

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : قانون عام

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

مبدأ المنافسة في الصفقات

العمومية

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص : القانون اداري

الشعبة : الحقوق

تحت إشراف الأستاذ :

من إعداد الطالبة:

- نوردين محمد كريم

- جيلالي مسعودة

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

ابو سحبة جيلالي

: الأستاذ

مشرفا مقرا

نوردين محمد كريم

: الأستاذ

مناقشا

بن عبو عفيف

: الأستاذ

تاريخ المناقشة : 2021/07/13

السنة الجامعية 2021/2020

إهداء

إلى صاحب السيرة العطرة والفكر المستتير، فلقد كان له الفضل الأول في بلوغي التعليم العالي
(والذي الحبيب عبد القادر) أطال الله في عمره.

إلى من وضعتني على طريق الحياة وجعلتني ربط الجأش، وراعتني حتى صرت كبير (أمي الغالية
زهرة) طيب أطال الله في عمرها.

إلى إخوتي عبد العلي و محمد و خديجة و فاطمة ، من كان لهم بالغ الأثر في كثير من العقبات
والصعاب، إلى جميع أساتذتي الكرام، ممن لم يتوانوا في مد يد العون لي.

و إلى ابن عمتي رحمت الله عليها عبد النور جيلالي.

و إلى صديقاتي زوليخة و أحلام و ياسمين و ريحانة.

أهدي إليكم بحثي بعنوان

مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

شكر

أول مشكور هو الله عز وجل، ثم والداي على كل مجهوداتهم منذ ولادتي إلى هذه اللحظات، أنتم كل شيء أحبكم في الله أشد الحب.

يسرني أن أوجه شكري لكل من نصحتني أو أرشدني أو وجهني أو ساهم معي في إعداد هذا البحث بإيصالي للمراجع والمصادر المطلوبة في أي مرحلة من مراحلها، وأشكر على وجه الخصوص أستاذي الفاضل على مساندتي وإرشادي بالنصح والتصحيح وعلى اختيار العنوان والموضوع، كما أن شكري موجه لإدارة كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة ابن باديس - مستغانم

لقد تأخر المشرع الجزائري الفتي في وضع قوانين مسايرة للعصر وللنقلة النوعية في النظام السياسي، من الاشتراكية واحتكار الدولة معظم النشاطات الاقتصادية إلى النظام الرأسمالي الذي بدأت معالمه في الثمانينات.

ونظرا للأزمة الاقتصادية التي مرت بها الجزائر بعد انخفاض عائدات البترول، وانخفاض في المستوى المعيشي، والتعددية الحزبية وما خلفته من مأساة وطنية في العشرية السوداء أثر كل هذا على سلبا على التطور في شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية وما آل إليه التشريع جراء ذلك، فساد الفراغ التشريعي إلا بعض التشريعات المحتشمة التي كانت أغلبها تصب في قالب مراسيم تشريعية.

إن الظروف الاقتصادية والسياسية هاته جراء التبعية الاقتصادية ورغبتها الملحة للدخول في المنظمة العالمية للتجارة، وما فرضه صندوق النقد الدولي جراء الديون المتراكمة جعلها تتصاع إلى ما أملت عليها الدول الكبرى، مما فرض على المشرع الجزائري القيام بإصلاحات اقتصادية وإيجاد آليات من أجل ترشيد سياسة الدولة في مختلف الميادين عن طريق أحداث هيئات إدارية مستقلة خولت لها مهمة ضبط مختلف القطاعات الحساسة بعدما أثبتت الإدارة التقليدية عجزها عن ضبطها، وتمارس مهامها باسم ولحساب الدولة¹.

فتطبيق هذه الإصلاحات من طرف الجزائر أدى إلى بروز فرع جديد من فروع القانون العام، إلا وهو قانون المنافسة الذي تضمنه الأمر رقم 06/95

¹ (شروط حسين، شرح قانون المنافسة على ضوء الامر 03-03 المعدل والمتمم بالقانون 08-12 والمتمم بالقانون 10-05 ووفقا لقرارات مجلس المنافسة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع المنطقة الصناعية ص ب 193 عين مليلة- الجزائر ص 07).

المؤرخ في 25 جانفي 1995 والمتعلق بالمنافسة فهذا الأمر جاء لوضع قواعد وأسس قانونية بدل التشريع القديم الخاص بالأسعار، بحيث تنص المادة الأولى منه على تنظيم وترقية المنافسة الحرة، وتبرز أهمية هذا القانون في كونه السبب الرئيسي في الانتقال من النظام الذي يركز على الاقتصاد الموجه إلى نظام الاقتصاد أين تسود فيه حرية المبادرة الخاصة، إذ يعد من النصوص الرسمية التي اعترفت ضمناً بمبدأ حرية المبادرة قبل أن يكرسها دستور 16 نوفمبر 1996 بصفة صريحة¹، حيث تنص المادة 37 منه على أنه " حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون"²، كما تم تدعيم هذا البرنامج الإصلاحي بإصدار أمر جديد متعلق بالمنافسة رقم 03/03 والذي يتضمن قانون المنافسة وتنظيم قواعد حمايته، وجاء بعد ذلك تعديل قانون المنافسة لسنة 2008 و 2010³.

وبذلك فقد رافقت عملية سن سياسة المنافسة الحرة في الجزائر تغيير جذري في مميزات الاقتصاد الجزائري، ومن شأنها التغيير الذي أحدثه المشرع في مجال الصفقات العمومية الذي أدرجه ضمن قواعد قانون المنافسة⁴،

إن أعمال المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية يعد من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها الطلبات العمومية، فالمنافسة بما تثيره من تعدد في العروض والتنوع في الخيارات، تسمح للإدارات العمومية، باستخدام الموارد

¹ (قبيس ياسين وزقاغ الياس، احترام مبدأ المنافسة الحرة في ظل إبرام الصفقات العمومية، مذكرة الماستر - تخصص قانون عام، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية- سنة 2013 ص 03 .

² (المادة 37 من دستور 1996، ج. ر. رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 معدل ب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 ابريل 2002 ج. ر. رقم 25 المؤرخة في 14 ابريل 2002 القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ج. ر رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008

³ (جلال مسعد، مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي، مذكرة الماجستير، جامعة تيزي وزو سنة 2012 ص 4.

⁴ (قبيس ياسين و زقاغ الياس، مرجع سابق، ص 03.

العمومية استخدما عقلانيا ورشيدا، يضيف على طلباتها قدرا من الشفافية والنزاهة، بالإضافة إلى إتاحة فرص الوصول لتلك الطلبات تعد أفضل وسيلة لتحقيق الحقوق المشروعة لهذه المؤسسات في ممارسة حريتي التجارة والمنافسة.

وعليه فقد أولى المشرع لموضوع حماية المنافسة في الصفقات العمومية عناية خاصة وذلك من خلال قانونين أساسيين هما: قانون الصفقات العمومية، الذي يهدف إلى تحديد أحكام خاصة بالتباري والمنافسة لنيل الطلبات العمومية، وقانون المنافسة الذي يرمي إلى تنظيم المنافسة وتحديد قواعد حمايتها لزيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين.

وبالرغم من النصين معاً لم يتضمنا أي مقتضى للإحالة أو الربط بين أحكامهما، فإن ذلك لا يعني القطعية بينهما حيث من المتيسر استتباط عناصر التقاطع بين أحكامهما سواء من حيث الضمانات المتعلقة بحرية الدخول للطلبات العمومية أو المساواة بين المنافسين وتوفير العلانية والشفافية لإجراء الصفقات.

ومن أجل توفير ضمانات اللازمة لحرية المنافسة، فإن المشرع أدخل أحكاما جديدة في قانون الصفقات مستوحاة من قانون المنافسة، الذي هو في الأصل قانون خاص بالنشاط الاقتصادي، وفي المقابل عمد المشرع إدراج أحكام تنتمي إلى القانون العام في صلب قانون المنافسة الذي يحكم النشاط الاقتصادي والتجاري، وذلك بقصد إضفاء مزيدا من الحماية لحرية المنافسة في الصفقات العمومية¹.

¹ محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية كلية الحقوق جامعة مولود معمري- تيزي وزو ص 73.

ويدل الاهتمام المتزايد بحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية على وجود إرادة سياسية تهدف إلى تعميق آليات الاقتصاد السوق والحرية الاقتصادية بتكريسها في أجهزة الدولة وإدخالها إلى المجال الإداري، ومن ثم إلزام الأشخاص العامة باحترام مبدأ المنافسة الحرة ومراعاتها أثناء إبرام الصفقات العمومية، ولا يخفى أن اعتماد المنافسة الحرة الاقتصادية بوجه عام ، وفي الصفقات العمومية بوجه خاص جعلها من ركائز النظام الاقتصادي في الدولة ، أن يوفر حماية فعالة للمال العام ، حيث يسمح بالاستعمال العقلاني للموارد العمومية ويساهم في القضاء على مظاهر الفساد والمحسوبية في الإدارة العامة تحقيقاً للأغراض المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الذي جاء فيه انه يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول في مجال الصفقات على قواعد الشفافية والمنافسة على معايير موضوعية.

وقد أصبح احترام المنافسة من طرف العون الاقتصادي معياراً جديداً لمنح الصفقة إلى جانب معايير أخرى كالسعر والجودة، ولهذا يكون بمقتضى قانون الصفقات العمومية المعدل في 2008، أن يكون صلاحيات القاضي الإداري مراقبة مدى احترام المنافسة من طرف المشتري العمومي ، وإلزام هذا الأخير بالتأكد من سلامة الصفقة وخلوها من الممارسات المقيدة للمنافسة ، كالاتفاقيات والتعسف في وضعية الهيمنة أو لا¹.

كما أن محاربة الممارسات المقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية أصبح إلى حد ما لا يقتصر على قانون الصفقات فحسب، وإنما يمكن القول أن المشرع أكد حمايته لحرية المنافسة في الصفقات في إطار قانون المنافسة المعدل في 2008 حيث نص على أن تطبيق القانون المتعلق بالمنافسة، إضافة إلى النشاط

¹ (محمد الشريف كتو، المرجع السابق ، 74.

الاقتصادي على الصفقات العمومية من الإعلان عن المنافسة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، فحماية مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية يجب أن تكون من أولويات الشخص العام، فهي مستمدة من حماية المصالح المالية لهذا الأخير لهذا كان إلزاما على الدولة الجزائرية في إطار مسار الإصلاحات الهادفة إلى عصرنه أداء الإدارات أو المؤسسات العمومية، التفكير في أبرز معالم جديدة لتحديث أساليب التسيير المتعلقة بعقود الإدارة لذلك يعد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الإطار العام لتكريس هذا المبدأ في الصفقة العمومية في جميع مراحلها¹.

ونظرا للأهمية التي يحض بها موضوع تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية خاصة في الوقت الراهن فقد أثار في نفسي فضولا علميا للتعلم في دراسته وانطلقت في اختياري من دوافع ذاتية يتقدمها مجال التخصص، إذ تعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من اهم موضوعات القانون الإداري، إلى جانب رغبتني وميولي في التعمق في هذا الموضوع نظرا لحركته وأهميته من جهة وارتباطه بمجال دراستي من جهة أخرى.

أما الأهمية العلمية لهذا الموضوع في محاولة إيجاد تطابق بين ما هو نظري وما هو علمي أي هل هناك تجانس بين الأحكام والنصوص القانونية، التي تعزز وتؤكد على تطبيق مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية أو أن هناك تجاوزات.

أما بالنسبة للدوافع الموضوع التي كان لها دور في تحريك عجلة البحث فترجع إلى أهمية اعتماد المنافسة الحرة في الاقتصاد بوجه عام وفي الصفقات

¹ (محمد الشريف كتو، المرجع السابق ، 74.

العمومية بوجه خاص، حيث يعد هذا المبدأ من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية، فالمنافسة بما تثيره من تعدد في العروض وتنوع الخيارات، تسمح للإدارات العمومية باستخدام الموارد العمومية استخداماً عقلانياً.

وتهدف هذه الدراسة إلى تحديد معنى مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية الذي كرسه تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15-247، كذلك الوقوف على مختلف الإجراءات التي نص عليها المشرع لحماية هذا المبدأ في مجال الصفقات العمومية، ومعرفة محدودية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، وهل تعتبر القيود الواردة على مبدأ المنافسة في صفقات العمومية مساس به، والبحث في مدى فعالية النصوص المتعلقة بتكريس وتجسيد مبدأ حرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية بالإضافة إلى الاستغلال العقلاني للأموال والنفقات العامة، ولا يكون ذلك إلا عن طريق حظر الإخلال بتنظيم الصفقات العمومية سواء كان بفعل المقاولات أو الشخص العام الإداري، واستجاب تدخل المحاكم الإدارية والقضاء ومجلس المنافسة بقمع هذا الإخلال.

وفي إنجاز يل هذا البحث اعترتني بعض العوائق وهي توسيع فروع هذا البحث وشموليته وصعوبة ضبط خطة متوازنة تشمل كل عناصر البحث.

ولقد ارتأينا لدراسة موضوع المنافسة في الصفقات العمومية المنهج الوصفي الذي يعتمد على سرد المعارف النظرية وكذلك المنهج التحليلي الذي يعتمد على تحليل النصوص والمواد القانونية.

وانطلقت في معالجاتي لهذا الموضوع من عدة تساؤلات، تشكل في مجموعها الإشكالية الرئيسية والمتمثلة في: ما مدى تكريس مبدأ المنافسة في تنظيم

الصفات العمومية الجزائي؟ وما هي الحدود والاستثناءات الواردة على تطبيق مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية وأثار المترتبة في حالة الإخلال به؟

وهذا ما سيتم الإجابة عنه من خلال الخطة التي تضمنت ثلاث فصول، الفصل الأول تحت عنوان تكريس مبدأ حرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية، حيث تم تقسيمه إلى مبحثين، ماهية مبدأ حرية المنافسة (المبحث الأول)، ومظاهر تكريس مبدأ حرية المنافسة من خلال إجراءات منح الصفقة (المبحث الثاني).

أما الفصل الثاني فكان بعنوان حدود مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية والذي تم تقسيمه إلى مبحثين، مبدأ المنافسة في الصفقات التي تخضع إلى إجراءات خاصة (مبحث الأول)، والتراخي البسيط كحد لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية (مبحث الثاني)، وأخيرا الفصل الثالث الذي كان بعنوان الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية والذي قسم كذلك إلى مبحثين، الممارسات والجرائم المخلة بمبدأ المنافسة الحرة (مبحث الأول)، ومتابعة الممارسات والجرائم المخلة بمبدأ المنافسة (مبحث الثاني)

الفصل الأول

ماهية مبدأ حرية المنافسة

المبحث الأول

ماهية مبدأ حرية المنافسة

تعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من أهم المبادئ التي حرص المشرع الجزائري على تكريسها ، والتي تقتضي تمكين أي متنافس متى توافرت فيه الشروط القانونية في إطار الشكلية الواجب إتباعها من الدخول في المنافسة، وإزالة أي مانع قد يحول دون ذلك¹ وعليه فقد أول المشرع الجزائري لموضوع حماية المنافسة في الصفقات العمومية عناية خاصة، وذلك من خلال قانونين أساسيين إلا وهو قانون الصفقات العمومية الذي يهدف إلى تحديد الأحكام الخاصة بالتباري والمنافسة لنيل الطلبات العمومية، وقانون المنافسة الذي يرمي إلى تنظيم المنافسة وتحديد قواعد حمايتها²، وبالتالي سنتطرق في هذا المبحث الأول إلى مفهوم حرية مبدأ المنافسة في (المطلب الأول)، و مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول مفهوم حرية مبدأ المنافسة

إن المنافسة الحرة هي المساهم الأكبر في دفع عجلة الإنتاج وتحسينه³، وكذا خفض الأسعار لهذا قيل بحق أن القضاء عليها هو بمثابة القضاء على الذكاء، أمام هذا الواقع نجد أن عددا كبيرا من فقهاء الاقتصاد والقانون، قد أولوا اهتماما كبيرا بموضوع المنافسة وتأثيرها على السوق، مما

¹ بالو منية، حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة ، جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة 2017 ص 07.

² محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 73 .

³ Christophe cabanes. Benoit Neveu. Droit de la concurrence dans les contrats publics.éditions.lemoniteur.raris.2008- p 13

يضطرننا في هذا المطلب إلى تعريف المنافسة في (الفرع الأول)، وتبيان مظاهرها في (الفرع الثاني)، وذكر آثارها في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف مبدأ حرية المنافسة

المنافسة لغة: نزعة فطرية تدعو إلى بذل الجهد في سبيل التفوق، وتتنافس القوم في كذا: تسابقوا فيه وتباروا دون ان يلحق بعضهم الضرر ببعض، وفي التنزيل العزيز (وفي ذلك فليتنافس المتنافسون)، أي في ذلك فيتراغب الراغبون.

المنافسة اصطلاحاً:

في هذا الخصوص توجد العديد من التناقضات بين فقهاء الاقتصاد والقانون بشأن تعريف مصطلح المنافسة، والتي تصل في بعض الأحيان إلى درجة التعقيد، وبعيدا عن هذه التناقضات فإن ما يهما بالدرجة الأولى هو البحث في تعريف المنافسة من الناحية القانونية وبالرجوع إلى القوانين المقارنة نجد أن جميعها تقريبا لم تتضمن تعريفا محددًا لمصطلح المنافسة، لكن مع ذلك قام مجلس المنافسة الفرنسي بوضع تعريف له، حيث وفي تقرير له إلى الحكومة،¹ قام المجلس بتقديم تعريف للمصطلح على النحو التالي: "المنافسة هي نظام اجتماعي تكون فيه المبادرة غير مركزة للأعوان الاقتصاديين هي الأساس لضمان التوزيع الأمثل للموارد النادرة في المجتمع".²

¹ رافع لموي طالب ، مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد الثامن ، الإصدار الأول 2019، الرقم التسلسلي العدد الخامس عشر، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 01 ص 333.

² محمد نصر محمد، الحماية الدولية و الجنائية من المنافسة التجارية غير المشروعة والاحتكار ، ط 1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع الجيزة مصر 2016 ص 15.

فيما كان أو بروز لمفهوم المنافسة في الفقه القانوني بظهور المفهوم القانوني للمنافسة غير المشروعة في الفقه الفرنسي سنة 1850، من خلال المرور باجتهادات وتجارب عديدة، فعندما وضع القانون مبدأ للمسؤولية المدنية، استند القضاء على هذا المبدأ لإدانة أفعال المنافسة غير المشروعة، ثم تم بناء نظام للحماية من المنافسة غير المشروعة شيئاً فشيئاً.

وقد ذهب البعض من الفقهاء وأساتذة القانون الى تعريف المنافسة، على أساس إنها قانون وليس على أساس أنها فكرة اجتماعية أو اقتصادية، ومن بين هؤلاء من عرفها على النحو التالي: "المنافسة هي مجموعة من القواعد القانونية التي تدعم وجود منافسة كافية في السوق والتي تطبق المشروعات العاملة في السوق".

وفي هذا الخصوص يوجد من الفقهاء والباحثين في الموضوع من له رأي آخر في المسألة بحيث يرى هذا الفريق أن موضوع المنافسة أو السلوك التنافسي عموماً كظاهرة أو قيمة اجتماعية اقتصادية، يعتبر حقاً طبيعياً فطرياً تغذيه غريزة حب التفوق عند الإنسان، وأنه يسبق في نشأته القواعد التي تقره، وأن دور رسمي السياسة التنافسية العامة يقتصر فقط على الكشف عن هذا الحق وضبطه وحمايته وإجبار الغير على احترامه، وعليه استناداً لهذا الطرح فإن المنافسة يقصد به ما هو مستقر وموجود منذ القدم، وفي كل القطاعات (موضوعي)، أما قانون المنافسة فهو مجموعة النصوص تتولى تدعيم وجود المنافسة الكافية في السوق، وتضمن الحماية للأعوان الاقتصاديين (اجزائي)¹.

¹ رافع لموي طالب ، المرجع السابق ، 334.

الفرع الثاني: مظاهر حرية المنافسة

حريتان أساسيتان تتشكل منهما المبدأ وتمثل دعامته: حرية التجارة والصناعة وحرية الأسعار، هاتان الحريتان يكملهما مبدأ آخر يتمثل في الإغفاء من المسؤولية ومشروعية الضرر التنافسي الناتج عن عمليتي التسابق والتزاحم، انطلاقاً من الشعار المعلن، "الزبون لمن يعرف كيف يصل إليه"¹.

أولاً: مبدأ حرية التجارة والصناعة:

في ظل المعركة التي تخوضها المؤسسات، والتي تحاول من خلالها غزو السوق بغرض الحصول على زبائن دائمين وأوفياء، والمحافظة عليهم وتطويرهم... الخ، نجدها تضع لهذه الغايات استراتيجيات وتستخدم وسائل تسيطر على مواقع لها تأثير بالغ على مستوى درجة قوة المنافسة وشدتها، ومع ذلك فإن الصراع التنافسي يمكن أن يتخذ صوراً وطرقاً أخرى غير الطريق الأصلي، فالمتعاملون الاقتصاديون يمكنهم القيام بعمليات تستهدف مراقبة منافسيهم، هذه المواجهة بين المؤسسات تكون في إطار قانون المنافسة، وهذا الأخير الذي يحكم قواعده مبدأ معروف يضمن حرية الدخول إلى السوق، ويسمح لكل مؤسسة بمنافسة المتعاملين الموجودين فيها إنه مبدأ "حرية التجارة والصناعة"، والذي يعني: "تنظيم وتطوير النشاط المختار دون أي قيد أو عائق، وذلك بالوسائل المشروعة والمناسبة".

¹ تروسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع- الجزائر- 2015 ص

وهذا المبدأ يزداد رسوخاً مع تقليص المستمر لدور الدولة الاقتصادي الذي تشهده المرحلة الجديدة من الليبرالية، وهو ما يعني ترك آليات تعمل إلى حد ما بكل حرية، بحيث يكون من أهم صورها وثمارها فتح الممارسة التجارية من حيث المبدأ لجميع الأشخاص وهو ما يعرف بحرية المنافسة.

يعطي مبدأ حرية التجارة التاجر حق الدخول إلى السوق وممارسة حرية العرض دون قيود ومن جانب آخر يعطي هذا المبدأ للعملاء الحق في حرية الطلب البضائع أو الخدمات التي تتوفر إليهم بأفضل الأسعار والموصفات والشروط أي اختيار المتعاقد الآخر ومفاوضة شروط العقد بما يحقق مصلحة العميل¹.

في الجزائر لم يكن لنا عهد بمبدأ حرية التجارة والصناعة في ظل نظام الاقتصاد الاشتراكي إذ لم يتم تبني هذا المبدأ إلا بالشرع في فتح السوق في وجه الاستثمارات الخاصة، أي بالشرع في تطبيق سياسة اقتصاد السوق حيث كرس الدستور الجزائري 1996 حرية التجارة والصناعة بموجب المادة 25 منه بنص على ما يلي: "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون"، وهذا الاعتراف بمبدأ حرية التجارة والصناعة يعتمد على فتح المبادرة للخواص وتحرير التجارة الخارجية ورفع الدعم على الأسعار، وهو ما يبين مدى الاحترام القانوني من الدولة وإعطائه قيمة وحماية اسماً. ولكن بعد تعديل هذا الدستور بموجب القانون رقم 16-01 فقد تم تعديل نص المادة 25 سالف الذكر ليصبح كما يلي:

² "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون...".

¹ تروسي محمد، مرجع سابق، ص 118

² المادة 61 من الدستور 2020 بموجب مرسوم رقم 20-251 سابق الذكر .

بالإضافة إلى التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 بموجب المرسوم رقم 20-251 في المادة 61 " حرية التجارة والاستثمار والمقاولات مضمونة، وتمارس في إطار القانون.

وهذا التعديل إن دل عن شيء فهو يدل على مضي الدولة قدما نحو تحرير الاقتصاد الجهوي (الاتحاد الأوروبي)، والاقتصاد الدولي (منظمة التجارة العالمية) من خلال الاتجاه نحو جذب الاستثمارات ورؤوس الأموال الأجنبية¹.

• تقييد مبدأ حرية التجارة والصناعة:

الاعتراف بمبدأ حرية التجارة لم يكن مطلقا حيث لم تترك المجال بدون تنظيم، ويظهر ذلك من العبارة " **في إطار القانون**" وبالتالي وضع القيود التشريعية.

فالمشرع كان حذرا في تبني هذا المبدأ حيث قيد حرية التجارة والصناعة في حالة مساسها بالنظام العام، والصحة العامة وحسن الآداب، فرض أحيانا توفر الرخصة في بعض الممارسات التجارية لخطورتها كتموين الغاز الداخلي، كما احتكرت بعض أنواع التجارة كالخدمات والبريد، والكهرباء والتدخين... إلخ، كما فرض الحصول على الرخص كالصيدلي، إقامة المعارض، والزامية حيازة شهادة التعليم العالي لمزاولة النشاط الصيدلاني².

ثانيا: مبدأ حرية الأسعار

¹ رافع لموي ، مرجع سابق ، ص 335.

² شرواط حسين ، مرجع سابق ، ص 35.

إن تحديد الثمن أو قابليته للتحديد يعتبر ركنا أساسيا في البيوع بصفة عامة، وهذا التحديد إما أن يكون بإرادة البائع أو المشتري دون أية مساومة أو تفاوض، أو بإرادتهما معا عن طريق الاستقرار على مبلغ معين بعد عمليتي المساومة والتفاوض كما قد يتحدد الثمن على أساس الثقة والأمانة، أو بطريقة تلقائية وفقا لقانون العرض والطلب (السوق) إلا أن تحديد السعر وفق هذه الطريقة أو تلك، يختلف باختلاف التوجه الذي يطبع السياسة الحكومية للدولة وفقا للخيارات الإيديولوجية عامة.

وعليه فالإضافة إلى عنصر جودة المنتج أو خدمة، يعتبر موضوع الثمن أحد العناصر الأساسية المحددة للصراع التنافسي في السوق، بحيث كونها تلزم المتعاملين الاقتصاديين وبالاستغلال والاستعمال الاقتصادي الأمثل للموارد المسخرة (أي بأقل تكلفة ممكنة)، وهو ما ينتج عنه كأصل عام تخفيض شيء في مستوى الأثمان، كما حدث في فرنسا مثلا- عقب صدور الأمر المتعلق بتحرير المنافسة والأسعار إلى درجة أن بعض المقاولات أصبحت ترتبط في إطار اتفاقيات تستهدف إيقاف حرب تحرير الأسعار المهلكة، وهو ما تمخض عنه بالفعل ميلاد تعديل جديد في هذا القانون سنة 1996 استهدف بالأساس منع تخفيض التعسفي للأسعار، وهو ما يعكس نتيجة هامة مفادها أن مبدأ التحرير إذا كانت من مزاياه تخفيض الأسعار باعتبارها أمرا إيجابيا بالنسبة للمستهلك، فينبغي أن لا يتم ذلك على حساب المقاولات الصغرى المتواجدة في السوق¹.

وكما هو الحال بالنسبة لمبدأ حرية التجارة والصناعة لم يكن للجزائر، عهد تحرير الأسعار في ظل النظام الاشتراكي، الذي كان مطبقا بعد

¹ (تروسي محمد ، مرجع سابق، ص 121.

الاستقلال لكن بداية من سنة 1989 فقد شرع المشرع تبني معايير لتحديد أسعار السلع والخدمات بإصداره القانون رقم 89-12 المؤرخ في 5 يوليو 1989 الملغى، والمتعلق بالأسعار، بحيث ولأول مرة نص المشرع على قواعد قانون العرض والطلب، كإحدى المقاييس التي يخضع لها نظام الأسعار الى جانب نظام الأسعار المقننة، الذي كان لا يزال معمولاً به في ذلك الوقت.

وبالتالي فإن المشرع بدأ يتجاوب مع متطلبات السوق وأساليبه في تحديد الأسعار، وقد جاء هذا التغيير نتيجة انفتاح الدولة الجزائرية أكثر فأكثر على الأسواق الدولية والشرع في فتح بعض القطاعات في وجه الاستثمارات الخاصة، وذلك من أجل النهوض بالاقتصاد الوطني الذي تأثر كثيراً بفعل أزمة تراجع أسعار النفط التي شهدها العالم أواخر ثمانينات القرن الماضي.

إن قانون الأسعار رقم 89-12 صدر في مرحلة يمكن وصفها بالمرحلة الانتقالية من نظام اقتصادي اشتراكي قائم على تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي واحتكار مؤسساتها للأنشطة الاقتصادية، الى نظام اقتصاد السوق الذي يدعم حرية الافراد في خلق مشاريعهم الخاصة بهم، والملاحظ أن هذا القانون رغم تنظيمه لقواعد المنافسة إلا أن مصطلح "المنافسة" لا يظهر في عنوانه ويرجع البعض اصدار قواعد المنافسة بهذه الطريقة، الى تجنب غضب الطبقة السياسية التي كانت تدافع عن الاقتصاد الموجه في ذلك الوقت¹.

¹ (رافع لموي ، مرجع سابق ، ص 336.

مع الانفتاح الاقتصادي الكبير الذي عرفته الجزائر في بداية التسعينات، خاصة مع شروع الدولة في الانسحاب من المجال الاقتصادي، من خلال خصخصة المؤسسات العمومية الناشطة في القطاعين الصناعي والتجاري، او فتح الباب أمام الخواص للاستثمار في قطاعات شتى، كان لزاما على الدولة أن تسن قوانين تتواءم مع هذا الانفتاح، وهذا ما حدث بالفعل حيث صدر الأمر 95-06 المؤرخ في 25 يناير 1995 الملغى والمتعلق بالمنافسة، هذا الأخير جاء ليفتح السوق أمام الخواص للاستثمار فيها، وكرس بذلك مبدئين يعدان الركيزة الأساسية لنظام اقتصاد السوق ألا وهما مبدأ تحرير الأسعار ومبدأ ممارسة المنافسة في إطار حر وخال من المعاملات المنافية لها، حيث أن فتح السوق في وجه المنافسة يستوجب تحرير الأسعار بشكل كامل وفقا لقواعد قانون العرض والطلب والتخلي عن أسلوب الأسعار المقننة، واعتباره مجرد استثناء عن القاعدة العامة، بعد أن كامن هذا الأخير هو القاعدة العامة في تحديد أسعار السلع والخدمات في ظل النظام الاشتراكي.

وقد سار مشروع الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم على نفس النهج في اعتبار أن مبدأ تحرير الأسعار هو القاعدة العامة في تحديد أسعار السلع والخدمات في السوق، بينما يتم اللجوء الى نظام التسعير الجبري بصورة استثنائية، في مجال ضيق ومحدد وتبعاً لشروط معينة، ويرجع سبب الإبقاء على نظام التسعير الجبري أساساً للحفاظ على النظام العام الاقتصادي والاجتماعي¹.

• تدخل الدولة في تحديد الأسعار:

¹ (رافع لموي ، مرجع سابق ، ص 337).

بمقتضى نص المادة 4 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، "تحدد بصفه أسعار السلع اعتمادا على قواعد المنافسة، غير أنه يمكن أن تقيد الدولة المبدأ العامل حرية الأسعار وفق الشروط المحددة في المادة 5"، وجاء في المادة 05 (ق 08-12): "يمكن تقنين أسعار السلع والخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي، عن طريق التنظيم بعد أخذ رأي مجلس المنافسة، كما يمكن اتخاذ تدابير استثنائية للحد من ارتفاع الأسعار أو تحديدها، لاسيما في حالة ارتفاعها المفرط بسبب اضطرابات السوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التمويل داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أو في حالات الاحتكار الطبيعية، تتخذ هذه التدابير الاستثنائية عن طريق التنظيم لمدة أقصاها ستة (6) أشهر قابلة للتجديد، بعد أخذ رأي مجلس المنافسة"¹.

فتبقى الدولة هي الوحيدة المخول لها بمقتضى هذه المادة الحكم على سلعة ما أو خدمة ما على أنها إستراتيجية أم لا، وتختلف من وقت لآخر فما هو استراتيجي اليوم لا يعتبر كذلك غدا، وقد جاءت المادة أعلاه بصيغة الجواز ونكتشف ذلك من عبارة "يمكن" وليس بصيغة الإلزام، معنى ذلك أن حتى ولو قررت الدولة على أن سلعة أو خدمة ما تعتبر إستراتيجية فليس بالضرورة أن تتدخل في تحديد السعر أي لها سلطة تقديرية في هذا الشأن، وعلى اعتبار أن السعر أساسه متروك لقانون العرض والطلب فإن الأعوان الاقتصاديين لا يمكنهم تحديد أو رفع أو تقييد أو تثبيت الأسعار في السوق لأن هذا مخالف لقواعد المنافسة، ويكون هذا التقنين للسلع والخدمات بموجب مرسوم وبأخذ رأي مجلس المنافسة.

¹ المادة 4 و 5 أمر 03-03 معدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 .

وقد أورد المشرع في نفس المادة من هذا الأمر باتخاذ تدابير استثنائية للحد من ارتفاع الأسعار بقصد فرض الرقابة عليها ويكون هذا فيما يلي:

1- في حالة ارتفاعها المفرط بسبب اضطراب خطير للسوق.

2- في حالة ارتفاعها المفرط بسبب كوارث.

3- في حالة ارتفاعها المفرط بسبب صعوبات مزمّنة في التمويل داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة.

4- في حالة الاحتكارات الطبيعية.

هذه الاستثناءات التي حددها المشرع على سبيل المثال حيث يمكن إضافة الزلزال والفيضانات... إلخ، فتتخذ هذه التدابير الاستثنائية بموجب مرسوم، مع الأخذ برأي مجلس المنافسة الذي يعتبر كهيئة استشارية¹.

وعلى غرار ذلك بموجب القانون 05/10 المعدل والمتمم للأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة فقد تم تعديل نص المادتين 4 و5 منه فجعلت تحديد أسعار السلع والخدمات بصفة حرة وفي ظل احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما، وعلى أساس قواعد الإنصاف والشفافية والنزاهة (خاصة).

ولهذا فتركيبية الأسعار لنشاطات الإنتاج والتوزيع وتأدية الخدمات، واستزاد السلع لبيعها على حالها، أما الإنتاج فهو العمليات التي تتم قبل التسويق الأول سواء كانت عملية التصنيع أو التحويل أو الترتيب، أو أثناء التخزين عن طريق المعالجة، كما يمثل الإنتاج في عملية تربية المواشي وذبحها والبيع بالجملة، وجمع المحاصيل الفلاحية بالإضافة إلى الصيد

¹ (شروط حسين، مرجع سابق، ص 36).

البحري. أما بالنسبة للخدمة فهي كل عمل مقدم غير تسليم السلعة، بالإضافة إلى استيراد السلع بأنواعها وهي ما يدخل الوطن فقط، لنقول أنها سلعة مستوردة يجب أن تباع على حالها فلا يتم تحويلها أو تجزئتها، وأن يتم بيعها داخل الوطن، فتحدد أسعار هذه الأنشطة الاقتصادية يتعدى إلى تحديد هوامش الربح فيما يخص إنتاج السلع وتوزيعها وتأدية الخدمات وهذا التحديد للأسعار يتم عن طريق التنظيم حيث كان قبل التعديل بموجب المرسوم الملاحظ في تعديل 2010 المشرع قد أبقى على الاستثناء الوارد في الفقرة الأخيرة من المادة 5 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة وهو تدابير استثنائية، مع إضافة اتخاذ تدابير استثنائية أخرى تكون على أساس اقتراحات القطاعات المعنية لعدة أسباب هي:

- تثبيت استقرار مستويات أسعار السلع والخدمات الضرورية، أو ذات الاستهلاك الواسع كالمواد الغذائية (السكر، الزيت والسميد...) في حالة اضطراب محسوس للسوق أي تسقيفها للحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك وخاصة لذوي الدخل الضعيف.

