح المتعاقدة ما يُصعب دور جهات الرقابة.

وقد نصت المادة 21 من المرسوم الرئاسي 15-247، على أن الطلبات التي تقلّ مجموع مبالغها حسب طبيعتها عن مليون دينار (1.000.000.00)، فيما يخصّ الأشغال أو اللوازم، وعن خمسمئة ألف دينار (500.000.00)، فيما يخصّ الدراسات أو الخدمات لا تكون محل استشارة وجوباً.

على أنه من الجيد أن تمّ بنص المادة 27 من المرسوم المشار إليه منع تجزئة حاجات المصلحة المتعاقدة، بما يسوق إلى تقادي الإجراءات الواجبة الإتباع، على أن هذا لا يمنع وجود مناورات وتهرب من المصلحة المتعاقدة لتقادي الإبرام بطريق إجراء منح الصفقات.

على أنه وبوجه من المخالفة التي تكون فيها إلزامية الإشهار الصحفي وكذا الإشهار عبر النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (BOMOP)، عائقاً زمنياً وتكلفة إضافية تتحملها الخزينة العمومية بتعطيل انطلاق المشاريع، وزيادة التكاليف المالية المرتبطة بعملية الإشهار، فإنّ تخصيص بعض العقود على غير إجراء إبرام الصفقة أمر عملي وضروري في آن، وبما يُمكن أن يؤدي لتسارع المعلومة، نصّت المادة 203 من المرسوم الرئاسي 15-247، فيما يتعلّق بالاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، على إنشاء بوابة إلكترونية لصفقات المتعامل العمومي، حيث فصلت المواد من 204 إلى 206 من المرسوم المشار إليه في استعمالات هذه البوابة وكيفية تبادل المعلومات ما يتيح تجاوز مسألة الإشهار الصحفي وكلّ ما يتعلّق به.

على أن هذا النصّ ليس بالجديد، حيث تضمّنه المرسوم الرئاسي رقم 10-236،¹ فمن تاريخ هذا المرسوم إلى غاية تمام المرسوم الرئاسي 15-247، لا تزال طريقة تسير صفقات المتعامل العمومي تسير على شكل سالفها.

ما يجب التأكّد منه أنّ شفافية إجراءات إبرام الصفقات العمومية، يعتبر من المتطلبات الأساسية والمسبقة لدمقرطة النشاط الاقتصادي في الدولة، بحيث من خلاله يُمكن توجيه وتركيز والإفادة من عملية الرقابة والمحاسبة القانونية.¹

¹ المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 2010/10/07، يتضمن الصفقات العمومية، ج.ر رقم 58، الصادرة بتاريخ 2010/10/07 (ملغى).

المطلب الثاني: توافق الإجراءات المكرّسة لمبادئ منح الصفقات وحرية المنافسة

على اعتبار أنّ المبادئ التي تنصّ عليها المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، تأتي متوافقة والمبادئ العامّة التي يمكن من خلالها تحديد نوع المنافسة الهادفة إلى إقرار الحريّات الاقتصادية، وتحديد الأطر العامّة التي يُمكن عبرها مزاولة هذه الحرّية، بحيث تهدف المبادئ الواجبة الرّعاية في مجال عملية إبرام الصفقات العمومية إلى ضمان نجاعة الطلب العمومي، مع ترشيد وتعليل الإنفاق العام في هذا المجال فإنّ تحقق ذلك يستلزم مباشرة إجراءات يُكفّل من خلالها تجسّد هذه المبادئ بما يتلاءم وحجمها.

على أنّ الوصول إلى النتيجة التي يمكن فيها للمتعاملين الاقتصاديين النفاذ إلى الطلب العمومي بشكل عملي يستجيب للمبادئ التي يتطلّبها الفعل الاقتصادي، يكون في شكل مقارنة اقتصادية تدخل ضمن الأسس العامّة التي تتطلبها التجارة من سرعة وائتمان ودقة في تحديد الطلبات، ما يتيح إمكانية الحصول على نفس المعلومة في نفس اللحظة التي تكون فيها متاحة للكافة ما يدخل في باب المساواة بين المترشحين، وقياس المبدئين السابقين يمكن تقدير تقريبي لحجم الشفافية التي صاحبت الإعلان عن الصّفقة، منحها وتنفيذها.

ما يعني أنّ المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، جاءت مُصاحبةً

وإجراءات تضمن تحقّقها ضمن المرسوم المشار إليه، وكذا جزاءات في حال مخالفتها بنظر القانون 06-01،² المتعلّق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

بهذا نولي ضمن هذا المطلب بيان مدى التزام المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات بإعمال مبدأ المنافسة على اعتبار أنّ هذا المبدأ يشمل في دلالاته جميع المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247.

¹ INTOSAI, professional standards committee, (ISSAI.20), principles of transparency, can be found through the link: www.issai.org, the link: www.Intosai.org. Look dated : 17/03/2017.

² قانون رقم 06-01، مؤرخ في 10/02/2006، يتعلّق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر رقم 14، الصادرة بتاريخ 08/03/2006، متمم بالأمر رقم 10-05، المؤرخ في 26/08/2010، ج.ر رقم 50 الصادرة بتاريخ 01/09/2010، معدّل ومتمم بالقانون رقم 11-15، المؤرخ في 02/08/2011، ج.ر رقم 44، الصادرة بتاريخ 10/08/2011.

حيث تنصّ المادة 09 منه (القانون 06-01) على: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية..." هذا ويضيف نص المادة 26 من ذات القانون على أنّه: " يُعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كلّ - كلّ موظف عمومي يمنح عمداً، للغير امتياز غير مبرر عند إبرام وتأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحوق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية التّرشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات..."

من تمّ فإنّ وصول المصلحة المتعاقدة إلى تحقيق شرط المنافسة في الصفقات يضمن بشكل مغاير انضباطها بتحقيق المبادئ الواجبة في كلّ عملية إبرام لصفقة عمومية.

على هذا الأساس تضمن هذا المطلب ثلاث فروع: الأول ونبحث فيه عن مفهوم المنافسة في نصوص الأمر 03-03، في مقابل المرسوم الرئاسي 247/15، أمّا الثاني فنتطرّق فيه إلى التزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة في مرحلة تحضير الصفقة، أمّا الفرع الثالث فنترق فيه إلى التزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة عند إرساء وإبرام الصفقة.

الفرع الأول: المنافسة في مفهوم الأمر 03/03 والمرسوم الرئاسي 247/15

إنّ ترشيد الإنفاق العام، وما يقنضيه من تفعيل لقواعد المنافسة في الطلب العمومي، والتّصدي لكافة عمليات التواطؤ، وعروض المجاملة، تجعل من قوانين، وسياسية المنافسة آلية مُتميزة في تحقيق هذه الأهداف، سيما في حال ربطها بجهود استقطاب الاستثمار وتحفيز بيئة الأعمال في إطار السياسة الاقتصادية الوطنية، وبالنظر لما تُوفره المنافسة من إسهامات في هذا المجال.¹

إنّ قواعد قانون المنافسة، أو المنافسة بشكل عام، تُظهر من التقييم السابق على أنها قواعد موضوعية، بمعنى أنّها وسيلة ضبط لمعطيات العمليات التنافسية القائمة في سوق معينة، تنصرف في شكل أحكام عامّة مجردة تضع حدوداً وإطاراً للمنافسة، لكن دون أن يُشكّل هذا التّحديد تفرغاً لمفهوم المنافسة، وإنّما يُفَعِّدُها وفق الشّروط والظّروف، بحيث تكون المنافسة غير مُتحيّزة ضمن نطاق المشروعية، بحيث يُضْمَنُ عمل السوق وفق الآليات الحقيقية للمنافسة، إذ أنّ معظم قواعد قانون المنافسة غير تدخلية، إذ تدخل في دائرة الالتزام بالامتناع عن عمل، ويظهر ذلك جلياً من خلال مصطلح "الحظر" الذي بدأت به أربع مواد محورية في الأمر 03-03.²

ضف إلى هذه المسائل أنّ المنافسة في مفهوم الأمر 03-03 لا يمكن الوقوف على دلالاتها إلا من خلال قراءة فاحصة لكل نصوص القانون، بحيث تتمازج أبعاد ثلاث في صياغة الأمر 03-03 هي البُعد القانوني، البُعد الاقتصادي والبُعد السياسي.

حيث أنّ البُعد القانوني يظهر في شكل الأمر 03-03، على اعتبار أنّها قواعد قانونية صادرة عن سلطة عامّة، وكذا من حيث الموضوع فيما يتعلّق بتكليف مجلس المنافسة بإدارة المنافسة، وصلاحياته في هذا الشأن، وكذا تدخل الهيئات القضائية في تطبيق قواعد قانون المنافسة.

¹ التقرير الوطني حول سياسة المنافسة في تونس، صادر عن المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، بيروت، لبنان، 2010/01/15، ص26.

² هذه المواد هي 6، 7، 11، 12، من الأمر 03/03.

أمّا البُعد الاقتصادي، فقد سبق الإشارة إليه، ويُصرف في الإجمال إلى ارتباط قانون المنافسة بالنشاط الاقتصادي، على أساس أن قواعده تُنصرف إلى ضبط السوق، وكذا إلى أن قواعد هذا القانون ذات تنظير اقتصادي.

أمّا فيما يتعلّق بالثّق السياسي، فهو ينصرف بالأساس نحو ترسيخ انصهار الاقتصاد الوطني في الاقتصاد العالمي، ما يَظهر في تسريع لِنَسَق الإصلاحات الاقتصادية، ومن جهة ثانية فهو يمثّل الحفاظ على سلامة التّوازنات المالية، من خلال الضّغط على الأسعار¹، واحتواء نسب التّضخم²، فضلا عن المبررات الاجتماعية، ويمكن أن تُعبّر بوضوح المادّة 5 من الأمر 03-03³ عن هذا الجانب، إذ لطالما أثّرت السياسات التي تنتهجها الدّولة على القطاع الاقتصادي، الأمر الذي يُمكن إبرازه بوضوح من خلال استقراء مجموع القوانين الاقتصادية.

ورغم إقرارنا أن مفهوم المنافسة في الأمر 03-03 لا يمكن بيانه أو تحليله في انزواء عن الهيكل العام للقانون، إلّا أنّ المادّة الأولى من الأمر 03-03 تحمّل تصوّر إجمالي، دلالي عن مفهوم المنافسة، سيّما حال ربطها بالفقرة (هـ)، المادّة 3 من ذات الأمر، إذ تنص المادّة الأولى من الأمر 03-03 على: "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق ولتفادي كلّ ممارسات مقيّدة للمنافسة ومراقبة التّجميعات الاقتصادية..."

وتنص الفقرة (هـ) من المادّة 3 من ذات الأمر في بيان مفهوم الضبط على أنّه: "كلّ إجراء أيّاً كانت طبيعته، صادر عن هيئة عمومية، يهدف بالخصوص إلى تدعيم وضمان توازن قوى السوق، وكذا السّماح بالتّوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أعرانها..."

وبهذا يكون قانون المنافسة، بقواعده الموضوعية والإجرائية، والهيئات المكفّفة بتطبيقه أداة لتحقيق توازنات داخل السوق، وخلق بيئة نظيفة تُحرّر المنافسة من الشوائب، أو هو نظام مناعي داخل جسد المنافسة، وهذا هو المنظور الشامل للمنافسة، بحيث أنّ قواعد القانون لا تُخلق المنافسة، وإنّما تنظّمها وتضبطها وتؤطرها.

وبالنّظر إلى المنافسة في المرسوم الرّئاسي 15-247، فهي تتعلّق بالجانب الإجرائي في طلب العروض تحقيقا لمقتضيات المادّة 5 من المرسوم المشار إليه، أيّ أنّها لا تتضمّن

¹ التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس، مرجع سابق، ص 26.

² يعرف التضخم لغويا على أنّه الخروج عن الوضع الطبيعي أو التّغيير في الحجم، أما اصطلاحا فهو ارتفاع الأسعار نتيجة ارتفاع التكاليف، مما تضعف قيمة النقد الشرائية، وهو أيضا ارتفاع الدّخل، وفي التضخم كلّما قلّت البطالة ارتفعت الأسعار، ومعنى ذلك انه قد يحدث التضخم في الأسعار فترتفع أسعار السلع بشكل كبير، أو في التكاليف، فترتفع التكاليف، أو الدّخل يرفع قيمة دخل الأفراد، أو النقد أي زيادة تداول العملة، عن الموسوعة الحرّة ويكيبيديا العربية، عبر الموقع الإلكتروني www.wikipedia.org نظر بتاريخ 2016/03/12.

³ عدّل نص المادّة 5 من الأمر 03/03 مرتين الأول من خلال القانون 08-12، والثانية من خلال القانون 10-05، حيث تنصّ الفقرة الأولى من المادّة على: "يمكن أن تحدد هوامش وأسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو تسقيفها أو التّصديق عليها عن طريق التنظيم."

القواعد الموضوعية للمنافسة، وإنما تُظهر المنافسة كالتزام قانوني في الصفقات العمومية، منظمة وفق القواعد والإجراءات المنصوص عليها في المرسوم المتعلق بالصفقات.

وبهذا فإن إجراء المنافسة في قانون الصفقات العمومية يُمكن النظر إليها من الناحية القانونية والاقتصادية، فهي من الزاوية القانونية، مجموع القواعد والإجراءات الإدارية التي يجب على الإدارة إتباعها لتلبية حاجاتها، ومن الزاوية الاقتصادية، تُعد الصفقات العمومية أداة تحقيق مخطط الدولة التنموي، وتكريساً لمبدأ حرية الصناعة والتجارة من خلال تمكين المرفق العام من توفير حاجياته، وضمان حرية المتعامل الاقتصادي في الوصول إلى الطلب العمومي.

من تمّ فإنّ المنافسة في مفهوم المرسوم الرئاسي 15-247، تعني وتقتضي أن يعمل المشتري العمومي على تسهيل مهمة المترشحين المحتملين للصفقة في تقديم ترشيحاتهم، وعروضهم بكلّ حرية ومساواة، وشفافية العملية التنافسية التي تسهر عليها المصلحة المتعاقدة دونما مخالفة الأحكام المنصوص عليها في المرسوم المنظم للصفقات، حيث أنّ الإخلال بهذه الالتزامات يُرتب مسؤولية المصلحة المتعاقدة أمام القضاء الإداري، كذلك هو الشأن بالنسبة لالتزامات المتعامل الاقتصادي اتجاه المصلحة المتعاقدة، طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية.

على أنّ العمل لإنفاذ المبادئ العامة لإبرام الصفقات العمومية وفق نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، يُرجح نوع من المقاربة بين مفهوم المنافسة في الأمر 03-03، والمرسوم الرئاسي 15-247، وذلك من خلال زاوية حرية الدخول إلى السوق لكل المؤسسات وممارسة النشاط الاقتصادي فيه بحرية ودون تقييد، ما يقتضي رفع الحواجز التي من شأنها عرقلة حرية المنافسة وتحويل قاعدة العرض والطلب.¹

لكن الآليات التي تُمكن من تحقيق ذلك تبرز في قانون المنافسة، وبهذا تنزوي المنافسة ضمن القانون المنظم لها عن مفهوم المنافسة في الصفقات العمومية، إذ من خلال قواعد قانون المنافسة، يُمكن أن تُنضبط المنافسة عبر تفكيك الممارسات المقيدة لها، والتي يُمكن أن تخلق احتكارات، وتؤدي إلى استعمال المؤسسات لهيمنتها الاقتصادية بشكل تعسفي، ما يترتب عليه شمول سوق الطلب العمومي وتأثره بهذه الممارسات.

ومن تمّ فإنّ مفهوم المنافسة في الأمر 03-03، أشمل وأدق، وأمكن منه في الصفقات العمومية، ما يترتب عنه أنّ تهميش قواعد قانون المنافسة حال إبرام الصفقات العمومية، يمكن أن يؤدي إلى ممارسات لا تنافسية في إعداد ومنح الصفقة، على اعتبار أنّ المنافسة في قانون الصفقات العمومية تُعبّر عن إجراء، قليل الارتباط بمعنى المنافسة كرافع عملي وتنظيمي في قانون المنافسة.

¹ NICINSKI Sophie, droit public de la concurrence, LGDJ, Paris, 2014, P36.

الفرع الثاني: التزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة في مرحلة تحضير الصفقة

إنّ وحدة العمل القانوني تسوق إلى محطات التقاء ومطابقة بين عدد من القوانين، سيما في الحال التي تُعالج مجالا ذا جوانب مشتركة من أوجه مختلفة، ولعلّ مطابقة قانونين مثل قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية ضمن هذه المقاربة، يدخل في إطار النزوع نحو شمولية التعريف الاقتصادي لكافة عوامل الإنتاج وبالأخصّ كافة طرائق الدورة المالية، التي تستجيب بشكل مباشر لمعطيات السوق المحيطة في علاقة تدخلية أحيانا.

بذلك فإنّ تحديد المنافسة القائمة في مجال الصفقات العمومية لا يمكن بحال أن يخرج عن الدلالة العامة لمفهوم المنافسة ضمن قانون المنافسة، كما أنّ آلية عملها لا يمكن أن تختلف عن متطلبات وظروف عمل المنافسة بالشكل الذي يضبطه قانون المنافسة، من تمّ فإنّ التزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة في مجال الصفقات العمومية يتحدّد بمدى التزامها بكافة إجراءات إبرام الصفقة العمومية. على اعتبار أنّ هذه الإجراءات تأتي تحقيقا لمتطلبات المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247.

هل فعلا حظيت المبادئ المنصوص عليها في المادة المشار إليها بإجراءات ملائمة تتوافق ومبدأ المنافسة في دلالاته المطلقة، وهل أنّ هذه المبادئ كفيلة لإقرار نزاهة الصفقات العمومية، في الوقت الذي تتسم به بالمرونة الملائمة التي تستجيب لآليات عمل السوق؟

إنّ النّظر للمبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، على أنّها تطبيق لمبادئ وتوجهات المنافسة التي يتضمنها قانون المنافسة. يستجيب بحق لماهية تلك المبادئ من ناحية التجريد القانوني ويتوافق مع مضامينها، بحيث من خلالها يُمكن عكس المتطلبات الضرورية لوجود منافسة حقيقية هادفة في حدود النصوص القانونية التي تجمع بين بُعد الضبط الاقتصادي وتأطير الفاعلين وبين حاجات الجهات العمومية في تلبية احتياجاتها بوجود سوق يعرف منافسة حقيقية وناشطة تولّد قابلية إشباع الحاجات وفق أعلى المستويات.

فعلى ضوء التعديلات المتتالية التي مسّت القانون المنظم للصفقات العمومية قبل صدور المرسوم الرئاسي 15-247، وكذا التعديلات المتواترة لقانون المنافسة، فيما يمكن أن يدخل في مطلب التمكين للقطاع الاقتصادي بكامل تفاعلاته عبر تكامل القطاعين العام والخاص، وتحديد الأسس التي تجمع الشراكة بينهما في ظل توسّع الاختصاص لصالح قانون المنافسة، بحيث تخضع صفقات المتعامل العمومي لهذا الالتزام بدءا من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة،¹ بما يُنبأ عن التزام المشرع بتبني توازي في العمل القانوني يُحيل إلى بناء علاقات قانونية بين قانونين قائمين مستقلين.

¹ الفقرة الأخيرة من نص المادة الثانية من الأمر 03-03.

إنّ خضوع الصفقات العمومية لجملة من المبادئ (ما تضمنه نصّ المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247)، يدخل في إطار شرعية العمل الإداري بحيث أنّ هذه المبادئ من حيث أنّها التزامات في ذمة المصلحة المتعاقدة واجب عليها تحقيقها وفق الشروط والوسائل والإجراءات اللازمة لإنفاذها، فهي في المقابل التزام ينصرف إلى المتعاملين الاقتصاديين يقتضي منهم الإطلاع على مضمون هذه المبادئ والعمل وفقها والتبليغ عن كلّ ما من شأنه أنّ يتسبب في تعطيلها سواء كان صادرا عن المصلحة المتعاقدة أو كان من فعل أحد المتعاملين¹ ضمانا لحرية المنافسة، وتأكيداً على الالتزام بمبدأ حياد الإدارة.

على هذا الأساس فإنّ إعداد الصفقات العمومية يتطلّب عملاً دقيقاً مدروساً يُراعى فيه الالتزام بنص القانون، حيث تلتزم المصلحة المتعاقدة خلال قيامها بإعداد الصفقة بتكريس مبدأ المنافسة سواء تعلّق الأمر بموضوع الصفقة بحيث لا يمكن تلبّيته إلا من متعامل حصري، أو من خلال امتناعها عن المعاملة التمييزية للمرشحين².

هذا وأنّ إعداد الصفقة يجب أن يستجيب لشرط المنافسة بحيث يضمن تحقيقها وتمرّ عملية إعداد الصفقة بمراحل يمكن عبرها قياس مدى التزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة وهي:

1. **تحديد الحاجات:** إنّ تحديد طريقة الإبرام يتحدد طبقاً لمبلغ الحاجات، وطبيعة الخدمات التي ستنفذ، وهذا يتطلّب تحديداً دقيقاً وواضحاً للحاجات قبل أيّ إعلان عن الصفقة، بحيث تتحدّد معالم تحديد الحاجات عبر عدّة مراحل تكفل جدّيتها، موضوعيتها، وضرورتها هي:

أ- **مرحلة الإحصاء:** بحيث يشكّل هذا الإجراء الأداة العملية لتحديد الحاجات المطلوبة، بحيث يتمّ حصر الحاجيات المعبر عنها خلال السنوات الماضية وفق ما يقضي به نص المادة 27 من المرسوم الرئاسي 15-247، "تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبّيتها، المعبر عنها بحصة وحيدة أو

¹ يخلو القانون ساري المفعول (الأمر 03-03)، من تطبيق مبدأ الرحمة الذي يحفز أحد المتواطئين في ممارسة لا تنافسية للتحكم في السوق من الكشف عن هذه الأخيرة أمام السلطات المعنية، هذا المبدأ الذي له تطبيقات في قانون العقوبات، كما أنّ الأمر 03-03 لا ينص على مضاعفة الغرامة في حال تكرارها وهو أمر يجب النظر إليه. إضافة إلى ضرورة إدراج عقوبة المنع من الصفقات العمومية في حال تكرار المخالفة.

على أنّ نص المادة 60 من الأمر يتضمن تطبيقاً لمبدأ الرحمة في حدود الممارسات التي يتمّ التحقيق فيها حيث تنص على: " 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 أعلاه، في حالة العود مهما تكن طبيعة المخالفات المرتكبة." ² هذا وتنص المادة 946 من القانون 08-09 المتعلّق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة لتي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

يتمّ هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال..."

بحصص منفصلة مسبقاً، قبل الشروع في أيّ إجراء لإبرام صفقة ويجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها وكمّيتها بدقة، وإستناداً إلى مواصفات تقنية".

فما يمكن ملاحظته أنّ تحديد الحاجيات يتمّ على أساس الاعتبارات التّقنية للمواد محل الطلب، ما يعني تنافي تعيين علامة تجارية مُحدّدة بالذات مع ما تسطره المادّة، ما يُفيد عدم تخصيص الطلب العمومي لجهة أو جهات بعينها. على أنّ التّوسع في تفصيل المعطيات التّقنية يؤدي في المجمل إلى إقصاء عدد معتبر من المنافسين، ما يؤدي إلى قصر المنافسة على فئة مستهدفة يتمّ من خلالها ترشيح متعامل على اعتبار أنّه مصدر المادة الوحيد الذي تتوافر فيه المعطيات التّقنية المحددة.

من تمّ قد تكون هذه المرحلة عملية إقصاء منظّمة لا يمكن رصدها إلاّ بتحري وضع السوق والوقوف على عدد وحجم المؤسسات التي قد تكون في مركز قوّة اقتصادية، أو في حالة ممارسة تعسفية باستغلالها لوضعية التبعية لمؤسسات أخرى.

ب- مرحلة التحليل: تعتمد المصلحة المتعاقدة على تحليل حاجياتها بالنّظر للمعطيات الإحصائية المتوافرة، أخذاً بالنّظر الأهداف المسطرة، والعوائق الممكن وجودها في سبيل تلبية حاجياتها ضمن المعايير المطلوبة، مع دراسة تقديرية لعدد المتعاملين المحتملين، وقدراتهم على تلبية الحاجيات ضمن المديين الكمي والكيفي.¹

ت- مرحلة ضبط وتحديد الحاجة: تُحدّد 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، في إطار ما يرتبط بهذا الإجراء من دراسات مسبقة عن مشروع الصفقة سواء ما تعلّق منها بالملاءمة أو النجاعة أو مدى تناسبه والمعايير البيئية، إضافة إلى عدد من الدراسات الأخرى التي ترتبط بطبيعة مشروع الصفقة.²

على هذا الأساس، يجب أن يكون تحديد الحاجات مفصلاً واضحاً بحيث لا يمكن أن يُحدّث لبساً، أمّا ما يتعلّق بالمنتج في حال ارتباط الحاجات به فيجب أن تُوضّح كلّ المقاييس والمعايير المرتبطة به، على أن لا يتمّ توجيه الحاجات إلى منتج بعينه إلاّ ما تطلّب ذلك قطعاً، إنّما تكون هذه المقاييس المحددة للمنتج دون تسمية، ومن تمّ فإنّ تصميم مقاييس

¹ Bouziane MANSOURA, marchés publics, conférence en matière de marchés publics, 02eme année, 02 promotion, direction de formation de base, Ecole supérieure de la magistrature, 2010-2011.

² حمامة قذوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص62-64.

واعتبارات لا يمكن تلبيتها إلا من متعامل وحيد¹ يُشكّل مساسا بشفافية الصفقة كما يعدّ تقييداً للمنافسة في واقع منافسة صورية، مما يتعارض ومبادئ قانون المنافسة وكذا مع ما تضمنه نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247.

فعلى المصلحة المتعاقدة أن تسعى إلى إيجاد منافسة حقيقة بين مختلف المتعاملين المتنافسين عبر ضبط احتياجاتها وفق أسس تساعد على نشوء المنافسة، في نفس الوقت عليها أن تضمن حيادها، بحيث يُتاح لأكبر عدد من المتعاملين التنافس على الصفقة.

هذا وأنّ التّحديد الصادق والعقلاني² الذي يشترطه القانون لحاجات المصلحة المتعاقدة يجب أن يُشكّل الحاجات الفعلية اللازمة بما يُسهم في ضبط الإنفاق العام، وتطویر آليات المنافسة الوطنية عبر تحديد الحاجيات وفق الشروط القصوى التي يمكن من خلالها تلبية هذه الحاجيات من خلال مؤسسات وطنية ما يتيح تجدد دورة رأس المال.

2. **إعداد دفاتر الشروط:** نظرا لكون عقد الصفقة العمومية من عقود الإذعان، فإنّ هذا يعني وجود شروط انفرادية تضعها المصلحة المتعاقدة ليس للمتعاقد التفاوض بشأنها، بهذا فإنّ المصلحة المتعاقدة قبل الإعلان عن المناقصة تقوم بإعداد الشروط والأحكام المتعلقة بها بإرادتها المنفردة على أن تُراعي في ذلك أن تضمن هذه الشروط تنافس أكبر عدد من المتعاملين، وألا تكون إقصائية كما يجب أن تستجيب لمبادئ المساواة وحرية الوصول إلى الطلب المباشر به في شكل يضمن شفافية أداء المصلحة المتعاقدة.

فالوثيقة التي تحمل هذه الشروط تعرف بدفتر الشروط، الذي يتضمّن مجموعة من البنود التي تتعلّق بموضوع الصفقة والوثائق المكوّنة لها، من ذلك الشروط المطلوبة في المترشحين والأسس التي يتمّ الاعتماد عليها في اختيار المتعاقد، وكيفية التّقييد بالنسبة للعروض المقدّمة، كلّ هذا يكون بشكل دقيق يضمن تحديد الخدمات أو السلع المطلوبة وجميع الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقة، من تمّ يجب أن يتحقق في دفتر الشروط عامل الشفافية بحيث لا يكون محل تأويل³.

وقد حددت المادة 26 من المرسوم الرئاسي 15-247، ثلاث أنواع من دفاتر الشروط

هي:

¹ تنص المادة 03/27 فيما يتعلّق بوجود التعيين المجرد للخدمات على ما يلي: "... يجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداهما بدقة، إستنادا إلى مواصفات تقنية مفصّلة تعدّ على أساس مقاييس/ أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية. ويجب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل إقتصادي محدد."

² تنص المادة 01/27 على: "يحدد مبلغ حاجات المصالح المتعاقدة استناداً إلى تقدير إداري صادق وعقلاني، حسب الشروط المحددة في هذه المادة."

³ نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.74.

دفاتر البنود الإدارية العامة، المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي، من تمّ فهي تنطبق على كافة عقود الإدارات العمومية، بحيث تحدد الأحكام الإدارية المتعلقة بكلّ نوع من أنواع الصفقات.

دفاتر التّعليمات المشتركة، التي تحدد الترتيبات التّقنية المطبقة على كلّ الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني، فهي تتعلق تحديداً بطبيعة الصّفقة وارتباطها بوزارة من الوزارات المختلفة، ولا يُمكن أن يتضمّن هذا النوع من الدفاتر أحكاماً مخالفة للأحكام المقررة ضمن دفتر البنود الإدارية العامة.¹

دفاتر التّعليمات الخاصة، التي تحدّد الشروط الخاصّة بكلّ صفقة عمومية، وهي دفاتر يمكن أن تتضمّن بعض الأحكام المخالفة لدفتر الشروط العامة، ودفتر الشروط المشتركة، ويجب أن يُعبّر عن أيّ مخالفة بشكل صريح ومُبرر.²

هذا وتختص اللجنة القطاعية للصفقات،³ طبقاً لنص المادة 182 من المرسوم الرئاسي 247-15، في مجال الرّقابة بدراسة دفاتر الشروط والصفقات والملاحق والطعون المنصوص عليها في المادة 82 من ذات المرسوم، والمتعلقة بكلّ المصالح المتعاقدة التابعة للقطاعات المعنية، وقد بينت المادة 184 من المرسوم المشار إليه حدود هذه الرّقابة الممارسة من قبل اللّجنة القطاعية للصفقات في مجال الرّقابة على دفاتر الشروط.

3. التزام المصلحة المتعاقدة بمعاملة متساوية للمترشحين: سبق عرض مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، على أنّ ما يتعلّق به مبدأ المساواة في هذه المعالجة هو بيان الأوجه التي يتحقق من خلالها هذا المبدأ.

فعبّر آلية الإشهار التي تضمن الأجل المناسب لتحضير العروض، وكذا تمكين المترشحين من الوصول إلى جميع الوثائق المتعلّقة بالصفقة، والتي لا يكون الهدف منها عرقلة ترشح المؤسسات بحيث لا يشترط إلاّ ما يكون لازماً لضمان التّعريف بالمؤسسات وجدّيّتها في تقديم العروض بما يتناسب وتقدير قدراتها والتزامها بما يفرضه القانون من واجبات لمباشرة نشاطها، يمكن تقييم عمل المصلحة المتعاقدة في هذا المجال.

أ- الإشهار: نظراً لإشارتنا لهذا الإجراء في محاور سابقة، فإنّ ما يُمكن إضافته في هذا الجانب أنّ الإشهار الصحفي يكتسي طابعاً إلزامياً ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247-15.

¹ سهام بن دعباس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عنابة، 2005، ص.23.

² نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.75.

³ نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، نفس المرجع، ص.75، 76.

⁴ المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247-15: " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً في الحالات الآتية:

هذا ويندرج هذا الإجراء في صياغة كلّ المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم المشار إليه، كما أنه وسيلة عملية لتحقيق المنافسة، سيما أنّ الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة يكون في نفس الجرائد التي تُنشر فيها الإعلان عن المناقصة، ما يضمن علم الكافة بما يتيح لهم اتخاذ الإجراءات المناسبة التي يدعمها القانون كحالات الطعن الإداري، أو مباشرة دعوى قضائية.

هذا إضافة إلى الأحكام المتعلقة بإشهار المناقصات المتعلقة بالجماعات الإقليمية، والمؤسسات العمومية

ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت الوصاية، وفقا لما يقضي به نص المادة 103/65 من المرسوم الرئاسي 15-247، ما يتيح أكبر قدر في مراعاة مقتضيات المادة الخامسة من المرسوم المشار إليه، وما يضمن نزاهة وشفافية عملية المنافسة ما يحقق عدم تقييدها أو المساس بها، في أطر ما تضمنه قانون المنافسة وعبر ما تضمنه قانون الصفقات العمومية.

ب- تمكين المترشحين من الوثائق: إذ أنّ وضع المنافسة يقتضي وضع المتنافسين على السواء ليس من جانب تدوير المنافع بأسس الموازنة، وإنّما ما يتعلّق بخضوعهم لنفس المعاملة في حدود وجوبها، إلّا إذا ما أقرّ القانون خلاف ذلك، من تمّ فإنّ إجراء الإشهار يرتبط إلى حدّ كبير بتمكين المترشحين من المعلومة ما يُتيح لهم سحب دفتر الشروط والإطلاع على ما يتعلّق بخصائص الصفقة التقنية، المالية، والإدارية، وكذا المعطيات القانونية المؤطرة للصفقة بما يدعم خياراتهم في المشاركة من عدمها وفقا لنص المادة 264 من المرسوم الرئاسي 15-247.

- طلب العروض المفتوح،
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،
- طلب العروض المحدود،
- المسابقة،

- التراضي بعد الإستشارة عند الإقتضاء.

1 الفقرة 3 من المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247: "يمكن إعلان طلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري، على التوالي، مئة مليون دينار (100.000.000 دج) أو يقلّ عنها وخمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو يقلّ عنها، أن تكون محل إشهار محلي حسب الكيفيات الآتية:

- نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين، و

- إلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية..."

2 المادة 01/64 من المرسوم الرئاسي 15-247: " يحتوي ملف إستشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكّنهم من تقديم عروض مقبولة..."، من بين هذه المعلومات وفق نص المادة

ت- **أجل تحضير العروض:** إذ للأجل تأثير كبير على تحفيز عملية المنافسة سواء من حيث مداها، أو من حيث عدد المتنافسين، وقد نصت المادة 04/66 من المرسوم الرئاسي 15-247، على: " مهما يكن من أمر فإنه يجب أن تفتح المدّة المحددة لتحضير العروض، المجال واسعا لأكثر عدد من المنافسين."

على هذا الأساس يمكن اعتبار المدّة المحددة لتقديم العروض معيار قياسي للمنافسة، و لمدى التزام المصلحة المتعاقدة بإعمالها، فلا شك أنّ طول مدة تقديم العروض بما لا يؤثر على جدول الصّفقة يتيح تحقيق منافسة عالية عبر مشاركة أكبر عدد ممكن من المتعاملين ما يؤدي إلى نجاعة الطلب العمومي بإعمال قواعد المنافسة، رغم أنّ تقدير مدّة العروض يفيد بشكل كبير في تفعيل آلية المنافسة إلاّ أنّه وتبعاً لنص المادة السابقة (04/66)، فإنه ليس تمّ حد أدنى أو أقصى لهذه المدّة.

بحيث أنّ اشتراط أنّ تُمكن المدّة من فتح المجال الواسع للمنافسة يقع ضمن تقدير المصلحة المتعاقدة، ومن تمّ لا يمكن الرّقابة على مدى احترام هذا الشرط في حال تقدير مدّة ذات مدى متوسط لكنّه غير كاف لضمان نجاعة المنافسة. على أنّه بحال آخر يُمكن تحديد كفاية المدّة حتى في الحال التي تُعدّ فيه غير مفرطة في التّحجيم الزمني لها بالاستناد لنص المادة 01/66، على اعتبار أنّ تقدير هذه المدّة يجب أن يتلاءم بشكل موضوعي مع التّعقيدات التي يطرحها موضوع الصّفقة، وكذا يستند إلى ضرورة التّقدير الجيد للمدّة اللازمة لتحضير العروض وإيصالها.

هذا وحددت المادة 03/66¹ من المرسوم المشار إليه (المرسوم الرئاسي 15-247) أجل تحديد العروض بالاستناد إلى نقطة مرجعية لاحتماب الأجل، وتقدير كفايته، عل أنّه يمكن للمصلحة المتعاقدة تمديد الأجل إذا كان الأمر يتطلب ذلك وتبعاً للظروف من ذلك الحالات التي تكون فيها العروض المتقدم بها غير كافية، أو قليلة نسبياً مع متطلبات المنافسة لا يمكن معها الحصول على الحاجيات وفق شروط المنافسة التي تتحقق عبرها معايير الجودة والأداء والسعر التنافسي، بحيث تلتزم المصلحة المتعاقدة ضمن هذه الحالات بواجب المنافسة عبر إخبار المتعهدين بالمناقصة بكلّ الوسائل المتاحة لذلك، وهذا لتفادي الإعلان عن عدم الجدوى وفق ما تشير إليه الفقرة الثانية من المادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247.

على هذه الاعتبارات فإنّ قصر مدّة تحضير العروض يُعدّ إخلالاً بمبدأ ضرورة تفعيل مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المعبر عنه عبر المبادئ المنصوص عليها في المادة 5

64، الشروط ذات الطابع الإقتصادي، والتقني والضمانات المالية، الأجل الممنوح لتحضير العروض، أجل صلاحية العروض أو الأسعار..."

¹ المادة 03/66 من المرسوم الرئاسي 15-247: " تحدد المصلحة المتعاقدة أجل تحضير العروض بالاستناد إلى تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة، عندما يكون مطلوباً، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية. ويدرج تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح الأظرفة في دفتر الشروط قبل تسليمه للمتعهدين."

من المرسوم الرئاسي 15-247، بحيث أنّ قصر هذه المدّة يؤدي إلى قصر إمكان الجاهزية لتقديم العروض على وجه تكون فيه طائفة من المتعاملين الذين تتوافر لديهم إمكانات متراكمة جاهزة ومهيئة لمباشرة أيّ إجراء في ظرف وجيز، كما أنّ قصر هذه المدّة يعكس بشكل آخر عدم ملاءمة الإجراءات المتّبعة من طرف المصلحة المتعاقدة، ومقتضيات ترشيد وعقلنة النّفقة العمومية بعدم الوصول إلى مطلب النّجاعة في الطلب العمومي .

الفرع الثالث: إلزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة عند إرساء وإبرام الصفقة

للمصلحة المتعاقدة سلطات واسعة في إطار المرسوم الرئاسي 15-247، تمتدّ من فترة تحديد الحاجيات ووضع الشروط التّقنية، الفنية، المالية المرتبطة بموضوع الصّفقة، وصولاً إلى تلقي العروض وإرساء الصّفقة، كلّ هذا ضمن الحدود المقررة قانوناً والتي تتحدّد فيها صلاحيات المصلحة المتعاقدة في مجال الصّفقات ضمن النّصوص التّنظيمية التي حدّدت بتفصيل كبير المعطيات المتعلّقة بها.

هذا ويبقى لزاماً على المصلحة المتعاقدة إبرام صفقاتها وفق الكيفيات والقوالب والطّرق التي تضمنها المرسوم الرئاسي 15-247. ليس فقط ما يتعلّق بالشروط الموضوعية والإجرائية للصفقات، وإنّما تماشياً والأهداف المتوخاة والمسطرة عبر إقرار نظام الصفقات العمومية، وبما يكفل توجيه المدخرات الوطنية نحو تحقيق الاستثمار الذي يحقق المصلحة العامّة ويضمن إستمراريته عبر الزمن بشكل يُضاعف القيمة الحقيقية للمنجزات مقابل القيمة الإسمية التي بُشرت بها الصفقات.¹

فتلتزم المصلحة المتعاقدة عند إبرامها للصفقات باعتماد مبدأ المنافسة، ذلك باللجوء إلى إجراء طلب العروض الذي يُعتبر مبدأ عام في طرق الإبرام، على أنّه وبما يدخل في شكل الاستثناء يكون للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى الإبرام بطريق التراضي ضمن الحالات المحددة قانوناً.

هذا ما جاء بنص المادة 239 من المرسوم الرئاسي 15-247، في حين أنّ المادة 40 من ذات المرسوم عرّفت طلب العروض، أيّ الدّعوة للمنافسة والحالات التي يُعلن فيها عن عدم الجدوى، أيّ عدم فاعلية المنافسة أو فشل عملية الدّعوة للمنافسة بما يأتي: "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدّة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصّفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدّم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تُعدّ قبل إطلاق الإجراء.

¹ سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص.05.

² المادة 39 من المرسوم 15-247 على: " تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء طلب العروض الذي يشكّل القاعدة العامّة، أو وفق إجراء التراضي."

ويعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.¹

هذا وأنّ الفقرة الثانية من المادة 40 من المرسوم الرئاسي السابق تشمل تناقضا لفظيا (يغير المعنى) على النحو: "...أو عندما لا يتم الإعلان بعد تقديم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط،..." فالأوجب رفع النفي وإثبات السلب بالإيجاب على النحو: "... أو عندما يتم الإعلان بعد تقديم العروض..."، وهذا ما يطابق نصّ المادة المحرر باللغة الأجنبية.¹

هذا وأنّ إجراء طلب العروض يستهدف تركيز العطاءات، التي يتقدّم بها المتنافسون على الصفقة وفقا لمعطياتها وشروطها ومتطلباتها ضمن مجال المواصفات التي يتم من خلالها إسناد الصفقة.²

حيث أنّ المادة 01/40 من المرسوم الرئاسي 15-247، تأطر نوع من الميزة التنافسية التي يُعبّر عنها بإجراء طلب العروض وفق آلية الإيجاب التي يُخلص إليها من رغبة المصلحة المتعاقدة في التعاقد ضمن شروط وكيفيات مُحدّدة، حيث يعبر عن الإيجاب بإجراء الدّعوة إلى تقديم العروض أو المنافسة على موضوع الصفقة الذي يستهدف المتعاملين الاقتصاديين القادرين على تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة.

بحيث يتمّ إنتقاء أحسن عرض من بين العروض المتاحة التي تستجيب لشروط وموضوع الصفقة، فإجراء الدّعوة إلى المنافسة في نظام الصفقات العمومية هو نوع من التّأطير لعملية المنافسة حيث يمكن أن تُشكّل منافسة تامّة متوازية يتقاطع فيها النشاط الأفقي والعمودي للنشاطات الاقتصادية. لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة عبر متعامل حائز للصفقة الذي بدوره يعمل على إنشاء نشاط يحرك الدّورة الاقتصادية ضمن مجال موضوع الصفقة.³

وبالنظر إلى شكل طلب العروض، والذي أُشير إليه في نصوص سابقة متعلّقة بنظام الصفقات العمومية بمصطلح المناقصة، على أنّ تمّ اختلاف بين الدلالة القانونية لإجراء طلب العروض، وما يقابلها في حدود مصطلح المناقصة، حيث أنّ إجراء طلب العروض كأسلوب للتّعاقد يستهدف إتاحة المجال الواسع للمصلحة المتعاقدة في اختيار المتعاقد معها ضمن آليات

¹ تنص المادة 02/40 من المرسوم الرئاسي 15-247، في النصّ المحرر باللغة الأجنبية على:

"La procédure d'appel d'offres est déclarée infructueuse, lorsqu' aucune offre n'est réceptionnée ou lorsque, après avoir évalué les offres, aucune offre n'est déclarée conforme à l'objet du marché et au contenu du cahier des charges, ou lorsque le financement des besoins ne peut être assuré."

² سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص.07.

³ Patrice REIS, la concurrence et les marchés public, thèse de doctorat, droit privé, Université de Nive Sophia-Antipolis, France, 1999, p.226.

المنافسة دون التزامها بمبدأ آلية الإرساء على مقدّم العطاء الأقل، في حين أنّ ما يميز أسلوب عمل المناقصة هو آلية الإرساء على الذي يتقدّم بأقل سعر لإنجاز مشروع الصفقة.¹

وضمن المرسوم الرئاسي 15-247، نجده تبنى خيار إتاحة الصفقة للمتقدم بأحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، هذا ما تضمنه نص المادة 01/14، والمادة 01/40 من المرسوم المشار إليه.

ويمكن تحديد مفهوم الميزة الاقتصادية، بأنه العرض الذي يُتيح تحقيق أكثر فاعلية بالنسبة للعروض الأخرى، بحيث يؤدي إلى إنتاج قيم ومنافع تزيد عمّا يمكن للعروض الأخرى أن تُنتجه، مثاله حالة اقتناء مُنتج في مجال اللوازم بسعر أقل يؤدي لسد حاجات المصلحة المتعاقدة من هذا المنتج لمدة سنة.

في حين أنّ اختيار العرض الأحسن وإن كان ذا سعر يمثل الضعف بالنسبة للعرض الأول، يتيح للمصلحة المتعاقدة العمل بهذا المنتج لمدة ثلاث سنوات، بحيث أنّ فارق السعر بين العرضين يضمن سنة إضافية من العمل بالمنتج ويتساوى سعر المنتج في العرضين في حدود السنة الثانية لاستعمال المنتج، وهذا ما يُعبّر عنه في التّظهير الاقتصادي بالميزة التنافسية للمنتج.²

فبالنسبة لشكل العروض تنصّ المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247، على مايلي: "يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا أو دوليا، ويمكن أن يتمّ حسب أحد الأشكال الآتية: طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة."

حيث تمّ تفصيل كلّ نوع من أنواع طلب العروض من المواد من 43 إلى 48 من المرسوم المشار إليه، على أنّها في كلّ شكل من أشكال طلب العروض تمّ استجابة لمطلب المنافسة ضمن مستويات مختلفة وبطرائق تقنية معينة، بحيث يختلف الهامش المتاح للمنافسة ضمن كلّ شكل بما لا يؤثر على مطلب تحقيق المنافسة في مستويات معقولة .

¹ ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، لباد للنشر، سطيف، الجزائر، ص.434.

² Nasser SEFAH, les marchés public, formation pour le compte des inspecteurs des finances (I.G.F), Ministère des Finances, Ecole Supérieure de Commerce, Janv.-Fév. 2015.

حيث تنص المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247، على: "يجب أن تكون معايير إختيار المتعامل المتعاقد ووزن كلّ منها مرتبطة، بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة إلى المنافسة. ويجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لإختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية: 1/ -إمّا لعدّة معايير من بينها: النوعية، آجال التنفيذ أو التسليم، السعر والكافة الإجمالية للاقتناء والإستعمال..."

2/ -إمّا لمعيار السعر وحده، إذا سمح موضوع الصفقة بذلك..."

على أنّ شكل طلب العروض المحدود، والذي هو إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم العروض هم المدعون خصيصاً لهذا النمط من التعاقد في إطار ما يُعرف بالاستشارة الانتقائية،¹ حيث أنّ للمصلحة المتعاقدة

سلطة واسعة ناتجة عن القدر الكبير من الحرّية المتاح لها في الاتصال بالمعاملين المستشارين وكذا انتقائهم.²

ما يعني قصر المنافسة في حدود ضيقة. على أنّ التّأطير القانوني لهذا النمط من التعاقد يُظهر المصلحة المتعاقدة خاضعة لمبدأ الشفافية في تعاملاتها، دون أنّ تكون تتمّ ضمانة كافية لإمكان قيام منافسة حقيقية ونزيهة تُعكس واقع المنافسة بحق ومستويات المتنافسين، وكذا مدى توفّق المصلحة المتعاقدة في انتقائها الأولي لهم، من تتمّ فإنّ اللجوء إلى أسلوب التراضي كاستثناء عن قاعدة طلب العروض يرهن تجسّد المنافسة وفق قواعد الثابتة بمدى حسن المصلحة المتعاقدة في اختيار المتعاقد معها، وكذا مدى ضبطها لاختيارها وفقاً لقواعد موضوعية تستجيب لمتطلبات القانون وتستجيب لمبدأ حسن النية العام وتطبيقاته في مجال العمل الإداري.

على أنّ أسلوب التراضي منظم وفق قواعد قانونية تبيّن حالات اللجوء إلى هذا الأسلوب³ بما يضمن مشروعية الصّفقة وشفافيتها.

ويُعرف أسلوب التراضي في إبرام الصفقات العمومية تطبيقيين،⁴ الأوّل فيما يُعرف بأسلوب التراضي البسيط وحدد تفصيلاً في المادة 49، والمادة 50 من المرسوم الرئاسي 15-247، والثاني التراضي بعد الإستشارة الذي فصّلت فيه المادتين 51، و52 من المرسوم الرئاسي السابق ذكره.

هذا وقد نصت المادة 53 من المرسوم المشار إليه على: " لا يمكن أنّ تُخصص المصلحة المتعاقدة الصّفقة إلاّ لمؤسسة يعتقد أنّها قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة."

بما يُشكّل ضماناً لتجسيد المنافسة عبر اشتراط القدرة على تنفيذ مشروع الصّفقة، وإنّ كان التّحليل الموضوعي لأسلوب التراضي لا يُمكن من التّطبيق الفعلي للمنافسة كما لا يُمكن من إقرار المبادئ الواردة بنص المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، بشكل مطلق، بحيث يسمح فقط للمعاملين النافذين في السوق وذوي العلاقات الجيدة من الاستفادة من هذا النمط من

1 المادة 01/45 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي تحدد مفهوم الإستشارة الإنتقائية.

2 المادة 02/45 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3 تحدد المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247، حالات اللجوء إلى إجراء التراضي البسيط.

4 محمّد بن محمد، منال حلّيمي، صفقات التراضي في الجزائر، أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة، دفاتر السياسة والقانون، العدد 13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، الجزائر، 2015، ص.174.

التعاقد، كما يمكن أن يكون طريق لمحاباة المصلحة المتعاقدة لطائفة من المتعاملين كما يتضمّن مساساً محسوساً بشكل المنافسة في طورها العادي.

هذا وتخضع عملية الصفقات في جملتها لشفافية واحترام سير الإجراءات القانونية المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247، كما تتوقف على دور لجنة تقييم وفتح العروض في أداء عملها وفق ما هو منوط بها وفق مبدأ العلنية الذي يضي الثقة والطمأنينة ووقوف كلّ معني بالصفقة على الإجراءات التي تباشرها اللجنة بما يضمن عدم تحيز المصلحة المتعاقدة.¹

هذا وأنّ لجنة فتح الأظرف هي ذاتها لجنة تقييم العروض، و يُمكن للجنة طلب العروض عن طريق المصلحة المتعاقدة أن تقوم بدعوة المترشحين عند الاقتضاء لاستكمال عروضهم في حال الوثائق الناقصة باستثناء المذكرة التّقنية التبريرية في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ فتح الأظرف،² ما يشير حقاً إلى عدم الرّغبة في إقصاء أحد المتنافسين لأسباب يمكن تداركها.

هذا وتلعب معايير تقييم العروض دوراً في إنتاج منافسة ذات ذروة واستجابة عالية، كما تكون عاملاً مرجحاً لتحديد العرض الذي يستجيب لحاجات المصلحة المتعاقدة وفق أحسن المتطلبات، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247، على أنّه: " يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كلّ منها، مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية... ".

وهذا يتضمّن تلاؤم نظام التقييم مع طبيعة كلّ مشروع، وتعقيده وأهميته، كما أنّ اشتراط المعاملة غير التمييزية يدخل في إطار المعيار الموضوعي الذي يتحدّد بشرط الكفاءة، القدرة والفاعلية.

على أنّه وطبقاً لنص المادة 02/72³ من المرسوم الرئاسي 15-247، يمكن للجنة تقييم العروض أن

ترفض العرض المقبول مؤقتاً، إذا تبث أنّ العرض منخفض بشكل غير عادي، ما يحيلنا إلى نص المادة 10،⁴ والمادة

¹ عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص.25.

² المادة 71، الفقرة 02، المطّة 7، من المرسوم الرئاسي 15-247.

³ تنص المادة 03/72، المطّة 05، من المرسوم الرئاسي 15-247 على: إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الإقتصادي المختار مؤقتاً، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضاً بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع أسعار، تطلب منه عن طريق المصلحة المتعاقدة كتابياً، التبريرات والتوضيحات التي تراها ملائمة، وبعد التحقق من التبريرات المقدمة تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أنّ جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الإقتصادية..."

⁴ المادة 10 من الأمر 03-03: " يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحدّ منها أو الإخلال بها ويحظر كلّ عمل و/ أو عقد مهما كانت طبيعته وموضوعه يسمح لمؤسسة بالإستنثار في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق الأمر."

12 من الأمر 03-03.

هذا وتقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بناء على المهام الموكلة إليها بموجب نص المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247، برفض العرض الذي يترتب عنه هيمنة المتعامل المتعاقد على السوق.

حيث تنص المادة السالف ذكرها في الفقرة الثانية، المطة الرابعة على: "تقترح (لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض)، على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا تبث أن بعض ممارسات المتعهد تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في إختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت...".

هذا ما يأتي تناسبا و أحكام قانون المنافسة في هذا المجال، حيث يمكن النظر إلى قانون الصفقات العمومية بمجال هذه الرؤية على أنه يضبط المنافسة في الصفقات العمومية بمجال مقارب لقانون المنافسة عن طريق تنظيمها بإجراءات تفعل وتضمن عمل قواعد المنافسة.

خاتمة الباب الأول:

إن اعتماد آليات نظام اقتصاد السوق، الذي تسود فيه حرية المبادرة الخاصة، ويدعم الحريات الاقتصادية بمختلف مضامينها، يقتضي تبني نظام جديد في تدبير المجال الاقتصادي، حيث أن انسحاب أشخاص (الدولة) من التدخل في السوق يستدعي دخول أشخاص آخرين، سواء ما تعلق بمستوى الفعل الاقتصادي أو ما تعلق بتنظيم هذه التصرفات، عبر سبل النوظمة التي تشهد بروزا في ظل ازدهار الحريات الاقتصادية.

إن بروز الهيئات الإدارية المستقلة على شاكلة مجلس المنافسة والهيئات القطاعية الأخرى لدليل على توجه يستجيب لبعث آليات السوق وتحفيزها عبر المثير الوحيد واللازم لذلك، ببناء قاعدة اقتصادية يستجيب الناشطين فيها لمقتضيات فاعلية السوق عبر إرساء قواعد ضابطة تساعد في الوصول إلى سوق تنافسي متناغم مؤطر بالحدود القصوى الممكنة لمزايا المنافسة.

إن قانون المنافسة كواجهة لاقتصاد السوق الحر يتضمن وجوب نفاذه عبر كل نشاط يمارس من قبل أي شخص من أشخاص القانون، يترتب عنه نقص محتمل لمزايا المنافسة

1 المادة 10 من الأمر 03-03: " يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها ويحظر كل عمل و/أو عقد مهما كانت طبيعته وموضوعه يسمح لمؤسسة الإستثمار في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر."

بما يمكن له التأثير على كامل الدورة الاقتصادية نظرا لترابطها واتساقها وفق منعكسات شرطية.

وعبر هذا الباب من خلال فصلين عُنيا بمسألة التّوفيق بين مجالين للقانون في إطار البُعد الخاص، والبُعد العام ليس من باب العرض الوصفي المجرد وإن كان ذلك أمرا ضروريا إلاّ أنّه يُتخذ كمعبر للوقوف على ترابط قانونين يغطيان هامش من الحرّيات الاقتصادية من زاويتين متباعدتين تلتقيان في أنّها فاعلية مُمارسة ضمن مجال سوق واحدة خاضعة لمقتضيات الضبط وفق الأسس والآليات التي يتيحها قانون المنافسة، ما يفسر إحالة قانون الصفقات العمومية إلى النّصوص الموضوعية لقانون المنافسة في عدد من المرات، كما أنّه في مجمله لا يتضمن مبادئ مخالفة للمبادئ العامّة للمنافسة المتأصلة في الممارسة القبلية لوجود القانون.

على أنّ حدّة المقاربة بين القانونين تبقى مرهونة بانتماء قانون الصفقات العمومية لقواعد القانون العام ما يتضمن فنّيات ممارسة السلطة العامّة وأيُّ تطبيق بنص يتضمّنه القانون يَدْخل في مجال صلاحيات السّلطة العامّة وأداء مهام المرفق العام، ما يجعل تطبيق نص المادة 2 من الأمر 03-03، معلّقة بتقدير الحالات التي تُعبّر عن ممارسة لصلاحيات سلطة عامّة، ومدى توافق هذا الطّرح والحاجة إلى إرساء قواعد المنافسة، وما يُمكن أن يَنْتج عنه في حال التّطبيق البات لقانون المنافسة على عقود الصفقات العمومية؟

الباب الثاني:

مدى تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية

الباب الثاني: مدى تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية

إنّ إعمال قانون المنافسة في مجال الطلب العمومي، يخضع للأسس والمبادئ العامّة لمفهوم العقد الإداري، وعلى اعتبار أنّ الصّفقة العمومية من الناحية المادية تستجيب لمبدأ ضمان استمرار واطراد عمل المرفق العام، بحيث تكون الصّفقة أداة لتلبية حاجيات المرفق العام، ووسيلة لممارسة صلاحيات السّلطة العامّة، فإنّ النّظر إليها من هذه الزاوية يضيّق من حدود تطبيق قانون المنافسة في حدود الأطر المسطرة، بموجب نص المادة 2 من الأمر 03/03.

إضافة إلى هذا فإنّ الصّفقة العمومية باعتبار أنّها من العقود الإدارية يحيل كامل أوجه الرّقابة عليها، والفصل في منازعاتها للقضاء الإداري، وفقا لقواعد الاختصاص، وبترجيح المعيار العضوي.

كما أنّه وبالنّظر للأمر 03/03 نجده وسّع من دور الهيئات غير مجلس المنافسة في تطبيق قواعد قانون المنافسة، من ذلك القضاء الإداري، إذ يمكن للقاضي الإداري إلغاء صفة عمومية بسبب عدم احترام، ومخالفة أحكام قانون المنافسة، من ثمّ فإنّ قانون المنافسة يطبّق على الصفقات العمومية، كذلك هو الأمر في حال أنّ الشّخص العام مرشّح لنيل صفة عمومية، رغم أنّ هذه المسألة مستقرة، ولا تثير جدلا قانونيا، إلاّ أنه يمكن القياس عليها لاعتبار الشّخص العام ممارسا لنشاط اقتصادي بمجرد الإعلان عن الطلب العمومي، لأنّ أيّ طلب عمومي يترتب عليه نشاط في مجال السوق في شكل سلع، أو خدمات مقدّمة، أو غير ذلك من أوجه الطلب العمومي،¹ ما يعني أنّ الصّفقة العمومية وفق هذا الاعتبار تقع ضمن دائرة صلاحية مجلس المنافسة، وفقا لمبادئ المنافسة التي تُخضع الذوات العامّة المتدخلة في السوق سواء باعتبارها متعامل اقتصادي، أو مشتري عمومي لأحكام قانون المنافسة.

حقيقة إنّ تناول مسألة تطبيق قانون المنافسة من قبل القاضي الإداري، دون بحث مسألة صلاحيات مجلس المنافسة في ضبط قطاع الشراء العمومي لا يثير أيّ إشكال، على أنّ عكس المسألة أي إمكانية تدخل مجلس المنافسة في ضبط قطاع الشراء العمومي استنادا لقواعد المنافسة، يمكن أن يثير كثيرا من التساؤلات والتناقضات سيما فيما يخص الوسيلة، وسلامة الاختصاص.

عموماً، إنّ هذا الباب، لا نحاول من خلاله إبراز تساؤلات جديدة، وإنّما نرى أنّه تنمّة لما سبق بيانه ضمن الباب الأوّل، إمّا تأكيدا أو تفصيلا أو بيانا، دون أن يكون غلقا لمسار فكري جديد، في حدود المنهجية والموضوعية التي نتحراها.

¹ CJUE, GR.CH, 19 déc 2012, Azienda Sanitaria Locale dilecce, aff.c-159/11; ECKEL Gabriel, Droit public des affaires, 2^e éd, P11.

وقد عرضنا في هذا الباب ضمن فصلين إلى بيان فكرة الأ وهي: إلى أي حدّ يمكن أن تكون قواعد قانون المنافسة، وقواعد قانون الصفقات العمومية، أحدهما ظهيراً للآخر؟ وذلك عبر الفصل الأول تحت عنوان: تعزيز قواعد المنافسة الحرة من خلال قانوني المنافسة والصفقات العمومية.

وكذلك ما هي أوجه الاختلال والإشكالات القانونية التي يمكن أن تنتج عن تقارب القانونين باعتبار أحدهما يعبر عن نشاط اقتصادي يدخل في مجال تطبيق الآخر، على أنه مُسيج بأطر صلاحيات السلطة العامة؟ وذلك عبر الفصل الثاني تحت عنوان: الاختصاص في قضايا المنافسة المتصلة بصفقة عمومية.

الفصل الأول: تعزيز قواعد المنافسة الحرة عبر قانوني المنافسة، والصفقات العمومية

تُعدّ القوانين والتشريعات المنظمة للمناقصات رائدة في استخدام تقنية المنافسة كأداة لتحقيق الاستعمال الأمثل والأنجع للمال العام.

كما تعتبر المناقصات محددًا هامًا لشفافية المناخ الاستثماري، وركيزة أساسية لتطبيق برامج الدولة في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية، إذ أنّ أعمال المنافسة الحرة في مجال الطلب العمومي يُعدّ من الشروط الأساسية التي تتوقف عليها عمليات الشراء.

من ثمّ فإنّ موضوع حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، يعرف حماية مزدوجة وذلك من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 الذي رتب وحدد الأحكام الخاصة بالمنافسة لنيل الطلبات العمومية، في سياق من الإجراءات والمبادئ الواجب تكريسها في الطلب العمومي، وقانون المنافسة (الأمر 03/03 المعدل والمتمم)، الذي يرمي إلى تنظيم المنافسة، وتحديد قواعد حمايتها زيادة للفعالية الاقتصادية، هذا إضافة إلى التدابير الجزائية التي تضمنها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته (ق 06-01).

ولعلّ أهم نقاط التقاطع بين القانونين (أي المرسوم الرئاسي 247/15، والأمر 03/03)، الضمانات الممنوحة للمتنافسين، من حيث حرية الوصول إلى طلبات الشراء، والمساواة فيما بينهم، وشفافية الإجراءات المتبعة.

وتبعاً لهذا الاستقراء، ارتأينا بيان أوجه التوافق بين المرسوم الرئاسي 247/15، والأمر 03/03 في إطار أنّ قانون المنافسة يأتي ظهيراً لقانون الصفقات العمومية من حيث ترتيب الالتزامات وحماية المنافسة، وهذا عبر المبحث الأوّل من هذا الفصل بعنوان: مراقبة مجلس المنافسة لمدى احترام قواعد المنافسة ضمن الصفقة العمومية.

هذا ونقف عبر المبحث الثاني على تطبيقات الأحكام المضمّنة في المواد 6، 7، من الأمر 03-03 وكذا المتعلقة بالتّجميع الاقتصادي، في حال اتصالها بصفقة عمومية تحت عنوان: تطبيقات نصوص قانون المنافسة على عقود الصفقات العمومية.

المبحث الأول: مراقبة مجلس المنافسة لمدى احترام قواعد المنافسة ضمن الصفقة العمومية

إنّ إعادة تحديد المرجعيات من خلال ربطها بالأهداف، بغية الوصول إلى صفقات عمومية في خدمة التنمية الاقتصادية والاجتماعية والبيئية، وليس فقط مجرد تدبير ميزانياتي وإجرائي، تتوفّر كلّ صفقة من الصفقات العمومية على نص قانوني، يمكن ربطه بالقانون رقم 12/08 المعدّل والمتمم للأمر 03/03 دون إغضاء عن التعديلات المتتالية لقانون الصفقات العمومية، وصولاً إلى المرسوم الرئاسي 247/15.

لقد وسّع القانون 12-08 من اختصاص مجلس المنافسة ليشمل الصفقات العمومية، على اعتبارها أنّها لا يُتصوّر أن تكون بمنأى عن الممارسات المنافية للمنافسة، من قبل الأعوان الاقتصاديين في مفهوم قانون المنافسة، كما يمكن ألاّ تنضبط المصلحة المتعاقدة بمقتضيات قانون الصفقات العمومية، بما يفسح الباب واسعا للاعتداء على المنافسة، ومن ثم خرق قواعد قانون المنافسة، ومن ثم تعقيد مهام مجلس المنافسة بمفهوم عام، وسلطة ضبط الصفقات العمومية بمفهوم خاص في كشف وتتبع الممارسات المنتهجة سواء من قبل المتعامل الاقتصادي في مفهوم قانون الصفقات العمومية، وكذا المصلحة المتعاقدة (المشتري العمومي).

سمح التّعديل الذي أقرّه القانون 12-08 لمجلس المنافسة من أداء دوره في رصد وتتبع المخالفات الماسّة بالمنافسة المرتكبة عند إبرام الصفقات العمومية من طرف المترشحين أو المصلحة المتعاقدة، وهذا ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة¹، هذا ما يُفضي إلى ضرورة التزام المصلحة المتعاقدة بعدم خلق ممارسات غير تنافسية، يمكن لها أن تؤثر على سوق نشاط معين وتثبيط نجاعة الطلب العمومي.

وعليه شمل هذا المبحث مطلبيين نعالج في الأوّل: (التزام المتعامل العمومي بحماية المنافسة في الصفقات العمومية)، ونخلص في المطلب الثاني إلى: (دراسة تأثير قرار منح الصفقة العمومية على المنافسة).

المطلب الأوّل: التزام المتعامل العمومي بحماية المنافسة في الصفقات العمومية

إنّ قانون الصفقات العمومية يفرض التزام قانوني على المصلحة المتعاقدة بالامتناع عن ارتكاب، أو خلق ممارسة مقبّدة للمنافسة، فيما يقابل ذلك يفرض عليها التزام قانوني بفعل يتمثل في ضرورة كشف الممارسات التي يلجأ إليها المتعاملون الاقتصاديين للتحايل على المنافسة في حال علمها بها.

¹ وقد جاءت صيغة هذه الفقرة في القانون 05/10 الذي يعدّل ويتمم الأمر 03/03 على الشكل التالي: المادة 03/2 من القانون 05/10: "الصفقات العمومية، بدءاً بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة."

هذا ما يمكن استنباطه من المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15، هذا علاوة على عديد النصوص التي تضمنها هذا المرسوم، والتي تصبّ في إطار توفير أحسن الصيغ الممكنة لتكريس المبادئ العامّة التي تُفترض في عمليات إبرام الصفقات العمومية، وكذا عدم التضاد مع أحكام قانون المنافسة والأطر العامّة لحرية المنافسة.

وقد تضمن هذا المطلب فرعين: الأول نعرض فيه إلى التزام المصلحة المتعاقدة بعدم خلق ممارسة مقيدة أو منافسة للمنافسة، أمّا الثاني فنعرض فيه إلى التزام المصلحة المتعاقدة ومعاينة المتعاملين المتورطين في ممارسات مقيدة للمنافسة.

الفرع الأول: إلتزام لمصلحة المتعاقدة بعدم خلق ممارسة مقيدة للمنافسة

إنّ إنفاذ قواعد المنافسة على الذوات العامّة ينمّ عن وجود تصوّر جديد لدور الدولة، فالشخص العام مرتبط بالمرفق العام ما يفضي المشروعية على التّدخل العمومي في النشاط الاقتصادي، ويفضي إلى تقوية دور

الدولة المتدخلة، بينما قانون المنافسة يحيل على المفهوم الليبرالي المرتكز على حرية المبادرة الخاصة وعلى ضرورة الحدّ من تدخّل الدولة وأن ينحصر دورها على ضمان البنية القانونية والمؤسّساتية، وفي حماية المبادرة الخاصة.¹

بهذا يكون على الشخص العمومي الانخراط في المسار التنافسي، والتّخلي عن الامتيازات التقليدية، بينما يجب على قانون المنافسة أن يأخذ بعين الاعتبار خصوصية الأشخاص العموميين وعلى الأخص عند تسيرهم

لمرفق عام، وعندما لا ترتبط تصرفاتهم بأنشطة اقتصادية أو تجارية.²

انطلاقاً من هذه الخصوصية التي يتميز بها الأشخاص العموميون حال تطبيق قانون المنافسة، نتساءل عن مصدر التّزام المصلحة المتعاقدة بعدم خلق ممارسة مقيدة للمنافسة، وكيف يمكن أن يتوافق هذا الإلتزام مع مبادئ وقواعد قانون المنافسة، دون أن يؤثر ذلك في تقييد الطلب العمومي؟

إنّ المنافسة الحرّة، لا بدّ أن تقوم وتتجسد ضمن المبادئ العامّة الأساسية، كحرية ممارسة النشاط التجاري والصّناعي ومبدأ شفافية المعاملات وحرية الأسعار، وهي المبادئ التي تضمنها الأمر 03/03.

¹ Robert REZENTHEL, la gestion du domaine public portuaire dans une Economie de marché et le droit de la concurrence, 13^e colloque National de l'AFAC (l'association française des avocats conseils) sur Droit public de la concurrence et droit de la concurrence publique, Paris Jeudi 5/10/2006, P57.

² Marcel BOITEUX, les Ambiguïtés de la concurrence, Electricité de France et la libéralisation du marché de l'électricité, Article paru dans la Revue Futuribles n° 331, Juin 2007, P 7, 8.

وعلى خصوصية نظام الصفقات العمومية، فإنّ المرسوم الرئاسي 247/15، لم يخرج عن تحقيق وتطبيق هذه المبادئ، والتي صاغها نص المادة 5 من المرسوم المشار إليه، ومن ثم تكريسها عبر مختلف مواد المرسوم، بما يضمن تحقيق الظروف والإجراءات اللازمة لإنفاذها.

وعليه يمكن إرجاع التزام المصلحة المتعاقدة بعدم خلق ممارسة مقيدة للمنافسة إلى فهم الإطار العام والخاص لقانون المنافسة، والذي تمّ تجسيده في نص المرسوم الرئاسي 247/15، بما لا يؤدي إلى تعارض القاعدة القانونية، والتأكيد على التوجه الاقتصادي للدولة.

وبهذا يمكن النظر إلى قانون الصفقات العمومية على أنه قانون للمنافسة، وبالنظر إلى قانون المنافسة من ناحية حماية السوق، يظهر كقانون قمعي، فمنطلق الطلب العمومي ينطلق من القاعدة الكلاسيكية المرتبطة بفكرة حماية المصلحة العامة، التي تظهر من خلال الإستعمال الحسن للأموال العامة، ومراقبة الجماعات الإقليمية، والشفافية.

فانطلاقاً من القواعد العامة لقانون المنافسة، وعلى ضوء النظريات الاقتصادية المتعلقة بالمنافسة التامة، أو الخالصة، نجد أنّها تتحقق في الطلبات العمومية بتحقيق شروطها والتي يمكن حصرها في ستة مقومات هي: تكافؤ العروض، تكافؤ الطلبات، حرّية الدخول إلى الطلبات، حرّية الخروج منها، إمكانية تبادل والوصول إلى المعلومة، حرّية الأعوان المتدخلين.¹

وبالرّجوع إلى الإجراءات المكرّسة لحرّية المنافسة² ضمن المرسوم الرئاسي 247/15، يمكن الوقوف على تحقّق هذه الشروط عبر كامل مراحل إبرام الصفقة العمومية، إضافة إلى إحالة عدد من مواد المرسوم الرئاسي 247/15 إلى قانون المنافسة، إمّا ضمناً أو تصريحاً.

ويتحدد إلتزام المصلحة المتعاقدة (الشخص العام) بعدم خلق ممارسة مقيدة للمنافسة على وجهين:

أولاً: بالنظر للأمر 03/03:

تشير المادة 2 من الأمر 03/03، إلى أنّ الصفقات العمومية تدخل في مجال تطبيق الأمر (قانون المنافسة)، بدءاً بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

هذا بدوره يشير إلى أنّ الصفقة العمومية يمكن أن تشملها الممارسات المنافية والمقيدة للمنافسة، سواء كانت صادرة عن المصلحة المتعاقدة، أو بالأخصّ عن المتعامل الاقتصادي.

¹ Jean- François BIZET, le droit de la commande publique : est- ce un droit de la concurrence ?, 13^e colloque National de l'AFAC, op.cit, P105.

² في بيانها، الصفحة من 105 إلى 116 من هذه الأطروحة.

ورغم أنّ تطبيق أحكام قانون المنافسة على الصفقة العمومية مقيد بعدم إعاقة أداء مهام المرفق العام، أو ممارسة صلاحيات السلطنة العمومية على اعتبارات ممارسة المهام والصلاحيات، التي تندرج تحت مفهوم المصلحة العامة.

فإنّ إنفاذ قواعد قانون المنافسة، يرتبط هو الآخر بفكرة تحقيق المصلحة العامة، ويدور في دائرة حماية النظام العام الاقتصادي، وعليه نتساءل: هل أنّ فكرة المصلحة العامة ذات معيار تقييمي نسبي يمكن الموازنة فيه بين مصلحة، وأخرى؟

أليس أنّ ارتباط قانون المنافسة بالنشاط الاقتصادي، يكفي لاعتبار قواعده على أنّها تمثل مصلحة عليا؟.

إنّ كان لابدّ من تنازع المصالح، فأيّ مصلحة هي المعتبرة. الحفاظ على سلامة الهيكل الاقتصادي للدولة، أم تكريس معيار السلطنة العامة حتى وإن أضرب بمصالح أخرى.

حقيقة لا يمكن الإجابة عن هذه التساؤلات في حينها، ولكن ارتأينا التذليل عليها، نظرا لكونها في نص المادة 2 من الأمر 03/03.

ومن ثم واستنادا لنصّ المادة المشار إليه، فإنّ تطبيق أحكام الأمر 03/03 على الصفقات العمومية، يفضي إلى ضرورة إلزام المصلحة المتعاقدة، والشخص العام بصورة إجمالية بالالتزام بأحكام قانون المنافسة، وعدم مخالفتها، فيقع عليها إلزام بتحقيق نتيجة فيما يخصّ الأعمال الصادرة عنها، بحيث يجب أن لا تؤدي إلى تقييد المنافسة، أو عرقلتها، أو المساس بها في السوق أو جزء منه، كما يجب ألا تدفع إلى نشوء ممارسات منافية للمنافسة، كلّ هذا ضمن ما حدده الأمر 03/03 فيما يخصّ الأصل والاستثناء، وضمن حدود المرسوم الرئاسي 247/15.

كما يقع على المصلحة المتعاقدة إلزام ببذل عناية، فيما يخصّ تحري عدم وجود متعامل اقتصادي مترشح للصفقة العمومية، في حالة تنافي مع أحكام قانون المنافسة من قبيل أنّه يشكّل هيمنة على السوق، أو حائز لقوة اقتصادية تجعله يستحوذ على معظم الصفقات، ضمن الشروط الموضوعية التي يُستبين من خلالها حكم قانون المنافسة في هذه المسائل، ويظهر هذا الالتزام قبل المصلحة المتعاقدة ضمن نص المادة 6، الفقرة الأخيرة¹ من الأمر

¹ المادة 6 من الأمر 03-03: "تحظر الممارسات والأعمال المدبرة 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:

- 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،
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها،
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين، مما يجرهم من منافع المنافسة،
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية."، وقد تم نص هذه المادة بموجب القانون رقم 08-12، بإضافة مطة أخيرة بموجب المادة 5 من

03/03، حيث يُحظر السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب ممارسات مُقيدة للمنافسة، وقد ضُمَّنت هذه الفقرة في تعديل الأمر 03/03 بالقانون 12/08، وهو الأمر الذي يصبّ في تعزيز قواعد المنافسة، وتخليق شفافية مزدوجة، فيما يخصّ الطلب العمومي.

هذا ويدخل إلتزام المصلحة المتعاقدة بعدم خلق ممارسة مقيدة للمنافسة في مرجعية الأمر 03/03 بشكل عام إلى نص المادة 10 من ذات الأمر إذ تنص: "يعتبر عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها ويحظر كل عمل و/أو عقد مهما كانت طبيعته وموضوعه يسمح للمؤسسة بالاستئثار في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر."

والمؤسسة في مفهوم قانون المنافسة هي كلّ شخص طبيعي أو معنوي أياً كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات¹، أو الاستيراد².

ثانياً: بالنظر للمرسوم الرئاسي 247/15

إنّ توازنات السوق لا يمكن الوقوف عليها إلاّ من خلال دراسة تحليلية متخصصة، يتبين من خلالها الفاعلين في السوق، والحصص السوقية التي يحوزها كلّ متدخّل، وكذا الممارسات المنتهجة من قبل الأعوان الاقتصاديين، فيما يتعلّق بإساءة استخدام وضعية الهيمنة، والاتفاقات المخلة بالمنافسة كالاتفاق على تقاسم الأسواق أو إعتقاد نظام الحصص أو مراكز العملاء أو التواطؤ في تقديم العروض إلى غير ذلك من الصّور.

كلّ هذه المعطيات، لا يتصوّر أنّ تحيط بها المصلحة المتعاقدة، على اعتبار أنّها لا تدخل ضمن أولوياتها وليس بحوزتها الوسائل التي تمكّنها من كشفها والاطلاع عليها سواء القانونية أو الهيكلية، إلاّ في حدود معنية، ومن ثمّ يمكن أن تقع المصلحة المتعاقدة محلّ تضليل من قبل المتعاملين معها³، سيما وأنّ مجلس المنافسة لحدّ الآن لا زال يلعب دوراً محدوداً في تغطية السوق الوطنية، وكذا حسب نوعية وعدد القضايا المرفوعة إليه⁴.

القانون إذ تنص: "السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة"، بمعنى حظر السماح بمنح صفقة عمومية لأصحاب الممارسات والأعمال المدبرة المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة 6 من الأمر 03-03، لاسيما في كونها ترمي إلى المسائل التي تناولتها المادة 6 على سبيل المثال.

¹ المادة 3 من الأمر 03/03.

² المادة 3 من الأمر 03/03، المعدلة والمتّمة بالمادة 3 من القانون 08-12.

³ خليفة بن جاسم بن محمد آل ثاني، محاضرة بعنوان قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار يعزز المناخ الاستثماري، دورة تدريبية حول كيفية التوافق مع أحكام قانون المنافسة، غرفة الصنّاعة والتجارة بقطر، بتاريخ 2015/01/26، يمكن الاطلاع عليها عبر الموقع الإلكتروني لمركز قطر الدّولي للتوفيق والتحكيم. www.qicca.org نظر بتاريخ 2016/04/12.

⁴ تطبيقاً لنص المادة 49 من الأمر 03/03 تم إنشاء النشرة الرسمية للمنافسة، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 242/11، المؤرخ في 2011/07/10، يتضمن إنشاء النشرة الرسمية للمنافسة ويحدد مضمونها وكذا كميّات إعدادها، ج.ر رقم 39 الصادرة بتاريخ 2011/07/13، ويمكن الاطلاع عليها عبر الموقع الإلكتروني لمجلس المنافسة: www.consiel-concurrence.dz نظر بتاريخ 2016/04/12.

بهذا فإنّ تمكين المتعامل العمومي بكافة المعطيات الأولية عن حالة السوق، يمكن أن يؤدي إلى تحسين جودة الطلب العمومي، وهذا يدخل في جانب خلق إعلام قبل تعاقد، يؤسس لشفافية عكسية نحو الإدارة، في مقابل شفافية الإجراءات التي تدخل في قبيل الضمانات الممنوحة للمتعامل الاقتصادي.

ورغم صعوبة تقدير الوضع الاقتصادي داخل سوق معينة بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، إلا أنّ المرسوم الرئاسي 247/15 رتبّ إلزامات في حقها (المصلحة المتعاقدة)، إذ فيما يتعلّق بمهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تنصّ المادة 2/27، المطة الرابعة على:

”- تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أنّ بعض ممارسات المتعهد المعني تشكّل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأيّ طريقة كانت...”

ما يفهم منه أنّ اقتراح اللّجنة ليس ملزما للمصلحة المتعاقدة، إلاّ أنّه في المقابل يرتب مسؤولية هذه الأخيرة، في حال ثبوت الوقائع المنصوص عليها في نصّ المادة، على أنّ بحث طبيعة هذه المسؤولية يُصرّف إلى تنمة هذا البحث، وعموما فإنّ نصّ هذه المادة يستجيب لنصّ المادتين 6، و7 من الأمر 03/03.

كما تضيف المطة الخامسة من المادة 2/72 من المرسوم الرئاسي 247/15 مايلي:

”- 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...، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أنّ جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية...”

”- إذا أقرت (أي لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض) أنّ العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا مبالغ فيه بالنسبة لمرجع أسعار، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض...”

ومن ثمّ فإنّ للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض دور في تنبيه المصلحة المتعاقدة بوجود خطب في العروض المقدمة من المتعاملين الاقتصاديين، وكما هو الحال هنا فهو مرتبط بالعرض المالي المتقدّم به، والذي لا يتناسب انخفاضاً، أو ارتفاعاً، بالنسبة لمرجع الأسعار، والذي يتحدد بمرجعية السوق، أي حسب قواعد السوق، وضمن وضعها الطبيعي، أي في الحال الذي لا توجد فيه عرقلة لتحديد الأسعار حسب قواعد العرض والطلب.

وعليه تلتزم المصلحة المتعاقدة باقتراح اللجنة في الحال الذي يتبين لها فعلا سواء من تقرير اللجنة، أو بناء على تقصي المصلحة المتعاقدة المسألة، برفض العرض المالي المقدم

من طرف المتعامل الاقتصادي المختار مؤقتاً، سيما إذا كان في وضع مهيم، أو كان ذا مركز احتكاري في السوق المعنية أو جزء منها يهدف من خلاله إلى عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولانخفاضها، وكما هو محدد بنص المادة 7 من الأمر 03/03، أو إذا كان الهدف منه، أو يمكن أن تؤدي هذه الممارسة إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة منتوجاتها من الدخول للسوق، في حال تقديم عروض ذات سعر منخفض، كما نصت على ذلك المادة 12 من الأمر 03/03.

فهذا الالتزام، أي التزام المصلحة المتعاقدة بعدم خلق ممارسة مقيدة للمنافسة، ينجر عن عدم تقييد أو تفتن المصلحة المتعاقدة بوجود ممارسة مقيدة للمنافسة، بما يؤدي إلى استغلال المتعامل الاقتصادي للوضع المهيمن الذي هو فيه بوجه تعسفي خلال مدة عقد الصفقة، وقد يستفيد من حقوق حصرية، تكون ناتجة طبعاً عن عقد الصفقة والتصرفات الانفرادية للمصلحة المتعاقدة التي تسبق العقد، وبهذا يمكن أن يخلق الشخص العام ممارسة مقيدة للمنافسة في حال عدم تقصي وقائع، وملابسات العروض موازناً ظروف السوق، على ضوء أحكام قانون المنافسة.¹

كما يمكن أن يكون لاختيار المصلحة المتعاقدة لتقنية معينة لإبرام الصفقة، دور في خلق الممارسات المقيدة للمنافسة²، كذلك الشأن بالنسبة لمعايير اختيار العروض، كأن تتضمن البطاقة التقنية لدفتر الشروط مواصفات تقنية، لا تنطبق إلا على علامة معينة مقصودة بذاتها، ومن ثم تكون الصفقة موجهة ومحجوزة لمتعامل بذاته رغم عدد تحديده.

هذا وفي سبيل تحقيق وترسيخ المبادئ العامّة التي يجب أن تخضع لها الصفقة العمومية حال إبرامها، فإنّ المادة 1/40 من المرسوم الرئاسي 247/15³ تحظر على المصلحة المتعاقدة إجراء مفاوضات مع المتعهدين، حيث تلتزم بتخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض، وهذا الالتزام يأتي في سياق الحظر الذي نصت عليه المادة 6 من الأمر 03/03، إذ تنصّ الفقرة الأولى من المادة المشار إليها على: "حظر الممارسات والأعمال المدبّرة 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..."

¹ Sophie NICINSKI, droit public de la concurrence, LGDJ, Paris, 2004, P56.

² قضت المحكمة الإدارية بنيس (Nice) - فرنسا - استناداً لفكرة التعسف في الهيمنة على السوق، أن واقعة تنظيم الصفقة في حصة واحدة وأبول هذه الصفقة إلى مجموعة واحدة "un groupement" من شأنه أن يحول دون تحديد الأسعار بموجب سعر السوق الحرة بسبب التشجيع على تقديم سعر واحد.

TA Nice, 09/11/1998, marché de transport d'élèves dans les "alpes- maritimes" cité par : (S) NICINSKI, op, cit, P.60.

³ المادة 01/40 من المرسوم الرئاسي 247/15: "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..."، وتنص المادة 1/80 من ذات المرسوم على: "لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض، ويسمح بالتفاوض في الحالات المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم فقط."

من تمّ فإنّ العبرة من حظر المفاوضات في سياق نص المادة 6 من الأمر 03/03 ينصرف إلى حال أنّ التنسيق وتبادل المعلومات يهدف، أو احتمال أنّه يؤدي إلى الإضرار بالسوق على النحو الذي فصلته نص المادة، وهي في هذا الشأن تأتي على نحو أشمل فيما تقرر بنص المادة 1/40 من المرسوم الرئاسي 247/15، على أنّه يدخل في إلتزام المصلحة المتعاقدة بإعمال قواعد المنافسة وفق ما رتبته أحكام المرسوم الرئاسي 247/15، وبما لا يشكّل مساساً بالمصالح الاقتصادية لكل الفاعلين في حال تعطيل المنافسة الحرّة، والتّعدي على نصوص الأمر 03/03.¹

هذا وأنّ إلتزام المصلحة المتعاقدة، بتخصيص الصّفقة للمتعهد الذي قدّم أحسن عرض يدخل في إلتزامها بعدم كشف أيّ معلومة تتعلّق بمحتوى عرض مترشح من المترشحين²، سواء للمترشحين المتعهدين، أو استغلالها ذاتها للمعلومة بالتحايل على المتعهد الحائز مؤقتاً للصّفقة بإجراء مفاوضات، يمكن أن تفضي إلى تحقيق مكاسب غير مبررة ولا مشروعة بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، سواء كانت هذه المفاوضات صريحة أو ضمنية، في سياق ما يفهم من المادة 6 من الأمر 03/03.

على أنّ المصلحة المتعاقدة تبقى محمّلة في كل الأحوال بضرورة احترام السرّ المهني وعدم تسريب، أو المساعدة على تسريب المعلومات التي من شأنها الإخلال بقواعد المنافسة، والإضرار بها، ما يؤدي إلى عدم الإلتفاف بمزايا المنافسة، والتحايل على قواعد إبرام الصفقات العمومية، وتحريف الطلب العمومي.³

الفرع الثاني: إلتزام المصلحة المتعاقدة بمراقبة ومعاقبة الممارسات المقيدة للمنافسة

إنّ هذا الإلتزام لا يخرج عن إلتزام المصلحة المتعاقدة بعدم خلق ممارسة مقيدة للمنافسة، فإن كان إلتزام المصلحة المتعاقدة بعدم خلق ممارسة مقيدة ينصرف إلى ضمان تكريس المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15، فإنّه من باب أولى أن تمنع المصلحة المتعاقدة الممارسات المقيدة للمنافسة الناتجة عن فعل المتعاملين الاقتصاديين، بمناسبة تقديم عروضهم بخصوص صفقة عمومية، ومن ثمّ يستوجب على المصلحة المتعاقدة أن تراقب عدم تورط المتعهدين في ممارسة مقيدة للمنافسة، وأن تردع هذه الممارسات في حدود ما تمّ النصّ عليه من أحكام في المرسوم الرئاسي 247/15، كما

¹ في قرار مجلس الدولة الفرنسي بشأن المفاوضات المتعلقة بصفقات الإنشاءات، حكم بأنّ تستجيب هذه المفاوضات وأنّ تنقيد في كلّ الأحوال بنصّ المادة 7 من الأمر المتعلق بالمنافسة (قانون المنافسة والأسعار الفرنسي).

CE, 27/05/1998, arrêt syndicat national du béton armé, cité par : (S) NICIKSI, op, cit, P61.

² المادة 6/46 من المرسوم الرئاسي 247/15.

³ (G.) SIMOEN, code des marchés public, comment concilier secret professionnel et transparence ?, LAMY, droit des affaires, Mai 1999, P7.

سبق الإشارة إلى ذلك في الفرع السابق تحت بند إلزام الإدارة بعدم خلق ممارسة مقيدة للمنافسة.

ووفق ما تمّ بيانه من نص المادة 2/72، والمادة 1/40 من المرسوم الرئاسي 247/15، حيث يتجلى في نص المادتين إلزام المصلحة المتعاقدة بعدم خلق ممارسة مقيدة للمنافسة، كما أنه إلزام بمراقبة ومعاينة الممارسات المقيدة للمنافسة.

حيث سبق البيان أنّ للمصلحة المتعاقدة أن ترفض عرضا لمتعامل اقتصادي مختار مؤقتا بناء على اقتراح لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض، في حال الإرتفاع أو الإنخفاض المفرط للعرض، غير المبرر من الناحية الاقتصادية.

وعموما فإنّ إلزام المصلحة المتعاقدة هذا. ناتج إجمالا عن ما تقضي به المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15، حيث يناط بها أن تقف على نفس المسافة من مختلف المتنافسين، بحيث لا تستخدم سلطتها التقديرية، لا بتقرير الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعداها، ولا بالتمييز في اختيارها الفائز بالصفقة، وحيث أنه يمنع محاباة أيّ مترشح على حساب الآخر، فإنه يُحمل على المصلحة المتعاقدة واجب المساواة بين المترشحين¹ من خلال وضع معايير شفافية لعملية انتقاء المترشحين المتنافسين²، وتعزيز حقوقهم في مجال الحصول على المعلومات أو التوضيحات بشأن طلب العروض موضوع الصفقة.

بهذا المعنى فإنّ الطلب العمومي يقوم على فكرة دعم وحماية المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين المتقدمين بالعروض من خلال تكريس:

- حق المشاركة في المناقصات.
- شفافية طرح وإسناد المناقصات.
- المعاملة المتكافئة بين مقدمي العروض.
- وهو ما يطرح ثلاث إلتزامات على المصلحة المتعاقدة:
- حسن ضبط وتحديد الاحتياجات.
- خلق وتطوير آلية ناجعة وفعّالة عند الإعلان عن المناقصات.
- تفعيل المنافسة للحصول على العرض الأنسب.

وعليه فإنّه من واجب المصلحة المتعاقدة أن تتحقق أثناء قيامها بإجراء طرح وإسناد المناقصة أنّه قد تمّ احترام قواعد المنافسة، وأنّها مُمارسة بحق دورها في الرقابة على العروض، وفق ما يتيحها لها القانون (المرسوم الرئاسي 247/15)، وأنّها اتخذت بحق

¹ في ذات الشأن الصفحة 95 من هذه الأطروحة، وما يليها.
² المادة 1/40 من المرسوم الرئاسي 247/15، وكذا المادة 78 من ذات المرسوم التي توضح معايير اختيار المتعامل المتعاقد.

الإجراء الواجب اتخاذه، في حال كشفها عن ممارسات مقيدة للمنافسة، أو احتمال أنها واردة بالنظر لملايسات تقديم وتقييم العروض، وفي حال إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها من منظور المرسوم الرئاسي 247/15، تكون الإجراءات عرضة للبطلان، إذ يمكن أن يدخل تحييز المصلحة المتعاقدة في حدودها ما هو مقرّر بنصّ المادة 89 من المرسوم الرئاسي 247/15.¹

هذا وتنصّ المادة 73 من المرسوم الرئاسي 247/15 على: "عندما يتعلّق الأمر بالصالح العام، يمكن للمصلحة المتعاقدة أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية، إعلان إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية، ولا يمكن للمتعهدين أن يطلبوا أيّ تعويض في حال عدم اختيار عروضهم أو في حال إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية."

ما يفهم منه أنّ المصلحة المتعاقدة لم يحصل منها تقصير في تحري مصداقية العروض، على أننا نتساءل هل أنّ الإخلال بقواعد المنافسة سواء من قبل المصلحة المتعاقدة، أو المتعاملين الاقتصاديين العارضين يدخل في صيغة المادّة وفق مصطلح الصالح العام؟

هذا وقد تواتر قضاء محاكم إدارية فرنسية بإلزام المصلحة المتعاقدة، بالحرص على مراقبة احترام عروض المتنافسين على الطلبات العمومية لقانون المنافسة، استناداً لإمكان المصلحة المتعاقدة من ذلك، وتحملها قانوناً لهذا الالتزام، بموجب إجراء المنافسة (La mise en concurrence) المترتب على عائق المشتري العمومي.²

فتدخّل القضاء الإداري في مراقبة النشاط الإداري ليس من زاوية العمل الإداري، وإنما من منظور قانون المنافسة، يعبر عنه شمولية قانون المنافسة في إطار ما يعرف بالقانون العام للمنافسة، ما يملي على الإدارة (المصلحة المتعاقدة) اتخاذ الحيطة عند اختيار المتعاقد معها، وتقدير المخاطر المحتملة حال إبرام الصفقة، على السير العادي للسوق، مع عدم وجود عناصر الإخلال بالمنافسة بين المتنافسين أنفسهم، ما يؤدي بالمتعاقد إلى الاستحواذ على سوق الطلب العمومي، أو إعاقة المنافسة.³

¹ المادة 1/89 من المرسوم الرئاسي 247/15: "دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، كلّ من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إمّا 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 سبباً كافياً لاتخاذ أي تدبير ردعي، لاسيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية..."

² (S) NICINSKI, op, cite, P64.

³ Patrice REIS, concurrence entravée et concurrence excessive : liberté d'accès au marché et le développement durable, Habilitation a diriger des Recherche en droit privé, Faculté de droit de sciences politique économiques et gestion de Nice- Sophie Antipolis soutenance le 7/02/2008 a 15h, P17, et suit.

فيقع على القاضي الإداري إلغاء العروض التي لا تستجيب لأحكام قانون المنافسة، كما له مراقبة التصرفات القانونية الصادرة عن الشخص العام، والتي من شأنها الإضرار بالمنافسة في الصّفقة العمومية.¹

المطلب الثاني: تأثير قرار منح الصّفقة العمومية على المنافسة

إن كان عقد الصّفقة العمومية، بالنّظر إلى بنائه العقدي لا يخرج عن شكل العقود في القانون الخاص، فإنّ الجوانب التنظيمية المحيطة به، وارتباطه بالبعد السلطوي للدولة، واعتباره الأداة التي يُسيّر بها المرفق العام، واعتماده على آليات عمل المنافسة يجعل منه عقدا جامعا لفنيات وتقنيات متعددة لعقود متعددة.

وحيث أنّ عقد الصّفقة العمومية يبرم في الأصل بين شخص عام، وآخر خاص، على حين أنّه يمكن أن يتمّ بين شخصين عموميين، فإنّه في أيّ حال من الحالتين وفي أغلب حالات الإبرام يُراعى الالتزام بتحقيق المنافسة.

إنّ مصطلح المنافسة في قانون الصفقات العمومية متداول شائع، يمكن الوقوف عليه تصريحاً أو تعريفاً بمناسبة الاطلاع على هذا القانون، ما يحيل إلى تداخل في النشاطين الاقتصادي والإداري وهذا الارتباط الذي يمكن تفسيره بأنّ عمل المرفق العام في التسيير والإدارة، ينجم عنه إبرام صفقات عمومية التي وضمن أي شكل أو ظرف لا يمكن اعتبارها إلاّ أنّها تصرف له جوانب اقتصادية، على اعتبار أنّ عقد الصّفقة العمومية يؤدي إلى خلق دورة اقتصادية تثيرها حاجات المرفق العام، المعلن عنها من قبل المصلحة المتعاقدة بطريق الدّعوة إلى تقديم العروض، ما يحفز المتعاملين الاقتصاديين على السّبق، واتخاذ مركز تنافس يتلاءم ومعطيات الصّفقة، وبهذا يمكن النّظر إلى الصّفقة العمومية على أنّها ذاتها سوق، على اعتبار ما يكون مرتبطاً بها.

يحيلنا البناء الفكري إلى معالجة هذا المطلب عبر ثلاث فروع: الفرع الأول ونعرض فيه إلى تحديد السوق المرجعية، أمّا الثاني فنشير فيه إلى إلزام المتعاملين الاقتصاديين بقواعد المنافسة، فيما نعرض في الفرع الثالث إلى دراسة قرار منح الصّفقة العمومية للمتعاقل المتعاقد.

الفرع الأول: تحديد السوق المرجعية (السوق المعني بالمنافسة)

تنصّ المادة 6 من الأمر 03/03 على حظر الممارسات المقيدة لحرية المنافسة في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، دون أن يتبين القصد من دلالة الجزء الجوهري للسوق²،

¹ David KATZ, Juge administratif et droit et la concurrence, presse universitaire d'Aix Marseille, faculté de droit et de science politique, 2004, P79.

² أبو بكر عياد كرافة، الاتفاقيات المحظورة في قانون المنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013، ص45.

على أنّها يمكن أن تحمل إلى الهياكل الأساسية التي تشكل السوق، والتي في غيابها ينعدم توصيف السوق، سواء ارتبطت هذه الهياكل بأسس مادية، أو بأسس معنوية، هذا وقد ورد تعريف السوق في الفقرة (ب) من المادة 3 من الأمر 03/03، وعبر عنها باعتبارها السوق المعنية بالممارسات المقيدة للمنافسة، ويمكن أن يقابل بمسمى السوق المرجعية على اعتبار أنّها السوق التي يُرجع لها لتقدير الضرر الذي يمسّ حرية المنافسة.¹

فتحديد السوق المرجعية، أو المعنية بالممارسات المقيدة للمنافسة يعدّ الوسيلة التي تتيح تطبيق نصوص قانون المنافسة، عبر تقدير حصة وسلطة المؤسسة على هذه السوق، ومدى قدرتها على التّحكم في الأسعار، وكذا دراسة وتوقع الآثار الناجمة عن الممارسات المقيدة التي تقوم بها المؤسسة في هذا السوق.²

هذا وأنّ دراسة السوق تمكّن من معرفة مدى إمكانية مراقبة السلوك الصادر من المؤسسة وإدانتها ومعاقبتها إذا كان مخلا بالمنافسة، بحيث يُعرّف التحليل الاقتصادي السوق بأنّها المكان الذي يلتقي فيه العرض والطلب على مواد وخدمات يعتبرها المشترون أو المستعملون بديلة فيما بينها وغير بديلة مع غيرها من المواد والخدمات الأخرى المتاحة للعرض.³

على هذا الأساس فإنّ دراسة السوق يتيح دعم قدرات القطاع العام، قياسا على ذلك في مجال الصفقات العمومية، حيث أنّ بعض المؤسسات قد تتعامل في السوق المحلية بكميات صغيرة مقارنة بالكميات التي تعدّها للتصدير، وفي هذا الحال فإنّ استخدام حجم المبيعات

¹ اصدر القضاء الأمريكي عدة أحكام يمكن من خلالها تحديد نظريته يرجع إليها التفسير المقصود من الجزء الجوهرى للسوق، على قياس ارتباطه بمضمون احتمال التقيّد الجوهرى للمنافسة، واهم هذه النظريات تتمثل:

1- في نظرية الإغلاق والتي يقصد بها الحالة أو الممارسة التي تؤدي إلى إغلاق أو حجب حصة من العمل التجاري من مضمار المنافسة (closure Fore)، وتشمل جميع حالات الاتفاقيات والاندماجات الرأسية التي تكون بين بائع ومشتري أو بين الصانع وتاجر الجملة، أو بين تاجر الجملة وتاجر التجزئة، على اعتبار أنّ هذه الممارسات تخرج الحصة السوقية لأطراف هذه الممارسة من مجال المنافسة مما ينتج عنه باقي المتنافسين من الفرصة العادلة للمنافسة للفوز بهذه الحصة.

2- النظرية الثانية: تتمثل في تكوين عوائق لدخول منافس إلى السوق وإعاقة المنافسة المحتملة ويشترط لإعمال هذه النظرية شرطان:

- ألا تكون تم منافسة يمكن لها خفض الأسعار بحيث أنها تقترب إلى العام.
- أن يمكن دخول مؤسسات لسوق ما بحيث يؤدي دخولهم إلى تعزيز المنافسة.
3- النظرية الثالثة: وتختص بحالات زيادة التركيز الاقتصادي أو تكوين احتكار في السوق، حيث أنّ قلة المتنافسين في السوق، يعني بالضرورة شدة التركيز فيه، كما يعني إمكان إتاحة المجال الأكبر للاحتكار الذي يؤدي إلى تعطيل العمل باليات السوق.

عن / عبد العزيز بن سعد الدغيثر، أسس النظر في التركيز في ضوء أحكام المنافسة، الألوكة، الكويت، 2014، ص74، 78.

² نبية شفار، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة ماجستير، في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013، ص58.

³ Marie- Anne FRISON- ROEHE, Marie- Stéphane PAYET, droit de la concurrence, éd, Dalloz, précis, Paris, 2006, P42.

المحلية دون حجم المبيعات الكلية يمكن من قياس تركّز المؤسسة، ما يساعد على تقدير الوضع الطبيعي التقديري القانوني المناسب لوضع المؤسسة.

وعلى اعتبار أنّ سوق الصفقات العمومية ممتد بتنوع حاجات المصلحة المتعاقدة، فإنّ تلبية أغلب هذه الحاجيات، وإن كان قائماً على مبدأ أولوية المنتج الوطني، إلا أنّ الصناعات الوطنية قد لا تسمح في أغلب الحالات بتلبية هذه الحاجيات ما يجعل تلبيتها مرتبطاً بمنتجات أجنبي، ما يجعل الواردات ضرباً من ضروب تفعيل المنافسة في السوق المحلية، على أنّ ربط مسألة الواردات بواقع الإحتكارات الدولية وخاصة في الصناعات المتجددة كالاتصالات والأدوية وأجهزة الحاسب الآلي، والإنشاءات الهندسية والمعمارية الكبرى، قد يعود إلى نشوء تحالفات مع شركات محلية مماثلة، سواء كانت هذه المؤسسات ناقلة للخدمات أو وسيطاً أو وكيلاً أو موزعاً، ما يؤدي إلى خلق وضعية احتكارية تساهم فيها مؤسسات أجنبية، تكون شريك غير مباشر عبر المؤسسات المحلية للسيطرة على الصفقات العمومية ضمن مجالات نشاطها.¹

كما أنّه في الحالات التي تتحوّل فيها الإحتكارات الحكومية إلى إحتكارات قطاع خاص، بعد تحويل ملكيتها يسهم في سيطرة المؤسسات على مجال النشاط المتعلق بموضوع الإحتكار، ما يؤدي إلى تبعية القطاع العام في احتياجاته إلى خدمات وخبرة المؤسسات الخاصة المحوّل إليها الملكية، سيما في الظروف التي تعمل فيها هذه المؤسسات على تعزيز قدرتها التنافسية، وبناء قاعدة لنشاطها على أسس نقل التكنولوجيا وتطوير الأداء.²

بهذا فإنّ تحديد حجم السوق المعني بالمنافسة يفيد في تحديد الأطر التي يجب الاستناد عليها لتحليل نشاط المؤسسات وقيمة المنافسة المفترضة، والمتاحة، وتعيين كافة أوجه الاعتداء على المنافسة التي ترتبط بسوق معين بالنظر لطبيعته، حجمه، أطرافه، ووسائله.

فالسوق باعتباره المنطقة النظرية التي يلتقي فيها العرض والطلب لمنتجات وخدمات، هو المكان المجرد الذي تمارس فيه المنافسة. فيرتبط السوق بمفهوم المنافسة، من تمّ فإنّ تطبيق قواعد قانون المنافسة يكون في حالة خضوع السوق لضغط تنافسي³، والمؤسسة كما هي معرّفة في الفقرة (أ) من المادة 3 من الأمر 03/03، تعتبر المحرك لفاعلية السوق التنافسي، على اعتبار أنّها كلّ شخص طبيعي أو معنوي يمارس بصفة دائمة لنشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، حيث أنّ تعديل نص هذه المادة (المادة 3 من الأمر 03/03) بموجب القانون رقم 12/08، تمّ بإضافة نشاطات الاستيراد، على اعتبار أنّ السوق الوطنية مفتوحة بشكل كبير للمؤسسات التي تمارس هذا النشاط على اعتبار أنّ السوق الوطنية، تعتمد وبشكل كبير في تلبية حاجياتها على هذا النوع من النشاط.

¹ مصطفى بابكر، مرجع سابق، ص 11، 12.

² مصطفى بابكر، مرجع سابق، ص 12.

³ Marie- Anne FARISON- ROCHE, Marie- Stéphane PAYET, op, cit, P42.

من تمّ فإن التّعريف على مجموع النّشاطات الاقتصادية التي تطبق عليها قواعد المنافسة¹، وتخضع لنظام قانوني، يعتبر النشاط اقتصادياً، إذا كان من الممكن أن ينتج عنه سلوك يعاقب عليه القانون، وعلى اعتبار أنّ المؤسسة كما هي محددة بنص الفقرة - أ - من المادة 3 من الأمر 03/03 موضوع لقانون المنافسة كونها الشّخص الذي يحرك السوق من خلال النّشاطات التجارية التي تقوم بها والمبادلات الاقتصادية، فإنّ هذه الأخيرة قد تتخذ في سبيل ممارسة نشاطها وتحقيق أهدافها ممارسات تنافى والقواعد المسطرة في قانون المنافسة، الأمر الذي يؤدي إلى نشوء سوق غير تنافسي، لا يمكن عبره الوقوف على منافع المنافسة.²

على هذا الأساس فإنّ خروج السوق عن قواعد المنافسة يؤدي لا محالة إلى استبعاد مؤسسات من النّشاط ضمن هذا السوق، بسيطرة مؤسسات أخرى عليه، انطلاقاً من حصولها على مزايا غير مبررة بقواعد المنافسة السليمة، ما يؤدي إلى قصر فعالية السوق على عدد محدد من المؤسسات التي تعمل على التّحكم في أدوات السوق، وتسيير هذا الأخير خارج قاعدة العرض والطلب التي تضمن توازن السوق، ما يؤدي إلى محدودية الخيارات المتاحة داخله، ما يقابل هذه المحدودية الحاجة إلى تلبية الحاجات الضرورية التي يصبح تلبيتها خاضعاً لسلطة المؤسسات المهيمنة على منافذ السوق، كيفما كانت وسائل الوصول إلى هذه الهيمنة التي قد تنطلق بعقد اتفاقيات أو تحالفات، وتنتهي باستحواذ مؤسسة واحدة على جميع آليات السوق، مع وجود مؤسسات تغطية للتحايل على عمل قواعد المؤسسة. من هذه النقطة يمكن رهن تلبية الحاجات المتعلقة بمرافق عامة المباشرة بموجب صفقات عمومية بمؤسسات تخضع لقواعد منافسة شكلية، فتساهم بذلك الصّفقة العمومية في تعزيز ممارسة منافسة للمنافسة التي تصبح في حال استمرارها الزمني، وارتباطها الحتمي بتلبية حاجات المرافق العمومية، متعامل مفروض ومهين في مجال الصّفقات العمومية، وتصبح عقود الصّفقة العمومية عقود تخصيص لمتعامل وحيد يظهر بأشكال متعددة يكرسه واقع السوق .

من تمّ فالنّظر إلى سوق الصّفقات العمومية على أنّه سوق ممتد قائم على اعتبارات مجال تطبيق الصّفقات العمومية، فوفقاً لنص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15، فإنّ عقود الصّفقات العمومية تشمل مجالات الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات، وهذه المجالات هي كلّها، جميع الأنشطة الاقتصادية القائمة والممكن وجودها، على اعتبار أنّ لفظ كلّ منها ينصرف إلى جميع أجزائه، فمجال الأشغال مثلاً يشمل جميع ما يمكن تصوره لتحقيقه، ومن تمّ فهو مجال يضم طائفة لا متناهية متصلة من النّشاطات الاقتصادية، والفرعية، والثانوية، والمساعدة التي تتيح إقامة أشغال معينة التي ترتبط هي الأخرى تحجيماً واتساعاً بطبيعة الأشغال وظروفها، ووقتها، ومكانها، وأهميتها.

¹ تضمّنت الصفحة من 32 إلى 39 من هذه الأطروحة تفصيل النّشاطات و الأشخاص الخاضعة لأحكام الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة.

² ROCHE, Marie Septembre PAYET, op, cit, P42. -Anne FRION -Marie

عموماً إنّ السوق المرجعية المعتبرة ضمن هذه الحالة هي سوق الصفقات العمومية، على أنّ هذه السوق لا يمكن تحديدها بدقة شديدة، على اعتبار أنّ الصفقة العمومية لها امتدادات متعددة وتتداخل بتلبية مستلزماتها بطائفة من النشاطات وفق دائرة النشاط الواحد أو الأنشطة المتفرقة في حدود ما هو محدد في نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15، وفي حدود ما يمكن أن يكون من مستلزمات كل مجال من مجالات الصفقة العمومية.

إذاً أيّ ممارسة مقبولة للمنافسة أو منافية للقواعد الأصولية لها في مجال الصفقات العمومية، يمكن أن تؤدي إلى تحديد الأسعار، وتقادي منافسة المؤسسات الأخرى وتضييق مجال الاختيار في العروض، هذا ويكون للسوق ضمن هذا المفهوم بعدين الأول سلمي وآخر جغرافي.

1- المعيار السلمي للسوق: ويقوم هذا المعيار على تحديد السّلع والخدمات المتشابهة بدرجة كافية في سوق الأدوية مثلاً، حيث أنّه وبتحديد نص المادة 3 (ب) من الأمر 03/03، ينظر إلى السلع والخدمات، وفق الاعتبارات التي تبدو للمستهلك، على أنّ هذه السلع مماثلة أو تعويضية ويستخدم في تحديد هذه القابلية عدّة عناصر.¹

على أنّ هذا المعيار يتأسس على منهجين:

أ- منهج الطلب البديل: الذي يقوم على البحث في مدى مرونة الطلب على السلع المتشابهة أو السلع التي تقوم بدور مماثل من وجهة نظر المستهلك، بحيث يمكن إحلال السلعة بعضها ببعض على فرض أنّها تؤدي نفس الغرض من وجهة نظره.

ب- العرض البديل: الذي يقوم بدوره على افتراض أنّه في حال ارتفاع أسعار سلعة معينة، فإنّ من شأن ذلك تشجيع مؤسسات أخرى للدخول إلى سوق السلعة أو الخدمة لتوفير تلك السلعة أو الخدمة، أو سلعة مشابهة لها من أجل تغطية الطلب.²

¹ تتحدد هذه العناصر سيما في الخصائص التقنية للمنتج، بحيث يمكن أن تُشكّل سوقاً واحدة المنتجات التي تتشابه خصائصها التقنية، لذلك يعتبر سوق الأنابيب المعدنية سوقاً متميزاً عن سوق الأنابيب المطاطية، كما أنّ شروط استخدام المنتج قد تجعل منتجات معينة تؤدي نفس الدور من الناحية التقنية لكنّها لا تدخل في نفس السوق لاختلاف شروط الاستخدام من ذلك سوق المدفأة الكهربائية الذي يختلف عن سوق مدفأة الغاز، هذا وإنّ تصرّف المستهلك نحو السلع والخدمات ذاتها يؤدي إلى اختلافها، غير أنّ هذه السلع والخدمات متماثلة من الناحية التقنية، إلاّ أنّها تعتبر مختلفة من الناحية الاقتصادية، من ذلك سوق الزبدة الموجهة للمستهلك النهائي، يختلف عن سوق الزبدة الموجهة لمحترفي صناعة الحلويات وعلى العكس من ذلك، قد تكون المنتجات المختلفة من الناحية التقنية معوضة عن بعضها البعض في نظر المستهلك، وبالتالي يجب اعتبارها سوقاً واحدة، ومن ذلك التنقل بالطائرة أو القطار بالنسبة لخط سير معين.

كما أنّ الإثبات الاقتصادي لخاصية التعويض في السلعة أو الخدمة، يجد أساسه أيضاً في مجال معاينة مرونة الطلب، بمعنى قدرة المستهلك على التحول، من منتج إلى منتج آخر عند حصول تغيير في السعر، فإذا كانت المرونة كبيرة، فتعتبر المنتجات تعويضية بالنسبة لبعضها البعض، ومن ثمّ فهي تشكل سوقاً واحدة، أبو بكر عياد، كرافة، مرجع سابق، ص48،47.

² Jean Bernard BLAISE, droit des affaires, éd, 2000, op, cit, P441.

وهذه الأسس هي ذاتها التي يمكن الاستناد عليها في تحديد تنافسية السوق السّلي في مجال عقود الصفقات العمومية، فقياسا على نظرة المستهلك لمجال السلع والخدمات المماثلة أو التعويضية.

ويمكن قياس حاجات المصلحة المتعاقدة على أنّها ذات المستهلك في سبيل تحقيق احتياجاتها.¹

2- المعيار الجغرافي للسوق: إنّ تحديد السوق الجغرافي يسمح بتقدير درجة المنافسة في منطقة إقليمية معيّنة، وقد عرف مجلس المنافسة الفرنسي السوق الجغرافية بأنّها الإقليم الذي تعرض فيه المؤسسات منتجاتها، أو خدماتها، والذي يخضع لشروط المنافسة، بحيث تكون ظروفه متجانسة، ولا تشمل هذه السوق المناطق المجاورة والتي تختلف فيها ظروف المنافسة بشكل محسوس.²

على أنّ الحدود الجغرافية لسوق السلع والخدمات تمتدّ إلى كامل التراب الوطني أو على جزء محدد منه، حيث أنّ الامتداد الجغرافي للمساحة محدد بالحدود التي تعرض فيها المؤسسات السلع والخدمات المعنية، بممارسات مقيدة للمنافسة، ضمن السوق الوطنية فيمكن أن يكون الامتداد الجغرافي جزء صغير جدا من المساحة الإجمالية للسوق، من ذلك ما تعلق بفرنسا بقرار إعتبار محلات ومتاجر الأكل الجاهز على طول الطريق الوطني رقم 7 سواقا بحد ذاتها.³

هذا ويتمثل الموقع الجغرافي للسوق أحد المعايير الهامة لاعتبار السوق مناسبة للممارسات المنافسة للمنافسة من عدمه، من ذلك إمكانية المؤسسة في تقليص الإنتاج مثلا أو فرض الأسعار في نطاق جغرافي معين، لا يكشف عن رغبة سريعة من طرف المستهلك في دلالاته الواسعة في تفسير اختياره نحو العرض المقدم من المؤسسات الواقعة في هذا الحيز المكاني، ولا عن قدرة المؤسسات الأخرى الواقعة خارج هذا الإطار من السوق على الاستجابة لرغبات وحاجات المستهلك بسبب ممارسات المؤسسة الأولى.⁴

¹ يقع هذا القياس بتحديد نص المادة 3 الفقرة الأولى من القانون 03/09، المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر رقم 15 الصادرة بتاريخ 2009/03/08، حيث عرّفت المستهلك بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجياته أو تلبية حاجة لشخص آخر أو حيوان مُتكفل به."

² Cons.Conc.fr, déc, n°04- MC- 02 du 09/12/2011, disponible sur le site : www.consiel-concurrence.fr date de visite : 12/03/2016.

³ Cons.Conc.fr, déc, n°88- D-01, du 19/01/1998, disponible sur le site : www.consiel-concurrence.fr date de visite : 12/03/2016.

⁴ محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة، مرجع سابق، ص163.

الفرع الثاني: التزام المتعامل الاقتصادي بقواعد المنافسة

في حالات معينة تنشأ عوائق تحول دون دخول منافسين إلى السوق، من ذلك حالة وجود مانع قانوني كون السلعة محمية ببراءة اختراع أو حقوق ملكية فكرية، أو كون الدخول إلى السوق لا يحصل إلا بترخيص حكومي، أو لكون الامتياز منح لجهة أو لجهات دون الإذن لغيرهم من منافسيهم، مما يمكن المؤسسة من زيادة أسعارها باستمرار دون جذب منافسين جدد، أو حتى توسيع المنافسين الحاليين.

كما يمكن أن يكون ذلك ضمن الحالات التي يكون فيها وجود المواد الأولية متمسما بالندرة، ما يجعل المؤسسات المنافسة الجديدة تتحمل تكاليف إضافية تفوق التكاليف التي يصرفها منافسوه الموجودون في السوق، ما يؤدي إلى انخفاض مرونة العرض والطلب، بحيث لا يكون للمنتج بدائل ملائمة في السوق، ما يمكن مؤسسة ما من فرض احتكار في السوق، هذا الاحتكار الذي يتصاحب غالبا بحالة هيمنة على السوق والذي تتداخل في نشوئه عوامل أخرى مساعدة، قد تشكل في معظمها ممارسات منافية للمنافسة.¹

وعلى اعتبار أن القانون العام للمنافسة كمفهوم جديد في فروع القانون العام، يُهدف من خلاله إلى إلزام الجهات الحكومية، باحترام حق مؤسسات القطاع الخاص في المنافسة من أجل الاستفادة من أنشطة وأملاك وصفقات الجهات الحكومية، إذ يغطي مجالات عديدة من بينها، ضمان المساواة في الانتفاع بالملك العمومي، وكذا المساواة عند طرح عقود تأجير وإنشاء المشروعات على الملك العمومي، زيادة على المساواة التي يقتضيها عقود الصفقات العمومية، من حيث ضبط شروط المشاركة فيها وإسنادها.

هذه الحقوق التي تتمتع بها المؤسسات في إطار أحكام القانون الخاص، والمؤسسة وفقا لأحكام القانون العام ضمن الحدود التي يسمح فيها بمنح وممارسة هذه الحقوق، تقابل بامتيازات السلطنة العامة التي تحوزها الجهات الحكومية، ومصالحها المتعاقدة في حدود ما يضمنه ويجيزه القانون، على أنه وبالنظر إلى نظريات القانون الإداري فيما يتعلق بمعايير الاختصاص القضائي، نجد في مضمون الفقه الإداري الفرنسي فيما يعرف بمدرسة السلطنة العامة (مدرسة بوردو) يعتبرون أن الجانب السلبي لفكرة (امتياز السلطنة العامة) الذي تتمتع به الدولة وباقي أشخاص القانون العام، هو تفسير لمعنى أن تكون الدولة مقيدة بالنسبة للأعمال التي يتمتع بشأنها الشخص الطبيعي العادي بالحرية المطلقة للتصرف (حرية أن يوظف من يشاء، ويشترى ممن يشاء، ويبيع لمن يختاره، وأن يؤجر أملاكه بكل حرية دون أي إجراءات).²

¹ عبد العزيز بن سعيد الدغيث، مرجع سابق، ص 09.

² Jean François TRIBILLON, gestion des services publics en France, les différentes modalités juridiques, 2005, Article disponible sur le site web : www.basecikgoi.info, date de visite 12/03/2016. Jean DESO, grands services publics et entreprises nationales, éditions

إذاً إذا كانت القاعدة في القانون الخاص أنّ للمؤسسات حرّية اختيار المتعاقدين، فإنّه ضمن آليات القانون العام، ليس لها كل الحرّية، فنجد أنّ عقود الصفقات العمومية منظمة بموجب نصوص قانونية متفرقة، وكذا خاضعة في كل ذلك لأحكام قانون الصفقات العمومية.

حيث تلتزم المصالح المتعاقدة بإبرام عقودها في حدود ما هو مقرر في أحكام المرسوم الرئاسي 247/15، بما يضمن تلبية احتياجاتها ضمن أفضل العروض المتاحة، حيث تقوم المصالح المتعاقدة بالإعلان عن نيتها في التعاقد ضمن مجال معين من المجالات التي يتمّ فيها إبرام الصفقات العمومية وفق الإجراءات المقررة، وتحت مطلب تكريس المبادئ العامّة التي تقوم عليها الصفقات العمومية، مع مراعاة في كلّ الأحوال تحقيق منافسة فعلية بين المؤسسات (المتعاملين الاقتصاديين).¹

وعلى اعتبار أنّ الصفقات العمومية تمثل مشاريع استثمارية مربحة بالنسبة للمؤسسات، وفرصة لتطوير رقم أعمالها وزيادة كفاءتها التنافسية، فإنّ المتعاملين الاقتصاديين يسعون بكلّ الطّرق لنيل الصفقات العمومية، من ذلك أن تكون هذه الطّرق مخالفة لمتطلبات قانون الصفقات العمومية، وأحكام قانون المنافسة، وبشكل عام مخالفة لأخلاقيات الممارسة التجاريّة السليمة، بحيث يمكن أن تقع اتفاقيات بين المؤسسات تؤدي إلى رفع الأسعار أو خفضها بشكل جماعي أو جزئي، كما يمكن أن يكون تمّ مجال لاستغلال حالات معينة من الهيمنة على السوق، هذا وزيادة على الممارسات التي يمكن أن تكون المصالح المتعاقدة شريكا فيها عبر وسائط الرشوة أو المحاباة.

انطلاقاً من حرّية الأفراد في التعاقد، وحق الإدارة في اختيار المتعاقد معها وفق الاعتبارات التي يقرّها القانون يكون تمّ إلزامات متقابلة بين أطراف عقد الصفقة العمومية، خارجة عن الالتزامات المتعلقة بموضوع العقد، على أنّها تعتبر من مستلزماته، إذ يُمكن ربط هذا الالتزام بما تنصّ عليه المادة 107 من القانون المدني، حيث تقضي الفقرة الأولى من نص المادة على أنّه: **"يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية."**²

وانصراف حسن النية في تنفيذ عقد الصفقة العمومية يشمل الفترة السابقة عن العقد واللاحقة له، وفي خضم الدلالات المتعددة لمبدأ حسن النية واستعمالاته المختلفة في فرعي القانون الخاص والعام، فإنّه يمكن الإشارة إليه بأنّه اتجاه الإرادة إلى عدم الإضرار بالغير

Montchrestien, Paris, France, 2002, P142-147 ; (M).HAVNION, précis de droit administratif et de droit public, Dalloz, Paris, France, 2002, P223,225.

¹ تضمنت الصفحة 82، وما يليها من هذه الأطروحة ما يتعلق بإجراءات إبرام الصفقات العمومية، وكذا المبادئ التي تقوم عليها الصفقات.

² ديب محمّد، الالتزام بعدم المنافسة في علاقات العمل، مرجع سابق، ص 17.

بصفة عامّة والمتعاقد بصفة خاصة مع اتخاذ ما يلزم من الحيطة والحذر، وعدم الإهمال في سبيل تحقيق ذلك.¹

على هذا الأساس يفترض في المصلحة المتعاقدة والمؤسسات (المتعاملين الاقتصاديين)، أنهم على اطلاع بواجبات كلّ طرف بمناسبة إبرام عقد الصّفقة العمومية، ومن تم دخول كلّ طرف في الالتزامات الملقاة عليه كلّ فيما يخصه سواء تعلّق الأمر بتطبيق قانون الصفقات العمومية، أو تعلّق بتطبيق نصوص قانون المنافسة، وضمن الحالات التي يكون فيها الطرفان كليهما معنيين بتطبيق كلا القانونيين.²

هذا ومن باب احترام ومراعاة وتطبيق المبادئ المتعلقة بالصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15، يكون من واجب المصلحة المتعاقدة ترشيد المتعاملين الاقتصاديين بنصوص قانون المنافسة، وتوعيتهم بعدم مشروعية الممارسات الواردة حظرها بموجب الأمر 03/03، قصد إرساء المبادئ العامّة للمنافسة في السوق، عبر الحرص على نزاهة وزرع ثقافة شفافية الممارسة التجارية بين المتعاملين الاقتصاديين بما يتيح تحفيز المنافسة في عقود الصفقات العمومية في حدودها الأخلاقية، والقانونية السليمة التي تضمن نجاعة الطلب العمومي، كما تسهم بشكل آخر بتلبية حاجيات المصالح المتعاقدة وفق شروطها المثلى والمعقولة.

هذا ورغم واجب الالتزام الذاتي من المتعاملين الاقتصاديين بالتقيّد بنصوص قانون المنافسة، ومحاولة تشديد هذا الالتزام عبر قانون الصفقات العمومية، الذي يتيح للمصلحة المتعاقدة سحب الصّفقة العمومية³ من المتعامل الاقتصادي، إلا أنّ ارتكاب ممارسات من طرف المؤسسات التي من شأنها تقييد أو عرقلة المنافسة أمر شائع في مجال الصفقات العمومية، ويشهد تقنيات متجددة للتحايل على قواعد المنافسة، نوليها مجالاً من البحث فيما يعرض من هذه الدراسة.

هذا ويكون لمجلس المنافسة متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، حيث تتراوح القرارات التي يصدرها مجلس المنافسة في هذا الصدد، بين عدم قبول الإخطار بموجب قرار معلّل، إذا ما كانت الوقائع المرفوعة إليه تتضمن ممارسات أو

¹ عزيز سليمان شيرزاد، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، منشورات دار دجلة، المملكة الأردنية، 2008، ص137.

² تشير الفقرة الأخيرة من المادة 6 من الأمر 03/03 إلى حظر السماح بمنح صفقة عمومية لأصحاب ممارسات مقيدة للمنافسة، والمؤسسة وفقاً لنص قانون المنافسة هي كل شخص طبيعي أو معنوي، أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة النشاطات التي تدخل في مجال تطبيقي للأمر 03/03، وحيث أنّ المتعاملين الاقتصاديين بهذا الوصف، في مجال ص.ع، وضمن أي وصف يدخل في مجال تطبيق الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، فهم خاضعون للأحكام المتعلقة بتنظيم المنافسة، وحظر الممارسات المقيدة للمنافسة، كما أنهم في جانب آخر ملزمون بالخضوع لأحكام قانون الصفقات العمومية في حال ارتباط نشاطهم بصفة عمومية، كما أنّ المصلحة المتعاقدة ملزمة باحترام المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية، كما هي ملزمة بتحري عدم تسبب منح صفقة عمومية بإعاقبة المنافسة أو تعزيز عمل يتنافى ونصوص قانون المنافسة.

³ المادة 72 من المرسوم الرئاسي 247/15، الفقرة 5، 6، 7.

أعمال لا تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 6، 7، 11 و 12 وكذا المادة 9 من الأمر 03/03، ومن ثم فهي تخرج عن اختصاصه، وكذا أيضا إذا ما كانت هذه الوقائع لا تتضمن عناصر إثبات كافية¹.

كما يمكن أن يتخذ مجلس المنافسة مقورا برفض الإخطار، إذا ما تمّ من شخص لا تتوافر فيه الصّفة²، وكانت الوقائع المرفوعة إليه لا تدخل في مهام المجلس، ويكون للمجلس أن يتخذ مقورا بالمتابعة في حال العرائض المرفوعة إليه والمتضمنة وقائع تدخل في مجال اختصاصه³.

الفرع الثالث: قرار منح الصّفة العمومية والالتزام بقواعد المنافسة

فيما يتعلّق بتأهيل المترشحين والمتعهدين للصفقات العمومية، تنصّ المادة 53 من المرسوم الرئاسي 247/15، على أنّه: "لا يمكن أن تُخصّص المصلحة المتعاقدة الصّفة إلا لمؤسسة يُعتقد أنّها قادرة على تنفيذها، كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة."

بحيث يتعين عمل المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المترشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقديم العروض التقنية، وفق ما تنصّ عليه الفقرة 1 من المادة 54 من المرسوم الرئاسي 247/15.