- مكافحة المضاربة بجميع أشكالها والحفاظ على القدرة الشرائية.

كما عرفت على أنها التعاقد على عملية مستقبلية يتنبأ بأنها ستكون مربحة سواء من خلال ارتفاع أسعار الأوراق النقدية، أو تجنب حدوث خسائر فيها وتقوم على ثلاث: (التنبؤ، نفسية السوق والسرعة)، وتعتبر مخاطرة بالمال في استثمار دون توفر مبرر معقول¹.

¹ شرواط حسين، مرجع سابق، ص 37.

ليتدخل قانون المنافسة للنظر في مدى مشروعية هذه الممارسات فحتى ولو اعتبرنا هذه الأموال مدخرات المواطنين وهي أموال موظفة في السوق، لذلك للتأكد من مصداقية ذلك لابد من تحليل وتبيان الدوافع والأغراض من هذه المضاربات ومدى مشروعيتها أخلاقياً أو اقتصادياً، وقد تكون هذه المضاربات غير شرعية ولا أخلاقية ولا تتفق مع العدالة والإسلام لأنهم يمارسون سلوك احتكاري، فيشترتون أسهم الشركات الصغيرة ذات العرض المحدود في السوق بغرض امتصاصها من السوق، فينخفض عرضها بإفراغهم لسيولتها من السوق، وبالتالي القضاء على سمعتها ويتوهم المتداولون بأهميتها وانخفاض السيولة فيها ليدووا بطلبها بأي ثمن، في المقابل يقوم المضاربون بعرضها بالأسعار التي يريدونها.

وكل هذا له سلبيات اقتصادية في تصعيد أسعار الأسهم وتضخيمها أكثر من أسعارها السوقية وبالتالي ارتفاع القدرة الشرائية للمستهلك، فيتدخل قانون المنافسة لتحديد أسعار السلع والخدمات في الأسواق مع العلم هذه التدابير استثنائية تتخذ عن طريق التنظيم لمدة أقصاها (6) أشهر قابلة للتجديد¹.

يتضح إذن، أن تقييد مبدأ التحرير يعتبر أمراً لازماً: إذ ليس في ذلك انتقاصاً من مبدأ التحرير ذاته، بل الحفاظ على نشاط السوق وحماية السير العادي للمنافسة الحرة، يتطلب ضبط والتحكم في كل ما من شأنه التأثير سلبياً على الاقتصاد الوطني².

¹ شرواط حسين، مرجع سابق، ص 38.

² تروسي محمد، مرجع سابق، ص 124.

الفرع الثالث: آثار المنافسة الحرة

تنص المادة الأولى من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المعدل والمتمم على ما يلي: "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجمعات الاقتصادية، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين¹."

إن تحديد أهداف المنافسة بواسطة نص قانوني كما فعل المشرع الجزائري يساهم في وضع حد للخلاف الفقهي حول أهداف المنافسة، وأيهما أولى بالاهتمام لأن من الفقه من يرى أن الهدف الأول للمنافسة هو التقدم الاقتصادي، بينما هناك من يرى أن هدف المنافسة هو رفاهية المستهلكين، لكن يمكن إزالة العارض بين الرأيين عندما ندرك أن الغاية النهائية للتقدم الاقتصادي هي تحسين معيشة المستهلكين ورفاهيتهم حيث أن المنافسة بحكم توفرها لأحسن نسبة بين السعر والجودة فهي خدمة المستهلك، فالمنافسة في ذاتها ليست هي القيمة أو المنفعة الموجودة، وإنما المعول عليه هو الآثار التي ترتبها المنافسة على النمو الاقتصادي والمستوى المعيشي في الدول، ويمكن القول بأن آثارها الرئيسية تتمثل في:

أولاً: تحقيق التقدم الاقتصادي

¹ المادة 01 من الأمر رقم 03-03 معدل والمتمم بالقانون رقم 08-12.

المنافسة الحرة والنزيهة تؤدي إلى تحقيق التقدم الاقتصادي في الدولة، سواء بانفتاح الاقتصاد وحسن تنظيمه، أو زيادة فعالية المؤسسات المتدخلة في السوق

1: انفتاح الاقتصاد وحسن تنظيمه

أن المنافسة الحرة والنزيهة تخلق نوعاً من التنظيم الاقتصادي في السوق، تتضح من خلاله حدود السوق ومميزاته والنشاطات الاقتصادية التي تمارس فيه، لهذا وصفت المنافسة بأنها "أسلوب سير الأسواق" حيث عندما تسيطر المنافسة النزيهة على المشهد الاقتصادي تقل¹ العوائق أمام المؤسسات للدخول في سوق ما تود الاستثمار فيه أو الخروج من سوق كانت تمارس نشاطها فيه وتغيير النشاط دون حدوث اضطراب في السوق الأمر الذي يسهل من خلق استثمارات وطنية وجلب المستثمرين الأجانب ما يسمح بالانفتاح على الأسواق الإقليمية والعالمية، والانضمام إلى المجموعات الدولية (منظمة التجارة العالمية).

بذلك فإن تطبيق نظام اقتصاد السوق يرتبط أشد الارتباط بتطبيق الديمقراطية في المجالين السياسي والاجتماعي، لهذا يمكن القول ان تنظيم الحر للسوق يمثل الوجه الاقتصادي للديمقراطية ولدولة القانون.

ومن هذا المنطلق كان من الواجب أن تسود مبادئ الديمقراطية الثلاث (الحرية والعدالة والمساواة)، مما يسمح بالقضاء على فكرة أن المنافسة يتولد عنها التمييز وعدم المساواة أو يتولد عنها مسائل غير مشروعة ومخالفة للقانون.

¹ رافع لموي ، مرجع سابق، ص 339.

فإن أعمال مبدأ المنافسة يستهدف تحقيق عدالة اقتصادية بين مختلف الأعوان في سوق تتأتى من خلال إتاحة فرص الاستثمار بشكل عادل لجميع المؤسسات دون تمييز وبالتالي يكون هناك توزيع عادل ومتوازن للمواد الاقتصادية الموجودة في المجتمع الأمر الذي يؤدي إلى منع الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة،

كما أن للمنافسة فوائد اقتصادية نصت في صالح النظام العام الاقتصادي والمالي كونها ترفع معدل نمو الاقتصاد على المستويين الوطني والعالمي، ناهيك على أنها تؤثر مباشرة في آليات العرض والطلب، كمحدد رئيسي للأسعار حيث كلما كانت السوق تنافسية واقتربت إلى كونها سوق منافسة كلما قلت فيها المضاربة وقل الاضطراب الغير مبرر للأسعار، بالإضافة إلى فوائد اجتماعية وسياسية مثلا توفير عدد كبير من مناصب الشغل كلما زاد عدد المستثمرين الوطنيين والأجانب.

2- زيادة فعالية المؤسسات المتدخلة في السوق:

المنافسة تعد عملا مشروعاً ولو ترتب عنها اكتساب المحل التجاري بعض عملاء محل آخر، لأن التاجر الذي ينشط في خدمة العملاء وتوفير أجود الأصناف والعمل بالنهوض بالصناعة والتجارة لا يرتكب خطأ في حق أحد ولا يكون لمنافسه أن يتضرر من عمله.

فالمنافسة الحرة تبعث على زيادة الفعالية الاقتصادية للمؤسسات المتدخلة في السوق والذي يتأتى من خلاله حسن استغلال وتسيير الموارد المتاحة في المجتمع¹، إذ تسعى المؤسسات دائماً في سبيل جلب أكبر عدد

¹ رافع لموي ، مرجع سابق، ص 341 .

ممکن من العملاء لتطویر أدائها التنافسي وابتكار أساليب وتقنيات ووسائل حديثه، لإنتاج السلع والخدمات وكذلك لتوزيعها وتسويقها بأقل التكاليف، ناهيك عن اختراع منتجات جديدة لتغزو الأسواق بها، لذلك فإن المنافسة تعد من أهم العوامل المشجعة على الإبداع والاختراع.

ثانياً: تحسين ظروف معيشة المستهلكين

فالمنافسة من أهدافها أنها تعمل على إشباع حاجيات المستهلكين من خلال التوفير الدائم والمستمر للسلع والخدمات التي تلبي التغيير السريع في أذواقهم مع الجودة والسعر التنافسي، فتتحقق بذلك مصلحة المستهلكين وتحسن قدرتهم الشرائية وجودة السلع التي يفتتونها ويتحسن بدوره مستواهم المعيشي.

لذلك فالمنافسة لا تكون بين الأعوان الاقتصاديين فحسب إذ لا يخلو جانب المستهلكين من المنافسة أيضاً فهم يتنافسون فيما بينهم ليفوزوا بالسلع التي يحتاجونها، فالسوق الحرة لا بد أن تكشف على الممارسة الحرة الاقتصادية من جانب المستهلكين، إذ أنه وفق لمبدأ حرية الاستهلاك فإن لأي مستهلك مطلق الحرية في التصرف في دخله كما يشاء واختيار نوع السلع الاستهلاكية التي ينفق عليها الدخل. ونذكر هنا قول أحد رجال الأعمال: "منافسونا في السوق هم أصدقاؤنا. إن أعداءنا الحقيقيين هم الزبائن"¹.

¹ رافع لموي، مرجع سابق، ص 342.

وبالتالي إن المنافسة بإمكانها تحقيق كل هذه الأهداف وغيرها، وأن ترتب العديد من آثار الإيجابية سواء على المستوى الاقتصادي بشكل عام كونها تساهم في الحدّثة والتطور الاقتصادي والصناعي، أو على مستوى الأسواق المختلفة والأعوان الاقتصاديين المتنافسين فيها، أو على المستوى الاجتماعي وتحقيق مصلحة العمال والمستهلكين وتحسين معيشتهم لكن يشترط أن توفر السلطات المناخ الملائم للمنافسة وآليات التي تسمح بدعمها وتنظيمها وضبطها وعلى رأسها "مجلس المنافسة"¹.

المطلب الثاني

مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

إن اعتماد المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية يعد من أهم المبادئ التي حرصت مختلف التنظيمات القانونية على تجسيدها خاصة تلك النظم المسايرة للتوجه الليبرالي القائم على الاقتصاد الحر²، فأصدر المشرع الجزائري المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق ل 07 أكتوبر 2010، الذي يتضمن الصفقات العمومية المعدل والمتمم، والذي تم سنه لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، وكذا مراعاة جملة المبادئ التي يجب احترامها في ظل قانون الصفقات العمومية كحرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة في المعاملة بين المرشحات وشفافية الإجراءات وغيرها من المبادئ، وبعدها

¹ رافع لموي، مرجع سابق، ص 342.

² تودرت ديهية، زيوي فريدة، الصفقات العمومية وقانون المنافسة، مذكرة الماستر، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2016.

صدر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية في 06 ذو الحجة عام 1436 هجرية، الموافق ل 20 سبتمبر سنة 2015 من العدد 50 المعدل والمتمم، وقد تضمن 220 مادة والذي ألغى المرسوم الرئاسي السابق وهو ساري المفعول لحد الآن¹. وعليه سنتطرق إلى مفهوم مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية في (الفرع الأول)، والاستثناءات الواردة على مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

• المنافسة في الصفقات العمومية وقانون المنافسة

ينبغي التوضيح مصطلح إجراء المنافسة في قانون الصفقات العمومية، والمنافسة في القانون المتعلق بها حيث أن: إجراء المنافسة في قانون الصفقات العمومية يمكن النظر إليها من زاوية قانونية وزاوية اقتصادية فهي من الزاوية القانونية:

مجموع القواعد والإجراءات الإدارية التي يجب على الإدارة اتباعها من أجل إيجاد المقاول أو المورد أو مقدم خدمات الذي يستطيع تأمين الحاجيات العامة بشكل جيد.

¹ تودرت دهبية، زيوي فريدة، المرجع السابق، ص 23.

ومن الزاوية الاقتصادية:

فهي نظام إنتاج مبني على الحرية الصناعية والتجارية على اعتبار أن لكل شخص الحرية في ممارسة التجارة واختيار نوع النشاط الذي يريده، وتختزل المنافسة في الصفقات العمومية البعد بين السياقين أي البعد القانوني والاقتصادي، فالمنافسة هي من جهة عبارة عن إتباع جملة من الإجراءات الإدارية لاختيار المتعاقد بقصد إشباع حاجيات المرفق العام، ومن جهة أخرى هي حرية المتعامل الاقتصادي في الوصول إلى الطلبات العمومية.

وعليه فإن المنافسة هنا، تقتضي أن يعمل المشتري العمومي على تسهيل مهمة المرشحين المحتملين لنيل الصفقة في تقديم ترشيحاتهم وعروضهم بكل حرية، ومعاملتهم على قدم المساواة، في ظل شروط وإجراءات واضحة وشفافة، وهذا من أجل ضمان حقوق المقاولات في الوصول للطلبات العامة وتحقيق استخدام الموارد العمومية استخداما عقلانيا ورشيدا، ما تجدر الإشارة إليه أن احترام القواعد السابقة منطويا بالإدارة المتعاقدة، وأن أي إخلال بها يثير مسؤوليتها أمام القضاء الإداري طبقا للإجراءات المقررة في قانون الصفقات العمومية¹.

بينما ينظر إلى معنى المنافسة في قانون المتعلق بها، من زاوية حرية الدخول للسوق لكل المؤسسات والمقاولات وممارسة نشاطها

¹ محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو ص 76.

الاقتصادي فيه بحرية ودون تقييد، مما يقضي رفع الحواجز والقيود التي من شأنها أن تؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة وتزييف قاعدة العرض والطلب، بواسطة الممارسات التي تقيّد المنافسة، وتؤدي إلى الاحتكار كالاتفاقيات المحظورة واستعمال المؤسسة لهيمنتها الاقتصادية تعسفاً وقد وضع المشرع مجموعة من القواعد القانونية لمحاربة تلك الممارسات وذلك لضمان السير الطبيعي للسوق وعدم تزييف قانون العرض والطلب ويختص مجلس المنافسة أساساً بمحاربة هذه الممارسات، كما يمكن للقضاء العادي أن ينظر في النزاعات التي تثيرها هذه الممارسات.

ويلاحظ أن رغم الفروق السابقة المعنيين، فإن هناك علاقة بين قواعد قانون المنافسة، وقواعد إبرام الصفقات العمومية، أو قواعد الشراء العمومي، حيث أنه إذ لم تحترم هذه القواعد فسيؤدي ذلك إلى الإخلال بالمساواة بين المنافسين لنيل الصفقة والشفافية في الإجراءات المتعلقة بها، فمثلاً يمكن أن يترتب على التفاهم والتواطؤ بين المقاولين عند تقديم العروض والعطاءات إلى الحيلولة دون المساواة بين المرشحين⁶.

• القواعد التي تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقة

1/ - حرية الوصول إلى الطلبات

معنى هذا المبدأ هو أن الوصول إلى الطلبية العمومية، ممكنة لأي كان متى توفرت فيه الشروط الموضوعية أي فتح مجال المشاركة أو المنافسة للعارضين، ومنح الفرصة لكل من توافرت فيهم شروط المشاركة وذلك حسب الإعلان المنشور، وبالشروط الواردة في دفتر الشروط المتعلقة

¹ محمد الشريف كتر، مرجع سابق، ص 77.

بالصفقة وذلك من أجل تقديم عروضهم وترشيحاتهم أمام المصلحة المتعاقدة، والتنافس من أجل الاستفادة من تنفيذ الصفقة والحصول عليها، ولكي يتأتى للذين تتوافر فيهم الشروط من الحصول على الصفقة، عن طريق وسائل الأشهار المناسبة، ويجب أن تتبع الإدارة المعنية إجراءات الأشهار¹.

يتضمن مبدأ الدخول للطلبات إضفاء الشفافية في تعاملات الإدارة، تدعيماً لحرية المنافسة بين أكبر عدد ممكن من المهتمين بالنشاط موضوع المناقصة، فلا يمكن التعاقد حكراً على شخص أو أشخاص.

2/- مبدأ المساواة بين المتنافسين

يجب على الإدارة إعمال مبدأ المساواة بين جميع مقدمي العطاءات، بحيث تكون المفاضلة بينهم أساسها الكفاءة الفنية والمقدرة المالية، عن تحمل أعباء المشروع موضوع التعاقد، وفي هذا الصدد نجد المشرع الجزائري قد حرص على إعمال مبدأ المساواة في تنظيم الصفقات العمومية²، وذلك في دستور 1996 في مادته 29 التي نصت على ما يلي: "كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرف، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر شخص أو اجتماعي"³. بالإضافة إلى إنها أكدت عليه في المادة 37⁴ من دستور

¹ كشرود فيروز، مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة الماستر 2018، ص 05.

² بوقرة فضيلة، مكافحة الفساد في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جامعة ألكلي محند أولحاج- البويرة سنة 2016، ص 17.

³ المادة 29 من ج. ر رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 ابريل 2002 ج. ر رقم 25 المؤرخة في 14 ابريل 2002 - القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ج. ر رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

2020" كل المواطنين سواسية أمام القانون ولهم الحق في حماية متساوية...."

يقضي هذا المبدأ أن تعامل الإدارة الراغبين في الاشتراك في المناقصة العمومية على قدم المساواة، بحيث يكون مكفولا لهم جميعا، حق تقديم عروضهم ما داموا مستوفون الشروط المطلوبة.

وبالتالي فإنه لا يجوز لجهة الإدارة أن تعفي بعض المنافسين من شروط معينة، وليس لها أيضا أن تضيف أو تحدث أو تعدل شروطا بالنسبة لبعض المتعاملين دون غيرهم.

ترتبط العقود الإدارية بالمصلحة العامة ومن هذا المنطلق فإنه يحق أن تتأكد من توفر بعض الشروط التي تستبعد بواسطتها بعض المتقدمين وسلطاتها، هنا سلطة تقديرية وهي سلطة مشروعة طالما لا يترتب عليها استبعاد طوائف كبيرة من المتقدمين، وإنما بمجرد إخضاعهم لبعض الواجبات ويشترط أن تستهدف حسن تنفيذ الصفقة موضوع العقد، وألا تكون مشوية بعيب الانحراف في استعمال السلطة¹.

3/- مبدأ الشفافية في إجراء إبرام الصفقة العمومية

يعد توافر عامل الشفافية في منح الصفقة العمومية، من أهم الأسس التي ينبغي للمشرع مراعاتها عند وضع نظام للصفقات العمومية، ذلك أن

⁴ المادة 37 من دستور 2020- مرسوم رئاسي رقم 20-251 مؤرخ في 27 محرم 1442 الموافق ل15 سبتمبر 2020 يتضمن استدعاء الهيئة الانتخابية للاستفتاء المتعلق بمشروع تعديل الدستور . ر العدد 54 / 16 سبتمبر سنة 2020.
¹ محمود دحلن الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2010 ص 63.

الشفافية هي أساس المنافسة بين المتعاملين التي تؤدي بدورها إلى الحصول على أحسن العروض من حيث الجودة والتكلفة.

نجد أن المشرع الجزائري قد نص في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على مبدأ الشفافية في المادة الأولى حيث جاء فيها: " يهدف هذا القانون إلى ما يأتي ... تعزيز النزاهة والمسؤولية والشفافية في تسيير القطاعين العام والخاص ..."¹. والتي تعني وضوح وفهم القواعد التشريعية والتنظيمية، وتعرف في مجال الصفقات العمومية على أنها نظام الذي يمكن مقدمي العطاءات أو الموردين، أو حتى غيرهم من ذوي المصلحة من التأكد بأن عملية اختيار المتعاقد مع الجهة الحكومية قد جرت من خلال واضحة ومجردة حيث أقر بموجب اتخاذ التدابير اللازمة لتعزيز الشفافية والمسؤولية والعقلانية، في تسيير الأموال العمومية طبقاً للقانون⁷².

ويعتبر مبدأ الشفافية من أهم آليات الحكم الراشد، فمن حق الفرد أن يعلم بكل المسائل ذات العلاقة بمركزه القانوني، ولا يجوز للإدارة أن تمارس تجاهه شكلاً من أشكال الممارسة السلبية. والحديث عن هذا المبدأ يعني التطرق للإشهار، باعتباره أهم وسيلة للإعلام كافة، فأعلان المصلحة المتعاقدة عن رغبتها في التعاقد شرط ضروري يضيف الشفافية على العمل الإداري، وتضمن فرص متساوية للراغبين في التعاقد وتمكينهم من تقديم أفضل عرض، ويجب أن يتضمن الإعلان على شروط إبداء العروض، وكذلك الوثائق المطلوبة من المرشح تقديمها، والأجال المحددة لذلك.

¹ المادة 01 من قانون رقم 06-01 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

² بوقرة فضيلة ، مكافحة الفساد في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات

المرفق العام الأمر 06-01 المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، مرجع سابق ص 18 .

كما أن الشفافية في الصفقات العمومية لا تنحصر في الإعلان عن الصفقة في الجرائد فقط، بل يضل مبدأ الشفافية مطلوب في كل مراحل إعداد الصفقة، خاصة في المسائل ذات العلاقة بالعارضين، فيخطر هؤلاء العارضين بيوم فتح العروض، ويمكنوا من الحضور، وإذا أنهت الإدارة مرحلة تقييمها الداخلي للعروض المقدمة وجب أن تفصح عن الفائز، وتقدم كل المعطيات بصدده، فلا يكون الاختيار بطريقة سرية، بل لا بد أن تكون كل الإجراءات عليه¹.

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

إذا كان تنظيم الصفقات العمومية الجزائي قد كفل لجميع المترشحين المشاركة في المناقصة، وتقديم عروضهم تطبيقاً لمبدأ المساواة بين العارضين، فإن ذلك لا يمنع على الإطلاق من فرض شروط منافسة معينة وقصرها فقط على من تتوفر فيهم شروطاً محددة تعلن عنها الإدارة سلفاً. كأن يتعلق الأمر بمناقصة محدودة فلا يجوز المشاركة فيها إلا للأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المعلن عنها⁸².

- حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية

¹ كشرود فيروز، مرجع سابق، ص 07.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، جسر للنشر والتوزيع- الجزائر- الطبعة الثالثة 2011 ص 154.

المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية:

"يقصى، بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون:

- الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تازلوا عن تنفيذ الصفقة العمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و 74 من المرسوم.

- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

- الذين كانوا محل حكم قضائي له حجية الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.

- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائي وشبه الجبائي.

- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم.

- الذين قاموا بتسريح كاذب.

- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزامات بعد ما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع¹.

¹ المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 متضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

- المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعة من تقديم عروض لصفقات العمومية، المنصوص عليهما في المادة 89 من هذا المرسوم.

- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة .

- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.

- الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم.

- توضح كيفية تطبيق الأحكام هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية¹.

- صور وأشكال الإقصاء من المشاركة

رجوعا لمقتضيات القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، وقد نشر في العدد 17 من الجريدة الرسمية سنة 2016²

نجد أنه قد صنف حالات الإقصاء إلى صنفين، إقصاء تلقائي آخر بموجب مقرر. واعترف للوزير المعني أو مسؤول الهيئة المستقلة أو الوالي المختص إقليميا بإصدار مقرر الإقصاء

¹ المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 متضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

² قرار مؤرخ في 07 ربيع الأول عام 1437 الموافق ل 19 ديسمبر سنة 2015 يحدد كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية جريدة رسمية عدد 17.

- حالات الإقصاء المؤقت

ينقسم الإقصاء المؤقت إلى قسمين، إقصاء يتم بصفة تلقائية ولا يحتاج لصدور مقرر وبين القرار حالاته. وإقصاء يثبت بمقرر صادر عن الجهة المختصة وبين أيضا القرار حالاته، يتبين ذلك فيما يلي:

- حالات الإقصاء المؤقت والتلقائي

لا يحتاج الإقصاء المؤقت التلقائي إلى مقرر يثبته، لأن اسمه يدل عليه "تلقائي" فيكون المتعامل تلقائيا في وضعية إبعاد وإقصاء متى توافرت أحد الحالات المبينة أدناه¹.

وبينت المادة 3 من القرار الوزاري المذكور: "يتخذ الإقصاء المؤقت التلقائي من طرف كل المصالح المتعاقدة ضد المتعاملين الاقتصاديين:

-الذين هم في حالة التسوية القضائية أو الصلح، إلا إذا أثبتوا أنهم مرخصون من قبل العدالة لمواصلة نشاطهم.

- الذين هم محل إجراء التسوية القضائية أو الصلح، إلا إذا أثبتوا أنهم مرخصون من قبل العدالة لمواصلة نشاطاتهم.

-الذين لم يستوفوا واجبهما الجبائي وشبه جبائي.

-الذين لم يستوفوا الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم.

-الذين تمت إدانتهم بصفة نهائية من قبل العدالة بسبب مخالفة الأحكام الآتية:

¹ دكتور عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 155.

* أحكام المادتين 19 و23 من القانون رقم 81-10 المؤرخ في 11 يوليو سنة 1981 والمتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب المعدل.

* أحكام المواد 7 و13 و15 و16 و24 من القانون رقم 83-14 المؤرخ في 2 يوليو سنة 1983 والمتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي. المعدل والمتمم.

* أحكام المواد 37 و38 و39 من القانون رقم 88-07 المؤرخ في 26 يناير سنة 1988 والمتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل.

* أحكام المواد 140 و144 و149 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل المعدل المتمم.

* أحكام المادتين 24 و25 من القانون رقم 04-19 المؤرخ في 25 ديسمبر سنة 2004 والمتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل¹.

فكأنما المشرع أراد أن يقصر مجال المنافسة فقط على المتعاملين الذين هم في وضعية سائبة ونظامية تجاه تطبيق قوانين الجمهورية المتعلقة بوضعيتهم سواء في مجال تشغيل العمال الأجانب أو تشريع الضمان الاجتماعي أو قانون الوقاية الصحية والأمن وطب العمل أو قانون علاقات العمل. فطالما ثبتت المخالفة فهؤلاء بنظر القانون هم خارج مجال المنافسة إلى أن يعمل هؤلاء على تسوية وضعيتهم مع الإدارات المعنية ويثبتون ذلك بوثائق حينها يجوز لهم المشاركة. لذلك أطلق القرار على حالات الإقصاء التلقائي المؤقت².

¹المادة 03 من القرار وزاري 19 ديسمبر سنة 2015 يحدد كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية .

²عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 157.

• مدة الإقصاء المؤقت التلقائي:

المادة 5: "يتخذ الإقصاء المؤقت من المشاركة في الصفقات العمومية لمدة:

* ستة (6) أشهر، في الحالات المنصوص عليها في المادة 4: "... الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض بدون سبب مبرر

-الذين قاموا بتصريح كاذب

-الذين كانوا محل أول قرار فسخ لصفقاتهم تحت مسؤوليتهم إلا إذا أثبتوا أن الأسباب التي أدت إلى هذا الفسخ قد زالت".

* سنة (1) واحدة، في حالة التسجيل في قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها.

سنتين (2) في حالة الإدانة بصفة نهائية من طرف العدالة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.

* ثلاث (3) سنوات في حالتها الإدانة بصفة نهائية من طرف العدالة بسبب مخالفة تمس بالنزاهة المهنية وبسبب التصريح الكاذب، وفي حالة التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية¹.

¹ المادة 05 من قرار وزاري 19 ديسمبر سنة 2015 يحدد كليات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية .

- حالات الإقصاء المؤقت بموجب مقرر:

ومن هنا فهذه الوضعيات أو الحالات الإقصاء لا تكون تلقائياً كما هو الحال في الصنف الأول، بل يحتاج إلى مقرر يثبت الوضعية صادر عن الوزير المعني أو الوالي أو مسؤول الهيئة المستقلة¹:

أما عن حالاته فقد بينت المادة (6): "يخص الإقصاء المؤقت التلقائي الذي يتم بمقرر، المتعاملين الاقتصاديين المسجلين في قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها، بعد أن كانوا محل مقررين أثبتين (2) للفسخ، على الأقل تحت مسؤوليتهم يبلغ هذا المقرر للمتعاملين الاقتصاديين المعنيين"².

حالات الإقصاء النهائي

ينقسم الإقصاء النهائي بدوره إلى نوعين إقصاء نهائي تلقائي، وإقصاء نهائي بموجب مقرر

الإقصاء النهائي التلقائي

إن الإقصاء التلقائي اسمه يدل على أنه لا يحتاج إلى مقرر يثبته فهو متوافر بمجرد ثبوت الحالة أو الوضعية³.

¹ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 158.

² المادة 06 قرار وزاري 19 ديسمبر سنة 2015 يحدد كميّات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

³ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 158.

- حالات الإقصاء النهائي التلقائي

المادة (7): "يطبق الإقصاء النهائي التلقائي على المتعاملين الاقتصاديين الآتي ذكرهم، إلا إذا تم رد الاعتبار لهم حسب الشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما:

-الذين في حالة إفلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط.

وهذا أمر فمن كان في حالة إفلاس فلا يحتاج إلى مقرر يقصيه من المشاركة في منافسة تخص جهة ما فهو مقصى تلقائياً، ثم أنه لا يتصور إنشاء صفقة لمتعامل يعاني من هذه الحالة.

-الذين هم محل إجراء إفلاس والتصفية والتوقف عن النشاط. أي أنه إجراءات الإفلاس في بدايتها.

-المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.

وهنا يصر المشرع مرة أخرى على أن مجال المنافسة يقتصر على المتعاملين الذين هم في وضعية سليمة من جميع الجوانب، وفعل ذلك لجبر المتعاملين على السير في إطار السليم والنظامي.

-الأجانب الذين أخلوا بالتزامهم المحدد في المادة 84 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015¹.

¹ المادة 07 قرار وزاري 19 ديسمبر 2015 يحدد كفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

- حالات الإقصاء بمقرر

يحتاج الإقصاء النهائي بمقرر إلى تعبير الوزير أو الوالي أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة عن إرادته في إزاحة متعامل ما بعد توافر أحد الحالات الإقصاء النهائي.¹

المادة (8): "تمسك قائمة المؤسسات التي أعلنت بالتزاماتها التي كانت محل مقرر ثاني للفسخ تحت مسؤوليتهم على مستوى كل مصلحة متعاقدة، وتنتشر في مواقعها الإلكترونية وفي البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

- يمكن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس مجلس الشعبي البلدي المعني أن يمدد إقصاء المتعامل الاقتصادي من المشاركة في الصفقات العمومية، متخذ في الحالات المنصوص عليها في المادتين 4 (مطمان 1 و 2) و 6. من هذا القرار، إلى كل المصالح المتعاقدة التي تتبع سلطته، بمقرر يبلغ للمتعامل الاقتصادي المعني وللمصالح المتعاقدة المعنية وينشر في مواقعهم الإلكترونية وفي البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية"².

وعلى العموم نؤكد أن حق المشاركة مكفول لكل عارض توفرت فيه الشروط المعلن عنها، ما لم يحرم ويعد بموجب نص خاص قانونا كان أو تنظيما.

¹ عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 159.

² المادة 08 قرار وزاري 19 ديسمبر 2015 يحدد كليات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية .

ولا يجوز في حالات الإقصاء المذكورة أنفاً أيًا كان نوعها للمتعامل الاحتجاج بمبدأ المساواة والتذرع به، لأن هذا المبدأ لا يعني على الإطلاق الاعتراف بالحق المطلق ولا مشروط للمتعامل بالمشاركة في المناقصة أو المنافسة، وإنما يتوقف ذلك على استجابة لجملة النصوص القانونية ذات العلاقة بمنظومة الصفقات كالنصوص المتعلقة بمجال العمل والضمان الاجتماعي والنصوص المتعلقة بالتجارة أو الجمارك أو التشريع الضريبي والجبائي وغيرها مما فرضه تنظيم الصفقات العمومية.

آثار الإقصاء

طبقاً للمادة (5) من القرار الوزاري سابق الذكر، فإن المتعامل الاقتصادي الذي يقضى من المنافسة في الصفقات العمومية، فإن الأثر يمتد إلى باقي الصفقات، فلا يمكن تصور حرمانه من المنافسة لتوافر حالة من الحالات المشار إليها، ليفسح أمامه الباب للمشاركة في مناقصة أخرى، حسناً فعل المشرع ذلك من باب الضغط أكثر على المتعاملين الاقتصاديين ودفعهم لنشاط نظامي وتطبيق لقوانين الجمهورية أن تكون وضعيتهم سليمة تجاه الإدارات الرسمية¹.

قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات

العمومية

تطبيقاً لأحكام المادة 89 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، ويهدف هذا القرار إلى تحديد كفاءات التسجيل

¹د-عمار بوضياف ، مرجع سابق، ص 161.

والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.

وورد في المادة (2): "عند اكتشاف أدلة خطيرة ومطابقة لانحياز أو فساد، قبل أو أثناء أو بعد إجراء إبرام صفقة عمومية أو ملحق تقوم المصلحة المتعاقدة أو ممثلها أو كل هيئة مختصة بإرسال تقرير مفصل إلى مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، قبل الفصل في الوقائع المعروضة عليه، بدعوة المتعامل الاقتصادي المعني عن طريق إرسال رسالة موصى عليها مع طلب إشعار بالاستلام، لتقديم جوابه حول الأفعال المنسوبة إليه في أجل عشرة (10) أيام.

إذ لم يجب المتعامل الاقتصادي المعني في الأجل المحدد ولم يعطي عناصر إجابة مقنعة، يمنع مسؤول الهيئة العمومية أو وزير المعني، بصفة مؤقتة من المشاركة في الصفقات العمومية بمقرر معلل. ويبلغ هذا المقرر للمتعامل الاقتصادي المعني"¹.

وهذه تعتبر ضمانه حرص المشرع على توفيرها سدا لأي تعسف قد يحدث من هذا الجانب، ولم تتوقف الضمانات عند ضمانات الإعلام والتبليغ وضمانة حق الرد والتوضيح وضمانة تعليل مقرر الإقصاء.

¹المادة 02 من القرار مؤرخ في 07 ربيع الأول عام 1437 الموافق ل 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كيفية التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 17 .

بل حتى حق الطعن القضائي¹ بموجب المادة (3): "يمكن المتعامل الاقتصادي المعني الطعن أمام الجهة القضائية المختصة في المقرر المذكور في المادة (2) أعلاه"².

وبمجرد تبليغه بواسطة البريد موسى عليه مع وصل الاستلام، وعدم ممارسة حق الطعن القضائي، فإن المتعامل الاقتصادي يقضى بصفة نهائية بصدور مقرر عن الوزير المعني أو مسؤول الهيئة المستقلة³. ونصت المادة (4) من القرار سالف الذكر: "في حالة عدم تقديم طعن في مقرر المنع المؤقت من المشاركة في الصفقات العمومية يسجل المتعامل الاقتصادي المعني في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، بمقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، يبلغ هذا المقرر إلى المتعامل الاقتصادي المعني.

إذا تم تأكيد مقرر المنع المؤقت من المشاركة في الصفقات العمومية، من قبل المحكمة المختصة بعد رفع الطعن لديها. يسجل المتعامل الاقتصادي المعني في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، بمقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، ويبلغ هذا المقرر إلى المتعامل الاقتصادي المعني"⁴.

¹ عمار بوضياف ، المرجع السابق، 162.

² المادة 03 من القرار 19 ديسمبر سنة 2015 يحدد كليات تسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.

³ عمار بوضياف ، مرجع سابق، ص 162 .

⁴ المادة 04 من القرار المحدد كليات تسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.