على أسس هذه الاعتبارات يتبيّن أنّ تفعيل قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية مطلب خاص لتحقيق نجاعة الطلب العمومي، بحيث يتحدد هذا الأخير وفق توافر الشروط الخاصة بالمنافسة والتي تضمنها المرسوم الرئاسي 247/15 في شكل مبادئ إبرام الصفقات العمومية التي تضمنها نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي المشار إليه، والتي تمّ تكريسها وفق قواعد إجرائية وموضوعية عبر مختلف نصوص المرسوم المنظم للصفقات العمومية، كما يتحدد نجاعة الطلب العمومي، وفق المقتضيات العامّة لقانون المنافسة، كون هذا الأخير يضبط النّشاط الاقتصادي عبر مراحل الدّورة الاقتصادية، ويتأسس وفق نصوص مرجعية تضبط ممارسة الناشطين في السوق، وفق دلالاته بمقاربة قانون المنافسة.

من تمّ فإنّ المعالجة القانونية لمقتضيات موضوعية تتضمنها المواد من 6 إلى 12 من الأمر 03/03، يعكس الجانب القمعي، والوقائي في آن لسلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق، كما يبرر وجود سلطات ضبط قطاعية ويدعم علاقات التعاون فيما بينها، كلّ هذا

¹ المادة 44، الفقرة 3 من الأمر 03/03.

² المادة 44 فقرة 1 من الأمر 03/03: "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"، وتنصّ المادة 35 ف 2 من ذات الأمر على: "ويمكن أن تستشير أيضا في المواضيع نفسها الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذا جمعيات المستهلكين."

³ المادة 44 فقرة 2 من الأمر 03/03: "ينظر مجلس المنافسة إذا كانت الممارسات والأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 6 و 7 و 11 و 12 أعلاه، أو تستند على المادة 9 أعلاه."

يدخل في مجال تهيئة بيئة آمنة تدعم متطلبات المنافسة، وتشجع على تجسيد سوق متوازنة، يتحدد عامل الاقتصاد فيه وفق متطلبات المنافسة النزيهة دون سواها، وعليه كلما تحكّم مجلس المنافسة في ضبط الممارسات داخل السوق، سواء بسبل إجراءات المتابعة للممارسات المنافية للمنافسة، أو عبر التحسيس والتوعية بمخالفات المنافسة ونشر ثقافة المنافسة بين الفاعلين في السوق، كلما أمكن الوصول إلى ممارسات سليمة داخل السوق، ومن تم إمكان الرجوع إلى نقطة عقلنة الإنفاق العام في مجال الصفقات العمومية، وتحقيق الكفاءة المطلوبة فيها.

على هذا الأساس، نقرن بين قرار منح الصّفقة العمومية، ومدى تأثر هذا القرار بحدّية المنافسة داخل السوق ونزوعها إلى المطابقة مع قانون المنافسة في حدود معقولة، ومن تمّ يمكن النّظر إلى بيئة المنافسة داخل السوق، على أنّها عامل مؤاّجه لقرار منح الصّفقة العمومية.

لقد نصت المادة 72 فقرة 5 في المطة 5، 6، 7 من المرسوم الرئاسي 247/15 على: "...، تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بالمهام الآتية:

- تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أنّ بعض ممارسات المتعهد المعني تشكّل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأيّ طريقة كانت، ويجب أن يبيّن هذا الحكم في دفتر الشروط.

- 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 التّحقّق من التبريرات المقدمة، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أنّ جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية، وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلّل.

- إذا أقرت أنّ العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا، مبالغ فيه بالنسبة لمرجع أسعار، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض، وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلّل."

فوفق ما سبق من نص المادة أعلاه نجد أنّ المطة الأولى من الفقرة الثانية من المادة 72 من المرسوم الرئاسي 247/15، أحالت رفض العرض المقبول إلى وجود المتعامل صاحب العرض المقبول في حالة إستغلال لوضع مهيمن بشكل تعسفي استنادا إلى ممارسات تعكس تقرير هذا الحكم، ومن تمّ لا يمكن تحقّق هذا التّقدير إلاّ بالرجوع لنص المادة 7 من الأمر 03/03، والذي يتحدّد بشكل خاص في مجال إبرام الصّفقات العمومية في الممارسات التي تهدف إلى الهيمنة على السوق أو جزء منه أو خلق احتكار فيه عبر:

- الحدّ من الدخول في السوق أو في ممارسة النّشاطات التّجارية فيها،
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التّسويق أو الاستثمارات أو التّطور التّقني،
- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل،
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتّشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار، و لانخفاضها.

على أنّ اقتراح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض للمصلحة المتعاقدة برفض العرض المقبول للاعتبارات المشار إليها فيما يتعلّق بوضعية التعسف في استخدام المركز المهيمن، يجب أن لا يتعارض بحال مع ما تقتضي به المادة 8، و19 من الأمر 03/03.

هذا وإن كان تخصيص حالة التّعسف النّاتج عن وضعية الهيمنة في السوق بالذكر في ما أشرنا إليه بحسب نصّ المادة راجع لاعتبار أنّها تشكل ممارسة ذات تأثير كبير على السوق، وبالذات على فاعلية المنافسة بحيث أنّ التّعسف في وضعية الهيمنة في حال عدم ضبطها ينتج عنه قضاء كلّ وتام للمنافسة، ومن تمّ فإنّ تخصيصها بالذكر لم يكن على أساس شيوعها، وإنّما لأثرها على المنافسة.

كما أنّ أيّ ممارسة قد تشكّل مساسا بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية، يمكن أن تكون سببا في رفض العرض المقبول، وتحدد هذه الممارسات أيضا وفق نصوص المواد من 6 إلى 12 من الأمر 03/03.

أمّا بالنسبة للمطتين الثانية والثالثة من الفقرة 2 من المادة 72 من المرسوم الرئاسي 247/15، فإنّ تقدير ارتفاع سعر العرض المالي أو انخفاضه، فإنّه يرجع تقييمه وتحديد مقتضياته، وفقا للمبررات الاقتصادية التي تحدّد مرجع السّلع وفق حالة السوق وظروف المنافسة، وهذه المسألة تتطلب إحاطة لجنة تقييم العروض وفتح الأظرفة بتقلبات السوق في مجال موضوع الصّفقة.

على أنّ تبرير حالة ارتفاع أو انخفاض الأسعار، من باب تحديد الأسباب يمكن الوقوف عليه من خلال نصوص المواد 6، 7 و12 من الأمر 03/03، بحيث يمكن أن يكون عدم استقرار السّعر ارتفاعا أو انخفاضا ناجم عن اتفاقات وحالات تواطؤ بين متعاملين اقتصاديين، كما قد يكون نتيجة وجود وضع مهيمن لمؤسسة ضمن سوق مجال الصّفقة، كما

¹ تنصّ المادة 1/8 من الأمر 03/03 على: " يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة، بناء على طلب المؤسسات المعنية واستناداً إلى المعلومات المقدّمة له، أنّ اتفاقاً ما أو عملاً مديراً أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محددة في المادتين 6 و 7 أعلاه، لا تستدعي تدخله." كما تنصّ المادة 9 من ذات الأمر على: " لا تخضع لأحكام المادتين 6 و 7 أعلاه، الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي أتخذ تطبيقاً له. يرخّص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنّها تؤدي إلى تطوّر اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التّشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محلّ ترخيص من مجلس المنافسة."

يمكن أن تكون ناتجة عن مناورات تهدف إلى عرقلة مؤسسة أو مجموع مؤسسات من دخول الصفقات في مجال معين.

هذا وأن تنفيذ الصفقة ذاتها قد يشهد ممارسات لا تنافسية، على اعتبار أن المرسوم الرئاسي 247/15، أجاز بنص المادة 140 منه للمتعاقل الاقتصادي الحائز على الصفقة، أن يمنح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة، على أن لا تتجاوز المناولة أربعين في المئة (40%) من المبلغ الإجمالي للصفقة، دون أن يكون محلاً للمناولة صفقات اللوازم العادية التي يمكن اقتناؤها من السوق، دون أن تكون مصنفة وفق مواصفات تقنية تشترطها المصلحة المتعاقدة، وعلى أن المرسوم نظم عقد المناولة من حيث ماهيته وشروطه، وكذا تحديد المسؤولية، إلا أنه في الأعم، نظم العلاقة التي تربط المصلحة المتعاقدة بالمتعاقل الاقتصادي الحائز للصفقة، من تم فإن العلاقة بين المتعاقل والمناول، تؤسس وجوباً وفق القواعد العامة للعقود،¹ ويكون على المتعاقل القيام بالالتزامات التي يفرضها عليه وجود عقد المناولة اتجاه المصلحة المتعاقدة.²

إن اختيار المتعاقل المتعاقد في الصفقة للمناول يتأسس وفق مبدأ الرضائية ويتجسد فيه مبدأ سلطان الإدارة إذ أن هذا الاختيار نابع عن منطلقات شخصية وموضوعية ترتبط بشخص المناول ككيان مادي وطبيعي في آن، على أنه من الناحية النظرية يمكن اعتبار عقد المناولة عقد رضائي، إلا أن دراسة حالة السوق قد تشير إلى وجود حالة من الهيمنة على صفقات عمومية في قطاع معين ما يضطر المتعاملين الآخرين إلى الوقوف على اشتراطات المتعاقل المهيمن على الصفقات العمومية، التي قد تتضمن أسعار جد منخفضة لانجاز جزء كبير من الصفقة والذي يمكن أن يقسم بين عدة مناولين في حدود نسبة 40% من المبلغ الإجمالي للصفقة أو عبر عقود من الباطن، كما يكون المناول تحت ضغط إمكان المتعاقل المتعاقد فسخ عقده دون سبب مشروع، كما يكون في كل حال تابعاً للمتعاقل المتعاقد الذي قد يلزم المناول بعمليات شراء من مؤسسات بعينها.

عموماً بالرّجوع للمبادئ العامة لأحكام قانون المنافسة المضمنة في المادة 6 من الأمر 03/03، فإنه يمكن اعتبار أن الشروط المدرجة في العقد أو الضمنية، التي تحمل تضمينا معينا يخالف الأسس العامة لتحقيق بيئة اقتصادية سليمة، وتتضمن أحكاماً مخالفة لنصوص قانون المنافسة سيما في هذا الحال المادة 7 و 11 من الأمر 03/03، تقع باطلاً، ويكون لمجلس المنافسة معاينتها ومتابعتها، كما يمكن للجهات القضائية العادية إبطال الشرط المخالف أو العقد أو إسقاط الالتزام، ضمن حدود الاختصاص القضائي.

¹ المادة 564 ق.م، فيما يتعلّق بالمقابلة الفرعية، وكذا الشروط العامة لتكون العقد في القانون المدني.

² هذا وتنص الفقرة الأولى من المادة 142 من المرسوم الرئاسي 247/15، على أنه: "يجب على المناول الذي يتدخل في تنفيذ صفقة عمومية أن يعلن تواجده للمصلحة المتعاقدة"، وهذا تنص المادة 04/143 من ذات المرسوم على أنه: "تسلم وجوباً نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة من طرف المتعاقل المتعاقد."

المبحث الثاني: تطبيق أحكام المنافسة على التصرفات الواقعة ضمن عقود الصفقات العمومية

عبر مختلف المواضيع التي سبق بحثها، يمكن الوصول إلى أنّ قانون المنافسة، وقانون الصفقات العمومية، يقع بينهما تداخل كبير كما أنّ تطبيقهما يُساق في شكل تكاملي.¹ وعلى اعتبار أنّ عقود الصفقات العمومية يمكن أن تتركز فيها ممارسات تضر بحريّة المنافسة نظراً للقيمة المالية الممثلة للعقد، بحيث يمكن أن يكون هذا العقد منشأ لوضع مهيمن أو مكرسا له بشكل أو آخر، كما قد يكون محطاً لاتفاقيات تهدف إلى تقاسم سوق الطلب العمومي.

فإنّ تطبيق قانون المنافسة يندرج ضمن الآليات المساعدة التي تضمن نجاعة الطلب العمومي وفق ما هو مسطرّ بنص المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15، فتطبيق قواعد المنافسة من هذه الزاوية ينبثق من رؤية اقتصادية محضة تضمن فاعلية السوق عبر تحفيز المتعاملين الاقتصاديين للانخراط في العمليات الاقتصادية المتاحة عبر مختلف أوجه الطلب العمومي، من خلال توفير البيئة الآمنة التي يقع قانون المنافسة في محيطها.

بهذا نبرز في مطلب أول شكل الاتفاقيات، وحالات الوضع المهيمن، الملاحظة وممكنة الوقوع في عقود الصفقات العمومية.

وفي مطلب ثانٍ نعرض إلى بعض الممارسات التي من شأنها التأثير في مصداقية العروض.

المطلب الأول: تأثير الممارسات المنافية للمنافسة على مصداقية الصفقات

وفقاً لنصّ المادة 2 من الأمر 03/03، فإنّ نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات تدخل في مجال تطبيق هذا الأمر، بما فيها تلك النشاطات التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية،² وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها.

هذا وأنّ المادة 6 من المرسوم الرئاسي 247/15، أخضعت نفقات المؤسسات العمومية المحكومة بالتشريع المنظم للنشاط التجاري للأحكام المطبقة على الصفقات العمومية عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات المحلية، ذات الأمر ما أكدته المادة 8 من ذات المرسوم وفصلت فيه.

¹ Voir par exemple C.E.F, 27/02/2006, Compagnie Ryan air, www.consiel-etat.fr date de visite : 12/03/2016.

² في هذا الشأن قرار لمجلس الدولة الفرنسي يتعلّق بمراقبة تفويض الخدمة العامة على ضوء قانون المنافسة. Déc. 03/11/1997, société Yonne Funéraire, société Inter martres, société Million et Marais, cité par : Aboubacry KEBE, Commande Publique et Concurrence, Séminaire Activités publiques et concurrence, Master 2 Droit public des affaires, Université d'Évry Val d'Essonne, France, 2013-2014, p 10,11.

فضمن مقارنة بسيطة توطرها المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15، والمادة الأولى من الأمر 03/03، نخلص إلى أن هدف قانون الصفقات العمومية هو حماية المال العام، وضمان نجاعة الطلب العمومي، والذي يتحقق عن طريق حماية المتعاملين الاقتصاديين من الفساد الإداري، الذي ينجم عنه تعسف الإدارة والمعاملة التمييزية ضدّهم، التي لا تستند على أسس موضوعية، ولا تتسق وقواعد المنافسة النزيهة، وبمفهوم المخالفة، فإنّ قانون المنافسة يسمح بحماية المال العام، ويساعد على تعزيز نجاعة الطلب العمومي، وبالتالي فإنّ الغرض منه ليس مراقبة الإدارة عبر إخضاع الصفقات العمومية لأحكامه، وإنما يقع في المكانة التي تُرجحها لأن يكون أداة لحماية الإدارة (المصالح المتعاقدة) من المتعاملين معها، بالتالي حماية المال العام.¹

ويظهر التّطبيق العملي لأحكام قانون المنافسة بالإسقاط على عقود الصفقات العمومية من خلال:

الفرع الأول: الاتفاقيات في عقود الصفقات العمومية

تعتبر المادة 6 من الأمر 03/03 الإطار الموضوعي لمعالجة مسألة الاتفاقيات بصيغة تجريدية، وحيث أنّ المادة أوجبت حظر الاتفاقيات التي من شأنها المساس بالمنافسة، يجب التفريق بين نمطين للاتفاق:

أولاً: الشكل التعاقدى للاتفاق

والذي يُعبّر عنه بتلاقي إرادتين على الأقل قصد تحقيق هدف معين، بحيث لا يهتم الشكل الذي تمّ من خلاله التّعبير عن الإرادة، كما لا تهم صيغة التّعبير عنها، ما ينتج عنه بالضرورة ألاّ اعتبار لضرورة تكييف هذا الاتفاق²، فوجود الاتفاق في مفهوم قانون المنافسة، يخرج عن كونه ملزم، أو غير ملزم لأطرافه، ويرتبط وجوده بوجود الاتفاق ذاته الذي له تأثير سلبي على المنافسة، والذي من الممكن أن يتخذ شكل العقد.

ثانياً: الشكل العضوي للاتفاق

يكون أطرافها منظمين في شكل عضوي، فهي تضم مؤسسات على نمط الشركات المدنية والتّجارية، الجمعيات، التجميعات، ذات الهدف الاقتصادي المشترك، المنظمات النقابية والاتحادات العمالية...، وقد يبرز الاتفاق المحظور في العقد التأسيسي للشخص المعنوي، أو قد يتمثل في تصرف صادر عن أحد أجهزة التسيير فيه.³

¹ عياد كرافة أبو بكر، الاتفاقيات المحظورة في قانون المنافسة، مذكرة ماجستير، قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013/2012، ص57، 58.

² Lamy droit économique, concurrence, distribution et consommation, Lamy, 1998, n° 580, P192.

³ عياد كرافة أبو بكر، مرجع سابق، ص18.

فالاتفاق المحظور الذي يظهر في العقد التأسيسي للشخص المعنوي، والذي يجعل من إنشاء هذا الكيان باطلا نظرا لعدم مشروعية الغرض، بحيث يختلط موضوع الشخص المعنوي ومحل الاتفاق، ما يترتب عن هذا البطلان حل الشخص المعنوي. دون أن يكون الأمر كذلك، فيما إذا تضمن عقد لاحق لتعديل القانون الأساسي اتفاقا محظورا، حيث يقتصر البطلان على العقد اللاحق للعقد التأسيسي.¹

أمّا في الحالة التي يكون الاتفاق المحظور عبارة عن تصرف صادر عن أحد أجهزة التسيير في الشخص المعنوي، والتي تصدر توجيهات وتعليمات لأعضائها لتحديد الأسعار مثلا، فإنّ هذه القرارات الصادرة عن أجهزة التسيير بهذا الشأن، تكيّف حسب المادة 81² من اتفاقية الاتحاد الأوروبي، على أنها اتفاقات، تسمى «قرارات مجموعة مؤسسات.»

ودون تحديد شكل الاتفاق، فإنّ هذا المصطلح في دلالة قانون المنافسة يكافئ شكل السلوك، مظهره أو الصورة التي تنتهجها المؤسسات في إخراج توافق ما، بالعمل معا لاتخاذ قرارات تؤثر على السوق، مع انصراف النية للحدّ أو القضاء أو تشويه مسار المنافسة الحرّة في السوق المعني.³

ويمكن التأكيد على أنّ الحق في ممارسة حرّة للمنافسة، وفق القواعد التي يضبطها ويجيزها قانون المنافسة، تجد حيزا مناسباً لها فيما يتعلّق ب عقد الشراء العمومي، وكذا ضمن الأطر التي ينظّمها القانون المتعلّق بالصفقات العمومية، على أنّ أقرب إسقاط لنص المادة 6 من الأمر 03/03، يقارب الحالات التي يتمّ فيها عرقلة حرّية المنافسة أو الحدّ منها، والإخلال بها عبر الحدّ من الدخول في السوق أو ممارسة النشاطات التجارية فيها، اقتسام الأسواق أو مصادر التموين، وعرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها.

علاوة على ما فصلت فيه نص المادة 6 من الأمر 03/03، باعتبار نص الفقرة الأخيرة منها المتممة بموجب القانون رقم 12/08، والتي تعتبر أنّ السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب الممارسات المقيدة المبيّنة في نص المادة المشار إليها من قبيل الممارسات المحظورة.

فمن هذه الجوانب يرتبط قانون المنافسة بقانون الصفقات العمومية، كظهير يضمن تحقيق مقتضيات المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/05، سيما أنّه حقا يمكن الوقوف على

¹ Lamy droit économique, op, cit, n°595, P198.

² Art, 81 Ph 1 du traité instituant la communauté européen : «Sont incompatible avec le marché commun et interdit, tous accords entre entreprise, toute décision l'association d'entreprises et toutes pratique concertées, qui sont susceptibles les d'affectes le commerce entre l'Etats membres... », www.eyr-lex-europa.eu.

³ Aboubacry KEBE, op.cit, P12.

ممارسات لا تنافسية في شكل اتفاقات، ضمن عقود الصفقات العمومية، الأمر الذي يجب معه التّحديد الدقيق لطبيعة، وحجم ومدى السوق المعني.¹

فالمشتري العمومي يمكن أن يجد نفسه وسط هيكل، وتنظيم مؤّحد للمتعهدين، على أنّه ووفق أحكام قانون المنافسة يضمن موازنة السوق، ولعل الموازنة الأنسب في سوق الصفقات العمومية تتضمن إعلام المصلحة المتعاقدة بحال المنافسة القائمة في مجال السوق محل الطلب، ما يتيح للمصلحة المتعاقدة الإطلاع الأمثل على المركز الاقتصادي للمتعاملين معها بوجه نظر القوة السوقية ودرجة العلاقات، وقوة التأثير على المتعهدين الآخرين، ليس فقط بوجه الوثائق الرّسمية المقدّمة في العروض.

هذا وأنّ للمصلحة المتعاقدة عبر لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض الكشف عن الممارسات المقيدة للمنافسة التي يمكن أن تظهر بعد الإطلاع على العروض والتي تستند لنصوص المرسوم الرئاسي 247/15، وكذا الأمر 03/03.

إنّ احترام مبادئ المنافسة الحرّة، والوقوف على حدود نصوص قانون المنافسة يستدعي تطبيق المبدأ الأساسي للشفافية، والذي يمكن التعبير عنه بإفراد قانوني على أنّه الالتزام بتقديم المعلومة الدقيقة المحمّلة بواجب الأمانة والإخلاص، ويقع هذا الالتزام على عاتق المتعهدين.

إنّ من أبرز الممارسات التي تسود سوق الصفقات العمومية تتمثل بالأساس في الحالات التي يتم فيها اقتسام الأسواق، والاتفاق على تحديد الأسعار، فيما يعرف بالتسعير المصطنع نحو الارتفاع أو الانخفاض، على أنّ كل ممارسة تجد حيزا متميزا عن سابقتها باختلاف نوع الصفقات العمومية، وكذا اختلاف القائمين عليها، بما يدعم إمكان قيام عمليات تواطؤ بين المتعاملين الاقتصاديين، والمصلحة المتعاقدة²، فيما يشكل مخالفة لأحكام قانون المنافسة، ويدخل في باب التجريم وفق نصوص المرسوم الرئاسي 247/15، بالإحالة على قانون مكافحة الفساد والوقاية منه.

إنّ المقاربة بين قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية، تكمن في امتداد مفهوم السوق في قانون المنافسة، إلى السوق الذي هو محل صفقة عمومية على اعتبار المتعهدين المتنافسين، أولاً، وعلى اعتبار إمكان حالات التواطؤ من المصلحة المتعاقدة في تشويه نمط المنافسة، وهذه المقاربة تتيح أفضلية لقانون الصفقات العمومية تضمن له حماية قانونية بأوجه متعددة في وجه الاتفاقات سواء كانت مهيكلة أو تعاقدية.

¹ Jean Paul PIETRI, Marchés négocies sans publicité ni mise en concurrence, contrats et Marchés publics, N° 11, Novembre 2013, comm280.

² Jean- Christophe GRALL et Erwan LE MORHEDEC, Revue Lamy, droit des affaires, la sélection Lamy, (Marchés publics et concurrence : liberté, égalité, transparence), oct. 2004, N°75, P16.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنّ كلّ اتفاق في قانون المنافسة يتضمن مفهوم التواطؤ ليس بشكل مطلق، وإنما إلى حدّ كبير، فحظر الاتفاقيات المقيدة للمنافسة ضمن أحكام الأمر 03/03، يتقيّد بوجود الاتفاق، ومساسه بالمنافسة ضمن قطاع معين، الأمر الذي يحيل إلى العلاقة السببية بين الاتفاق والضرر الواقع على المنافسة، ومن تمّ فإنّ القالب الاقتصادي لشكل الاتفاق، ينجم عنه صعوبة بالغة في إثبات وجود الاتفاق المحظور، وإن كان خلافاً للقواعد العامّة في الإثبات فإنّ عدم مشروعية الاتفاق في قانون المنافسة مفترضة إلى حين أن يثبت العكس.

وبسند الفقرة الأخيرة من نص المادة 6 من الأمر 03/03، وكذا الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 2 من الأمر السابق، تكيف الاتفاقات على أنّها محظورة في نظر قانون المنافسة منذ نشر طلب العروض إلى غاية المنح النهائي للصفقة، حيث أنّه في الفترة التي يتمّ تقديم العروض فيها، وفتح الأظرفة، يمكن أن تتم مفاوضات بين المتعهدين لضمان حصول أحدهم على الصفقة، مع الأخذ بالاستثناءات¹ الواردة على حظر الاتفاقات والممارسات المقيدة للمنافسة.

لقد تمّ حظر السماح بمنح صفقة عمومية لأصحاب ممارسات مقيدة للمنافسة في فقرة أخيرة تضمنتها المادة 6 من الأمر 03/03، بموجب المادة 5 من القانون 12/08، كما عدّلت وتمت بصور هذا القانون المادة 2 من الأمر 03/03، بموجب المادة 2 التي تحدّد الأنشطة الخاضعة لأحكامه.

إنّ هذه التعديلات لقانون المنافسة تتسق على نحو زمني متقارب والنظام القانوني للصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 250/02 المعدّل والمتمم مرتين في 2003 و2008.

هذا وأنّ المرسوم الحالي للصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي 15-247)، يتضمّن خط مقارب لتوجهات الإنتاج الاقتصادي، في أطر دعم قواعد المنافسة، وتنمية الكفاءة التنافسية للمؤسسات الوطنية، وضمن هذا الباب فإنّ الاتفاقات في مجال الصفقات العمومية، تتناسب على نحو تقليدي يرمي إلى تقاسم الأسواق وتحديد الأسعار ما يضع المصلحة المتعاقدة في حالة عدم تبصرّ بالعروض نظراً لكونها لا تعبر عن مستويات المنافسة الفعلية، ما يوقع المصلحة المتعاقدة في الغلط في شخص المتعاقد معه.³

¹ المادة 9 من الأمر 03/03.

² المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 2002/07/24، ج.ر رقم 52 المؤرخة في 2002/07/28، المعدّل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 301/03 المؤرخ في 2003/09/11، ج.ر رقم 53 المؤرخة في 2003/09/14، والرسوم

الرئاسي 338/08 المؤرخ في 2008/10/16، ج.ر رقم 52 المؤرخة في 2008/11/9 (ملغى).

³ عياد كرافة أبو بكر، مرجع سابق، ص58.

ويلجأ المتعهدون في أغلب الحالات فيما يمكن أن يكيف على أنه احتيال على المصلحة المتعاقدة إلى اتفاقات تتضمن تحويراً لمسار المنافسة، وتتمثل هذه الاتفاقات في عروض التغطية، وعروض بطاقة الزيارة، الذين يتضمنان ذات الموضوع أو الغرض، ويكون الهدف منها إيقاع المصلحة المتعاقدة في اللبس، وتغليظها في اختيار العروض من خلال إبراز واقع مغاير للمنافسة كما هو كائن بالفعل في السوق، بالتالي فإن هذه الاتفاقيات بما فيها من تبادل للمعلومات¹، بين المتعهدين يؤدي إلى تضليل المصلحة المتعاقدة، ولا يبرز الوجه الحقيقي لمستوى المنافسة القائمة على العروض هذا ونفصل في هذه الاتفاقيات كالاتي:

1- **عروض التغطية:** إنّ الموضوع المنافي للمنافسة لهذا النوع من العروض يتمثل في أثره على المنافسة، حيث أنه لا يتمّ التّقدم به ضمن هدف وحيد، يشابه فيه باقي العروض المتاحة للمنافسة في الصّفقة، لا نيل الصّفقة

وإنّما يتمّ عبره تبادل المعلومات بين المؤسسات المتنافسة في سبيل تقسيم الصّفقة² لدفع المصلحة المتعاقدة إلى تحسين طلباتها وفق العروض الزائفة المتقدّم بها والتي لا تتطابق وواقع المنافسة داخل السوق،³ فعروض التغطية هي في الواقع عمليات تقوم بها المؤسسات الأطراف، والتي تكون قدمت عروض صورية للسماح لمؤسسة معينة بنيل الصّفقة، وترتكز عروض التغطية على تبادل الأدوار بين المؤسسات لنيل الصّفقات.⁴

2- **عروض بطاقة الزيارة:** وهي ما يمكن تسميتها بالعروض غير الجادة، إذ تقوم المؤسسات التي لا ترغب فعلاً بتقديم عرضها لطلب عمومي، ولا ترغب بنيل الصّفقة بالترشح للمنافسة على الصّفقة، رغبة منها لحجز مكانة دائمة لدى المصالح المتعاقدة في طلبياتها، بحيث تكون معروفة لديها، مما يجعلها مرشحة لأن تكون ضمن المؤسسات التي تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التعامل معها، سيما فيما يخص طلب العروض عن طريق الاستشارة، وعلى هذا

¹ Le Conseil de la Concurrence Français, rappelé de façon particulièrement nette, dans une décision récente portant sur l'appréciation du caractère anticoncurrentiel d'un échange, d'un formations, que «de tels agissements sont de nature a tromper les organismes public quant a l'existence ou a l'intensité de la concurrence a l'occasion d'appels d'offres dont sont constamment rappelés la gravité intrinsèque et les dommages qu'ils causent a l'économie notamment au regarder risque de banalisation et d'entraînement qui peut en résulter.» (Cons.Conc.F, déc, n° 04-D03.18 févr.2004, Appel d'offres lancé la direction régionale des douanes a Marseille pour le mise en conformité de la cité de la Joliette. B.O.C.C.R.F, 4 mai 2005, P391.)

² Cons.Conc.F «du seul fait de leur existence, (les offres découverte) en ce qu'elles constituent une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussaient le libre jeu.» En l'espèce, le Conseil de la Concurrence a de surcroit, considéré que «la circonstance que l'échange d'informations entre entrepris sur les prix a été suivi d'une adjuration inférieure aux estimations du maître d'œuvre et de la commission d'ouverture de plis et que le marché a été, en définitive, attribué a une entreprise ne participant pas a la concertation (cons.cons.F, déc N°03-D-55, 4déc 2003, Marché public passé par le distinct urbain du pays de Montbéliard pour la réfection de la pelouse d'un stade de football, BOCCRF, 13 Févr. 2004, P48.

³ Jean- Christophe GRALL et Erwan LE MORHEDEC, op, cite, P19.

⁴ عياد كرافة أبو بكر، مرجع سابق، ص58.

الأساس فإنّه غالبا ما تكون المؤسسات المستشارة هي تلك التي تواظب على تقديم عروضها، والتي سبق للمصالح المتعاقدة التعامل معها.¹

وليس تمّ مانع قانوني لهذه المؤسسات من تقديم عرضها، سواء كان غير واف، أو غير تنافسي، فسيتم في كل الحالات، إمّا دعوتها لتنمّة العرض فيما يسمح به قانون الصفقات العمومية، أو رفض العرض، وقد يتبين في حالات معينة للمصلحة المتعاقدة أنّ العرض المقدم من مؤسسة ما مصطنع وغير تنافسي، ويكون للمصلحة المتعاقدة إدراج هذه المؤسسات ضمن المؤسسات المقصاة من التقدّم والمشاركة في الصفقات إذا ما ثبت العوّد المنطقي المبرر، الذي يتيح للمصلحة المتعاقدة الوصول إلى هذا الاستنتاج، على أن يستند ذلك على أساس قانوني وحجية تتجاوز القرينة.

إنّ التّقدم بعروض الزيارة يكون في كلّ الحالات محط مخالفة ومعاقب عليه، إذا ما تصاحب بعملية تبادل للمعلومات بين المتعهدين في ذات الصّفقة حول موضوعها.²

من تمّ فإنّ عمل مجلس المنافسة، وكذا سلطات الضبط القطاعية يتيح للمصالح المتعاقدة العلم الدقيق بوضعية المنافسة في السوق المعنية، ما يتضمن تعزيز صلاحيات سلطة المنافسة للوقوف على التجاوزات التي تمسّ الوضع الاقتصادي، بغض النّظر عن ارتباطه بعمل السّلطة العمومية، لأنّ ذلك يضمن حماية المصالح المالية للدولة، ويدخل في تحقيق أهداف قانون الصفقات العمومية.

إنّ حرّية المؤسسات في تقديم العرض الذي تراه مناسبا يتقيّد بالحدود التي لا يخرج فيها هذا العرض إلى اعتباره مخالفة لأحكام قانون المنافسة، ومتى كان الأمر كذلك كان لمجلس المنافسة اختصاص الفصل فيه طالما أنّ المؤسسات تخضع لأحكام هذا القانون.³

الفرع الثاني: تأثر الصفقات العمومية بحالات الهيمنة على السوق

تبنى قانون الصفقات العمومية، طريق المنافسة على الطلبات التي يباشرها المشتري العمومي عبر النّص على مبادئ حرّية الوّصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، في المادة الخامسة (5) من المرسوم الرئاسي 247/15.

¹ عياد كرافة، مرجع سابق، ص59.

² «la pratique de l'offre carte de visite, permettant a une entreprise de se faire connaitre du maitre de l'ouvrage, sans chercher a obtenir le marché, ne peut être tenue pour licite des lors que, par des échanges d'un formations sur les prix prétables au dépôt des offres, elle trompe le maitre de l'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence sur le marché concerné ainsi que sur le sérieux des prix fixes.» (Cons.Conc.F, déc. n° 03-D-07, 4févr2003 passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière verticale par les collectivités locales, B.O.C.C.R.F, 16 Juin, P337, confirmer par CA paris 18 nov. 2003, SAS signaux la porte et est corapie, B.O.C.C.R.F, 12 mars 2004, P170.

³ Jean- Christophe GRALL et Erwan LE MORHEDEC, op, cite, P19.

إنّ ضمان تحقق هذه المبادئ يتجسّد عبر كافة الأحكام والنصوص المنظّمة للصفقات العمومية، ومن ذلك الأحكام المنظّمة لصفقات الجهات الإقليمية¹، حيث أنّ إجراءات إبرام الصفقات المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 247/15، تهدف بشكل مباشر إلى تحفيز المنافسة، على اعتبار أنّ هذه الأخيرة هي المحدد الرئيس لتكلفة الحاجات التي تباشر بطلبها المصالح المتعاقدة.

وعلى اعتبار أنّ نظام الصفقات العمومية قائم على مساهمة المتعاملين الاقتصاديين في تلبية حاجات المصالح المتعاقدة، وفق الشروط والكيفيات المحدّدة في المرسوم المشار إليه آنفا يقع عليهم عبئ الالتزام بأحكامه، والخضوع لمقتضياته، بما يتيح لهم المنافسة على استثمارات معتبرة ناتجة عن الطلب العمومي.

إنّ هذه المنافسة تتضمن في مجملها تبعاً لنص المرسوم الرئاسي 247/15، جانبين يمكن أن نصف الجانب الأول بأنّه جانب شكلي إجرائي، يمكن حصره انطلاقاً من الفترة التي يتم فيها الإعلان، أو نشر المناقصة إلى غاية إتمام آجال إيداع المتعهدين لعروضهم، وكذا الدراسة الإدارية للملفات المقبولة، أما الجانب الثاني فيمكن تصنيفه بالشق الموضوعي، وهو الفترة التي تتم فيها فتح الأظرف وتقييم العروض، تبعاً للمعايير المؤطرة في المرسوم الرئاسي 247/15، لاختيار أحسن عرض.

إنّ التزام المتعاملين الاقتصاديين بأحكام قانون الصفقات العمومية الموضوعية منها والإجرائية يقع في مجال رغبتهم الأكيدة في نيل الصفقة المتنافس فيها، ومن تمّ فإنّ خضوعهم لهذه الأحكام طوعية وعن بصيرة، شيء لا ينفذ إليه لبس بما يضمن عدم استبعادهم من المنافسة، على أنّ الالتزامات التي تقدموا بها تكون هي الأخرى محل مساءلة²، فزيادة على ما تنصّ عليه المادة 72 من المرسوم الرئاسي 247/15، فإنّ الفقرة الثانية من المادة المشار إليها في البند الرابع والخامس على التوالي، يكون من مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعين تشكّل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق، أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بالصفقة على أيّ نحو كان، كما أنّ معالجة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض للعرض المالي الإجمالي للمتعاقل الاقتصادي المختار مؤقتاً، تنصبّ أيضاً على مراقبة سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي، بالنسبة لمرجع أسعار لتحديد ما إذا كان هذا العرض مبالغ فيه على نحو من الانخفاض غير العادي، وغير المبرر من الناحية الاقتصادية.

¹ علاوة على خضوع الجهات الإقليمية لنصوص المرسوم الرئاسي 247/15، فقد تضمن من القانون رقم 07/12، المؤرخ في 2011/04/21، المتعلق بالولاية، ج.ر رقم 12 المؤرخة في 2012/02/29، وكذا القانون رقم 10/11 المؤرخ في 2011/07/22، ج.ر رقم 37 المؤرخة في 2011/07/03، أحكام خاصّة تتعلق بصفقات هذه الجماعات الإقليمية.

² المادة 72 من المرسوم الرئاسي 247/15.

إنّ الممارسات التي يباشرها المتعاملون الاقتصاديون والتي تخرج عن الجوانب الإجرائية والموضوعية لهيكل وموضوع الصّفقة ذاتها، يمكن للمصلحة المتعاقدة الوقوف عليها عبر الدّور المنوط بلجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، عبر مراقبتها من بين المهام الأخرى الموكلة إليها مدى احترام المتعاملين الاقتصاديين لقواعد المنافسة النزيهة التي تستجيب كإطار خاص لأحكام نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15، وكإطار عام لأحكام قانون المنافسة.

إنّ النّص في قانون الصفقات العمومية من خلال المادة 72 من المرسوم الرئاسي 247/15، على رفض العرض المقبول للمتعامل الذي يثبت مباشرته لممارسات تؤدي إلى اختلال المنافسة في القطاع المعني بالمنافسة، بما يحيل إلى نصوص الأمر 103/03، مع تخصيص لممارسات بذاتها (التعسف في وضعية الهيمنة)، التي يمكن أن تؤدي إلى تحديد الأسعار على خلاف قواعد السوق، وفي حال المتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا ينزاح عن التحدد إلى انخفاض الأسعار، بما يتيح له اقتطاع الصّفقة، وبهذا فإنّ هذه المادة تضمن حماية مزدوجة للمال العام، وكذا للمنافسة ذاتها، كما أنّها ضمن هذه الثنائية، توفر حماية لنظام الصفقات العمومية عبر الإحالة لموضوعات قانون المنافسة.²

على أنّ التساؤل المنهجي يقود إلى استبيان مدى قدرة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على تبيين ومعالجة الممارسات المخالفة للمنافسة التي قد تتضمنها العروض، وهل تحوز هذه اللّجنة وسائل قانونية تمكنها من البحث والتحري عن العروض المقدمة ومدى تطابقها وقواعد المنافسة.

بالرّجوع إلى المادة 1/71 من المرسوم الرئاسي 247/15، فإنّه يتم فتح الأظرفة من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض المنشأة بموجب أحكام المادة 160 من المرسوم المشار إليه، حيث يفيد نص المادة 160 من المرسوم الرئاسي 247/15 بالآتي: "تُحدّث المصلحة المتعاقدة، في إطار الرّقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الإختيارية عند الاقتضاء، تدعي في صلب النّص، لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وتتشكّل هذه اللّجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، يختارون لكفاءتهم.

يمكن للمصلحة المتعاقدة، تحت مسؤوليتها، أن تنشئ لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض، لحاجات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض."

ففي إطار الرّقابة الداخلية على الصفقات، يكون من واجبات المصلحة المتعاقدة إنشاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، التي تعمل على تحليل العروض الواردة، وبالأساس فإنّ

¹ المواد 6، 7، 11، 12 من الأمر 03/03.

² تنصّ المادة 1/81 من المرسوم الرئاسي 247/15 على: "يمكن المترشحين والمتعهدين أن يقدموا ترشيحاتهم وعروضهم في إطار تجمّع مؤقت لمؤسسات، شريطة احترام القواعد المتعلّقة بالمنافسة."

عمل هذه اللجنة يتقاطع بنسبة كبيرة مع كونه عمل إداري محض، يستجيب لمطابقة العروض مع النصوص التنظيمية المعالجة لها، بحيث لا يسهم عمل هذه اللجنة في إنشاء وضع قانوني جديد إلا من حيث الكشف عنه، وكدعم لعمل هذه اللجنة فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تنشأ لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض.

هذه المسائل بيّنها نص المادة 161¹ من المرسوم الرئاسي 247/15، على أنه تضيف الفقرة الثانية من المادة 162 من المرسوم المشار إليه: "... أن اجتماعات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حصة فتح الأظرفة، تصحّ مهما يكن عدد أعضائها الحاضرين، ويجب أن تسهر المصلحة المتعاقدة على أن يسمح عدد الأعضاء الحاضرين بضمان شفافية الإجراء."

إنّ الملاحظات التي يمكن جمعها من خلال التّقديم السابق عن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض نوجزها في الآتي:

- تنشأ لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بموجب مقرر عن المصلحة المتعاقدة، ويمكن إنشاء أكثر من لجنة واحدة.

- تكلف اللجنة بتحليل العروض والبدائل والأسعار.

- تتشكل هذه اللجنة من موظفين تابعين للمصلحة المتعاقدة، على اعتبار التأهيل والكفاءة.

- يمكن أن تستعين لجنة فتح الأظرفة بلجنة تقنية لإعداد تقرير تحليل العروض، بحيث يكون للمصلحة المتعاقدة وتحت مسؤوليتها حق إنشائها.

- تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بعمل إداري وتقني، في حين يعود كامل الاختصاص للمصلحة المتعاقدة، التي تصدر في شأن ممارسته، رأياً مبرراً.

- تصح اجتماعات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، دون اشتراط لحد أدنى لعدد الحاضرين، باستثناء أن يسمح عدد الحضور بضمان شفافية الإجراء.

وكتحليل لهذه الملاحظات، يمكن إبراز النقاط الآتية:

- تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض التي تتكون من الموظفين التابعين للمصلحة المتعاقدة، يخرج بهم عن الدراية والاختصاص المطلوب لتحديد الحالات التي تكون فيها العروض محل ممارسات مخالفة للمنافسة، والتي تبعا لنص المادة 71 من المرسوم الرئاسي 247/15، يكون من واجب اللجنة رصد هذه الممارسات، والاقتراح على المصلحة المتعاقدة

¹ المادة 161 من المرسوم الرئاسي 247/15: "تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، بعمل إداري وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء، أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة، وتصدر في هذا الشأن رأياً مبرراً."

برفض العرض المقبول إذا ما ثبت احتواؤه على ممارسة مخالفة لأحكام الأمر 03/03، وبشكل عام لمقتضيات المنافسة النزيهة.

- إن الكفاءة والتأهيل المشترط في الموظفين المكونين للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض يتناسب من جانب واحد، فيما يتعلق بممارستهم لمهامهم داخل المصلحة المتعاقدة، بما يستجيب لكونهم موظفين مؤهلين ذوي كفاءة من حيث أدائهم للعمل المنوط بهم، قبل المصلحة المتعاقدة، وما يستجيب بالضرورة للعمل الإداري والتقني، الذي يمكن أن تباشره لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، لكنه لا يستجيب البتة لمدى قدرتهم وأهليتهم بمفهوم الكفاءة في دراسة وضعية العروض بمقياس السوق، هذا علاوة أن معيار تقدير الكفاءة، والتأهيل غير ثابت، ويقع موقع موازنة بين مصلحة متعاقدة، وأخرى، هذا وإن تضمن المرسوم الرئاسي 247/15 في الباب الثالث منه ما يفيد التكوين في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إلا أن هذا التكوين كما هو ثابت بالنص¹، يتعلق بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية، بالاتصال مع سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام دون أي ذكر للسلطة الإطار فيما يتعلق بالمنافسة (مجلس المنافسة)، أو الهيئات القطاعية الأخرى، على سبيل من التعاون.

- إن مجموع المهام التي تباشرها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض المسطرة بنص المادة 71 من المرسوم الرئاسي 247/15، تنضبط في مفهوم الحال بالواجبات التي لا يقابلها صلاحيات فعلية على اعتبار أن هذه المهام، تنزوي نحو العمل الإداري الذي تغيب عنه سلطة التقدير كونه محاط بنصوص تنظيمية محكمة، على أن سلطة الاقتراح على المصلحة المتعاقدة فيما يتعلق بتقدير وجود ممارسات مخلة بشفافية العروض، يقع في خانة قدرة كشف اللجنة عن هذه الممارسات، والتدليل عليها بأسانيد مقبولة، وبخاصة تقييم المصلحة المتعاقدة لهذا الاقتراح والإجراء المتخذ بشأنه.

- إن كان إنشاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض يدخل في باب سلامة الإجراءات وتحقيق مطابقة الصفقات لأهداف الفاعلية والاقتصاد، مع تحقيق الوجه الأتم للشفافية والمصادقية في معالجة العروض، فإن مباشرة هذه اللجنة لاجتماعاتها دون اشتراط حد أدنى لعدد الحاضرين من أعضائها يجعل من وجود اللجنة وغيابها سواء، وينحاز بها إلى أن وجودها أصلا مجرد إجراء شكلي، يتوقف عند الحد الذي تُقدّر فيه المصلحة المتعاقدة أن عدد الحاضرين من اللجنة يمكن أن يضمن شفافية إجراء فتح الأظرفة وتقييم العروض، بما يعكس أن وجود هذه اللجنة ينبثق عن الرغبة في إظهار قدر من الشفافية في الإجراءات، دون مراعاة لضرورة

¹ المادة 211 من المرسوم الرئاسي 247/15: "يجب أن يتلقى الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تكوينا مؤهلا في هذا المجال"، وتضيف المادة 112 من ذات المرسوم: "يستفيد الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من دورات تكوين وتحسين المستوى وتجديد المعارف تضمنها الهيئة المستخدمة، بالاتصال مع سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك من أجل تحسين مستمر لمؤهلاتهم وكفاءاتهم."

إلتزام الدعاية المطلق في تقييم العروض، ووجودها إلى جانب المصلحة المتعاقدة في تصويب اختيارها، وتحقيق غايات نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15.

عبر هذا التحليل فإنّ المصلحة المتعاقدة ممثلة في لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض لا يمكنها بحال من الأحوال الوقوف على الممارسات المتعلقة بواقع المنافسة في السوق، ولا يمكن أن تُقدّر وجود عروض مخالفة لأحكام قانون المنافسة، أو بالأخص للأحكام المتعلقة بالمنافسة في نص المادة 71 من المرسوم الرئاسي 247/15، والتي من واجب لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض الكشف عنها، لعدم وجود آليات حقيقية تضمن لهذه اللجنة القيام بمهامها، سواء على مستوى التشكيلة، أو على مستوى مباشرة الصلاحيات، على اعتبار أن هذه اللجنة تقع محل التابع للمصلحة المتعاقدة، ولا تحوز مباشرة إجراءات منفصلة عنها.

إنّ واقع العروض في الصفقات العمومية، ينطلق أساسا من واقع مركز القوة الاقتصادية للمتعهدين، فالمنافسة في مجال الطب العمومي تُفرز حالات انتقائية تُبرز سيطرة عدد من المتعهدين (المتعاملين الاقتصاديين) على سوق الصفقات العمومية في مجالات قطاعية محددة، ناهيك عن التّقدير الإجمالي لحجم الصفقات التي يحوزها متعامل اقتصادي عبر تحديد المعيار الجغرافي لتقدير حالات الهيمنة على السوق.

إنّ وضعية الهيمنة قد تأخذ شكلا فرديا أو جماعيا في الاستحواذ على العرض أو الطلب، ومن ثم فهي تحدد توازنات السوق لصالح من يحوزها.

وقد سبق بيان شرعية وضعية الهيمنة من حيث المبدأ¹، على أنّها تنتقل إلى صنف الممارسات المحظورة في حال الاستعمال التعسفي لهذه الوضعية²، فوضعية الهيمنة كنتيجة للتطور الاقتصادي والتكنولوجي للمؤسسة، أو كنتيجة لممارسة محظورة تستجيب لشرط التعسف في استعمال الحق الذي يمتدّ بأثره نحو السوق على مختلف التطبيقات والاحتمالات الممكنة من ذلك التأثير في شروط التعاقد على النحو الذي ينزاح فيه عنصر الرضا في العقود إلى تكوين عقود بطريق الإذعان³.

هذا وإنّ تمّ تحديد مفهوم التعسف في وضعية الهيمنة في نص المادة 7 من الأمر 403/03، بربطه بالأثر الناتج عن وضعية الهيمنة، الذي يمس بالحالة الطبيعية للمنافسة،

¹ ص 46، 47 من هذه الأطروحة.

² المادة 7 من الأمر 03/03.

³ المادة 6/7 من الأمر 03/03: " إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأسواق التجارية."

⁴ دلالة المصطلح في المادة السابعة من الأمر 03/03: "يخضع كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكارها أو جزء منها قصد..."، يشير إلى الباعث أو النسبة في ارتكاب التعسف، ومن ثم إذا انعدمت نسبة المؤسسة في ارتكابه، فلا محل لخضوعها للمعاقبة، وبالطبع هذا لا يستجيب ومنطق حماية المنافسة الذي يبنى على الأساس وفق قاعدة الرقابة عن الأعمال المنافية للمنافسة، وعلى سبيل المقارنة نجد قانون شرمان الأمريكي لسنة 1890، تنص المادة الثانية منه على: "كل شخص يحتكر أو يحاول احتكار، أو يشارك في تجمّع أو اتفاق مع شخص واحد أو عدة أشخاص، وذلك من أجل احتكار جزء من المبادلات أو التجارة التي تجري فيها بين الولايات أو بينها وبين الدول الأجنبية يعدّ متهما ويعاقب

على سبيل الاستدلال في وجود حالة التّعسف، فإنّ هذا يسوق إلى استقراء القواعد العامّة، حيث تنصّ المادة 124 مكرر من القانون المدني (ق05-10): "يشكّل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.¹

وإن كان ربط الاستعمال التعسفي للحق بالخطأ غير سليم، لأنّ التوصيف السابق لا يستجيب للرّبط بين الضرر والخطأ بموجب العلاقة السببية بينهما، وإتّما ينبني على الضرر دون اشتراط وجود الخطأ، وهذا عكس ما تنصّ عليه المادة 124 (ق.م)¹، ومن تمّ فإنّ في المادة 124 مكرر (ق.م) تقريب لنظرية المخاطر.

وعليه فإنّ التّعسف في نصّ المادة 124 مكرر يتأسس بوقوع الضرر، وهو ذات الشأن بالنسبة لوضعية الهيمنة، حيث يتأسس التّعسف فيها بتقيد المنافسة، إمّا للإضرار بالغير، أو الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير (المصلحة العامّة في وجود المنافسة)، أو الحصول على فائدة غير مشروعة.

فوضعية الهيمنة تتيح للمتعهد الحائز عليها تقديم عروض لا يمكن منافستها من طرف المتعاملين الآخرين، وقد يتشكّل هذا العرض بصورة أساسية في سعر الصّفقة الذي يمكن أن يكون منخفض بشكل كبير يتجاوز بكثير السّعر الحقيقي الذي تمثله، ما يؤدي لإبعاد المنافسين عن أيّ صفقة يتقدم إليها هذا الأخير، ولا يمكن للجنة الصّفقات (لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض)، الاقتراح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول مؤقتا والذي يمثل عرض المتعامل الذي يقع موقع الوضع المهيمن للاعتبارات السابق ذكرها فيما يتعلّق بانعدام آليات مراقبة وضعية السوق المتاحة للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

من تمّ فإنّ الجهة الوحيدة المخوّلة وذات الكفاءة لرصد وتحري مثل هذه المناورات المباشرة من طرف المتعاملين الاقتصاديين في مجال الصّفقات العمومية، وغيرها من الممارسات الاقتصادية تبقى ممثلة في مجلس المنافسة الذي يضطلع بدور وقائي وقمعي في مجال المنافسة.

بالحبس او بالغرامة..."، الموسوعة الحرة، وكيبديا www.wikipedia.org/wiki/sherman-antitrust-act نظر بتاريخ 2016/03/15، فيما تجاوز نص هذه المادة منع الاحتكار إلى محاولة الاحتكار يعرف بخطر احتمال النجاح في المحاولة.

¹ المادة 124 (ق.م): " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض."

الفرع الثالث: عروض الشركة الأم وفروعها، والتعاقد من الباطن في مجال الصفقات.

تشهد الصفقات العمومية مزاحمة كبيرة بين المتعاملين الاقتصاديين، في سبيل مشاطرة الطلب العمومي، وتحقيق أكبر فائدة من السبق لنيل الربح الذي تعود به الطلبات العمومية، على أن للمؤسسات التي تحوز نفوذ سوقي، وحجم هيكلي يشمل تفرعات لها باعتبار أنها المؤسسة الأم لعدد من المؤسسات الفرعية التابعة لها حضوة كبيرة في المشاركة كأقل تقدير في عدد كبير من المناقصات التي يباشرها المشتري العمومي.

من تمّ فإنّ تقديم عروض منسّقة منفصلة من المؤسسات التي تنتمي لنفس الوحدة الاقتصادية، معاقب عليه في إطار حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة، ما يُظهر النزعة نحو ممارسة حماية للمشتري العمومي قبل المتعاملين الاقتصاديين. وعليه نصّل في مسألة عروض الشركة الأم وفروعها على النحو الآتي:

1- تطبيق مفهوم الاتفاق على المؤسسات (المتعهدين) المنتمين لمجموعة اقتصادية واحدة:

من بين التساؤلات المعقّدة، فيما يخصّ تطبيق قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية ما يتعلّق بالحالة التي يكون فيها المتعهدون تربطهم علاقات اقتصادية تشمل المصدر الأساسي للتمويل، أو الارتباط فيما يخصّ طبيعة النشاط، في مقارنة أخرى في الحالة التي يكون فيها المتعهدون ينتمون لنفس المجموعة الاقتصادية.

وقد جرى العمل وفقا لقرارات مجلس المنافسة الفرنسي¹ في هذا المجال على أنه في الحالة التي تضم فيها المجموعة الاقتصادية، وحدات مستقلة يمكن لهذه الأخيرة أن تستجيب للمناقصة وفق خيارين ممكنين:

أ- المؤسسات المعنية بالمناقصة يمكن لها أن تتنازل عن استقلاليتها التجارية، وتعمل على تقديم المؤسسة المتمركزة في وضع اقتصادي وتنافسي جيد، يستجيب للمناقصة المعروضة من بين الوحدات الاقتصادية التابعة لنفس المجموعة، وضمن هذا الفرض لا يمكن لهذه الوحدات التّقدم سوى بعرض واحد.

ب- وفي الحالة الثانية يمكن للمؤسسات تقديم عروض متعددة على حسب عدد الوحدات الاقتصادية، على أن لا يكون تمّ تنسيق وتفاهم بين هذه المؤسسات في تحضير عروضها.

فضمن الفرض الثاني، بالمعنى الذي تقدم فيه المؤسسات (وحدات المجموعة)، على تقديم عروض منفصلة، دون أيّ تفاهات أو تنسيق وتبادل للمعلومات قبل تقديم هذه العروض، فلا مانع قانوني من اعتبارها وحدات مستقلة على أن هذه الممارسة قد تتضمن

¹ Cons. Cons. F, Rapport annuel 2006, P241 ; A.D.L.C, Rapport annuel 2009, P188, disponible le sur le cite internet de l'autorité de la concurrence Français : www.autorite.de.la.concurrence.fr. Date de visite :17/03/2016.

خطر تضليل "المسؤول في السوق عن طبيعة، ونطاق وحجم أو شدة المنافسة"¹، ويمكن أن تعتبر هذه الممارسة على أنّها فعل عمدي لإحداث اللبس لدى مقدم الطلب حول العناصر السابق ذكرها، ويمكن أن تدخل في إطار الاتفاقات المحظورة والمعاقب عليها.²

هذا المنطلق، ينطبق تماما في الحالة التي تكون فيها المؤسسات المشكلة للمجموعة الاقتصادية مستقلة في المجال التجاري والمالي، بمعنى أن يكون لكل وحدة (مؤسسة) القدرة على الظهور كمتعامل مستقل.³

مجلس المنافسة الفرنسي أكد على أنه عندما تقرر الوحدات المنتمية لنفس المجموعة تقديم عروض منفصلة عن بعضها البعض: "يعتبر عرض الوحدات الفرعية (المؤسسات الفرعية) خاصا بها ومستقلا عن عرض المؤسسة الرئيسية (المؤسسة الأم)، بالوجه الذي يكون فيه لهذه المؤسسات الوسائل الخاصة بها والتي تتيح لها (التسيير، والقدرة التجارية على المنافسة، وكذا الإنتاج)، بما يضمن إعداد وتقرير وتنفيذ تعهداتها في حال كان عرضها مقبولا."⁴

إن السؤال الوجيه، يتعلّق بمدى إمكانية إسقاط وتطبيق نفس المقاربة السابقة في الحالة التي تكون فيها الوحدات الاقتصادية لا تتمتع بالاستقلالية، بمعنى عندما تكون هذه الوحدات فرعا غير مستقل عن المؤسسة الأم (الرئيسية)، ويقوم هذا الفرع بتقديم عرض منفصل عن العرض الذي قدمته المؤسسة الأم.

إنّ المنطق القانوني يفيد بنفي وجود تفاهم، وعلى هذه الخلفية اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي باعتباره سلطة الضبط في مجال المنافسة وعلى نحو متكرر، بأنّه: "تبعاً للاجتهاد القضائي المتواصل على نحو ثابت سواء على الصعيد الإقليمي أو الوطني، فإنّ الأحكام المتعلقة بحظر الاتفاقات غير المشروعة، لا تطبق من حيث المبدأ على التفاهات المبرمة بين المؤسسات فيما يخصّ العلاقات القانونية أو المالية التي تجمعها، مثل العلاقات بين المؤسسة الأم وفروعها...، إذا لم تكن تتضمن استقلالية تجارية ومالية، فغياب هذه الاستقلالية تجعل من الفروع المختلفة، وحدة اقتصادية واحدة، ومن تمّ لا يمكن أن تخضع لقانون التفاهات."⁵

¹ "... Le responsable du marché sur la nature, la portée, l'entendue ou l'intensité de la concurrence.", Cons. Cons. F, Rapport annuel 2006, op.cit, P241.

² Cons. Con.F.déc n°03-D-01 du 14/05/2003, relative au comportement de sociétés du groupe l'Air liquide dans le secteur des gaz médicaux, point 126, www.utorite.de.la.concurrence.fr. Date de visite : 17/03/2016.

³ Cons.Con.F. avis n°03-A-02 du 18/03/2003 relatif aux conditions propres a assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public point 10, www.utorite.de.la.concurrence.fr date de visite 17/06/2016.

⁴ Ibid, point25.

⁵ Cons. Conc.déc n°03-D-01 déc. point 123, op, cite.

ومع ذلك وفي عدد من القضايا المتعلقة بعروض المؤسسات (الشركة الأم، وفروعها)، تمت الإدانة على أساس وجود تفاهات مقيدة للمنافسة، بعد أن قدّمت هذه المؤسسات عروض منفصلة في مناقصات، في حين أنها لم تكن متمتعة بالاستقلالية المشار إليها سابقا، قبل المؤسسة الأم من بين هذه الحالات ما يُعرف بقضية "لوحات الإشارات"، التي يتجلى من خلالها مدى صعوبة تقدير ومعالجة الممارسات المتعلقة بالمنافسة وتحديد طبيعتها، وتضارب العمل القضائي¹ بشأنها، فعقب تحقيق باشرته المصالح التابعة لوزارة الاقتصاد، المالية والصناعة الفرنسية حول صفقات شراء لوحات الإشارات المرورية (الإشارات الطرّقية)، انطلق في الفترة الممتدة بين 1994 و1999، فإن مجلس المنافسة الفرنسي وبطلب من وزير الاقتصاد وبعد اضطلاع على القضية، قرر إدانة ثماني (8) مؤسسات لمخالفتها لأحكام المادة L.420-1 من التقنين التجاري الفرنسي من بين هذه المؤسسات حالة مؤسسة الإشارات² (Sociétés Signaux la porte et crapie)

¹ Cons. Con .F. déc n°03-D-07 du fév2003 relative a les pratiques relevées lors de la passation de marchés de panneaux de signalisation routière verticale par des collectivités ; C.A Paris, 18 nov. 2003, op, cite.

² Les sociétés Signaux Laporte et crapie appartenaient à l'époque des faits- aux établissements Laporte. Ces deux sociétés avaient répondu séparément à un appel d'offre lancé par la société des Autoroutes du Sud de la France. Avant le départ des offres, la sociétés Crapie avait reçu une télécopie de la part de la société Laporte l'informant sur les prix a reporter dans son offre. Dans sa communication des griefs, le Conseil reprochait aux des sociétés d'avoir enfreint les règles de concurrence en remettant des offres faussement indépendantes. Pour leur défense, Laporte et Crapie faisaient valoir que, compte tenu "de l'identité des actionnaires et des dirigeants, de l'existence d'équipes commerciales et de production communes et de l'unité de gestion qui était pratique", elles ne pouvaient être considérées comme autonomes et partant, ne pouvaient être condamnées pour entente. Toutefois, le Conseil n'a pas retenu cet argument et a considéré au contraire que "[c]es éléments [...] ne sauraient conduire à écarter la qualification d'entente anticoncurrentielle".

Il ajoutait que : "l'entreprise unique Laporte- Crapie a délibérément remis aux acheteurs public deux offres faussement indépendantes et résultant d'une concertation préalable pour accroître ses chances d'emporter les marchés, leur présentant ainsi une situation biaisée de la concurrence". Finalement, le Conseil décidait que les deux sociétés avaient enfreint les dispositions de l'article L. 420-I du code de commerce.

Les sociétés Signaux Laporte et Crapie ont alors formé un recours en annulation contre le décision du Conseil de la concurrence en excipant a nouveau du fait qu'étant dépourvues de toute autonomie, elles constituent une entreprise unique pratiquant une unité de gestion, comme l'a reconnu le Conseil, ce qui exclut l'application a leur encontre des dispositions de l'article L.420-I du code de commerce qui prohibe les ententes.

La cour d'appel de Paris a confirmé la décision du Conseil de la concurrence mais a modifié quelque peu l'argumentation. Elle a en effet considéré que le conseil avait, "malgré une maladresse d'expression, exactement considéré que les requérantes personne morales distinctes, avaient, en déposant des offres séparées, manifesté leur autonomie commercial et, ainsi, choisi de se présenter lors des appels d'offre comme des entreprises concurrentes", Il en résultait que, "quels que soient les liens pouvant exister entre elles, les sociétés Signaux Laporte et Crapie étaient tenues de respecter les règles de la concurrence auxquelles elles s'étaient soumises, ce qui excluait qu'elles puissent présenter des offres dont l'indépendance n'était qu'apparente.", www.autorite.de.la.concurrence.fr

فضمن هذه القضية بالذات يمكن الوقوف على دور سلطة الضبط (سلطة المنافسة الفرنسي)، الذي تمّ اللجوء إليه من طرف هيئات الرقابة في وزارة الاقتصاد الفرنسي، لتحديد طبيعة الممارسات القائمة في صفقات عمومية، حيث تبث وجود عمليات تنسيق وتبادل للمعلومات بين المؤسسات الفروع للمؤسسة الأم، وتمت الإدانة بالاستناد على وجود تفاهات محظورة، رغم عدم تمتع هذه المؤسسات بالاستقلالية، وعلى خلفية هذا العمل يمكن تبني الحالة التي تكون فيها سلطة الضبط، على إثر المشتري العمومي بتدعيم حماية الصفقات العمومية عبر وسائل قانون المنافسة.

2- التعاقد من الباطن في الصفقات العمومية، أو بواسطة مندوبين:

رتّب المرسوم الرئاسي 247/15 أحكام المناوبة في عقود الصفقات العمومية، ضمن الفصل الرابع منه في القسم السادس، من المادة 140 إلى المادة 144 من المرسوم الوارد ذكره، ويُقصد بالمناولة في مفهوم المرسوم وفق نص المادة 140 منه، أن يكون للمتعاقد المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة سلطة في أن يعهد بتنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة، على أن لا يتجاوز الجزء محل المناولة ما قيمته أربعون في المائة (40%) من المبلغ الإجمالي للصفقة¹.