بما يعني أنه يقضى المتعامل الاقتصادي نهائياً في حال تأكيد المحكمة المختصة على مقرر الإقصاء، أي المتعامل خسر طعنه القضائي.

وفي الحالة العكسية أي أن المتعامل الاقتصادي ربح الدعوى وثبت عدم صحة ما نسب إليه يقوم الوزير المعني أو رئيس الهيئة الوطنية المستقلة بإرسال نسخة من قرار المحكمة إلى وزير المالية بغرض شطب اسم المتعامل من قائمة المتعاملين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية¹، نصت المادة (5) "إذا أبطلت المحكمة المختصة المقرر المذكور في المادة (2) أعلاه، يرفع المنع من المشاركة في الصفقات العمومية بمقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني"⁹.

وبغرض مساعدة سائر الجهات المعنية بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية في التوصل بقائمة المعنيين بقائمة المنع، فرض المشرع نشر هذه القائمة في الإلكترونية للصفقات العمومية أو الموقع الإلكتروني لوزارة المالية. وهذا إجراء جديد يدعم مبدأ الشفافية، وهو أيضاً جزء من العقوبة المسطرة على المتعاملين المعنيين². وهذا ما ذكر في المادة (6) من القرار: "...تبلغ قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية إلى جميع المصالح المتعاقدة أو تنشر في البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية"³.

¹ عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 163.

⁹ المادة 05 من القرار المحدد كليات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.

² عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 163.

³ المادة 06 من القرار محدد كليات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.

المبحث الثاني

مظاهر تكريس مبدأ حرية المنافسة من خلال إجراءات منح الصفقة العمومية

تقوم عملية إبرام الصفقات العمومية على احترام مبادئ المنافسة التي كرسها المشرع الجزائري وأوجب الالتزام بها من خلال تنظيم الصفقات العمومية، كما جاء قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ليؤكد على ضرورة تجسيدها ووضع القواعد وإجراءات الكفيلة بتحقيقها¹، بنص المادة 09 منه، والتي جاء فيها: " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة على معايير موضوعية.

ويجب أن تتركس هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقة العمومية

- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء...².

من خلال هذا المبحث سنتناول بالدراسة لأهم الإجراءات المكرسة لهذه المبادئ وذلك من تحديد كيفية الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء في (المطلب الأول)، والتطرق لمختلف القواعد المجسدة لعلانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات في (المطلب الثاني).

¹ برة الزهرة، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية للحصول، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي سنة 2015، ص 45.

² المادة 09 من قانون رقم 06-01 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

المطلب الأول

الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء

إن مسألة تحديد شروط العقود الإدارية على ما هي عليه في قانون عقود القانون الخاص حيث أن الشروط المرتبطة بالعقود الإدارية بما فيها الصفات العمومية تحدد عادة قبل عملية التعاقد، من طرف الإدارة وحدها وبإرادتها المنفردة، ويقتصر دور الطرف المتعاقد على تحديد موقفه من هذه الشروط إما بقبولها جملة أو برفضها جملة ولا يناقش أو يفاوض بشأنها، وهذا ما جعل الصفقة عقدا من عقود الإذعان، ومظهرا من مظاهر السلطة العامة.

وشروط التعاقد المعدة من طرف الإدارة مسبقا، تجمع في وثائق إدارية مكتوبة وتعرف < بدفاتر الشروط >، تعدها المصلحة المتعاقدة بعد تحديد حاجاتها من العملية التعاقدية بدقة وموضوعية.

الفرع الأول: التحديد الدقيق في احتياجات المصلحة المتعاقدة

تعد هذه المرحلة أهم مراحل إبرام الصفقة أكثرها تأثيرا على المنافسة، فقبل إعداد دفتر الشروط إفراغه في شكل وثيقة مكتوبة، يجب على الإدارة المتعاقدة تحديد حاجاتها بصفة دقيقة¹، ويكون ذلك على أساس دراسات واقعية وموضوعية تعدها المصلحة المتعاقدة مسبقا تعبر من خلالها بكل وضوح عن الحاجات المراد الاستجابة لها من حيث الكم والكيف، كما تعمل على ضبط هذه الحاجات على نحو يساعد على إعداد دفاتر الشروط،

¹ كشرود فيروز مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية مرجع سابق ص 09 .

وتتفقد سلطة الإدارة في ذلك بحدود الاحتياجات الفعلية والضرورة لسير المرفق العام بانتظام.

ونظرا لأهمية هذه الخطوة ودورها في نجاعة الطلبات العمومية، فقد نص عليها المشرع من خلال المادة 27 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. " تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها مسبقا، قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية، يحدد مبلغ حاجات المصالح المتعاقدة استنادا إلى تقدير إداري صادق وعقلاني، حسب الشروط المحددة في هذه المادة.

-تخضع حاجات المصالح المتعاقدة، مهما تكن المبالغ لأحكام هذه المادة، إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في هذا المرسوم.

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

عندما ترخص المصلحة المتعاقدة، فيما يخص الخدمات المعقدة تقنيا وفق الشروط المحددة والمضبوطة في دفتر الشروط، فإنه يمكن للمتعهدين تقديم بديل أو عدة بدائل للمواصفات التقنية.

يجب النص على كيفية تقديم بدائل للمواصفات التقنية في دفتر الشروط، كما يجب تقييم كل البدائل المقترحة¹.

¹ المادة 27 من مرسوم رئاسي 15/247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر 2015.

لا يلزم المتعهدون الذين يقترحون بدائل للمواصفات التقنية بتقديم عرض أصلي استناداً إلى مواصفات التقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط.

ويمكن المصلحة المتعاقدة كذلك إدراج أسعار اختيارية في دفتر الشروط. غير أنه يجب عليها تقييم هذه الأسعار واتخاذ قرار بشأن اختيارها قبل منح الصفقة.

تضبط المصلحة المتعاقدة، لتحديد حدود اختصاص لجان الصفقات، المبلغ الإجمالي للحاجات مع أخذ ما يأتي وجوباً بعين الاعتبار:

*القيمة الإجمالية للحاجات المتعلقة بنفس عملية الأشغال، فيما يخص صفقات الأشغال.

وتتميز عملية الأشغال التي تخص منشأة واحدة أو عدة منشآت بوحدها الوظيفية أو التقنية أو الاقتصادية.¹

وتقابل عملية الأشغال مجموعة أشغال مجموعة أشغال مرتبطة بموضوعها وتنفذ في إقليم محدد بنفس الطرق التقنية وتفيد في تمويل يرصد لها الغرض، والتي قررت المصلحة المتعاقدة إنجازها في آن واحد أو في تواريخ متقاربة.

*تجانس الحاجات فيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات، وتحدد إما بتجانس الحاجات المتعلقة بالدراسات أو الخدمات أو اللوازم لخصوصياتها الذاتية إما بالرجوع لوحدة وظيفية.

¹ المادة 27 من مرسوم رئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر 2015.

وفي حالة تخصيص الحاجات، فإنه يأخذ في الحسبان لتحديد حدود اختصاص لجان الصفقات والإجراءات الواجب إتباعها، المبلغ الإجمالي لجميع الحصص المنفصلة، بغض النظر عن إمكان المصلحة المتعاقدة إطلاق إجراء واحد لكل حصة.

في حالة حاجات جديدة، يمكن المصلحة المتعاقدة إما إبرام ملحق، طبقاً لأحكام المواد من 135 إلى 139 من هذا المرسوم إما إطلاق إجراء جديد.

يمنع تجزئة الحاجات بهدف تفادي الإجراءات الواجب إتباعها وحدود اختصاص لجان الصفقات المنصوص عليها في هذا الباب

-توضح كيفية تطبيق هذه المادة عند الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"¹.

وبالتالي تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، المعبر عنها بحصص وحيدة أو بحصص مفصلة مسبقاً قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة بشكل واضح.

وفيما يتعلق بالمنتج يجب أن يوضع المقاييس والمعايير المرتبطة به دون توجيه الحاجات نحو منتج معين²، ويتجسد احترام الإدارة لمبدأ المنافسة في حالة اللجوء إلى تخصيص الصفقات بين مختلف المتعاملين من خلال

¹ المادة 27 من مرسوم رئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر 2015.

² والي عبد اللطيف، التزام الإدارة بأعمال مبدأ المنافسة، في مرحلة التحضير للصفقة العمومية مداخله مقدمة ضمن فعاليات المنتدى الوطني الذي نظّمته كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، بجامعة محمد بوضياف بالمسيلة، بعنوان تطبيق قواعد المنافسة في الصفقات العمومية يومي 05 و06/2018.

تبسيط الصفقة، الأمر الذي يسمح لأكبر قدر ممكن من المؤسسات بتقديم عروضها، وخاصة ترقية دخول المؤسسات الصغرى والمتوسطة للصفقات العمومية.

واللجوء للتحصيل الواجب القيام به كلما أمكن ذلك، يكون حسب طبيعة وأهمية العملية ومراعاة للمزايا الاقتصادية والمالية والتقنية التي توفرها هذه العملية من اختصاص المصلحة المتعاقدة، التي يجب عليها أن تعبر عن اختيارها بعد كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة، في ظل احترام أحكام المادة 27 المذكورة أعلاه.

الفرع الثاني: إعداد دفاتر الشروط

تقوم الإدارة قبل الإعلان عن النداء للمنافسة بإعداد الشروط والأحكام المتعلقة بالصفقة بإرادتها المنفردة وفقا لما يسمى بدفتر الشروط والذي يعد بمثابة عقد ملزم للإدارة والمتعاقد في حالة منح الصفقة.

تعريف دفتر الشروط وأنواعه:

يقصد بـدفتر الشروط وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها و كفاءات اختيار المتعاقد معها. فالإدارة حين إعداد دفتر الشروط في كل صفقة عمومية تستغل خبراتها الداخلية المؤهلة وتجند كل إطاراتها المعنيين من أجل الوصول إلى إعداد دفتر شروط يحقق الأهداف المسطرة¹.

¹ (عمار بوضياف ، مرجع سابق، ص 142 .

وطبقا للمادة 26 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على الخصوص ما يأتي:

توضح دفاتر الشروط محينه دوريا الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية وهي تشمل على الخصوص ما يأتي..."

(أ) - دفتر البنود الإدارية العامة: توضح المادة المذكورة

1- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي¹.

ولقد صدر قرار بتاريخ 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل. ونشر في العدد 6 من الجريدة الرسمية لسنة 1965.

وتضمن هذا الدفتر أحكاما مختلفة تتعلق بالصفقات العمومية سواء من حيث طرق الإبرام أو تصنيف الصفقات، أو الآجال، أو شروط المشاركة في المناقصات والوثائق المطلوبة. وأحكام المناقصة والمزايدة، والتأشير على الوثائق، وشكل المشاركات، وفتح الأظرفكما تضمن الدفتر أحكاما تنظيمية تتعلق بطريقة التراضي، وأخرى تتعلق بالضمانات وتنفيذ الأشغال، وسلطات الإدارة في مجال التنفيذ، والتسوية المالية للصفقة، وسائر التسبيقات وكذلك تضمن أحكاما تتعلق بالمنازعات معترفا في المادة 52 بعرض النزاع الذي ينشأ بين المقاول والوزير على اختصاص القضاء

¹ المادة 26 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الإداري، وبصفة عامة يعد هذا القرار بمثابة خريطة طريق شاملة وكاملة في مجال الصفقات والأشغال¹⁰¹.

(ب) دفاتر التعليمات المشتركة: من المادة 26 المذكورة

2- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني..."

(ت) دفاتر التعليمات الخاصة:

3- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية².

ويجسد دفتر الشروط مظهرا من مظاهر ممارسة السلطة العامة، لعدم قابلية هذه الشروط للمناقشة أو التفاوض بشأنها.

ومن الطبيعي القول أنّ الشروط خاصة التقنية تختلف من صفقة إلى أخرى، حتى ولو كانت لإدارة المتعاقدة نفسها فما صلح من شروط لصفقة لا يصلح بالضرورة لصفقة أخرى.³

¹ عمار بوضياف ، مرجع سابق، ص 143.

² المادة 26 من المرسوم الرئاسي 15-247 متضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

³ د عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 144.

المطلب الثاني

علانية المعلومات المتعلقة بالمنافسة تحت تصرف المترشحين

وجود التنافس يقضي إعلام الإدارة جميع المتنافسين وكذلك الجمهور عن رغبتها في التعاقد وفتح المجال أمامهم لتقديم عروضهم، أي قيام جهة الإدارة الراغبة في التعاقد بالإعلان عن موضوع التعاقد بأسلوب يمكن كل من تطبق عليه الشروط المطلوبة التقدم بعطاءه، وتمكينهم من المعلومات الكافية والمتعلقة بالصفقة وكذلك تمكينهم من حق الطعن¹¹¹.

فالإعلان عن الصفقة هو إجراء ضروري حتى يكون² هناك مجال حقيقي للمنافسة، لأن الراغب في التعاقد قد لا يعلم بحاجة الإدارة إلى عن طريق الإعلام. تعد العلانية من أهم القواعد التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات، وقد أقرها المشرع الجزائي وفرضها ضمن تنظيم الصفقات العمومية وأكد على تجسيدها ضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته³، وذلك كضمان لتحقيق المنافسة بين المرشحين للصفقة دون إقصاء أو تعسف من جانب الإدارة، ويتجلى تحقيق مبدأ العلانية في إلزامية تكريس عملية الإعلان عن الصفقة، وكذا تمكين المرشحين من دفاتر الشروط الاطلاع على الوثائق المتعلقة بالصفقة، وصولاً إلى أجل تحضير العروض،

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشأة لمعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2004 ص. 152.

² تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013 ص 76.

³ برة الزهرة، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماستر، جامعة الشهيد حمة لخضر - الوادي - سنة 2015 ص 51.

بالإضافة استحداث المشرع بوابة إلكترونية من أجل تسهيل الحصول على المعلومات المتعلقة بالصفقة.

الفرع الأول: إلزامية الإعلان عن الصفقة العمومية

أولى المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية الملغى 10-236 المعدل والمتمم أهمية لمبدأ العلانية، والأمر نفسه ينطبق على قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد 15-247 وذلك بالنص على الإشهار كوسيلة لتحقيق مبدأ العلانية وذلك أولاً في المادة 14 منه والتي تنص: "يجب أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه محل إشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين كتابياً، للانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية..."

أي أن المشرع في هذه المادة ألزم المصلحة المتعاقدة بضرورة الإشهار في صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات والخدمات مع ضرورة أن يكن الإشهار ملائماً.

بالإضافة إلى ذلك باعتبار مبدأ العلانية عنصر جوهري في عملية إبرام الصفقات العمومية وسيلة للإضفاء الشفافية في المعاملات في كل مراحل عملية إبرام الصفقة العمومية، وخاصة عندما تعلن المصلحة المتعاقدة عن رغبتها في إبرام الصفقة لتلبية احتياجاتها، بحيث نص المشرع في المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247: "على إلزامية الإشهار الصحفي في الحالات التالية¹:"

- طلب عرض مفتوح

¹ المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247 متضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

- طلب العروض المحدود

- المسابقة، التراضي بعد الاستشارة".

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى، نجده قد نص أيضا على إلزامية الإشهار الصحفي وهذا بنص المادة 45 منه.

باعتبار الإشهار الصحفي إجراء شكلي جوهرى، يلزم المصالح المتعاقدة بمراعاته في كل أشكال طلب العروض، وكذا الحال في إجراء التراضي بعد الاستشارة، فأى مخالفة له يجعل إبرام الصفقة العمومية غير مشروع ومشوب بعيب الشكل والإجراءات، مما يسمح لكل متضرر من ذلك استعمال الوسائل القانونية للمطالبة بحقوقه.

يتم الإعلان عن الصفقة وبالتحديد الإعلان عن طلب العروض إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر. ص.م. ع)، هذه النشرة الرسمية "BOMOP" محدثة بموجب المرسوم رقم 84-116.

أما من الناحية العملية فيتم الأمر عن طريق الوكالة الوطنية للنشر والإشهار "ANEP" المكلفة بعملية النشر في الصحف الوطنية.

بالإضافة إلى ذلك نصت المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 على ضرورة تحرير إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، في جريدتين يوميتين موزعتين على المستوى الوطني¹²¹.

¹ محمد أمين بوالجدي و بوسعدية رؤوف ، تكريس مبدأ المنافسة والمبادئ المكملة له في المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة الفكر القانوني والسياسي العدد الخامس سنة 2019 ص 50.

يُدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض عندما يكون ذلك ممكناً، مع تحديد السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية. وذلك طبقاً لنص المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية: "يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي

- كيفية طلب العروض

- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي

- موضوع العملية

- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى

أحكام دفتر الشروط ذات الصلة

- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض

- مدة صلاحية العروض

- إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر

- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة لا يفتح

إلا من طرف لجنة فتح الأظرف وتقديم العروض ومراجع طلب العروض

- ثمن الوثائق، عند الاقتضاء¹.

¹ المادة 62 من المرسوم الرئاسي 15-247 متضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المشرع أكد على إلزاميتها وذلك بمصطلح "يجب" ومصطلح "البيانات الإلزامية"، أي أن هذه البيانات جوهرية وعدم مراعاتها يرتب البطلان¹.

وجاء في المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 سابق الذكر: "...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، مائة مليون دينار (100.000.000 دج) أو يقل عنها وخمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أي يقل عنها، أن تكون محل إشهار محلي، حسب الكيفيات الآتية:

*نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين

* إصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية

- الولاية

-لكافة بلديات الولاية

-لغرف التجارة والصناعة، والصناعة التقليدية والحرف والفلاحة

للولاية

-للمديرية التقنية المعنية في الولاية".²

¹ محمد أمين بواجدي و بوسعيد رؤوف ، مرجع سابق ، ص 55.

² المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 سابق الذكر.

كل هذه الإجراءات الإجبارية تعتبر كضمانة جد مهمة للمتنافسين للعلم بالصفقة (إعلان طلب العروض) وفي المقابل قيد إجرائي على المصلحة المتعاقدة.

مع العلم أن المشرع اكتفى في النصوص السابقة على إحداث هذه النشرة (ن. ر. ص. م. ع) دون إلزامية طرح الإعلانات فيها، مكتفياً بذلك على الإشهار الصحفي كشرط إلزامي فقط.

المشرع قد ألزم المصلحة المتعاقدة بإشهار (إعلان) الطلبات العمومية للمتعاملين الاقتصاديين، لكون هذا الإجراء هو سلاح ذو حدين، فمن جهة يضمن مشاركة واسعة للمتعاملين اقتصاديين وبالتالي تكون المصلحة المتعاقدة أمام عدة خيارات مما يساعد على اختيار الطلب الأنجع وبأسعار معقولة فرضتها قوة المنافسة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.

وعليه يعتبر مبدأ حرية المنافسة أفضل وسيلة يمارس بموجبها المتعامل الاقتصادي حقوقه المشروعة المتمثلة في حرية التجارة، وهذه الطريقة لا يمكن تجسيدها إلا عن طريق إعلان المصلحة المتعاقدة للطلبات العمومية إلى المتعاملين الاقتصاديين وبالتالي فإن غياب الإشهار أو عدم تضمنه للبيانات الإلزامية المنصوص عليها قانوناً، يجعل إجراءات الصفقة باطلة وغير مشروعة¹³¹.

ونظراً لأهمية (الإعلان) في تجسيد الشفافية والنزاهة أثناء إبرام الصفقة نصت المادة 11 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم على ما يلي: **لإضفاء الشفافية على كيفية**

¹ (كشرود فيروز، مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية ، مذكرة الماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية - مسيلة ص 14.

تسيير الشؤون العمومية يتعين على المؤسسات والإدارات والهيئات العمومية أن تلتزم أساسا باعتماد إجراءات وقواعد تمكن الجمهور من الحصول على معلومات تتعلق بتنظيمها وسيرها وكيفية اتخاذ قرارات فيها...¹.

وبالتالي يكون القانون رقم 01/06 هو الآخر إلى جانب المرسوم الرئاسي رقم 15-247. قد أعطى عناية كبيرة لإجراء الإعلان باعتباره وسيلة فعالة وهامة في تجسيد الشفافية على الأعمال الإدارية بصفة عامه والصفات العمومية بصفة خاصة.

وقد يتعمد الموظف المكلف بإبرام العقود الإدارية، بعدم اعلان عن الطلب العمومي للمتعاملين الاقتصاديين، وذلك بغية تحقيق أغراض شخصية له أو لغيره، وبالتالي يكون هذا الموظف قد أخل بقاعدة من القواعد المذكورة في المادة 09 أعلاه وهي علانية المعلومات مما ينتج عنه خرقا للقواعد ويجعله عرضة للمسائلة الجزائية إذا توفر الوصف الجزائي للوقائع².

الفرع الثاني: وضع الوثائق المتعلقة بالمنافسة تحت تصرف المترشحين

وإذا بادرت الإدارة المعنية لنشر إعلان المناقصة بالكيفية المذكورة سلفا تعين عليها تمكين المعنيين من دفتر الشروط للإحاطة أكثر بالشروط المطلوبة للتعاقد. وهذا من باب إضفاء الشفافية والوضوح على قواعد المنافسة بين مختلف العارضين¹⁴³.

¹ المادة 11 من قانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

² (كشروود فيروز ، مرجع سابق ، ص 15.

³ (د عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 149.

وقد فرض المشرع بموجب المادة 63 من المرسوم الرئاسي 15-247 إعطاء الحق لكل المؤسسات في الحصول على دفاتر الشروط المتعلقة بالصفقة ووضعها تحت تصرفهم مع إمكانية إرسالها للمترشح الذي يطلبها. "تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف المؤسسات دفتر الشروط والوثائق المنصوص عليها في المادة 64 أدناه..."¹، وبالتالي تحتوي هذه الوثائق جميع المعلومات الدقيقة خاصة فيما تعلق بالوصف الدقيق لموضوع الخدمة والمواصفات التقنية المطلوبة. والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات أو الخدمات أو التصاميم أو الرسوم، والضمانات المالية والوثائق المطلوبة، واللغة واللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات وكيفية التسديد، والعنوان الدقيق، وآخر أجل لتقديم العروض. وهذا أيضا يدعم المبادئ العامة للتعاقد المشار إليها وهي مبدأ الشفافية والعناية وحرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة بين العارضين.²

الفرع الثالث: أجل تحضير العروض

بغرض توسيع دائرة المنافسة بين أكبر عدد ممكن من العارضين، نص المشرع من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الآجال المحددة للتحضير للعروض، بحيث يفسح المجال الواسع لاستقطاب أكبر عدد ممكن من المنافسين للترشح للصفقة المعلن عنها من طرف المصلحة المتعاقدة، علما أن مسألة تحديد الأجل ترك القانون فيها السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، ولم يحددها بنص قانوني وأوجب فقط أن تكون بالقدر الذي يمكن من فتح المجال الواسع للمنافسة.

¹ المادة 63 من المرسوم الرئاسي 15-247 سابق الذكر.

² عمار بوضياف ، مرجع سابق، ص 149.

وتجدر الإشارة إلى أنه لم يتضمن هذا المرسوم كسابقة أجالاً محددة لتحضير العروض بالاستثناء إلى الإجراء المختار لإبرام الصفقة وإنما جاء بصفة عامة مؤكداً على أن تكون المدة المحددة لتحضير العروض من الآجال التي تفتح الباب للمنافسة بين المرشحين.

وعلى رغم من ذلك لم يترك المنظم المجال مفتوحاً للمصلحة المتعاقدة، وإنما ألزم الإدارة أثناء تحديد مدة تحضير العروض على الالتزام ببعض العناصر التي يمكن على أساسها تحديد هذه الآجال ونقطة انطلاقها¹⁵¹، بالإضافة إلى تمديدها إذا اقتضت الظروف ذلك وفي هذه الحالة تخبر المتعهدين بذلك بكل الوسائل وهذا حسب الفقرة الثانية من المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، "... تحدد المصلحة المتعاقدة أجل تحضير العروض بالاستناد إلى تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة، عندما يكون مطلوباً في النشرة الرسمية لصفقات التعامل العمومي، ويُدْرَج تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح الأطراف في دفتر الشروط قبل تسليمه للمتعهدين"². ويعني ذلك أن ساعة استلام العارض دفتر الشروط من قبل المصلحة المتعاقدة يعتبر أنه بلغ إلى علمه.

وهنا المشرع الجزائي لم يكن واضحاً فيما يتعلق بوسائل التبليغ فكان عليه تحديد الوسائل بدقة حتى يضمن تحقيق مبدأ المنافسة ومبدأ العلانية، ولا يبيح الأمر لسلطة التقديرية الواسعة للمصلحة المتعاقدة في تحديد لنوع الوسيلة مما قد يضر بعلم المتعهدين.

¹ كشرود فيروز، مرجع سابق، ص 16.

² المادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247 مرجع سابق.

أيضا في الفقرة الرابعة من المادة 66 نفسها ألزم المشرع الجزائري على المصلحة المتعاقدة فتح المدة المحددة لتحضير العروض بما يسمح لأكبر عدد ممكن من المنافسين بالمشاركة في طلب العروض هذا تكريسا لمبدأ المنافسة.

وإذا كان إجراء طلب العروض الميدان الحقيقي لتطبيق مبدأ المنافسة، فإن التراضي بشكليه وباعتباره أسلوب استثنائي في اختيار المتعامل المتعاقد لم يضع له تنظيم الصفقات إجراءات محددة، غير أن ذلك لا يعني أبدا إعفاء المصلحة المتعاقدة من مبدأ التنافس، لكن على النحو الذي يتماشى وأسلوب التراضي¹.

الفرع الرابع: استحداث بوابة الكترونية للصفقات العمومية

من محاسن تنظيم الصفقات العمومية الجديد لسنة 2010 أنه أشار ولأول مرة للنشر الإلكتروني، وقد غيب هذا الأخير في المرسوم السابق له رغم أهميته من الناحية العملية، ورغم اعتماد المشرع منذ 2005 أسلوب التعاقد الإلكتروني في المنظومة المدنية¹⁶².

إذ جاء في المادة 173 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى: "تؤسس بوابة الكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية...". بالإضافة إلى المادة 174 من نفس المرسوم المذكور: "يمكن

¹ (محمد أمين بو الجديو دبوسعدية رؤوف، مرجع سابق ، ص 56.

² (عمار بوضياف ، مرجع سابق، ص 146.

المصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية...¹.

البوابة الإلكترونية هي عبارة عن تعامل إلكتروني مع الإدارة وهذا النوع من التعامل، يصنف كشكل من أشكال التجارة الإلكترونية، هذا التوجه عبر عليه المشرع الجزائي ضمن المعاملات الإلكترونية من خلال التعديلات القانونية المتلاحقة، ابتداء من القانون المدني سنة 2005 كما سبق الذكر، لينتهي به الأمر بسن قانون مستقل خاص بالتوقيع والمصادقة الإلكترونية وهو قانون 15-04.

إضافة إلى ذلك القرار الصادر عن وزارة المالية المؤرخ في 17 نوفمبر 2013 يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسيرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية².

أما فيما يخص المرسوم الرئاسي 15-247 فنص على البوابة الإلكترونية في الفصل السادس تحت عنوان "الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية"، في القسم الأول منه بعنوان "الاتصال بالطريقة الإلكترونية" نص المادة 203 التي تنص على: "تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية تسير من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بالتكنولوجيات الإعلام والاتصال كل فيما يخصه، ويحدد في هذا المجال، قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتكنولوجيا الإعلام والاتصال صلاحيات كل دائرة وزارية.

¹ مواد 173 و174 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى.

² محمد أمين بوالجدي و بوسعدية رؤوف، المرجع السابق، ص 53.

يحدد محتوى البوابة وكيفية تسيرها بموجب قرار من الوزير المكلف
بالمالية¹.

أضافت المادة الجديدة مقارنة بالمادة 173 من المرسوم الملغى 10-
236 الوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، لتسيير البوابة
الإلكترونية حسب اختصاصها بالتنسيق مع وزارة المالية المذكورة في المادة
173، ويتم ذلك بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف
بالتكنولوجيات الإعلام والاتصال لتحديد صلاحيات كل دائرة وزارية
بالإضافة الى تسيير البوابة الإلكترونية، كل هذا أدرج كإجراء جديد لتسيير
البوابة الإلكترونية من شأنه تقديم إضافة جد مهمة خاصة بإدراج الوزارة
المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال في تسيير، مما يعطي تسيير وتنظيم
أحسن لتبادل المعلومات الخاصة بالإعلان والدعوة للمنافسة المتعلقة
بالصفقات العمومية، ويعزز ذلك مبدأ المنافسة وتكريس أكبر لمبدأ
العلانية².

أضاف المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 إجراءات
جد مهمة في القسم الثاني منه والمتعلق بتبادل المعلومات بالطريقة
الإلكترونية، حيث أضاف مادتين جديدتين وهما 205 و 206 مع تغيير في
مضمون المادة 204 مقارنة بالمادة 174 من المرسوم الرئاسي 10-236
الملغى والذي تلزم المصالح المتعاقدة على وضع وثائق الدعوة إلى المنافسة
تحت تصرف المتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية بالطريقة
الإلكترونية، وذلك حسب جدول زمني محدد بموجب قرار من الوزير المكلف

¹ المادة 203 من المرسوم الرئاسي 15-247 سابق الذكر.

² محمد أمين بوالجدي و د. بوسعدية رؤوف، مرجع سابق، ص 53.

بالمالية، وهذا عكس ما ورد في نص المادة 174 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى الذي جعل من هذا الإجراء إجراء اختياري ويخضع للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، إضافة إلى عدم ذكر بعض التفاصيل والإجراءات المهمة¹، وهذا ما جاءت به المادة 204 من المرسوم الرئاسي 15-247: "تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الإلكترونية حسب جدول زمني يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"².

وإذا كان نشر المناقصات في الموقع الإلكتروني للإدارة المعنية أمر نشي عليه نظرا لمحاسنه الكثيرة وحتى نساير التطور التكنولوجي إلى أننا نثير إشكالية الرد الإلكتروني من جانب المتعهد، وما قد يثيره من مخاطر تسرب المعلومة وتعرضها للقرصنة الإلكترونية خاصة أمام ما تشهده من تطور رهيب في هذا المجال.

فأسلوب العادي للمناقصة يفرض وجود ظرف يكتب عليه عبارة لا يفتح ويشار فيه لمراجع المناقصة، ولا يفتح إلا في جلسة علنية وبحضور المتعهدين أنفسهم أو ممثلين عنهم فكيف يمكن أن يكفل ضمانة سرية العرض إن كان المتعهد يجيب أو يرد كما بالطريقة الإلكترونية كما ورد في المادة 174 من المرسوم الرئاسي سابق الذكر: "...يُرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية، حسب جدول زمني المذكور سابقا..."³، أي أن المتعهدين أو

¹ محمد أمين بوالجدرية د. بوسعدية رؤوف، المرجع السابق، ص 54.

² المادة 204 من المرسوم الرئاسي 15-247 سابق الذكر.

³ المادة 174 من المرسوم الرئاسي 15-247 سابق الذكر.

المرشحين ملزمون بالرد على الدعوة للمنافسة بالطريقة الإلكترونية وذلك حسب جدول زمني محدد مسبقاً. لا شك أن الإجابة عن هذا الانشغال يفرض وجود نظام معلوماتي قوي غير قابل للاختراق والقرصنة من شأنه ضمان سرية الردود وحماية المتعهدين¹.

نص المشرع على إجراء جد مهم من أجل تسهيل وتسريع الدعوة للمنافسة من خلال إمكانية تحويل كل عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي أي مطبوعة ورقية، وتكييفها مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية أي بصورة عامة تحويل التعاملات الورقية إلى معاملات الكترونية ويحدد هذا التطبيق بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

هذه المواد الجديدة في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلقة بالبوابة الإلكترونية للصفقات العمومية والتي تهدف على السماح بتسيير ومبادلة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية، إضافة إلى إبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية فهذه الأخيرة توفر عدة مزايا لتحقيق مبدأ العلانية منها:

- سرعة الإنجاز وذلك بإنجاز المعاملة الكترونياً وفي دقائق معدودة بالإضافة إلى الاستغناء عن خدمات حصص المرفق كخدمة مرفق البريد العادي التقليدي في حدود كبيرة.
- زيادة الإتقان في الإنجاز الإلكتروني للخدمة مقارنة بالإنجاز اليدوي، مما يسهل ويزيد من فعالية الرقابة والتدقيق.

¹ (د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 147).

- تخفيض التكاليف بالنسبة للمتنافسين والإدارة أو المصلحة المتعاقدة، وذلك بتقليص عدد الموظفين.
- تبسيط الإجراءات وتسييرها بالنسبة للدعوة للمنافسة بين أكبر عدد من الموظفين.
- تبسيط الإجراءات وتسييرها بالنسبة للدعوة للمنافسة أو إجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- تدخل المشرع الجزائري فيما يخص توسيع دائرة المنافسة بين أكبر عدد من العارضين بالنسبة لمناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وأجاز بخصوصها الإشهار المحلي وهذا بموجب المادة 43 من المرسوم الرئاسي الملغى رقم 03-301¹

¹ (محد أمين بوالجديري د. بوسعدية رؤوف، مرجع سابق، ص 54.

الفصل الثاني

حدود مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

المبحث الأول

مبدأ المنافسة في الصفقات التي تخضع إلى الإجراءات الخاصة

خص المشرع الجزائري تنظيم الصفقات التي تخضع إلى الإجراءات الخاصة القسم الثاني من الفصل الأول المتعلق بالأحكام التمهيدية من الباب الأول الذي جاء تحت عنوان أحكام تطبيق على الصفقات العمومية، وقسم الإجراءات الخاصة، وسندرس من خلال المبحث هذا مدى خضوع الإجراءات الخاصة في مجال الصفقات العمومية لمبدأ المنافسة، علما أن محدد المنافسة يتمثل في الإشهار.

المطلب الأول

حدود المنافسة في الصفقات المبرمة تحت عنوان الاستعجال الملح والتي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار

الفرع الأول: حالة الاستعجال الملح

يقصد بحالة الاستعجال الملح بأنها حالة استثنائية، تعفي الإدارة من تطبيق الشروط والإجراءات التي يفرضها عليها القانون في الحالات العادية، حيث يترتب على تأخر الإدارة في التكفل بالحاجات العامة في هذه الحالة ضياع المال أو الاستثمارات العمومية¹.

خصص المشرع الجزائري المادة 12 لتنظيم حالة الاستعجال الملح، والتي سمح فيها للمصلحة المتعاقدة بالشرع في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة، بشرط أن تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إبرام صفقة تسوية لاحقا، حيث جاء في المادة 12 من مرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية

¹ حمزة خصري، ضياف ياسمين، محدودية المنافسة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 5 العدد 1، 2020، ص 109.

وتفويضات المرفق العام: " في حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، أو خطر يهدد استثمارا، أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي، ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، يمكن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، أن يرخص بموجب مقرر معلل بالشرع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية، ويجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف المذكورة أعلاه.

وترسل نسخة من المقرر المذكور في الفقرة السابقة المعد حسب الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما إلى مجلس المحاسبة إلى الوزير المكلف بالمالية (سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمفتشية العامة للمالية).

عندما لا يسمح الاستعجال الملح بإعداد الصفقة قبل الشروع في بداية تنفيذ الخدمات، يثبت اتفاق الطرفين عن طريق تبادل الرسائل¹.