هذا وتنص المادة 142 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: "يجب على المناول الذي يتدخل في تنفيذ صفقة عمومية أن يعلن تواجده للمصلحة المتعاقدة."

وعقد المناولة بهذا المفهوم، لا يخرج من عقد المقاول الفرعية في أحكام الشريعة العامة، إلا من حيث أطرافه وطبيعة العلاقات القانونية ومقدار المناولة، حيث تنص المادة 564 من التقنين المدني على: "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية."

ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولاً عن المقاول الفرعي اتجاه رب العمل."

فمن باب المقاربة فإنّ إسناد صفقة عمومية لمتعامل اقتصادي مرهون بكفاءة العرض التنافسي الذي قدّمه، وبغض النظر عن كفاءة المتعامل الاقتصادي كمؤسسة حائزة لصفقة عمومية، فإنّه بدهاءة يفترض اعتبار كفاءتها بكفاءة العرض المقدم من طرفها، وعلى هذا الأساس فإنّ عقد المناولة لا يفترض أيّ اعتبار لكفاءة المتقدم بالعرض، وكفاءة المناول التي من المفترض أن تكون بنفس كفاءة المتعامل المتعاقد، هذا بغض النظر عن الحال الذي يتعدد

¹ تنص الفقرة الثانية من المادة 140 من المرسوم الرئاسي 247/15 على: "ولا يمكن أن تكون صفقات اللوازم العادية محل مناولة، ويقصد باللوازم العادية اللوازم الموجودة في السوق والتي هي غير مصنعة استناداً إلى مواصفات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة."

فيه المناولون ومن تم يتحوّل المتعامل المتعاقد إلى طالب يسعى لتلقي عروض تتعلق بالجزء من المناولة.

هذا وإن كان ما يمكن أن نصلح عليه بعقود الباطن، أو عقود المندوبين لا تمثل مخالفة لأحكام القانون، ولا يمكن الحكم بعدم مشروعيتها، إلا أنّ وجودها قد يؤثر على مصداقية طلب العروض من أساسه، فما الذي يمنع من أن يكون تمّ تفاهات بين المتعامل المتعاقد والمؤسسات المناولة بعدم تقديم عروض مقابل تشارك الصفقة العمومية، كما يمكن أن يكون فعلا تمّ تقديم عروض غير تنافسية تدليسية من قبل من استفاد من عقد المناولة، ومن تمّ فما الذي يمنع من وجود تبادل فعلي للمعلومات بين المؤسسات التي ساهمت في تقديم عروض، أو حتى تلك التي لم تتقدم بعروض؟

هذا وإن ألزمت المادة 142 من المرسوم الرئاسي 247/15، المناول الذي يتدخل في تنفيذ صفقة عمومية بإعلان تواجد المصلحة المتعاقدة، فإنّ الحال الذي يفترض المعالجة يتضمن المرحلة السابقة عن إعلان المنح المؤقت للصفقة، ومن تمّ وجب إعلام المصلحة المتعاقدة بالعروض التي تحمل تعاقداً من الباطن أو بواسطة مندوبين، إذ من المفترض أن تكون من الالتزامات التي تقع على عاتق المتعهدين، ويكون على المصلحة المتعاقدة التزام، تبيّن مصداقية العروض ببحث طبيعة العلاقات التعاقدية، أو الفعلية التي تربط مقدمي العروض بعضهم ببعض.

إنّ تقدّم المتعهدين بعروضهم دون الإشارة إلى العلاقات التي تربطهم بعضهم ببعض أو حتى بمؤسسات أخرى لم تتقدم بعروضها لكن يمكن أن يكون لها دور في تنفيذ الصفقة، يمكن أن يؤثر على عملية تقديم العروض، حيث تضمّن قرار لمجلس المنافسة الفرنسي أنّ: "العروض التي لا يشير فيها المتعهدون إلى العلاقات التي تجمعهم، وتفتقر إلى المعلومات الضرورية والكافية التي تتيح للمصلحة المتعاقدة الوصول إلى ذلك (وجود علاقات بين المؤسسات)... فإنّه بأي حال لا يمكن اعتبار العروض مستقلة عن بعضها البعض"¹، ومن تمّ فإنّ مشاركة مجموعة من المؤسسات صفقة عمومية، ترتبط فيما بينها عبر عقود من الباطن أو باعتبار أحدها مندوبا عن مؤسسة أخرى يعتبر من الممارسات المخالفة للمنافسة، ويعتبر عملاً غير مشروع، ناهيك عن استفادة هذه المؤسسات بعضها من بعض عبر عقود المناولة، ومن تمّ فعدم استقلالية العروض لا يؤدي إلى تحقيق الهدف من المناقصة أو الدّعوة إلى المنافسة.

على هذا الأساس فإنّه غالباً ما يكون وجود عقد المناولة سبباً مباشراً في وجود عروض من الباطن، أو بواسطة مندوبين، وتقديم مثل هكذا عروض يقيد المنافسة، ويؤدي إلى تقسيم الأعمال المتعلقة بالصفقات العمومية، وهي ممارسات مختلطة يدخل فيها مفهوم الاتفاق، كما

¹ Cons.Conc.F. déc n°93-D-3 nov. 1993, Marchés d'aménagement paysager dans le département des Bouches du Rhône, B.O.C.C.R.F, 31 déc. 1994, op. Cite, P.358.

تدخل في تطبيق نص المادة 7 من الأمر 03/03، على اعتبار أنها ممارسات تؤدي إلى تقسيم السوق، وتؤثر في حرية تقديم الأسعار.

المطلب الثاني: اتساق وفاعلية حماية المنافسة بمقاربة قانون المنافسة وقانون الصفقات

قبل الخوض ضمن أي تجاذبات يعرفها السوق بمفهومه المجرد، ويعكس واقع السوق على أنه المكان الذي يجتذب العروض، والذي تتم فيه عملية المبادلة بين عناصر الإنتاج بعضها بعضاً، فإن السوق كمجال لعرض واستقطاب الفاعلين الاقتصاديين في مجال الخدمات التي يطلبها أشخاص عموميون، وفق الوسائل القانونية، وعبر الالتزام بما تحدده الإجراءات المرعية لطلبها، فإن خلق بيئة يُحَقَّق فيها الطلب العمومي، وفق أحسن الشروط وأكملها، وضمن المجالات التي تضمن تحقيق الحاجات المتعاقد عليها يستلزم:

- وجود إطار قانوني محكم لنظام الصفقات العمومية، يشمل تبسيط لمساطر إجراءات الإبرام المتعلقة بالصفقات العمومية، ويضمن في آن آخر خضوع المتعاقدين لمتطلبات تقديم أحسن العروض عبر تفعيل واحترام، ومراقبة البيئة التنافسية للسوق محل المعاملة (الصفقة).

- وإذا كان قانون الصفقات العمومية يعمل في شكل مشغّل ومحفز لآلية عمل السوق الطبيعية القائمة على أسس من المنافسة، بحيث أنّ الصفقات العمومية تخضع وجوباً للمنافسة، كعمل آلية السوق، فإنّ قانون المنافسة يضبط البيئة العامّة للسوق حتى في غياب عقود خاصة متعلقة بالصفقات العمومية، ومن تمّ تحديد الإطار العام للمنافسة ينعكس على تحديد الإطار الخاص للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، علاوة على ما يتضمنه قانون الصفقات العمومية في هذا المجال.

نعرض إلى دراسة تكامل وتطابق فاعلية حماية المنافسة في مجال عقود الصفقات عبر قانون المنافسة، وكذا قانون الصفقات العمومية من خلال:

الفرع الأول: تأكيد تطبيق قانون المنافسة من طرف المشتري العمومي

إنّ احترام المبدأ العام في المساواة، الذي تمّ النصّ عليه في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15، إلى جانب عدد من المبادئ الأخرى، التي تسهم في مجموعها في إعطاء شفافية لتعاملات المشتري العمومي، وتضع ميزان مضبوط لسوق الطلب العمومي، بحيث لا يتمّ توجيهه وفق النّقل الاقتصادي لمتعامل ما في السوق على حساب الفاعلين الآخرين، ما يضمن من جهة أخرى تسهيل عملية الرّقابة على صرف المال العام.

إذ عبر المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 أعلاه، وكذا من خلال تحري إجراءات إبرام الصفقات العمومية، والتي سبق وضع محطات بها عبر جزئيات هذه الرسالة، نقف على تحميل قانون الصفقات العمومية بمجموعة من المبادئ التي مرّت عبر قواعد إجرائية

وموضوعية في تنفيذ الصّفقة العمومية، تنسجم وتستجيب لمتطلبات تفعيل المنافسة، وتنسّق إلى أبعد الحدود ونصوص قانون المنافسة.

إنّ المنافسة بين المؤسسات المترشحة للصفقات العمومية يستلزم حماية المنافسة، إذ تنصبّ هذه الحماية على المنافسة ذاتها لا على أشخاصها، ومن تمّ فإنّ حماية المنافسة يكون عبر تقيدّ الفاعلين بمبادئها، هذا الانضباط الجماعي يؤدي إلى خلق حماية استثنائية للفاعلين أنفسهم، وهذا ما يمكن حمله إلى تطبيق مبدأ المساواة في عقود الصفقات العمومية.

فانطلاقاً من مبدأ المساواة وعبر التأكيد على حماية الصفقات العمومية عبر تفعيل قواعد المنافسة، وسواء عبر حماية الطلب العمومي، أو حماية العروض بالمعنى الذي تكون فيه العروض معبّرة عن حجم تنافسية السوق وفي كلا الحالتين يمكن الوقوف على حماية العروض (الصفقات العمومية)، من خلال قواعد القانون العام، وهذا ما يمكن تبنيه من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Million et Marais" الذي يبرر هذا السياق¹، كما أنّ مبدأ المساواة² وضمن الحدود التي سبق عرضها يضمن انخراط جميع الفاعلين الاقتصاديين في المنافسة على الطلب العمومي في حدود التأهيل المطلوب، على النّحو الذي يسمح بمساهمة المؤسسات الصّغيرة والمتوسطة في الفاعلية الاقتصادية، وهو ما تم مراعاته فعلاً عبر نصوص قانون المنافسة³، وكذا قانون الصفقات العمومية⁴.

إنّ دخول المؤسسات الصّغيرة والمتوسطة لسوق الصفقات العمومية وفق أوليات قانون الصفقات العمومية، يندرج تحت بند ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج في الحالة التي تكون فيها هذه المؤسسات قادرة على الاستجابة لحاجات المصلحة المتعاقدة. في إطار تأهيلها وإدماجها لموازنات السوق ولمسار المنافسة فيه دون أن يؤثر ذلك في احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة وآجال الانجاز.

فرفع الكفاءة التنافسية للمؤسسات الوطنية يستجيب في حال المؤسسات الصّغيرة والمتوسطة والتي تستفيد عبر نصوص قانون المنافسة من الإعفاء للخضوع لأحكام المادة 6 و7 من الأمر 03/03، عبر الترخيص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها

¹ هامش 2 ص 142، من هذه الأطروحة.

² Le Tribunal Administratif de Clermont-Ferrand a considéré qu'aucune atteinte n'avait été portée «aux règles de la concurrence et au principe de l'égalité entre les candidats» dans une hypothèse ou il relevait pourtant que «l'objet même du contrat librement défini par la commune avait effectivement pour conséquence de rendre difficiles sinon impossibles les candidatures des petites entreprises incapables, financièrement, notamment, d'assurer toutes les missions demandées», et notamment, le financement des travaux et prestations (C.F.T.A Clermont-Ferrand, 30/03/1993, M, le préfet de l'Allier c/ commune de vichy, Entreprise, Jean Lefebvre www.clermont-ferrand.tribunal-administratif.FR/30/03/93. date de visite 15/03/2016.

³ المادة 9 من الأمر 03/03 .

⁴ المادة 17، 85، 87 من المرسوم الرئاسي 247/15.

أنها تؤدي إلى تطوّر اقتصادي، أو يكون من شأنها السّماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق.

هذا وتنصّ المادة 87 الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي 247/15 على: "عندما يمكن تلبية بعض حاجيات المصالح المتعاقدة من قبل المؤسسات المصغرة، كما هي معرفة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، فإنه يجب على المصالح المتعاقدة إلاّ في الحالات الاستثنائية المبررة قانونا، كما ينبغي تخصيص هذه الخدمات لها حصريا مع مراعاة أحكام هذا المرسوم."

ومن تمّ نلحظ اتساق نص هذه المادة مع حالة الترخيص من طرف مجلس المنافسة التي تستفيد منه المؤسسات الصّغيرة والمتوسطة المنصوص عليها في المادة 9 من الأمر 03/03، وتضيف الفقرة الثالثة من المادة 87 من المرسوم الرئاسي 247/15، على أنّ تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة يمكن أن تكون في حدود 20% على الأكثر من الطلب العام لصالح المؤسسات الصّغيرة والمتوسطة.

كما تضيف الفقرة 6 من المادة السابقة على أنه: "يتعيّن على المصالح المتعاقدة إبلاغ الهيئات المكلفة بترقية إنشاء المؤسسات المصغرة بكل المعلومات التي تخصّ منح الخدمات (المذكورة في نص المادة 87) وتنفيذها."

وتدخل هذه التسهيلات في إطار تأهيل المؤسسات الوطنية للمنافسة، والعمل على ترقيتها وإدماجها، وهيكلتها بالكيفية التي تستجيب لقانون المنافسة الذي هو في تطوّر دائم، في إطار أقلمة السوق الوطنيّة مع وتيرة المنافسة.

وضمن حدود المنافسة المدروسة التي تسعى إلى إشراك جميع فعاليات السوق في بناء الاقتصاد الوطني وعلى نفس المبادئ التي يستقيم عليها قانون المنافسة، فإنّ الفقرة ما قبل الأخيرة من نص المادة 87 من المرسوم الرئاسي 247/15، تضيف بأنّه: "يجب على المصلحة المتعاقدة ألاّ تشترط على المؤسسات المصغرة المنشأة حديثا التي لا يمكنها أن تقدّم، على الأقل حصيلة السنة الأولى من وجودها، إلاّ وثيقة من البنك أو من الهيئة المالية المعنية تبرر وضعيتها المالية، كما لا تشترط عليها المصلحة المتعاقدة المؤهلات المهنية المماثلة للصفقة المعنية، بل تأخذ بعين الاعتبار تلك المثبتة بالشهادات."

كما أنّ مبدأ حرية المنافسة الذي يتأسس وفقه قانون المنافسة، يعدّ من الالتزامات التي تبنّاها وكفلها قانون الصفقات العمومية عبر مختلف نصوصه الإجرائية منها والموضوعية، ويمكن إبراز ذلك من خلال نص المادة 42 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تحدد أشكال طلب العروض¹، حيث تنصّ المادة 43 من ذات المرسوم على أنّ: " طلب العروض

¹ المادة 42 من المرسوم الرئاسي 247/15: "يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/أو دوليا، ويمكن أن يتم حسب احد الأشكال الآتية:

المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أيّ مترشح مؤهل أن يقدم متعهداً. " وقد تطرقت المواد من 53 إلى 58 من المرسوم الرئاسي 247/15 إلى كل ما يتعلّق بتأهيل المرشحين والمتعهدين للصفقات العمومية.

وتضيف المادة 1/44 من المرسوم الرئاسي المشار إليه على أنّ: "طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً قبل إطلاق الإجراء، بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة."، أما بالنسبة لطلب العروض المحدود فهو تبعاً لنص المادة 1/45 من ذات المرسوم، إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تمّ انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد، بحيث يكون للمصلحة المتعاقدة أن تحدد العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي، لخمسة منهم، على أن يحدد ذلك في دفتر الشروط.

وتعدّ المسابقة طبقاً لنص المادة 47 من المرسوم الرئاسي 247/15 إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد انجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة بعد أخذ رأي لجنة التحكيم الوارد النصّ عليها في المادة 48 من ذات المرسوم، هذا وتكون المسابقة محدودة أو مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا وفق ما تنصّ عليه الفقرة الأولى من المادة 48 من المرسوم المشار إليه.

فعبّر أشكال طلب العروض المنصوص عليها في نص المادة 42 من المرسوم الرئاسي 247/15 يمكن استبيان درجة انحياز قانون الصفقات العمومية لتبني مبدأ حرية المنافسة لتنفيذ الطلب العمومي، فهذه الأشكال تستجيب لمنطق المنافسة الذي يدعم وجود سوق تنافسي تنشط به مؤسسات قادرة على المنافسة، ومن تمّ فإنّ هذا المبدأ والذي أخذ به قانون الصفقات العمومية يعمل على حماية المنافسة، وتعزيز قدرات السوق بالكيفية التي لا تؤدي إلى إقصاء المتنافسين، ولا تعمل من جهة أخرى على حماية المؤسسات التي لا تستجيب لأدنى معايير المنافسة، بحيث يقارب في هذا الشأن قانون المنافسة الذي يهدف إلى حماية المنافسة لا المتنافسين، والذي ينتج عنه بالضرورة توفير البيئة الآمنة لنمو المؤسسات الصغيرة، وزيادة كفاءة المؤسسات الكبرى.

وهذا ما يفسر اللجوء إلى التراضي ضمن حالات محددة ومحصورة، حيث تنصّ المادة

1/49 على: "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط.."

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

وكذا تنص المادة 1/51 من المرسوم الرئاسي 247/15 على: "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة، في الحالات الآتية..."

هذا ما يعكس بجد أن تكون عقود الصفقات العمومية عقود تنافسية بامتياز، بحيث أنه ورغم خضوعها لقواعد تنظيمية دقيقة مؤطرة بموجب قانون الصفقات العمومية، ونصوصه التطبيقية، إلا أنها مبنية على ثنائية توافقية بين البعد التقني الضبطي والبعد التنافسي، الذي يمكن من خلاله إنفاذ قواعد المنافسة، والإستئناس بتطورات قانون المنافسة في معالجة القضايا المتعلقة بالطلب العمومي.

هذا وتنص المادة 1/74 من المرسوم الرئاسي 247/15 على: "إذا تنازل حائز صفقة عمومية قبل تبليغه الصفقة أو رفض استلام الإشعار بتبليغ الصفقة، فإنه يمكن المصلحة المتعاقدة مواصلة تقييم العروض الباقية، بعد إلغاء المنح المؤقت للصفقة، مع مراعاة مبدأ حرية المنافسة ومتطلبات إختيار أحسن عرض من المزايا الاقتصادية..."

وفي هذا الإجراء تأكيد على حرية المنافسة، بحيث أنه يضمن حق المتعاملين الآخرين في البقاء في قائمة العروض المعالجة دون الإلغاء الكلي للعرض، وترتيب طلب عرض جديد إذ يضمن فاعلية الطلب العمومي من جهة، ويكرّس حقوق المتعاملين الاقتصاديين عبر ضمان منافسة عادلة بين العروض المتبقية، ولا يحيد عن حاجة المصلحة المتعاقدة في إختيار أحسن العروض من حيث المزايا الاقتصادية.

هذا وبالنظر لنص المادة 1/81 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تنص على: "يمكن المترشحين والمتعهدين أن يقدموا ترشيحاتهم وعروضهم في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، شريطة احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة."

نجد أنّ الإحالة إلى إحترام قواعد المنافسة كما هي مبيّنة في قانون الصفقات العمومية، وكما هي كذلك في قانون المنافسة على اعتبار أنه ينظم المسائل المتعلقة بالتجميعات يدخل في باب رغبة المشتري العمومي المشروعة في أن يلتزم المتعاملون الاقتصاديون القائمون بالتدخل في صفقة عمومية بالضوابط والأصول والواجبة المفروضة عليهم بالنظر لمجمل النصوص القانونية المنافسة، بما يضمن حسن نية المتعاملين.

إنّ استعراض جميع النصوص المتعلقة بقانون الصفقات العمومية، والتي لها ارتباط بقانون المنافسة من زاوية حماية المنافسة وترقيتها مسألة لا يمكن حصرها في بعض المواد، حيث أنّ قانون المنافسة يقع بجوار قانون الصفقات العمومية في تنظيمه لتدخلات المتعاملين الاقتصاديين كلّ فيما يعنى به.

على أنّ قانون المنافسة يعدّ المرجع الأساس في تأصيل عمل المتعاملين الاقتصاديين في السوق، بمناسبة تدخلهم في صفقة عمومية عبر دراسة وتحديد الأنماط من الممارسات التي ينتهجها هؤلاء قبل وأثناء وحتى بعد تنفيذ الصفقة العمومية، ومن تمّ فإنّ الطلب

العمومي يقع محل موازنة بين قوة السوق، وقوة ضبط السوق، وتتحدد نجاعة الطلب العمومي عبر الوسائل والآليات التي تضمن للمشتري العمومي اختيار أحسن العروض الفعلية والواقعية التي لا تكون محل تلاعب وأساليب تدليسية للمتعاملين.

فمكافحة المخالفات المتعلقة بقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية، يظهر من خلال التعديلات المتكررة التي خضع لها قانون الصفقات العمومية، ما يفيد ارتفاع معدل الصفقات المشبوهة ومظاهر التواطؤ بين مقدمي العروض في المناقصات العمومية، فبناءً على النشيرة الرسمية للمنافسة الصادرة عن مجلس المنافسة لسنة

2015¹، فإن ما قيمته 15% من مجموع الإحالات التي عرضت أمام مجلس المنافسة سنة 2014 تتعلق بقضايا خرق قانون الصفقات العمومية، حيث تكثرت العروض التواطئية والاتفاقيات بين المؤسسات التي تتنافس على الطلب العمومي بهدف اقتسام الأسواق.

الفرع الثاني: تامين مبادئ المنافسة عبر قانون الصفقات العمومية، وقانون المنافسة

إنّ ما يبني عليه التحليل في هذه المرحلة يقوم على بعث تساؤل مداره تقصي الحماية المفترضة للطلب العمومي، المؤطرة قانوناً في كلّ من قانون الصفقات العمومية وكذا قانون المنافسة.

إنّ هذا البحث يتحرى إمكانية الاختلاف القائم بين طبيعة الحماية التي تتمتع بها المنافسة بالنظر لقانون المنافسة، في مقابل طبيعة هذه الحماية بنظر قانون الصفقات العمومية.

وحيث أنّ تطبيق مبدأ حرية المنافسة في عمليات الطلب العمومي يتقاطع بعدة أوجه مع مبدأ المساواة، وحرية الوصول إلى الطلب العمومي، وشفافية الإجراءات فإنّ تطبيق هذه الحرية (حرية المنافسة)، يتأسس على النحو الذي يؤدي لتحقيق المصلحة العامة، بحيث أنّ فكرة حماية المنافسة، تتأسس كفكرة وامتداد قانوني لمفهوم المصلحة العامة، بالمعنى الذي يكون فيه حماية المنافسة في الطلب العمومي، قائمة على أساليب القانون العام، بحيث أنّ أعمال المنافسة لا تنقيد بالضوابط القانونية التي تفرض تحرير سوق الطلب العمومي،

¹ وبحسب عضو مجلس المنافسة، جيلالي سليمان، فإنّ التدابير التشريعية التي تضمن الوقاية من التواطؤ في الصفقات العمومية، تمّ التنصيص عليها في القانون 03/03 الذي ينظم عمل مجلس المنافسة وكذا في القانون 247/15 المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث تعاقب أحكام التصيين الممارسات المشبوهة التي تمس بقواعد المنافسة، موضحاً بأنّ القضاء هو الجهة المخولة بإقرار الأحكام الردعية ضد هذه الممارسات. وأشار في نفس السياق إلى أنّه من بين الأعمال التي تثير الشبهة في الصفقات العمومية إعداد دفاتر شروط تخدم مصالح مؤسسات بعينها على حساب مؤسسات أخرى، وفيما أوضح بأنّ المجلس لا يتوفر على الأرقام التي تخص المخالفات المسجلة في السنوات الأخيرة، كشف عن تسجيل 73 حالة استفادة مؤسسات من امتيازات غير مبررة في 2010، بينما تراجع عدد هذه الحالات إلى 39 حالة في 2012، نقلاً عن جريدة جزايرس عبر الموقع الإلكتروني: www.djazairress.com/elmassa/117192 تاريخ الزيارة 2015/12/25.

وحسب، وإنما يتعداه إلى وجوب أعمال حرّية المنافسة بالكيفية التي تستجيب لتحقيق الغاية منها.

هذا وإن كان النّظام القانوني الوطني يتأسس وفق مفهوم ازدواجية القانون، على نحو من الفصل بين القانون الخاص والقانون العام، فإنّ بعث مسألة الحماية القانونية للمنافسة، إمّا أن يقع محل وحدة مطلقة، أو محل تشابك، على النّحو الذي تُعالج فيه واقعة المنافسة الحرّة، من زاوية ومحل القانون المعالج، وهو ما من شأنه أن يؤثر على تماسك الحماية العامّة للمنافسة.

إنّ مقارنة تقديرية لقياس حرّية المنافسة يمكن النّظر إليها وفق منظار ومقاربة حرّية في الفعل من عدمه، حيث أنّ الفرق الأساسي بين عقود الصّفقات العمومية، والعقود الخاصّة يكمن في الحرّية التي تمتلكها المؤسسات التي لها حق اختيار المتعاقد معه، في حين أنّ المشتري العمومي يقع تحت مسطرة إجرائية توجب عليه اختيار المتعاقد معه، وفق مقاييس تراتبية، يكون غاية ما يُهدف منها الوصول إلى فاعلية الطلب العمومي على النّحو الذي يضمن مشاركة الكافة من المتعاملين الاقتصاديين لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة. بحيث يقع هؤلاء محل مساواة قانونية مؤطرة في شكل مبادئ عامة بنص المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15.

هذا وإنّ عدم حرية المشتري العمومي في اختيار المتعامل المتعاقد معه لا يحول بأيّ شكل من الأشكال في حصول هذا الأخير على العرض التنافسي الأحسن باعتبار اختيار العرض الذي يضمن كفاءة الطلب العمومي على النّحو: "أحسن شراء، بأحسن كلفة"، من هذا المنطلق فإنّ مساق المنافسة يتحدد بالوجه الذي يؤدي فيه اختيار المشتري العمومي لمتعاقد معين شارك لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة، حيث أنّ أفضلية الاختيار راجع لأفضلية العرض، ومن تمّ فإنّ المنافسة عبر إجراءات الصّفقات العمومية تُحدد الكفاءة الأفضل من بين الكفاءات المتوفرة والمتقدمة لتلبية الطلب العمومي، والموازنة على المشاركة في المناقصات، تسمح له بتحقيق حاجياته ضمن أفضل الشروط وفق أحسن المعايير.

إنّ نظام الصّفقات العمومية يسمح بإفراز نخبة من المؤسسات القادرة على المنافسة، كما يسمح بالاضطلاع على أحدث ما يمكن أن تنتهجه هذه المؤسسات من وسائل لا مشروعة، ووسائل لا تنافسية للاستحواذ على الطلب العمومي.

إنّ الفرق الجوهرية بين طبيعة الممارسة الفعلية للمنافسة في حدود سوق معين تتغير بحسب إمكانية مراقبة القضاء الإداري للممارسات المنافية للمنافسة من عدمه، حيث أنّ التأثير على طبيعة المنافسة يتحدد بمدى خضوع السوق لقواعد القانون العام، ومن تمّ قدرة القضاء الإداري على فرز ومعالجة المسائل المرتبطة بالمنافسة.

إنّ ضمان حرية المنافسة يُعزز بسبل متعددة بحالات مختلفة لاختصاص القضاء، بإطلاقه في الفصل في القضايا المتعلقة بالمنافسة، على أنّ ولاية القضاء الإداري على عقود الصفقات العمومية، مسألة لا خلاف فيها، وتقع محل الرقابة الأصلية في إبرام وتنفيذ عقود الصفقات العمومية، على أنّ لمجلس المنافسة سلطة تقييم ودراسة وتحليل الظروف العامّة لعقود الصفقات العمومية، بناءً على حصيلة السوق، أو بناءً على تحقيقات مباشرة فعلا من هذه السلطة تشمل خروقات وممارسات لا تنافسية يرتكبها المتعاملون الاقتصاديون بمناسبة إعداد أو تنفيذ صفقة عمومية.¹

إنّ كلاً من الإطار العام لقانون المنافسة، وقانون الصفقات العمومية يتضمن المحددات التي تمارس ضمنها وفي إطارها حرية المنافسة، ومن تمّ فإنّ أيّ تقييد لأيّ عمل ضمن أيّ من القانونين لا يخرج عن كونه إجراء يهدف إلى تكيف أحسن وأمّثل لممارسة الحرية التنافسية، فتستطير طائفة من المحظورات في قانون المنافسة، مبدأ يطال الفعل أو الممارسة ذاتها دون أن يطال المؤسسات، أو المتنافسين، ومن تمّ فإنّ التحديد المجرد لما يمكن أن يعيق المنافسة وفق ما هو مبين في الأمر 03/03، ونسخ المحظورة مما هو كائن في نص قانون المنافسة عبر قانون الصفقات العمومية يسمح بإبراز المسار المشارك الذي تقوم عليه الفاعلية التنافسية ليس بالنظر إلى أساليب القانون الخاص وحسب، وإنما بالنظر أيضا إلى أساليب القانون العام.

هذا سواء فيما يتعلق بأسلوب التعاقد، أو ما يتعلّق بحفظ النّظام العام الاقتصادي، وإذا ما تمّ النّظر إلى سلطة مجلس المنافسة على أنّه: "سلطة إدارية مستقلة"، تبعا لنص المادة 23 من الأمر 03/03، فإنّ هذا التوصيف يجيد بها عن اعتبارها هيئة قضائية مختصة بشؤون المنافسة، رغم توافر عناصر التّوصيف القضائي لهذه الهيئة التي تحوز على جانب من السّطة القمعية²، فقد نصّت الفقرة الثانية من المادة 63 من الأمر 03/03 على أنّه: "لا يترتب عن الطعن لدى مجلس قضاء الجزائر أيّ أثر موقوف لقرارات مجلس المنافسة، غير أنّه يمكن رئيس مجلس قضاء الجزائر في أجل لا يتجاوز خمسة عشر (15) يوما، أن يوقف تنفيذ التدابير المنصوص عليها في المادتين 45 و346، الصّادرة عن مجلس المنافسة عندما تقتضي ذلك الظروف أو الوقائع الخطيرة."³

هذا ويحدد الفقه الإداري، القرار الإداري بعنصر قابليته للتّنفيد، إذ يتمتع القرار الإداري قبل كل تحقق من القاضي، بقرينة ملائمة مع القانون.⁴

¹ Jean- Christophe GRALL et Erwan LE MORTHEDEC, op, cite, P22, 23.

² فتحي وردية، وقف تنفيذ القرارات الصادرة على السلطات الإدارية المستقلة، الملتقى الوطني، سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي، والمالي، يومي 23، 24 ماي 2007، جامعة بجاية، ص337.

³ تتعلّق المادتين 45 و46 من الأمر 03/03 بصلاحيات مجلس المنافسة في أن يقرر عقوبات مالية، وكذا اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيّدة للمنافسة موضوع التحقيق.

⁴ فتحي وردية، مرجع سابق، ص332.

من تمّ فإنّ عقود الصفقات العمومية، باعتبار أنّها عقود منافسة بامتياز، فهي محط لعديد الممارسات الموصوفة في قانون المنافسة والتي تؤثر على منوال ونمط المنافسة الطبيعي والشرعي، المفترض، وباعتبار نص المادة 2 من الأمر 03/03، فإنّ عقود الصفقة العمومية تخضع لقانون المنافسة، ليس باعتبار الوجه الإداري للعقد، وإنّما لاعتبارات المساس بالنشاط الاقتصادي الذي يدخل في مجال تطبيق الأمر 03/03، ومن تمّ فإنّ نمط المنافسة الذي يقتضيه قانون الصفقات العمومية، يتقيد بالضوابط المفروضة على المنافسة لاعتبارات قانون المنافسة.

إنّ أقلمة قانون الصفقات العمومية على النّحو الذي يسمح لجميع المؤسسات الدخول في سوق الطلب العمومي، وفق المساطر الإجرائية، والموضوعية المنظمة وفق المرسوم المؤطر للصفقات العمومية، على نحو يعزز مكانة المنافسة في تحديد المستفيد من الطلب العمومي، يتعزز بتدعيم هذه المنافسة بالكيفية التي يتحقق معها استفادة الطالب العمومي من وجود المنافسة التي يقتضيها إبرام الصفقات، على النحو الذي تتحقق بموجبه الكفاية بتلبية الحاجات العامة للمصالح المتعاقدة، وفق مضامين تحقيق المصلحة العامّة، والتي تتحقق بتحقيق أقصى انتفاع من التفعيل السليم للمنافسة، وإن سلطة مجلس قضاء الجزائر في وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة يدخل في هذا الإطار على النّحو الذي يضمن تحقق مبدأ انتظام سير المرافق العامة.

على هذا الأساس فإنّ ضمانات مبدأ المنافسة في عملية إبرام الصفقات العمومية تنزوي إلى إقرار مبادئ المنافسة المنصوص عليها في قانون المنافسة، وقد سبق¹ بيان كيف أنّ الأحكام والضوابط القانونية المؤسسة لمراحل إبرام الصفقة العمومية بدءا بإعدادها وتحديد الاحتياجات، والإعلان عن المناقصة، عبر الدعوة إلى تقديم العروض، جاءت مكرسة لمبدأ المنافسة الحرّة، ومتماشية مع توجهات قانون المنافسة في تأطير العملية التنافسية، وتحرير الاقتصاد من خلال تحرير الأسواق وتسهيل عملية الولوج إليها، وتوفير البيئة الآمنة القائمة على مبادئ المنافسة، التي تدعم تنافسية المؤسسات، وتوفر السوق الأمثل لمباشرة الأعمال.

وعلى اعتبار أنّ الصفقات العمومية تحمل قرينة مباشرة بالمال العام، فإنّ تفعيل مبدأ المنافسة لاعتبارات التحقيق الأمثل لحاجيات المصالح المتعاقدة، ولاعتبارات التماشي مع الأطر العامّة لقانون المنافسة، وزيادة على ما هو مقرر في كل من قانون الصفقات العمومية من تجريم لمختلف الممارسات المخالفة لتنظيم الصفقات العمومية، والتي تحمل في ذاتها طابع التجريم، وزيادة على العقوبات التي يمكن أن تسلط على المتعاملين الاقتصاديين في حال مخالفتهم لأحكام قانون المنافسة، فإنّ صدور القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006، والمتعلّق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الذي جاء نتيجة لمصادقة الجزائر

¹ الصفحة 78 من هذه الأطروحة، وما بعدها.

بتاريخ 2004/04/19 بواسطة مرسوم رئاسي¹ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 2003/10/31، حيث تضمن هذا القانون نصوص خاصة بتجريم المخالفات المرتكبة في مجال الصفقات العمومية.²

وبالنظر الى اختصاص القضاء الإداري الإستعجالي في مادة العقود الإدارية والصفقات العمومية، فتبعاً لنص المادة 946 (ق.إ.م.إ.)، فإنه يختص بنظر الدعوى إذا تعلق الأمر بالإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، والتي تخضع لها عمليات إبرام الصفقات العمومية، حيث تلتزم المصلحة المتعاقدة تبعاً لنصوص المرسوم الرئاسي 247/15 بتفعيلها لتحقيق نجاعة الطلب العمومي عبر ضمان التوازن بين حماية المال العام والتصريف الأمثل له، ونجاعة الخدمات المقدمة من جهة أخرى وهو الأمر الذي يمكن الوصول عليه عبر وضع آليات المنافسة موضع التطبيق الحسن والفعال.

هذا ولم يحدّد في نص المادة 946 (ق.إ.م.إ.) أجل رفع الدعوى، على أنّ الفقرة الثالثة من هذه المادة، تنصّ على: "يتمّ إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد." على أنّ أهمّ ما يُستشكل في هذه الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية هو التناقض بين الطابع الوقائي الذي تتسم به. من حيث أنّها تهدف إلى تصحيح المخالفات قبل إبرام العقد وإمكانية رفعها بعد إبرام العقد³، حيث تنصّ ذات المادة 2/946: "يتمّ هذا الإخطار... إذا أبرم العقد أو سيبرم..."⁴

هذا وقد تضمن الفصل الخامس من المرسوم الرئاسي 247/15 أحكاماً تتعلّق بالرقابة على الصفقات العمومية، وهو ما يضمن الالتزام بالمبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية والمسطرة في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15، هذا الالتزام بهذه المبادئ يقود إلى تكريس مبادئ المنافسة المجسدة عبر كافة الإجراءات والمراحل التي تمرّ بها الصفقات العمومية، كما يضمن بشكل ضمني وشرطي التوافق وأحكام قانون المنافسة.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 04-128، المؤرخ في 2004/04/19، المتضمن المصادقة بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 2003/10/31.

² المواد 25، 26، 27 من القانون 06-01، هذا وتنصّ المادة 9 من ذات القانون: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية، ويجب أن تتركس هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية،
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء،

- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية،

- ممارسة كل طرف الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية."

³ سلوى بومقرة، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، الملتقى

الدولي الرابع حول القضاء الاستعجالي الإداري، معهد العلوم القانونية، المركز الجامعي الوادي، 2011، ص32.

⁴ المادة 946/2: "يتمّ هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد الذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل للدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية."

فقد نصّت المادة 156 من المرسوم الرئاسي 247/15 على: "تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيّز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده.

تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة الوصاية."

كما أنّه وبالنظر لنص المادة 61 من القانون 190/21¹، المتعلّق بالمحاسبة العمومية، فإنّ تنفيذ الميزانيات والعمليات المالية للدولة والمجلس الدستوري والميزانيات الملحقة، ومجلس المحاسبة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري يخضع لمراقبة أجهزة ومؤسسات الدولة المخوّل لها صراحة بذلك بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما.

وتمارس هذه الرقابة المالية من قبل عدد من الهيئات نشير إلى ما لها ارتباط وثيق بالصفقات العمومية:

1- رقابة المجلس الشعبي الوطني: وتكون هذه الرقابة بمناسبة عرض مشروع قانون المالية عليه للتصويت، أو من خلال إنشاء لجان للرقابة، أو عبر استخدامه الوسائل العامّة في الرقابة كتوجيه الأسئلة الشفوية لأعضاء الحكومة، وإن كانت الرقابة المالية الممارسة من قبل المجلس تميل بطبيعتها إلى الجانب السياسي أكثر منها للشق المالي نظرا لاعتبارات تشكيلة أعضاء المجلس.

على أنّ الرقابة البرلمانية تتسم بخصوصية متفرّدة عن أشكال الرقابة الإدارية والقضائية، حيث أنّه بالإضافة إلى الرقابة التي يمارسها بواسطة التحقيق، يتلقى المجلس التقارير السنوية وقانون ضبط الميزانية، حيث يتلقى تقارير متعددة تخصّ تطبيق السياسة المالية منها:

- التقرير السنوي لتنفيذ المخطط الوطني للتنمية،
- التقرير السنوي للجنة المركزية للصفقات العمومية،
- التقرير السنوي للمفتشية العامّة المالية،
- تقرير المجالس الشعبية الولائية أو البلدية المتعلقة بالرقابة،
- التقرير السنوي لمجلس المحاسبة...²

2- رقابة مجلس المحاسبة:¹ وهو يراقب شروط استعمال وتسيير الأموال العمومية ويساهم في تقييم البرامج والسياسات العمومية، بحيث يعدّ أعلى مؤسسة للرقابة في مجال المالية

¹ القانون 90/21، المؤرخ في 15/08/1990، المتعلّق بالمحاسبة العمومية، ج.ر رقم 35، الصادرة بتاريخ 15/08/1990.

² عائشة بعبط، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2013/2014، ص164.

العمومية، حيث يخول الأمر رقم 95-20 المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-02، المتعلق بمجلس المحاسبة لهذا الأخير اختصاصا شاملا في رقابة الأموال العمومية، وفي هذا الصدد يراقب المجلس كل الهيئات العمومية باختلاف أنواعها، بما فيها المؤسسات المختلفة التي تملك الدولة فيها أو الجماعات الإقليمية أو المرافق والهيئات العمومية الأخرى جزء من رأسمالها، كما يؤهل لمراقبته استعمال الموارد التي تجمعها الهيئات، مهما كانت وضعيتها القانونية، بمناسبة حملات التضامن الوطني.

هذا ويتمتع مجلس المحاسبة باختصاصات واسعة في مجال الرقابة، وتتمثل مهامه على وجه الخصوص في التدقيق في شروط الهيئات، الموارد، والوسائل المادية والأموال العامة التي تدخل في نطاق اختصاصه وفي تقييم سيرها وفي التأكد من مطابقة عمليات هذه الهيئات المالية والمحاسبية للتنظيمات المعمول بها، وتقديم الحسابات وتطوير شفافية تسيير المالية العمومية، كما يساهم المجلس في إطار صلاحياته، في تعزيز الوقاية عن مختلف أشكال الغش والممارسات غير القانونية أو غير الشرعية ومكافحتها.²

3- المفتشية العامة للمالية:³ يعتبر هيئة مراقبة للأموال العمومية تخضع للسلطة المباشرة للوزير المكلف بالمالية، وتتمثل رقابتها في مهام المراجعة أو التحقيق، ومن تم فهي رقابة بعدية على المال العام، وتتولى في هذا السياق على وجه الخصوص:

- التسيير والحالة المالية في المصالح والهيئات التي تجري عليها الرقابة،
- شروط التطبيق للتشريع المالي والمحاسبي والأحكام القانونية أو التنظيمية التي يكون لها انعكاس مالي،
- صحة المحاسبة وسلامتها وانتظامها.

- شروط استعمال وتسيير الوسائل الموضوعة تحت تصرف هيئات الجهاز المالي للدولة...

هذا وتتدخل المفتشية العامة المالية من خلال مهام الرقابة والتحقق أو الخبرة التي تقوم على إمكانية مراقبة الصفقات العمومية، وتنفيذها ودقة الحسابات وانتظامها وفق مقتضيات النصوص القانونية.⁴

4- مجلس المنافسة: في سياق الإصلاح الاقتصادي، وتحرير السوق الوطنية وموازنتها وفق قاعدة العرض والطلب، وتماشيا مع التوجهات الدولية نحو التحرر الاقتصادي واندماج الأسواق، وتخفيف الأعباء الاقتصادية، وتسهيل حركة تنقل رأس المال، وما صاحب ذلك من

¹ الأمر 95-20 المؤرخ في 17/07/1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، ج.ر رقم 39 الصادرة بتاريخ 23/07/1990، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 10/02 المؤرخ في 26/08/2010، ج.ر رقم 50 الصادرة بتاريخ 01/09/2010.

² الموقع الإلكتروني الرسمي لمجلس المحاسبة: www.ccomptes.org.dz نظر بتاريخ 12/04/2016.

³ تم إنشاء المفتشية العامة للمالية بمقتضى المرسوم رقم 80/53 المؤرخ في 01/03/1980، المتضمن إحداث المفتشية العامة للمالية، ج.ر رقم 10، الصادرة بتاريخ 04/03/1980.

⁴ عائشة بعيط، مرجع سابق، ص 166، 167.

تحديث للمنظومة القانونية الوطنية التي حاولت الانخراط في مسار التّحول القانوني والواقعي الذي أحيط بها، عبر خلق كيانات قانونية تنسجم ومسار الاندماج الاقتصادي وفق الأطر المنظمة عبر قوانين المنافسة، كان السبب في ولادة الأمر 06/95 الذي خلق مجلس المنافسة متمتعاً بصلاحيات استشارية ضبطية وقضائية، وهو الشيء الذي لم يستدم بصدور الأمر 03/03 الذي جعل من تشكيلة مجلس المنافسة قائمة على أسس فنية.

وعلى اعتبار أنّ قانون الصفقات العمومية، يسعى لترقية المنافسة، خدمة للتوجه الاقتصادي الحرّ، فإنّ مجلس المنافسة، يمكن أن ينظر في العقود الإدارية بوجه ارتباطها بصفة عمومية في إطار ممارسات **مخلة** بالمنافسة، وهذا وفق ما تقتضي به المادة 2 من الأمر 03/03.

على أنّه وبموجب قرارين صادرين عن مجلس المنافسة بتاريخ 1999/10/17، قضى فيهما بعدم اختصاصه بعقود الصفقات العمومية، إلاّ أنّه يمكن الجزم بأنّ سلطات مجلس المنافسة في مجال الممارسات **المخلة** بالمنافسة الواقعة في الصفقات العمومية يضلّ محل استقلاب لمعطيات الفهم القانوني.¹

الفصل الثاني: الاختصاص بقضايا الممارسات المقيدة للمنافسة ضمن الصفقات العمومية

من الوجه الذي يقارب فيه قانون المنافسة تحقيق توازن السوق، ينبثق عنه الوجه الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة الاقتصاد، بحيث يحدّ من الحرية الفردية لأجل تحقيق تلك المصلحة، ومن تم يقع قانون المنافسة موقع المقيد للحرية التعاقدية باسم مصلحة المجتمع لأنّ الأمر يتعلّق بتعارض حسن سير السوق، والذي يمثل مصلحة الجماعة، مع المصلحة الفردية للمتعاقدين والمضمونة بمقتضى القواعد العامّة.

فهل يصدق هذا القياس في قبيل الصفقات العمومية، على التحو الذي تؤول فيه المنازعات المشتملة على إخلال بمبادئ قواعد المنافسة لسلطة مجلس المنافسة؟ أم أنّ الصفقات العمومية على اعتبار أنها عقود إدارية، زيادة على كونها أداة من أدوات السلطة العامّة في مباشرة أعمالها، تخرج في كليتها عن رقابة مجلس المنافسة إلى رقابة القضاء الإداري الذي يكون له دور في تطبيق قانون المنافسة؟ وعلى اعتبار صحة هذا الفرض هل يستوي تطبيق أحكام قانون المنافسة بين مجلس المنافسة، وبين القضاء الإداري؟

يتضمن هذا الفصل بحثاً في اختصاص كلّ من مجلس المنافسة، والقضاء الإداري بنظر منازعات الصفقات العمومية محل ممارسات مخالفة للمنافسة، ليس من باب تنازع الاختصاص بالمعنى القضائي على اعتبار أنّ مجلس المنافسة ليس سلطة قضائية، ولكن من باب أنّ هذا الأخير سلطة مختصة في مجال الممارسات المنافية للمنافسة **مكاف** بتطبيق أحكام قانون المنافسة، وهذا ما يتضمنه المبحث الأول من هذا الفصل، في حين نعكف من

¹ عائشة بعيط، المرجع نفسه، ص166.

خلال المبحث الثاني على دراسة متخصصة لحالات التواطؤ في الصفقات العمومية بإبراز الأشكال الشائعة له، والممارسات المشابهة له، محاولين في ذات الصدد وضع مخطط بياني لتحديد الاختصاص بين مجلس المنافسة، والقضاء الإداري.

المبحث الأول: قراءة في اختصاص القاضي الإداري ومجلس المنافسة.

إنّ تطبيق أحكام قانون المنافسة مقيد بنص المادة 2 من الأمر 03/03، والتي من خلالها تكون الذوات العامة خاضعة لأحكام هذا النص في حال ممارستها لنشاط يدخل في مجال تطبيق الأمر، كما أنّ الصفقات العمومية تندرج في مجال تطبيق هذا الأمر، ويكون الحال كذلك إلى الحين الذي لا يعيق فيه تطبيق أحكام قانون المنافسة أداء مهام المرفق العام، أو ممارسة امتيازات السلطة العامة، بالمعنى الذي ينصرف إلى استبعاد التصرفات التي تدخل ضمن مجال تطبيق القانون الإداري.

على هذا النحو تكون العقود الإدارية بما فيها الصفقات العمومية، تصرفات يتنافى تطبيقها مع قواعد قانون المنافسة، على اعتبار أنها تصرفات إدارية تنظمها قواعد القانون الإداري ويختص بنزاعاتها القضاء الإداري، حتى في الحال التي توجد فيه ممارسات تنطبق عليها خصائص الاتفاقيات والأعمال المنصوص على حظرها في قانون المنافسة.

على أنّ تطوّر نشاط الإدارة، وتغير مفهوم المرفق العام، وتجدد مقتضيات القانون الاقتصادي وانحصر الهوة بين المتعامل الوطني، ونظيره الأجنبي وتوسع الأسواق وتجاوزها للبعد الإداري التنظيمي إلى البعد الاقتصادي الضبطي، والوجود الفعلي لهيئات متخصصة في المسائل الاقتصادية يوعز إليها ضبط المجال الاقتصادي بنص القانون، أمر يبعث إلى التساؤل حول مجال وحدود هذا الاختصاص وكعينة، دراسة مجلس المنافسة في مقابل القضاء الإداري والذي وفقا للمعايير الكلاسيكية يُستبعد مجلس المنافسة من رقابة ممارسة منافية للمنافسة، لاعتبارات طابعها الإداري.

على هذا الأساس نعالج ضمن هذا المبحث عبر مطلبين.

المطلب الأول: توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري ومجلس المنافسة.

تراجع بشكل كبير دور الدولة القائم على توجيه الاقتصاد، بحيث فرضت قاعدة العرض والطلب مكانتها، على أنّ تنحي الدولة عن الاقتصاد لم يكن بالكلية، ورغم ضبط آليات المنافسة التي تحكم السوق، إلا أنّ لما بقي من تدخلات الدولة في الميدان الاقتصادي يقع فيه بشكل ما حدّ من المنافسة، والذي يمكن أن يكون على أحد الوجهين:

1- تدخل الدولة بصفقتها تلك تدخلا مباشرا في السوق عبر القرارات والعقود الإدارية.

2- تدخل الدولة بصفة غير مباشرة لعرقلة المنافسة بين المؤسسات الاقتصادية، وذلك من خلال منح إحدى المؤسسات حقوق حصرية تجعلها في وضعية احتكار للسوق.¹

وإن تمّ النظر إلى قانون المنافسة على أنّه قانون مختلط نكون في حلّ من التقسيم القائم بين اختصاص القضاء الإداري، واختصاص القضاء العادي، بل حتى من حدود اعتبارات القانون الإداري في التقييم القائم بين المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وضمن هذا المجال يبرز مسألة تطبيق القاضي الإداري لقانون المنافسة والتي تتمثل أساساً في التمييز بين مجال اختصاص هذا الأخير، ومجال اختصاص مجلس المنافسة، كلّما تعلّق الأمر بممارسات مخلّة بالمنافسة صادرة عن شخص من أشخاص القانون العام.²

تضمن هذا المطلب فرعين نعرض في الأول إلى بحث آليات توزيع الاختصاص، وفي الفرع الثاني إلى بحث معايير توزيع الاختصاص.

الفرع الأول: آليات توزيع الاختصاص

من خلال صدور الأمر 03/03 المتعلّق بالمنافسة، وبموجب نص المادة 2 منه التي أخضعت الذوات العامة الممارسة لنشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، لأحكام هذا الأمر، ومن خلال القانون رقم 12/08 المعدّل والمتمم للأمر 03/03، والذي عدّل وتمم بموجب نص المادة الثانية منه، المادة 2 من الأمر 03/03، حيث ألحق الصفقات العمومية بمجال تطبيق قانون المنافسة، كما نصّ في المادة 5 منه على أن: "تتم أحكام المادة 6 من الأمر رقم 03/03...، بمطّة أخيرة وتحرر كما يأتي:

المادة 6: تحظر...

- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة."

ضمن هذا السياق تواتر القانون رقم 05/10 المعدّل والمتمم للأمر 03/03، في نص المادة الثانية منه والتي عدّلت أحكام المادة 2 من الأمر 03/03، على تطبيق أحكام الأمر 03/03 على الصفقات العمومية، بدءاً بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

كل هذه الدلالات القانونية تحدد نحو التأي بقانون المنافسة لأن يكون قانون خاص محض ويبرزه على شكل مختلط يتراوح بين العام والخاص، ما يفيد خصوصية هذا القانون الذي لا يجب أن ينظر إليه إلاّ كذلك.

¹ (D) LINOTTE, "le droit public de la concurrence", A.J.D.A., 20 Fév1984, P60.

² (J.J) ISRAEL, "contentieux administratif et contentieux de la concurrence", droit administratif, mélanges René CHAPUS, Montchrestien, 1992, P316.

على أنه نمط متميز من القوانين الذي تتوازن فيه مقتضيات القانون الخاص، بأساليب وكيفيات القانون العام، ومن تمّ وجب الخروج به عن دائرة الإغلاق باعتباره قانوناً خاصاً بامتياز، لما يتضمنه من أحكام، وما يمكن أن يترتب عنه من تساؤلات قانونية في حال اعتباره كذلك.

ففي الوقت الذي يمكن أن نعرّف فيه قانون المنافسة بصيغته المجردة، على أنه القانون الذي يحدد أصول المعاملات الاقتصادية في السوق، عبر آليتي الحظر والإباحة وفق مقتضيات، وتحت طائلة البحث والتّحري والمساءلة والعقاب، بما لمجلس المنافسة من صلاحيات في ضبط السوق، فإنّه نقف على تعريف لقانون المنافسة العام بكونه: مجموع القواعد القانونية التي تهدف لخلق مناخ تنافسي حرّ، والمحافظة عليه بين المؤسسات الاقتصادية، والذي تنطبق قواعده على جميع القرارات والأنشطة الإدارية التي لها أثر صريح أو ضمني على المنافسة.¹

إنّ ما يثير التساؤل تبعاً لنصّ الأمر 03/03، وعبر جميع المواد التي سبق عرضها منه، يحيل إلى ممارسة القاضي الإداري أو مجلس المنافسة لاختصاصه، تبعاً لقواعد توزيع الاختصاص بين الجهازين عندما يتعلّق الأمر بممارسات مخلّة بالمنافسة صادرة عن ذات عمومية، وضمن المعنى الدقيق فيما يتعلّق بالصفقات العمومية، بحيث أنه إذا ما كانت الممارسة المخلّة بالمنافسة صادرة عن ذات عمومية، فإنّ اختصاص النّظر فيها يعود إمّا للقاضي الإداري أو مجلس المنافسة دون غيرهما، فهل يمكن مباشرة المنازعة على خيار بينهما، أم أنّ النّصوص القانونية تثبت أحقية أحدهما دون الآخر بنظر المنازعة.

إنّ العقود الإدارية والتي تعدّ الصفقات العمومية إحدى هذه العقود، تتوفر على خصائص تسمح باكتسابه لهذا الوصف، وذلك بنأى عن الحالات التي يكتسب فيه عقد ما الطبيعة الإدارية بنصّ القانون،² وعلى هذا الأساس وتبعاً لما استقر عليه أحكام القضاء الإداري نكون بصدد عقد إداري في الحالات التالية:

1- يكون أحد أطراف العقد، أشخاص معنوية للقانون العام، وبهذا تكون العبرة في اعتبار العقد إداري بالجهة التي أبرمت العقد، فيما يعبر عنه بالمعيار العضوي في تحديد الاختصاص، وقد أنتقد هذا المعيار على اعتبار أنّ الإدارة ليست مجبرة في تصرفاتها، التقيّد بالّجوء إلى وسائل القانون العام، ومن تمّ قد تلجأ إلى أسلوب القانون الخاص، هذا ما رتب وجود المعيار الثاني.³

2- والذي ربط اعتبار العقد الإداري كذلك بارتباطه بتسيير مرفق عام ومدار هذا الرّبط، فكرة تحقيق المصلحة العامّة والتي يسعى إليها المرفق العام، وضمن هذا المعيار تم المزج

¹ ناصر لباد، "القانون الإداري"، الجزء الثاني، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص394 وما بعدها.

² (S) NICINSKI, "les évolution du droit administratif de la concurrence", A.J.D.A, 12/04/2004, P752.

³ محمود خلف الجبوري، "العقود الإدارية"، مكتبة دار الثقافة، ط8، 1998، ص34، 35.

بين المعيار العضوي المتمثل في المرفق العام، ومعيار النشاط الذي يقوم به هذا الأخير، على أن الأخذ بهذا المعيار ينتج عنه اتساع مجال العقود الإدارية، على هذا الاعتبار كان لابد من اعتبار العقد إداري إلا في الحالات التي تلجأ فيها الإدارة إلى استخدام وسائل القانون العام¹ والتي تظهر في:

3- فرض بنود غير مألوفة في القانون الخاص، بحيث لا يمكن وجود ما يماثلها ضمن عقود القانون الخاص، إذ تعبر غير مشروعة، ما يحيل لبيان نية الإدارة في انتهاج أساليب القانون العام، ومن تم فهي تطبيق لفكرة السلطة العامة².

وحتى ضمن توفر هذه الخصائص مجتمعة في العقد الإداري، فإنه لا يخرج عنه كونه اتفاق، ومن تم فهو يقع محل رقابة مجلس المنافسة تبعا لاختصاصه إذا ما تبين أن العقد الإداري يتضمن ممارسة منافية للمنافسة، سيما أن المادة 6 من الأمر 03/03 لم تستثني الاتفاقات التي تبرمها الإدارة.

على أنه وأمام ثبات واستقرار قواعد ومعايير اختصاص القضاء الإداري عبر كامل مراحل نشأة وتطور القانون الإداري، فإن العقود الإدارية، ومن ذلك الصفقات العمومية حتى في حال ارتباطها بممارسات منافية للمنافسة، تقع ضمن دائرة اختصاص القضاء الإداري.

هذا في الوقت الذي لم يكن تم فيه قانون للمنافسة، وجهاز لضبط قواعد العملية التنافسية، أما وبظهور بؤادر نمط جديد للتأطير في مجال المنافسة منظم وفق قانون خاص بها، وباستحداث مجلس المنافسة الذي أوكلت إليه مهمة ضبط المنافسة وفق الأطر المسطرة ضمن قانون المنافسة تبعا لنص المادة 23، و34 من الأمر 03/03، وفي ظل غياب نص صريح يقضي بإقصاء مجلس المنافسة من متابعة التجاوزات المسجلة في الصفقات العمومية، والتي تشكل مساسا بالمنافسة، مع وجود نصوص قانونية ضمن الأمر 03/03 تفضي إلى اختصاص هذا الأخير بنظر احترام قواعد المنافسة ضمن عقود الصفقات العمومية.

فإن ولاية القضاء الإداري بنظر الممارسات المخالفة للمنافسة الواقعة ضمن صفقة عمومية، تتحول من اعتباره القاضي الطبيعي في المواد الإدارية، إلى اعتبار وجود هيئة مختصة بنظر هذه المسائل (أي الممارسات المخالفة للمنافسة في الصفقات العمومية)، ممثلة في مجلس المنافسة، طالما أن المادة 2 من الأمر 03/03 أدخلت الصفقات العمومية ضمن مجال تطبيق قانون المنافسة، كما أن المادة 6 من الأمر 03/03 حظرت منح صفقة عمومية لأصحاب ممارسات مخالفة للمنافسة، فكيف هو الحال في وجود قرار إداري يقضي بمنح صفقة عمومية لأصحاب ممارسات مخالفة للمنافسة، وهل تمتد سلطة مجلس المنافسة إلى

¹ ناصر لباد، "القانون الإداري"، ج2، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص392، 393.

² ناصر لباد، "القانون الإداري"، ج2، النشاط الإداري، المرجع نفسه، ص392.

معالجة وتعقيب القرار الإداري، على اعتبار أنه يرتب وجود عمل محظور وفقا لقواعد قانون المنافسة، على أن إلغاء القرار الإداري، يعدّ من صميم اختصاص القضاء الإداري؟
إنّ خضوع أشخاص القانون العام لقانون المنافسة تبعا لنص المادة 2 من الأمر 03/03، يدفعنا للتساؤل حول كون هذه الأحكام تتعلّق بمجال انطباق القانون، أم بمجال اختصاص مجلس المنافسة.¹

إنّ إسناد رقابة قرارات مجلس المنافسة للقضاء الإداري، تبعا لنص المادة 63 من الأمر 03/03، يعدّ مجافاة للمبادئ التي يركز عليها التنظيم القضائي، على اعتبار أنه وتبعا لنص المادة 23 من الأمر 03/03، يعدّ مجلس المنافسة سلطة إدارية متمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، ما يجعل القرارات الصادرة عنه قرارات إدارية، وعملا بالمعيار العضوي في تحديد الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية، فهذه الجهة مختصة بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصيغة الإدارية طرفا فيها عملا بالمادة 800 من القانون رقم 09/08 (ق.إ.م.إ.)، التي تتطابق مع مضمون المادة الأولى من القانون رقم 02/98 المنشئ للمحاكم الإدارية.

فتحديد المنازعة الإدارية يتمّ بناء على صفة الشخص الإداري المراد مخصصته، وهو نفس ما جاء في قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى (المحكمة العليا) مؤرخ في 1970/01/23، حينما قضت بأن المادة 7 من الأمر رقم 154/66³ (ق.إ.م.)، عوّضت المعيار المادي السابق المؤسس على النشاط الإداري المعنوي، بالمعيار العضوي الذي لا يأخذ في الحسبان سوى صفة الأشخاص المعنية، فيكفي لكي يكون القاضي الفاصل في المسائل الإدارية مختصا، وجود شخص معنوي إداري في الخصومة مهما كانت طبيعة القضية.

كما أكدت محكمة التنازع هذا التوجه من خلال القرار المؤرخ في 2005/07/17، بشأن تنازع سلبي في الاختصاص بين الغرفة الإدارية والغرفة المدنية لمجلس قضاء تيزي وزو، حيث قضت كلّ واحدة منهما بعدم اختصاصها في نظر دعوى رفعها شخص طبيعي ضدّ الشركة الجزائرية للكهرباء والغاز (سونلغاز) طالبا فيها إلزام هذه الأخيرة بإزالة عمود كهربائي إقامته في أرضه مما أعاقه عن البناء فيها واستغلالها.

¹ (S) NICINSKI, droit public de la concurrence, Paris, L.G.D.I, 2005, P141.

² تنص المادة 1 فقرة 1 من القانون رقم 08/98، المؤرخ في 1998/05/30، يتعلّق بالمحاكم الإدارية، ج.ر رقم 37 الصادرة بتاريخ 1998/06/01 على: "تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية."

³ أمر رقم 154/66 مؤرخ في 1966/06/08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدّل ومتمم، ج.ر رقم 47 الصادرة بتاريخ 1966/06/09 (ملغى).

قضت المحكمة في حال القضية: "حيث أنّ المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 195/02 المؤرخ في 2002/06/01 تنصّ على أنّه: تحوّل المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتّجاري، دون إنشاء شخصية معنوية جديدة إلى شركة أسهم، وبأن تمسك محاسبة على الشكل التجاري، وحيث أنّه وبتغليب المعيار العضوي باعتباره المبدأ، فإنّه يتعيّن التّصريح باختصاص الجهة القضائية المدنية للفصل في النزاع المعروف عليها، وبالنتيجة إبطال قرار عدم الاختصاص الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو الفاصل في القضايا المدنية... وإحالة الدعوى والأطراف أمام هذه الجهة القضائية للفصل في هذه القضية برّمتها.¹"

تبعاً لما هو ثابت بنص المادة 800 من القانون 09/08، ولما هو مستقر عملاً بأحكام القضاء، وبقرينة نص المادة 23، و63 من الأمر 03/03، الذين يتعارضان في الدلالة فيما يجب أن يكون فعلاً في نص المادة 63 من الأمر 03/03، بما هو ثابت من نص المادة 23 من ذات الأمر.

فإنّه عملاً بالمادة 800 من القانون رقم 09/08، وتبعاً لنص المادة 801 من ذات القانون، تكون المحاكم الإدارية مختصة بالفصل كذلك في دعاوي إلغاء القرار الإداري والدعاوي التفسيرية، ودعاوي فحص المشروعية للقرارات الصّادرة عن الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة، والمؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية وكذا دعاوي القضاء الكامل والقضايا المخوّلة لها بموجب نصوص خاصة²، فهل يكون الأمر على هذه الوتيرة فيما يتعلّق بالقرارات الصّادرة عن مجلس المنافسة، بغض النّظر عما هو قائم فعلاً، من اختصاص مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التّجارية، بطعون قرارات مجلس المنافسة؟

على أنّه ورغم التكريس الأكيد للمعيار العضوي في تحديد الاختصاص القضائي للجهات الإدارية، فإنّه نجد بالمقابل خروجاً عن اختيار هذا المعيار إلى اعتماد المعيار الموضوعي في بعض الحالات على وجه الاستثناء، كما هو عليه الأمر في الصّفقات العمومية، حيث ينصرف الأثر القانوني نحو موضوع التّصرف وليس نحو القائم به، فالمادة 6 من المرسوم الرئاسي 247/15، تجعل من الصّفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتّجاري، عندما تكلف بانجاز مشاريع ممولّة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية للدولة أو الجماعات الإقليمية خاضعة لأحكام قانون الصّفقات العمومية، مما يجعل الاختصاص التّوعي عائداً للقضاء الإداري في حالة نزاع حول تنفيذ الصّفقة.³

¹ عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص484.

² عبد الرحمن بربارة، المرجع نفسه، ص484.

³ عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص486.

إنّ وقف الطعن في قرارات مجلس المنافسة إلى جهة القضاء العادي، ينصرف بالخصوص إلى تصنيف قانون المنافسة، على أنّه قانون خاص، رغم الصّوعية البالغة في جزم اعتباره كذلك، ومن تمّ عهد تطبيقه لمحاكم الحق العام، فهو الشأن بالنسبة للأحكام الجزائية المتعلقة بالممارسات الاحتكارية والأحكام التجارية المتعلقة بالممارسات التمييزية، أضف إلى ذلك أنّ مجلس المنافسة له سلطة توقيع العقاب فقط فيما تعلق بالممارسات المنافية لحرية المنافسة، بينما يبقى قضاء المسؤولية والتعويض من اختصاص القضاء العادي.

لكن بالنظر إلى الطّعن في قرارات مجلس المنافسة، أمام مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التّجارية، يتحدد أنّ هذا الطعن لا يتعلّق بطعن الاستئناف على اعتبار أنّ مجلس المنافسة ليس هيئة قضائية، ومن تمّ فإنّ هذا الطعن ينصرف إلى مفهوم الإلغاء أو التعديل، كما تمّ النصّ عليه فعلا في الفقرة الأولى من الفصل 7-1464¹ من القانون التجاري الفرنسي، وهو ما يمكن حمله كذلك على الواقع القانوني الوطني باعتبار عمل مجلس المنافسة، والأحكام الصّادرة عن مجلس قضاء الجزائر بشأنها.

فاستناد مثل هذا الاختصاص للقضاء العادي، يجعله بحكم المحكمة الإدارية حال فصلها في دعوى تجاوز السلطة²، على أنّ إسناد تعديل وإلغاء قرارات مجلس المنافسة الذي يعتبر هيئة إدارية للقضاء العادي، والتي هي قرارات صادرة بدورها بشأن ممارسات مخلة بالمنافسة، لا يشمل القرارات الصادرة عن أشخاص القانون العام والتي يكون لها تأثير على السوق، على اعتبار أنّه تبعا لنص المادة 2 من الأمر 03/03، يكون خضوع الشخص العمومي لأحكام قانون المنافسة أمرا لازما، على أنّ ذلك لا يفضي إلى اختصاص مجلس المنافسة بنظر القرارات الصّادرة عنها، وإنما يتّسق مع النّحو الذي يكون فيه للقاضي الإداري دور في تطبيق أحكام قانون المنافسة على الأعمال الإدارية في حال إخلالها بالمنافسة³.

إنّ تعليق مجلس المنافسة بهيكل القضاء العادي، مع اعتباره سلطة إدارية، ضف إلى ذلك انطباق أحكام قانون المنافسة على الذوات العامّة، وعلى عقود إدارية على نحو الصفقات العمومية، يثير مسألة الاختصاص بين جهة مجلس المنافسة، وجهات القضاء الإداري، إضافة إلى النقاط المسجّلة فيما يتعلّق بالطعن في قرارات مجلس المنافسة أمام القضاء العادي، ما لا يمكن الخلوص معه إلى وضع تمييز محكم بين مجال اختصاص مجلس المنافسة، ومجال اختصاص القاضي الإداري.

¹ "La décision du conseil prise au titre de l'article L464-1, 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 moins de recours." , www.legifrance.fr date de visite : 12/12/2015.

² (P) DELVOLVE, "la cour d'appel de paris, juridiction administratif", in études offertes a Jean Marie AUBY, Dalloz, 1992, P47 et SS.

³ (S) NICKSKI, op, cit, P143 et S.

إنّ إمكانية خضوع العقود الإدارية لاختصاص القضاء العادي، على النحو الذي يكون فيه مجلس المنافسة مختصاً بنظر الممارسات المخلّة بالمنافسة في الصفقات العمومية، يثير مسألة وحدة، أو ثنائية النظام القضائي على النحو الذي تتحوّل فيه قواعد الاختصاص القضائي لصالح القضاء العادي في المسائل المرتبطة بالمنافسة، وتعطيل العمل بالمعيار العضوي في هذا المجال، في جهة مقابلة يتمسك فيها القاضي الإداري باختصاصه للفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.¹

إذا كان خضوع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة، كما هو ثابت بنص هذا الأخير، وتبعاً لذلك على وجه التخصيص عقد الصفقات العمومية، كما أنّ القضاء الإداري مختص في المسائل الإدارية على الوجه الذي يقضي به نص المادة 800 من القانون 09/08، فإنّ مسألة الفصل بين اختصاص القاضي الإداري، واختصاص مجلس المنافسة على الوجه المثار لم يتحقق بعد، مما يدفع إلى بحث شكل تنازع الاختصاص على النحو الذي نتساءل فيه عن أهلية محكمة التنازع في هذا المجال لحسم المسألة.

فبنظر تدخّل محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية، نجدها ساهمت بشكل كبير في تخطيط ملامح قانون إداري للمنافسة، حال تدخلها أوّل مرة لفض تنازع إيجابي في الاختصاص بين محكمة الاستئناف بباريس والجهاز الإداري، حيث قام المجلس البلدي لمدينة Pamiers إثر مداولة بتاريخ 1988/03/10 بإقرار فسخ عقد الوكالة الذي يربطه بإحدى شركات استغلال وتوزيع المياه، وبإبرام عقد إجارة زراعية مع شركة أخرى، فقامت الشركة الأولى بالطعن في قرار المجلس البلدي أمام مجلس المنافسة، على أساس أنّ إقصاءها كان نتيجة تواطؤ عند طلب العروض بين أعضاء المجلس البلدي والشركة الثانية.

أصدر مجلس المنافسة الفرنسي قراره بتاريخ 1988/05/17 والذي رفض فيه طلب الشركة إقرار تدابير وقتية لفائدتها، لتقوم هذه الأخيرة بالطعن في قرار المجلس أمام محكمة باريس مطالبة بتعديله، حيث أيدت المحكمة هذا الطعن، في حين عارض المجلس البلدي اختصاص محكمة الاستئناف بباريس، أمام محكمة التنازع التي أصدرت في هذا الشأن القرار المعروف باسم –Ville Pamiers- بتاريخ 1988/063/06، حيث أقرت اختصاص القاضي الإداري بموضوع الدعوى عوضاً عن محكمة الاستئناف بباريس.²

فمن الناحية الإجرائية قبول محكمة التنازع الفرنسية، النظر في هذه القضية عدى عن الحكم فيها أعتبر غير سليم من الناحية القانونية، ذلك أن قانون 1987/07/06 المعدّل والمتمم لقانون المنافسة والأسعار الفرنسي، قد أسند لمحكمة الاستئناف بباريس دون سواها

¹ سهيلة ديباش، "إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية"، المداخلة الثانية في مداخلة في الملتقى الوطني السادس، دور قانون الصفقة العمومية في حماية المال العام، يوم 20/05/2013، كلية الحقوق، جامعة المدية، ص 09.

² (Y) GAUDMET, "conflit de compétence en droit de la concurrence, sur une équivoque", in nouveaux pouvoirs, mélanges en l'honneur de ROGERPERROT, Dalloz, 1996, P121.

اختصاص إلغاء وتعديل قرارات مجلس المنافسة، وهو إسناد صادق عليه المجلس الدستوري الفرنسي، واعتبره ضمانا لحسن سير القضاء.¹

على هذا الأساس عُدَّ اختصاص محكمة الاستئناف بباريس اختصاصا حصريا، يرتكز على معيار عضوي، شكلي، إجرائي، وهو قرارات مجلس المنافسة، لا على معيار مادي أساسه الممارسات المخلة بالمنافسة، وبهذا تكون محكمة التنازع الفرنسية قد جانبت الصواب لما نحت عن هذا المنحنى وتمّ تكون قد خالفت القانون.

على هذه الشاكلة نتساءل عن إمكان أن يكون الأمر مغاير لما هو عليه في القانون الفرنسي، فيما يخص ذات المسألة المتعلقة باختصاص محكمة التنازع في الجزائر في تحديد الاختصاص بين المحكمة الإدارية ومجلس المنافسة، باعتبار أن الطعن في قراراته يتم على مستوى جهة القضاء العادي (مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية)؟

تنص المادة 152، الفقرة الثانية من دستور 1996 على ما يلي: "تؤسس محكمة التنازع، تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة." وتتص المادة 171، الفقرة الأخيرة من ذات الدستور حسب آخر تعديل² على: "تفصل محكمة التنازع في حالات تنازع الاختصاص بين هيئات القضاء العادي وهيئات القضاء الإداري."

فنص المادة الأخيرة يستجيب فعلا لما هو مناط بدور محكمة التنازع، دون حصر لهذا الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة، وهو ما يتوافق ونص المادة الثالثة من القانون العضوي رقم 03/98، المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها³، حيث تنصّ على: "تختص محكمة التنازع في الفصل في منازعات الاختصاص بين الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي، والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري حسب الشروط المحددة في هذا القانون.

لا يمكن لمحكمة التنازع التدخل في منازعات الاختصاص بين الجهات القضائية الخاضعة لنفس النظام."

فبناءً على هذه النصوص لا يمكن ترتيب تدخل محكمة التنازع في النزاعات التي قد تنشأ حول الاختصاص بين المحكمة الإدارية ومجلس المنافسة، على اعتبار أنّ محكمة التنازع تختصّ بالنظر في نزاعات الاختصاص بين جهات القضاء العادي، وجهات القضاء الإداري، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ انتماء مجلس المنافسة لجهة القضاء العادي، على اعتبار أن الطعن في قراراته يتم على مستوى مجلس قضاء الجزائر الناظر في المواد

¹ (Y) GAUDMET, op.cit, P125.S.

² القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06/03/2016، ج.ر رقم 14 الصادرة بتاريخ 07/03/2016.

³ القانون العضوي رقم 03/98 المؤرخ في 03/06/1998، يتعلّق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج.ر رقم 39 الصادرة بتاريخ 07/06/1998.

التجارية، يسمح بتجاوز نص الفقرة الثانية من المادة 03 من القانون العضوي 03/98، على اعتبار اختلاف هيكل النظام القضائي، على أن ذلك، يقع محل تعليق بوجه طبيعة مجلس المنافسة المقر بها بنص المادة 23 من الأمر 03/03، باعتباره سلطة إدارية ما يجعل مسألة تربيحه لإحدى جهتي النظام القضائي، مسألة وقفية لا نص عليها، زيادة على طبعه بوسم السلطة الإدارية يخرج به عن كامل النظام القضائي، فهو بالطبع ليس جهة قضائية، وإن روعيت فيه إجراءات بعض المبادئ والأصول القضائية.

على أنه واعتباراً، كون الممارسات المنافسة للمنافسة يختص بها مجلس المنافسة دون سواه، على سند أن الاختصاص الحكمي لهذا الأخير لا يستند إلى المعيار العضوي، فإن دعاوي المسؤولية تخرج عن مجال اختصاص هذا الأخير، لتتظر فيها المحكمة الإدارية أو المحكمة المدنية حسب الحال، بناء على معايير تحديد الاختصاص بين الجهتين القضائيتين في ميدان المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الممارسات المخلة بالمنافسة في حال وجود تنازع بين القضاء العادي والقضاء الإداري.

بهذا نجد أن مسألة توزيع الاختصاص بين مجلس المنافسة والمحكمة الإدارية في النزاعات المتعلقة بأشخاص القانون العام، سيما تخصيص عقود الصفقات العمومية، يقع محل العمل القضائي للمحاكم الإدارية، وعمل مجلس المنافسة، فيما يتعلق بإثارة الدفع بعدم الاختصاص لديها من قبل أحد أطراف النزاع، فيكون هذا الدفع إما مسألة توقيفية توجب الإحالة إلى الجهة الأخرى، أو مسألة غير جدية لا تمنعها من مواصلة النظر في النزاع، كما يكون الدفع بعدم الاختصاص تلقائياً إما من المحكمة الإدارية أو مجلس المنافسة، ففي غياب إطار قانوني واضح ومضبوط ينظم كيفية خضوع الأشخاص العامة، وعقود الصفقات العمومية لقانون المنافسة، فإن الاختصاص يتحدد وفق اجتهاد المحاكم الإدارية ومجلس المنافسة، ولإن كان هذا الأخير قد رفض أغلب الدعاوى التي تتعلق بأشخاص عموميين أو عقود الصفقات العمومية معتبراً أن النظر فيها يعود للقاضي الإداري.¹

الفرع الثاني: معايير توزيع الاختصاص

إن الصفقات العمومية باعتبارها أداة من أدوات السلطة العامة، ومن تم ارتباطها بالشخص العمومي، يسوق إلى بحث الكل باعتبار انسحابه على الجزء، وعليه فإن بحث مسألة توزيع الاختصاص يمكن مقابقتها بفكرة ارتباط قانون المنافسة بآليات عمل الذات العمومية، بحيث ينسحب ما يكون من نتيجة إلى الصفقات العمومية باعتبار التبعية للأصل.

¹ نذكر القرار رقم 2015/16 الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 2014/11/13، 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، قرار رقم 2015/16، صادر عن مجلس المنافسة في جلسة المنعقدة 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.

حيث أنّ اعتماد معيار تطبيق قانون المنافسة، لتحديد اختصاص مجلس المنافسة يكون بإخراج كلّ التصرفات التي لا تدخل في مجال تطبيق قانون المنافسة، بحيث أنّ المادة 2 من الأمر 03/03، تنصّ على تطبيق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، وكذا الصفقات العمومية، بدءاً بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، ويدخل ضمن هذه النشاطات ما يقوم به الأشخاص المعنوية العمومية، على شرط ألا يعيق تطبيق أحكام قانون المنافسة أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية.

ما يمكن أن نفيد منه كتحويل أولي استبعاد العقود الإدارية من مجال تطبيق قانون المنافسة، ومن اختصاص مجلس المنافسة، بحكم ارتباط هذه العقود بممارسة صلاحية السلطة العامة والمرفق العام، على أنّ استبعاد تطبيق قانون المنافسة على النشاط الإداري، يقع محل نسبية الطرح القانوني الذي لا يمكن تبينه على وجه الإطلاق، بسند أنّ النشاط الإداري يمكن أن يتسم بالطابع الاقتصادي من حيث موضوعه، فيكون التصرف الصادر عن الشخص العمومي مختلطاً.¹

إنّ تحديد معايير توزيع الاختصاص، فيما يتعلّق بمسائل المنافسة على وجه ارتباطها بالشخص العمومي، مسألة ليست بالهينة في الوقت الذي يمنح فيه قانون المنافسة معايير واضحة لمجال تطبيقه، فإنّه وضمن ذات القانون يقع اعتراض على ما هو مستقر قانوناً وقضاء فيما يتعلّق بمعايير الاختصاص القضائي، سيّما ما يعرض إلى تحديد طبيعة مجلس المنافسة، ووجه الطعن في قراراته، وكذا مجال تطبيق قانون المنافسة على هذا الوجه نعرض أولاً إلى محددات اختصاص مجلس المنافسة بنظر القانون، في مسائل المنافسة المرتبطة بالشخص العمومي، وكذا فيما يلي إلى العمل الفقهي في هذا الشأن.

أولاً: المحددات القانونية لاختصاص مجلس المنافسة

في ظلّ الازدواجية القضائية، يقع في الغالب الأعم حالات تنازع الاختصاص بين جهات القضاء العادي، وجهات القضاء الإداري، حتى في ظلّ وجود نصوص قانونية واضحة تضبط هذا الاختصاص ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ووجود آليات قضائية تعمل على حل هذا التنازع، عبر عمل محكمة التنازع، على أنّه بشكل عام يمكن ضبط هذا الاختصاص وفق مرجعية قانونية مستقرة وثابتة.

لكن بظهور قانون المنافسة، وعلى النحو الذي يتطوّر به، بحيث يسير نحو الشمولية على شاكلة توسع النشاط الذي يضبطه، وعلى النحو الذي تكون فيه الدولة عوناً اقتصادياً، أو في حالات أغلب مؤثراً في السوق عبر القرارات التي تتخذها المؤسسات العمومية، أو الأشخاص العمومية في عموم النص القانوني، ظهر أن تكون محددات اختصاص مجلس

¹ سهيلة ديباش، مرجع سابق، ص 10.

المنافسة، في الآن ذاته معيارا يبنى عليه اختصاص القاضي الإداري في مجال المنافسة، ما يعني وجود نزاعات قضائية ذات خصوصية منسحبة إلى تطبيق قانون المنافسة.

إن اختصاص مجلس المنافسة بنظر الممارسات المخلة بالمنافسة الصادرة عن أشخاص القانون العام مدعم باعتبارين اثنين:

1- نص المادة 2 من الأمر 03/03، والتي حددت مجال تطبيقه على وجه الإطلاق على نشاطات الإنتاج، التوزيع، الخدمات، بما في ذلك تلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية، وكذا الصفقات العمومية، إلا ما كان من استثناء بموجب الفقرة الأخيرة من نص المادة السالف ذكره، على ألا وجه لأن يعيق تطبيق القانون- تطبيق القانون. كما أن الفقرة الأخيرة من المادة 6 من الأمر السالف الذكر حظرت السماح بمنح صفقة عمومية لأصحاب ممارسات مخالفة للمنافسة، ما يعني أن منح صفقة عمومية يتعلّق بقرار إداري وهو الوجه الذي يدخله في تطبيق قانون المنافسة واختصاص مجلس المنافسة، بإدراج الصفقات العمومية ضمن حالات حظر الاتفاقيات المنافية للمنافسة، تطبيقاً لأحكام المادة 44 فقرة 2 من الأمر 03/03، والتي بموجبها ينظر مجلس المنافسة فيما إذا كانت الممارسات والأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطارات تطبيق المواد 6 و7 من قانون المنافسة.

على هذا النحو فإن قواعد المنافسة تنطبق على جميع الأنشطة الاقتصادية، بما في ذلك تلك التي يقوم بها الأشخاص العمومية، بحيث أن تطبيق قانون المنافسة لا يتعلّق ولا يتقيّد بالمعيار العضوي ولا بطبيعة المؤسسة أو شكلها أو هدفها، بحيث يكتفي بثبوت ممارستها كلياً أو جزئياً لنشاط اقتصادي يندرج في قطاع تنافسي يتعلّق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، وباعتبار نص المادة 6 فقرة 1 يُمكن الأخذ بمعيار الأثر المتوقع أو المرتقب من الممارسة في حال ما أنّها يمكن أن تهدف إلى عرقلة المنافسة.

2- يعتمد مجلس المنافسة تبعاً لقانون المنافسة مفهوماً واسعاً للمؤسسة العمومية بهذا يكون اختصاصه منسحباً إلى جميع الشركات والتنظيمات والتجمعات والأشخاص الطبيعية والمعنوية التي تمارس نشاطاً اقتصادياً يتعلّق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، بصرف النظر عن وضعها القانوني، شكلها وهدفها، وعمّا إذا كان وجودها قانونياً أو واقعياً سواء كان من أنشأها أو يتحكم فيها خواص أو أشخاص عموميون، على أن القرارات الإدارية يرجع النظر في شرعيتها إلى القاضي الإداري، لكن ماذا لو كان لهذه القرارات مساس خطير بآليات السوق أو توازنه وتضييق على حرية المنافسة؟

إذا كانت القرارات الماسّة بنصوص قانون المنافسة تخضع لأحكام هذا الأخير، فهذا يفضي إلى اختصاص مجلس المنافسة بنظرها، على أن عقد اختصاص المجلس بنظر القرارات الإدارية الماسّة بحرية المنافسة، يستبعد اختصاص القضاء الإداري، على اعتبار أن قرارات مجلس المنافسة يتم الطعن فيها أمام القضاء العادي، بالغرفة التجارية بمجلس

قضاء الجزائر استنادا لنص المادة 63 من الأمر 03/03، على أنه وبحكم نص المادة 800 من القانون رقم 09/08 يكون النّظر في النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية من اختصاص القضاء الإداري في إطار تطبيق القواعد العامّة المحددة لتوزيع الاختصاص، ما يعود بنا إلى فكرة تنازع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري.¹

تحليلا لهذا الاختصاص، نبحت مجال اختصاص القاضي الإداري بمنازعات الصّفات العمومية حال تضمنها اتفاقات غير مشروعة، إذ ليس من السّهل تطبيق قانون المنافسة على الأعمال الإدارية، على أنّ مراقبة مدى احترام قواعد المنافسة لا يمكن أن يقتصر على رقابة سلوك المؤسسات فحسب بمفهوم قانون المنافسة، إذ لا بد من مراقبة التصرفات الإدارية التي يجب معالجتها على ضوء هذه القواعد، لما يمكن أن يترتب عنها من آثار محتملة أو فعلية على السوق سيّما أنّ المادة 2 من الأمر 03/03 تحيل إلى تطبيق هذا الأمر على الصّفات العمومية بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

وضمن الصّفات العمومية يمتزج بوضوح النّشاط الاقتصادي بالنّشاط الإداري، ما يبرز معه بوضوح أيضا إشكال تحديد الجهة القضائية المختصة، وعليه ينظر إلى الصّفة العمومية باعتبارها:

1- أداة السّلطة العامّة في تسير مرافقها، فمن حيث اعتبار الصّفة العمومية عقد من العقود وإن كان عقدا إداريا، فهو يحمل معنى الاتفاق، ولم يرد استثناء العقود الإدارية من تطبيق نص المادة 6 من الأمر 03/03، كما أنّ خضوع الصّفات العمومية لأحكام قانون المنافسة بموجب نص المادة 2 من الأمر 03/03 لم يرد تفصيلا، بحيث أنّ وروده إجمالا يجعل كل من الإدارة والمتعامل الاقتصادي مخاطبين بأحكامه، وحتى ضمن الجزم الأكيد بكون الصّفة العمومية أداة من أدوات السّلطة العامّة لتسيير المرفق العام، فإنّ الوجه الذي يعيق فيه تطبيق قانون المنافسة ممارسة صلاحيات السّلطة العامّة، وعمل المرفق العام لا يمكن التّوصل إليه، باعتبار أنّ قانون المنافسة يخدم الاقتصاد الوطني ككل، ومن تمّ يقوم مقام تحقيق المصلحة العامّة ومقابلة المصلحة العامّة بصفة عامة تضمنها الجزئية التي تنصرف إليها الصّفة العمومية، تقع فيه الموازنة بين المصلحة العامّة للدولة والمصلحة العامّة لقطاع معين معني بالصّفة، وعلى فرض إعمال نص الفقرة الأخيرة من المادة 2 من الأمر 03/03، واعتبار أنّ الصفقات العمومية تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامّة أو أداء مهام المرفق العام، فإنّ هذا يجعلها خاضعة لاختصاص القضاء الإداري، على أنّ الممارسات المخالفة لأحكام قانون المنافسة والواقعة في عقد من عقود الصفقات العمومية من باب الولاية العامّة يقع النّظر فيها لمجلس المنافسة، على اعتبار أنّه الجهاز المؤهل والمختصّ بهذا النوع من القضايا، لكن على أساس ارتباط الصّفة العمومية بمفهوم صلاحيات السّلطة العامّة، وباعتبارها من أدوات تسير المرفق العام، فإنّ إخراجها من ولاية مجلس المنافسة لا يعني

¹ سهيلة ديباس، مرجع سابق، ص 13،

إخراجها بالضرورة من تطبيق أحكام قانون المنافسة، ومن تمّ فإنّ اختصاص القاضي الإداري بنظرها يكون على ضوء أحكام قانون المنافسة، سيما إذا اعتبرنا:

2- أنّ الصّفقة العمومية تعدّ نشاطا اقتصاديا وطالما أنّ تطبيق قانون المنافسة مرتبط بمعياري مادي مداره النشاط الاقتصادي الممارس، فلا يمكن إخراج العقود الإدارية، وبالذات عقد الصّفقة العمومية مطلقا من مجال تطبيق قانون المنافسة، سيما في الحال الذي يكون للنشاط الإداري أثر محسوس على توازنات السوق، وعلى حجم حرية المنافسة المتاحة، هذا وبالنظر إلى موقع الشّخص العمومي في تبادلات السوق من حيث كونه طالبا أو عارضا للخدمة تتحدد آراء متعارضة في مدى إمكان تطبيق قانون المنافسة في حال قيامه بأحد العاملين، ومن تمّ فإنّ ثبوت معايير اختصاص القضاء الإداري، أو القضاء العادي تبقى رهينة العمل القانوني في هذا المجال، وبالأحرى رهين الممارسة القضائية على ضوء فهم النّص القانوني.¹

ثانيا: تطور معايير تحديد الاختصاص قضاءً وفقهاً:

1- **بنظر العمل القضائي:** نظراً كون مجلس المنافسة، ظلّ مجمداً فترة من الوقت، وحتى في الوقت الذي اضطلع فيه بمهامه، لم تكن القرارات الصادرة عنه محل نشر، وحتى في ظل صدور الأمر 03/03 المتعلّق بالمنافسة، ظلّ عمل مجلس المنافسة قاصرا على مواكبة الفعالية التي عرفها الاقتصاد الوطني عبر انتعاش دور القطاع الخاص وتوسّع السوق الوطنية، وتدخّل متعاملين أجنب خارج قطاع المحروقات، وكذا عمل المؤسسات العمومية الوطنية التي دخلت مدار المنافسة الجديّة في إطار الانفتاح الاقتصادي الذي يفرض على هذه الأخيرة مبدأ التشاركية والمساهمة في تحقيق التنمية الوطنية وتحفيز الاقتصاد، وعبر الاطلاع على النشرة الرسمية التي يصدرها مجلس المنافسة² عبر موقعه الإلكتروني³، لم يتسنى الوقوف على ما ندفع به لدراسة تطور معايير تحديد اختصاص مجلس المنافسة، وعليه نجد في الدراسة المقارنة ما يبرر اللجوء إليها، فيما سبق الإشارة إليه فيما يتعلّق بقرار محكمة التنازع الفرنسية المعروف بقرار "Ville de Pamiers" على اعتبار أنّه السابقة التي تعالج مسألة تنازع الاختصاص.

فحيث أنّ مجلس المنافسة الفرنسي يعتمد معيارا ماديا يرتكز على طبيعة النشاط، وهو ذات المعيار الذي تم الأخذ به في الأمر 03/03، بحيث يجعله أي (مجلس

¹ Mathieu GAILLE, "l'application de la concurrence aux personnes publique, Recueil Dalloz, série semencier, P31.SS.

² أنشأت النشرة الرسمية للمنافسة تطبيقاً للمرسوم التنفيذي رقم 242/11 المؤرخ في 10/07/2011، يتضمن إنشاء النشرة الرسمية للمنافسة ويحدد مضمونها وكذا كيفية إعدادها، ج.ر رقم 39 الصادرة بتاريخ 13/07/2011، وجاء هذا المرسوم تطبيقاً لنص المادة 40 من الأمر 03/03 (م.م) والمتعلّق بالمنافسة.

³ الموقع الإلكتروني لمجلس المنافسة الجزائري: www.conseil-cocncurrence.dz نظر بتاريخ 12/04/2016.

المنافسة الفرنسي) مختصا بالأعمال الاقتصادية الصادرة على الأشخاص العامة للقانون، والمندرجة في إطار الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، وحيث أنّ التمييز الذي تبناه مجلس المنافسة الفرنسي فيما يتعلّق بمسألة تحديد الاختصاص هو نفسه الذي جاءت به محكمة التنازع الفرنسية من قرار " Ville de Pamiers " والذي أسندت فيه الفصل في النزاع إلى اختصاص القاضي الإداري، بحيث ميزت محكمة التنازع الفرنسية بين النشاط الاقتصادي للشخص العمومي، والذي يخضع لاختصاص مجلس المنافسة والقرار الإداري الذي يدخل ضمن ولاية القضاء الإداري.

على أنّه وحسب هذا التمييز تكون محكمة التنازع الفرنسية أضافت بعض الغموض في تحديد الاختصاص، لاعتبارها أنّ القرار الصادر عن الإدارة ليس من شأنه التأثير على المنافسة في السوق، بحيث لا يطبق قانون المنافسة على الشخص العمومي إلا في حال مزاولته لنشاط اقتصادي يدخل في مجال تطبيق قانون المنافسة، أي نشاط يتعلّق بالإنتاج، التوزيع، أو الخدمات، على أنّه لا يمكن بحال نفي أن يؤثر القرار الإداري على مسلك المنافسة ضمن السوق المعني بالقرار¹، وبمفهوم المخالفة يمكن الوصول من خلال قرار محكمة التنازع الفرنسية إلى أنّ القرار الإداري الذي يؤثر على المنافسة يمكن أن يكون خاضعا لرقابة مجلس المنافسة²، وهو ما يمكن تأويله على أنّه دعوة للقاضي الإداري لتطبيق قانون المنافسة وهو الأمر الذي لم يتم. ما يوقفنا إلى أنّ هذا القرار الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية لم يوفّق في حسم مسألة تحديد الاختصاص بين القاضي الإداري ومجلس المنافسة، في القضايا المتعلقة بالشخص العمومي³، على أنّ محكمة التنازع الفرنسية بصدد قرارها المؤرخ في 1996/11/04⁴ تخلّت عن معيار التأثير على السوق في تحديد الاختصاص بين مجلس المنافسة والقاضي الإداري، حيث اعتبرت أنّ أنشطة الأشخاص العمومية المتعلقة بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات تخضع لأحكام قانون المنافسة ولرقابة مجلس المنافسة، في حين أنّ القرارات المتعلقة بتنظيم المرفق العمومي والمتخذة في إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة، تخرج من مجال تطبيق قانون المنافسة وتخضع لرقابة القاضي الإداري، وعلى هذا الأساس فإنّه كلما كان القاضي الإداري مختصا في قضية ما حسب معايير اختصاص القضاء الإداري، فلا مجال لتطبيق قانون المنافسة.

على أنّه وفي واقعة أخرى تعرف بقضية مطار باريس، والتي يتلخص النزاع فيها بقيام مطار باريس الذي هو مؤسسة عمومية ذو طابع صناعي وتجاري بإعادة تنظيم محطات

¹ (R) CHAPUS, "Activités des personnes publiques, droit de la concurrence et compétence juridictionnelle", R.F.D.A, Janv. Fév. 1989, n°1, P.82, 83.

² (L) Nicolas VULIERME, "Débats autour des règles de compétence en droit de la concurrence, C.C.C, Juin1998, P.5, S.

³ (J.J) ISRAEL, Op, cit, P.421 et S, P.320 et SS.

⁴ T. conflits, ou nov 1996, n°3038, société Data sport, Arrêt disponible sur site web : www.doc-du-juriste.com. (droit administratif, la répartition des compétences).date de visite : 15/04/2016.

الطيران المتواجدة ضمن مطار "Paris Orly" بتخصيص محلات لوكالات الطيران، بحيث تمّ وضع مجموعة فرنسا للطيران في "Orly" الغربية، وتمّ تجميع مؤسسات طيران آخر في "Orly" الجنوبية، إضافة إلى عدد من القرارات التي تم بموجبها إعادة تنظيم المحلات المستغلة من قبل شركات للطيران.

بحيث وفي طعن مقدم من طرف شركات الطيران إلى مجلس المنافسة ضدّ مطار باريس، أقرّ هذا الأخير (مجلس المنافسة الفرنسي) اختصاصه للنظر في هذه الممارسات، كذلك الشأن بالنسبة لمحكمة الاستئناف بباريس، معتبرين أنّ الدّفع المقدم من طرف مطار باريس ومجموعة فرنسا للطيران بعدم اختصاص مجلس المنافسة بنظر النزاع على اعتبار تعلقه بتنظيم مرفق عمومي وبملك عام لا يمنح اختصاص مجلس المنافسة بنظر القضية حال اطلاع محكمة التّنازع الفرنسية، بالقضية أصدرت بشأنها القرار المؤرخ في 1999/10/18¹ معتبرة مايلي:

- أنّ الشّخص العمومي في حال ممارسته لنشاط اقتصادي يتعلق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات يكون خاضعا لرقابة مجلس المنافسة.

- أنّ القرار الذي يتخذه الشخص المعنوي في إطار ممارسة صلاحيات السّلطة العامّة لتنظيم مرفق عمومي يكون خاضعا لرقابة القاضي الإداري لتقدير مشروعيته والنّظر في مسؤولية الشخص العمومي.

فاستنادا لهذين المبدأين أقرّت محكمة التنازع الفرنسية أنّ القرارات التي تمّ وفقها تجميع أنشطة مجموعة فرنسا للطيران في محطة "Orly" الفرنسية، ورفض طلب شركة "TAT EUROPEAN AIRLINES"، فتح خطوط جديدة انطلاقا من المحطة المذكورة قرارات تتعلق بتسيير ملك عمومي، وتدخل ضمن ممارسات صلاحيات السّلطة العامّة، وبالتالي هي غير منفصلة عن تنظيم محطات للطيران، ومن تم يعود النّظر فيها لاختصاص القاضي الإداري، كما أنّ الممارسات الصادرة عن مطار باريس والمتمثلة في إجبار وكالة "TAT EUROPEAN AIRLINES"، على استعمال الخدمات المساعدة أثناء التوقف التي يقدمها مطار باريس، والذي يمكن أن تشكّل استغلالا مفرطا لمركز هيمنة، تعتبر ممارسات منفصلة عن مراقبة شرعية القرار الإداري وبالتالي فهي من اختصاص مجلس المنافسة.

¹A.J.D.A, 20 déc1999, p.1029, note (M) BAZEX; A.J.D.A, 20déc1999, (P.)Chron. FOMBEUR et (M.) GUYOMAR ; (A.) GUEJ "Juge administratif, juge judiciaire et conseil de la concurrence (pour une calcification des rôles après la décision du tribunal des conflits du 18 octobre1999) L.P.A., 27/04/2000, n°84,4.

وعلى هذا النحو يتسنى أخذ محكمة التنازع الفرنسية بمفهوم امتيازات السلّطة العامّة وتنظيم المرفق العام كمعياريين متلازمين لإسناد الاختصاص للقاضي الإداري.¹

فمحكمة التنازع الفرنسية أدخلت في قرارها عنصر اتصال أو انفصال الممارسة المخلّة بالمنافسة عن القرار الإداري، أمّا في تطبيقات قانون المنافسة فإنّ هذا المفهوم يختلف عمّا هو عليه في القانون الإداري وإن كان مستخلصاً منه، إذ أنّ الأمر يتعلّق بفصل القرار الإداري عن الممارسة المخلّة بالمنافسة، أو بفصل امتيازات السلّطة العامّة عن العقد.²

وإن كان لهذا القرار الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية الميزة في تجنب ازدواجية النّظر من طرف مجلس المنافسة والقاضي الإداري في تصرف مركّب من قرار إداري ونشاط اقتصادي متضمن لمخالفة لأحكام قانون المنافسة بأن يكون القاضي الإداري مختصاً بمراقبة مشروعية القرار، بينما يكون لمجلس المنافسة النّظر في الممارسة المخلّة بالمنافسة، بحيث تظهر استقلالية قانون المنافسة عن القانون الإداري.³

إلا أنّ ما توّصل إليه هذا القرار لا يمنع من صعوبة الإحاطة بانفصال القرار الإداري عن الممارسة المخلّة بالمنافسة لعدم وجود قواعد مقننة أو حتى عملية يمكن من خلالها تحقيق هذا الضبط، كما أنه وإن كان يمنع التنازع الايجابي الاختصاص، فهو ليس بمنأى عن حدوث تنازع سلبي في الاختصاص، كما أنّه حل لا يدخل في منهج تسهيل إجراءات التقاضي نظراً لما يتّسم به من تعقيد.⁴

فحتى ضمن هذه النقطة يظهر أنّ مسألة توزيع الاختصاص تتصرف إلى مسألة الازدواجية القضائية، ومبدأ تفريق جهات القضاء الإداري عن جهات القضاء العادي، وإن كان ضمن القانون الفرنسي مجال تدخّل محكمة التنازع الفرنسية باعتبار توارده عدد من القضايا المشابهة وتواترها بين جهات القضاء الإداري، ومجلس المنافسة على أسس انتمائه لجهة القضاء العادي، فإنّ قصر تجربة المنافسة في الجزائر لا من حيث الهيكل القانوني، وإنّما من حيث الآليات والوسط الاقتصادي الوطني قد عطلّ، أو أركس بروز نزاعات مماثلة، رغم الأوضاع القانونية المتشابهة بين الجزائر وفرنسا، كما أنّ مجلس المنافسة الوطني وفي الغالب الأعم من القضايا المرفوعة إليه والمتضمنة أشخاص القانون العام، يدفع بعدم اختصاصه، رغم ورود نصوص صريحة بقانون المنافسة تأكّد خضوع الأشخاص العمومية لأحكام قانون المنافسة، وعلى هذا المنوال لا يمكن استظهار دور محكمة التنازع دون وجود تنازع سلبي أو ايجابي للاختصاص بين مجلس المنافسة، وجهات القضاء الإداري.

¹ (S) NICINSKI, Op, cit, P.147 et S.

² (N) CHARBIT, secteur public et droit de la concurrence, Joly éd, 1999, P24, N°153 et S.

³ Lamy droit public des affaires, éd, 2005, P.277, N°773.

⁴ (N) CHARBIT Op. cit, P.24, N°151.

على أنّ طريقة التعامل مع قضايا المنافسة سواء بالنسبة لمجلس المنافسة أو للقضاء العادي أو القضاء الإداري، لا يفسّر بحال ما يعرض من تساؤلات قانونية، لا يمكن تفسيرها وبيانها إلا من خلال عمل تشريعي واضح، أو ممارسة قضائية لواقع القانون.

2- بنظر الفقه:

إنّ الأحكام القضائية الصادرة عن جهة القضاء الإداري، وكذا بعض القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة، فيما سبق عرضه في حال بحث العمل القضائي فيما يتعلّق بقضايا المنافسة المتلبسة بأشخاص القانون العام، وإن كانت قائمة على أسانيد قانونية تتعلّق بتوزيع الاختصاص على أسس اعتبار المنازعة الإدارية، بما يدفع باختصاص القاضي الإداري، أو على أساس ارتباط المنازعة بقضايا المنافسة ما يدفع لاختصاص مجلس المنافسة بسند المعيار المادي، فإنّه وضمن كلا الممارستين تمّ اعتبارات لتوجهات ونظريات فقهية تبحث في مجال تحديد هذا الاختصاص من ذلك، وهو ما كان الغالب في تحديد الاختصاص اللجوء إلى الاستناد على نظرية الأعمال المنفصلة لتحديد الاختصاص على أنّه ومع تطبيق هذه النظرية، فإنّ الإشكالات لم تفصل بل أنّ الاعتماد على هذه النظرية يخلق صعوبة بالغة في تحديد الاختصاص، سيّما أنّ مدار تطبيق هذه النظرية هو النصّ القانوني، ومن تمّ فهي لا تعمل على توزيع الاختصاص، وإنّما تحيل الاختصاص في غالبه إلى جهة القضاء الإداري بسند ممارسة صلاحيات السلطة العامة، وتسير المرفق العام وليس من الهين تبين القرارات الإدارية أو العقود الإدارية التي لا يصدق عليها هذا الوصف كلاً أو جزءاً.

ومن بين المعايير التي حاولت تبسيط وتحديد أسس توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري ومجلس المنافسة (القضاء العادي) في المسائل المرتبطة بالمنافسة نجد ما يعرف بمعيار "NICINSKI"، حيث يميز هذا المعيار بين أربع حالات على اعتبار وجود ممارسات مقيدة للمنافسة:

1- الحالة التي يكون فيها القرار الإداري هو السبب الوحيد في وجود ممارسات مقيدة للمنافسة، فباعتبار السبب الرئيسي، يكون القاضي الإداري هو المختص بنظر في مدى شرعية القرار الإداري.¹

2- الحالة التي يرتكب فيها المتعامل الاقتصادي لممارسات مقيدة للمنافسة تبعا لوضعه وخياراته الاقتصادية، وإن ارتبط هذا الأخير بعلاقات مع شخص عمومي، فإنّ هذه الممارسات تخضع لرقابة واختصاص مجلس المنافسة.

3- الحالة التي يكون فيها القرار الإداري الذي اتخذته الشّخص العمومي، هو أصل ومصدر تقييد المنافسة، والذي بموجبه انحرف المتعامل الاقتصادي عن الضوابط والأطر العامّة

¹ (S) NICINSKI, (S), op, cit, P.162.

لقانون المنافسة، نكون ضمن هذا الفرض في حال ازدواجية في الاختصاص، حيث يختصّ القاضي الإداري، بتقدير مدى مشروعية القرار الإداري، في حين يختصّ مجلس المنافسة بنظر الممارسة الصادرة عن المتعامل الاقتصادي، بعد ثبوت عدم مشروعية القرار الإداري من طرف جهات القضاء الإداري.

4- الحالة التي تنتج فيها ممارسات مقيّدة للمنافسة تبعا لوجود أثر متراكم لعدد من القرارات الإدارية والتي دفعت إلى وجود مثل هذه الممارسات، ما يفرض البحث عن القرار الإداري المحرك الرئيسي لوجود الممارسة المقيّدة للمنافسة، إضافة إلى توازي تصرفات المتعاملين الاقتصاديين سبباً أو تبعاً لوجود القرار الإداري، ما يتعين معه البحث عن أصل الممارسة المقيّدة للمنافسة، ومن تمّ فإن كانت تصرفات المتعاملين الاقتصاديين هي مصدر تقييد المنافسة، فإنّ مجلس المنافسة يكون مختصاً بنظر هذه التصرفات، كما يقع عليه تبعاً تقدير مشروعية القرارات الإدارية المعنية بالممارسات الموصوفة التي قام بها المتعاملون الاقتصاديون، في حين يختص القاضي الإداري إذا ما كانت القرارات الإدارية المتداخلة هي الأصل في وجود الأثر المقيّد للمنافسة.¹

إن كان هذا المعيار يبني على توازنات مسطرّة ضمن القانون، وتبعاً لما تواترت عليه الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الإداري، وكذا ممارسة مجلس المنافسة في هذا المجال، وتدخلات محكمة التنازع، إلاّ أنّه بشكل عام، وإن أمكن تطبيقه، فإنّه لا يمنح أيّ أفضلية تخصّ عملية منهجه وسهولة استيعابه، سواء بالنسبة للمتقاضين أو بالنسبة للقاضي، وإن كان يطرح احتمالات متعددة وصور مختلفة لوجود النزاع إلاّ أنّه سقط في تداخل لا منطقي يمكن أن يظهر من خلال مقارنة الافتراض الأول مع الافتراض الرابع، الذي يعكس التناقض في تأصيل القضية الواحدة، كما أنّ اختصاص مجلس المنافسة بتقدير شرعية القرار الإداري أمر غير مستدرك ولا يمكن القول به وليس مبرراً بأيّ سند قانوني، واقعي، أو حتى افتراضي، وإن كان هذا المعيار يسهم بشكل محسوس بتجلية ما يمثّل الاختصاص في قضايا المنافسة المرتبطة بالذات العامة، إلاّ أنّه لا يسع إلاّ أن يكون اجتهادا وإن صدق بعضه لا يحمل على كلّ، بحيث لا يمكن الأخذ به على أصوله الثابتة.²

هذا وإن كان معيار "NICINSKI" ينسجم في إطاره الفكري العام مع ما هو ثابت فعلا بنص المادة 38 من الأمر 03/03 التي تنص على أنّه: "يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخصّ معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيّدة للمنافسة كما هو محدد بموجب هذا الأمر، ولا يبدي رأيه إلاّ بعد إجراءات الإستماع الحُضوري، إلاّ إذا كان المجلس قد درس القضية المعنية.

¹ (S) NISINSKI, Ibid, P.162.S.

² (C) Cabanes NEVEUB, droit de la concurrence dans les contrats publique, éd le Moniteur, Paris, 2005, P226, 227.

تبلغ الجهات القضائية مجلس المنافسة، بناء على طلبه المحاضر أو تقارير التحقيق ذات الصلة بالوقائع المرفوعة إليه.”

بحيث أنه يُنظر إلى نص هذه المادة على أنّها بوابة تفعيل التعاون بين جهات القضاء العادي والإداري، بما يسهم في توحيد الاجتهاد القضائي، ويعزز دور مكانة المنافسة في الوسط الاقتصادي، كما يسهم في التفسير والتطبيق الحسن لقانون المنافسة على النحو الذي يحول دون تنازع الاختصاص بين جهات القضاء الإداري، وجهات القضاء العادي.

المطلب الثاني: ممارسة الاختصاص في قضايا المنافسة

بنظر آليات ومعايير توزيع الاختصاص بين جهة القضاء الإداري، وجهة القضاء العادي في حدود القضايا المتصلة بالمنافسة، لم يتمكن من إقرار فصل بات في تحديد وتوزيع الاختصاص، وإن كان معيار تحديد الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي، معيارا مستقرا وثابتا، لا يثير أي لبس في ظل وجود وتدخلات محكمة التنازع، في حال بعض القضايا التي يحدث تنازع بشأنها، فإنه فيما يتعلّق بقضايا المنافسة يتراوح تطبيق قانون المنافسة بين أحقية القضاء الإداري، بنظر المنازعات الإدارية باعتبار نص المادة 800 من القانون رقم 09/08، وغموض تدخل مجلس المنافسة في تطبيق قانون المنافسة على النشاط الإداري، حتى في الحال الذي يكون متلبسا بحدود قانون المنافسة، وضمن اعتبارات المعيار المادي تطبيقا لنص المادة 8 من الأمر 03/03.

وعليه فهل أنّ إثبات استقلالية مجال تدخل القاضي الإداري فيما يتعلّق بمطلق المنازعات الإدارية، يدفع بالمقابل بإثبات استقلالية مجال اختصاص مجلس المنافسة عن مجال اختصاص القاضي الإداري في نزاعات المنافسة؟

إحاطة بهذا التساؤل وضمن فرع أول نبحت عن معالجة كل من القاضي الإداري، ومجلس المنافسة للقضايا التي تتضمن وجود شخص من أشخاص القانون العام، ضمن حالة ربط مجال المنافسة، ثم ضمن فرع ثان، نؤسس لمذهب استقلالية مجال تدخل واختصاص القاضي الإداري.

الفرع الأول: تطبيقات القاضي الإداري ومجلس المنافسة لقانون المنافسة على الشخص العام

تبعاً للنصوص القانونية المرجعية لهذه الدراسة بالتحديد نص المادة 2 من الأمر 03/03، فبموجب نص المادة 2 من القانون رقم 05/10¹ والتي تنص على أنه: ”بغض النظر عن كلّ الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:

¹ ديب محمد، الإختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 33، الجزء الثالث، سبتمبر 2019، ص.173.

- 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 وبائعو 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 أنه، يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية.¹

تبعا لمجال تطبيق الأمر 03/03، أي مجالات الإنتاج، التوزيع، الخدمات، وكذا مقتضيات هذه الحيثية فإنه نبحت:

أولاً: تطبيق مجلس المنافسة لقانون المنافسة على ذوات عمومية

على التفصيل الذي ورد بنص المادة 2 من الأمر 03/03، فإنه وعلى سند الإجمال، فإن مباشرة أشخاص معنوية عمومية لنشاطات الإنتاج، التوزيع، الخدمات، يجعل من أحكام قانون المنافسة تنطبق عليها، كذلك الشأن بالنسبة للصفقات العمومية، التي ورد إثبات خضوعها لأحكام قانون المنافسة، بصريح النص، بغض النظر عن إمكان إلحاقها بأحد مجالات تطبيق قانون المنافسة، وعليه نبحت:

1- تطبيق مجلس المنافسة لقانون المنافسة على أشخاص معنوية عمومية

"إن مباشرة شخص معنوي عمومي لأحد النشاطات المعنية بتطبيق قانون المنافسة، يجعله بالضرورة خاضعا لأحكام قانون المنافسة، ومن تم فإن إتيان أي ممارسة مخالفة لأحكام هذا القانون، يجعل مجلس المنافسة في حال اضطراره بها مخولا باتخاذ الإجراءات القانونية بشأنها وفق ما هو مقرر قانونا، وضمن الصلاحيات الممنوحة له.

على هذا الأساس فإن مجلس المنافسة وضمن عدد من القضايا، طبق قانون المنافسة على مؤسسات عمومية تثبت أنها تمارس نشاطا اقتصاديا، على اعتبار خضوع الشخص العمومي لقانون المنافسة، وكذا استنادا إلى المعيار المادي الذي يكتفي بممارسة الشخص العمومي لنشاط اقتصادي يتعلق بالإنتاج، التوزيع أو الخدمات بما يوجب ولاية مجلس المنافسة.¹

¹ ديب محمد، الاختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.175.

" ففي قرار صادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 1998/12/13¹، المتعلق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت، تعلّق النزاع بقيام الشركة المذكورة ببيع زبائن دفعة واحدة كميات من التبغ تصل إلى ألف (1000) عبلة للزبون الواحد، بينما لا يستفيد البعض الآخر إلا على مئة (100) عبلة لكل زبون، هذا في حال عدم رفض حصصهم، علاوة على ذلك فإنّ التبغ لا يباع بالكميات المطلوبة ودون منتجات أخرى كأوراق التبغ والكبريت، بالإضافة إلى ذلك عرف السوق خلال الفترة الممتدة إلى غاية 1998/04/26 تذبذبا هاما، في حين أن المخزون كان كافي تلبية كل الطلبات.

تمّ إخطار مجلس المنافسة عبر مراسلة من طرف وزير التجارة، تتعلّق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت، وعلى اعتبار ثبوت لمجلس المنافسة، قيام الشركة المذكورة باحتباس المخزون، البيع التمييزي، البيع المشروط، قرر المجلس بأن تكف الشركة المذكورة عن الممارسات المشار إليها بمفهوم نص المادة 7 من الأمر 06/95، المتعلق بالمنافسة (ملغى)، كما قام بإقرار غرامة قدرها سبع مئة وثمانية وستون ألف دينار (786.000 دج).

وضمن قرار آخر صادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 2015/06/09²، يتعلّق بالإخطار الذي باشره ممثل الموزعين الخواص للمزلاقات ضد كل من شركة سونطراك وسلطة ضبط المحروقات، يتعلّق بإقدام شركة سونطراك على عرقلة حرية المنافسة والحد منها، في سوق توزيع المزلاقات باتخاذها قرار إعادة شركة نفضال موزعا حصريا للمزلاقات وتطبيقها لأسعار تفضيلية لصالح هذه الأخيرة (شركة نفضال).

قرر المجلس قبول الإخطار مع تطبيق المادة 60 من الأمر 03/03، على شركة سونطراك وعدم الحكم عليها بأيّ غرامة مالية مع ضرورة تعهدها بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام قانون المنافسة، مع إلزام الشركة كتابا بأن تبادر في مدة لا تتجاوز شهرين تبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار بتحويل ملفات الموزعين الخواص من شركة نفضال إلى شركة سونطراك، وذلك لتموينهم بصفة عادية، مع الالتزام بمعاملة جميع الموزعين المعتمدين سواء كانوا عموميين أو خواص بنفس المستوى من حيث الأسعار ونوعية وكمية المنتج.

وفي قرار آخر لمجلس المنافسة³، صرح فيه هذا الأخير بعدم قبول الإخطار الذي كان من طرف شركة صناعات المستلزمات الطبية ضد الصيدلية المركزية للمستشفيات، لانتازل

¹ قرار رقم 98 ق03، صادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة يوم 1998/12/13، المتعلق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت، النشرة الرسمية للمنافسة رقم 08، ص8، 9.

² قرار رقم 2015/20، صادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة يوم 2015/04/16، قضية رقم 2013/49، النشرة الرسمية للمنافسة رقم 08، ص56-59.

³ قرار رقم 2015/08، صادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة يوم 2014/06/16، قضية رقم 2004/32، بين شركة صناعات المستلزمات الطبية من الصيدلية المركزية للمستشفيات، النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 08، ص28،

صاحب الإخطار عن الدعوى المتعلقة بممارسة الصيدلية المركزية للمستشفيات لممارسات مقيدة للمنافسة.

حيث أنه وضمن واقعة مشابهة لهذه القضية بتونس، تضمنت قيام الصيدلية المركزية بتونس (منشأة عمومية)، المتواجدة في وضعية هيمنة على سوق توريد الدواء، بتوزيع دواء بيطري دون أن يكون حاصلًا على رخصة ترويج ولا تأشيرة توريد، وهو ما أدى إلى الإخلال بالتوازن العام للسوق والإضرار بالمصنع المحلي الوحيد لمثيل الدواء.

إذ أكد مجلس المنافسة التونسي خضوع أشخاص القانون العام لقانون المنافسة وإلى ولايته، كلما تولوا ممارسة نشاط اقتصادي يندرج في قطاع تنافسي يتعلّق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، لكنّه تجاوز ذلك المبدأ من خلال تمييزه بين وظيفتين من وظائف الشخص العمومي، إذ اعتبر أنّ قطاع الأدوية يقوم على الفصل بين سلطة اتخاذ القرارات المتعلقة بمنح التأشيرة أو برخصة الترويج، وهي قرارات إدارية تتخذها مصالح وزارة الصحة والهياكل التابعة لها، ولا يجوز لمجلس المنافسة النظر فيها، أمّا فيما يتعلّق بعملية البيع والشراء والتوزيع التي تقوم بها الصيدلية المركزية التونسية فهي تدخل في إطار تطبيق أحكام قانون المنافسة ورقابة مجلس المنافسة التونسي.

وحيث أنه ثبت لمجلس المنافسة التونسي، أنّ الصيدلية المركزية التونسية **تولّت** توريد وتوزيع دواء بيطري لم يكن متحصلا على رخصة الترويج ولا على تأشيرة التوريد، بمعنى أنها تصرفت وفقا لإرادتها المنفردة، شأنها شأن أي مؤسسة اقتصادية متعاملة في السوق وخارج إطار المرفق العمومي وليس نزولا عند أحكام تشريعية أو قرارات إدارية أمره، بدليل أنّ السلطة العمومية تدخلت لاحقا وأمرت بسحب الدواء الذي استوردته الصيدلية المركزية التونسية دون وجه حق، على هذا الأساس قرر مجلس المنافسة التونسي غرامة مالية على الصيدلية المركزية التونسية.¹

هذا وإن مجلس المنافسة الوطني (الجزائري)، ونظرا لتجميد نشاطه فترة معتبرة من الزمن، وبعد استئنافه لنشاطه، فصل في عدد من القضايا المتعلقة بتطبيق قانون المنافسة على أشخاص عمومية، متمسكا باختصاصه للنظر بشأنها، على أنّ أغلب القضايا قضى فيها بعدم قبول الإخطار، نظرا لعدم تمسك الأطراف المخطرة بطلب الشكوى.²

2- تطبيق مجلس المنافسة لقانون المنافسة بخصوص الصفقات العمومية

¹ قرار رقم 5181، صادر عن مجلس المنافسة التونسي، المؤرخ في 2005/11/10، ملحق التقرير السنوي التونسي الخاص بمجلس المنافسة بتونس، 2005، ص 119 وما بعدها. كذلك ديب محمد، الإختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.ص 175-177.

² من ذلك مثلا القرار المشار إليه أعلاه: (القرار رقم 2015/05، المتعلقة بالقضية رقم 2004/32)، وكذا: القرار رقم 2015/10، الصادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة يوم 2014/06/18، المؤرخ في 2015/03/03، قضية رقم 2009/44، بين جمعية المهنيين للغاز والوقود ضد الشركة الوطنية نפטال، النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 08، ص 32، 33.

نظر مجلس المنافسة عدد من القضايا المرتبطة بالصفقات العمومية، تراوح الفصل فيها بين عدم قبول الإخطار، وبين الفصل بعدم اختصاص المجلس.

ففيما يتعلّق بعدم قبول الإخطار، نذكر القرار رقم 2015/03، الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 2014/06/18¹، والمتعلّق بالإخطار الذي تقدمت به شركة "Green Révolution Industries"، ضد والي ولاية البيض بخصوص عدم مراعاة أحكام الصفقات العمومية، والذي قرّر بشأنه المجلس عدم قبوله نظرا لعدم تلقي رد من الشركة المذكورة بخصوص طلب تأكيد التمسك بالشكوى.

أمّا ما يتعلّق بعدم قبول الإخطار لعدم الاختصاص، نذكر القرار رقم 2015/16 الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 2014/11/13²، المتعلّق بالإخطار الذي تقدمت به الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ميد)، ضد المعهد الوطني للأراضي والسقي وصرف المياه إلى مجلس المنافسة، والمتعلّق بالصفقات العمومية، فيما يخص إسنادها.³

غير أنّه حدث وأن صدر قرار عن مجلس المنافسة التونسي، بشأن الشكوى التي تقدمت بها الغرفة الوطنية للمستشارين الجبايين التونسيين، ضدّ "الشركة العمومية للاسمنت بنزرت"، التي قامت بإجراء استشارة قصد اختيار مستشار جباي، تضمنت شروطا تمييزية ضيقت من حيز المنافسة في سوق الاستشارة الجبايية.

إذ، اعتبر مجلس المنافسة التونسي أنّ المشتري العمومي عندما يحدّد حاجياته بهدف إبرام صفقة عمومية، فإنّه لا يتعاطى نشاطا اقتصاديا يتعلّق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، بل يقوم بأعمال قانونية تدرج ضمن اختصاصات التسيير التي تنظمها نصوص تشريعية وتنظيمية.⁴

¹ قرار رقم 2015/03، صادر عن مجلس المنافسة في جلسة المنعقدة يوم 2014/06/18، قضية رقم 2003/28، بين شركة "Green Révolution Industries"، ضد والي ولاية البيض، النشرة الرسمية للمنافسة 2015، رقم 08، ص18، 19.

² قرار رقم 2015/16، صادر عن مجلس المنافسة في جلسة المنعقدة 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، ص46-48.

³ في هذه الحالة نكون بصدد ممارسة تتعلّق بالعمل الإداري، وضمن النصوص القانونية السارية المتعلّقة بالصفقات العمومية وعليه فهي لا تتعلّق بالممارسات والأعمال التي تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 6، 7/10، و11، و12 من الأمر 03/03.

⁴ قرار رقم 4164، صادر عن مجلس المنافسة التونسي، مؤرخ في 2005/05/19، ملحق التقرير السنوي الخاص بمجلس المنافسة التونسي، ص109، كذلك هو الحال بالنسبة لمجلس المنافسة الفرنسي الذي أقرّ بعدم اختصاصه في مادة الصفقات العمومية، في ذلك:

C.C.F, N° 90-D-24, 04 sep 1990, B.O.C.C.R.F, 26 sep 1990, P366: "le conseil de la concurrence" n'est pas compétent pour se prononcer sur la régularité des procédures dévolution des marchés publics. للمزيد من التفصيل في هذه المسألة أنظر: ديب مجمّد، الإختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، ص. 178.

ثانياً: تطبيق القاضي الإداري لقانون المنافسة

"إن كان من باب أولى معالجة هذا الموضوع، انطلاقاً من أسس المرجعية القانونية لهذه الدراسة استناداً للتشريع الجزائري، فإنه ومن باب السبق الزمني لتطبيقات القاضي الإداري الفرنسي لقانون المنافسة، ونظراً لأنّ بحث هذه النقطة من زاوية القانون والتجربة الفرنسية تتحقق عبره تجليات هذه المسألة في القانون الجزائري.

فإنّه نقدّم دراسة القانون الفرنسي أولاً، لبحث تطبيق المنافسة على الأنشطة الإدارية، على اعتبار قواعد المنافسة الحرة، مصدر من مصادر المشروعية الإدارية ثم نخرج إلى إمكان تطابق النتائج المتوصل إليها بنظر القانون الجزائري.¹

1- ضمن القانون الفرنسي:

يعتبر القرار الصادر عن محكمة التنازع في قضية "Ville de Pamiers" نقطة مرجعية لبنائية رفض تطبيق قانون المنافسة من طرف القاضي الإداري، على أنّ هذا الرفض برز أيضاً ضمن قضية أخرى تعلّقت وقائعها بمداولة صادرة عن المجلس البلدي لمدينة "Saint-Denis de la- Réunion" تجيز لرئيس البلدية إبرام عقد إجار زراعي مع إحدى الشركات، لمدة عشرين سنة، تلتزم خلالها هذه الشركة بتسيير المرفق العام للماء الصالح للشرب، مما دعى أحد أعضاء المجلس البلدي المذكور بالطعن في قرار رئيس البلدية مؤسساً دعواه على عدم احترام ذلك القرار لقواعد المنافسة الواردة ضمن المرسوم 1986/12/01، المتعلّق بقانون المنافسة الفرنسي. وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أنّ قانون المنافسة لا ينطبق على الأشخاص العموميين، إلّا حين ممارستهم لنشاط اقتصادي يتعلّق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، وأنّ القرار الواقع بموجبه إسناد تسيير المرفق العمومي المتمثل في توزيع الماء الصالح للشرب، لا يندرج في إطار النشاطات المذكورة، كما أنّه ليس من شأنه عرقلة المنافسة أو الحدّ منها أو إلغائها.²

¹ ديب محمّد، الإختصاص بقضايا المنافسة المتّصلة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.178.

² (PH) TERNEYRE, "le droit applicable aux conventions de délégation de service public : quelques précisions du conseil d'Etat", R.F.D.A, N°2, mars-av., 1994, P.252, L.P.A, 8 Juillet 1994, P.15, note (O) GUEZOU,

"considérant qu'il résulte de l'article 53 le l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 que le règles qui y sont définies ne s'appliquent aux personnes publiques qu'autant que celle-ci se livrent a des activités de

ومن تمّ فإنّ هذا القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي ينطبق والقرار الصادر في قضية "Ville de Pamiers" في اعتبار أنّ القرار الإداري لا يعدّ عملاً من أعمال الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات.¹

" بهذا فإنّ القاضي الإداري الفرنسي طبق بصورة مباشرة قانون المنافسة على الأعمال الإدارية بطريق مراقبة الشرعية، حيث لم يحصر تطبيق قانون المنافسة في النشاطات المتعلقة بالإنتاج والتوزيع والخدمات، هذا وقد تتالت القرارات الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي والتي تُأسس شرعية القرار الإداري بالنظر لمدى احترامه لأحكام قانون المنافسة²، كما ينعكس هذا الاعتناق عبر الرأي الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 22/11/2000، عقب استشارته حول صحة قرار رئيس بلدية يقضي بمنع تعليق لافتات إشهارية جديدة وسط المدينة، والذي إعتبر فيه أنّ سلطة الضبط يجب أن تأخذ بعين الاعتبار قواعد المنافسة عند ممارستها لتلك السلطة.³

2- أما بالنسبة للقاضي الإداري الوطني (الجزائر):

بالنظر إلى نص المادة 19 من الأمر 03/03، فإنّ القرارات المتخذة من طرف مجلس المنافسة بشأن رفض التجميع يختصّ بنظر الطعن فيها مجلس الدولة، على اعتبار أنّ مجلس المنافسة سلطة إدارية تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، وإذ أنّ مجلس الدولة ينظر في قرار مجلس المنافسة العائد لاختصاصه بصفته قاضي

production de distribution et le services, que l'organisation du service public de la distribution de l'eau a laquelle procès de un conseil municipal n'est pas constatative d'une telle activité, que l'acte juridique de dévolution de l'exécution de ce service n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre au de fausser le jeu de la concurrence sur le marché."