ومهما يكن من أمر فلا بد من إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية، خلافا لأحكام المادة 3 أعلاه، خلال ستة (6) أشهر، ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر المذكور أعلاه. إذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة أولى من المادة 13 أدناه، وعرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية".

¹ المادة 12 من الرسوم الرئاسي 15 / 247 مرجع سابق.

من خلال نص المادة أعلاه نسجل الملاحظتان أساسيتين تتمثل:

الملاحظة الأولى:

هذه الملاحظة في أن المنافسة منعدمة وتؤول إلى الصفر، في الصفقات التي تبرم تحت عنوان الاستعجال الملح، كون أن اختيار المتعامل المتعاقد يكون بطريقة مباشرة من طرف المصلحة المتعاقدة، قبل إبرام الصفقة ولا يمكن التدرع بخضوع هذا الإجراء لرقابة مجلس المحاسبة وسلطة الضبط الصفقات العمومية والمفتشية العامة للمالية، ولجنة الصفقات المختصة للقول بأنها بديل للمنافسة بين المرشحين للحصول على صفقة عمومية.

الملاحظة الثانية:

تتمثل هذه الملاحظة في أن مقتضيات التي جعلها المنظم ضرورية لقيام حالة الاستعجال الملح، هي نفسها المقتضيات التي أدرجها المنظم في الفقرة الثانية من المادة 49، والتي تعطي الصلاحية للمصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى التراضي البسيط، والذي سنتطرق له لاحقاً بالتفصيل، وبذلك يمكن القول انه في حالة توافر شروط حالة الاستعجال الملح يكون للمصلحة المتعاقدة الخيار في اللجوء إلى إبرام الصفقة عن طريق إجراء التراضي البسيط¹.

وبذلك تثار إشكالات عديدة أثناء الرقابة الداخلية والخارجية والوصاية على الصفقة وهو ما قد يكون مدخلا من المداخل التي يستعملها بعض القائمين على عملية الإبرام لارتكاب بعض التجاوزات ضد الأموال العامة.

¹حمزة خضري ضياف ياسمين، مرجع سابق، ص 110.

الفرع الثاني: محدودية المنافسة في الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار

خصص المشرع الجزائري المادة 23 لتنظيم الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار، والتي أعفى بمقتضاها المصالح المتعاقدة من الإجراءات الشكلية لإبرام الصفقات العمومية، لا سيما كفيات اختيار المتعامل المتعاقد¹ ونصت هذه المادة 13 من مرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: "تعفى من أحكام هذا الباب، لا سيما ما يتعلق منها بطريقة الإبرام، الصفقات العمومية لاسترداد المنتجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعينة، السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها والتقلبات السريعة في أسعارها ومدى توفرها، وكذا الممارسات التجارية المطبقة عليها، والتي لا تكون مكيفة مع هذه الصفقات.

يقوم الوزير المعني بمناسبة كل عملية استرداد من العمليات المذكورة أعلاه، بتأسيس لجنة وزارية مشتركة خاصة، تتشكل من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني برئاسة ممثل المصلحة المتعاقدة، وتكلف بإجراء المفاوضات واختيار الشريك المتعاقد.

تحدد قائمة المنتجات والخدمات المذكورة أعلاه، بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتجارة والوزير المعني.

¹ حمزة خضري، ضياف، مرجع سابق، ص 112.

ومهما يكن من أمر، تحرر صفقة تسوية خلا أجل ثلاثة (03) أشهر، ابتداء من الشروع في تنفيذ الخدمات، وتعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية¹.

ومن خلال النص أعلاه نسجل الملاحظتان الأساسيتان وهما:

الملاحظة الأولى:

أن المنافسة منعدمة في الصفقات التي تتطلب سرعة في اتخاذ القرار، على أساس أن المشرع منح المصلحة المتعاقدة الحرية في اختيار المتعامل الاقتصادي مباشرة دون اللجوء الى الأشهر بكل أنواعه، ولا يمكن البتة القول ان تكليف لجنة وزارية بعملية الاختيار قد يضمن تطبيق مقتضيات مبدأ المنافسة.

الملاحظة الثانية:

أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة أن تحدد قائمة الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار بموجب قرار وزاري مشترك، وهو الأمر الذي لا تلتزم به معظم المصالح المعنية، وإذا فعلت ذلك فإنها لا تعتمد إلى نشره بالكيفيات التي ينص عليها القانون².

وفي هذا الإطار صدر القرار الوزاري المشترك بين الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية، المؤرخ في 13 أكتوبر 2016 والذي حدد الحاجات التي تتطلب السرعة في اتخاذ لقرار، والتي تتعاقد بشأنها وزارة الاتصال والمتمثلة في كراء ترددات الأقمار الصناعية والبث المباشر عبر الأقمار

¹ (المادة 13 من المرسوم 15-247.

² (حمزة خضري، ، مرجع سابق ، ص 113.

الصناعية، والبث المباشر عبر الموجات القصيرة، واقتناء برامج أجنبية لدى المنتجين أو الموزعين الأجانب¹.

المطلب الثاني

محدودية المنافسة في مجال الصفقات العمومية المتعلقة بتقديم خدمات الخاصة وخدمات (الماء والغاز والكهرباء والهاتف والانترنت) والإجراءات المكيفة

الفرع الأول: محدودية المنافسة في مجال الصفقات المتعلقة بتقديم الخدمات الخاصة

بالرجوع إلى نص المادة 24 من المرسوم الرئاسي 15-247 سابق الذكر حيث: "يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى الإجراءات المكيفة عندما يتعلق الأمر بالخدمات المتعلقة بالنقل والفندقية والإطعام والخدمات القانونية مهما كانت المبالغ.

إذا تجاوز مبلغ الطلب بتقديم الخدمات المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 13 أعلاه تقدم الصففة لرقابة لجنة الصفقات المختصة التي تدرس قبل ذلك الطعون التي قد يقدمها لها المعاملون الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم عند الاقتضاء"².

ومن خلال المادة أعلاه يلاحظ أن المنافسة محدودة في الصفقات العمومية المتعلقة ببعض الخدمات الخاصة، وذلك لإبرامها بالإجراءات المكيفة المحددة في المادة 13، وهي الإجراءات التي سبق أن قلنا بشأنها ان لا تخضع للإشهار الصحفي والإشهار في الأماكن العامة، بل تخضع الى

¹ حمزة خضري، مرجع سابق، ص 112.

² المادة 24 من المرسوم الرئاسي 247/15.

إجراء الإشهار الملائم الذي يبقى مضمونه غامضاً، وهو ما يرتب عدم ضمان تطبيق المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 لا سيما ما تعلق بحرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة والشفافية¹.

الفرع الثاني: محدودية المنافسة في الصفقات المتعلقة خدمات (الماء والغاز والكهرباء والهاتف والانترنت)

خصص المنظم الجزائري المادة 25 من المرسوم الرئاسي 15-247 سالف الذكر:

" تبرم الصفقات العمومية المتعلقة بتكاليف (الماء والغاز والكهرباء والهاتف والانترنت) طبقاً لأحكام المادة 34 من هذا المرسوم.

ويمكن أن الطلبات المتعلقة بالصفقات العمومية المذكورة أعلاه، محل تسوية استثنائية فور تبليغ الاعتمادات بغض النظر عن الأحكام المخالفة للمادة 27 أدناه².

تنوه بداية أنه من المعروف أن الطلبية ليست صيغة إبرام، فصيح الإبرام هي التراضي أو طلب العروض، وإنما هي مجرد أسلوب أو كيفية يمكن أن تتماشى مع التراضي كصيغة إبرام أو مع طلب العروض.

ويقصد بصفة الطلبات طبقاً لنص المادة 34 الصفقات المتعلقة بإنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم أو تقديم الخدمات أو إنجاز الدراسات ذات النمط العادي، والطابع المتكرر لمدة لا تتجاوز في أقصى الحالات خمس سنوات، وتتميز عن الصفقات العادية في أنها لا تتضمن تحديد موضوع

¹ حمزة خصري ضيف ياسمينة، مرجع سابق، ص 113.

² المادة 25 من المرسوم الرئاسي 247/15 .

الصفة بدقة، بل تكتفي المصلحة المتعاقدة بتحديد الحدود الدنيا والقصى للطلبات دون أن تحددها بدقة كما أنها تتعلق بالطلبات ذات النمط العادي والطابع المتكرر وهو ما يميزها عن عقد البرنامج.

ويقصد بصفة الطلبات الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة لإنجاز أشغال أو اقتناء لوازم أو تقديم خدمات أو إعداد دراسات ذات النمط العادي والمتكرر وذلك لسنة واحدة قابلة لتجديد لمدة لا تتجاوز الخمس سنوات، وبذلك فإنها تتميز بالشمولية والطابع التكراري والمدة المحددة قانونا.

ويسجل على الصفقات المنصوص عليها في المادة 25 من حيث مبدأ المنافسة، أن هذه الأخير منعدمة في طريقة إبرامها على أساس أن المتعامل الاقتصادي المرشح يحتل في كل الحالات وضعية احتكارية سواء تعلق الأمر بالماء أو الكهرباء أو الغاز أو الهاتف والانترنت، وهو ما يعطي للمصلحة المتعاقدة الصلاحية في إبرام صفقات الطلبات المتعلقة بها عن طريق التراضي البسيط طبقا لنص المادة 49 من الرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹.

الفرع الثالث: محدودية المنافسة في العقود المبرمة عن طريق الإجراءات المكيفة

أدرج المشرع الجزائري الإجراءات المكيفة في المواد 13 إلى 22 من تنظيم الصفقات العمومية، وقسمها إلى قسمين، يتعلق القسم الأول بالتعاقد

¹ (حمزة خضري، ضياف ياسمينه ، مرجع سابق ، ص 114.

عن طريق الاستشارة في حين يتعلق القسم الثاني بالتعاقد عن طريق طلب
السند.

أولاً: محدودية المنافسة في إجراء الاستشارة

أورد المشرع المواد 13 إلى 20 من المرسوم الرئاسي 15-247
مذكور سابقاً لإجراء الاستشارة، حيث نصت المادة 13 على أن العقود التي
تبرمها المصلحة المتعاقدة والتي لا تقتضي وجوباً إبرام صفقة وفق
الإجراءات الشكلية، وهي العقود التي تساوي قيمة عملياتها أو تقل عن
(12) مليون دج، في حالة الأشغال واللوازم، وستة (6) مليون دج في حالة
الدراسات والخدمات، وهي العقود التي تبرم عن طريق إجراء الاستشارة، أي
تبرم عن طريق استشارة متعاملين اقتصاديين، وفي هذه الحالة تعد المصلحة
المتعاقدة إجراءات داخلية لتنظيم كفاءات الإبرام بالنسبة لهذه الحالة.

ويظهر جلياً أن المشرع الجزائري اعتمد على المعيار المالي للتمييز
بين مختلف العمليات التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة، محددًا سقفًا ماليًا
للعقود والصفقات التي تتطلب الإجراءات الشكلية والعمليات التي تقوم بها
المصالح المتعاقدة عن طريق الإجراءات المكيفة¹.

نصت المادة 14 من هذا المرسوم: "يجب أن تكون الحاجات
المذكورة أعلاه محل إشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين
كتابياً لاقتناء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

¹ (حمزة خضري، ضياف ياسمينه ، مرجع سابق ،ص 110.

وتنظم المصلحة المتعاقدة إجراء استشارة حسب طبيعة الحاجات الواجب تلبيتها، مع الأخذ بعين الاعتبار عدد المتعاملين الاقتصاديين الذين بإمكانهم الاستجابة لها، مع مراعاة أحكام المادة 05 من هذا المرسوم.

يعلن عن عدم جدوى الاستشارة حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 7 من المادة 52 من هذا المرسوم¹.

نلاحظ أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة باللجوء الى الإشهار إلى أنه لم يبين طبيعة ونوع الإشهار الذي ينبغي الالتزام به في حالة الاستشارة، ذلك أنه اكتفى بوصف هذا الإشهار بالإشهار الملائم وهو ما يترك التقدير للمصلحة المتعاقدة في اختيار الطريقة التي تراها مناسبة للقيام بهذا الإبرام.

وفي هذا السياق تعددت الآراء المقدمة من طرف رئيس مصلحة الصفقات العمومية بوزارة المالية، والتي أكدت على أن الإشهار الملائم لا يقصد به الإشهار الصحفي، ولا الإشهار في الأماكن العمومية، ولا الإشهار الإلكتروني، وهو ما زاد في غموض معنى الإشهار الملائم الذي اشترطه المنظم بموجب المادة 14 في إجراء الاستشارة، وبذلك ينحصر معنى المنافسة.

ثانيا: محدودية المنافسة في مجال التعاقد عن طريق السند

خصص المشرع المواد من 20 إلى 22 من المرسوم الرئاسي 15-247 نفسه، لتنظيم التعاقد عن طريق سند الطلب حيث منح المصلحة المتعاقدة صلاحية اختيار المتعامل المتعاقد مباشرة دون اللجوء إلى

¹ المادة 14 من المرسوم الرئاسي 247/15.

الاستشارة في العمليات التي يقل مجموع مبالغ فيها عن (1.000.000 دج) في حالة الأشغال واللوازم، وعن (500.000 دج) في حالة الدراسات والخدمات، مع أن المنظم أعفى الإدارة من اللجوء الى الاستشارة إلا أنه قيدها بضرورة اختيار المتعاملين الاقتصاديين على أساس قاعدة أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية زيادة على أنه منع عليها أن تلجأ الى نفس المتعامل الاقتصادي عندما يمكن تلبية الخدمات من طرف متعاملين اقتصاديين آخرين الى في الحالات الاستثنائية.

ويسجل على المواد المتعلقة بإجراء سند الطلب فيما يتعلق بمبدأ المنافسة ملاحظتين أساسيتين:

الملاحظة الأولى: تتمثل في أن المنظم لم يلزم المصالح المتعاقدة باللجوء إلى الإشهار إطلاقاً¹⁷.

الملاحظة الثانية:

تتمثل في أن المنظم اشترط على المصالح المتعاقدة إعمال مبدأ المنافسة بين المرشحين عندما، نص على إنها تلتزم باختيار أفضل متعامل من حيث المزايا الاقتصادية دون أن يبين شكل المنافسة، أو كيفية تجسيدها في مجال التعاقد عن طريق سند الطلب.

¹⁷ حمزة خضري ضياف ياسمينة محدودية المنافسة في الصفقات العمومية ص 111

المبحث الثاني

التراضي البسيط كحد لمبدأ المنافسة في صفقات العمومية

إن أسلوب التراضي يختلف عن طلب العروض حيث تتحرر الإدارة من القواعد والإجراءات المعقدة التي تفرض عليها عند طلب العروض، بل لها حرية اختيار المتعامل الاقتصادي وهذا ما يطلق عليه بالتراضي البسيط.

المطلب الأول

مفهوم التراضي البسيط

من خلال هذا المطلب يتم التطرق إلى مفهوم التراضي البسيط من خلال تعريفه في الفرع الأول، والتطرق إلى حالات التراضي البسيط في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التراضي البسيط

التراضي البسيط أحد أشكال أسلوب التراضي، يجعل المصلحة المتعاقدة تستبعد مبدأ التنافس، لتقوم مباشرة باختيار المتعامل المتعاقد بعد أن تتفاوض معه¹.

فمن خلال هذا فإن أسلوب التراضي تقوم من خلاله المصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقة العمومية مع متعامل وحيد بمجرد تطابق إرادتهما وفق لدفتر

¹ (ثياب نادية، مرجع سابق ، ص 105.

شروط معد مسبقا من طرف المصلحة المتعاقدة، دون اللجوء إلى أي نوع من أنواع الإشهار، والدعوة إلى المنافسة¹.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى، نجده أنه قد أزال كل الغموض في هذا النوع من التراضي، وذلك من خلال توضيح أدق جوانبه بدءا من جعله إجراء استثنائيا، إذ نصت المادة 25 من هذا المرسوم " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي"². أي أن المشرع جعل المناقصة هي القاعدة العامة في مجال إبرام الصفقات، واستثناء من ذلك يجوز في الحالات المحددة قانونا على سبيل الحصر إبرام الصفقة بطريق التراضي، مما يعني أنه كفل للإدارة حرية اختيار المتعاقد معها دون إلزامها بالخضوع لإجراءات الإعلان، بل دون إلزامها حتى باللجوء للاستشارة إن توافرت أحد حالات التراضي البسيط.

بالإضافة إلى نص المادة 27 من هذا المرسوم في الفقرة الثانية ... إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلى في الحالات الواردة في المادة 43 من هذا المرسوم ..."³.

يتضح لكل من اطلع على أحكام هذا النص إعادة وتأكيد من المشرع على الطابع الاستثنائي للتراضي البسيط، رغم أنه قد سبق وجعل من التراضي قاعدة استثنائية في الإبرام في نص المادة 25 فهذه الإعادة لم تكن لرغبة المشرع في التكرار، وإنما أراد التأكيد على أن التراضي في صورته

¹ (شروفي محترف ، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد، مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء - الجزائر - الدفعة 16 2005/2006 ، ص 10.

² (المادة 25 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى.

³ (المادة 27 من المرسوم الرئاسي 236/10 متضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى.

البسيطة يعد استثناء على استثنائية التراضي بصفة عامه، مما يؤدي الى تقييد سلطة المصلحة المتعاقدة في اعتماده.

يدل هذا الأمر أن المشرع تظن للخطورة الناتجة عن هذا الإجراء على المستوى العملي وما يمكن أن ينتج عنه من نتائج سلبية تؤثر على المال العام وكذا حظوظ المتعاملين الراغبين في التعاقد، إذ أثبت الواقع أن التراضي البسيط مجالا خصبا للفساد¹.

إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: حالات التراضي البسيط

بالرجوع إلى المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-274 المعدل والمتمم تنص المادة: " تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات آتية فقط:

- 1- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية، وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية..."².

¹ تياب نادية ، مرجع سابق، ص 105.

² (المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الذكر .

عندما لا يمكن تنفيذ موضوع العقد أي (الخدمة) إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتكر هذا النشاط أو انفراد بامتلاك قدرات تكنولوجية التي اختارتها الإدارة المتعاقدة. ولقد أحسن المشرع تحرير الإدارة من الخضوع للإجراءات المناقصة بل وحتى الاستشارة في هذه الحالة طالما ثبت أن هناك متعاقد وحيد يحتكر النشاط وتوافرت فيه موصفات التقنية المطلوبة من جهة الإدارة فلماذا يشترط الإعلان أو تلزم الإدارة بالخضوع لإجراءات المناقصة، وهناك متعامل وحيد يستجيب لشروط التعاقد ويلبي الخدمة، وهو نفس ما قرره المادة 61 من الأمر 67-90، والمادة 44 من المرسوم 28-145 والمادة 40 من المرسوم التنفيذي 91-434، والمادة 37 من المرسوم الرئاسي 02-250¹.

"2-...في حالة الاستعجال الملح المعلل بوجود خطر يهدد استثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، ولا يسعه التكييف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وان لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها²...".

إن حالة الاستعجال في علم القانون عامة حالة معروفة ومكرسة في الكثير من الميادين والمجالات، ففي مجال التقاضي هناك أحكام استعجالية تختلف عن تلك المعمول بها في الحالات العادية سواء في مجال إجراءات المرافعة وانعقاد الجلسات أو فيما يتعلق بطبيعة الأحكام وآجال الطعن وغيرها.

¹ (عمار بوضياف ، مرجع سابق ،ص 188.

² (المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-274 سالف الذكر.

وكذلك الحال في مجال التعاقد قد تكون المصلحة المتعاقدة في وضعية استعجال كون أنها إذا لم تدخل في رباط عقدي في وقت سريع، فإنه سينجم عن ذلك ضياع مالها واستثمارها وهو ما يعني بالنتيجة عدم صلاحية أسلوب المناقصة كآلية من آليات التعاقد، ويبقى أن الإدارة هي من ستكون في وضعية المدعى بتوافر هذه الحالة وعليها يقع عبئ إثباتها. لذلك جاء في المادة المذكورة عبارة " الملح المعلل".

بالرجوع إلى المادة 43 من الرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى، وكذلك المادة 49 من الرسوم الرئاسي 15-274 في الفقرة 2 جاءت أكثرا ضبطا ودقة في الصياغة، وقدمت إضافة نوعية تتمثل في اشتراطها أن الحالة المستعجلة يجب ان لا تكون ضمن توقعات الإدارة المتعاقدة، أي أن الحالة غير متوقعة ولم تضعها الإدارة في الحسابان وظهرت ميدانيا، وهي أكيد محاولة من المشرع لضبط الإدارة أكثر على العمل في مجال التعاقد بالقاعدة العامة ألا وهي المناقصة.

وبذلك تميزتا المادتين (43) و(49) بمضمون جديد لا نجده في قوانين وتنظيمات سابقة(المادة 61 من الأمر 67-90 والمادة 40 من المرسوم 82-145، والمادة 40 من المرسوم التنفيذي 91-434، والمادة 37 من المرسوم الرئاسي 02-250)¹.

3- في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجيات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن

¹ (عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 189.

متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها...¹⁸.

وهذه الحالة منفردة أو مستقلة عن الحالة السابقة لأنها تستوجب شروطا خاصة تطبق في مجال محدد ودقيق، فنحن من حيث الموضوع أمام وضعية تخص سير الاقتصاد الوطني أو توفير حاجيات السكان الأساسية، فكأنما نحن أمام حالة ميدانية تكون فيها المصلحة المتعاقدة في حاجة ماسة وسريعة لأن تتحرك بغرض ضمان حسن سير الاقتصاد الوطني وتوفير حاجة ما أو مادة للسكان، فلو ألزمت بالخضوع لإجراءات التعاقد العادية بما تكلفه من شروط وآجال وإجراءات لأثر ذلك سلبا على حسن سير الاقتصاد الوطني وعلى نطاق توفير الحاجيات العامة، وفي ذلك أضرار بها وللاقتصاد الوطني، لذا وجب تمكينها من التعاقد بأسلوب التراضي البسيط.

ثم ان النص ذاته المادة (49) أضافت عبارة "الضمان توفير حاجيات السكان الأساسية". فنحن إذن أمام حاجة لمادة أو منتج معين نسعى وبحكم الظروف المستعجلة إيصاله للسكان في وقت قياسي، كأن يتعلق الأمر مثلا بزلزال أو فيضانات أصابت منطقة معينة من مناطق الدولة. وإن الإدارة تحت هذا الظرف أو الوضع تكفلت بتموين السكان بمواد استهلاكية معينة.

فهنا يقتضي الإسراع في إيصال هذه المواد للسكان أو تستعمل الإدارة الأحكام الغير العادية في التعاقد وتلجأ مثلا لممون أو مجموعة مومنين لتزويدها بالمواد والمنتجات محل التعاقد بهدف تمكينها من أداء نشاطها والتكفل بأعباء الخدمة العامة. وهو نفس ما أشارت إليه بوضوح

¹⁸المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الذكر

المادة 44 من المرسوم 82-145 والمادة 40 من المرسوم التنفيذي 91-434 والمادة 37 من المرسوم الرئاسي 02-250.

ومع ذلك ينبغي الاعتراف أن المرسوم الجديد قدم إضافة نوعية حماتها الفقرة 3 من المادة 49 والتي قيدت أكثر جهة الإدارة من حيث فرضها لشرط عدم التوقع بهذه الحالات. أي أن الإدارة المعنية لم تكن أبدا لتضع في الحسبان توافر هذه الحالة¹.

4- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، شرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة لمناورات للمماطلة من طرفها، وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة مليار دينار (10.000.000.000) وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السابق...²

أي في حالة مشروع ذي أهمية وطنية لا شك أن الطابع الخاص لهذا المشروع سيخلف أثرا إيجابيا عاما يمس كل إقليم الدولة. طالما وصفت الفقرة 4 من نفس المادة المشروع بأن له أهمية وطنية. ومن المؤكد أيضا أن الأعباء المالية الناتجة عن إبرام هذا العقد دون سواه من العقود ستكون ضخمة جدا، لذا تشدد النص في فرض موافقة مسبقة لمجلس الوزراء.

¹ (عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 189.

² (المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247.

ولاشك أن الترخيص بالتعاقد والموافقة المسبقة من جانب مجلس الوزراء يضيفي الشرعية على إبرام الصفقة ويبيدها عن شبهة المعاملة أو الفساد المالي¹⁹¹.

5- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/ أو الأداة الوطنية للإنتاج وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة مليارات دينار (10.000.000.000 دج)، إلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ سابق الذكر...²

إن الحكمة من إدراج هذه الحالة هو تمكين الإدارة المعنية من إبرام الصفقة في زمن يسير بقصد ترقية الأداة الوطنية للإنتاج، وردت العبارة بشكل جد مطلق ولم يتم فيها توخي الدقة والموضوع مما يفسح المجال واسعا للتفسير.

واشترطت الفقرة 5 من المادة 49 الحصول على إذن مسبق من مجلس الوزراء وهي تشبه من حيث الإجراءات الحالة المنصوص عنها في الفقرة 4 من ذات المادة والمتعلقة بمشروع ذي أولوية وطنية، فكلاهما يخضع للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء بعد إعداد تقرير مفصل من قبل الوزير المعني ويدعم بتقرير وزير المالية.

ولا نخفي سرا عند القول انه يصعب جدا التمييز بين مضمون الفقرة 4 من المادة 49 والفقرة 5 من ذات المادة، فالفقرة 4 تتحدث عن مشروع ذي

¹ (د. عمار بوضياف ، مرجع سابق، ص 190

² مادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247.

أولوية وطنية والفقرة 5 تتحدث عن ترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج. وهذا بدوره مشروع ذي أهمية وطنية مما يجعله يدخل تحت طي الفقرة 4. فما التمييز بين الفقرتين؟ ننتظر صدور النصوص التطبيقية.

وتأسيسا على ما تقدم نستنتج أن هذه الحالات فرضتها الضرورة، لذا وجب التغاضي عن الإجراءات الشكلية لتمكين الإدارة من اختيار المتعاقد معها وتنفيذ موضوع العقد في زمن معقول، وببقي أنها مقيدة بالحالات الواردة في نص المادة 49 من المرسوم الرئاسي على سبيل الحصر حيث لا يجوز القياس عليها أو الربط بين حالة وأخرى مماثلة لها في وصف أو السبب أو الحالة.¹

6- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع هيئات والإدارات العمومية والمؤسسات ذات الطابع الإداري...².

يبدو من خلال هذه الحالة أن المشرع أراد إعطاء الأولوية في مجال التعاقد لبعض المؤسسات العمومية هكذا إطلاقا دون تحديد لطبيعتها.

ومصدر هذه الأولوية هي نص تشريعي أو نص تنظيمي، وهو ما أشارت إليه الفقرة 05 من هذه المادة 49، فهو من يكفل حصريا لبعض المؤسسات العمومية تقديم خدمة عمومية في مجال محدد، ويعطيها مكنة التعاقد بطريق التراضي حين إبرام الصفقات العمومية.

¹ (عمار بوضياف ، مرجع سابق، ص 192.

² المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247.

وقيدت الفقرة ذاتها اللجوء لهذا الأسلوب بتوافر رخصة صادرة عن مجلس الوزراء بما يضيف عليها شرعية ويبعد المعاملة عن دائرة الشبهات أو الفساد المالي، ويبقى أنه من الضرورة انتظار صدور القرار الوزاري عن وزير المالية والوزير المعني لمعرفة كيفية تطبيق هذه الفقرة.

ومما لا شك فيه أن إعطاء الأولوية لبعض المؤسسات العمومية والترخيص لها بالتعاقد بأسلوب التراضي، ولو كان مصدره نص تشريعي أو تنظيمي ولو كانت المؤسسة مدرجة ضمن القائمة المحددة في القرار الوزاري الموعود بإصداره، غير أننا لا نخفي خشيتنا من الأثر الخطير والناجم عن تطبيق هذه الفقرة على مبدأ المساواة. فيحق لنا التساؤل كيف والأمر يتعلق بحرية التجارة والصناعة أن لا يعترف المشرع بطابع مميز يشبه الطابع الامتياز أو ما أسماه المشرع الحق الحصري، وأن يترك المؤسسات العمومية لتثبت وجودها وسط عالم كله منافسة لا أن تحظى فيه مؤسسة بعينها بامتياز وأولوية وحق حصري، فالتوجه الاقتصادي للدولة يفرض من حيث الأصل إعطاء أولوية ما لمؤسسة على حساب أخرى طالما كانت المؤسسات تنشط في نفس المجال¹.

وينبغي الإشارة أن الصفة الحصرية المعترف بها لمؤسسة ما تعني أبدا الصفة الاحتكارية هذه الأخيرة التي كرستها الفقرة الأولى مادة 49 والتي تدل على وجود متناسف وحيد يحتكر نشاطا معيناً وينفرد به، بينما الصفة الحصرية تعني أن هناك العديد من المؤسسات التي تنشط في مجال واحد ويصدر النص معترفاً بمنح أحدهما لصفة الحق الحصري للقيام بالخدمة العمومية.

¹ (عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 191.

المطلب الثاني

ضوابط وإجراءات التراضي البسيط

نص المشرع الجزائري على مجموعة من الضوابط وجب على المصلحة المتعاقدة التقيد بها، إلا أنه في نفس الوقت لم يتطرق هذا المرسوم إلى تحديد إجراءات التي تتبعها في إبرام هذا النوع من الصفقات¹.

الفرع الأول: ضوابط التراضي

تطرق المشرع الجزائري في المادة 50 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إلى مجموعة من الضوابط المتمثلة في:

"يجب على المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء التراضي البسيط أن:

- تحدد حاجاتها في ظل احترام المادة 27 أعلاه، إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في هذا المرسوم.

- تتأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي، كما هي محددة في المادة 54 من هذا المرسوم.

- تختار متعامل اقتصاديا يقدم عرضا له مزايا من الناحية الاقتصادية كما هي محددة من المادة 72 من هذا المرسوم.

- تنظم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 6 من المادة 52 أدناه.

- تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية"¹.

¹ (كشروود فيروز، مرجع سابق، ص 49).

الفرع الثاني: إجراءات التراضي البسيط

لم يحدد المشرع الجزائري إجراءات إبرام الصفقات بالتراضي البسيط، حيث اكتفى فقط بتحديد حالات اللجوء وتقرير قواعد وشروط إعماله، أمام هذا الفراغ القانوني فرض الواقع الميداني منطقته، حيث أخذت المصالح المتعاقدة لنفسها نظاماً إجرائياً خاصاً، تترجم به عملية التعاقد بطريقة التراضي ويمر بمراحل الآتية:

الدعوة إلى التعاقد

أولى الضوابط التي اتخذتها المصلحة المتعاقدة لتبشر بها إبرام الصفقة بطريقة التراضي البسيط هي دعوة المتعامل للتعاقد، فتقوم باستدعاء المتخصصين في مجال التعاقد وهو ما يقابل الإعلان في مختلف أشكال المناقصة تطبيقاً لمبدأ حرية المنافسة وذلك للحصول على عدد من العرضين حتى تتعدد فرص الانتقاء لدى المصلحة المتعاقدة، إلا أن لجوء المصلحة المتعاقدة لهذا الإجراء لا يكون إلا بعد تأكدها من توافر شرطين هما:

الشرط الأول:

يجب أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من قيمة الصفقة المزمع عقدها يفوق السقف المالي الذي حدد، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 13 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247 حيث نصت: "كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) أو يقل عنه بالنسبة لخدمات الإشغال أو اللوازم،

¹ (المادة 50 من المرسوم الرئاسي 15-247.

وستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات، لا تقتضي وجوباً إبرام صفقة العمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب".

الشرط الثاني:

أسلوب التراضي وبشكليه البسيط وبعد الاستشارة قد حدد حالات اللجوء إلى كل واحد منها من خلال قانون الصفقات حرصاً من الشرع على عدم التوسع في أعماله وهذا حفاظاً على الصفة الاستثنائية لهذا الأسلوب، وبالتالي حدد المرسوم الرئاسي حالات اللجوء إلى التراضي البسيط في المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247¹.

بعد تأكد المصلحة المتعاقدة من توافر الشرطين معا تقوم بتوجيه الدعوة لمن تراه قادراً على انجاز العملية التي تريد تنفيذها، بإرسال خطاب له يشمل العناصر الأساسية للتعاقد بواسطة استدعاء كتابي أو شفهي، عن طريق الاتصال المباشر بالمتعامل المتعاقد الذي سبق وأن تعاملت معه.

التفاوض:

تعد المفاوضات مرحلة جد مهمة في عملية إبرام الصفقة بطريق التراضي فهي تحقق للمصلحة المتعاقدة العديد من الأهداف يتقدمها إزالة الغموض في بعض المسائل، والوقوف على إمكانيات المتعاقد معها، وما يلاحظ في هذا الإطار أن المشرع الجزائري اعترف ضمناً بوجود

¹ دراجي سهام وقاضي اسمهان، إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة ألكلي محند أولحاج - البويرة، سنة 2016 ص 33.

المفاوضات في عملية إبرام صفقات التراضي، حيث أتاح المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى، للمصلحة المتعاقدة إمكانية طلب توضيحات أو تفاصيل بشأن عروض الذي تمت استشارتهم، على عكس النظام الفرنسي الذي يعترف في مجمله بالمفاوضة كمرحلة أساسية في مجال التعاقد إذ يطلق عليها بمصطلح "التعاقد بناء على مفاوضة"، وقد أكد على هذا الاتجاه مجلس الدولة الفرنسي في عدة أحكامه¹.

بالرجوع إلى المادة 52 من الفقرة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 نصت على: "... يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة، وتجري المفاوضات من طرف لجنة تعيينها وترأسها المصلحة المتعاقدة في ظل الأحكام المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم، ويجب على المصلحة المتعاقدة السهر على ضمان إمكانية تتبع أطوار المفاوضات في محضر..."¹.

فالتفاوض إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة مع الطرف الراغب في التعاقد من أجل الإعداد لإبرام العقد أو تسوية نقطة خلاف بينهما تتعلق بإحدى بنود العقد أو تنفيذه، كما أنه يختلف في الميدان الخاص عن مجال الصفقات العمومية من حيث أن الخواص يتمتعون بحرية مطلقة في التفاوض، بينما تواجه الإدارة بعض القيود عند التفاوض في نطاق الصفقات وهذا راجع لأهمية العقد فالإدارة تتعامل بالأموال العامة وهذا يستلزم اتخاذ احتياطات حتى لا يتم التلاعب بها.

¹ (بن محمد محمد ، صفقات التراضي في الجزائر أسلوب إبرام خاص بالضوابط القانونية الغامضة، دفاثر السياسة والقانون العدد الثالث عشر / جوان 2015 ص 182.

¹ (المادة 52 فقرة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247.

يمكن تعريف التفاوض في إجراء التراضي بأنه أسلوب قائم على التشاور والحوار عن طريق تبادل وجهات نظر و أفكار الطرفين أي الإدارة والمرشحين من اجل الوصول الى اتفاق، فالإدارة تعمل على الحصول على أحسن عرض من حيث السعر والجودة والأجل أي تخفيض السعر ورفع الجودة، أما المرشح في عمل على الحفاظ على هامش كبير للحصول على الأرباح.

ولي تحقيق التراضي البسيط وجب على كل طرف إتباع سياسة معينة خاصة المصلحة المتعاقدة، فلا توجد قواعد إجرائية محددة تنظم التفاوض الأمر الذي يجعل الإدارة تتمتع بحرية في تنظيمه، ولكن دون أن تكون هذه الحرية مطلقة فعليها احترام بعض المبادئ المتعلقة بالتفاوض والمتمثلة في:

- مبدأ عدم المساس بالعرض.
- مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.
- مبدأ سرية العروض فلا يجب على الإدارة الإدلاء للمرشحين بمعلومات من شأنها كشف عروض المرشحين آخرين، مثل الأسرار التجارية وبراءة الاختراع.
- مبدأ شفافية الإجراءات.
- مبدأ تتبع الإجراءات.²⁰¹

¹ دراجي سهام قاضي أسهمان ، مرجع سابق ، ص 35.

بعدما تقوم المصلحة المتعاقدة بجميع العروض عن طريق دعوة المتعاملين للتعاقد وانتقاء أفضلها وأنسبها في مرحلة المفاوضات، تقوم المصلحة المتعاقدة بإسناد الصفقة بطريق مباشر للمتعامل الذي اختارته وتفاوضت معه على جميع شروط العقد. وفي هذا لا يمكن أن تلام في اتخاذ لنظام جزائي وفق سلطتها التقديرية، تنظم على ضوءه مراحل إبرام الصفقات بالتراضي البسيط، مدام النص قانوني يوضح نظاما اجزائي يتجسد وفقه التراضي البسيط.² وبالتالي فإن المصلحة المتعاقدة وإن كان لها السلطة التقديرية الكاملة في اختيار المتعامل المتعاقد معها وفق لأسلوب التراضي، إلا أنها ملزمة بأن تضع نصب أعينها المصلحة العامة وأن تعمل من أجلها، خاصة أن³. المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أفاد في المادة 60 منه على أنه " يجب على المصلحة المتعاقدة ان تعلل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سطة مختصة "

² د- بن محمد محمد ، مرجع سابق ، ص 182.

³ (المادة 60 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام).

الفصل الثالث

الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة

في إبرام الصفقات العمومية

المبحث الأول

الممارسات والجرائم المخلة بمبدأ المنافسة الحرة

إن اعتماد المنافسة الحرة في الاقتصاد بوجه عام وفي الصفقات العمومية بوجه خاص وجعلها من ركائز النظام العام الاقتصادي في الدولة يوفر حماية فعالة للنظام العام، حيث يسمح ذلك بالاستعمال العقلاني للموارد الطبيعية، ويساهم في القضاء على مظاهر الممارسات والجرائم المخلة بالمنافسة، وذلك تحقيقاً للأغراض المنصوص عليها في قانون المنافسة وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته¹، وبهذا الصدد سنتطرق إلى دراسة الممارسات المخلة بمبدأ المنافسة الحرة في (المطلب الأول) وإلى جرائم الفساد المخلة بمبدأ المنافسة الحرة في (المطلب الثاني)

المطلب الأول

الممارسات المقيدة بمبدأ المنافسة الحرة

صدر قانون جديد للمنافسة وهو الأمر رقم 03-03 الذي تضمن أحكام جديدة، وذلك بإضافة قواعد جديدة تمنع كل ممارسة منافية للمنافسة، وهذا بوضع حدود وقيود على المتعاملين الاقتصاديين وذلك لتفادي مختلف أنواع الممارسات الاحتكارية الماسة بها²، والتي يمكن إجمالها في الممارسات المحظورة، والتعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق، بإضافة إلى التجمعات الاقتصادية.

¹ قبيس ياسين، زقاغ الياس، احترام مبدأ المنافسة الحرة في ظل إبرام الصفقات العمومية، مذكرة الماستر، جامعة عبد الرحمان بيرة - بجاية - سنة 2013 ص 34.

² عتورة بشير، الاتفاقيات المحظورة في قانون المنافسة، مذكرة الماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم - 2019 ص 02.

الفرع الأول الممارسات المحظورة تعريف الاتفاقيات المحظورة

تشكل الاتفاقيات المحظورة المنافسة للمنافسة من أهم المواضيع التي شغلت الدراسات الفقهية المختلفة وإن كان هناك اختلافات في اهتماماتها، إلى جانب التشريع الذي يبحث عن وضع تحديد دقيق بوضع نصوص جامدة لتحديد هذه الممارسات، في حين يبحث على اعتماد إطار خاص لهذه الممارسة ووضع تعريف جامع لها.

ولهذا ولي معرفة تعريف كل من الجانبين نقف فيما يلي على التعريف التشريعي ثم التعريف الفقهي¹.

التعريف التشريعي

تنص المادة 06 من قانون المنافسة رقم 03-03 معدل ومتمم بالقانون رقم 12-08 "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 منها"².

وفي هذا الإطار تم وضع أو جهاز إداري في مجال المنافسة، وهو مجلس المنافسة للسهر على تطبيق أحكام هذا الفرع الجديد، لكن باعتبار أن هذا النص الجديد صدر في ظروف لم يكن الوضع الاقتصادي والاجتماعي مهياً لمثل هذا التحول، ثم أن محتواه لم يكن يعكس حقيقة الوضع والواقع

¹ (بوسعيد ماجدة، الاتفاقيات المحظورة المقيدة لمبدأ حرية المنافسة - جامعة قاصدي مرباح - ورقلة - مجلة المفكر

للدراسات القانونية والسياسية العدد 03 سبتمبر 1018 ص 89.

² المادة 06 من أمر رقم 03-03 معدل والمتمم بالقانون رقم 12-08 .

الجزائري تم استبداله بنصين أكثر استجابة ومسايرة للتوجه الاقتصادي الجديد للجزائر.

تم نقل هذا النص حرفيا من قانون حرية الأسعار والمنافسة الفرنسي، فالمشروع الجزائري مثل هذا الأخير لم يتطرق إلى تعريف الاتفاقيات المنافية للمنافسة، وإنما اكتفى بسرد بعض الحالات التي تكون فيها محظورة، حيث جاءت صياغة النص عامة تشمل الأعمال المدبرة والاتفاقيات، والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية، لكن يشترط أن يكون هدفها الحاضر أو المستقبلي منافي للمنافسة، وذلك ما نص عليه قانون من خلال عبارة "... تهدف، أو يمكن أن تهدف...".

والمفهوم المخالفة للاتفاقيات التي لا تهدف إلى تقييد المنافسة، لا تدخل في إطار الحظر وهذا يعتبر تأكيد لمبدأ أن الاتفاقيات المنافية للمنافسة ليس على أساس خصائصها، وإنما على أساس أهدافها وغايتها¹، أي انه كل اتفاق يهدف إلى عرقلة أو الحد من الإخلال بحرية المنافسة في سوق معينة من أجل السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات تعتبر منافية للمنافسة.

التعريف الفقهي

التعريف الكلاسيكي للاتفاق يعتبر أنه كل توافق إرادة بين عونين اقتصاديين أو أكثر مستقلين كل واحد عن الآخر ليقرر، وإتباع سلوك بصفة مستقلة في السوق، وهناك من يأخذ بالتعريف الضيق للاتفاق ومن يأخذ بالتعريف الواسع له، ومن يأخذ بالتعريف الأفقي وآخر عمودي.

¹ بوسعيد ماجدة، المرجع سابق، ص 89.

*الاتفاق الأفقي القيد للمنافسة: هو اتفاق مجموعة من التجار المستقلين تقوم بعمل تجاري متماثل أو متشابه ويعملون على مستوى واحد في السوق.

كما أن هناك من عرف الاتفاق المحظور بأنه ممارسة جماعية مقيدة للمنافسة، ترتكبها مؤسسات عديدة مستقلة ضد منافسها أو منافسيها من أجل الحد من الدخول إلى السوق أو تقييد ممارسة النشاط التجاري فيه والقضاء على المنافسين.

وبهذا فإن كل من الفقه والتشريع وإن لم يتوصلا بدراستهما إلى وضع تعريف للاتفاق المنافي للمنافسة، إلا أن كلاهما يتفقا أن تحقيق هذا يشترط مجموعة من العناصر وهي شروط ضرورية لتشكيله¹.

(أ) - شروط الاتفاقيات المحظورة:

• أولاً: الاتفاق

يقصد به التعبير عن الإرادة المستقلة من طرف مجموعة من الأعوان الاقتصاديين، بهدف تبني خطة مشتركة، تهدف إلى الإخلال بحرية المنافسة داخل سوق واحد للسلع والخدمات ولا يقوم الاتفاق في غياب هذا الشرط.

فتكييف الاتفاق يستدعي التقاء مجموعة من الإرادات بين مجموعة من المؤسسات تتمتع بالاستقلالية في اتخاذ القرار، بحيث تساهم كل منها وبصفة مستقلة في رسم سياستها الخاصة في السوق وذلك بغية إيجاد هدف مشترك بينهم، فلا يتحقق هذا الشرط إلا بتوفر إرادة مجتمعة بين هؤلاء المتعاملين، وبتعبير آخر فإن الاتفاق يتحقق بمجرد انصراف إرادة كل مؤسسة معينة تتمتع بسلطة القرار، إلى الانخراط في قالب مشترك بشكل

¹ بوسعيد ماجدة ، مرجع سابق ، ص 90 .

سلوك جماعي لمجموعة من المؤسسات، مما قد يؤثر على الاستقلالية المعترف بها لكل منها، خاصة مع العلم بأن حرية المنافسة في السوق تقتضي الحفاظ على استقلالية قرار كل المتعاملين الاقتصاديين سواء من حيث تحديد الأسعار والدخول في السوق أو الشروط العامة للبيع.

إن مسألة استقلالية إرادة الأطراف إذن ذات أهمية في تكييف الاتفاق بحيث تطرح أساسا تطرح أساسا في العلاقات القائمة بين المؤسسات التابعة لنفس التجمع، كذلك تلك العلاقات التي تربط الشركة الأم هي تلك التي تراقب أعمال فروعها، فهذه الصورة إذن تفلت من تطبيق أحكام المادة 06 من قانون المنافسة، إذ لا يمكن الحديث عن الاتفاق في هذه الحالة إلا إذا كان ينظر إليها كشركات مستقلة عن بعضها البعض، تتمتع كل منها باستقلالية التسيير وإرادة مستقلة مهما كان مالك الأموال.

أما من حيث طبيعة الاتفاق فإنه ليس من الضروري أن يكون تعاقديا، يولد التزامات متبادلة بين المتعاملين المعنيين، كما هو معروف في القانون المدني، وإنما قد يكون في صورة ترتيبات ودية بين الأطراف المتواطئة تتمثل في مجرد تشاور بسيط أو تداول المعلومات حول أسس الخطة المراد تبنيها، أو حتى نشر معلومات من قبل أحد المتعاملين المحترفين بقصد تكريس شفافية السوق مصطنعة في السوق¹.

وبالنسبة للقائمين بالتشاور فإنه مهما كانت طبيعتها فلا تأثير لها حول الاتفاق، سواء تعلق الأمر بأشخاص معنوية (شركة، تجمعات المنفعة العامة وغيرها)، أو بين أشخاص طبيعية، لكن يشترط أن تمارس نشاط

¹ (ناصري نبيل ، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 والأمر رقم 03-03 ، مذكرة الماستر في قانون جامعة مولود معمري - تيزي وزو - 2004 ص 65.

اقتصادي، وفي هذا الصدد يمكن التمييز بين تلك الاتفاقيات التي تخص الأعوان الاقتصاديين المتواجدين في نفس المستوى من الإنتاج والتسويق (الاتفاقيات الأفقية)، وتلك التي تتم في مستويات مختلفة (الاتفاقيات العمودية).

*الاتفاقيات الأفقية:

ويقصد بها تلك الاتفاقيات التي تتم بين مجموعة من المؤسسات (اثنان فأكثر) الذين لا توجد بينهم رابطة تبعية، ولكن يعملون في مستوى واحد من السوق.

مثال: بيع سيارات من طراز متشابه فبدل منافستها بعضها البعض يتفق الصانع على تحديد الأسعار، التي تضمن لهم الأرباح أكثر ارتفاعا.

*الاتفاقيات العمودية:

وهي الاتفاقيات التي تتم على مستويات مختلفة في السوق من الإنتاج والتوزيع.

مثال: اتفاق منتج في مرتبة عليا مع الموزعين المتواجدين في المرتبة دنيا على شروط عقدية مقيدة، (حركة السلع من المنتج إلى الصانع إلى الموزع حتى تصل المستهلك) فتفرض شروط على الموزع لا تسمح له بتحديد ما من ربحه ويمس بحرية الأسعار في سوق ومبدأ العرض والطلب¹.

¹ شرواط حسين، مرجع سابق، ص 73.

*الاتفاقيات المقيدة للمنافسة

تكشف المادة 06 من الأمر 03-03 المذكورة أعلاه أن المشرع قد قسم هذه الاتفاقيات المحظورة إلى فئات معينة كما يلي:

الفئة الأولى :

-الحد من الدخول في السوق أو الممارسات التجارية فيها .

وتكون الاتفاقيات في هذه الفئات وفق تنظيم خاص يستحدثه من لهم مصلحة، يأخذ عدة أشكال تعرقل وتقلص الحد من الدخول في سوق، كمقاطعة أحد المنافسين من أجل استبعاد آخر، أو تكون ذات طابع تعاوني تمنع الدخول لممارسة مهنة ما.

الفئة الثانية:

-تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التحول والاستثمارات .

وتتمثل هذه الفئة في تقليص واقتسام الإنتاج، مثل اتفاق على حصة تحدد بكيفية جزافية لمقادير الإنتاج، ويتعين على المؤسسات المتعاقدة عدم مجاوزتها لأن مخالفتها مرفق بعقوبات التعويض في حالة تجاوز سقف الحصص المحدد. اتفاقيات الأزمة وهي تهدف إلى تقليص الاستثمارات الزائدة وتجوبفها وغلق بعض المصانع، أو اتفاقيات تكون وفق اختصاص¹.

¹ شرواط حسين، مرجع سابق، ص 73.

الفئة الثالثة:

- اقتسام الأقسام أو مراكز التمويل

تستهدف هذه الاتفاقيات إلى اقتسام السوق جغرافياً واتفاقيات توزيع الزبائن أو اتفاقيات الإذعان.

إن هذه الفئة يمكنها أن تجمع مؤسسات تريد الاستجابة لإعلان المناقصة وتتضح أكثر في الصفقات العمومية. وخاصة الإجراء بالتراضي كأصل عام وخاصة في مجال البناء والأشغال العمومية مثل: إصلاح (السدود، الطرق) وهذا الشكل يجعلهم يتملصون من الرقابة فتتفق هذه المؤسسات مسبقاً على اقتسام الصفقات العمومية في السوق بتعيين مؤسسة تقترح أفضل عرض (بالتداول) هذا الاختيار يكون ضمناً من أجل اقتسام المنافع وهذا هو العمل المدبر بذاته، فينخدع رب العمل المعلن عن الصفقة بهذه المنافسة الظاهرية المدبرة ضمناً.

الفئة الرابعة:

- الاتفاقيات التي تخص الأسعار حسب قواعد السوق للتشجيع المصطنع.

إن هذه الاتفاقيات تتمثل في تحديد سعر موحد، بإعداد جدول للأسعار مثلاً تقوم الجمعيات المهنية بوضع أو تحديد أسعار وتعميم طرق الاحتساب للأسعار، فيأخذ قبل عملية قيمة وبعد عملية البيع قيمة حتى تصل إلى السعر الذي يريده¹.

¹ (شروط حسين، مرجع سابق، ص 73 و 74).

• ثانياً: شرط الإخلال بحرية المنافسة

إلى جانب وجود شرط الاتفاق، فإن لابد من البحث عن موضوع الاتفاق والذي يكون بمثابة الآثار التي يترتبها هذا الأخير، فالاتفاق من حيث موضوعه فقد يكون منصبا على تقييد المنافسة في مجال الإنتاج أو التجارة أو أداء الخدمات، بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميين أو الجمعيات، وسواء تم تقييد المنافسة على الصعيد الأفقي أم الرأسي.

بالرجوع إلى أحكام المادة 06 المذكورة سلفا نجد أن موضوع الاتفاق في الحقيقة يقصد به الأطراف، بحيث يكفي لاعتبار اتفاق ما محظورا مجرد انصراف نية الأطراف إلى إعاقة أو تقييد المنافسة الحرة دون ضرورة تحقيق الأهداف الغير مشروعة المناهضة للمنافسة.

إما بالنسبة لآثار الاتفاق فيقصد به كل من الأر المحقق وكذا المحتمل خاصة مع العلم أن المشرع استعمل عبارة " يمكن أن تهدف" حيث أن تأثير الاتفاق سلبيا على المنافسة بمنعها أو الحد منها أو الإخلال بقواعدها قد يكون متوقعا ومحتملا فقط.

وبالتالي فإن شرط الإخلال بالمنافسة يعد أساسا لتكييف اتفاق ما بأنه ممنوع ومحظور لذلك فإن الاتفاقيات التي لا تهدف أو لا يترتب عنها مساس بقواعد المنافسة لا تشكل ممارسات منافية للمنافسة،¹ ولا تقع تحت طائلة المادة المشار إليها أعلاه. ومن هذه الاتفاقيات نذكر تجمعات المؤسسات ومجموعات النقابات المهنية التي تهدف إلى تنظيم المهن وتبادل المعلومات التقنية أو المعلومات المتعلقة بالتسيير... الخ. مما يستوجب

¹ (ز وبير ارزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة الماستر، جامعة مولود معمري تيزي وزو سنة 2011، ص 97.

معرفة ما إذا كان موضوع الاتفاق المذكور أو الهدف منه هو إلغاء حرية المتعاملين المعنيين في اتخاذ قراراتهم بعد التحقيق من تحديد أسعارهم وفق التعليمات الموجهة لهم، وهذا بغض النظر عن كونها أقل من الأسعار التي يمارسها متعاملون آخرون في نفس القطاع.

• ثالثاً: العلاقة السببية بين الاتفاق والإخلال

يعد عامل جودة العلاقة السببية بين محل الاتفاق ذاته أو الآثار الناتجة عنه وبين منع المنافسة أو تقييدها في السوق السلعة التي يناولها الاتفاق، شرطاً أساسياً وضرورياً لتطبيق المادة 06 وما بعدها من قانون المنافسة، ويتحقق هذا الشرط في حالة ما إذا كان الضرر الذي لحق بحرية المنافسة في السوق من فعل الاتفاق المعنى القائم بين الأطراف المتواطئة فيه، ومن خلال هذا الشرط نستخلص بأنه يجب أن تكون علاقة سببية بين عملية التشاور والاتفاق التي تجري بين عدة أطراف، وما ينتج عن هذه العملية من آثار سلبية علة حرية المنافسة والمساس بقواعد حسن سير السوق، اشتراط هذه العلاقة يفرض على السلطة المكلفة بالرقابة ومتابعة الممارسات المعرّقة للمنافسة دراسة الاتفاق وتحليل السوق اعتماداً على ما يتوصل إليه من حوصلة اقتصادية على هذا السوق، فإذا لم تقم هذه العلاقة ولم يلحق الاتفاق ضرراً بالسير الحسن للمنافسة فمن غير المعقول حظر هذا الاتفاق نظراً لما له من تأثير إيجابي على المنافسة.¹

¹ (بوسعيد ماجدة، مرجع سابق، ص 92 .

*الاستثناءات الواردة على حظر الاتفاقيات

ولأن لكل قاعدة استثناء هناك اتفاقات محظورة تمس بحرية المنافسة إلا أن المشرع استثنىها من الحظر، أي أنها اتفاقيات مرخص بها إذا ثبت أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي وتساهم في تحسين التشغيل¹، وهو ما جاء في المادة 09 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم سابق الذكر: "لا تخضع لأحكام المادتين 6 و7 أعلاه، الاتفاقيات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. لا تستفيد من هذا الحكم سوى اتفاقيات أو ممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة"².

ومن خلال النص أعلاه، نجد أن ترخيص الاتفاقيات المحظورة يكون بطريقتين الترخيص المؤسس على نص قانوني، وترخيص المؤسس على الاعتبار الاقتصادية.

1/ الاستثناءات الواردة بواسطة نص قانوني:

يتدرج الترخيص القانوني للاتفاقيات المنافسة للمنافسة، في إطار التدخل المباشر للمشرع في تنظيم بعض النشاطات الاقتصادية لظروف تستدعيها الضرورة أو الأزمة، علما أن هذا الاستثناء لم يشير إليه المشرع الجزائري في الأمر رقم 65-06 المتعلق بالمنافسة وإنما جاء في إطار أمر 03-03.

¹ شرواط حسين ، مرجع سابق ، ص 75

² المادة 09 من أمر رقم 03-03 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 .

أن إجراءات سن هذا النص القانوني وبيان حالات تطبيقه، يفرض استشارة مجلس المنافسة رغم أن هذه الاستشارة اختيارية باعتباره الهيئة السامية، في مجال المنافسة²¹¹، وهذا ما يفهم في المادة 35 من قانون المنافسة والتي تنص: "يبيد مجلس المنافسة رأيه في كل مسألة ترتبط بالمنافسة إذا طلبت الحكومة ذلك، ويبيد كل اقتراح في مجالات المنافسة. ويمكن أن تستشيريه أيضا المواضيع نفسها الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذا جمعيات المستهلكين"².

وتضيف المادة 36 من نفس القانون: "يستشار مجلس المنافسة في كل مشروع نص تشريعي تنظيمي له صلة بالمنافسة أو يدرج تدابير من شأنها لاسيما:

- إخضاع ممارسة مهنة ما أو نشاط ما، أو دخول سوق ما، إلى قيود من ناحية الكم

- وضع رسوم حصرية في بعض المناطق أو النشاطات

- فرض شروط خاصة لممارسة نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات

- تحديد ممارسات موحدة في ميدان شروط البيع"³.

وما يترتب على النص أعلاه وجود هذا الترخيص القانوني للاتفاقيات المحظورة، هو إعفاء أطرافها من الإدانة والمتابعة، وبالتالي يصبح سند

¹ بوسعيد ماجدة، مرجع سابق، ص 99.

² (المادة 35 من أمر رقم 03-03 معدل والمتمم بالقانون رقم 08-12.

³ (المادة 36 من أمر رقم 03-03 معدل والمتمم رقم 08-12.

مشروع لتبرير مخالفتهم، والمشرع نص على هذا الاستثناء الخاص في المادة 9 أعلاه، ويتوقف تطبيقه على توفر شرطين هما

- يجب أن يكون هذا الاستثناء مكرس سواء بنص تشريعي أو بنص تنظيمي هو الآخر جاء تطبيقاً لنص تشريعي.
- ارتباط الاتفاق المحظور مباشرة بالفئة المستثناة بالنص القانوني¹.

2/ الاستثناءات المؤسسة على الاعتبارات الاقتصادية:

إن الظروف الاقتصادية لها تأثير واسع ومباشر، ليس فقط على صياغة القواعد المتعلقة بالمنافسة لكن حتى في تطبيقها، حيث يؤخذ بعين الاعتبار وضعية السوق والعوامل الأخرى الناتجة عن حركية فيه لتقدير آثار الاتفاقيات الاقتصادية، وما يترتب عنه أنه تستثني من الحظر كل الاتفاقيات التي تستجيب لهذه العوامل الاقتصادية، بعد ترخيصها من طرف مجلس المنافسة وفق الإجراءات المحددة.

أ- محتوى العوامل الاقتصادية:

ترتبط العوامل الاقتصادية بمعطيات السوق، وهي تمثل الجوانب الإيجابية التي يمكن أن يحققها الاتفاق المحظور، والتي تكون سبب الإعفاء من المتابعة، ولقد وردت هذه العوامل في نص المادة 09 المذكور أعلاه، ومن خلال هذه الأخيرة يمكن تحديد ظروف الترخيص في الحالتين، تتمثل الأولى في مساهمة الاتفاقيات في التطور الاقتصادي أو التقني والذي ينتج عنه تحسين التشغيل، والثانية تتمثل في مساهمة في تعزيز المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ووضعيتها في السوق.

¹ بوسعيد ماجدة ، المرجع السابق ، ص 99 .

ب- الإجراءات الشكلية:

إن تطبيق الاستثناء الوارد على حظر الاتفاقيات المؤسس على اعتبارات اقتصادية لا تتوقف على مجرد توافر شروط موضوعية، بل يشترط أن تراعي فيها إجراءات شكلية تتمثل في شرط الترخيص من طرف مجلس المنافسة مع شرط تحمل المؤسسات عبء الإثبات¹.

ت) - إثبات الاتفاقيات المقيدة للمنافسة:

كما سبق ذكره فإن الاتفاقيات قد تأخذ بشكل عقد شفوي أو اتفاقيات مكتوبة حسب المادة 06 من الأمر 03-03 ويكون صريحا، وقد يكون بشكل قانوني بحيث يتم التشاور والاتفاق بطريقة لا تترك آثار رابحة كتابية أو عملية ونكوم بالتالي أمام اتفاق ضمني أكثر تعقيدا يستلزم دراسة دقيقة، وتحديد محكم للسوق من السلطة المعنية (رئيس مجلس المنافسة والمحققين) لذلك فيمكن إثبات الاتفاقيات المقيدة للمنافسة كما يلي:

- الأدلة المادية تتمثل في الوثائق، التحقيقات، تصريحات الأطراف
- محاولة إقناع مجلس المنافسة والغرفة التجارية على مستوى مجلس قضاء الجزائر إذا اقتضى الأمر بوجود إخلال بالمنافسة.
- في حالة المناقصة يمكن إبراز تشاور اللاشعري انطلاقا من تحليل الأسعار من جهة وسلوك المتعهدين المشبوه بهم من جهة أخرى، وتبرز في العقود الإدارية (الصفقات العمومية بالتراضي)².

¹ (وسعيد ماجدة المرجع السابق ، ص 100.

² (شرواط حسين ، مرجع سابق ، ص 76 .

الفرع الثاني: الممارسات التعسفية

لكي تكون منافسة في السوق ما مزيفة لا بد أن توجد ممارسات تعسفية، التي تصدر عن المؤسسات قوية، لأن هذه المؤسسات تتحرر من الضغوطات التي تفرضها عليها عملية المنافسة وتخفف من درجة المنافسة السائدة في السوق، ويحدث ذلك إذا حازت المؤسسة على هيمنة في سوق او خدمة، كما يقع تزيف المنافسة أيضا إذا كان لدى المؤسسة هيمنة نسبية على مؤسسة أو مؤسسات معينة يسمح لها بممارسة نفوذ اقتصادي عليها، ويتم ذلك بواسطة الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية كما يمكن تقييد المنافسة عن طريق البيع بأسعار منخفضة بشكل تعسفي¹.

• أولا: التعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق:

التعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق، هو من الممارسات التي لها أثر بالغ على المنافسة، فهو يؤدي إلى تفويض نشاط المؤسسات الصغيرة والمتوسطة مما ينعكس سلبا على أدائها التنافسي، ويحرمها من منافع المنافسة.

زمن أجل دراسة التعسف في استغلال وضعية الهيمنة سنتطرق الى الشروط التي يقوم عليها هذا التعسف، ثم الاستثناءات على الخطر الوارد بشأن التعسف في وضعية الهيمنة².

¹ (قبيس ياسين، زقاغ الياس، مرجع سابق، ص 37.

² (رافع لموي المرجع السابق، ص 351 .

• شروط قيام التعسف في استغلال وضعية الهيمنة

يوجد شرطان لازمان للمؤسسة حتى يسعنا الحكم عليها، بأنها تمارس تعسف في استغلال وضعية الهيمنة، وهو التواجد في وضعية هيمنة على السوق، ثم الاستغلال التعسفي لهذه الوضعية.

1/- شرط تواجد المؤسسة في وضعية هيمنة:

لمعرفة ما إذا كان العون الاقتصادي يحتل وضعية هيمنة على السوق، فلا بد من تحديد مفهوم وضعية الهيمنة، وكذا المقصود بالسوق، ثم ينبغي التحقق من مدى توافر المعايير التي تجعل العون الاقتصادي في وضعية هيمنة¹.

أ) تعريف وضعية الهيمنة

نظم القانون الأوروبي هذه المسألة في المادة 86(82)حاليا)، من اتفاقية السوق الأوروبي المشترك المعروفة باتفاقية روما المنعقدة في 1957، وتضمنت هذه المادة ما يفيد حظر إساءة استغلال وضعية الهيمنة وهنا يتفق القانون الأوروبي مع القانون الأمريكي بأنه جاء خاليا من تعريف محدد للمركز المهيمن.

كما كان للقضاء الأمريكي دورا بارزا في تحديد مفهوم وضعية الهيمنة، فإن القضاء الأوروبي له أيضا دور في هذا المجال،² وقد عرفت محكمة العدل الأوروبي وضعية الهيمنة " بأنها قوة اقتصادية يحوزها مشروع

¹ (رافع لموي المرجع السابق، ص 351 .

²) Menouermustapha droit de la concurrence. berti édition. Alger 2013 cour d'apparret de 14-01-10p125

معين، تمنحه القدرة على وضع عوائق أمام منافسة فعالية في السوق المعني، وتمكنه من اتخاذ القرارات من جانب واحد في مواجهة منافسيه وعملائه وكذلك المستهلكين.

وتبنى القضاء الفرنسي ذات التعريف الذي أخذت به محكمة العدل الأوروبية، وتتميز وضعية الهيمنة بالنسبة للمؤسسة حسب هذا المفهوم بأنها لا تبالي ولا تكثرث بإستراتيجية والتخطيط منافسيها، وهذا ما يمكنها من التصرف بشكل منفرد ومستقل في مواجهة منافسيها وعملائها وأخيرا المستهلكين.

وأخذ أيضا مجلس المنافسة الفرنسي بذات المفهوم الذي أخذت به محكمة العدل الأوروبية وكذلك القضاء الفرنسي في عدة دعاوى ومن ذلك على سبيل المثال دعوى شركة " بلانات " للصناعات الكهرومنزلية.

ومن جهة أخرى عرف المشرع الجزائري وضعية الهيمنة تعريفا شبيها بتعريف محكمة العدل الأوروبية في نص المادة 03 فقرة (ج) من الأمر 03-03: "...ج- وضعية الهيمنة هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعالية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة الى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو مموئها¹.

¹ (بعوش دليلة ، وضعية الهيمنة على السوق وإساءة استقلالها في ظل أحكام قانون المنافسة، المركز الجامعي ميله- مجلة العلوم الإنسانية عدد 49 جوان 2018 - المجلد ب- ص 210 .

وهذا التعريف يعتبر شرط إلزامي ومسبق لتحقيق التعسف في وضعية الهيمنة على السوق والمعاقب عليها في المادة 07: "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكارها أو على جزء منها قصد:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني
- أقسام الأسواق أو مصادر التموين
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو انخفاضها
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية¹.

غير أن المشرع الجزائري قد تأخر في تنظيم هذه الممارسات إلا ان صدر المرسوم التنفيذي رقم 2000-314 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 الملغى، بحيث أشارت المادة 05 منه على أنه: "تحدث هذه الحالة في غياب حل بديل". ولكن لم يتم تنظيم هذه الممارسات المقيدة للمنافسة بصفة واضحة إلا بصدور الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والذي يعرف وضعية التبعية الاقتصادية على أنها "العلاقة التجارية التي لا تكون فيها المؤسسة ما محل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا".

¹ المادة 07 من الامر 03-03 معدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 .

إن التعسف الناجم عن الهيمنة على سوق أو على جزء جوهري منه غالباً ما يكون من فعل مؤسسة أو مجموعة من مؤسسات فالمادة 07 المشار إليها أعلاه تمنع هذا التعسف. فتكون في وضعية هيمنة كل مؤسسة تتواجد في موضع يسمح لها بأن تلعب دوراً رئيسياً في السوق ما للسلع والخدمات دون أن يكون بمقدور أي منافس آخر توفير بدائل معتبرة سواء لزيائن أو موردين المؤسسة المتواجدة في هذه الوضعية²²¹.

(ب) تحديد السوق المرجعية:

عرفت السوق المرجعية بموجب المادة 03 فقرة (ب) من الأمر 03-03 بأنها: "كل سوق أو خدمات بممارسات مقيدة للمنافسة، وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويض لا سيما بسبب مميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها سلع أو خدمات المعنية"².

(ج) معيار الهيمنة:

توجد مجموعة من المعايير يجب توافرها في المؤسسة فيمكن القول بأنها تحتل وضعية هيمنة على السوق، وتتمثل هذه المعايير أساساً في معيار حصة السوق، ومعيار القوة الاقتصادية والمالية³.

¹ قبيس ياسين و زقاغ ياسين، مرجع سابق، ص 37 .

² المادة 03 فقرة (ب) من الأمر 03-03 معدل والمتمم بالقانون رقم 08-12.

³ رافع لموي المرجع السابق، ص 351 .

2/ شرط الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة:

بالرجوع إلى نص المادة 07 من الأمر رقم 03-03: "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها

- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني

- أقسام الأسواق أو مصادر التمويل

- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها

- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة

- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية¹.

ومن خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري أخذ بالمفهوم الشخصي للتعسف، بمعنى أنه لا يقوم التعسف إلا إذا صدر عن سلوك إرادي لصاحبه يتجه إلى تزييف المنافسة². وفي هذا الصدد أدان مجلس

¹ (المادة 07 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 .

² (بعوش دليلة ، مرجع سابق ، ص 217.

المنافسة في قضية المؤسسة الوطنية للصناعات الالكترونية (وحدة سيدي بلعباس)، هذه المؤسسة لارتكابها ممارسات تعسفية، وفي حيثيات القضية أن المؤسسة المذكورة والتي تحتل وضعية هيمنة في سوق الأجهزة التلفزيونية والهوائيات قامت بمعاملة تفضيلية لبعض العملاء على حساب عملاء آخرين، وقد أعاب مجلس المنافسة على المؤسسة المشتكي منها قيامها بعدد من الممارسات التعسفية.

وقرر مجلس المنافسة أنه: "إذا كان للمؤسسة كامل الحرية في تحديد السياسة التجارية التي تخدم مصالحها، فإنه لا يجوز لها من منظور قانون المنافسة استعمال هذه الحرية للحد من المنافسة بين مختلف البائعين، أو لإضعاف قدرة البعض على منافسة البعض الآخر"، وقد اعتبر أن "الممارسات التي أقدمت المؤسسة على ارتكابها قائمة وتشكل في حد ذاتها تعسفا في استعمال وضعية الهيمنة، طالما أنها من فعل مؤسسة في وضعية هيمنة، مما يستوجب معه الأخذ بأحكام المادة 07 من الأمر المتعلق بالمنافسة"¹.

أنواع الممارسات التعسفية لوضعية الهيمنة:

تمثل الممارسات التعسفية التي يمكن أن تصدر عن المؤسسة المهيمنة في تلك السلوكيات التجارية، التي تتجاوز حدود المنافسة على تعداد التصرفات التي تجسد الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة، وورد على سبيل المثال في المادة 07 أعلاه .

¹ رافع لموي المرجع السابق، ص 351 .

(أ): التصرفات الاستعبادية الهادفة إلى منع المنافسين من الدخول إلى السوق

في هذه الحالة تلجأ المؤسسة المهيمنة إلى عدد من الوسائل والآليات لتحقيق مثل هذا الهدف: منها رفض البيع، التمسك بحق الملكية الأدبية وحقوق الملكية الصناعية، إن كان المشرع الجزائي لم يشر في هذه الحالات بشكل واضح واكتفى بالتعبير عن ذلك بالحد من الدخول إلى السوق، أو ممارسة النشاطات التجارية فيها والذي من الممكن أن يكون بإتباع إحدى الطرق المتمثلة في الحد من دخول المنافسين إلى السوق، أو التمسك بحقوق الملكية الأدبية والفنية.