¹ نذكر في هذا الإطار قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1994/07/29، (CAMIF)، الذي رفض فيه هذا الأخير إخضاع قرار تنظيمي يتعلق بطلب عمومي لمقتضيات قانون المنافسة.

C.E, 29/07/1994, Rec. 1994, P365, C.J.E.G, 1996, P116, note E.B.B.

كما أنّ القاضي الإداري الفرنسي طبق قانون المنافسة الأوروبي على الأعمال الإدارية قبل أن ينتهي إلى إقرار قانون

المنافسة الداخلي كمصدر من مصادر المشروعية الإدارية، ويمكن تزمين هذا التحوّل بصدور قرار " Fédération française des sociétés d'assurance " الذي قبل فيه مجلس الدولة الفرنسي مراقبة ملائمة القرار المنشئ لوضعية هيمنة عن طريق منح مؤسسة اقتصادية حقوق حصرية استناداً لأحكام الفصل 86 من الاتفاقية الأوروبية. CE, 8/11/1996, F.F.S.A, C.J.E.G, 1997, P232. كذل، في هذا الشأن أنظر كذلك أنظر في قرار "STE Million et Marais" الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 1997/11/03. مشار إليه في:

(J-H) STAHL, "l'application par le juge administratif, de l'ordonnance de 1^{er} décembre 1986 relative a la liberté des prix et de la concurrence", R.F.D.A, nov-déc 1997, N° 6, P1228.

تفصيلاً أنظر: ديب محمّد، الإختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.179.

² Au titre d'exemple : A.J.D.A, 20/05/1999, P427 conclusions : (J-H) STAHL op, cit.

³ C.E, 22/11/2000, société L&P publicité SARL, 25 Fév2001, N°37, P12 : "la circonstance que les mesures de police ont pour objet la protection de l'ordre public [...] n'exonère pas l'autorité investie de pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence."

في هذا الشأن أيضاً: ديب محمّد، الإختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.180.

ابتدائي ونهائي، فإنّ الطاعن لا يمكن أن يؤسس طعنه على أساس عدم مشروعية القرار الصادر برفض التجميع، ذلك أنّ طبيعة الاختصاصات العائدة لمجلس الدولة بصفته قاضي ابتدائي ونهائي تتعلق بالطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية هذه القرارات، وبما أنّه لا مجال لتفسير القرار ضمن هذا الشأن، على اعتبار أنّ الأمر يتعلّق بعدم منح ترخيص من سلطة مختصة بذلك، فإنّ الأمر يستلزم أن يتعلّق بتقدير مدى شرعية القرار وبالتبعية، فإنّ الطلب المتضمن الطعن يهدف حتماً إلغاء هذا القرار من قبل مجلس الدولة في حال قطع فعلاً بعدم مشروعيته.¹

"وعلى اعتبار أنّ المادة 17 من الأمر 03/03 تنصّ على أنّه كلّ تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، ولا سيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبيت فيه في أجل ثلاثة (3) أشهر.

كما أنّ المادة 18 من الأمر المشار إليه حددت تطبيق المادة 17 بالنسبة للتجميعات التي تحقق حد يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة، كما أنّه ووفقاً لنص المادة 19 من الأمر 03/03 فإنّ مجلس المنافسة رخص بالتّجميع أو رفضه بمقرر معلّل، هذا بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة، والوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع، فإنّ القاضي الإداري في حال نظره للطعون المتعلقة برفض التجميع بناءً على نص الفقرة الأخيرة من المادة 19 من الأمر 03/03، فإنّه يقبّل مشروعية القرار الصادر عن مجلس المنافسة بناءً على القواعد القانونية التي تضبط مشروعية هذا القرار، وفق ما هو محدد بنص الفصل الثالث من الأمر 03/03 المتعلّق بالتجميعات الاقتصادية، وكذا استناداً على التعليقات التي قدمها مجلس المنافسة بالطعون المتعلقة برفض التجميع، وبهذا يمكن تأسيس تطبيق القاضي الإداري لقانون المنافسة.

كما أنّ خضوع الصفقات العمومية، بدءاً بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، تبعاً لنص المادة 2 من الأمر 03/03، يتيح وجهاً للمقابلة بنص المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15، التي تضمنت المبادئ الواجب مراعاتها في الصفقات العمومية، والتي في مجملها تهدف إلى إقرار حرية المنافسة في مجال الطلب العمومي، ومن تمّ فإنّ المرسوم الرئاسي 247/15 يمكن اعتباره قانون منافسة خاص بالطلب العمومي يقوم في حدود معينة على أسس قانون المنافسة، من حيث إلزامه بتفعيل المنافسة، وتمكينه للآليات القانونية والإجرائية لوجودها، مع الحرص على محاربة الممارسات التي يمكن أن تعيق المسار السليم للمنافسة، ومن تمّ فإنّ تطبيق القاضي الإداري لنص المادة 946 (ق.إ.م.)، فيما يتعلّق بحالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود

¹ الهام بوحلايس، الاختصاص في مجال المنافسة، مذكرة ماجستير، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2005/2004، ص 97، 98.

الإدارية والصفقات العمومية، على أساس الإخلال بالتزامات المرسوم الرئاسي 247/15، ضمن هذه المسألة هو تطبيق غير مباشر للقواعد العامة ضمن قانون المنافسة.

على هذا الأساس، وكرؤية نظرية فإنّه لا مانع قانوني ينأى بالقاضي الإداري عن تطبيق قانون المنافسة كمصدر من مصادر المشروعية الإدارية، إذ أنّ مجلس المنافسة لا يملك اختصاصا حصريا في مجال تطبيق قانون المنافسة، كما أنّه لم يتغير شيء في قواعد الاختصاص التي ينص عليها نظام الازدواجية القضائية، كما أنّه يمكن للجهات القضائية أن تطلب رأي مجلس المنافسة فيما يخصّ معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة، وهذا تبعا لنص المادة 38 من الأمر 03/03، حيث وردت كلمة الجهات القضائية دون تحديد بما يفيد جهات القضاء العادي، وكذا جهات القضاء الإداري.¹

كما أنّ المادة 48 من الأمر المشار إليه مكّنت كلّ شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضرر من ممارسة مقيدة للمنافسة من رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة، وهذا ما يفيد قطعا جهتي القضاء الإداري، أو الإداري.

الفرع الثاني: استقلالية مجال تدخل القضاء الإداري

إنّ استقلالية وازدواجية الهيكل القانوني للنظام القضائي، يتيح كما يفرض ممارسة كل جهة قضائية لاختصاصاتها وفق ما يشير إليه القانون.

وعلى اعتبار أنّ مجلس المنافسة ليس بالسلطة القضائية، وإنّما من بين السلط الإدارية المستقلة، حيث يمارس اختصاصات شبه قضائية في إطار تطبيقه لقانون المنافسة على أساس أنّه الهيئة المخولة قانونا بضبط المنافسة، إلاّ أنّه لا يملك اختصاص حصري في ذلك على اعتبار أنّ الالتزام بالمنافسة الحرّة يشكّل مبدأ قانوني، يلتزم كل مخاطب بتحقيقه ويكون على الجهات القضائية رصده وإنفاذه حال مخالفته، وحين توصلها بهذه المخالفات.

هذا وإن ارتبط تطبيق مجلس المنافسة لقانون المنافسة وفق قاعدة الاختصاص المبنية على ممارسة النشاط الاقتصادي حتى بالنسبة للشخص العمومي، وفي حالات غير مألوفة حتى بالنسبة للقرار الإداري الذي يفرض قيود على قاعدة المنافسة، حيث تتأسس عدم مشروعية القرار الإداري بقياس معايير الشرعية المرتبطة بصور القرار الإداري، وليس على أساس مساسه بحرية المنافسة، على أساس أنّ تطبيق قانون المنافسة يجب ألاّ يعيق بحال ممارسة صلاحيات السلّطة العامّة، وتسير المرفق العام تبعا للفقرة الأخيرة من المادة 2 من الأمر 03/03.

"فإنّ تأصيل تطبيق القاضي الإداري لقانون المنافسة ينبعث من بحث المصادر القانونية الخاصة والتي من خلالها يضمن القاضي الإداري تحقيق فاعلية المنافسة وأهداف

¹ ديب محمّد، الإختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.ص 180-182.

قانون المنافسة بشكل غير تقليدي، سيما وأنّ المنافسة في إطار عقود الشراء العمومي، تجربة قوية وهيكلية تجدرت ضمن كل النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية، من ذلك الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17/06/1967، المتضمن الصفقات العمومية.¹

كما أنّه وفي إطار أحكام المرسوم الرئاسي 247/15، يكون على المصالح المتعاقدة بشأن صفقة عمومية الالتزام بالكشف عن الممارسات المقيدة للمنافسة المحتملة من خلال عملية تقييم العروض،² ومن تم إبعاد المنافسين الذين هم في وضعيات منافية للمنافسة، أو من شأنهم المساس بالمنافسة.

ضمن هذه التوجّهات نتطرق أولاً إلى استقلالية مجال تدخل القضاء الإداري ضمن إطار ومفهوم تفعيل المنافسة وآلياتها في الصفقات العمومية من خلال رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد، ثم نفيض إلى بحث هذه الاستقلالية من خلال أصالة المصدر والمنهج.

أولاً: رقابة القضاء الإداري الاستعجالي قبل التعاقد

"باعتبار أنّ حرية المنافسة من الحريات الأساسية العامّة وفق منحي دستور 1996 لاعتناق مبدأ حرية الصناعة والتجارة، وكذا عبر التعديلات التي شملته والتي أكد من خلالها على حرية الاستثمار والتجارة، الذي تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال الخاص بهما، تحقيقاً لنمو المؤسسات عبر ضبط السوق وحماية المستهلكين، ومنع الاحتكار والمنافسة غير النزيهة.³"⁴

من تمّ فإنّ الرقابة القضائية الإدارية على الصفقات العمومية والعقود الإدارية، بصرف النظر عن أصناف الرقابة الممارسة في مجال الصفقات العمومية، ينبع من الأسس التي تقوم عليها عقود الصفقات العمومية، وبشكل عام العقود الإدارية، من الالتزام بالمساواة، وعدم التمييز، والعلانية، هذا من حيث ما هو واجب من التزامات على الإدارة، في المقابل فإنّ المتعامل معها سيما في الصفقات العمومية، يقع عليه التزام عدم الإخلال بقواعد المنافسة بنظر الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، باعتباره الضابط العام لنظام المنافسة، كما يقع عليه التقيّد بالإجراءات المنظمة للصفقات العمومية، وفق أحكام المرسوم الرئاسي 247/15، علاوة على الأعباء التي يضطلع بها والدرجة ضمن دفتر الشروط.

حيث أنّ عقود الصفقات العمومية ترتبط بقاعدتي الإشهار، أو العلانية والتي عبرها يمكن تحفيز المنافسة، فإن مباشرة رقابة القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد هو الآلية

¹ الأمر 90/67 المؤرخ في 17/06/1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر رقم 52 الصادرة في 1967/06/27.

² ديب محمّد، الإختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، ص. 182.

³ المادة 43 دستور 1996 المعدل.

⁴ ديب محمّد، الإختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، ص. 182.

القانونية الأنسب للربط بين تطبيق القاضي الإداري لقانون المنافسة، على النحو الذي يطبق فيه قانون الصفقات العمومية.

"وفي شكل مجمل تبرز خصائص القضاء الاستعجالي في المواد 917، 918، 921، 922، 924، و935 على أن ما نعرض إليه كمرجع هو نص المادتين 946 و947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لارتباطهما بشكل من أشكال المنافسة."¹

يُعرّف القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في الصفقات العمومية بأنه: " إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق منح القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الإستعجالية العامة."²

هذا ويعدّ النصّ على القضاء الاستعجالي قبل التعاقد سابقة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث لم يتأسس هذا النمط من القضاء الاستعجالي إلا بصدور القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أي إلى غاية سنة 2008.

"وحيث أنّ إقرار الرقابة القبلية تعاقدية للقضاء الاستعجالي، جاء متنسقاً وتعديلاً الأمر 03/03، المتعلق بالمنافسة بموجب القانون رقم 12/08، من حيث الإطار الزمني والذي تمّ بموجب المادة 2 من القانون المشار إليه سابقاً تعديل المادة 2 من الأمر 03/03 بإلحاق الصفقات العمومية ضمن مجال تطبيق الأمر ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصّفة العمومية، وهذا ما يتوافق مع ما يهدف إليه المرسوم الرئاسي 247/15، في مجمل نصوصه المؤطرة للصفقات العمومية، بما يُتوخى منه ضمان نجاعة الطلب العمومي وتجسيد مبادئ حرية الوصول إلى الطلب العمومي، وضمن المساواة في معاملة المترشحين، وتحقيق شفافية الإجراءات وفق ما تقضي به المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15."³

بهذا فإنّ الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية المتضمنة بنص المادتين 946، 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يمثل إجراء قانوني مستحدث. فإنّه يختلف عن الدعوى الاستعجالية الإدارية من حيث:

¹ ديب محمّد، الإختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.182.
² محمد فقير، رقابة القضاء الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، آلية وقائية لحماية المال العام، ملتقى وطني، دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، المداخلة السادسة عشر (16)، كلية الحقوق، جامعة المدية، 2013، ص.05.
³ ديب محمّد، الإختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.183.

1- طابعها الوقائي: إذ يمكن مباشرتها قبل إبرام العقد، بما يمكن من إيقاف المخالفات الممكنة التي تمسّ قواعد العلانية والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.¹

2- إنّ الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية تتيح للقاضي الإداري سلطات واسعة غير مألوفة في المادة الاستعجالية، خروجاً عن القاعدة الإجرائية ضمن مبادئ القانون الإداري، والتي مفادها أنّ "القاضي يحكم ولا يدير"، حيث للقاضي الاستعجالي الإداري حال مباشرة هذه الدعوى سلطة الأمر والوقف والإلغاء.²

3- في حدود السلطات التي يباشرها القاضي الاستعجالي ضمن الدعوى قبل التعاقدية، والتي تمكنه من توقيع غرامة تهديدية في حال انقضاء آجال الامتثال من قبل الإدارة لالتزاماتها، وكذا إصدار الأوامر، يخرج القاضي الاستعجالي الإداري في هذه الدعوى عن الأمر المتعلق بعدم مساس الدعوى الاستعجالية بأصل الحق ويفصل فيها بصفته قاضي استعجال وموضوع.³

"كما أن المادة 946 من القانون 09/08 عنيت أيضاً بالالتزام بالإشهار والمنافسة ضمن عمليات إبرام العقود الإدارية ما يدخل ضمن هذه الدعوى عقود تفويض المرفق العام، وفق الأطر والمحددات القانونية المتضمنة في المرسوم الرئاسي 247/15، على أنه وضمن محل نص المادة المشار إليه لم يرد إشارة أو تحديد أو تفعيل أو تخصيص لعقود إدارية، وإنما وردت على سبيل الاحتمال، ما يحيل إلى أنّ كل عقد إداري يتوجب قانوناً أن يخضع لإجراء الإشهار، والمنافسة يكون مشمولاً بحق مباشرة هذه الدعوى."⁴

ثانياً: استقلالية المصادر والمنهج للقضاء الإداري

إنّ إقران عقود الصفقات العمومية باختصاص القضاء الإداري، يتيح تقصي استقلالية المصدر القضائي القانوني لالتزام القاضي الإداري بفرض احترام الإدارة لقواعد المنافسة.

وإن كان ذلك المرجع الإطار لنظام خاص بالصفقات العمومية، يعود إسناده للأمر 90/67 المتضمن الصفقات العمومية، وقبل ذلك بما تقرر من الاستمرار بالعمل بالقانون الفرنسي فيما لا يتعارض مع السيادة الوطنية بموجب الأمر 157/62،⁵ وكذا إنشاء اللجنة

¹ المادة 946 فقرة 1 من القانون 09/08 (ق.إ.م.).

² المادة 946 فقرة 3، 4، 5 من القانون 09/08 (ق.إ.م.).

³ مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص246.

⁴ ديب محمّد، الإختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، ص184.

⁵ مؤرخ في 1962/12/31، ج.ر رقم 02، ص18، الصادرة باللغة الفرنسية لسنة 1963، ملغى بموجب الأمر 29-79، المؤرخ في 1973/07/05، ج.ر رقم 60 لسنة 1973.

المركزية للصفقات العمومية، التي أنيط بها صلاحيات في مجال الشؤون القانونية، وكذا إجراءات انجاز الصفقات العمومية، وكذا العديد من النصوص القانونية التي عُيّنت بتنظيم الصفقات العمومية.

فإنّه على الرّغم من التّوجه الاشتراكي المتبع في تلك الفترة، وإلى غاية بروز المحددات الأساسية لتغيّر النهج الاقتصادي والسياسي عبر دستور 1989، عيّنت الصفقات العمومية بحرص على أن تتم وفق معايير تضمن حرية الولوج إليها، مع تحقيق القدر المتاح من الشفافية باعتماد إجراء إبرام الصفقات العمومية عن طريق المنافسة، واعتباره المبدأ ضمن كل عملية تعاقدية.¹

وإن كانت الصفقات العمومية في تلك الفترة تعبر عن تصورات لتحقيق مخططات اقتصادية في إطار المنحى والنهج الاشتراكي الذي يروم تحقيق تسيير منضبط للمال العام وفق مبادئ الفعالية، الكفاءة والتوفير، على أنّ الإطار الفعلي للمنافسة وإن كان مقترحاً، إلا أنّ آليات وإجراءات التطبيق لا يمكن وصفها بالكافية أو الملائمة.

"وإن كان إطلاق حكم تقييمي يستلزم دراسة تاريخية لتحديد مسار المنافسة ضمن الصفقات العمومية فإننا نكتفي بإثبات نص الأمر 90/67، على معالم تبني نمط تنافسي مع توفير حد معتبر من الضمانات مقارنة بالتطورات التي شهدتها قانون المنافسة، بما يسعنا الجزم بأنّ احترام الإدارة لقواعد المنافسة ليس متأسلاً وفق القواعد المسطرة لقانون المنافسة إذ لم يكن له حتى بؤادر بدايات آنذاك، وإنّما كان وفق ما هو محدد بموجب قانون الصفقات العمومية.

هذا وأنّ المرسوم الحالي المتعلّق بالصفقات العمومية يقوم على مبادئ أساسية تتيح وجود المنافسة عبر تحقيق حرّية الوصول للطلب العمومي، والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات. هذه المبادئ التي عبّرت عن ضمان تحققها عبر كامل نصوص المرسوم المشار إليه.²

هذا فيما يتعلّق باستقلال مصدر حماية القاضي الإداري للمنافسة خارج الإطار القانوني العام للمنافسة، وباستعراض مبدأ حرية الصناعة والتجارة على أساس أنّه مبدأ دستوري يندرج ضمن الحريات العامّة، فإنّ دستور 1996 بموجب نص المادة 37 أكّد على ضمان حرية التجارة والصناعة، وكذلك هو الشأن وفق ما أدرج ضمن المادة 43 من الدستور وفق آخر تعديل بمحددات حرية الاستثمار والتجارة، وكذا منع الاحتكار والمنافسة غير النزيهة، وضبط السوق.

¹ Houria BELKACEM, les Institutions Supérieures de contrôle des Finances publique et les systèmes de contrôle, cour des comptes, Février 2001, P.355.

² ديب محمّد، الإختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.186.

وفي ظلّ كلّ هذه المضامين والأطر المحددة للمنافسة، فإنّ اعتماد القاضي الإداري لمبدأ حرية المنافسة بناء على النصوص القانونية يتعدى أيضا إلى اعتبار أنّ حرية المنافسة مبدأ لصيق ومشمول بمبدأ حرية الصنّاعة والتّجارة.¹

هذا وإن كان مبدأ حرية المنافسة يحدد سنده في الفصل 86، الفقرة الأولى من الاتفاقية الأوروبية، كما أنّ محكمة العدل الأوروبية أقرّت هذا المبدأ، فإنّه ليس تمّ إلّزام في القانون الفرنسي يفرض على الإدارة احترامها لهذا المبدأ، وإن صدرت عدد من الأحكام القضائية الإدارية التي تمّ فيها اعتبار أنّ هذا المبدأ (مبدأ حرية المنافسة) يعدّ من المبادئ العامّة للقانون²، وإن كان النّظر إلى القاضي الإداري وفق هذه الأحكام الإدارية يدخل في مجال اعتباره منشأ، فإنّه بذلك يتحدد كجهاز قضائي لحماية المنافسة، حتى في ظلّ وجود آليات قانون المنافسة الخاص، بخصوص الاتفاقات وحالات الهيمنة التي تمارسها سلطة عمومية، بما يحقق ويضمن الاستقلالية للقاضي الإداري حال نظره في النزاعات المتعلقة بالمنافسة، ومن تمّ فإنّ المنافسة كحال إلّزام قانوني يفرض في أيّ من العقود الإدارية، مبدأ يوجب أن تلتزم به الإدارة، في المقابل يتوجب على القاضي الإداري حمايته استنادا إلى القيمة الدستورية لمبدأ حرية التّجارة والصنّاعة، بحيث لا تخرج ضمان حرية المنافسة عن ضمان تحقق مبدأ حرية التّجارة والصنّاعة.³

وبهذا نخرج عن دراسة مصادر الاستقلالية للقاضي الإداري في قضايا المنافسة من حيث المصادر لنعلّق على بحث المنهجية التي تُبأشر بها هذه الاستقلالية وفق آليات القضاء الإداري.

وحيث أنّ اختصاص مجلس المنافسة بنظر الممارسات المخلّة بالمنافسة يتحدد وفق المادة 2 من الأمر 03/03، وكذا المواد 6، 7، 10، 11، و12 من ذات الأمر وانطلاقا من الصلاحيات القمعية التي يتمتع بها مجلس المنافسة فيما يتعلّق بتسليط الغرامات على المخالفين، فإنّ قياس دور القاضي الإداري، سيما وأنّ هذا الأخير لا يختص إلا بالنظر في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة فيما يتعلّق برفض الجميع.

¹ (J.-Y.) CHEROT, droit public économique, Economica, coll. "corpus droit public", Paris, 2002, P.38 : la liberté du commerce et de l'industrie a été comme "une première, ancienne et rudimentaire expresse d'un principe de libre concurrence. En effet pour justifier la jurisprudence administrative on invoque la nécessité de protéger la libre concurrence, les personnes publique disposent dont l'usage fausserait nécessairement leur compétition sur le marché avec les personnes privées.

(P) DELVOLVE, droit public de l'économie, Paris, Dalloz, 1998, P109 : "Ainsi a l'image des poupées russes, on est en présence d'une série de liberté qui s'emboîtent les unes les autre, de la liberté d'entreprendre jusqu'à la liberté de concurrence".

² (M) BAZEK, "la liberté concurrence, nouvelle source de l'action administratif", G.P, 25-26 juillet 2001, P1155 : v. aussi T.A Besançon, 22/07/1999, Moniteur, 08 oct 1999.

³ (D) RIBES, "la concurrence saisie par le droit constitutionnel français ? (note sous conseil constitutionnel 202-460 DC) , R.F.D.C, 2003, n°53, P171 : "En toute logique, la liaison de ces différentes liberté rejaillit sur leur valeur. Et le rang constitutionnel de la concurrence.

فإنّ بحث مجال اختصاص القضاء الإداري، يعنى بالإخلال بالتزامات حرية المنافسة التي يضمنها إجراءات المرسوم الرئاسي 247/15، فيما يتعلّق بالصفقات العمومية، وبشكل مجمل فيما يدخل في إطار العقود الإدارية والقرارات الإدارية، إذ أنّ العلاقة المفترضة بين القرار الإداري، والممارسات المخلة بالمنافسة، إمّا أن تكون ثابتة عن صدور القرار، أو لاحقة له، وإن تطرقت المادة 946 (ق.إ.م.إ) إلى الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية فإنّها تتعلّق بالإخلال بالتزامات قانونية تتعلّق بالإشهار والمنافسة.

على أنّه يمكن النّظر إلى الحالة التي يكون فيها القرار الإداري المصدر الرئيسي للممارسة المخلة بالمنافسة، حيث اعتبر فقه القضاء الإداري أن القرار يكون موجبا للإلغاء متى أدى بصورة مباشرة وآلية إلى جعل طرف اقتصادي في وضعية عرقلة لقواعد المنافسة.¹

فأثر القرار على المنافسة يجب أن يكون مباشرا ومحققا بحيث أنّه بوجوده دون توافر أيّ عوامل مساعدة يكون محققا لعرقلة حرية المنافسة، وفي الحال الذي تتعدد فيه القرارات المنشأة لحالة المساس بالمنافسة فإنّه يكون على الطاعن تحديد القرار المباشر الذي ترتبت عنه حالة المساس بالمنافسة.²

فإن الممارسات الصادرة عن الإدارة والتي يكون من شأنها عرقلة المنافسة في السوق تترتب مسؤوليتها بالشكل الذي تخضع فيه لرقابة القاضي الإداري، على أسس المسؤولية الإدارية.³

المبحث الثاني: إسقاطات الممارسات التواطئية بمفهوم قانون المنافسة على الصفقات العمومية وحدود الدور الرقابي لمجلس المنافسة

نظرا لما يتمتع به قطاع المشتريات العامّة من أهمية اقتصادية، فإنّ المنافسة على العقود العامّة لا تحمي المصالح المالية للدولة وحسب، وإنّما يتمّ عبرها حفظ فرص اقتصادية أفضل لمقدمي العروض، سيما وأنّ قطاع الطلب العمومي يمثل نسبة تتراوح بين 25 و 30% من النتائج المحلي الإجمالي في البلدان النامية.⁴

بالتالي فإنّ القواعد الخاصّة بتنظيم الصفقات العمومية، تكفل لمقدمي العروض الحصول على فرص متساوية في مجالات اقتصادية واسعة، على أنّ بلوغ المستوى الأمثل من المنافسة على العقود العامّة لا يتحقق دائما في الممارسة العملية وذلك لأسباب قد تخصّ

¹ C.E.F, 11 juin 2003, E.D.F.

² C.E.F, 25 NOV 2002, union fédérale des consommateurs que choisir de la vienne.

³ (S) NICINSKI, op, cit, 159 a 169.

⁴ Sustainable public procurement : Brinc fing note by Rita Rooson behalf of the united nations, procurement capacity development centre and the united nations Environment programme, <http://www.unpcdc.org/media> date de visite 15/06/2016.

الإطار التنظيمي للصفقات العمومية، وخصائص السوق، والسلوك التواطئي لمقدمي العروض إضافة إلى عوامل أخرى.

فخلال اليوم الدراسي الذي نظمه مجلس المنافسة حول "مؤشرات التواطؤ في الصفقات العمومية" حذر هذا الأخير كافة الهيئات الإدارية والمؤسسات العمومية المكلفة بتسيير الصفقات العمومية، من ظاهرة التواطؤ في الصفقات العمومية التي تشمل اتفاقات بين مجتمعات اقتصادية تتفاهم فيما بينها بطريقة سرية من أجل الاستحواذ على الصفقات العمومية.

هذا وأن التدابير التشريعية التي تتضمن الوقاية من التواطؤ في الصفقات العمومية، تمّ التنصيص عليها في الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، وكذا في المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية، حيث تعاقب أحكام النصين الممارسات المشبوهة التي تمسّ بقواعد المنافسة من ذلك عملية إعداد دفاتر الشروط والتي يتمّ توجيهها لخدمة مصالح مؤسسات بعينها على حساب أخرى، حيث تمّ تسجيل 73 حالة إستفادة مؤسسات من امتيازات غير مبررة في سنة 2010، بينما تراجع عدد هذه الحالات إلى 99 حالة في سنة 2012.¹

على هذه الأسس نعرض إلى دراسة حالات التواطؤ في الطلب العمومي ضمن مطلب أول، ثمّ نعرض ضمن مطلب ثان بيان حدود تطبيق قانون المنافسة على صفقات المتعامل العمومي.

المطلب الأول: التواطؤ في طلب العروض

سبق واستعراض الممارسات التواطئية² وفق مفهوم قانون المنافسة، بالشكل الذي يسمح بتقريب أسسها والإحاطة النسبية بمضمونها، ووفق ذلك وبمنظور عام غير تفصيلي، فإنّه يقصد بالممارسات التواطئية كلّ الأعمال التي ترمي إلى الاشتراك والتآمر على عمل خداع مخالف للقانون مع نية الإضرار بالطرف الآخر، وإن كان عنصر النية غير مشروط في وصف العملية التواطئية، حيث أنّ وقوع الضرر، ومخالفة أحكام القانون يفي في تحقيق الممارسات التواطئية.

من خلال هذا المطلب نعرض إلى الأشكال الشائعة للتواطؤ ضمن فرع أول، فيما نعرض عبر الفرع الثاني إلى بحث طرق الكشف عن التواطؤ وما يمكن إتخاذ من إجراءات في سبيل محاربتة.

¹ www.consiel-concurrence.dz/p=2275/Evenementes/communiqyé_de_presse. Date de visite : 12/06/2016.

² الصفحة 45 من هذه الأطروحة.

الفرع الأول: الأشكال الشائعة للتواطؤ

تتخذ الاتفاقيات الخاصة بممارسة التواطؤ أشكالاً متعددة، يكون من أثرها إعاقة المسار الطبيعي والحر للمنافسة، بما في ذلك التلاعب بأسعار الصفقات بما لا يحقق فائدة الطلب العمومي، ويخلّ ببنية السوق على النحو الذي يؤدي للإضرار أيضاً بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة عبر المناورات التي تقوم بها المؤسسات الكبرى.

هذا وتتضمن الآليات التي يعتمدها المتواطئون غالباً على عمليات تقديم وتوزيع الأرباح الإضافية المكتسبة نتيجة الحصول على سعر تعاقدى أعلى من السعر الحقيقي.

وقد سبق الإشارة إلى بعض أشكال التواطؤ في الصفقات العمومية إلا أن هذا لا يمنع من الاقتضاب في عرضها، حيث يمكن التمييز بين الصور الآتية من التواطؤ:

1- عروض التغطية (العطاءات الصورية أو الشكلية):

وتعدّ من الطرق الأكثر شيوعاً، حيث يكون الهدف منها إيهام المصالح المتعاقدة بوجود منافسة بين المترشحين مقدمي العروض، في حين أنه يكون قد تمّ الاتفاق سلفاً على العرض الفائز الذي سيتم الإعلان عنه.

إذ أنه عادة ما يقوم المتواطئون إلى جانب مقدم العرض الفائز بتقديم عطاءات مبالغ فيها أو غير جدية تتضمن على الأقل أياً مما يلي:

- سعر أعلى من سعر العرض المقدم من قبل الفائز المنتقى.

- سعر (عرض) مبالغ فيه ومن المتوقع عدم قبوله.

- عرض يتضمن شروط خاصة غير مقبولة من المصالح المتعاقدة.

- عرض أسعار تقل بنسبة مفرطة عن تقديرات المصالح المتعاقدة.

- عرض غير مستوفي للشروط الفنية المطلوبة.

2- الامتناع عن تقديم عرض:

يتم في هذه الحالة التنازل لصالح صاحب العطاء المتفق على فوزه بالصفقة، ويتم التنازل إما بالامتناع عن تقديم العطاء أو عبر سحب العطاء والعدول عنه بعد تقديمه، بما يضمن فوز الطرف المتفق عليه بالصفقة.

3- التنازل عن الصفقات:

وتتضمن هذه التقنية تأكيد حضور المؤسسات في الطلب العمومي وتتيح لها أن تكون معروفة لدى المصالح المتعاقدة ما يضمن أن تدخل ضمن المؤسسات المستشارة، حسب طبيعة الطلب العمومي المعلن عنه، بالإضافة إلى ذلك فإنّ هذه التقنية تقوم على مبدأ

استمرار الأطراف المتواطئة في تقديم العروض ضمن كل الصفقات المتاحة بشكل مستمر ودوري، مع الاتفاق في كل مرة على الطرف الذي يتم تمكينه من الفوز بالصفقة، هذا وتختلف طرق تنفيذ اتفاقات التناوب، فيمكن أن:

- يتم تخصيص قيم نقدية متساوية من مجموعة معينة من العقود لصالح كل مؤسسة.
- كما يمكن أن يتم تخصيص النسب النقدية طبقاً لحجم المؤسسة.¹

4- تقاسم الحصص:

ومما تدلّ عليه الصيغة فإنّ هذه التقنية في التواطؤ تعتمد في الأساس على مبدأ التوزيع التناسبي، حيث يُعتمد إلى تقسيم السوق المعني بالصفقة إلى حصص، يخصص كل حصة إلى عميل معين، ما يعني حجر العملية التنافسية بالسوق من خلال هدم منافسة المتعاملين لبعضهم البعض بشكل جدي في إطار احترام تقييم الحصص القائم ما يؤدي إلى نيل كل متعامل للصفقات التي تدخل ضمن ما تمّ الاتفاق عليه في تقسيم الحصص، وضمن حدود السوق المعنية بالنشاط المزاول وطبيعة الصفقات المخصصة، إذ يمكن أن يتم الاتفاق على تقسيم السوق وعدم التنافس بين متعاملين معينين في حدود جغرافية معينة، إذ يلجأ ضمن هذه الحالة إلى اعتماد أسلوب عروض التغطية والمجاملة من خلال تبادل المساعدة والتنسيق بين الأطراف المتواطئة سواء من خلال الاتفاقات المبدئية، أو عبر تحالفات قائمة تستهدف مجمل عمليات الطلب العمومي.²

هذا وأنّ اعتماد هذا الأسلوب يستلزم حضور مؤسسات تتمتع بقوة اقتصادية كبيرة، ما يسمح لها بالسيطرة على توازنات السوق، كما يتيح لها توجيه الطلب العمومي، بحيث تنشأ عمليات تقاسم السوق ضمن الصفقات ذات الغلاف المالي المعتبر، التي تتيح للمؤسسات الكبرى فرصة الاستحواذ عليها من خلال التوافق والتنسيق مع مؤسسات من ذات الحجم، ويتم ذلك عبر:

- تخصيص عميل معين (مصلحة متعاقدة) لمؤسسة محدّدة.
- تخصيص عملاء منطقة معينة (مصالح متعاقدة) لمؤسسة محدّدة.
- تخصيص فئة من العملاء (مصالح متعاقدة) لمؤسسة محدّدة.

¹ ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE, les ententes injustifiables, troisième rapport sur la mise en couvre de la recommandation de 1998, rapporte 2005, P27, 28 disponible sur : www.oecd-ilibrary.org date de visite : 12/06/2016.

² Robert ANDERSON, William KOVACIC and Anna MILLER, Ensuring integrity and competition in public procurement "Government Procurement and reform, Cambridge university press, 2011, P17,18.

- تخصيص الصفقات حسب حجمها للمؤسسات المتوافقة حسب حجمها.¹

هذا وأنّ هذا التقسيم لتشاطر الحصص في الصفقات ليس وقفياً، أو جامعاً، وإنما يتّسع حسب ما يعمد إليه المتعاملون الاقتصاديون من وسائل للتأثير على حسن السير لإبرام الصفقات العمومية بما يخالف الأحكام القانونية المنظمة للصفقات، وبما يخالف قواعد المنافسة الحرّة، وبما لا يستجيب للأطر العامّة لمبدأ حرية الصنّاعة والتجارة، من تمّ فإنّ هذا التقسيم يمكن أن يتم وفق أكثر من معيار، وهي جميعها تعتبر صورة من صور التواطؤ.²

5- تبادل المعلومات قبل تقديم العروض:

سبق الإشارة إلى الدور الذي يلعبه النفاذ إلى المعلومة وإتاحتها بشكل يضمن علم الجميع وتتحقق معه المساواة في المعاملة عبر ضمان إقرار المنافسة الحرة وترقية الطلب العمومي، وتأكيد مشاركة المؤسسات، إلا أنّ الإعلان عن الصفقة العمومية كآلية تضمن علم المتعاملين الاقتصاديين بالطلب العمومي، وكالتزام قانوني في ذمة المصالح المتعاقدة يمكن أن يخرج عن حدوده المؤطرة قانوناً بتواطؤ من المصالح المتعاقدة، على النحو المرتبط بالمدّة أو توصيل مؤسسات معينة بمعلومات حصرية غير متاحة للآخرين.³

هذا وأنّ تبادل المعلومات، هو ما يقع بين المتعاملين الاقتصاديين فيما بينهم، حيث أنّ تبادل المعلومات بين المؤسسات قبل تقديم العروض يدخل ضمن حالات التواطؤ، هذا وتقع عملية تبادل المعلومات ضمن محددات يمكن الحكم عليها بأنّها إطار لعملية تواطئية، هذا وقد تضمن قرار صادر عن مجلس المنافسة الفرنسي بتاريخ 2009/11/18، القول: "أنّ الغرض الحقيقي من المناقصات هو ضمان تفعيل المنافسة الكاملة، بين المؤسسات المرجح أن تستجيب للطلب العمومي (...) وعليه، فإنّ المسّ بالسّير العادي لإجراءات تقديم العروض من خلال منع تكوين الأسعار حسب آليات السوق، وخداع الشخص العام حول واقع ومدى المنافسة القائمة بين مقدمي العروض يدخل اضطراباً على القطاع الذي تمت فيه الممارسة، كما يلحق أضراراً جسيمة بالنظام الاقتصادي العام."⁴

على الرغم من أن ممارسات التواطؤ، يمكن أن تتم ضمن أيّ قطاع اقتصادي، إلاّ أنّه يوجد بعض القطاعات التي تكون عرضة أكثر لهذه الممارسات لخصوصيات الصناعة أو

¹ O.C.D.E, les ententes injustibles, op, cit, P28.

² V. déc n°11-D-02 du 26/01/2011, relative a des pratique mise en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historique, Autorité de la concurrence Français.

³ الصفحة 93، 94 من هذه الأطروحة.

⁴ AUTORITE DE LA CONCURRENCE FRANÇAISE, Décision n°09-D-34 du 18/4/2009, relative a des marchés de travaux public d'éclairage public en corse, disponible le site web : www.cnrs.fr/aquistaine/IMG/cccorse.pdf. Date de visite 12/06/2016.

المنتج، بحيث تحفز هذه الخصائص دعم ممارسات الشركات المتواطئة، على أنه لا يشترط تواجد هذه الخصائص مجتمعة لكي تتمكن المؤسسات من تحقيق التواطؤ.¹

إذا أنّ العوامل المساعدة على التواطؤ في الصفقات العمومية تختلف بحسب نوعية المنتجات، الأشغال أو الخدمات موضوع الصفقة، كذلك فإنّ الإطار الضابط لنظام الصفقات العمومية يسهم في وجود توافقات، إذا لم يُصَلِّ وفق قواعد وأصول الممارسات المنتهجة في السوق، من خلال استغلال ما يتيح قانون الصفقات العمومية كضمان لتحقيق المنافسة من الإعلان عن الصفقة، ومدته وما يدخل في تأهيل المتعاملين الاقتصاديين، وتكوين الملف الإداري والتقني للصفقة.²

ولعلّ أهم ما يمكن الإشارة إليه من العوامل التي يمكن أن تحفز وتزيد من مخاطر التواطؤ ضمن الصفقات العمومية نحيل إلى مايلي:

1- حواجز الدخول إلى السوق:

إنّ وجود حواجز لمباشرة النشاط ضمن قطاعات اقتصادية، إمّا تبعاً لنصوص قانونية أو اتجاهات الدولة في ضبط السوق، قد يمنع التحاق المؤسسات الجديدة المختصة في توريد نفس السلع أو القيام بنفس الأعمال وإسداء نفس الخدمات، إذ عادة ما يترتب عن هذه الحواجز حماية السوق من الضغط التنافسي الناشئ عن مزاحمة المؤسسات الجديدة داخل السوق، سيما إذا كانت المؤسسات المتواجدة فعلاً تلبّي حاجيات السوق. ورغم أنّ هذا الحاجز يعتبر من السياسات الوقائية الهادفة إلى حماية السوق وتوجيه المؤسسات بحسب حاجيته وحاجيات الطلب العام، فإنّه في الوقت ذاته يدفع إلى خلق ممارسات تواطئية.³

هذا وتختلف الحواجز التي تمنع المؤسسات من دخول سوق الطلب العمومي بحسب مصدرها وطبيعتها فقد تكون إدارية في حال أنّ ممارسة نشاط معين يحتاج الحصول على رخصة، كما يمكن أن تنشأ في إطار تفضيل المؤسسات الوطنية على الأجنبية، وقد تكون هذه الحواجز متعلقة بصغر حجم السوق ووجود مؤسسات مهنية ذات نفوذ مالي أو تقني معتبر، هذا وتتعدد الأسباب التي ترتب حواجز على المؤسسات في دخول السوق على أنّها ينبغي أن تبنى على عناصر واقعية مبررة، تتيح قدراً من المرونة للمؤسسات في دخول السوق.⁴

¹ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، إرشادات عامة لمكافحة التواطؤ بين مقدمي العطاءات في المناقصات العامة، النسخة العربية متاح على موقع المنظمة الإلكتروني www.oecd.org ، ص05.

² Paul KLEMPERER, "Auctions with almost common values, European Economic review, vol 42, 1998, PP757-763.

³ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، إرشادات عامة لمكافحة التواطؤ بين مقدمي العطاءات في المناقصات العامة، مرجع سابق، ص05.

⁴ Patrick BAJARI, Garret SUMMERS, "Detecting collusion procurèrent Auctions": Antitrust Law journal, vol70, 2002, P143.

2- قلة عدد المؤسسات المتعاملة في سوق الطلب العمومي:

انطلاقاً مما عرض إليه فيما يتعلّق بالحواجز التي يمكن أن تفرض على المؤسسات في دخول السوق عامّةً وبالأخص قطاع الطلب العمومي، فإنّ الأمر يستلزم صعوبة التعيين الحقيقي لعدد المؤسسات العاملة، علاوة على أنّ العوائق المتعلقة بدخول السوق ترتب وجود مؤسسات فعلية من جهة، كما يمكن أن تؤدي إلى قلة عدد المؤسسات المنافسة التي بمقدورها توفير السلع أو الخدمات أو القيام بالأشغال، مما يزيد من احتمال وجود ممارسات التواطؤ في الصفقات العمومية، مما يسهل على المؤسسات الاتفاق حول كيفية التواطؤ سواء لتقاسم الأسواق أو الحصص، أو غيرها، وذلك حسب طبيعة القطاع أو النشاط.¹

3- التدفق الثابت والمستقر للطلب العمومي:

إن استقرار الطلب العمومي على نحو ونمط معين ومحدد، يجعله مألوفاً ومرتبياً بالنسبة للمؤسسات، حيث تعمل هذه الأخيرة على ترصد هذا النوع من الطلب المتتالي على نحو متكرر، حيث تتضاعف فرص التواطؤ، إمّا بصيغة إستثنائية بين مؤسسات محصورة من حيث العدد، وإمّا أن يتم تقسيم العقود بين المؤسسات المسيطرة على نوع معين من الطلب العمومي مما يضعف فاعلية أداء الصفقة العمومية، ولا يرتب تحقيق المنفعة الاقتصادية العامة بتداول المؤسسات على الصفقات، بحسب جدارة الأداء والعرض الاقتصادي.

من تم فإن عكس الصيغة الثابتة والمستقرة للطلب العمومي يؤدي إلى خلخلة الاتفاقات التواطئية، سيما إذا ما تضمن الطلب العمومي صيغة تغيرات جوهرية ومستمرة تحول دون أقلمة المؤسسات بهذه العروض.

4- طلب العروض المتكرر:

يتقارب مفهوم طلب العروض المتكرر ومفهوم التدفق الثابت والمستقر للطلب العمومي، حيث أنّ هذا الأخير يحمل في معناه تكرار الطلب العمومي على أنّ هذا التكرار لا يقتضي الاستقرار والثبات، وإمّا يحدث أن يجري الطلب العمومي على نحو متكرر ومستمر، لكن يقع ضمن مناطق جغرافية متباعدة، ويشكل في مضمونه اختلافات جوهرية في الطلب وان اتفقت من حيث طبيعتها، على أنّها تتماثل في موضوعها.

بهذا فإن عمليات الشراء المتكررة والمتماثلة تزيد من فرص الاتفاق والتواطؤ، وتساعد أعضاء التحالف المشكل للممارسات التواطئية من تامين الاتفاق، وضمان عدم خروج

¹ Paul KLEMPERER, op, cit, P765.

أطرافه عما تم الالتزام به، حيث أن تماثل المناقصات المتاحة يساعد المؤسسات المتفقة على تقدير العروض المتاحة والممكنة التي يمكن أن تقدمها المؤسسات خارج الأطراف المتفقة.¹

5- السلع والخدمات المتماثلة والبسيطة:

إنّ السلع والخدمات أو الأشغال التي يمكن اعتبارها مماثلة يتيح من جهة حرية الاختيار، ويضمن تعدد الخيارات مع الاستفادة من نفس المنتج، الخدمة، أو الأشغال، وهو ما يتيح بالأساس وفق المنطق الاقتصادي انخفاض في السعر، نظراً لطبيعة المعاوضة أو البديل المجزي الذي يسمح بتحقيق الغاية النهائية من المادة المتاحة ضمن السوق.

على أنه في المقابل فإنّ نشاط المؤسسات ضمن نفس القطاع الاقتصادي، وضمن مجالات متخصصة وإن كان من زاوية نظرية يمكن أن يحقق القدر الأكبر من الجودة والتنافسية وهو واقع فعلاً، إلا أنه يتيح للمؤسسات المقدمة لسلع أو خدمات متطابقة أو متشابهة التوصل إلى اتفاق لتحديد هيكل سعر مشترك، سواء نحو الانخفاض أو الارتفاع، والمساس بالمبادئ التي تحكم تقدير السعر في السوق يؤثر بشكل عام على النمط الاقتصادي للأفراد، ناهيك عن ما يمكن أن يترتب من خسارة للمال العام في حال التلاعب بتحديد السعر وفق آليات السوق في الطلب العمومي.²

6- قلة البدائل والتغيرات التقنية:

إن ما يتيحه وجود بدائل متعددة متماثلة أو تعويضية من انخفاض في الأسعار في حال عدم الاتفاق على تحديد السعر بغير القواعد الضابطة له، يقارب بالحال الذي يعبر عنه في المصطلحات الاقتصادية بالنذرة، أي الحال التي تنعدم فيه البدائل.

إذ أنّ قلة المنتجات أو الخدمات البديلة التي يمكن أن تحل محل السلعة أو الخدمة المطلوبة، يمكن للمؤسسات التي تنشط في سوق الطلب العمومي من ضمان موقعها وحيازتها لأغلب صفقات المتعامل العمومي، نظراً لقلّة البدائل التي تسمح بإنجاح الطلب العمومي، ومن تمّ فإنّ قلة البدائل المتوافرة في السوق تتيح للمؤسسات فرض عروض لا تحقق الأفضلية للطلب العمومي، بحيث يمكن التأثير على العرض المالي والتقني على السواء.³

¹ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، إرشادات عامة لمكافحة التواطؤ بين مقدمي العطاءات في المناقصات، مرجع سابق، ص5، 6.

²Paul KLEMPERER, op, cit, P764, 765.

³ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، إرشادات عامة لمكافحة التواطؤ بين مقدمي العطاءات في المناقصات، مرجع سابق، ص6، 7.

الفرع الثاني: طرق الكشف عن التواطؤ وآليات الوقاية منه

تتدخل الدولة في الاقتصاد لترسم إطاراً للنشاط الاقتصادي والاجتماعي، فتحدد الحقوق العينية والحقوق الشخصية، وتوفر الحماية في نظام العلاقات والمعاملات التي تنشأ في إطار الكيان الواحد للدولة، وقد تصحح اختلالات السوق وتوفر الخدمات العامة التي لا توفرها أسواق الخواص، غير أنّ الدولة يمكن أيضاً أن تكون أداة قمعية، فتحدّ من سلوك الأفراد والجماعات بما يزيد عن الحدّ اللازم لتحقيق الأهداف العامة، بحيث تنفذ السياسات العامة بطرق تتسم بالتبذير وانعدام الكفاءة، بشكل لا يُضاهي إلا بقصور آليات السوق عن خلق البيئية الحقيقية اللازمة لتحقيق المنافسة، ودعم استقطاب الاستثمار.

وسواء كانت الدولة طوعية أو قمعية في تسيير شؤونها، فإنّها تدير توزيع المنافع وفرض الأعباء، ويشرف على هذا مسؤولون يتمتعون ضمن حدود واسعة بسلطة تقديرية، وإسقاطاً على الصفقات العمومية فإنّ المصالح المتعاقدة، وهي بصدد تحديد حاجياتها والإعداد للصفقة يمكن أن تتصل بمؤسسات ترغب في الحصول على معاملة تفضيلية مقابل تحقيق امتيازات فردية، وإن كانت الصفقات العمومية تخضع لنظام صارم من الرقابة الداخلية والخارجية في إطار الهيئات الإدارية المكلفة بمكافحة الفساد، وكذا الهيئات القضائية.¹

وحيث أنّ إمكان تواطؤ المصالح المتعاقدة مع المؤسسات لإرساء صفقة عمومية خارج إطارها المشروع أمر وارد، وفق منطق ما العيب في أن يدفع المرء ثمن ما يرغب فيه؟ أليس هذا أساس نظام السوق؟

إنّ دراسة التواطؤ في الصفقات العمومية حال اقترانه بالمصالح المتعاقدة يدخل في إطار دراسة الفساد الإداري، وهو موضوع يحتاج لوحده لدراسة متخصصة، وعليه فإنّ بحث طرق الكشف عن التواطؤ والوقاية منه ينصرف بالأساس للاتفاقات التي تتم بين المؤسسات على فرض سلامة إجراءات المصالح المتعاقدة.

وبهذا فإنه توجد العديد من الطرق والخطوات الممكنة إتباعها لتسهيل مهمة المصالح المتعاقدة في الكشف عن ممارسات التواطؤ والتلاعب في الصفقات العمومية نقاربها فيما يلي:

* البحث عن العلامات الدالة على التواطؤ:

1- عند تقديم العروض:

¹ Alberto ADES, and Rafeal DITELLA, "competition and corruption", Oxford University, Keble college, oxford, united kingdom, 1994, P55, 56.

في سعي لتحقيق أكبر منافسة، فإنّ طلب تقديم العروض يدخل في إطار الإعلان عن الرغبة في التعاقد الذي يتمّ عن طرق الإشهار الصحفي، كما يتم نشره في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.¹

وتكمن أهمية الإعلان عن المناقصة (الصفقات) في الوقاية من الفساد حيث:

- يمنع قصر عقود الصفقات العمومية على طائفة محدودة من المتعاملين بحجة تفردهم بالقدرة على تلبية الحاجات العامة.

- يؤدي الإعلان إلى زيادة عدد المشاركين في تلبية الطلب العمومي، ما يضمن جودة الخدمات المتحصل عليها.²

على أن حدوث التواطؤ بين المؤسسات أمر وارد ويمكن أن تشير إليه عدد من العلامات عند تقديم العروض من بينها:

- أن تكون نفس المؤسسة ووفق وتيرة مستمرة مقدمة العرض الأقل.

- أن تعمل نفس المؤسسات على تقديم عروض بحسب تخصص جغرافي مدروس ودقيق، بحيث تعمد إلى تقديم عروض غير تنافسية في مناطق جغرافية معينة، في حين تقدم عروض تنافسية في مناطق أخرى، وتتواصل على هذه الصيغة من تقديم العروض بطريقة تناوبية.

- وجود مؤسسات ما يعرف "بالبيدق"، والتي تقدم عروض متواصلة وبشكل دائم، لكن دونما أن تفوز بأي مناقصة.

- وجود مؤسسات ما يعرف "بالظل"، والتي لا تتقدم بعروض، على أن العرض الذي يحدث أن تقدمه يكون هو العرض الفائز.

- تقديم العروض المشتركة، في الوقت الذي يمكن فيه المؤسسات، انطلاقاً من مركزها الاقتصادي وحجم الصفقات المعروضة التقدم بعرض فردي.

- تعدد لقاءات المتنافسين، والتحضير لاجتماعات بشكل منتظم قبل فترات قليلة من الموعد النهائي للصفقات.³

وعلى هذا الأساس فإنّه يتوجّب رصد هذه الممارسات ببناء قاعدة معطيات تتيح للمصالح المتعاقدة معرفة تاريخ المؤسسات في تقديم عروض لطلبات عمومية، كما تتيح لها رصد النشاط الذي لا يدخل في إطار سلامة معلومات المؤسسات والحق في سرية المعاملات من خلال:

¹ الصفحة 100 من هذه الأطروحة.

² حمزة خضري، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية، دفاتر السياسة والقانون، العدد السابع، جوان 2012، ص178.

³ الدليل التوعوي بشأن حماية المنافسة في المناقصات، وزارة الاقتصاد والتجارة، إدارة حماية المنافسة، دولة قطر، يمكن الاطلاع عليه عبر الموقع الإلكتروني: www.mec.gov.ya، ص14. نظر بتاريخ 2017/06/06.

- تقليص فرص مقدمي العروض في معرفة بقية المشاركين المحتملين في المناقصة، من خلال إتاحة الفرصة لأكثر عدد ممكن من مقدمي العروض المحتملين، وعدم وضع شروط تنطوي على قيود لا لزوم لها.

- تأمين المتابعة الدقيقة للأسواق التي يروح حدوث التواطؤ فيها.

- حفظ المعلومات الخاصة بخصائص وتفاصيل المناقصات السابقة، من ذلك مثلا حفظ المعلومات الخاصة بالمنتج والعروض المقدمة من كل مؤسسة وأسعار العروض، وهوية المؤسسات وكذا المؤسسات التي تم إسنادها للصفقة.

- الاحتفاظ بقوائم رسمية للمنشآت العاملة في مجال المناقصة، والمراجعة الدورية لقائمة الفائزين بالمناقصات المطروحة لمنتجات أو خدمات معينة أو مشابهة لموضوع الصفقة محل الاهتمام، ومحاولة الوقوف على السلوكيات المثيرة للريبة.¹

ومن أمثلة الممارسات التواطئية ما رصده قسم مكافحة الاحتكار بوزارة العدل الأمريكية في المناقصة الخاصة بتركيز شبكة إشارات المرور الضوئية بمقاطعات أمريكية، حيث تعتمد الولايات المتحدة الأمريكية على شبكة موحدة لعلامات الطرق وإشارات المرور، ونظام موحد لتسيير الشبكة، وقد طرحت الجهات المختصة مناقصة لتركيز شبكة إشارات ضوئية في مقاطعات متاخمة، وعند القيام بعملية فرز العروض، لاحظت الجهات المشرفة على المناقصة وجود تخصص جغرافي للعروض المقدمة من ثلاث مؤسسات، حيث تقوم كل واحدة منها بتقديم العرض الذي يفوز في مقاطعة بعينها وتقديم عرض لا يفوز في بقية المقاطعات، حيث تم إحالة ملف المناقصة على وزارة العدل الأمريكية التي باشرت تحقيقا، تم من خلال التأكد من وجود ممارسة تواطئية بين المؤسسات الثلاث.²

2- من خلال المستندات المقدمة:

تتضمن المستندات والمرفقات الإدارية اللازمة لتحضير عروض المؤسسات على قرائن تحذيرية هامة تفيد وجود التواطؤ من عدمه، ومن تم فإن أي اتفاق بين المؤسسات يمكن أن يظهر من خلال الوثائق المقدمة من طرف المؤسسات، إذا ما تم مقارنة المستندات بحرص وعناية لتحديد ما إذا كانت العروض قد تم إعدادها من نفس الشخص، أم تم إعدادها بشكل مشترك، ومما يمكن أن يستند عليه في عملية الاستدلال عبر الوثائق المقدمة على حالة التواطؤ مايلي:

- وجود أخطاء متشابهة في مستندات وخطابات العروض المقدمة من المؤسسات المختلفة تظهر في شكل الأخطاء الإملائية والنحوية.

¹ Patrick BAJARI, Ganett SUMMERS, op, cit, P146, 147.

² United States Department of justice Antitrust Division, Collusion in tenders-traffic lights, www.justice.gov/atr/public-documents/Search.

- تضمن العروض المقدمة على خطوط متماثلة أو نماذج كتابة متطابقة.
- احتواء العروض المقدمة من قبل مؤسسات مختلفة على تقديرات متطابقة لتكلفة عنصر معين..
- أن تتضمن العروض المقدمة من قبل المؤسسات المختلفة على تفاصيل أقل من التفاصيل اللازمة أو المتوقعة، أو وجود أي إشارة لكون هذه التفاصيل غير حقيقية.
- الحالة التي تكون فيها العروض المقدمة متماثلة، أو تتضمن أسعار تزيد زيادة منتظمة بين مقدمي العروض.¹

3- من خلال الأنماط المتعلقة بالتسعير:

يساعد وبشكل كبير الأسعار المقدمة في العروض في تحديد الخلفيات التي استند عليها تقديم العروض، بحيث تساهم في كشف الاتفاق على التواطؤ، عبر البحث في الأنماط التي تشير إلى وجود تنسيق بين المؤسسات، إما بعرض أسعار مرتفعة أو أسعار منخفضة لا يمكن تبريرها لا بحسب قدرات المؤسسات، ولا بحسب قواعد وآليات السوق، كما وأنه في أغلب الحالات لا تعبر عن التكلفة الحقيقية للمشروع في مقابل الأعباء.

هذا وأنه في الحالات التي تكون فيها العروض الخاسرة تتضمن عرضا تقنيا أو ماليا مبالغ فيه ولا يمكن مقارنته بالنسبة للعرض الفائز، فإنه يعدّ دلالة على احتمال لجوء المؤسسات إلى أسلوب عروض التغطية، وعادة ما تنتم هذه العروض بملاسات يمكن إقرانها للتأكد من وجود تلاعب في تقديم العطاءات وتعطيل مبدأ المنافسة، حيث تصنف من الممارسات التي تثير الريبة مايلي:

- الارتفاع المفاجئ والتمائل لأسعار العروض المقدمة، بحيث لا يمكن تفسير هذه الزيادة بوقائع مبررة.
- الفرق الكبير بين السعر والعرض التقني المقدم من طرف العرض الفائز والعروض الأخرى.
- اختلاف العروض المقدمة من نفس المؤسسات في إطار مشاركتها في صفقات مشابهة للصفقة المعروضة،

ومقاربة لها في الزمن، حيث يتضمن العرض تنافسية عالية.²

4- تقصي التصريحات والسلوكات المريبة:

¹ الدليل التوعوي بشأن حماية المنافسة في المناقصات، مرجع سابق، ص19.

² O.E.C.D, policy Roundtables, Exofficio cartel investigations and the use of screens to detect cartels, at : www.oecd.org/dof/competition/exofficie-cartel-investigations,2013, P24-27.

من الناحية العملية فإنّ الكشّف عن الاتفاقات التواطئية ضمن أيّ شكل، وأيّ مجال كانت ليس بالأمر الهين، وعلى هذا الأساس فإنّ مفهوم الاتفاق، والممارسة التواطئية في إطار قانون المنافسة لا يستند في إثباته على قواعد الإثبات التقليدية، كما أنّه لا يشترط في وجوده توافر الإطار العقدي بصيغته الشكلية، أو حتى بالصيغة التي تنصرف إلى مجرد توافر الإيجاب والقبول، حيث أنّ هذا الاتفاق يتأسس بمجرد اتخاذ سلوكات موحدة وإن لم يكن معبر عنها، وفي بعض الأحيان دونما شرط توافر عنصر التنسيق، بحيث يكتفى بالقصد الذي يمكن الوصول إليه بدراسة تصرف المؤسسات، وواقع السوق، على النحو الذي يؤدي إلى زعزعة آليات عمل السوق، ويمكن تفصي حالات التواطؤ من خلال:

- التصريحات الشفوية أو الكتابية التي يمكن أن يستنبط منها وجود اتفاق بين مقدمي العروض.

- التصريحات التي يبرر عبرها مقدمي العروض أسعارهم بإرجاعها لطبيعة النشاط أو السوق المرجعية دونما أن تتسق تلك التبريرات بواقع السوق.

- التصريحات التي يتم فيها تصنيف المؤسسات لإعتبارات قطاعية أو جغرافية معينة.

- التصريحات التي تشير إلى المعرفة المسبقة بأسعار العروض وخصائصها التقنية، والمؤسسة المرشحة لنيل الصفقة.

- تطابق التفسيرات بين المؤسسات من حيث استخدام نفس المصطلحات لتفسير العروض.

- الرسائل والاتصالات بكافة أنواعها بين مقدمي العروض وكذا اللقاءات وحتى العارضة منها، والتي توحى بوجود تفاهات.¹

هذا وأنّ بلوغ المستوى الأمثل من المنافسة في السوق عامة وضمن مجال الطلب العمومي بشكل خاص، لا يمكن أن يتحقق دائماً بالقدر الكافي في إطار الممارسة العملية، إمّا لحالة عدم إنفاذ تطبيق قانون الصفقات العمومية بالكيفية اللازمة، وإمّا للنقص في تأطير الصفقات العمومية ودفعها نحو مسار المنافسة بالشكل الذي يضمن تدخلات مجلس المنافسة في تأطير العملية التنافسية في مجال الطلب العمومي وفق ما ينسجم والحاجة لتعزيز قواعد المنافسة في السوق الوطنية، على هذا الأساس يتعين أخذ الاحتياطات الممنهجة والتي تستند على دراسة كاملة لواقع السوق والممارسات المنتهجة فيه، ومدى إتاحة الظروف الملائمة للمنافسة، والتزام الطالب العمومي بتقديم الضمانات الملائمة التي تمنع وجود ممارسات تواطئية في إطار تعاملاته من خلال:

1- جمع المعلومات الدقيقة واللازمة عن السوق التي يتم التوجه إليها بالطلب قبل طرح المناقصة: وتشمل هذه المعلومات: خصائص السوق من حيث السلع والخدمات المطلوبة،

¹ الدليل التوعوي بشأن حماية المنافسة في المناقصات، مرجع سابق، ص 29.

والأنشطة والاتجاهات التي قد تؤثر على التنافس في تقديم العروض، كما يجب بحث إمكان تضمّن السوق لخصائص تزيد من احتمالية وجود اتفاقات بين المؤسسات، وكذا عدد وسعة ومكانة المؤسسات الناشطة في السوق، بالإضافة إلى ضرورة رصد تطوّر أسعار الخدمات المطلوبة استناداً لنقطة مرجعية، ومقارنتها بالسعر الذي تقدمه المؤسسات العمومية الاقتصادية، وكذا تقلبات الأسعار في السوق المالية.

2- توسيع دائرة المشاركين المحتملين في الصفقات: ويتطلب ذلك الاستغناء عن الاشتراطات غير الضرورية، وتقليص كلفة تقديم العروض عبر: رفع الحواجز غير الضرورية التي تحول دون مشاركة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مع وجوب ضمان الإطلاع على قانون المنافسة من خلال إضافة بند إلى دفتر الشروط، يتضمن الإطلاع على قانون المنافسة والانضباط وفق قواعده، هذا زيادة على ضرورة صياغة شروط المناقصة بشكل دقيق، بحيث لا تكون مكشوفة للمتنافسين بشكل يسهّل التنبؤ بحجمها، ونظام المشاركة فيها. كما يجب مراقبة الاتصالات التي تتم بين مقدمي العروض، والعمل على تطوير الوسائل الالكترونية لتقديم العطاءات عن بعد دون الحاجة إلى القدوم إلى مقر الجهة التي تطرح الصفقة.

3- تحديد متطلبات وشروط المناقصة بوضوح: بحيث يجب:¹ تحديد المواصفات بشكل جيد ودقيق يسمح بوجود منتجات بديلة أو تحديدها، على شكل أداء وظيفي، باعتبار أنّ مصادر التوريد البديلة والمبتكرة تجعل ممارسات التواطؤ صعبة الحدوث، مع التأكّد من عدم وجود شروط أو مواصفات معينة تستبعد منتجاً معيناً أو نوعاً معيناً أو صناعة معينة أو مؤسسة معينة أو حلاً تقنياً أو فناً معيناً، إلا إذا كان يتم بسبب مقنع.

كما أنّ إنشاء قاعدة بيانات تتضمن تاريخ إسناد الصفقة السابقة (الأطراف المتقدمة بالعطاء، صاحب العطاء الفائز، السعر الذي أرسى عليه العطاء، الشروط الفنية...) يتم الرصد من خلالها لعمليات التواطؤ عبر إثبات السلوك المتواصل في عدد مشابه من الصفقات.

4- تصميم المناقصة بطريقة تحدّ من الاتصالات بين مقدمي العروض: بشكل عام يتحدد ويعتمد على الدراسة الكافية بالمسائل المتعلقة بحماية المنافسة، على النحو الذي لا يساعد على تسهيل الاتفاقات والتحالفات وهو ما يستدعي:

- تجنب جمع مقدمي العروض في موقع واحد في نفس الوقت.
- دعوة مقدمي العروض للتوقيع على الالتزام بالإفصاح عن الاتصالات بالمزودين الآخرين، وعمله بالإجراءات القانونية التي يكون عرضة لها في حال ثبوت التواطؤ لتعطيل المنافسة.

¹ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، إرشادات عامة لمكافحة التواطؤ بين مقدمي العطاءات في المناقصات العامة، مرجع سابق، ص 8-10.

- البحث في قائمة المنشآت التي أدينت سابقا بممارسة تواطئية من قبل مجلس المنافسة.¹

5- اختيار المعايير اللازمة لتقييم ومنح الصفقة: حيث يجب: التفكير في تأثير المعايير المختارة على المنافسة المستقبلية، كما يجب تجنب أي نوع من أنواع المعاملة التمييزية أو التفضيلية لفئة أو منتج، مع العمل على الحفاظ على سرية العروض المقدمة من المؤسسات، وإلغاء المناقصة في حال الشك من توافر ظروف مؤثرة على المنافسة.

المطلب الثاني: حدود تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية

مما لا يدعو للشك أنّ حماية المصالح الاقتصادية للدولة المعاصرة، من أولويات ما يمكن أن يدرج ضمن مفهوم النظام العام، هذا وإن اتسع هذا المفهوم، فهو يضيق عن التحديد في مجال الوصف الاقتصادي.

إنّ بناء الهيكل الاقتصادي، وبالأخص في الدول النامية قائم على تدخلات الدولة الخفية أو حتى المباشرة لدعم الاقتصاد، وإن كان هذا لا يتوافق من حيث المبدأ والخيار الليبرالي والمبادئ المجسدة بحركة رأس المال في إطار آليات عمل السوق.

وإنّ بحث تطبيق قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية، يقع بين مجالين: الأول على فرض تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، والثاني على فرض تطبيق قانون المنافسة ضمن الصفقات العمومية، وإن كان الفرض الثاني أقرب للمعينة، حيث عرضنا إلى أنّ الصفقات العمومية من المجالات الرائدة في تبني المنافسة وإحاطتها بضمانات متنوعة.

إنّ ترسيم حدود تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية نقاربها من خلال:

الفرع الأول: محددات تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية

مما عرجنا إليه ضمن بحث خصائص ومميزات قانون المنافسة،² أنّه يتّسم بالمزج بين البعد الخاص والعام للقانون، بحيث تتضارب التصنيفات بشأنه، وإن كان الأقرب باعتبار خصائص النشأة ومجال التطبيق أنّه ينزوي للبعد الخاص للقانون.

رغم ذلك فإنّ قانون المنافسة باعتباره من القوانين الاقتصادية، وعلى أساس أنّ الخاصية التي تبرز مجال تطبيقه مقرونة بممارسة النشاط الاقتصادي، هذا الأخير الذي يشكّل البناء الهيكلي لأيّ كيان سياسي منظم، يندفع نحو تحقيق مفهوم الضبط الاقتصادي.

إنّ تدخلات الدولة المعاصرة في النشاط الاقتصادي يَقلب كونها الفاعل الاقتصادي إلى كونها المنشط الاقتصادي، ففي الحال الذي تقوم فيه المؤسسات العمومية الاقتصادية بممارسة النشاط الاقتصادي، فإنّها تخضع لما يخضع له الخواص، ويكون قانون المنافسة نافذا في تعاملاتها بما لا يضمن أيّ استثناء إلاّ ما كان بنص قانوني صريح.

¹ O.E.C.D, Detecting Bid Rigging in public procurement, op, cit, P20,21.

² الصفحة 27، وما بعدها، من هذه الأطروحة.

على أنّ انقلاب دور الدولة في النظام الليبرالي، ينطبق مع أسس تحرير الاقتصاد، وبشكل أعمق تحرير السياسات الاقتصادية، وبالتالي فإنّ مفهوم الدولة الضابطة لوحده يشير إلى عدم خضوع صفقات المتعامل العمومي لنصوص قانون المنافسة، بالمعنى الذي يسحب رقابة مجلس المنافسة عن الصفقات العمومية، باعتبارها عقود إدارية، على أنّ أطراف العقد الإداري للصفقة العمومية ليسوا على درجة واحدة، فالمتعاملون الاقتصاديون باعتبارهم من أشخاص القانون الخاص، وباعتبار ممارستهم لنشاط اقتصادي يدخل في مجال تطبيق الأمر 03/03 فإنّهم يخضعون لأحكام قانون المنافسة، من تمّ فإنّ الممارسات المخالفة لأحكام قانون المنافسة والتي ترتكب من قبلهم تكون محل مساءلة من قبل مجلس المنافسة، على أنّ حدوث ممارسة مخالفة لأحكام قانون المنافسة، تكون ناتجة عن قرار إداري، فإنّ متابعة هذه الممارسات يخرج من اختصاص مجلس المنافسة إلى القاضي الطبيعي (القاضي الإداري)، هذا الأخير الذي يقدر مشروعية العمل الإداري بالنظر إلى قواعد قانون المنافسة، باعتبارها من مصادر المشروعية الإدارية.

إنّ بحث محددات تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، ينطلق من نص المادة 2 من الأمر 03/03، فعلى اعتبار أنّ الفقرة الأولى عن هذه المادة تحدد بتفصيل مجال تطبيق الأمر، والذي يوطر بشكل عام ضمن مجالات الإنتاج، التوزيع والخدمات، أي ما يعرف بدائرة الدورة الاقتصادية، فإنّ الفقرة الثانية، والثالثة على التوالي من نص المادة السابق (المادة 2)، تجعل الصفقات العمومية ضمن مجال تطبيق أحكام الأمر 03/03، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، غير أنّه لا يجب أن يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية.

فعلى ضوء هذا النص المرجعي نطرق:

أولا: إجراء إبرام الصفقة العمومية

تنصّ المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15 على: "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكّل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي."

ومن خلال نص الفقرة الثانية من المادة 2 من الأمر 03/03 فإنّه تطبق أحكام هذا الأمر على: "- الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة."

فبالنظر إلى أن آخر تعديل للأمر 03/03 هو القانون رقم 05/10 لسنة 2010، فإنّه تضمن طريقة المناقصة، والتي أُحيلت بصدور المرسوم الرئاسي 247/15 إلى إجراء طلب العروض وهذا لا يتضمن تغيير في الاصطلاح فقط وإنما يشمل فروق جوهرية بين الإجراءيين.

على أنه ورغم ذلك إذا أمكن مقارنة الإجراءيين في حدود الدراسة المنهجية فإنه وطبقا للمادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15، فإن الصفقات العمومية تبرم وفق إجراءيين إما بطلب العروض والذي يشكل القاعدة العامة، وإما وفق إجراء التراضي هذا الأخير الذي يؤطره نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة.

إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من المرسوم 247/15".

فبالرجوع لنص المادة الثانية، فقرة 2 من الأمر 03/03 يمكن أن يعرض أن تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية يخص الصفقات المبرمة بطريق المناقصة (طلب العروض)، من تم فإن اختصاص مجلس المنافسة برقابة الممارسات المقيدة للمنافسة يتحدد بإجراء طلب العروض دون إجراء التراضي بشكليه البسيط أو بعد الاستشارة، الذي حددت المواد 49، 50، 51، 52 على التوالي حالات وشروط وكيفية اللجوء إلى هذه الطريقة في إبرام الصفقات العمومية.

على أنه وبطبيعة الحال فإن اللجوء إلى إجراء التراضي بشكليه في إبرام الصفقات العمومية على الرغم من أنه يخضع لضوابط وشروط لا بأس بها، وإن كانت لا تضمن تحقيق المنافسة كما هو الحال في طلب العروض، كما لا تضمن نزاهة المنافسة في حدودها الضيقة إلا أنها تعدّ إجراء استثنائيا، يخضع لمبررات من ضمنها ضعف مستوى المنافسة أو الطابع السري للخدمات المقدمة.

على هذا الأساس لا يمكن مقارنة الضمانات المتاحة عبر إجراء طلب العروض بتلك المتعلقة بإجراء التراضي، لكن، هل فعلا أن مضمون فهم نص الفقرة الثانية من المادة 2 من الأمر 03/03 ينصرف إلى إستثناء إجراء التراضي من الخضوع لأحكام الأمر 03/03؟.

إن ما يهدف إليه قانون الصفقات العمومية بالدرجة الأولى يتجسد في كفالة الطلب العمومي على النحو الذي يضمن تحققه بالشكل الملائم الذي يستجيب للخصائص والمميزات التي تتيح ضمان أقصى منفعة من الطلب العمومي عبر تحفيز نجاعته بالشكل الذي يضمن الاستعمال الحسن للمال العام في إطار المبادئ المنصوص عليها ضمن المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15.

وحيث أن إجراء التراضي بشكليه يمثل طلب عمومي، ويقع ضمن مجال الصفقات العمومية وفق مفهوم نص المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 247/15، فإن ما تشير إليه الفقرة الثانية من المادة 2 من الأمر 03/03، من خضوع الصفقات العمومية لأحكام قانون

المنافسة، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، لا يمكن حمله على أنه استثناء لانطباق أحكام الأمر 03/03 على الصفقات العمومية، على أساس أن المناقصة (طلب العروض) هو القاعدة العامة في إجراء إبرام الصفقات العمومية، وأن ما ينطبق على الأصل ينطبق على الفرع، وإن تضمن الفرع معنى الاستثناء، فإن الاستثناء ينصرف إلى ما تضمنه الأصل في حدود النص القانوني الواحد، دون أن ينصرف إلى ما يمكن أن يلحق بالأصل بخلاف وحدة النص القانوني.

فمن 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 يُحمل النص على إجماله. طالما أنه لم يتضمن نصا صريحا يتضمن استثناء إجراء التراضي من مجال تطبيق أحكام قانون المنافسة، سيما أن مجال حرية المنافسة ضمن هذا الإجراء محدود للغاية، ما يجعل ورود ممارسات مقيدة للمنافسة بمختلف صيغها، أو بالمعنى الذي يبرز فيه التواطؤ، أمر غير مستبعد، ضف إلى هذا أن المادة 2/2 من الأمر 03/03، فصلت بالشكل العام، حيث تطبق أحكام هذا الأمر (أي الأمر 03/03) على الصفقات العمومية بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

فلو أنه انصرفت النية في التخصيص إلى المناقصة (طلب العروض)، لحذف الابتداء بالصفقات العمومية، وكان صيغة النص فيما يفيد تأكيد التخصيص "المناقصة بدءا بنشر الإعلان عنها إلى غاية المنح النهائي للصفقة"، والاقتصار على هذا النحو يفيد إجراء محدد من طرق إبرام الصفقات العمومية، وبمفهوم المخالفة، فإن الابتداء بالصفقات العمومية، لا يفاد منه جنس العقد، حيث أن مصطلح المناقصة (طلب العروض) كقيل بالدلالة على الجنس، ومن تم فإنه يفيد العموم لا الجنس من العقود.

إن ما يستأنس به ضمن هذا الطرح هو نص المادة 6 من القانون رقم 12/08، التي تُنم أحكام المادة 6 من الأمر 03/03، المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة، حيث وفي مطة أخيرة أُعتبر أن السماح بمنح صفقة عمومية لأصحاب ممارسات مقيدة للمنافسة، عمل محظور.

ومن تم فإن النص على هذا الحكم مقترن بالصفقة العمومية دون تحديد الإجراء الذي تمّ به الإبرام، فيستوي أن يكون عبر إجراء طلب العروض، أو إجراء التراضي، حيث أن تطبيق قانون المنافسة يستند على ممارسة النشاط، وحيث أن أي ممارسة يمكن أن تتضمن اعتداء على قواعد المنافسة، فإن انطباق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، ينصرف إلى الممارسات التي تساعد على منح الصفقة، دونما البحث عن طريقة الإبرام لأنها شأن ينظمه قانون الصفقات العمومية.

كما أن ذات الفقرة (المادة 2/2) من الأمر 03/03، تحيلنا إلى:

ثانياً: المجال الزمني لوقوع الممارسات المقيدة للمنافسة

ضمن إضافة لما سبق، فإنّ تخصيص المناقصة (طلب العروض)، بتحديد مراحلها، وإقرارها بتطبيق أحكام قانون المنافسة، (بدءاً بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة). إنّما يتحدد لاعتبارات أنّ إجراء التراضي لا يتضمن نفس الإجراءات والمراحل المتعلقة بمنح الصفقة وفق إجراء المناقصة (طلب العروض).

حيث أنّه مثلاً بالنسبة لإجراء التراضي البسيط وتبعاً لنص المادة 50 من المرسوم الرئاسي 247/15 تختار المصلحة المتعاقدة متعاملاً اقتصادياً يقدم عرض له مزايا من الناحية الاقتصادية، أمّا بالنسبة لإجراء التراضي بعد الاستشارة، فتبعاً لنص المادة 52 من المرسوم الرئاسي 247/15، فإنّ المصلحة المتعاقدة تلجأ لاستشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة، حيث يمكن لها أن تقلّص من مدّة تحضير العروض، على أنّه في الحالة التي تقرر المصلحة المتعاقدة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، تلتزم بنشر الإعلان عن الاستشارة وفق النصوص التي يخضع لها الإعلان عن طلب العروض.

إذاً من خلال هذه الجزئية التي هي تنمة لما بحث آنفاً فيما يتعلق بإجراء إبرام الصفقات العمومية، نكون قد فتحنا مجالاً لدراسة تطبيق أحكام قانون المنافسة على الصفقات العمومية، وفق إجراء المناقصة (طلب العروض) كما حدده نص المادة 2/2 من الأمر 03/03.

إنّ تطبيق أحكام الأمر 03/03 على الصفقات العمومية، بدءاً بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، يوحى بترابعية زمنية محدّدة لمجال تطبيق قانون المنافسة، ومن ثمّ فإنّه في الحال الذي تقع ممارسات مقيدة للمنافسة بخلاف ما يجب وفقاً لأحكام قانون المنافسة، يكون اختصاص مجلس المنافسة محصوراً بوجود الممارسة المعاقب عليها وفقاً لأحكام الأمر 03/03، وتامامها ضمن الإطار الزمني الذي يجسّد تطبيق قانون المنافسة على إجراء طلب العروض، وحيث أنّ هذه الرقابة تتعلق بفترة إعداد العروض طبقاً لما تشير إليه المادة 2/2 من الأمر 03/03.

وحيث أنّ طلب العروض يشمل الإجراءات التالية:

- الإعلان (الرغبة في التعاقد، بعد تحديد الحاجيات)،

- إيداع العروض،

- فتح الاظرفة، وتقييم العروض،

- المنح المؤقت،

- المصادقة (التأشير).

فإنّ مرحلة تنفيذ الصّفقة المرساة، تخرج عن اختصاص مجلس المنافسة، لخروجها عن تطبيق أحكام الأمر 03/03، تبعا لحدود إطار الفقرة الثانية، المادة 2 من الأمر المشار إليه. فما محل القراءة الجزئية للفقرة 2 من المادة 2 (الأمر 03/03) من القراءة العامة لكامل نص المادة 2 في محيط الأمر 03/03.

إنّ المادة 2 من الأمر 03/03، تنصّ على: "يُطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون، إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام."

من ثم فإنّ الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، حصر تطبيق أحكامه في نشاطات الإنتاج، التوزيع والخدمات، وهو المجال الذي لم يتغير بعد بالتعديلات التي أدرجا ضمن أحكام الأمر 03/03، على أنّ تطبيق أحكام قانون المنافسة إلى غاية هذه المرحلة (تطبيقه من حيث الأشخاص)، كان ينصرف إلى أشخاص القانون الخاص، أو الأشخاص العموميون الذين يمارسون نشاطا يدخل ضمن مجال تطبيق الأمر 03/03، بمعنى المؤسسات العمومية الاقتصادية، وهذا ضمن الحال الذي تمارس فيه هذه المؤسسات، أو الشخص العمومي لنشاطات الإنتاج، التوزيع أو الخدمات خارج إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة، أو أداء مهام المرفق العام.

من ثم فإنّ الصفقات العمومية مطلقاً لا تخضع لأحكام الأمر 03/03، هذا ويخضع المتعاملون الاقتصاديون، أو مقدمو العروض لأحكام الأمر تبعا لنشاطهم.

بموجب المادة 2 من القانون رقم 12/08 عدّلت وتمت المادة 2 من الأمر 03/03، بتفصيل النشاطات الواقعة ضمن مجال تطبيق الأمر 03/03، وإدخال الصفقات العمومية في مجال تطبيق الأمر 03/03، ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، حيث تضمنت الفقرة الأخيرة من المادة المشار إليها شرط عدم إعاقة تطبيق أحكام الأمر 03/03، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة، هذا وأنّه بصور القانون رقم 05/10 عدّلت أحكام هذه المادة على نحو من التفصيل، مقارنة بالتعديل السابق للأمر 03/03، لكنّ الإطار العام للمادة ظلّ محافظا على ما تمّ من تعديل بموجب نص المادة 2 من القانون رقم 12/08.

على هذا الأساس، فإنّ تطبيق أحكام الأمر 03/03 على الصفقات العمومية بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، يتعلّق بتسيخ مفهوم المشروعية الإدارية وفقا لأحكام قانون المنافسة، حيث تخضع المصالح المتعاقدة حال اضطلاعها بصفقة عمومية لقيود مزدوج من المشروعية المستمدة من أسس القانون الإداري، وقانون الصفقات العمومية والمستنبطة من أحكام قانون المنافسة، حيث أنّ المصالح المتعاقدة ليست بمنأى عن ضرورة احترامها للقانون، وقانون المنافسة بما تم فيه من تعديل بحسب القانون رقم 12/08،

والقانون رقم 05/10 يجعلها مخاطبة بأحكامه في حدود ما يضمن عدم إعاقة أداء مهام المرفق العام وممارسة صلاحيات السلطنة العامة.

على ضوء ما تقدم فإنّ عدم الإشارة إلى خضوع الصفقة العمومية لأحكام قانون المنافسة في الفترة التي تمثل مرحلة تنفيذها من طرف المتعامل المتعاقد، هذا لأنّ هذا الأخير يخضع بالأصل لأحكام الأمر 03/03، بمجرد ممارسته لنشاط الإنتاج، التوزيع والخدمات، ومن ثمّ فإنّ الممارسات المقيدة للمنافسة والتي يرتكبها بمناسبة الصفقة العمومية، تخرج عن ارتباطها بالصفقة كما تخرج عن ارتباطها بالمصلحة المتعاقدة، فينظر إليه على اعتباره متعامل اقتصادي، إلاّ ضمن الحدود التي تكون فيه الممارسات المقيدة الصادرة عن المتعامل الاقتصادي مرجعها المصلحة المتعاقدة، أو القرار الإداري الذي يتحدد بممارسة صلاحية السلطنة العامة.

كما أنّ المادة 5 من القانون رقم 12/08، التي تمت أحكام المادة 6 من الأمر 03/03 بفقرة أخيرة تضمنت حظر السماح بمنح صفقة عمومية لأصحاب ممارسات مقيدة، تضمنتها المادة 6 من الأمر 03/03، بما يعزز الطابع الوقائي، و ظرف الاحتياط من وجود ممارسات مقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية، ولا يمكن حملها على أنّها دلالة على عدم خضوع مرحلة تنفيذ الصفقة من طرف المتعامل المتعاقد لأحكام الأمر 03/03.

ما يعزز هذا الطرح، نص المادة 04/72 من المرسوم 247/15، حيث يمكن للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول إذا ثبت أنّ بعض ممارسات المتعامل المعني تشكّل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، كما أنّ نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلق بالدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية يدخل ضمن هذا المحدد من الطرح.

ثالثا: عدم إعاقة مهمة المرفق العام وممارسة صلاحيات السلطنة العامة

تنصّ المادة 3/2 من الأمر 03/03 وفق التعديل الأخير بموجب القانون رقم 05/10: " ... تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي: ..."

غير أنّه، يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطنة العمومية."

إنّ ارتباط تطبيق قانون المنافسة بممارسة النشاط الاقتصادي، حتى ضمن الحال الذي يكون فيه أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها هم القائمين بممارسة النشاط، وفقا للفقرة الأولى من المادة 2 (الأمر 03/03)، يجعل من هؤلاء خاضعين لأحكام الأمر 03/03. وحيث أنّ الشخص المعنوي العمومي وهو متلبس بممارسة نشاط الإنتاج، أو التوزيع أو الخدمات يجعل منه قائما بالنشاط مخاطب بوصفه عون اقتصادي، أو مؤسسة وفق ما عُرِفَت بنص المادة 3 من الأمر

03/03، على أن تطبيق أحكام الأمر 03/03 على المؤسسات العمومية الاقتصادية يكون بذات الدرجة لما هو عليه بالنسبة للمؤسسات الاقتصادية الخاصة، فلا وجه للتمييز إلا ما تُضمن بموجب نصوص خاصة، من ذلك في مجال الصفقات العمومية.

حيث بموجب نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 247/15، تطبق أحكام المرسوم المشار إليه على المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

وحيث أن الممارسات المقيدة للمنافسة، أو المخالفة بشكل عام لأحكام الأمر 03/03 يمكن أن تصدر عن الإدارة (المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقة العمومية)، كما يمكن أن تصدر عن طرف المتعاملين الاقتصاديين سواء باعتبارهم مترشحين لصفقة عمومية أو باعتبار المتعامل المتعاقد، فإن ما يصدر عن هؤلاء ويمس بالمنافسة في السوق دون أن يكون للمصلحة المتعاقدة دور في حدوث الأثر المنافي للمنافسة، فإنه وكما سبق الإشارة يكون لمجلس المنافسة متابعة المخالفة وفق معيار ممارسة النشاط الاقتصادي.

على أنه في الحال الذي تقع ضمنه الممارسة المخلة بالمنافسة، والتي يكون مصدرها الإدارة في شكل قرار إداري يكون من شأنه المساس بالمنافسة فإننا نكون أمام تقاطع بين ممارسة النشاط الاقتصادي، وممارسة النشاط الإداري، كما هو عليه الشأن بالنسبة لصلاحيات المرفق العام في تنظيم الصفقات العمومية.

حيث أن المادة 2 الفقرة الأخيرة من الأمر 03/03، علقت تطبيق أحكام هذا الأمر على الشخص العمومي والصفقات العمومية بشرط أن لا يعيق تطبيق أحكام هذا الأمر أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة، فإنه في معزل عن النصوص القانونية الأخرى سيما المرسوم الرئاسي 247/15، وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبمقاربة نص المادة 2 من الأمر 03/03 (أي قبل التعديل) والتي علقت هي الأخرى بمفهوم الاستثناء تطبيق أحكام الأمر (03/03) على النشاطات التي يقوم بها الأشخاص العموميون، إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام.

بما يفهم من النصين أن تطبيق قانون المنافسة على الشخص العمومي بموجب نص المادة 2 من الأمر 03/03 (قبل التعديل) يسقط بمجرد ارتباط النشاط الذي يقوم فيه الشخص العمومي بممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام تندرج ضمن تسيير المرفق العام.

في حين أنه بعد تعديل الأمر بموجب القانون 12/08 والقانون 05/10، فإن إسقاط عبارة: "إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة..."، وإحلالها بعبارة: "غير أنه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء..."، يفتح المجال للتساؤل عن طبيعة الإعاقة التي يمثلها تطبيق

قانون المنافسة على النشاطات التي يزاولها الشخص العمومي، أو المرفق العام في حال إبرام الصفقات العمومية؟

كما أنّ دلالة النص تفيد معنى البحث عن الحالات التي يكون فيها تطبيق أحكام قانون المنافسة معيقاً لأداء مهام المرفق العام، وممارسة صلاحيات السلّطة العمومية.

فإن كانت الإعاقة تتضمن تطبيق المواد 6، 7، 10، 11، 12، بما تضمنت من أحكام على ممارسات الشخص العمومي، أو في مجال الصفقات العمومية، فإنّه وعلى الرّغم من أنّ الشّخص العمومي في غير اعتباره مؤسسة اقتصادية، أو كذا الإدارة حال إبرامها لصفقة عمومية، يدخل عمله في إطار تحقيق النّفع العام أو المصلحة العامة، فإنّه من غير المنطقي استبعاده من تطبيق أحكام الأمر 03/03، وفق هذا المبرر، في الوقت الذي تخضع فيه المؤسسات الخاصة لأحكام قانون المنافسة، حيث أنّه على الرّغم من أنّ المؤسسات الخاصة تستهدف في مجملها تحقيق أقصى منفعة، أو الربح فإنّ وجودها أيضاً يحقق المنفعة العامّة، وفق مفهوم أنّ المنفعة الفردية هي الطريق إلى تحقيق المنفعة الجماعية وفقاً لمبادئ الليبرالية المعاصرة.

فوق كلّ هذا فإنّ قواعد قانون المنافسة تستهدف ضبط السوق، والسوق كمجال افتراضي، يستلزم أن ينضبط جميع القائمين فيه، وفق نفس القواعد والأحكام، إلاّ ما كان من مبرر يجيز التمييز¹، والممارسات المنصوص عليها في المواد السالفة الذكر من الأمر 03/03، تعتبر في مجملها ممارسات وأعمال مضرّة بالسوق فيستوي أن يكون القائم بها شخص عام أو شخص خاص، فحماية النّظام الاقتصادي، يستدعي خضوع الجميع للأحكام المنظمة للتعاملات الاقتصادية الناشئة في حدود السوق الواحد.

على هذا الأساس فإنّ إعاقة تطبيق أحكام قانون المنافسة لأداء مهام المرفق العام، أو ممارسة صلاحيات السلّطة العامّة، لا يمكن حمله على هذا الوجه.

وبهذا فإنّ تطبيق أحكام قانون المنافسة على الشّخص العمومي، أو الصفقات العمومية ينصرف إلى معيار تحديد طبيعة المنازعة.

حيث أنّ المنازعات المتعلقة بالممارسات الصادرة عن الشخص العام والمخلّة بالمنافسة في مجال الصّفقات العمومية كمثال، تخرج من اختصاص مجلس المنافسة إلى اختصاص القضاء الإداري، نظراً لطبيعة عقد الصفقة العمومية الإداري، وتبعاً لقواعد الاختصاص القضائي وعلى اعتبار أنّ الصفقة العمومية تمثل نشاطاً لمرفق عام، ويشمل ممارسة صلاحيات السلّطة العامة، وبخلاف الحالة التي تتعلق بالممارسات التي يتسبب أو يقوم بها الشّخص العام في شكل تصرف أو قرار وهو بصدد مباشرة نشاط اقتصادي بوصفه عوناً اقتصادياً لا بوصفه سلطة عامّة، فإنّ متابعتها تكون من اختصاص مجلس المنافسة.

¹ الصفحة 95 من هذه الأطروحة.

ففي إطار الدّفع بتباين قواعد الاختصاص بين القضاء الإداري، واختصاص مجلس المنافسة، وحتى ضمن منطوق التسليم بمباشرة الشّخص العمومي، وكذا في مجال الصفقات العمومية لنشاط يدخل في مجال تطبيق قانون المنافسة باعتماد معيار النّشاط، وسقوط تطبيق معيار النّشاط لصالح تطبيق معيار السّلطة العامّة، فإنّ استبعاد اختصاص مجلس المنافسة من متابعة الوقائع المخالفة لأحكام الأمر 03/03 لا يعني بالضرورة استبعاد قواعد قانون المنافسة في مجال المشروعية الإدارية.

إذ أنّ الإدارة ملزمة في إطار ما يعرف في القانون الأوروبي بنظرية الأثر النافع لقواعد المنافسة بالأثّر تخلّ بقراراتها أو تصرفاتها بمنع تحقق هذا الأثر النافع للمنافسة، ما يفيد نفاذ قواعد قانون المنافسة على ممارسة صلاحيات السّلطة العامّة، كذلك هو الشأن فيما يعرف بنظرية التّعسف التلقائي في وضعية الهيمنة، وهي الحالة التي تؤدي فيها القرارات الصّادرة عن الإدارة تلقائياً، لإحداث وضعية هيمنة لصالح مؤسسة ما، تستغلها هذه الأخيرة بشكل تعسفي خلافاً لما يجيزه قانون المنافسة.¹

من تمّ فإنّ خضوع الصفقات العمومية، والشّخص العمومي يتقرر بالوجه الذي لا يترتب عنه التّذرع بممارسة المهام، أو الصلاحيات لاستبعاد تطبيق أحكام قانون المنافسة. ضمن هذا الإطار نشير إلى القواعد المؤسسة لمباشرة الاختصاص، فيما يتعلّق بمسائل المنافسة ضمن الصفقات العمومية عبر:

الفرع الثاني: منازعات المنافسة في مجال الصّفقة العمومية

من الالتزامات التي تضطلع بها المصالح المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية، أن تراعي وهي بصدد تحديد احتياجاتها، وضبط دفتر الشروط الخاص بصفقة ما، ألاّ تتسبب تلك الشروط في تقييد المنافسة، سيما إذا كانت تلك الشروط غير ضرورية، كما أنّ عليها التأكّد من إمكانية التوصل إلى ضمانات كافية لحسن تنفيذ الصّفقة العمومية، دون تشديد القيود على المنافسة.

كذلك وفي إطار أحكام المرسوم الرئاسي 247/15، يكون على المصالح المتعاقدة احترام إجراءات الدّعوة إلى المنافسة، ومراعاة الإجراءات، والشكليات التي أوجبها نظام الصفقات العمومية، بدءاً من تحديد الحاجيات، وإلى غاية إرساء الصّفقة.

وتقتضي المنافسة الحرّة، القائمة على مبادئ النزاهة والشفافية، ألاّ يتمتع أحد المتعاملين الاقتصاديين (مقدمي العروض)، بمعلومات حصرية دون سواه، كما أنّ إفساء تلك المعلومات من شأنه أن يسهّل لجوء العارضين (مقدمي العروض) إلى اتفاقيات تخلّ بقواعد المنافسة، إمّا لغرض تقاسم السوق، وإمّا بفرض سعر مسقف على الطالب العمومي.

¹ محمد شريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع02، 2015، ص88.

وفق هذه المنطلقات، يكون على المصلحة المتعاقدة وعبر كامل مراحل انجاز الصفقة العمومية التّحقق بأنّ قواعد المنافسة قد تمّ احترامها والتقيّد بها بشكل كامل من ذلك مسؤوليتها في الحفاظ على سرية العروض بما لا يؤدي إلى الإخلال بالمبادئ الأساسية في الصفقات العمومية من ذلك مبدأ المساواة، ومبدأ الشفافية، وبما لا يؤدي تبعاً إلى الإخلال بالمنافسة.

على أنّه وفي حال مساس القرار الإداري بقواعد المنافسة، فيما يدخل ضمن إطار الصلاحيات التنازعية لمجلس المنافسة، فإنّ هذا الأخير وضمن قرارات عديدة¹، اعتبر أنّ القرارات الإدارية التي يتخذها الشّخص العام وهو بصدد إدارة المرفق العام، أو ممارسة صلاحيات السّلطة العامّة، قرارات مرتبطة بالنّشاط الإداري تخرج عن مجال اختصاص المجلس.

وهذا الموقف كما سبق التّعريض إلى ذلك يتوافق مع ما استقر عليه مجلس المنافسة الفرنسي، من أنّ اختصاصه لا يشمل القرارات التي يتخذها أشخاص القانون العام، أو أشخاص القانون الخاص، وهم بصدد عقد امتياز لتسيير مرفق عمومي، بصرف النّظر عن ارتباط القرار الإداري بمعيار النّشاط المحدد لاختصاص مجلس المنافسة.²

من تمّ فإنّ القضاء الإداري هو المختص بنظر المنازعات المتعلقة بقرارات السّلطة العامّة، وما يتّصل بها من ممارسات.³

أمّا ما يتعلّق بالممارسات التي يرتكبها (المصلحة المتعاقدة، الشّخص العمومي)، المنفصلة عن قرارات السّلطة العامّة، وتدخل ضمن مجالات الإنتاج، التوزيع أو الخدمات، فإنّ قانون المنافسة يطبّق بشأنها بغض النّظر عن النّظام الذي أبرمت في إطاره، حيث تقع ضمن معيار النّشاط الاقتصادي الممارس، بمعنى الغرض التجاري من العملية، بحيث لا تكون موجهة لإشباع وخدمة مرتفقي المرفق العام، أو المرفق العام ذاته.⁴

¹ نذكر القرار رقم 2015/16 الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 2014/11/13، هامش 1 الصفحة 179 من هذه الأطروحة.

² Conseil de la concurrence .F, déc. n° 05 D23 du 18 mai 2005, B.O.C.C.R.F, «il est de jurisprudence constante que l'appréciation de la façon dont les personnes publique organisent leurs appels d'offre ne relève pas de la compétence du conseil de la concurrence mais de celle des juridictions administratives.»

³ Conseil de la concurrence déc. n° 05 D04 du 17 février 2005, B.O.C.C.R.F, «le choix des entreprises chargées de la fourniture de travaux, l'organisation de la mise en concurrence des entreprises lors de la passation de marchés publics ouvre des modalités d'attribution des lots, par l'acheteur public, ne constituent pas des actes de production, de distribution ou de service au sens de l'article L410-1 du code de commerce ne relèvent donc pas de la compétence du conseil de la concurrence.»، conseil de la concurrence déc. n° 92 D62 du 18 nov 1992, B.O.C.C.R.F., du 15 juin 1993, P89.

⁴ «Si l'achat est effectué pour offrir des biens et des services dans le cadre d'une activité économique, il est comme absorbé par l'activité économique et le droit de la concurrence est applicable.»، Olivier GUEZO, la passation des marchés publics et le principe de mise en concurrence, P5.

من تم فإنّ معيار تحديد الاختصاص بشأن قرارات المصالح المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية يعتمد بشكل كبير على "معيار المؤسسة الاقتصادية"، حيث أنّ قانون المنافسة ينطبق على أيّ جهة تثبت ممارستها لنشاط اقتصادي في مجال الإنتاج، التوزيع أو الخدمات.

إذ يفترض هذا المعيار أنّ قانون المنافسة يسمح باستيعاب أنشطة الشّخص العمومي في حال قيامه بنشاط اقتصادي، وتسببه في الإخلال بالمنافسة ضمن الصفقات العمومية كمثال، حيث يقع بين احتمالين:

1- الحال الذي تكون فيه الصّفقة العمومية موجهة لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة، أو تحقيق الصالح العام (التجهيزات، الإنشاءات التحتية، والمرافق العمومية...).

2- الحال الذي تهدف فيه الصّفقة العمومية للحصول على مواد أولية أو خدمات لممارسة نشاط اقتصادي (معدات لصناعة منتج قصد إعادة البيع، الدراسات المتعلقة بإنشاء مصانع).

ضمن هذا الإطار، وفي قرار لسلطة المنافسة الفرنسية الصادر تحت رقم (04/D/05) بتاريخ (2005/02/17)، تضمن أنّ اختيار المؤسسات للقيام بالأشغال، وتنظيم إجراءات المنافسة بين مقدمي العروض، بمناسبة عرض المناقصة، وتحديد كيفية إسناد الحصص من قبل الجهات الحكومية، لا يعدّ نشاطا اقتصاديا يتعلّق بالإنتاج، أو التوزيع أو الخدمات، وفق نص المادة L410-1 من القانون التجاري الفرنسي، ومن تمّ فإنّه يخرج عن اختصاص مجلس المنافسة.

هذا وأنّ تمّ استثناء تأخذ به محكمة العدل للمجموعة الأوروبية، يسمح بإخضاع بعض قرارات الشّخص العمومي لقانون المنافسة، حين تتسبب في حدوث التواطؤ بشكل مباشر أو حين تستوعب آثار التواطؤ حالة العلم به، أو تفاقم من آثاره، على أنّ هذا الاستثناء يعرف قيود مشدّدة.¹

على هذا الأساس، فإنّه قد يساهم الشّخص العمومي (المصلحة المتعاقدة) في الحدّ من المنافسة ضمن الصفقات العمومية بأيّ شكل من الأشكال، كسوء صياغة الوثائق المعتمدة للتّقدم للصفقة، أو ما يتعلّق بضبط دفتر الشروط وتحديد الخصائص التقنية للمشاركة في طلب العروض، أو بصيغة الامتناع بالتغاضي عن ممارسات أدّت لتقليص عدد المشاركين وتحجيم المنافسة أو كذا تسهيل التواطؤ، بسبب سوء تحديد الاحتياجات...

كلّ هذه الممارسات لا تؤدي إلى اختصاص مجلس المنافسة، كونها تعدّ قرارات إدارية، وليس لهذا الأخير تقدير سلامة القرار الإداري، حيث أنّ قاضي العقد، أو قاضي المشروعية (القاضي الإداري) هو الجهة المختصة.

¹ الدليل التوعوي بشأن حماية المنافسة، مرجع سابق، ص48.

ضمن هذا الشأن صدر عن محكمة التنازع الفرنسية قرار بتاريخ 1999/10/18 في قضية مطار باريس وشركة فرنسا للطيران ضد الخطوط الجوية الأوروبية، حيث قضت المحكمة بالاتي: "فيما يخص الممارسات المخلة بالمنافسة التي تكون غير منفصلة عن القرارات التي تعبر عن استخدام امتيازات السلطة العامة، فإن القاضي الإداري يختص بها دون سواه، بينما إذا كانت تلك الممارسات منفصلة عن أي تقييم لشرعية القرار الإداري، فإنه يمكن لسلطة المنافسة أن تضطلع بالموضوع."¹

هذا ورجوعا إلى خصائص قانون المنافسة الذي يتميز فيه البعد الخاص للقانون بالبعد العام²، في شاكلة إلتزام الشخص العمومي باحترام قواعد المنافسة، وكذا تأثير قواعده على النمط التقليدي والمستقر في القواعد القانونية من ذلك ما تعلق بقواعد الإثبات في نظام العقود، وكذا تبني الأسس العامة للمنافسة ضمن سائر المنظومة القانونية التي تجيز خيار المنافسة وإن كان قانون الصفقات العمومية أصيلا في إقرار مبدأ المنافسة، بالشكل الذي يسمح بتصنيفه كقانون عام للمنافسة، يلزم الشخص العام باحترام حق المؤسسات (القطاع الخاص) في المنافسة من أجل الاستفادة من أنشطة وأملاك، وصفقات الشخص العمومي، فإنه على هذا الوجه من المقاربة، وانطلاقا من عموم نص المرسوم الرئاسي 247/15، وكذا من نص المادة 2 من الأمر 03/03، وكذا المواد المحددة للصلاحيات التنازعية لمجلس المنافسة، يمكن اقران مقاربة بين النصين (قانون المنافسة، قانون الصفقات العمومية) من مجال الرقابة على الصفقات العمومية، وفق الشكل المنظور التالي:

قانون الصفقات العمومية

قانون المنافسة

- يراقب الجهات المشاركة في الصفقة - يراقب الجهات القائمة على إبرام وإسناد العمومية، المادة 2 من الأمر 03/03 (م.م).
- الصفقات المادة الأولى، و6 من المرسوم الرئاسي 247/15.
- اختصاص مجلس المنافسة المادة 2،
- والمواد 6، 7، 10، 11، 12 من الأمر - اختصاص الجهة المختصة بمراقبة شرعية القرارات الإدارية (القضاء الإداري)، المادة 03/03 (م.م).

¹ مشار إليه ضمن هامش 5 الصفحة 184 من هذه الأطروحة.

² الصفحة 29 من هذه الأطروحة.

- تصنّف الممارسات كمثال إلى:
*عروض التغطية.
*الاتفاق على أسعار.
*التناوب على الصفقات.
*تقاسم الحصص.
(رقابة على سلوك المتنافسين).
- منع التنسيق والتواطؤ في المناقصات،
وعامة ضمن الصفقات العمومية.
- منع الدخول في الاتفاقات التي تهدف إلى
تقييد أو عرقلة المنافسة.
- 800، و946 من القانون 09/08.
- تصنف الممارسات كمثال إلى:
*التمييز بين المتنافسين (المادة 5 من
المرسوم 247/15).
*سوء إعداد دفتر الشروط.
* ضعف الرقابة على تفعيل واحترام
قواعد المنافسة (الإعلان، المدة...).
- *تسهيل التواطؤ بين مقدمي العروض
(رقابة مشروعية).
- مراقبة الشروط التمييزية، التي تحدّ من عدد
المتنافسين، أو تقدم أفضلية لأحدهم دون
الآخرين.
- مراقبة سلامة الإجراءات المرتبطة
بالصفقة العمومية، من مرحلة تحديد
الاحتياجات إلى غاية مرحلة التنفيذ واستلام
المشروع.

على هذا الأساس، فإنّه وفقاً لاستبعاد رقابة مجلس المنافسة عن القرارات الإدارية، من ذلك ما يصدر من قرارات بمناسبة إبرام صفقة عمومية باعتبار أنّ كلّ ما يرتبط بالنشاط الاقتصادي المحدّد لمجال اختصاص مجلس المنافسة (الإنتاج، التوزيع، الخدمات)، والذي يكون محور صفقة عمومية يتعلّق بتلبية احتياجات المرفق العمومي ولا يرتبط بعملية اقتصادية، أو ضمن إطار أوسع يكون الهدف من تحقيق المصلحة العامّة.

من تم فإنّ حماية المنافسة في إطار الصفقات العمومية مقرونة بامتدادين:

الأول: ويتعلّق بالنصوص الموضوعية لقانون المنافسة، حيث أنّ خضوع المؤسسات الاقتصادية لأحكام قانون المنافسة، يرتب مسؤولية مجلس المنافسة في الرقابة على سلوك وممارسات مقدمي العروض، والتي قد تتسبب في تقييد أو تقليص منافع المنافسة، من ذلك التنسيق في تقديم العطاءات، وكذا مختلف الأشكال والممارسات التي تعيق تحقيق المنافسة، مثل عروض التغطية، وعروض المجاملة...

إنّ الممارسات الآتفة ينظر إليها باعتبارها مخالفة لأحكام قانون المنافسة، ومن ثم فإنّ مجلس المنافسة هو الجهة المختصة بالفصل فيها، وبشكل عام فإنّ الطابع القمعي لجهاز المنافسة يتمثل بالأخص في تسليط عقوبات مالية على الطرف المخالف (غرامات).

إنّ الهدف من مباشرة مجلس المنافسة لاختصاصه ضمن حدود صلاحياته التنزعية (أي الممارسات المقيدة للمنافسة ضمن الصفقات العمومية) يتأسس بمجال حماية السوق وفق مفهومه العام، والنظام العام الاقتصادي.

الثاني: ويتعلّق بعموم المرسوم الرئاسي 247/15، إذ أنّ المبادئ الأساسية للصفقات العمومية وفق مفهوم المادة 5 من المرسوم المشار إليه، ترتب مسؤولية المصالح المتعاقدة بعدم اتخاذ قرارات تتسبب في مخالفة أحكام المادة المشار إليها (5)، خلافا لتكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات، ومن تم فإنّ القرارات الإدارية التي تتخذها المصالح المتعاقدة، وتتسبب في تقييد أو تعطيل المنافسة بين مقدمي العروض، أو تتضمن أي شكل من أشكال التمييز، يعكس إخلال المصالح المتعاقدة بمتطلبات ضبط شروط المشاركة في الصفقة العمومية، بما يؤدي إلى تسهيل عملية التواطؤ.

إنّ الممارسات الصادرة من الجهات المتعاقدة ضمن مجال الصفقات العمومية في شكل قرارات إدارية، تتضمن مخالفة لمبدأ دستوري يتعلّق بحرية المنافسة، هذا الأخير الذي يكفله المرسوم الرئاسي 247/15، ضمن نصوصه التي جاءت في عمومها متوافقة ومضامينه، ومن تمّ فإنّ الاختصاص القضائي للقاضي الطبيعي. أي القضاء الإداري سواء فيما تعلق بالبطلان أو الإلغاء، أو تجاوز السّلطة.

إنّ ممارسة القاضي الإداري لاختصاصه يتحدد وفق قواعد الاختصاص القضائي وبموجب نص المادة 800، وكذا المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بما يحقق حماية المشروعية، وضمان نفاذ القانون.

خاتمة الباب الثاني:

إنّ تقدير مدى خضوع الصفقات العمومية لأحكام قانون المنافسة، جاء على قدر من مفهوم الجزم بانطباق قواعد قانون المنافسة، والنسبية على قدر من التشكك في طبيعة هذا الانطباق من حيث حدوده وأبعاده، بناء على تمايز القاعدة القانونية، الناتج من اختلاف الوقائع المادية المعالجة.

إلا أنّ نقاط الجمع بين قانون المنافسة، وقانون الصفقات العمومية لا يمكن تحديدها في ضوء أنّ أحدهما (قانون المنافسة)، يستجيب لتنظيم العلاقات الاقتصادية في القطاع الخاص بالدرجة الأولى، بحيث رغم صعوبة تصنيفه فإنّه بالأساس يعدّ من فروع القانون الخاص، بينما الآخر (قانون الصفقات العمومية)، يشكّل بامتياز بعد القانون العام، ويجسّد مفهوم

السلطة العامة، هذه الدلالة لوحدها دون تفصيل في قواعد الاختصاص، يظهر أننا على بعد نظامين قضائيين (القضاء العادي، القضاء الإداري)، مما يجعل مجرد المقاربة بين النصين القانونيين فرض خاطئ.

على أن الأمر 03/03 لاسيما بعد تعديلاته، وكذا قانون الصفقات العمومية كما هو معاين (المرسوم الرئاسي 247/15) أتاح تقاربا شائكا بين مفهوم حماية النظام الاقتصادي، وصلاحيات السلطة العامة، أو أسس النظام العام.

إذ أن نقاط الالتقاء بين النصين القانونيين محددة بوجود المعيار الاقتصادي، وعلى العموم فإن الصفقات العمومية دون نظر تطبيق المادة 2 من الأمر 03/03 تتضمن نشاطا اقتصاديا قد يفوق إجمالي النشاطات الاقتصادية للخواسب، في غير ارتباطها بصفة عمومية، كما أن قانون الصفقات العمومية كرس المبادئ التي تضمن عدم مخالفة أحكام قانون المنافسة، في نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15، وكذا عبر كامل مراحل وإجراءات سير الصفة العمومية.

إن تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، يتحدد على النحو الذي يكون لازما فيه حماية ظاهرة اقتصادية (الصفة العمومية)، بموجب ووفق نظام اقتصادي (قانون المنافسة).

وبهذا فإن الإشكالات المتعلقة بتحديد الاختصاص القضائي، وحدود تطبيق قانون المنافسة تشكل ضريبة مستمرة مع الزمن، تتطور بتطور الظاهرة الاقتصادية، التي تسمح بصيغة وقراءة قانونية متجددة هي الأخرى تبعا لما يكون من شأن التطور الاقتصادي.

قد يكون الطعن في قرارا مجلس المنافسة أمام جهة القضاء العادي، بدل القضاء الإداري، السبب المرجح الوحيد لعدم الحسم في مسألة تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، على أن ليس في ذلك ما يعيق القول بتطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، ضمن المحددات التي عرضنا إليها.

خاتمة

خاتمة:

ضمن أيّ سياق قانوني معتبر تجد فكرة المصلحة العامة حيزاً هاماً من معطيات المعالجة الموضوعية لنصوص القانون، فهذه الأخيرة في إطار البعد الاجتماعي تُعبر عن المصلحة المشتركة لكلّ الأفراد الذين يشكلون الجماعة، وهدف السّطة العامة يُترجم بالغاية في تحقيق أقصى حدّ ممكن من هذه المصلحة، بمعنى تحقيق أقصى انتفاع لكلّ فرد من أفراد الجماعة.¹

والمصلحة العامة وفق المفهوم الاقتصادي ينسجم والمفهوم الاجتماعي للمصلحة، باعتبار أنّها تمثل تحقيق الرّيادة القصوى لمنافع أكبر عدد ممكن من الأفراد وتقليص الخسائر الاجتماعية.²

على أنّ الحفاظ على المصلحة العامة بمنطلقات درجات الانتفاع القصوى للأفراد، يقتضي تدخّل السّطة العمومية للحفاظ على المستوى الذي يحقق المصلحة العامة، وفق الشّكل الذي تعتبره الجماعة مقبولاً، على أنّ تحديد الجماعة يبقى بشكل أساس مقترناً بوحدة تخصص الجماعة في ممارسة النّشاط بما لا يمنع في تقديرها اتساعها إلى الكافة فيما إذا كان تدبير النّشاط يؤثر على شكل الجماعة ككيان.

إنّ المصلحة العامة تقتضي وجود نظام للصفقات العمومية يدعم حق الجميع في الانتفاع من الخدمات التي تقدّمها المرافق العمومية بما يتناسب واحتياجاتهم ومركزهم، وبما يساعد على إحلال توازن قانوني في توزيع المنفعة.

إنّ اعتماد آلية المنافسة في توجيه الطلب العمومي يُحقق على وجه المصلحة العامة في تحقيق التسيير الراشد لمخزونات المال العام عبر ضبط النّفقة العمومية ضمن الآليات الكفيلة بذلك، والتي شدّد المرسوم الرئاسي 15-247، على وجوب مراعاتها بما يضمن أنّ تكون إجراءات منح الصفقات العمومية مُجسّدة لمبادئ حرّية الوصول إلى الطلب العمومي، المساواة، والشفافية.

على أنّ تحقّق هذه المبادئ لا يُمكن أن يتمّ بمجرد التّطبيق الصّارم لنصوص القانون، فيجب على الجماعة والتي يُقصد بها في هذا المقام المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين، أن يدعموا عوامل المنافسة باحترام الأدوات والمساطر الدّاعمة للمنافسة، على النّحو الذي يشكّل التّوافق بين الأمن القانوني والفعالية الاقتصادية.

¹ (P.), Delvolvé, Op.cit. p.56.

² (P.), Delvolvé, Ibid., p.72.

إنّ الحاجة إلى ضمان حرّية المنافسة في الصّفقات العمومية باعتبارها رافدة الأمن للطلّاب العمومي والمحقق لنجاعته، يمرّ بضرورة حظر الممارسات المقيدة للمنافسة التي يكون من شأنها المساس بالإجراءات المتعلّقة بتنظيم الصّفقات، سواء كانت صادرة عن المتعامل الاقتصادي، أو عن الشّخص العمومي متمثلة في المصلحة المتعاقدة.

من تمّ فإنّ التّعديلات المتعاقبة التي شهدها قانون الصّفقات العمومية، إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي 15-247، إنّما يعبّر بشكل ما عن الحاجة إلى إيجاد توافق جديد ينسجم وظروف وممارسات القائمين بالسوق، فهو من جهة يضمن حقوق العارضين في منافسة عادلة ضمن مقاييس من الشفافية والنزاهة، ومن جهة أخرى يضع حدود للممارسات التي تأثّر على حرّية العروض.

في المقابل فإنّ المصالح المتعاقدة تخضع هي الأخرى لمقتضيات القانون، بحيث تضمن إجراءات الصّفقة وفق ما سطرته النصوص القانونية، وضمن الحالات التي يفسح القانون بإعمال سلطتها التقديرية، إذ يجب أن لا يكون للقرارات التي تتخذها أثر مقيد للمنافسة، بحيث يُفترض أن تراعي وتضمن حرّية المنافسة ضمن أوسع مجال ممكن، هذا ويكون على المصالح المتعاقدة إلّزام يتعلّق بكشف الممارسات المقيدة للمنافسة، واتخاذ الإجراءات الإدارية الملائمة بشأنها.

على أنّ إخلال المصالح المتعاقدة بالتزاماتها يستتبعه تحكيم قواعد الإختصاص القضائي، بحيث تؤول المتابعة إلى إختصاص القضاء الإداري قطعاً، فيما يتعلّق بإجراءات إعداد ومنح الصّفقة وكذلك الأمر في حال الممارسات المقيدة للمنافسة الصّادرة عن المصالح المتعاقدة، نظراً لاتصالها بمهام المرفق العام وممارسة صلاحيات السّلطة العامّة، بما يجعلها تخرج عن رقابة مجلس المنافسة.

ومن تمّ إذا تعلّق الأمر بشأن هذه الممارسات الصّادرة عن المصالح المتعاقدة، بشكل يتّصل بممارسة نشاط إقتصادي لا علاقة له بتسيير المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السّلطة العامّة، فإنّه تبعاً لنص المادة 2 من الأمر 03-03، تقع هذه الممارسة في مجال الصلاحيات التنازعية لمجلس المنافسة وله أن ينظر فيها وإنّ تمت في شكل صفقة عمومية كونها تعبّر عن النّشاط الخاص للإدارة.

لكن ضمن هذا التّطبيق فإنّنا نخرج عن القاعدة العامّة في إختصاص القضاء الإداري العام والشامل بكافة المنازعات الإدارية، تبعاً لأسس المعيار العضوي المعتمد بنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنّ هذه المسألة يُرد عليها بأنّ إعتداع المعيار العضوي في تحديد إختصاص القضاء الإداري، لا يمنع من وجود إستثناءات تقرّ بوجود منازعة إدارية من إختصاص جهة قضائية أخرى، إذا ما صوّحب إختصاص مجلس

المنافسة بأنّ الطعن في قراراته في غير ما تعلق بالطعن برفض التّجميع، يختصّ بنظرها جهة القضاء العادي تبعاً لنص المادة 63 من الأمر 03-03.

ويُستشهد على ذلك زيادة على بئِن من الاستثناءات المتعلقة بتحديد الإختصاص القضائي في متن هذا البحث بمنازعات الجمارك التي الأصل فيها أن تخضع جميع المنازعات التي تكون إدارة الجمارك طرفاً فيها لإختصاص القضاء الإداري، تطبيقاً للمعيار العضوي على اعتبار أن إدارة الجمارك مصلحة تابعة لوزارة المالية.¹

غير أنّه بنظر قواعد الإختصاص القضائي في قانون الجمارك² نجد أنّ المادة 273 منه تحيل الإختصاص القضائي بخلاف القضايا الجمركية التي تخضع لإختصاص القاضي الجزائي، إلى القاضي المدني الذي ينظر المنازعات المتعلقة بدفع الحقوق والرّسوم واستردادها وكذا معارضات الإكراه، كذلك الأمر بالنسبة للدعاوى التي تهدف للمصادرة العينية للأشياء المحجوزة بمقتضى المادة 288 من القانون المشار إليه، وكذلك الأمر فيما يتعلّق بالتّرخيص للجمارك بالحجز التحفظي للأشياء المنقولة تبعاً لنص المادة 1/291 من ذات القانون.

وقد تضمّن نص الفقرة الأخير من المادة 274 من قانون الجمارك أنّ قواعد إختصاص القانون العام هي التي تطبّق في غير الدعاوى المنصوص عليها في المادة 273 من القانون المشار إليه، مما يستتبع تطبيق المعيار العضوي.

فالإستثناء على القاعدة العامّة في إختصاص القضاء الإداري وفق أسس المعيار العضوي تشهد إستثناءات، منها ما هو متضمّن في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومنها ما هو متضمّن في عديد من النّصوص القانونية الخاصة، وبهذا فإنّه لا يمنع من أن يكون هذا الاستثناء متضمناً في نص المادة 2 من قانون المنافسة، حيث يخضع الشّخص العمومي لأحكام قانون المنافسة ولرقابة مجلس المنافسة على إعتبرات المعيار الموضوعي الذي يشكّل القاعدة في الاستثناء المتضمّن في قانون الإجراءات المدنية، والنصوص الخاصّة من ذلك قانون المنافسة باعتبار موضوع النّشاط الممارس.

على هذا الأساس فإنّ القرار الذي يصدره مجلس المنافسة الذي هو سلطة إدارية مستقلة،³ يُفترض أنّ يكون الطعن في قراراته أمام جهة القضاء الإداري تبعاً لأسس المعيار

¹ محمّد الصالح بن أحمد خراز، ضوابط الإختصاص التّوعي لقضايا الإستعجال الإداري في النّظام القضائي الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص.29.

² قانون رقم 79-07، مؤرخ في 1979/07/21، متضمّن قانون الجمارك، ج.ر رقم 30 الصادرة بتاريخ 1979/07/24، معدّل ومُتمّم بموجب القانون رقم 09/98، مؤرخ في 1998/08/22، ج.ر رقم 61، الصادرة بتاريخ 1998/08/23، والقانون رقم 17-04، المؤرخ في 2017/02/16، ج.ر رقم 11، الصادرة بتاريخ 2017/02/19.

³ المادة 23 من الأمر 03-03، وكذا المادة 2 من المرسوم التّنفيدي رقم 11-241، المؤرخ في 2011/07/10، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، ج.ر رقم 39، الصادرة بتاريخ 2011/07/13.

العضوي، هذا القرار الصادر في حق الإدارة (الشخص العمومي)، والذي من المفترض أن تؤول منازعاتها هي الأخرى لجهة القضاء الإداري بغض النظر عن ارتباط عملها بتسيير مرفق عام، أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة من عدمه، يخضع لإستثناء تطبيق المعيار الموضوعي بدل القاعدة العامة في تطبيق المعيار العضوي بموجب النصوص الخاصة التي يتضمّن قانون المنافسة على الوجه الذي يلائم التّطبيق السليم لنصوص هذا القانون ضمن امتداداته في فرع القانون الخاص.

بهذا فإنّ طبيعة نشاط الشخص العام الذي يجعله في مركز مساوي لأشخاص القانون الخاص، بما يقتضي إحالة منازعاته لإختصاص القضاء العادي هو ما يبرر أيضاً خضوع الشخص العموم لرقابة مجلس المنافسة، ومن تمّ لإختصاص القضاء العادي.

أمّا، إذا ما تعلّق الأمر بقرار إداري (إمتياز السلطة لعامة، أو تسيير المرفق العام)، سبّب تقييد للمنافسة في صفقة عمومية، أو من شأنه ذلك، فإنّ هذا القرار يتضمّن مخالفة لنص قانوني هو الأمر 03-03. بحيث يتعارض تطبيق هذا القرار مع تطبيق قانون المنافسة، وحتى في غياب هذا الوجه من المعارضة فإنّ قانون الصفقات العمومية يكفل حرية المنافسة، ويُعدّ جوانبها بإجراءات تُحقق وجودها، ومن تمّ فإنّ أيّ تقييد للمنافسة لا يتضمّن قانون الصفقات العمومية في حدود تدبير المصلحة العامة يعدّ باطلاً أو قابلاً للإبطال، وعليه فإنّ في هذا القرار مخالفة لأحكام قانون الصفقات العمومية، الذي تتواءم نصوصه ونصوص قانون المنافسة في إحلال قواعد المنافسة الحرّة.

من وجه آخر فإنّ القاضي الإداري، وهو بصدد تطبيق قانون الصفقات العمومية على الوقائع المخالفة المرتبطة بتقييد لحرية المنافسة، يتقيّد بالمشروعية الإدارية المستمدة من قانون المنافسة، حيث أنّ للقاضي الإداري دور في تطبيق هذا القانون تبعاً لنص المادة 148 من الأمر 03-03، كذلك الشأن فيما يتعلّق بنصّ المادة 38 من ذات الأمر التي بموجبها يمكن للجهات القضائية أن تطلب رأي مجلس المنافسة فيما يخصّ معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة.

على هذا النحو فإنّ أيّ ممارسة مقيدة للمنافسة عالجهها قانون المنافسة، يرتكبها شخص عمومي وهو بصدد تسيير مرفق عام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة، يختصّ بنظرها القضاء الإداري تبعاً لقواعد الإختصاص القضائي، وبهذا الشكل فإنّ العبرة في تطبيق القانون بغض النظر عن الجهة الأكفأ بنظر الممارسة. وهو التّطبيق الذي يسمح بإنفاذ قانون المنافسة في غير مخالفة لقواعد الإختصاص القضائي.

1 المادة 48 " يمكن كلّ شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضرراً من ممارسة مقيدة للمنافسة، وفق مفهوم أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقاً للتشريع المعمول به."

كما أنّ هذا التّطبيق لا يتعارض ونص المادة 2/2 من الأمر 03-03، التي تشير إلى تطبيق أحكام الأمر على الصّفقات العمومية بتحديد زمني يبدأ من نشر الإعلان عن المناقصة وينتهي بالمنح النهائي للصفقة.

فهذا التّحديد، نجده أسقط الفترة السابقة عن نشر الإعلان، والمتعلّقة بإعداد الصّفقة العمومية كونها تدخل في مجال تطبيق قانون الصّفقات العمومية، كذلك هو الأمر بالنّسبة لعملية النّشر والمنح النهائي للصفقة والتي تدخل ضمن الإجراءات التي ينظّمها قانون الصّفقات العمومية، إلا أنّ تعليق تطبيق قانون المنافسة بنشر الإعلان والمنح النهائي للصفقة يتعلّق بتمام علم المؤسسات المعنية بتطبيق قانون المنافسة بوجود الصّفقة، وتقديم عروضها للمشاركة فيها، بما يستتبع العلم بالصفقة البحث عن الوسائل الكفيلة بتحصيلها.

من تمّ فإنّ سلوك المؤسسات والممارسات التي تتخذها قصد ضمان حصولها على الصّفقة، هي محل تطبيق قانون المنافسة ورقابة مجلس المنافسة.

أمّا ما يتعلّق بالمنح النهائي للصفقة العمومية، فإنّه اقتران يستتبع نصّ الفقرة الأخير من المادة 6 من قانون المنافسة، والتي بموجبها يحظر السّماح بمنح صفقة عمومية لأصحاب ممارسات مقيدة للمنافسة.

وعليه فإنّ ثبوت ممارسات مقيدة للمنافسة في حق مؤسسة ما، إمّا في إطار رقابة مجلس المنافسة أو ضمن عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض يؤدي إلى حرمان هذه المؤسسة من امتياز حصولها على الصّفقة، على أنّ الآليات التي تضمن تكافل عمل لجنة فتح العروض وفتح الأظرفة مع رقابة مجلس المنافسة تبقى مجهولة.

وإنّ كان تبعاً للمادة 2/35 من الأمر 03-03، يمكن للجماعات الإقليمية والهيئات الإقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذا جمعيات المستهلكين، أن تستشير مجلس المنافسة في المسائل المرتبطة بالمنافسة، كما يمكن لهذه الأخيرة إضافة للوزير المكلف بالتجارة بإخطار المجلس بالممارسات التي تدخل ضمن إختصاصه، كما لمجلس المنافسة أن ينظر فيها من تلقاء نفسه، وهذا تبعاً للفقرة الأولى والثانية من المادة 44 من الأمر السابق.