(ب): ممارسات متعلقة بالأسعار

يعد السعر أقوى سلاح فعال في المنافسة، لذلك كثيرا ما تلجأ الشركات ذات القوة الاحتكارية إلى استخدام سلاح السعر للمحافظة على هذه القوة، ولاكتساب أكبر نصيب ممكن من هذه السوق وصولا إلى احتكارها، بهدف رفع أرقام مبيعاتها والوصول إلى أكبر ربح ممكن وهو ما يقتضي دراسة أهم آليات التسعير، من تسعير عدواني، وتمييز في السعر (بيع تمييزي) بوصف ذلك ممارسات استعبادية للوصول إلى احتكار السوق، أي (ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفا، أو ممارسة الأسعار التمييزية، والبيع المترابط المتلازم)¹.

¹ (بعوش دليلة المرجع السابق، ص 218 .

• الاستثناءات على الحظر الوارد بشأن التعسف في وضعية الهيمنة

كما هو الحال بشأن الاتفاقيات المحظورة، فإنه يرخص في حالات التعسف في وضعية الهيمنة الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي، وأيضا تلك التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تحقق المصلحة العامة، وتؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق.

وعلى الرغم أن نص المادة 09 من الأمر 03-03 لم يبين بعض حالات التطور الاقتصادي والتقني، التي يمكن أن تنتج عن تعسف المشروعات الضخمة في السوق، إلا أنه يمكن اعتبار من قبل الممارسات التي تؤدي إلى التطور الاقتصادي أو التقني تلك التي تهدف إلى تحقيق حصيلة اقتصادية إيجابية¹.

• **ثانيا: التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية**

تأكيد على تكريس حرية التجارة والصناعة وتجسيد مبدأ المنافسة الحرة والنزاهة، وحتى لا يترك بابا للتأويل، عمد المشرع الجزائري إلى ضبط حدود التعسف، في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية ومنه نستطيع القول أنه عرفه من خلال الصور التي تجسده²، وهو ما نصت عليه المادة 11³:

¹ (رافع لموي ، المرجع السابق ، ص 351 .

² (لعور بدر ، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، جامعة محمد خيضر - بسكرة - سنة 2014 ص 90 .

³ (المادة 11 من الأمر رقم 03-03 معدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 .

يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعيتها التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة...".

وفي ظل غياب تعريف فقهي للتعسف، في استغلال وضعيتها التبعية الاقتصادية نورد التعريف التالي وهو ممارسة مقيدة للمنافسة تنشأ بموجب العلاقة التجارية، التي تكون فيها المؤسسة التابعة (سواء زبونا أو ممونا) إرادة في رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها المؤسسة المتبوعة بشكل تعسفي، من خلال رفض البيع بدون مبرر شرعي، البيع المتلازم أو التمييزي البيع المشروط باقتناء كمية دنيا، الالتزام بإعادة البيع بسعر أدنى، أو قطع العلاقات التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة، وكل عمل من هذا القبيل محظورا قانونا لمنافيه مساس بالمنافسة الحرة¹.

وعليه بالرجوع إلى نص المادة 11 من الأمر 03-03 سابق الذكر نص على شروط القانونية لتحقيق حالة التعسف في استغلال وضعيتها التبعية الاقتصادية والمتمثلة في:

• أولا: شرط وجود وضعيتها تبعية اقتصادية:

لقد أعطت المادة 3 في فقرتها (د) مفهوما لوضعية التبعية الاقتصادية بوصفها "العلاقة التي لا يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا"²³².

¹ لعور بدر، مرجع سابق، ص 93.

² المادة 03 فقرة (د) من الأمر رقم 03-03 معدل والمتمم بالقانون رقم 08-12.

إن وضعية التبعية الاقتصادية وفقا لمفهوم النص نفترض وجود علاقة تجارية بين المؤسسة التابعة والمتبوعة، هذه العلاقة حددتها المادة السابقة من زاوية المؤسسة المتبوعة، فذكرت بأنها قد تكون زونا أو ممونا، الأمر الذي يوحي باتساع نطاق وضعية التبعية الاقتصادية بإمكان تحقيقها في شتى العلاقات التجارية.

وفي الواقع فإن هذه العلاقة التجارية قد تترجم في صيغ متعددة، إذ أنها قد تحقق بتبعية موزع لممون كما في الحالة التي فيها المنتج الممون نسبة كبيرة من رقم أعمال الموزع، بحيث لا يمكنه إلا أن يكون في وضعية تبعية، كما قد يحدث العكس وتحقق تبعية الممون لموزع، كأن تشكل المؤسسة الموزع أهمية كبيرة في تجارة الممون.

وإن وجود علاقة تجارية بين مؤسستين، وإن كان شرطا لقيام المخالفة فإنه غير كاف لتحقيق وضعية تبعية اقتصادية لأن هذه العلاقة قد تكون مجرد اتفاق قد يصبح غير مشروع إذا أخل بقواعد المنافسة، لذلك وحتى نميز بين وضعية التبعية الاقتصادية وغيرها من الاتفاقيات لابد من ذكر شرط آخر تنظمه المادة 03 من الفقرة (د) يتمثل في وجود حالة الضرورة عبرت عنها المادة " بعدم وجود بديل مقارن" أي أنه استدعتها ظروف الحال التي دفعت المؤسسة التابعة إلى قبول شروط التعاقد المفروضة من المؤسسة المتبوعة تحت طائلة تحقق خسارة أكيدة في جانب المؤسسة التابعة¹.

¹ (قبلي سيد علي ، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في التشريع الجزائري، مذكرة الماستر ، جامعة ألكلي محند أولحاج 2019 ص 29.

• ثانيا: شرط التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية

شأنها شأن باقي الممارسات المقيدة للمنافسة، فإن وضعية التبعية الاقتصادية ليست في حد ذاتها تشكل ممارسة مقيدة للمنافسة، بل لا بد من وجود عنصر آخر وهو التعسف في استغلال هذه الوضعية بشكل يخل بقواعد المنافسة، وأن هذا المعيار أي الإخلال بقواعد المنافسة يجب أن يكون درجة معقولة، كما ذكرنا بشأن الاتفاقات غير المشروعة، لذلك فإن المشرع وحتى تسهل عملية تحديد مدى وجود هذه الممارسة، فقد جاء في المادة 11 من الأمر 03-03 سابقة الذكر: "... يتمثل هذا التعسف على الخصوص في:

- رفض البيع بدون مبرر شرعي
- البيع المتلازم أو التمييزي
- البيع المشروط باقتناء كمية دنيا
- الالتزام بإعادة البيع بسعر أدنى
- قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة
- كل عمل آخر شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق¹.

الفرع الثالث: التجمعات لاقتصادية

استنادا إلى المشرع الجزائري فإنه منذ معالجته لهذا النظام سنة 1995، لم يعرف التجميع الاقتصادي واكتفى في الأمر 03-03 بإعطائه

¹ (المادة 11 من الأمر رقم 03-03 معدل والمتمم.

أشكاله، فقد نص في المادة 15 منه: "يتم التجميع في مفهوم هذا الأمر إذا:

- اندمجت مؤسستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل.
- حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل، أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق أخذ أسهم في رأس مال أو عن طريق شراء عناصر من أصول مؤسسة أو بموجب عقد أو بأي وسيلة أخرى.
- أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة"¹.

والملاحظ من هذه المادة هو تذبذب موقف المشرع الجزائري بين الحظر والإباحة والرقابة عليها، واستقراره في الأمر 03-03 على إخضاعها للرقابة إذ لا نلمس في نص المادة 15 تشخيص حالته وصوره أي صيغة من صيغ الحظر، كقول المشرع (يحظر، يمنع، لا يجوز) وفي غياب ذلك نؤكد ونجزم أن التجميع الاقتصادي في أساسه غير محظور، إلا أنه بالاطلاع على فحوى المواد 17، 18، 19، 20، 21 من الأمر 03-03. نستنتج أن عملية التجميع الاقتصادي خاضعة للرقابة، وهي مباحة بالقدر الذي لا يتيح أثارا ماسة بالمنافسة تحت رقابة مجلس المنافسة، لذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري أخرجه من الممارسات المنافية للمنافسة. وبناء على ذلك يمكن القول إن قانون المنافسة الجزائري أخذ بعين الاعتبار مشروعية التجمعات الاقتصادية، أخضعها للرقابة لتأكيد عدم تقييدها للمنافسة.

¹ (المادة 15 من الامر رقم 03-03 من قانون المنافسة المعدل والمتمم .

مع الأخذ بعين الاعتبار أن مراقبة التجمعات وفقا لما نصت عليها المواد 17، 18 من الأمر 03-03، ليست قاعدة عامة، على كل التجمعات بل هي مقررة للعمليات واسعة النطاق التي تبلغ حسب المادة 18، حدا يفوق 40 بالمائة من المبيعات أو المشتريات المنجزة في السوق المعنية مما يعني أن العمليات التي تساوي أو تقل عن ذلك تخرج عن نطاق الرقابة.

إذا ومما سبق يستنتج التعريف للتجمعات الاقتصادية المشروعة هو كل تكتل تنفذ فيه المؤسسات مجتمعة استقلاليتها لتعزيز القوة الاقتصادية للمجموعة، ينشأ إما بالاندماج أو بممارسة النفوذ الأكيد والدائم على نشاط المؤسسة في صورة المراقبة أو بإنشاء مؤسسة مشتركة، ويحقق ما يساوي أو يقل عن 40 بالمائة من المبيعات أو المشتريات المنجزة في السوق بشكل لا يؤدي إلى المساس بالمنافسة الحرة¹.

• رقابة التجمعات

- شروط مراقبة التجميع الاقتصادي

يعتبر التجميع الاقتصادي مشروع، إلا أنه يخضع لمراقبة مجلس المنافسة في حالة المساس بالمنافسة تطبيقا للمادة 17 وذلك وفقا لشروط حددها فيها من الأمر 03-03 "كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، لا سيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبت فيه فن أجل ثلاثة (3) أشهر"².

(1) - شرط مساس التجميع بالمنافسة

¹ لعور بدرة ، مرجع سابق ، ص 134.

² المادة 17 من الأمر رقم 03-03 من قانون المنافسة المعدل والمتمم .

نص كل من الأمر رقم 95-06 في المادة 11 منه، والأمر 03-03 في المادة 17 على أن كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة وتعزيز وضعيه الهيمنة على السوق، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة ليبحث فيه، وعليه إذا كان للتجميع دورا في تعزيز وضعيه الهيمنة فيه يخضع بموجب قانون المنافسة للمراقبة.

وشرط الإخلال بالمنافسة شرط مرن، والسلطة المختصة يتعين عليها تقدير مدى مشروعية التجميع بالنظر إلى مدى تأثيره على المنافسة، وقد نص المشرع على الحد الخاضع للرقابة¹.

(2) - شرط الحد من عملية التجميع

حدد المشرع التجميع الخاضع لمراقبة مجلس المنافسة والذي يفوق 40 بالمائة، حيث تنص المادة 18 من الأمر 03-03 على أنه: "تطبق أحكام المادة 17 أعلاه، كلما كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40 بالمائة من المبيعات والمشتريات المنجزة في السوق معينة"²⁴² من خلال نص المادة نستخلص أن المشرع اعتمد على معيار اقتصاد السوق حيث أن عملية التجميع، لا تخضع لمراقبته إلا إذا تجاوزت النسبة المحددة من المبيعات والمشتريات، وإلا كانت من شأنها المساس بالمنافسة وإلحاق الضرر بها، ويتم تقدير هذه النسبة بالرجوع الى المبيعات والمشتريات في سوق معينة، مما يستوجب تحليلا مسبقا للسوق المعنية لتحديد حصة المعنيين بعملية التجميع فيه.

¹ (قبلي سيد علي ، مرجع سابق ، ص 35.

² (المادة 18 من الأمر رقم 03-03 معدل ومتمم بالقانون رقم 08-12.

تعتمد طرق تحديد الحصة في السوق على عدة عناصر، من ها على وجه الخصوص تقييم الاستهلاك الوطني للمنتج المعني، بالإضافة إلى تحديد رقم الأعمال المنجزة في السوق من طرف المعنيين بعملية التجميع³.

ولا يشكل هذا التقييم المعيار الوحيد الذي يعتمد عليه لتقييم التجميع، بحيث يمكن الاعتماد على العديد من المقاييس التي أقرها المرسوم التنفيذي رقم 315-2000 المؤرخ في 16 رجب عام 1421 الموافق (ل) 14 أكتوبر سنة 2000 الذي يحدد مقاييس تقدير المشاريع التجميع والتجمعات (الملغى)، ويحدد حصة السوق التي يحوزها كل عون اقتصادي بعملية التجميع، وكذا حصة السوق التي تمسها هذه العملية. ويلاحظ أن المشرع اعتمد على معيار السوق رغم وجود معايير أخرى منها معيار رقم الأعمال.

(3) - شرط القرار الصادر بالتجميع

يتخذ مجلس المنافسة بعد القيام بعملية التقدير بموجب تحليل معمق ودقيق مقررا مسببا اعتمد على عدة عوامل، بعد أخذ رأي كل من وزير التجارة والوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع محل الرقابة، يتضمن إما الترخيص بالتجميع لعدم إضراره بالمنافسة، وإما رفض التجميع إذا ما ثبت أن الآثار الناتجة عنه من شأنها المساس بالمنافسة نصت على ذلك المادة 19 من الأمر 03-03 المعدلة بموجب القانون 12-08 بأنه في حالة كون التجميع منافي للمنافسة فإن مجلس المنافسة يصدر قرارا معلقا برفضه، غير أنه قد يسمح به إذا كان لا يفيد لكن يكون قبول هذا التجميع ليس كونه لا

³ (قبلي سيد علي ، مرجع سابق ، ص 35.

يتنافى مع المنافسة وإنما بسبب ما يقدمه من مساهمة في التطور التقني والاقتصادي والفقرة الثانية من هذه المادة وضعت شروطاً من شأنها تحقيق آثاره على المنافسة، فترخيص التجمعات في حالة تقييدها للمنافسة¹، لا يتم إلا إذا كان لها مساهمة في دفع عجلة التطور الاقتصادي إلى الأمام وذلك بالبحث العلمي وتطوير الإنتاج والابتكار.

ويتم الترخيص بتقديم المؤسسات التي تريد التجميع، طلب الترخيص إلى مجلس المنافسة وبعد دراسة هذا الأخير لجميع الوضعيات يقرر الترخيص به أو رفضه، في حالة قبوله فمن حق أي مؤسسة أن تطعن في هذا القرار، وقد تم التوسيع في دائرة منح الترخيص بالتجميع من خلال نص المادة 21 من الأمر نفسه.

المطلب الثاني

جرائم الفساد المخلة بمبدأ المنافسة الحرة

تشكل الصفقات العمومية أهم مجال تتحرك فيه الأموال العامة فإنه بذلك يعد مجالاً حيويًا للفساد بكل صورته، وهو ما أدى إلى اهتمام المشرع بتجريم مختلف المخالفات المتعلقة بالصفقات العمومية، وذلك من خلال قانون العقوبات غير أنه ونتيجة للازدحام ظاهرة الفساد المالي الناتجة عن خرق مبادئ سيادة القانون وقواعد الشفافية، جعل الجزائر لم تقف موقف المتفرج بل كانت سباقة في القيام بالعديد من الإصلاحات وذلك عن طريق مصادقتها على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والمعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك وكذا اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع

¹ قبلي سيد علي، المرجع السابق، ص 36.

الفساد ومكافحته، وقامت كذلك بسن قانون مستقل خاص تحت رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. ولدراسة هذا أكثر يجب تسليط الضوء على مختلف جرائم الصفقات العمومية التي تمس نزاهة وشفافية إبرام الصفقة وبالتالي الإخلال بمبدأ المنافسة¹.

الفرع الأول: جريمة الامتيازات غير مبررة في مجال صفقات عمومية

جرم المشرع الامتيازات الغير مبررة في نص المادة 26 من قانون 06-01 المعدل والمتمم بقانون رقم 11-15 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته التي جاءت فيها:

" يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة مالية من (200.000) دج إلى مليون (1.000.000 دج):

- كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتياز غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد اتفاقية أو صفة أو ملحق، مخالفة لأحكام الشريعة والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات .

- كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم ولو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة

¹ آمنة شرقي ، تكريس مبدأ الشفافية في إطار الصفقات العمومية ومحاربة جرائمها ،مذكرة الماستر ، جامعة العربي بن مهيدي -أم البواقي- سنة 2017 ص 59.

أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين²⁵¹.

ويتضح أن المقصود بالامتيازات غير مبرر في مجال الصفقات العمومية، الامتيازات التي لا تسند إلى أساس قانوني، أي الامتياز المتحصل من دون وجه حق، نتيجة مخالفة التشريع والتنظيم المعمول بهما في مجال الصفقات العمومية، من طرف الموظف العمومي المكلف بإبرام أو التأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق من أجل إعطاء أحد المتعاملين مع الدولة أو إحدى هيئاتها العمومية امتياز غير مبرر، الغاية من تجريم هذا الفعل ضمان المساواة بين المرشحين للصفقات العمومية ومكافحة التمييز بين المتعاملين الاقتصاديين، الذي لن يأتي إلا من خلال تكريس شفافية الترشيح للصفقة وإجراءات الشفافية¹.

ومن خلال النص أعلاه نستنتج أن المشرع حصر جريمة الامتيازات الغير مبررة في مجال الصفقات العمومية في صورتين، تتمثل جريمة الأولى في مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية جاري العمل بهما والتي يطلق عليها "جريمة المحاباة"، والمنصوص عليها في المادة 26 فقرة 1، وتتمثل الجريمة الثانية في استغلال نفوذ الأعوان العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة، والمنصوص عليها في المادة 26 فقرة 2 من قانون الوقاية من الفساد المذكور، وعليه سنتطرق إلى جريمة المحاباة أولاً، ثم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة ثانياً.

¹ المادة 26 من قانون رقم 06-01 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الطبعة الأولى د. و. أ. ت 2006 ص 12 .

¹ (بوقرة فضيلة، مكافحة الفساد في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والامر رقم 06-01 المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، ص 72 .

• أولاً: جنحة محاباة

هي الجريمة المنصوص عليها في المادة 26 فقرة 1 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التي حلت محل المادة 128 مكرر 1 الملغاة من قانون العقوبات. ولدراسة هذه الجريمة يجب التعرف على صفة الجاني، وثم التطرق للركن المادي والمعنوي لهذه الجريمة.

أ/ صفة الجاني

يفترض أن يكون الجاني في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية وفقاً لنص المادة 26 فقرة 1 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته "موظفاً عمومياً" وهذه الصفة تمثل الركن المفترض في هذه الجريمة وفي باقي جرائم الفساد التي يقوم بها الموظفون العموميون،¹ لذلك يجب توضيح تعريف الموظف العمومي وفقاً لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته في المادة 2 فقرة (ب) منه، حيث عرف الموظف العمومي:

"كل شخص يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء كان معيناً أو منتخباً، دائماً أو مؤقتاً، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته".²

كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتاً، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية

¹ (أمانة شرقي، مرجع سابق، ص 60).

² (المادة 02 فقرة (ب) قانون رقم 06-01 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الطبعة الأولى د. و. أ. ت 2006 ص 04).

مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأس مالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

ب/ الركن المادي

يتحقق الركن المادي لجريمة المحاباة بقيام الجاني بإبرام عقد أو اتفاقية لجريمة المحاباة بقيام الجاني بإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق أو مراجعته أو تأشيرته، مخالفا للإجراءات التشريعية والتنظيمية المعمول بها بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير وعلى هذا الأساس يمكن تقييم الركن المادي لهذه الجريمة إلى عنصرين أساسيين هما:

1- السلوك الإجرامي: يتحقق السلوك الإجرامي لهذه الجريمة متى قام الموظف:

أ/ بإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفا الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات

ب/ تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفا الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين الترشحين وشفافية الإجراءات.¹

¹ (أمنة شرقي ، مرجع سابق ، ص 64 .

2- الغرض من السلوك الإجرامي:

لا تكفي صور السلوك الإجرامي السابقة لوحدها لقيام الركن المادي في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، فقيام الموظف العام بإبرام أو تأشير عقد أو صفقة أو ملحق أو اتفاقية مخالفة لأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمبادئ المذكور أعلاه، لا يقيم جريمة السابقة إلا إذا كان الغرض من هذا الفعل هو منح الغير امتياز غير مبرر، كما يشترط كذلك أن يكون الغير سواء شخص طبيعي أو معنوي أو هو المستفيد من هذه الامتيازات وليس الجاني نفسه، لأنه في الحالة الأخيرة يتغير الوصف القانوني لهذا الفعل ويصبح رشوة في الصفقات العمومية، وفقا للمادة 27 من القانون رقم 06-01¹

(ت) الركن المعنوي

تعد جنحة منح الامتيازات الغير مبررة في مجال الصفقات العمومية من الجرائم العمدية التي تتطلب توافر القصد الجنائي العام بعنصره العلم والإدارة وهذا ما نؤكدده في المادة 26 فقرة 1 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته " كل موظف يمنح عمدا ..."بالإضافة الى قصد الجنائي المتمثل في منح الغير امتيازات مع العلم بأنها غير مبررة علم، فلا تقوم الجريمة لمجرد خرق الاحكام القانونية واللوائح التنظيمية، وإنما يشترط زيادة على ذلك أن يكون الهدف من خرق النصوص التي تحكم الصفقات العمومية،

¹ (أمنة شرقي ، مرجع سابق ، ص 65.

تميز أحد المنافسين وتفضيله على غيره، وأن يكون زيادة على ذلك هذا الامتياز غير مبرر.²

• قمع جريمة الامتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية

تضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته العقوبات الواجب تطبيقها على مرتكب جريمة الامتيازات الغير مبررة في الصفقات العمومية وتتمثل هذه في¹:

1/ العقوبات الأصلية والتكميلية المقررة للشخص الطبيعي

بالنسبة للعقوبات الأصلية: المقررة للشخص الطبيعي فقد نصت عليها المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وهي: "الحبس من سنتين إلى عشر سنوات، والغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج"².

أما العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي: فقد أحالت إليها المادة 50 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الى قانون العقوبات لتوقيع العقوبات التكميلية على الجاني والملاحظ أن المشرع ترك هذه العقوبات للسلطة التقديرية للجهة القضائية المختصة³، وتتمثل هذه العقوبات

⁽²⁾ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص جرائم الفساد والمال والإعمال وجرائم التزوير ، الجزء الثاني الطبعة الثالثة عشر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر - 2013 ص 159.

⁽¹⁾ بوقرة فضيلة ، مكافحة الفساد في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والامر رقم 06-01 المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، ص 78 .

⁽²⁾ المادة 26 من قانون رقم 06-01 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته مرجه سابق ص 12.

⁽³⁾ بوقرة فضيلة، مرجع سابق ، ص 78.

التكميلية حسب نص المادة 09 منه من قانون العقوبات الجزائي المعدل بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في ديسمبر 2006، عدلت بالقانون رقم 89-05 المؤرخ في 1989 وحررت كما يلي:

*تحديد الإقامة

*المنع من الإقامة

*المصادرة الجزئية للأموال

*الحرمان من مباشرة بعض الحقوق

*حل الشخص الاعتباري

*نشر الحكم.¹

كما تقضي المادة 51 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وبالتحديد في الفقرة 2 على ما يلي: "في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير مشروعة، وذلك مع مراعاة حالات استرجاع الأرصد أو حقوق الغير حسن نية".

¹ الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات عدلت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 (ج. ر. 84 ص 12).

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع استحدث عقوبات تكميلية بموجب القانون 06-01، وأدرجها في المادة 51 منه تحت عنوان " التجميد والحجز والمصادرة" وذلك بشرط صدور قرار قضائي أو بأمر من السلطة المعنية².

2/ العقوبات المقررة للشخص المعنوي:

بالنسبة للعقوبات المقررة للشخص المعنوي فإن المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، أحالتنا إلى أحكام قانون العقوبات، فقد نصت المادة 18 مكرر من قانون العقوبات على أن تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجرح غرامة تساوي من مرة واحدة الى خمس مرات حد أقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي.

وبالإسقاط على عقوبة جريمة منح المحاباة تصبح عقوبة الغرامة فيها بالنسبة للشخص المعنوي تساوي من 1000.000 دج وهو الحد الأقصى للغرامة إلى 5000.000 دج.

كما جاء في سياق المادة، العقوبات التكميلية التي توقع على الشخص المعنوي، فنصت على تطبيق واحد أو أكثر من العقوبات الآتية:

* حل الشخص المعنوي

* غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.

* الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (5)

سنوات.

² (أمانة ، مرجع سابق، ص 69.

* المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائياً أو لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.

* مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.

* نشر وتعليق حكم الإدانة²⁶¹.

*الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز (خمس سنوات)، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبةه.

الفرع الثاني: جنحة الاستفادة من الامتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية

تعتبر الاستفادة من سلطة أو نفوذ أعوان الهيئات العمومية، عند إبرام الصفقات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة صورة ثانية لجريمة الامتيازات الغير مبررة في الصفقات العمومية¹، حيث أشارت إليها الفقرة 2 من المادة 26 من القانون مكافحة الفساد سابق الذكر، وقد كانت هذه الجريمة مدرجة بنص المادة 128 مكرر فقرة من قانون العقوبات الملغاة بموجب القانون 06-01 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته².

وبالتالي تقوم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية على ثلاث أركان :

¹ (أمنة شرقي ، المرجع السابق ، ص 70.

¹ (بوقرة فضيلة ، مكافحة الفساد في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات

المرفق العام والأمر رقم 06-01 المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، ص 75.

² (قبيس ياسين زقاغ الياس ، المرجع السابق ، ص 43 .

أ/ صفة الجاني

تقضي المادة 26 فقرة 2 من قانون مكافحة الفساد، أن يكون الجاني في هذه الجريمة إما تاجراً أو صناعياً أو حرفياً أو مقاول من القطاع الخاص، يطلق على هؤلاء بتسمية "الأعوان الاقتصاديون" كما يطلق عليهم اسم "المتعامل المتعاقد" في حالة إبرام صفقة عمومية أو اتفاقية.

ب/ الركن المادي

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بإبرام الجاني عقداً أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام، أو المؤسسات العمومية الاقتصادية أو المؤسسات ذات الطابع الاقتصادي والتجاري، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان هذه الهيئات للحصول على امتيازات غير مبررة.

يقوم الركن المادي بدوره في هذه الجريمة على عنصرين هما السلوك الإجرامي والغرض منه.

1- السلوك الإجرامي: يتمثل حسب نص 26 فقرة 2 في استغلال الجاني لسلطة أو تأثير أو نفوذ أعوان الدولة أو المؤسسات أو الهيئات التابعة لها، بمناسبة إبرام صفقة أو عقد مع هذه المؤسسات أو الهيئات¹.

2- الغرض من استغلال النفوذ: تشير نفس المادة ونفس الفقرة لكي يتحقق ركن المادي للجريمة، أن يستغل الجاني نفوذ أو سلطة أو تأثير أعوان الدولة أو الهيئات التابعة لها من أجل زيادة في الأسعار، أو تعديل في نوعية المواد والخدمات، أو آجال التسليم والتموين.

¹ بوقرة فضيلة، مرجع سابق، ص 76.

ت/ الركن المعنوي

تعد هذه الجريمة من الجرائم التي يشترط فيها توافر القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة وهو علم الجاني بنفوذ أعوان الدولة، واستغلال هذه النفوذ لفائدته، وينصرف علمه إلى العناصر المكونة للواقعة الإجرامية، فيلزم أن يعلم الجاني أن الجهة التي يسعى للحصول على مزايا منها هي السلطة العامة أو الخاضعة لإشرافها.

أما القصد الخاص فهو نية الجاني الحصول على امتيازات مع علمه أنها غير مبررة وهذه الامتيازات حددها المشرع من خلال المادة 26 فقرة 2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته¹.

• قمع جريمة الامتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية

تضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته العقوبات الواجب تطبيقها على مرتكب جريمة الامتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية وتتمثل هذه العقوبات في:

1/ العقوبات الأصلية والتكميلية المقررة للشخص الطبيعي

بالنسبة للعقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي: فقد نصت عليها المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وهي الحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وغرامة مالية من مائتين 200.000 دج إلى مليون دينار 1.000.000 دج .

¹ (بوقرة فضيلة، المرجع السابق ، ص 77

أما بالنسبة للعقوبة التكميلية المقررة للشخص الطبيعي: فقد أحالت إليها المادة 50 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الى قانون العقوبات لتوقيع العقوبات التكميلية على الجاني والملاحظ أن المشرع قد ترك هذه العقوبات للسلطة التقديرية للجهة القضائية المختصة وذكرت المادة 09 من قانون العقوبات الجزائي المعدل بموجب قانون رقم 06-23 سابق الذكر هذه العقوبات التكميلية.

2/ العقوبات الأصلية التكميلية المقررة للشخص المعنوي

حسب نص المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، فإن الشخص المعنوي تطبق عليه عقوبة أصلية ووحيدة تتمثل في الغرامة، وهذا حسب نص المادة 18 مكرر فقرة 1 من قانون العقوبات الجزائي "العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجناح هي الغرامة التي تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي"، أما العقوبات التكميلية التي يجوز الحكم بواحدة أو أكثر منها على الشخص المعنوي تتمثل: حل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات¹، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها، نشر وتعليق حكم الإدانة، الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، وتنصب

¹ بوقرة فضيلة ، المرجع السابق ، ص 78 .

الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بسببه".

3/ أحكام أخرى متعلقة بجريمة استغلال نفوذ أعوان العمومية

إضافة إلى العقوبات الأصلية، والعقوبات التكميلية التي حددها المشرع في حالة ارتكاب جريمة استغلال نفوذ أعوان العمومية، قرر المشرع أحكام أخرى متعلقة بالشروع والاشتراك والتقادم، إضافة إلى الأحكام المتعلقة بتسديد العقاب والأعذار المخففة والمعفية من العقاب وهي ذات الأحكام المطبقة على جنة المحاباة.

الفرع الثالث: جريمة الرشوة من أخطر الجرائم

تعتبر الرشوة من أقدم الجرائم المرتبطة بفكرة السلطة العامة، ومن أكثر صور الفساد انتشارا في الإدارات ومؤسسات الدولة، إلى درجة أنها أصبحت جريمة عالمية يصعب مكافحتها والحد من انتشارها السريع، خاصة في الدول المتخلفة أين زادت حدة هذه الجريمة في ظل عدم فعالية الرقابة التي يفرضها القانون على الموظف العمومي، وبذلك فإن الرشوة ترتبط بسعي كل من له مصلحة إغراء الموظف لتقديم خدمة مشروعة أو غير مشروعة ويعتبر بعض الباحثين في هذا المجال أن الرشوة مرحلة متطورة من مراحل الوساطة التي تعتبر أيضا سلوك إداري قائم على أساس المحاباة على حساب الأنظمة والقوانين²⁷¹.

وجريمة الرشوة تعد من أخطر الجرائم المخلة بحسن سير الإدارة الحكومية، وذلك لما يترتب عليها من إخلال بالثقة بين الحكام والمحكومين

¹ (أمنة شرقي، مرجع سابق، ص 78).

والشك في عدالة الأداة الحاكمة في الدولة ونزاهتها، لأجل ذلك فقد سعى المشرع الجزائري على غرار باقي الأنظمة إلى تجريم الصور المختلفة للرشوة، حماية لنزاهة الوظيفة العامة وصيانة للأداة الحكومية مما يمكن أن يلحق بها خلل أو فساد، وكان ذلك في الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات المجرمة لها في ثنايا قانون العقوبات على التصدي لها، سن المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ليعيد تنظيم تجريم هذه الجريمة بما يتوافق والتطورات الحاصلة في جميع الميادين.

ويمكن تعريف الرشوة عموماً بأنها الوسيلة المستعملة لتسوية قواعد قانونية بهدف الحصول على نتيجة لا يمكن بلوغها إذا طبقنا هذه القواعد تطبيقاً صحيحاً، وهي تقوم على فكرة الاتجار بالوظيفة، أي يقوم الموظف العمومي ومن في حكمه بأداء عمل أو الامتناع عن عمل من الأعمال الوظيفية أو الإخلال بواجباتها منفعة خاصة له أو لغيره، وهذا يعني بأن هذه الجريمة تتطلب وجود طرفين أساسيين هما المرشحي وهو الموظف العمومي، والراشي وهو صاحب المصلحة.

وتعتبر جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية صورة من صور الرشوة كان منصوص عليها في المادة 128 مكرر 1 من قانون العقوبات¹ الملغاة، ونظراً لخطورتها وتأثيرها على نزاهة العمل الإداري وخاصة ما تعلق منه بعملية إبرام وتنفيذ العقود الإدارية بما فيها الصفقات العمومية، وما تمثله هذه الأخيرة من ميداناً خصباً لانتشار الفساد بنوعيه المالي والإداري، ولصلتها الوثيقة بالمال العام حيث تعتبر آلية لصرف الميزانية العامة اضطر

¹ (بوقرة فضيلة ، مرجع سابق ، ص 81.

المشرع إلى الاحتفاظ والإبقاء عليها من خلال النص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

نصت المادة 27 من قانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على: " يعاقب بالحبس من عشرة (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، وبغرامة من مليون دينار 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أجرة أو منفعة مهما كان نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية"¹.

- ونصت على هذه الجريمة المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تحت تسمية الرشوة في مجال الصفقات العمومية بعد إلغاء المادة 128 مكرر من قانون العقوبات²، يتبين لنا من خلال قراءتنا لنص المادة 27 أعلاه أن جريمة الرشوة تقوم على ثلاث أركان:

الركن المفترض (صفة الجاني):

تعد الرشوة من جرائم ذي صفة، أي التي لا يتصور وقوعها إلا إذا توافرت في فاعلها الصفة التي يطلبها القانون وهي صفة الموظف العمومي وينبغي بالإضافة إلى ذلك أن يكون الموظف مختصا بالعمل الذي تلقى المقابل من أجل القيام به.

¹ المادة 27 من قانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

² أمانة شرقي ، مرجع سابق ، ص 78.

الركن المادي

يشمل الركن المادي لجريمة الرشوة عدة أوجه تعبر عن اتجار الموظف العمومي بوظيفته تتجسد في النشاط الإجرامي والغرض منه:

1/ السلوك الإجرامي يظهر هذا السلوك في صورتين أساسيتين هما:

صورة الطلب والاستجابة:

تتمثل في أن يطلب الموظف من مواطن أو صاحب المصلحة أن يسلمه هدية أو أية منفعة أخرى أو أن يتحصل على وعد أو تعهد بتسليمها لاحقاً مقابل أن يقوم هو بعمل أو يمتنع عن القيام بعمل يدخل في إطار وظيفته، هذا وقد نصت المادة 89 من المرسوم الرئاسي رقم 15-217 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: "دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه، من شأنه أن يشكل سبباً كافياً لاتخاذ أي تدبير ردعي"¹، وبالتالي هذه الوعود تعد رشوة.

صورة العرض والقبول:

تتجسد في أن يقوم الراشي بعرض هدية أو عطية أو أية منفعة أخرى على موظف أو من في حكمه فيقبل الآخر العرض قبولاً حقيقياً، مقابل أداء

¹ (المادة 89 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

عمل من أعمال الوظيفة أو امتناع أن أدائه إضراراً بالغير وتحقيقاً لمصلحته.

أما في قانون مكافحة الفساد فيتمثل السلوك الإجرامي في قبض الموظف العمومي أو من في حكمه، أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها، سواء لنفسه أو لغيره سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

2/ الغرض من السلوك الإجرامي:

هو الأمر الذي من أجله منح المرشحي المقابل أو المنفعة أو الأجر، ولقد حصر المشرع وفقاً للمادة 27 أعلاه، هذه الأعمال التي يمكن للمرشحي المتاجرة بها بغرض الرشوة، والتي لها صلة بمهامه وواجباته الوظيفية، المتعلقة أساساً بإبرام الصفقات العمومية وتنفيذها في ثلاث عمليات هي كالاتي:

- تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة.
- تحضير أو إجراء مفاوضات إبرام أو تنفيذ عقد.
- تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ ملحق¹.

الركن المعنوي

لا بد من توفر قصد جنائي لديه، ويتمثل في عنصرين العلم والإرادة ولا بد من توفر العنصرين معا لتكتمل جريمة الراشي.

¹ (بوقرة فضيلة ، مرجع سابق ، ص 82 .

علم الراشي:

يلزم أن يكون الراشي قد أحيط علماً بأنه أمام الموظف أو القاضي أو الطبيب أو الحكم أو غيرهم الذين يعدون في حكم المرتشين.

أي أنه يعلم الراشي بصفة المرتشي، وبالتالي يعلم أيضاً أن الرشوة التي قدمها، أو التي سيقدمها إليه، هي اتجار بوظيفته.

لكن إن كان الراشي يعتقد أن ما يدفعه هو إبراء لدين عليه، أو أن ما طلبه منه الموظف هو قيمة الرسوم التي كان عليه دفعها، ففي هذه الأحوال لا يتوفر القصد من قبل الراشي لانتفاء عنصر العلم.

كما يلزم أن يتجه علم الراشي إلى أنه يهدد موظفاً أو يرهبه، وهدفه من هذا هو تحقيق مصلحة التي يبتغيها سواء لنفسه أو لغيره، فالمهم أن يحقق المصلحة التي أراها، لكن يلزم ألا يفهم هذا القول إننا نقصد المواجهة الفعلية بين الموظف والراشي وإنما ممكن أن يتم ذلك عن طريق وسيط.

وتبرز أماننا مسألة الغرض من تقديم رشوة، إذا ان غرض الراشي هو الأساس الذي يقوم عليه الركن المعنوي لجريمته، وهذا ما يبرر لنا بجلاء من خلال إيماننا بالإرادة أي العنصر الثاني للقصد الجنائي.

إرادة الراشي

أي أن تتجه إرادة الموظف إلى طلب أو القبول أو الاخذ، وهو يريد ذلك بإرادة حرة وواعية آثمة، أي غير مرغم ولا خاضع لجهات أخرى تملّي عليه¹.

¹ سعيد يوسف محمد يوسف، أستاذ محاضر بمعهد العلوم الاقتصادية - جامعة البليدة -.

ونؤكد أن القصد العام يكفي إذا ما توفرت لدى الموظف، لقيام المساءلة ولا حاجة لقصد خاص لان مجرد القبول أو الطلب أو الاستلام كاف لقيام جريمة الرشوة.

• قمع جريمة الرشوة في الصفقات العمومية

1/ العقوبات الأصلية والتكميلية لشخص الطبيعي :

العقوبات الأصلية:

تعاقب المادة 27 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على جريمة الرشوة في الصفقات العقوبة "... يعاقب بالحبس من (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، وغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج..."

العقوبة التكميلية:

بالرجوع إلى قانون العقوبات وبالتحديد إلى نص المادة 09 سابقة الذكر نجدها قد حددت لنا قائمة بمجموعة من العقوبات التكميلية، التي يجوز للقاضي أن يحكم بها على كل من تثبت إدانته بجريمة رشوة في الصفقات العمومية¹.

2/ العقوبات الأصلية والتكميلية للشخص المعنوي:

العقوبة الأصلية:

¹ (خالدي شريفة، جريمة الرشوة في الصفقات العمومية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية العدد الخامس عشر، جامعة العربي التبسي تبسة ص 123.

لقد أقر المشرع المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عم جرائم الصفقات العمومية بموجب نص المادة 53 من قانون الواقية من الفساد ومكافحته

والتي جاء فيها صراحة: " يكون الشخص الاعتباري، مسؤولاً جزائياً عن جرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للقواعد المقررة في قانون العقوبات".²⁸¹

وبالرجوع إلى نص المادة 51 مكرر من قانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 نجدها تنص صراحة: " باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك. إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك في نفس الأفعال".²

ويقصد بعبارة "لحسابه" في النص المذكور أعلاه، أن الشخص المعنوي لا يسأل إلا عن الأفعال التي يتم تحقيقها لمصلحته أو لفائدته أي لا يسأل الشخص المعنوي عن الأعمال المنجزة لحساب المدير أو أي شخص آخر.

وبالرجوع إلى نص المادة 18 مكرر من القانون رقم 04-15، نلاحظ أن المشرع قد اعتبر الغرامة المالية عقوبة أصلية حين جاء ضمن

¹ (المادة 53 من قانون رقم 06-01 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

² (أضيفت المادة 51 مكرر من قانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 (ج. ر. 71 ص 9) .

نص هذه المادة "... الغرامة المالية تساوي من مرة (1) واحدة ال خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة"²⁹³. وإذا طبقنا مضمون هذه المادة على جريمة الرشوة في الصفقات العمومية، تكون العقوبة الأصلية المقررة للشخص المعنوي هي غرامة تتراوح ما بين (2.000.000) دج وهي الحد الأقصى المقررة لجريمة الرشوة في الصفقات العمومية و (10.000.000) دج هو ما يعادل خمس (5) مرات الحد الأقصى، وبالتالي يحكم على الأشخاص المعنويين إلا بالعقوبة المالية.

العقوبة التكميلية:

لقد أحالت المادة 50 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فيما يخص العقوبات التكميلية على قانون العقوبات، بالرجوع إلى نص المادة 18 مكرر 2 من هذا الأخير نجدها قد أجازت للجهة القضائية، أن تطبق على الشخص المعنوي واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية: حل الشخص المعنوي، غلق المؤسسات أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، المنع من مزاولة النشاط مهني أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها، تعليق أو نشر حكم الإدانة، الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى الى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبة¹.

³ (المادة 18 مكرر عدلت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006(ج. ر. 84 ص 15).

¹ (شريفة خالدي، مرجع سابق ، ص 127.

العقوبات التكميلية المستحدثة بموجب قانون الوقاية من الفساد
ومكافحته:

*التجميد والحجز:

عرفهما نص المادة "2" "ج" من هذا القانون بقوله "فرض حضر مؤقت على تحويل الممتلكات أو استبدالها، أو التصرف فيها أو نقلها أو تولى عهدة الممتلكات أو السيطرة عليها مؤقتا، بناء على أمر صادر عن محكمة أو سلطة مختصة أخرى"

المصادرة:

عرفت هذا الإجراء نص المادة "2" سالفه الذكر في "ط" بقولها "التجريد الدائم من الممتلكات بأمر صادر عن هيئة قضائية"¹.

• ملاحظة

يشير هذا النص من الناحية الإيجابية الملاحظات الآتية:

1- شدد المشرع من عقوبة جريمة الرشوة الأمر الذي قد يصل إلى 20 سنة حبس و 2.000.000 دج غرامة، هذا مسلك حميد من جانبه على الأقل من باب الوقاية من الفساد خاصة.

2- العقوبة طبقا للمادة 27 المذكور تسلط على من قبض أو حاول أن يقبض لنفسه أو لغيره مما يدل على اتساع مجال التجريم والعقاب وهذا أيضا مسلك نؤيده بمقاصده النبيلة.

¹ (المادة 02 من قانون رقم 06-01 متعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

3- تسلط العقوبة على من قبض أو حاول أن يقبض بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة أيا كان نوعها، وهنا نسجل امتداد التجريم في النص حتى تسد كل المنافذ من باب الوقاية من الفساد.

4- نطاق التجريم والعقاب يمس مرحلة الإبرام والتنفيذ، وحسنا فعل المشرع حين مدد جريمة الرشوة على مختلف مراحل الصفقة العمومية لتحقيق المقاصد سابقة الذكر.

5- امتد مجال التجريم والعقاب ليشمل الصفقات والعقود والملاحق وهذا من باب الوقاية من الفساد بكل أشكاله.

6- القطاعات المشمولة بالمادة 27 عديدة حيث ذكر النص الدولة، وتتجسد في السلطات المركزية، والجماعات المحلية وتتمثل في الولاية والبلدية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات الاقتصادية، وبالمحصلة جمع النص القطاع العام بشقيه الإداري والاقتصادي، أي أشخاص القانون الخاص وامتد لجهات كثيرة تستعمل المال العام.

7- يشمل مصطلح الموظف العام بمفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافحة كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة سواء كان معيناً أو منتخبا دائما أو مؤقتا مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته¹.

¹ (عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 344.

الفرع الرابع: جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

المقصود بجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية إقحام الموظف نفسه في عمل أو صفقة يديرها أو يشرف عليها، للحصول على فائدة منها متاجرا بذلك بوظيفته، وهي مظهر من مظاهر الرشوة، فضلا عن كونها تشكل أحيانا صورة من صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، تأخذ هذه الجريمة في القانون الفرنسي تسمية ثانية وهي " جنحة التدخل" وقد اصطلح على تسميتها في مصر " جريمة تريبج".

تعد هذه الجريمة أحد الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، لأنها تنصب في العقود والمناقصات والمزايدات التي تبرمها الإدارة، وعلّة تجريم هذا الفعل هي أن الموظف في هذه الجريمة يجمع بين صفتين متعارضتين لا يجوز الجمع بينهما، هما صفة ممثل المصلحة المتعاقدة، وصفة ممثل المتعاقد مع الإدارة أو المستفيد الأمر الذي يؤدي إلى إهدار المصلحة العامة وإلى المساس بمبدأ المنافسة الشريفة هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن المركز الوظيفي للموظف العام الذي أساء استغلاله يجعله منافسا بصورة غير مشروعة مع باقي المرشحين للفوز بالعقد أو بالصفقة مع الإدارة، ذلك لأنه يستطيع بفضل ما لديه من معلومات باعتباره صاحب اختصاص في إدارة الصفقة أو الإشراف، وبفضل ما يحوزه من سلطات أن يتفوق عليهم بسهولة¹.

¹ (بوقرة فضيلة، مرجع سابق ، ص 84.

نجد أن المشرع الجزائري في هذا الصدد لا يسمح للموظف أن يكون طرفا أو مستفيدا بصورة صريحة أو ضمنية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من أي عقد أو صفقة تبرمها الإدارة العامة والتي يشرف عليها أو يتولى إدارتها.

نصت المادة 35 من القانون رقم 06-01 " كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة وإما بعقد صوري، وإما عن طريق شخص آخر، فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكابها الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية، أو يكون مكلفا بأن يصدر إنفا بالدفعة في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما يأخذ منه فوائد أيا كانت ³⁰¹ .

واستنادا إلى المادة يظهر لنا جوهر الجريمة هو استغلال الجاني أعمال الوظيفة والمهام المكلف بها للقيام بها، والتي يختص بأدائها وذلك قصد تحقيق ربح أو منفعة غير مستحقة له².

أركان جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

الصفة الخاصة بالجاني

يجب أن تتوفر في الجاني صفة الموظف العمومي، كما اشترط المشرع أن يكون الجاني وقت ارتكاب الفعل مشرفا بصفة كلية أو جزئية على إبرام الصفقات أو أن يكون موظفا عموميا مكلفا بإصدار أذن الدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفيتها .

¹ المادة 35 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

² آمنة شرقي ، مرجع سابق ، ص 89.

الركن المادي

يقوم الركن لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، على إقدام الجاني على أخذ أو تلقي فائدة من عمل من أعمال التي يديرها أو يشرف عليها أو كان أمرا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفيتهما بمعنى أن يحصل على منفعة من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات التي تدخل في نطاق اختصاصه، وبالتالي فالسلوك الإجرامي في هذه الجريمة يتمثل في أخذ أو تلقي فائدة أو الاحتفاظ بها، ولم يحدد المشرع طبيعة المنفعة أو الفائدة فيمكن أن تكون مادية أو معنوية¹.

الركن المعنوي

جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية هي جريمة عمدية لذلك اشترط لقيام الركن المعنوي فيها توافر قصد جنائي عام لدى الجاني والمتمثل في العلم والإرادة، الذي يتمثل في اتجاه نية الجاني للحصول على منفعة أو فائدة².

¹ (برة الزهرة ،تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، مذكرة الماستر، جامعة الشهيد حمة لخضر -الوادي سنة 2015 ص 134.

² زوزو زوليخة ، جرائم الصفقات العمومية و آليات مكافحتها في ظل قانون المتعلق بالفساد ، مذكرة الماستر ، جامعة الوادي قاصدي مرياح ورقلة 2011/2012 ، ص 127 .

• قمع جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

العقوبة الأصلية

تظهر العقوبة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في المادة 35 من القانون رقم 06-01 على هذه الجنحة بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة مالية من مائتين دينار (200.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج)¹،

وتجدر الإشارة في هذا المجال أن المواد 123 و124 و125 من قانون العقوبات الجزائي الملغى والمعوض بالمادة 35 كانت ترصد عقوبة أقل مما هي عليه حالياً، حيث كانت العقوبة تتراوح بين الحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات، والغرامة من (500 دج) إلى (5000 دج)، يعني هذا النص القديم هو الأصلح للمتهم كون المشرع في ظل قانون الفساد ومكافحته قد قام بتشديد الحبس والغرامة المالية معاً².

العقوبة التكميلية

وهي نفس العقوبات التكميلية لجريمة الامتيازات الغير مبررة وجريمة الرشوة والمنصوص عليها في المادة 50 من قانون 06-01 للوقاية من الفساد ومكافحته: "في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون يمكن للجهة القضائية أنتعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر، من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات"³.

¹ المادة 35 من القانون رقم 06-01 سابق الذكر .

² بوقرة ، المرجع السابق، ص 87.

³ (المادة 50 من القانون رقم 06-01 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي:

العقوبة الأصلية:

عمم المشرع المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي على كل جرائم الفساد، بما فيها جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، وذلك بأن يكون الشخص الاعتباري مسؤولاً جزائياً عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للقواعد المقررة في قانون العقوبات.

ويتعرض الشخص المعنوي المدان بجريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية للعقوبات المقررة في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات وهي غرامة تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي أي غرامة تتراوح ما بين 1.000.000 دج، وهو الحد الأقصى المقرر جزاء جريمة الرشوة و 5000.000 دج وهو ما يعادل خمس مرات الحد الأقصى.

العقوبة التكميلية للشخص المعنوي

حدد المشرع العقوبات المقررة للشخص المعنوي في قانون العقوبات، وتتمثل في حل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو فرع من فروعها، لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات¹، المنع من مزاوله نشاط مهني أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائياً لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، مصادرة الشيء الذي

¹ (وفاء شيعاوي ، جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، مجلة العلوم الإنسانية - جامعة محمد خيضر بسكرة العدد 40 جوان 2015 ص 265 .

استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها، تعليق ونشر حكم الإدانة، الوضع تحت الحراسة القضائية والتي سبق الإشارة إليها في جريمة المحاباة.

وتطبق على جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية كافة الأحكام المطبقة على جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية المتعلقة بالظروف المشددة للعقوبة والإعفاء والتخفيض منها، والعقوبات التكميلية، ومصادرة عائدات الجريمة والمشاركة والشروع وإبطال العقود والصفقات، وكذا الأحكام المتعلقة بإجراءات المتابعة والتحري كما تطبق عليها أحكام الرد المشار إليها من خلال جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية¹.

¹ وفاء شيعاري ، المرجع السابق ، ص 265.

المبحث الثاني

متابعة الممارسات والجرائم المخلة بمبدأ المنافسة

لقد اهتم المشرع الجزائري بضرورة مراعاة المنافسة في الشراء العمومي كالصفقات العمومي و توفير الشفافية والمساواة بين المقاولين في جميع مراحل الصفقة، وقد فرض بعض الالتزامات على الإدارة تتمثل في اتخاذ الحيطة عند اختيار المتعاقد معها.

لذا يمكن القول أن هي تعين على الشخص العام بالكشف عن الممارسات والجرائم المخلة بمبدأ المنافسة الحرة أثناء دراسة عروض المرشحين، إضافة لذلك فيلتزم الشخص العام المسؤول على الصفقة أن يتأكد عند إجراء صفقة عمومية أن قواعد المنافسة الحرة قد تم احترامه فعليا، ويكون ذلك عن طريق إتباع إجراءات المتابعة الإدارية (المطلب الأول) والمتابعة القضائية (المطلب الثاني)

المطلب الأول

المتابعة الإدارية

إن الممارسات التي تخرج بطبيعتها عن قرارات السلطة العامة تكون موضوع الاحتجاج عن طريق إخطار مجلس المنافسة، فالممارسات الصادرة إما عن المؤسسات المتنافسة أو الصادرة عن¹ الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع تكون منفصلة عن قرارات السلطة العامة فتقدم المؤسسات لنيل

¹ (قبيس ياسين، زقاغ الياس ، المرجع السابق ، ص 47.

الطلبات العمومية دليل على أنها تمارس نشاطا اقتصاديا بغض النظر عن كونها من أشخاص القانون الخاص أو العام.

ولذا فإذا ارتكبت هذه المؤسسات ممارسة مقيدة للمنافسة فإنها تخضع إلى متابعة مجلس المنافسة فتنص المادة 06 من قانون المنافسة: "تحظر الممارسات والأعمال المدبرة و الاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى مرحلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها فينافس السوق أو في جزء جوهري منها، لا سيما عندما ترمي إلى: ... السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة".

فرغم اعتماد نظام الصفقات العمومية على ممارسات المشتري العمومي أو الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع، إلا أنها تكون خاضعة لقانون المنافسة وبالتالي تخضع لمراقبة مجلس المنافسة.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة

الذي يطرح مسألة تحديد الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة والذي اكتنفها الغموض، كذلك في ظل القانون رقم 1203 مؤرخ في 25 أكتوبر 2003 يتعلق بالمصادقة على الأمر 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 متعلق بالمنافسة¹.

فإن التساؤل الذي يثور ضمن هذا الصدد طبيعة مجلس المنافسة الذي يمكن اعتباره هيئة قضائية من الدرجة الأولى موازية للمحكمة درجة أولى

¹ (بوقندورة عبد الحفيظ، الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة وحق الطعن، مجلة المفكر العدد الرابع عشر جامعة محمد خيضر ريسكرة، ص 337.

في النظام القضائي، وإذا كان الأمر غير ذلك واعتباره سلطة إدارية محضة، كما جاء صراحة في نص المادة 23 من الأمر 03-03 أو نص المادة 09 من القانون المعدل والمتمم لهذا الأمر وهو القانون 08-12 فلماذا يكون الاختصاص بالطعن في قراراته المتعلقة بتقييد المنافسة يعود إلى جهة القضاء العادي، ممثلاً في مجلس قضاء الجزائر الغرفة التجارية، بينما الأصل أن يعهد الاختصاص إلى جهة القضاء الإداري وفقاً للمعيار العضوي المكرس في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إن هذا الاتجاه يعد خروجاً عن القواعد التي اعتمدها المشرع في تحديد الاختصاص النوعي فهو بذلك خروجاً عن المعيار العضوي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو في القانون العضوي لمجلس الدولة 98-01 المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-13 المؤرخ في 26 يوليو 2011، ومن ثم نجد أنفسنا أمام ازدواجية تطبيق معيار الاختصاص.

غير أن المشرع بتعديله الأخير بمقتضى المادة 23 من الأمر 03-03 المعدلة والمتممة بموجب القانون رقم 08-12، يكون قد أزال الغموض الذي كان يكتنف الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة، والذي جاء فيها: "تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص - صلب النص - تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة يكون مقر مجلس المنافسة في مدينة الجزائر"¹.

¹ (المادة 23 من الامر 03-03 معدل والمتمم بالقانون رقم 08-12.

بداية ننوه إلا أن هذه الهيئة أصبغ عليها القانون شكل مجلس (CONSEIL) وهي تسمية تطلق على أجهزة ذات تكوين جماعي مركب تمارس صلاحيات إدارية تتخذ صيغة قرارات أو استشارات أو إصلاحات قضائية¹.

ومن خلال هذه المادة فقد تمت كيف مجلس المنافسة كسلطة إدارية مستقلة، تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلالية المالية وهي تابعة لوزارة التجارة².

أولاً: مجلس المنافسة سلطة

يفيد هذا المصطلح أن مجلس المنافسة ليس أداة من أدوات الحكومة، وهذا النوع من السلطات تم استحداثه نتيجة للإصلاحات الاقتصادية المتعلقة بتحرير الاقتصاد، وأن يضيف المشرع الطابع السلطوي لمجلس المنافسة معناه منحه الصلاحيات القانونية الكاملة لمنع وقوع أي مساس بالمنافسة.

كما أنه بالنظر لما يتمتع به مجلس المنافسة من سلطات ضبط للنشاط الاقتصادي، وهي المهمة التي تضمن بها بصفة أصلية السلطات الوزارية، فهو بذلك سلطة تحل محل السلطة التنفيذية في مجال المعاينة، ومحل السلطة القضائية في مجال قمع الممارسات المنافية للمنافسة³.

¹ (لعور بدر، المرجع السابق ، ص 317.

² (قبیس یاسین، المرجع السابق ، ص 48.

³ (لعور بدر، مرجع سابق ، ص 317.

ثانيا: مجلس المنافسة سلطة مستقلة

إن فكرة الاستقلالية تقتضي عدم خضوع مجلس المنافسة لأية وصاية إدارية، ولأية سلطة رئاسية كانت، واستقلالية المجلس تظهر أكثر وبصفة واضحة بموجب الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة، مقارنة بالأمر 03-03¹.

ولإثبات استقلالية المجلس يُمكن الاعتماد على معيارين، معيار عضوي ومعيار وظيفي.

للمعيار العضوي:

يعتبر تعدد أعضاء السلطات الإدارية المستقلة الفاصلة في المواد الاقتصادية والمالية واختلاف صفتهم ومراكزهم القانونية مظهرا يضمن الاستقلالية العضوية، إذ بالرجوع إلى تشكيلة بعض السلطات المستقلة نجدها تتكون من أعضاء يختلف قطاع انتمائهم أو عملهم ليتراوح بين القضاء، والتعليم العالي، والمحاسبي، ومن ذوي الخبرة في المجال الاقتصادي والمالي.

المعيار الوظيفي:

من بين أهم المؤشرات التي تبين استقلالية مجلس المنافسة كسلطة إدارية مستقلة ضابطة في المجال الاقتصادي، في الجانب الوظيفي الاستقلال المالي والإداري²، اعترف به المشرع الجزائري بصفة خاصة، إلى جانب وضع الهيئة المستقلة لنظامها الداخلي، وكذلك الشخصية المعنوية

¹ق بيس ياسين زقاع الياس، مرجع سابق، ص 49.

² (شفار النبية، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة الماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية - وهران - سنة 2013 ص 155.

للسلطات الإدارية المستقلة، رغم أنه ليس بعامل حاسم لقياس درجة الاستقلالية.

ثالثا: مجلس المنافسة سلطة إدارية

رغبة من المشرع من الانتقال من الاقتصاد المنظم إلى اقتصادا لسوق جعلته يقوم بعملية إصلاح قانونية بحيث ألغى الأمر 06 / 95 السابق الذكر بالأمر 03 / 03 المتعلق بالمنافسة فمن خلال نص المادة 23 سألقة اعترف المشرع الجزائري بصريح العبارة بكون مجلس المنافسة سلطة إدارية، بالإضافة إلى الأمر 12 / 08 المعدل والمتمم للأمر 03 - 03 المتعلق بالمنافسة من حل مجلس المنافسة استقلالية عن الأعوان الاقتصاديين وكذلك عن الحكومة، فأصبح تابع لوزير التجارة بدلا عن رئيس الحكومة.

منحه المشرع الطابع الإداري بنص المادة 23 ويختلف مجلس المنافسة عن السلطات الإدارية التقليدية، بأنه لا يخضع لأية رقابة إدارية أو وصائية ، ولا يخضع لمبدأ التدرج الهرمي الذي تتميز به الإدارة والهيكل المكونة لها.

كما أن القرارات التي يصدرها مجلس المنافسة تكون أحيانا محل طعن أمام القضاء العادي، وأحيانا أخرى أمام القضاء الإداري، فبالنسبة لقرار رفض التجميع يكون قابلا للطعن أمام مجلس الدولة بالنسبة الأخرى فيطعن فيها أمام مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية¹.

¹ قبلي سيد على، مرجع سابق ، ص 65.

كما يمكن استنتاج وتأكيد على الطابع الإداري اعتمادا على معيارين، وهما المعيار العضوي، والمعيار الوظيفي.

بالنسبة للمعيار العضوي:

يتبين الطابع الإداري لمجلس المنافسة بالرجوع إلى تشكيلته، وطريقة تعيين أعضائه. إذ تتكفل بهذه المهمة السلطات السياسية كرئيس الجمهورية، وكذا تعيين وزير التجارة ممثلا له.

أما بالنسبة للمعيار الوظيفي:

يتأكد الطابع الإداري للمجلس من خلال حلوله محل الإدارة التقليدية للتكفل بمهمة السهر على تطبيق أحكام قانون المنافسة، الذي يتميز بالخصائص القانون الإداري. فالهدف من وضع قانون المنافسة هو محاولة التوفيق بين حماية السير الحسن للسوق، وحماية مصالح الأعوان الاقتصاديين.

وفي الأخير يمكن الفصل في الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة، والتأكيد على أنه بمثابة سلطة إدارية مستقلة، بالرغم من أن المشرع لم يكيفه على هذا النحو بصريح العبارة.

إن تأسيس مجلس المنافسة كسلطة إدارية، الغاية منه هو ترقية وحماية المنافسة. ولتحقيق هذا الهدف، يتصرف بصفته هيئة استشارية من خلال الرد على التساؤلات التي تتقدم بها بعض الأطراف الفاعلة في السوق¹.

¹ (قبيس ياسين زقاغ الياس، المرجع السابق ، ص 50.

والأهم من ذلك تصرفه كسلطة تتازع، أي اتخاذه لجميع الإجراءات التي تسمح له بوضع حد للمنازعات المتعلقة بالمنافسة.

الفرع الثاني: اختصاصات مجلس المنافسة

باستقراء نصوص قانون المنافسة، فنجد أن المشرع الجزائري أوكل لمجلس المنافسة اختصاصات واسعة، وذلك من أجل تمكينه من ممارسة مهمته الضبطية، فهو مكلف بمهمة ضبط النشاط الاقتصادي، أو التي تتمثل أساس في الاختصاص الاستثنائي والتنظيمي من جهة إلا أن هذا الاختصاص خارج عن دراستنا.

ومن جهة أخرى وباعتبار أن مجلس المنافسة سلطة مكلفة بالسيهر على تطبيق التنظيمات والقوانين الخاصة بالمنافسة، فإنه يستلزم على المشرع منحه اختصاص قمع كل ممارسة مقيدة للمنافسة الحرة، و لغرض الكشف عن هذه الممارسات والأفعال المحظورة يحيل مجلس المنافسة القضية إلى التحقيق في مكانه في بعض الحالات اتخاذ بعض التدابير والتي تهدف إلى مراقبة الناشط ينفي مجال المنافسة دون اتخاذ تدابير قمعية، وعندما تفرض الضرورة يقوم بالأمر بعقوبات تهدف إلى قمع الممارسات المقيدة لمبدأ المنافسة الحرة¹.

أولاً: الاختصاص الرقابي لمجلس المنافسة

يكمن الاختصاص الرقابي لمجلس المنافسة في مراقبة تصرفات الأعوان الاقتصاديين الناشطين في مجال المنافسة ومدى احترامهم للقوانين والتنظيمات الخاصة بهذا المجال.

¹ (قبيس ياسين و زقاع الياس، مرجع سابق، ص 51.

فوفقا للمادة 37 (ق 08-12): "فيمكن لمجلس المنافسة القيام بكل الأعمال المقيدة التي تدرج ضمن اختصاصها لسيما كل تحقيق أو دراسة أو خبرة، يقوم مجلس المنافسة في حالة ما إذا كانت الإجراءات المتخذة تكشف عن الممارسات مقيدة للمنافسة بمباشرة كل الأعمال الضرورية لوضع لها بقوة القانون.

إذا أثبتت التحقيقات المتعلقة بشروط تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصلة بالمنافسة، فإن تطبيق هذه النصوص يترتب عليه قيود على المنافسة، فإن مجلس المنافسة يتخذ كل إجراء مناسب لوضع حد لهذه القيود"¹.

من خلال القانون رقم 08-12 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة فقد حدد المشرع الجزائري الأشخاص المؤهلين للقيام بالتحقيقات، وهم ضباط وأعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية والمستخدمون المنتمبون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون لإدارة المكافأة بالتجارة، الأعوان معينون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية، وكذا المقرر العام والمقرر ولدى مجلس المنافسة بعد أداء اليمين في نفس الشروط والكيفيات التي تؤدي بها من طرف المستخدمين وعلى العموم فإن التحقيق يمر بمرحلتين:

مرحلة التحري:

التي من خلالها يمكن للمقرر فحص كل وثيقة ضرورية للتحقيق في القضية المكلف بها دون أن يمنح من ذلك بحجة السر المهني، بحيث أن كل

¹ المادة 37 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12.

لهم المشرع مجموعة من الصلاحيات، وتختتم هذه المرحلة بتحرير تقرير أو ليتضمن عرض الوقائع وتحليل الدقيق السوق المعنية بتلك الممارسات ووصفا واضحا لها محددًا تعارض تلك السلوكيات مع مبدأ المنافسة الحرة والمأخذ المسجلة على الأطراف المدعي منها.

مرحلة التحقيق الحضوري:

التي تتضمن أيضا مرحلتين أساسيتين، حيث أن الأولى تبدأ بإرسال المأخذ وتبليغها إلى الأطراف المعنية الذين يمكن لهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل لا يتجاوز 3 أشهر بعد الاطلاع على الملف كما يمكن للأشخاص الذين استمع إليهما لاستعانة بمستشار، وحين أن الثانية تكمن بتبليغ التقرير النهائي إلى الأطراف المعنية والى الوزير المكلف بالتجارة الذين يمكن لهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل شهرين كما يحدد أيضا تاريخ الجلسة ويمكن للأطراف أن تطلع على الملاحظات المكتوبة قبل 15 يوما من تاريخ الجلسة، ويمكن للمقرر إبداء رأيه في الملاحظات المكتوبة، كما يمكن للأطراف تعيين ممثلا عنها أو إحضار معها محاميا أو أي شخص تراه مناسبا، ولا يمكن لمجلس المنافسة بناء قراره على مستندات ووثائق سحبت من الملف¹.

¹ (قبيس ياسين و زقاغ الباس ، المرجع السابق ، ص 52 .

مرحلة آثار التحقيق:

حيث يمكن لمجلس المنافسة اتخاذ إجراءات تحفظية وفقا للمادة 46 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة: "يمكن مجلس المنافسة، يطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة، اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة لموضوع التحقيق، إذا اقتضت ذلك الظروف المستعجلة لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه، لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء هذه الممارسات أو عند الأضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة"¹.

وذلك عندما يكون الإخطار أصليا، وتتوفر فيه كافة الشروط الشكلية والموضوعية.

ويجب أن تكون الممارسة تمس بشكل فوري وخطير بالاقتصاد الوطني أو القطاع المعني أو مصالح المستهلكين أو الجهة المشتكية ويجب أن تثبت مساس هذه الممارسات بالمنافسة الحرة بشكل فوري وخطير.

ويمكن الترخيص لعمليات التجميع وفقا للمادتين 17 و18 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة إذا توفرت شروط طلب الترخيص بعمليات التجميع المحددة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-219 المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، ويمكن أيضا لمجلس المنافسة الترخيص بالاتفاقات المحظورة والممارسات التعسفية استنادا إلى المادة 09 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة وكذلك التصريح بعدم تدخله استنادا إلى المادة 08 من

¹ المادة 46 من الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة وكيفية تقديم طلب الاستفاضة من هذا التصريح بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-175.

ثانياً: الاختصاص القمي لمجلس المنافسة

يتمتع مجلس المنافسة بصلاحيات قمع الممارسات المناهضة للمنافسة التي منشأتها المساس بشفافية السوق¹، حيث نصت المادة 34 (ق 08-12): "يتمتع مجلس المنافسة بسلطة اتخاذ القرار والاقتراح وإبداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة أو كل طرف آخر معني، بهدف تشجيع ضمان الضبط الفعال للسوق، بأية وسيلة ملائمة، أو اتخاذ القرار في كل عمل أو تدبير من شأنه ضمان سير الحسن للمنافسة وترقيتها في المناطق الجغرافية أو قطاعات النشاط التي تنعدم فيها المنافسة أو تكون غير متطورة بما فيه كفاية...".

لقد وضع قانون المنافسة قواعد إجرائية تنظم سير أعماله، تبدأ بمجرد إخطار المجلس كإجراء أولي، حسب ما هو منصوص عليه في المادة 44 من قانون المنافسة: "... ينظر مجلس المنافسة إذ كانت الممارسات والإعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 6 و7 و10 و11 و12 أعلاه أو تستند على المادة 9 أعلاه..."².

المرحلة التالية للإخطار المقدم لدى مجلس المنافسة تفتح المجال لهذا الأخير لأن يفتح تحقيق قصد إثبات وقوع ممارسات وأفعال يحظرها قانون المنافسة.

¹ (زبير أرزقي ، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة ، مذكرة الماجستير ، جامعة مولود معمري تيزي وزو سنة 2011 ص 169.

² المادة 44 من الأمر 03-03 متعلق بالمنافسة.

1- صلاحية القيام بالتحقيق:

إن قبول الإخطار من قبل مجلس المنافسة لا يعتبر دليل كافيا على وقوع الممارسات المنافية للمنافسة، وإنما لا بد عليه أن يباشر تحقيقا حول الوقائع المراد التحقيق فيها قصد إضفاء المشروعية على أعماله.

يبقى على مجلس المنافسة أن يعمق التحقيق من أجل إثبات بما لا يدع مجالاً للشك وقوع الممارسات والأفعال المحضورة، و هكذا ندرك أن عبء إثبات الممارسات يقع على عاتق مجلس المنافسة، فالسلطة المكلفة بالمتابعة هي التي يجب عليها إثبات الممارسات، وهذا مبدأ تقليدي في قانون العقوبات ونقل إلى مجال تطبيق قانون المنافسة رغم أن هذا القانون ليس طابعا جنائيا.

يحقق المقرر في الطلبات والشكاوى المرفوعة لدى المجلس والتي يسندها له مجلس المنافسة حيث يتولى مهمة فحص كل وثيقة مهما كانت طبيعتها، وله أن يحجز المستندات ويضيفها إلى التقرير أو يرجعها بعد التحقيق. يقوم المقرر بعد جمع وفحص الأدلة المتحصل عليها بتحرير تقرير أو لي يدون فيه وقائع القضية التي تم التحقيق فيها، ويبلغ رئيس المجلس هذا التقرير إلى الأطراف وكذا وزير التجارة وإلى كل من له مصلحة في ذلك ولهم أن يبدوا ملاحظاتهم في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر¹.

¹ زوبير أرزقي ، مرجع السابق، ص 170.

بعد النهاية من التحقيق الأولي يتم وضع تقرير ختامي للقضية يسجل فيه ما أورده المحقق في التقرير الأولي بين المخالفات المرتكبة ويقترح القرار الذي يتعين اتخاذه ثم يودع لدى المجلس ليبادر بعده الرئيس مهمة تبليغ الأطراف مع تحديد الجلسة التي يتم الفصل فيها في القضية.