هذا وينظر نصّ الفقرة الأخير من المادة 37 من الأمر 03-03، فإنّ إثبات التّحقيقات التي يمكن لمجلس المنافسة مباشرتها والمتعلّقة بشروط تطبيق النّصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصّلة بالمنافسة، بأنّ تطبيق هذه النّصوص يترتّب عليه تقييد للمنافسة، يكون لمجلس المنافسة أن يتخذ بشأنها كلّ إجراء مناسب لوضع حد لهذا التّقييد.

أما ما يتعلق بنص الفقرة الأخير من المادة 6 من قانون المنافسة، التي تفيد بأن تطبيق أحكام هذا الأخير يجب ألا تعيق أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية، فإنه يدخل في إطار التأكيد على إعتبرات المعيار العضوي واختصاص القضاء الإداري العام، وكذا بنظر المخالفات المقيّدة للمنافسة التي ترتبط بعمل الشخص العام حال تلبّسه بمهمة تسيير المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة كما سبق الإشارة إلى ذلك.

بهذا الوجه فإنه لا مجال لإثارة التّعارض بين تطبيق قانون الصّفات العمومية على الشّخص العمومي أو الصّفات العمومية، وسلامة قواعد الإختصاص القضائي، حيث أنّ الإتساق المفترض في تطبيق القاعدة القانونية يمنع أوجه اللبس في تشريعها، وبهذا فإنّ هذا البحث ضمن مداره التّقديري المبني على تساؤل محوري يمثله عنوان الدراسة يُقدّر قطعاً تطبيق قانون المنافسة على الصّفات العمومية، لكنّه يبحث في وجه هذا التّطبيق وطبيعته ومداه بما يشير إليه النص القانوني المرجعي في هذه الدّراسة (أي المادة 2 من الأمر 03-03)، ورغم أنّه لا يلمس بضوء المقاربة والتّحليل الذي أُفرد أيّ تنازع في تحديد وسلامة الإختصاص القضائي.

إنّ إعتداد المعيار العضوي كقاعدة عامة لتحديد إختصاص القضاء الإداري، في الوقت الذي تشهد فيه وظيفة الدّولة تطورات هامة مردها التحوّلات الدّولية التي تدفع نحو تخصيص دور الدّولة على خلفية شمولية الأسواق العالمية، وكذا تدخلات الخواص باستعمال إمتيازات السلطة العامة في إطار عمليات تفويض المرفق العام.

فإنّ الإعتداد على هذا المعيار في تحديد إختصاص القضاء الإداري لا يستجيب للدّور المتنامي الذي يطّلع به الخواص في مجالات متعدّدة، كذلك لا يستجيب لعملية تعيّر وظيفة الدّولة على عديد الأصعدة التي خلفها في مباشرة مهامها الخواص، كما أنّ تطعيم هذا المعيار بمعيار موضوعي ضمن حالات عديدة سواء بنص قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو بنصوص قانونية خاصّة، يمكن لها أن تشكّل تعقيدا لطرق وإجراءات التقاضي للمتقاضي والقاضي على السّواء بما يبرر كثرة الدّفوع المتعلّقة بعدم الإختصاص والتي يمكن لحظها بالأخص في القرارات التي يصدرها مجلس المنافسة، بما يبرز الإعتبار الأوّل كما يبرز عدم فهم المتقاضيين لدور مجلس المنافسة والمهام المنوطة به.

كما أنّ تحكيم المعيار العضوي لتحديد إختصاص القضاء الإداري، يُرتّب مساسا بحريّة القاضي في ضبط طبيعة التّصرفات القانونية الصّادرة عن الشّخص العمومي تبعاً لأسس الإجتهد القضائي، كما أنّه يتعارض من ناحية مع دور القاضي الإداري في إستنباط ووضع قواعد القانون الإداري فاكتفاؤه بكونه كاشفاً للقاعدة القانونية، لا يتماشى وأسس نشأة القانون الإداري الذي لعب القاضي الإداري فيها دور المنشأ.

بهذه الصّورة فإنّ تطبيق القانون يجب يتمّ وفق النّية التي انصرف المشرّع إلى إفراده بها، على أنّ تبيّن هذه النّية يستحيل في الغالب الأعم لغياب الكّشف عن الأعمال التّحضيرية والمذكرات الإيضاحية المتعلّقة بالقوانين، بما يفسّر تذبذب الإجتهد القضائي في توضيح أحكام قانون المنافسة وعلاقته بقانون الصّفقات العمومية، في ظلّ عدم إشمال قانون الصّفقات العمومية لآليات الرّقابة القضائية المتعلّقة بعقد الصّفقة العمومية، بما يستدعي التّفكير في ضرورة المزاوجة بين المعيار العضوي والمعيار الموضوعي دون اعتبار أحدهما استثناء على الآخر.

وإنّ كان الثابت من الدّراسة أنّ لا وجه لتنازع الاختصاص القضائي من الوجه الذي عُرض إليه، فإنّ الأخذ بالمعيار العضوي كأساس وحيد لفهم وتحديد تطبيق قانون المنافسة على الصّفقات العمومية، يؤدي إلى وجود نظامين للطّعن في عدم إحترام حرّية المنافسة بالصّفقات العمومية، يتولّد عن إحتمال تنازع الإختصاص بين مجلس المنافسة والقضاء الإداري المختصّ بما يرتّب فرضيتان:

- 1- تنازع الإختصاص الإيجابي: في الحال الذي تعتبر فيه كلتا الجهتين أنّها مختصّة بنظر الموضوع، بما ينجم عنه تضارب في القرارات والأحكام.
- 2- تنازع الإختصاص السّلبي: والذي تقرر فيه كلتا الجهتين، أنّها غير مختصّة، بما يرتّب إنكاراً للعدالة.

على هذا الأساس، وحتى ضمن الثابت من الدّراسة يكون على مجلس المنافسة وجهة القضاء الإداري العمل بالسّوية في سبيل تحديد الوجه الأمثل لتطبيق قانون المنافسة على الصّفقات العمومية، بتحديد التوافق الذي يقره القانون بشأن توحيد المواقف من مسائل الإختصاص، كأنّ يوجه القضاء الإداري المسائل الأولية المتعلّقة بحالات تطبيق قانون المنافسة لمجلس المنافسة، قبل الفصل في القضايا المعروضة عليه بشأن شرعية القرارات التي يتّخذها الشخص العام.

كما يمكن العمل على إدراج القضاة الإداريين ضمن تشكيلة مجلس المنافسة، بما يتيح التقارب بين أسس التّفكير القانوني والمعالجة القانونية، ويضمن التّطبيق السليم لنصوص القانون من جهة أخرى يمكن إعتبره تكويناً للقاضي الإداري في المسائل المرتبطة بالمنافسة.

أمّا ما تعلّق بنظام الطّعن في قرارات المنافسة، فإنّه على الرّغم من أنّ مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلّة، فإنّ نظام الطّعن بشكله الحالي يستجيب لاعتبارات المعيار الموضوعي، والذي بإعماله بدلاً عن المعيار العضوي يستجيب لدواعي المصلحة في وجود قانون المنافسة، على أنّه في الحال الذي يخضع فيه القضاة الإداريين لتكوين خاص مؤهّل

للتّمكن من استيعاب قانون المنافسة وفهم الظاهرة التّنافسة وأوجه النّشاط الإقتصادي بما يتضمّن من فهم للمبادئ والأسس العامّة للتّجارة، فإنّ تمّ مجال لمراجعة هذا الإختصاص.

وبشكل عام، فإنّ المقتضيات التي توجب إفراد الصّفقات العمومية بتنظيم قانوني خاص، هي ذاتها المقتضيات التي توجب تطبيق قانون المنافسة على الصّفقات العمومية.

إنّ تحقيق المصلحة العامّة عبر إقرار قانون الصّفقات العمومية، بما يضمن شفافية تعاملات الشّخص العام يستلزم ضمان شفافية تعاملات المتعامل الإقتصادي، ويكون ذلك عبر تطبيق قانون المنافسة، بحيث لا تتحقّق نجاعة الطلب العمومي إلّا بتوافر الحدود المعقولة لحرية المنافسة التي لا يمكن أن تتأسس وفق معطيات القانون الطبيعي، كما لا يمكن أن تُسهم قواعد قانون الصّفقات العمومية لوحدها في إحلالها.

إنّ ممارسة الحرية بشكلها المطلق، وضمن حدودها التّسببية المقترنة بالمنافسة يستجيب طردا لاتساع مجالها. فالسوق كمجال لحرية المنافسة تظهر فيه الصّفقات العمومية كجزئية تُقارب خصائصه العامّة، ومن تمّ فإنّ تجانس جزئيات السوق يقتضي خضوعها جميعاً لأحكام قانون المنافسة، بما لا يدع مجالاً لتصادم أجزاء السوق بعضها ببعض لانفلات أحد جزئياته من الخضوع لأحكام قانون المنافسة.

إنّ المصلحة العامّة هي الشّكل الذي يخدم فيه قانون المنافسة تحقيق الطلب العمومي، وفق المبادئ المنصوص عليها في قانون الصّفقات العمومية، بالكيفية التي يضمنها هذا الأخير على النّحو الذي يكون فيه الطلب العمومي أداة لحركة السوق دون أن يسمح بممارسات تقيّد المنافسة في جزء من السوق الذي يضبطه قانون المنافسة، لأنّ بنية السوق تتحدد ببناء متسلسل يستتبع بعضه بعضاً، بحيث أنّ ما يقع على الجزء ينصرف باقي الأجزاء ويؤثر فيها.

يتحدد مدى خضوع الصّفقات العمومية لأحكام قانون المنافسة وفق ما وصلت إليه هذه الدراسة، بأنّ الصّفقات العمومية تخضع للأحكام الموضوعية لقانون المنافسة، حيث يجب ألاّ تتضمن الصّفقات العمومية ممارسات مقيدة للمنافسة ويجب على الجهات المشرفة على الصّفقات العمومية أن تسعى لتحقيق ذلك سواء بالآليات القانونية التي يتيحها قانون الصّفقات العمومية أو عبر إخطار وإستشارة مجلس المنافسة، على أنّ رقابة الجهات المشاركة في الصّفقات العمومية تتضمن مستويين، يمثّل المستوى الأوّل المتعامل الإقتصادي والذي يخضع لرقابة مجلس المنافسة ابتداءً أي قبل المنح التّنهائي للصّفقة العمومية، ويمثّل المستوى الثاني المصلحة المتعاقدة والتي تخضع لرقابة القضاء الإداري والذي يكون لهذا الأخير رقابة الصّفقة العمومية تبعاً لأحكام المرسوم الرئاسي 247/15، وكذا الأمر 03/03، ويكون

له حق رقابة تطبيق قانون المنافسة في الصّفقات العمومية. إذ ليس لمجلس المنافسة سلطة إستثنائية بتطبيق قانون المنافسة.

وعلى هذا الأساس فإنّ خضوع الصّفقات العمومية لأحكام قانون المنافسة تطبيقاً لنص المادة 2 من الأمر 03/03، لا يتضمن أيّ مشكلة في تطبيق قواعد الإختصاص القضائي أخذاً في الحسبان أنّ مجلس المنافسة ليس سلطة قضائية، على أنّه يجب إبراز الحدود الموضوعية والقانونية لتجليات مصطلح السّلطة العامّة والمصلحة العامّة التي تدلّ بها نصوص المواد القانونية لضبط أدق للحريات، وفهم أوثق للنصوص القانونية.

تمّ بحمد الله وفضل

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع
(أهم المراجع)

أولاً/ باللغة العربية (167)

I. المصادر:

1. سور من القرآن الكريم
2. أحاديث نبوية

النصوص التشريعية الوطنية (63)

أ) الدساتير (2)

1. دستور 1989 المؤرخ في 23 فبراير سنة 1989، صدر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18، المؤرخ في 1989/02/28، يتعلّق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 1989/02/23، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر رقم 9، الصادرة بتاريخ 1989/03/01، ص.234.

2. دستور 1996 الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، معدّل بـ: القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10/04/2002 الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14/04/2002، والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15/11/2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16/11/2008، والقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06/03/2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07/03/2016، والمرسوم رئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30/12/2020 الجريدة الرسمية رقم 82 المؤرخة في 30/12/2020.

ب) القوانين العضوية (2)

1. القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 03/06/1998، يتعلّق باختصاصات محكمة التّنازع وتنظيمها وعملها، ج.ر رقم 39 الصادرة بتاريخ 07/06/1998.
2. القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17/07/2005، يتعلّق بالتنظيم القضائي، ج.ر رقم 51، الصادرة بتاريخ 20/07/2005.

ت) القوانين العادية (38)

1. الأمر 157/62 المؤرخ في 31/12/1962، المتعلّق بمواصلة العمل بالقوانين الفرنسية السائدة باستثناء ما يتعارض مع السيادة الوطنية أو يشمل قواعد التمييز العنصري، ج.ر رقم 2 ص 18 باللغة الفرنسية 1963. ملغى الأمر 29/73 المؤرخ في 05/07/1973 ج.ر رقم 62.

2. أمر رقم 154/66 مؤرخ في 08/06/1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدّل ومتمم، ج.ر رقم 47 الصادرة بتاريخ 09/06/1966 (ملغى).
3. أمر رقم 67-90، مؤرّخ في 17/06/1967، يتضمّن قانون الصّفقات العمومية، ج.ر رقم 52، الصّادرة بتاريخ 27/06/1967 (ملغى).
4. الأمر 34-74، المؤرّخ في 29/04/1974، المتعلّق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصّة بالأسعار، ج.ر رقم 38، الصّادرة بتاريخ 13/05/1975. (ملغى)
5. أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر رقم 78 لسنة 1975، معدّل ومتمّم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر رقم 44 لسنة 2005
6. قانون رقم 07-79، مؤرخ في 21/07/1979، متضمّن قانون الجمارك، ج.ر رقم 30 الصادرة بتاريخ 24/07/1979، معدّل ومُتمّم بموجب القانون رقم 09/98، مؤرخ في 22/08/1998، ج.ر رقم 61، الصادرة بتاريخ 23/08/1998، والقانون رقم 04-17، المؤرخ في 16/02/2017، ج.ر رقم 11، الصادرة بتاريخ 19/02/2017.
7. قانون رقم 01-88، المؤرّخ في 12/01/1988، المتعلّق بالقانون التّوجيهي الخاص بالمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر رقم 2، الصّادرة بتاريخ 13/01/1988.
8. قانون رقم 25-88 المؤرخ في 12/07/1988 يتعلّق بتوجيه الإستثمارات الإقتصادية الخاصّة الوطنية، ج.ر رقم 29، الصّادرة بتاريخ 13/07/1988.
9. قانون رقم 12-89، المؤرّخ في 05/06/1989، متعلّق بالأسعار، ج.ر رقم 29، الصّادرة بتاريخ 19/07/1989. (ملغى)
10. قانون رقم 10-90 المؤرخ في 14/04/1990 المتعلّق بالنقد والقرض، ج.ر رقم 16 الصادرة بتاريخ 18/10/1990. (ملغى)
11. القانون 21/90 المؤرخ في 15/08/1990، المتعلق بالمحاسبة العمومية، ج.ر رقم 35، الصادرة بتاريخ 15/08/1990.
12. المرسوم التشريعي رقم 10-93 المؤرخ في 23/05/1993، يتعلّق ببورصة القيم المنقولة، ج.ر رقم 34، الصادرة بتاريخ 23/05/1993.
13. المرسوم التشريعي رقم 12-93 المؤرخ في 05/10/1993، يتعلّق بترقية الإستثمار، ج.ر 64، صادرة بتاريخ 10/10/1993. (ملغى).
14. الأمر رقم 06-95، المؤرخ في 25/01/1995، يتعلّق بالمنافسة، ج.ر رقم 9، الصّادرة بتاريخ 22/02/1995، ص.13. (ملغى)
15. الأمر 20-95 المؤرخ في 17/07/1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، ج.ر رقم 39 الصادرة بتاريخ 23/07/1990، المعدّل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/10 المؤرخ في 26/08/2010، ج.ر رقم 50 الصادرة بتاريخ 01/09/2010.

16. الأمر رقم 95-22 المؤرخ في 26/08/1995، يتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، ج.ر رقم 48 الصادرة بتاريخ 03/09/1995. (ملغى)
17. الأمر رقم 96-10، المؤرخ في 10/01/1996، يعدل ويتم المرسوم التشريعي رقم 93-10، المتعلق ببورصة القيم المنقولة ج.ر رقم 03 الصادرة بتاريخ 19/02/1996.
18. القانون رقم 02/98، المؤرخ في 30/05/1998، يتعلق بالمحاكم الإدارية، ج.ر رقم 37 الصادرة بتاريخ 01/06/1998.
19. القانون 98-11 المؤرخ في 22/08/1998، المتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطور التكنولوجي 1998-2002، ج.ر رقم 62، الصادرة بتاريخ 24/08/1998.
20. الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20/08/2001 يتعلق بتطوير الإستثمار، ج.ر رقم 47، الصادرة بتاريخ 22/08/2001. (ملغى)
21. الأمر رقم 01-04، المؤرخ في 20/08/2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج.ر رقم 47، الصادرة بتاريخ 22/08/2001.
22. القانون رقم 01-02، المؤرخ في 05/02/2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر رقم 08، الصادرة بتاريخ 06/02/2002.
23. الأمر 03/03 المؤرخ في 19/07/2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر رقم 43 الصادرة بتاريخ 20/07/2003.
24. القانون رقم 03-11، المؤرخ في 26/08/2003، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر رقم 52، الصادرة بتاريخ 27/08/2003.
25. قانون رقم 02-04 المؤرخ في 23/06/2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر رقم 41، الصادرة بتاريخ 27/07/2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15/08/2010، ج.ر رقم 46، الصادرة بتاريخ 18/08/2010.
26. قانون رقم 01-06، مؤرخ في 10/02/2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر رقم 14، الصادرة بتاريخ 08/03/2006.
27. القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر رقم 21 الصادرة بتاريخ 23/04/2008.
28. قانون رقم 08/12 المؤرخ في 25/06/2008، يعدل ويتم الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، ج.ر رقم 36 الصادرة بتاريخ 02/07/2008.

29. قانون رقم 14-08 المؤرخ في 20/07/2008، يعدّل ويتمّ القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01/12/1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر رقم 44 الصادرة بتاريخ 2008/08/03.
30. القانون 03/09، المؤرخ في 25/02/2009 المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر رقم 15 الصادرة بتاريخ 2009/03/08.
31. الأمر رقم 01-09، المؤرخ في 22/07/2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر رقم 44 الصادرة بتاريخ 2009/07/26.
32. القانون رقم 05/10 المؤرخ في 15/08/2010، يعدل ويتمّ الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، ج.ر رقم 46 الصادرة بتاريخ 2010/08/18.
33. الأمر رقم 04-10، المؤرخ في 26/08/2010، يعدّل ويتمّ القانون رقم 03-11، المتعلق بالنقد والقرض ج.ر رقم 50، الصادرة بتاريخ 2010/09/01.
34. الأمر رقم 05-10، المؤرخ في 26/08/2010، يتمّ القانون رقم 01-06، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر رقم 50 الصادرة بتاريخ 2010/09/01.
35. لقانون رقم 10-11، المؤرخ في 22/06/2011، يتعلّق بالبلدية، ج.ر رقم 37، الصادرة بتاريخ 2011/06/03.
36. القانون رقم 15-11، المؤرخ في 02/08/2011، يعدل ويتمّ القانون رقم 01-06، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر رقم 44، الصادرة بتاريخ 2011/08/10.
37. قانون رقم 07-12، المؤرخ في 21/02/2012، يتعلّق بالولاية، ج.ر رقم 12، الصادرة بتاريخ 2012/02/29.
38. القانون رقم 09-16 المؤرخ في 03/08/2016، يتعلّق بترقية الإستثمار، ج.ر رقم 46 الصادرة بتاريخ 2016/08/03.

(ث) المراسيم الرئاسية (11)

1. مرسوم رقم 80-137 المؤرخ في 10/05/1980 المتضمن وضع فهرس النشاط الإقتصادي والمنتجات، ج.ر رقم 20 الصادرة بتاريخ 1980/05/13.
2. المرسوم رقم 80/53 المؤرخ في 01/03/1980، المتضمن إحداث المفتشية العامة للمالية، ج.ر رقم 10، الصادرة بتاريخ 1980/03/04.
3. مرسوم رقم 85-307، المؤرخ في 17/12/1985، يتضمن إنشاء مركز للبحث في الإقتصاد المطبّق من أجل التنمية، ج.ر رقم 53، الصادرة بتاريخ 1985/12/18.

4. المرسوم رقم 88-20 المؤرخ في 18/10/1988، المتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الإقتصادي التفرّد بالنشاط الإقتصادي أو إحتكار للتجارة، ج.ر رقم 42 الصادرة بتاريخ 19/10/1988.
5. مرسوم رئاسي رقم 96-44 مؤرخ في 17/01/1996، يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة، ج.ر رقم 05، الصادرة بتاريخ 21/01/1996.
6. مرسوم رئاسي رقم 99-86، المؤرخ في 15/04/1999، يتضمن إنشاء مراكز البحث النووي، ج.ر رقم 27، الصادرة بتاريخ 18/04/1999، معدّل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 07-170، المؤرخ في 02/06/2007، ج.ر رقم 37، الصادرة بتاريخ 07/06/2007.
7. المرسوم الرئاسي رقم 01-197، المؤرخ في 22/07/2001، يحدد صلاحيات مصالح رئاسة الجمهورية وتنظيمها، ج.ر رقم 40، الصادرة بتاريخ 25/07/2001.
8. المرسوم الرئاسي رقم 04-128، المؤرخ في 19/04/2004، المتضمن المصادقة بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 31/10/2003.
9. مرسوم رئاسي رقم 08/338 المؤرخ في 16-10-2008، المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي رقم 02/250، ج.ر رقم 52 الصادرة بتاريخ 09-11-2008 (ملغى).
10. مرسوم رئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07/10/2010، يتضمن الصفقات العمومية، ج.ر رقم 58، الصادرة بتاريخ 07/10/2010 (ملغى).
11. المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر رقم 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

(ج) المراسيم التنفيذية (6)

1. المرسوم التنفيذي رقم 91-454، المؤرخ في 23/11/1991 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة و تسييرها ويضبط كفاءات ذلك، ج.ر رقم 60، الصادرة بتاريخ 24/11/1991.
2. المرسوم التنفيذي رقم 97-40 المؤرخ في 18/01/1997 يتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيود في السجل التجاري وتأطيرها، ج.ر رقم 5، الصادرة بتاريخ 19/01/1997.

3. المرسوم التنفيذي رقم 97-265، المؤرخ في 21/07/1997، المتعلق بتطبيق النصوص المرتبطة بمجال التخطيط بممارسة الصلاحيات والمهام وتسيير الهياكل والوسائل والموظفين، ج.ر رقم 48 الصادرة بتاريخ 1997/07/2.
4. مرسوم تنفيذي رقم 03-455، المؤرخ في 01/12/2003، يتضمن تعديل وتتميم المرسوم رقم 85-307، المتضمن إنشاء مركز للبحث في الإقتصاد المطبق من أجل التنمية ج.ر رقم 75، الصادرة بتاريخ 2003/12/07.
5. المرسوم التنفيذي رقم 05-175، المؤرخ في 12/05/2005، يحدد كفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الإتفاقيات ووضع الهيمنة على السوق، ج.ر رقم 35، الصادرة بتاريخ 2005/05/18.
6. المرسوم التنفيذي رقم 11-241، المؤرخ في 10/07/2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، ج.ر رقم 39، الصادرة بتاريخ 2011/07/13.

• قرارات (10)

➤ قرارات وطنية

➤ مجلس الدولة

1. قرار مجلس الدولة تحت رقم 6215، فهرس 873، حال الفصل في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي، بلدية ليوة، بسكرة، ضد (ق.أ)، مؤرخ في 17/12/2002، غير منشور.

➤ مجلس المنافسة

1. قرار رقم 98 ق 03، الجلسة المنعقدة يوم 13/12/1998، المتعلق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت، النشرة الرسمية للمنافسة رقم 2015، 8.
2. قرار رقم 2015/20، الجلسة المنعقدة يوم 16/04/2015، قضية رقم 2013/49، النشرة الرسمية للمنافسة رقم 2015، 8.
3. قرار رقم 2015/16، صادر عن مجلس المنافسة في جلسة المنعقدة يوم 13/06/2014، قضية رقم 2003/26، بين ش.ذ.م.م. ميد، ضد المعهد الوطني للأراضي والسقي وصرف المياه، النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 8، 2015.
4. قرار رقم 2015/08، صادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة يوم 16/06/2014، قضية رقم 2004/32، بين شركة صناعات المستلزمات الطبية من الصيدلية المركزية للمستشفيات، النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 08، 2015.
5. القرار رقم 2015/10، الجلسة المنعقدة يوم 18/06/2014، المؤرخ في 03/03/2015، قضية رقم 2009/44، بين جمعية المهنيين للغاز والوقود ضد الشركة الوطنية نפטال، النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 8، 2015.

6. قرار رقم 2015/03، الجلسة المنعقدة يوم 2014/06/18، قضية رقم 2003/28،
بين شركة "Green Révolution Industries"، ضد والي ولاية البيض، النشرة
الرسمية للمنافسة، رقم 8، 2015.
7. قرار رقم 2015/16 الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 2014/11/13 الجلسة
المنعقدة يوم 2014/06/13، قضية رقم 2003/26، بين ش.ذ.م.م. ميد، ضد المعهد
الوطني للأراضي والسقي وصرف المياه، النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 8، 2015.

➤ قرارات أجنبية

➤ مجلس المنافسة التونسي

1. قرار رقم 4164، صادر عن مجلس المنافسة التونسي، مؤرخ في 2005/05/19،
ملحق التقرير السنوي الخاص بمجلس المنافسة التونسي.
2. قرار رقم 5181، صادر عن مجلس المنافسة التونسي، المؤرخ في 2005/11/10،
ملحق التقرير السنوي التونسي الخاص بمجلس المنافسة بتونس، 2005.

II المؤلفات والكتب

(أ) الكتب العامة (25)

1. أبي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد العاشر، دار
الصادر، بيروت، لبنان. د.س.ن.
2. أحمد المصري، إدارة الإنتاج والعلاقات الصناعية، مؤسسة باب الجامعية،
الإسكندرية، مصر، ط1، سنة 2005.
3. أعمر يحيى، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة و الجماعات المحلية، دار
هومة للطباعة، الجزائر، 2000.
4. ألان مينك، رأسمالية المساهمة، ترجمة: رياض صوما، المؤسسة الوطنية
للإتصالات والنشر، ودار الفارابي، بيروت، لبنان. 2001.
5. جورج فودال وبيار دلفولفييه، القانون الإداري، الجزء الأول، المؤسسة الجامعية
للدراسات والنشر والتوزيع، ترجمة منصور القاضي، بيروت، لبنان. د.س.ن.
6. جي هولتن ولسون، الإقتصاد الجزئي، ترجمة كامل العاني، دار المريخ، الرياض،
المملكة العربية السعودية، 1987.
7. حازم الببلاوي، أصول الإقتصاد السياسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط2،
سنة 1996.
8. حسني الماحي، تنظيم المنافسة، دار النهضة العربية، ط02، القاهرة، مصر، 2007.
9. رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،
1994.

10. سعيد محمّد المصري، إدارة وتسويق أنشطة الخدمة، الدار الجامعية، مصر، ط1، سنة 2002.
11. صبحي محمصاني، مقدمة في إحياء علوم الشريعة، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان. د.س.ن.
12. عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون 08-09)، طبعة ثانية مزيّدة، منشورات بغداددي، 2009.
13. عبد العزيز بن سعد الدغيثر، أسس النظر في التركيز في ضوء أحكام المنافسة، الألوكة، الكويت، 2014.
14. عزيز سليمان شيرزاد، حسن النّية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، منشورات دار دجلة، المملكة الأردنية، 2008.
15. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2007.
16. عمر حسن، تطور الفكر الإقتصادي، ج1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط1، سنة 1994.
17. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2000.
18. مجيد مسعود، دليل المصطلحات التنموية، دار المدى للثقافة والنشر، دمشق، سوريا، 2001.
19. محمّد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنّشر والتّوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
20. محمّد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، دار العلوم للنّشر والتّوزيع، عنابة، الجزائر، د.س.ن.
21. محمود خلف الجبوري، "العقود الإدارية"، مكتبة دار الثقافة، ط1998.
22. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
23. ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، لباد للنّشر، سطيف، الجزائر، د.س.ن.
24. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط04، دار المجد، سطيف، الجزائر، 2010.
25. ياسر سيد الحديدي، عقد الفرنشيز التجاري في ضوء تشريعات المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، (دراسة مقارنة)، دار النّهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012.

(ب) الكتب المتخصصة (4)

1. حمامة قدوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
2. لينا حسن ذكي، قانون حماية المنافسة ومنع الإحتكار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
3. محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات الإحتكارية وفقا للأمر 03-03، والقانون 02-04، منشورات بغدادية، 2010.
4. محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2013.

(ت) أطروحات دكتوراه (3)

1. جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
2. محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، رسالة دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004-2005.
3. نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه علوم، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2013.

(ث) مذكرات الماجستير/ رسائل (18)

1. أبو بكر عياد كرافة، الاتفاقيات المحظورة في قانون المنافسة، مذكرة ماجستير، قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013.
2. أحمد مجيب، تحرير مرفق اتصالات المغرب- دراسة في إشكالية إعادة تحديد دور الدولة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، المغرب، 2004-2005.
3. إلهام بوحلايس، الإختصاص في مجال المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، 2004.
4. إلهام بوحلايس، الإختصاص في مجال المنافسة، مذكرة ماجستير، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2005/2004.

5. البشير دحوتي، أثر التحولات الاقتصادية على العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث، قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، المغرب.
6. حنان أزناي، تأثير قانون حرية الأسعار والمنافسة على قانون العقود، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني المعمق، جامعة محمد الخامس، أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، المغرب.
7. سامية بو قندورة، سلطة الضبط في قطاع المحروقات في الجزائر، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007-2008.
8. سلوى بزاجي، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية- دعوى الإلغاء نموذجاً، مذكرة ماجستير، شعبة قانون إداري ومؤسسات دستورية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2007.
9. سمير حدري، السلطات الإدارية المستقلة الفاصلة في المواد الاقتصادية والمالية، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2006.
10. سهام بن دعباس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عنابة، 2005.
11. ظريفة موساوي، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق قانون المنافسة، مذكرة ماجستير، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
12. عائشة بعبط، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2013/2014.
13. عز الدين عيساوي، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، 2005.
14. محمد الصالح بن أحمد خراز، ضوابط الإختصاص النوعي لقضايا الإستعجال الإداري في النظام القضائي الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.
15. محمد ديب، الإلتزام بعدم المنافسة في علاقة العمل، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع علاقات الأعوان الإقتصاديين/ المستهلكين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013.

16. نبية شفار، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة ماجستير، في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013.
17. وليد بوجملين، سلطات الضبط الإقتصادي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007.
18. وليد بوجملين، سلطات الضبط الإقتصادي، مذكرة ماجستير، القانون العام، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2008.

(ج) المقالات العلمية (34)

➤ المجالات العلمية (12)

1. إيهاب الروسان، خصائص الجريمة الاقتصادية- دراسة في المفهوم والأركان-، دفاثر السياسة والقانون، العدد 07، جوان 2012.
2. حسن فريجة، الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 26، الجزائر، 2003.
3. حمزة خضري، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية، دفاثر السياسة والقانون، العدد السابع، جوان 2012.
4. سميرة حدري، السلطات المستقلة وإشكالية الإستقلالية، مجلة الإدارة، مجلد 19، عدد 38، 2009.
5. عماد عجابي، تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الرابع، ديسمبر 2014.
6. محمّد بن محمد، منال حلّيمي، صفقات التراضي في الجزائر، أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة، دفاثر السياسة والقانون، العدد 13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2015.
7. ديب محمّد، أثر الممارسات المخالفة للتجارة على فاعلية حماية المستهلك، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 16، شهر فبراير 2014.
8. ديب محمّد، الإختصاص بقضايا المنافسة المتصلة بالصفقات العمومية، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 33- الجزء الثالث، سبتمبر 2019.
9. محمد شريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 02، 2015.
10. محمد محمد عبد اللطيف أبو المعاطي، الدستور والمنافسة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، المنصورة، مصر، 2005.

11. مصطفى بابكر، سياسات التنظيم والمنافسة، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، العدد 28 لشهر أبريل، السنة الثالثة، 2004.
12. نصر الدين الأخضرى، الجزائري بين مثالية المساواة وواقعية التمييز الإيجابي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014.
13. يحي الجمل، الحماية الدستورية لحق الملكية الخاصة، مجلة الدستورية، العدد 05، لسنة 2004.

➤ المجلات الإلكترونية / الجرائد (7)

1. إبراهيم نوار، حدود الليبرالية- بلا حدود، جريدة الحياة اللندنية، العدد رقم 118822، لندن، المملكة المتحدة، الصادرة بتاريخ: 1995/07/05.
2. خالد عبد النور، القطاع الخاص بين الحماية والمنافسة، موقع مفهوم، العدد الأول، سوريا، 2012.
3. الدردري، المنافسة والتنافسية... مكافحة الإغراق- ثلاثية تقدم الاقتصاد، مقال، الموقع الرسمي للهيئة العامة للمنافسة ومنع الاحتكار، سوريا، نشر بتاريخ 23 اذار 2010.
4. شريف كايس، سنضطر في الأمد القريب لإعادة النظر في هذا الدستور، مقال منشور بجريدة الجزائر، 2016/01/18، دون إظهار للعدد، الأرشيف، 2016.
5. صالح السلطان، نظرات في الفاعلية أو الكفاءة الاقتصادية، جريدة الاقتصادية، السعودية، العدد 7952، السنة 2015/07/20.
6. محمد آل عباس، حماية مستهلك أم حماية منافسة، النشرة الإلكترونية لمجلس المنافسة السعودي، العدد 02، فبراير 2014.
7. معهد الأبحاث الاقتصادية بالكويت، مقال بعنوان: السياسات التنافسية، نقلا عن : مجلة منبر الحرية، العدد 37 لشهر مارس، الكويت، 2006.

➤ الملتقيات العلمية (15)

1. بدرة لعور، الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، جامعة محمد خيضر بالتنسيق مع ولاية بسكرة، بسكرة، 2016.
2. جميلة حميدة، مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية والقيود التشريعية، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحيى فارس، كلية الحقوق، المدية، يوم 2013/05/20.
3. رشيد ساسان، خضوع الأشخاص المعنوية العامة لقانون المنافسة، الملتقى الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة، 16-17 مارس 2015.

4. سلوى بومقرة، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، الملتقى الدولي الرابع حول القضاء الاستعجالي الإداري، معهد العلوم القانونية، المركز الجامعي الوادي، 2011.
5. سماح فارة، تفعيل مبدأ المنافسة- قراءة في قانون الصفقات العمومية، الملتقى الأول حول قانون المنافسة بين تحرير المنافسة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة، 16 و 17 مارس 2015.
6. سهيلة بو خميس، مبدأ حرية المنافسة بين الشريعة والقانون، مداخلة في الملتقى الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قلمة، 16، و 17 مارس 2015.
7. سهيلة بوخميس، مبدأ حرية المنافسة بين الشريعة والقانون، مداخلة في الملتقى الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، يومي 16 و 17 مارس 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة، 2015.
8. سهيلة ديباش، إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة المدية، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.
9. صليحه نزيوي، سلطات الضبط المستقلة، آلية الانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة، مداخلة في الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015.
10. عبد الحكيم حططاش، مدى ملاءمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسيد برامج الاستثمارات العامة للفترة 2001-2014، مداخلة في المؤتمر الدولي المتعلق بتقييم آثار برامج الاستثمارات العامة وانعكاساتها على التشغيل والاستثمار والنمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2014، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة سطيف 01، 12/11 مارس 2013.
11. عبد المجيد غميحة، دور العدالة الجنائية في ميدان الأعمال والاقتصاد، المناظرة الوطنية للسياسات الجنائية بالمملكة المغربية، مكناس، المغرب، أيام 09، 10، 11 دجنبر 2004.
12. عمارة زيتوني، مداخلة رئيس مجلس المنافسة، في اليوم الدراسي الذي نظّمه المجلس بعنوان " مؤشرات التواطؤ في الصفقات العمومية"، بتاريخ 2016/07/25.
13. فتحي وردية، وقف تنفيذ القرارات الصادرة على السلطات الإدارية المستقلة، الملتقى الوطني، سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي، والمالي، يومي 23، 24 ماي 2007، جامعة بجاية، 2007.
14. محمد فقير، رقابة القضاء الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، آلية وقائية لحماية المال العام، ملتقى وطني،

دور الصّفقات العمومية في حماية المال العام، المداخلة السادسة عشر (16)، كلية الحقوق، جامعة المدينة، 2013.

15. مختار محامي، الرّقابة وأثرها في حماية المستهلك، مداخلة في الملتقى الوطني حول حماية المستهلك المنعقد بجامعة الوادي أيام 13 و14 أبريل 2008.

(ح) المحاضرات والدورات التكوينية (2)

1. خليفة بن جاسم بن محمد آل ثاني، محاضرة بعنوان قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار يعزز المناخ الاستثماري، دورة تدريبية حول كيفية التوافق مع أحكام قانون المنافسة، غرفة الصّناعة والتّجارة بقطر، مركز قطر الدّولي للتّوفيق والتحكيم، بتاريخ 2015/01/26.

2. دليلة زناكي، محاضرات أقيمت على طلبة الماجستير، تخصص علاقات الأعوان الاقتصاديين/ المستهلكين، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2009-2011، غير منشورة.

(خ) مجلات متخصصة (3)

1. المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 39، 2000.
2. مجلة مجلس الدّولة، عدد رقم 08، من قرارات محكمة التنازع، طبعة مجلس الدولة، الجزائر، 2008.
3. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المكتبة الشاملة، المجلد 12، العدد 06، 2016.

(د) تقارير دولية (5)

1. التقرير الوطني حول سياسة المنافسة في تونس، صادر عن المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، بيروت، لبنان، 2010/01/15.
2. تقرير عن التلاعبات في مجال الصفقات العمومية شمل العديد من الدول، منظمة التعاون والتنمية في الميدان الإقتصادي، 11-12 فيفري 2013، باريس، فرنسا، 2013.
3. الدليل التوعوي بشأن حماية المنافسة في المناقصات، وزارة الاقتصاد والتجارة، إدارة حماية المنافسة، دولة قطر، 2014.
4. مذكرة الأونتكاد، فائدة سياسات المنافسة للمستهلكين، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، مجلس التّجارة والتنمية، الدورة 14، 08-10 جويلية، جنيف، سويسرا، 2014.
5. منظمة التعاون الإقتصادي والتنمية، إرشادات عامة لمكافحة التواطؤ بين مقدمي العطاءات في المناقصات العامّة، النسخة العربية، 2015.

1- Textes législatifs: (1)

- 1- Ordonnance N 86 – 1243 du 1er Décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

2- Ouvrages Généraux : (29)

- 1- (B).DUMARIS, droit public de la régulation économique, Amphi, presser de sciences politique et Dalloz, 2004.
- 2- (B).GOLDMAN et Alyon-CAEN et VOGEL, droit commercial européen, précis Dalloz, 05 éd, 1995.
- 3- (F).DEKEUWER-DEFOSSEZ et E.BLARY-CLEMONT, droit commercial, Montchrestien, 08 ème éd, (s.a.p).
- 4- (G).RIPERT, ROBLLOT, L.VOGEL, traité de droit commercial, L.G.D.J, 18 éd, t01,vol01,2001.
- 5- (G.) DECOCQ, droit commercial, Dalloz, Paris, France, 3 éd, 2007.
- 6- (H.G).HUBRECHT, Droit public économique, Dalloz, 1997, n°,316 et 326.
- 7- (J). Bernard BLAISSE, droit des affaires, commerçant, concurrence, distribution, LGDJ, 05éd, 2000.
- 8- (J).BERNARD BLAISE, droit des affaires manuel commerçants, concurrence, distribution –L.G.D.J, éd Delta, 1999.
- 9- (J.)BUSSY, droit des affaires, presses de sciences, DALLOZ, Paris, France, éd 1998.
- 10- (J.-Y.) CHEROT, droit public économique, Economica, coll. "corpus droit public", Paris, 2002.
- 11- (M).HAVNION, précis de droit administratif et de droit public, Dalloz, Paris, France, 2002.
- 12- (P) DELVOLVE, "la cour d'appel de paris, juridiction administratif", in études offertes a Jean Marie AUBY, Dalloz, 1992.
- 13- (P) DELVOLVE, droit public de l'économie, Paris, Dalloz, 1998.
- 14- (P).Delvolvé, Droit public de l'économie, Dalloz, Paris, France, 1998.

- 15- (P).DELVOLVE, droit public de l'économie, précis, Dalloz, 1988.
- 16- (PH) TERNEYRE, "le droit applicable aux conventions de délégation de service public : quelques précisions du conseil d'Etat", R.F.D.A, N°2, mars-av., 1994,L.P.A, 8 Juillet 1994.
- 17- (R.) Savy, La constitution des juges, D.Chronique, 1983.
- 18- (Y).DELAIRE, la délégation des services publics- locaux, les indispensables, Berger-Levrault, 2002.
- 19- Francis-Paul BENOÎT, le droit administratif Français, Dalloz, Paris, 1968.
- 20- Fritz HEIMAN, François VINCKE, fighting corruption, international corporate integrity hand-book, ICC product, n 678E, éd 2008.
- 21- Fritz HEIMAN, François VINCKE, fighting corruption, international corporate integrity, hand-book, ICC product, n 678E, éd 2008.
- 22- Houria BELKACEM, les Institutions Supérieures de contrôle des Finances publique et les systèmes de contrôle, cour des comptes, Février 2001.
- 23- Jean DESO, grands services publiques et entreprises nationales, éditions Montchrestien, Paris, France, 2002.
- 24- Lamy droit économique, concurrence, distribution et consommation, Lamy, 1998.
- 25- Lamy droit public des affaires, éd, 2005.
- 26- Michel PEDAMON, droit commercial, commerçant et fond de commerce, concurrence et contrat du commerce, Dalloz, Paris, 02éd, 2000.
- 27- Petit Larousse illustré, dictionnaire de la langue française, librairie Larousse, Paris, France, 2000.
- 28- Reinhard.YVES, Jean-Pascal CHAZAL, droit commercial, éd. litec, Paris, 2001.
- 29- Roger HOUIN et Michel PEDAMON, droit commercial, Dalloz, précis, Paris, 08 éd,1985.

3- Ouvrages spéciaux : (28)

- 1- (C) Cabanes NEVEUB, droit de la concurrence dans les contrats publique, éd le Moniteur, Paris, 2005.

- 2- (D) LINOTTE, "le droit public de la concurrence", A.J.D.A, 20 Fév1984.
- 3- (E).COMBE, économie et politique de la concurrence, Dalloz, paris, 2005.
- 4- (G.) SIMOEN, code des marchés public, comment concilier secret professionnel et transparence ?, LAMY, droit des affaires, Mai 1999.
- 5- (J).GAQES BILOLAY, tarifaire et pratiques relatives aux prix, actions prohibées sur le niveau des prix, Juris-Classeur commercial, concurrence, consommation, 2009.
- 6- (J.J) ISRAEL, "contentieux administratif et contentieux de la concurrence", droit administratif, mélanges René CHAPUS, Montchrestien, 1992.
- 7- (M).MALAURIE, droit de la concurrence interne et communautaire, ARMAND COLIN, 03 éd, 2005.
- 8- (N) CHARBIT, secteur public et droit de la concurrence, Joly éd, 1999.
- 9- (S) NICINSKI, "les évolution du droit administratif de la concurrence", A.J.D.A, 12/04/2004.
- 10- (S) NICINSKI, droit public de la concurrence, Paris, L.G.D.I, 2005.
- 11- (S). NICINSKI, droit public de la concurrence, L.G.D.J, Paris, 2014.
- 12- (V).SELINSKY, abuse de domination, Fasc.315, Jurisclasseur commercial-concurrence-consommation, vol 02, 1992.
- 13- (Y) GAUDMET, "conflit de compétence en droit de la concurrence, sur une équivoque", in nouveaux pouvoirs, mélanges en l'honneur de ROGERPERROT, Dalloz, 1996.
- 14- Christophe LAJOYE, droit des marchés publics, BERTI. éd, Alger, 2007.
- 15- Henri SOLUS et Ghestin JACQUES, les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées une dépendance économique, L.G.DJ, Paris, 1986.
- 16- honoraires des chirurgiens, Lamy droit économique, concurrence, distribution et consommation, 1998.
- 17- Hubert Orso GELLIRON, les contrats verticaux en droit communautaire et suisse de la concurrence, LGDJ, Bruxelles, études, 2004.
- 18- Marie- Anne FRISON- ROEHE, Marie- Stéphane PAYET, droit de la concurrence, éd, Dalloz, précis, Paris, 2006.
- 19- Marie Anne FRISON-Roche et Marie Stéphane PAYET, droit de la concurrence, Dalloz, Paris, 01éd, 2006.
- 20- Marie Malaurie VIGND, droit interne de la concurrence, ARMANDOCOLIN, Paris, 1996.

- 21- Mathieu GAILLE, "l'application de la concurrence aux personnes publique, Recueil Dalloz, série semencier,(s.a.p).
- 22- Michel GIBAL, le nouveau code des marches publics-une réforme composite, la semaine juridique, Juris Classeur périodique, éd général, n16, Paris, 2004.
- 23- Nicolas CHARBIT, droit de concurrence et le secteur public, l'harmattan, paris, France, 2000.
- 24- Pascal LEHUEDE, droit de la concurrence, éd Bréal, Paris, 2012.
- 25- Rachid ZOUAIMIA, le droit de la concurrence, 2 éd Belkeise, Alger,2012.
- 26- Sophie NICINSKI, droit public de la concurrence, LGDJ, Paris, 2004.
- 27- Véronique SELENSKY, ententes illicites, J.C.P, concurrence, consommation, 2010.
- 28- Walid LAGGOUN, Le contrôle de l'État sur les entreprises privées industrielles,(genèse et mutation), les éd international Alger,1996.

4- Thèse/ Mémoires : (3)

- 1- F. ALLOUI, l'impact de l'ouverture du marché sur le droit de la concurrence, mémoire en vue d'obtention du diplôme de magistère en droit des affaires, Université Mouloud Mammeri, TIZI-OUZOU,2010-2011.
- 2- Patrice REIS, concurrence entravée et concurrence excessive : liberté d'accès au marché et le développement durable, Habilitation a diriger des Recherche en droit privé, Faculté de droit de sciences politique économiques et gestion de Nice- Sophie Antipolis, France, soutenance le 7/02/2008.
- 3- Patrice REIS, la concurrence et les marchés public, thèse de doctorat, droit privé, Université de Nive Sophia-Antipolis, France, 1999.

4- Articles : (17)

- 1- Alberto ADES, and Rafeal DITELLA, "competition and corruption", Oxford University, Keble college, oxford, united kingdom, 1994
- 2- Alberto HEIMLER, Anti-Trust Autoritaires and regulation : power institution choices and reforms, Revue Marocain d'administration local et de développement, n°68, 2010.

- 3- François SOUTY, politique industrielle pro-concurrentielle, Revue Marocain d'administration local et de développement, n°68, 2010.
- 4- Rachid ZOUAIMIA, les autorités administratives indépendantes, et la régulation économique, IDARA, Revue de l'Ecole National d'Administration, V13, n 02, 2003.
- 5- Marcel BOITEUX, les Ambigüités de la concurrence, Electricité de France et la libéralisation du marché de l'électricité, Article paru dans la Revue Futuribles n° 331, Juin 2007.
- 6- David KATZ, Juge administratif et droit et la concurrence, presse universitaire d'Aix Marseille, faculté de droit et de science politique, 2004, P79.
- 7- Jean François TRIBILLON, gestion des services publics en France, les différentes modalités juridiques, presse universitaire, Paris, France, 2005.
- 8- Jean Paul PIETRI, Marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence, contrats et Marchés publics, N° 11, Novembre 2013.
- 9- Jean- Christophe GRALL et Erwan LE MORHEDEC, Revue Lamy, droit des affaires, la sélection Lamy, (Marchés publics et concurrence : liberté, égalité, transparence), oct. 2004, N°75.
- 10- (R) CHAPUS, "Activités des personnes publiques, droit de la concurrence et compétence juridictionnelle", R.F.D.A, Janv. Fév. 1989.
- 11- (P.)Chron. FOMBEUR et (M.)GUYOMAR ;(A.) GUEDJ "Juge administratif, juge judiciaire et conseil de la concurrence (pour une calcification des rôles après la décision du tribunal des conflits du 18 octobre 1999) L.P.A., 27/04/2000.
- 12- (J-H) STAHL, "l'application par le juge administratif, de l'ordonnance de 1^{er} décembre 1986 relative a la liberté des prix et de la concurrence", R.F.D.A, nov-déc 1997.
- 13- (M) BAZEK, "la liberté concurrence, nouvelle source de l'action administratif", G.P, 25-26 juillet 2001.
- 14- (D) RIBES, "la concurrence saisie par le droit constitutionnel français ? (note sous conseil constitutionnel 202-460 DC) , R.F.D.C, 2003.
- 15- Robert ANDERSON, William KOVACIC and Anna MILLER, Ensuring integrity and competition in public procurement "Government Procurement and reform, Cambridge university press, 2011.

- 16- Paul KLEMPERER, "Auctions with almost common values, European", Economic review, vol 42, 1998.
- 17- Patrick BAJARI, Garret SUMMERS, "Detecting collusion procurèrent Auctions" : Antitrust Law journal, vol70, 2002.

5- Séminaires et conférences : (6)

- 1- Aboubacry KEBE, Commande Publique et Concurrence, Séminaire Activités publiques et concurrence, Master 2 Droit public des affaires, Université d'Évry Val d'Essonne, France, 2013-2014.
- 2- Bouziane MANSOURA, marchés publics, conférence en matière de marchés publics, 02eme année, 02 promotion, direction de formation de base, Ecole supérieure de la magistrature, 2010-2011.
- 3- Djilali SLIMANI, approche économique de la relation entre le marché public et le droit de la concurrence, journée d'étude portant sur " les indices de collusion en matière de marchés publics", 16/12/2015, Conseil de la concurrence, 2015.
- 4- M.MENOUER, une économie de marché sans concurrence, séminaire national sur la protection en matière de consommation, Université d'Oran, Faculté de droit, organisé le 14 et 15 Mai 2000.
- 5- Nasser SEFAH, les marchés public, formation pour le compte des inspecteurs des finances(I.G.F), Ministère des Finances, Ecole Supérieure de Commerce, Janv.-Fév. 2015.
- 6- Robert REZENTHEL, la gestion du domaine public portuaire dans une Economie de marché et le droit de la concurrence, 13^e colloque National de l'A.F.A.C (l'association française des avocats conseils) sur Droit public de la concurrence et droit de la concurrence publique, Paris, France, Jeudi 5/10/2006.

6-Rapports internationaux : (4)

- 1- A.D.L.C, Rapport annuel 2009.
- 2- Cons. Cons. F, Rapport annuel 2006.
- 3- O.E.C.D, policy Roundtables, Exofficio cartel investigations and the use of screens to detect cartels, 2015.
- 4- Organisation de corruption et de développement économique, les ententes injustifiables, troisième rapport sur la mise en oeuvre de la recommandation de 1998, rapporte 2005.

7 -Décisions étrangères : (10)

➤ Conseil d'Etat français : (2)

- 1- C.E, 29/07/1994, Rec. 1994, P365, C.J.E.G, 1996, P116, note E.B.B
- 2- C.E, 8/11/1996, F.F.S.A, C.J.E.G, 1997.

➤ conseil de la concurrence français: (8)

- 1- (C.C.F,déc,n°04-D03.18févr.2004,B.O.C.C.R.F,4 mai 2005.
- 2- (C.C.F,décN°03-D-55,4déc2003, B.O.C.C.R.F, 13 Févr. 2004.
- 3- (C.C.F, déc. n° 03-D-07, 4 févr 2003 B.O.C.C.R.F, 16Juin,2003 confirmer par CA paris 18 nov. 2003, B.O.C.C.R.F, 12 mars 2004.
- 4- C.C.F.déc n°93-D-3 nov. 1993, B.O.C.C.R.F, 31 déc. 1994.(C.F.T.A Clermont-Ferrand, 30/03/1993, M, le préfet de l'Allier c/ commune.de vichy, Entreprise, Jean Lefebvre.
- 5- C.C.F,n°90-D-24,04sep1990, B.O.C.C.R.F, 26 sep 1990.
- 6- C.C.F,déc. n° 05 D23 du 18 mai 2005, B.O.C.C.R.F,
- 7- C.C.F,déc.n°05D04du17 février 2005, B.O.C.C.R.F,
- 8- C.C.F,déc.n°92 D62 du 18 nov 1992, B.O.C.C.R.F., du 15 juin 1993, P89.

8 - Sites Web : (18)

المواقع الإلكترونية

- 1- www.wikipedia.org الموسوعة الحرّة ويكيبيديا
- 2- www.oecd.org منظمة التعاون والتنمية في الميدان الإقتصادي
- 3- www.issai.org / www.intosai.org منظمة الشفافية الدولية
- 4- www.arab-ency.com الموسوعة العلمية العربية
- 5- www.almaany.com قاموس المعاني، عربي – عربي

- 6- www.eco-Algeria.com مجلة إيكو – الجزائر
- 7- www.conseil-constitutionnel.fr المجلس الدستوري الفرنسي
- 8- www.conseil-etat.fr مجلس الدولة الفرنسي
- 9- www.legifrance.gouv.fr الجريدة الرّسمية الفرنسية
- 10- www.coc.gov.sa مجلس حماية المنافسة السعودي
- 11- www.mec.gov.ya إدارة حماية المنافسة – دولة قطر
- 12- www.coptition.gov.sy هيئة حماية المنافسة السورية
- 13- www.majliselouma.dz مجلس الأمة
- 14- www.consiel-concurrence.dz مجلس المنافسة
- 15- www.qicca.org مركز قطر الدولي للتوفيق والتّحكيم
- 16- www.autoritedelaconcurrence.fr مجلس المنافسة الفرنسي
- 17- www.ccomptes.org.dz مجلس المحاسبة

www.justice.gov وزارة العدل للولايات المتحدة/ قسم محاربة الإحتكار

الفهرس

الفهرس:

1	مقدّمة:
12	الباب الأوّل: المنافسة ضمن قانون المنافسة، وقانون الصّفقات العمومية.
13	الفصل الأوّل: مجال تطبيق قانون المنافسة وأهدافه.
13	المبحث الأوّل: ماهية المنافسة ونطاق تطبيق قانون المنافسة.
14	المطلب الأوّل: تعريف المنافسة، وعلاقتها بمبدأ حرّية التّجارة والصّناعة.
14	الفرع الأوّل: تعريف المنافسة.
18	الفرع الثاني: ظهور مبدأ حرّية التّجارة والصّناعة.
26	المطلب الثاني: قانون المنافسة خصائصه، ونطاق تطبيقه.
27	الفرع الأوّل: مفهوم قانون المنافسة وخصائصه.
33	الفرع الثاني: نطاق تطبيق قانون المنافسة.
43	المبحث الثاني: مضمون قانون المنافسة وغاياته.
44	المطلب الأوّل: مضمون قانون المنافسة.
44	الفرع الأوّل: المضمون الموضوعي لقانون المنافسة.
56	الفرع الثاني: المضمون الشكلي لقانون المنافسة.
62	المطلب الثاني: أهداف قانون المنافسة.
62	الفرع الأوّل: أسباب تبني خيار المنافسة في السوق الوطنية.
64	الفرع الثاني: حماية المنافسة.
66	الفرع الثالث: زيادة الفعالية الإقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلك....
70	الفصل الثاني: قانون الصّفقات العمومية، مجال التّطبيق والإجراءات المُكرّسة لحرّية المنافسة.
71	المبحث الأوّل: ماهية الصّفقة العمومية، ومجال التّطبيق.
72	المطلب الأوّل: الإطار المفاهيمي للصّفقات العمومية.
72	الفرع الأوّل: تعريف عقد الصّفقة العمومية.
77	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الصّفقة العمومية.
83	المطلب الثاني: خصائص قانون الصّفقات العمومية، ونطاق التّطبيق.
84	الفرع الأوّل: خصائص قانون الصّفقات العمومية.

88	الفرع الثاني: نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية
97	المبحث الثاني: مبادئ حرّية المنافسة ضمن قانون الصفقات العمومية
98	المطلب الأوّل: المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية (المطلب العمومي)
98	الفرع الأوّل: حرّية الوصول للمطلب العمومي مطلب لحرّية المنافسة
102	الفرع الثاني: المساواة بين المترشحين
106	الفرع الثالث: شفافية الإجراءات
109	المطلب الثاني: توافق الإجراءات المكرّسة لمبادئ منح الصفقات وحرّية المنافسة
110	الفرع الأوّل: المنافسة في مفهوم الأمر 03/03 والمرسوم 247/15
113	الفرع الثاني: إلتزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة في مرحلة تحضير الصفقة
120	الفرع الثالث: إلتزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة عند إرساء وإبرام الصفقة
125	خاتمة الباب الأوّل:
138	الباب الثاني: مدى تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية
139	الفصل الأوّل: تعزيز قواعد المنافسة الحرّة عبر قانونا المنافسة، والصفقات العمومية
140	المبحث الأوّل: مراقبة مجلس المنافسة لمدى احترام قواعد المنافسة ضمن الصفقة العمومية
140	المطلب الأوّل: التزام المتعامل العمومي بحماية المنافسة في الصفقات العمومية
141	الفرع الأوّل: إلتزام لمصلحة المتعاقدة بعدم خلق ممارسة مقيدة للمنافسة
147	الفرع الثاني: إلتزام المصلحة المتعاقدة بمراقبة ومعاينة الممارسات المقيدة للمنافسة
150	المطلب الثاني: تأثير قرار منح الصفقة العمومية على المنافسة
150	الفرع الأوّل: تحديد السوق المرجعية (السوق المعنى بالمنافسة)
156	الفرع الثاني: إلتزام المتعامل الاقتصادي بقواعد المنافسة
159	الفرع الثالث: قرار منح الصفقة العمومية والالتزام بقواعد المنافسة
163	المبحث الثاني: تطبيق أحكام المنافسة على التّصرفات الواقعة ضمن عقود الصفقات العمومية
163	المطلب الأوّل: تأثير الممارسات المنافية للمنافسة على مصداقية الصفقات

164	الفرع الأول: الاتفاقيات في عقود الصفقات العمومية
169	الفرع الثاني: تأثر الصفقات العمومية بحالات الهيمنة على السوق
176	الفرع الثالث: عروض الشركة الأم وفروعها، والتعاقد من الباطن في مجال الصفقات
181	المطلب الثاني: اتساق وفاعلية حماية المنافسة بمقاربة قانون المنافسة وقانون الصفقات
181	الفرع الأول: تأكيد تطبيق قانون المنافسة من طرف المشتري العمومي
186	الفرع الثاني: تثمين مبادئ المنافسة عبر قانون الصفقات العمومية، وقانون المنافسة
193	الفصل الثاني: الاختصاص بقضايا الممارسات المقيدة للمنافسة ضمن الصفقات العمومية
194	المبحث الأول: قراءة في اختصاص القاضي الإداري ومجلس المنافسة
194	المطلب الأول: توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري ومجلس المنافسة
195	الفرع الأول: آليات توزيع الاختصاص
203	الفرع الثاني: معايير توزيع الاختصاص
213	المطلب الثاني: ممارسة الاختصاص في قضايا المنافسة
213	الفرع الأول: تطبيقات القاضي الإداري ومجلس المنافسة لقانون المنافسة على الشخص العام
221	الفرع الثاني: استقلالية مجال تدخل القضاء الإداري
227	المبحث الثاني: إسقاطات الممارسات التواطئية بمفهوم قانون المنافسة على الصفقات العمومية وحدود الدور الرقابي لمجلس المنافسة
228	المطلب الأول: التواطؤ في طلب العروض
229	الفرع الأول: الأشكال الشائعة للتواطؤ
235	الفرع الثاني: طرق الكشف عن التواطؤ وآليات الوقاية منه
241	المطلب الثاني: حدود تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية
241	الفرع الأول: محددات تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية
250	الفرع الثاني: منازعات المنافسة في مجال الصفقة العمومية
255	خاتمة الباب الثاني:

269.....	خاتمة:
278.....	قائمة المصادر والمراجع
302.....	الفهرس:

ملخص :

إنّ لإفراد الصّفات العمومية بالتّخصيص من حيث إلحاقها بإنفاذ أحكام قانون المنافسة، رغم كونها تعبّر عن مجال أصيل لسلطة العمل الإداري في تسيير المرفق العام وما يتبعه من مبررات السلطة العامّة، يثير تساؤلات حول الوجه الذي يُحمل إليه إدخال الصّفات العمومية في مجال تطبيق قانون المنافسة.

إنّ أوجه القياس بين الأضداد تخرج إلى مقابلة بين أسس ومبادئ القانون الخاص وما يقابلها من قواعد القانون العام، على أنّ دراسة مسألة الإختصاص القضائي كمعّلمٍ مُحدّد للتّباين بين قانون المنافسة وقانون الصّفات العمومية يتحدّد بالفهم الدقيق لموضوع الإختصاص القضائي عبر الإحالة والمقابلة بين النصوص التي تتناول مسائل الإختصاص في شكلها العام والخاص، بما يفيد تقدير مدى خضوع الصّفات العمومية لأحكام قانون المنافسة. بما يسمح بالمواءمة بين النصوص القانونية في هذا الموضوع.

الكلمات المفتاحية: المنافسة، قانون المنافسة، صفقة عمومية، نشاط إقتصادي، قرار إداري، مجلس المنافسة، القضاء الإداري، القضاء العادي.

Résumé :

La privatisation des marches publiques en termes de leur application des dispositions du droit de la concurrence, bien qu'ils reflètent un domaine inhérent du travail de l'autorité administrative du travail dans le fonctionnement de l'utilité publique et ses justifications de l'autorité publique, soulève des questions quant à la façon dont l'introduction des marches publiques dans le domaine de l'application du droit de la concurrence.

Les parallèles entre les opposants vont à l'encontre des fondements et des principes du droit privé avec les règles correspondantes du droit public. Toutefois, l'examen de la question de la compétence, en tant qu'enseignant spécifique de la divergence entre la loi de la concurrence et la loi des marches publics, est déterminé par une compréhension exacte de l'objet de la compétence judiciaire par renvoi et juxtaposition des textes traitant de questions de compétence sous sa forme générale et privée, il s'agit d'évaluer dans quelle mesure les marches publiques sont soumises aux dispositions du droit de la concurrence. Cela permettra l'harmonisation des textes juridiques en la matière.

mots clés : Concurrence, Droit de la concurrence, Marché public, Activité économique, Décision administrative, Conseil de la concurrence, Justice administrative, Cour ordinaire.

Summary :

The privatization of public transaction in terms of their application of the provisions of competition law, although they reflect an inherent field of the work of the administrative labour authority in the functioning of the public utility and its justifications for the public authority, raises questions as to how public procurement should be introduced in the field of competition law enforcement.

The parallels between the opponents run counter to the foundations and principles of private law with the corresponding rules of public law. However, the examination of the question of jurisdiction, as a specific teacher of the divergence between the law of competition and the law of public procurement, is determined by an accurate understanding of the subject matter of jurisdiction by reference and juxtaposition of the texts dealing with questions of jurisdiction in its general and private form. The aim is to assess the extent to which public procurement is subject to the provisions of competition law. This will allow the harmonization of legal texts in this subject.

Key words: Competition, Competition Law, Public transaction, Economic Activity, Administrative decision, Competition Board, Administrative Justice, ordinary Court.