2- صلاحية توقيع الجزاء

يتمتع مجلس المنافسة بسلطة توقيع الجزاء على الأطراف الذي نثبت إدانتهم نتيجة انتهاك قواعد قانون المنافسة ، حيث يتم ذلك في شكل جلسات تستدعي فيها كافة الأطراف الذين لهم صلة بالقضية وتم استدعاؤهم من قبل رئيس المجلس.

بعد الاستماع لكل الأطراف في جلسة غير علنية تبدأ مداولات المجلس والتي لا تصح إلا بحضور ثمانية أعضاء على الأقل، ولا يشارك في هذه المداولات الأعضاء الذين لهم مصلحة في القضية أو توجد بين هم وبين أحد الأطراف صلة قرابة إلغاية الدرجة الرابعة كما، أنه في حال تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس حسبما نصت عليه المادة 28 فقرة 4 من قانون المنافسة: "تتخذ قرارات مجلس المنافسة بالأغلبية البسيطة، وفي حالة تساوي عدد الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً"¹.

يتم صدور قرار مجلس المنافسة بعد إجراء المداولة في مواجهة المخالفين بحيث يتمتع المجلس بسلطة اتخاذ مقررات وعقوبات مالية قصد وضع حد للممارسات التي توصف بأنها مقيدة للمنافسة، وتختلف العقوبات التي توقعها المجلس على المخالفين حسب طبيعة المخالفة موضوع القضية.

¹ (المادة 28 من أمر رقم 03-03 معدل والمتمم بالقانون رقم 08-12.

وعليه باستقراء أحكام المواد 56، 57، 58، 59، 60، 61 نجد أن كل العقوبات الصادرة عن مجلس المنافسة، هي عقوبات مالية بالدرجة الأولى تليها بعض القرارات الإدارية فيشكل أوامر للمؤسسات المخالفة للقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، كما أنه تتباين هذه العقوبات المقررة من طرف مجلس المنافسة على أساس معايير متعلقة لاسيما بخطورة الممارسة المرتكبة، والضرر الذي لحق بالاقتصاد و الفوائد المجمعّة من طرف مرتكبي المخالفة، وكذا بقدر تعاون المؤسسات مع المجلس أثناء التحقيق وأهمية وضعية المؤسسة المعنية في السوق.

عموما فإنه من خلال التعرض لدور مجلس المنافسة والصلاحيات الممنوحة له في إطار حماية المنافسة فإنه يتبين أن للمجلس صلاحيات تشبه كثيرا تلك المعروفة في النظام القضائي من صلاحية التحقيق وكذا التبليغ والجلسات وأخيرا توقيع العقاب كقاضي حكم الأمر الذي يجب أن يمارس بكل شفافية منجهة، و وضع ضمانات قانونية لحماية الأشخاص محل المتابعة، الأمر الذي يجعل قرارات مجلس المنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الفاصل في الأمور التجارية وهذا الأمر جد ضروري خاصة في حال البحث عن المستثمرين¹.

¹ زوبير أرزقي ، مرجع سابق ، ص 171

المطلب الثاني

المتابعة القضائية

مجلس المنافسة في سبيل القيام بمهمته يصدر قرارات ضد الممارسات التي تقيّد المنافسة أو أوامر بوقفها أو تدابير مؤقتة واستعجاليه وفقا لنصي المادتين 18 و 20 من القانون رقم 08-12 وهذه الصلاحيات أو النشاطات التي تقوم بها كلها تخضع لرقابة القضاء على اعتبار مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة فإن القرارات التي يصدرها تتم مراقبتها من طرف القضاء الإداري¹.

الفرع الأول: القضاء الإداري

يقتضي نظام الصفقات العمومية احترام مبادئ حرية الوصول للطالبات العمومية والمساواة في المعاملة وشفافية الإجراءات، ويتدخل القضاء الإداري لاحترام قواعد المنافسة من خلال دعوى الاستعجال التي يمكن رفعها من طرف المقاولات التي تعترض على طريقه منح الصفقة، وأيضا من خلال دعوى إلغاء القرارات غير المشروعة القابلة للانفصال عن الصفقة العمومية².

وقبل التطرق إلى تدخل القضاء الإداري وجب علينا الإشارة إلى التنظيم الإداري المسبق، فبعد إرساء صفقة عمومية وإتمام إجراءات اعتمادها يملك المرشحين للصفقة العمومية والغير الراضين عن النتيجة اختيار الإدارة

¹ (بوقندورة عبد الحفيظ ، الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة وحق الطعن، مجلة المفكر العدد الرابع عشر

جامعة محمد خيضر بسكرة ص 339.

² (محمد شريف كتو، مرجع سابق، ص 82.

المتعاقدة للفائز بالصفقة حق اللجوء إلى التظلم الإداري المسبق، خلال ثلاثة أيام من وراء إرساء واعتماد الصفقة، وذلك من أجل طلب استفسار أمام المصلحة المتعاقدة حول كيفية اختيار المتعاقد معها، ولهم مدة عشر (10) أيام للطعن أمام لجنة الصفقات المختصة حسب المادة 114 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الذي يتعلق بالصفقات العمومية الملغى، ولهم بعد ذلك أجل أربع أشهر لرفع دعوى الإلغاء أمام الجهة القضائية المختصة¹.

أولاً: دعوى الاستعجال

يقوم برفع دعوى استعجاليه طبقاً للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كل من تضرر من جراء اختيار وانتقاء الإدارة المتعاقدة معها، ويلاحظ أن القاضي الإداري يتحدد مهمته في هذه الدعوى في مراقبة مدى احترام الإدارة للالتزامات المتعلقة بالمنافسة والإشهار واذ لاحظ أي إخلال بهذه الالتزامات، فيمكنه أن يأمر الإدارة بتأجيل إمضاء العقد مع صاحب الصفقة إلى غاية نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 10 أيام، كما يمكن أن يحكم على الإدارة بغرامة تهديدية من أجل الامتثال للالتزاماتها، وعليه فإن دور القاضي هنا لا يمتد إلى موضوع النزاع وتقدير قيمه الترشيحات والعروض المقدمة²، وإنما دوره يعتبر وقائياً يتمثل في تفادي إبرام عقد نهائي غير شرعي، قد يترتب عليه آثار يصعب معالجتها المادة 946 سابقة الذكر على الاستعجال في إبرام العقود والصفقات حيث نصت الفقرة الأولى منها على أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود

¹ (قبيس ياسين و زقاع الياس، مرجع سابق، ص 57.

² (تكو محمد شريف، مرجع سابق، ص 83.

الإدارية والصفقات العمومية، وهذا النص أدخل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ولم يكن موجودا فيه سابقا، مما يدل على الاهتمام بحرية المنافسة من طرف المشرع.

ثانيا: تزامن دعوى الإلغاء بدعوى وقف التنفيذ

حتى تقبل دعوى وقف التنفيذ يجب أن تسبق بدعوى موضوعية مفادها إلغاء القرار الإداري¹

أ/ دعوى وقف التنفيذ:

قرارات مجلس المنافسة قابلة للتنفيذ منذ صدورها، والطعن ضدها ليس له أثر موقوف، لكن بإمكان مرتكب المخالفة طلب وقف التنفيذ، وذلك باللجوء الى رئيس مجلس قضاء الجزائر في أجل لا يتجاوز 15 يوما، أن يأمر بوقف تنفيذ التدابير المنصوص في المادتين 45 و46 من قانون المنافسة عندما تقتضي ذلك الظروف والوقائع الخطيرة.

فطول إجراءات التقاضي وضرورة النظر في الدعوى وسماع الأطراف يمكن أن تؤدي إلى ضرورة اللجوء إلى دعوى الاستعجال لأنه في مثل هذه الحالات قيد لا يمكن جبر الأضرار التي تحدث لصاحب الحق مما يؤدي بالمشرع الجزائري إلى إقرار الإجراءات الأجدى فوجد هذه الإجراءات الاستعجالية ما يحمي به حقوق الأعوان الاقتصاديين وهو ما يسمى بالقضاء المستعجل الذي يكون الغرض منه الفصل في المنازعات التي يخشى عليها من فوات الأوان²، ولعدم تفاقم الأضرار.

¹ (قبيس ياسين و زقاع الياس ، المرجع السابق ، ص 58.

² بوقندورة عبد ، مرجع سابق ،ص 342.

وتعتبر دعوى وقف التنفيذ دعوى تحفظية، الغرض منها ليس إعدام للقرار الإداري، وإنما توقيف آثاره إلى غاية الفصل في موضوع دعوى الإلغاء، وتقدم الطلبات الرامية إلى وقف التنفيذ بدعوى مستقلة، ولا يقبل طلب وقف تنفيذ القرار الإداري ما لم يكن متزامنا مع دعوى مرفوعة في موضوع، أو في حالة التظلم.¹

ب/ دعوى الإلغاء

يقصد بدعوى الإلغاء بدعوى القضائية العينية أو الموضوعية التي يحررها ويرفعها أصحاب الصفة القانونية والمصلحة أما جهة القضاء الإداري المختصة، طالبين فيها الحكم بإلغاء قرار إداري نهائي غير مشروع، وتتنحصر سلطة ووظيفة القاضي في دعوى الإلغاء في فحص وتقدير مدى شرعية أو عدم شرعية القرار الإداري المطعون فيه بعدم الشرعية ومن أجل الحكم بإلغائه أو عدم إلغائه، وفقا للنتائج التي يتوصل إليها وفحصه وتقديره لمدى شرعية أو عدم شرعية هذا القرار الإداري.²

ويملك القاضي الإداري اختصاص إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن الصفة العمومية مثل المداولة التي تصدر عن المجلس الشعبي البلدي التي تسمح لرئيسه بإمضاء الصفقة مع مؤسسة معينة، واستبعاد المؤسسات الأخرى فهذه المداولة تعتبر قرارا منفصلا عن العقد، فيمكن للمؤسسات المستبعدة الطعن فيها بالإلغاء لتجاوز السلطة، وكما هو معروف فإن عملية إبرام الصفقة ترتبط بإصدار قرارات إدارية من طرف

¹ قبيس ياسين و زقاع الياس، مرجع سابق، ص 58

² عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار الهومة للطبع والنشر والتوزيع الجزائر، سنة 2003 صنف 5/024 ص 174.

المصلحة المتعاقدة في كل مراحل الصفقة، منها القرار المؤقت بمنح الصفقة وقرار منح التأشيرة وقرار فرض الجزاء مالي على المتعاقد، وقرار فسخ الصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة بصفة انفرادية .

وتعتبر مثل هذه الأعمال قرارات إدارية يجوز الطعن فيه بالإلغاء، ولا يتعلق هذا الطعن بإلغاء العقد الإداري المبرم، ولكن هناك إمكانية الوصول إلى ذلك بواسطة نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي في قراره في قضية "مارتان" ولكن يلاحظ أن إلغاء القرار لا يؤدي تلقائياً ودائماً إلى إلغاء العقد، حيث أن الإدارة تملك حسب ظروف كل قضية لأن تستخلص النتائج التي ترتب عليها إلغاء القرار الإداري وذلك تحت رقابة القاضي¹.

غير أنه ونظراً لأن هذا الإجراء قد لا يؤدي إلى إلغاء العقد الإداري بواسطة تقنية القرارات القابلة للانفصال، فإن مجلس الدولة الفرنسي منح إمكانية جديدة للمرشحين المقصين من الصفقات العمومية، تسمح لهم بالطعن في صحة العقد الإداري ذاته وذلك بعد إبرامه، مع إمكانية طلب التعويض في حالة وقوع الضرر نتيجة الإقصاء².

الفرع الثاني: القاضي الجزائي

جرم المشرع الجزائري كل اعتداء على المال العام عند إبرام الصفقات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة، واستغلال نفوذ أعوان الهيئات والمؤسسات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة، وكذلك الرشوة

¹ د. محمد الشريف كتو - ، مرجع سابق ، ص 83.

²) arrêt du 24 mai 2001 (Avriller), « il appartient à l'a l'administration, selon les circonstances à chaque et affaire sous le contrôle du juge déterminer les conséquences à tirer de l'annulation

وأخذ فوائد بصفة غير قانونية، ولهذا يمكن متابعة كل من ثبت في حقه ارتكاب إخلال بالمنافسة في الصفقات العمومية بقصد الحصول على امتيازات أو منافع غير مشروعة، ويكون القاضي الجزائي هو المختص بمتابعة هذه الممارسات¹.

إن ضمان عدم الإخلال بالمنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية لا يكون إلا بإحداث تكامل بين مختلف الأجهزة التي أحدثتها الدولة لمراقبة المنافسة في السوق أو الهياكل التقليدية للعمل سويًا على سد الثغرات القانونية التي يمكن أن تتسبب في الإخلال أو تقييد بالمنافسة الحرة داخل السوق. ولعلم أحدث في الجزائر أخيراً من تجاوزات في مجال الصفقات العمومية ما هو إلا دليل على أهمية احترام المنافسة، في إطار هذا النوع من العقود الإدارية، وخاصة في ما يخص منح الصفقات التي تكون مبالغ فيها جد ضخمة ومنهكة للخزينة العمومية والمال العام.

وتعبر هذه الثغرات التي ميزت النصوص القانونية، هي من أهم الأسباب التي تؤدي إلى نشوء منازعات بين أطراف عقد الصفقة العمومية. فالجدير بالإشارة أن الصفقة العمومية بالنظر لطابعها التتموي كونها تتعلق بمشروع الدولة أو الإدارة²، يجب أن يتبع في منازعاتها إجراءات خاصة وأحكام مميزة حتى لا يتعطل المشروع العام ويطول تواصل النزاع بما يؤثر سلباً على مبدأ الاستمرارية وبما يلحق ضرر بجمهور المنتفعين بخدمات المرفق العام، وهذا بالرجوع إلى المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية الملغى.

¹ محمد شريف كتو ، مرجع سابق ، ص 84.

² قبيس ياسين وزغاع الياس ، مرجع سابق ، ص 61 .

الخاتمة

مما سبق يتبين لنا أن ضمان حرية المنافسة في الصفقات العمومية تهدف الى ترشيد استخدام الموارد العمومية واستعمالها استعمالا عقلانيا، لضمان حقوق المقاولات في منافسة نزيهة وشفافة، ولن يكون ذلك ممكنا إلا بمنع الممارسات التي تمس بالإجراءات المتعلقة بتنظيم الصفقات التي كثيرا ما تقع بفعل المقاولات أو الشخص العام الإداري نفسه صاحب مشروع الصفقة، ولهذا فقد تم تعديل قانون الصفقات العمومية بهدف مواجهة الحالات التي تتعرض فيها المنافسة للتقييد والعرقلة، وذلك بإدراج نصوص جديدة مستوحاة من قانون المنافسة تفرض على الشخص العام التزامها بعدم الإخلال بواسطة قراراته بحرية المنافسة والتزامها بكشف الممارسات ومعاينة المتورطين فيها.

ويعد المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أهم النصوص الذي من خلاله حقق المشرع تقدما غير مسبوق بإقراره لمبدأ المنافسة تجسد ذلك من خلال إجراءات وكيفيات التي تم اعتمادها لإبرام الصفقات العمومية، كما أن المنظم الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 247/15، ورغم تكريسه لمبدأ المنافسة في جميع مراحل إبرام الصفقة إلا أنه وضع حدود واستثناءات على هذا المبدأ، من خلال إبرام الصفقات العمومية والتي من شأنها تعطيل مبدأ المنافسة.

ويعد إخلال الإدارة بهذا الالتزام مستوجبا للمتابعة امام المحاكم الإدارية (الغرف الإدارية) وذلك نظرا لأن هذه الممارسات وإن كانت تتضمن تقييدا للمنافسة إلا ان اتصالها بمهام المرفق العام، وممارسة امتيازات السلطة العامة، يجعلها غير خاضعة لاختصاص مجلس المنافسة. غير أنه إذا كانت هذه الممارسات والاعمال لا تتصل بمهام المرفق العام وممارسة امتيازات السلطة العامة، بل تتصل بعمل اقتصادي ليس من مستلزمات تسيير المرفق وحسن أدائه، أو ليست هناك ضرورة لهذا النشاط يمكن تبريرها بمهام المرفق وامتيازات السلطة العامة، فإنه يمكن في رأينا في ضوء التحليل السابق والنص الجديد 02 من قانون المنافسة متابعتها من طرف مجلس المنافسة، باعتبارها نشاطا خاصا للإدارة وبالتالي يخضع للقانون الخاص، ومن تم لقانون المنافسة ولو تم في صورة معينة كإجراء للصفقات العمومية، ولعل القيام الفعلي لمجلس المنافسة في مارس سنة 2013 لدليل واضح على النية الفعلية للمشرع الجزائري على إعطاء أكثر جدية ومصداقية لمجلس المنافسة في مواجهة كل إخلال يمس بالمنافسة.

الخاتمة

ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى النتائج التالية:

* أنه ومن باب الموضوعية، يجب الاعتراف بأن المشرع الجزائري وفق إلى حد بعيد في تقنين الإجراءات والضمانات اللازمة لتكريس حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حيث أن النصوص القانونية المنظمة لعملية إبرام الصفقات العمومية على اختلاف أنواعها ودرجاتها كفيلة لتجسيد وحماية هذا المبدأ.

* إن الاعتماد على قواعد شفافية الإجراءات من خلال آلية الإشهار والإعلان عن الكيفيات وشروط إبرام الصفقة، ومنح أجل تحضير العروض يساهم في القضاء على مظاهر المحسوبية.

* إن كل الضمانات التي كرسها المنظم الجزائري لاحترام مبدأ المنافسة تؤكد على حرصه على تحقيق الأهداف المتوخاة من الصفقة العمومية، ألا وهي إثباع الحاجات العمومية وتحقيق المصلحة العامة.

* عدم إمكانية تطبيق مبدأ حرية المنافسة بصفة مطلقة، مما دفع المنظم الجزائري إلى إدراج أحكام استثنائية تشكل في مجملها قيودا وخروج أعلى هذا المبدأ، وذلك بغرض تحقيق أهداف أخرى ذات أولوية من ضمنها تجسيد مبدأ الأفضلية الوطنية وتفعيل أداة المنتج المحلي وحمايته، تكريس لمبدأ مكافحة الفساد وحماية المال العام، هذا إلى جانب حماية مبدأ حرية المنافسة في حد ذاته من المنافسة الغير مشروعة.

فالإخلال بالمنافسة في الصفقات العمومية موجود وقائم لا يمكن غض النظر عنه، نتيجة الثغرات القانونية الموجودة من جهة، ونتيجة صعوبة التحكم في المنافسة داخل السوق من جهة أخرى، لذلك نقترح بعض التوصيات والاقتراحات لإثراء المنظومة القانونية في هذا الشأن حتى يمكن أن ينتقص من التجاوزات التي تستنزف الخزينة العامة وتصيب المال العام، يمكن اختصارها في النقاط الآتية:

1/ بدائية نظام إشهار الصفقات العمومية في الجزائر، حيث مازال يعتمد على النشر الصحفي الورقي الذي يتميز بمحدوديته وقصوره في إيصال المعلومة إلى المتعاملين المتنافيين، على الرغم من اعتماد المنظم الجزائري لطريقة النشر الإلكتروني، إلا أن عدم تفعيل العمل بها على غرار الكثير من الدول يقلل من مدى الشفافية في مجال إبرام الصفقات العمومية وكيفيات تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية.

الخاتمة

2/ تكوين الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وأصحاب العروض أو المتعاملين المتعاقدين في المجال الإلكتروني، من خلال تقديم تكوينات في التعامل الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية.

3/ ضرورة تنظيم دور لجنة فتح الأظرف وتقييم العروض في ضبط المنافسة في مجال الصفقات العمومية بشكل أكثر وضوحاً ودقة، خاصة في ظل التداخل بين النشاط الاقتصادي والإداري لأشخاص القانون العام.

4/ ترقية وتطوير تسيير المصالح المتعاقدة من خلال تكوين الموظفون الأعوان العموميين المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

5/ من أجل ضمان فعالية لجنة فتح الأظرف وتقييم العروض نوصي بتمكينها من قدر من الاستقلالية المادية والبشرية حتى تتمكن من ممارسة مهامها بكل نزاهة وشفافية.

6/ تجريم إبرام الصفقات عن طريق التراضي، نتيجة الضرر الذي يحدثه على مبدأ المنافسة الحرة، إذ تحول من استثناء إلى مبدأ. وفرض عملية الإشهار الصحفي وجعله وجوبي في حالة التراضي بعد الاستشارة في كل حالاته.

7/ فرض شروط صارمة تتعلق بالنزاهة والكفاءة اللازمة للتعيين في الوظائف التي يشرف أصحابها على إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، وعلى الجهات الإدارية المعنية للقيام بدورات تكوينية مكثفة لموظفيها حول قواعد إجراءات إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية خاصة في إطار التعديلات العديدة والمستمرة لتنظيم الصفقات العمومية.

8/ إلزام إخطار مجلس المنافسة بجميع الممارسات المنافسة للمنافسة لكي يجمع هذه الممارسات، وتفعيل الدور الرقابي للمجلس.

وعليه فإن الاهتمام بالمنافسة في الوقت الراهن لا يمكن أن ينظر إليه من وجهة النصوص القانونية الموضوعية من قبل المشرع، وإنما لا بد من النظر إليه من أرضية الواقع التي تثبت بوضوح فشل هذه النصوص في الحد من الانتهاكات المستمرة لهذا المبدأ، مما يستدعي دق ناقوس الخطر والدعوة لتضافر كافة الجهود للبحث في سبيل تدعيم وتفعيل حرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية.

قائمة المراجع

قائمة المراجع :

مؤلفات خاصة

- (1) تيروسي محمد الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر - الطبعة الثانية - دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر 2015 .
- (2) شرواط حسين شرح قانون المنافسة على ضوء الأمر: 03-03 المعدل والمتمم بالقانون: 08-12 المعدل والمتمم: 10-05 ووفقا لقرارات مجلس المنافسة دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع المنطقة الصناعية ص ب 193 عين مليلة -الجزائر .
- (3) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، جسر للنشر والتوزيع حي مندرين قطعة 96 محل رقم 04-المحمدية- الجزائر - الطبعة الثالثة لسنة 2011.

مؤلفات العامة

- (1) أحسن بو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد والمال والاعمال وجرائم التزوير - الجزء الثاني الطبعة الثالثة عشر دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر - 2013.
- (2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2004.

قائمة المراجع

- (3) عمار عوابدي نظرية القرارات الإدارية بين علم الإرادة العامة والقانون الإداري دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع 34 حي الأبيار بوزريعة الجزائر صنف 5/024 سنة 2003.
- (4) محمد نصر محمد، الحماية الدولية والجنائية من المنافسة التجارية غير المشروعة والاحتكار، ط 1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع الجيزة مصر 2016 .
- (5) محمود دحلنا الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2010

الرسائل والمذكرات الجامعية

- (1) آمنة شرقي، تكريس مبدأ الشفافية في إطار الصفقات العمومية ومحاربة جرائمها، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في الحقوق - تخصص قانون جنائي للأعمال- جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي - سنة 2017.
- (2) بالو منية، حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون- تخصص دولة ومؤسسات عمومية- جامعة أكلي محند أولحاج- البويرة سنة 2017.
- (3) برة الزهرة، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، جامعة الشهيد حمدة لخضر - الوادي- لسنة 2015 .

قائمة المراجع

- (4) بوقرة فضيلة، مكافحة الفساد في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والامر رقم 06-01 المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام - تخصص إدارة ومالية- جامعة أكلي محند اولحاج- البويرة- لسنة 2016.
- (5) تودرتديهيةتوزيوي فريدة، الصفقات العمومية وقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون - قانون أعمال، جامعة مولود معمري - تيزي وزو سنة 2016.
- (1) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم - تخصص قانون- جامعة مولود معمري - تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية لسنة 2013 .
- (6) جلال مسعد، مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون أعمال، جامعة تيزي وزو سنة 2012.
- (7) دراجي سهام سهام وقاضي إسمهان، إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص إدارة ومالية جامعة أكلي محند اولحاج - البويرة- سنة 2016.
- (8) زوبيرأرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع" المسؤولية المهنية" جامعة مولود معمري -تيزي وزو- لسنة 2011.

قائمة المراجع

- (9) زوزولويخة، جرائم الصفقات العمومية آليات مكافحتها في ظل قانون المتعلق بالفساد مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق - تخصص قانون جنائي- جامعة الوادي قاصدي مرياح - ورقلة- 2012/2011.
- (10) شروقي محترف، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء -الجزائر- الدفعة 16، 2006/2005.
- (11) شفار نبية الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص- تخصص علاقات الاعوان الاقتصاديين /المستهلكين كلية الحقوق والعلوم سياسية - وهران- لسنة 2013.
- (12) عتورة بشير، الاتفاقيات المحظورة في قانون المنافسة مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم- سنة 2019.
- (13) قبلي سيد علي، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق -تخصص قانون جنائي والعلوم الجنائية- جامعة آكلي محند أولحاج سنة 2019.
- (14) قبس ياسين وزقاغ الياس، احترام مبدأ المنافسة الحرة في ظل إبرام الصفقات العمومية مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق شعبة قانون أعمال- تخصص قانون عام للأعمال جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية- سنة 2013،
- (15) كشرود فيروز، مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية مذكرة لنيل شهادة الماستر الأكاديمي سنة 2018.

قائمة المراجع

- (2) لعور بدرة، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق - تخصص قانون أعمال - جامعة محمد خيضر بسكرة سنة 2014.
- (16) ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 والأمر رقم 03-03 مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة مولود معمري - تيزي وزو - سنة 2004.

المقالات

- (1) بعوش دليلة وضعية الهيمنة على السوق وإساءة استغلالها في ظل أحكام قانون المنافسة المركز الجامعي - ميله - مجلة العلوم الإنسانية عدد 49 جوان 2018 - مجلد - ب - .
- (2) بن محمد محمد وحليمي منال، صفقات التراضي في الجزائر (أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة)، دفاثر السياسة والقانون العدد الثالث عشر / جوان 2015 .
- (3) بوسعيد ماجدة، الاتفاقيات المحضورة المقيدة لمبدأ حرية المنافسة، جامعة قاصدي مرياح ورقلة - مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية العدد 03 / سبتمبر 2018 .
- (4) بوقندورة عبد الحفيظ، الرقابة القضائية على منازعات لمجلس المنافسة وحق الطعن، مجلة المفكر العدد 14 جامعة محمد خيضر - بسكرة - .
- (5) حمزة خضري وضياف ياسمينه، محدودية المنافسة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية مجلة الدراسات والبحوث القانونية المجلد 05 العدد 01 لسنة 2020 .

قائمة المراجع

- (6) خالد شريفة جريمة الرشوة في الصفقات العمومية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية العدد الخامس عشر .
- (7) رافع لموي طالب دكتوراه. ل. م. د. ، مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري - مجلة الشريعة والاقتصاد / مجلد 08 الإصدار الأول 2019، الرقم التسلسلي العدد الخامس عشر جامعة الاخوة منتوري- قسنطينة- .
- (8) محمد أمين بوالجديرو بوسعدية رؤوف، تكريس مبدأ المنافسة والمبادئ المكملة له في المرسوم الرئاسي 15-247 مجلة الفكر القانوني والسياسي العدد الخامس، سنة 2019 .
- (9) محمد شريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية - المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية - كلية الحقوق جامعة مولود معمري - تيزي وزو .
- (10) وفاء شيعاوي جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، مجلة العلوم الإنسانية جامعة محمد خيضر بسكرة - العدد 40 جوان 2015 .

الملتقيات العلمية

- (1) والي عبد اللطيف، التزام الإدارة بأعمال مبدأ المنافسة في مرحلة التحضير للصفقة العمومية، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الذي نظّمته كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، بعنوان تطبيق قواعد المنافسة في الصفقات العمومية يومي 05 و 06 / 2018.

النصوص القانونية

- (1) الدستور الجزائري لسنة 1996 بموجب مرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، جريدة الرسمية عدد (76) بتاريخ 8 ديسمبر 1996 معدل والمتمم بقانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002 جريدة الرسمية (25) بتاريخ 14 أبريل 2002 معدل والمتمم بقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، جريدة الرسمية عدد (63) بتاريخ 16 نوفمبر 2008.
- (2) دستور الجزائري لسنة 2020 بموجب مرسوم رقم 20-251 مؤرخ في 27 محرم 1442 الموافق 15 سبتمبر 2020 يتضمن استدعاء الهيئة الانتخابية للاستفتاء المتعلق بمشروع تعديل الدستور.

قوانين عادية

- (1) الأمر رقم 03-03 معدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 من قانون المنافسة
- (2) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون الإجراء الجزائية ج. ر عدد/ 48 الصادر بتاريخ 15 يونيو 1996 معدل والمتمم بالأمر رقم 15-02 ج. ر / عدد 40 المؤرخ في 23 يوليو 2015.
- (3) قانون رقم 06-01 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

النصوص التنظيمية

- (1) مرسوم الرئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
- (2) مرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

قرارات وزارية

- (1) قرار مؤرخ في 7 ربيع الأول عام 1437 الموافق 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كفايات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.
- (2) قرار مؤرخ في 7 ربيع الأول عام 1437 الموافق 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كفايات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

الوثائق الأخرى

- (1) سعيد يوسف وسيم يوسف، جريمة الرشوة، أستاذ محاضر بمعهد العلوم الاقتصادية - جامعة البلدية-.

المراجع الأجنبية

(1) Christophe cabanes. Benoit Neveu. Droit de la concurrence dans les contrats publics. Editions.lemniturris 2008.

(2) Mustapha Menaouer droit de la concurrence.berti édition. Alger 2013 cour d àpparret de 14-01-10

الفهرس

07-01.....	مقدمة
الفصل الأول : تكريس مبدأ الحرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية	
46-09.....	المبحث الأول : ماهية مبدأ حرية المنافسة.....
27-09.....	المطلب الأول : مفهوم حرية مبدأ المنافسة.....
11-10.....	الفرع الأول: تعريف مبدأ حرية المنافسة.....
22-12.....	الفرع الثاني: مظاهر حرية المنافسة.....
27-23.....	الفرع الثالث: آثار المنافسة الحرة.....
46-27.....	المطلب الثاني : مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية.....
34-28.....	الفرع الأول: مفهوم مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية.....
46-34.....	الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية.....
المبحث الثاني : مظاهر تكريس مبدأ حرية المنافسة من خلال إجراءات منح الصفقة العمومية.....	
69-47.....	المطلب الأول : الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.....
54-48.....	الفرع الأول: التحديد الدقيق في احتياجات المصلحة المتعاقدة.....
54-52.....	الفرع الثاني: إعداد دفاتر الشروط.....

المطلب الثاني : علانية المعلومات المتعلقة بالمنافسة تحت تصرف المرشحين..55-69

الفرع الأول : إلزامية الإعلان في الصفقات العمومية.....56-61

الفرع الثاني: وضع الوثائق المتعلقة بالمنافسة تحت تصرف المرشحين.....61-62

الفرع الثالث: أجل تحضير العروض.....62-64

الفرع الرابع: استحداث بوابة الكترونية للصفقات العمومية.....64-69

الفصل الثاني : حدود المنافسة في الصفقات العمومية

المبحث الأول مبدأ المنافسة في الصفقات التي تخضع إلى الإجراءات الخاصة..71-81

المطلب الأول حدود المنافسة في الصفقات المبرمة تحت عنوان الاستعجال الملح والتي

تتطلب السرعة في اتخاذ القرار.....71-76

الفرع الأول: حالة الاستعجال الملح.....71-73

الفرع الثاني: محدودية المنافسة في الصفقات المتعلقة بخدمات (الماء والغاز والكهرباء والهاتف

والانترنت).....74-76

المطلب الثاني : محدودية المنافسة في مجال الصفقات العمومية المتعلقة بتقديم خدمات

الخاصة بخدمات (الماء والغاز والكهرباء والهاتف والانترنت) والإجراءات المكيفة....76-81

الفرع الأول: محدودية المنافسة في مجال الصفقات المتعلقة بتقديم الخدمات الخاصة..76-77

الفرع الثاني : محدودية المنافسة في مجال الصفقات العمومية المتعلقة بتقديم خدمات(الماء

والغاز والكهرباء والهاتف والانترنت).....77-78

الفرع الثالث: محدودية المنافسة في العقود المبرمة عن طريق الإجراءات المكيفة..78-81

المبحث الثاني التراضي البسيط كحد لمبدأ المنافسة في صفقات العمومية.....81-97

المطلب الأول : مفهوم التراضي البسيط.....81-

الفرع الأول: تعريف التراضي البسيط.....81-84

الفرع الثاني : حالات التراضي البسيط.....84-91

المطلب الثاني : ضوابط وإجراءات التراضي البسيط.....92-97

الفرع الأول: ضوابط التراضي البسيط.....92

الفرع الثاني : إجراءات التراضي البسيط.....92-97

الفصل الثالث الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية

المبحث الأول : الممارسات والجرائم المخلة بمبدأ المنافسة الحرة.....99-158

المطلب الأول : الممارسات المقيدة بمبدأ المنافسة الحرة.....99-129

الفرع الأول الممارسات المحظورة تعريف الاتفاقيات المحظورة.....100-112

الفرع الثاني:الممارسات التعسفية.....113-129

المطلب الثاني : جرائم الفساد المخلة بمبدأ المنافسة الحرة.....129-158

الفرع الأول: جريمة الامتيازات غير مبررة في مجال صفقات عمومية.....130-138

الفرع الثاني: جنحة الاستفادة من الامتيازات غير مبررة في مجال الصفقات

العمومية.....138-142

الفرع الثالث: جريمة الرشوة من أخطر الجرائم.....142-152

158-153.....	الفرع الرابع: جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية.....
179-159.....	المبحث الثاني : متابعة الممارسات والجرائم المخلة بمبدأ المنافسة.....
173-159.....	المطلب الأول : المتابعة الإدارية.....
166-160.....	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة.....
173-166.....	الفرع الثاني: اختصاصات مجلس المنافسة.....
179-174.....	المطلب الثاني : المتابعة القضائية.....
178-174.....	الفرع الأول: القضاء الإداري.....
179-178.....	الفرع الثاني: القاضي الجزائي.....
183-180.....	خاتمة.....
192-184.....	المراجع.....
196-193.....	الفهرس.....
197.....	الملخص.....

التلخيص

حرصت الجزائر من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام على تنظيم عملية إبرام الصفقة العمومية وتقييد المصلحة المتعاقدة في كافة مراحل إبرام الصفقة العمومية باحترام مبدأ المنافسة والمبادئ المكملة له وذلك فيما يتعلق باختيار كيفية إبرام الصفقة واختيار المتعامل المتعاقد، ومحاولة تجسيد وتكريس مبادئ الشفافية والمساواة وحرية الوصول إلى الطلبات العمومية التي تقوم عليها الصفقات العمومية.

الكلمات المفتاحية :

1-2 الصفقات العمومية - المبادئ 3- المنافسة 4- إبرام

summary

Algeria was keen, through Presidential Decree 15-247 related to the regulation of public deals and the undermining of the public facility, to regulate the process of concluding the public deal and to restrict the contracting interest in all stages of concluding the public deal by respecting the principle of competition and the principles complementing it, with regard to choosing how to conclude the deal and choosing the contracting operator, and trying to embody And the consolidation of the principles of transparency, equality and freedom of access to public requests on which public procurement is based.

key words :

1- Public Procurement 2- Principles 3- Competition 4- Conclusion